

**التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة  
الواردة لأقسام الطوارئ  
دراسة مقارنة**

د. محمد عبد المحسن القرشي  
دكتورة في القانون الصحي (جامعة لويولا شيكاغو)  
كلية الاقتصاد والادارة . جامعة الملك عبد العزيز

## ملخص

تحلل هذه الورقة مضمون التزام الممارس الصحي بتقديم العناية اللازمة في الحالات الطارئة التي ترد إلى أقسام الطوارئ في ظل قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة الصحية السعودية وتقارنها بموقف قانون Emergency Medical Treatment and Labor Act (EMTALA) الأمريكي في هذا الصدد. تناقش الورقة مفهوم الالتزام والمقصود بالحالة الطارئة. يدرس البحث أوجه الاختلاف بين الفقه الإسلامي والأنظمة الصحية السعودية والنظام الأمريكي (EMTALA) فيما يتعلق بموضوع البحث. يكشف البحث كيف أن نظام مزاولة المهن الصحية لم يُعرف المقصود بالحالات الطارئة ولم يفصل شروط والتزامات أقسام الطوارئ عند وصول حالة طارئة واكتفى بالنص على الالتزام بتقديم المساعدة والعناية الضرورية. يظهر البحث كيف أن المشرع الأمريكي عرف الحالات الطارئة ونص بالتفصيل على مسؤوليات الممارس الصحي تجاه الحالات التي ترد إلى أقسام الطوارئ. قدم البحث عدداً من المقترحات فيما يتعلق بتعديل الأنظمة الصحية السعودية والتي من شأنها تلافي موارد في هذا النظام من قصور.

**Doctors' Obligation to Treat Emergency Cases  
at Emergency Departments :A Comparative Study  
Dr. Mohamed Alqurash**

**Abstract**

This paper analyzes the legal Obligation of health practitioner to provide necessary care in cases of emergency at emergency departments under the rules of Islamic jurisprudence and Saudi health laws and compare them with the position of the American Emergency Medical Treatment and Labor Act (EMTALA) in this regard. The paper discusses the definition of legal obligation and emergency medical cases. The research examines the differences between Islamic jurisprudence and Saudi health laws and the American system (EMTALA) about research. The research reveals how the Health Professions Law did not define the meaning of emergency medical cases and did not specify the conditions and obligations of the emergency departments when an emergency medical case arrives, and only required to provide the necessary assistance and care. The research shows how the US legislator defined emergency medical cases and detailed the health practitioners' responsibilities towards emergency medical cases. The research presented number of recommendations regarding the amendment of the Saudi health regulations which would improve standard of care.

## موضوع البحث:

تنص قواعد الشريعة الإسلامية الغراء على ضرورة إغاثة المحتاج ونص القرآن الكريم والسنة النبوية في أكثر من موضوع على أهمية التعاون على البر والتقوى وتقديم العلاج والمساعدة للحالات الطارئة باب فيما جاء من أعمال البر والتعاون عليه. هذا ونصت الأنظمة الصحية السعودية على ضرورة علاج الحالات الطارئة وذلك في النظام الصحي السعودي ونظام مزاولة المهن الصحية ونظام المؤسسات الصحية الخاصة. وبالنظر إلى القانون الأمريكي في هذا الخصوص نجد أن التزام الطبيب بتوفير العناية الطبية اللازمة للمريض في الحالات الطبية الطارئة مفصل بشكل يوفر حماية أكبر للمريض من عدة نواحي. لذلك يدرس البحث التزام الممارس الصحي بأقسام الطوارئ بتقديم الرعاية الطبية اللازمة للمريض فالحالات الطارئة.

## أسئلة البحث:

يثير موضوع البحث عدداً من التساؤلات: ما هو المقصود بالحالات الطارئة؟ وماهي التزامات الممارس الصحي تجاه الحالات الطارئة؟ ما هي شروط نقل المريض لمركز صحي آخر؟ ما هو المقصود باستقرار حالة المريض؟ من المسؤول عن نقل المريض لمركز صحي آخر في حال عدم توفر الإمكانيات اللازمة لدى قسم الطوارئ؟ متى يجوز لقسم الطوارئ أو الممارس الصحي طلب الأتعباب من المريض؟

## منهجية البحث:

إن منهج البحث المتبع في هذه الدراسة هو منهج المقارنة. تقارن الورقة التزام الممارس الصحي بتقديم العلاج اللازم للحالات الطارئة في ظل الأنظمة الصحية السعودية وتقارن ذلك بموقف النظام الأمريكي. تهدف عملية المقارنة إلى الآتي:  
أولاً: الكشف عن الجوانب التي يكتنفها الغموض في النظام الصحي السعودي فيما يتعلق بتقديم الفحص وتوفير العلاج اللازم لمرضى الحالات الطارئة.

ثانياً: تقويم الحلول التي يقدمها النظام الأمريكي من خلال دراسة نظام

.Emergency Medical Treatment and Labor Act (EMTALA)

ثالثاً: الخروج بتوصيات يمكن الأخذ بها عند إجراء أي تعديلات على الأنظمة الصحية السعودية.

حدود الدراسة:

تعدد جوانب موضوع الالتزام بتقديم العناية الطبية اللازمة لمرضى الحالات الطارئة فهناك المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية الناتجة عن عدم القيام بالالتزام وآلية التقاضي وما يتعلق بالعقوبات التي قد تتجم عن الاخلال بالالتزام بتقديم العناية الضرورية للحالات الطارئة. إن من غير الممكن أن يدرس البحث جميع جوانب الالتزام بتقديم العناية الضرورية للحالات الطارئة بالعمق المتوقع وفي المساحة المتاحة. لذلك كان لابد من اختيار موضوع والتعمق فيه. وقع الاختيار توضيح التزامات الممارس الصحي بأقسام الطوارئ تجاه الحالات الطارئة، وبيان المسؤولية المدنية المترتبة على عدم تقديم العلاج للحالات الطارئة التي ترد لأقسام الطوارئ وطبيعة التزام الممارس الصحي بتقديم العلاج في الحالات الطارئة.

خطة الدراسة:

تتألف الدراسة من تمهيد، بالإضافة إلى مبحثين. المبحث الأول يناقش التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة الواردة لأقسام الطوارئ في الفقه الإسلامي والأنظمة الصحية السعودية ذات العلاقة ونظام (EMTALA) الأمريكي وذلك في ثلاث مطالب. المبحث الثاني يناقش المسؤولية المدنية المترتبة على عدم قيام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة الواردة لأقسام الطوارئ وطبيعة التزام الممارس الصحي بتقديم العلاج للحالات الطارئة، وذلك في مطلبين. ينتهي البحث بخاتمة وفيها عرضت أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث التي من شأنها تطوير الأنظمة الصحية السعودية فيما يتعلق بموضوع البحث.

## التمهيد:

إن دراسة مضمون التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة التي ترد إلى أقسام الطوارئ، يقتضي تعريف الالتزام وتحديد المقصود بالحالات الطارئة في كل من الفقه الإسلامي والنظام الصحي السعودي ونظام (EMTALA) الأمريكي. معرفة المقصود بالحالات أمر جوهري يترتب عليه قيام المسؤولية على الممارس الصحي في حال امتنع عن تقديم العلاج اللازم.

## تعريف الالتزام

الالتزام مأخوذ من لزم، ولزم لغة: ثبت ودام، فيقال: لزم الشيء يلزمه لزمًا ولزومًا، ولزمه ملازمة ولزامًا، والتزمه، أي لم يفارقه.<sup>١</sup>

قال ابن فارس: "اللام والزاي والميم أصل واحد صحيح يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائما يقال: لزمه الشيء يلزمه".<sup>٢</sup>

والالتزام اصطلاحاً: "إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وإرادته، وإما بإلزام الشارع له". والالتزام في القانون هو: "حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني، أو بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل".<sup>٣</sup>

والمعنى المراد في هذه الدراسة، في جانبها الفقهي، يبحث في تلك الحالة التي يكون فيها مصدر الالتزام الشريعة الإسلامية، وفي جانبها القانوني يبحث في الحالة التي يكون مصدر الالتزام فيها القانون الموجب للقيام بعمل. بل إن الفقه القانوني قد أعطى عبارة: "الالتزام القانوني بالعمل" معنى واسعاً يشمل الالتزام الذي يقرره نص في القانون، أو يقرره العقل على نحو يجعل منه القاضي التزاماً قانونياً، وذلك بمقتضى آداب المجتمع، وعادات الأشخاص الأمناء فيه.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> - انظر: لسان العرب، لابن منظور: ١ / ١٤٠.

<sup>٢</sup> - معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩١هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م، ٩٠٨.

<sup>٣</sup> - الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٢.

<sup>٤</sup> - المسؤولية المدنية للأطباء والجرأحين، للمستشار: منير رياض حنا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٣٠١.

## تعريف الحالات الطارئة

الطارئة لغة: مأخوذة من طرأ على القوم يطرأ طرءاً وطروءاً: أتاهم من مكان، أو طلع عليهم من بلد آخر، أو خرج عليهم من مكان بعيد فجاءة، أو أتاهم من غير أن يعلموا.<sup>1</sup> ولم يخرج استخدام الفقهاء المتقدمين - بحسب ما اطلعت عليه - لهذا اللفظ عن غير وضعه اللغوي. والحالة الطارئة اصطلاحاً هي: "الحالات المرضية التي تستدعي إجراء عمل علاجي أو جراحي دون أي تأخير؛ نظراً لخطورة الوضع الصحي الذي يعاني منه المريض إنقاذاً لحياته، أو منعاً لتلف عضو من أعضائه".<sup>2</sup>

ومما يؤخذ على هذا التعريف أن: اشتراط الهلاك أو العاهة المستديمة قد يجعل المصطلح قاصراً عن اشتمال أفراد؛ إذ إن هذا التقييد يخرج تلك الحالة التي - إذا لم يتم إسعافها - تدخل المصاب بحالة بسيطة إلى حالة معقدة يصعب علاجها، وإن كانت لا تحدث عاهة مستديمة أو هلاكاً. وعليه، قد يكون هذا الاشتراط مسوغاً للطبيب أو المستشفى أن تترك إسعاف الحالات التي تحتاج رعاية طبية فورية لا يتحقق فيها الوصف المذكور في التعريف، لذا كان من المناسب تعديل التعريف ليكون قادراً على اشتمال تلك الحالات.

إلا أن نظام مزاولة المهن الصحية والذي يعد هو المرجع الأساسي لواجبات الممارس الصحي جاء خالياً من أي توضيح لمفهوم الحالات الطارئة التي يلجئ لها عند قيام نزاع متعلق بعلاج حالة طارئة. هذا ويعكس وجود التعريف نوعاً من الاستقرار على أطراف العقد الطبي بحيث يعرف كلاً منهما التزاماته وحقوقه بشكل أوضح. من جهة أخرى نجد أن نظام المؤسسات الصحية الخاصة عرف الحالات

<sup>1</sup> - لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (٧١١هـ)، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م. (١-١١٤).

<sup>2</sup> - وهذا ما نص عليه قرار رقم ٠٨٤ لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠ هـ الموافق ٢٦ - ٣٠ إبريل ٢٠٠٩ م.

الطارئة بأنها "الحالة الناتجة عن إصابة أو مرض يمكن أن يهدد حياة المريض أو أحد أطرافه أو أعضائه الداخلية أو الخارجية"<sup>1</sup>

هذا وقد عرف المشرع الأمريكي الحالات الطارئة في نظام خاص بغرف الطوارئ بأنها "حالة طبية تتجلى فيها أعراض حادة بما في ذلك الألم الشديد بحيث يشكل غياب الرعاية الطبية الفورية إلى تحول حالة المريض إلى حالة خطيرة جداً أو أن يتعرض أي جزء من أجزاء أو أطراف الجسم للخطر"<sup>2</sup> هذا وقد أضاف المشرع للحالات الخطيرة ونص على ذلك صراحة المرأة الحامل التي تصل لقسم الطوارئ في حالة وضع أو ما يعرف بـ (Contractions) على ألا يكون هناك وقت كاف لنقلها بشكل آمن لمركز آخر أو/ ويؤثر نقلها على صحتها أو صحة الجنين.<sup>3</sup>

### المبحث الأول

**التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة الواردة لأقسام الطوارئ في الفقه الإسلامي**

**والأنظمة الصحية السعودية ونظام (EMTALA) الأمريكي**

المطلب الأول: التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة الواردة لأقسام الطوارئ في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة الواردة لأقسام الطوارئ في الأنظمة الصحية السعودية.

المطلب الثالث: التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة الواردة لأقسام الطوارئ في نظام (EMTALA) الأمريكي.

<sup>1</sup> - نظام المؤسسات الصحية الخاصة، المادة السادسة عشر لـ ١/٢، قرار وزارى رقم ٦٨٣١٥١ بتاريخ ١٠/٣/١٤٣٦هـ.

<sup>2</sup> Zibulewsky, Joseph. "The Emergency Medical Treatment and Active Labor Act (EMTALA): what it is and what it means for physicians." *Proceedings (Baylor University, Medical Center)* 14.4 (2001): 339.

<sup>3</sup> Lee, Tiana Mayere. "An EMTALA primer: The impact of changes in the emergency medicine landscape on EMTALA compliance and enforcement." *Annals Health L.* 13 (2004): 145.

## المطلب الأول

### التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة

#### الواردة لتقسام الطوارئ في الفقه الاسلامي

يعد اسعاف المريض والمصاب من فروض الكفايات التي إذا قام بها البعض سقطت عن الباقيين فإذا وجد المسعف الذي يقوم بما يحتاج إليه المريض سقط الوجوب عن بقية الأطباء، أما إذا لم يوجد إلا طبيب مسف واحد فإن الأمر يلزمه ويكون فرض عين عليه. حيث جاءت مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء بحفظ الضروريات الخمس وأهمها حفظ النفس.

يعتبر جمهور الفقهاء أن علاج المريض في الحالة الطارئة أمراً ملزماً وواجب. ومن حق المريض أن يجبر الممارس الصحي على اسعافه إذا توفر أمران الأول قدرة الممارس الصحي على تقديم العلاج والثاني الحالة الطارئة.<sup>1</sup> فإذا نُقل مريض إلى مستشفى وهو في حالة طارئة ويحتاج العلاج المستعجل ولم يقبل الطبيب على اسعافه إلا بدفع الأجرة ولم يكن الأجر حاضراً ومات المريض فإن المستشفى مسؤولة عن ذلك. هذا وقد ذكر المالكية في (التاج والإكليل) "واجب على كل من خاف على مسلم الموت أن يحييه بما قدر عليه" (آل الشيخ) وذكر ابن القيم "وكذلك من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكه وجب عليه أن يخلصه، فإن ترك ذلك مع قدرته عليه، أثم وضمنه"<sup>2</sup>

هذا وصدر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشر بمسقط متضمناً ضمان الممارس الصحي إذا امتنع عن أداء الواجب الطبي في الحالات الطارئة.<sup>3</sup>

لا يستطيع الممارس الصحي أخلاقياً ولا قانونياً القيام برفض علاج مريض في حالة طارئة. حيث إنه وإن لم يكن قادراً على تقديم العلاج اللازم، فيتعين عليه طلب

<sup>1</sup> - د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، الريان للطباعة والنشر، الرياض، 1997م.

<sup>2</sup> - الطرق الحكمة في التلمذة الشرعية، للإمام أبي عداة بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 261.

<sup>3</sup> - قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 142 (10/8) المنعقد في دورته الخامسة عشر بمسقط، من 14 إلى 19 المحرم 1425هـ الموافق 6-11 آذار (مارس) 2004م.

مساعدة طارئة من أي ممارس صحي آخر في نفس المنشأة، أو يتم نقل المريض إلى منشأة صحية أخرى بشروط تحددها الأنظمة الصحية ذات العلاقة. ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب إغاثة الملهوف، وإعانة المسلم الذي يخشى عليه من الهلاك<sup>١</sup>، والتي يعد إسعاف الحالة الطارئة أحد أشكالها؛ لذلك يلتزم الممارس الصحي بتقديم الخدمة الطبية اللازمة لإسعاف الحالة الطارئة<sup>٢</sup>.

ويؤكد على ذلك النصوص الشرعية من الكتاب والسنة النبوية:

القرآن الكريم: قول الله تعالى {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ}.<sup>٣</sup>

وقوله تعالى {مَنْ أَجَلَ نَذْلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أُورِثَ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا}.<sup>٤</sup>

وفي السنة النبوية قول رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم: "من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل"<sup>٥</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يُسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة"<sup>٦</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم "أيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت عنهم ذمة الله"<sup>٧</sup>.

وجاء في فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية: (يجب على الطبيب الموظف لعلاج المرضى القدرة لمعالجة الناس بذل ما في وسعه لعلاجهم رجاء شفائهم أو التخفيف من آلامهم، ويدل لذلك النصوص العامة في الشريعة الإسلامية التي تفيد التعاون وإعانة المحتاج وإغاثة الملهوف، إضافة إلى أن الطبيب

١ - فنصوصهم في هذا دالة على ذلك منطقاً ومفهوماً. انظر: المبسوط: ١٤٢/٢٤، وحاشية النسوقي: ١١٢/٢، والمجموع ٤٢/٩، ومغني المحتاج: ٣٠٩/٤، والمغني: ٣٣٤/٩، وشرح منتهى الإرادات: ٣٠٤/٣، ٣٠٥، والمحلي: ١٨٥-١٨٦.

٢ - يؤيد ذلك القرار رقم (٥) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في الدورة السابعة المنعقدة بجدة بالمملكة العربية السعودية في ٧-١٢ من ذي القعدة لعام ١٤١٢هـ، الموافق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢ م.

٣ - سورة المائدة الآية ٢.

٤ - سورة المائدة الآية ٣٢.

٥ - أخرجه مسلم في صحيحه في باب استجاب الرقية من العين والتملة والتمة والنظر، حديث (٢١٩٩).

٦ - أخرجه البخاري في باب لا يظلم المسلم للمسلم ولا يسلمه، حديث (٢٢١٠).

٧ - أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٧٢.

في عمله الوظيفي يجب عليه أداء وظيفته على الوجه الأكمل ومن ذلك معالجة المرضى الذين يلجئون إليه فلا يجوز له ردهم أو التساهل في علاجهم).<sup>١</sup>

## المطلب الثاني

### التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة الواردة

#### أقسام الطوارئ في الأنظمة الصحية السعودية

إن من الحقوق التي كفلتها أغلب الدساتير هي الحق في الحصول على العلاج. وقد نص على ذلك نظام الحكم الأساسي بالمملكة العربية السعودية في مادتيه السابعة والعشرون والواحدة والثلاثون على أن تكفل الدولة حق المواطن وأسرته في حالة الطوارئ والمرض كما نص على أن الدولة تعنى بالصحة العامة وتوفير الرعاية الصحية لكل مواطن.<sup>٢</sup>

كما نصت الأنظمة الصحية السعودية على الالتزام بعلاج الحالات الطارئة، فقد جاء ذلك في كل من النظام الصحي السعودي ونظام مزاوله المهن الصحية ونظام المؤسسات الصحية الخاصة. ففي النظام الصحي السعودي نصت المادة الرابعة فقرة هـ على أنه "تلتزم جميع المؤسسات الصحية العامة والخاصة بما تقضي به الأنظمة والتعليمات لديها من تقديم العلاج الإسعافي للمصاب عند وصوله، ويجوز نقله إلى مركز علاجي آخر بعد إجراء الإسعاف اللازم له"<sup>٣</sup> من جانب آخر نص نظام مزاوله المهن الصحية في المادة الثامنة على أنه " يجب على الممارس الصحي الذي يشهد أو يعلم أن مريضاً أو جريحاً في حالة خطرة أن يقدم له المساعدة الممكنة أو أن يتأكد من أنه يتلقى العناية الضرورية"<sup>٤</sup> وفي المادة السادسة عشر " للممارس الصحي - في غير الحالات الخطرة والعاجلة- أن يعتذر عن علاج المريض لأسباب مهنية أو شخصية مقبولة"<sup>٥</sup> مما يعني أنه لا يحق للممارس الصحي الاعتذار في الحالات الخطرة والعاجلة. وتؤكد المادة الثالثة عشر على أهمية الحالات الطارئة وما لها من

١ - مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٨٥، ص ١١١

٢ - النظام الأساسي للحكم، المادة ٣١/٢٧، مرسوم ملكي رقم ١٠/أ بتاريخ ١٤٢١٧/٨/٢٧هـ

٣ - النظام الصحي، المادة الرابعة فقرة (هـ)، مرسوم ملكي رقم م/١١ بتاريخ ١٤٢٣/٣/٢٣هـ، قرار مجلس الوزراء رقم ٧٦ بتاريخ ١٤٢٣/٣/٢٣هـ

٤ - نظام مزاوله المهن الصحية، المادة الثامنة، مرسوم ملكي رقم م/٥٩ بتاريخ ١٤٢٦/١١/٤هـ، قرار مجلس الوزراء رقم ٢٧٦ بتاريخ ١٤٢٦/١١/٣هـ

٥ - نظام مزاوله المهن الصحية، المادة السادسة عشر.

خصوصية حيث نصت المادة على أنه "لا يجوز للممارس الصحي في غير الحالات الطارئة إجراء الفحوص أو العلاج بالمقابل أو بالمجان في الصيدليات أو الأماكن غير المخصصة لذلك"<sup>1</sup> وهذا يعكس لنا أن المشرع السعودي يجيز الفحص في الحالات الطارئة في الأماكن الغير معدة لذلك والهدف سلامة المريض والحفاظ على صحته.

كما نصت اللائحة التنفيذية لنظام المؤسسات الصحية الخاصة في المادة الحادية عشر على التزام أقسام الطوارئ بتوفير الكادر الصحي الملائم والتجهيزات الطبية اللازمة لتقديم العلاج للحالات الطارئة التي ترد إلى أقسام الطوارئ " قسم الطوارئ: يلزم توفير طبيب نائب إسعاف، وعدد اثنين من قسم التمريض على الأقل على مدار اليوم، وغرفة عزل مكتملة التجهيزات، وسيارة إسعاف مجهزة لنقل الحالات الاسعافية"<sup>2</sup> ونصت المادة السادسة عشر من ذات النظام على " تلتزم المؤسسة الصحية الخاصة بتقديم العلاج الإسعافي لجميع الحالات الطارئة الخطرة الواردة إليها وذلك دون مطالبة مالية قبل تقديم العلاج"<sup>3</sup>

ومما سبق فإنه يظهر جلياً أن الأنظمة الصحية السعودية في المملكة العربية السعودية قد أحسنت في إلزامها الممارس الصحي والمؤسسات الصحية الخاصة والعامّة بعلاج الحالات الاسعافية الطارئة دون مطالبة مالية تسبق تقديم العلاج، وبغض النظر عن جنسية المريض أو جهة عمله.

إلا أن هذه الأنظمة واللوائح قصرت في أمور:

أولاً: ما يتعلق بخصوص إجراءات الفحص التي يلتزم بها الممارس الصحي في ظل النظام الصحي السعودي فقد نص المشرع في المادة الثامنة من نظام مزاوله المهن الصحية أن التزام الممارس الصحي هو بتقديم المساعدة الممكنة، وذلك يعكس أن الالتزام هنا علاجي وليس تشخيصي ومن المعروف أن العمل الطبي له مراحل تبدأ بالفحص أو التشخيص ثم العلاج، فالأولى جعل الالتزام

1 - نظام مزاوله المهن الصحية، المادة الثالثة عشر.

2 - نظام المؤسسات الصحية الخاصة، المادة الحادية عشر، مرسوم ملكي رقم م/ ٤٠ بتاريخ ١٣/١٢/١٤٢٢هـ، قرار مجلس الوزراء رقم ٢٤٠ بتاريخ ١٠/١٢/١٤٢٢هـ.

3 - نظام المؤسسات الصحية الخاصة، المادة السابعة عشر.

بالتشخيص حيث إن هناك حالات لا يظهر عليها علامات الخطورة في حين أن المريض قد يعاني من نزيف داخلي على سبيل المثال.

ثانياً: لم توضح الأنظمة الصحية السعودية آلية استيفاء أجور الرعاية الصحية، حيث ألزمت المؤسسات الصحية الخاصة بالعلاج بدون طلب الأتعاب ولم تنص على موعد وآلية استيفاء تلك الأجور.

ثالثاً: جاءت المادة الثامنة من نظام مزاوله المهن الصحية خالية من توضيح التزامات الممارس الصحي في حال اتخاذ قرار النقل ومتى يحق له ذلك وما هي الالتزامات التي يجب عليه القيام بها إذا كان المريض يرغب بالنقل وحالته الصحية لا تقبل ذلك. ومن تلك الأمور المهمة التي يجب أن يلتزم بها الممارس الصحي عند النقل أخذ توقيع المريض أو من ينوب عنه على ورقة النقل موضحاً بها عدة أمور أساسية مثل سبب النقل، المخاطر التي قد تنتج جراء النقل، الفوائد المتعلقة بقرار النقل. ومن ثم يجري البحث عن مركز صحي يستقبل الحالة على أن يقوم الممارس الصحي بالتنسيق ويقوم بتصوير جميع الفحوصات التي تمت من قبل المستشفى ويتم ارسالها مع المريض وذلك لمنع خوض المريض مجدداً لنفس الفحوصات مما يؤدي إلى تأخر تقديم العلاج له.

### المطلب الثالث

#### التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات الطارئة الواردة

##### لإقسام الطوارئ في نظام (EMTALA) الأمريكي

كان قانون EMTALA قد صدر وذلك بعد قضية يوجين بارنز الذي أصيب بطعنه في رأسه، وتم نقل يوجين إلى مستشفى بروكسايد في سان بابلو، كاليفورنيا، في ٢٨ يناير ١٩٨٥م. حضر طبيب الطوارئ والموظفين على الفور، وقام الطبيب بطلب أشعة مقطعية (CT) للدماغ، والتي كشفت عن وجود حالة طارئة تستدعي التدخل الجراحي الفوري من قبل طبيب الأعصاب. طبيب الطوارئ اتصل بطبيب

جراحة الأعصاب المناوب الذي بدوره رفض الحضور. تم التواصل مع طبيب جراحة أعصاب آخر (وأيضاً في مستشفى بروكسايد والذي أيضاً رفض الحضور كونه ليس الطبيب المناوب تلك الليلة. جرت محاولات لنقل المريض إلى مستشفيات أخرى، تم رفض الحالة حتى وافق مستشفى سان فرانسيسكو العام قبول المريض بشرط مراقبة طبيب الطوارئ له في النقل. خضع السيد بارنز لعملية جراحة على الفور ولكن نتيجة لإصابته والتأخر الذي حدث في تقديم الرعاية الصحية الطارئة، توفي بعد ٣ أيام.<sup>١</sup>

أصدر كونغرس الولايات المتحدة نظام Emergency Medical Treatment and Labor Act (EMTALA) في عام ١٩٨٥.<sup>٢</sup> وبذلك، تم وضع معياراً للرعاية الطبية الطارئة وقوانين تحدد التزامات المستشفيات والأطباء بعلاج الحالات الطارئة. بعد إصدار نظام EMTALA، جعل الكونغرس من أقسام الطوارئ بالمستشفيات مصدر أساسي للمجتمع في الحصول على الرعاية الطارئة.<sup>٣</sup> كان الهدف من EMTALA هو ضمان الوصول إلى الخدمات الطبية الطارئة ومنع ممارسة رفض أو نقل المرضى الغير قادرين على الدفع بدون أن تستقر حالتهم

1 Equal Access to Health Care: Patient Dumping: Subcommittee on Human Resources and Intergovernmental Relations to the House Comm. On Governmental Operations, H.R. REP. No. 531. 100th Cong., 2d Sess., at 6-7 (1988)

2 The Emergency Medical Treatment and Active Labor Act (EMTALA) was passed by the US Congress in 1986 as part of the Consolidated Omnibus Reconciliation Act (COBRA), much of which dealt with Medicare issues. The law's initial intent was to ensure patient access to emergency medical care and to prevent the practice of patient dumping, in which uninsured patients were transferred, solely for financial reasons, from private to public hospitals without consideration of their medical condition or stability for the transfer. Although only 4 pages in length and barely noticed at the time, EMTALA has created a storm of controversy over the ensuing 15 years, and it is now considered one of the most comprehensive laws guaranteeing nondiscriminatory access to emergency medical care and thus to the health care system. Even though its initial language covered the care of emergency medical conditions, through interpretations by the Health Care Financing Administration (HCFA) (now known as the Centers for Medicare and Medicaid Services), the body that oversees EMTALA enforcement, as well as various court decisions, the statute now potentially applies to virtually all aspects of patient care in the hospital setting. Thus, all physicians on the hospital staff, not just emergency physicians, need to be familiar with its general requirements.

3 Bitter-man RA. Providing Emergency Care under Federal Law: EMTALA, AM. College of Emergence Physicians (2000), p. xiii

الصحية. يتطلب EMTALA أن جميع المرضى الذين يقدمون إلى أقسام الطوارئ يحصلون على فحص طبي في الوقت المناسب وتقدير الرعاية الطبية لهم حتى تستقر حالتهم الصحية بغض النظر عن القدرة على الدفع. في حالة عدم توفر الخدمات المتخصصة اللازمة لاستقرار الحالة الطارئة، يجب نقل المرضى إلى مستشفى بديل للحصول على مستوى أعلى من الرعاية الصحية. كما يجب أن تقبل المستشفيات المستقبلية نقل المرضى الذين يحتاجون إلى خدمات متخصصة إذا كان لدى المنشأة الإمكانيات اللازمة لعلاج المريض.<sup>1</sup>

يلزم نظام Emergency Medical Treatment and Labor Act (EMTALA) الأمريكي الممارسين الصحيين "qualified medical personnel" والمستشفيات في الحالات التي يكون بالمستشفى قسم طوارئ أو أي مكان يمكن للمريض الوصول له والفحص عن حالته الصحية<sup>2</sup> وطلب أي فرد من قسم الطوارئ الفحص أو العلاج لحالته الطبية فيجب على المستشفى توفير الفحص الطبي المناسب في حدود إمكانيات المستشفى لتحديد ما إذا كان هناك حالة طبية طارئة أو لا. هذا ولا يمانع نظام (EMTALA) من طلب بعض البيانات الأساسية للمريض حتى وإن تعلقت ببيانات التأمين على أن لا يتسبب ذلك في تأخير فحص المريض، إلا أنه يمنع أن يمتد ذلك ليصل إلى تأخير المريض بعذر التأكد من تغطية التأمين أو التواصل مع الشركة للحصول على الموافقة المسبقة للفحص حتى وإن تطلب الفحص تقنيات متقدمة ذات تكلفة مادية مرتفعة فالنظام لا يسمح بتأخير الفحص تماماً وذلك تحقيقاً لسلامة المريض.

- 1 Ansell DA, Schiff RL. Patient dumping. Status, implications, and policy recommendations. JAMA. 1987;257:1500-1502.
- 2 "Patient dumping is not a practice that is limited to emergency rooms. If a hospital determines that a patient on the ward has developed an emergency medical condition, it may fear that the costs of treatment will outstrip the patient's resources and seek to move the patient elsewhere" Lopez v. Hawavek. 98 F3d 1594 (1st Cir 1999).
- 3 Examination and treatment for emergency medical conditions and women in labor. 42 USC 1395dd (1986).

## التزامات المراكز الصحية:

١. يفرض النظام الأمريكي (EMTALA) على أقسام الطوارئ وضع قائمة بأسماء الأطباء المناوبين لتتحمل المؤسسات الصحية تغيب أحدهم عن الحاجة إليه.
٢. القيام بفحص طبي مناسب لتحديد ما إذا كانت الحالة طارئة أم لا.
٣. في حال كانت الحالة طارئة، فإن على المستشفيات التزام توفير العلاج الطبي حتى تستقر الحالة، في حال لم يكن لدى المستشفى الإمكانيات اللازمة لعلاج الحالة الطارئة، تلتزم بنقل المريض للمركز الصحي المناسب والذي تتوفر فيه الامكانيات اللازمة.
٤. تلتزم المراكز الصحية المتخصصة التي تنقل لها الحالات الطارئة بقبولها وتقديم الرعاية الصحية اللازمة لها حتى تستقر الحالة الصحية للمريض.

## التزامات الطبيب المناوب:

١. يلتزم الطبيب المناوب بالتجاوب مع أي اتصال من قبل المركز الصحي الذي يعمل لديه، أو أي اتصال من مركز صحي آخر يرغب في تحويل حالة طارئة له.
٢. يلتزم الطبيب المناوب بالحضور في حال تم استدعاؤه، بغض النظر عن التخصص فبمجرد الطلب تقوم المسؤولية على الطبيب المناوب بالحضور.
٣. هذا وتلتزم المؤسسات الصحية بتوفير ممارسين صحيين في القائمة لكل تخصص تقوم المستشفى عادةً بعلاجه فإذا فرضنا أن المؤسسة الصحية لا تقدم خدمات علاجية لمرضى العظام، فهي غير ملزمة بتضمين اسم ممارس صحي متخصص بذلك في القائمة. أما ما يتعلق بعدد الممارسين الصحيين في القائمة فإن النظام يفرض ٣ على الأقل لكل تخصص وإذا كان عدد الممارسين في التخصص واحد أو اثنين فيجب تضمين أسماؤهم في القائمة

بشكل مستمر أما إذا كان هناك أكثر من ثلاثة ممارسين فيجوز التبديل بينهم على الأقل العدد عن ثلاثة.<sup>1، 2</sup>

### الالتزام بفحص الحالات الواردة لقسم الطوارئ:

من خلال التزام الممارس الصحي بفحص الحالات الواردة على غرف الطوارئ طبقاً للنظام الأمريكي (EMTALA) يتبين لنا أن الالتزام بفحص المريض هو التزام قانوني يبذل من خلاله الممارس الصحي العناية الضرورية للكشف عما إذا كان المريض يعاني من حالة طارئة فيتم علاجها. فالمقابل نجد أن المشرع السعودي نص في نظام مزاوله المهن الصحية في المادة الثامنة " يجب على الممارس الصحي الذي يشهد أو يعلم إن مريضاً أو جريحاً في حالة خطرة أن يقدم له المساعدة الممكنة أو ان يتأكد ممن يتلقى العناية الضرورية"<sup>3</sup> ومنه يتبين لنا أن المشرع السعودي ربط تقديم العلاج بالحالات الخطرة في وقت يلزم المشرع الأمريكي من تقديم الفحص ابتداء بغض النظر عما إذا كان الشخص لا تظهر عليه علامات تدل على وجود إصابات بالغة، فعلى سبيل المثال قد يصاب شخص بألم في الرأس ويظهر بعد الفحص أن هناك نزيف بالدماغ فلو لا الفحص لما عُرف ذلك.

يشمل نطاق الالتزام بالفحص في ظل النظام الأمريكي (EMTALA) ليس محصوراً على وصول المريض لتلك المؤسسات بل يشمل أيضاً سيارات الإسعاف المملوكة لتلك المؤسسات فمسئولية المؤسسة الصحية بالفحص تقوم بمجرد دخول المريض سيارة الإسعاف. أما في الحالات التي يدخل بها المريض سيارات الإسعاف المملوكة للدولة فإن المسؤولية تقع على المؤسسة الصحية بمجرد تواصل المسعفين مع

1 Groth S.J., Belev D., et al. Emergency department back-up panels: a critical component of the safety net problem. In: Fields W, editor. Defending America's Safety Net. Dallas: American College of Emergency Physicians; 1999. pp. 25-28

2 Glauser J. Screening examinations, stabilization, and the law. Emergency Medicine News. 2000;(June):26

<sup>3</sup> - نظام مزاوله المهن الصحية، المادة الثامنة

قسم الطوارئ وإبلاغهم بمعلومات وحالة المريض الصحية فبمجرد الإبلاغ يعد المريض وصل للمؤسسة وتقوم حينها المسؤولية القانونية بالفحص.<sup>1</sup> هذا ويشمل الالتزام بالفحص عدد من الأمور الواضحة في نظام (EMTALA) حيث أن الفحص لا يقتصر على سؤال المريض عن التاريخ المرضي فحسب أو يكتفي باستقبال المريض فيما يعرف بال (Triage)<sup>2</sup> بل هو فحص مستمر ينتهي فقط عندما يتم التأكد بأن حالة المريض الصحية جيدة أو حالته أصبحت مستقرة بغض النظر عن طول المدة التي يستغرقها الفحص أو الأدوات التي يتطلبها للتأكد من حالة المريض الصحية. لذلك قد يتضمن الفحص في الحالات العادية كل من التحاليل الطبية أو بعض أنواع الأشعة الطبية أو استشارة طبيب كل ذلك يقع تحت مصطلح الفحص. أما الحالات الأكثر تعقيداً فقد تتطلب إجراءات فحص أكثر بحكم أن الحالة المرضية معقدة، وفي كل الأحوال تقوم مسؤولية الطبيب إذا لم يقدم الفحص اللازم وبقاس ذلك على الفحص المعتاد والثابت علمياً لمريض بحالة مماثلة.<sup>3</sup>

#### الالتزام بنقل الحالات الخطرة:

يعد التزام الممارس الصحي بنقل المريض هو ثاني الالتزامات التي يضمنها النظام الأمريكي لمرضى الحالات الطارئة في ظل نظام (EMTALA)، فإذا تم التحقق من خلال الفحص أن المريض في حالة طارئة فإنه يقع التزاماً على الممارس الصحي تقديم العلاج اللازم حتى تستقر حالة المريض. هذا ويجوز نقل المريض إلى مؤسسة صحية أخرى بحيث لا يؤثر ذلك على صحته، ولنقل المريض لم تستقر حالته لمركز صحي آخر يجب أن يكون هناك طلب من المريض أو أحد ذويه حال عجزه بعد إبلاغه بالمخاطر المحتملة جراء هذا النقل وتوضيح مسؤولية المؤسسة القانونية ببذل العناية اللازمة لعلاج الحالة، فإذا أصر المريض أو أحد ذويه حال عجزه على النقل فلا مانع. كما يمكن نقل المريض إلى مركز صحي آخر متى ما كتب الممارس

1. Arrington v. Wong, No. 98-17135 (9th Cir 2001).

2 - محطة يتم استقبال مرضى الطوارئ لديها لأخذ بعض العلامات الأولية مثل قياس الضغط ونسبت القلب.

3 Frew SA. Patient Transfers: How to Comply with the Law. Dallas: American College of Emergency Physicians; 1995. Introduction to patient transfer regulations; pp. 1-2

الصحي شهادة يوضح بها الحالة الصحية وقت النقل وأن النقل يعود بفائدة أكبر من بقاء المريض في الحالية ويوضح تلك الاعتبارات.<sup>1</sup>

## المبحث الثاني

### المطلب الأول

#### المسئولية المدنية المترتبة على عدم قيام الممارس الصحي

##### بعلاج الحالات الطارئة الواردة لأقسام الطوارئ

تعرف المسئولية المدنية بأنها "التزام المدين بتعويض الضرر الذي يترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه"<sup>2</sup> إن المسئولية المدنية أساسها الإخلال بأي التزام قانوني، ولو لم يكن يكفله قانون العقوبات، مادام قد ترتب على هذا الإخلال بهذا الالتزام ضرر للغير. وتهدف هذه المسئولية إلى إصلاح ما نشأ عن التصرفات من ضرر، ووسيلتها في ذلك تعويض من أصابه الضرر.

هذا وتنقسم المسئولية المدنية إلى مسئولية عقدية وأخرى تقصيرية، فالتعاقدية هي "ضمان الضرر الناشئ عن الإخلال بالعقد" والتقصيرية هي "ضمان الضرر الناشئ عن الفعل الضار"<sup>3</sup>. وفي موضوع البحث يصعب علينا تصور المسئولية العقدية إذا أن الامتناع عن اسعاف الحالات الطارئة يستحيل قيام علاقة تعاقدية بالتالي لا مجال لاعتبار المسئولية عقدية، لذا تقوم المسئولية التقصيرية.

وقد نظام المشرع السعودي في نظام مزاوله المهن الصحية أحكام المسئولية المدنية التي تنشأ عن إخلال الممارس الصحي بالالتزامات التي فرضها عليه القانون حيث نصت المادة السابعة والعشرون من نظام مزاوله المهن الصحية على "....." ويأتي هذا النص القانوني ليؤكد الأركان التي تقوم عليها المسئولية المدنية التي تتكون من:

1 Examination and treatment for emergency medical conditions and women in labor. 42 USC 1395dd (1986).

2 - أحمد حسن الحباري، المسئولية المدنية للطبيب في ضوء النظام الأردني والقانون الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٨م، ص١٣.

3 - د. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسئولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١م، ص٥٤-٥٣.

## أولاً: الخطأ

وهو إخلال الفرد بموجب يقع عليه، ومفروض عليه تنفيذه قانوناً أو اتفاقاً<sup>١</sup> كما عرف مجلس مجمع الفقه الإسلامي الخطأ بأنه "الإخفاق في إتمام فعل مخطط له كما استُهدف بسبب إهمال أو تقصير ونحوهما".<sup>٢</sup> ذكرت المادة السابعة والعشرون بعض الحالات التي تعد من قبيل الخطأ المهني على سبيل المثال لا الحصر ولم تذكر منها الامتناع عن علاج الحالات الطارئة، إلا أن النظام عرف الخطأ الطبي بأنه "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون وواجبات المهنة على الطبيب، متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين أن في قدرته وواجباً عليه أن يكون يقظاً وحذراً في تصرفه حتى لا يضر بالمريض".<sup>٣</sup> من خلال التعريف السابق يمكن اعتبار عدم تدخل الممارس الصحي بتقديم العلاج اللازم يعد من قبيل الخطأ الطبي، كونه يعد إخلال بواجبات الممارس الصحي التي فرضها القانون عليه ويترتب على عدم القيام بها نتائج جسيمة.

## ثانياً: الضرر

وهو "حالة نتجت عن فعل إيجابي أو سلبي مست بالنقص أو بما يعنيه قيمة مادية أو معنوية، أو كلاً منهما للشخص".<sup>٤</sup> ويعرف الضرر فقهيّاً بأنه "حالة نتجت عن فعل طبي إيجابياً أو سلباً مست بالأذى جسم الشخص، وقد يستتبع ذلك نقصاً في مال الشخص، أو في عواطفه ومعنوياته".<sup>٥</sup> هذا ويعد ركن الضرر جوهرى لقيام المسؤولية

١ - د. حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم، الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء الفقه الإسلامي والنظام المدني، مطابع المشهوري، الطائف، ٢٠١٧م، ص ٢١٣.  
٢ - قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٢٣ (٧/٢٢٣) المتخذ في دورته الثالثة والعشرون بمدينة المنورة، خلال الفترة: من: ١٩-٢٢ صفر ١٤٤٠هـ الموافق: ٢٨ أكتوبر- ١ نوفمبر ٢٠١٨م.

٣ - نظام مزاولة المهنة الصحية، المادة السابعة والعشرون.

٤ - الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣١٩.

٥ - الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء الفقه الإسلامي والنظام المدني، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

المدنية إذ أن اصلاح الضرر الناتج عن الفعل الضار هو السبب في قيام المسؤولية المدنية.

وفي خصوص الحالة الطارئة نجد أن الضرر يتمثل إما بوفاة المصاب وإما بفقدانه أياً من أعضائه وإما بتفاقم الحالة الصحية للمريض. لذلك انتفاء الضرر يمنع الرجوع على الطبيب بالتعويض إذ لا سبب له لذا وجب اشتراط توافر عنصر الضرر.

### ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

وهي "أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض المضرور".<sup>1</sup> لذا إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي عنه لا يد له فيه؛ كقوة قاهرة، أو حادث فجائي، أو فعل المضرور، أو فعل الغير، كان غير ملزم بالتعويض. إذ لا بد من أن يكون الضرر الذي وقع على المصاب يعود سببياً إلى خطأ الطبيب في امتناعه عن إسعافه على الرغم من حالته الطارئة، ودون أن يحجبه عنه عامل خارجي يكفي لاستغراقه؛ إذ العلاقة السببية تنعدم في حالة السبب الأجنبي. فلو أن المصاب مات بسبب طارئ آخر لا علاقة له بالإصابة المتعلقة بالحالة الطارئة، فإن هذا يمنع قيام المسؤولية التقصيرية؛ لانتفاء العلاقة بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب، والضرر الذي وقع بالمصاب.

والمسؤولية المدنية التي ستشأ من جراء إخلال الطبيب بالتزامه في إسعاف الحالة الطارئة تختلف بحسب الأثر الناتج عن هذا الإخلال، ويتم تقدير التعويض فيها بحسب نظر الهيئة الصحية الشرعية بحكم الاختصاص.<sup>2</sup>

1 - الرجيز في النظرية العامة للتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٢

2 - نظم مزاولة المهنة الصحية، المادة الرابعة والثلاثون.

## المطلب الثاني

### طبيعة التزام الممارس الصحي بعلاج الحالات

#### الطارئة الواردة لأقسام الطوارئ

تكمن أهمية تحديد التزام الممارس الصحي بتقديم العناية اللازمة بأنها التزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجة في مسألة اثبات المسؤولية. ففي الالتزام ببذل عناية لا تقوم مسؤولية الممارس الصحي إلا إذا أقام المريض دليلاً على تقصيره أو إهمال في بذل العناية الواجبة. والعكس تماماً إذ كان الالتزام بتحقيق نتيجة فتقوم المسؤولية على عاتق الممارس الصحي بمجرد عدم تحقيق النتيجة ما لم يثبت سبباً أجنبياً أحال دون تحقيق النتيجة. لذلك سنوضح نوع التزام الممارس الصحي بتقديم العلاج اللازم لمرضى الحالات الطارئة.<sup>1</sup>

من المسلم به وبوجه عام أن القواعد القانونية الخاصة بالمهنة الصحية تنص على أن التزام الممارس الصحي هو التزام ببذل عناية سواء كانت العلاقة بين الممارس الصحي والمريض عقدية أو غير عقدية. ويتجلى ذلك في نظام مزاولة المهنة الصحية السعودي في مادته السادسة والعشرون على أن مسؤولية الممارس الصحي في علاجه لمرضاه هي التزام ببذل يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها.<sup>2</sup> هذا ولا شك أن الأصل في التزام الممارس الصحي هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة حيث إن الشفاء بيد الله عز وجل وهو أمر احتمالي غير مؤكد.<sup>3</sup> هذا ويستند الفقه في تحديد العناية اللازمة إلى معيار يعرف بـ(الاحتمال) فيكون الالتزام دائماً ببذل عناية إذا كانت الغاية من الالتزام غير محققة الوقوع أو احتمالية.<sup>4</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن المستوى المهني للممارس الصحي لا يفرض عليه التزاماً محدداً بزوال المرض، إذ يتوقف الشفاء على عوامل واعتبارات خارجة

1 - د. دلال عبدالرحمن، مسؤولية الأطباء الجزائية، مجلة للعلوم والشريعة والقانون، المجلد ٢٩، العدد ١، الجامعة الأردنية، ١٩٩٩م.

2 - نظام مزاولة المهنة الصحية، المادة السادسة والعشرون.

3 - د. محسن عبدالحميد إبراهيم البنية، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٣م.

4 - د. عبدالحميد الشارابي، مسؤولية الأطباء والصيدلانية والمستشفيات منشأة المعرف بالإسكندرية، ١٩٩٨م.

عن إرادة الممارس الصحي كضعف البنية الجسمية للمريض أو زيادة سوء الحالة المرضية. وعليه لا يتحمل الممارس الصحي العادي نفس التزامات الممارس الصحي المتخصص. بالمقابل تؤثر ظروف المكان على التزام الممارس الصحي ببذل العناية، حيث إن المركز الذي تتوفر به أدوات وأجهزة طبية مطورة تختلف فيه الظروف عن مستشفى آخر منعزل ويفتقر لمثل تلك الإمكانيات. فالالتزام بالممارس الصحي ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية يصعب في ظل محدودية الإمكانيات المتوفرة. لذلك نجد أن نظام المؤسسات الصحية الخاصة ألزمت كلاً من أقسام الطوارئ بالمستشفيات وفي المجمعات الطبية العامة والمتخصصة والعيادات الخاصة بتوفير الأدوية الإسعافية الضرورية.<sup>1</sup>

وكما أن لكل أصل استثناء فهناك استثناءات على التزام الممارس الصحي ببذل عناية يقظة. يرى الدكتور (محسن عبدالحميد البنية) أن تطور الطب ولعدم مقدرة القاضي من تعديل القواعد القانونية التي تميل لمصلحة الممارس الصحي فلا مجال إلا بالالتفاف على القاعد القانونية وتطويعها لتخفيف عبء الإثبات على عاتق المريض وذلك في مواجهة القول الغالب أن التزام الممارس الصحي هو التزام ببذل عناية ولا يضمن الشفاء. فمواجهة التطورات العلمية المذهلة يوجب الاعتراف أن هناك التزامات على عاتق الممارس الصحي بتحقيق نتيجة إضافة إلى التزامه ببذل عناية يقظة وبهذا تتحقق علاقة متوازنة بين الطبيب والمريض.<sup>2</sup>

1 - نظام المؤسسات الصحية الخاصة، المادة السابعة عشر.

2 - د. محسن عبدالحميد البنية، المرجع السابق.

## الخاتمة

أشكر الله سبحانه وتعالى، على أن يسر لي الانتهاء من إعداد هذه الدراسة، والتي أختتمها بتوضيح أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال الدراسة.  
أولاً: النتائج:

- ١- تميز الفقه الإسلامي على التشريع الوضعي في إغاثة الملهوف وإعانة من يخشى عليه الهلاك، وتأكيد التكافل والتكاتف بين أفراد المجتمع بما يؤكد أحقية هذه الشريعة الربانية بأن تكون المصدر الأساسي للتشريع كما هو المعمول به في بلادنا الحبيبة.
- ٢- اتفقت الأنظمة الصحية السعودية مع الفقه الإسلامي في التزام الممارس الصحي بإسعاف المصاب في الحالة الطارئة، وفي قيام المسؤولية القانونية والشرعية عند الامتناع عن الإسعاف دون مبرر أو مسوغ يجيز هذا الامتناع.
- ٣- رعاية النظام الصحي في المملكة العربية السعودية للحالات الطارئة، وذلك من خلال التشريعات الصحية.
- ٤- أن المصالح التي جاءت التشريعات بحفظها لا تتحقق بمجرد الدعوة إليها، والحض على فعلها فحسب، بل تحتاج إلى نظام عقابي يعد رافداً لتأكيد حمل الجماعات والأفراد على ما يستلزمه تطبيقها؛ جمعاً بين وازع القرآن ووازع السلطان.

## ثانياً التوصيات:

- ١- تضمين نظام مزولة المهن الصحية تعريف خاص بالحالات الطارئة.
- ٢- تعديل تعريف الحالات الطارئة في نظام المؤسسات الصحية الخاصة، بحيث يشمل جميع الحالات التي ترد على أقسام الطوارئ.
- ٣- جعل التزام الممارس الصحي في غرف الطوارئ التزاماً بالتشخيص أولاً ثم بالعلاج إذا ظهر له أن الحالة تستدعي ذلك.
- ٤- توضيح التزامات المؤسسات الصحية الخاصة بتعيين أطباء مناوبين في كل تخصص دقيق تشتهر به المؤسسة الصحية الخاصة.
- ٥- النص على مسؤوليات الأطباء المناوبين في حال التخلف عن تشخيص أو علاج الحالات الطارئة.
- ٦- النص على الإجراءات المتبعة عند نقل الحالة من مؤسسة صحية لأخرى.

## قائمة المراجع

أولاً: المراجع الشرعية:

- الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، للإمام أبي عبدالله بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، دار الكتب العلمية، بيروت.
- المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (٤٨٣هـ-)، ط. دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٣٩٨هـ/١٩٩٠م.
- المغني، لموفق الدين عبد الله بن أحمد (٦٢٠هـ-)، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ)، ط. دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- حكم الامتناع عن إسعاف المريض، د. فيصل بن سعيد بالعمش، وهو بحث مطبوع ضمن أعمال مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني الذي أقامته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، في الرياض بتاريخ ٢٥-٢٧/٤/١٤٣١هـ.
- دقائق أولى النهي لشرح المنتهي المعروف بشرح منتهى الارادات لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١هـ)، دار عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ-)، دار ابن كثير، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧/١٩٨٧م.
- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٦١هـ-)، دار إحياء التراث، بيروت.
- لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي (٧١١هـ-)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

• لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (٧١١هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م.

• مسند الإمام أحمد، لأحمد بن حنبل الشيباني (٢٤١هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٩ م.

• معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩١هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م.

ثانياً: المراجع القانونية:

• أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام الأردني والقانون الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٨ م.

• د. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١ م.

• المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، للمستشار: منير رياض حنا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨ م.

• د. حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم، الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء الفقه الإسلامي والنظام المدني، مطابع المشهوري، الطائف، ٢٠١٧ م.

• د. عبدالحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالدة والمستشفيات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨ م.

• د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤ م.

• د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، الريان للطباعة والنشر، الرياض، ١٩٩٧ م.

• مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٨٥، ص ١١١

- د. محسن عبدالحميد إبراهيم البنية، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٣م.
- د. نائل عبدالرحمن، مسؤولية الأطباء الجزائية، مجلة العلوم والشريعة والقانون، المجلد ٢٩، العدد ١، الجامعة الأردنية، ١٩٩٩م.

### ثالثاً: المراجع الأجنبية:

- Arrington v. Wong, No. 98-17135 (9th Cir 2001).
- Ansell DA, Schiff RL. Patient dumping. Status, implications, and policy recommendations. JAMA. 1987;257:1500-1502.
- Bitter-man RA. Providing Emergency Care under Federal Law: EMTALA, AM. College of Emergence Physicians (2000), p. xiii
- Equal Access to Health Care: Patient Dumping: Subcommittee on Human Resources and Intergovernmental Relations to the House Comm. On Governmental Operations, H.R. REP. No. 531, 100<sup>th</sup> Cong., 2d Sess., at 6-7 (1988).
- Examination and treatment for emergency medical conditions and women in labor. 42 USC 1395dd (1986).
- Frew SA. Patient Transfers: How to Comply with the Law. Dallas: American College of Emergency Physicians; 1995. Introduction to patient transfer regulations; pp. 1-2
- Glauser J. Screening examinations, stabilization, and the law. Emergency Medicine News. 2000;(June):26
- Groth SJ, Begley D, et al. Emergency department back-up panels: a critical component of the safety net problem. In: Fields W, editor. Defending America's Safety Net. Dallas: American College of Emergency Physicians; 1999. pp. 25-28
- Lee, Tiana Mayere. "An EMTALA primer: The impact of changes in the emergency medicine landscape on EMTALA compliance and enforcement." *Annals Health L.* 13 (2004): 145.
- Treatment will outstrip the patient's resources, and seek to move the patient elsewhere" Lopez v. Hawayek, 98 F3d 1594 (1st Cir 1999).
- Zibulewsky, Joseph. "The Emergency Medical Treatment and Active Labor Act (EMTALA): what it is and what it means for physicians." *Proceedings (Baylor University. Medical Center)* 14.4 (2001): 339.

## رابعاً: الأنظمة والقرارات الوزارية:

- النظام الأساسي للحكم، المادة ٣١/٢٧، مرسوم ملكي رقم أ/٩٠ بتاريخ ١٤٢١٢/٨/٢٧هـ
- النظام الصحي، المادة الرابعة فقرة (هـ)، مرسوم ملكي رقم م/١١ بتاريخ ١٤٢٣/٣/٢٣هـ قرار مجلس الوزراء رقم ٧٦ بتاريخ ١٤٢٣/٣/٢٢هـ
- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٢٢٣ (٧/٢٣) المنعقد في دورته الثالثة والعشرون بالمدينة المنورة، خلال الفترة من: ١٩-٢٣ صفر ١٤٤٠هـ، الموافق: ٢٨ أكتوبر - ١ نوفمبر ٢٠١٨م.
- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠ هـ، الموافق ٢٦ - ٣٠ إبريل ٢٠٠٩م.
- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٤٢ (١٥/٨) المنعقد في دورته الخامسة عشر بمسقط، من ١٤ إلى ١٩ المحرم ١٤٢٥هـ، الموافق ٦-١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤م.
- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٥) في الدورة السابعة المنعقدة بجدة بالمملكة العربية السعودية في ٧-١٢ من ذي القعدة لعام ١٤١٢هـ، الموافق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢م.
- نظام مزاولة المهن الصحية، المادة الثامنة، مرسوم ملكي رقم م/٥٩ بتاريخ ٤ / ١١ / ١٤٢٦ هـ قرار مجلس الوزراء رقم ٢٧٦ بتاريخ ٣ / ١١ / ١٤٢٦ هـ
- نظام المؤسسات الصحية الخاصة، المادة الحادية عشر، مرسوم ملكي رقم م/ ٤٠ بتاريخ ٣/١١/١٤٢٣هـ قرار مجلس الوزراء رقم ٢٤٠ بتاريخ ٢٦/١٠/١٤٢٣هـ

**ولاية التصرفات المالية للقصر  
دراسة فقهية مقارنة بقانون إنشاء الهيئة العامة  
لشؤون القصر الكويتي**

د. مريم أحمد علي الكندري  
مدرس بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية  
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية  
جامعة الكويت

## ملخص البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان دور الشريعة الإسلامية في المحافظة على المال الذي يعد أحد الضروريات الخمس التي تقوم عليها مقاصد الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال سن الأحكام الشرعية المتعلقة بالولاية على أموال القصر للنظر في شؤونهم وأموالهم بما يحقق لهم المصلحة ويعود عليهم بالمنفعة.

وقد تناول البحث تعريف الولاية التصرفات المالية للقصر، ومن ثم ذكر أقسام التصرفات المالية، والأشخاص الذين تثبت لهم الولاية، وبيان التصرفات الولي التي يجب فيها على الولي أذن من القاضي قبل التصرف فيها، وذلك حفاظاً على مال القاصر من الضياع ومن تعريضه للخطر، مع دراسة مقارنة لقانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر في دولة الكويت.

وقام البحث على المنهج الاستقرائي من خلال استقراء كتب الفقهاء الأصيلة وما جاء فيها عن الولاية على أموال القاصرين، والمنهج التحليلي من خلال دراسة مفهوم ولاية التصرفات المالية للقصر، ثم بيان أقسام التصرفات المالية، والتصرفات التي تحتاج إلى إذن القاضي، وكذلك والمنهج المقارن وذلك بمقارنة ما جاء من أحكام الولاية على أموال القصر في الفقه الإسلامي بما وجد في قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر.

ويخلص هذا البحث إلى بيان الدور الهام الذي تقوم به دولة الكويت في المحافظة على أموال القاصرين من خلال سن القوانين جاءت وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

**الكلمات الدالة: الولاية، التصرفات المالية، القصر.**

**The guardianship of minors' financial disposals**  
A jurisprudential, Comparative Study with the Law of  
Establishing the Kuwaiti General Authority for Minors Affairs

Dr. Mariam Alkandari,

Professor at the Comparative jurisprudence and the legitimate politics  
department,

Faculty of sharia and Islamic studies – Kuwait University,

**Abstract**

This study aims to clarify the role of Islamic Sharia in the preservation of money, which is one of the five necessities on which the purposes of the Islamic Shariah are based, by enactment of the legal provisions related to the guardianship of minors' financial disposal so as to achieve their interest and benefit

The study addressed the definition of the minors' financial disposal, the sections of the financial disposals, and the persons who is entitled this guardianship, and also demonstrated guardian acts that require authorization of the judge before disposal, to preserve the minor's money from loss, with a Comparative Study with the Law of Establishing the Kuwaiti General Authority for Minors Affairs.

This study used the inductive approach through the induction of jurists' essential books related to that matter, used the analytical approach by demonstrating the sections of the financial disposal and the acts of the guardian which requires judge authorization and also used the comparative approach by comparing the provisions guardianship of minors' financial disposal in the Islamic jurisprudence, as found in the Law of Establishing the Kuwaiti General Authority for Minors Affairs.

This research concludes the demonstration of the great role played by the State of Kuwait in preserving minors' money through the enactment of laws in accordance with the provisions of Islamic Sharia.

**Keywords:**

Guardianship, financial disposals, minors.

الحمد لله رب العالمين، حمداً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الشريعة الإسلامية شريعة خالدة تصلح لكل زمان ومكان، فهي شريعة تعنى بتحقيق المصالح ودرء المفساد عن البشرية؛ لإعانتهم على أداء واجب العبودية لله سبحانه وتعالى، وذلك من خلال المحافظة على المقاصد الشرعية الكبرى ومنها حفظ المال الذي يعد أحد الضروريات الخمسة التي حرصت الشريعة الإسلامية على المحافظة عليها، ولعظم هذا المقصد فقد جعل من صفات عباد الرحمن أنهم يحافظون على أموالهم من الإسراف والتبذير ومجاوزة الحد في الإنفاق، وأنهم لم يقتروا ويقصروا عما لا بد لهم منه<sup>(١)</sup>، قال تعالى: {وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا} [سورة الفرقان: ٦٧]، ولأن حفظ المال يحتاج إلى أن يكون الإنسان رشيداً كامل الأهلية حتى يحسن التصرف في ماله بما يحقق له النفع، فقد جعلت الشريعة الإسلامية للولي النظر في شؤون القاصر بإدارته واستثماره إلى أن يبلغ سن الرشد فيدفع له، وإن لم يوجد ولي فالسلطان ولي من لا ولي له، فله أن ينظر في شؤون القاصر وأمواله بنفسه أو بواسطة أحد نوابه من ولاة وقضاة ونحوهم<sup>(٢)</sup>.

ولقد أنشأت دولة الكويت الهيئة العامة لشؤون القصر، لتقوم نيابة عن الحاكم بالنظر في شؤون القاصرين وأموالهم للمحافظة عليها من الضياع، ولها جميع الصلاحيات المخولة للوصي أو الولي، وفق أحكام الشريعة الإسلامية، حسب ما جاء في المادة (١) من قانون رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٣ في شأن إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر<sup>(٣)</sup>، وهو القانون الذي بني عليه هذا البحث.

(١) معالم التنزيل في تفسير القرآن، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط١، ١٤٢٠ هـ، ٣/٤٥٦.

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر - دمشق، ط١، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، ١/٤٨٨.

(٣) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us> /قوانين-الهيئة

وهنا تكمن أهمية البحث من خلال بيان الأحكام الشرعية المتعلقة في التصرفات المالية للقصر، ودور الكويت في حماية أموال القاصرين والمحافظة عليها من خلال سنها للقوانين التي تعين على ذلك.

### مشكلة البحث:

بالإمكان تلخيص مشكلة الدراسة بعدة أمور، ممتثلة في الأسئلة التالية:

١. ما هي التصرفات المالية للقصر وما هي أقسامها؟
٢. لمن تكون الولاية على القصر، وما هي ترتيبها مقارناً ما بين الفقه الإسلامي وقانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر في دولة الكويت؟
٣. ما هي التصرفات الموقوفة على أخذ الإذن مقارناً ما بين الفقه الإسلامي وقانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر في الكويت مقارناً في الفقه الكويتي؟
٤. ما هي الحالات التي تنتهي فيها الولاية مقارناً ما بين الفقه الإسلامي وقانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر في دولة الكويت؟

### جديد البحث:

يتناول هذا البحث بيان دور دولة الكويت في المحافظة على أموال القصر بما يحقق لهم المصلحة ويعدو عليهم بالنفع، من خلال سن قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر، والذي يستل مواده من أحكام الشريعة الإسلامية، وإن لم يوجد فيها نص طبقت أحكام الشريعة الإسلامية.

### الدراسات السابقة:

بعد الاطلاع على الدراسات السابقة التي تناولت موضوع حفظ أموال القاصرين والولاية عليها، فقد اخترت الأقرب منها لموضوع هذه الدراسة:

١. شرح قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر بالكويت، د. محمد عبد الرزاق الطبطبائي، دائرة الأوقاف وشؤون القصر - دبي، ٢٠٠٦، ونوقشت الدراسة في مؤتمر شؤون القصر في دبي.

تناول الباحث في هذه الدراسة بشرح المواد بشكل مختصر، ولم يقارنها بما جاء في الفقه الإسلامي إلا في مسألتين أو أكثر توسع في الحاشية بذكر تفسيرها في الفقه الإسلامي، وبهذا يفارق هذا البحث الذي يتطرق إلى التصرفات المالية

للقاصر في الفقه الإسلامي ومن ثم بيان ما يوجد عنها في قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر في دولة الكويت.

٢. إدارة واستثمار أموال الأيتام في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصر، رسالة ماجستير في جامعة اليرموك، إعداد: أحمد عايد خليف دبلان، إشراف: د. زكريا محمد القضاة، ١٩٩١م - ١٤٢١هـ.

تناول الباحث في هذه الرسالة الولاية على اليتيم من خلال التصرف المشروع في ماله من خلال تناول أساليب استثمار أمواله حسب أحكام الشريعة الإسلامية، وبين تصور إمكانية تنمية أموال اليتامى بشكل مؤسسي، من خلال التطبيقات المعاصرة لإدارة واستثمار أموال الأيتام في الأردن والكويت كنماذج عملية، وخص بالذكر الهيئة العامة لشؤون القصر ودورها البارز في استثمار أموال الأيتام من خلال بيان قانونها ونظامها، والهيكل الإداري فيها، وأساليب الاستثمار التي تقوم بها، وأما ما تقوم عليه هذه الدراسة فهي المسائل الفقهية المتعلقة بولاية التصرفات المالية للقصر والأحكام المتعلقة بها ومع مقارنتها بقانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر.

٣. عائدات استثمار أموال القصر وأحكامها في الفقه الإسلامي - دراسة تطبيقية على الهيئة العامة لشؤون القصر في دولة الكويت ومؤسسة تنمية أموال الأيتام في المملكة الأردنية، أطروحة دكتوراه في الجامعة الأردنية، إعداد: نواف فهد العازمي، إشراف: عماد الزيادات، ٢٠١٦م.

تناولت الأطروحة بيان أحكام عائدات استثمار أموال القصر في الفقه الإسلامي وما تقوم به الهيئة العامة لشؤون القصر ومؤسسة تنمية أموال الأيتام، وبيان طبيعة هذه الجهات في القيام بدور الوسيط ما بين القصر والجهات الاستثمارية الأخرى، وبيان مفهوم عائدات الاستثمار وعلاقته بالاستثمار الجماعي لأموال القصر وما يترتب على ذلك، وعالجت أبرز الإشكالات في موضوع تحقق الأرباح وقياسها وتوزيعها على القصر وبيان المستند الشرعي لها، وأما هذا البحث فقد جاء لبيان التصرفات المالية للقصر وبيان دور الولي فيما يقوم به من

تصرفات مالية تحقق المصلحة للقاصر في الفقه الإسلامي مقارناً بما جاء في قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر.

٤. التصرفات الضارة في أموال القصر وتطبيقاتها في القضاء الكويتي، رسالة ماجستير في جامعة الإمام محمد بن سعود، إعداد: سالم بادي العجمي، إشراف: عبدالله بن ناصر السلمي، ١٤٢٧هـ - ١٤٢٨هـ.

اقتصر الباحث في هذا البحث على بيان التصرفات الضارة للقاصر في معاملات المالية، وفي فقه الأسرة، وما يتعلق بإيقاع الوصي النقص بمال القاصر، مع ذكر تطبيقات من القضاء الكويتي، وبهذا تفارق الرسالة موضوع هذا البحث الذي تناول التصرفات المالية بشكل عام مع مقارنتها بما جاء في قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر.

٥. السياسة الشرعية في رعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم - دولة قطر أنموذجاً، علي عبد الله العون، عبد الله إبراهيم الكيلاني، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٣، العدد ٢، ٢١٠٦، ص ٦١١.

تناولت الدراسة أحد أوجه السياسة الشرعية المتمثلة بحفظ الضعفاء المعرضين للخطر بوضع التدابير الشرعية، وإنشاء المؤسسات الهادفة لاستثمار أموال القصر ومن في حكمهم، ببيان ما ذكره الفقهاء من أحكام الولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، مقارناً بقانون الولاية على أموال القاصرين في دولة قطر، والهيئة المكلفة رسمياً بإدارة أموالهم في دولة قطر، وهذا ما يفارق هذا البحث فإنه جاء ببيان أحكام الولاية على القاصرين في الفقه الإسلامي مقارناً بما جاء في قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر.

#### منهجي في البحث:

اتبعت في كتابة البحث على عدة مناهج منها المنهج الاستقرائي من خلال استقراء كتب الفقهاء الأصيلة وما جاء فيها عن ولاية أموال القصر، والمنهج التحليلي من خلال دراسة مفهوم ولاية التصرفات المالية للقصر، ثم بيان أقسام التصرفات المالية، والتصرفات التي تحتاج إلى إذن القاضي، وكذلك المنهج المقارن وذلك

بمقارنة ما جاء من أحكام الولاية على أموال القصر في الفقه الإسلامي بما وجد في  
قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر  
خطة البحث:

المقدمة.

المبحث الأول: تعريف التصرفات المالية للقصر.

المطلب الأول: الولاية لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف التصرفات المالية.

الفرع الأول: تعريف التصرفات لغة واصطلاحاً.

الفرع الثاني: تعريف المالية لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف القاصر فقهاً وقانوناً.

المبحث الثاني: أقسام التصرفات المالية.

المبحث الثالث: الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية.

المبحث الرابع: تصرفات الولي الموقوفة على إذن القاضي.

المطلب الأول: التصرف بعقارات ومنقولات القاصر.

المطلب الثاني: القيام بالأعمال التجارية، واستثمار أموال القاصر.

المطلب الثالث: قبول التبرعات أو رفضها.

المطلب الرابع: قسمة مال القاصر بالتراضي.

المطلب الخامس: الصلح والتحكيم، والتنازل عن الحقوق.

المطلب السادس: نفقه وتزويج القاصر.

المبحث الخامس: انتهاء الولاية.

المطلب الأول: إن كان مال القاصر في خطر.

المطلب الثاني: بلوغ القاصر السن القانوني.

الخاتمة.

**المبحث الأول**  
**تعريف التصرفات المالية للمقصر**  
**المطلب الأول**  
**الولاية لغة واصطلاحاً**

**أولاً: تعريف الولاية لغة:**

من مادة ولي، والولاية بالكسر الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، والولاية تشعر بالتدبير وإدارة الفعل، والولاية تطلق على النصر، يقال: هم علي ولاية أي مجتمعون في النصر، والولي: ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته<sup>(١)</sup> يتبين مما سبق أن المراد بالولاية في اللغة هو الرعاية والنظر في مصلحة ما وكل إلى الشخص من عمل يتعلق بمن يقوم عليه.

**ثانياً: تعريف الولاية اصطلاحاً:**

عرفت الولاية عند الفقهاء بأنها: تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى، في النفس أو المال أو فيهما معاً<sup>(٢)</sup>.

ويتضح من التعريف السابق أن المراد بالولاية عند الفقهاء هو الإيجاب على ما يراه الولي من مصلحة متعلقة فيمن يقوم عليه سواء كانت تتعلق في نفسه أو في ماله أو فيهما معاً، والذي يهمننا في هذا البحث هو نظر الولي المتعلق بأموال القاصرين حسب ما تقتضيه مصلحتهم، بحسب ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية.

**ثالثاً: الوصاية من الألفاظ ذات الصلة بمفهوم الولاية:**

وهي في اللغة: من مادة (وصي) يقال أوصى إلى فلان، أي جعله وصيه يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته، ويقوم على شؤون الصغير، والوصاية: الولاية على القاصر<sup>(٣)</sup>، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء عن المعنى اللغوي، فعرفت الوصاية بالعهد على من يقوم على من بعده<sup>(٤)</sup>.

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، دار العلم للملايين - بيروت، ٦/ ٢٥٣، لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري، دار صادر - بيروت، ٣، ١٤١٤هـ، ١٥/ ٤٠٧.  
(٢) التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص ٢٥٤، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي، دار الفكر - بيروت، ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ٥٥/٣.

(٣) المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، دار الدعوة، ٢/ ١٠٨٣.

(٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، ١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ٦٦/٤.

وقد جاء في المادة (١) من قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر: (تتشأ هيئة عامة لشؤون القصر وتكون لها شخصية اعتبارية وميزانية ملحقة، ويشرف عليها وزير العدل وتسمى الهيئة العامة لشؤون القصر، ويكون لهذه الهيئة جميع الاختصاصات المخولة للوصي أو القيم أو المشرف...) (١) فالهيئة العامة لشؤون القصر تقوم بدور الولاية على أموال الفاصرين بحسب السلطة المخولة لها من قبل الحاكم الذي تكون هي من أنابها للنظر في شؤون القصر بحسب ما تقتضيه المصلحة والأمانة.

## المطلب الثاني

### تعريف التصرفات المالية:

#### الفرع الأول

#### تعريف التصرفات لغة واصطلاحاً:

أولاً: التصرفات لغة:

من مادة صرف، يقال صرف يصرف، صرفاً، فهو صارف، والمفعول مصروف، ويقال صرف المال: أنفقه، وصرف العملة: حولها وبداها بمتلها، أو باعها بعملة أخرى، وصرف همه إليه: انقطع له، وصرف الشخص: خلى سبيله، أو رده وأمره بالابتعاد، وصرف الله قلوبهم: أي أضلهم، وصرفه عن الأمر: رده عنه. يتبين مما سبق أن مفهوم التصرفات في اللغة يقوم على عدة معان، والذي يهمنا هو ما له صلة بهذا البحث من كون التصرفات متعلقة بالمال، أي إنفاقه وتقليبه في مختلف المعاملات المالية.

#### ثانياً: تعريف التصرفات اصطلاحاً:

عرف التصرف في الفقه بأنه: هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار (٢).

يتضح من التعريف السابق أن التصرف عند الفقهاء يطلق على ما يقوم به الإنسان من أقوال وأفعال ويترتب عليها نتائج قد تكون في صالحه أو قد تشتمل على

(١) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us> /قوانين-الهيئة  
(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، أ. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر - سورية - دمشق، ط ٤، ٤ / ٢٩٢٠.

ضرر يلحق به، والمراد في هذا البحث هي الأقوال والأفعال التي يقوم بها الإنسان في المعاملات المالية المتعلقة بما يملكه من مال.

## الفرع الثاني

### تعريف المالية لغة واصطلاحاً:

أولاً: مفهوم المالية لغة:

من مادة مول، وهو كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان، بيت المال: خزينة الدولة، توظيف المال: استثماره، المال العام: ما تملكه الدولة، ذو مال: غني، رأس المال: جملة المال المستثمر في عمل ما، ويقابلها الدخل الذي ينتج منها<sup>(١)</sup>.

تدل المعاني اللغوية للمال على أنه ما كل ما يملكه الإنسان من متاع وغيره، ويكون ذا قيمة تجعله قابلاً للتبادل والاستثمار.

ثانياً: مفهوم المالية اصطلاحاً:

يطلق لفظ المال عند الفقهاء على ما يجري فيه البذل والمنع ويميل إليه طبع الإنسان ويمكن اتخاره إلى وقت الحاجة<sup>(٢)</sup>.

ويتضح من التعريف السابق أن المال يشمل كل ما يملكه الإنسان ويكون له قبول وقيمة عند الناس بحيث يصلح أن يكون قابلاً للتبادل، وأداة للادخار، سواء كان ما يملكه عقاراً أو منقولاً.

## المطلب الثالث

### تعريف القاصر فقهاً وقانوناً:

أولاً: تعريف القاصر في اللغة:

إن لفظ القاصر في اللغة مأخوذ من مادة قصر، يقال قصر يقصر قصوراً، فهو قاصر، وقصرت النفس: طلبت القليل والخسيس منه، وقصر عن عمله: أهمله وتهاون

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب، ط١، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م، ٣/ ٢١٣٩.  
(٢) التعريفات الفقهية، محمد عيم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ص ١٩١.

فيه، والقاصر اسم فاعل من قصر، ويطلق على من لم يبلغ سن الرشد فيوضع تحت حماية وعناية وصي<sup>(١)</sup>.

يتبين من التعريف السابق بأن المقصود بالقاصر في اللغة على الشخص إذا كان مميزاً ولكنه لم يبلغ السن الذي يكون فيه أهلاً للتصرف في ماله، فيعين له من يرعى شؤون حياته وفق ما تقتضيه المصلحة.  
ثانياً: تعريف القاصر في الفقه:

لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء القدامى مفهوماً للقاصر، ولكن ورد عنهم ما يدل على مجناه اللغوي مثل لفظ الصغير واليتيم، فقد تناولوا مسألة اليتيم إذا بلغ فإنها لا تدفع إليه إلا إذا أنس منه الرشد<sup>(٢)</sup>، مصداقاً لقوله تعالى: {وَإِيتُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} [سورة النساء: ٦]، أي يجب أن يختبر الصغير بأن يعطى القليل من المال لينظر كيف سيتصرف فيه، فإن حسن تدبيره وبان حرصه على ماله وظهر رشده دفع إليه ماله وإلا فلا، حتى يظهر رشده<sup>(٣)</sup>، وقد عرف عند المعاصرين بأن القاصر هو: من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقداً لها كغير المميز، أم ناقصها كالمميز<sup>(٤)</sup>.

ويتبين من التعريف السابق أن القاصر يطلق على من لم يكن أهلاً لأن تصدر منه التصرفات على الوجه الذي يعتد بها في الشريعة الإسلامية، سواء كان صغيراً غير مميز، أو كان مميزاً ولكنه غير راشد، فلا يعد أهلاً لما يسند إليه من مسؤوليات، وقد لا يحسن التصرف في التصرف فيما يملكه من مال.

ثالثاً: تعريف القاصر في القانون:

يطلق لفظ القاصر عند القانونيين على: من لم يبلغ السن القانوني<sup>(٥)</sup>.

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، ٣/ ١٨٢١.  
(٢) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ١٢٦/٢٤.

(٣) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط٢، ١٢٨٤هـ - ١٩٦٤م، ٣٤/٥.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته، ١٠، ٧٣٢٧.

(٥) الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، كمال حمدي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص: ١٧.

يدل التعريف السابق على أن لفظ القاصر يطلق على الشخص منذ ولادته إلى أن يبلغ السن القانوني بحسب كل دولة<sup>(١)</sup>، فلا يكون ذا أهلية كاملة تؤهله للتصرف بماله حتى يبلغ هذا السن.

## المبحث الثاني

### أقسام التصرفات المالية(٢)

يعد حفظ المال من المقاصد الشرعية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية، والتي دعت إلى المحافظة عليه وحسن استثماره بالطرق الشرعية المعتمدة، وعلى ذلك فإن تصرف الإنسان في أمواله ينقسم إلى ثلاثة أنواع، موضحة في الآتي:

أولاً: التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

وهي التصرفات التي تعود على صاحبها بالمنفعة والخير، فتزيد من ماله وتكثر من خيره، والتي يترتب عليها دخول شيء في ملكه بدون مقابل، كأن قبوله الهدية، والصدقة، والوصية، والوقف، فهي من التصرفات التي تقبل منه دون التوقف على إجازة من يقوم عليه بالولاية أو الوصاية.

ثانياً: التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

وهي التصرفات الضارة ضرراً محضاً للصغير لو تصرف في ماله تصرف يؤدي إلى خروج الشيء من ملكه، كأن يتبرع بماله، أو يقرضه، أو يتصدق به، وغيرها من التصرفات التي يكون فيها إضاعة لماله، فلا تصح منه ولو أجازها الولي أو الوصي؛ لأن إجازتها مخالفة لمقصود الولاية التي تقوم على المحافظة على مال

(١) جاء في القانون الكويتي المدني (١٩٨٠/٦٧) في المادة (٩٦): "١ كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية، ما لم يكن قد حكم قبل ذلك باستمرار الولاية أو الوصاية على ماله، ٢ - وسن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة، ٣ ويستمر من بلغ سن الرشد مكتمل الأهلية، ما لم يطرأ عليه عارض من عوارضها..."<sup>(١)</sup>، فيكون السن القانوني لبلوغ الرشد في دولة الكويت هو واحد وعشرون عاماً حتى يكون كامل الأهلية، وما قبل ذلك فهو يعد قاصراً.

(٢) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدرى باشا، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط٢، ١٣٠٨ هـ - ١٨٩١م، ص٢٨، جواهر العقود ومعين القضاة والموقنين والشهود، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٧هـ، ٣٦٥/١، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ص٤/٢٤٥، كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي، دار الكتب العلمية، ١٥٩٧/٧، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ط٢، دار السلاسل-الكويت، ١٤٠٤-١٤٢٧هـ، ١٥٩٧/٧.

القاصر، كما أنهما لا يملكان مباشرة هذه التصرفات في مال الصغير بحكم ولايتهم فلا يملكان إجازتها.

### ثالثاً: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

وهي التصرفات المالية التي تدور ما بين نفع يعود على القاصر، أو ضرر يلحق به من خلال المعاوضات المالية من بيع وإجارة وغير ذلك، وهذه التصرفات موقوفة على الإذن<sup>(١)</sup> \_ كما سيتبين في المبحث الرابع \_.

وأما تصرف القاصر في ماله بعد إذن الولي فقد اختلف فيه الفقهاء، فعند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة<sup>(٢)</sup>، أن تصرف القاصر بعد إذن الولي في المعاوضات المالية، صحيح نافذ، لقوله تعالى: {وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} [سورة النساء: ٦]، فقد أمر الله بوجوب اختبار اليتيم قبل البلوغ، والقاصر عاقل مميز فيصح تصرفه بالإذن<sup>(٣)</sup>.

وذهب الشافعية، ورواية عن أحمد<sup>(٤)</sup> إلى عدم صحة تصرف القاصر؛ لأنه لا يجوز للولي أن يأذن للصغير في التجارة، فلا تتعد تصرفاته ولو كان مأذوناً له؛ لما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم: رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق<sup>(٥)</sup>، فلا يؤخذ الصبي على أفعاله حتى يدرك سن البلوغ<sup>(٦)</sup>.

والراجح نفاذ التصرفات المالية للصغير إذا أذن له الولي، لما جاء في الآية من اختبار اليتيم في تصرفاته المالية قبل أن يدفع إليه المال، وهذا يعد من باب التدريب

(١) المراجع السابقة.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، ١٥٤/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، ٣/٣٠٤، المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ٣/٤.

(٣) تفسير الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي الطبري، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط١، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م، ٤٩٨/٢.

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني، دار المنهاج - جدة، ط١، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ٢٢٥/٦، المبدع في شرح المقنع، ٤/٣٢٠.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق - باب الطلاق في الإغلاق والكره - لم ينكر رقم للحديث، ٤٥/٧.

(٦) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي العيني، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ٢٥٥/٢٠.

له، فيختبره بقليل من المال يدفعه له ، لينظر هل يتصرف فيه بحسب مصلحته وما يعود عليه من النفع، أم يقوم بتبذيره، ويقوم الولي بإعانتة على تمييز التصرفات النافعة من الضارة، فيكون خير توجيه له فيما لو دفع إليه ماله في المستقبل، وأما ما الحديث الذي استدل به الشافعية، فيمكن أن يجاب عنه فيما لو تصرف الصغير دون إذن من الولي، فلا عبرة لتصرفه.

وقد جاء في المادة (٢٠) من قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر بأنه: (يجوز لمجلس إدارة الهيئة أن يأذن للصغير المميز عند بلوغ الثامنة عشرة من عمره بإدارة أمواله كلها، أو بعضها، إذا آنس منه القدرة على ذلك، وله أن يسحب هذا الإذن أو يقيده، ولا يشترط في الإذن أو سحبه أو تقييده أن يتم بإشهاد رسمي)<sup>(١)</sup>، فيتبين من المادة السابقة أن قانون القصر في الكويت يمنح الهيئة العامة لشؤون القصر صلاحية اختبار القاصر إذا بلغ ثماني عشرة سنة من خلال تمكينه بالتصرف في أمواله سواء كان تصرفاً تاماً في جميع أمواله، أو يكون تصرفاً مقيداً ببعض ماله، ويكون تحت إشرافها ومراقبتها، وفي حالة ظهور عدم أهليته في التصرف في ماله، فللهيئة الصلاحية بسحب هذا الإذن أو تقييده بحسب ما تراه من مصلحة، وعلى التقسيم السابق للتصرفات المالية فإن للهيئة أن تنظر في ما يقوم به القاصر من تصرف في ماله، إن كان يعود عليه بالنفع فيمضي، أو كان يعود عليه بالضرر المحض فيمنع عنه، أو يكون دائراً ما بين النفع والضرر، فيختبر في تصرفه إن كان يريد أن يحقق المنفعة والمصلحة لنفسه أو أن تصرفه يدل على عدم رشده في يوقف الإذن له بإدارة أمواله<sup>(٢)</sup>، وهذا ما ورد عن الفقهاء من وجوب اختبار الشخص إذا

(١) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us> /قوانين-الهيئة  
(٢) جاء في القانون المدني (١٩٨٠/٦٧)، ما يؤيد اختبار القاصر في التصرف في أمواله، للنظر في أهلية إبرامه للعقود، فقد جاء في المادة (٩٤)، بأن: (للصغير المميز، عند بلوغه الخامسة عشرة، أهلية إبرام عقد العمل، إن كان غير محدد المدة، فإن كان محدداً، فلمدة لا تتجاوز سنة. كما أن له، ببلوغه هذه السن، أهلية التصرف في أجره وفي غيره مما يكسب من عمله، على أن تكون مسؤوليته عن تصرفاته في نتاج عمله، في حدود ما كسبه منه من أموال، ويجوز للمحكمة، عند الاقتضاء، وبناء على طلب الولي أو الوصي أو إدارة شؤون القصر، أو أي ذي شأن آخر، أن تقيّد أهلية الصغير في التصرف في أجره وفي غيره مما يكسبه من عمله. وعندئذ تجري أحكام الولاية أو الوصاية، على حسب الأحوال).

سلم إليه المال لاختبار رشده فتيين عكس ذلك، قال ابن العربي: (إذا سلم المال إليه بوجه الرشد، ثم عاد إلى السفه بظهور تذبذب وقلة تدبير عاد عليه الحجر)<sup>(١)</sup> .

### المبحث الثالث

#### الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية

اختلف الفقهاء في ترتيب الأولياء في الولاية على القاصر، كما هو موضح في

الآتي:

- ذهب الحنفية إلى أن الأب هو أولى الأولياء بالقاصر، ومن ثم يليه وصيه وبعده وصي وصيه، ومن ثم تنتقل الولاية إلى الجد، ومن بعده وصيه، ومن ثم وصي وصيه، ثم تنتقل إلى القاضي ثم من ينصبه القاضي<sup>(٢)</sup> .
  - وذهب المالكية إلى أن الولاية تكون للأب ويليه وصية، ومن ثم وصي الوصي، وتنتقل من بعدهم إلى الحاكم<sup>(٣)</sup> .
  - وذهب الشافعية إلى أن الولاية تكون للأب ثم الجد، ثم وصيهما، ثم القاضي، أو من ينصبه القاضي<sup>(٤)</sup> .
  - وذهب الحنابلة إلى أن الولاية تثبت للأب ابتداء ثم لوصيه ثم تنتقل إلى الحاكم<sup>(٥)</sup> .
- يتبين مما سبق أن الفقهاء اتفقوا على تقديم الأب في الولاية على الصغير، ولكنهم اختلفوا في من يليه على ولاية القاصر، فالحنفية والشافعية جعلوا للجد أحقية في الولاية بخلاف المالكية والحنابلة فتنتقل الولاية من بعد الأب إلى الوصي ومن ثم إلى الحاكم، والذي يترجح عند الباحثة أن الولاية تنتقل للأب ثم للوصي وثم إلى الحاكم كما ذهب إليه الحنابلة، لأن الأب يتصرف بحسب شفقتة على الصغير ومحبتة له، فلا يعين لهم في الغالب إلا من يراه هو الأصلح في النظر في شؤونهم ومصالحهم سواء عين الأب وصياً أو العم أو غيره مما يراه أهلاً للنظر في شؤون

(١) أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيلي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط٣، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ٤٢٠/١.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٥٥/٥.

(٣) حاشية السوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة السوقي، دار الفكر، ٢٩٩/٣.

(٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط٣، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م، ١٨٧/٤.

(٥) المبدع في شرح المقنع، ٣٠٨/٤.

ابنه، فإن لم يكن هناك وصي، تنتقل الولاية للحاكم ليقوم بالنظر في شؤون القاصر، لأنه ولي من لا ولي له<sup>(١)</sup>، أو يعين من يقوم بشؤون القاصر سواء كان من أقاربه أو أي شخص ينوب عنه، وعلى ذلك فإنه متى ما توافرت الشروط في الولي أو الوصي<sup>(٢)</sup> كان أولى الناس في التصرف بأموال القاصر حسب ما يراه من مصلحة ومنفعة تعود عليه، ولكن من باب مصلحة القصر والمحافظة على أموالهم نصت المادة (١٥) من قانون إنشاء هيئة القصر بأنه: (لا يجوز لأي من الورثة البالغين أو شركاء المتوفى عن قصر أو حمل مستكن، التصرف في أموال التركة أو المال المشترك، اعتباراً من تاريخ الوفاة، وحتى حصر الهيئة العامة لشؤون القصر لهذه الأموال، على أن يتم ذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغ الهيئة بالوفاة، ويقع باطلاً كل تصرف يتم من جانبهم في هذه الفترة بغير إذن كتابي من الهيئة.)<sup>(٣)</sup> فأبطلت أي تصرف بمال القاصر بعد وفاة المورث، حفاظاً على حق القاصر وماله، ولذلك جاءت المادة (١٣) من قانون الهيئة بأن (على الورثة البالغين والشركاء في الأموال أن يخطرأ مختار المنطقة خلال أسبوع بوفاة كل شخص توفي عن قصر أو حمل مستكن، وبانفصال هذا الحمل وبوفاة الولي أو الوصي المختار أو بغياب أيهما، وعلى مختار المنطقة أن يبلغ ذلك للهيئة العامة لشؤون القصر خلال أربع وعشرين ساعة من وقت إبلاغه أو علمه بذلك)<sup>(٤)</sup>، ومن ثم فإن الهيئة تقوم بحسب ما جاء في المادة (١٤): (... باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق القصر أو الحمل المستكن، وحصر أموالهم الثابتة والمنقولة، وجميع ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات، ولها في سبيل ذلك فتح الأماكن المغلقة بحضور واحد أو أكثر من الورثة البالغين، بعد إخطار الورثة البالغين جميعاً أو بحضور أحد أعضاء النيابة العامة، ولها استلام الأموال والمنشآت وإدارتها)<sup>(٥)</sup>، وإضافة إلى سبق فإن من مهام هيئة

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ٤٨٨/١.

(٢) يشترط في ثبوت الولاية أن تتوافر في الولي عدة شروط منها ما اتفق عليها الفقهاء كأن يكون بالغاً عاقلاً حراً مسلماً، ومنها ما كانت محللاً للخلاف كالعدالة، والذكورة، والرشد، انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ٤١ / ٢٥١.

(٣) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us> قوانين-الهيئة

(٤) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us> قوانين-الهيئة

(٥) المرجع السابق.

شؤون القصر في دولة الكويت ليس قاصراً على ولاية من لا وصي لهم بل تشتمل كذلك على الإشراف على جميع الأوصياء في أدائهم لواجباتهم بحسب ما تقتضيه مصلحة القاصر كما ذكرت المادة (٢) من قانون إنشاء الهيئة: (تتولى هذه الهيئة: أ. الوصاية على القصر من الكويتيين الذين لا ولي ولا وصي لهم، وعلى الحمل المسنن الذي لا وصي له، ... ج. الإشراف على تصرفات الأوصياء والقائمة الآخرين إذا عهدت إليهم المهمة بذلك) (١).

### المبحث الرابع

#### تصرفات الولي الموقوفة على إذن القاضي

الأصل في الشريعة الإسلامية أن التصرفات المالية للولي على أموال القاصر نافذة بحسب ما اكتسبه من حق الولاية ابتداءً، ولكن قيدت بعض تصرفاته بإذن القاضي مصلحة للقاصر وحفاظاً على أمواله من الضياع، وهذا ما أخذ به قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر بتقييد بعض تصرفات القائم على أموال القاصر، وقد قيدت تصرفات الهيئة بالإذن على الرغم من أن لها شخصية اعتبارية، تمكنها من القيام بجميع الاختصاصات المخولة للوصي أو القيم أو المشرف على أموال القصر، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بحسب ما جاء في المادة (١) من قانون إنشاء الهيئة (٢)، إلا أن تصرفاتها مقيدة بالإذن في بعض الحالات، منها:

#### المطلب الأول

##### التصرف بعقارات ومنقولات القاصر:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للولي أن يتصرف في عقار القاصر ومنقوله بحسب ما يراه من مصلحة راجحة كالنفقة عليه من بيع عقاره إن لم يكن له مالاً، أو بيعه بثمان أكثر من ثمنه، أو حاجة لآبد منها كالخوف على العقار من الخراب والهالك؛ لكمال شفقة الولي على ولده، فتكون تصرفاته من باب الحرص على مصلحة القاصر، إلا أن الحنفية قيدوا تصرف الوصي في بيع العقار بحسب الضرورة

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

موقوف على إجازة القاضي، وأضاف المالكية إلى وجوب اقتران الضرورة ببينة تبين أن البيع كان لمصلحة أو حاجة<sup>(١)</sup>.

وكذلك اتفق الفقهاء على جواز إجازة الولي لمال القاصر على وجه المصلحة، واختلفوا فيما لو بلغ القاصر قبل انتهاء عقد الإجازة، كأن يقوم الولي بتأجير مال القاصر مدة يتحقق بلوغه في أثنائها، هل يلزم العقد أم يكون له حق فسخ عقد الإجازة، ذهب الحنفية وهو القول الصحيح عند الشافعية وقول عند الحنابلة إلى أن عقد الإجازة لازم لا يبطل بالبلوغ، كما لو أن الولي باع عقاره، فلزم العقد بحق الولاية، لأن الولي تصرف في ماله على وجه النظر والمصلحة، فلا يثبت له الخيار بالبلوغ، وذهب المالكية وهو قول عند الشافعية والحنابلة إلى أن العقد يصبح غير لازم بالبلوغ، ويخير القاصر، لأن الولاية انتهت ببلوغه<sup>(٢)</sup>، قد استثنى الحنفية من جواز إجازة الولي المال الصغير فيما إذا كانت الإجازة طويلة، كما لو أجر الولي أرض الصبي ثلاث سنوات فلا يجوز<sup>(٣)</sup>.

والذي أراه أنه إذا كان الأصل في تصرفات الولي أنها تقوم على النظر فيما هو أصلح للقاصر، فإنه لن يؤجر مال القاصر إلا بما يحقق له النفع، فبالتالي فإن عقد الإجازة يعتبر لازماً ولو بلغ القاصر في أثنائها، وأما إن قام بتأجير ماله القاصر مدة طويلة كتلات سنوات كما ذكر الحنفية، فقد يكون فيه إضراراً بالقاصر لتقلب أحوال السوق، كما لو أجر عقاراً بأجرة قليلة، ومن ثم ارتفع سعر السوق فتكون الأجرة قليلة تضر بالقاصر، ففي هذه الحالة الأولى أن يخير القاصر إذا بين إمضاء العقد أو فسخه.

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣ هـ، ٢١٢/٦، الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط١، ١٩٩٤ م، ١٧٠/٧، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ١٥٣/٣، كشف القناع عن متن الإقناع، ٤٥١/٣.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، ١٧٨/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٢/٤، المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية، ٢٦٦/٢، المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، مكتبة القاهرة، ٣٤٨ / ٥

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، ٢٩٩/٧.

ولم يخالف قانون إنشاء الهيئة فيما ذهب إليه جمهور الفقهاء من نفاذ تصرف الولي في مال القاصر بحسب ما يراه من مصلحه، ولكن من باب الحرص على مال القاصر والمحافظة عليه، جعلت تصرف الولي في العقار والمنقول وكذلك تصرف الهيئة مقرون بالإذن لضمان حق القاصر وحرصاً عليه، فقد جاء في المادة (٧) من قانون إنشاء الهيئة بأنه لا يجوز للهيئة إلا بإذن مجلس الإدارة، في حال: (أ - التصرف في العقار متى كان التصرف ناقلاً للملك، أو مرتباً لحق عيني أصلي أو تباعي أو تغييره أو نقله، ب - التصرف في المنقولات، أو الحقوق الشخصية، أو الأوراق المالية، فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة العادية)<sup>(١)</sup>، وكذلك نصت المادة (٧) على وجوب أخذ الإذن من مجلس الإدارة عند: (و - إجارة العقار لمدة أكثر من ثلاث سنوات، أو لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة)<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### القيام بالأعمال التجارية، واستثمار أموال القاصر:

ذهب جمهور الفقهاء<sup>(٣)</sup> على أن للولي المتاجرة في مال القاصر، لاستثمار مال القاصر وتنميته بما فيه خير يعود على القاصر، كأن يدفع مال القاصر إلى الغير للمضاربة به مقابل جزء من الربح، أو أن يستأجر شخصاً يقوم بالمتاجرة بمال القاصر، لتنمية ماله، لقوله تعالى: {قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ} [سورة البقرة: ٢٢٠]، أي النظر في مصلحة اليتيم سواء كانت متعلقة بنفسه من القيام على تربيته وتعليمه، أو من خلال إصلاح ماله واستثماره بالمتاجرة كل لا ينقص عند النفقة عليه<sup>(٤)</sup>، وقوله تعالى: قال تعالى: {وَلَوْ كُنَّا تَقْرِيبًا مَا لَأَنِتَّمِينَ إِلَّا بِأَلْتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ} [سورة الأنعام: ١٥٢]، أي لا تقربوا مال اليتيم إلا بما فيه

(١) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us/> /قوانين-الهيئة

(٢) المرجع السابق.

(٣) المبسوط ٢٠/٢٢، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين الفراوي الأزهرى، دار الفكر، بدون طبعة، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ٢/٢٤٤، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١٢٧/٢، المعنى لأبن قدامة، ١٨١/٤.

(٤) مفاتيح الغيب، عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط٣، ١٤٢٠ هـ، ٤٠٥/٦.

تتميته وتحصيل الربح به فلا يكون تصرف الولي في مال القاصر إلا على وجه النظر بما يعود عليه من نفع ومصلحة<sup>(١)</sup>.

وهذا ما أخذ به قانون إنشاء الهيئة، من جواز تنمية مال القاصر من خلال المتاجرة فيه والعمل على استثماره بما يعود على القاصر من مصلحة<sup>(٢)</sup>، ولكن قرنت هذه التصرفات بوجوب أخذ الإذن قبل القيام بها، فقد جاء في المادة (٧) من قانون إنشاء الهيئة على وجوب أخذ الإذن قبل مباشرة: (د - استثمار الأموال وتصفياتها، هـ - القيام بالأعمال التجارية، أو الصناعية، أو الزراعية، أو تصفياتها)<sup>(٣)</sup>، وهذا يعد من باب النظر فيما هو أنفع للقاصر، وأبعد عن المخاطرة في ماله، وزيادة في الحرص على المحافظة على ماله.

### المطلب الثالث

#### قبول التبرعات أو رفضها:

هناك عدة مسائل مندرجة تحت أحقية تصرفات الولي في التبرع بمال القاصر، ومنها:

- أ. ما ذكرته في المبحث الثاني أن التصرفات المالية لها عدة أقسام، ومنها التصرفات النافعة نفعاً محضاً، كأن يهدى إلى الإنسان شيئاً بدون مقابل، فيقبل به ليدخل في ملكه، وبما أن الولاية على القاصر هي ولاية نظر، فلولي قبول التبرعات عن القاصر إن كان في القبول مصلحة ونفع للقاصر.
- ب. اتفق الفقهاء على عدم جواز التبرع بمال القاصر، سواء كان من باب التصديق بماله أو من خلال هبته إلى الغير؛ لأن الولاية على القاصر ولاية نظر بما فيه مصلحة للقاصر من خلال تنمية ماله واستثماره بما يعود عليه

(١) المرجع السابق، ١٣/ ١٧٩.

(٢) جاء في القانون التجاري الكويتي مادة (١٩) ما يحافظ على مال القاصر فيما لو آلت إليه تجارة، فللقاضي الأحقية في النظر في شؤونه بما يحافظ على ماله، ليحكم باستمراره فيها أو بتصفية ماله، فإذا: (كان للقاصر مال في تجارة، جاز للمحكمة أن تأمر بتصفية ماله وسحبه من هذه التجارة أو باستمراره فيها، وفقاً لما تقضي به مصلحة القاصر، مع مراعاة أحكام قانونه الوطني عند الاقتضاء، فإذا أمرت المحكمة بالاستمرار في التجارة فلها أن تمنح النائب عن القاصر تفويضاً عاماً أو مقيداً للقيام بجميع الأعمال اللازمة لذلك، ويقيد التفويض في السجل التجاري وينشر في صحيفة السجل، ولا يكون القاصر ملتزماً إلا بقدر أمواله المستقلة في هذه التجارة، ويجوز شهر إفلاسه، ولا يشمل الإفلاس الأموال غير المستقلة في التجارة، ولا يترتب عليه أي أثر بالنسبة إلى شخص القاصر

(٣) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us>/قوانين-الهيئة

بالنفع، ولا حظ للقاصر في التبرع بماله، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [سورة الأنعام: ١٥٢]، أي لا يكون التصرف في مال الصغير إلا ما فيه مصلحة تعود عليه بالمنفعة وتحقق له الربح<sup>(١)</sup>، وفي التبرع بماله يعد إضراراً محضاً للقاصر؛ لأن فيه إزالة ملكه عنه بدون عوض، والضرر مرفوع في الشريعة الإسلامية، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(٢)</sup>، أي لا يفعل الإنسان أي شيء يضر بنفسه أو بغيره<sup>(٣)</sup>، وفي التبرع بمال الصغير إضرار له فيمنع عنه<sup>(٤)</sup>.

ج. أما التبرع بمال الصبي وهبة ماله بعوض، فيقبل الولي التبرع مقابل شرط يتفق عليه الطرفان، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، إلى عدم جواز هبة مال القاصر بعوض، لأن الهبة بعوض تبرع ابتداء تحتاج إلى القبض، ولا يملك ذلك الولي فلا تنعقد هبته، وبالتالي لا يمكن أن تكون عوضاً انتهاءً، والأصل أن الهبة لا يقصد بها العوض، وعند الحنابلة تجوز هبة مال القاصر بعوض يرضي الولي بأن يكون العوض قدر القيمة أو أكثر، وإلا فلا تجوز لأنها ستكون من باب المحاباة وهو لا يملكه، وعند المالكية أن هبة الثواب تجوز من الولي لشقيقته على ابنه بخلاف الوصي<sup>(٥)</sup>.

(١) مفتاح الغيب، ١٣/ ١٧٩.

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام - باب من بنى في حقه ما يضر بجاره - حديث رقم ٢٣٤٠، ٧٨٤/٢، والبيهقي في كتاب الصلح - باب لا ضرر ولا ضرار - حديث رقم ١١٣٨٥، ١١٥/٦، قال عنه الألباني: حديث صحيح، انظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، ط٤، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ٣/ ٤٠٨.

(٣) تفسير الموطأ، عبد الرحمن بن مروان بن عبد الرحمن الأنصاري، دار النوادر - بتمويل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط١، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م، ٥٢٦/٢.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٥٣/٥، الذخيرة، ١٧١/٧، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، مصطفى الخن، الدكتور مصطفى البغا، علي الشربجي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط٤، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م، ١٢١/٦، كشاف القناع عن متن الإقناع، ٢٠٧/٢١.

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٥٣/٥، المختصر الفقهي لابن عرف، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط١، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م، ٥١٦/١٠، الذخيرة، ١٧١/٧، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، ٢٠١٣/٢، المغني لابن قدامة، ٦٧/٦.

## والراجع لدي:

هو ما ذهب إليه الحنابلة من جواز هبة مال القاصر إذا كان في مقابله شرط يحقق المصلحة للقاصر، لأن الأصل أن تصرفات الولي مقترنة بالمصلحة، وبالتالي إن كان شرطه يحقق النفع للقاصر بحسب أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا الهدف من ولايته فيجوز منه ذلك.

وقد جاء في قانون إنشاء الهيئة في المادة (٧) من وجوب أخذ الإذن من مجلس الإدارة قبل (قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها)<sup>(١)</sup>. حماية لحقوق القاصرين، ومحافظة على تنمية أموالهم بما فيه نفع ومصلحة تعود عليهم.

### المطلب الرابع

#### قسمة مال القاصر بالتراضي:

ذهب الفقهاء إلى جواز القسمة من الولي لمال القاصر، لأنها إما أن تكون إفراز للحق، أو بمثابة بيع مال القاصر، وهذه من التصرفات التي تجوز للولي القيام بها إذا كانت مقترنة بالمصلحة التي تحقق الحظ والمنفعة للقاصر، فتجوز منه كالشراء له، وكذلك تجوز منه قسمة التراضي من دون زيادة في العوض؛ لأن فيه دفعا لضرر الشركة، فأشبهه ما لو باعه لضرر الحاجة إلى قضاء الدين، أو الحاجة إلى النفقة<sup>(٢)</sup>.

ولأن قسمة التراضي عبارة عن اتفاق الشركاء فيما بينهم على قسمة الأموال، وإن كان هناك ضرراً يلحق بأحدهم، عدت من التصرفات التي قد تلحق الضرر بمال القاصر، فقيدت فيها تصرفات الولي وتصرفات الهيئة بأخذ الأذن قبل مباشرتها؛ حماية لأموال القاصرين ومحافظة عليها كما جاء في المادة (٧) من قانون إنشاء الهيئة بأنه لا يجوز للوصي أيأ كان بمباشرة عدة تصرفات وذكر منها: (قسمة أموال القاصرين بالتراضي)<sup>(٣)</sup>.

(١) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us>/قوانين-الهيئة  
(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ٢١/٧، الكافي في فقه أهل المدينة، بو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن  
عاصم النمري القرطبي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط٢، ١٤٠٠-١٩٨٠م، ٨٧٢/٢،  
أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، ٤/ ٣٢٩،

(٣) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us>/قوانين-الهيئة

## المطلب الخامس

### الصلح والتحكيم، والتنازل عن الحقوق:

إن للولي صلاحية النظر في شؤون القاصر بحسب ما تقتضيه المصلحة، كأن يقوم بالصلح والتحكيم وقيم البيّنات، فيؤخذ بقوله عن وجوب حق للقاصر على غيره عند المطالبة بها، وقد يتنازل ويصالح بدفع بعض مما على القاصر من دين حال وجود البيّنة<sup>(١)</sup>، وهذه تعد من التصرفات الدائرة ما بين النفع والضرر، ولذلك كان من حرص القانون الكويتي على حماية حقوق القاصرين بتقييد هذه التصرفات بأخذ الإذن كما جاء في قانون إنشاء الهيئة في المادة (٧) من وجوب أخذ الإذن عند التنازل عن الحقوق وعند الصلح والتحكيم<sup>(٢)</sup>.

## المطلب السادس

### نفقة وتزويج القاصر:

أجمع الفقهاء على أن نفقة القاصر تكون من ماله إذا توفي والده وكان له مال، وتكون على قرابته إن لم يكن له مالاً، وأجمعوا على أن تزويج الأب ابنته الصغيرة البكر جائز إذا زوجها من كفاء، وأجمعوا على جواز تزويج الأب ابنه الصغير<sup>(٣)</sup>، ولكنهم اختلفوا في ثبوت ولاية النكاح للوصي على القاصر، كما يلي:

- ذهب الحنفية والشافعية ورواية عن أحمد إلى عدم جواز تزويج الوصي للقاصر صبيّاً كان أم أنثى؛ لعدم الحاجة إلى تزويجهم، وانقضاء كمال شفقتهم عليهم<sup>(٤)</sup>.
- وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز تزويج الوصي للقاصر، واشترط المالكية وجود المصلحة التي تقتضي تزويج القاصر<sup>(٥)</sup>.

يتبين من خلاف الفقهاء أن من منع الوصي من تزويج القاصر فقد منعه لعدم وفور شفقتهم على القاصر، وأما من أجازهم فقد أجازهم إذا تحققت المصلحة من تزويجهم،

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، بدون طبعة، ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٢ م، ٢٨٥/١٠.

(٢) موقع الهيئة العامة لشؤون القاصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us>/قوانين-الهيئة

(٣) الإجماع، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، ٥٦/٢.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ٢٥٢/٢، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ٩٥/٧.

(٥) اللخيرة، ٢١٩/٤، المغني لابن قدامة، ٥١/٧.

والذي يترجح عندي أن ينظر في حال القاصر، إن بلغ رشيداً وهو دون سن الرشد فلولوسي أن يزوجه إن كان الزواج يحقق له مصلحة، ولكن إن لم يبلغ رشيداً فالأولى عدم جواز تزويجه، لأن الأصل أن يكون الزواج سكتاً، فإن لم يكن أهلاً للقيام بمسؤولياته، فلا يجوز تزويجه.

وحرصاً على مصلحة القاصر وحماية على نفسه وحقوقه وأمواله، جاء قانون إنشاء الهيئة في المادة (٧) بتقييد تصرفات القائم على القاصر بأخذ الإذن فيما يتعلق ب: (تقرير النفقة اللازمة لمن تتولى رعاية شؤونهم، ولمن عليهم نفقتهم، وتقرير ما يصرف في إعداد السكن، أو في تزويج من تتولى رعاية شؤونهم) (١).

### المبحث الخامس

#### انتهاء الولاية

إن الولاية على القاصر جعلت للنظر في مصالحه بما يحقق له النفع، فبالتالي متى كانت الولاية تشكل خطراً على مال القاصر، أو بلغ القاصر رشيداً انتهت الولاية كما يتبين في المطالب الآتية:

#### المطلب الأول

##### إن كان مال القاصر في خطر:

تتعرض أموال القاصرين للخطر في حال غياب الولي أو موته، أو فقده أحد الشروط الواجب توافرها فيه لصحة ولايته، وقد اتفق الفقهاء على انتهاء ولايته وللقاضي الحق بعزله وتعيين غيره للنظر في شؤون القاصر لانتهاء أهليته للقيام بهذه الولاية (٢)، وهذا ما جاء في المادة (١٧) من قانون إنشاء الهيئة بأنه: (إذا غاب الولي أو الوصي أو القيم أو حجر عليه، أو أصبحت أموال القاصر أو الحمل المستكن أو المحجور عليه في خطر، جاز للهيئة العامة لشؤون القصر أن تطلب إلى المحكمة المختصة عزله، ويجوز - بناء على طلب الهيئة - أن تعين المحكمة حارساً لإدارة

(١) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us> /قوانين-الهيئة

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الجصني، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ص٧٤٦، النخبة، ٤٣/١٠، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ٢٢٨/٨، المغني لابن قدامة، ٢٤٧/٦.

الأموال، ومتى قضت المحكمة بذلك جاز لها تعيين الهيئة لتحل محله، وعلى من صدر الحكم بعزله تسليم ما تحت يده من أموال إلى من حل محله، مع تقديم حساب مفصل عن مدة إدارته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم، فإذا امتنع عن تقديم هذا الحساب رفع الأمر إلى المحكمة<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### بلوغ القاصر السن القانوني:

اتفق الفقهاء<sup>(٢)</sup> على أن القاصر يدفع إليه ماله عند إيناس الرشد منه، فيدفع إليه الولي جزءاً من ماله لاختيار أهليته في التصرف في ماله لقوله تعالى: {وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ} [النساء: ٦]، فجاءت الآية إيداناً لاختبار اليتيم في التجارة، فإن وجد منه الرشد من خلال الاستقامة والاهتداء في حفظ ماله وإصلاحه دفع إليه بقية ماله<sup>(٣)</sup>، واختنقوا هل يدفع له المال قبل البلوغ أم بعده، فعند أبي حنيفة وهو قول عند الشافعية وقول عند الحنابلة يدفع إليه ماله قبل البلوغ ليختبر رشده، فإن لم يظهر منه رشداً فينتظر إلى أن يصل إلى البلوغ<sup>(٤)</sup>، والمالكية أن النظر في إيناس الرشد يكون بعد البلوغ وهو قول عند الشافعية، وقد أوماً أحمد إلى هذا القول؛ لأن تصرف القاصر قبل البلوغ تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل<sup>(٥)</sup>.

واختلف الفقهاء كذلك فيما بلغ القاصر ولم يؤنس منه الرشد، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وهو قول أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، أن القاصر إذا بلغ وكان سفيهاً مبذراً لماله، ولم يؤنس منه الرشد، فلا يدفع إليه ماله<sup>(٦)</sup>، وذهب أبو حنيفة إلى أنه ينظر إلى القاصر إن بلغ راشداً دفع إليه المال، وإلا فينتظر إلى أن يبلغ خمس وعشرون عاماً، فيدفع إليه ماله ظهر منه الرشد أم لم يظهر<sup>(٧)</sup>.

(١) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us> /قوانين-الهيئة  
(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٧١/٧، شرح التلقين، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، دار الغرب الإسلامي، ط١، ٢٠٠٨ م، ٣/١٩٩، المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، ٣٦٦/١٣، المغني لابن قدامة، ٣٤٣/٤.

(٣) تفسير الطبري، ٤٩٨/٢.  
(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ٣٦٦/١٣، المغني لابن قدامة، ٣٥١/٤.  
(٥) شرح التلقين، ٢٨٨/٣، المجموع شرح المهذب، ٣٦٦/١٣، المغني لابن قدامة، ٣٥١/٤.  
(٦) شرح التلقين، ١٩٩/٣، المجموع شرح المهذب، ٣٦٦/١٣.  
(٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٧١/٧.

وقد جاء في المادة (٢١) من قانون إنشاء الهيئة بأنه: (تنتهي وصاية الهيئة ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة كاملة، إلا إذا رأت المحكمة استمرار الوصاية عليه بناء على طلب هذه الهيئة أو ذوي الشأن)<sup>(١)</sup>، فيتبين من المادة السابقة أن سن الرشد هو أن يبلغ القاصر إحدى وعشرون عاماً، ليكون ذو أهلية تمكنه من التصرف الكامل في ماله إلا إذا رأت المحكمة غير ذلك، وكذلك قد ذكرت سابقاً ما جاء في المادة (٢٠) من قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر بأنه: (يجوز لمجلس إدارة الهيئة أن يأذن للصغير المميز عند بلوغ الثامنة عشرة من عمره بإدارة أمواله كلها، أو بعضها، إذا أنس منه القدرة على ذلك، وله أن يسحب هذا الإذن أو يقيده، ولا يشترط في الإذن أو سحبه أو تقييده أن يتم بإشهاد رسمي)<sup>(٢)</sup>، وفي الغالب أن القاصر يكون بالغاً إذا صار ذا ثمانية عشر عاماً، فيختبر بعد بلوغه هذه السن بتمكينه بالتصرف في أمواله سواء كان تصرفاً تاماً في جميع أمواله، أو يكون تصرفاً مقيداً ببعض ماله، ويكون تحت إشراف الهيئة العامة لشؤون القصر ومراقبتها، وفي حالة ظهور عدم أهليته في التصرف في ماله، فللهيئة الصلاحية بسحب هذا الإذن أو تقييده بحسب ما تراه من مصلحة.

(١) موقع الهيئة العامة لشؤون القصر: <http://pama.gov.kw:8888/ar/About-us>/قوانين-الهيئة  
(٢) المرجع السابق.

## الخاتمة:

في نهاية هذا البحث توصلت إلى مجموعة من النتائج، أجملها في الآتي:

١. أن القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد، وفي دولة الكويت هو من لم يبلغ واحد وعشرون عاماً، فلا يكون أهلاً للتصرفات المالية دون ولاية عليه.
٢. أن التصرفات المالية قد تكون نافعة نفعاً محضاً فتجوز، وقد تكون ضارة ضرراً محضاً فتمنع، وقد تكون دائرة بين النفع والضرر وهي التي يجب فيها أخذ إذن الولي.
٣. تعد الهيئة العامة لشؤون القصر في دولة الكويت ذات شخصية اعتبارية، لها دور هام في النظر في شؤون القصر ورعاية مصالحهم.
٤. الولاية على القاصر تكون للأب ابتداءً ومن ثم تنتقل إلى الوصي، ومن بعده للحاكم، لأنه ولي من لا ولي له.
٥. أهمية دور الولي في النظر في شؤون من يليه من القصر بحسب المصلحة وما يعود عليهم بالمنفعة، من خلال استثمار أموالهم وتنميتها وفق أحكام الشريعة الإسلامية.
٦. يجوز للولي اختبار رشد القاصر في القليل من ماله، ولتدريبه على كيفية استثمار ماله وتنميته، وتعد تصرفاته بعد إذن الولي نافذة.
٧. يجوز للولي أن يتصرف بمنقولات القاصر وعقاراته، والقيام بالأعمال التجارية بحسب المصلحة التي تعود بالنفع على القاصر.
٨. يعتبر عقد الإجارة \_ إذا كان قصير المدة \_ لازماً لا يفسخ ببلوغ القاصر، بخلاف لو كان طويلاً كثلاث سنوات أو أكثر فللقاصر إن بلغ حق الفسخ.
٩. يجوز للولي قبول التبرعات عن القاصر لما فيها من نفع يعود عليه، ولا يجوز له التبرع بمال القاصر من دون عوض لما فيه من ضرر، بخلاف لو اشترط مقابله شرطاً يحقق النفع للقاصر فيجوز.

١٠. يجوز للولي أن يقوم بقسمة مال القاصر مع بقية الشركاء، تحقيقاً للمصلحة للقاصر، ودفعاً للضرر عنه، وله أن يقوم بالصلح والتحكيم وإقامة البيئات إظهاراً للحق، ودفعاً للضرر عن القاصر.
١١. النفقة على القاصر إذا توفي والد تكون من ماله إن كان غنياً، وإلا فتكون على أقربائه.
١٢. يجوز للولي أن يزوج القاصرة الصغيرة من زوج كفاء، والصبي القاصر إذا بلغ رشيداً جاز للوصي أن يزوجه ولو كان دون سن الرشد.
١٣. حرص دولة الكويت على أموال القصر بتقييد بعض تصرفات القائم على القاصر سواء كان ولياً أم كانت الهيئة العامة لشؤون القصر على أخذ الإذن قبل التصرف فيها، لما يترتب عليها من خطر قد يلحق بأموال القصر، كالتصرف بالعقارات والمنقولات، والقيام بالأعمال التجارية، وقبول التبرعات ورفضها، وقسمة مال القاصر، والقيام بالصلح والتحكيم وإقامة البيئات، والنفقة على القاصر من ماله، وتزويجه.
١٤. تنتهي الولاية على القصر بموت الولي أو غيابه، وكذلك إذا عزل القاضي، وإذا بلغ القاصر سن الرشد وهو رشيد، يدفع له ماله بعد اختبار

## المراجع

١. الإجماع، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٢. أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط٣، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٣. الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، كمال حمدي، منشأة المعارف، الإسكندرية.
٤. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
٥. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، بدون تاريخ.
٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٨. البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني، دار المنهاج - جدة، ط١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٩. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.
١٠. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، بدون طبعة، ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.

١١. التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
١٢. التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط١، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م
١٣. تفسير الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي الطبري، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
١٤. تفسير الموطأ، عبد الرحمن بن مروان بن عبد الرحمن الأنصاري، دار النوادر - بتمويل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط١، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
١٥. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
١٦. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٧هـ -
١٧. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٨. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
١٩. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الحصني، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٢٠. الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

٢١. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، دار الفكر - بيروت، ط ٢، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
٢٢. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط ٣، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م.
٢٣. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، دار إحياء الكتب العربية.
٢٤. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ٣، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
٢٥. شرح التلّفين، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمِي المازري، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ٢٠٠٨ م.
٢٦. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، دار العلم للملايين - بيروت.
٢٧. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، دار طوق النجاة ط ١، ١٤٢٢ هـ.
٢٨. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي العيني، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٢٩. الفقه الإسلامي وأدلّته، أ. د. وهبة بن مصطفى الزُّحَيْلِي، دار الفكر - سورِيَّة - دمشق، ط ٤.
٣٠. الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، مُصطفى الخن، الدكتور مُصطفى البُغَا، علي الشَّرْبِجِي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط ٤، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م.

٣١. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى، دار الفكر، بدون طبعة، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٣٢. القانون التجاري الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠.
٣٣. القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.
٣٤. قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر في دولة الكويت رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٣.
٣٥. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر - دمشق، ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٣٦. الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط٢، ١٤٠٠-١٩٨٠م.
٣٧. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي، دار الكتب العلمية.
٣٨. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري، دار صادر - بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.
٣٩. المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٤٠. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٤١. المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.

٤٢. المختصر الفقهي لابن عرف، محمد بن محمد بن عرفة الـورغمي التونسي المالكي، مؤسسة خلف أحمد الحبـتور للأعمال الخيرية، ط١، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م.
٤٣. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدرى باشا، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط٢، ١٣٠٨ هـ - ١٨٩١ م.
٤٤. معالم التنزيل في تفسير القرآن، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط١، ١٤٢٠ هـ.
٤٥. معجم اللغة العربية المعاصرة، د أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب، ط١، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
٤٦. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، دار الدعوة.
٤٧. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
٤٨. المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي، مكتبة القاهرة، بدون طبعة.
٤٩. مفاتيح الغيب، عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط٣، ١٤٢٠ هـ.
٥٠. المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية.
٥١. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
٥٢. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط٢، دار السلاسل-الكويت، ١٤٠٤-١٤٢٧ هـ .

# **الحماية القانونية لحق العامل في احترام حياته الخاصة في مواجهة استخدام التقنيات الحديثة في مكان العمل**

إعداد

د. منى أبو بكر الصديق محمد حسان

مدرس بقسم القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

## ١- موضوع البحث:

احتلت حماية الحياة الخاصة اهتمام الإنسان منذ القدم، بهدف صون خصوصيته من التطفل عليها وانتهاك أسراره. فالإنسان - بحكم طبيعته - له أسراره الشخصية ومشاعره الذاتية واتصالاته الخاصة وغيرها من جوانب حياته التي يسعى دائماً إلى أن تظل بمنأى عن اطلاع الآخرين. ومن هنا أصبح ينظر إلى الحق في احترام الحياة الخاصة باعتباره ضرورة إنسانية تستدعي حماية القانون.

وقد شغل الحق في احترام الحياة الخاصة حيزاً هاماً على الصعيد القانوني، فبادر المشرع بتكريسه وضمن الحماية اللازمة له على المستويين الدولي والداخلي، حيث كفلت المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية المختلفة حقوق الإنسان بصفة عامة، وحقه في حرمة حياته الخاصة بصفة خاصة.

**فعلى المستوى الدولي:** جاء أول تكريس للحق في احترام الحياة الخاصة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨، حيث تقضي المادة ١٢ منه بعدم جواز التدخل التعسفي في حياة الشخص الخاصة، أو عائلته أو مسكنه أو مراسلاته، أو الاعتداء على شرفه وسمعته، وكفالة حق كل شخص في الحماية القانونية في مواجهة هذه التدخلات أو الاعتداءات<sup>(١)</sup>.

كما أكد على هذا الحق أيضاً العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦، حيث تقضي المادة ١٧ منه بوجوب احترام الحياة الخاصة وحظر التدخل التعسفي أو غير القانوني في خصوصيات الشخص أو شئون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو أية اعتداءات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته. ومن حق كل شخص أن يحميه القانون في مواجهة مثل هذه التدخلات أو الاعتداءات<sup>(٢)</sup>.

(1) Art. 12: "No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks".

(2) Art. 17: " 1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and

وعلى المستوى الأوروبي، جاءت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية بتاريخ ٤ نوفمبر ١٩٥٠ لتكرس في المادة ٨-١ منها الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية وحرمة المسكن والمراسلات<sup>(١)</sup>.

وعلى مستوى التشريعات الداخلية: وفي إطار القانون الفرنسي، تجدر الإشارة إلى أن الدستور الفرنسي لم يتضمن نصاً صريحاً يكرس الحق في حرمة الحياة الخاصة، ومع ذلك فقد أقر المجلس الدستوري، وإن كان ذلك بطريقة ضمنية وغير مباشرة، القيمة الدستورية لاحترام الحياة الخاصة ووجوب حمايتها، حيث قرر أن "عدم الاعتراف بالحق في حرمة الحياة الخاصة يمكن أن يفضي إلى انتهاك الحرية الفردية"<sup>(٢)</sup>. وبذلك يكون القضاء الدستوري الفرنسي قد اعتبر احترام الحياة الخاصة أحد جوانب الحرية الفردية التي تكفلها المادة ٦٦ من الدستور<sup>(٣)</sup>.

وقد أصدر المشرع الفرنسي في ١٧ يوليو ١٩٧٠ القانون رقم ٦٤٣-٧٠ بشأن ضمان الحقوق الفردية للمواطنين<sup>(٤)</sup>، وبمقتضى المادة ٢٢ من هذا القانون أصبحت المادة ٩ من التقنين المدني الفرنسي تكرر صراحةً الحق في احترام الحياة الخاصة، حيث ورد نص المادة المذكورة بأن لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة. وللقضاة، حال الاعتداء على الحياة الخاصة، ودون إخلال بالحق في التعويض، اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لمنع أو وقف هذا الاعتداء<sup>(٥)</sup>.

---

reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks".

(1) Art. 8-1: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence".

(2) "... que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle"; Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, cons. 3 : rappr. 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, cons. 44.

(3) Molfessis (N.), Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997, n° 163.

(4) Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF du 19 juillet 1970, p. 6751.

(5) Art. 9: " Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé".

وفي القانون المصري، فقد أقر دستور ٢٠١٤ الحق في احترام الحياة الخاصة، حيث تنص المادة ١/٥٧ منه على أن "للحياة الخاصة حرمة، وهي مصنونة لا تمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها القانون".

كما تنص المادة ٥٨ من الدستور على أن "للمنازل حرمة، وفيما عدا حالات الخطر أو الاستغاثة لا يجوز دخولها، ولا تفتيشها، ولا مراقبتها أو التنصت عليها إلا بأمر قضائي مسبب، يحدد المكان، والتوقيت، والغرض منه، وذلك كله في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية التي ينص عليها، ويجب تنبيه من في المنازل عند دخولها أو تفتيشها، وإطلاعهم على الأمر الصادر في هذا الشأن"<sup>(١)</sup>.

وفي نطاق القانون المدني، تنص المادة ٥٠/مدني على أن "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر". وبذلك يكرس هذا النص، الحماية المدنية للحق في احترام الحياة الخاصة باعتباره أحد الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان.

بيد أنه إذا كانت النصوص القانونية السابقة تعكس رغبة أكيدة، سواء على المستوى الدولي أو على مستوى التشريعات الوطنية، في إرساء الحماية القانونية للحق في احترام الحياة الخاصة، فإنه ينبغي لهذه الحماية أن تواكب المخاطر المستحدثة والتهديدات المتزايدة التي تتعرض لها الحياة الخاصة للأشخاص، وذلك في ظل ما أفرزه التقدم العلمي الهائل من تقنيات متطورة بات بمقدورها أن تتسلل إلى

(١) وقد اعتبرت المادة ٩٩ من الدستور الاعتداء على الحياة الخاصة جريمة لا تسقط الدعوى الناشئة عنها بالتقادم، حيث تنص على أن "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وغيرها من الحقوق والحرمان العامة التي يكفلها الدستور والقانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وللضرور إقامة الدعوى الجنائية بالطريق المباشر. وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء، وللمجلس القومي لحقوق الإنسان إبلاغ النيابة العامة عن أي انتهاك لهذه الحقوق، وله أن يتدخل في الدعوى المدنية منضماً إلى الضرور بناءً على طلبه، وذلك كله على الوجه المبين بالقانون".

دخائل الفرد وأسراره، وإزاء ذلك أصبح الحق في احترام الحياة الخاصة أكثر عرضة للتهديد من ذي قبل؛ فمن خلال تقنيات التنصت والتسجيل والتصوير، وتجميع ومعالجة البيانات، وغيرها، أصبح من اليسير إهدار خصوصية الشخص في جوانبها المختلفة.

ووعياً بهذه المخاطر، وإدراكاً لانعكاسات التكنولوجيا الحديثة على الحياة الخاصة، عمدت الأنظمة القانونية المختلفة إلى تقرير حماية الحق في احترام الحياة الخاصة في مواجهة مخاطر استخدام الأجهزة المعلوماتية.

**فعلى المستوى الأوروبي:** أصدر المشرع الأوروبي عدة توجيهات استهدفت حماية الحياة الخاصة في مواجهة المخاطر التي يمكن أن تتولد عن المعلوماتية وانتشار أدواتها؛ ومن ذلك:

١- التوجيه الأوروبي رقم ٤٦-٩٥ الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥ بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية وحرية تداول هذه البيانات<sup>(١)</sup>. ويعرف بتوجيه "حماية البيانات" *Data Protection Directive* وقد صدر مؤخراً عن البرلمان والمجلس الأوروبي اللائحة العامة لحماية البيانات رقم ٦٧٩-٢٠١٦ بتاريخ ٢٧ أبريل ٢٠١٦ *règlement général sur la protection des données*<sup>(٢)</sup>، والتي دخلت حيز النفاذ في ٢٥ مايو ٢٠١٨. وبمقتضى المادة ٩٤ منها ألغي التوجيه الأوروبي رقم ٤٦-٩٥ السالف ذكره لتحل اللائحة الجديدة محله.

٢- التوجيه الأوروبي رقم ٥٨-٢٠٠٢ الصادر في ١٢ يوليو ٢٠٠٢ بشأن معالجة

(1) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O. n° L 281 du 23/11/1995, p. 31- 50.

(2) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119, 4/5/2016, p. 1-88.

البيانات ذات الطابع الشخصي وحماية الحياة الخاصة في مجال الاتصالات الإلكترونية<sup>(1)</sup>. والمعروف بتوجيه "الحياة الخاصة والاتصالات الإلكترونية" E-Privacy Directive"

وقد تم إعداد مقترح لتشريع أوروبي عام بشأن حماية الحياة الخاصة والاتصالات الإلكترونية يستهدف تعزيز الحماية في هذا المجال، ليحل محل توجيه ٢٠٠٢-٥٨<sup>(٢)</sup>.

٣- التوجيه الأوروبي رقم ٢٤-٢٠٠٦ الصادر في ١٥ مارس ٢٠٠٦ بشأن حفظ البيانات في مجال تقديم خدمات الاتصالات الإلكترونية للجمهور أو شبكات الاتصالات العامة<sup>(٣)</sup>.

٤- التوجيه الأوروبي رقم ٦٨٠-٢٠١٦ الصادر في ٢٧ أبريل ٢٠١٦ بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية من قبل السلطات المختصة لغرض منع ارتكاب الجرائم الجنائية وكذلك لأغراض التحري والتحقيق وتنفيذ الجزاءات الجنائية، وحرية تداول البيانات<sup>(٤)</sup>.

وفي إطار القانون الفرنسي، أدرك المشرع الفرنسي مبكراً خطورة هذه التقنيات الحديثة، ومن ثم ضرورة وضع ضوابط لاستخدامها بما لا يسمح بانتهاك

---

(1) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), J. O n° L 201 du 31/07/2002, p. 37- 47.

(2) Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), Brussels, 10.1.2017 COM(2017) 10 final 2017/0003 (COD).

(3) Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JOUE L105 du 13 avril 2006, p. 54.

(4) Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, JOUE L 119 du 4 mai 2016 p. 89.

حرمة الحياة الخاصة للأفراد، وبدأت أولى هذه الخطوات بصور القانون رقم ١٧-٧٨ في ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن المعلوماتية والبطاقات والحريات<sup>(١)</sup>، والذي خضع للتعديل فيما بعد بمقتضى القانون رقم ٨٠١-٢٠٠٤ الصادر في ٦ أغسطس ٢٠٠٤ بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين في مواجهة معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي<sup>(٢)</sup>، ثم عدل مؤخراً بمقتضى القانون رقم ٤٩٣-٢٠١٨ الصادر في ٢٠ يونيو ٢٠١٨ بشأن حماية البيانات الشخصية<sup>(٣)</sup>.

وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن "المعلوماتية يجب أن تكون في خدمة كل مواطن، ويجب ألا تتضمن اعتداء على الهوية الإنسانية أو حقوق الإنسان، أو الحياة الخاصة، أو الحريات الفردية أو العامة"<sup>(٤)</sup>.

كما أنشأ قانون ١٧-٧٨ لجنة مستقلة تتولى الإشراف والرقابة على تطبيق أحكامه، وهي اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات CNIL<sup>(٥)</sup>، وقد تضمن الفصل الثالث من القانون المذكور النص على تشكيل اللجنة المشار إليها، واختصاصاتها وسلطاتها.

بالإضافة إلى ذلك، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٦٤٦-٩١ في ١٠ يوليو ١٩٩١ بشأن سرية المراسلات الصادرة بطرق الاتصال عن بعد<sup>(٦)</sup>، وقد عدل هذا القانون بمقتضى القانون رقم ٦٩٩-٢٠٠٤ الصادر في ٩ يوليو ٢٠٠٤<sup>(٧)</sup>.

---

(1) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 7 janvier 1978. p. 227.

(2) Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF n°182 du 7 août 2004, p. 14063.

(3) Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, JORF n°141 du 21 juin 2018.

(4) Art. 1: "L'informatique doit être au service de chaque citoyen... Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques".

(5) La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

(6) LOI n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications. JORF n°162 du 13 juillet 1991. p. 9167.

(7) LOI n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF n°159 du 10 juillet 2004 p. 12483.

وتنص المادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦-٩١ (معدلة) على أن للمراسلات الصادرة عبر وسائل الاتصال الإلكترونية حرمة يكفلها القانون. ولا يمكن المساس بسريتها إلا بمعرفة السلطة العامة، في حالات الضرورة التي تقتضيها المصلحة العامة، ووفق ما يحدده القانون<sup>(١)</sup>.

وفي ميدان علاقات العمل، تتفاقم مخاطر انتهاك حرمة الحياة الخاصة للعامل وتزداد حدتها؛ فالعامل، بحكم عقد العمل، يخضع في أدائه لعمله لإشراف ورقابة صاحب العمل، وذلك بمقتضى علاقة التبعية التي هي جوهر عقد العمل، بما تخوله لصاحب العمل من سلطة تنظيم العمل داخل منشأته وبما في ذلك من فرض رقابته المستمرة على عماله للتحقق من مدى التزامهم بأداء مهام عملهم.

وقد ساهمت التطورات التقنية الحديثة في دعم وتطوير نظم مراقبة العمال داخل المنشآت العمالية، مما يسفر كثيراً عن تجاوز الأغراض المقصودة منها أصلاً، وبما يمثل انتهاكاً صارخاً لخصوصية العامل في مكان عمله.

وهنا تثار إشكالية أساسية تتعلق بمدى إمكانية التوفيق بين حق صاحب العمل في ممارسة سلطاته في الإشراف والرقابة، وحق العامل في احترام حياته الخاصة في مواجهة الانتشار الطاعي للوسائل التقنية الحديثة وتزايد اعتماد أصحاب الأعمال عليها في منشأتهم.

وقد وعيت الأنظمة القانونية المختلفة بخطورة هذه المسألة مبكراً؛ فلم يكتفِ المشرع الفرنسي بالنص على هذا الحق في إطار النصوص العامة في القانون المدني كما أشرنا سابقاً، بل أعاد تأكيده بنص صريح في قانون العمل، حيث ورد نص المادة ١٢٠-٢ من تقنين العمل بأنه "لا يجوز فرض قيود على حقوق الأشخاص والحريات

(1) Art. 1er. "Le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci".

الفردية والجماعية، ما لم يبرر ذلك طبيعة المهمة المراد تنفيذها، أو تكون تلك القيود متناسبة مع الهدف المنشود"<sup>(١)</sup>.

وخلالاً لموقف المشرع الفرنسي، فلم يتضمن قانون العمل المصري رقم ١٢-٢٠٠٣ نصاً مماثلاً يكرس حق العامل في احترام حياته الخاصة، وهو مسلك نراه في حاجة إلى إعادة النظر، خاصة وأن الفرصة سانحة الآن ونحن بصدد إعداد مشروع قانون العمل الجديد. ذلك أنه إذا كان الحق في احترام الحياة الخاصة هو حق كرسه الدستور المصري، كما قررت المادة ٥٠ من القانون المدني الحماية المدنية له باعتباره أحد الحقوق الملازمة للشخصية، إلا أن ذلك لا يعني عدم ضرورة أفراد نصوص خاصة تكفل حماية هذا الحق في إطار قانون العمل؛ وذلك إلى جانب النصوص القانونية العامة المشار إليها، وهو الأمر الذي لا يخلو من الفائدة، المتمثلة في التأكيد على حماية الحياة الخاصة لفئة العمال باعتبارها الأكثر عرضة من غيرها لمخاطر تهديد الحياة الخاصة وانتهاكها.

## ٢- نطاق البحث:

إزاء تعدد تقنيات المراقبة المستخدمة في مجال علاقات العمل وتنوع أساليبها، وتطورها المستمر والمتلاحق، كان من الصعوبة بمكان تناول كافة هذه الوسائل وحماية الحياة الخاصة للعامل في مواجهتها. ومن ثم فقد آثرنا أن نقصر هذا البحث على بعض هذه التقنيات والتي تشكل تهديداً لجانبين مهمين من جوانب حياة العامل الخاصة، الجانب الأول يتعلق باتصالات العامل الخاصة والتي يجريها في مكان عمله، وتشمل مراسلاته ومحادثاته<sup>(٢)</sup> والتي قد تشمل، رغم إجرائها في مكان

(1) Art. L120-2 C. Trav." Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché".

(٢) وقد عرف التوجيه الأوروبي رقم ٥٨-٢٠٠٢ بشأن معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي وحماية الحياة الخاصة في مجال الاتصالات الإلكترونية، في مادته الأولى، مصطلح "اتصال" communication بأنه أية معلومات يتم تبادلها بين عدد محدود من الأطراف بواسطة خدمة اتصالات إلكترونية. وتناول هذا التوجيه الاتصالات بما يشمل المحادثة التليفونية appel téléphonique، والرسالة الإلكترونية message électronique. وهو ما يفيد بشمول مصطلح الاتصالات لكافة صور تبادل المعلومات، سواء في صورة محادثة أو رسالة.

العمل وخلال أوقاته، على ما يتصل بأمور حياته الخاصة، ومن ثم فخضوعها للمراقبة يتضمن المساس بحرمتها.

فمن جهة، تطورت نظم وتقنيات اختراق رسائل العمال الإلكترونية التي يتم إرسالها أو تلقيها عبر أجهزة الكمبيوتر التي توضع تحت تصرفهم باعتبارها من أدوات العمل.

ومن جهة ثانية، تمثل تقنيات التجسس على المكالمات التليفونية خرقاً لسرية المحادثات الخاصة التي يجريها العمال داخل المنشأة.

أما الجانب الثاني فيتعلق بالمساس بحق العامل في صورته، فقد تزايد اعتماد أصحاب العمل على تقنية المراقبة التصويرية في منشأتهم، من خلال كاميرا الفيديو *La vidéo-surveillance*، وهو ما تتلاشى معه كل مساحة لخصوصية العامل داخل مكان عمله. بل إن تطور هذه التقنية إلى النظام الرقمي مؤخراً يثير إشكالية أخرى تتعلق بمعالجة البيانات الشخصية والحماية القانونية في مواجهتها.

كما نشير هنا إلى أن موضوع البحث سيتم تناوله في إطار المقارنة بالقانون الفرنسي لما يمثله الأخير من تجربة قانونية رائدة في هذا الخصوص، وذلك في ضوء الاهتمام البالغ الذي أولاه المشرع الفرنسي لمسألة حماية حرمة الحياة الخاصة للعامل، وحرصه الدائم على مواكبة النصوص القانونية للتطورات التقنية في هذا المجال، والذي ظهر جلياً في التعديلات التشريعية المتتالية التي نراها تسير جنباً إلى جنب مع ظهور أية تقنية حديثة قد تمثل خطراً جديداً على خصوصية الفرد عموماً، والعامل على وجه الخصوص. وذلك أيضاً مع إلقاء الضوء على موقف التشريع والقضاء الأوروبي للوقوف على ما توصل إليه في هذه المسألة، حيث يمكن من خلال تلك المقارنة الوقوف على مدى كفاية وملاءمة نصوص القانون المصري لكفالة حماية حياة العامل الخاصة في مواجهة الوسائل التقنية الحديثة.

### ٣- خطة البحث:

بناءً على ما سبق، سوف نحاول أن نعالج جوانب هذا الموضوع ونجيب عن التساؤلات التي يطرحها من خلال فصلين، يسبقها مبحث تمهيدي نتناول فيه مفهوم الحياة الخاصة وضرورات حماية حياة العامل الخاصة في مواجهة التقنيات الحديثة. ونتناول في الفصل الأول مراقبة اتصالات العامل في مكان العمل، وفي الفصل الثاني نتناول المراقبة التصويرية للعامل من خلال كاميرا الفيديو، مع بحث الحماية القانونية للحياة الخاصة إزاء كل منهما.

وعلى ذلك، فإن دراستنا لهذا الموضوع تنقسم على النحو التالي:

**مبحث تمهيدي: مفهوم الحياة الخاصة، وضرورات حماية حياة العامل الخاصة في مواجهة التقنيات الحديثة.**

**الفصل الأول: مراقبة اتصالات العامل في مكان العمل، والحماية القانونية للحياة الخاصة.**

**الفصل الثاني: المراقبة التصويرية للعامل من خلال كاميرا الفيديو، والحماية القانونية للحياة الخاصة.**

#### **مبحث تمهيدي**

#### **مفهوم الحياة الخاصة وضرورات حماية حياة العامل الخاصة**

#### **في مواجهة التقنيات الحديثة**

رغم قدم فكرة الحق في احترام الحياة الخاصة باعتباره أحد الحقوق الأساسية للإنسان، إلا أن وضع تعريف محدد للحياة الخاصة لم يكن بالأمر اليسير، ذلك أن أغلب التشريعات قد اتجهت إلى عدم إيراد تعريف لهذا الحق، واكتفت بوضع نصوص تقره وتكفل حمايته وتعدد صور الاعتداء عليه.

ومع ذلك، ظهرت عدة محاولات لتحديد مفهوم الحياة الخاصة. ونعرض فيما يلي للمحاولات المبذولة لتحديد هذا المفهوم، وذلك قبل أن نتطرق لضرورات حماية حياة العامل الخاصة في مواجهة التقنيات الحديثة.

## المطلب الأول

### مفهوم الحياة الخاصة

الملاحظ بشأن مجمل التعريفات التي قدمت لتحديد المقصود بالحياة الخاصة أنها تقوم إما على وضع تعريف شامل لفكرة الحياة الخاصة ذاتها، أو على تحديد مضمونها بتعداد الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة وتلك التي تخرج عن هذا النطاق.

فيذهب بعض الفقه الفرنسي<sup>(1)</sup> إلى أن تحديد المقصود بالحق في احترام الحياة الخاصة ينبغي أن يفهم على أساس حماية الشخص في مواجهة الاعتداء على سرية حياته الخاصة *atteinte au secret de la vie privée*، بما يفرض على الكافة عدم التحري أو البحث، بمختلف السبل والوسائل، عن عناصر تتصل بالحياة الشخصية أو العائلية أو التجسس عليها، وسرية الحياة الخاصة تقتضي وضع سياج من الاستقلال والعزلة يتمتع على الغير اختراقه.

كما يعرف هذا الحق بأنه الحق في احترام ذاتية الشخص بما يتيح له التمتع بالهدوء والسكينة دون تعكير صفو حياته من قبل الغير<sup>(2)</sup>، فالحياة الخاصة هي ذلك الجانب من حياة الإنسان الذي يجب أن ينعم فيه بالألفة والسكينة بعيداً عن نظر وسمع الآخرين وبمناى عن رقابتهم وتدخلهم بدون مسوغ مشروع<sup>(3)</sup>.

ويرى الفقيه Carbonnier في تحديده لمفهوم الحياة الخاصة أن احترام الحياة الخاصة يترجم بصفة أساسية من خلال واجب امتناع مقتضاه أن يترك الشخص هادئاً، وهذا الهدوء هو القيمة النفسية محل الحماية<sup>(4)</sup>.

(1) Nerson (R.), La protection de la vie privée en droit positif français, RIDC, 1971, 23-4, pp. 737-764; Kayser (P.), La protection de la vie privée, t. I, protection du secret de la vie privée. RIDC., 1985, 37-1, pp. 254-255.

(2) Malaurie (Ph.), Les personnes - Les incapacités, 2e éd., Defrénois, 2005, p. 115 et s. (3) محمود محمد عبد الرحمن، نطاق الحق في الحياة الخاصة، مقارنة في القانون الوضعي (الأمريكي-الفرنسي-المصري) والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٢٩.

(4) "Le respect de la vie privée se traduit essentiellement par un devoir d'abstention: il faut laisser l'individu tranquille. Cette tranquillité, qui est la valeur psychologique protégée"; Carbonnier (J.), Droit civil, Les Personnes, PUF, Thémis, 21e éd., 2000, n° 71, p. 81.

ولدى البعض الآخر<sup>(١)</sup> فالحياة الخاصة تعني قدرة الشخص على العزلة بمنأى عن الآخرين، وحرية التصرف على النحو الذي يراه مناسبًا بمعزل عن المجتمع. وفي محاولة لتوسيع مفهوم الحياة الخاصة، ذهب بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> إلى أن احترام الحياة الخاصة لم يعد يعني فقط منع فضول الآخرين، وبالتالي منع أحكامهم الشخصية، وإنما يتسع هذا المفهوم ليشمل الحق في التفرّد، في أن تكون مستقلًا، في أن تكون مختلفًا، وبالتالي الحق في أن تكون حرًا في حياتك الخاصة. وقريب من ذلك قول البعض<sup>(٣)</sup> أن الحياة الخاصة لا تعني فقط أن يظل الفرد بعيدًا عن تطفل الآخرين، ولكن مفهومها يتسع لأكثر من ذلك فيعني الحق الذي يكون للأفراد والجماعات والهيئات بمقتضاه أن يحددوا لأنفسهم متى وكيف وبأي قدر يمكن أن يتاح للغير الوصول إلى المعلومات الخاصة بهم. وفي رأي آخر<sup>(٤)</sup>، يركز مفهوم الحياة الخاصة على اعتبارين أساسيين: الأول: حق الفرد في اختيار أسلوب حياته دون أي تدخل من الغير، في حدود النظام العام. والثاني: حق الفرد في سرية ما ينتج عن هذه الحرية من معلومات أو وقائع بعيدة عن معرفة أي شخص. وإلى جانب التعريفات السابقة، هناك جانب من التعريفات يقوم على بيان مفهوم الحياة الخاصة من خلال تعداد الأمور أو العناصر التي تدخل في نطاقها، مسترشدًا في ذلك بالتطبيقات القضائية في هذا الشأن؛ وإن ظلت بعض هذه العناصر محل خلاف حول دخولها ضمن الحياة الخاصة للشخص<sup>(٥)</sup>.

(1) Mazeaud (V.), La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2015/3 (N° 48), pp. 5-20.

(٢) جمال أبو الفتوح أبو الخير، التزام العامل بالإعلام قبل التعاقد والحماية القانونية للحياة الخاصة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ع ٢٠٢١، ٢٠٠٩، من ص ١٩٤-٣١٠، ص ٢٠٣.

(٣) صلاح محمد أحمد دياب، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضمائنها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢١.

(٤) مجدي عز الدين يوسف، حرمة الحياة الخاصة بين الحماية الدولية والشريعة الإسلامية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، ١٩٩٥، من ص ٣٧-٧٠، ص ٤٣.

(٥) تفصيلًا: حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٥٩ وما بعدها؛ محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٢٩.

فقد أوضح جانب من الفقه<sup>(1)</sup> أن الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة هي تلك التي تتعلق بالحياة العاطفية والزوجية والعائلية، والحالة الصحية والرعاية الطبية، والذمة المالية للشخص، ومحادثاته الشخصية أو الخاصة، وحرمة مسكنه ومراسلاته، وموطنه أو محل إقامته ورقم هاتفه، وآرائه السياسية ومعتقداته الدينية.

وفي المقابل، ظل اعتبار بعض العناصر من مكونات الحياة الخاصة محل خلاف؛ مثل الحق في الاسم، والحق في الشرف والاعتبار، والحق في الصورة، وحرمة الجسد، وجوانب النشاط المهني أو الحرفي غير العلنية، والحق في قضاء أوقات الفراغ.

وفي ذات الإطار، يعتبر من أشهر تعريفات الحق في حرمة الحياة الخاصة ذلك التعريف الذي وضعه معهد القانون الأمريكي The American Law Institute (ALI)، وهو يعرف هذا الحق من خلال بيان أوجه المساس به، حيث ذهب إلى أن "كل شخص ينتهك بصورة جدية، وبدون وجه حق، حق شخص آخر في ألا تصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور، يعتبر مسئولاً أمام المعتدى عليه"<sup>(2)</sup>.

وقد خضع هذا التعريف بعد ذلك للتعديل بمقتضى القاعدة رقم 652A من مجموعة القواعد التي أقرها معهد القانون الأمريكي لسنة 1997، حيث ورد نصها بأن "1- كل من ينتهك حق غيره في الخصوصية يكون مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بمصالح هذا الأخير.

2- ويتحقق انتهاك الحق في الخصوصية من خلال:

(1) Gulphe (P.), De la non interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français, JCP 1990, éd. Ent., 15736, p. 219; Cazé-Gaillarde (N.), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Atteintes à la vie privée mai 2005 (actu. févr. 2017), n°11 et s.; Anthony (M.), Le droit au respect de la vie privée : définition, conditions et sanctions, article publié le 4/1/2015 sur: <https://www.legavox.fr>.

(2) Restatement of the Law of Torts, 1939, n°867: "A person who unreasonably and seriously interferes with another's interest in not having his affairs known to others or his likeness exhibited to the public is liable to the other."

أ- الاقتحام غير المشروع لعزلة شخص آخر.

ب- استغلال اسم شخص آخر أو صورته.

ج- الإفشاء غير المشروع لمسألة تتعلق بالحياة الخاصة لشخص آخر.

د- الدعاية التي تضع شخص آخر في صورة خاطئة أمام الجمهور<sup>(1)</sup>.

وبناءً على ما تقدم، فتعدد التعريفات التي قيل بها على النحو السابق، وغياب الاتفاق حول تعريف محدد للحياة الخاصة دفع البعض<sup>(2)</sup> إلى القول بخطورة عدم وجود معيار قانوني واضح يعتمد عليه في تحديد المقصود بالحياة الخاصة، لما قد ينتج عنه من اختلاف هذا المفهوم في كل منازعة طبقاً لتفسير القاضي الذي تعرض أمامه.

وفي المقابل، يقر غالبية الفقه<sup>(3)</sup> بصعوبة وضع تعريف جامع مانع لفكرة الحياة الخاصة، وأنها بصدد حق يستعصي على التعريف بالنظر إلى طبيعته الخاصة؛ فهو حق نسبي يتغير مفهومه ونطاقه تبعاً لتغير الظروف الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية السائدة في المجتمع، ومن ثم يختلف مفهوم الحياة الخاصة من مجتمع لآخر، بل يختلف في المجتمع الواحد من زمن إلى غيره. كما يختلف تحديد ما يدخل في دائرة الحياة الخاصة وما لا يعد منتمياً إليها وفقاً للتوجهات القانونية والقضائية في بلد عن آخر.

وفي تقديرنا أن الطبيعة المتغيرة والقابلة للتجديد والتطور المستمر والتي يتسم بها مفهوم الحياة الخاصة تضيي قدرًا كبيراً من الصعوبة على كافة محاولات وضع تعريف محدد لهذا الحق. فكيف يمكن ضبط مفهوم حق يتسع نطاقه ويضيق بحسب المكان والزمان وظروف كل مجتمع!؟

(1) 652A: "1- One who invades the right of privacy of another is subject to liability for the resulting harm to the interests of the other. 2- The right of privacy is invaded by: (a) unreasonable intrusion upon the seclusion of another, as stated in 652B; or (b) appropriation of the other's name or likeness, as stated in 652C; or (c) unreasonable publicity given to the other's private life, as stated in 652D; or (d) publicity that unreasonably places the other in a false light before the public".

(2) Mazeaud (V.). La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, art. préc.

(3) Molfessis (N.). Vie professionnelle, vie personnelle et responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, Droit social, janv. 2004, p.31.

وفي هذا المعنى أيضاً: محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٣١؛ جمال أبو الفتوح أبو الخير، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

كما أن محاولة تعداد الأمور أو العناصر التي يشملها هذا الحق أو تعيين الأفعال التي تعتبر من قبيل المساس به، من شأنه حصره في نطاق ضيق، ومن ثم، فالأوفق هو عدم الانشغال بوضع تعريف محدد للحق في احترام الحياة الخاصة، أو تعداد الأمور التي تدخل في نطاقه، وأن تترك تلك المهمة للقضاء ليحددها في كل حالة تعرض أمامه.

ويدعم ذلك الرأي ما انتهت إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها الصادر في ٨ يناير ٢٠٠٩ والذي ورد فيه أن "مفهوم الحياة الخاصة هو مفهوم واسع ومن ثم فإنه غير قابل لأن يكون محل تعريف شامل، فهو يغطي التكامل الجسدي والمعنوي للفرد، وبالتالي فهو يشمل جوانب متعددة لهوية الفرد، مثل الاسم أو العناصر المتعلقة بالحق في الصورة"<sup>(١)</sup>.

### **المطلب الثاني**

#### **ضرورات حماية حياة العامل الخاصة في مواجهة**

#### **التقنيات الحديثة**

أحدث التقدم التكنولوجي الهائل، بمظاهره المختلفة، ثورة في أنظمة الاتصالات؛ تمثلت أهم جوانبها الإيجابية في تيسير التواصل بين الأفراد، وذلك بتوفير الوقت والجهد وتجنب المصاعب التي كانت تعترض عمليات التواصل التقليدية، فضلاً عن خلق سبل ميسرة وأمنة للاحتفاظ بالمعلومات كبديل عن الطرق التقليدية وما يعترئها من مخاوف مرتبطة بالتلف أو الضياع، فقد أصبح ممكناً حفظ المعلومات والبيانات واسترجاعها في أقل وقت ممكن ومن أي مكان، مع وجود احتمالات ضئيلة للغاية لتعرضها للتلف أو الضياع.

ومع ذلك، ورغم ما قدمته التكنولوجيا الحديثة للبشرية من خدمات، فإن لها وجهاً آخر شكل مصدر خطورة كبيرة على الحياة الخاصة للأفراد؛ إذ تزايدت معها

(1) "La notion de «vie privée» est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'un individu tels le nom ou des éléments se rapportant au droit à l'image". CEDH 4 décembre 2008, S. et Marper c/ Royaume-Uni, requêtes 30562/04 et 30566/04.

فرص تهديد الخصوصية وانتهاكها؛ فقد أصبح الحاسب الآلي الذي انتشر استخدامه في كافة المجالات هو البديل العصري للملفات الورقية التي كانت تدون بها بيانات ومعاملات الأشخاص، حيث استخدم في إنشاء قواعد للبيانات الشخصية وتكوين شبكات بين جهات متعددة لتسهيل عملية تبادل هذه البيانات بينها. وتشكل معالجة البيانات الشخصية خطراً على من تخصه هذه البيانات لأنها تؤدي إلى رسم صورة كاملة عنه دون علمه بحدوث ذلك، فضلاً عن احتمال إساءة استخدام هذه البيانات أو استخدامها في غير الغرض الذي حفظت من أجله<sup>(١)</sup>.

وإلى جانب ذلك، توجد أيضاً المخاطر التقنية التي تنتج عن أخطاء تقع في مرحلة تجميع البيانات أو تخزينها أو استرجاعها، وسواء كان مرجع ذلك خطأ بشري أم خلل فني في الجهاز ذاته، مما يكون له أسوأ الأثر في استخلاص معلومات غير حقيقية عن الحياة الخاصة لشخص معين<sup>(٢)</sup>.

كما تزايدت مخاطر التكنولوجيا الحديثة على الحياة الخاصة في الأونة الأخيرة بالنظر لما أنتجته من أجهزة وأساليب متطورة للتتبع والتسجيل والتصوير، تتميز بالقدرة الفائقة والدقة العالية، والتي يمكن من خلالها متابعة ومراقبة الشخص في كل ما يتعلق بمحادثاته ومراسلاته وتصرفاته وتحركاته، وهو الأمر الذي يترتب عليه خرقاً صارخاً لفكرة الخصوصية.

بيد أنه إذا كانت المخاطر الناشئة عن التقنيات الحديثة هي بطبيعتها مخاطر عامة تهدد الحياة الخاصة لكل فرد، فإن العامل، بحكم مركزه القانوني، يكون أكثر عرضة لهذه المخاطر وتأثرًا بها، وذلك في علاقته بصاحب العمل الذي يستعين بهذه التقنيات في منشأته<sup>(٣)</sup>. ويعزى ذلك، في تقديرنا، إلى عاملين:

(١) سماح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة في القانون الفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، مج ٣٥، ع ٣، ٢٠١١، من ص ٣٧٥-٤٣٤، ص ٣٧٧.

(٢) محمد حسن قاسم، الحماية القانونية لحياة العامل الخاصة في مواجهة بعض مظاهر التكنولوجيا الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٢٦.

(3) Benalcazar (De). Le salarié est-il victime des nouvelles technologies?, travail et protection sociale, mai 2001, p. 4 et s.

## الأول: علاقة التبعية التي تربط العامل بصاحب العمل.

يخضع العامل، بمقتضى عقد العمل، في أدائه لعمله المنوط به، لرقابة وإشراف وتوجيه صاحب العمل، وهو ما يعبر عنه برابطة أو علاقة التبعية<sup>(١)</sup>.

وبمقتضى هذه التبعية، يكون لصاحب العمل سلطة الإدارة *pouvoir de direction* التي تتيح له تنظيم العمل داخل منشأته، فيعين المهام التي يقوم بها العامل، وساعات العمل ومكانه، ويغير المهمة التي عهد بها إليه كلما رأى تغييرها ضرورياً، ويصدر القرارات ويهيئ الوسائل التي يقيم بها النظام داخل المنشأة<sup>(٢)</sup>.

وبمقتضاها أيضاً يكون لصاحب العمل سلطة الرقابة *pouvoir de contrôle* على عماله للتحقق من مدى التزامهم بأداء مهامهم الموكولة إليهم، وفقاً لأوامره وتعليماته والقواعد التنظيمية المعمول بها في المنشأة<sup>(٣)</sup>.

(١) ويقسم الفقه التبعية إلى نوعين:

الأول: التبعية القانونية؛ ويقصد بها هيمنة رب العمل، أثناء تنفيذ العقد، على نشاط العامل، بما يخول رب العمل سلطة توجيه العامل وملاحظته أو رقبته أثناء قيامه بالعمل، والتزام العامل بإطاعته في هذا التوجيه. وهذه التبعية القانونية إما أن تتخذ صورة التبعية الفنية ويقصد بها خضوع العامل للإشراف والتوجيه الكامل لرب العمل في كافة دقائق العمل وتفصيلاته، ويحدث ذلك عادة إذا كان صاحب العمل يحترف الحرفة التي يستخدم فيها العامل. أو أن تكون تبعية تنظيمية أو إدارية حيث لا يشرف صاحب العمل على العامل في عمله من الناحية الفنية ولكنه يتولى تنظيم الظروف المختلفة للعمل كتتنظيم ساعات العمل وأوقاته ومكانه وقواعد الأجازات.

والثاني: التبعية الاقتصادية؛ وهي تركز على أن الدخل الناتج من العمل هو مصدر الرزق الرئيسي أو الوحيد للعامل، ولا داعي للبحث عن وجود سلطة على هذا الأخير من قبل صاحب العمل، ويقدم العامل كل نشاطه وجهده لخدمة صاحب العمل والذي يلتزم بدوره بأن يوفر له عملاً منتظماً يعتمد عليه كمصدر لرزقه. ويأخذ المشرع المصري بالتبعية القانونية في صورتها التنظيمية، وهو ما يتضح في تعريفه لعقد العمل سواء في إطار القانون المدني أم قانون العمل.

راجع تفصيلاً، في عنصر التبعية في عقد العمل: حسن كبير، أصول قانون العمل، ط١، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٦١، ص ١١٨؛ محمد حلمي مراد، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، ط٥، ١٩٦٥، دار القلم، ص ٢٣٧؛ محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، ط٢، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٢، ص ٤٨٧؛ حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، بدون ناشر، ١٩٩١، ص ١٣٠.

وفي الفقه الفرنسي؛ راجع:

Radé (ch) Droit social Des critères du contrat de travail D 2013 n 202. Pálissier (T) Sumint (A) Jeammaud (A) Droit du travail 23e éd Précis Dalloz 2006 n 150. Sumint (A) Les nouveaux visages de la subordination, Droit social, février 2000, p.131;

وفي تحديدها لمفهوم التبعية، قررت محكمة النقض الفرنسية بوضوح أن "التبعية تعني تنفيذ العمل تحت سلطة وإشراف صاحب العمل الذي يصدر أوامره وتوجيهاته ويراقب تنفيذها، ويجازى الأخطاء الصادرة عن تابعيه".

"Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné"; Cass. soc., 13 novembre 1996, Bull. civ., V, n° 386, p. 275.

(٢) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٤٨؛

Miné (M.); Marchand (D.), Le droit du travail en pratique, 26e éd. Eyrolles, 2014, p. 155; Rozès (L.), Répertoire de droit du travail, D. avril 1991 (act. : mars 2012), n° 93.

(٣) وقد تعرض القضاء الفرنسي لمفهوم رابطة التبعية وما تتضمنه سلطة الرقابة، فقضى بان "لصاحب العمل سلطة الرقابة على نشاط عماله خلال وقت العمل".

وفي المقابل، ومن جانب العامل، تقتضي رابطة التبعية، تنازله جزئياً، وبيارادته، عن حريته وتقييدها إعمالاً للعقد الذي هو طرف فيه<sup>(١)</sup>.

وهنا يثور التساؤل عن مدى الأثر الذي ترتبه رابطة التبعية والمتمثل في ذلك الخضوع الإرادي من قبل العامل لسلطة صاحب العمل بمجرد دخوله في علاقة العمل، لا سيما أثرها على حياته الخاصة، ذلك أنه إذا كان الجزء الأكبر من الحياة الخاصة للعامل يقع خارج المنشأة، فإن جزءاً منها يلازمه أثناء العمل<sup>(٢)</sup>.

والواقع أن التبعية بهذا المعنى تقتصر على الجانب المهني فقط المرتبط بالعقد والالتزامات الواردة فيه، فهي تبعية مهنية لا تتعدى إلى نطاق الحياة الخاصة للعامل<sup>(٣)</sup>.

فما يجوز لصاحب العمل اقتضاؤه من العامل، هو تنفيذ العمل الذي اتفق عليه معه، وتبرأ ذمة العامل بأدائه، ليكون بعد ذلك طليقاً من إسهام مهنته، ليكيف حياته الخاصة، كباقي الأفراد، على الوجه الذي يريده<sup>(٤)</sup>.

فالحق في احترام الحياة الخاصة هو أحد الحقوق للصيقة بالشخصية، ومن ثم فهو حق عام يسري داخل علاقات العمل كما يسري خارجها، كما أن النصوص القانونية التي تكرر هذا الحق وتوجب حمايته هي نصوص عامة لم تستثنِ علاقات العمل من نطاقها، بما يعني أنه داخل إطار هذه العلاقات أيضاً يظل للعامل حق في حرمة حياته الخاصة وتبقى ضرورة المحافظة على سريتها.

وقد عبر عن ذلك المعنى بعض الفقهاء<sup>(٥)</sup> بقوله أن "العامل، بمقتضى العقد، يضع تحت تصرف رب العمل قوة عمله لا شخصه".

" l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail"; Cass. Soc., 4 juillet 2012, Bull. 2012, V, no 208.

(١) خالد حمدي عبد الرحمن، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٩.

(٢) محمد عبد الفتاح محمد، سلطة صاحب العمل في إدارة منشأته، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٢٩.

(3) Paulin (J-F), Les libertés dans l'entreprise, JA 2014, n°498, p.19.

(٤) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٦١.

(5) «Au contrat, le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne»; Rivero (J.), Les libertés publiques dans l'entreprise, Dr. soc. 1982, p. 424.

ولذلك، وكما أشرنا سابقاً، فإنه تأكيداً للحق في احترام الحياة الخاصة في إطار علاقات العمل، عمد المشرع الفرنسي - خلافاً لنظيره المصري، إلى إفراده بنص صريح في قانون العمل، حيث ورد نص المادة ١٢٠-٢ منه بأنه "لا يجوز فرض قيود على حقوق الأشخاص والحريات الفردية والجماعية، ما لم يبرر ذلك طبيعة المهمة المراد تنفيذها، أو تكون تلك القيود متناسبة مع الهدف المنشود".

الثاني: إشكالية التمييز بين الحياة الخاصة والحياة المهنية للعامل.

تعزى أيضاً ضرورة وضع ضوابط قانونية لحماية حق العامل في حرمة حياته الخاصة إلى ما يبدو من التداخل بين الحياة المهنية والحياة الخاصة للعامل، وغياب وجود فواصل واضحة بينهما داخل مكان العمل.

ومع ذلك، فإن نطاق الحياة المهنية للعامل يتحدد بوقت ومكان العمل، وفي هذا النطاق وحده تضع علاقة التبعية العامل تحت سلطة صاحب العمل وتخضعه لأوامره وتوجيهاته، دون أن تمتد هذه السلطة إلى حياة العامل الخاصة التي يخرج فيها عن رقابة صاحب العمل ويسترد كامل حريته.

فالمبدأ إذن استقلال الحياة الخاصة عن الحياة المهنية للعامل، فكل منها نطاقها المحدد<sup>(١)</sup>، ومع ذلك لا يمكن القول بإمكانية الفصل المطلق بين مهنة العامل وحياته الخاصة، نظراً للصفة المستمرة لعقد العمل التي تجعل، أحياناً، تأثير حياته الخاصة على علاقات العمل أمراً لا يمكن تجنبه<sup>(٢)</sup>.

فالعامل رغم وجوده في مكان ووقت العمل إلا أنه يظل محتفظاً بقدر من الخصوصية التي تلازمه حتى أثناء تبعيته لصاحب العمل، مما قد ينتج عنه تصادم أو تعارض بين ممارسة صاحب العمل لسلطته في التوجيه والرقابة لمصلحة العمل في منشأته، وبين منطقة الحياة الخاصة للعامل<sup>(٣)</sup>.

(1) Hauser (J.), Vie privée, vie professionnelle, RTD civ. 2003, p. 57.

(٢) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٦١.

(3) Waquet (Ph.). Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle. Droit social 2010. p. 14; Bossu (B.), Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre, Dr. soc. 1994, p.747.

فالتداخل بين الحياة المهنية والحياة الخاصة للعامل لا يلغي الأخيرة كلياً في ظل وجود العامل في مكان ووقت العمل، فالعامل ليس آلة متحركة ولكنه يتفاعل مع المواقف والأحداث المختلفة ومن ثم يظل محتفظاً بخصوصيته بمختلف مظاهرها؛ أي بحقه في سرية اتصالاته ومراسلاته، وحقه في عدم إفشاء أسرارهِ والمعلومات التي تتعلق به، وحقه في الصورة وحظر تصويره بدون علمه، فضلاً عن ممارسة حرياته الفردية والجماعية في إطار القانون<sup>(1)</sup>.

وبناءً على ما تقدم، فإن العامل يكون، بحكم تبعيته لصاحب العمل وخضوعه لسلطته في وقت ومكان العمل، من جهة، وصعوبة وضع حدود فاصلة بين حياته الخاصة والمهنية من جهة أخرى، الأكثر عرضة لانتهاك حرمة حياته الخاصة. ويزيد من خطورة هذا الوضع استعانة صاحب العمل بتقنيات المراقبة الحديثة، كأداة فعالة يمارس من خلالها سلطته في الرقابة على عماله والإشراف على سير العمل داخل منشأته.

ووضع وسائل المراقبة، بإمكانياتها المتعددة والمتطورة، موضع التنفيذ أدى إلى تفاقم مخاطر تهديد الحياة الخاصة للعامل في جوانبها المختلفة، خاصة وأن الواقع العملي يكشف عن تجاوز هذه الوسائل للأغراض المقصودة منها أصلاً<sup>(2)</sup>؛ حيث أمكن من خلالها اختراق سرية محادثات العمال الخاصة من خلال ما يعرف بالعداد الآلي للمكالمات الهاتفية autocommuteur téléphonique، فضلاً عن إمكانية اختراق رسائل العامل الإلكترونية المرسلة أو المستلمة عبر البريد الإلكتروني courrier électronique لجهاز الحاسب الآلي الموضوع تحت تصرفه كأداة من أدوات العمل داخل المنشأة.

إضافة إلى ذلك، فإن أنظمة المراقبة من خلال كاميرا الفيديو، وإن كانت تستهدف تمكين صاحب العمل من التحقق من أداء عماله لمهام عملهم على النحو المطلوب، فضلاً عن كونها توفر نظاماً أمنياً للمنشأة، إلا أنها تمثل وسيلة المراقبة

(1) صلاح محمد أحمد دياب، المرجع السابق، ص ٣٣.

(2) Lepaeg (A.), Répertoire de droit civil, Droits de la personnalité, Surveillance du salarié par des moyens techniques, D. Sept. 2009 (act.: avr. 2018), n°297.

الأكثر شمولاً وخطورة على حرمة الحياة الخاصة للعمال، لما تتيحه من رصد لكافة تحركات العامل وتصرفاته، ولو كانت تخرج عن إطار نشاطه المهني، وذلك من خلال ما تتيحه من تسجيل للصوت والصورة وحفظ هذه التسجيلات<sup>(١)</sup>.

هذا إلى جانب تطور نظم تجميع ومعالجة وتحليل البيانات، والتي أمكن من خلالها تجميع بيانات العمال دون علمهم، أو لأسباب غير محددة واستخدامها لأهداف غير مشروعة، أو تجميع بيانات بطبيعتها لا يجوز تجميعها، وهو ما يمثل مستوى أعلى من المخاطر تهدد بانتهاك الحياة الخاصة للعمال<sup>(٢)</sup>.

هذه التقنيات المستحدثة والتي وضعت تحت تصرف صاحب العمل أساليب مبتكرة لمتابعة ومراقبة عماله تدفع للتساؤل عن إمكانية التوفيق بين حق العامل في احترام حياته الخاصة في مكان العمل، وبين تبعيته المهنية لصاحب العمل بما تخوله لهذا الأخير من سلطة الرقابة على عماله في ضوء مقتضيات تحقيق مصلحة المشروع.

## الفصل الأول

### مراقبة اتصالات العامل في مكان العمل،

#### والحماية القانونية للحياة الخاصة

الاتصالات، سواء اتخذت صورة رسائل أو محادثات، والتي يجريها العامل في مكان عمله، وإن كان من المفترض أن تكون موجهة لمصلحة العمل وإنجاز المهام الموكولة إليه، إلا أنه يظل هناك دائماً احتمال تضمن بعض هذه الرسائل أو المحادثات ما يتعلق بأسرار حياته الخاصة. وهنا تكمن الخطورة لاسيما في ظل انتشار التقنيات الحديثة ووسائلها المختلفة داخل المنشآت والتي يستهدف صاحب العمل من خلالها مراقبة الاتصالات التي يجريها عماله، وهو ما ينطوي على مخاطر الاعتداء على الحياة الخاصة للعامل.

(١) تفصيلاً في عرض هذه الوسائل، راجع:

Emmanuel Ray (J.), Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Droit social 1992, p. 525; Frayssinet (J.), Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise, Droit social 1992, p. 596; Olivier de Tissot, Internet et contrat de travail, Droit social 2000, p. 150.

(2) Frayssinet (J.), Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise, art. préc.

وفي ضوء ما تقدم، نتناول فيما يلي مراسلات العامل الإلكترونية التي يرسلها أو يتلقاها عبر البريد الإلكتروني لجهاز الكمبيوتر الموضوع تحت تصرفه لأغراض عمله، والحماية القانونية في مواجهة خضوع هذه المراسلات لرقابة صاحب العمل (المبحث الأول)، ثم ننقل بعد ذلك لنتناول محادثات العامل الهاتفية التي يجريها من خلال أجهزة التليفون التابعة للمنشأة والحماية القانونية في مواجهة مراقبة هذه المحادثات والتجسس عليها وتسجيلها بما ينتهك سريتها (المبحث الثاني).

### **المبحث الأول**

#### **مراقبة مراسلات العامل الإلكترونية،**

#### **والحماية القانونية للحياة الخاصة**

أدى تطور تكنولوجيا المعلومات إلى تراجع وسائل الاتصال التقليدية، فالرسالة التقليدية المكتوبة على دعامة ورقية والمرسلة عبر البريد التقليدي أصبح يحل محلها الرسالة الإلكترونية، التي تتم عبر البريد الإلكتروني E-mail، وذلك لما تتميز به من سرعة فائقة حيث يتم إرسالها وتسلمها فوراً.

ومؤدى ذلك أن نظام المراسلات داخل المنشآت العمالية قد لحقه التطور، وأصبحت المراسلات الإلكترونية هي الصورة الحديثة للاتصال؛ ويقصد بها تلك الرسائل الصادرة عن العمال والواردة إليهم من خلال أجهزة الكمبيوتر المخصصة للعمل، عبر البريد الإلكتروني الخاص بكل منهم، وذلك بغرض التواصل سواء بين العمال داخل المنشأة، أو مع المنشآت الأخرى.

ومع ذلك، فقد طرح هذا التطور العديد من التساؤلات والإشكاليات المتعلقة بسرية هذه المراسلات، وبصفة خاصة بالنظر إلى احتمالية تضمينها ما يمس الحياة الخاصة، وهو ما يشكل مصدر خطر للعمال، ومدى إمكانية مراقبتها من قبل صاحب العمل، من خلال الوصول إلى البريد الإلكتروني والإطلاع على محتواه، إعمالاً لحقه في الوصول إلى ما يتم تبادلته من مراسلات عبر الأجهزة المعلوماتية الموضوعة تحت تصرف عماله لأغراض العمل.

وفي ضوء ما تقدم، نعرض فيما يلي لمبدأ حرمة المراسلات وسريتها، ثم نتناول الحماية القانونية لحق العامل في حرمة مراسلاته الإلكترونية.

### المطلب الأول

#### مبدأ حرمة المراسلات وسريتها

أولاً: مضمون المبدأ.

تعتبر المراسلات الخاصة عنصراً مهماً من عناصر الحياة الخاصة، فالرسالة قد تكون مستودعاً لخصوصيات الشخص، ومن ثم فلا يجوز للمرسل إليه الكشف عن المعلومات الخاصة التي تتضمنها الرسالة إلا بعد الحصول على إذن صاحب الشأن. وإذا كانت الرسالة في يد الغير، أي غير المرسل والمرسل إليه فلا يجوز له نشر ما جاء بها إلا بعد الحصول على موافقة من تتعلق الرسالة بحياته الخاصة، مرسلًا كان أم مرسلًا إليه<sup>(١)</sup>.

ويتسع مفهوم المراسلات ليشمل إلى جانب الرسائل التقليدية، أي المكتوبة على دعامة ورقية، الرسائل الإلكترونية، وبالتالي فحماية القانون تشملهما على السواء. وقد أكدت هذا المبدأ المادة ١/٥٧ من الدستور المصري، حيث قررت أن للمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية حرمة، وسريتها مكفولة.

وفي القانون الفرنسي، رغم عدم وجود نص دستوري يقرر حرمة المراسلات وسريتها، فإن المشرع الفرنسي - خلافاً للمشرع المصري - لم يكتفِ بتقرير الحماية المدنية للحق في احترام الحياة الخاصة، ومن عناصرها المراسلات الخاصة، وذلك بمقتضى المادة ٩ من القانون المدني، وإنما حرص على تأكيد هذا الحق في قانون العمل وذلك بنص المادة ١٢٠-١ والتي تؤكد على حق العامل في احترام حياته الخاصة. ويعني ذلك أنه يقع على عاتق صاحب العمل التزام قانوني بعدم انتهاك سرية المراسلات الخاصة بالعمال في منشأته.

(١) حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص ٣٤٩، ٣٥٠.

ثانيًا: التراسل عبر البريد الإلكتروني **courrier électronique** للأجهزة المعلوماتية للمنشأة، وحرمة مراسلات العامل الخاصة.

لا يؤثر إعمال مبدأ سرية المراسلات الخاصة بالعامل صعوبة فيما يتعلق بالمراسلات التقليدية، المكتوبة على دعامة ورقية والمرسلة عبر البريد التقليدي، الموجهة إلى العامل باسمه الشخصي في مكان عمله؛ وذلك بالنظر إلى إمكان التحقق من طابعها الخاص وذلك من خلال اسم المرسل إليه، ومن ثم يسهل اكتشاف انتهاك سريتها من عدمه<sup>(١)</sup>.

وفي المقابل، تدق الصعوبة فيما يتعلق بسرية رسائل العامل الإلكترونية، أي تلك الرسائل التي يتم إرسالها أو استلامها عبر البريد الإلكتروني<sup>(٢)</sup> لجهاز الحاسب الآلي الخاص بالمنشأة؛ فانتشار استخدام النظم المعلوماتية والتراسل عبر البريد الإلكتروني وإن أحدث تغييرًا ملحوظًا في طريقة ممارسة الأعمال، مما دفع أصحاب الأعمال إلى تزويد منشآتهم بهذه التقنية للاستفادة من مزاياها من سرعة وسهولة الاتصال وانخفاض التكلفة واختصار لحدودي الزمان والمكان<sup>(٣)</sup>، إلا أنها أثارت العديد من الإشكاليات التي ظهرت أهم انعكاساتها على سرية الرسائل الإلكترونية الصادرة من العامل أو الواردة إليه في مكان عمله<sup>(٤)</sup>.

(١) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٦٩. ومع ذلك يقرر البعض أنه حتى بالنسبة لهذه الرسائل التقليدية، أصبحت الوسائل التكنولوجية الحديثة تلعب دورًا كبيرًا في فض سريتها دون أن يترك ذلك أثرًا يثبت أن تلك الرسائل قد تم فتحها أو الاطلاع على مضمونها؛ حيث أمكن ذلك من خلالها تمرير ضوء ظاهري أو شعاع قوي من الأشعة تحت الحمراء من خلال الرسالة المغلقة وتصوير ما فيها، ثم تقرأ هذه الصور وتُفك شفرتها بواسطة خبراء يستطيعون قراءة خط اليد أو أي رمز أو حرف مطبوع رغم انقلاب الحروف بسبب الطي ورغم اختلاطها مع بعضها، فضلًا عن وجود أجهزة بصرية لها القدرة على فحص وتسجيل مضمون الرسائل سواء كانت رموزًا أو حروف طباعة أو كتابة بخط اليد، وسواء كانت كلمات أو أرقام؛ كريم يوسف كشاكش، حماية حق سرية المراسلات، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، مج ٢٣، ع ٢٤، ١٩٩٦، من ص ٢٥٧-٢٧٦، ص ٢٦١.

(٢) وقد عرف القانون الفرنسي رقم ٢٠٠٤-٥٧٥ الصادر في ٢١ يونيو ٢٠٠٤ بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، في مادته الأولى، البريد الإلكتروني بأنه "أي رسالة على شكل نص أو صوت أو صورة، مرسلة عبر شبكة الاتصالات العامة، مخزنة على خادم على الشبكة أو في المعدات الطاقية للمراسلة، لهذا الأخص من استعانتها".

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004 p. 11168, texte n° 2; art. 1: "On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère".

(٣) أروى محمد تقوى، مخاطر استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل، بين سلطة المراقبة والحق في الخصوصية، مجلة الحق، الكتبة، مح ٤، ٢٠١٦، ص ٤٣٩-٤٧٤، ص ٤٤٠.

(4) Deriaux (F) L'employeur le salarié et l'usage privé de sa messagerie professionnelle, D. IP/IT 2017, p. 548.

وتتعلق الإشكالية الأساسية هنا بأن مراسلات العامل عبر البريد الإلكتروني للجهاز المعلوماتي الموضوع تحت تصرفه، وإن كانت في الغالب مراسلات مهنية، إلا أنه قد يستخدمه لإرسال وتلقي رسائل شخصية خاصة به، وجميع هذه الرسائل- المهنية والشخصية- تتجمع على الخادم المركزي *serveur central* بما يتيح لصاحب العمل الوصول إليها والاطلاع على مضمونها. وتدق هذه الإشكالية بالنظر إلى صعوبة التمييز بين رسائل العامل المهنية المتعلقة بعمله، ورسائله الشخصية، والتي يحويهما معًا البريد الإلكتروني للأخير.

وإزاء ذلك، ذهب البعض<sup>(1)</sup> إلى أن سلطة صاحب العمل في الرقابة على نشاط عماله وإن لم تكن محل جدال، فإنه ينبغي أن تمارس هذه الرقابة في إطار من الموازنة بين احترام خصوصية العامل وما يرتبط بها من سرية مراسلاته الإلكترونية، وضمان عدم الانحراف باستخدام نظام التراسل الإلكتروني داخل المنشأة لأغراض غير مهنية.

إضافة إلى ما تقدم، تطرح هذه المسألة عدة تساؤلات حول ما إذا كانت سلطة صاحب العمل في الرقابة على أداء عماله تخوله فحص البريد الإلكتروني للعامل والاطلاع على مضمون الرسائل التي يتضمنها؟ وما حكم اطلاعه على رسالة شخصية تتعلق بالحياة الخاصة للعامل ومدى اعتبار ذلك مساسًا بحرمة مراسلاته الخاصة؟ وهل يملك صاحب العمل منع عماله من استخدام الأجهزة المعلوماتية التي تضعها المنشأة تحت تصرفهم في غير أغراض العمل؟ وما حكم مخالفة العامل لهذا المنع؟ وسوف نحاول أن نتلمس الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها مما يحيط بإعمال مبدأ سرية المراسلات الإلكترونية للعامل، وذلك من خلال الوقوف على حدود الحماية القانونية المقررة لمراسلات العامل الإلكترونية في مكان العمل، في ظل تبعيته لصاحب العمل.

(1) Rodhain (F.), Aqarwal (R.), Le message électronique: une propriété privée? Perception des salariés quant à la propriété de leurs courriels et au respect de leur vie privée sur le lieu de travail .IO- Systèmes d'Information et Management; Vol. 6, No 4 (2001), pp.49-72; <https://www.researchgate.net>.

## المطلب الثاني

### الحماية القانونية لحق العامل في حرمة مراسلاته الإلكترونية

يقتضي بحث الحماية القانونية لحق العامل في حرمة مراسلاته الإلكترونية أن نتناول أولاً الحماية التشريعية لهذا الحق من خلال استعراض النصوص القانونية المعمول بها في هذا الصدد ومدى كفايتها لتوفير الحماية المنشودة، ثم نعرض بعد ذلك للموقف القضائي إزاء تلك المسألة ومدى الحماية التي كفلها القضاء لمراسلات العامل الإلكترونية في مكان العمل، وذلك في إطار عرض موقف كل من القضاء الفرنسي والقضاء الأوروبي.

### الفرع الأول

#### الحماية التشريعية لحق العامل في حرمة مراسلاته الإلكترونية

قررت المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان صراحةً مبدأ سرية المراسلات، كما كفل المشرع الفرنسي الحماية المدنية للمراسلات الخاصة، باعتبارها من عناصر الحياة الخاصة وذلك بمقتضى المادة ٩ من القانون المدني، وأعاد تأكيد هذا المبدأ، في إطار علاقات العمل، بمقتضى المادة ١٢٠-٢ من قانون العمل والتي تؤكد على حق العامل في أن تحترم حياته الخاصة.

فضلاً عن ذلك، فقد أخذ المشرع الفرنسي في الاعتبار المستجدات التكنولوجية الحديثة وما تمثله تهديد للحياة الخاصة للعامل، من خلال مراقبة مراسلاته وتدعيم وتطوير نظم هذه المراقبة، وذلك أثناء تواجده في مكان العمل، وفي ظل تبعيته لصاحب العمل؛ فأصدر القانون رقم ٦٤٦-٩١ في ١٠ يوليو ١٩٩١ بشأن سرية المراسلات الصادرة بطرق الاتصال عن بعد<sup>(١)</sup>، وقد عدل هذا القانون بمقتضى القانون رقم ٦٩٩-٢٠٠٤ الصادر في ٩ يوليو ٢٠٠٤<sup>(٢)</sup>.

(1) LOI n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, JORF n°162 du 13 juillet 1991, p. 9167.

(2) LOI n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF n°159 du 10 juillet 2004 p. 12483.

وتنص المادة الأولى من قانون ٦٤٦-٩١ (معدلة) على أن للمراسلات الصادرة عبر وسائل الاتصال الإلكترونية حرمة يكفلها القانون. ولا يمكن المساس بسريتها إلا بمعرفة السلطة العامة، في حالات الضرورة التي تقتضيها المصلحة العامة، ووفق ما يحدده القانون<sup>(١)</sup>.

كما يؤكد تقنين الخدمات البريدية والاتصالات الإلكترونية الفرنسي<sup>(٢)</sup> في المادة ٣٢-٣<sup>(٣)</sup> منه على مبدأ سرية المراسلات الإلكترونية، حيث تنص على أن مشغلي شبكات الاتصالات الإلكترونية، والعاملين بها، فضلاً عن مقدمي خدمات الاتصالات للجمهور عبر الإنترنت والتي تسمح لمستخدميها بتبادل المراسلات، يقع على عاتقهم التزاماً باحترام سرية هذه المراسلات.

وقد تناولت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات CNIL في عدد من تقاريرها الإشكاليات المرتبطة بسرية المراسلات الإلكترونية الخاصة التي يرسلها أو يتلقاها العامل في مكان عمله، نذكر منها<sup>(٤)</sup>:

١- التقرير الصادر عن اللجنة المذكورة بتاريخ ٥ فبراير ٢٠٠٢<sup>(٥)</sup> بعنوان "الرقابة الإلكترونية في أماكن العمل" والذي أكدت فيه على أنه يتسامح بشأن الاستخدام المعقول للبريد الإلكتروني الخاص بالمنشأة من جانب العامل لأغراض شخصية أو عائلية، شريطة ألا يؤثر ذلك على تداول الرسائل المهنية. وأضاف التقرير أن الرسائل الإلكترونية الصادرة والواردة عبر البريد الإلكتروني لأجهزة العمل

(1) Art. 1er. "Le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci".

ويجزم قانون العقوبات الفرنسي الاعتداء على سرية المراسلات في المادة ٢٢٦-١٥ والتي تنص على معاقبة كل من يقوم بسوء نية، بفتح مراسلة موجهة إلى الغير أو إلغائها أو تأخيرها أو تحريفها، سواء وصلت إلى المرسل إليه أم لم تصل، بالحبس سنة وغرامة ٤٥ ألف يورو. كما يعاقب بذات العقوبات، كل من يقوم بسوء نية باللقاط أو تحريف أو استعمال أو نشر المراسلات المنقولة أو المتلقاة عن طريق الاتصال، عن بعد.

(2) Le code des postes et des communications électroniques (CPCE).

(٣) معدلة بمقتضى المرسوم رقم ٤٢٨-٢٠١٧ بشأن سرية المراسلات الإلكترونية الخاصة.  
Décret n° 2017-428 du 28 mars 2017 relatif à la confidentialité des correspondances électroniques privées, JORF n°76 du 30 mars 2017, texte n° 12.

(٤) راجع هذه التقارير على الموقع الإلكتروني للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات:

<https://www.cnil.fr>.

(5) Rapport de la CNIL du 5 février 2002, la cybersurveillance sur les lieux de travail.

الموضوعة تحت تصرف العامل يفترض فيها أنها رسائل مهنية، وهي تشكل "سجلاً دائماً ومكتوباً" ومن ثم يمكن لصاحب العمل، في أي وقت، فحصه ومراقبته. ومع ذلك، يجب مراعاة ما يتعلق باحترام الحياة الخاصة وفقاً للمادة ٩ من القانون المدني، ومن ثم فإن رسائل العامل التي يظهر بوضوح من موضوعها أو من مسمى الملف الذي حفظت فيه أنها رسائل خاصة أو شخصية، هي رسائل يحميها القانون ويكفل سريتها.

٢- التقرير الصادر في ١ ديسمبر ٢٠١٥ بعنوان " الرقابة على استخدام الإنترنت والتراسل الإلكتروني"<sup>(١)</sup>، حيث ذهبت اللجنة إلى أنه في حالة وضع أجهزة معلوماتية تحت تصرف العمال لأغراض نشاطهم المهني، فإن استخدام هذه الأجهزة في أماكن العمل لغير الأغراض المهنية يتم التسامح بشأنه بوجه عام، متى كان استخداماً معقولاً، ولا يؤثر على أمن المنشأة، وعلى وقت العمل أو على إنتاجيته.

وأضاف التقرير أنه يحق لصاحب العمل وضع شروط وحدود لاستخدام الإنترنت، بما لا يشكل انتهاكاً للحياة الخاصة للعامل؛ ومن ذلك مثلاً منع تحميل البرامج، أو إجراء المحادثات عبر الإنترنت، أو فتح البريد الإلكتروني الشخصي تفادياً لمخاطر الفيروسات التي قد تنتج عن ذلك.

وأوصت اللجنة بضرورة إعلام العمال بالتدابير والإجراءات المتخذة لمراقبة استخدام الإنترنت داخل المنشأة.

ويجدر بالذكر أن هذه المراقبة تقتضي الاستشارة المسبقة للجنة المشروع comité d'entreprise وفقاً للمادة ٢٣٢٣-٣٢ من تقنين العمل. وفي حالة اللجوء إلى استخدام تقنية المراقبة الفردية لاستخدام العامل للإنترنت، والتي من خلالها يمكن الحصول على بيان بمدة الاتصال بالإنترنت، أو المواقع التي تمت زيارتها، فإن ذلك

---

(1) Rapport de la CNIL du 1 décembre 2015, Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie électronique.

يقتضي إخطار لجنة المعلوماتية والحريات، وفقاً لقانون المعلوماتية والبطاقات والحريات رقم ١٧-٧٨ المعدل.

وبالانتقال بتلك المسألة إلى القانون المصري، نجد أن قانون العمل المصري قد خلا من نص يكفل حماية مراسلات العامل الخاصة، ومنها مراسلاته الإلكترونية، والتي يجريها في مكان العمل، وعبر أجهزته، وذلك في مواجهة مخاطر انتهاك سريتها، ونحن في انتظار تدخل تشريعي لتكريس هذه الحماية على نحو ما فعل المشرع الفرنسي في النصوص السابق بيانها، ذلك أنه لم يعد من المقبول تجاهل انتشار هذه الوسيلة الحديثة للاتصال في مجال الأعمال وما تحمله من تهديد لجوانب الحياة الخاصة للعمال.

### الفرع الثاني

#### الحماية القضائية لحق العامل في حرمة مراسلاته الإلكترونية

الحقيقة أن تلمس الموقف القضائي إزاء مسألة حماية سرية المراسلات الإلكترونية للعامل إنما يكشف عن أن القضاء قد تعرض لهذه المسألة في إطار نظر الدعاوى القضائية المقامة من العمال للطعن على قرارات الفصل الصادرة ضدهم لإساءة استخدام البريد الإلكتروني الخاص بالعمل، وذلك باعتباره فضلاً تعسفياً بالنظر إلى انتهاك خصوصيتهم باطلاع صاحب العمل على رسائل البريد الإلكتروني بما فيها من رسائل شخصية لا علاقة لها بالعمل، وهو ما يشكل خرقاً لمبدأ حرمة المراسلات الخاصة.

وسوف نعرض فيما يلي لموقف كل من القضاء الفرنسي والأوروبي في هذا الصدد، للوقوف على حدود أعمال مبدأ سرية المراسلات الإلكترونية للعامل في إطار علاقات العمل، وضوابط رقابة صاحب العمل للبريد الإلكتروني للعامل.

أولاً: دور القضاء الفرنسي في تقرير حماية حق العامل في حرمة مراسلاته الإلكترونية:

صدر في هذا الخصوص حكم مهم للدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في ٢ أكتوبر ٢٠٠١ وهو الحكم المعروف بحكم Nikon، وهو من أحكام المبادئ<sup>(١)</sup>،

(١) راجع في التعليق على هذا الحكم:

Langlois (Ph.), Courrier électronique et vie privée au travail, D. 2001, p. 3286; Waquet (Ph.), La vie personnelle du salarié, Droit social 2004, p. 23; René de Quenaudon, Liberté et sécurité dans l'entreprise : une conciliation de plus en plus problématique,

وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها في أن أحد عمال شركة Nikon France كانت الشركة المذكورة قد أصدرت قراراً بفصله استناداً إلى ارتكابه خطأً جسيماً تمثل في استخدامه المتكرر، ولأغراض شخصية، للأجهزة المعلوماتية المخصصة للعمل.

طعن العامل على قرار فصله أمام محكمة استئناف باريس، والتي أصدرت حكمها في ٢٢ مارس ١٩٩٩ بتأييد قرار الفصل مستندةً إلى أن "الرسائل الإلكترونية التي قام العامل بإرسالها واستلامها عبر البريد الإلكتروني لجهاز الحاسب الآلي المخصص لأداء العمل، والتي استند إليها رب العمل في قراره بالفصل، تكشف عن ممارسة العامل لنشاط موازٍ لعمله خلال ساعات العمل، مما يشكل خطأً جسيماً في جانبه يبرر قرار الفصل الصادر في حقه".

وقد طعن العامل على حكم الاستئناف المتقدم أمام محكمة النقض، فنقضته دائرتها الاجتماعية، واستندت في ذلك إلى المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، والمادة ٩ من القانون المدني، والمادة ٩ من تقنين الإجراءات المدنية الجديد، والمادة ١٢٠-٢ من قانون العمل، وجاء حكمها بأن "للعامل - في أوقات العمل وفي مكان العمل - الحق في أن تحترم حياته الخاصة، وهو ما يقتضي بصفة خاصة سرية مراسلاته، وأنه لا يمكن لصاحب العمل، دون انتهاك هذه السرية، الاطلاع على رسائله الخاصة، الصادرة منه والواردة إليه، ولو تم ذلك من خلال جهاز معلوماتي وضع تحد تصرفه لغرض عمله، وذلك حتى لو كان صاحب العمل كان قد حظر الاستخدام غير المهني للجهاز"<sup>(١)</sup>.

---

Rev trav 2006 n 395: Fahre (A) L'accès aux courriels personnels d'un salarié par un huissier désigné sur requête. D act 5 juin 2007: Lenv (Y) Stockage de fichiers informatiques personnels et licenciement du salarié, Rev. trav. 2010, p. 235.

(1) Cass. Soc. 2 oct. 2001, Bull. 2001, V, N° 291, p. 233; "Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et l'article L. 120-2 du Code du travail; Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non

وأضافت المحكمة لتبرير حكمها، وتأكيد انتهاك صاحب العمل لسرية المراسلات الخاصة بالعامل، أن " الملف الذي تضمن رسائل العامل كان الأخير قد وضع له عنواناً يفيد أنه ملف شخصي "personnel"<sup>(1)</sup>.

وبذلك يكون الحكم المتقدم قد أرسى مبدأ هاماً بخصوص مسألة سرية المراسلات الإلكترونية التي يرسلها العامل أو ترد إليه من خلال البريد الإلكتروني لجهاز الكمبيوتر المخصص لأغراض العمل، ومفاده أنه يثبت للعامل - في وقت ومكان العمل-الحق في احترام حياته الخاصة، ومن ثم لا يجوز لصاحب العمل مراقبة الرسائل الإلكترونية الشخصية التي تتعلق بالحياة الخاصة للعامل والاطلاع على مضمونها، وإلا عد انتهاكاً للحق في حرمة الحياة الخاصة في أحد أهم مظاهرها والمتمثل في سرية المراسلات الخاصة.

بيد أنه بإمعان النظر في حكم Nikon نجد أنه قد وضع ضوابط لإعمال المبدأ المتقدم؛ فمن جهة وسع من نطاق حق العامل في سرية مراسلاته الإلكترونية الخاصة في وقت ومكان العمل، بحيث لا يقدح في ثبوت هذا الحق أن يكون صاحب العمل قد حظر سلفاً استخدام الأجهزة المعلوماتية التي توفرها المنشأة في غير أغراض العمل.

وعلى ذلك، فليس لصاحب العمل تبرير مراقبة الرسائل الإلكترونية الخاصة بالعامل وانتهاك سريتها مستنداً إلى أوامره الصادرة، انطلاقاً من سلطته في تنظيم العمل داخل المنشأة، بمنع العمال من استخدام أجهزة الكمبيوتر في المنشأة لغير أغراض العمل.

فصاحب العمل وإن كان يملك، بما له من سلطة تنظيمية، إصدار أوامره وتضمين اللوائح الداخلية لمنشأته من القواعد ما يهدف إلى تنظيم العمل وكفالة حسن سيره داخل المنشأة، والتي قد يكون من بينها منع استخدام أدوات العمل في غير

---

professionnelle de l'ordinateur".

(1) "Attendu que pour décider que le licenciement de M. X... était justifié par une faute grave, la cour d'appel a notamment retenu que le salarié avait entretenu pendant ses heures de travail une activité parallèle ; qu'elle s'est fondée pour établir ce comportement sur le contenu de messages émis et recus par le salarié, que l'employeur avait découverts en consultant l'ordinateur mis à la disposition de M. X... par la société et comportant un fichier intitulé " personnel " .

الأغراض المهنية. إلا أن المشرع الفرنسي قد قيد تلك السلطة المخولة لرب العمل بنصه في المادة ١٢٢-٣٥ من قانون العمل على أنه لا يجوز أن تتضمن اللائحة الداخلية شرطاً يخالف القوانين واللوائح، وكذلك أحكام اتفاقات العمل الجماعية المعمول بها داخل المشروع أو المنشأة، كما لا يجوز أن تتضمن هذه اللائحة قيوداً على حقوق الأشخاص والحريات الفردية والجماعية لا تبررها طبيعة المهمة المراد تنفيذها ولا تتناسب مع الهدف المرجو تحقيقه<sup>(١)</sup>.

ومؤدى ذلك أن سلطة صاحب العمل في تنظيم اللائحة الداخلية للمنشأة تنقيد بعدم تضمينها قواعد أو شروط تمس حرمة الحياة الخاصة للعامل في مختلف جوانبها. ومن جهة أخرى، لم يجعل الحكم المذكور مبدأ سرية المراسلات الخاصة بالعامل في وقت ومكان العمل مبدأً مطلقاً يشمل كافة الرسائل التي يحويها البريد الإلكتروني لجهاز الكمبيوتر الموضوع تحت تصرفه، وإنما حدد نطاق هذا المبدأ بالرسائل الإلكترونية المرسلة من العامل أو الواردة إليه والتي تتضمن إشارة صريحة بأنها رسائل شخصية، كأن ينشئ ملفاً يحوي هذه الرسائل ويضع له عنواناً يفيد أنه "ملف شخصي".

ويفيد هذا التحديد أن ما عدا ذلك من الرسائل التي لم يبرز العامل طابعها الشخصي يفترض أنها رسائل مهنية أي متعلقة بالعمل، ومن ثم فلا حرج في وصول صاحب العمل إليها والاطلاع على مضمونها.

وقد سار على نفس نهج حكم Nikon العديد من الأحكام القضائية؛ نذكر منها: حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو ٢٠٠٥ والذي قضى بأنه إذا لم يكن ثمة خطر أو حادث استثنائي، فلا يحق لصاحب العمل فتح ملفات العامل التي حددها

(1) Art. 122-35 c.trav. "Le règlement intérieur ne peut contenir de clause contraire aux lois et règlements, ainsi qu'aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement. Il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché".

بأنها شخصية، والموجودة على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر الموضوع تحت تصرفه إلا في حضور هذا العامل<sup>(1)</sup>.

وأيضاً، حكم محكمة النقض الصادر في ١٨ أكتوبر ٢٠١١ والذي قضى بأن الرسائل الإلكترونية التي يرسلها أو يتلقاها العامل من خلال جهاز الكمبيوتر الموضوع تحت تصرفه لأغراض عمله يفترض أنها رسائل مهنية، ومن ثم يحق لصاحب العمل فتحها والاطلاع عليها في غياب العامل، ما لم يتم الإشارة إلى أنها رسائل شخصية. وانتهى الحكم إلى أنه- في الدعوى المنظورة- "أما أنه لم يتم الإشارة إلى أن رسائل العامل هي رسائل شخصية، بل أنها وجدت- دون أية علامة مميزة- ضمن رسائله المهنية، فإنه يحق لصاحب العمل فتح هذه الرسائل ويعتبر الدليل المستمد منها دليلاً مشروعاً"<sup>(2)</sup>.

إن ينبغي التأكيد على ضرورة إبراز العامل الطابع الشخصي لرسائله الإلكترونية التي يتضمنه بريده الإلكتروني، بحيث يكون ذلك بإشارة واضحة تفيد ذلك سواء من موضوعها أو من مسمى الملف الذي حفظت فيه، وتطبيقاً لذلك، قضى بأن وضع العامل عنوان لملفه تحت اسم "وثائقي" "mes documents" لا يضيف عليه الصفة الشخصية، ومن ثم فإن حكم الاستئناف يكون فيما ذهب إليه من عدم جواز فتح هذا الملف دون حضور العامل المعني، قد خالف نص المادة ٩ من التقنين المدني، والمادة ٩ من تقنين الإجراءات المدنية<sup>(3)</sup>.

(1) Cass. Soc. 17 mai 2005, Bull. 2005, V, N° 165, p. 143; "sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier".

في ذات المعنى، راجع أيضاً:

Cass. Soc. 19 juin 2013, Bull. 2013, V, n° 158.

(2) Cass. Soc. 26 juin 2012, Bull. 2012, V, n° 196;

انظر أيضاً:

Cass. Soc. 18 oct 2011

Non publié au bulletin; <https://www.legifrance.gouv.fr/>

(3) Cass. Soc. 10 mai 2012, Bull. 2012, V, n° 135; "la seule dénomination "mes documents" donnée à un fichier ne lui conférant pas un caractère personnel, la cour d'appel qui a jugé qu'il ne pouvait être ouvert en dehors de la présence du salarié a violé les articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile".

ثانيًا: موقف القضاء الأوروبي إزاء حماية حق العامل في حرمة مراسلاته الإلكترونية:

الحقيقة أن مسألة حماية الحياة الخاصة بصفة عامة كانت موضوعًا للعديد من الأحكام الهامة الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان CEDH، وذلك بالنظر إلى أن المساس بها يمثل انتهاكًا لأحد نصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، وهو نص المادة الثامنة والذي يقرر الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية وحرمة المسكن والمراسلات.

وقد أصدرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مؤخرًا - بصدد تلك المسألة - حكمين مهمين حظيا باهتمام فقهي واسع النطاق: الحكم الأول هو الحكم الصادر في القضية المعروفة بقضية Bărbulescu c. Roumanie بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠١٧، والثاني هو حكم Libert c. France الصادر في ٢٢ فبراير ٢٠١٨.

#### ١ - حكم Bărbulescu c. Roumanie:

صدر هذا الحكم في دعوى تتعلق بعامل روماني الجنسية يدعى Barbulescu يعمل لدى إحدى المنشآت، والتي كانت قد أصدرت قرارًا بفصله من العمل لإخلاله بقواعد اللائحة الداخلية التي تحظر استخدام أدوات وأجهزة المنشأة لأغراض شخصية، وذلك حيث كان قد استخدم البريد الإلكتروني لجهاز الكمبيوتر المخصص للعمل في إرسال وتلقي رسائل شخصية.

رفع العامل المذكور دعوى قضائية مطالبًا الحكم ببطلان قرار الفصل الصادر ضده، ولكن المحكمة أصدرت حكمها بتأييد قرار فصله، استنادًا إلى أن صاحب العمل قد أصدر قراره بالفصل متبعًا للقواعد والإجراءات المقررة في قانون العمل، كما أنه يحق لأصحاب العمل وضع قواعد لتنظيم استخدام الإنترنت داخل المنشأة، من خلال الأجهزة الموضوعة تحت تصرف العمال لأغراض العمل. وأضاف الحكم أن العامل Barbulescu كان قد أخطر سلفًا، على النحو المقرر قانونًا، بهذه القواعد التي تضمنتها اللائحة الداخلية لتنظيم العمل، وأنه، وقبل توقيع

هذا الجزاء التأديبي على العامل المدعي، كان عامل آخر بذات المنشأة قد فصل لاستخدامه الإنترنت والهاتف وآلة التصوير الخاصة بالمنشأة لأغراض شخصية.

طعن Barbulescu في الحكم المتقدم بالاستئناف، استناداً إلى أن صاحب العمل كان قد انتهك خصوصيته بمراقبة مراسلاته الخاصة واطلاعه على رسائله التي يحويها بريده الإلكتروني والتي تناولت جوانب شديدة الخصوصية عن حياته الشخصية. رفضت المحكمة الطعن وأيدت الحكم السابق تأسيساً على أن سلوك صاحب العمل كان معقولاً وأن مراقبة مراسلات العامل كانت السبيل الوحيد لإثبات هذه المخالفة في حقه. وقد تأيد هذا الحكم أيضاً أمام محكمة النقض.

وعلى أثر ذلك، لجأ العامل المدعي إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أساس انتهاك الأحكام المتقدمة لنص المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فيما تقرره من الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية وحرمة المسكن وسرية المراسلات.

وبتاريخ ١٢ يناير ٢٠١٦، أصدرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حكمها الذي قررت فيه أنه "أولاً: ليس تعسفاً أن يرغب صاحب العمل في التحقق من قيام عمله بأداء مهامهم المهنية أثناء ساعات العمل، وأن صاحب العمل قد اطلع على البريد الإلكتروني للعامل معتقداً أنه يتضمن مراسلاته مع عملائه، وثانياً: أن الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية لم تشر إلى مضمون هذه المراسلات، كما أن سجلات هذه المراسلات لم تستخدم إلا بالقدر الذي يثبت استخدام العامل المدعي لجهاز الحاسب الآلي للمنشأة لأغراض شخصية خلال ساعات العمل، فضلاً عن أنه لم يتم الإفصاح عن هوية الأشخاص الذين كان يتواصل معهم من خلال تلك المراسلات. وعلي ذلك تنتهي المحكمة إلى أن المحاكم الوطنية تكون قد أقامت توازناً عادلاً بين حق المدعي في أن تحترم حياته الخاصة، ومصالح صاحب العمل. وعلى ذلك فإنه ليس ثمة انتهاك للمادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية"<sup>(١)</sup>.

(1) CEDH, 12 janv. 2016, Barbulescu v. Romania, req. n° 61496/08; " La Cour estime que

وقد قوبل هذا الحكم- في معرض التعليق عليه- بانتقاد بعض الفقه<sup>(1)</sup>، وذلك باعتبار أن ما تضمنه الحكم المذكور يتناقض مع المنهج الذي تبنته المحكمة ذاتها في أحكام سابقة، حيث كانت قد ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ٣ أبريل ٢٠٠٧ إلى أن "المكالمات الهاتفية التي تُجرى في أماكن العمل تدخل في مفهوم "الحياة الخاصة" و"المراسلات" وفقاً للفقرة ١ من المادة ٨ من اتفاقية حقوق الإنسان، وينبغي على ذلك منطقيًا أن الرسائل الإلكترونية المرسلة في مكان العمل يجب أن تتمتع بالحماية ذاتها المقررة بموجب المادة ٨ المذكورة، وينطبق ذلك على كافة الأدلة التي يتم تجميعها باستخدام وسيلة من وسائل مراقبة استخدام الشخص للإنترنت داخل المنشأة"<sup>(2)</sup>.

le fait que l'employeur ait accédé au compte internet professionnel de M. Bărbulescu et que le relevé de ses communications ait été utilisé dans le cadre du litige interne pour prouver que l'employeur avait suffisamment d'arguments suffit à mettre en jeu la «vie privée» et la «correspondance» du requérant. Dès lors, elle estime que l'article 8 est applicable.

Premièrement, elle ne trouve cependant pas abusif qu'un employeur souhaite vérifier que ses employés accomplissent leurs tâches professionnelles pendant les heures de travail, et relève que l'employeur a accédé au compte de M. Bărbulescu en pensant qu'il contenait des communications de celui-ci avec ses clients.

Deuxièmement, M. Bărbulescu a pu faire valoir ses moyens relatifs à la violation alléguée de sa vie privée et de sa correspondance devant les tribunaux nationaux, et les décisions subséquentes n'ont fait aucune mention du contenu concret de ces communications. Notamment, les juridictions internes ont utilisé les relevés de ces communications uniquement dans la mesure où ils prouvaient que l'intéressé avait utilisé l'ordinateur de sa société à des fins privées pendant les heures de travail, et l'identité des personnes avec lesquelles il a communiqué n'a pas été divulguée.

Dès lors, la Cour conclut que les juridictions internes ont ménagé un juste équilibre entre le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance en vertu de l'article 8 et les intérêts de son employeur. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention européenne".

راجع في التعليق على الحكم المتقدم:

Pevronnet (M.), La vie privée du salarié sur internet en voie d'extinction, D. Act. 29 janvier 2016; Lokiec (P.)- Porta (J.), Droit du travail, Relations individuelles de travail, D. 2016, p. 807.

(1) Pevronnet (M.), La vie privée du salarié sur internet en voie d'extinction, art. préc.

(2) "Les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels sont a priori dans les notions de "vie privée" et de "correspondance" au sens de l'article 8, § 1. Il s'ensuit logiquement que les messages électroniques envoyés depuis le lieu de travail doivent jouir de la même protection au titre de l'article 8, tout comme les éléments recueillis au moyen d'une surveillance de l'usage d'une personne fait de l'internet"; 3 avr. 2007, Copland c. Royaume-Uni, § 41, Req. n° 62617/00.

كما انتقد الاتحاد الأوروبي لنقابات العمال (CES) La Fédération européenne des syndicats ما انتهى إليه حكم المحكمة الأوروبية المذكور، حيث اعتبر أن تأكيد الحكم لفصل العامل لم يكن موفقاً، وعبر عن ذلك بقوله "ماذا لو استخدم أحد العمال مظلوماً وختماً في المنشأة التي يعمل بها لإرسال خطاب خاص إلى شخص آخر، فهل يسمح لصاحب العمل بفتح هذه الرسالة دون علم العامل ودون موافقته؟! نفس الحكم إذن ينطبق على الرسائل الإلكترونية"

"Si un salarié utilise une enveloppe et un timbre pris dans son entreprise pour envoyer

والحقيقة أن هذه القضية لم تنته بصدور حكم ١٢ فبراير ٢٠١٦، وإنما أُحيلت الدعوى إلى الدائرة الكبرى بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بناءً على طلب المدعي Barbulescu، وقد أصدرت حكمها في ٥ سبتمبر ٢٠١٧<sup>(١)</sup> والذي خالف كليةً ما جاء بحكم ١٢ يناير ٢٠١٦، حيث قرر أن فصل العامل لاستخدامه جهاز الحاسب الآلي المخصص للعمل في المراسلات الشخصية يشكل انتهاكاً للمادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فيما تقرره من الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية وحرمة المسكن والمراسلات.

ويضيف هذا الحكم أن الأحكام الوطنية الصادرة في هذه الدعوى لم تقم التوازن العادل بين حق العامل في احترام حياته الخاصة، وحق صاحب العمل في اتخاذ التدابير اللازمة لضمان حسن سير العمل في المنشأة؛ إذ لم تبحث فيما إذا كان العامل المدعي قد أخطر سلفاً من قبل صاحب العمل بأن مراسلاته يمكن أن تكون محللاً للمراقبة، وبمدى وطبيعة هذه المراقبة، وإلى أي درجة يمكن أن تمس حياته الخاصة، كما أن هذه الأحكام لم تبرز الأسباب المحددة التي تبرر اتخاذ إجراءات المراقبة، وما إذا كان صاحب العمل بإمكانه اتخاذ إجراءات للمراقبة أقل مساساً بحياة العامل الخاصة وسرية مراسلاته، وكذلك ما إذا كان الوصول إلى مضمون مراسلاته ممكناً دون علمه<sup>(٢)</sup>.

---

une lettre privée à une personne privée. est-ce que son employeur serait autorisé à ouvrir cette lettre sans en informer le salarié et sans avoir son consentement?", a demandé la CES dans son argumentaire. "La même chose devrait valoir pour les messages électroniques"

مشار إليه في المقالة الآتية:

La CEDH se prononce sur la surveillance électronique des salariés à l'heure du tout connecté, publié le 4 Septembre 2017; <http://www.francesoir.fr>

(1) CEDH, gr. ch., 5 sept. 2017, Barbulescu c/Roumanie, req. n° 61496/08.

١. احمه في هذا الحكم

Maronénaid (J-P) Rénertoire de droit européen Le droit au respect de la correspondance, D. octobre 2017. Peyronnet (M) CEDH : la protection réaffirmée de la vie privée du salarié sur internet, D. Act. 11 septembre 2017

(2) "Dans son arrêt de Grande Chambre rendu ce jour dans l'affaire la Cour européenne des droits de l'homme dit, par onze voix contre six, qu'il y a eu :

violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance) de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour conclut que les autorités nationales n'ont pas correctement protégé le droit de M. Bărbulescu au respect de sa vie privée et de sa correspondance. Les autorités

والحقيقة أن حكم ٥ سبتمبر ٢٠١٧ قد أعاد الأمور إلى نصابها الصحيح، وأعاد التأكيد من جديد على مبدأ حرمة المراسلات الخاصة للعامل داخل مكان العمل. ذلك أن منطوق حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ ١٢ يناير ٢٠١٦ إنما يشير إلى اعتبار كافة الرسائل الإلكترونية الصادرة والواردة عبر البريد الإلكتروني للأجهزة المعلوماتية بالمنشأة، رسائل مهنية أي متعلقة بالعمل ومن ثم ترتفع عنها صفة المراسلات الخاصة التي يكفل القانون حمايتها.

ولا شك أن حكم ٢٠١٦ قد تضمن - فيما أقره - تراجعاً عن الحماية التي تم إقرارها للحق في احترام الحياة الخاصة للعمال في أماكن عملهم، وأهم مظاهرها سرية مراسلاتهم الخاصة، حيث تجاهل مبدأ حرمة المراسلات الخاصة وسريتها، لصالح تغليب مصلحة صاحب العمل وممارسة سلطته في مراقبة أداء عماله، كما لا يخفى ما تضمنه هذا الحكم من تشدد في مواجهة العامل في حالة مخالفته ما يشترطه صاحب العمل من عدم استخدام أدوات العمل لأغراض غير مهنية، واعتبار ذلك مبرراً لفصله من العمل، وهذا ما يخالف التوجه القضائي العام الذي يقر التسامح بشأن استخدام أدوات العمل في حدود المعقول وبما لا يضر بمصلحة العمل.

## ٢- حكم Libert c. France<sup>(1)</sup>:

صدر هذا الحكم في دعوى تتعلق بفصل عامل فرنسي يدعى **Éric Libert** على أثر اكتشاف صاحب العمل قيام هذا العامل باستخدام جهاز الكمبيوتر التابع للمنشأة لأغراض شخصية، حيث تبين قيامه بحفظ ملفات غير أخلاقية وشهادات

---

n'ont donc pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en jeu.

En particulier, les juridictions nationales n'ont pas, d'une part, vérifié si M. Bărbulescu avait été préalablement averti par son employeur de la possibilité que ses communications soient surveillées et n'ont pas non plus, d'autre part, tenu compte du fait qu'il n'avait été informé ni de la nature ni de l'étendue de cette surveillance, ni du degré d'intrusion dans sa vie privée et sa correspondance. De surcroît, les juridictions nationales n'ont pas déterminé, premièrement, quelles raisons spécifiques avaient justifié la mise en place des mesures de surveillance, deuxièmement, si l'employeur aurait pu faire usage de mesures moins intrusives pour la vie privée et la correspondance de M. Bărbulescu et, troisièmement, si l'accès au contenu des communications avait été possible à son insu".

(1) CEDH, Libert c. France, 22 février 2018, requête n°588/13.

مزورة تخص أشخاص آخرين على هذا الجهاز، وهو ما يتضمن انتهاكاً لقواعد ميثاق الأخلاقيات الوظيفية للمنشأة.

وعلى أثر ذلك، رفع العامل المذكور دعوى أمام محكمة الموضوع مطالباً بإلغاء قرار فصله الذي لم يستند إلى سبب حقيقي وجدي. رفضت المحكمة دعواه على أساس أن قرار الفصل كان مبرراً.

فطعن العامل بالاستئناف، ورفضت محكمة الاستئناف الطعن وأيدت الحكم المتقدم مستندةً إلى أنه في حين يدعي الطاعن أن صاحب العمل قد انتهك خصوصيته بفتح الملفات المحفوظة على جهاز الكمبيوتر الخاص به أثناء غيابه، إلا أن المقرر قانوناً أن الملفات التي يحتفظ بها العامل يفترض أنها ملفات مهنية بما يسمح معه لصاحب العمل بمراقبتها والاطلاع عليها ولو في غيابه، وذلك ما لم يكن قد أشار بوضوح إلى أنها ملفات "شخصية"، وهو ما لم يقم به العامل إذ لم تتضمن هذه الملفات ما يشير إلى أنها ملفات شخصية، بل أنه أساء استخدام جهاز الكمبيوتر الذي وضعته المنشأة تحت تصرفه، مما يعد مخالفاً بالتزاماته التعاقدية.

كما رفض طعن العامل على الحكم المتقدم بالنقض، وأصدرت محكمة النقض حكمها في ٤ يوليو ٢٠١٢ بتأييد حكم الاستئناف لما انتهى إليه من أسباب.

وفي ٢٧ ديسمبر ٢٠١٢، تقدم العامل بالتماس إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أساس أن قيام صاحب العمل بفتح الملفات المحفوظة على جهاز الكمبيوتر المخصص لعمله أثناء غيابه إنما يشكل انتهاكاً للمادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والتي تقرر حق كل شخص في احترام حياته الخاصة والعائلية وحرمة مسكنه ومراسلاته.

وبتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٨ أصدرت المحكمة الأوروبية حكمها الذي ارتكز على ما يلي<sup>(١)</sup>:

(١) تفصيلاً في عرض هذا الحكم والتعليق عليه، راجع:

Dabosville (B.). Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale: new deal ou statu quo? Droit social 2018 n. 455. Marinénaud (J.P.). Moutv (J.)  
L'ouverture des fichiers personnels du salarié par l'employeur : vers

١- أن التدخل لفتح الملفات المحفوظة على الأجهزة المعلوماتية للمنشأة والاطلاع عليها إنما يستند إلى حماية حقوق مشروعة لصاحب العمل في التحقق من استخدام عماله للأجهزة الموضوعية تحت تصرفهم وفقاً لالتزاماتهم التعاقدية واللوائح المعمول بها.

٢- أن القانون الفرنسي إنما يتضمن آلية لضمان حماية حياة العامل الخاصة؛ والقاعدة في هذا القانون أن صاحب العمل يستطيع فتح الملفات المهنية المحفوظة على الأجهزة التي يضعها تحت تصرف عماله، وأنه لا يجوز - في غير حالة الخطر أو الحادث الاستثنائي - فتح الملفات التي يتم تحديدها باعتبارها ملفات شخصية إلا في وجود العامل المعني. وقد طبقت المحاكم الوطنية القاعدة المتقدمة في هذه الدعوى، والتي بمقتضاها لا يمنع صاحب العمل من فتح الملفات المتنازع بشأنها، والتي لم تتضمن ما يشير إلى كونها ملفات شخصية.

وبناءً على ما تقدم انتهت المحكمة إلى أنه ليس ثمة انتهاك للمادة ٨ من الاتفاقية. والحقيقة أن أول ما يمكن ملاحظته على هذا الحكم أنه تناول مراقبة الملفات التي يقوم العامل بحفظها على جهاز الكمبيوتر التابع للمنشأة، وكذلك مواقع الإنترنت التي يكون قد زارها أو تصفحها، في إطار بحث مدى ما تشكله هذه المراقبة من انتهاك للحياة الخاصة للعامل، بما يعني أن هذه الملفات المحفوظة والمواقع الإلكترونية تخضع - قياساً على الرسائل الإلكترونية - لمبدأ السرية، وبالتالي تشملها الحماية القانونية المقررة لها.

ويرى بعض الفقه<sup>(١)</sup> أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد قصدت من خلال الحكمين السابقين التأكيد على وجود ضوابط معينة يلزم مراعاتها للقول بمشروعية مراقبة صاحب العمل لاستخدام عماله لأدوات ووسائل الاتصال الخاصة بالمنشأة؛ وتتمثل - بصفة أساسية - في ضوابط أو شروط ثلاثة وهي: أن تستند هذه

---

une exception française ? D. 2018, p. 1291.

(1) Dabosville (B.), Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale : new deal ou statu quo ?, art. préc.

المراقبة إلى مبرر مشروع، وأن تكون متناسبة مع الغرض المنشود، وأن تكون مصحوبة بضمانات إجرائية كافية.

## **المبحث الثاني**

### **مراقبة محادثات العامل الهاتفية،**

### **والحماية القانونية للحياة الخاصة**

أفرزت التكنولوجيا الحديثة وسائل وأساليب متطورة لمراقبة محادثات العمال الهاتفية داخل المنشأة؛ ويتمثل الهدف المعلن لهذه المراقبة في تقييم الأداء المهني للعمال القائمين على التواصل مع عملاء المنشأة والترويج لخدماتها عبر المحادثات التليفونية، وتحقيق هذا الهدف يقتضي التنصت على محادثات العمال وتسجيلها. ومع ذلك فإنه يحتمل دائماً إجراء العمال بعض المكالمات الشخصية من خلال جهاز الهاتف الخاص بالعمل، ومن ثم يشكل نظام التنصت والتسجيل لمحادثاتهم خطراً حقيقياً يهدد حرمة حياتهم الخاصة.

وفي ضوء ذلك، نعرض فيما يلي لمبدأ حرمة المحادثات الخاصة، ثم ننتقل بعد ذلك لبحث الحماية القانونية لمحادثات العمال الهاتفية في مكان العمل.

### **المطلب الأول**

#### **مبدأ حرمة المحادثات الخاصة**

لا خلاف حول اعتبار محادثات الشخص أحد مظاهر حياته الخاصة وعنصراً مهماً من عناصرها، ذلك أن هذه المحادثات تحمل عادةً بين طياتها تفاصيل تتعلق بخصوصيات المتحدث والتي يحرص على عدم اطلاع الغير عليها، ومن ثم فالمحادثات الخاصة حرمة لا يجوز المساس بها وإلا عد ذلك انتهاكاً لحياة الإنسان الخاصة.

ويتسع هذا المبدأ ليشمل، إلى جانب المحادثات المباشرة، تلك التي تتم عبر أية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، وعليه، فإن حرمة المحادثات الخاصة تشمل المكالمات الهاتفية، حيث يتم من خلالها تبادل معلومات وأسرار وأفكار متعلقة بطرفي المكالمة، وذلك دون حيلة أو حذر بعيداً عن شبهة التنصت وبمأمن من استراق السمع<sup>(١)</sup>. فالتليفون

(١) محمد نور الدين، الحماية الجنائية للحق في خصوصية المكالمات الهاتفية، دراسة تحليلية نقدية للقانونيين الكويتي

يعتبر من مستودعات الحياة الخاصة شأنه في ذلك شأن منزل الشخص، ومجرد الاطلاع على ما يدور من خلاله يعتبر مساساً بالحق في الخصوصية<sup>(١)</sup>.

وإيماناً بخطورة المساس بحرمة المحادثات الخاصة، حرص المشرع المصري على النص في المادة ٣٠٩/ مكرر من قانون العقوبات على تجريم استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات عن طريق جهاز من الأجهزة، أيًا كان نوعه، متى كانت المحادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون، وذلك في غير الأحوال المصرح بها قانوناً وبغير رضا المجني عليه.

كما تعاقب المادة ٢٢٦-١ من قانون العقوبات الفرنسي الاعتداء عمداً على الحياة الخاصة ودون رضا المجني عليه، وبأي وسيلة كانت، بالتتصت أو تسجيل أو نقل الأحاديث الخاصة أو السرية<sup>(٢)</sup>.

وفيما يتعلق بالحماية المدنية للمحادثات الخاصة، فإنها لا تنقيد- خلافاً للحماية الجنائية- بقيد المكان من حيث اشتراط أن تكون المحادثة قد تمت في مكان خاص، وذلك بالنظر إلى أن هذه الحماية يتوقف إعمالها على طبيعة المحادثة وظروفها دون الارتباط بالمكان الذي جرت فيه<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أن الحماية القانونية للمحادثات الهاتفية هي حماية وقائية، إذ يتحقق الاعتداء بمجرد التتصت على المحادثة، وقد أراد المشرع بذلك توفير الطمأنينة للأشخاص عند استخدام أجهزة الاتصال الحديثة؛ فمن يتتصت على المحادثة لا يعرف سلفاً ما سوف تتضمنه، والاعتداء يتحقق منذ بدء التتصت وليس في نهايته، والقول بغير ذلك يعني السماح بالتتصت على المحادثة وتسجيلها إلى حين الانتهاء منها ليعرف بعد ذلك ما إذا كان موضوعها خاصاً فيتحقق الاعتداء أم كان عاماً فلا اعتداء<sup>(٤)</sup>.

---

والإماراتي، مجلة علوم الشريعة والقانون، الأردن، مج ٤٣، ٢٠١٦، من ص ١٦٨٩-١٧١٩، ص ١٦٩١.  
(١) حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص ١٣٠.  
(٢) ويجدر بالذكر أن المادة ٢٢٦-١ من قانون العقوبات الفرنسي لم تعد تشترط أن تكون المحادثة قد تمت في مكان خاص لإعمال الحماية الجنائية بشأنها، وذلك خلافاً لما كانت تنص عليه المادة ٣٦٨ من قانون العقوبات السابق والتي كانت تتطلب هذا الشرط.  
(٣) حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص ٢٧.  
(٤) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٣١.

وفي مجال علاقات العمل، أدى التطور التكنولوجي إلى ثورة في وسائل المراقبة وتنوعها، ساهم في تدعيمها سرية نظام المراقبة ومركزيته، وقلة التكلفة ودقة المعلومات وتطور نظم تخزينها ومعالجتها<sup>(١)</sup>. وإزاء تطور وسائل التكنولوجيا الحديثة وما أنتجته من أجهزة بإمكانها مراقبة محادثات الأشخاص والتجسس عليها، كانت محادثات العامل الهاتفية التي يجريها في مكان العمل الأكثر عرضة لخطر التنصت عليها وتسجيلها.

فالعديد من المنشآت أصبحت تعتمد نظاماً للتنصت على المحادثات الهاتفية التي يجريها العمال، وهو ما يعرف بنظام التنصت التليفوني *Écoute téléphonique*، حيث يحقق لها هذا النظام مزايا عديدة<sup>(٢)</sup>؛ فمن جهة: وبالنسبة للمنشآت القائمة بنشاط البيع من خلال التليفون، تتحقق فائدة هذا التنصت في تقدير حسن تلقي العامل لمكالمات العملاء وجودة الخدمة التي يقدمها وذلك طبقاً لتعليمات صاحب العمل، وهو ما يسمح لهذا الأخير بالتدخل الفوري لحل ما قد يطرأ من إشكاليات وتصحيح ما قد يرتكب من أخطاء من قبل عماله، وبالتالي تحسين أداء منشأته بصفة عامة. ومن جهة أخرى، قد تتعامل المنشأة، بحكم نشاطها، في معلومات ذات طبيعة سرية، ومن ثم فنظام التنصت يسمح لصاحب العمل بمواجهة عدم أمانة بعض عماله في إفشاء أسرار العمل لمنافسيه.

فضلاً عن ذلك، فإن للتنصت التليفوني أهمية تتمثل في مراقبة استخدام العمال لأجهزة التليفون الخاصة بالمنشأة، حيث قد يسئ بعضهم هذا الاستخدام في إجراء محادثات لا علاقة لها بالعمل على نحو يؤدي إلى إضاعة وقت العمل ويؤثر سلباً على إنتاجيته، ويزيد التكلفة التي تتحملها المنشأة.

- استخدام العداد الآلي للمكالمات في مكان العمل، وحرمة محادثات العامل الهاتفية:

أبرز التقدم التكنولوجي تقنيات حديثة لمراقبة المحادثات الهاتفية، ومن ذلك ما يعرف بالعداد الآلي للمكالمات التليفونية *autocommutateur téléphonique*،

(١) صلاح محمد دياب، المرجع السابق، ص ١٢٩.  
(٢) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٤٥، ٤٦.

والذي سرعان ما بادرت العديد من المنشآت إلى الاعتماد عليه في مراقبة المحادثات التي يجريها عمالها في وقت ومكان العمل، للوقوف على مدى مخالفتهم لقواعد النظام الداخلي للمنشأة عندما تقرر حظر المكالمات الشخصية أثناء العمل.

وتقوم آلية عمل العداد الآلي على وضع جهاز مركزي يتحكم في تسجيل الأرقام التي يتم الاتصال بها عبر أجهزة التليفون المخصصة لعمال المنشأة، وهو ما يسمح بمراقبة مدة كل مكالمة وحساب تكلفتها<sup>(1)</sup>.

يبدو إذن أن العداد الآلي للمكالمات يمكن الانحراف عن غاية استخدامه ليصير أداة للتصتت التليفوني على محادثات العمال، وهو ما ينطوي على تهديد مباشر لخصوصية العامل، وذلك بالنظر إلى نفاذه إلى سرية محادثاته الهاتفية والتي قد تحتوي على تفاصيل تمس حياته الخاصة.

وبذلك يثير استخدام العداد الآلي للمكالمات الهاتفية في المنشأة العديد من الإشكاليات المرتبطة بمدى حماية الحماية الخاصة للعامل في مكان العمل، والتي لا تقف فقط عند حد التعرف على مضمون محادثة العامل وتسجيلها، بل وتهديد سرية محادثات الغير الذين تم الاتصال بهم.

وإزاء ذلك، كان لزاماً العمل على التوفيق بين ما قد تفرضه ضرورات العمل من اللجوء إلى أعمال آلية تسمح بمراقبة صاحب العمل لمسلك عماله من خلال مراقبة المحادثات التليفونية التي يجريها هؤلاء داخل المنشأة وباستخدام أجهزة التليفون الخاصة بها، وبين حق العامل في سرية محادثاته الشخصية والتي تعد أحد مظاهر حياته الخاصة.

وفي هذا الصدد، قررت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات CNIL في تقرير أعمالها الصادر في ٢٧ مايو ٢٠٠٩ قاعدة أساسية مفادها السماح باستخدام الشخصي لهاتف العمل مشروط بأن يكون هذا الاستخدام مشروعاً وبما لا يضر مصالح صاحب

(1) Francillon (J.), Infractions relevant du droit de l'informatique. Exploitation clandestine d'un autocommutateur téléphonique. RSC, 1992, p.107; Mole (A.), Informatique et libertés du travail: les nouveaux enjeux, Droit social 1990, p. 59.

العمل. ومن ثم فلصاحب العمل حق مشروع في الرقابة للتحقق من أن هذا الاستخدام ليس تعسفيًا، على أن هذه الرقابة يجب أن تكفل احترام الحياة الخاصة للعمال وحريتهم في مكان عملهم(١).

## المطلب الثاني

### الحماية القانونية لحق العامل في حرمة محادثاته الهاتفية

نتناول في هذا الموضوع من البحث الحماية القانونية لمحادثات العامل الهاتفية التي يجريها في مكان العمل وعبر أجهزة التليفون التابعة للمنشأة، وذلك من خلال تناول الضمانات العامة التي قررها المشرع لحماية حق العامل في احترام حياته الخاصة، ومن عناصرها محادثاته الهاتفية، في مواجهة ما تخضع له، في مكان عمله، من وسائل المراقبة، ثم نتناول بعد ذلك الضمانات الخاصة المقررة لحماية سرية المحادثات الهاتفية للعامل في مواجهة استخدام نظام عداد المكالمات الآلي داخل المنشأة.

## الفرع الأول

### الضمانات العامة للحماية القانونية لمحادثات العامل الهاتفية

تضمنت نصوص تقنين العمل الفرنسي تقرير بعض الضمانات بما يكفل حفظ التوازن بين حق العامل في حرمة حياته الخاصة وحقوق صاحب العمل المشروعة في مراقبة أداء عماله بما يكفل حسن سير العمل داخل منشأته.

فالمادة ١١٢١-١ من قانون العمل الفرنسي (المادة ١٢٠-٢ سابقاً) تنص على عدم جواز فرض قيود على حقوق العمال وحررياتهم الفردية ما لم تكن هذه القيود مبررة بحسب طبيعة المهمة المراد إنجازها، ومتناسبة مع الهدف المنشود(٢).

(1) "La possibilité d'un usage personnel du téléphone est reconnue à condition qu'une telle utilisation demeure raisonnable et ne soit pas préjudiciable à l'employeur. Il est ainsi légitime qu'un employeur s'assure du caractère non abusif de cette utilisation. Ce contrôle doit toutefois s'opérer dans des conditions propres à garantir le respect de la vie privée et des libertés des personnels sur leur lieu de travail"; CNIL, L'utilisation du téléphone au travail, 27 mai 2009.

متاح على الموقع الإلكتروني للجنة المذكورة، والسابق الإشارة إليه:

<https://www.cnil.fr>

(2) Art. 1121-1: "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché".

كما تنص المادة ١٢٢٢-٣ على وجوب إعلام العامل- وبصورة صريحة- بأساليب وتقنيات التقييم المهني قبل أعمالها، وتكون النتائج التي يتم التوصل إليها سرية، كما يلزم أن تكون أساليب وتقنيات التقييم المهني للعمال متناسبة مع الغرض المنشود منها<sup>(١)</sup>.

أيضاً نجد أن المادة ١٢٢٢-٤ تنص على عدم جواز جمع أية معلومات تتعلق شخصياً بالعمال من خلال آلية معينة دون إعلامه المسبق بذلك<sup>(٢)</sup>.

كما يلزم وفقاً للمادة ٢٣٢٣-٣٢ إعلام واستشارة لجنة المشروع قبل إنفاذ أية آلية لمراقبة العمال داخل المنشأة.

وفي ضوء النصوص المتقدمة، يتبين أن هذه الضمانات تتمثل فيما يلي:

### أولاً: مبدأ التناسب **principe de proportionnalité**

ورد النص على مبدأ التناسب في مجال علاقات العمل في المادتين ١١٢١-

١، و ١٢٢٢-٣ من تقنين العمل الفرنسي، المشار إليهما سلفاً.

ومؤدى المبدأ المتقدم أنه متى كانت ضرورات العمل تقتضي التتصت على

المحادثات الهاتفية للعمال أو تسجيلها فإنه يلزم مراعاة مبدأ التناسب المقرر قانوناً، أي أن يكون هذا الإجراء متناسباً مع الغرض المقصود منه.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن وسيلة المراقبة المستخدمة

من قبل صاحب العمل تشكل انتهاكاً للحياة الخاصة للعامل، بالنظر إلى أن استخدامها

ليس مبرراً، كما أنها لا تتناسب مع المصالح المشروعة لصاحب العمل، ومن ثم فهي

تشكل وسيلة إثبات غير مشروعة<sup>(٣)</sup>.

كما قررت اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات CNIL في تقرير أعمالها

الصادر في فبراير ٢٠٠٢<sup>(٤)</sup> أنه في حالة التتصت والتسجيل لمحادثات العامل الهاتفية،

(1) Art. 1222-3: "Le salarié est expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en oeuvre à son égard. : Les résultats obtenus sont confidentiels.; Les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie".

(2) Art. 1222-4: "Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance".

(3) Cass. Soc. 26 nov. 2002, Bull. 2002, V, N° 352, p. 345.

(4) Rapport d'étude et de consultation publique de la CNIL, La Cybersurveillance des

فإن مبدأ التناسب يقتضي أن يتحدد ذلك بمدة معينة، بحيث لا يمكن بحال أن يستمر اتخاذ هذا الإجراء بصورة دائمة.

وفي التقرير الصادر مؤخرًا عن اللجنة المذكورة بتاريخ ٢٥ يوليو ٢٠١٨، بعنوان "التنصت وتسجيل المكالمات الهاتفية في مكان العمل"<sup>(١)</sup>. وبصدد تحديد المقصود بمبدأ التناسب، ذكرت اللجنة الحالات التي يسمح فيها لصاحب العمل بالتنصت والتسجيل للمحادثات الهاتفية للعمال، بما يجعل اتخاذ مثل هذا الإجراء مبررًا، وهي:

١- تدريب عمال المنشأة، كما في حالة الحاجة لإعادة استخدام هذه التسجيلات أثناء التدريب.

٢- تحسين جودة الخدمة المقدمة لعملاء المنشأة، من خلال تقييم مستوى أداء العمال القائمين على خدمة العملاء وتقدير جودة آدائهم.

وفي جميع الأحوال، يتقيد صاحب العمل بعدم اللجوء إلى إجراء التنصت أو التسجيل لمحادثات عماله الهاتفية إلا في حدود الضرورة التي تبرره.

كما لا يحق لصاحب العمل اتخاذ إجراء التنصت والتسجيل لكافة المحادثات الهاتفية التي يجريها عمال المنشأة؛ وإنما يجب على صاحب العمل تزويد العمال بخطوط هاتفية غير خاضعة للتسجيل أو تزويد المنشأة بألية تسمح بقطع التسجيل في حالة المكالمات الشخصية.

وأضاف التقرير أنه لا يجوز الاحتفاظ بتسجيلات المحادثات الهاتفية للعمال إلا لمدة محددة أقصاها ستة أشهر، وبالنسبة لوثائق تحليل البيانات والمعلومات المستمدة من هذه التسجيلات فلا يجوز الاحتفاظ بها لمدة تزيد عن سنة واحدة<sup>(٢)</sup>.

---

salariés dans l'entreprise, 5 février 2002.

(1) Rapport de la CNIL, L'écoute et l'enregistrement des appels sur le lieu de travail, 25 juillet 2018.

راجع هذه التقارير على الموقع الإلكتروني للجنة المذكورة: <https://www.cnil.fr>

(٢) وقد تضمنت النص على المدد المذكورة المادة الخامسة للقاعدة النموذجية التي أقرتها لجنة المعلوماتية والحريات رقم ٤٧٤-٢٠١٤ بشأن معالجة البيانات الشخصية المتعلقة بالتنصت والتسجيل للمحادثات التليفونية في مكان العمل، راجع:

Délibération n° 2014-474 du 27 novembre 2014 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail (NS 057);

متاح على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.legifrance.gouv.fr>

كما يحظر على صاحب العمل السماح بإطلاع الأشخاص غير المرخص لهم قانوناً على المعلومات المتعلقة بالتسجيلات الهاتفية لعمال المنشأة، واتخاذ كافة التدابير اللازمة لذلك.

ثانياً: إعلام العمال بإجراء التنصت أو التسجيل لمحادثاتهم الهاتفية.

إعمالاً للمادتين ١٢٢٢-٣، ١٢٢٢-٤ من تقنين العمل الفرنسي، لا يجوز إخضاع المحادثات الهاتفية لعمال المنشأة للتنصت أو التسجيل دون إعلامهم المسبق بذلك، بما يعني حظر إعمال آلية مراقبة لم يعلم بها عمال المنشأة. وتطبيقاً لذلك، يردد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه أنه " إذا كان لصاحب العمل سلطة متابعة ومراقبة نشاط عماله، إلا أنه لا يحق له اتخاذ آلية مراقبة سرية، وإلا اعتبرت غير مشروعة<sup>(١)</sup>.

إن فصاحب العمل يقع عليه التزام بالشفافية obligation de transparence مفاده إعلام عماله مسبقاً بالآلية المراقبة التي ينوي إعمالها في منشأته، وهو ما ينطبق على أية آلية يقصد بها مراقبة مكالمات العمال الهاتفية، والتي يلزم أن يكون العمال قد أعلموا مسبقاً بخضوعها للمراقبة، وذلك في ضوء ما تبرره ضرورات العمل<sup>(٢)</sup>.

وينبغي على وفاء صاحب العمل بهذا الالتزام نتيجة هامة تتعلق بمشروعية الدليل المستمد من الوسيلة التي اتخذها لمراقبة نشاط عماله.

وتطبيقاً لذلك، قضي بعدم قبول الدليل الذي يستند إليه صاحب العمل، لعدم مشروعيته، وذلك بالنظر لعدم إعلام العمال مسبقاً بالآلية المستخدمة في المنشأة<sup>(٣)</sup>.

(1) Cass. Soc., 4 juillet 2012. Pourvoi n°11-30266, Bull. 2012, V, n° 208: "si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal".

فر ذات المعنى، أيضاً، ارجع

Cass. Soc. 14 mars 2000, Bull. 2000, V, N° 101, p. 78; Cass. Soc. 22 mai 1995, Bull. civ. V, no 164.

(2) Cristau (A.) Répertoire de droit du travail, Contrat de travail à durée indéterminée: rupture et conditions de licenciement pour motif personnel, D. janv. 2004, (act. sept. 2018), n°193 et s.

(3) Cass. soc. 20 nov. 1991, Bull. 1991, V, no 519, p. 323; Cass. Soc. 22 mai 1995, Bull.

وعلى العكس، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا كانت محكمة الاستئناف قد أشارت إلى أن العمال قد تم تحذيرهم بأن محادثاتهم الهاتفية تخضع للمراقبة، فإن الدليل المستمد منها هو دليل مقبول<sup>(1)</sup>.

بيد أن القضاء الفرنسي قد تغاضى عن اشتراط علم العامل المسبق بوجود آلية المراقبة للقول بمشروعية وقبول دليل الإثبات المتحصل منها، وذلك في الحكم الصادر عن الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض بتاريخ ١٥ مايو ٢٠٠١ حيث اعتبر أن إجراء المراقبة الذي لم يعلم به العمال مسبقاً ليس بالضرورة غير مشروع، ومن ثم فلا يمنع ذلك من اعتبار الدليل المستمد منه دليلاً مقبولاً. وعلى ذلك وفي دعوى تتعلق بفصل أحد العمال لاتكابه خطأ جسيماً، قضى بقبول الدليل الذي أثبتته صاحب العمل بالاستعانة بسجلات الاتصالات الهاتفية التي قدمتها شركة الاتصالات France Télécom، تأسيساً على أن هذا الإجراء الرقابي لم يتم إعداده من قبل صاحب العمل، ولكنه في حقيقته يتوافق مع خدمة يقدمها نظام التشغيل الخاص بالهاتف<sup>(2)</sup>.

ويبرر البعض<sup>(3)</sup> ما ذهب إليه الحكم المتقدم بأن سجل المكالمات الهاتفية الذي حصل عليه صاحب العمل من شركة الاتصالات، والذي يتضمن بياناً تفصيلياً بالمكالمات التي أجراها العامل، وقبول المحكمة له كدليل إثبات مشروع إنما يبرره، من جهة، افتراض علم العامل بأحقية صاحب العمل في استخراج هذا البيان التفصيلي للاتصالات الهاتفية لعمال المنشأة، ومن جهة أخرى، فهذا السجل لم يكن قد أعد أصلاً كوسيلة للمراقبة وإنما الغرض الأساسي منه هو الوقوف على التكاليف الإجمالية للمكالمات الهاتفية التي تتم داخل المنشأة.

1995, V, N° 164, p. 119; Cass. soc. 15 mai 2001, Bull. 2001, V, N° 167, p. 131.

(1) Cass. Soc. 14 mars 2000, Bull. 2000 V N° 101 p. 78: "...une cour d'appel qui a relevé que les salariés avaient été avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées a pu décider que les écoutes constituaient un mode de preuve valable".

(2) Cass. soc. 15 mai 2001, Bull. 2001, V, N° 168, p. 132.

(3) Aubert-Monpeyssen (T.), La licéité des moyens de contrôle des salariés utilisés par l'employeur, D. 2001, p. 3015; Cristau (A.) Répertoire de droit du travail, op. Cit. n° 200; BERENGUER-GUILLON (J.), MAUREL-GUIGNOT (L.), Le contrôle d'activité des salariés et la légitimité du licenciement, art. publié le 28/09/2001, sur: <https://www.lesechos.fr/>.

ويضيف بعض الفقه<sup>(١)</sup> بصدد الدعوى المعروضة، أنه لم يكن ثمة إجراء رقابي محدد تم اتخاذه من قبل صاحب العمل في المنشأة وإنما الأمر يتعلق بمستندات أو وثائق تحصل عليها جميع المنشآت، وتتمثل في تلك "السجلات الهاتفية" التي تم الحصول عليها من شركة الاتصالات المذكورة.

ثالثاً: إخطار واستشارة لجنة المشروع:

تضمنت المادة ٢٣٢٣-٣٢ من تقنين العمل الفرنسي (المادة ٤٣٢-٢-١ سابقاً) النص على وجوب إعلام واستشارة لجنة المشروع قبل إعمال أية آلية لمراقبة العمال داخل المنشأة، وهو ما يسمح للجنة المذكورة بإبداء رأيها حول مدى التناسب بين وسيلة المراقبة والغرض المنشود تحقيقه من استخدامها.

وتعد استشارة لجنة المشروع، والتي تضم ممثلي العمال، ضماناً هاماً تعكس مبدأ الوضوح والعلانية في اتخاذ إجراءات المراقبة، حيث يسمح ذلك للجنة المذكورة بأن تناقش إمكانيات الوسيلة أو التقنية المستخدمة في المراقبة وأن تتحقق من أن المساس المحتمل بالحقوق الأساسية للعمال له مبرراته ويتناسب مع الهدف المراد تحقيقه<sup>(٢)</sup>.

ويؤكد القضاء على وجوب إخطار لجنة المشروع عند إعمال نظام أو تقنية رقابية في المنشأة؛ فقد قضى بعدم مشروعية قرار فصل العامل استناداً إلى الدليل المستمد من وسيلة المراقبة التي لم يتم إخطار لجنة المشروع بها، وذلك بالمخالفة لنص المادة ٤٣٢-٢-١ من تقنين العمل، وهو ما يجعل الدليل غير مشروع، وبالتالي فقرار فصل العامل لا يستند إلى سبب حقيقي وجدي يبرره<sup>(٣)</sup>.

(1) Aubert-Monpeyssen (T.), La licéité des moyens de contrôle des salariés utilisés par l'employeur, art. préc.

(٢) صلاح محمد أحمد دياب، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(3) Cass. soc. 7 juin 2006, Bull. 2006, V, N° 206, p. 198; Cass. soc. 9 juillet 1997, RJS, n° 1252.

## الفرع الثاني

### ضمانات حماية العامل في مواجهة استخدام العداد الآلي

#### للمكالمات الهاتفية في المنشأة

أوضحنا سابقاً أن العداد الآلي للمكالمات هو جهاز تستعين به العديد من المنشآت لهدف رئيسي يتمثل في رقابة وحساب تكلفة الاتصالات التي يجريها العمال داخل المنشأة. وتقوم آلية عمل هذا الجهاز على توصيله بوحدة اتصالات مركزية ليقوم بوظيفته في إدارة المكالمات الداخلية التي تتم داخل المنشأة، والمكالمات الخارجية التي تصدر من المنشأة أو ترد إليها. ومن خلال هذا الجهاز يتسنى استخراج قائمة تفصيلية - عادة ما تكون شهرية - تخص كل هاتف داخل المنشأة، وتتضمن بياناً بكافة الاتصالات التي تم إجراؤها، مصحوباً بتحديد اليوم والساعة والمدة والتكلفة لكل اتصال<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الخصوص، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن فحص سجلات المكالمات الهاتفية التي تتضمن بيان مدة وتكلفة وأرقام الاتصالات التي تم إجراؤها، والمعدة بواسطة عداد المكالمات الآلي، لا تشكل وسيلة مراقبة غير مشروعة لكونها لم يتم إعلام العامل مسبقاً بها<sup>(2)</sup>.

مؤدى هذا الحكم أن البيان التفصيلي للمكالمات الهاتفية لعمال المنشأة والذي يتيح العداد الآلي للمكالمات يحق لصاحب العامل أن يستند إليه كدليل إثبات لمخالفات عماله، ولو لم يكن قد سبق إعلام العمال باستخدام هذه الآلية داخل المنشأة<sup>(3)</sup>.

وفي المقابل، قضي بأنه إذا كان قد سبق تحذير العمال من أن محادثاتهم الهاتفية سوف تخضع لنظام للتنصت عليها وتسجيلها، فإن هذه التسجيلات تشكل حينئذٍ دليل إثبات مقبول<sup>(1)</sup>.

(1) Mole (A.), Informatique et libertés du travail : les nouveaux enjeux, art. préc. p. 59.

(2) Cass. Soc. 29 janv. 2008, N° de pourvoi: 06-45279: " Mais attendu, d'abord, que la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance du salarié".

(3) Casaux-Labrunée (L.), La confrontation des libertés dans l'entreprise, Droit social, 2008, p. 1032.

وفي تقديرنا أنه يمكن من خلال قراءة الحكمين المتقدمين الوقوف على موقف محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالإعلام المسبق للعمال باستخدام آلية لمراقبة محادثاتهم الهاتفية، ومن ذلك العداد الآلي للمكالمات، وذلك كشرط لمشروعية الدليل المستمد منها، وهو ما ينطوي على التفرقة بين فرضين:

الأول: إذا تعلق الأمر بالتنصت على المحادثات الهاتفية للعامل، فإن ذلك يستلزم سبق إعلامه بآلية المراقبة، لاعتبار الدليل المستمد منها دليلاً مشروعاً.

والثاني: مجرد فحص صاحب العمل لسجل المكالمات الذي يبين أرقام الاتصالات التي أجراها العامل ومدتها وتكلفتها، فلا يشترط علم العامل به مسبقاً.

والحقيقة أنه لا يخفى حجم المخاطر التي ينطوي عليها استخدام عداد المكالمات الآلي داخل مكان العمل، وما يمثله من تهديد للحياة الخاصة للعامل، بالنظر إلى ما يتيح من إمكانية النفاذ إلى مضمون المحادثة، والتي تصبح حينئذ خاضعة، في كافة تفاصيلها، للمراقبة.

وقد كشف الواقع العملي عن العديد من الإشكاليات المرتبطة باستخدام عداد المكالمات الآلي في أماكن العمل، وقد حاولت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات التصدي لها في عدد من تقاريرها وتوصياتها، لإيجاد الحلول المناسبة التي تكفل حماية العامل في مواجهة ما تحمله هذه الآلية من مخاطر الاعتداء على حياته الخاصة.

كما أن هذه اللجنة تختص بتلقي ونظر الشكاوى المتعلقة بحالات الاستخدام التعسفي لآليات المراقبة التي تستخدم داخل المنشآت العمالية، ومنها جهاز العداد الآلي للمكالمات. حيث يخضع استخدام هذه الآلية وكذا معالجة البيانات والمعلومات المتحصلة منها لرقابة اللجنة المذكورة<sup>(1)</sup>.

ونعرض فيما يلي لأهم الإشكاليات التي يثيرها استخدام عداد المكالمات الآلي في أماكن العمل، والضمانات المقررها في مواجهتها.

(1) Cass. Soc. 14 mars 2000. Bull. 2000, V, N° 101, p. 78.

(2) Délibération n°84-31 du 18 septembre 1984 portant adoption d'une recommandation concernant l'usage des autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail.

أولاً: إشكالية التمييز بين محادثات العامل الشخصية والمهنية.

عند استلام صاحب العمل القائمة التفصيلية للمكالمات المعدة وفق آلية عمل العداد الآلي، يقوم بعرضها على عماله ليحدد كل منهم الاتصالات المهنية والاتصالات الشخصية، بحيث يتحمل كل منهم تكلفة المكالمات الشخصية التي أجراها<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت المكالمات التي يجريها العامل يفترض فيها، مبدئياً، أنها مهنية، أي تخص العمل المنوط بالعامل لإنجازه، إلا أن ذلك لا ينفي احتمال قيام العامل باستخدام جهاز التليفون الخاص بالمنشأة لإجراء مكالمات شخصية، وهو ما يتسامح بشأنه عادةً صاحب العمل مادام استخداماً معقولاً ولا يؤثر سلباً على سير العمل داخل المنشأة.

وهنا تثار الصعوبة الحقيقية بشأن التمييز بين نوعي المكالمات التي يجريها العامل؛ المكالمات المهنية التي تتعلق بأغراض عمله، والمكالمات الشخصية التي تتعلق بشئون حياته الخاصة.

ففي الكثير من الحالات يكون من المتعذر وضع حد فاصل وواضح بين نوعي المكالمات التي يجريها العامل؛ فكم من مكالمات بدأت مهنية بحتة لتنتقل في لحظة ما إلى موضوع محض شخصي، والعكس صحيح<sup>(٢)</sup>.

كما أن القائمة التفصيلية للمكالمات التي يتم إعدادها بواسطة نظام العداد الآلي، والتي يقصد بها التعرف على معدل الاستهلاك الهاتفي للمنشأة وتكلفته الإجمالية، لا تتضمن أي تمييز بين نوعي المكالمات، وهو ما يمكن معه القول بأن هذا التمييز غير ممكن عملاً إلا من خلال التعرف على موضوع المحادثة ذاته، ولا يمكن القطع بموضوع المحادثة إلا بعد التنصت عليها.

(١) راجع المادة الثانية من تقرير لجنة المعلوماتية والحريات رقم ١٩-٢٠١٥ الصادر في ٣ فبراير ٢٠٠٥، Délibération n° 2005-19 du 3 février 2005 portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de l'utilisation de services de téléphonie fixe et mobile sur les lieux de travail (norme simplifiée n°47) et portant abrogation de la norme simplifiée n°40.

(٢) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٥٦.

ويلاحظ البعض<sup>(1)</sup> أنه، من الناحية العملية، قد ثبت أن ما تتيحه إمكانيات العداد الآلي من السماح للمتصل من أن يحدد- قبل الاتصال- من خلال الضغط على مفتاح معين، أن المكالمات التي سيجريها غير مهنية، لم يتم الاستفادة منه إلا في حدود ضيقة للغاية من قبل العمال في المنشآت التي تستخدم هذه الآلية، ومن ثم فصعوبة التمييز بين المكالمات المهنية والشخصية التي يجريها العامل لا تزال قائمة. ثانيًا: إشكالية تسجيل الأرقام التي يتم الاتصال بها.

تتضمن القوائم التفصيلية للاتصالات التليفونية التي يتم التحصل عليها من خلال نظام العداد الآلي للمكالمات بيانًا بكافة المكالمات التي تم إجراؤها من خلال أجهزة التليفون الخاصة بالمنشأة، بما يشمل تحديد الأرقام التي تم الاتصال بها، مع تحديد اليوم والساعة ومدة المكالمات وتكلفتها.

وبذلك فإن استخدام العداد الآلي للمكالمات الهاتفية يثير مشكلة الكشف عن أرقام أرقام تليفونات الغير الذين تم الاتصال بهم.

وإزاء ذلك، قررت لجنة المعلوماتية والحريات قاعدة مفادها إخفاء الأرقام الأربعة الأخيرة من الأرقام المتصل بها والتي يتضمنها البيان التفصيلي للمكالمات، وذلك بهدف الحفاظ على سرية أرقام الغير الذين تم الاتصال بهم<sup>(2)</sup>.

### ثالثًا: إشكالية التنصت التليفوني *écoute téléphonique*

لا تتوقف إمكانيات العداد الآلي للمكالمات عند حد تسجيل الأرقام التي يتم الاتصال بها عبر أجهزة التليفون الخاصة بالمنشأة، بل إنه يسمح أيضًا بالتنصت على المحادثات التي تتم عبر هذه الأجهزة.

وعلى هذا النحو، فإن التنصت على المحادثة الهاتفية لا يمس فقط الحياة الخاصة للعامل، بل أيضًا الحياة الخاصة للغير الذي يتم الاتصال به.

(1) Ray (J.E.), Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Droit social 1992, p. 525.

(2) Délibération n°94-113 du 20 décembre 1994 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en oeuvre à l'aide d'autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail.

وفي محاولة لتقرير ضمانات للعمال في مواجهة إجراء التنصت والتسجيل لمحادثاتهم الهاتفية، أصدرت لجنة المعلوماتية والحريات عدد من التوصيات العامة التي يجب مراعاتها عند اللجوء إلى مثل هذا الإجراء.

فقد تضمن تقرير اللجنة الصادر في ٢٥ يوليو ٢٠١٨، المشار إليه سلفاً، النص على أن إجراء التنصت والتسجيل للمحادثات الهاتفية في مكان العمل لا يكون جائزاً إلا في حالتين:

**الحالة الأولى:** تدريب عمال المنشأة، كما في حالة الحاجة لإعادة استخدام هذه التسجيلات أثناء التدريب.

**الحالة الثانية:** تحسين جودة الخدمة المقدمة لعملاء المنشأة، من خلال تقييم مستوى أداء العمال القائمين على خدمة العملاء وتقدير جودة آدائهم.

ويؤكد التقرير المذكور على وجوب إعلام العمال ومحدثيهم من الغير باستخدام المنشأة لآلية للتنصت والتسجيل للمحادثات الهاتفية، والهدف المقصود منها، والأساس القانوني لاستخدامها، وهوية القائمين بمعالجة البيانات المتحصل عليها، والمدة المحددة للاحتفاظ بهذه البيانات، وكذلك حقهم في الاطلاع على هذه التسجيلات وطلب التصحيح، فضلاً عن حقهم في التقدم بشكوى إلى اللجنة المذكورة. كما يجب أيضاً- قبل بدء المحادثة الهاتفية- إعلام المتحدث إليهم من الغير وتبئهم إلى خضوع محادثاتهم للتنصت والتسجيل، مع حقهم في الاعتراض على هذا الإجراء قبل انتهاء المحادثة.

كما توصي اللجنة في تقريرها الصادر في نوفمبر ٢٠١٤<sup>(1)</sup> بالألا يكون إجراء التنصت والتسجيل إجراءً دائماً، وألا يكون هدفه الحقيقي الحصول على دليل إثبات ضد عمال المنشأة.

والحقيقة أن الضوابط التي وضعتها لجنة المعلوماتية والحريات في فرنسا لمواجهة إشكاليات أعمال نظام العداد الآلي للمكالمات داخل المنشآت إنما تظهر مدى

(1) Délibération n° 2014-474 du 27 novembre 2014 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail (NS 057).

الحرص على احترام الحياة الخاصة للعمال من خلال صون سرية محادثاتهم الهاتفية في أماكن عملهم، وذلك دون إهدار لحقوق صاحب العمل المشروعة في متابعة سير العمل من خلال مراقبة أداء عماله.

## الفصل الثاني

### المراقبة التصويرية للعامل من خلال كاميرا الفيديو،

#### والحماية القانونية للحياة الخاصة

أوضحنا سابقاً أن علاقة التبعية التي تربط العامل بصاحب العمل وتخضعه لإشراف الأخير ورقابته لا ينبغي أن تتجاوز حدود الحياة الخاصة للعامل، ومن ثم فعلاقة التبعية المذكورة لا ينبغي أيضاً أن تمس حق العامل في حماية صورته، والتي تعد عنصر من عناصر حياته الخاصة<sup>(١)</sup>.

ويعرف الحق في الصورة بأنه سلطة الفرد في الاعتراض على إنتاج صورته أو نشرها دون رضائه، ويستوي في ذلك أن يكون إنتاج الصورة قد تم بالوسائل الفنية التقليدية كالرسم والنحت والنقش وغيره، أو بالوسائل الحديثة كالتصوير الفوتوغرافي أو السينمائي، وأياً كانت وسيلة النشر، أي سواء كان ذلك عن طريق الصحف أو التلفزيون أو السينما أو غير ذلك<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك فالحق في الصورة يخول صاحبه منع غيره من التقاط صورة له دون موافقته، ورفض بث أو نشر هذه الصورة أو استغلالها دون إذنه، والاعتراض على المساس بصورته أو تحريفها أو تغيير ملامحها بأية وسيلة، وكذلك الاعتراض على استخدام الصورة لأغراض دعائية أو إعلانية بهدف الترويج لسلعة معينة<sup>(٣)</sup>.

وتنص المادة ١٧٨ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أنه " لا يحق لمن قام بعمل صورة لآخر أن ينشر أو يعرض أو يوزع أصلها أو نسخاً منها دون إذنه أو إذن من في الصورة جميعاً ما لم يتفق على خلافه...".

(1) Chirez (A.), Vidéosurveillance: droit à l'image et vie privée des salariés, Dr. Soc. 1994, p. 560 et s.

(٢) سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ١٥.  
(٣) علاء الدين الخصاونة، بشار طلال المومني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية، الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، السنة ٢٧، ع ٥٣، يناير ٢٠١٣، من ص ١١١-١١٧، ص ٧.

وقد تلاحظ في الآونة الأخيرة اللجوء المتزايد من أصحاب الأعمال إلى تزويد منشآتهم بتقنية المراقبة بكاميرا الفيديو Vidéo-surveillance، وذلك لأهداف متعددة؛ أهمها: الاعتبارات الأمنية، ورصد السرقات والمخالفات الأخرى التي قد ترتكب داخل المنشأة، وأيضاً مراقبة أداء العمال.

ولا يخفى ما تحمله هذه التقنية من خطورة على الحياة الخاصة للعامل؛ فالكاميرا ترصد تحركات العامل بكافة تفصيلاتها، وتسجل كل ما تنتقله من معلومات من حيث المكان والزمان، مما تهدر معه كل خصوصية له، وهو ما يجعل هذه الوسيلة للمراقبة- في الكثير من الأحيان- غير متناسبة مع هدف صاحب العمل من استخدامها، إذ تتجاوز مراقبة الأداء المهني للعامل لتنفذ إلى ما يعد من صميم حياته الخاصة<sup>(1)</sup>.

وهنا يبرز التساؤل حول مدى مشروعية لجوء صاحب العمل إلى استخدام كاميرات المراقبة في منشآته، وما إذا كانت هذه الوسيلة تشكل انتهاكاً للحياة الخاصة للعامل، ومدى الحماية القانونية المكفولة للبيانات الشخصية للعمال في مواجهة هذه التقنية باعتبارها أحد وسائل معالجة هذه البيانات.

وللإجابة على هذه التساؤلات، سوف تنقسم دراستنا في هذا الفصل على

النحو التالي:

**المبحث الأول:** مدى مشروعية المراقبة التصويرية للعامل من خلال كاميرا الفيديو.

**المبحث الثاني:** المراقبة التصويرية للعامل من خلال كاميرا الفيديو، والحماية القانونية للبيانات الشخصية.

### **المبحث الأول**

#### **مدى مشروعية المراقبة التصويرية للعامل من خلال كاميرا الفيديو**

يقضي بحث مدى مشروعية خضوع العامل في مكان العمل للمراقبة بكاميرا الفيديو أن نعرض أولاً للموقف التشريعي والقضائي إزاء تلك المسألة، ثم نتناول بعد ذلك مدى مشروعية الدليل المستمد من تسجيلات كاميرا الفيديو.

---

(1) Grévy (M.), Vidéosurveillance dans l'entreprise: un mode normal de contrôle des salariés?, Droit social 1995, p. 329.

## المطلب الأول

### الموقف التشريعي والقضائي إزاء مشروعية المراقبة التصويرية للعامل من خلال كاميرا

#### الفيديو

نبدأ في هذا الخصوص ببيان الموقف التشريعي من مسألة مشروعية مراقبة العامل من خلال كاميرا الفيديو في مكان العمل، باعتبارها تتضمن مساساً بحقه في صوته، ثم نعرض بعد ذلك لموقف القضاء إزاء هذه المسألة.

#### الفرع الأول

### الموقف التشريعي إزاء مشروعية مراقبة العامل

#### من خلال كاميرا الفيديو

يبدو من المناسب هنا أن نستعرض النصوص القانونية المعمول بها في هذا الخصوص، والتي يمكن في ضوءها الوقوف على موقف المشرع إزاء مشروعية استخدام أصحاب الأعمال لوسيلة المراقبة المذكورة في منشآتهم، ومدى الحماية المكفولة تشريعياً للعامل في مواجهتها.

ونشير هنا إلى حرص كل من المشرع المصري والفرنسي على تقرير الحماية الجنائية لحق الشخص في صورته؛ حيث تنص المادة ٣٠٩/مكرر من قانون العقوبات المصري على تجريم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة من خلال الالتقاط أو النقل، بجهاز من الأجهزة، أيًا كان نوعه، لصورة شخص في مكان خاص، وذلك في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجني عليه.

كما تقضي المادة ٢٢٦-١ من قانون العقوبات الفرنسي بمعاينة كل من يمس بحميمية حياة شخص آخر، وعن قصد، وبأية وسيلة، من خلال التقاط صورة هذا الشخص أو تسجيلها أو نقلها، أثناء وجوده في مكان خاص، دون الحصول على موافقته.

وإلى جانب الحماية الجنائية، ثمة نصوص قانونية أخرى تكرر حق الشخص في صورته وتكفل حمايته بغض النظر عن كون الاعتداء على هذا الحق يشكل فعلاً مجرمًا، ونعرض لذلك في كل من القانونين الفرنسي والمصري.

## أولاً: في القانون الفرنسي.

تنص المادة ٩ من القانون المدني في فقرتها الأولى على حق كل شخص في احترام حياته الخاصة، وهو نص عام يتسع نطاقه ليشمل كافة مظاهر الحياة الخاصة بما في ذلك حق الشخص في صورته، كما أن النص عام أيضاً من حيث نطاقه الشخصي لتشمل الحماية التي يقرها طائفة العمال، ومن ثم، يجد العامل في هذا النص ضماناً هامة لحماية حقه في صورته.

وعلى ذلك، فإنه وفقاً للفقرة الثانية من المادة المذكورة، فإذا كانت آلية المراقبة بكاميرا الفيديو المستخدمة في المنشأة تمثل اعتداءً على صورة العامل، جاز للقاضي - ودون إخلال بحق المضرور في التعويض - اتخاذ كافة الإجراءات الممكنة لمنع أو وقف الاعتداء.

كما تضمن تقنين العمل الفرنسي النص على عدة ضمانات للعمال في مواجهة استخدام تقنيات المراقبة الحديثة داخل المنشأة، ومن ثم فهي تشمل حالة خضوع العامل للمراقبة بكاميرا الفيديو

فالمادة ١١٢١-١ تقرر مبدأ التناسب، حيث تنص على عدم جواز فرض قيود على حقوق العمال وحررياتهم الفردية ما لم تكن هذه القيود مبررة بحسب طبيعة المهمة المراد إنجازها، ومتناسبة مع الهدف المنشود.

كما تقرر المادة ١٢٢٢-٣ مبدأ الشفافية، إذ تنص على وجوب إعلام العامل - وبصورة صريحة - بأساليب وتقنيات التقييم المهني قبل إنفاذها، كما تكون النتائج التي يتم التوصل إليها سرية، كما يلزم أن تكون أساليب وتقنيات التقييم المهني للعمال متناسبة مع الغرض المنشود منها.

أيضاً نجد أن المادة ١٢٢٢-٤ تنص على عدم جواز جمع أية معلومات تتعلق شخصياً بالعامل من خلال آلية معينة دون إعلامه المسبق بذلك.

كما يلزم، وفقاً للمادة ٢٣٢٣-٣٢، إعلام واستشارة لجنة المشروع قبل إنفاذ أية آلية لمراقبة العمال داخل المنشأة.

وإلى جانب ذلك، ثمة ضمانات إضافية نص عليها القانون الفرنسي الصادر في ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن المعلوماتية والبطاقات والحريات (المعدل) وتتمثل في فرض التزام على عاتق صاحب العمل بإخطار اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات CNIL بنظم معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي قبل إعمالها، وهو ما سوف نبحثه لاحقاً بشئ من التفصيل.

**ثانياً: في القانون المصري.**

استعرضنا في أكثر من موضع سابق من البحث موقف القانون المصري عموماً إزاء مسألة حماية العامل في مواجهة مخاطر المساس بحياته الخاصة والتي قد تنتج عن استخدام التقنيات الحديثة بمظاهرها المختلفة في تدعيم نظم المراقبة داخل مكان العمل. ورأينا أن معالجة هذه المسألة في التشريع المصري لم تتعد نطاق القواعد العامة في القانون المدني، وتحديداً نص المادة ٥٠/ مدني والتي تقرر حماية الحقوق الملازمة للشخصية، ومنها الحق في احترام الحياة الخاصة.

ونعود هنا لنكرر القول بأن الحاجة داعية إلى تدخل المشرع المصري لتكريس الحق في احترام الحياة الخاصة للعامل في مواجهة مخاطر استخدام هذه التقنيات، بمختلف صورها، في مكان العمل، وذلك بنصوص خاصة في قانون العمل، والتي يمكن من خلالها مواجهة مخاطر المساس بخصوصية العامل عند لجوء صاحب العمل إلى استخدام تقنية المراقبة بكاميرا الفيديو داخل المنشأة.

### **الفرع الثاني**

#### **الموقف القضائي إزاء مشروعية مراقبة العامل**

##### **من خلال كاميرا الفيديو**

إزاء غياب التطبيق القضائي المصري في هذه المسألة، فإن بحثنا في هذا الموضوع يقتصر على بيان موقف القضاء الفرنسي من المسألة المطروحة. والواقع أن محاولة تفهم الموقف القضائي الفرنسي إزاء مدى مشروعية المراقبة من خلال كاميرا الفيديو في مجال علاقات العمل لم يكن بالأمر اليسير، ذلك

أن الأحكام الصادرة في هذا الشأن إنما تتعرض لهذه المسألة من جهة بحث مدى مشروعية الدليل المستمد من هذه الوسيلة من وسائل المراقبة.

ومع ذلك، يمكن تلمس موقف القضاء الفرنسي من خلال بعض الأحكام الصادرة عن الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية، ومن ذلك:

الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ نوفمبر ١٩٩١ والذي قضى بأنه "إذا كان لصاحب العمل الحق في مراقبة أداء عماله خلال ساعات العمل، فإن كل تسجيل - أيًا كان باعته - لصورهم أو حديثهم، بغير علمهم، يعتبر دليل إثبات غير مشروع"<sup>(١)</sup>.

كما أكدت محكمة النقض قضاءها السابق مرة أخرى في حكمها الصادر في ١٠ يناير ٢٠١٢، حيث قررت أنه إذا كان لصاحب العمل الحق في مراقبة نشاط عماله خلال وقت العمل، فإنه لا يجوز له أن يستخدم - كوسيلة إثبات - التسجيلات المستمدة من نظام المراقبة بالفيديو، إذ لم يتم إعلامهم المسبق بوجود هذا النظام<sup>(٢)</sup>، واعتبرت المحكمة أن ذلك يتضمن انتهاكاً للمادة ١٢٢٢-٤ من تقنين العمل.

كما أنه من المهم أيضاً الإشارة إلى حكم محكمة النقض الصادر في ٧ يونيو ٢٠٠٦ والذي ذهب إلى أنه إذا كان يحق لصاحب العمل مراقبة نشاط عماله خلال وقت العمل، فإنه لا يجوز له أن يتخذ نظاماً للمراقبة لم يتم مسبقاً إعلام لجنة المشروع واستشارتها بشأنه، وهو ما يجعل بمثابة دليل إثبات غير مشروع التسجيلات المستمدة من نظام المراقبة بالفيديو والذي اتخذها صاحب العمل لمراقبة عماله بدون الإعلام والاستشارة المسبقة للجنة المشروع<sup>(٣)</sup>.

(1) Cass. Soc. 20 nov. 1991, Bull. 1991, V, N° 519, p. 323.

(2) Cass. Soc. 10 janv 2012 N° de pourvoi 10-23482 Bull. 2012 V n° 2 "Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail il ne peut être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéosurveillance installé sur le site d'une société cliente permettant le contrôle de leur activité dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence".

(3) Cass. Soc. 7 juin 2006, Bull. 2006, V, N° 206, p. 198: "Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise.

وإلى جانب الأحكام السابقة، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن تسجيل أفعال وتحركات العمال بقصد التوصل إلى معلومات تسمح باكتشاف جرائم السرقة أو خيانة الأمانة أو النصب التي ترتكب إضراراً بمصالح صاحب العمل، لا يمكن تشبيهه بالتسجيل لصور تنتهك حميمية الحياة الخاصة للأفراد، ومن ثم فإن التسجيلات محل الدعوى لا تشكل اعتداءً غير مشروع على الحياة الخاصة للعمال الذين تم تصويرهم<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك، ومن خلال قراءة أحكام القضاء السابقة، يمكن التوصل إلى إجابة على التساؤل المطروح سابقاً حول موقف القضاء الفرنسي بشأن مدى مشروعية المراقبة الإلكترونية للعمال من خلال كاميرا الفيديو التي تثبت في مكان العمل. حيث يتلخص هذا الموقف في أن القضاء الفرنسي لا يعتبر استخدام صاحب العمل لنظام المراقبة من خلال كاميرا الفيديو في حد ذاته إجراءً غير مشروع، حيث أقر بأحقيته في اتخاذ آليات المراقبة التي تسمح له بمراقبة نشاط عماله خلال وقت العمل، ومن بينها آلية المراقبة بكاميرا الفيديو.

بيد أن القضاء أحاط اللجوء إلى هذه الآلية في مجال علاقات العمل بضوابط وقيود معينة تكفل إقامة التوازن المعقول بين حق العامل في حماية حياته الخاصة في كافة مظاهرها، ومنها حقه في صورته، وبين حق صاحب العمل في مراقبة سير العمل داخل منشأته. وتتمثل ضوابط مشروعية لجوء صاحب العامل إلى هذه الآلية فيما يلي:

١- إعلام العمال مسبقاً بوجود هذه الآلية للمراقبة داخل المنشأة، بحيث يحظر استخدام وسائل المراقبة الخفية أو السرية.

---

Constitue un moyen de preuve illicite l'enregistrement du salarié par le système de vidéo surveillance de la clientèle mis en place par l'employeur qui est également utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés sans information et consultation préalables du comité d'entreprise".

(1) Cass. Crim. 23 juillet. 1992. Bull. Crim. 1992. N° 274. p. 744: "l'enregistrement de leurs faits et gestes, destiné à permettre la découverte d'infractions de vol, d'abus de confiance ou d'escroquerie commises au préjudice de leur employeur, ne saurait être assimilé à l'enregistrement d'images concernant l'intimité de la vie privée des personnes; que, dès lors, l'enregistrement critiqué ne constitue pas une atteinte illicite à la vie privée des employés filmés".

٢- إعلام واستشارة لجنة المشروع قبل إعمال هذه الآلية.

٣- وجود ضرورة تبرر اللجوء إلى هذه الآلية للمراقبة، كأن يكون الغرض هو جمع المعلومات اللازمة لاكتشاف الجرائم والمخالفات التي قد ترتكب داخل المنشأة. وبعد استعراض الضوابط التشريعية والقضائية لاستخدام آلية المراقبة بكاميرا الفيديو في مكان العمل ننتقل لبحث مدى الاعتداد بالدليل المتحصل من تسجيلات كاميرا الفيديو، كآلية لمراقبة أداء العمال.

### المطلب الثاني

#### مدى الاعتداد بالدليل المتحصل من تسجيلات كاميرا الفيديو

الإثبات بمفهومه القانوني، هو إقامة الدليل أمام القضاء، بأحد الطرق التي يحددها القانون، على وجود أو صحة واقعة معينة متنازع بشأنها<sup>(١)</sup>. وتبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية بالنظر إلى أن الحق، كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني<sup>(٢)</sup>، يتجرد من قيمته مالم يقيم الدليل على الحادث المبدئ له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه.

وفي مجال علاقات العمل، تتميز مسألة الإثبات بنوع من الخصوصية التي تعزى، من جهة، إلى طبيعة هذه العلاقات القائمة على عدم التوازن بين المراكز العقدية لطرفيها، فضلاً عن أن عبء الإثبات يقع، في معظم الأحيان، على عاتق العامل باعتباره مدعياً في الدعوى القضائية المقامة ضد صاحب العمل. ومن جهة أخرى، تفرض تلك الخصوصية طبيعة ومقتضيات قانون العمل وما يتضمنه من قواعد أمره حمائية تستهدف حماية حقوق العمال ومصالحهم<sup>(٣)</sup>.

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، مج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ١٥؛ فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام والإثبات، ط ٤، بدون ناشر، ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص ٤٢٥.

(٢) مجموعة الأعمال الحضرية، ج ٣، ص ٣٤٩.

(٣) Takelv (M) Le particularisme des modes de preuve en droit du travail Mémoire D.F.A Droit Privé Année 2001/2002, Université Nancy II, sur: <http://www.glose.org/>

ونتيجة لذلك، نجد أن مسألة الإثبات في إطار علاقات العمل يتم التعامل معها بقدر من التشدد، وتحاط بالعديد من الضوابط التي تبررها ضرورات حماية العامل بحسبانه الطرف الضعيف في هذه العلاقات العقدية.

وحين يلجأ صاحب العمل إلى الاستعانة بألية للمراقبة في منشأته من خلال كاميرا الفيديو، فإنه يهدف من ورائها في المقام الأول إلى رصد أخطاء ومخالفات عماله، وبما يمكنه من الاستعانة بالتسجيلات التي يتحصل عليها من خلالها كدليل إثبات يستند إليه لإثبات سبب إنهاء عقد العمل الذي يربطه بالعامل، وهو ما توضحه الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن.

والواقع أن ما يمكن أن نستخلصه من هذه الأحكام هو أن القضاء الفرنسي يتطلب- في إطار علاقات العمل- للاعتداد بالدليل المتحصل من تسجيلات كاميرا الفيديو كآلية لمراقبة العمال توافر أمرين:

الأول: النزاهة في تحصيل الدليل.

الثاني: مصداقية الدليل.

وسوف نتناولهما تباعاً فيما يلي.

### الفرع الأول

#### الالتزام بالنزاهة في تحصيل الدليل المستمد من

#### تسجيلات كاميرا الفيديو

عبرت محكمة النقض الفرنسية عن الالتزام بالنزاهة في الإثبات *La loyauté de la preuve* في مجال علاقات العمل بقولها أن "النزاهة التي يجب أن تسود علاقات العمل تحظر على صاحب العمل اللجوء إلى الخدع والحيل لوضع العامل في حالة يمكن الاستناد إليها لاحقاً لإثبات خطئه"<sup>(1)</sup>.

(1) "La loyauté qui doit présider aux relations de travail interdit le recours par l'employeur à des artifices et des stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute"; Cass. Soc. 16 janv. 1991, Bull. 1991, V, N° 15, p. 10.

ويستند التزام صاحب العمل بالنزاهة في تحصيل الدليل إلى مبدئين أساسيين<sup>(1)</sup> بحيث يمكن القول أن وفاء صاحب العمل بالالتزام بالنزاهة لا يتحقق إلا بمراعاة هذين المبدئين:

### ١ - مبدأ الشفافية *principe de transparence*

ومفاد ذلك أنه إذا كان يحق لصاحب العمل استخدام كاميرا الفيديو كوسيلة للمراقبة داخل منشأته، وذلك وفق ضوابط معينة كما سبق بيانه، فإن قبول الدليل المستمد من تسجيلاتها لإثبات خطأ العامل منوط بالالتزام صاحب العمل بالشفافية<sup>(2)</sup>، وهو ما أعلنته صراحةً الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٩١، في دعوى تلخص وقائعها في أن صاحب العمل ثارت لديه شكوك حول قيام إحدى عاملاته بسرقة جزء من حصيلة الخزينة المسئولة عنها، وهو ما دعاه إلى مراقبة العاملة المذكورة من خلال كاميرا فيديو قام بوضعها في مكان خفي داخل محله بما يسمح بتصويرها أثناء قيامها بالعمل. وقد تم بالفعل تسجيل قيام العاملة بسرقة جزء مما تحتويه الخزينة التي بعهدتها والتي تودع فيها حصيلة ما تقوم ببيعه. وعلى أثر ذلك قام صاحب العمل بفصلها استناداً إلى ما ارتكبه من خطأ جسيم.

قامت العاملة برفع دعوى أمام المحكمة العمالية مدعيةً أن قرار الفصل الصادر في حقها تعسفياً ومطالبةً بالتعويض عن هذا القرار. رفض هذا الادعاء من المحكمة العمالية فقامت العاملة بالطعن عليه أمام محكمة استئناف Colmar، وانتهت المحكمة إلى تأييد الحكم السابق، مقررّة أن ما قام به صاحب العمل لا يشكل اعتداءً على الحياة الخاصة للعاملة والتي لم تكن هي المقصودة أصلاً بإجراء المراقبة الذي اتخذته، وأن ذلك لم يقصد به إلا مراقبة أماكن وجود الخزائن التي عهد بها إلى عماله، والمتواجدة في هذا المكان المتاح للجمهور أثناء ساعات العمل، وبالتالي فالهدف من المراقبة لم يكن التجسس على العمال وإنما اكتشاف ما قد يقع من سرقات. ومن ثم

(1) Cristau (A.), Répertoire de droit du travail, op. Cit. n°193 et s.

(2) Astaix (A.), Surveillance vidéo: nouvelle application de l'exigence de transparence, D. Act. 24 janvier 2012.

خلصت المحكمة إلى أن ما رصدته كاميرا الفيديو يشكل خطأ جسيماً من قبل العاملة  
ببرر قرار الفصل ويستبعد بالتالي أي حق لها في التعويض.

طعنت العاملة على الحكم المتقدم أمام محكمة النقض، والتي نقضت حكم  
الاستئناف، لتعلن في حكمها- الذي أرست من خلاله مبدأً في هذه المسألة- أنه "إذا كان  
لصاحب العمل الحق في مراقبة أداء عماله خلال ساعات العمل، فإن كل تسجيل- أيًا كان  
باعثه- لصورهم أو حديثهم، بغير علمهم، يعتبر دليل إثبات غير مشروع" (١).

ويتبين من هذا الحكم أن دليل الإثبات المستمد من تسجيلات كاميرا الفيديو،  
والذي استند إليه صاحب العمل لتبرير قرار الفصل، اعتبرته المحكمة دليلاً غير  
مشروع، وذلك استناداً إلى أن وسيلة المراقبة الذي استمد منها هذا الدليل قد تم اللجوء  
إليها بغير علم العامل.

ويرى بعض الفقه (٢) أن محكمة النقض قصدت بهذا الحكم إعلاء قيمة احترام  
الحياة الخاصة للعامل باستبعاد دليل الإثبات الذي تم التحصل عليه بطريقة غير مشروعة  
أو غير نزيهة، استدل عليها باستخدام صاحب العمل وسيلة مراقبة خفية لم يكن العامل  
على علم مسبق بوجودها. فمبدأ حرية إثبات الوقائع القانونية لا يمكن أن يسمح بانتهاك  
كرامة العامل وحرمة حياته الخاصة من خلال الاستخلاص غير النزيه لأدلة الإثبات.

ويجد الالتزام بالنزاهة في تحصيل الدليل في مجال علاقات العمل أساسه فيما يعرف  
بتهديب قانون الإثبات *Une moralisation du droit à la preuve* والذي  
يقتضي البحث في الظروف التي أحاطت بتحصيل الدليل وعدم السماح باستخدام دليل  
تم التحصل عليه بالاستناد إلى وسائل يحوطها الغش والخداع، ومن ثم فالتسجيل الذي

(1) Cass Soc. 20 nov 1991 Bull. 1991 V N° 519 n 323: "si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite".

(2) Waquet (ph.), Un employeur peut-il filmer à leur insu ses salariés ?, Droit social 1992, p. 28.

يتم عبر كاميرا الفيديو بغير علم العامل إنما يخل بالالتزام بالنزاهة في تحصيل الدليل، مما يستدعي استبعاده وعدم الاستفادة منه<sup>(1)</sup>.

كما يستند تطلب نزاهة دليل الإثبات أيضاً إلى مبدأ حسن النية *la bonne foi* الذي يظل تنفيذ العقود جميعاً، ومنها عقد العمل، والذي يجب أن يلتزم به صاحب العمل في ممارسته لسلطاته الإشرافية والرقابية على عماله، وهو ما يقتضي احترام الثقة التي يجب أن تسود علاقات العمل، وتصرف صاحب العمل بشفافية تجاه عماله. ومما يتنافى مع هذا المبدأ استخدام صاحب العمل وسيلة مراقبة خفية لم يعلم عماله بها، والاعتماد عليها في تحصيل دليل إثبات خطأ العامل، إذ أن من شأن ذلك أن يؤدي إلى هدم الثقة التي يجب أن تسود علاقة صاحب العمل بعماله، ومن ثم الإخلال بمبدأ حسن النية<sup>(2)</sup>.

وقد أثر الحكم المتقدم بما أرساه من مبدأ في تلك المسألة على المشرع الفرنسي في صياغته للمادة ٤٣٢-٢-١ من قانون العمل (المادة ٢٣٢٣-٣٢ حالياً)، والتي نصت على وجوب إعلام واستشارة لجنة المشروع قبل إنفاذ آليات المراقبة داخل المنشأة، وكذلك المادة ١٢١-٨ من ذات القانون (المادة ١٢٢٢-٤ حالياً) والتي توجب إعلام العمال بأية وسيلة أو آلية لمراقبتهم<sup>(3)</sup>.

ومن هنا أصبحت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية تردد في أحكامها أنه "إذا كان لصاحب العمل الحق في مراقبة نشاط عماله أثناء ساعات العمل، فإنه لا يجوز له، وفقاً للمادة 1-2-432 L. من قانون العمل، تنفيذ نظام مراقبة لم يعلم عماله به مسبقاً<sup>(4)</sup>".

وعلى ذلك، يتبين بوضوح أن قبول الدليل المستمد من تسجيلات كاميرا الفيديو لإثبات المسلك الخاطيء للعامل مشروط بالالتزام صاحب العمل بالشفافية على

(1) Hauser (J.), La vie privée professionnelle. art. préc.

(2) Vigneau (Ch.), L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, Droit social, 2004, p. 706.

(3) Cristau (A.), Répertoire de droit du travail, op. Cit. n°193 et s.

(4) Cass. soc. 22 mai 1995, Bull. civ. V, no 164; Cass. soc. 15 mai 2001, Bull. civ. V, N° 167, p. 131.

النحو السابق، بما يعني أن إخلاله بهذا الالتزام يجعل وسيلة المراقبة غير مشروعة وما استمد منها من دليل غير مقبول.

ومع ذلك، نجد أن القضاء الفرنسي يتغاضى - في حالات محددة - عن اشتراط أن يكون نظام المراقبة من خلال كاميرا الفيديو معلوماً وجوده مسبقاً للعمال للقول بقبول الدليل المستمد منه، وهو ما أعلنته محكمة النقض الفرنسية صراحةً في حكمين مهمين لها: الحكم الأول: وهو الحكم الصادر في ٣١ يناير ٢٠٠١ والذي قضى بحرية صاحب العمل في استخدام آلية للمراقبة بكاميرا الفيديو، دون حاجة إلى الإعلام المسبق لعماله، وذلك متى كانت الكاميرا قد تم تركيبها في أماكن غير معدة أصلاً لمباشرة العمال مهام عملهم، كالمستودعات أو مخازن البضائع<sup>(١)</sup>.

وتعليقاً على هذا الحكم، ذهب البعض<sup>(٢)</sup> إلى أنه يشير إلى اتجاه القضاء الفرنسي نحو التخفيف من شروط مشروعية مراقبة العمال، وينتقد هذا الرأي - بحق - المعيار الذي اعتمده الحكم لإعفاء صاحب العمل من شرط الإعلام المسبق للعمال بوجود آلية المراقبة، وقوام هذا المعيار طبيعة المكان الذي تجري فيه المراقبة، وكونه غير معد أصلاً لمباشرة العمال لعملهم المنوط بهم، وهو ما يصدق على المستودعات ومخازن البضائع، حيث يرى هذا الفقه أن تطبيق المعيار المتقدم يبدو خطيراً وغير واقعي في الكثير من الحالات، وذلك من منظور ضمان حماية الحياة الخاصة للعامل.

وبيان ذلك أنه من المعتاد أن ينتقل العمال داخل المنشأة، وفي جميع أرجائها، لأداء مهام عملهم، كما أنه إذا كان الحكم المذكور يتطلب إعفاء صاحب العمل من التزامه بإعلام عماله بخضوعهم للمراقبة أن يكون المكان الخاضع للمراقبة لا يباشر فيه العمال مهام عملهم، إلا أنه لم يتطلب لهذا الإعفاء ألا يتردد العمال مطلقاً على هذا المكان خلال وقت تواجدهم في المنشأة، وهذا غير منطقي.

(1) Cass. Soc. 31 janv 2001, Bull. 2001, V, N° 28, p. 20; D. 2001, Somm. p. 2169, obs. J.-F. Paulin.

(2) Planque (J.-C.), Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés?, D. 2002, p. 2292.

كما أنه ليس صحيحًا القول بأن المراقبة بكاميرا الفيديو لا تتضمن، في هذه الحالة، أية احتمالات للمساس بالحياة الخاصة للعمال، وأن الغرض المقصود منها لم يكن مراقبة العمال، ومن ثم فلا داعي لإعلامهم بوجودها، وذلك بالنظر إلى أن النصوص القانونية التي تفرض الالتزام السابق بالإعلام تستهدف حماية العامل من الانتهاكات المحتملة لحرمة حياته الخاصة، وهو ما يتحقق في هذا الفرض أيضًا.

ولذلك نعتقد أنه كان من الأوفق أن يتمسك القضاء بلزوم توفر شرط الإعلام المسبق للعمال بوجود آلية المراقبة أيًا كان مكان وجودها داخل المنشأة، وسواء تم تثبيتها في الأماكن التي يباشر فيها العمال عملهم أو غيرها من الأماكن الأخرى والتي يحتمل تردد العمال عليها لسبب أو لآخر، وذلك باعتبار هذا الشرط يمثل ضمانه هامة لحماية الحياة الخاصة للعامل في مواجهة احتمالات المساس بها.

**الحكم الثاني:** وهو الحكم الصادر في ٢٦ يونيو ٢٠١٣<sup>(١)</sup>، وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في قيام عامل في أحد المتاجر الكبرى، في نهاية يوم عمله، بسرقة هاتف محمول كان قد نسيه أحد العملاء، وقد تم رصد السرقة عن طريق شريط تسجيل كاميرا الفيديو المثبتة في المتجر، وهو ما اضطر العامل إلى إعادة الهاتف في اليوم التالي بناءً على طلب مشرفه. وعلى أثر ذلك تم فصل العامل استنادًا إلى الخطأ الجسيم الذي ارتكبه.

قام العامل بمقاضاة صاحب العمل أمام المحكمة العمالية مدعيًا أن قرار الفصل كان تعسفيًا ومطالبًا بالتعويض عن هذا القرار، مستندًا - من جهة - إلى أن التسجيل المقدم يشكل دليل إثبات غير مشروع حيث تم التحصل عليه من خلال نظام المراقبة بكاميرا الفيديو والذي أنشأه صاحب العمل دون إعلام واستشارة لجنة المشروع مسبقًا. ومن جهة أخرى، أنه لا يجوز لصاحب العمل إعمال نظام مراقبة العمال لم يسبق إعلامهم به، مع بيان الغرض منه.

(1) Cass. soc. 26 juin 2013. N° de pourvoi: 12-16564, Non publié au bulletin, sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

لم يلقَ ادعاء العامل قبولاً أمام المحكمة العمالية، فقام بالطعن أمام محكمة استئناف Chambéry والتي أصدرت حكماً في ٢ فبراير ٢٠١٢ برفض الطعن تأسيساً على أن نظام المراقبة بالفيديو تم إنشائه - بصفة أساسية - لضمان أمن المتجر وليس لمراقبة العمال في آدائهم لمهام عملهم، ومن ثم فليس للعامل الاحتجاج بنصوص قانون العمل المتعلقة بشروط إنشاء وسائل وتقنيات مراقبة نشاط العمال داخل المنشأة.

وقد أيدت محكمة النقض حكم الاستئناف والذي - وفقاً لها - استند لتبرير قرار فصل العامل إلى أن التسجيلات المستمدة من نظام المراقبة بكاميرا الفيديو يجوز لصاحب العمل استخدامها كوسيلة إثبات للوقائع التي يرتكبها العامل والتي قد تشكل خطأ في حقه مما يبرر فصله من عمله، حتى ولو لم تراخِ الاشتراطات القانونية المقررة للقول بمشروعية المراقبة بكاميرا الفيديو وذلك إذا كان من شأن ذلك التأثير على التزام صاحب العمل بضمان سلامة العملاء وممتلكاتهم.

ومن هذا الحكم يتبين أن محكمة النقض الفرنسية قد قبلت دليل الإثبات المستمد من تسجيلات كاميرا الفيديو واعتبرته دليلاً مشروعاً، وذلك رغم تخلف شرط الإعلام المسبق للعمال وكذلك رغم عدم سبق إعلام واستشارة لجنة المشروع على نحو ما يقره القانون في هذا الصدد.

ويكشف ذلك الحكم عما قصدت إليه المحكمة هنا من تغليب اعتبار استظهار الحقيقة على احترام حرمة الحياة الخاصة للعامل، مستندةً في ذلك إلى أنه عندما يكون الغرض الرئيسي من إنشاء نظام المراقبة هو حفظ أمن المنشأة وليس مراقبة عمالها، فإن الدليل المتحصل منه يكون مقبولاً لاسيما إذا كان يستهدف كشف الخطأ الجسيم للعامل وهو ما لا يستقيم معه استمراره في العمل مما يبرر فصله.

## ٢- مبدأ التناسب *principe de proportionnalité*

يتنافى أيضاً مع مبدأ النزاهة في تحصيل الدليل اتخاذ صاحب العمل إجراء غير متناسب لا يمكن تبريره في ضوء مصلحة المنشأة، وبما يتضمن انتهاكاً للحياة الخاصة للعامل<sup>(١)</sup>.

وقد أكدت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢٦ نوفمبر ٢٠٠٢، حيث ذهبت إلى أن "إجراء التجسس المتخذ من قبل صاحب العمل لرصد ومراقبة نشاط العامل إنما يشكل وسيلة إثبات غير مشروعة، حيث تتضمن بالضرورة انتهاكاً للحياة الخاصة لهذا الأخير، ومن ثم لا يقبل تبريره نظراً لطبيعته غير المتناسبة في ضوء المصالح المشروعة لصاحب العمل"<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

#### مصادقية الدليل المتحصل من تسجيلات كاميرا الفيديو

##### *La Fiabilité du Moyen de Preuve*

رأينا فيما تقدم أن القضاء يقبل الدليل المستمد من وسيلة المراقبة متى توافرت له المشروعية وفقاً لما يشترطه القانون من توافر العلم المسبق للعمال بوجود هذه الوسيلة. ورغم ذلك، لا يضيف القضاء على هذا الدليل الذي قبله مبدئياً قيمة في الإثبات إلا بعد فحصه والتحقق من مصادقيته.

ويقصد بذلك في مجال تسجيلات كاميرا الفيديو أن يتحقق القاضي من صدق ما يتضمنه الدليل من صوت وصورة، وعدم قيام أي شك حول مضمونه وسلامته المادية، وهو ما يسمح له بتقدير القيمة الثبوتية للدليل المقدم من صاحب العمل في مواجهة أحد عماله<sup>(٣)</sup>.

(1) Cristau (A.), Répertoire de droit du travail, op. Cit. No 202.

(2) «qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur »; Cass. soc. 26 nov. 2002, Bull. civ. V, no 352.

(3) Tekely (M.), Le particularisme des modes de preuve en droit du travail, préc.,

ومسألة بحث مصداقية الدليل هي أحد ثوابت نظام الإثبات القضائي، ومن ثم فالأمر ليس قاصراً على تسجيلات كاميرا الفيديو وحدها، وذلك لأن التلاعب في الدليل والخداع في تكوينه من الممكن أن ينصرف إلى أي دليل آخر. ومع ذلك تزداد أهمية تلك المسألة بوضوح فيما يتعلق بالدليل المستمد من تسجيلات كاميرا الفيديو، بالنظر إلى أن التكنولوجيا الرقمية التي تزود بها كاميرا الفيديو أصبح من السهل معها التلاعب بتسجيلاتها بما يتوافق مع مصالح القائم عليها، فضلاً عن صعوبة كشف التلاعب بمضمون التسجيل، بل واستحالتة أحياناً<sup>(١)</sup>.

وبتضح مما تقدم أن مسألة قبول القضاء للدليل المستمد من تسجيلات كاميرا الفيديو تتم على مرحلتين، يبحث القاضي في المرحلة الأولى مدى تنفيذ صاحب العمل للالتزام بالنزاهة في تحصيل الدليل متمثلاً في الالتزام بالإعلام المسبق للعمال وتناسب هذه الآلية مع الغرض منها، ويبحث في المرحلة الثانية مصداقية هذا الدليل، وهو ما يشكل ضماناً هامة لحماية العامل؛ إذ قد يرفض القاضي الدليل المقدم من صاحب العمل بعد أن يكون قد قبله في البداية متى أصبحت مصداقيته مشكوكاً فيها، ومن ثم يسقط حجيته في الإثبات.

وتطبيقاً لذلك، نشير إلى حكم محكمة استئناف Aix-en-Provence الصادر في ٤ يناير ١٩٩٤<sup>(٢)</sup> في دعوى تتعلق بعامل بأحد المتاجر يعمل كمسئول عن قسم الخضروات والفاكهة، قام صاحب العمل بفصله استناداً إلى إهماله في إدارة وعرض منتجات القسم المسئول عنه. ودعماً لادعاءاته، قدم صاحب العمل دليلاً مستمداً من تسجيل فيديو يظهر إهمال العامل في تنسيق عرض هذه المنتجات، وترك بعضها معروضاً رغم ما أصابها من تلف.

تمسك العامل أمام القضاء بأن قرار فصله لم يستند إلى سبب حقيقي وجدي، وأنه ليس مقبولاً استناد صاحب العمل إلى تسجيل الفيديو الذي قدمه للمحكمة ذلك أن

(١) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١٨٨.

(2) C.A. Aix-en-Provence, 4 janvier 1994, JCP éd. G., 1995, II, 22514, p. 411, note Colonna (J.); Dr. soc. 1995, p. 332, note Grevy (M.).

الأخير لديه كافة الوسائل التي تتيح له إمكانية التلاعب بمضمون هذا التسجيل لإخراجه على النحو الذي ظهر به.

رفضت المحكمة العمالية ادعاء العامل، فطعن على هذا الحكم أمام محكمة استئناف Aix-en-Provence التي قضت بأنه" بالنظر إلى إمكانية تركيب الصور، واستعمال وسائل الخداع في ذلك، والتي أتاحتها التطور التقني، فإن فيلم الفيديو لا يقدم الضمانات الكافية للمصادقية والنزاهة المطلوب توافرها سواء فيما يتعلق بتاريخه أو مضمونه، حتي يمكن اعتباره حجة كافية في إثبات الأخطاء المنسوبة إلى العامل، والتي استند إليها كباعث على قرار فصله"<sup>(1)</sup>. وبناءً على ذلك انتهت المحكمة إلى أن قرار فصل العامل غير مشروع لعدم استناده إلى سبب حقيقي وجدي.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة استئناف باريس في ١٢ مايو ١٩٩٩<sup>(2)</sup>، رفضت المحكمة الأخذ بتسجيل الفيديو الذي قدمه صاحب العمل كدليل على اتهام إحدى العاملات لديه بسرقة حقيبة بها مبلغ من النقود من المتجر، وقرر على أثره فصلها من العمل. وقد كانت الأخيرة تعمل في خزانة المتجر، وقد تمسك صاحب العمل بتسجيل الفيديو الذي قدمه للمحكمة والذي يدعي أن العاملة المذكورة لم تظهر فيه مما يؤكد صحة إدانته لها. وعند عرض التسجيل رأت المحكمة أن هناك مدة معينة من الزمن - حوالي عشر دقائق - توقف خلالها التسجيل لسبب غير محدد، وإزاء ذلك رفضت المحكمة الدليل المقدم من صاحب العمل، وقضت بأن قرار فصل العاملة لم يستند إلى سبب حقيقي وجدي، ومن ثم يعد غير مشروع.

مؤدى ما تقدم، أن القضاء الفرنسي يرفض منح أية حجية للدليل المستمد من تسجيلات كاميرا الفيديو، والذي يقدمه صاحب العمل لإثبات خطأ العامل وتبرير قرار

(1) "compte tenu des possibilités de montage et de trucage qu'offre l'évolution des techniques un film vidéo ne présente pas des garanties suffisantes d'authenticité d'immartialité et de sincérité concernant tant sa date que son contenu pour qu'il puisse être considéré comme probant des fautes invoquées comme motif de licenciement"

(2) C A Paris 13ème ch., 12 mai 1999, Dr. ouvrier 1999, p. 460, note Richevaux (M.).

فصله، وذلك متى ثار الشك حول مصداقية الدليل وسلامته، لأنه بذلك لم يعد دليلاً يمكن الوثوق به، ومن ثم ليس محلاً لاقتناع القاضي.

## المبحث الثاني

### المراقبة التصويرية للعامل من خلال كاميرا الفيديو،

#### والحماية القانونية للبيانات الشخصية

كان لانتشار استخدام آلية المراقبة بكاميرا الفيديو على نطاق واسع، في الآونة الأخيرة، والتطور التقني المتلاحق الذي طال أنظمتها، أثره البالغ في تزايد حجم المخاطر التي تهدد الحياة الخاصة، لا سيما في ظل ما تنتجه هذه الآلية من تسجيل الصورة التي يتم التقاطها وحفظها بما يمكن معه الرجوع إليها لتحديد هوية صاحبها.

وقد ثار التساؤل في هذا الصدد حول مدى اعتبار الصورة التي يتم تسجيلها وحفظها من خلال كاميرا الفيديو من قبيل البيانات الشخصية أو ما يطلق عليها البيانات ذات الطابع الشخصي *données à caractère personnel*، وهو ما يستتبع، في إطار علاقات العمل، استفادة العامل الخاضع لآلية المراقبة المذكورة من أحكام التشريعات النافذة في هذا المجال بما تقرره من حماية لهذا النوع من البيانات، وما تكفله من حقوق للشخص المعني بها.

وللإجابة على هذا التساؤل يلزم التعرض لموقف التشريعات ذات الصلة في القانون الفرنسي، وبصفة خاصة القانون رقم ١٧-٧٨ الصادر في ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن المعلوماتية والبطاقات والحريات، وتعديله بمقتضى القانون رقم ٨٠١-٢٠٠٤ الصادر في ٦ أغسطس ٢٠٠٤ بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين في مواجهة معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي. ثم خضوعه للتعديل مؤخراً بمقتضى القانون رقم ٤٩٣-٢٠١٨ الصادر في ٢٠ يونيو ٢٠١٨ بشأن حماية البيانات الشخصية.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون ٦ أغسطس ٢٠٠٤ صدر إعمالاً للتوجيه الأوروبي رقم ٤٦-٩٥ الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥ بشأن حماية الأشخاص

الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية وحرية تداول هذه البيانات<sup>(١)</sup>.

## ويعرف بتوجيه "حماية البيانات" Data Protection Directive

وقد صدر مؤخراً عن البرلمان والمجلس الأوروبي في ٢٧ أبريل ٢٠١٦  
اللائحة العامة لحماية البيانات رقم ٦٧٩-٢٠١٦<sup>(٢)</sup>، وقد دخلت حيز النفاذ في ٢٥  
مايو ٢٠١٨. وبمقتضى المادة ٩٤ منها ألغي التوجيه الأوروبي رقم ٤٦-٩٥ لتحل  
اللائحة المذكورة محله.

وإعمالاً لهذه اللائحة، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٤٩٣-٢٠١٨  
الصادر في ٢٠ يونيو ٢٠١٨ بشأن حماية البيانات الشخصية، والذي تضمن تعديل  
بعض أحكام قانون المعلوماتية والحريات رقم ١٧-٧٨.

وفي ضوء ما تقدم، سنحاول أولاً بحث مدى شمول مفهوم البيانات الشخصية  
للصورة المسجلة بكاميرا الفيديو، لنعرض بعد ذلك لمضمون الحماية التشريعية للبيانات  
الشخصية في مجال المراقبة بكاميرا الفيديو، ومدى إمكانية استفادة العامل من هذه  
الحماية.

### المطلب الأول

#### مدى شمول مفهوم البيانات الشخصية للصورة المسجلة

#### عبر كاميرا الفيديو

تقتضي الإجابة عن هذا التساؤل بحث موقف القوانين المتعاقبة الصادرة  
بشأن حماية البيانات الشخصية إزاء تلك المسألة، وذلك على النحو التالي.

(1) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O. n° L 281 du 23/11/1995, p. 31 – 50.

(2) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119, 4/5/2016, p. 1–88.

## الفرع الأول

### وضع المسألة في ظل قانون ٦ يناير ١٩٧٨

تضمن القانون رقم ١٧-٧٨ الصادر في ٦ يناير ١٩٧٨ تحديداً للمقصود بالمعلومات الاسمية *informations nominatives* ، حيث عرفتها المادة الرابعة منه بأنها "المعلومات التي تسمح، تحت أي شكل كان، مباشر أو غير مباشر، بتحديد هوية الأشخاص الطبيعيين الذين تنطبق عليهم"<sup>(١)</sup>.

كما عرفت المادة الخامسة من القانون المذكور المعالجة الآلية للمعلومة الاسمية *traitement automatisé d'informations nominatives* بأنها "مجموع العمليات التي تتم آلياً، وتتعلق بالتجميع والتسجيل والإعداد والتعديل والحفظ والمحو للمعلومات الاسمية، وكذلك كل مجموعة من العمليات الآلية تتم بغرض استغلال البطاقات (الملفات) أو قواعد البيانات، وبخاصة عمليات الربط أو التقريب بين المعلومات الاسمية، أو الاطلاع عليها أو نقلها"<sup>(٢)</sup>.

وقد قرر القانون المذكورة قيوداً وضوابط معينة خاصة بإنشاء واستخدام نظم المعالجة الآلية للمعلومات الاسمية، تتعلق بضرورة اتخاذ إجراءات مسبقة لإعمال هذه النظم؛ أهمها إخطار لجنة المعلوماتية والحريات مع التعهد بأن المعالجة تتفق وأحكام القانون<sup>(٣)</sup>.

وقد ثار التساؤل بشأن مدى إعمال أحكام هذا القانون بخصوص المراقبة بكاميرا الفيديو. والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل ترتبط بصورة مباشرة بالإجابة على التساؤل الآتي: هل تعتبر صورة الشخص معلومة اسمية في مفهوم هذا القانون؟

(1) Art. 4: "Sont réputées nominatives au sens de la présente loi les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent".

(2) Art. 5: " Est dénommé traitement automatisé d'informations nominatives au sens de la présente loi tout ensemble d'opérations réalisées par les moyens automatiques, relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation et la destruction d'informations nominatives ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature se rapportant à l'exploitation de fichiers ou bases de données et notamment les interconnexions ou rapprochements, consultations ou communications d'informations nominatives".

(٣) تضمنت النص على هذه الإجراءات المادتين ١٤ و ١٥ من قانون ٦ يناير ١٩٧٨.

تعرض القضاء الفرنسي للإجابة على هذا التساؤل في حكم صادر عن محكمة باريس الابتدائية والذي قرر أن تصميم صورة ملونة استناداً إلى صورة فوتوغرافية لشخص ما، لحفظها على جهاز كمبيوتر ثم عرض هذه الصورة دون أن يلازمها أية معلومة شخصية تتعلق بصاحبها، لا يمكن اعتبارها معالجة آلية لمعلومة اسمية بالمعنى المقصود في قانون ٦ يناير ١٩٧٨<sup>(١)</sup>.

ومؤدى هذا الحكم أن صورة الشخص مادامت مجردة عن أي بيان يكشف هوية صاحبها لا يمكن اعتبارها معلومة اسمية، ومن ثم تخرج عن أحكام قانون ٦ يناير ١٩٧٨، وذلك خلافاً للحالة التي تكون فيها صورة الشخص مصحوبة بملف أو بطاقة *fichier* تتضمن معلومات خاصة به ويمكن من خلالها معرفة هويته، هنا تدخل تلك الحالة في نطاق تطبيق القانون المذكور<sup>(٢)</sup>.

ويفهم من ذلك في مجال علاقات العمل أن التسجيلات المرئية لكاميرا الفيديو لا تعتبر معلومة اسمية وفقاً لقانون ٦ يناير ١٩٧٨ إلا إذا أرفقت ببطاقة (ملف) اسمية تتضمن بيانات تخص صاحب الصورة ويمكن من خلالها تحديد هويته، فيما عدا ذلك، لا يستفيد العامل الخاضع لهذه الصورة من المراقبة من الضمانات المقررة في هذا القانون، وأهمها أنه لا يقع إذن على صاحب العمل الذي يستخدم نظام المراقبة بكاميرا الفيديو في منشأته التزاماً قانونياً بإخطار لجنة المعلوماتية والحريات قبل إعمال هذا النظام، وفق ما تقضي به المادة ١٦ من قانون ١٩٧٨.

وفي مقابل ذلك الموقف القضائي، اتخذت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات في فرنسا CNIL موقفاً مغايراً، حيث تبنت تفسيراً موسعاً يسمح باعتبار

(1) "ne peut être considéré comme traitement d'informations nominatives au sens de la loi du 6 janvier 1978 le fait pour une société avant réalisé une image colorisée à partir d'une photographie de conserver sur ordinateur cette image sans garder la moindre information relative à la personne photographiée". TGI Paris 22 mars 1989. cité par: Pellet (R) La vidéo-surveillance et l'application de la loi « informatique et libertés », Rev. adm. 48e Année, No. 285 (Mai- Juin 1995), pp. 245-254

(2) Pellet (R.), art. préc. p.148.

الصورة في حد ذاتها بياناً أو معلومة اسمية، وهو ما يسمح بشمول الحماية للصورة الملتقطة عبر كاميرا الفيديو المستخدمة في المراقبة.

وقد أعلنت اللجنة عن موقفها السابق بوضوح، وفي أكثر من تقرير أو توصية لها<sup>(١)</sup>، ومن ذلك:

- التقرير المقدم إلى لجنة المعلوماتية والحريات بتاريخ ٣٠ نوفمبر ١٩٩٣، بعنوان "المراقبة بكاميرا الفيديو وحماية الحياة الخاصة والحريات الأساسية"<sup>(٢)</sup>؛ والذي ورد فيه أنه في جميع حالات استخدام كاميرا الفيديو، أو في أغلبها، سواء لمراقبة أداء العمال، أو لاعتبارات أمنية، أو لضبط المخالفات، تكون الصورة المسجلة وسيلة للتعرف على الأشخاص، ومن ثم فالصورة في ذاتها تعد حينئذٍ معلومة اسمية، باعتبارها أداة للتعرف على هوية صاحبها.
- التوصية رقم ٥٦-٩٤ الصادرة بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٩٤ بشأن استخدام آلية المراقبة بالفيديو في الأماكن العامة والمتاحة للجمهور<sup>(٣)</sup>؛ وقد ورد فيها أن "صور الأشخاص ينبغي اعتبارها معلومات اسمية، حيث تسمح، على الأقل بطريقة غير مباشرة، إلى جانب معايير أخرى، بتحديد هوية هؤلاء الأشخاص"<sup>(٤)</sup>.
- تقرير أعمال اللجنة رقم ٩-٩٦ الصادر بتاريخ ٢٧ فبراير ١٩٩٦ بعنوان "المعلومات الشخصية المستمدة من الصوت والصورة، وحماية الحياة الخاصة والحريات الأساسية"<sup>(٥)</sup>؛ والذي يقرر أن التحول نحو الأنظمة الرقمية، والتطور

(١) متاحة على الموقع الإلكتروني الرسمي للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات:

<https://www.cnil.fr/>

(2) Cadoux (L.), Vidéosurveillance et protection de la vie privée et des libertés fondamentales, rapport du 30 novembre 1993 présenté à la CNIL, p. 25.

(3) Délibération n°94-056 du 21 juin 1994 portant adoption d'une recommandation sur les dispositifs de vidéosurveillance mis en oeuvre dans les lieux publics et recevant le public.

(4) "Les images des personnes doivent être regardées comme des informations nominatives permettant au moins indirectement par rapprochement avec d'autres critères, l'identification de ces personnes".

(5) Délibération n°96-009 du 27 février 1996 portant adoption du rapport intitulé "les informations personnelles issues de la voix et de l'image et la protection de la vie privée et des libertés fondamentales".

الهائل والمتتابع الذي تشهده، وبما يسمح بالمعالجة الآلية لبيانات الصوت le son والصورة l'image إلى جانب النص le texte إنما يستوجب الحماية القانونية للمعلومات أو البيانات الشخصية للصوت والصورة.

ويتضح مما تقدم أن الموقف الذي أعلنته لجنة المعلوماتية والحريات قد تجاوز موقف القضاء الفرنسي والذي انحصر في دائرة التفسير الضيق لنصوص قانون ١٩٧٨، رافضاً اعتبار الصورة المسجلة بكاميرا الفيديو بياناً اسمياً في مفهوم هذا القانون، ومن ثم استبعاد معالجتها من نطاق تطبيق القانون المذكور.

ويرى جانب من الفقه<sup>(١)</sup> أن الموقف المتقدم للجنة المعلوماتية والحريات يمكن أن يجد سنداً له في نص المادة الرابعة من قانون ١٩٧٨، والذي وفقاً له نكون بصدد معلومة اسمية متى كانت تسمح بتحديد هوية الشخص الطبيعي، ولو بطريقة غير مباشرة، وهو المفهوم الذي يسمح باستيعاب الصورة الملتقطة عبر كاميرا الفيديو والتي يمكن من خلالها تحديد هوية صاحبها.

### الفرع الثاني

#### وضع المسألة بعد صدور قانون ٦ أغسطس ٢٠٠٤

صدر القانون رقم ٨٠١-٢٠٠٤ في ٦ أغسطس ٢٠٠٤ بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين في مواجهة معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي وتعديل قانون المعلوماتية والحريات رقم ١٧-٧٨.

وقد أشرنا سابقاً إلى أن القانون الفرنسي رقم ٨٠١-٢٠٠٤ قد صدر إعمالاً للتوجيه الأوروبي رقم ٤٦-٩٥ الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥ بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية وحرية تداول هذه البيانات.

والواقع أن أول ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد هو عدول قانون ٢٠٠٤- تائزاً بالنص الأوروبي- عن استخدام مصطلح "المعلومات الاسمية" informations nominatives والذي كان وارداً في قانون ١٩٧٨ قبل تعديله،

(1) Heilmann (É.), Vitalis (A.), "La vidéosurveillance: un moyen de contrôle à surveiller", Le Courrier du CNRS, n°82, mai 1996, p.48; sur: <https://souriez.info>.

وإستخدام مصطلح آخر وهو "البيانات ذات الطابع الشخصي" données à caractère personnel وهو ما يبدو أكثر شمولاً واتساعاً من المصطلح السابق والذي كان يوحي بضرورة أن تحمل المعلومة اسم شخص معين<sup>(١)</sup>.

وتنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من توجيه ١٩٩٥ على أنه على الدول الأعضاء تأمين حماية الحريات والحقوق الأساسية للأشخاص الطبيعيين، وبصفة خاصة الحق في الحياة الخاصة، في مواجهة معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي<sup>(٢)</sup>.

كما تضمنت المادة الثانية من التوجيه المذكور تعريف "البيانات ذات الطابع الشخصي" بأنها "كل معلومة تتعلق بشخص طبيعي هويته محددة، أو قابلة للتحديد ويعتبر كذلك كل شخص يمكن التعرف عليه، بشكل مباشر أو غير مباشر، وخاصة من خلال رقم تعريفى، أو من خلال عنصر أو أكثر من العناصر الخاصة التي تتعلق بذاتيته المادية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية"<sup>(٣)</sup>.

كما ورد بذات المادة تعريف "معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي" بأنها "كل عملية أو مجموعة عمليات تتم بمساعدة أو بدون مساعدة وسائل آلية، ترد على بيانات ذات طابع شخصى، من حيث التجميع أو التسجيل أو التنظيم أو الحفظ أو التطوير أو التعديل أو الاستخراج أو الاطلاع أو الاستخدام أو النقل أو أي شكل آخر من أشكال الوضع أو التقريب أو الربط بين هذه البيانات، وكذلك عمليات محو هذه البيانات أو إزالتها أو تدميرها"<sup>(٤)</sup>.

(1) Vulliet-Tavernier (S.), Après la loi du 6 août 2004: nouvelle loi "informatique et libertés", nouvelle CNIL?, Droit social 2004, p. 1055.

(2) Art. 1-1: " Les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel".

(3) Art. 2-a: " «données à caractère personnel»: toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale".

(4) Art. 2-b: « "traitement de données à caractère personnel": (traitement): toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification,

وقد عرف المشرع الفرنسي، بمقتضى تعديلات ٢٠٠٤، البيانات ذات الطابع الشخصي تعريفاً يكاد يتطابق في صياغته مع ما ورد في التوجيه الأوروبي؛ فوقفاً للمادة ٢-٢ من قانون ١٩٧٨ (المعدل) تعرف البيانات ذات الطابع الشخصي بأنها "كل معلومة تتعلق بشخص طبيعي هويته محددة أو قابلة للتحديد، بشكل مباشر أو غير مباشر، من خلال رقم تعريفي، أو من خلال عنصر أو أكثر من العناصر الخاصة به".

كما يكاد يتطابق تعريف معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي في كل من القانون الفرنسي المعدل والتوجيه الأوروبي المذكور<sup>(١)</sup>.

ومن جهة أخرى، اتسع نطاق تطبيق قانون ١٩٧٨ بعد تعديله ليشمل المعالجة الآلية للبيانات ذات الطابع الشخصي، وكذلك المعالجة غير الآلية لهذه البيانات<sup>(٢)</sup>.

وترتيباً على ذلك، يمكن القول أن ما تضمنته تعديلات ٢٠٠٤ من توسيع مفهوم البيانات ذات الطابع الشخصي من جهة، وتوسيع نطاق الحماية بما يشمل المعالجة الآلية وغير الآلية لهذه البيانات من جهة أخرى، كانت له انعكاساته في مجال تسجيلات كاميرا الفيديو.

وبيان ذلك أن التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي للبيانات ذات الطابع الشخصي، هو من الاتساع بحيث يمكن أن يشمل أية بيانات تخص الشخص الطبيعي أو أي عنصر من العناصر المتعلقة به، ويمكن من خلالها التعرف عليه وتحديد

---

l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction».

(١) تضمنت المادة ٢-٣ من قانون ١٩٧٨ المعدل النص على تعريف معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي.  
(٢) المادة ٢-١ من قانون ١٩٧٨ المعدل، وذلك على نحو ما جاء بتوجيه ١٩٩٥ والذي حددت المادة ٣-١ منه نطاق تطبيقه بقولها "أن هذا التوجيه يطبق على المعالجة الآلية، كلياً أو جزئياً، للبيانات ذات الطابع الشخصي، وكذلك المعالجة غير الآلية لهذه البيانات المثبتة في بطاقة أو المعدة لأن تثبت في بطاقة".

Art. 3-1: "La présente directive s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier".

كما أكدت الحيشة السابعة والعشرين من حيثيات التوجيه المذكور على أنه "يجب إعطاء حماية الأشخاص سواء كانت معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي معالجة آلية أم معالجة يدوية، وأن نطاق هذه الحماية يجب ألا يتوقف على وسيلة معالجة هذه البيانات...".

"considérant que la protection des personnes doit s'appliquer aussi bien au traitement de données automatisé qu'au traitement manuel; que le champ de cette protection ne doit pas en effet dépendre des techniques utilisées...".

هويته، سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. ولا شك أن صورة الشخص هي أحد أهم العناصر التي يمكن من خلالها التعرف على هويته.

ويستتبع اعتبار صورة الشخص ضمن البيانات ذات الطابع الشخصي، على هذا النحو، خضوع معالجتها، سواء معالجة آلية أو غير آلية، لأحكام قانون ١٩٧٨ وبصفة خاصة فيما يتعلق بالالتزام بالإخطار المسبق بهذه المعالجة لدى اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### موقف اللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات RGPD

أشرنا سابقاً إلى صدور اللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات RGPD رقم ٦٧٩-٢٠١٦ بتاريخ ٢٧ أبريل ٢٠١٦، وقد دخلت حيز النفاذ في ٢٥ مايو ٢٠١٨. لتحل بذلك محل التوجيه الأوروبي رقم ٤٦-٩٥ سالف الذكر. وإعمالاً لهذه اللائحة، صدر في فرنسا مؤخراً القانون رقم ٤٩٣-٢٠١٨ في ٢٠ يونيو ٢٠١٨ بشأن حماية البيانات الشخصية<sup>(٢)</sup> والذي نقل أحكام اللائحة الأوروبية إلى القانون الفرنسي، وتضمن إدخال تعديلات على قانون ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن المعلوماتية والبطاقات والحريات.

وقد تضمنت اللائحة المذكورة تنظيمًا جديدًا للبيانات الشخصية والحماية المكفولة للأفراد في مواجهة مخاطر معالجة هذه البيانات<sup>(٣)</sup>. ومن الأحكام المستحدثة التي جاءت بها لائحة ٢٠١٦ النص صراحةً على اعتبار صورة الشخص أحد البيانات ذات الطابع الشخصي، وبما يعني خضوع معالجتها للحماية القانونية التي تقررها أحكامها.

(١) المادة ٢٢-١ من قانون ١٩٧٨ المعدل،

(2) Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, JORF n°141 du 21 juin 2018.

(٣) راجع تفصيلاً في عرض أحكام اللائحة المذكورة:

Gheorrhe-Badescu (1) Le nouveau règlement général sur la protection des données Rev. IJF 2016 n 466. Mazars (M-F) Körner (M) La mise en oeuvre du RGPD: un renfort pour les droits des salariés?, Rev. trav. 2018, p. 498.

وذلك حيث عرفت المادة ٤-١ منها هذه البيانات بأنها" كل معلومة تتعلق بشخص طبيعي هويته محددة أو قابلة للتحديد، بشكل مباشر أو غير مباشر، خاصة من خلال الرجوع إلى عنصر تعريفي، مثل الاسم أو رقم تعريفي أو بيانات الموقع، أو بيان تعريفي عبر الإنترنت، أو من خلال الرجوع إلى عنصر أو أكثر من العناصر المحددة الخاصة بهويته الجسدية أو النفسية أو الجينية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية<sup>(١)</sup>.

كما حددت المادة الثانية من اللائحة نطاق تطبيقها بما يشمل المعالجة الآلية، كلياً أو جزئياً، وكذلك المعالجة غير الآلية للبيانات ذات الطابع الشخصي المتضمنة في ملف أو المعدة لذلك<sup>(٢)</sup>.

وفيما يتعلق بالمسألة محل البحث، وهي مدى اعتبار صورة الشخص المسجلة بكاميرا الفيديو بياناً شخصياً مما تخضع معالجته للحماية المقررة وفق أحكام هذه اللائحة، وبما يسمح بالاستفادة منه في مجال علاقات العمل، نجد أن الحيثية رقم ٥١ من حيثيات هذه اللائحة ورد بها أن معالجة الصور الفوتوغرافية لا يمكن اعتبارها معالجة لطائفة خاصة من البيانات ذات الطابع الشخصي، بالنظر إلى أنها تدرج ضمن تعريف البيانات البيومترية فقط عندما تتم معالجتها وفق تقنية محددة تسمح بتحديد أو إثبات هوية شخص طبيعي<sup>(٣)</sup>.

(1) Art. 4-1: "données à caractère personnel», toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée «personne concernée»); est réputée être une «personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale".

(2) Art. 2: "Le présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier".

(3) "...Le traitement des photographies ne devrait pas systématiquement être considéré comme constituant un traitement de catégories particulières de données à caractère personnel, étant donné que celles-ci ne relèvent de la définition de données biométriques que lorsqu'elles sont traitées selon un mode technique spécifique permettant l'identification ou l'authentification unique d'une personne physique".

وتعرف المادة ٤-١٤ من اللائحة "البيانات البيومترية" données biométriques بأنها "البيانات ذات الطابع الشخصي الناتجة عن معالجة تقنية محددة، وتتعلق بالخصائص الفيزيائية والفسولوجية والسلوكية للشخص الطبيعي والتي تسمح بتحديد هويته الذاتية؛ مثل صورة الوجه وبيانات بصمات الإصبع"<sup>(١)</sup>. والنص المتقدم يشير بوضوح إلى اعتبار صورة الشخص بياناً ذا طابع شخصي، بحسبانها أحد أهم العناصر التي تسمح بتحديد هوية صاحبها الذاتية. وعلى ذلك فإن معالجتها، سواء بطريقة آلية أو غير آلية، تخضع لأحكام اللائحة المذكورة. وقد استلهم المشرع الفرنسي تلك الأحكام في القانون الصادر في ٢٠ يونيو ٢٠١٨، والتي عدل على أساسها القانون رقم ١٧-١٩٧٨.

ويقودنا ذلك إلى بحث الحماية القانونية للبيانات الشخصية وضماناتها في مجال المراقبة بكاميرا الفيديو، ومدى إمكانية الاستفادة العامل منها في مواجهة استخدام هذه الوسيلة من وسائل المراقبة، وهو ما نتناوله في المطلب التالي.

## **المطلب الثاني**

### **ضمانات حماية البيانات الشخصية في**

#### **مجال المراقبة بكاميرا الفيديو**

نتناول فيما يلي ضمانات هذه الحماية في القانون الفرنسي، ثم نعرض لوضع مسألة حماية البيانات الشخصية في القانون المصري.

(1) Art. 4-14: «données biométriques», les données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques".

## الفرع الأول

### ضمانات حماية البيانات الشخصية في مجال المراقبة بكاميرا الفيديو

#### في القانون الفرنسي

- نشير بدايةً إلى أن المادة ٦ من قانون ١٩٧٨ (المعدل) قد تضمنت شروط مشروعية معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي، وتتمثل في الآتي:
- ١- أن تكون هذه البيانات قد تم تجميعها بطريقة نزيهة ومشروعة.
  - ٢- أن يتم تجميع هذه البيانات تحقيقاً لغايات محددة، صريحة ومشروعة، وألا يتم معالجتها لاحقاً على نحو لا يتوافق مع هذه الغايات.
  - ٣- أن تكون هذه البيانات متناسبة وغير متجاوزة بالنظر للغايات التي تم تجميعها من أجلها.
  - ٤- أن تكون هذه البيانات دقيقة وكاملة وأن يتم تحديثها، وأن تتخذ كافة الإجراءات اللازمة بالنسبة للبيانات غير الدقيقة أو غير الكاملة، وذلك في ضوء الغايات التي تم تجميعها أو معالجتها من أجلها.
  - ٥- أن يتم حفظ هذه البيانات في شكل يسمح بتحديد هوية الأشخاص المعنيين لمدة لا تتجاوز تلك المدة الضرورية بالنظر إلى الغايات التي تم تجميعها أو معالجتها من أجلها.
- كما تنص المادة ٧ من قانون ١٩٧٨ (المعدلة بالمادة ١٩ من قانون ٢٠ يونيو ٢٠١٨) على أن "معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي يلزم أن تكون قد تمت برضاء الشخص المعني، أو استوفت أحد الشروط الآتية:
- ١- تنفيذ التزام قانوني يقع على عاتق المسؤول عن المعالجة.
  - ٢- إنقاذ حياة الشخص المعني.
  - ٣- تنفيذ مهمة تقتضيها خدمة عامة معهود بها إلى المسؤول عن المعالجة، أو الموجهة إليه هذه المعالجة.

٤- تنفيذ، إما عقد يكون الشخص المعني طرفاً فيه، أو إجراءات سابقة على العقد تم اتخاذها بطلب من الشخص المعني.

٥- تحقيق مصلحة مشروعة يسعى إليها المسؤول عن معالجة البيانات أو متلقي البيانات، مع مراعاة مصلحة الشخص المعني بالمعالجة وحقوقه وحرياته الأساسية".

وقد رأينا فيما سبق أن مفهوم البيانات ذات الطابع الشخصي الذي تبناه المشرع الأوروبي مؤخراً تضمن الاعتراف صراحةً باعتبار الصورة من البيانات ذات الطابع الشخصي، وهو ما يسمح بإعمال أحكام الحماية القانونية المقررة لهذه البيانات بشأن المراقبة بكاميرا الفيديو باعتبارها معالجة لصورة الشخص.

بالإضافة إلى ما تقدم، فقد وردت المادة ٨٨ من اللائحة الأوروبية المذكورة بعنوان "معالجة البيانات في إطار علاقات العمل" *Traitement de données dans le cadre des relations de travail*، وتضمنت النص على أنه على الدول الأعضاء تقرير القواعد التي تكفل حماية الحقوق والحرريات الأساسية للعمال في إطار علاقات العمل وذلك فيما يتعلق بمعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي الخاصة بهم، مع التأكيد على مبدأ شفافية المعالجة لا سيما في مواجهة استخدام أنظمة المراقبة داخل مكان العمل.

وكان قانون ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن المعلوماتية والبطاقات والحرريات قد تضمن النص على مجموعة من الضمانات التي تكفل حماية الشخص المعني بالبيانات التي تكون محلاً للمعالجة، ثم أضافت اللائحة الأوروبية ٢٠١٦ إلى جانبها ضمانات أخرى، استلهمها المشرع الفرنسي بعد ذلك بمقتضى قانون ٢٠ يونيو ٢٠١٨. وتتمثل هذه الضمانات- في مجملها- في تقرير بعض الحقوق للشخص المعني بمعالجة بياناته الشخصية<sup>(١)</sup>، وتتمثل بصفة أساسية فيما يأتي:

(١) وقد خصص لهذه الحقوق الفصل الثالث من اللائحة المذكورة، تحت عنوان "حقوق الشخص المعني" *Droits de la personne concernée*.

١ احر، تفصيلاً.

Martial-Braz (N.), *Le renforcement des droits de la personne concernée*, Dalloz IP/IT 2017, p. 253; Fauvarque-Cosson (B.), Maxwell (W.), *Protection des données personnelles*, D. 2018, p. 1033.

١- حق الشخص في الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بمعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به.

٢- حق الشخص في الاعتراض على معالجة بياناته ذات الطابع الشخصي

٣- حق الشخص في الوصول إلى البيانات المتعلقة به إذا ما تمت معالجتها، والاطلاع عليها، وطلب تصحيحها.

٤- الحق في محو البيانات.

ونعرض لكل منها فيما يلي:

**أولاً: الحق في الحصول على المعلومات المتعلقة بمعالجة البيانات:**

### **Le droit d'information**

حرصت اللائحة الأوروبية لحماية البيانات على تكريس مبدأ الشفافية الذي يقضي بأن تتاح للشخص كافة المعلومات المتعلقة بمعالجة بياناته ذات الطابع الشخصي، وذلك على نحو ميسر وواضح.

وقد نصت المادتان ١٣ و ١٤ من اللائحة على قائمة من المعلومات التي يجب على المسؤول عن المعالجة تزويد الشخص المعني بها؛ وتتمثل في إعلامه بهوية الشخص المسؤول عن معالجة البيانات أو من ينوب عنه، والغرض المقصود من المعالجة، والأساس القانوني لهذا الإجراء، فضلاً عن بيان مدة الاحتفاظ بالبيانات ذات الطابع الشخصي الخاصة به أو معايير تحديد هذه المدة، كما يلزم إحاطة الشخص المعني بحقوقه المتعلقة بالاطلاع على البيانات الخاصة به وإمكانية طلب تصحيحها أو محوها، وكذلك حقه في الاعتراض على المعالجة.

**ثانياً: الحق في الاعتراض Le droit d'opposition**

تنص المادة ٣٨ من قانون ٦ يناير ١٩٧٨ (المعدل) على أن "كل شخص طبيعي حق الاعتراض، لأسباب مشروعة، على أن تكون بعض البيانات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به محلاً للمعالجة،.... وذلك ما لم تكن معالجة هذه البيانات إعمالاً لالتزام قانوني، أو أن يكون حق الاعتراض قد استبعد بنص صريح بمقتضى الإجراء

الذي صرح بالمعالجة<sup>(١)</sup>. وقد نصت على هذا الحق المادة ٢١ من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات.

وفي مجال علاقات العمل، يحق للعامل أن يستفيد من أعمال هذا الحق في مواجهة استخدام كاميرا الفيديو كوسيلة للمراقبة في المنشأة التي يعمل بها، إذ يخوله هذا الحق الاعتراض على معالجة صورته الملتقطة بكاميرا الفيديو باعتبارها من البيانات ذات الطابع الشخصي الخاصة به.

مع ملاحظة أنه يلزم لممارسة الحق في الاعتراض، وفقاً للنص المتقدم، أن يكون ثمة أسباب مشروعة تبرره، وهو ما نعتقد بتوافره في أغلب الحالات التي يتم فيها إنشاء نظام للمراقبة بكاميرا الفيديو في مكان العمل، لما يمثله ذلك من تهديد مباشر وصريح لحق العامل في احترام حياته الخاصة في أحد أهم جوانبها والمتمثل في صورته.

### **ثالثاً: الحق في الاطلاع وطلب التصحيح<sup>(٢)</sup>: Droit d'accès et de rectification**

يقصد بالحق في الاطلاع حق الشخص في مراجعة المسئول عن معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي للتحقق من معالجة بيانات ذات طابع شخصي خاصة به أم لا، ومعرفة مضمون هذه البيانات.

وفي حالة المعالجة، يكون له حق طلب الحصول على معلومات تتعلق بأغراض هذه المعالجة، والجهات التي تبلغ لها هذه البيانات، وبيان بأصل هذه البيانات ومضمونها. ويكون للشخص المعني حق طلب نسخة من البيانات ذات الطابع الشخصي الخاصة به والتي تكون محلاً للمعالجة.

(1) Art. 38: "Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement... Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement".

(٢) المادتين ١٥، ١٦ من اللائحة الأوروبية ٢٠١٦، ويقابلها المادتين ٣٩، ٤٠ من قانون ١٩٧٨ المعدل.

وبعد ممارسة الشخص المعني لحقه في الوصول إلى البيانات ذات الطابع الشخصي التي تكون محلاً للمعالجة والاطلاع عليها، يكون له المطالبة بتصحيح البيانات غير الدقيقة أو استكمال البيانات الناقصة المتعلقة به.

وفي حالة استخدام كاميرا الفيديو كوسيلة للمراقبة داخل المنشأة، تتمثل معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي في تسجيلات الصور الملتقطة بكاميرا الفيديو، وباعتبار صاحب العمل هو المسئول عن هذه المعالجة، فإن للعامل، بمقتضى هذا الحق، اللجوء إلى صاحب العمل لطلب تمكينه من الوصول إلى هذه التسجيلات والاطلاع عليها، وطلب تصحيحها إذا لزم الأمر.

ويقضى ذلك مراعاة صاحب العمل للالتزام الواقع على عاتقه بمقتضى المادة ٣٤ من قانون ١٩٧٨ (المعدل) بالمحافظة على أمن البيانات بعدم تمكين أشخاص غير مرخص لهم من الوصول إلى بيانات متعلقة بالغير والاطلاع عليها.

### رابعاً: الحق في محو البيانات «droit à l'oubli»

استحدثت المادة ١٧ من اللائحة الأوروبية حقاً جديداً يضاف إلى حقوق الشخص الذي تخضع بياناته الشخصية للمعالجة، وهو الحق في محو البيانات، والذي عبرت عنه اللائحة المذكورة بمصطلح "الحق في النسيان"، أي حق الشخص في أن تُنسى بياناته<sup>(١)</sup>.

ومؤدي ذلك أنه يحق للشخص المعني أن يطلب من المسئول عن معالجة بياناته ذات الطابع الشخصي محو هذه البيانات في أقرب وقت ممكن لانتفاء السبب المشروع الذي يبرر الاحتفاظ بها، ويكون الأخير ملزماً بذلك إذا توافر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ١٧ المذكورة، وأهمها: سحب الرضاء بالمعالجة، أو ممارسة حق الاعتراض على معالجة البيانات، أو أن هذه البيانات لم تعد ضرورية بالنظر إلى الأغراض التي من أجلها تم تجميعها أو معالجتها، أو لعدم وجود أساس قانوني تستند إليه هذه المعالجة.

(1) Fauvarque-Cosson (B.), Maxwell (W.), Protection des données personnelles, art. préc.

وهكذا، فإنه يتبين مما تقدم أن المشرع الأوروبي قد تدخل، وعلى أثره المشرع الفرنسي، لوضع نظام يكفل من خلاله حماية بيانات الشخص والتي تمس، في جانب هام منها، حياته الخاصة، والتي يمكن إعمالها في إطار علاقات العمل ليستفيد منها العامل الخاضع لنظام المراقبة بكاميرا الفيديو.

## الفرع الثاني

### حماية البيانات الشخصية في القانون المصري

خلا القانون المصري من تشريع خاص لحماية البيانات، ومن ثم فإن القاضي إذا عرض أمامه نزاع يتعلق بالاعتداء على البيانات الشخصية، فإنه لن يجد أمامه سوى أن يضع حلاً للنزاع من خلال القواعد العامة والتي لا تقدم، في الكثير من الأحيان، الحماية المرجوة للبيانات الشخصية في مواجهة أساليب المعالجة المستحدثة<sup>(١)</sup>.

ويجدر بالذكر أن المشرع المصري تعرض مؤخرًا ولأول مرة لمسألة الحماية الجنائية للبيانات الشخصية بمقتضى القانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨ في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات<sup>(٢)</sup>.

وقد تضمنت مادته الأولى تعريف البيانات والمعلومات الإلكترونية بأنها "كل ما يمكن إنشاؤه أو تخزينه أو معالجته أو تخليقه أو نقله أو مشاركته أو نسخه، بواسطة تقنية المعلومات، كالأرقام والأكواد والشفرات والحروف والرموز والإشارات والصور والأصوات، وما في حكمها".

كما عرفت المادة ذاتها البيانات الشخصية بأنها "أي بيانات متعلقة بشخص طبيعي محدد أو يمكن تحديده، بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بينها وبين بيانات أخرى".

وكذلك عرفت المعالجة الإلكترونية بأنها "أي عملية إلكترونية أو تقنية تتم كليًا أو جزئيًا لكتابة أو تجميع أو تسجيل أو حفظ أو تخزين أو دمج أو عرض أو إرسال أو استقبال أو تداول أو نشر أو محو أو تغيير أو تعديل أو استرجاع أو

(١) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص ٣٨١.  
(٢) الجريدة الرسمية، العدد ٣٢ مكرر ج، في ١٤ أغسطس ٢٠١٨.

استنباط البيانات والمعلومات الإلكترونية، وذلك باستخدام أي وسيط من الوسائط أو الحاسبات أو الأجهزة الأخرى الإلكترونية أو المغناطيسية أو الضوئية أو ما يُستحدث من تقنيات أو وسائط أخرى".

كما حددت المادة المذكورة مفهوم "الاعتراض" بأنه "مشاهدة البيانات أو المعلومات أو الحصول عليها، بغرض التنصت أو التعتيل أو التخزين أو النسخ أو التسجيل أو تغيير المحتوى أو إساءة الاستخدام أو تعديل المسار أو إعادة توجيهه، وذلك لأسباب غير مشروعة ودون وجه حق"،

وكذلك مفهوم "الاختراق" بأنه "الدخول غير المرخص به أو المخالف لأحكام الترخيص، أو الدخول بأي طريقة غير مشروعة إلى نظام معلوماتي أو حاسب آلي أو شبكة معلوماتية وما في حكمها".

وقد تضمن القانون المذكور تجريم بعض الأفعال التي تشكل اعتداء على الحياة الخاصة، ومن ذلك:

المادة ١٦ من هذا القانون والتي تعاقب على جريمة الاعتراض غير المشروع "بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتين وخمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من اعترض بدون وجه حق أي معلومات أو بيانات أو كل ما هو متداول عن طريق شبكة معلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي وما في حكمها".

كما تعاقب المادة ١٨ على جريمة الاعتداء على البريد الإلكتروني أو المواقع أو الحسابات الخاصة "بالحبس مدة لا تقل عن شهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أثلف أو عطل أو أبطأ أو اخترق بريداً إلكترونياً أو موقعاً أو حساباً خاصاً بأحد الناس".

أيضاً تعاقب المادة ١٧ على جريمة الاعتداء على سلامة البيانات والمعلومات والنظم المعلوماتية "بالحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أثلف أو

عطل أو عدل مسار أو ألغى كلياً أو جزئياً، متعمداً وبدون وجه حق البرامج والبيانات أو المعلومات المخزنة أو المعالجة أو المولدة أو المخلفة على أي نظام معلوماتي وما في حكمه، أيا كانت الوسيلة التي استخدمت في الجريمة".

وقد خصصت المادة ٢٥ للجرائم المتعلقة بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، حيث تنص على أنه 'يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من اعتدى على أي من المبادئ أو القيم الأسرية في المجتمع المصري أو انتهك حرمة الحياة الخاصة، أو أرسل بكتافة العديد من الرسائل الإلكترونية لشخص معين دون موافقته، أو منح بيانات شخصية إلى نظام أو موقع إلكتروني لترويج السلع أو الخدمات دون موافقته، أو نشر عن طريق الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات معلومات أو أخباراً أو صوراً وما في حكمها، تنتهك خصوصية أي شخص دون رضاه، سواء كانت المعلومات المنشورة صحيحة أو غير صحيحة".

ومما تقدم، يمكن القول أن قانون ١٧٥-٢٠١٨ وإن كان يمثل خطوة تشريعية مهمة في سبيل المواجهة القانونية لمخاطر المعلوماتية، إلا أننا نعتقد أن الحاجة لا تزال داعية إلى تدخل تشريعي لتنظيم شامل لحماية البيانات الشخصية في كافة جوانبها، وبما يتضمن تنظيم معالجة هذه البيانات، وشروط مشروعية هذه المعالجة، وضمانات الحماية في مواجهتها، والحقوق المقررة للشخص الذي تخضع بياناته الشخصية للمعالجة، وغيرها من المسائل ذات الصلة، وذلك في ضوء الاستهداء بما وصلت إليه التشريعات التي عنيت بحماية البيانات الشخصية، كالتشريع الفرنسي.

ولا يخفى أهمية التدخل التشريعي لتنظيم حماية البيانات الشخصية في مجال حماية الحياة الخاصة للعامل، لا سيما في ظل انتشار المعلوماتية وأوتاتها على نطاق واسع في المنشآت وأماكن العمل بصفة عامة، وذلك لما يمثله من دعم حقيقي لحق العامل في حرمة حياته الخاصة وذلك في حالة خضوع بياناته الشخصية للمعالجة بأي شكل من الأشكال.

كشفت دراستنا لموضوع هذا البحث عن مدى المخاطر التي تشكلها التكنولوجيا الحديثة، بمظاهرها المختلفة، على الحياة الخاصة للعامل، وذلك في ضوء مساهمتها المستمرة في دعم نظم مراقبة العامل وتقييم أدائه.

وقد أشرنا إلى أن التقنيات الحديثة قد تدخلت في مجال علاقات العمل، وانتشر الاعتماد عليها انتشاراً واسعاً في المنشآت العمالية في الآونة الأخيرة، وتدعمت معها سلطة صاحب العمل في مراقبة عماله على نحو تضمن تهديداً مباشراً لخصوصيتهم في مكان عملهم.

وإزاء ذلك، لم يعد ممكناً تجاهل الإشكاليات التي تثيرها التكنولوجيا الحديثة في هذا المجال. فكان لزاماً البحث عن سبل التوفيق بين المصالح المتعارضة، وإقامة نوع من التوازن بين حق صاحب العمل في ممارسة سلطاته في مراقبة العامل في أداء العمل المنوط به داخل منشأته وحق العامل في احترام حياته الخاصة، وذلك من خلال بحث مدى الحماية القانونية المكفولة لحياة العامل الخاصة في مواجهة استخدام تقنيات المراقبة الحديثة في مكان العمل.

ووصولاً إلى هذا الهدف، حاولنا من خلال هذه الدراسة عرض الإشكاليات التي يثيرها موضوعها والتساؤلات التي يطرحها والبحث عن إجاباتها؛ فتناولنا في مبحث تمهيدي مفهوم الحياة الخاصة، وضرورات حماية حياة العامل الخاصة في مواجهة التقنيات الحديثة. وخلصنا إلى أنه رغم المحاولات المتعددة لتحديد مفهوم الحياة الخاصة فقد أقر غالبية الفقه بصعوبة وضع تعريف جامع مانع لهذه الفكرة نظراً لطبيعتها النسبية وتغير مفهوم هذا الحق ونطاقه تبعاً لتغير الظروف، لذلك رأينا أنه من الأوفق عدم الانشغال بوضع تعريف محدد يكون من أثره تضيق نطاق هذا الحق وأن تترك هذه المهمة للقضاء لتحديد الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة في كل حالة تعرض أمامه.

وفي هذا الإطار، أوضحنا أن العامل، بحكم مركزه القانوني، هو الأكثر عرضة لتهديدات التقنيات الحديثة، وذلك بالنظر إلى علاقة التبعية التي تربطه بصاحب العمل وما تقتضيه هذه التبعية من خضوعه لسلطة صاحب العمل وإشرافه ورقابته. فضلاً عن إشكالية التمييز بين حياة العامل المهنية وحياته الخاصة وغياب وجود حدود فاصلة وواضحة بينهما في مكان العمل وخلال ساعاته. ورغم ذلك فهذه التبعية لا تعني تخلي العامل عن خصوصيته ولو داخل إطار حياته المهنية.

وقد لاحظنا في هذا الصدد تعدد وتنوع صور الوسائل والتقنيات الحديثة التي يستعين بها صاحب العمل في مراقبة العمال داخل منشأته، وهو ما يمثل تهديدًا لحياة العامل الخاصة في جوانبها المختلفة.

وتبعاً لذلك، عرضنا في الفصل الأول لمراقبة اتصالات العامل في مكان العمل، وذلك أولاً من خلال تناول مراقبة مراسلاته الإلكترونية وما يكتنف ذلك من مخاطر وصول صاحب العمل إلى البريد الإلكتروني الخاص بالعامل والإطلاع على مضمون ما يحويه من رسائل. وفي هذا السياق تناولنا مبدأ حرمة المراسلات وسريتها، ثم الحماية القانونية لحق العامل في حرمة مراسلاته الإلكترونية وذلك من خلال عرض الحماية التشريعية في القانون الفرنسي لسرية تلك المراسلات، وتكريس المشرع الفرنسي لهذا الحق في القواعد العامة في القانون المدني وكذلك في نصوص قانون العمل.

كما سلطنا الضوء على الدور الذي تضطلع به اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات في فرنسا في هذا الصدد حيث تصدت، في العديد من تقاريرها، للإشكاليات المرتبطة بسرية المراسلات الإلكترونية للعامل وأصدرت توصياتها بشأنها.

وفي صدد بيان الحماية القضائية لحق العامل في حرمة مراسلاته الإلكترونية، لمسنا الدور البارز للقضاء الفرنسي في تقرير هذه الحماية، وعرضنا في هذا الخصوص لأحد الأحكام القضائية الهامة وهو حكم Nikon والذي أرسى مبدأ حرمة مراسلات العامل الإلكترونية الصادرة والواردة من خلال أجهزة معلوماتية

موضوعة تحت تصرفه لأغراض العمل. وقد تبعته العديد من الأحكام القضائية التي تؤكد ذات المبدأ.

ثم تعرضنا بعد ذلك لموقف القضاء الأوروبي إزاء هذه المسألة، وقد اتضح من خلال الأحكام الصادرة في هذا الشأن عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تأكيدها لحق العامل في سرية مراسلاته الإلكترونية واعتبار المساس بها انتهاكاً للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

وفي المبحث الثاني من هذا الفصل تناولنا جانباً آخر لخصوصية اتصالات العامل والممثل في محادثاته الخاصة، من خلال بحث مراقبة محادثات العامل الهاتفية في مكان العمل. وفي هذا الصدد عرضنا لمبدأ حرمة المحادثات الخاصة ورأينا أن هذه المحادثات قد تخضع للتتبع عليها وتسجيلها، وأن التقنيات الحديثة ومنها العداد الآلي للمكالمات شكلت خطراً حقيقياً يهدد بانتهاك سرية محادثاته الهاتفية التي يجريها في مكان عمله.

وفي محاولة لبحث حدود الحماية القانونية لسرية محادثات العامل الخاصة، تبين لنا أن المشرع الفرنسي قد كفل هذه الحماية بنصوص صريحة في القانون المدني وقانون العمل، كما قرر لها ضمانات تمثلت في مبدأ التناسب أي تناسب إجراء التتبع المتخذ مع الغرض المرجو منه، وأيضاً إعلام العامل بخضوع محادثاته للتتبع والهدف المقصود من وراء ذلك، فضلاً عن إعلام واستشارة لجنة المشروع قبل إعمال آلية لمراقبة محادثات العمال داخل المنشأة.

وإضافة إلى الضمانات المتقدمة، عرضنا للضمانات الخاصة التي تقررت في مواجهة استخدام آلية "العداد الآلي للمكالمات" في المنشآت العمالية، كتقنية مستحدثة تهدد بشكل مباشر سرية محادثات العمال الخاصة. وقد أبرزنا هنا موقف لجنة المعلوماتية والحريات في فرنسا، والتي حاولت التصدي للإشكاليات التي يثيرها استخدام التقنية المذكورة في أماكن العمل وإيجاد حلول لها بما يحفظ لهذه المحادثات

سريتها، وأهمها: إشكالية التمييز بين محادثات العامل الشخصية والمهنية، وإشكالية تسجيل الأرقام التي يتم الاتصال بها، وإشكالية التنصت على المكالمات.

وفي الفصل الثاني من البحث، انتقلنا إلى تناول آلية من أبرز آليات المراقبة في الآونة الأخيرة وأشدّها خطورة على حرمة حياة العامل الخاصة، وهي المراقبة التصويرية من خلال كاميرا الفيديو. وقد تبين لنا خصوصية الإشكاليات التي تثيرها هذه الآلية ومساسها المباشر بصورة العامل باعتبارها أحد عناصر حياته الخاصة.

وفي هذا الإطار بحثنا مدى مشروعية مراقبة العمال باستخدام كاميرا الفيديو، وقد لاحظنا اهتماماً بالغاً في القانون الفرنسي على المستويين التشريعي والقضائي بتقرير الحماية في مواجهة الآلية المذكورة، حيث نص قانون العمل الفرنسي على مجموعة من الضمانات لمصلحة العامل في مواجهة استخدام التقنيات الحديثة، وبما ينطبق على كاميرا الفيديو أيضاً. وتتمثل في الالتزام بمبدأ التناسب بما يفرضه من عدم جواز فرض قيود على حقوق العمال وحرّياتهم إلا بقدر ما تقتضيه طبيعة المهمة المراد إنجازها وبما يتناسب مع الهدف المنشود، ومبدأ الشفافية الذي يوجب إعلام العمال بوسائل وأساليب مراقبتهم، وكذلك إعلام واستشارة لجنة المشروع قبل إعمال هذه الآلية لمراقبة العمال. ويضاف إلى ما سبق من ضمانات، وجوب إخطار لجنة المعلوماتية والحرّيات بنظم معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي قبل إعمالها، ومنها كاميرا الفيديو. وقد أقر القضاء الفرنسي بأحقية صاحب العمل في اللجوء إلى هذه التقنية لمراقبة عماله، وذلك في إطار الالتزام بالضوابط السابقة.

وقد خلصنا من خلال ما عرضناه من أحكام قضائية في هذا الصدد أن القضاء قد تطلب للاعتداد بالدليل المنحصل من تسجيلات كاميرا الفيديو توافر شرطين: الأول يتعلق بالنزاهة في تحصيل الدليل وذلك بألا يكون صاحب العمل قد لجأ إلى التحايل لتحصيل دليل يمكنه الاستناد إليه لاحقاً لإثبات خطأ العامل. والشرط الثاني يتعلق بمصادقية الدليل، حيث أنه بالنظر إلى تطور إمكانيات التلاعب

والتركيب للصور الملتقطة بكاميرا الفيديو فقد اشترط في الدليل المستمد منها مصداقيته وسلامته لمنحه حجية في الإثبات.

إضافة إلى ما سبق، فقد برزت إشكاليات جديدة صاحبت تطور هذه الوسيلة من وسائل المراقبة إلى النظام الرقمي وأهمها مسألة حماية البيانات ذات الطابع الشخصي. وقد بدأنا عرض هذه الإشكالية من خلال طرح تساؤل حول مدى اعتبار الصورة المسجلة بكاميرا الفيديو من البيانات ذات الطابع الشخصي. وانتهينا بشأن التساؤل المتقدم إلى أن القضاء الفرنسي قد رفض- في ظل قانون ١٧-٧٨ بشأن المعلوماتية والبطاقات والحريات- اعتبار الصورة ضمن البيانات ذات الطابع الشخصي، وذلك خلافاً لموقف اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات.

وقد اختلف هذا الوضع تماماً بعد صدور قانون ٢٠٠٤ المعدل للقانون السابق، حيث جاءت صياغته من الشمول بما يسمح باعتبار الصورة بياناً ذا طابع شخصي، ومن ثم تخضع معالجتها لأحكام القانون التي تكفل حماية هذه البيانات. وقد تؤكد هذا الموقف مرة أخرى بصدور القانون رقم ٤٩٣-٢٠١٨ المعدل لقانون ١٧-٧٨ وذلك إعمالاً للائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات RGPD رقم ٦٧٩-٢٠١٦، حيث نص هذا القانون صراحةً على اعتبار صورة الشخص ضمن البيانات ذات الطابع الشخصي لما تسمح به من تهديد هوية صاحبه، ومن ثم خضوعها للحماية القانونية المقررة لهذه البيانات.

وفي هذا السياق، عرضنا ل ضمانات حماية البيانات ذات الطابع الشخصي في مجال المراقبة بكاميرا الفيديو، وتتمثل في مجموعة من الحقوق المقررة للشخص الذي تخضع بياناته للمعالجة؛ وهي الحق في الحصول على المعلومات المتعلقة بهذه المعالجة، والحق في الاعتراض على إجراءاتها، وحق الاطلاع على هذه البيانات وطلب تصحيحها إذا لزم الأمر، والحق في محو البيانات في أقرب وقت ممكن إذا انتفى السبب المشروع الذي يبرر الاحتفاظ بها.

وهكذا ومن خلال هذه الدراسة، فقد اتضح مدى الاهتمام البالغ الذي أولاه المشرع والقضاء في فرنسا، وكذلك على المستوى الأوروبي، للحق في احترام الحياة الخاصة للعامل في مواجهة تقنيات المراقبة المختلفة بإمكانياتها المتطورة.

وفي المقابل، لاحظنا أن موضوع حماية الحياة الخاصة في مجال علاقات العمل لا يزال بمنأى عن الاهتمام التشريعي في مصر بوجه عام، وهو ما يؤكد ندرة، بل وانعدام، أحكام القضاء المصري في هذا المجال. الأمر الذي يحتم التحرك التشريعي لمواكبة التطورات التقنية الحديثة وانعكاساتها على علاقات العمل، ونعتقد أن الفرصة سانحة الآن ونحن بصدد إعداد مشروع قانون العمل الجديد لتكريس وتنظيم هذا الحق بنصوص صريحة. وعلى ذلك، يمكننا أن نقترح ما يأتي:

١- النص صراحةً في قانون العمل على حق العامل في احترام حياته الخاصة في وقت ومكان العمل، وذلك دون إخلال بسلطة صاحب العمل في الإشراف والمراقبة على عماله باستخدام التقنيات الحديثة في ضوء ما تبرره مصلحة العمل، على أن يراعي ما يلي:

أ- الالتزام بالشفافية، وذلك بالنص على التزام صاحب العمل بإعلام عماله بأية تقنية للمراقبة قبل إعمالها داخل المنشأة، وحظر أساليب المراقبة السرية أو الخفية.

ب- مبدأ التناسب، وذلك بالنص على عدم جواز تقييد حقوق العامل اللصيقة بشخصيته، ومنها حقه في احترام حياته الخاصة، إلا بالقدر الذي تبرره طبيعة العمل وبما يتناسب مع الهدف منه. وبذلك يلزم أن تكون أساليب المراقبة والتقييم المهني للعمال متناسبة مع الغرض المقصود منها.

٢- تفعيل دور المنظمات النقابية العمالية في حماية حق العامل في احترام حياته الخاصة، وذلك من خلال النص على وجوب إعلام واستشارة اللجنة النقابية

للمنشأة التي تضم ممثلي العمال في كل منشأة<sup>(١)</sup> قبل إعمال أية تقنية في المنشأة بقصد مراقبة العمال وتقييم أدائهم المهني.

٣- التنظيم التشريعي للبيانات الشخصية بإصدار تشريع خاص بحماية البيانات الشخصية، بما يكفل الحماية القانونية في مواجهة معالجة هذه البيانات بأية صورة من صور المعالجة، وهو ما يمثل دعماً حقيقياً لحماية حياة العامل الخاصة في حالة خضوعه لمعالجة بياناته الشخصية من خلال إحدى التقنيات التي يتم إعمالها في المنشأة.

٤- إنشاء هيئة مستقلة- على غرار اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات في فرنسا، يكون من بين اختصاصاتها المراقبة السابقة واللاحقة على إعمال أية تقنية إلكترونية داخل المنشآت يكون من شأنها معالجة بيانات العمال، وذلك بالنص على وجوب الإخطار المسبق بهذه التقنية لديها، فضلاً عن اختصاصها بتلقي الشكاوى المتعلقة بالاعتداء على الحياة الخاصة نتيجة إعمال هذه التقنية.

---

(٢) راجع القانون رقم ٢١٣ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار قانون المنظمات النقابية العمالية وحماية حق التنظيم النقابي، نشر في الجريدة الرسمية، العدد ٥٠ مكرر ب، بتاريخ ٢٠١٧/١٢/١٧، وذلك في مادته الأولى بشأن تعريف اللجنة النقابية للمنشأة بأنها "التجمع النقابي الذي ينشئه العمال على مستوى المنشأة"، وكذلك المادة ١١ في تشكيل اللجنة المذكورة، والمادة ١٥ في بيان اختصاصات التي تتولى اللجنة مباشرتها.

## قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

### ١- المراجع العامة

حسام الدين كامل الأهواني:

- شرح قانون العمل، بدون ناشر، ١٩٩١.

حسن كيره:

- أصول قانون العمل، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦١.

عبد الرزاق السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، مج ١، نظرية الالتزام بوجه عام،

الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

فتحي عبد الرحيم عبد الله:

- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام والإثبات، ط٤، بدون

ناشر، ١٩٩٩-٢٠٠٠.

محمد حلمي مراد:

- قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، ط٥، دار القلم، ١٩٦٥.

محمود جمال الدين زكي:

- عقد العمل في القانون المصري، ط٢، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب،

١٩٨٢.

### ٢- المراجع المتخصصة، والرسائل، والبحوث:

أروى محمد تقوى:

- مخاطر استخدام الشبكة الرقمية والبريد الرقمي في مكان العمل، بين سلطة

المراقبة والحق في الخصوصية، مجلة الحقوق الكويتية، مج ٤٠، ع ٢،

٢٠١٦، من ص ٤٣٩-٤٧٤.

جمال أبو الفتوح أبو الخير:

- التزام العامل بالإعلام قبل التعاقد والحماية القانونية للحياة الخاصة، مجلة حقوق طحوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ع ٢١، ٢٠، ٢٠٠٩، من ص ١٩٤-٣١٠.

حسام الدين كامل الأهواني:

- الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.

خالد حمدي عبد الرحمن:

- الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

سامح عبد الواحد التهامي:

- الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة في القانون الفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، مج ٣٥، ع ٣، ٢٠١١، من ص ٣٧٥-٤٣٤.

سعيد جبر:

- الحق في الصورة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.

صلاح محمد أحمد دياب:

- الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضمائماتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

علاء الدين الخصاونة، بشار طلال المومني:

- النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية، الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، السنة ٢٧، ع ٥٣، يناير ٢٠١٣، من ص ١-١١١.

كريم يوسف كشاكش:

- حماية حق سرية المراسلات، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، مج ٢٣، ع ٢، ١٩٩٦، من ص ٢٥٧-٢٧٦.

مجدي عز الدين يوسف:

- حرمة الحياة الخاصة بين الحماية الدولية والشريعة الإسلامية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، ١٩٩٥، من ص ٣٧-٧٠.

محمد حسن قاسم:

- الحماية القانونية لحياة العامل الخاصة في مواجهة بعض مظاهر التكنولوجيا الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦.

محمد عبد الفتاح محمد:

- سلطة صاحب العمل في إدارة منشأته، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.

محمد نور الدين:

- الحماية الجنائية للحق في خصوصية المكالمات الهاتفية، دراسة تحليلية نقدية للقانونين الكويتي والإماراتي، مجلة علوم الشريعة والقانون، الأردن، مج ٤٣، ٢٠١٦، من ص ١٦٨٩-١٧١٩.

محمود محمد عبد الرحمن:

- نطاق الحق في الحياة الخاصة، مقارنة في القانون الوضعي (الأمريكي - الفرنسي - المصري) والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

Anthony (M.)

- Le droit au respect de la vie privée : définition, conditions et sanctions, article publié le 4/1/2015 sur: <https://www.legavox.fr>

Astaix (A.)

- Surveillance vidéo: nouvelle application de l'exigence de transparence, D. Act. 24 janvier 2012.

Aubert-Monpeyssen (T.)

- La licéité des moyens de contrôle des salariés utilisés par l'employeur, D. 2001, p. 3015.

Benalcazar (De)

- Le salarié est-il victime des nouvelles technologies ?, travail et

protection sociale, mai 2001.

BERENGUER-GUILLON (J.), MAUREL-GUIGNOT (L.)

- Le contrôle d'activité des salariés et la légitimité du licenciement, art. publié le 28/09/2001, sur: [https://www. lesechos.fr/](https://www.lesechos.fr/).

Bossu (B.)

- Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre, Dr. soc. 1994, p.747.

Cadoux (L.)

- Vidéosurveillance et protection de la vie privée et des libertés fondamentales, rapport du 30 novembre 1993 présenté à la CNIL, sur: <https://www.cnil.fr/>

Carbonnier (J.)

- Droit civil, Les Personnes, PUF, Thémis, 21e éd., 2000.

Casaux-Labrunée (L.)

- La confrontation des libertés dans l'entreprise, Droit social, 2008, p. 1032.

Cazé-Gaillarde (N.)

- Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Atteintes à la vie privée mai 2005 (actu. févr. 2017).

Chirez (A.)

- Vidéosurveillance: droit à l'image et vie privée des salariés, Dr. Soc. 1994, p. 560.

Cristau (A.)

- Répertoire de droit du travail, Contrat de travail à durée indéterminée: rupture et conditions de licenciement pour motif personnel, n°197, janv. 2004 (act.: sept. 2018).

Dabosville (B.)

- Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale: *new deal* ou *statu quo* ?, Droit social 2018, p. 455.

Derieux (E.)

- L'employeur, le salarié et l'usage privé de sa messagerie professionnelle, D. IP/IT 2017, p. 548.

Emmanuel Ray (J.)

- Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Droit social 1992, p. 525.

Fabre (A.)

- L'accès aux courriels personnels d'un salarié par un huissier désigné sur requête, D.act. 5 juin 2007.

Fauvarque-Cosson (B.), Maxwell (W.)

- Protection des données personnelles, D. 2018, p. 1033.
- Francillon (J.)
- Infractions relevant du droit de l'informatique. Exploitation clandestine d'un autocommutateur téléphonique, RSC, 1992, p.107.
- Frayssinet (J.)
- Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise, Droit social 1992, p. 596.
- Gheorghe-Badescu (L.)
- Le nouveau règlement général sur la protection des données, Rev. UE 2016, p. 466.
- Grévy (M.)
- Vidéosurveillance dans l'entreprise: un mode normal de contrôle des salariés?, Droit social 1995, p. 329.
- Gulphe (P.)
- De la non interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français, JCP 1990, éd. Ent., 15736, p. 219.
- Hauser (J.)
- Vie privée, vie professionnelle, RTD civ. 2003, p. 57.
- Heilmann (É.), Vitalis (A.)
- "La vidéosurveillance: un moyen de contrôle à surveiller", Le Courrier du CNRS, n°82, mai 1996, p.48; sur: <https://souriez.info>.
- Kayser (P.)
- La protection de la vie privée, t. I, protection du secret de la vie privée, RIDC., 1985, 37-1, pp. 254-255.
- Langlois (Ph.)
- Courrier électronique et vie privée au travail, D. 2001, p. 3286.
- Lepage (A.)
- Répertoire de droit civil, Droits de la personnalité, Surveillance du salarié par des moyens techniques, D. Sept. 2009 (act.: avr. 2018).
- Leroy (Y.)
- Stockage de fichiers informatiques personnels et licenciement du salarié Rev. trav. 2010, p. 235
- Lokiec (P.)- Porta (J.)
- Droit du travail, Relations individuelles de travail, D. 2016, p. 807.
- Malaurie (Ph.)
- Les personnes - Les incapacités, 2e éd., Defrénois, 2005.
- Marguénaud (J-P)

- Répertoire de droit européen, Le droit au respect de la correspondance, D. octobre 2017.

Marguénaud (J.P.) , Mouly (J.)

- L'ouverture des fichiers personnels du salarié par l'employeur : vers une exception française ? D. 2018, p. 1291.

Martial-Braz (N.)

- Le renforcement des droits de la personne concernée, Dalloz IP/IT 2017, p. 253.

Mazars (M.-F.), Körner (M.)

- La mise en oeuvre du RGPD: un renfort pour les droits des salariés?, Rev. trav. 2018, p. 498.

Mazeaud (V.)

- La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2015/3 (N° 48), pp. 5-20.

Miné (M.), Marchand (D.)

- Le droit du travail en pratique, 26e éd. Eyrolles, 2014.

Mole (A.)

- Informatique et libertés du travail: les nouveaux enjeux, Droit social 1990, p. 59.

Molfessis (N.)

- Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997.
- Vie professionnelle, vie personnelle et responsabilité des commettants du fait de leurs préposés , Droit social, janv. 2004, p.31.

Nerson (R.)

- La protection de la vie privée en droit positif français, RIDC, 1971, 23-4, pp. 737-764

Olivier de Tissot

- Internet et contrat de travail, Droit social, 2000, p. 150.

Paulin (J-F)

- Les libertés dans l'entreprise, JA 2014, n°498, p.19.

Pélissier (J.), Supiot (A.), Jeammaud (A.)

- Droit du travail, 23e éd., Précis Dalloz, 2006.

Pellet (R.)

- La vidéo-surveillance et l'application de la loi « informatique et libertés », Rev. adm. 48e Année, No. 285 (Mai- Juin 1995), pp. 245-254.

Peyronnet (M.)

- La vie privée du salarié sur internet en voie d'extinction, D. Act. 29 janvier 2016.
- CEDH: la protection réaffirmée de la vie privée du salarié sur internet, D. Act. 11 septembre 2017.

Planque (J.-C.)

- Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés?, D. 2002, p. 2292.

Radé (ch.)

- Droit social, Des critères du contrat de travail, D. 2013. p. 202.

Ray (J.E.)

- Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Droit social 1992, p. 525.

René de Quenaudon

- Liberté et sécurité dans l'entreprise: une conciliation de plus en plus problématique, Rev. trav. 2006, p. 395.

Rivero (J.)

- Les libertés publiques dans l'entreprise, Dr. soc. 1982, p. 424.

Rodhain (F.), Agarwal (R.).

- Le message électronique: une propriété privée ? Perception des salariés quant à la propriété de leurs courriels et au respect de leur vie privée sur le lieu de travail, JO - Systèmes d'Information et Management; Vol. 6, No 4 (2001), pp.49-72; <https://www.researchgate.net>.

Rozès (L.)

- Répertoire de droit du travail, D. avril 1991 (act.: mars 2012).

Supiot (A.)

- Les nouveaux visages de la subordination, Droit social, février 2000, p.131.

Tekely (M.)

- Le particularisme des modes de preuve en droit du travail, Mémoire D.E.A Droit Privé Année 2001/2002, Université Nancy II, sur: <http://www.glose.org/>

Vigneau (Ch.)

- L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, Droit social, 2004, p. 706.

Vulliet-Tavernier (S.)

- Après la loi du 6 août 2004: nouvelle loi «informatique et libertés», nouvelle CNIL?, Droit social 2004, p. 1055.

Waquet (Ph.)

- Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle, Droit social 2010, p. 14.
- La vie personnelle du salarié, Droit social 2004, p. 23.
- Un employeur peut-il filmer à leur insu ses salariés ?, Droit social 1992, p. 28.

**الحماية المدنية لخصوصية  
المرأة العاملة من مخاطر بيئة العمل في العصر الرقمي  
دراسة مقارنة**

دكتورة

علا فاروق عزّام

أستاذ مساعد بكلية الحقوق، جامعة حلوان

يقول الله تعالى:  
"وَلَا تَجَسَّسُوا..."  
سورة الحجرات: ١٢.

يقول الرسول صلى الله عليه وسلم:  
"لا تجسسوا ولا تحسسوا..."  
رواه الإمامان البخاري ومسلم في صحيحيهما.

باديء ذي بدء، لقد تحولت جل المنشآت إلى وسائل التفتيش والرقابة الرقمية، تزامنا مع التحول الرقمي غير المسبوق في كافة المجالات؛ لما لها من قدرة فائقة تفوق قدرة الأفراد في الفحص والمتابعة ومن ثم ضبط سير العمل بالمنشآت على نحو يختلف تماما عنه في ظل وسائل التفتيش والرقابة التقليدية؛ حتى أصبحت هذه الوسائل الحديثة عنصراً من عناصر كفاءة الإنتاج.

ولا شك في أن هذا التحول بما يستتبعه من تحقيق مصلحة أصحاب الأعمال، فإنه يحمل تهديداً كبيراً لخصوصية العاملين في المنشآت، وعلى وجه الخصوص الإناث؛ حيث توشك خصوصيتهن أن تتلاشى تقريبا في ظل هذا التطور غير المسبوق لوسائل التفتيش والرقابة على العاملين، وهو الأمر الذي يقتضي تطوير أسس الحماية المكفولة لهذه الخصوصية بما يواكب تطور هذه الوسائل.

**موضوع البحث وأهميته:**

نتناول بالبحث والدراسة مسألة دقيقة للغاية، أثارها التطور التكنولوجي غير المسبوق في مجال تأمين المنشآت وأماكن العمل؛ هي كيفية التوفيق بين حق أصحاب الأعمال في اقتناء أحدث تقنيات الرقابة على المنشآت، وحق العاملات في الاحتياط للاحتمالية تعرضهن لمخاطر اختراق خصوصياتهن والاعتداء عليها، سواء كن على علم بهذه الوسائل الرقابية أم لا، وذلك تحت عنوان: الحماية المدنية لخصوصية المرأة العاملة في العصر الرقمي.

فإذا كانت طبيعة العمل تتحكم في نطاق خصوصية العامل وخصوصاً في مكان العمل، فإن طبيعة العامل ذاتها، وعلى وجه التحديد الأنثى، ينبغي أن تتحكم في طبيعة بيئة العمل؛ إذ يستلزم تكوينها وجود قواعد تراعي طبيعتها وخصوصياتها كأنتى، في عصر التطور التقني وما صاحبه من تنوع غير مسبوق في وسائل التفتيش والرقابة على العمّال في المنشآت؛ حيث تكشف أجهزة التسجيل والتصوير غير المرئية

وشبكات الاتصال المستخدمة في أماكن العمل الكثير من خصوصيات العاملات، سواء داخل المنشأة أو خارجها<sup>(١)</sup>.

### إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في تأمين بيئة العمل رقابياً بما يحقق مصلحة المنشأة، مع عدم الاعتداء على حق العاملة في توقي المخاطر التي قد تتعرض لها خصوصيتها جراء الاستخدام المفرط لتكنولوجيا التفتيش والرقابة بالمنشآت؛ حيث أصبحت بيئة العمل في العصر الرقمي غير آمنة لها إلى حد كبير.

فعلى عكس الاعتقاد السائد في أن مجرد استخدام كاميرات المراقبة وأجهزة التتبع في مكان وزمان العمل، قد حقق حماية متقدمة لخصوصية المرأة العاملة، فقد أثبت الواقع العملي أن استخدام مثل هذه الوسائل — بمنافعها ومضارها<sup>(٢)</sup> — قد جعل بمقدور أصحاب الأعمال اختراق هذه الخصوصية والاطلاع على الكثير من أسرار وخصوصيات المرأة العاملة، بل وتعرضها لمحاولات الاستغلال والابتزاز في كثير من الأحيان، الأمر الذي يعكس سلبا على حقها في العمل. في الوقت الذي لا تكفي فيه قواعد الحماية المدنية التقليدية لتأمينها.

### نطاق البحث وخطته:

قد ترتب إساءة استعمال وسائل التفتيش والرقابة في مواجهة المرأة العاملة، مسئولية جنائية إلى جانب المسئولية المدنية. وحتى لا نتجاوز نطاق التخصص،

(1) Anne Renaut: Moral harassment – work organization to blame? Violence at work, Labour Education, No. 133, U.S.A, 2003, p.3, Conseil d'orientation sur les conditions de travail: Direction générale du travail, Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social conditions de travail Bilan 2014, p.9.

(2) فقد انعكس التطور التكنولوجي على فكرة الخصوصية بأبعادها التنظيمية والمدنية والجنائية وبدأت تزداد دعاوى الاستخدام غير المشروع للمعلومات والوثائق الشخصية، وظهرت أحداث شهيرة في حقل الاعتداء على البيانات الخاصة من بينها على سبيل المثال؛ حادثة عام 1989 عندما تمكن أحد كبار موظفي أحد البنوك السويسرية بمساعدة سلطات الضرائب الفرنسية بأن سرّب إليها شريطا يحتوي على أرصدة عدد من الزبائن، وقد تكرر مثل هذا الحادث في ألمانيا أيضاً. وفي عام 1986 اتهمت شركة IBM بأن نظام الأمن المسمى (RACF) والذي يستخدم للرقابة على الموظفين داخل المنشآت أثير جنل وأسفا بشأن الرقابة على العاملين والتسجيل لهم وتساؤلا أيضاً حول حق دائرة التأمينات الصحية بنقل البيانات الشخصية إلى شركات خارجية الأمم المتحدة / أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان / المجلد الأول. منشورات هيئة الأمم المتحدة (رقم الميم 89/15564 GE نيويورك، 1990، ص ٢).

Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women, University of Pennsylvania Review, Vol. 129, 1999, p798.

فسنقتصر في معالجتنا لهذه المسألة على الشق المدني فحسب، وفيما يتعلق بالضرر المعنوي فحسب؛ باعتبار أن الضرر المادي تغطيه أحكام إصابات العمل، وقد عالجتَه دراسات قانونية عديدة بما لا حاجة معه إلى التكرار.

أما عن خطة الدراسة، فنقسم هذا البحث إلى فصلين اثنين، ينقسم كل منهما إلى مبحثين، على النحو التالي:

الفصل الأول: خصوصية المرأة العاملة ومخاطر بيئة العمل في العصر الرقمي.

المبحث الأول: ماهية خصوصية المرأة العاملة وصور الاعتداء عليها.

المطلب الأول: مفهوم خصوصية المرأة العاملة.

المطلب الثاني: صور الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة.

المبحث الثاني: وسائل الرقابة الرقمية ومظاهر خطورتها على خصوصية المرأة العاملة.

المطلب الأول: أهم وسائل ونظم التفتيش والرقابة الرقمية وحتمية تحول المنشآت إليها.

المطلب الثاني: مظاهر خطورة وسائل التفتيش والرقابة الرقمية على خصوصية

المرأة العاملة.

الفصل الثاني: نطاق حق العاملة في الخصوصية وأحكام المسؤولية المدنية لصاحب

العمل عن الاعتداء عليه.

المبحث الأول: الموازنة بين حق العاملة في الخصوصية وسلطة صاحب العمل في

الرقابة عليها.

المطلب الأول: نطاق حق المرأة العاملة في الخصوصية والقيود التي ترد عليه.

المطلب الثاني: ضمانات خصوصية المرأة العاملة (ضوابط سلطة صاحب العمل في

الرقابة على العاملين).

المبحث الثاني: أحكام المسؤولية المدنية لصاحب العمل عن الاعتداء على خصوصية

المرأة العاملة.

المطلب الأول: الأساس القانوني لمسؤولية صاحب العمل عن انتهاك خصوصية العاملة.

المطلب الثاني: أحكام التعويض عن الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة.

## الفصل الأول

### خصوصية المرأة العاملة

#### ومخاطر بيئة العمل في العصر الرقمي

تمهيد وتقسيم:

لقد بات اقتناء وسائل التكنولوجيا الرقابية، ضرورة ملحة لجُل المنشآت المتواجدة في سوق العمل؛ لما لها من قدرة فائقة — تفوق قدرة الأفراد — على تمكين أصحاب الأعمال أو من يقوم مقامهم في المنشآت من متابعة سير العمل بها<sup>(١)</sup>، حتى أصبحت القيمة الأكثر تأثيراً بين عناصر الانتاج، وهو ما يعزز من الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها أصحاب الأعمال في الرقابة والتنظيم.

وفي المقابل، فإن هذه الأدوات الرقابية، تزيد من مسئوليتهم في تأمين خصوصية العمال جميعاً، والإناث على وجه الخصوص، مع الأخذ في الاعتبار أن خصوصية الإناث تستدعي حماية خاصة، تفوق حماية الذكور في كثير من تفاصيلها.

فإذا كان صاحب العمل يتمتع بسلطات في الرقابة والتنظيم فيكون له أن يضع قيوداً على حقوق وحرريات العمال، وبصفة خاصة عند استخدامه لأجهزة وبرامج تقنية حديثة تمكنه من ممارسة هذه السلطات، إلا أنه يواجه الكثير من المعوقات والتي منها وجوب احترام خصوصيات العامل، سيما إذا كان هذا الأخير إمراً لها من الخصوصية قدر كبير. ويبرز ذلك جلياً عند استخدام طرق الرقابة عليها أثناء أداء عملها، والتي تتعارض بوجه أو أكثر مع خصوصياتها<sup>(٢)</sup>.

فلا ينبغي بحال من الأحوال أن يقدم امتياز صاحب العمل في الإشراف والرقابة على العمال، على حق العاملات في الخصوصية؛ حتى لا يكون الاعتداء على هذه الخصوصية سبباً في تعطيل حقهن الدستوري في العمل؛ إذ تعزفن عن العمل جراء ذلك،

(1) Linda G.Howard: Hazardous Substances in the Workplace Implications for the Employment Rights of Women, op. cit. p. 798; Anne Renaut: Moral Harassment – Work Organization to Blame? Op cit n 4

(2) Sharon k. Parker and others: Future work design research and practice: Towards an elaborated model of work design, Journal of Occupational and Organizational Psychology, The British Psychological Society, 2001, p. 419.

ومن ثم تتحول أدوات الرقابة والتفتيش إلى مصدر تهديد لا لحق الخصوصية فقط وهو حق دستوري أصيل، وإنما تهديد لحق العمل أيضاً وما يستتبعه من اعتداء على دخولهن وقوت يومهن. وهو الأمر الذي يستتبع التوقف عند مظاهر تهديد هذه الوسائل الرقابية لخصوصية العاملات وبيان كيفية التحسب لهذه الخصوصية في مواجهة هذه المخاطر. واستعراضاً لهذه المظاهر وكيفية مواجهتها، نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين: المبحث الأول: ماهية خصوصية المرأة العاملة وصور الاعتداء عليها. المبحث الثاني: وسائل الرقابة والتفتيش الرقمية ومظاهر خطورتها على خصوصية المرأة العاملة.

### المبحث الأول

#### ماهية خصوصية المرأة العاملة وصور الاعتداء عليها

تمهيد وتقسيم:

ظهر مصطلح الخصوصية ليرسم الحدود الفاصلة بين حق الفرد المطلق في الاحتفاظ بشؤونه وبين حق المجتمع بالتعرض لما لا يمثل خصوصية مطلقة من هذه الشؤون؛ بحكم تفاعل الفرد مع المجتمع في علاقات وروابط اجتماعية لا يمكنه أن يعيش بمعزل عنها<sup>(1)</sup>. فالطابع الاجتماعي للفرد يجعله في اتصال دائم بغيره من الأفراد، سواء في علاقات خاصة أو عامة، علاقات عمل أو غيرها، وهو الأمر الذي يقتضي التعرض لمفهوم الخصوصية؛ لتحديد ما يعد اعتداء على خصوصية المرأة العاملة بسبب رابطة العمل.

فما المقصود بحق العاملة في الخصوصية؟ وما هي صور الاعتداء على هذا الحق؟ هذا ما نستعرضه من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: مفهوم خصوصية المرأة العاملة.

المطلب الثاني: صور الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة.

(1) انظر في نفس المعنى:

Roxanna Johnson: An analysis of equity perception related to family/friendly work/life balance of female employees without dependents, Ph.D thesis, Faculty Mentor and Chair, Capella University, February, 2008, p. 13.

## المطلب الأول

### مفهوم خصوصية المرأة العاملة

يتنازع مفهوم خصوصية المرأة العاملة، معنيان أحدهما عام والآخر خاص؛ فالمرأة كإنسان لها خصوصية يكفلها الدستور، وفي الوقت ذاته فإن وجودها في علاقة عمل يكسبها صفة أخرى إلى جوار صفتها كإنسان؛ هي صفة العامل بما تستتبعه هذه الصفة من ضرورة تكيف المرأة مع بيئة العمل بما فيها من وسائل رقابية قد تهدد أدق خصوصياتها، سواء داخل المنشأة أو خارجها.

أولاً: تعريف خصوصية المرأة العاملة:

إذا كان مشرعو الدول قد توافقوا على ضرورة احترام الحياة الخاصة للعامل، في معظم النظم القانونية، فإنهم لم يتعرضوا لمفهوم الحياة الخاصة بتعريف واضح محدد؛ تاركين الأمر لاجتهادات الفقه القانوني وتطبيقات القضاء.

هذا، وقد ذهب السيد LOUIS BRANDEIS القاضي بالمحكمة العليا الأمريكية — في عام 1890 — إلى أن الخصوصية هي الحق في أن يتحرك الشخص ليكون وحيداً، مشدداً على وجوب تنظيم الحق في الخصوصية في وثائق الدساتير<sup>(١)</sup>.

ويرى أحد الكتاب الحياة الخاصة ينصرف مفهومها إلى أن كل إنسان، له الحق في أن يُترك وشأنه والاعتراف له بالحق في التفرد والاختلاف والاستقلال عن غيره<sup>(٢)</sup>. وفي مقاله تحت عنوان (Privacy and Freedom) عام 1967 عرف السيد Alan Westin الخصوصية بأنها رغبة الأفراد في الاختيار الحر للألية التي يعبرون بها عن أنفسهم ورغباتهم وتصرفاتهم للآخرين. ووفقاً للسيد Edward Bloustein فإن الخصوصية هي الحق في حماية الشخصية وعدم الاعتداء عليها واستقلال الأفراد وكرامتهم وسلامتهم، بينما يرى السيد Gavison

(1) CARLOS M. PUERTAS: op. cit, p. 21; Kellie M. Pierson: Home/based work, op. cit, p.34.

(٢) د. خالد حمدي عبد الرحمن: مرجع سابق، ص ٢٠.

Ruth أن للخصوصية ثلاثة عناصر؛ هي: السرية Secrecy والعزلة Solitude والتخفي Anonymity (١).

أما لجنة CALCUTT البريطانية، فتقرر أنه يصعب الوصول الى تعريف مرضٍ للخصوصية، وأنه إن كان لا بد من وضع تعريف لها، فالأقرب هو تعريفها بأنها "حق الافراد في الحماية ضد التدخل في الحياة الخاصة وشؤونهم وشؤون عائلاتهم بوسائل مادية مباشرة أو عن طريق نشر المعلومات عنهم" (٢).

وفي المقابل، وأمام صعوبة وضع تعريف جامع مانع للحق الخصوصية، ظهر اتجاه يعرفه بصورة سلبية؛ أي أن يُحدد المقصود بالحق في الحياة الخاصة بكل ما لا يُعد من حياة الفرد العامة. غير أن هذا المسلك منتقد هو الآخر؛ لصعوبة التمييز بين ما يندرج ضمن مفهوم الحياة العامة وما يقع ضمن نطاق الحياة الخاصة، مثال ذلك الحياة المهنية للعامل إذ تُعد لدى البعض مما يدخل في نطاق الحياة العامة، ولدى آخرين تُعد من صميم الحياة الخاصة.

ونستخلص من هذه المحاولات الفقهية، أن الخصوصية تتحدد في محورين رئيسيين؛ أولهما: ضمان السلام والسكينة للجانب من حياة الشخص الذي ينعزل فيه أو به عن المجتمع المحيط، ليكون بمنأى عن التقصي والإفشاء غير المشروعين، وثانيهما: هو الاعتراف للشخص بسلطة الاعتراض على التدخل أو التقصي عن أسرار هذا الجانب من حياته من ناحية أولى، وسلطة الاعتراض على وصول معلومات تتعلق بها إلى الغير من ناحية أخرى.

لنخلص بذلك إلى تعريف حق المرأة العاملة في الخصوصية بأنه الحق في ضمان العزلة والسكينة لكافة الاعتبارات والمصالح التي تمثل قيمة خاصة لديها، والتي تخرج عن دائرة العمل، لتكون بمنأى عن التقصي والإفشاء غير المشروعين.

(١) د. صالح جواد كاظم: التكنولوجيا الحديثة والسرية الشخصية (فصل من كتاب) مباحث في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩١، ص ١٣٦.

Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women, op. cit, p798.

(٢) نفس المرجع، نفس الموضوع.

## ثانياً: صور خصوصية المرأة العاملة:

تتخذ خصوصية المرأة العاملة عدة صور، بحسب الاعتبارات التي تمثل قيمة خاصة لديها، منها<sup>(١)</sup>():

- الخصوصية الجسدية Bodily Privacy والتي تتعلق بالحماية الجسدية لها ضد أية اجراءات ماسة بجسدها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.
- خصوصية المحادثات والاتصالات Telecommunication Privacy والتي تنصرف إلى سرية المراسلات الهاتفية والبريد الإلكتروني وغيرها من الاتصالات.
- خصوصية البيانات والمعلومات Information Privacy والتي تنصرف إلى سرية البيانات والمعلومات الخاصة بالعاملة؛ كالبيانات الشخصية لها وبياناتها المالية وسجلاتها الطبية وغير ذلك مما يدخل في مفهوم البيانات.
- الخصوصية المكانية أو خصوصية المكان، والتي تنصرف إلى دخول المنزل أو مكان العمل.

وجملة القول، أن خصوصية المرأة العاملة، لها إطاران؛ أحدهما: عام، وهو مكفول لجميع المواطنين بموجب نصوص الدستور، وثانيهما: خاص، وهو مكفول لكل شخص يتمتع بصفة "العامل"؛ ذكراً كان أو أنثى، وخاصة الأنثى؛ لطبيعتها الخاصة، والتي تجعلها في حاجة إلى المزيد من الحماية أكثر من الرجل.

والمعيار المميز بين خصوصية العاملة كإنسانة، وخصوصيتها كعاملة، كما نعرف لاحقاً، هو اتصال فعل الاعتداء على خصوصيتها برابطة العمل، سواء أثناء أداء العمل أو بسببه؛ حتى إذا كان هذا الفعل غير متصل برابطة العمل، كان اعتداءً

(1) Mark S. Merkow and James Breithaupt: The e/privacy imperative, protect your customers' internet privacy and ensure your companys survival in the electronic age, 2001, p.96.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٥٠، د. صلاح محمد أحمد دياب: الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل و ضماناتها (في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١١.

Anne Renaut: Moral harassment – work organization to blame? Op.cit, p.4.

على حقها العام في الخصوصية الذي كفله الدستور لكل مواطن من مواطني الدولة؛ أي تكون بصدد المعنى العام للخصوصية، بينما ينصرف المعنى الخاص لها إلى كل اعتداء مرده إلى علاقة العمل الذي تكون المرأة طرفاً فيها.

## المطلب الثاني

### صور الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة

يتخذ الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة، عدة صور، القاسم المشترك بينها رابطة العمل وعلاقتها بفعل انتهاك الخصوصية، وأهمها: الاستعمال غير المشروع لاسم العاملة وصورها دون إذن منها، والتدخل السافر أو غير المعقول في حياتها الخاصة، والإعلان عن وقائع تتصل بخصوصيتها (التشهير)، وأخيراً إظهارها بمظهر ما على غير الحقيقة (المظهر الكاذب)<sup>(١)</sup>. وغني عن البيان أن كل هذه الصور تُدلل على تلاشي الحدود الفاصلة بين الحياتين المهنية والخاصة للمرأة العاملة في العصر الرقمي.

### أولاً: الاستعمال غير المشروع لاسم وصور المرأة العاملة:

وفي هذه الصورة يتمثل فعل الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة في استعمال اسمها أو صورتها من قبل صاحب العمل أو من يقوم مقامه لتحقيق أغراض شخصية، دون الحصول على إذن مسبق منها؛ كأن تقوم منشأة ما بالترويج لمنتجاتها أو خدماتها من خلال اسم العاملة أو صورها دون إذنها.

### ثانياً: التدخل غير المعقول في الحياة الخاصة للمرأة العاملة:

في هذه الصورة، يطلع صاحب العمل أو من يقوم مقامه على أمر ما أو شيء ما ذي أهمية أو اعتبار لدى العاملة وتكره أن يطلع عليه أحد إلا بإذنها، وذلك أثناء العمل أو بمناسبة؛ كأن يقوم بالتتصت على محادثاتها الهاتفية وتسجيلها، أو مراقبتها بواسطة عدسات مقربة للصورة، بالفيديو كان فوتوغرافياً، أو يطلع على بريدها

(١) للمزيد من التفاصيل حول هذه الصور؛ راجع: د. يونس صلاح الدين علي: المسؤولية المدنية الناجمة عن التعدي على الحق في الخصوصية في القانون الإنجليزي، دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي، د. ن، د. ت، ص ٦ وما بعدها.

الإلكتروني أو يفتش في حقيبتها اليدوية على غير مقتضى من أمن المنشأة، وغير ذلك مما يمثل حرجاً أو معاناة نفسية لها<sup>(١)</sup>.

هذا، وقد كفلت المادة الخامسة والأربعون من الدستور المصري الحماية لحرمة وسرية المراسلات البريدية، فلم تجز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون. وتوافقاً مع هذا النص فإنه يجب على صاحب العمل، حينما يريد تطبيق نظام الرقابة من خلال قراءة ومراجعة رسائل العامل وبرقيات المتعلّقة بالعمل، أن يحصل على إذن قضائي، ولكن هذا الفرض لا يمكن تحقيقه من الناحية العملية؛ حيث إن المنشآت التي تستخدم أجهزة تقنية حديثة والتي تستخدم أعداداً كبيرة من العمال يصعب عليها الحصول على إذن قضائي مسبق بصدد الرقابة على الرسائل الخاصة بكل منهم، فضلاً عن تذرّعها بحالة الضرورة في كل حالة تقوم بتطبيق هذا النوع من الرقابة، الأمر الذي يقلل من قيمة هذا النص في علاقات العمل.

أما المشرع الفرنسي فقد قرر — في المادة التاسعة من القانون المدني — كفالة حق كل فرد في احترام حياته الخاصة ومراسلاته الشخصية، وكذلك حظر — في القانون الجنائي — انتهاك حرمة المساكن والمراسلات والأسرار المهنية والصور والمحادثات الخاصة، وهو ما يؤكد القضاء الفرنسي بمختلف درجاته<sup>(٢)</sup>.

ويشترط في هذه الصورة أن تتجه إرادة صاحب العمل أو من يقوم مقامه إلى الاطلاع على ما يعد من خصوصية المرأة العاملة؛ أي يتوافر لديه عنصر القصد أو التعمد إلى الاطلاع على ما لا ترغب العاملة في اطلاع الغير عليه، بينما لا تتحقق هذه الصورة في الحالة التي ينكشف فيها شيء من خصوصية العاملة بطريق الخطأ أو الصدفة؛ كأن

(1) Hubert Bouchet : l'épreuve des nouvelles technologies: le travail et le salarié, l'épreuve des nouvelles technologies: le travail et le salarié, Droit Social, No1, Janvier 2002 nn 80/81

(2) Olivier de TISSOT: La protection de la vie privée salarié, Droit Social, N02, 1995, p.223. Jean/Maurice Verdier et autres: Droit du travail, op.cit. p.112. Jean – Emmanuel RAY: Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, op. cit, pp. 530/532, Nasrddine El HAGE: op. cit, p. 48.

يقع بصر صاحب العمل أو من يقوم مقامه على معلومات شخصية أو بيانات سرية للعاملة أثناء الاطلاع على بريدها الإلكتروني المخصص للعمل، رغم تحذيره لها بعدم استعماله في مراسلات خاصة، إلا أن يستغل هذه البيانات استغلالاً منافياً للقانون؛ كأن يساومها به مثلاً أو يقوم بإفشاءه أو أو إعلانه، وحالئذ تكون بصدد صورة أخرى من صور الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة؛ هي صورة التشهير بها.

### ثالثاً: التشهير بالمرأة العاملة:

يتحقق الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة في هذه الصورة، بان يقوم صاحب العمل أو من يقوم مقامه بإفشاء أمر ما أو شيء ما مما يشكل خصوصية لها؛ كأن يقوم بنشر أو الإعلان عن وقائع أو تفاصيل أو معلومات أو بيانات خاصة بالعاملة أو حياتها الخاصة دون إذنها، سواء حصل على هذه المعلومات بطريقة القصد أو بدون قصد، وهذا ما يميز هذه الصورة عن الصورة السابقة؛ إذ يشترط القصد لتوافر صورة التدخل غير المعقول في الحياة الخاصة للعاملة، بينما تتحقق صورة التشهير بها بالإعلان عما يعد من خصوصيتها ولو وصل إلى علمه بطريقة الخطأ أو الصدفة.

ومن أمثلة هذه الصورة أن توافق العاملة على تصويرها لأغراض تعليمية أو تدريبية للعاملات الجدد في المنشأة، فتفاجأ بنشر صورها على الإنترنت أو يستغلها صاحب العمل لأغراض تجارية على خلاف الاتفاق مع العاملة.

### رابعاً: إظهار المرأة العاملة بمظهر غير حقيقي:

في هذه الصورة، يقوم صاحب العمل أو من يقوم مقامه بنشر معلومات أو بيانات مضللة عن العاملة لديها، بما يترتب عليه ظهورها أمام المحيطين بها في مظهر غير حقيقي أو كاذب، فيصيبها ذلك بضرر معنوي بين ذويها؛ كأن يقوم بوصف العاملة بوصف يثير السخرية منها أو الشفقة والعطف عليها. وتتحقق هذه الصورة منصور الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة، بقصد من قبل صاحب العمل أو من يقوم مقامه أو تهور منه أو إهمال أو تقصير.

والعبرة في تحديد ما إذا كان الفعل الصادر من صاحب العمل أو من يقوم مقامه يشكل اعتداء على خصوصية المرأة العاملة من عدمه، في كافة الصور السابقة، بالرجل العادي أو معيار الشخص المعتاد؛ أي أن يكون الفعل الذي يشكل اعتداء على خصوصية المرأة العاملة، منتهكاً أو مخلاً بأمر ما أو مصلحة ما جديرة بالاعتبار لدى الشخص العادي إذا وضع في نفس ظروف العاملة<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الشأن المحكمة الجنائية في (Basse-Terre) الفرنسية، بتجريم الأفعال والسلوكيات والتعليمات التي من المحتمل أن تؤدي تدهور ظروف العمل والتي تنتهك كرامة العامل وحقوقه طالما أن الضرر تحقق، فتغير من صحته الجسدية أو العقلية أو تمس بمستقبله المهني. وقد عبرت المحكمة عن اتجاهها المتطور في تجريم كافة الإجراءات والاعتداءات التي تصيب عمال المنشأة فتسبب لهم أضراراً معنوية وتدهور في صحتهم النفسية. ولم تكف بذلك بل مدت ذلك إلى الإجراءات والاعتداءات التي كان من المحتمل أن تؤدي إلى ذلك، فلم تتوقف المحكمة عند تجريم الأفعال والإجراءات التي لها ثمره سيئة على ظروف العمل وتدهور الصحة النفسية للعاملين بل تعدت ذلك إلى تلك التي تتصف بصفة الاحتمالية أيضاً<sup>(٢)</sup>.

وجملة القول، أنه إذا كان صاحب العمل يسعى في سبيل حماية مصالحه وزيادة إنتاجيته وفي سبيل الرقابة على العامل والتأكد من حسن سير العمل، إلى استخدام برامج عديدة، فإن سعيه هذا مشروط بكفالة حق مقدس للعاملات لديه، هو احترام خصوصياتهن وعدم كشف أسرارهن أو تصوير أجسادهن أو تغيير صورتهن أو إظهارهن على غير الحقيقة<sup>(٣)</sup>.

- (1) Institute of Management & Administration: Controller Base Salary. The controller's report, Issue 10/11, 2010, p.9, Molly Bernhart: Many employees pass on telework options. Employee Benefit News. 2006. p.106.
- (2) Voir les arrêts "... L'infraction est caractérisée, conformément à la loi, dès lors que les agissements, comportements, ou propos, sont répétés, et ont été susceptibles d'entraîner, volontairement ou pas, une dégradation des conditions de travail susceptible soit de porter atteinte aux droits du salarié et à sa dignité, soit d'altérer sa santé physique ou mentale, soit de compromettre son avenir professionnel....", cass crim 12 10 2011 Basse/Terre dans une décision d'arrêts 16 07 2012
- (3) Leigh Anne Clark: Relationships between the big five personality dimensions and attitudes toward telecommuting, Ph.D. Thesis, Department of Management in the

## المبحث الثاني

### وسائل الرقابة الرقمية

### ومظاهر خطورتها على خصوصية المرأة العاملة

تمهيد وتقسيم:

لقد بات اقتناء وسائل التكنولوجيا الرقابية، ضرورة ملحة لجُل المنشآت المتواجدة في سوق العمل؛ لما لها من قدرة فائقة — تفوق قدرة الأفراد — على تمكين أصحاب الأعمال أو من يقوم مقامهم في المنشآت من متابعة سير العمل بها<sup>(١)</sup>، حتى أصبحت القيمة الأكثر تأثيراً بين عناصر الانتاج، وهو ما يعزز من الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها أصحاب الأعمال في الرقابة والتنظيم. وفي المقابل، فإن هذه الأدوات الرقابية، تزيد من مسؤوليتهم في تأمين خصوصية العمّال جميعاً، والإناث على وجه الخصوص، مع الأخذ في الاعتبار أن خصوصية الإناث تستدعي حماية خاصة، تفوق حماية الذكور في كثير من تفاصيلها.

فما هي أهم وسائل التفتيش والرقابة التي تفتتها المنشآت؟ وما أوجه خطورتها على خصوصية المرأة العاملة؟ هذا ما نجيب عليه من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: أهم وسائل ونظم التفتيش والرقابة الحديثة في المنشآت.

المطلب الثاني: مظاهر خطورة وسائل التفتيش والرقابة الحديثة على

خصوصية المرأة.

### المطلب الأول

#### أهم وسائل ونظم التفتيش

#### والرقابة الرقمية وحتمية تحول المنشآت إليها

يوجد الكثير من طرق الرقابة التي يمكن لصاحب العمل أن يستخدم إحداها أو جميعها، لممارسة سلطته في الرقابة علي العامل والتأكد من حسن أداء العمل وفقاً

Graduate School, Southern Illinois University Carbondale, 2007, p. 114, Institute of Management & Administration: Controller Base Salary, op. cit. p. 9.

(1) Linda G.Howard: Hazardous Substances in the Workplace Implications for the Employment Rights of Women, op. cit, p. 798; Anne Renaut: Moral Harassment – Work Organization to Blame? Op. cit, p. 4.

للتنظيم الذي وضعه مسبقاً، فنجد مثلاً استخدام أجهزة معينة للرقابة على هذا العامل أثناء مزاولته لعمله، فضلاً عن وسيلتي التنقيش والإنتاج باعتبارهما آليات أخرى للرقابة بجانب الرقابة على العامل ذاته<sup>(١)</sup>.

أولاً: رقابة التنقيش:

ظهر العديد من الأجهزة المتقدمة التي تستخدمها المنشآت للرقابة على عمالها، منها:

#### ■ نظام مراقبة الأداء عن طريق الحاسب الآلي:

يُعرف نظام مراقبة الأداء عن طريق الحاسب Computer Based Performance Monitoring (CBPM) بنظام الرقابة الإلكترونية، وهو عبارة عن مراقبة العامل ذاته أثناء أداء العمل، وجمع وبيانات عنه وتسجيلها في ملفات تستخدمها المنشأة وتحفظ بها. وقد ظهر هذا النظام وانتشر مع تزايد استخدام التكنولوجيا وانخفاض تكلفتها، حتى أضحت ميسورة الاستخدام في العديد من المنشآت<sup>(٢)</sup>، وهو ما يُعزى إليه الفضل في تيسير مهمة أصحاب الأعمال في الإشراف ومراقبة كفاءة العمل وسير العملية الإنتاجية ومراقبة سلوكيات العاملين<sup>(٣)</sup>.

والقاعدة المستقرة في هذا الصدد، أنه لا ينبغي استخدام وسائل الرقابة المذكورة، إلا في أوقات العمل فقط، وفي المكان المخصص لأداء العمل؛ احتراماً لحق العاملة في احترام خصوصياتها وحياتها الخاصة<sup>(٤)</sup>؛ حتى لا يؤدي استخدام هذه الوسائل إلى المساس بذاتيتها؛ إذ تخضع للملاحظة الدورية من قبل صاحب العمل، ومن ثم تتبعها بشكل لحظي وكشف دقائق خصوصيتها كأنثى<sup>(٥)</sup>.

(1) N. Ben Fairweather: Surveillance in Employment: The Case of Teleworking, Journal of Business Ethics Kluwer Academic Publishers Netherlands 1999 nn 41/42

(2) Howard H.M. Piper: Telework and organizational commitment: A test of the Meyer and Allen three-dimensional model of commitment, Ph.D. Thesis, H.wayne Huizenga School of Business Nova Southeastern University 2004 nn 86/87

(3) Jean -Emmanuel RAY: Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, op.cit. pp. 530/532.

(4) Pascale Peters and others: The effects of time/spatial flexibility and new working conditions. Institutional explanations for managers' attitudes towards telehomeworking Sage London December 2009 nn 282/285

(5) Sandra M. Palmer/Peart: A study on the inclination of Jamaican employees to opt for telework: A comparison with findings for United Kingdom employees, Ph.D. Thesis, The Graduate Faculty of Graduate School of Business, Nova Southeastern

ويقوم هذا النظام الرقابي — (CBPM) — على استخدام عدة وسائل، منها:

## ١- المراقبة عبر شبكة الإنترنت:

قد تلزم المنشآت عمّالها باستخدام وسيلة أو أكثر من وسائل تكنولوجيا الاتصال، سواء في أداء العمل أو في الاتصال والتواصل بشأنه<sup>(١)</sup>، وهو ما يجعل خصوصية العاملات عرضة للاختراق؛ كالتجسس — عبر برامج فيروسية — على المعلومات الخفية أو المخزنة، أو أي أنشطة أخرى للعاملة؛ كالفيدوهات والتسجيلات والصور الخاصة، مما قد يهدد أخص خصوصياتها<sup>(٢)</sup>.

وقد تتمثل الرقابة عن طريق شبكة الإنترنت في قراءة ومراجعة رسائل البريد الإلكتروني للعاملة؛ إذ أصبحت رسائل البريد الإلكتروني طريقاً معتاداً وسهلاً للتواصل بين أصحاب الأعمال والعاملين لديهم، أو بين العاملين وعملاء المنشأة. ومن ثم فقد يتسنى لصاحب العمل أو من يقوم مقامه أن يخترق خصوصية العاملة من خلال الإطلاع على مراسلاتها الإلكترونية، عن طريق تثبيت برامج تخترق صندوق البريد الإلكتروني، فيتمكن بذلك من قراءة الرسائل الإلكترونية الواردة والصادرة<sup>(٣)</sup>. الأمر الذي يثير مسألة تعارض ذلك مع احترام خصوصية العاملة.

وعليه، فإذا كان صاحب العمل يسعى في سبيل حماية مصالحه وزيادة إنتاجيته وفي سبيل الرقابة على العامل والتأكد من حسن سير العمل وفقاً للتعليمات والتوجيهات المحددة سلفاً، إلى استخدام برامج عديدة متاحة عبر شبكة الإنترنت لتحقيق أهدافه، فإن سعيه هذا مشروط بكفالة حق مقدس للعاملات لديه، هو احترام خصوصياتهن وعدم كشف أسرارهنّ أو تصوير أجسادهنّ<sup>(٤)</sup>.

---

Universitv 2004 nn 18/19

- (1) Manuela Pérez Pérez and others: The environmental impacts of teleworking. Management of Environmental Quality: An International Journal Vol.15, No.6, 2004, pp.657/259.
- (2) NORMA L. NIELSON: How Technology Affects the Design and Administration of Pensions and Benefits, JOURNAL OF LABOR RESEARCH, Volume XXIII, Number 3 summer 2002 n 421
- (3) Cheryl Anne Lampshire: Effects of leadership behaviors and communication channels on global intra/team relationships: A qualitative phenomenological study, Ph.D. Thesis Universitv of phoenix October 2009 nn 48/49
- (4) Leigh Anne Clark: Relationships between the big five personality dimensions and

## ٢- المراقبة عبر الفيديو كونفرانس<sup>(١)</sup>:

تتيح وسيلة الفيديو كونفرانس Video-conferencing، كما هو معلوم، نقل الصوت والصورة مباشرة، وهو ما يجعل العاملة محل رقابة شبه مباشرة من قبل صاحب العمل، أي أن خصوصية جسدها تكون موضع تهديد أثناء أدائها لمهام عملها؛ فقد يتكشف شيء منها دون قصد أو علم منها، وهو الأمر الذي يلقي على عاتق صاحب العمل التزاما جوهريا بإعلام العاملات لدية بذلك، قبل استخدام هذه الوسيلة، إضافة إلى قصر استخدامها مكانيا على المكان المخصص للعمل، وزمنيا خلال ساعات العمل؛ كفاءة لخصوصيتها الجسدية<sup>(٢)</sup>.

## ٣- المراقبة عبر أجهزة الهاتف المحمولة وأجهزة التتبع:

أصبح للاتصال الهاتفي المسموع والمرئي، أهمية كبيرة في الرقابة على المنشآت؛ إذ بات بمقدور صاحب العمل، أو المشرف على العاملين، أن يطلع على ما يدور في مكان العمل، صوتيا أو عبر كاميرات الهواتف التي أصبحت تفوق قدرتها قدرة الكاميرات العادية<sup>(٣)</sup>. وعليه، فإن استعمال الرقابة الهاتفية، صوتية كانت أو مرئية، حكمها حكم الوسائل الحديثة سالف الذكر؛ يتعين على صاحب العمل التنبه مسبقا باستعمالها، وسقوط حق العاملين في التمسك بعدم العلم بها.

---

attitudes toward telecommuting, Ph.D. Thesis, Department of Management in the Graduate School, Southern Illinois University Carbondale, 2007, p. 114, Institute of Management & Administration: Controller Base Salary, op. cit, p. 9.

(١) تستخدم العديد من الوزارات والمؤسسات هذه الوسيلة لعقد المؤتمرات بين رئيس العمل بالمديرين والوكلاء وغيرهم في كافة مناحي الدولة؛ فيدعي الوزير أو الرئيس إلى اجتماع بجميع العاملين، الذين لا يبرحوا أماكنهم، وليس على كل واحد سوى فتح جهاز الحاسب المزود بكاميرا على الموقع المخصص من قبل رئيس العمل، فيشاهد الأطراف بعضهم صوتيا وصورة، وبالتالي يمكن للرئيس إصدار الأوامر والتعليمات بشأن العمل، ويراجع التقارير المقدمة منهم، د. محمد نجيب عوضين: أسس التعاقد بوسائل الاتصال المستحدث، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الخامس، السبع، ٢٠٠٥، ص ٤٧٧.

(2) Jean/Emmanuel RAY: La légitime censure des télé/travaux forcés, op. cit, pp. 1040/1041. Mahlia A. Matsch and others: Perceptions of Work/Life Balance among Military Law Enforcement Personnel and their Spouses, Springer Science and Business Media LLC 2009 p 115. Manuela Pérez Pérez and others: op. cit p 659.

(3) Nidhi Tandon: Information and Communication Technologies in Bangladesh, Trends, Opportunities and Options for Women Workers, October 2006, pp. 33/34, see this search at the site: www.bdpressinform.org.

ومن قبيل الأجهزة التقنية المستخدمة في الاتصال الهاتفي، ما يسمى بجهاز تحويل الاتصالات الآلي L'autocommutateur، وهو عبارة عن جهاز مزود بحاسب آلي، تستخدمه بعض المنشآت بهدف مراقبة اتصالات العمال؛ فيقوم بتحويل المكالمات وتخزين البيانات المتعلقة بأرقام جميع المكالمات وأوقاتها ويكون باستطاعة صاحب العمل أن يستخدم هذا الجهاز لجمع المعلومات من مكالمات العاملات لديه وتخزينها واستخدامها كيفما يشاء<sup>(١)</sup>.

والحكم بجواز الرقابة على العاملات من خلال الهواتف المحمولة، أمر منطقي، قياساً على ما أورده المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (٢٥ يونيو ١٩٩٧م) من استثناء على خصوصية المنزل، يتمثل في شرعية استقبال تليفون العمل في المنزل لضرورة العمل، كمشروعية استقبال رسائل البريد الإلكتروني<sup>(٢)</sup>.

\*\*\* حتمية تحول المنشآت إلى وسائل التنفيس ونظم الرقابة الرقمية:

تتنافس العديد من شركات المعرفة والتقنية وبيوت الخبرة في هذا المجال، في تصدير الحلول المبتكرة في مجال التنفيس والرقابة في منشآت الأعمال إلى أصحاب الأعمال حول العالم، وعلى وجه التحديد وسائل التنفيس والرقابة الرقمية؛ لما تقوم به هذه الوسائل من قدرة فائقة تفوق قدرة الأفراد في متابعة بيئة العمل وتأمينها سواء لمصلحة المنشأة أو حفاظاً على العاملين بها؛ حيث تسهم في تمكين القطاعين الخاص والحكومي على حد سواء من مواكبة التطور التكنولوجي، والإسراع في خطى التحول الرقمي الحديثة.

فعلى سبيل المثال، في المملكة العربية السعودية، على سبيل المثال، تتجه المنشآت العامة والخاصة على حد سواء، إلى اقتناء أحدث وسائل التنفيس والرقابة على العاملين فيها؛ فهذا مشروع "القوى الميدانية الرقمية" لرفع مستوى الاحترافية في أداء العمل، من خلال رفع كفاءة أعمال التنفيس والرقابة على العاملين، ومن ثم توفير

(1) Ariane MOLE: op. cit. pp. 59/60. Jean FRAYSSINET: Nouvelles technologies et protection de libertés dans l'entreprise, op.cit, p.59.

(2) N. Ben Fairweather: op. cit. pp. 42/46.

بيئة عمل صحية ومتطورة، تحقق رضا العمال والمستفيدين من منشأتهم. ويضاف إلى ما سبق، خدمة أو تطبيق "المفتش الإلكتروني"، وهو خدمة سحابية متكاملة لإدارة عمليات التفتيش الميداني لأماكن العمل، والذي يعد طفرة حقيقية في مجال آليات التفتيش والرقابة على العمال<sup>(١)</sup>.

وفي الإمارات العربية المتحدة، استطاع جهاز أبوظبي للرقابة الغذائية أن يطور بعض أنظمة التفتيش والرقابة في بعض المنشآت الغذائية العاملة في إمارة أبوظبي؛ مثل نظام التفتيش عن بعد، ونظام الاتصال المرئي والمراقبة باستخدام الكاميرات، ونظام المراقبة باستخدام نقاط الاستشعار (المجسات)، ونظام مراقبة وتتبع مركبات نقل الأغذية وعربات بيع الأغذية، ونظام مراقبة النظافة الشخصية للعاملين، ونظام تتبّع المواد الغذائية وحالتها، إلى جانب نظام محاكاة الواقع الافتراضي، وغيرها من الأنظمة الرقابية التي تهدف إلى تحسين الخدمات التي يقدمها أصحاب الأعمال إلى المجتمع.

فعلى سبيل المثال، يقوم نظام (التفتيش عن بعد)، والذي يعد الأول من نوعه في مجال الرقابة على منشآت الأغذية، على إعداد تطبيق ذكي تفاعلي يتيح للمفتشين إجراء تفتيش حي للمنشأة، بحيث يتمكن صاحب المنشأة من خلال هاتفه الذكي من إجراء التفتيش الذاتي الدوري عبر خاصية التصوير المباشر وبمساعدة المفتش، وإمكانية التواصل مع المفتش المسؤول في حالة وجود خطر ما يتطلب أخذ استشارة من المفتش في معالجته<sup>(٢)</sup>.

والحقيقة أن التحول إلى أنظمة التفتيش والرقابة الرقمية، يعد مطلباً حيوياً لتعزيز مفهوم اقتصاد المعرفة من خلال التحول الرقمي المستدام، وذلك باستحداث أنظمة غير تقليدية في مجالات الرقابة على المنشآت؛ تحقيقاً لأعلى معدلات الصحة

(١) في نفس المعنى؛ انظر: ماجد سعد العريفي: "علم" تطلق ٥ خدمات رقمية مبتكرة خلال "جيتكس للتقنية ٢٠١٨"، مقال منشور على موقع الجزيرة دوت كوم، بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٧؛ الذائقة الإلكترونية، الثالث.

<http://www.aljazeera.com/2018/20181017/ln33.htm>

(٢) جريدة الوطن الإماراتية: "أبوظبي للرقابة الغذائية" يطور أول نظام من نوعه للتفتيش الغذائي عن بعد، خير منشور بتاريخ ١١ أكتوبر ٢٠١٧، الرابط الإلكتروني التالي:

<http://alwatannewspaper.ae/?p=244077>

النفسية والمهنية للعاملين من ناحية، وزيادة الفعالية والإنتاجية وخفض التكاليف من خلال الاستغلال الأمثل للموارد من ناحية أخرى.

غير أن نظم المراقبة عن طريق التفتيش، سواء بالطرق التقليدية أو من خلال الوسائل الحديثة، قد يمس بحق العاملة في احترام بعض خصوصياتها في مكان العمل، على فرض أن التفتيش لا يتصور في منزلها، ما يثير إشكالية تحقيق التوازن بين حق صاحب العمل في ممارسة سلطاته على الوجه الذي يراه وبالوسائل التي يراها مناسبة، وبين الحياة الخاصة للعاملة.

### ثانيا: رقابة الإنتاج:

مكّن التطور غير المسبوق في نظم المعلومات، أصحاب الأعمال من ملاحظة ومتابعة أداء العاملين، عن طريق استخدام برمجيات وتطبيقات متقدمة تُراقب النشاط الفعلي للعامل وترصد إنتاجه ومدى التزامه بالقواعد المحددة له سلفاً، فأصبحت المعلوماتية سبيلاً لمراقبة علاقة العمل نفسها، وتوشك أن تحل محل طرق الرقابة البشرية، وقد تمثل ذلك في نظام مراقبة إنتاج العامل<sup>(١)</sup>. ويعتمد هذا النظام على رقابة إنتاج العامل وليس على العامل ذاته أو سلوكه في العمل الذي يؤديه؛ حيث يتم تحديد معدلات إنتاج ثابتة، معتمدة على إحصائيات تم إعدادها ألياً<sup>(٢)</sup>، ويقوم هذا النظام المعلوماتي بتسجيل إحصائي آلي لكل وحدة عمل أو مهمة ينجزها العامل أو خطوة يتخذها، بحيث أنه يحصى معدل إنتاج العامل، ثم يقوم صاحب العمل باتخاذ الإجراءات المناسبة حيال هذا العامل الذي أنجز مهام عمله، وسواء أكانت إنتاجيته ضعيفة أم جيدة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. صلاح محمد أحمد دياب: مرجع سابق، ص ١٢٥.

Anne HIDALGO: Un nouveau rôle pour l'Administration du travail? Droit Social, N06, Juin, 1992, pp.540/451, Jean/Emmanuel RAY: Quelques questions autour de la loi Aubry I, op.cit, p.771.

(٢) د. فاطمة محمد أحمد الرزاز: أثر التكنولوجيا الحديثة على عقد العمل، مجلة اتحاد الجامعات العربية، العدد التاسع، إبريل (نيسان)، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٠٨.

(3) Martine Aubry et Pierre/Louis REMY: Le droit du travail à L'épreuve des nouvelles technologies, Droit Social, N06, Juin, 1992, p.522, Jean-Emmanuel RAY: Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, op. cit, p. 5334.

فالإشراف والرقابة، وفقا لهذه الطريقة، ليست على العامل ذاته ولا على العمل المؤدى، ولكن على إنتاج هذا العامل، باعتبار أن الهدف الأول الذي يبتغيه أصحاب الأعمال هو زيادة معدلات الإنتاج بغض الطرف عن الكيفية التي يؤدي بها العامل مهام عمله، وبالتالي فإن هذا النظام يمكنه من ذلك<sup>(١)</sup>.

وإذا كان لصاحب العمل أن يتخذ ما يراه كفيلاً وملائماً من الوسائل لتحقيق مصالحه وضمان حسن سير وتنظيم العمل، لطالما أنه يراعي النص القانوني أو الاتفاقي، فلا تثريب عليه في استخدامه نظام رقابة الإنتاج، باعتبار أنه لا يُعد مساساً بالحياة الخاصة والعائلية للعامل؛ إذ إن الرقابة لا تنصب على العاملة ذاتها ولكن على إنتاجها، بل إن هذا النظام يُعد أكثر أنظمة الرقابة كفاءةً للحرية الفردية لها وضماناً لعدم المساس والتداخل في خصوصياتها<sup>(٢)</sup>.

وبهذا، يتضح دور رقابة الإنتاج في ترسيخ مبدأ احترام خصوصيات العاملات بالمنشأة والحفاظ عليها وعدم إنتهاكها لا من قريب ولا بعيد، وهو - بحق - أكثر أنظمة الرقابة أهمية مما يتطلب من المنشآت التي تستخدم أجهزة تقنية أن تعدل عما تستخدمه من وسائل للرقابة تكشف من خصوصيات العاملات وتستخدم غيرها مما تعتمد على رقابة الإنتاج ولو استخداماً جزئياً في بعض أجزاء المنشأة التي تكون أكثر عرضه لانتهاك الخصوصية، أو مع استخدام وسيلة الرقابة عن طريق التفتيش معها، مع إعلام العاملات بذلك مسبقاً.

ولهذا، يمكننا القول أن هذه الطريقة وإن كان يصعب تفعيلها في بعض المنشآت، فإنها تكفل احترام مبدأ الحياة الخاصة للمرأة العاملة، ويمكن تطويرها إلى الحد الذي يجعلها تقي بغرض الرقابة وفي الوقت ذاته تحفظ خصوصية العمال، بحيث يمكن تحديد معدلات الإنتاج يدوياً؛ إذ يمكن لصاحب العمل أن يُحدد عدد ومواصفات قطع الإنتاج التي يمكن للعامل المعتاد في مقر المنشأة إنتاجها يومياً في ساعات العمل

(1) Rav Jean Emmanuel: Nouvelles technologies. nouveau droit du travail. op. cit. p. 520.

(2) Pascale Peters and Stefan Heusinkveld: Institutional explanations for managers' attitudes towards telehomeworking, op.cit, p.115.

المعتادة، وليكن عدد قطعة واحدة، مثلاً، فتكون العاملة ملزمة بإنتاج قطعة في نفس عدد الساعات، فإذا أنتجت هذه القطعة بنفس المواصفات والجودة في الوقت المحدد لها، فإنها تكون بذلك قد أدت العمل المطلوب منها دون مساس بخصوصياتها.

وعليه، فيمكننا القول بأن اللجوء إلى رقابة الإنتاج هو الأصل، ما دامت تلك الطريقة مناسبة لغرض المنشأة، والاستثناء هو اللجوء إلى رقابة التفتيش، والمحدد لهذه أو تلك هي الحاجة إليها لتحقيق مصلحة العمل؛ كالتأكد من حسن تنفيذ العاملة لأداء مهام عملها على النحو المحدد لها سلفاً، وأيضاً التأكد من إتباعها للتعليمات والتوجيهات من أجل الحفاظ على أدوات العمل ومعداته لسلامة بيئة العمل وخلوها من المخاطر<sup>(١)</sup>. وهو ما يقلص من سلطة صاحب العمل في ممارسة رقابة التفتيش، طالما كان بإمكانه اللجوء إلى رقابة الإنتاج<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### مظاهر خطورة وسائل التفتيش

#### والرقابة الرقمية على خصوصية المرأة العاملة

تعرف البيئة عموماً – في أحد معانيها – بأنها مجموع العناصر الطبيعية والصناعية الموجودة بفعل الإنسان، وتؤثر على التوازن البيئي، وتحدد الظروف التي يعيش فيها الإنسان ويتطور المجتمع<sup>(٣)</sup>. فما المقصود بالبيئة الرقمية؟ وما هي أوجه خطورة وسائلها ونظمها الرقابية على خصوصية المرأة العاملة؟  
أولاً: تعريف بيئة العمل في العصر الرقمي (البيئة الرقمية):

تعتبر بيئة العمل جزءاً لا يتجزأ من البيئة العامة، وصورة من صورها، وهي عبارة عن الحيز الجغرافي أو المكاني الذي يُمارس فيه العمل، بغض الطرف عن

(1) Jean/Emmanuel RAY: Quelques questions autour de la loi Aubry I, op.cit, p.771.

(2) انظر في نفس المعنى:

Francois TAQUET: La réforme inachevée des règles relatives au contrôle URSSAF, Droit Social N012 décembre 2000 n 100

(3) Phyllis Gabriel: Mental health in the workplace, situation analysis, United States, International Labour Organization, First published 2000, p.1/2, Tyffen CADLOT: Les nouvelles technologies et flexibilité du travail, université Paris 1/Panthéon/Sorbonne, DEA Ressources Humaines et Politiques Sociales, 1999, p.46.

نوعه، سواءً كان صناعيًا أو تجاريًا أو زراعيًا أو ذهنيًا...، وما يحتويه هذا الحيز من ماء وهواء وتربة<sup>(١)</sup>. وتعرف أيضًا بأنها الحيز الذي يمارس فيه الشخص نشاطه المهني لإنتاج سلعة أو خدمة ينتفع بها هو أو الغير ويشمل ذلك المكونات الطبيعية والمنشآت التي يقيمها الإنسان أو المواد المنتجة<sup>(٢)</sup>.

ويمكن تعريف بيئة العمل في العصر الرقمي بأنها الحيز الذي يُمارس فيه النشاط المهني لإنتاج سلعة أو خدمة يُنتفع بها، والتي تحتوي على المكونات الطبيعية والصناعية، وتمثل فيها التقنيات الحديثة دورًا بارزًا في الإنتاج أو الرقابة أو فيهما معًا.

ونوه في هذا الشأن أن استخدام مصطلح "بيئة العمل في العصر الرقمي" هو المفضل في التعبير عن بيئة العمل المقصودة، عن نظيره الشائع وهو "بيئة العمل الرقمية"؛ بالنظر لتميز الأول وشموليته، فلا يقتصر مفهومها فحسب على العاملين عبر الشاشات والوسائل التكنولوجية بل يشمل إلى جانبهم العاملين الآخرين الذين لا يستخدموا مثل هذه الوسائل، فالفيصل إذًا هو في استخدام المنشأة لأدوات تقنية في الإنتاج أو في الرقابة أو فيهما معًا.

ثانيًا: أوجه خطورة وسائل الرقابة والتفتيش على خصوصية المرأة في العصر الرقمي:

تتزايد مخاطر التقنيات الحديثة على الخصوصية بشكل عام وعلى خصوصية المرأة العاملة بشكل خاص، كتقنيات رقابة (كاميرات) الفيديو، وبطاقات الهوية (التعريف) الإلكترونية، وقواعد البيانات الشخصية، ووسائل اعتراض ورقابة البريد والاتصالات، ورقابة بيئة العمل وغيرها. والحقيقة أن استخدام وسائل التقنية العالية في ميدان جمع ومعالجة البيانات الشخصية للعاملين، قد زاد من حدة التناقض بين حرمة الحياة الخاصة وبين موجبات الاطلاع على شؤون العاملين، مما ساهم بدوره في تلاشي الحدود الفاصلة بين الحياتين المهنية

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الحماية القانونية لبيئة العمل في ظل سياسة الخصخصة، دراسة حول حق العمال في بيئة عمل سليمة وصحية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنصورة، المجلد الأول، العدد الحادي والعشرون، ١٩٩٧، ص ٢٥-٢٣.

(٢) د. سلامة عبد التواب عبد الحليم: حماية البيئة في قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٢.

والخاصة للعامله<sup>(١)</sup>. فقد أضحت الحياة الخاصة للمرأة العاملة عرضة للعديد من المخاطر والتهديدات في العصر الرقمي؛ حيث أحاطت بها وسائل تكنولوجية كثيرة، وتعددت أشكال وأنماط الرقابة عليها باستخدام هذه الوسائل بشكل ملحوظ؛ وهو ما يساعد على اختراق خصوصية العاملات، وتعرضهن لمخاطر جمّة؛ منها على سبيل المثال، تصوير جسدها وتتبع بياناتها ببسر وسهولة، مما جعل أدق أسرار حياتها الخاصة عرضة للمساس<sup>(٢)</sup>.

وتزداد خطورة هذه التهديدات في الأساس بسبب يسر الوصول إلى الشبكة العنكبوتية، في ظل ما يعرف بمبدأ ديمقراطية الإنترنت<sup>(٣)</sup>؛ إذ أصبحت متاحة لكافة المستخدمين، وهو ما يفسح المجال لتداول البيانات والمعلومات والأسرار بين آلاف بل ملايين الأشخاص في مختلف دول العالم وفي ثوان معدودة. فالتواصل والتصفح عبر مواقع وتطبيقات وبرامج الإنترنت، مثلاً، يقتضى تزويد شركاتها ببيانات ومعلومات شخصية، فضلاً عن قدرة هذه الشركات على زرع برمجيات وحزم برمجية صغيرة لنسخ بيانات المستخدمين والتعرف عليها واستغلالها لأغراض عديدة، سواء تعلقت بأمور شخصية أو عائلية أو مالية أو غيرها<sup>(٤)</sup>. كما أن منتديات الحوار ومجموعات الأخبار في البيئة الرقمية لها مخاطرها العديدة على الخصوصية؛ حيث إمكانية تتبع ومعرفة العنوان الحقيقي لرواد هذه المنتديات والوصول أحياناً إلى بياناتهم الحقيقية وأمورهم الخاصة، وهذا كله قد يستغل استغلالاً غير مشروع في مواجهة السيدات العاملات.

(1) Arne L. Kalleberg: Precarious Work. Insecure Workers. Employment Relations in Transition, American Sociological review, Vol.74, Number1, February 2009, p.78.

(٢) د. مصطفى عبد الحميد عدوى: مرجع سابق، ص ١٨.  
Hubert Bouchet : l'épreuve des nouvelles technologies: le travail et le salarié, l'épreuve des nouvelles technologies: le travail et le salarié, Droit Social, No1, Janvier 2002, pp. 80/81.

(3) Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women, op.cit, pp.798/799.<http://privacylaw.proskauer.com/2012/04/articles/workplace/privacy/gps/in/the/workplace>.

(4) Susanne Tietze and Gill Musson: The times and temporalities of home/based telework, Personnel Review Vol.32, No.4, 2003, p. 449.

ومن ناحية أخرى، فقد شاع استخدام الهواتف المحمولة سيما "الذكية منها Smart Phon"، بأنظمتها المختلفة وبرامجها المتعددة والتي تيسر من عملية التتبع على المكالمات أو الاتصالات التي تجريها أو تستقبلها العاملة، بالإضافة إلى خاصية التتبع المزودة بها هذه الهواتف الذكية؛ والتي تمكن من التقاط ما بها من تسجيلات مرئية وصوتية وأرقام وحسابات وغيرها مما يمثل أسراراً خاصة للمرأة العاملة، بل ويزداد الأمر خطورة عندما تلاحق هذه البرامج هاتف العاملة الشخصي وهي في منزلها وفي حياتها الخاصة؛ حيث بإمكانها حينئذٍ التقاط وتسجيل أسرار وخصوصيات العاملة مع عائلتها<sup>(١)</sup>.

وعليه، فإن القول بضرورة توفير حماية حقيقية لخصوصية المرأة العاملة، يستتبع الحد من انتشار وسائل التفتيش وأنظمة الرقابة الرقمية، أو إيجاد بدائل مناسبة تقي العاملات مخاطر استخدام هذه الوسائل؛ فقد أضحت حماية الخصوصية مبدأً جوهرياً تنظمه الأنظمة القانونية المختلفة على تباين أيديولوجياتها<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الصدد، وفي عام ١٩٩٧، قررت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) فحص وتتبع مختلف الحلول التي تسهل تطبيق مبادئ حماية الخصوصية في البيئة الرقمية في مختلف دول العالم، في تقريرها حول "تطبيق دليل OECD للخصوصية في البيئة الإلكترونية مع التركيز على الانترنت"، والذي توصل إلى أن دليل الخصوصية الصادر عن المنظمة عام ١٩٨٠، قابل للتطبيق على التقنيات الحديثة، طالما كانت تقوم بأنشطة جمع ومعالجة البيانات.

وقد دعت المنظمة في هذا التقرير، جهات الأعمال في البيئة الإلكترونية إلى تبني سياسات واستراتيجيات وحلول تقنية لضمان حماية خصوصية الأفراد في نشاطهم عبر الوسائل التكنولوجية سيما الانترنت. كما دعت إلى تعزيز أنشطة التوعية والتعليم للمسائل المرتبطة بحماية الخصوصية واستخدام التقنيات الحديثة،

(1) Jean –Emmanuel RAY: Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, op. cit, pp. 530/532.

(٢) أ. يونس عرب: استراتيجيات وتقنيات الحماية من أنشطة الاعتداء على خصوصية المعلومات، مرجع سابق، ص ١.

ومن ذلك أنشطة القطاعات الحكومية والمؤسسات الخاصة وقطاعات الأعمال والمستخدمين لمناقشة الاتجاهات الجديدة المتصلة بحماية البيانات الشخصية في بيئة الشبكات وحماية خصوصيات العمال المستخدمين لها.

وكذلك عقد العديد من ورش العمل تحت عنوان حماية الخصوصية في مجتمع الشبكات العالمية من ١٦ إلى ١٧ شباط/فبراير ١٩٩٨ من قبل اللجنة الاستشارية للأعمال الصناعية (BIAC) من أجل بيان الآلية التي يطبق فيها دليل الخصوصية في المنشآت. وبالفعل كان الفضل لمثل هذا التقرير وهذه الورش في وضع دليل الاستراتيجيات لحماية الخصوصية في بيئة الشبكات<sup>(١)</sup>.

هذا، وقد كان للتوجيه الأوروبي بشأن حماية معالجة البيانات الشخصية والخصوصية أثرًا بالغًا في تنظيم مبدأ احترام خصوصيات الأفراد عامةً وخصوصيات العاملين خاصةً في دول أوروبا؛ حيث أوجبت المادة (١٧) منه على جهات المعالجة (Data controller) أن تطبق معايير تقنية وتنظيمية لحماية البيانات الشخصية وخاصة في مرحلة تبادلها عبر الشبكات لحماية خصوصيات الأفراد<sup>(٢)</sup>.

ومما سبق، يمكن القول بأن استخدام طرق الرقابة والتفتيش من خلال الأجهزة المتصلة بشبكة الانترنت، أضحي يمثل تهديدًا واضحًا بل وخطيرًا كبيرًا على خصوصية المرء العامة؛ حيث إمكانية التجسس على البيانات والمعلومات الخفية أو المخزنة أو أية أنشطة أخرى للعامة؛ كالفديوهات والصور الخاصة بها، مما يُهدد أدق خصوصياتها ويُعرضها للتشهير أمام الجميع أو للابتزاز أحيانًا. وهو ما يجعلها عرضة لكشف الكثير من خصوصياتها وتفصيل حياتها<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ما سبق، فإن استعمال هذه الوسائل الرقابية الحديثة، وإن كان له ما يبرره من الناحية العملية، فإن الاحتياط لمخاطره الجمة على خصوصية العاملات، يقتضي توفير حماية قانونية كافية لهن؛ حتى لا تجبرن على التضحية بحقها في الخصوصية أو

(١) أ. يونس عرب: استراتيجيات وتقنيات الحماية من أنشطة الاعتداء على خصوصية المعلومات، مرجع سابق، ص ١.

(٢) [http://www.arahlaw.org/Download/Privacy\\_ArabWorld\\_Article.doc](http://www.arahlaw.org/Download/Privacy_ArabWorld_Article.doc)

(٣) Sharon k. Parker and others: Future work design research and practice: Towards an elaborated model of work design, op.cit, p. 419.

ربما حقها في العمل ومن ثم الأجر من الأساس؛ فكما نرى لاحقاً أن الحماية القانونية المقررة لهذه الخصوصية في مجال العمل ما زالت قاصرة؛ إذ يتعين تبني رؤية تشريعية حديثة أكثر توافقاً مع طبيعة المرأة الخاصة، وألا يقتصر الأمر على مجرد الإطار النظري لمبدأ احترام خصوصية العاملة، دون ضمانات حقيقية تضمن تقييد صاحب العمل بمقتضاه.

## الفصل الثاني

### نطاق حق العاملة في الخصوصية

#### وأحكام المسؤولية المدنية لصاحب العمل عن الاعتداء عليه

تمهيد وتقسيم:

قد يتخذ حق المرأة في احترام خصوصيتها، ذريعة — سيما من قبل المنظمات المعنية بالدفاع عن حقوق العمال — لتحجيم سلطة صاحب العمل الفعلية في الرقابة العاملين، بحجة أن متابعة العاملات أو ملاحظتهن بأي وسيلة حتى ولو كانت تقليدية، من شأنه المساس بخصوصيتهن، وفي المقابل من ذلك قد يتوسع صاحب العمل في بسط رقابته على العاملين لديه بواسطة وسائل ونظم رقمية متقدمة، إلى الحد الذي يمثل اعتداء على خصوصياتهن بدافع تحقيق مصلحة المنشأة الإنتاجية، حتى ولو تقيّد في استعمال سلطته الرقابية مكانياً وزمناً؛ فقد يتقيّد بالقيدين المكاني والزمني للعمل وبالرغم من ذلك ينتهك خصوصية العاملات لديه، فضلاً عن تدخله غير المبرر خارج الإطار المهني والذي يسبب بدوره اختراق الحياة الخاصة للعاملة وخصوصياتها.

وهو ما يدعونا إلى التعرض لنطاق حق العاملة في الخصوصية، وما قد يرد عليه من قيود، وكذلك كيفية تعويضها عما قد يلحق بها من أضرار جراء تصرفات صاحب العمل أو من يقوم مقامه غير المشروعة، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: الموازنة بين حق العاملة في الخصوصية وسلطة صاحب العمل في الرقابة عليها

المبحث الثاني: أحكام المسؤولية المدنية لصاحب العمل عن الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة.

## المبحث الأول

### الموازنة بين حق العاملة في

### الخصوصية وسلطة صاحب العمل في الرقابة عليها

تمهيد وتقسيم:

إن الموازنة بين حق المرأة العاملة في احترام خصوصيتها في مكان العمل، وسلطة صاحب العمل في الرقابة والتفتيش عليها، تقتضي بيان ملامح حق الأولى وضوابط سلطة الثاني، بشيء من التفصيل؛ حتى لا يؤدي الإخلال بأي منهما إلى اختلال الرابطة العقدية واضطرابها؛ فحق المرأة في الخصوصية ليس مطلقاً، وإنما ترد عليه بعض القيود التي تفرضها طبيعة العلاقة العقدية من ناحية وتحتمها مصالح الغير أحياناً من ناحية أخرى، وفي المقابل فإن سلطة صاحب العمل في الرقابة والتفتيش ليست مطلقة وإنما تحدها بعض القيود التي تضمن استعمالها في الغرض المخصص لها وعدم إساءة استعمالها.

وبناء على ما سبق، نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: نطاق حق المرأة العاملة في الخصوصية والقيود التي ترد عليه.

المطلب الثاني: ضمانات خصوصية المرأة العاملة (ضوابط سلطة صاحب العمل في الرقابة على العاملين).

## المطلب الأول

### نطاق حق المرأة العاملة

### في الخصوصية والقيود التي ترد عليه

من البديهي أن نقف على ملامح حق العاملة في الخصوصية، وما يرد عليه من قيود؛ حتى يتسنى الجزم بأن الفعل الذي يشكل اعتداءً على هذا الحق يستوجب التعويض عنه. فما هو نطاق هذا الحق، وما هي القيود التي ترد عليه؟  
أولاً: الموقف التشريعي من نطاق حق المرأة العاملة في الخصوصية:  
لم يتعرض المشرعان الدستوري والعادي لنطاق الحق في الخصوصية، سواء للعاملة بصفقتها مواطنة، أو بصفقتها عاملة؛ فاكتمل الدستور بالنص على

أصل الحق من حيث المبدأ، ولم يتناول المشرع العادي هذه المسألة صراحة. ومن ذلك ما نصت عليه المادتان (٤٤، ٤٥) من الدستور المصري على حرمة المسكن وحظرت دخوله وتفنيشه إلا بأمر قضائي مسبب وكذلك حرمة المراسلات البريدية والمحادثات التليفونية، وما نصت عليه المادة ٤٦ وما بعدها في الباب الثالث من حقوق وحرّيات مرتبطة بصفة الإنسان وأكدت على كفالتها. وكذا ما نصت عليه المادة ٣٠٩ مكرر من قانون العقوبات على معاقبة المعتدي على حرمة الحياة الخاصة للمواطن بالحبس.

وفي النظام القانوني الأمريكي، حددت المادة (٦٥٢) من قانون المسؤولية المدنية لسنة ١٩٧٧م<sup>(١)</sup> نطاق الحق في الخصوصية، بأنه حق الشخص في الدفاع عن اسمه وعناصر شخصيته ضد الاستعمال للأغراض التجارية، وحقه في العزلة واحترام الغير عزلته وخلوه بنفسه، وحقه في الإبقاء على الأمور الخاصة في حياته في طبي الكتمان، كالمرض مثلا، وحقه في الحفاظ على سمعته ضد كل ما يُنشر بصورة مخالفة للحقيقة، كوصف الشخص بالغش أو عدم الأمانة مثلا<sup>(٢)</sup>.

وهذا النطاق قد ورد على سبيل المثال لا الحصر، بالإضافة إلى إتباع القضاء الأمريكي معياراً موضوعياً، وهو مسلك الرجل العادي، كنموذج يُقاس عليه ما يُعد اعتداء وانتهاك للحياة الخاصة. هذا، ويؤكد قانون الخصوصية الأمريكي لعام 1984 الذي يعتبر أقوى بكثير من سابقه على إعلام الأفراد بأن سجلات شخصية يتم جمعها عنهم وحفظها، ويعطيهم الحق ليشاهدوها ويصححوها ويمنع استخدام المعلومات التي تم تزويدها في أي غرض آخر غير التي زودت من أجله. فضلاً عن قانون العمل وقانون السلامة والصحة المهنية

(١) إذ تنص على أن: "من يعتدي على حق شخص آخر في الخصوصية يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب مصالحه نتيجة لهذا الاعتداء"، ويمثل الاعتداء فيما يلي: أ. التدخل في عزلة الغير أو شؤونه الخاصة؛ ب. استخدام اسم أو صفة الغير لتحقيق مصلحة خاصة؛ ج. افشاء أمر، متعلقة بالحياة الخاصة للغير؛ د. نشر أمر، تشبه حقيقة الغير، فـ. نظاً الناس،".

(2) Ashley Z. Hager and Kristina N. Klein: op. cit, p. 9, see also Mary E. Mc Carthy: Exploring the impact of blurred boundaries in teleworkers, op. cit, pp. 28/31.

(OSHA) والذي أبرز ما جاء بهما هو إلزام صاحب العمل بتعويض العاملة عن الأضرار التي يسببها لها من جراء إنتهاك خصوصياتها وإلحاقها بأضرار معنوية<sup>(١)</sup>. أما في التشريع الفرنسي فقد وضع القانون المدني القاعدة العامة في احترام الخصوصية؛ حيث نصت المادة (٩) منه على حق كل فرد في احترام حياته الخاصة ومراسلاته، وكذلك يحظر القانون الجنائي انتهاك حرمة المساكن والمراسلات والأسرار المهنية والصور والمحادثات الخاصة<sup>(٢)</sup>.

ومن اجتهادات محكمة النقض الفرنسية في مجال حماية الحق في الخصوصية، أنه يُعتبر من الأمور التي تدخل في نطاق الحق في الحياة الخاصة للفرد ، حالة الشخص العائلية والعاطفية والجسمانية والنفسية والعقلية والدينية والفلسفية والروحية. كما قررت كذلك أن الحياة العائلية كالزواج والطلاق والبنوة، والحياة العاطفية، والصور الشخصية، والذمة المالية، وما يدفعه من ضرائب، وكيفية قضائه لأوقات فراغه، تُعد من الحياة الخاصة، وكذلك حق الشخص في الاسم والصوت وفي الشرف والاعتبار وفي سيرة حياته الداخلية والروحية. وأيضًا ما قضت به من عدم نشر المغامرات العاطفية لفتاة صغيرة السن، وعدم جواز نشر أخبار حقيقية أو مزعومة أو متصلة بمسائل الحياة الزوجية. وقضت بأن الحالة المالية للشخص من أدق أمور حياته الخاصة ونشر أي معلومات عن ذمته المالية يمثل انتهاكاً لحياته الخاصة<sup>(٣)</sup>.

وفي مصر، فقد نص الدستور على حرمة المسكن وحظر دخوله وتفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وكذلك حرمة المراسلات البريدية والمحادثات التليفونية، كما نص على الحقوق والحريات المرتبطة بالإنسان وأكد على كفالتها(المواد ٤٤، ٤٥، ٤٦

(1) Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women on cit nn 798-799

(2) SYLVIE GUERRERO: La mesure du contrat psychologique dans un contexte de travail francophone, La mesure du contrat psychologique dans un contexte de travail francophone, RELATIONS INDUSTRIELLES/ INDUSTRIAL RELATIONS, VOL. 60, No1. 2005, p.118.

(3) Cass Soc Soc., 11 juillet 2007. Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.No 06-11.164. – C.A. Paris, 24 novembre 2005.

وما بعدها من الباب الثالث). وقد نص قانون العقوبات المصري، المادة (٣٠٩) مكرر عقوبة الحبس لمن اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن<sup>(١)</sup>.

وعلى الصعيد إعلانات الحقوق والمواثيق والاتفاقيات الدولية، فقد نصت المادة (١٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ على أنه: "لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته. ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات"، وكذلك نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ في المادة ١٧ منه على المعنى ذاته، ثم أعقبتهما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ١٩٦٩م والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان ١٩٨١، ليؤكدان نفس المعنى في المادة (١١) من الأولى، والمادة (٤) من الثانية<sup>(٢)</sup>. كما حددت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية<sup>(٣)</sup>، نطاق الخصوصية في كل ما يتعلق بالمعدات التي يستخدمها أو المعلومات، مقررًا أيضًا — في المادة (٨) منها — على أنه: "١. لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته".

### ثانياً: الموقف الفقهي من نطاق حق العاملة في الخصوصية في العصر الرقمي:

على الصعيد الفقهي، يكاد يتفق كتاب القانون الخاص والقانون العام على حد سواء، على أن نطاق الحق في الخصوصية يتحدد في عدة عناصر رئيسية؛ هي: حرمة المسكن؛ سرية المراسلات والمحادثات الخاصة؛ عدم إفشاء الأسرار؛ الشرف والاعتبار؛ وأخيراً: الحق في الصورة<sup>(٤)</sup>، وهي العناصر التي نرى أنها تمثل جوهر

(١) ومن ذلك نص المادة (٤٤) "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون. ونص المادة (٤٥) :- لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون. وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون".

(٢) د. خالد حمدي عبد الرحمن: مرجع سابق، ص ٣.

(٣) " La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950", mentionnée au Jean/Maurice Verdier et autres: Droit du travail, op.cit, p.112 et Henri Peschaud: op. cit, p.21.

(٤) انظر في نفس المعنى: د. حسام الدين كامل الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص ٥٧-٥٨، د. مصطفى عبد الحميد عدوي: مرجع سابق، ص ٣٠. أ. سليم جلال: الحق في الخصوصية بين الضمانات والضوابط في التشريع

حق العاملة في الخصوصية طالما كان الاعتداء عليها أثناء أو بسبب العمل، أما ما عدا ذلك فيخرجنا من دائرة حقها الخاص في الخصوصية باعتبارها عاملة، إلى حقها العام في الخصوصية باعتبارها إنسانا، وبالتالي يخرج عن نطاق دراستنا ويدخل في نطاق دراسات القانون الدستوري.

### (١) حرمة مسكن العاملة:

يُعد المسكن من أهم مظاهر الخصوصية لكل إنسان، سواء أكان عاملا أو غير عامل؛ لذا فقد أولته الدساتير اهتماما كبيرا؛ فنصت صراحة على حرمة وعدم جواز الاعتداء عليها، وكفل لها القضاء في كافة الدول حماية كبيرة<sup>(١)</sup>.

وعليه، فإن خصوصية المرأة العاملة تتمثل، أول ما تتمثل، في مسكنها، فلا يجوز لصاحب العمل أو من يقوم مقامه أن يراقبها في منزلها، أو يتلصص على حياتها الخاصة، كأن يتتبع خصوصياتها بأجهزة التتبع على هاتفها الشخصي أو حاسبها.

ويمتد ذات الحكم لو كان مكان العمل بالمنزل؛ كأن تكون العاملة تعمل من المنزل أو عن بعد، إلا أن تخصص العاملة مكانا منفصلا أو خاصا لأداء العمل بمنزلها، فيأخذ حكم مكان العمل بالشرائط التي نوردها عند الحديث عن التزام صاحب العمل بالحفاظ على ما قد ينكشف من خصوصية العاملة بطريق الخطأ من جانبها. فيلزم لقيام صاحب العمل بالرقابة على العاملة عن بُعد أن تكون في المكتب المنزلي المخصص لأداء العمل، فضلا عن قيامه بتفتيش المنزل يلزمه أن تكون هناك حالة ضرورة، وبقدر انتفاء حالة الضرورة بقدر ما يتقلص حق صاحب العمل في ممارسة هذه الطريقة من طرق الرقابة، بحيث إذا اشترط صاحب العمل - في عقد العمل أو اشترط شفاهةً - على العاملة عن بُعد حقها في إجراء تفتيش لمنزلها، وقام

الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٨٠ وما بعدها.

(١) د. صلاح محمد أحمد دياب: مرجع سابق، ص ٤٠.

Ariane MOLE: Informatique et libertés du travail: les nouveaux enjeux, Droit Social, N01, janvier 1990, pp. 59/60.

بذلك بدون توافر حالة ضرورة فإن ذلك يُعد أمراً غير مشروع ويُمثل انتهاكاً لحرمة المسكن وللحرية الفردية للعاملة<sup>(١)</sup>.

## (٢) سرية المراسلات والاتصالات الخاصة:

كما هو معلوم أن سرية المراسلات والاتصالات الخاصة مكفولة للعاملة بموجب نصوص الدستور مثلها في ذلك مثل كل مواطن<sup>(٢)</sup>، ولكن ما نقصده في هذا الصدد أن خصوصية المرأة العاملة توجب على صاحب العمل أو من يقوم مقامه ألا يعتدي على هذه الخصوصية سواء أثناء العمل أو بمناسبة، ولو تنزع بصلاحيته في الرقابة والتفتيش على العاملة في مكان العمل؛ إذ لا ينبغي أن يستغل هذه الصلاحية لخرق خصوصيات العاملات لديه.

ومما يعفى صاحب العمل من مسؤوليته عن انتهاك حرمة مراسلات واتصالات العاملة حصوله على إذن سابق منها؛ إذ يبتعین عليه حينما يرغب في تطبيق نظام الرقابة من خلال قراءة ومراجعة الرسائل والبرقيات المتعلقة بالعمل<sup>(٣)</sup>، أن يحصل على إذن كتابي من العاملة أو إذن قضائي؛ حتى لا يتهم بالتعدي على حقها في الخصوصية، والذي يتحقق بمجرد فتح الرسائل والاطلاع عليها<sup>(٤)</sup>. وإذا قام صاحب العمل بالاطلاع على رسائل العاملة، وترتب على ذلك ضرر لها، فإنه يلتزم بالتعويض، كما أنه لا يجوز لصاحب العمل أن يحتج بما ورد في هذه الرسالة ضد العاملة، ولو تضمنت دليلاً لصالحه؛ إذ يُشترط لمتسكه بها أن تكون قد آلت إليه بطريق مشروع<sup>(٥)</sup>.

## (٣) حرمة الشرف والاعتبار:

(1) Jean/Emmanuel RAY: Quelques questions autour de la loi Aubry I. op.cit. p.771. And see <http://WWW.thehartford.com/corporate/losscontrol/telecommuting>, p.5.

(2) انظر ي نفس المعنى د. مصطفى عبد الحميد عدوي: مرجع سابق، ص ١٢٦-١٢٧، د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري، العربي، الأجنبي، مرجع سابق، ص ٢١٢.

(3) Dr Hab. Zbigniew Hajn: The Impact of European Law on the Polish Regulation of Atypical Employment Contracts, Managerial Law, Volume.47, Number.6, 2005, p. 106.

(4) Ashley Z. Hager and Kristina N. Klein: op. cit, pp. 9/10.

(5) د. حسام الدين كامل الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص ١٠٤.

يُقصد بالشرف والاعتبار، باختصار شديد، القدر أو الاحترام الأدبي الذي يحوزه الشخص بين أقرانه وذويه، وهو متعلق بالحق في الكرامة الإنسانية، والذي كفلته الدساتير لجميع المواطنين، بل وحتى لغير المواطنين.

وبالتالي، فإن المرأة العاملة لها قدرها ومكانتها الأدبية بين نظرائها ونظيراتها في مكان العمل وبين أهلها وذويها، وهو الأمر الذي يتعين على صاحب العمل أو من يقوم مقامه أن يأخذه بعين الاعتبار في معاملتها، حتى لا تكون علاقة العمل سبباً في الإخلال به<sup>(١)</sup>؛ فالاعتبار والشرف من أهم معاني الخصوصية.

وعليه، فلا يحق لصاحب العمل أن يمتن كرامتها بسبب العمل أو بسببه، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة؛ كأن يحتقرها أو يزدريها أمام نظرائها في المنشأة أو بين ذويها أو أمام الجمهور أو أمام الغير عمومًا، أو يتخذ من الإجراءات والتدابير ما ينطوي على ازدراء لمكانتها واعتبارها الأدبي لدى المحيطين بها.

ويستثنى من ذلك أن يكون صاحب العمل أو من يقوم مقامه قد أعلن مسبقاً في مكان ظاهر من المنشأة أو اتفق مع العاملات لديه على أن مكان العمل مراقب بكاميرات على سبيل المثال؛ ضماناً لحسن العمل في المنشأة<sup>(٢)</sup>؛ ففي هذه الحالة تكون العاملات قد أقررن صراحة أو ضمناً بأنهن اللاتي ينبغي أن يأخذن الحذر في مكان العمل، إلا ما ينكشف من هذه الخصوصية بمحض الصدفة أو عن طريق الخطأ، أو يقوم صاحب العمل بتغيير في الصور أو الفيديوهات للعاملات ليظهر بها؛ إذ يلتزم صاحب العمل أو من يقوم مقامه بعدم استغلاله لأغراض شخصية أو تهديدية أو انتقامية؛ كما أشرنا إليه سابقاً.

#### (٤) الحق في عدم إفشاء أسرار العاملة:

قد تفضي العاملة إلى صاحب العمل أو من يقوم مقامه ببعض أسرارها الشخصية؛ إما اختياراً كان تكون العلاقة بينهما وطيدة، وإما إجباراً كأن يكون ذلك بسبب واقعة ما

(1) François TAQUET: La réforme inachevée des règles relatives au contrôle URSSAF, Droit Social N012 décembre 2000 n 100

(2) See in the same meaning: Lynette Harris: Home/based teleworking and the employment relationship, op.cit, p.430, kelly williams/whitt: op. cit, p. 416.

تستلزم التحقيق أو التقصي، وقد يقع منها خطأ ما فيكشف شيء من خصوصيتها(1)؛ كأن ترصد كاميرات المراقبة شيئاً من جسدها أو تكشف مراقبة بريدها الإلكتروني أو مراقبة محادثاتها أثناء أداء العمل، أسرارها بطريق الصدفة أو الخطأ من قبل صاحب العمل أو من يقوم مقامه، وهو الأمر الذي يفرض عليهما حفظ هذه الأسرار وعدم البوح بها أو استغلالها استغلالاً غير مشروع كتهديد العاملة أو ابتزازها بسببها؛ إذ يعد ذلك صورة من صور الاعتداء على خصوصيتها كما سبق أن بينا.

وعليه، فإن إعلان صاحب العمل عن استخدام كاميرات للمراقبة ووضع هذا الإعلان في مكان ظاهر في المنشأة، أو اتفاهه مع العاملات على مراقبة المنشأة بوسائل رقمية حديثة(2)، لا يعفيه من مسؤولية الحفاظ على ما قد تلتقطه هذه الكاميرات من أسرار العاملات لديه بطريق الخطأ، كما سنبيين في أحكام مسؤولية صاحب العمل عن الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة.

(5) الحق في الصورة.

يقصد بالحق في الصورة، سلطة الشخص في الموافقة أو الاعتراض على تصويره بأي وسيلة من وسائل التصوير أو التجسيد أو التمثيل؛ فوتوغرافياً أو بالفيديو أو بالرسم أو النحت أو غير ذلك من أدوات الوصف والتجسيد، وهو من أهم مظاهر الخصوصية لكل إنسان، وليس للمرأة العاملة فحسب.

وحيث إن العاملة معرضة للتصوير لوجود كاميرات مراقبة في مكان العمل، فإن حقها في الصورة، وهو من أهم مظاهر خصوصيتها كأنتى، معرض للاعتداء عليه؛ فكما هو معلوم أن هذه الكاميرات لها قدرة فائقة على التقاط أدق التفاصيل وتسجيل ما تقوم بتصويره، بل ونشره على مواقع الإلكترونية والتواصلية. وهو الأمر الذي يلقي على عاتق صاحب العمل أو من يقوم مقامه بالتزام الحفاظ على ما قد

(1) See in the same meaning: Elaine S. Brenner: Retaining teleworkers: telework as a moderator of typical relationships between turnover antecedents and turnover intentions. Ph.D.thesis, the Faculty of Columbian college of Arts and Sciences, The George Washington University. 2006. p.73.

(2) Ariane MOLE: Informatique et libertés du travail: les nouveaux enjeux, op.cit, pp. 59/60.

يظهر من خصوصية العلامات لديه أثناء أداء العمل أو بسببه؛ كأن يبدو شيء من أجسادهن أو تتكشف بعض أسرارهن، فيكون ملتزماً بحفظها وعدم تداولها أو استغلالها لتحقيق أغراض منافية للقانون<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: القيود التي ترد على حق المرأة العاملة في الخصوصية:**

سبق القول أن حق العاملة في الخصوصية ليس مطلقاً من القيود شأنه شأن كل الحقوق، وإنما ترد عليه بعض القيود، والتي ترجع — بحق — إلى ضرورة التوازن بين حق العاملة في احترام خصوصياتها وبين حق صاحب العمل في الحفاظ على العمل بمنشأته وضمان حسن سير العمل بها، بل وأحياناً لضمان عدم توقفها. ولذا، نجد من هذه القيود ما يرجع إلى الظروف الاستثنائية التي قد تجابه المنشأة، ومنها ما يرد إلى الحفاظ على المصلحة العامة، وأخيراً منها ما يرد إلى رضاء العاملات وعلمهن المسبق بذلك.

**أولاً: في الظروف الاستثنائية للمنشأة:**

بادئ ذي بدء، يحرص القانون دائماً على الأخذ بعين الاعتبار الحقوق والحريات الأساسية للعاملين، ومن ذلك ما نص عليه القانون الفرنسي؛ من أنه لا يمكن أن توضع على حقوق الأشخاص وحرياتهم قيوداً غير محددة بطبيعة المهام المزاولة أو غير مناسبة مع الهدف المقصود<sup>(٢)</sup>، وكذلك أنه "ليس بإمكان أحد أن يقيد حقوق الأشخاص أو الحريات الفردية والجماعية، بقيود لا تجد تبريراً في طبيعة العمل المنجز، أو لا تتناسب مع الهدف المطلوب<sup>(٣)</sup>".

(1) See the same meaning: Susanne Tietze and Gill Musson: The times and temporalities of home/based telework, op. cit, p. 449, Gladys Hrobowski/Culbreath: op. cit, pp. 25/26.

(2) "...Il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché". Article L. 122/35 du code du travail.

(3) "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché". Article L. 120/2 du code du travail.

ويستشف من هذا النص أن بعض الحقوق والحريات في إطار علاقات العمل، يمكن أن تكون محلاً للتقييد، ولكن لا يمكن إلغاؤها بل فقط تقييدها سواءً من خلال العقد أو من خلال أوامر وتوجيهات صاحب العمل، بما لا يخالف القانون أو الاتفاق الفردي أو الجماعي. وعليه يمكن قبول شروط تقييد خصوصيةعاملات، طالما أنها لا تخالف القانون أو الاتفاقات الجماعية أو تنتقص من حقوقهن. فقد تتعلق هذه الشروط الأخيرة بتنفيذ العقد؛ كالإزام العاملة بأداء العمل في مكان مراقب بالأجهزة الصوتية والمرئية، أو استخدام أجهزة معينة أو التعامل مع نظام معاملات إلكترونية لا يقبل سواه في المعاملات<sup>(1)</sup>.

وعليه، فطالما كانت هذه الشروط ضرورية لتحقيق مصلحة المنشأة وتوافرت لها صفة التأقيت، فلا يُعد ذلك اعتداءً من قبل صاحب العمل على حق العاملة، فالأصل في مثل هذه الحالة، حالة الضرورة، التكايف بين كافة العاملين بالمنشأة مع صاحب العمل من أجل الحفاظ على سير هذه المنشأة وعدم توقفها<sup>(2)</sup>.

ولا نقصد بتوافر حالة الضرورة والظروف الاستثنائية تحلل صاحب العمل من كافة الضوابط القانونية بشأن احترام خصوصيات العاملة؛ بل يظل ملتزماً ببعض الضوابط التي تمثل الحد الأدنى للخصوصية، والتي تتمثل في حفظ الأسرار التي قد تتكشف له جراء التدابير والإجراءات التي يتخذها لحماية المنشأة.

فلو فرضنا أن صاحب العمل يستخدم أجهزة رقابة رقمية متطورة، كشفت عن بعض خصوصيات العاملة، أو تكشفت له بعض أسرارها أثناء زيارته — أو من يقوم مقامه — لها في منزلها لتسليمها أدوات أو معدات العمل أو استلام ذلك منها، أو أثناء الاتصال بها في منزلها، أو بسبب إلزامها بالعمل في المنزل وهي ملتزمة بأداء العمل في المنشأة، ففي مثل هذه الحالات يتوجب على صاحب العمل حفظ هذه

(1) Tyffen CADLOT: Les nouvelles technologies et flexibilité, université Paris, 1/Panthéon/Sorbonne, DEA Ressources Humaines et Politiques Sociales, 1999, p.23 et suivi.

(2) Jeffrey A. Mello: op. cit. p. 257, Jean/Emmanuel RAY: La légitime censure des télé/travaux forcés, op.cit, p.1042.196

الأسرار وعدم البوح بها أو استغلالها بما ينافي القانون، وإلا كان عمله انتهاكاً لخصوصيتها ولو كان بذلك مع توافر حالة الضرورة<sup>(١)</sup>.

هذا، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بأحقية صاحب العمل في تنظيم منشأته وإدارة العمل فيها، شريطة ألا يمثل ذلك تعدياً على حقوق العاملين لديه، أو ينتقص من حقوقهم، أو يعرضهم للمخاطر<sup>(٢)</sup>. كما قضت بأنه لا يمكن فصل الموظف الذي يبلغ عن أفعال الضرر الأدبي أو التحرش الأخلاقي لهذا السبب<sup>(٣)</sup>.

في حين قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن صاحب العمل ملتزم بتوفير بيئة عمل آمنة وصحية للعاملين لديه، سيما للمرأة العاملة ولا يعتبر ذلك تمييزاً لبعض عماله، بل مراعاة لطبيعة المرأة، وفي سبيله لتنظيم سير العمل بمنشأته لا يجوز له أن يقيد حريات عماله أو ينتهك خصوصياتهم بما يخالف القانون<sup>(٤)</sup>.

ومن جانبها قضت محكمة النقض المصرية بأن "علاقة التبعية مناطها أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله وفي الرقابة عليه ومحاسبته...."<sup>(٥)</sup>. كما قضت في مناسبة أخرى بأن "من سلطة صاحب العمل تنظيم منشأته وفقاً لما يقتضيه صالح العمل...."<sup>(٦)</sup>.

(1) Francois TAQUET: La réforme inachevée des règles relatives au contrôle URSSAF, Droit Social N012 décembre 2000 n 100

(2) Cass. Soc., 11 juillet 2007, No 06/11.164. – C.A. Paris, 24 novembre 2005, Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén. Cour de cassation: droit du travail, études – communications – jurisprudence – doctrine, sommaires d'arrêts et notes, n0.79m. publication trimestrielle, 2007.

(3) "Le salarié qui relate des agissements de harcèlement moral ne peut pas être licencié pour ce motif et ce. à peine de nullité. Mais pour pouvoir revendiquer le bénéfice de cette protection issue des dispositions du Code du travail encore faut-il, précise la Cour de cassation que le salarié ait expressément qualifié les faits de harcèlement moral 20/09/2017. Télécharger l'arrêt Cour de Cassation Chambre Sociale n° 15/23045 du 13/09/2017 Harcèlement moral / La réaction tardive de l'employeur engage sa responsabilité: ISTNF / 04/09/2017. Lire l'arrêt Cour de Cassation Chambre Sociale n° 16/13734 du 13/07/2017".

(4) Supp.Court; 1977, Dothardv.Rawlison, n0433, U.S, 321, 332.

(٥) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٩٧٢ لسنة ٧٣ قضائية، جلسة ٢٠٠٥/١٥/٢٠٠٥؛ مكتبة القاضي سائلة النكر.  
(٦) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١١٧٩ لسنة ٧٠ قضائية جلسة ٨/١١/٢٠٠١، مجموعة المكتب الفني، السنة ٥٢، قاعدة رقم ٢١٠، ص ١٠٨٢. سعيد محمود الديب: مكتبة القاضي، تشريعات وأحكام جمهورية مصر العربية، أحكام محكمة النقض، ٢٠١١.

## ثانياً: الإثبات الجنائي:

قد يتعارض الحق في الخصوصية مع الحق في الإثبات في دعوى من الدعاوى التي يتوقف الفصل فيها على نحو يحقق العدالة على الدليل أو الأدلة المتحصل عليها بطريقة تمثل اعتداء على صورة من صور الحق في الخصوصية<sup>(١)</sup>. وتختلف الأنظمة القانونية المقارنة فيما بينها فيما يتعلق بمشروعية الدليل المتحصل عليه من طريق الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة أو الذي يمثل انتهاكاً للحق في الخصوصية، بين مجيز وغير مجيز لذلك.

ونرى مع الاتجاه الحديث<sup>(٢)</sup> ضرورة التفرقة بين الدعاوى المدنية والدعاوى الجنائية في هذا الصدد؛ فالمصلحة العامة التي يحميها القانون الجنائي والمتمثلة في مكافحة الجريمة تجعلنا نقر الإثبات الجنائي كقيد على خصوصية العاملة، بينما لا نقر الإثبات المدني باعتبار أن الدعوى المدنية تحمي مصلحة خاصة، وهو ما يجعل من كفالة الحق في الخصوصية أولى في مقام الترجيح بينهما.

وعليه، فإن ما يقدمه صاحب العمل من أدلة إلى القاضي الجنائي، تم الحصول عليها بطريقة تمثل خرقاً لخصوصية العاملة، وبناء على قرار النيابة العامة أو استدعاء المحكمة، لا يقيم مسؤليته عن الاعتداء على حق العاملة في الخصوصية، بينما تقوم مسؤليته عن تقديم دليل لصالح شخص ما في دعوى مدنية بالمخالفة لالتزامه بكفالة حق العاملة في الخصوصية.

## ثالثاً: رضاء العاملة<sup>(٣)</sup>:

الرضا هو قبول الشخص بأمر أو تصرف معين، وهو اتجاه الإرادة نحو قبول فعل الاعتداء على مصلحة يحميها القانون. وقد يكون الرضا بناء على عقد بين العاملة وصاحب العمل وقد يكون من قبيل التسامح؛ أي أنه يكون صريحاً أو ضمناً أو مفترضاً، سواء أكان بالقول أو الكتابة أو الإشارة وغيرها<sup>(٤)</sup>.

(١) في هذا المعنى راجع د. حسام الدين كمال الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(٢) صالح جواد كاظم: التكنولوجيا الحديثة والسرية الشخصية، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٣) انظر في نفس المعنى: أ. سليم جلال: الحق في الخصوصية بين الضمانات والضوابط، مرجع سابق، ص ١٣٩ وما بعدها.

(٤) د. حسام الدين كمال الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

هذا، ويستقر القضاء على أنه يحظر تنازل الشخص عن حقه في الخصوصية بصفة نهائية، ولكن يجوز أن يكون هذا الحق محلاً لاتفاقات معينة أو تسمح بالنزول عنه بشرط، ألا تتعرض هذه الاتفاقات مع النظام العام أو الآداب<sup>(١)</sup>.

وبالتالي فإن رضاء العاملة بالعمل تحت أجهزة الرقابة الرقمية التي قد تكشف شيئاً من خصوصيتها، ليس معناه إقرار العاملة بجواز الاعتداء على خصوصيتها في كل صورها، وإنما تظل محتفظها بحقها في عدم إنشاء ما قد تكشفه هذه الكاميرات أو ما قد يتكشف من خصوصيتها خلال المحادثات الهاتفية أو البريدية أو غيرها، وبالتالي فإن صاحب العمل يظل ملتزماً بكفالة حقها في الخصوصية من وجوه أخرى تمثل نطاق للحق في الخصوصية كما سبق أن بينا.

وعليه، فإن رضاء العاملة يعد قيدياً على نطاق حقها في الخصوصية في حدود ما تم التراضي عليه، وليس في جميع صور الحق في الخصوصية، وهو ما يترتب عليه عدم قيام مسؤولية صاحب العمل عن الاعتداء الذي قد يقع على إحدى صور الخصوصية التي تم التراضي عليها، بينما تقوم مسؤوليته عن الاعتداء الذي يقع على الصور الأخرى التي لم يتم التراضي عليها ولا يجوز التراضي عليها.

وعليه، فإذا أخبر صاحب العمل، العاملين لديه، عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، برغبته في استخدام وسائل إلكترونية للرقابة والتفتيش في مكان العمل، أضحى بإمكانه استخدامها ليس فقط للرقابة على العامل ولكن أيضاً كدليل للإثبات. ويضاف إلى ذلك، أن التزام صاحب العمل بالقيدين السابقين — اللذين قررهما القانون ومحكمة النقض الفرنسية — يُعد نزولاً على مقتضى مبدأ احترام الحياة الخاصة للعامل؛ إذ طالما كان هذا الأخير عالماً أنه مراقب أثناء تأدية عمله، فإن صاحب العمل لا يتعدى على خصوصياته، ولكن يلتزم هذا الأخير بممارسة الرقابة على المكان المخصص لأداء العمل فقط وفي الوقت المحدد للأداء.

(١) صالح جواد كاظم: التكنولوجيا الحديثة والسرية الشخصية، مرجع سابق، ص ١٣٦، وما بعدها.

هذا، وقد أقرت المحكمة العليا الأمريكية للمنشآت بإمكانية اللجوء إلى استخدام الوسائل التقنية في الرقابة والتفتيش، ولم تحظر ذلك طالما اتصف بالمشروعية متى كان لتحقيق أغراض العمل، ولم تقتصر إجازتها عند هذا الحد بل امتدت لتشمل عدم مسؤولية صاحب العمل عن انتهاك خصوصيات العاملة بشأن استخدامها لأدوات العمل في الأغراض الشخصية، وحملتها هي نتيجة ذلك؛ حيث قررت مشروعية لجوء المؤسسات إلى الأجهزة التقنية الحديثة من أجل المراقبة؛ مبررة ذلك بأنه يجوز للمنشآت على اختلاف أنواعها استخدام الوسائل التقنية من أجل الرقابة على العاملين ولحفظ الأمن فيها ولأية أغراض مشروعة (١). كما قضت، في حكم آخر، بعدم مسؤولية صاحب العمل عن مراقبة التليغراف والهاتف الخاص بالعمل؛ حيث بإمكانه استخدام وسائل عديدة للرقابة على العاملين لديه والتأكد من حسن أدائهم للعمل، وأن العاملة هي التي أخطأت حين استخدمت الهاتف المخصص للعمل للأمر الخاصة بها (٢).

أما محكمة النقض الفرنسية فلم تعترض على لجوء صاحب العمل إلى وسائل إلكترونية لمراقبة العامل أثناء أدائه لمهام عمله، ورصد تحركاته والتسجيل له، وإنما اعترضت على استخدام هذه الوسائل بدون إعلام العامل بذلك؛ حيث قررت — في حكمها الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٩١ — مبدأ جوهرياً، مفاده أن حق صاحب العمل في المراقبة والإشراف على نشاط عماله أثناء وقت العمل، لا يتيح له إجراء أي تسجيل لأقوالهم أو لصورهم دون إطلاع العاملين عليها أيًا كان السبب؛ إذ إن ذلك يُشكل وسيلة إثبات غير مشروعة، ولا يحتج بها في مواجهة العمال إذا كان هذا التسجيل قد تم دون علمهم (٣).

وجملة ما سبق، أنه أيًا كانت الوسيلة الإلكترونية التي تستخدمها المنشأة في تنظيم العمل وفي الرقابة على العاملة ذاتها أثناء أداء العمل، فإن صاحب العمل ملتزم

(1) *Sunn Court: Wyoming v Houghton* 526 U.S. 295 300 (1999)

(2) *Supp. Court: 1998* , *Buruell v. Eastern Air Lines, Inc*, 458, F.Supp. 474, 497 411, U.S. 792 (1973).

(3) *Cass. Soc. 20 nov. 1991, Dr. Soc. 1992, p.28, rapport Waquet (ph.)*, mentionnée au *Ray Jean Emmanuel: Nouvelles technologies, nouveau droit du travail, op. cit, p. 520.*

في كافة الأحوال بعدم تتبع خصوصيات العاملة فضلا عن كشفها أو الإعلان عنها؛ فمجرد موافقة العاملين على استخدام المنشأة كاميرات للمراقبة والإعلان عن ذلك في أماكن ظاهرة في مكان العمل وزمانه، لا يعني تحلل المنشأة من مسؤوليتها الأخلاقية عن حفظ الأسرار التي قد ترصدها هذه الكاميرات<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### ضمانات خصوصية المرأة العاملة

#### (ضوابط سلطة صاحب العمل في الرقابة على العاملين)

لما كانت رابطة التبعية، التي تُعتبر أحد عناصر عقد العمل، تعكس سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه المسلّم بها لصاحب العمل، بحيث إذا أُبرم عقد العمل، يصبح العامل تحت سلطة صاحب العمل، وينتج عن هذا العقد تقييد حريته وخصوصيته، فإن ذلك لا يحمل على أنه تنازل من هذا الأخير عن كامل حريته وخصوصيته وجعلهما عرضة للتدخل والانتهاك، وإنما تقيّد سلطة صاحب العمل في ذلك بضوابط معينة، منها التزامه بممارستها داخل الإطار المهني، بالإضافة إلى تقييد ممارستها بالالتزام بالصحة النفسية للعاملين لديه<sup>(٢)</sup>.

#### أولاً: ضوابط سلطة صاحب العمل في الرقابة:

الأصل في ممارسة صاحب العمل سلطته في الرقابة والتفتيش أن تكون داخل الإطار المهني، وإن كان يجوز له ممارستها خارج الإطار المهني كاستثناء.

#### (١) ممارسة سلطة داخل الإطار المهني:

الأصل العام أن صاحب العمل له صلاحية الرقابة على العاملين لديه، في مكان وزمان العمل؛ ذكورا كانوا أو إناثا، لضمان حسن سير العمل، وهو ما يترتب عليه تقيده في ممارسة هذه السلطة بهذا الزمان وذلك المكان، فلا تمتد إلى الحياة الخاصة للعامل. ولكن مع اللجوء المتزايد إلى تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في ممارسة سلطة الرقابة

(1) Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women. op.cit. pp.798-799.

(2) Ariane MOLE: Informatique et libertés du travail: les nouveaux enjeux, Droit Social, N01, janvier 1990, pp. 59/60.

والتفتيش، يزيد كثيراً من المخاطر التي تهدد خصوصية العمال، وعلى وجه الخصوص العملات، بل ويزيد من حدة الأمر قدرة هذه الوسائل على الوصول إلى الحياة الخاصة لهن؛ عبر الكاميرات أو أجهزة الاتصال والتتبع، فتوشك أن تجعل من سلطة صاحب العمل في الرقابة تمتد إلى خارج الإطار المهني، فتسبب للعاملات ضرراً مادياً ومعنوياً<sup>(١)</sup>.

وتوقياً لهذه المخاطر، فقد حظر المشرعون في جل النظم القانونية على أصحاب الأعمال، أن تتجاوز سلطاتهم في الرقابة إلى خارج الإطار المهني؛ تحاشياً لما قد ينتج عن ذلك من أضرار معنوية أو مادية للعاملين عموماً والعاملات خصوصاً.

فعلى سبيل المثال، نجد المشرع الفرنسي، وله السبق في ذلك على نظيره الأمريكي والمصري، يصد تجاوزات صاحب العمل بالنص على حظر انتهاك حقوق العاملين أو تدهور ظروف العمل وشروطه، ولم يتوقف عند هذا الحد، بل غلظ من العقوبة المقررة في هذا الشأن على من يخالف ذلك من أصحاب الأعمال.

فقد نصت المادة (٢٢٢-٣٣-٢) من قانون العقوبات الفرنسي على أنه: "لا يجوز مضايقة الآخرين بالكلمات أو السلوكيات المتكررة التي يكون الغرض منها أو يترتب عليها تدهور ظروف العمل التي قد تؤثر على حقوقهم وكرامتهم أو تغيير صحتهم الجسدية أو العقلية أو يهدد مستقبلهم المهني، ويعاقب على ذلك بالسجن لمدة سنتين وغرامة قدرها ٣٠٠٠٠ يورو"<sup>(٢)</sup>.

في حين نص المشرع الفرنسي في المادة (1-1152 L) من قانون العمل على أنه: "لا يجوز تعريض أي موظف لأفعال متكررة من الضرر المعنوي يكون هدفها أو تأثيرها في تدهور ظروف عمله التي قد تؤثر على حقوقه وكرامته، أو

(1) Hubert Bouchet : l'épreuve des nouvelles technologies: le travail et le salarié, op.cit, n 82

(2)"Article 222/33/2 du code pénal: le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende".

تضعف صحته البدنية أو العقلية أو تعرض مستقبله المهني للخطر<sup>(١)</sup>". كما نص في المادة (L. 1152-4) من ذات القانون على أنه: "يجب على صاحب العمل اتخاذ جميع التدابير اللازمة لمنع أعمال الضرر المعنوي<sup>(٢)</sup>".

ثم حصر — في المادة (L4612-1) — اختصاصات لجنة الصحة والسلامة وظروف العمل في الآتي:

١. المساهمة في الوقاية والحماية من الصحة البدنية والعقلية وسلامة العاملين في المؤسسة وتلك التي توفرها مؤسسة خارجية؛
٢. المساهمة في تحسين ظروف العمل، لا سيما بهدف تسهيل وصول المرأة إلى جميع الوظائف والاستجابة للمشاكل المتعلقة بالأئمة؛
٣. مراعاة التقيد بالأوصاف القانونية المتبعة في هذه الأمور<sup>(٣)</sup>".

---

(1) "Article L. 1152/1 du code du travail : aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel"

(2) "Article L. 1152/4 du code du travail: L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral"

(3) Article L4612/1 du code du travail : le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a pour mission :

1° De contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure :

2° De contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ; 3° De veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières".

وكذلك نصت المادة L4612/3 من قانون العمل: تسهم لجنة الصحة والسلامة وظروف العمل في تعزيز الوقاية من الأخطار المهنية في المنشأة وتؤدي إلى أي مبادرة تعتبرها مفيدة في هذا الصدد. على وجه الخصوص، قد يقترح إجراءات لمنع التحرش النفسي، والتحرش الجنسي والسلوك الجنسي كما هو محدد في المادة L. 1142/2/1. هو الدافع لرفض صاحب العمل:

Article L4612/3 du code du travail: "le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail contribue à la promotion de la prévention des risques professionnels dans l'établissement et suscite toute initiative qu'il estime utile dans cette perspective. Il peut proposer notamment des actions de prévention du harcèlement moral, du harcèlement sexuel et des agissements sexistes définis à l'article L. 1142/2/1. Le refus de l'employeur est motivé".

وفي أمريكا، فقد حظر المشرع — في قانون العمل وقانون السلامة والصحة المهنية (OSHA) — على صاحب العمل أن يتجاوز سلطة الرقابة إلى خارج الإطار المهني، وإلا التزم بتعويض الأضرار المعنوية التي يسببها انتهاك الخصوصية(١).

وفي مصر، فقد نص الدستور في مادته ٤٥ على أن: "لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون..."، كما نص في المادة ٥٧ على أن "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء".

بينما نص المشرع المصري في المادة (٢٠٨ عمل موحد) على أن: "تلتزم المنشأة وفروعها بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل في أماكن العمل بما يكفل الوقاية من المخاطر الفيزيائية...". ثم أورد ذلك بنص المادة (٢٠٩ عمل موحد) من أنه: "تلتزم المنشأة وفروعها باتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل للوقاية من المخاطر الميكانيكية والتي تنشأ من الاصطدام بين جسم العامل وبين جسم صلب...".

والنصوص السابقة توضح لنا أنه لا يجوز لصاحب العمل — من حيث الأصل — التدخل في غير الحياة المهنية للعامل؛ حيث الانفصال بين الحياتين المهنية والخاصة، وحتى في نطاق الحياة المهنية لا يجوز له التدخل ممارساً لسلطته في الرقابة بما يسبب ضرراً للعامل، سواء أكان ضرراً مادياً جسدياً أو ضرراً معنوياً.

وعليه، فلا يجوز — من حيث الأصل — لصاحب العمل أن يتدخل في الحياة الخاصة والعائلية للعامل خارج علاقة العمل؛ حيث تخرج من مظلة تبعيته وتسترد حريتها كاملة بمغادرتها مكان العمل وزمانه. وإذا كان ذلك يمثل المبدأ العام الذي يلتزم به صاحب العمل حيال العاملات لديه في المنشأة، فإنه يُسأل عن ذلك حال

---

(1) Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women, op.cit, pp.798/799.

انتهاكه لخصوصيات هؤلاء العاملات في حياتهن الخاصة. فيسأل صاحب العمل قانوناً عن الأضرار التي يسببها للعاملة من جراء اتصاله بها أو ملاحقتها صوتياً ومرئياً في منزلها واستغلال ذلك، أو إجبارها على استخدام جهاز معين وهي في حياتها الخاصة، وعلى سبيل المثال إجبار العاملة على تشغيل الواثس للمكالمات المرئية والصوتية والفيديوهات المتعلقة بالعمل وهي في منزلها<sup>(١)</sup>.

## (٢) ضوابط سلطة صاحب العمل في الرقابة خارج الإطار المهني:

قد يحدث أن تتجاوز سلطة صاحب العمل في الرقابة، إلى الإطار غير المهني؛ متى كان ذلك لمصلحه العمل، ففي هذه الحالة يُعتبر فعله تدخلاً مبرراً بصفة استثنائية، كأن يتصل بها تليفونياً أو يتواصل معها عبر البريد الإلكتروني أو الواثس أو برامج مرئية ومسموعة لحضور اجتماع ضروري أو غير ذلك.

وعليه، فيجوز لصاحب العمل الاستناد إلي هذا الاستثناء لمد غطاء التبعية إلى غير إطارها، ولكن بضوابط معينة كمصلحة ضرورية للعمل وتوافر صفة التأقيت. فالقاعدة أنه لا يجوز لصاحب العمل أن يتدخل في نطاق الإطار غير المهني للعاملة؛ إذ يُعد ذلك اعتداءً من الأول على حق الثانية ويكون هذا التدخل غير مبرر يستوجب المساءلة طالما خالف الضوابط القانونية المطلوبة<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لما سبق، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن عقد العمل يمثل جوهر الإطار المهني للعامل؛ ففي إطار هذا العقد يكون تدخل صاحب العمل في حياة العامل المهنية أمراً مقبولاً كقاعدة، فقد ارتضاه بقبوله التعاقد، أما في الإطار غير المهني فإن العامل يسترد كامل حريته في التعامل مع خصوصياته، وبالتالي تتحصر سلطة صاحب العمل الرقابية في المنطقة المهنية فحسب<sup>(٣)</sup>. كما قضت — في عدة قضايا

(1) Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women, op.cit. p.8.6.

(2) Jeffrey A. Mello: op. cit, p. 257, Jean/Emmanuel RAY: La légitime censure des télé/travaux forcés, op.cit. p.1042.196

(3) Cass. Soc. 12 janvier, 1999, mentionnée au Jean/Maurice Verdier et autres: Droit du travail, op.cit, p.112. Hubert Bouchet: l'épreuve des nouvelles technologies, op.cit, p.82.

أخرى — بأن إیرام العامل لعقد العمل يؤدي إلى تخليه عن قدر من حريته إعمالاً لمقتضى هذا العقد، ومن ثم فإن علاقة التبعية وما يرتبط بها من سلب جزئي لحرية العامل، تظهر أو تختفي بقدر اقترابها أو بُعدها عن عقد العمل وضرورات تنفيذه<sup>(١)</sup>.

كما قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن صاحب العمل له سلطات يستعملها في سبيل حماية مصلحة المنشأة؛ فله الرقابة على العاملين لديه باستخدام وسائل تقنية مشروعة، وهم ملتزمون بالخضوع لذلك وفقاً للعقد المبرم بينهما والذي يبرر تدخله ورقابته وخضوعهم لتبعيته<sup>(٢)</sup>.

أما محكمة النقض المصرية فقد قضت بأن "علاقة التبعية مناطها أن يكون للمتبع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله وفي الرقابة عليه ومحاسبته<sup>(٣)</sup>". كما قضت بأن: المقرر — في قضاء هذه المحكمة — أن لصاحب العمل بمقتضى سلطته في الإدارة والإشراف أن ينظم وقت العمل اليومي طبقاً لحاجة العمل وظروف الإنتاج ويلتزم العامل بأداء عمله وفقاً لهذا التنظيم ما دام متفقاً وأحكام القانون، وليس في القانون ما يحدد الترتيب الزمني لساعات العمل الإضافية بالنسبة لساعات العمل الأصلية ولا تكون الأولى تالية بالضرورة للثانية وأن المرجع في هذا التحديد هو النظام الذي يضعه صاحب العمل أو ما درج عليه بالعمل في منشأته..."<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: التزام الصحة النفسية للعامل ودوره في ضمان خصوصية المرأة العاملة:

لقد أصبح استعمال وسائل الرقابة على العاملين في المنشآت، يدور في فلك التزام جديد لأصحاب الأعمال، ظهر مؤخراً في الوسط العمالي، مقتضاه التزام صاحب العمل باتخاذ كل ما يلزم لتوفير حالة نفسية مستقرة للعاملين، والعمل على تلافي وقوع أي ضرر

(1) Cass. Soc., 10 décembre 2002. Bull., V, n° 370, p. 366. Cass. Soc., 28 novembre 2000, Bull., V, n° 391, p. 299, COUR DE CASSATION: Diffusion de Jurisprudence, 2005 n 142

(2) Supp. Court; Wyoming v. Houghton, 526 U.S. 295. 300 (1999). Ronald Bayer: Workers Liberty, workers welfare: The Supreme Court speaks on the Rights of Disabled Employees, op.cit, p.540.

(3) حكم محكمة النقض في [الطعن رقم ٣٩٧٢، لسنة ٧٣ قضائية، تاريخ الجلسة ٥ / ٠٦ / ٢٠٠٥].  
(4) حكم محكمة النقض في (الطعن رقم ٣٥٧٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٨ / ٧ / ١٩٩١، "سنة المكتب القني" ٤٢ ج " رقم الصفحة ٥٠٧، قاعدة رقم ٨٤".

معنوي قد يلحق بهم جراء استعمال سلطة الرقابة؛ أي أن الاستعمال المشروع لوسائل الرقابة قد أصبح مرهونا بعدم إحداثها ضررا معنويا للعاملين.

وقد كان للمشرع الفرنسي، فضل السبق في تنظيم التزام صاحب العمل بتوفير الصحة النفسية للعاملين لديه وعدم الإضرار بهم ولو من خلال أوامر وتعليمات تنظيم العمل وممارسة سلطة الرقابة؛ حيث قرر — في المادة (١/٤١٢١) من قانون العمل — أن: "يتخذ صاحب العمل التدابير اللازمة لضمان السلامة ولحماية الصحة البدنية والنفسية للعمال. وتشمل هذه التدابير ما يلي:

- إجراءات لمنع المخاطر المهنية وضائقة العمل؛
- إجراءات المعلومات والتدريب؛
- إنشاء منظمة ووسائل تكييفها.

ويضمن صاحب العمل انسجام هذه التدابير لتعكس الظروف المتغيرة ولتحسين الأوضاع القائمة<sup>(١)</sup>."

ثم نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن: "يقوم صاحب العمل بتنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادة 1-4121 L. على أساس مبادئ الوقاية العامة التالية<sup>(٢)</sup>:"

(١) والنص بالفرنسية هو:

Article L. 4121/1 du code du travail: l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Ces mesures comprennent :

- 1° Des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail ;
- 2° Des actions d'information et de formation ;
- 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes

(2) Article L. 4121/2 du code du travail : l'employeur met en œuvre les mesures prévues à l'article L. 4121/1 sur le fondement des principes généraux de prévention suivants :

- 1° Éviter les risques;
- 2° Évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités;
- 3° Combattre les risques à la source;
- 4° Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé;
- 5° Tenir compte de l'état d'évolution de la technique;
- 6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est

- تجنب المخاطر؛
  - تقييم المخاطر التي لا يمكن تجنبها؛
  - لمكافحة المخاطر في المصدر؛
  - التكيف مع العمل للإنسان، لا سيما فيما يتعلق بتصميم أماكن العمل واختيار معدات العمل وأساليب العمل والإنتاج، وعلى وجه الخصوص للحد من رتابة العمل، والعمل على توقيت وتخفيف آثار هذه على الصحة؛
  - تأخذ في الاعتبار حالة تطور التقنية؛
  - استبدال ما هو غير خطير بما هو خطير أو ما هو أقل خطورة بما هو أكثر خطورة.
  - خطة الوقاية الخطة من خلال دمج التكنولوجيا في منظمة متماسكة في العمل، وظروف العمل، والعلاقات الاجتماعية، وتأثير العوامل، بما في ذلك المخاطر المرتبطة بهذه الخطة، بحيث تم تعريفه في المادة (L. 1152\_1)، وكذلك تلك المتعلقة بالأفعال الجنسية المحددة في المادة L. 1142-2-1.
  - اتخاذ تدابير الحماية الجماعية لمنحهم الأولوية على تدابير الحماية الشخصية.
  - إعطاء التعليمات المناسبة للعمال".
- وبذلك، يكون المشرع الفرنسي قد خطا خطوات واسعة في سبيل توفير الحماية المدنية للعاملين، والعاملات على وجه الخصوص، من خلال تجنبهم المخاطر التي يمكن أن تؤدي إلى الإضرار بهم ولو نفسياً، سيما المخاطر التي تصاحب حالة تطور التقنية الحديثة.

---

moins dangereux; 7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L. 1152/1, ainsi que ceux liés aux aissements sexistes définis à l'article L. 1142/2/1;

8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle;

9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs".

ولم يكن موقف المشرع الأمريكي أقل تطوراً وحادثة من موقف نظيره الفرنسي؛ فقد سبق أيضاً إلى تنظيم الالتزام بتوفير الصحة النفسية منذ فترة زمنية طويلة؛ حيث وازن سلطات صاحب العمل بعدة التزامات، أبرزها التزامه بتوفير بيئة عمل آمنة وصحية، والذي يتفرع عنه التزامه بتوفير الصحة النفسية للعاملين عامة وللمرأة خاصة. فمنذ عام ١٩٧٠ صدر قانون الصحة والسلامة المهنيين ( OSHA: the Occupational Safety and Health Act) والذي يعتبر اللبنة الأولى في البناء القانوني العالمي بشأن إجراءات السلامة والصحة، لينظم — في الفصل الثالث عشر منه — إجراءات توقي مخاطر السلامة والصحة المهنيين على المرأة العاملة، ومسؤولية صاحب العمل عن ذلك؛ حيث أُلزم صاحب العمل بتوفير بيئة عمل آمنة وصحية واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحيلولة دون تعرض المرأة العاملة للمخاطر، ثم عدل هذا القانون عدة مرات في الأعوام ١٩٧٨، ١٩٩٧، ٢٠٠٢، وأخيراً في عام ٢٠٠٨، ليلزم صاحب العمل بتوفير كافة إجراءات السلامة والصحة في مختلف بيئات العمل.

وبذلك فقد جعل قانون السلامة والصحة المهنيين الأمريكي (OSHA) إلتزام صاحب العمل إلتزاماً عاماً "general duty" وجعله التزاماً جوهرياً بتحقيق نتيجة وهي توفير بيئة عمل آمنة وصحية مادياً ونفسياً. وقد نظم هذا القانون إجراءات السلامة والصحة بوجه خاص على المرأة العاملة؛ حيث حظيت هذه الأخيرة بقواعد حماية وتوفير الصحة النفسية لها لاعتبارات خاصة بها كإمرأة<sup>(١)</sup> (٢).

أما في مصر، فما زال التزام صاحب العمل بتوفير الصحة النفسية للعاملين، بعيداً عن اهتمام المشرع العادي، والذي توقف اجتهاده عند حد إلتزام صاحب العمل بتأمين بيئة العمل وحمايتها من المخاطر التي قد تؤدي إلى إصابة العاملين بإصابة عمل، ولم يتطرق إلى أبعد من ذلك كالوضع في الأنظمة المقارنة.

(1) Loc. Cit.

(2) Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women, op.cit, pp798/799.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢٠٨ عمل موحد) من أنه: "تلتزم المنشأة وفروعها بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل في أماكن العمل بما يكفل الوقاية من المخاطر الفيزيائية...". ثم أورد ذلك بنص المادة (٢٠٩ عمل موحد) على أن: "تلتزم المنشأة وفروعها باتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل للوقاية من المخاطر الميكانيكية والتي تنشأ من الاصطدام بين جسم العامل وبين جسم صلب...".

وإذا كان المشرع المصري قد ألزم صاحب العمل بتوفير وسائل واحتياطات السلامة والصحة المهنية على النحو السابق؛ أي ألزم صاحب العمل باتخاذ تدابير وقاية العامل عن كل خطر مهني وإخبار العامل بذلك وتدريبه على وسائل الوقاية منها<sup>(١)</sup>، فمن الممكن التوسع في تفسير هذا الالتزام ليشمل التزام صاحب العمل بتوفير الصحة النفسية للعاملين باعتباره التزاماً متفرعاً عن الالتزام بتوفير السلامة والصحة المهنية، وتطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد العمل.

هذا، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بأحقية صاحب العمل في تنظيم منشأته والرقابة على العاملين فيها، شريطة ألا يمثل ذلك تعدياً على حقوقهم، أو ينتقص منها، أو يعرضهم للمخاطر<sup>(٢)</sup>، مقررّة أنه " لا يمكن فصل الموظف الذي يبلغ عن أفعال الضرر الأدبي أو التحرش الأخلاقي لهذا السبب، واصفة إياه بالبطلان، على أن يلتزم العامل بتحديد وقائع وملابسات هذا الضرر أو التحرش"<sup>(٣)</sup>.

(١) د. أحمد عبد التواب محمد بهجت: التزام رب العمل بضمان الصحة والسلامة المهنية للعامل، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الأزقة، العدد السادس، ١٩٩٤، ص ١٩٦.

(2) Cass. Soc., 11 juillet 2007. No 06/11.164. – C.A. Paris, 24 novembre 2005, Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén. Cour de cassation: droit du travail, études – communications – jurisprudence – doctrine, sommaires d'arrêts et notes. n0.79m. publication tremisterielle. 2007.

(3) "Le salarié qui relate des agissements de harcèlement moral ne peut pas être licencié pour ce motif et ce, à peine de nullité. Mais pour pouvoir revendiquer le bénéfice de cette protection issue des dispositions du Code du travail encore faut-il, précise la Cour de cassation que le salarié ait expressément qualifié les faits de harcèlement moral / 20/09/2017. Télécharger l'arrêt Cour de Cassation Chambre Sociale n° 15/23045 du 13/09/2017. Harcèlement moral / La réaction tardive de l'employeur engage sa responsabilité: ISTNF / 04/09/2017. Lire l'arrêt Cour de Cassation Chambre Sociale n° 16/13734 du 13/07/2017".

في حين قررت المحكمة العليا الأمريكية مسؤولية صاحب العمل عن الإجراءات التي اتخذها في المنشأة وعن السياسات المتبعة بها والتي نجمت عنها أضرار بالعاملة؛ لكونها تمثل اخلايا بالتزام صاحب العمل بتوفير بيئة عمل آمنة وصحية<sup>(١)</sup>. كما قررت أن صاحب العمل ملتزم بتوفير بيئة عمل آمنة وصحية للعاملين لديه، سيما للمرأة العاملة، ولا يعتبر ذلك تمييزاً لبعض عماله على غيرهم، بل مراعاة لطبيعة المرأة التي لها من الخصوصية ما ليس للرجل<sup>(٢)</sup>.

أما محكمة النقض المصرية، فقد قضت بـ: "التزام أصحاب الأعمال بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية في أماكن العمل واتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية العاملين من أخطار العمل وأضراره، وأن مخالفة ذلك لها أثرها في تحقق مسؤولية صاحب العمل أو من يفوضه أو المدير المسؤول عن المنشأة بالتضامن مع المتسبب عن مخالفة قواعد السلامة والصحة المهنية"<sup>(٣)</sup>.

وجملة ما سبق، أن القضاء الوطني والمقارن مستقران على أن صاحب العمل، وهو في سبيله لاستعمال سلطته الرقابية داخل المنشأة، ملتزم بتوفير إجراءات السلامة والصحة المهنية للعاملين لديه عموماً والنساء على وجه الخصوص، وإن كان القضاء المقارن قد تخطى نظيره الوطني من حيث تقييد صاحب العمل بتوفير الصحة النفسية للعاملين ولم يقتصر على المهنية منها فحسب.

## المبحث الثاني

### أحكام المسؤولية المدنية لصاحب

### العمل عن الاعتماد على خصوصية المرأة العاملة

تمهيد وتقسيم:

قد يلحق بالعاملة جراء انتهاك خصوصيتها، أضرار متباينة يغلب عليها الطابع المعنوي، وإن كان من الممكن أن يتخلف عنه ضرر مادي في بعض الأحيان. وإذا

(1) Supp. Court; 1997, Dothard v. Rawlinson, son. 433, U.S. 321, 335 (1997).

(2) Supp. Court; 1977, Dothard v. Rawlinson, n0433, U.S. 321, 332.

(3) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٨٣٢٧ لسنة ٦٣ قضائية، جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٠، وحكمها في الطعن رقم ٨٣٢٧ لسنة ٦٢ ق، جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٠.

كانت مسؤولية صاحب العمل المدنية عن هذه الأضرار تؤسس على أساس الخطأ العقدي، باعتبار أن العاملة مرتبطة معه برابطة عقدية، فهل يظل الحكم متوافراً ولو لم يخطيء صاحب العمل؛ هل يسأل في حالة إهماله؟

ولكن قبل الرد على هذا التساؤل، نطرح تساؤلاً آخر بشأن الطبيعة القانونية للضرر الذي يلحق بالعاملة جراء انتهاك خصوصيتها، هل يمكن تكيفه على أنه إصابة عمل إذا كان ضرراً مادياً واقعا على جسد العاملة أو مقتنياتها الخاصة؟ وإذا كان الضرر أدبياً مما لا يلحق بجسدها أو بأشياء ذات قيمة خاصة لديها، فهل يمكن اعتباره إصابة عمل أيضاً، أم أن له طبيعة أخرى؟

للرد على هذين التساؤلين، نقسم الدراسة في هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: الأساس القانوني لمسئولية صاحب العمل عن انتهاك خصوصية العاملة.  
المطلب الثاني: أحكام التعويض عن الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة.

### المطلب الأول

#### الأساس القانوني لمسئولية

#### صاحب العمل عن انتهاك خصوصية العاملة

ينثار التساؤل عن الأساس القانوني لمسئولية صاحب العمل عن تعويض العاملة عن الأضرار التي تلحق بها جراء الاعتداء على خصوصيتها؛ هل على أساس الخطأ وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، أم على أساس أنها إصابات عمل؟

وردًا على هذا التساؤل، وبإدعاء ذي بدء، إن القاعدة المستقرة هي التزام صاحب العمل بتعويض العاملة عما يسببه لها من أضرار؛ مادية كانت أو معنوية، وفقاً للقواعد العامة في التعويض، ولكن هل تكفي قواعد الحماية التقليدية لتعويض المرأة العاملة عما قد يلحق بخصوصيتها من أضرار بيئة العمل الرقمية؟<sup>(1)</sup>.

كما هو معلوم أن المسؤولية المدنية لصاحب العمل عن الأضرار التي تلحق العاملين لديه جراء ممارسة سلطاته المحددة بالقانون، تؤسس على أساس الخطأ

(1) Anne Renaut: Moral harassment – work organization to blame? Op.cit, p.5.

العقدي باعتبار أن العامل مرتبط برابطة تبعية ويتقاضى أجراً<sup>(١)</sup>. وهو ما يقتضي من العاملة التي تنتهك خصوصيتها أن تثبت الخطأ في جانب صاحب العمل أو من يقوم مقامه، وبالتالي قد تنتهك خصوصية المرأة ولا تستطيع إثبات الخطأ في جانبه، فلا يكون لها الحق في التعويض وفقاً للقواعد العامة المستقرة.

لذلك فإن مد مظلة الحماية القانونية إلى كافة الحالات التي قد تنتهك فيها خصوصية المرأة العاملة أثناء العمل أو بسببه، يستوجب إقرار حق جديد لها، هو الحق في الحماية من كافة مخاطر العصر الرقمي التي تنتهك خصوصيتها باعتباره حقاً شخصياً لها، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

والسبيل إلى ما تقدم، هو تكيف ما يصيب العاملة جراء انتهاك خصوصيتها أثناء أو بسبب العمل، على أنه إصابة عمل، ومن ثم يكفي لتعويضها ثبوت الضرر؛ فإذا كان ما يتعرض له العامل في مكان العمل وزمانه أو ذا صلة به، يُعد إصابة عمل؛ يثبت للعامل الحق في التعويض عن الضرر الذي نجم عنه متى كانت الإصابة نتيجة لحادث أثناء العمل أو في مكانه أو زمانه أو بسببه، أو الإصابة بمرض أو إرهاب أو إجهاد بسبب العمل، كما يُستفاد من نص المادة (٤١٢) من قانون التأمين الاجتماعي الفرنسي، والمادة (٥/٥) من قانون التأمين الاجتماعي المصري<sup>(٢)</sup>، وكما هو ثابت أيضاً في القانون الأمريكي<sup>(١)</sup>،

(١) د. أحمد عبد التواب محمد بهجت: التزام رب العمل بضمان الصحة والسلامة المهنية للعامل، مرجع سابق، ص ٢٣٢.  
(٢) وبصدد حادث العمل؛ فيجب توافر بعض الشروط لكفالاته والتعويض عنه؛ حيث نصت المادة (٥/٥) من قانون التأمين الاجتماعي المصري، على أن "الإصابة نتيجة حادث وقع أثناء العمل أو بسببه..." وقد نصت المادة (٤١٢) من قانون التأمين الاجتماعي الفرنسي، على حادث العمل: "الإصابة التي تحدث فجأة بفعل أو بمناسبة العمل....."

Titre 1: Généralités / Dispositions propres à certains bénéficiaires; chapitre 1er: Définitions: accident du travail et accident du trajet. Article (L.412) du code de la sécurité sociale "Est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise".

ولمزيد من التفاصيل بشأن إصابة العمل راجع تفصيلاً د. كامل محمد بدوي: المرجع في قانون العمل الفردي والمبادئ القانونية في قانون إصابات العمال وأمراض المهنة، مطبعة دار التأليف، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٥٥٠، د. السيد عبد نايل: الوجيز في قانون التأمين الاجتماعي، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٨٩-١٩٠، د. محمد حسين منصور: التأمينات الاجتماعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٢١٨-٢١٧، م. حسين عبد اللطيف حمدان: الضمان الاجتماعي، أحكامه وتطبيقاته، دراسة تحليلية شاملة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، ص ٤٩.

Jean/ Jacques Dupeyroux et Xavier Prétot: op.cit. p.55, Yves Saint/jours: Le défaut de déclaration de l'accident par l'employeur et ses conséquences, Dalloz, N07, 2002, p.28. René Henri Gallier: Les accidents du trajet et leurs responsables, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Montpellier, 1962, p.22. Laurent Millet: L'accident de trajet, risque de l'emploi, Droit Social, N011, 1996, p.963.

دون أن يطالب العامل بإثبات الخطأ في جانب صاحب العمل أو من يقوم مقامه. فإن ما تتعرض له العاملة من انتهاك لخصوصيتها أثناء أو بسبب العمل، يمكن إدراجه تحت وصف إصابة العمل؛ ما دام أن حدوث الفعل الذي يشكل اعتداء على خصوصيتها، لم يكن يقع إلا أثناء أو بسبب أداء العمل.

وبناء على ذلك، يمكن القول أن تعويض العاملة عن الأضرار التي تصيبها جراء انتهاك خصوصيتها، ينطبق عليه ذات الشروط التي يتطلبها المشرع في إصابة العمل، ولكن من الجانب النفسي وليس المادي لشخصية العامل، وإذا كان القضاء يشترط لتوافر وصف إصابة العمل، أن يتم المساس بجسم الإنسان؛ أي أن يقع الاعتداء على السلامة البدنية للإنسان؛ حتى يمكن التعويض الاجتماعي عنه<sup>(٢)</sup>، فإن ما ينبغي أن يتحول إليه القضاء هو التوسع في تفسير مفهوم المساس بجسد الإنسان؛ ليشمل كل ما يتعرض له العامل من إيذاء، سواء أكان خارجياً أو داخلياً، ظاهراً أو خفياً، بسيطاً أو جسيماً، مؤقتاً أو دائماً، فكل أذى يلحق بجسم العامل وسلامته يعتبر إصابة عمل؛ فالعبرة هي بالمساس بجسم الإنسان من الناحية الصحية بجوانبها المختلفة؛ الجسدية والنفسية. ومن ناحية أخرى، يمكن قياس الضرر الناتج عن انتهاك الخصوصية على الضرر الناتج عن الإجهاد أو الإرهاق من العمل<sup>(٣)</sup>.

وتفصيلاً لذلك؛ فإذا كانت أضرار البيئة الرقمية والتي تتمثل في انتهاك خصوصية المرأة العاملة تتمثل في أضرار أدبية، وإذا كان من الممكن – في بعض

(1) Luise Vassie: Managing homeworking: health and safety responsibilities, Employee Relations, Vol. 22 No. 6, 2000, p.542. The current issue and full text archive of this journal is available at <http://www.emerald/library.com>.

(٢) د. أحمد حسن البرعي: الوجيز في القانون الاجتماعي، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢-١٩٩١، ص ١٢٤، د. السيد عيد نايل: الوجيز في قانون التأمين الاجتماعي، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٨٩-١٩٠.

Yves Saint-Jours: Le défaut de déclaration de l'accident par l'employeur et ses conséquences, Dalloz, N07, 2002, pp.28/29.

(٣) راجع نص المادة (٥/هـ) من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥. هذا، وقد تم إضافة الإصابة الناتجة عن الإجهاد أو الإرهاق بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥، حيث إن القوانين السابقة لم تعتبرها إصابة عمل، وكذلك كان القضاء رافضاً لها؛ حيث إنها ليست حادث عمل لتخلف عنصر المباغثة بصددها، وليست مرضاً مهنيًا لعدم ورودها بالجدول المرفق بالقانون، ولكن قد تغير ذلك الوضع وتم اعتبارها إصابة عمل قانوناً.

ولمزيد من التفاصيل انظر د. جلال محمد إبراهيم وآخرين: شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص ٦٤٣-٦٤٤، فقرة (١٩٧)، د. فاطمة محمد أحمد الرزاز: شرح قانون التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

الأحيان - أن ينتج عنها أضرار مالية مادية، ومثاله الأمراض الناتجة عن الإجهاد والإرهاق من جراء انتهاك الخصوصية. فالإجهاد والإرهاق لا يقتصر على الضرر النفسي أو الأدبي الذي يصيب العاملة، وإنما يتخطى ذلك ليصبح ضرراً مادياً يمكن التعويض معه عن ما فاتت العاملة من كسب وما لحقها من خسارة.

ومثال ذلك، تصوير العاملة وبثه على الشبكة العنكبوتية، أو محاولة ابتزازها به، فهنا يصيب العاملة ضرر ذاتي أو نفسي، قد يجعلها تتوقف عن أداء العمل فترة من الزمن أو دائماً، وقد تلحق بها خسارة مالية أو تضيع عليها فرص وظيفية كانت تأملها، فهذه أضرار مادية أصابتها نتيجة للاعتداء على خصوصيتها، ومن ثم تستوجب تعويضها - من وجهة نظرنا - تعويضاً جابراً. ولكن أمام صراحة النصوص التشريعية لن يكون تعويضها ممكناً، إلا أن يمكن تصنيفها في إصابات العمل والإجهاد أو الإرهاق من العمل.

هذا، وقد ألزم القانون الفرنسي صاحب العمل بالتزامات عديدة بشأن توفير الصحة النفسية للعاملين لديه واتخاذ كل ما يلزم لمنع تدهور صحتهم الجسدية والنفسية ومنع وقوع أضرار معنوية لهم؛ فأدرج المخاطر النفسية التي تسبب أضراراً معنوية للعاملين في المنشأة ضمن منظومة المخاطر المهنية التي يلتزم صاحب العمل بالوقاية منها أو التعويض عنها حال وقوعها صاحب العمل. والأكثر من ذلك أن المشرع الفرنسي قد اعتبر الاعتداء على خصوصية العاملة جريمة معاقب عليها جنائياً، وللعاملة حينئذٍ تعويضاً مدنياً جابراً للضرر بجانب العقوبات الجنائية<sup>(١)</sup>. ولم تتوقف الحماية القانونية عند هذا الحد فحسب، بل تعدت ذلك بتوسيع نطاق جريمة الضرر المعنوي لتشمل حالات كثيرة تحمي العاملة في كافة حالات انتهاك خصوصياتها وتعريضها للأضرار.

وكذلك، نظم المشرع الأمريكي التزام صاحب العمل بتوفير الصحة المهنية، والتي منها الصحة النفسية، للعاملين لديه وتوفير كافة إجراءات السلامة والصحة في

(١) إذ تنص المادة (٢٢٦-١) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على أن: "يعاقب بالحبس سنة وغرامة ثلاثمائة ألف فرنك كل من اعتدى عمداً بوسيلة أيا كانت على ألفة الحياة الخاصة للآخرين: ١- بالتقاط أو بتسجيل أو بنقل بدون موافقة صاحب الشأن كلام صادر له صفة الخصوصية أو سرى؛ ٢- عندما ترتكب الأفعال المذكورة في هذه المادة على مرأى ومسمع ممن يهمهم الأمر من غير أن يعترضوا في حين يكون بوسعهم فعل ذلك، فإن رضاه هؤلاء يكون مقترضاً.

مختلف بيئات العمل، ومنها البيئة التقنية، مُلزماً صاحب العمل بتعويض العاملين حال إصابتهم بضرر نفسي من جراء إخلاله بالتزاماته<sup>(١)</sup>.

بينما لکنفی المشرع المصري بمساءلة صاحب العمل عن إصابات العمل "التقليدية" فحسب؛ إذ تنص المادة (٢٠٩) من قانون العمل على أنه: "تلتزم المنشأة وفروعها باتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل للوقاية من المخاطر الميكانيكية والتي تنشأ من الاصطدام بين جسم العامل وبين جسم صلب...". وإن كان المشرع قد قرر عقوبة جنائية للاعتداء على الخصوصية بشكل عام<sup>(٢)</sup>.

وعلى الصعيد القضائي، فقد أقرت المحكمة العليا الأمريكية مبدأ هاماً بشأن مسؤولية صاحب العمل عن تعويض العاملة عن أضرار بيئة العمل في العصر الرقمي؛ فبالرغم من أن الواقعة المعروضة عليها لا ينطبق عليها وصف إصابة العمل؛ إذ أصيبت العاملة بتدهور في صحتها النفسية فحسب، ومن ثم لا تنطبق عليها الشروط المطلوبة في إصابة العمل. فقد قررت أن صاحب العمل يسأل عن تعويض العاملة عن هذا الضرر؛ لكونه ملتزماً بتوفير الصحة والسلامة النفسية والمادية على حدٍ سواء، وهو ما يجعله مسؤولاً عن تعويض أضرارها<sup>(٣)</sup>.

(1) Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women on cit on 8 6/8 7  
<http://www.workplacenrivacyreport.com/2014/09/articles/workplace/privacy/cv/kev/considerations/when/monitoring/employeesusing/gps/tracking/devices/>  
<http://privacylaw.proskauer.com/2012/04/articles/workplace/privacy/gps/in/the/workplace>

(٢) فتتص المادة ٣٠٩ مكرر من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة، كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو بغير رضاه المجنى عليه: (أ) استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون؛ (ب) فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضاه هؤلاء يكون مقترضاً، ويعاقب بالحبس الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة، اعتماداً على سلطة وظيفته، ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون استخدم في الجريمة، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنما أه اعداماً

(3) Supp. Court; 1978, 435, U.S. 702, City of Los Angeles Department of water and Power v.manhart.

كما قضت المحكمة العليا ذاتها — في عدة أحكام — بمسئولية صاحب العمل عن مخاطر بيئة العمل، وما تسببه هذه المخاطر من أضرار للعاملين لديه<sup>(١)</sup>. وكذلك قضت بأن صاحب العمل ملتزم بتوفير بيئة عمل آمنة وصحية للعاملين لديه، سيما المرأة العاملة، ولا يُعتبر ذلك تمييزًا من جانبه لبعض عماله على حساب الأخرى، بل هو تمييز إيجابي لفئة لها خصوصية تستوجب الحماية عن الفئة الأخرى<sup>(٢)</sup>. وفي قضية أخرى أقامت مسؤولية صاحب العمل عن الإجراءات التي اتخذها في المنشأة والتي نجمت عنها أضرار للعاملات؛ لخروجها على مقتضى التزام صاحب العمل بتوفير بيئة عمل آمنة وصحية<sup>(٣)</sup>.

كما قررت محكمة النقض الفرنسية أن صاحب العمل هو الملتزم بتوفير بيئة عمل آمنة وصحية، ليس فحسب من حيث الأدوات المادية ولكن أيضًا من حيث توفير الصحة النفسية. وبالتالي فإن ما اتبعه المدير المسئول من سلوكيات وتعليمات بشأن تيسير العمل بالمنشأة، لم تلحق أضرارًا مادية أو أدبية بالعاملة، ولا يمكن وصفها بالسلوكيات الخطيرة التي تستوجب التعويض عن الأضرار الأدبية في بيئة العمل، ولم يكن يداعو إلى تقديم إستقالتها، لا يقيم مسئوليتها<sup>(٤)</sup>. كما قضت بأن تبني صاحب العمل سلوكًا مستهجنًا ينطلق من موقف استنزائي للعاملات بلافتات غير لائقة في أماكن العمل باستخدام وسائل تقنية للرقابة وغيرها من لافتات التحذيرات الواهية، لها أثر كبير في تدهور ظروف العمل وتأثيرها على خصوصية العاملة وصحتها النفسية مما سبب لها ضررًا معنويًا. وكذلك قضت بعدم مشروعية تصوير العاملة وهي ترقص في المكان المخصص لراحته؛ حيث أنها كانت خارج مكان أداء العمل الفعلي.

(1) See for example: Supp. Court; 19/7/1978& Soupp.Court; 1979. U.S.C. 651/678. J. Wilson&E. Fraser eds. Supp.Court; 1973, Mm Dpnell Douglas v. Green, 411, U.S. 792 (1973).

<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08/1332.pdf>

(2) Supp. Court; 1977. Dothard v Rawlinson 433 U.S. 321 332

(3) Supp. Court; 1997. Dothard v Rawlinson 433 U.S. 321 335 (1997)

(4) Cass soc 18.12.2013, n0 19/052013. Cass. Soc., 6 octobre 2004, pourvoi no 02/42.460 ; Soc., 28 septembre 2005, pourvoi no 03/46.613; Soc., 27 septembre 2006, pourvoi no 04/47.431),

ومن أهم أحكامها في هذا الصدد، حكمها القيم بأن خضوع العامل لسيطرة ورقابة متواصلة على أعماله من جانب صاحب العمل، وتواجده تحت أجهزة وأدوات رقابة وتسجيل، يسبب له إجهادا وضررا أدبيا، يستوجب التعويض<sup>(1)</sup>.

والأهم مما سبق، أن محكمة النقض الفرنسية قد استبعدت القصد إلى تحقق الأضرار المعنوية للعاملة، مؤكدة مسؤولية صاحب العمل عن هذه الأضرار بغض الطرف عن نيته؛ فيسأل صاحب العمل ولو لم يرتكب خطأ وحتى بدون نية الإيذاء؛ فالنية الحسنة أو السيئة لم تتطلبها نصوص القانون. وقد عبرت عن ذلك بقولها: "يسأل صاحب العمل بشكل مستقل عن إرادته، فتسأل شركة نفط الجنوب - صاحب العمل - بشكل مستقل عن نيتها في الإضرار طالما هناك أفعال أدت إلى تدهور ظروف العمل وأثرت على حقوق العمال والعاملات وكرامتهم أو غيرت من صحتهم النفسية أو عرّضت مستقبلهم المهني للخطر"<sup>(2)</sup>.

وفي مصر، فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن: "مخالفة الالتزام بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية في أماكن العمل واتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية العاملين بالمنشأة من أخطار العمل وأضراره، لها أثرها في تحقق مسؤولية

(1) Cass. Soc. 28.03.2012, n0021062011. Cass. Soc. 22.03.2011, n000032011. Cass. Soc. 10.11.2010, n0000112010, Cass. soc., 20 septembre 2006. C.A. Grenoble - R G nn 04/02245

(2) Cass. Soc. 21.06.2006. Mm.X. CCHSA. et La chamber sociale les 17.04.2013 et 19.06.2013, Cass. Soc., 11 juillet 2007. Mme Collomp, Pt. - Mme Leprieur, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. No 06/40.380 à 06/40.383. - C.A. Douai, 29 septembre 2005.

وكذلك وفي حكم آخر بينت محكمة النقض الفرنسية والمحكمة الجنائية أنه لا يجب أن تكون الآثار الضارة على صحة العامل أو حقوقه القانونية؛ لأن القانون لا يتوخى إلا إمكانية تحقيق الأضرار وليس إدراكها الفعلي، فقد استخدم مصطلحات مثل "من المحتمل تقويض" وغيرها. وهو ما عبرت عنه المحكمة الجنائية في حكمها الصادر في 2011/12/1، بأنه يجب للمعاقبة على جريمة التحرش المعنوي أن تكون أعماله نفذت بالفعل ولو لم يقصد من ورائها الإضرار...، في حين أشارت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية إلى أن محكمة الاستئناف لا يمكنها رفض طلب العاملة بالاعتراف بالإجهاد المعنوي لعدم وجود علاقة بين الحالة الصحية وتدهور ظروف العمل.

" Les conséquences dommageables sur la santé ou les droits du salarié n'ont pas juridiquement à être tangibles ni effectives, puisque la loi ne prévoit que la potentialité de réalisation de celles-ci, et non leur réalisation effective, au moyen des termes « susceptibles de porter atteinte ». " l'arrêt de la chambre criminelle du 06.12.2011. le 21.05.2014, (ccass soc 18.09.2007), (ccass soc 16.12.2009), (ccass crim 06.12.2011), (Soc., 28 novembre 2002, Bull. 2002, V, no 360).

صاحب العمل أو من يفوضه أو المدير المسئول عن المنشأة بالتضامن مع المتسبب عن مخالفة قواعد السلامة والصحة المهنية<sup>(١)</sup>."

وفي الجملة، يمكننا القول أن تعويض العاملة عما يصيبها من أضرار جراء انتهاك خصوصيتها في العصر الرقمي، وإن كان لا ينطبق عليه وصف إصابة العمل وفقاً للمفهوم المادي لإصابة العمل والذي يستقر عليه الفقه والقضاء، فإن الحماية القانونية ضد حالات الضرر الأدبي<sup>(٢)</sup> ومنها انتهاك خصوصية العاملة تدعو إليها اتجاهات عديدة في النظم الثلاثة؛ الفرنسي والأمريكي والمصري، وهو أيضاً ما يستفاد من أحكام إعلانات الحقوق والاتفاقيات الدولية كما في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩م والذي يعد جزءاً من الدستور الفرنسي، والمادة (٧) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

## المطلب الثاني

### أحكام التعويض عن

#### الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة

لقد انتهينا سابقاً إلى أن تعويض العاملة عما يصيبها من ضرر جراء انتهاك خصوصيتها في العصر الرقمي، هو ضرر أدبي وليس إصابة عمل، وبالتالي فلا يعوز باعتباره ضرراً مادياً أو إصابة عمل، وإنما يعوز وفق معايير التعويض عن الضرر الأدبي، وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية المستقرة فقهاً وقضاءً. وعليه، فإن المرأة العاملة تعوز عما يصيبها من أضرار وفق التعويض الاجتماعي عن إصابات العمل، أو تعوز عما يصيبها من أضرار أدبية وفق التعويض عن الأضرار الأدبية، في سبيل توطيد دعائم حمايتها مدنياً.

(١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٨٢٢٧ لسنة ٦٣ قضائية جلسة ٢٠/٦/٢٠٠٤، [الطعن رقم ٨٢٢٧ / لسنة ٦٣ ق/ تاريخ الجلسة ٢٠/٠٦/٢٠٠٤].  
(٢) راجع على سبيل المثال:

Cass. Soc. – 19 septembre 2007. No 06/41.227 et 06/41.238. – C.A. Grenoble. 9 janvier 2006. Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén. Cour de cassation: droit du travail, études – communications – jurisprudence – doctrine, sommaires d'arrêts et notes, n0.79m, publication trimestrielle, 2007.

Cass. Soc., 26 septembre 2007. No 06/43.033. – C.A. Orléans, 30 mars 2006. Mme Collomp, Pt. – M. Linden, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

هذا، وتستحق العاملة التعويض عن الأضرار التي تلحق بها جراء الاعتداء على خصوصيتها، سواء أكان صاحب العمل قد تعمد ذلك، أو كان الضرر نتيجة إهماله في تأمين بيئة العمل من المخاطر التي قد تحدث للعاملين لديه. فمن ناحية أولى؛ قد يكون الضرر الذي أصاب العاملة، نتيجة لتعمد صاحب العمل، وسواء كان صاحب العمل هو من أحدث الضرر أو أحد من تابعيه، فإنه يسأل عن تعويضه. والضرر كما معلوم ينقسم إلى نوعين؛ أولهما مادي وهو الذي يصيب الشخص في جسمه وماله، ويمثل إخلالاً بمصلحة ذات قيمة مالية، وثانيهما أدبي أو معنوي وهو ما يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها<sup>(١)</sup>.

ويثار التساؤل في هذا الصدد حول ما إذا كان مجرد استخدام صاحب العمل لأجهزة تقنية متقدمة في التتبع والمراقبة يمثل ضرراً أدبياً في ذاته، يستوجب التعويض؛ إذ تبث هذه الوسائل الخوف وعدم أمان بيئة العمل في نفوس العاملين؟! نتفق مع البعض<sup>(٢)</sup> في أن مجرد شعور الشخص بالذعر يُعد ضرراً معنوياً يستوجب التعويض، بغض الطرف عن تسبب أذى نفسي لهذا الشخص من عدمه. وعليه، يجب تعويض العاملة عن الأضرار المعنوية والتي تتجسد في شعورها بالذعر وعدم الطمأنينة، وتقدير مدى اعتبار الأمثلة السابقة ضرراً أدبياً من عدمه أمر خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في كل حالة على حده.

ومن ناحية أخرى، فإن إهمال صاحب العمل في تأمين خصوصيات العاملات يُرتب مسؤوليته عن الأضرار الأدبية التي تصيبهن؛ فكما هو معلوم أن الإهمال هو الإخلال بواجب قانوني، مرجعه نص القانون، والذي يرجع في تقديره إلى المعيار الموضوعي الخاص بمسلك الرجل العادي في مثل الظروف التي يوجد فيها صاحب

(١) د. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٩٧٠.  
(٢) د. سامح عبدالواحد التهامي: المسؤولية المدنية عن فيروسة النظم المعلوماتية عبر الإنترنت، مجلة الحقوق، الكويت، مجلد ٤٠، عدد ٣، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٩٧.

العمل<sup>(١)</sup>، ومن ثم فإن إهمال صاحب العمل في تأمين حق العاملات في الخصوصية، وفقاً لمسلك الرجل المعتاد، يستوجب التعويض<sup>(٢)</sup>.

وكذلك يثار التساؤل حول مدى إمكانية تحمل صاحب العمل لمسئولية تعويض الضرر الذي يصيب العاملة في الحالة التي لا ينسب إليه فيها خطأ أو إهمال؛ حيث تنتهك خصوصية العاملة لسبب خارج عن إرادة صاحب العمل أو من يقوم مقامه، ويكون ذا صلة بمكان العمل أو زمانه؛ أي أثناء العمل أو بسببه؟

بدايةً، نهدف من طرح هذا التساؤل إلى البحث عن أساس قانوني آخر يصلح لتأسيس مسؤولية صاحب العمل عن تضرر العاملة من انتهاك خصوصيتها على أساسه؛ لحين تطور المسلكين التشريعي والقضائي نحو إقرار حق جديد للمرأة العاملة في تعويضها عن الاعتداء على خصوصيتها في العصر الرقمي، دون اشتراط توافر الخطأ في جانب صاحب العمل أو من يقوم مقامه.

ونرى أنه يمكن الاستناد إلى فكرة العقد ذاتها لتأسيس مسؤولية صاحب العمل؛ فإذا كان التزام صاحب العمل باحترام ومراعاة خصوصية العاملة وتوفير الصحة النفسية لها، هو التزام ببذل عناية تتمثل في اتخاذ كل ما يلزم لضمان احترام خصوصيتها ويوفر لها الصحة المهنية والنفسية على السواء، فليس معنى ذلك أن تنتفي مسؤوليته بمجرد توفير صاحب العمل بعض وسائل وأدوات الرقابة وإبلاغ العاملات بذلك، وإنما يجب أن تكون وسائل أو نظم تأمين خصوصية العاملات مواكبة في تأمينها للخصوصية، لتطور قدرتها على المتابعة والمراقبة، وهو ما لا يكفي معه القول باستخدام وسائل تأمين معتادة أو تقليدية لا تتناسب بيئة العمل الرقمية، وإلا توافر الخطأ العقدي في جانبه سواء عن عمد أو بسبب الإهمال؛ فالخطأ العقدي — كما هو معلوم — يتحقق إذا كان عدم التنفيذ مرجعه تعمد صاحب العمل أو

(1) Linda G.Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women, op.cit, pp.798/799.<http://privacylaw.proskauer.com/2012/04/articles/workplace/privacy/cns/in/the/workplace>

(2) Rachid Filali Meknassi: examen du code du travail à la lumière des normes internationales du travail, Ministère de l'Emploi et des Affaires Sociales, Paris, 2013, p.61/62.

إهماله، بل ويتحقق أيضا لو كان عدم وفاء المدين بالتزامه ناشئا عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة مثلا.

فإذا كانت المسؤولية العقدية تقوم على إخلال صاحب العمل بالتزام يقع على عاتقه، وهو في هذا الشأن يتمثل في التزامه بتوفير بيئة عمل آمنة وصحية، والذي يتفرع عنه التزامه بتوفير الصحة النفسية للعاملين لديه هذا من ناحية أولى، ومن ناحية أخرى التزامه باحترام خصوصيات العاملات لديه وعدم انتهاكها.

بل إن القضاء الانجليزي، يؤسس للتعويض عن انتهاك الخصوصية، على ما يعرف بقانون العقد أو الإخلال بالثقة المفترضة *the Law of Contract*، ومؤدى هذه الضمانة أن المدعي يستند في دعواه باختراق خصوصيته أو الاعتداء عليها، على الإخلال بشروط العقد صراحة أو ضمنا؛ إذ يعد الاعتداء على الخصوصية في هذه الحالة إخلالا بالثقة المفترضة بين المتعاقدين<sup>(١)</sup>. فقد قضت إحدى المحاكم بإلزام أحد المتعاقدين بالتعويض ووقف النشر على أساس أنه قد أخل بشروط العقد المبرم بينهما وانتهك الثقة الموضوعة بينهما<sup>(٢)</sup>.

بل الأكثر من ذلك أن القضاء الانجليزي لا يتوقف في الاستناد إلى فكرة الثقة المفترضة، عند عقد وجود صريح أو ضمني، وإنما يستند إليها حتى في الحالات التي يفترض فيها أنها تقوم على ثقة مفترضة بين الطرفين ولو لم يكن بينهما عقد صريح، كما أنه لا يقتصر أعمال هذا المبدأ على حالة الاعتداء على الحق في الصورة، وإنما يعملها أيضا بالنسبة للمحادثات التليفونية؛ حتى إذا سمح أحد طرفي المحادثة الهاتفية بتسجيلها دون علم الطرف الآخر، جاز للأخير المطالبة بمنع النشر والتعويض على أساس الإخلال بالثقة المفترضة بينهما.

(١) انظر د. محمد عبد العظيم محمد: حرمة الحياة الخاصة في ظل التطور العلمي الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٨٧؛ د. عاقل فضيحة: الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ٢٠١٢، ص ٥٤.

(2) FOLLARD (V). Photographique, criminal law and its processes, publishers, 1979, P.79;

مشار إليه في د. عاقل فضيحة: الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص ٥٤.

وإذا كان العقد المبرم بين صاحب العمل والعاملة يبرر مسؤوليته العقدية عن الأضرار التي تلحق بها على أساس العقد. فمن وجه آخر نجد سنداً آخر لهذه المسؤولية يتمثل في القانون؛ حيث ألزم المشرع العمالي صاحب العمل بعدة التزامات يترأسها في هذا المقام التزامه بتأمين بيئة العمل من المخاطر؛ فهو ملتزم باتخاذ الوسائل الوقائية في سبيل توفير السلامة والصحة المهنية لعماله، فيتخذ من الإجراءات ما يوفر السلامة والصحة المهنية في بيئة العمل<sup>(١)</sup>.

وعليه، فإن إخلال صاحب العمل بالتزامه بتوفير إجراءات السلامة والصحة المهنية، يترتب مسؤوليته عن تعويض العاملة عما يلحقها من أضرار، معنوية أو أدبية كانت أو مادية، نتيجة إهماله أو خطأه أو تقصيره، أو خطأ أحد تابعيه.

وإذا كنا أشرنا سلفاً إلى أن الضرر الذي يلحق بالعاملة هو غالباً ما يكون ضرراً أدبياً وليس إصابة عمل وفقاً للمستقر فقها وقضاء، والذي يتمثل في انتهاك خصوصياتها من مخاطر بيئة العمل الرقمية، فإن صاحب العمل يسأل عن هذا الضرر أيّاً كان مرجعه؛ خطأه أو خطأ أحد عامليه، أو إهمال أو غيره.

ويمكننا أن نعصد وجهة النظر السالفة بأحكام القضاء المقارن والوطني على حدٍ سواء. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية صاحب العمل عن الأضرار التي يسببها للعاملين لديه، على أساس عقد العمل، إذ يكون صاحب العمل مسؤولاً مسؤولية عقدية عن إخلاله بالتزامه بحماية العاملين وتوفير الصحة النفسية والجسدية لهم<sup>(٢)</sup>. وفي قضية أخرى، قضت بأحقية العامل في التعويض حال عدم امتثال

---

(1) Nidhi Tandon: Information and Communication Technologies in Bangladesh, op.cit, nn 33/34

(2) Abréviations couramment usitées dans ce document :

ccass civ : chambre civile de la cour de cassation ccass crim: chambre criminelle de la cour de cassation ccass soc: chambre sociale de la cour de cassation chsct: comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ce : comité d'entreprise ou d'établissement halde : haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, remplacée par le défenseur des droits iiss : indemnités journalières de sécurité sociale irp : institution représentative du personnel it : inspection du travail rps : risques psychosociaux

Michaël PRIEUX: APPROCHES JURISPRUDENTIELLES DES RISQUES PSYCHO/SOCIAUX, A TRAVERS LES DECISIONS ET ARRETS DES JURIDICTIONS JUDICIAIRES, Qualification, évolution et actualité, Version 5,

صاحب العمل لقواعد القانون<sup>(١)</sup>). وأن فصل العاملة فصلاً تعسفياً قد سبب لها ضرراً أديبياً، يستوجب تعويضه؛ حيث إن قرار الفصل مبني على مجرد سماع محادثة تليفونية حول العاملة (Mm Z) وقد كانت تصريحات صاحب العمل غير مهنية وأظهرت رغبة واضحة في استبعادها<sup>(٢)</sup>.

كما أرست المحكمة — في العديد من أحكامها — قواعد التعويض عن الأضرار الأدبية التي يسببها صاحب العمل للعاملين لديه، وبصفة خاصة العاملات، وذلك بجانب بعض العقوبات المدنية الأخرى كبطان الجزاء أو بطلان تعديل العقد، كل ذلك في سبيل إضفاء الحماية المدنية على العاملات والعاملين بالمنشأة. ومن ذلك أن إقالة العاملة وتوقيع الجزاءات التأديبية عليها لا أساس له من الصحة؛ فقد طبقت المنشأة برامج حديثة وطورت من أنشطتها التجارية في الوقت الذي انتهكت فيه كثير من حقوق العاملات والعاملين وعدلت من عقود العمل الخاصة بهم، وكل ما فعلته العاملة المذكورة أنها اعترضت على هذه التعديلات وعلى انتهاك حقوقها وتعديل عقدها، كما أن التحذيرات والتعديلات التي أجرتها المنشأة كانت واهية وغير مبررة، مما أثر في زعزعة استقرار عقد العاملة وتدهور حالتها الصحية، وقد كان مبعث ذلك الاضطراب في بيئة العمل من جراء استخدام برامج وتقنية حديثة غير ملائمة<sup>(٣)</sup>.

بينما رفضت المحكمة إقامة مسؤولية صاحب العمل في واقعة أخرى، قضت فيها بمسئولية العامل، وهو ضابط أمن في شركة CCHIM، عن الأضرار الأدبية التي تعرض لها وعدم مسؤولية صاحب العمل (الشركة) مدنياً أو جنائياً؛ حيث إن العامل قد تصرف تصرفات غير لائقة في أماكن محدد لها التصوير ومعلنة، فضلاً

---

actualisée au 16.08.2016, A jour de la loi « travail », des décisions du défenseur des droits et de la jurisprudence de la cour de cassation parue au 15.07.2016 , R. P. S, Paris 2016 n 8 WWW.legifrance.gouv.fr

(1) Cass. Soc. – 19 septembre 2007. No 06/41.227 et 06/41.238. – C.A. Grenoble, 9 janvier 2006, Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén. Cour de cassation: droit du travail, etudes – communications – jurisprudence – doctrine, sommaires d'arrêts et notes, n0.79m, publication trimestrielle, 2007. WWW.legifrance.gouv.fr.

(2) Cass. Soc. 26.11.2015. M mes Z... x. A.... Bull. 2015. V. no 384.

(3) Cass. Soc. 12.1.2016, n00012013, Mx., muazaf almahmiati, x. CCHSA sharikat naft aljanub. Cass. Soc. 22.10.2015, n000102015, Cass. Soc. 9.7.2014, n00009072014.

عن أن تصرفاته لا علاقة لها بواجباته الوظيفية. ومن ثم لا يجوز لورثة هذا العامل المطالبة بالتعويض عما لحق مورثهم من أضرار أدبية أدت إلى وفاته؛ حيث إنه هو المسئول عن هذه الأضرار وليس صاحب العمل<sup>(١)</sup>.

هذا، ولم تشترط محكمة النقض الفرنسية، مدة معينة يتحقق أو يقع فيها الضرر، وكذلك لم تشترط العود أو التكرار بشأن الضرر الأدبي؛ حيث استبعدت الغرفة الاجماعية للمحكمة فكرة ارتباط وتكرار أفعال وتعليمات صاحب العمل بشأن عماله لإمكانية معاقبته على إخلاله بتوفير الصحة النفسية لهم والتزامه بالتعويض عما يسببه لهم من أضرار أدبية وتدهور في صحتهم النفسية<sup>(٢)</sup>.

أما المحكمة العليا الأمريكية، فقد قضت في حكم مهم لها، بأن صاحب العمل هو المسئول عن المخاطر التي تتعرض لها العاملة في مكان العمل أو بسببه؛ إذ هو المسئول عن تأمين بيئة العمل وتوفير إجراءات السلامة والصحة المهنية، فيسأل عن المخاطر التي تسببها الأجهزة التقنية في هذه البيئة<sup>(٣)</sup>.

وإذا كانت القاعدة هي التزام صاحب العمل بتعويض العاملة عن الأضرار التي يسببها لها، وفق القواعد العامة في التعويض عن الأضرار المادية والأدبية، فإن الحماية المدنية للمرأة العاملة لا تتوقف عند هذا الحد، وإنما تشمل كافة مخاطر بيئة

(1) Cass. Soc. 12.02.2014; CRIM, no2804/2014 CCHSA, (CCHSA CRIM 2010/01/09). (Cass. Soc., 26 octobre 1964, Bull., no 709; Cass. Soc. 5 décembre 1973, Bull., no 632).

(٢) ارجع على سبيل المثال:

".... La définition légale ne distingue pas de condition temporelle dans la réalisation des agissements reprochés au titre du harcèlement moral. C'est pourquoi la chambre sociale de la cour de cassation a rappelé le 26.05.2010, en matière de répétition d'agissements que le fait que ces événements se soient déroulés « au cours d'une très brève période de temps » n'empêchait pas la caractérisation du harcèlement moral. Cette jurisprudence s'est trouvée confirmée par la chambre sociale de la cour de cassation le 06.04.2011 en parlant d'agissements fautifs, même commis « fût/ce pendant une durée limitée », et par celle de la chambre sociale du 03.04.2013 ou encore du 21.01.2016....", voir Les arrêts de la chambre sociale du 24.09.2014, le 25.09.2012 et le 06.04.2016, et des arrêts de la chambre sociale du 21 04 2010

(3) Supp. Court; Chevron v. Echazabal Petition for writ of certiorari to the U.S Court. Available at: <http://Supreme.LP.Findlaw.com/> Accessed July1, 2002. Ronald Bayer: Workers Liberty, workers welfare: The Supreme Court speaks on the Rights of Disabled Employees, op.cit, p. 541.

العمل في العصر الرقمي. ولذلك تستوجب مد هذه الحماية كلما دعت حماية المرأة في هذه الحالة لذلك وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية، لإقرار حق جديد لها من الحقوق الشخصية وهو الحق في الحماية من كافة مخاطر العصر الرقمي والحق في عدم انتهاك خصوصياتها باعتبارها حقان أساسيان يتطلبان توافر جزاءات أخرى حال انتهاكهما<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى فالقاعدة في تقدير التعويض هي أن القاضي يستقل بتقديره - وهو تعويض ناشئ عن مسؤولية عقدية مترتبة في جانب صاحب العمل بمقتضى عقد العمل المبرم مع العامل، وليس عن مسؤولية تقصيرية<sup>(٢)</sup> - تعويضاً يكافئ الأضرار التي لحقت الطرف الآخر؛ عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب؛ شريطة أن تكون هذه الأضرار نتيجة طبيعية للتعسف<sup>(٣)</sup>؛ أي نتيجة لتعسف صاحب العمل في استخدام حقه في الرقابة وتجاوزه في هذا الاستخدام<sup>(٤)</sup>.

أما بشأن الشروط اللازم توافرها في الضرر الموجب للتعويض، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الضرر الموجب للتعويض، يجب أن يكون محققاً، فالضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع لا يستحق عنه التعويض إلا إذا وقع فعلاً<sup>(٥)</sup>". وقضت كذلك بأن: "تعيين العناصر المكونة للضرر والتي تدخل في حساب التعويض، من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض والعبرة في تقدير التعويض

(1) Rachid Filali Meknassi: examen du code du travail à la lumière des normes internationales du travail, op.cit, p.61/62.

(2) د. حسن عبد الرحمن قدوس: الحق في التعويض، مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٢٢.

Patrice Jourdain: Responsabilité civile, Revue trimestrielle de droit civil, N01, janv/mars, 2001, pp.146/147.

(3) المادة ١/٢٢١ مني مصري، د. همام محمد محمود زهران: قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٧٥٩.

Xavier Mégarde: Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement. Droit Social. n011 Novembre 1998, p.895, Gilles Auzero: L'exercice du droit de licenciement Droit social n03 2010 n 294

(4) Michaël PRIEUX: approches jurisprudentielles des risques psycho/sociaux, a travers les decisions et arrêts des juridictions judiciaires. Qualification, évolution et actualité. Version 5, actualisée au 16.08.2016. A jour de la loi « travail », des décisions du défenseur des droits et de la jurisprudence de la cour de cassation parue au 15.07.2016, R. P. S, Paris, 2016, p.8.

(5) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٣٢٣٨ و ٣٢٦٩ لسنة ٧١ قضائية، جلسة ٢٦/١٢/٢٠٠٢، مجموعة المكتب الفني، السنة ٥٢، ج ٢، قاعدة رقم ٢٤٨، ص ١٢٩٠.

هي بقيمته وقت الحكم بالتعويض وليس بقيمته وقت وقوعه؛ إذ يلتزم المسؤول عن الخطأ بجبر الضرر كاملاً ولا يكون التعويض كافياً لجبره، إذا لم يراع تقديره قيمة الضرر وقت الحكم، ما لم يكن المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده فلا يكون له عندئذ أن يرجع إلا يقدر ما دفعه فعلاً<sup>(١)</sup>.

وفي الجملة، يمكننا القول بأن العاملة تستحق التعويض عما يلحق بها من أضرار جراء انتهاك خصوصيتها، فتعوض عن الضرر الأدبي الذي يصيبها، وإن كان لا يمكن اعتبارها إصابات العمل أو إجهاد أو إرهاق من العمل. والفرق بين النظام المصري والنظامين الفرنسي والأمريكي يتمثل في أن الأول يرسخ للتعويض عنها وفق قواعد المسؤولية المدنية، بينما في الأخيرين يمكن تكيفه على أنه ضرر نفسي يجب التعويض عنه على سند من إخلال صاحب العمل بالتزام من التزاماته الأساسية، وما يترتب على ذلك من تخفيف عبء الإثبات على العاملة، وهو ما يجعلها تتمتع بالحماية المدنية في الحالتين، وتعوض ليس على أساس إصابات العمل بل على أساس الضرر الأدبي.

ومن هنا نناشد المشرع الوطني بضرورة التدخل لتوفير المزيد من الحماية المدنية للمرأة العاملة، وعدم تشتيت مركزها القانوني بين فروع القانون وما يترتب على ذلك من صعوبة في استحقاق هذه العاملة لتعويض ما يصيبها من ضرر، ما بين إصابة العمل أو قواعد المسؤولية المدنية، ناهيك عن عبء الإثبات. والأجدر بالإشارة أن المشرع الوطني قد تأخر عن الركب الدولي في تنظيم التزام شاع تنظيمه في مختلف النظم القانونية وهو الالتزام بتوفير الصحة النفسية.

(١) حكم محكمة النقض في الطعينين ٢٤٤٥، ٢٦٥٠ لسنة ٥٩ جلسة ١٢/٢٧/١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٥، ج ٢، قاعدة رقم ٣١٧، ص ١٦٩٧.

## الخاتمة

عرضنا فيما سبق، لواحدة من أهم المسائل القانونية التي أثارها التطور التكنولوجي في مجال الرقابة والتفتيش على العاملات في العصر الرقمي، تحت عنوان "الحماية المدنية لخصوصية المرأة العاملة من مخاطر بيئة العمل في العصر الرقمي"، وذلك من خلال فصلين، تناول أولهما خصوصية المرأة العاملة ومخاطر بيئة العمل في العصر الرقمي، والذي عرض لماهية خصوصية المرأة وصور الاعتداء عليها، ثم وسائل التفتيش والرقابة الرقمية ومظاهر خطورتها على خصوصية المرأة العاملة. ثم تعرضنا في الفصل الثاني لنطاق نطاق حق العاملة في الخصوصية وأحكام المسؤولية المدنية لصاحب العمل عن الاعتداء عليه، والذي انقسم بدوره إلى مبحثين، تناول أولهما الموازنة بين حق العاملة في الخصوصية وسلطة صاحب العمل في الرقابة عليها، ثم عرض الثاني أحكام المسؤولية المدنية لصاحب العمل عن الاعتداء على خصوصية المرأة العاملة.

وقد أوضحنا أنه إذا كانت القاعدة هي التزام صاحب العمل بالتعويض للعاملة عما يسببه من أضرار وفقاً للقواعد العامة المتعارف عليها في التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية، فإن الحماية المدنية للمرأة العاملة لا تتوقف عند هذا الحد، وإما تمتد لتشمل كافة مخاطر بيئة العمل في العصر الرقمي وما أكثرها. ولذلك فإن هذه الحماية تستوجب مد مظلتها كلما دعت الحاجة إلى حماية المرأة، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية، بل ينبغي إقرار حق جديد لها، ألا وهو الحق في الحماية من كافة مخاطر العصر الرقمي، سيما حقها الشخصي في عدم انتهاك خصوصيتها باعتباره حقاً أساسياً لها.

فغني عن البيان أن ضالة العقوبات وقلة الغرامات المفروضة على صاحب العمل في بعض الأحيان، لا تشكل الرادع الكافي لحماية الحق في الخصوصية ولا تتناسب مع هذا تأمين هذا الحق من مخاطر بيئة العمل العصر الرقمي. ومن هنا فلا بد من تدخل تشريعي صريح لتنظيم هذا الحق وفرض العقوبات المناسبة لحمايته، وإلا

فإن الحديث عن هذا الحق على الرغم من أهميته الإنسانية قبل القانونية، يبقى من قبيل الترف الفكري، بلا تجسيد قانوني.

وعليه، فقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج، وأوصت بعدة توصيات كالتالي:

#### أولاً: النتائج:

1. أن بيئة العمل في العصر الرقمي تتسم بتطور مذهل في وسائل التفتيش والرقابة على العمال في المنشآت؛ حيث تكشف أجهزة التكنولوجيا الحديثة - كأجهزة التسجيل والتصوير غير المرئية وشبكات الإنترنت، عن الكثير من خصوصيات العاملات سواء في مكان العمل، أو تتبعها في غيره من أماكن.
2. أن الوسائل التقنية الحديثة التي يستخدمها أصحاب الأعمال في التفتيش والرقابة على العاملات، تمثل خطرًا من أعظم المخاطر التي تهدد استقرارها المهني والأسري.
3. أن طبيعة العمل وإن كانت تتحكم في نطاق خصوصية العاملة وما يرد عليه من قيود، فإن طبيعة العاملة ذاتها تقتضي تحديد الوسائل والنظم الرقابية المستخدمة في بيئة العمل.
4. أن المفهوم المادي لإصابة العمل والذي يعتمده الفقه والقضاء المصريين، لا يتسع ليشمل الاعتداء على خصوصية العاملة، وبالتالي لا يصلح سنداً لتعويضها عما يلحق بها أضرار جراء الاعتداء على خصوصيتها.
5. أن المشرعين الفرنسي والأمريكي كانا أسبق من المشرع المصري إلى تنظيم النظام صاحب العمل بتوفير الصحة النفسية للعاملين لديه، بينما يقصر الأخير التزام صاحب العمل على توفير الصحة والسلامة المهنية فحسب.

#### ثانياً: التوصيات:

1. نناشد المشرع الوطني بضرورة التدخل لتنظيم استخدام المنشآت لوسائل التفتيش والرقابة الرقمية بنصوص واضحة مقترنة بضمانات حقيقية لخصوصية العاملات.

٢. نهيب بالفقه أن ينظر إلى خصوصية المرأة العاملة باهتمام يوازي قيمتها، سيما في ظل المخاطر الرقمية التي تتهددها، وذلك من خلال التوسع في تفسير التزام السلامة المهنية ليشمل الجانب النفسي للعاملة أسوة بالوضع في النظامين الفرنسي والأمريكي.
٣. نهيب بالفقه أن يؤصل لحق جديد للمرأة العاملة في العصر الرقمي، مفاده حمايتها من كافة المخاطر التي تتهدد خصوصيتها مادية كانت أو معنوية.
٤. يتعين على المنشآت التي تشرع في استخدام أجهزة الرقابة والتفتيش الرقمية أو تستخدمها بالفعل أن تُعلم جميع عمال المنشأة بذلك خاصة النساء، بطرق مناسبة وكافية، وأن تحصل على موافقتهم على الخضوع لنظام المراقبات الالكترونية مسبقاً، مع الاحتفاظ لهم بما قد يبدو من خصوصياتهم صدفة أو بطريق الخطأ.
٥. ينبغي - في كل الأحوال - تقييد استخدام وسائل التفتيش والرقابة الرقمية بمكان وزمان العمل فحسب، أي في الوقت الذي تعلم فيه الجهات الإدارية المختصة من أجل ممارسة الرقابة على مشروعية هذا الاستخدام، ومدى الالتزام بنطاقه القانوني.
٦. على المنشآت أن توفر استراتيجيات التعامل الإدارية والتنظيمية الملائمة لتحفيز العاملات على الحفاظ على خصوصياتهن في مكان وزمان العمل (البعد التوعوي للحماية).

## قائمة المراجع

القسم الأول: باللغة العربية:

أولاً: الكتب والمؤلفات العامة:

- د. أحمد حسن البرعي: الوسيط في القانون الاجتماعي، شرح عقد العمل الفردي، شرح عقد العمل الفردي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- د. السيد عيد نايل:
  - شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
  - الوجيز في قانون التأمين الاجتماعي، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٦.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: أصول قانون التأمين الاجتماعي، بدون ناشر، ١٩٩٢-١٩٩٣.
- د. عبد الودود يحيى: شرح قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
- د. فاطمة محمد أحمد الرزاز: شرح قانون التأمينات الاجتماعية، بدون ناشر، ٢٠٠٤.
- د. محمد حسين منصور: التأمينات الاجتماعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- م حسين عبد اللطيف حمدان: الضمان الاجتماعي، أحكامه وتطبيقاته، دراسة تحليلية شاملة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥.
- د. محمود جمال الدين زكي: قانون العمل، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣.
- د. كامل محمد بدوي: المرجع في قانون العمل الفردي والمبادئ القانونية في قانون إصابات العمال وأمراض المهنة، مطبعة دار التأليف، القاهرة، بدون سنة نشر.

- د. همام محمد محمود زهران: قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ثانيا: البحوث المتخصصة والدوريات العلمية:
- د. أحمد عبد التواب محمد بهجت: التزام رب العمل بضمان الصحة والسلامة المهنية للعامل، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد السادس، ١٩٩٤.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.
- د. حسن عبد الرحمن قدوس: الحق في التعويض، مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- د. خالد حمدي عبد الرحمن: الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. سامح عبدالواحد التهامي: المسؤولية المدنية عن فيرسة النظم المعلوماتية عبر الإنترنت، مجلة الحقوق، الكويت، مجلد ٤٠، عدد ٣، سبتمبر ٢٠١٦.
- د. صالح جواد كاظم: التكنولوجيا الحديثة والسرية الشخصية (فصل من كتاب) مباحث في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩١.
- د. صلاح محمد أحمد دياب: الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضماناتها (في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- د. عبد الودود يحيى: شرح قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
- د. فاطمة محمد أحمد الرزاز: أثر التكنولوجيا الحديثة على عقد العمل، مجلة إتحاد الجامعات العربية، العدد التاسع، إبريل (نيسان)، القاهرة، ١٩٩٩.

- د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية في التشريع: المصري، العربي، الأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٦.
- د. محمد عبد الفتاح على محمد: سلطة صاحب العمل في إدارة منشأته، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- د. محمد نجيب عوضين: أسس التعاقد بوسائل الاتصال المستحدثة، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الخامس والسبعون، ٢٠٠٥.
- د. مصطفى عبد الحميد عدوي: الخصوصية في مكان العمل، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والانجلوأمريكي، بدون ناشر، ١٩٩٧.
- د. يونس صلاح الدين علي: المسؤولية المدنية الناجمة عن التعدي على الحق في الخصوصية في القانون الانجليزي، دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي، د. ن، د. ت.
- أ. يونس عرب: التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية، الندوة العلمية الخامسة حول دور التوثيق والمعلومات في بناء المجتمع العربي النادي العربي للمعلومات - دمشق، ٢٠٠٩.
- ثالثا: الموسوعات القضائية:
- د. رمضان جمال كامل: موسوعة التأمينات الاجتماعية، الطبعة الثانية، الأصل للنشر والتوزيع، طنطا، ٢٠٠١.
- أ. سعيد محمود الديب: مكتبة القاضي، تشريعات وأحكام جمهورية مصر العربية، أحكام محكمة النقض، ٢٠١١.
- أ. عصمت الهواري: قضاء محكمة النقض في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية، الجزء السادس ١٩٨٥.
- الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية، الدوائر العمالية لمحكمة النقض المصرية.

القسم الثاني: المراجع باللغة الأجنبية:

أولاً: باللغة الفرنسية:

- Anne Hidalgo: Un nouveau rôle pour l'Administration du travail? Droit Social, N<sup>0</sup>6, Juin, 1992.
- Ariane Mole: Informatique et libertés du travail: les nouveaux enjeux, Droit Social, N01, janvier 1990.
- Emmanuel Dockés: Droit du travail, 3e édition, Dalloz, 2008.
- François Taquet: La réforme inachevée des règles relative's au contrôle URSSAF, Droit Social, N012 décembre 2000.
- Gilles Auzero: L'exercice du pou de licencier, Droit social, n<sup>0</sup>3, 2010.
- Hubert Bouchet: l'épreuve des nouvelles technologies: le travail et le salarié, l'épreuve des nouvelles technologies: le travail et le salarié, Droit Social, No1, Janvier 2002.
- Isabelle Comtet: Gérer le travail distant: Un défi pour les PME? Gestion 2000 publications, juillet-août, 2008.
- Jean –Emmanuel Ray: Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Droit Social, N06, Juin 1992.
- La légitime censure des télé-travaux forcés, La légitime censure des télé-travaux forcés, Droit Social, N<sup>0</sup>12, 2001.
- Jean Frayssinet: Nouvelles technologies et protection de libertés dans l'entreprise, Dr. Soc. N<sup>0</sup>484, 1992.
- Jean-Maurice Verdier et autres: Droit du travail, Droit du travail, Rapports individuels, volume 11, 13<sup>e</sup> édition, Dalloz, paris, 2005.
- Jean Pélissier et autres: Droit du travail, 12 édition, Dalloz, 2002.
- Laurent Milet: L'accident de trajet, risque de l'emploi, Droit Social, N011, 1996.
- Martine Aubry et Pierre-Louis REMY: Le droit du travail à L'épreuve des nouvelles technologies, Droit Social, N06, Juin, 1992.

- Rachid Filali Meknassi: examen du code du travail à la lumière des normes internationales du travail, Ministère de l'Emploi et des Affaires Sociales, Paris, 2013.
- Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Droit Social, N06, Juin 1992.
- Olivier de TISSOT: La protection de la vie privée salarié, Droit Social, N°2, 1995.
- Nasreddine El HAGE: Les règles de la responsabilité du commettant d fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail? Droit social, N01, Janvier 2002.
- Patrice Jourdain: Responsabilité civile, Revue trimestrielle de droit civil, N01, janv-mars, 2001.
- Philippe WAQUET:
- Le pouvoir de direction et les libertés des salariés, Droit Social, N°12, Décembre 2000.
- Quelques questions autour de la loi Aubry I, Droit Social, N012, Décembre 2000.
- Rachid Filali Meknassi: examen du code du travail à la lumière des normes internationales du travail, Ministère de l'Emploi et des Affaires Sociales, Paris, 2013.
- René Henri Gallier: Les accidents du trajet et leurs responsables, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Montpellier, 1962.
- Robert Ellis Smith: Compilation of State and Federal Privacy Laws, 2000.
- Sylvie Guerrero: La mesure du contrat psychologique dans un contexte de travail francophone, La mesure du contrat psychologique dans un contexte de travail francophone, relations industrielles/ industrial relations, vol. 60, No1, 2005.
- Tyffen CADLOT: Les nouvelles technologies et flexibilité, université Paris, 1-Panthéon-Sorbonne, DEA Ressources Humaines et Politiques Sociales, 1999.
- Xavier Mégarde: Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement, Droit Social, n°11 Novembre 1998.

- Yves Saint-jours: Le défaut de déclaration de l'accident par l'employeur et ses conséquences, Dalloz, N<sup>o</sup>7, 2002.
- ثانياً: باللغة الانجليزية:
- Anne Renaut: Moral harassment – work organization to blame? Violence at work, Labour Education, No. 133, U.S.A, 2003.
- Arne L. Kalleberg: Precarious Work, Insecure Workers, Employment Relations in Transition, American Sociological review, Vol.74, Number1, February 2009.
- Cheryl Anne Lampshire: Effects of leadership behaviors and communication channels on global intra-team relationships: A qualitative phenomenological study, Ph.D. Thesis, University of phoenix, October 2009.
- Elaine S. Brenner: Retaining teleworkers: telework as a moderator of typical relationships between turnover antecedents and turnover intentions, Ph.D. thesis, the Faculty of Columbian college of Arts and Sciences, The George Washington University, 2006.
- Gladys Hrobowski-Culbreath: Flexible work arrangements: An evaluation of job satisfaction and work–life balance, Ph.D. thesis, Capella University, August 2010.
- Hab. Zbigniew Hajn: The Impact of European Law on the Polish Regulation of Atypical Employment Contracts, Managerial Law, Volume.47, Number.6, 2005.
- Howard H.M. Piper: Telework and organizational commitment: A test of the Meyer and Allen three-dimensional model of commitment, Ph.D. Thesis, H.wayne Huizenga School of Business, Nova Southeastern University, 2004.
- Institute of Management & Administration: Controller Base Salary, The controller's report, Issue 10-11, 2010.
- Jean Guisnel, Gui Masai: Cyberwars, Espionage on the Internet, Winn Schwartz, 1st edition, 1997.
- John M. Carroll: Confidential Information Sources: Public and Private, 1991.
- Leigh Anne Clark: Relationships between the big five personality dimensions and attitudes toward telecommuting,

- Ph.D. Thesis, Department of Management in the Graduate School, Southern Illinois University Carbondale, 2007.
- Lionel P. Robert Jr.: Social Capital and Knowledge Integration in Virtual Teams, Ph.D. Thesis, Faculty of the University Graduate School, Indiana University, 2006.
  - Linda G. Howard: Hazardous substances in the workplace implications for the employment rights of women, University of Pennsylvania Review, Vol. 129, 1999.
  - Luise Vassie: Managing homeworking: health and safety responsibilities, Employee Relations, Vol. 22 No. 6, 2000.
  - Mahlia A. Matsch and others: Perceptions of Work-Life Balance among Military Law Enforcement Personnel and their Spouses, Springer Science and Business Media, LLC 2009.
  - Manuela Pérez Pérez and others: The environmental impacts of teleworking, Management of Environmental Quality: An International Journal Vol.15, No.6, 2004.
  - Mark S. Merkow and James Breithaupt: The e-privacy imperative, protect your customers' internet privacy and ensure your companys survival in the electronic age, 2001.
  - Michael Quinlan: The implications of Labour Market Restructuring in Industrialized Societies, Sage, New York 2010.
  - N. Ben Fairweather: Surveillance in Employment: The Case of Teleworking, Journal of Business Ethics, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1999.
  - Nidhi Tendon: Information and Communication Technologies in Bangladesh, Trends, Opportunities and Options for Women Workers, October 2006.
  - Norma L. Nielson: How Technology Affects the Design and Administration of Pensions and Benefits, journal of labor research, volume xxiii, Number 3 summer 2002.
  - Pascale Peters and others: The effects of time-spatial flexibility and new working conditions, Institutional explanations for managers' attitudes towards telehomeworking, Sage, London, December 2009.

- Roxanna Johnson: An analysis of equity perception related to family-friendly work-life balance of female employees without dependents, Ph.D thesis, Faculty Mentor and Chair, Capella University, February, 2008.
- Sandra M. Palmer-Peart: A study on the inclination of Jamaican employees to opt for telework: A comparison with findings for United Kingdom employees, Ph.D. Thesis, The Graduate Faculty of Graduate School of Business, Nova Southeastern University, 2004.
- Satoris Sabrina Youngcourt: Examinations of supervisor assessments of employee work-life, conflict, supervisor support, and subsequent outcomes, Ph.D thesis, Office of Graduate Studies of Texas A&M University, December 2005.
- Sharon k. Parker and others: Future work design research and practice: Towards an elaborated model of work design, Journal of Occupational and Organizational Psychology, The British Psychological Society, 2001.
- Susanne Tietze and Gill Musson: The times and temporalities of home-based telework, Personnel Review Vol.32, No.4, 2003.
- ثالثاً: مجموعات الأحكام القضائية:
- COUR DE CASSATION:
  - Diffusion de Jurisprudence, Doctrine et Communications, Publication trimestrielle, Journaux Officiels, N<sup>o</sup>77, Janvier, Février 2007.
  - Diffusion de Jurisprudence, Doctrine et Communications, Publication trimestrielle, Journaux Officiels, N<sup>o</sup>77, NOVEMBRE, 2005.

# **النظام القانوني للبيع على المكشوف**

## **«دراسة مقارنة»**

**د. أحمد باز محمد متولي**

**مدرس القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق جامعة المنصورة  
والأستاذ المساعد بكلية الدراسات التطبيقية وخدمة المجتمع  
بجامعة الإمام عبد الرحمن بن فيصل بالمملكة العربية السعودية**

## مقدمة

### أولاً: موضوع البحث:

يُعد الاستثمار باستخدام الروافع المالية من الاستثمارات التي أصبحت منتشرة في الأسواق المالية على نطاق واسع، ويعتمد المستثمر إلى الاعتماد على أموال الغير لتحقيق المزيد من الأرباح، فيلجأ إلى الاقتراض في صورتين، الصورة الأولى وهي اقتراض النقد وتُعرف باسم آلية الشراء بالهامش، والصورة الثانية وهي اقتراض الأوراق المالية ذاتها وتُعرف باسم البيع على المكشوف.

هذا وقد أثار نظام البيع على المكشوف الكثير من الجدل منذ نشأته وإلى يومنا هذا، إلا أنه وبالرغم من ذلك، فإنه نظام معمول به في معظم أسواق الأوراق المالية المتطورة.

### ثانياً: أهمية البحث:

وقد تناولت العديد من الدراسات الأكاديمية موضوع البيع على المكشوف من وقت بعيد وإلى يومنا هذا، إلا أن معظم هذه الدراسات تتناول هذا النظام من جانبه الاقتصادي البحث، والآثار المترتبة على العمل بهذا النظام على الأوراق المالية المتداولة في أسواق الأوراق المالية. ونظراً لندرة الدراسات - على حد علم الباحث- التي تناولت هذا الموضوع من جانبه القانوني، فقد آثرنا أن نخصص هذا البحث لتناول الجوانب القانونية لهذا الموضوع الهام في أسواق الأوراق المالية.

ومن ثم، تتجسد أهمية هذا البحث في أنه يتناول أحد الآليات التي تساهم في زيادة السيولة في سوق الأوراق المالية بما ينعكس على كفاءته، وكذلك تُساعد على مزيد من الكفاءة في التسعير، وفي نفس الوقت يبحث في مدى ملاءمة القواعد القانونية الحاكمة لمزاولة هذا النشاط للحد من الآثار السيئة المترتبة على إساءة استخدامه، ومدى استيعابها للتطورات في مختلف الأسواق العالمية.

### ثالثاً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في أن نظام البيع على المكشوف- بالرغم من اعتباره أحد الآليات الرئيسية في معظم دول العالم- يُعد نظاماً حديثاً على الدول العربية، وتتردد في اعتماده كأحد الآليات المتاحة لديها للتداول. بالإضافة إلى أن هذا النظام- محل البحث- قد أثار كثيراً من الجدل حوله، ومن ثم، يثور التساؤل: هل من الصواب عدم الأخذ به نهائياً، أم اعتماده مع وضع الضوابط اللازمة للحد من آثاره السيئة ومنع إساءة استخدامه؟

### رابعاً: نطاق البحث:

نشاط البيع على المكشوف لا يُمارس فقط في سوق الأوراق المالية، بل في غيره من الأسواق الأخرى كأسواق العملات، إلا أننا سنقصر نطاق البحث على البيع على المكشوف في بورصة الأوراق المالية فقط.

### خامساً: منهجية البحث:

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي التأصيلي وذلك بصفة أساسية، كما أنه استخدم أيضاً المنهج المقارن بصفة تبعية وعند اللزوم، وذلك من خلال خطة البحث التالية:

### سادساً: خطة البحث:

تم تقسيم خطة البحث في هذا الموضوع إلى فصلين، وذلك على النحو التالي:

**الفصل الأول: ماهية نظام البيع على المكشوف وطبيعته القانونية.**

**الفصل الثاني: النظام القانوني للرقابة والإشراف على تنفيذ عمليات البيع على**

**المكشوف.**

## الفصل الأول

### ماهية نظام البيع على المكشوف وطبيعته القانونية

يُعد الاستثمار في بورصة الأوراق المالية من ضمن الاستثمارات التي تقوم على المضاربة. وهذه الأخيرة قد تكون في صورتها البسيطة كقيام المستثمر بشراء الأوراق المالية انتظاراً لارتفاع قيمتها، ومن ثم بيعها تحقيقاً للربح المتمثل في الفارق بين سعري الشراء والبيع. كما قد تكون المضاربة في أعلى صورها كما في صورة البيع على المكشوف والشراء بالهامش.

ويُعتبر البيع على المكشوف - بالإضافة إلى كل من الشراء بالهامش والبيع والشراء في ذات الجلسة- من قبيل الأنشطة المتخصصة التي لا يُسمح باستخدامها إلا على الأوراق المالية التي يتوافر فيها معايير محددة.

وإذا كان الطبيعي أن يقوم المستثمر بالشراء أولاً، ثم يقوم بالبيع عند ارتفاع الأسعار، إلا أن الوضع في البيع على المكشوف عكسي حيث يقوم البائع بالبيع أولاً ثم يقوم بالشراء عند انخفاض الأسعار.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية البيع على المكشوف، ونخصص الثاني لبيان طبيعته القانونية.

### المبحث الأول

#### ماهية البيع على المكشوف

يُعد نظام البيع على المكشوف نظاماً قديماً ترجع جذوره إلى القرن السابع عشر؛ حيث يذهب الكثير من الاقتصاديين إلى أن بورصة أمستردام قد عرفت هذا النوع من التعاملات، وأن أول من استخدم هذا النظام هو تاجر هولندي يُدعى Isaac le Maire، وكان هذا التاجر مساهماً بنسبة كبيرة في رأس مال شركة الهند الشرقية الهولندية عام ١٦٠٢؛ حيث استثمر حوالي (٨٥٠٠٠) غيلدر في أسهم هذه الشركة، وقد توقع هذا التاجر أن هذه الشركة سوف تلحقها خسائر فادحة ونتيجة لذلك سوف تتخفف أسهمها، فعمد إلى إنشاء شركة أخرى مع ثمانية من التجار في ١٠ فبراير عام ١٦٠٩ وأطلقوا عليها اسم "Groote Company"، وقام ببيع جميع

أسهمه في شركة الهند الشرقية، بل إنه لم يكتف بذلك وإنما باع أكثر مما يملك، ولذلك يُنسب إليه ابتكار نظام البيع على المكشوف<sup>(١)</sup>.

ونتيجة لهذا الهبوط الحاد في أسهم شركة الهند الشرقية، قامت الحكومة بحظر هذا النوع من البيع عام ١٦٠٩ وذلك بناء على طلب من إدارة الشركة، إلا أن ذلك الحظر لم يؤدِ الغرض المقصود منه؛ حيث قام المستثمرون بإيجاد طرق مبتكرة للالتفاف على هذه القواعد<sup>(٢)</sup>، الأمر الذي قامت معه الحكومة بإصدار أول تنظيم للبيع القصير عام ١٦٨٩، وفرض ضريبة على الأرباح المحققة من هذا النشاط<sup>(٣)</sup>.

وشهدت الأسواق الأمريكية صراعاً مماثلاً بشأن البيع على المكشوف؛ إذ جاء الحظر الأول للبيع القصير عام ١٨١٢ عندما دخلت البلاد في الحرب، وبمرور الوقت، وجد المستثمرون<sup>(٤)</sup> الثغرات للالتفاف حول هذا الحظر، وقد ساعد على ذلك أن بورصة نيويورك كانت نشطة مع عدد قليل من الشركات المتداولة في السوق، وقد أنهت الولايات المتحدة الأمريكية هذا الحظر بحلول عام ١٨٥٠<sup>(٥)</sup>.

## المطلب الأول

### تعريف نظام البيع على المكشوف

ونقسم هذا المطلب إلى عدة فروع، نتناول في الفرع الأول مفهوم البيع على المكشوف، وفي الفرع الثاني نبين مزايا وعيوب البيع على المكشوف، ونخصص الفرع الثالث لتمييز البيع على المكشوف عما يشبهه به، كما يلي:

### الفرع الأول

#### مفهوم البيع على المكشوف

(١) لمزيد من التفصيل، راجع:

Arturo(B.), Goetzmann (W.N.) and Ning(Z.), Efficiency and the Bear: Short Sales and Markets Around the World (September 2004). Yale ICF Working Paper No. 02-45; EFA 2003 Annual Conference; AFA 2004 San Diego Meetings; 14th Annual Conference on Financial Economics & Accounting. Pp. 1-3. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=357800>.

(2) Taulli (T.), "All About Short Selling", McGraw-Hill Education, New York, 2011, p. 6.

(3) Angel (J.J.) and McCabe (D.M.), "The Business Ethics of Short Selling and Naked Short Selling", Journal of Business Ethics, Vol. 85, Supplement 1: 14th Annual Vincentian International Conference on Justice for the Poor: A Global Business Ethics (2009), p. 239. Available at: <http://www.jstor.org/stable/40294836>, visited in: 9-9-2018.

(٤) ويعتبر كلٌّ من (Jacob Little, Joseph Barker, Daniel Drew) من الشخصيات البارزة التي قامت بالتلاعب في أسعار الأسهم باستخدام البيع على المكشوف، وقد أصبح Jacob Little واحداً من أكبر المضاربين في وول ستريت ومنذ عام ١٨٢٧ اشتهر بـ "Great Bear of Wall Street"، ولمزيد من التفصيل، راجع:

- Markham (J.W.), "A Financial History of the United States. (1492-1900)

From Columbus to the Robber Barrons", Vol. 1: M.E. Sharpe, New York, 2002, p. 161.

(5) Taulli (T.), Op.Cit., p. 7.

نعرض في هذا الفرع لتعريف البيع على المكشوف، وأنواعه، وأنواع البائعين على المكشوف، وأطراف البيع على المكشوف، والأوراق المالية المقبولة للبيع على المكشوف:

## أولاً: تعريف البيع على المكشوف:

لقد تعددت التعريفات الفقهية بشأن البيع على المكشوف، واختافت الألفاظ المستخدمة للدلالة عليه كالبيع القصير، اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع<sup>(١)</sup>، البيع بالعجز<sup>(٢)</sup>، البيع المسبق<sup>(٣)</sup>، وأياً كان اللفظ المستخدم للدلالة على هذا النظام<sup>(٤)</sup> فهو يشير إلى تلك الممارسة التي يقوم من خلالها البائع ببيع أوراق مالية لا يملكها مع النية لشراء أصول مماثلة لإعادتها مرة أخرى في وقت لاحق، وتحقيق ربح من الانخفاض في قيمة هذه الأصول<sup>(٥)</sup>.

وترى اللجنة الفنية للمنظمة الدولية لهيئات سوق المال (IOSCO)<sup>(٦)</sup> أن البيع على المكشوف مهما كان تعريفه، لديه بعض السمات المشتركة، وترى أن ذلك الأمر سيكون أكثر واقعية لتحديد ما إذا كانت معاملة ما تُعد بيعاً قصيراً، بتوافق عاملين: ١-

(١) هذا المصطلح الذي استخدمته اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري عند تنظيمها لهذا النشاط، وذلك بموجب الباب التاسع من ذات اللائحة (تنظيم نشاطي شراء الأوراق المالية بالهامش واقتراض الأوراق المالية بغرض البيع).  
(٢) د. مبارك بن سليمان محمد آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، دار كنوز اشبيلية، المملكة العربية السعودية، ١٤٤٦هـ - ٢٠٠٥، ص ٧٤٣.  
(٣) د. فهد بن محمد الحويماضي، "كتاب المال والاستثمار في الأسواق المالية"، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠٠٦، ص ١٠١.  
(٤) راجع:

- Fabozzi (F.J.), "Short Selling: Strategies, Risks, and Rewards", John Wiley & Sons, New Jersey, 2004, p 9; Tauli (T.), "All About Short Selling", McGraw-Hill Education, New York, 2011, p5.

(٥) يشمل مصطلح البيع على المكشوف بيع الأسهم وكذلك أي أصل مالي آخر بنفس الآلية (كالعملات والمشتقات)، وفي بعض الأحيان يستخدم مصطلح "البيع على المكشوف" بمعنى أكثر عمومية لتغطية مجموعة واسعة من الإجراءات التي تسمح للمستثمر بالربح من انخفاض سعر أحد الأصول بالإضافة إلى البيع على المكشوف في الأسواق العاجلة، يمكن أيضاً تنفيذ صفقة بيع على المكشوف من خلال استخدام المشتقات، سواء تم تداولها في البورصات أو خارجها (OTC). انظر:

- Moosa (I.A.), "Good Regulation, Bad Regulation: The Anatomy of Financial Regulation", Palgrave Macmillan UK, London, 2015, p. 141; European Commission, 2010b. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on short selling and certain aspects of credit default swaps. 2010/0251 (COD), p. 5. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC1056&from=EN>

(6) International Organization of Securities Commissions.

وهي منظمة عالمية تجمع في عضويتها هيئات أسواق المال الدولية للعمل معاً من أجل تحقيق التعاون معاً للوصول إلى أعلى المستويات التنظيمية من أجل الحفاظ على كفاءة وسلامة المعاملات بالأسواق المالية الدولية وغير ذلك من الأهداف، ولمزيد من التفصيل، راجع الموقع الإلكتروني الخاص بالمنظمة:

[https://www.iosco.org/about/?subsection=about\\_iosco](https://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco). Visited in: 23-9-2018.

للأسهم. ٢- تلك الأسهم لا يملكها البائع لحظة البيع. فإذا توافر هذان العاملان في الصفقة وجب أن تدخل عالم نشاط البيع على المكشوف<sup>(١)</sup>.

وعلى المستوى التشريعي<sup>(٢)</sup>، عرّف المشرع الأوروبي البيع على المكشوف بأنه "أي بيع لأسهم أو سندات دين، حيث البائع لا يكون مالكاً لهذه الأسهم والسندات لحظة إبرام عقد البيع، بما في ذلك البيع الذي يكون فيه البائع مقترضاً لهذه الأسهم أو السندات أو وافق على اقتراضها لتسليمها في ميعاد التسوية"<sup>(٣)</sup>. وجدير بالذكر أنه قبل إصدار لائحة (الاتحاد الأوروبي) رقم ٢٠١٢/٢٣٦، كان هناك الكثير من التفسيرات المختلفة لمصطلح "البيع على المكشوف" في دول الاتحاد الأوروبي. فالبعض لا يهتم إلا بالبيع على المكشوف العاري، ومن ثم، لا توجد حاجة لتحديد البيع على المكشوف بشكل عام، ويقوم بتعريف البيع على المكشوف العاري فقط. ولا تقدم دول أخرى سوى قائمة بالأنشطة المحظورة، والتي عادة ما يتضمنها نشاط البيع على المكشوف

(1) IOSCO, Regulation on Short Selling – Consultation Report, Appendix III (March 2009), p. 24. Available at: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD289.pdf>. Visited in: 23-9-2018.

(٢) لمزيد من التفصيل حول موقف التشريعات المختلفة بشأن تعريف نظام البيع على المكشوف من عدمه، راجع:

- IOSCO (2003a), "IOSCO TC SC2 Project on Transparency of Short Selling in Equity Securities. Questionnaire Responses by Question". Available at: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD147-3.pdf>. visited in: 24-10-2018.

(3) Art (2-b) of Regulation (EU) No 236/2012 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 on short selling and certain aspects of credit default swaps, was published in the Official Journal of the European Union( JO) on 24 March 2012.

وقد نص المشرع في ذات المادة- بعد تعريفه للبيع القصير- على أمثلة لما لا يُعد بيعاً قصيراً وذلك على النحو التالي: ١- البيع بواسطة أي من الطرفين بموجب اتفاق إعادة شراء، حيث يوافق أحد الطرفين بأن يبيع للطرف الآخر ورقة مالية بسعر محدد، مع التزام هذا الأخير (المشتري) بإعادة بيعها له مرة أخرى في تاريخ لاحق وبسعر آخر محدد. ٢- نقل أوراق مالية بموجب عقد قرض أوراق مالية. ٣- إبرام عقد من العقود الآجلة أو عقد من عقود المشتقات المالية الأخرى حيث يتم بمقتضاه الاتفاق على بيع الأوراق المالية بسعر محدد في تاريخ مستقل.

وجدير بالذكر أن البعض يخلط بين نظام البيع على المكشوف واتفاق إعادة الشراء؛ حيث يذهب إلى أن عملية البيع على المكشوف تتكون من جزئين وهما: اتفاق إعادة الشراء وبيع الأسهم، انظر:

- Bianchi (R.J.) and Drew (M.E.), "A positive economics view of short selling", Banks and Bank Systems, Vol.7 Number. 2, 2012, pp. 63-65. Available at: [http://businessperspectives.org/journals\\_free/bbs/2012/BBS\\_en\\_2012\\_02\\_Bianchi.pdf](http://businessperspectives.org/journals_free/bbs/2012/BBS_en_2012_02_Bianchi.pdf) visited in: 6-10-2018.

ولمزيد من التفصيل حول معاملات إقراض الأوراق المالية، راجع: التقرير المشترك المعد بواسطة اللجنة الفنية للمنظمة الدولية لهيئات سوق المال (IOSCO) و لجنة نظم الدفع والتسوية (CPSS – COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS) المنبثقة عن بنك التسويات الدولية، يوليو عام ١٩٩٩، متاح على الرابط التالي:

<http://www.bis.org/cpmi/publ/d32.pdf> visited in: 10-11-2018.

العاري<sup>(١)</sup>. إلا أنه بعد أن أصدر الاتحاد الأوروبي لائحة (الاتحاد الأوروبي) المذكورة، توحد معها الاتحاد فيما يتعلق بتعريف البيع على المكشوف<sup>(٢)</sup>.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، عرّفته المادة (٢٠٠) من التنظيم (SHO) الذي يمثل الإطار التنظيمي الذي يحكم البيع على المكشوف<sup>(٣)</sup> بأنه "أي بيع لأوراق مالية لم يملكها البائع، أو أي بيع يتم من خلال تسليم أوراق مالية مقترضة لحساب البائع"<sup>(٤)</sup>.

أما في مصر، فقد عرّفت اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع بأنه "الاتفاق بين شركة السمسرة في الأوراق المالية وأحد عملائها على أن تقوم الشركة نيابة عن العميل باقتراض أوراق مالية مملوكة لطرف آخر (مقرض) من خلال نظام إقراض الأوراق المالية لدى شركة مصر للمقاصة والإيداع والقيود المركزي، وذلك بغرض بيع هذه الأوراق المالية وإعادتها في وقت لاحق بالشروط التي يتم الاتفاق عليها... كما يقصد بإقراض الأوراق المالية بغرض بيعها الاتفاق بين أمين الحفظ وأحد عملائه على أن يقوم أمين الحفظ بعرض الأوراق المالية المملوكة للعميل للإقراض للغير من خلال نظام إقراض الأوراق المالية لدى شركة الإيداع المركزي. ويتم الإقراض مقابل عائد

(1) كالتشريع البلجيكي قبل عام ٢٠١٢ لم يستخدم مصطلح "البيع على المكشوف"، ولكنه تحدث عن الصفقات غير المغطاة في المادة ١ من المرسوم الملكي المؤرخ في ٢٣ سبتمبر ٢٠٠٨ الذي ينص على بعض الأفعال التي تشكل إساءة استخدام السوق، ويتم تعريف هذه المعاملات غير المغطاة على النحو التالي: "المعاملات في الأسهم أو شهادات الأسهم، قابلة للتنفيذ في السوق الخاضع للتنظيم أو خارجها وبغض النظر عما إذا كانت معاملات نقدية أو عقود مستقبلية، لم يتم تغطيتها بالكامل في وقت البيع" و "المعاملات في المشتقات مع التسليم المؤجل، غير مغطى بالكامل في وقت البيع".

" Transactions in shares or share certificates, executable on or outside the regulated market and regardless of whether they are cash transactions or future contracts, which are not fully covered at the time of the sale" and "transactions in derivatives with postponed delivery, which are not fully covered at the time of the sale"

(2) Hauwermeiren (R.V), "Short selling during and after the financial crisis: regulatory initiatives in Belgium, the United Kingdom and Europ", Master's thesis, Faculty of Law Ghent University, 2014, p8. Available at: [https://lib.ugent.be/fulltxt/.../RUG01-002213437\\_2015\\_0001\\_AC.pdf](https://lib.ugent.be/fulltxt/.../RUG01-002213437_2015_0001_AC.pdf)

(٣) وقد تبنت هيئة الأوراق المالية والبورصات (SEC) هذا التنظيم في ٢٨ يوليو ٢٠٠٤ لتشديد القيود على البيع على المكشوف، انظر:

[http://www.centerforfinancialstability.org/forum/sec\\_short\\_sale\\_limit\\_final\\_ruling\\_20100226.pdf&https://www.sec.gov/rules/final/34-50103.pdf](http://www.centerforfinancialstability.org/forum/sec_short_sale_limit_final_ruling_20100226.pdf&https://www.sec.gov/rules/final/34-50103.pdf) visited in: 18-10-2018.

(4) 17 C.F.R. § 242.200 (a), [Release No. 34-50103; File No. S7-23-03], Federal Register, Vol. 69, No. 151 /Friday, August 6, 2004/ Rules and Regulations. And also, See: <https://www.sec.gov/answers/shortsale.htm> visited in: 2-10-2018.

يحدد وفقا لقواعد هذا النظام. ويتسلم أمين الحفظ العائد من شركة الإيداع المركزي لحساب العميل<sup>(١)</sup>.

وتطلق شركة مصر للمقاصة والإيداع على هذا النظام مصطلح "تسليف الأوراق المالية"، وهو عبارة عن وعاء يحتوي على أرصدة أوراق مالية مقيدة بالبورصة ومملوكة لبعض المستثمرين الراغبين في التسليف، ويمكن من خلال هذا النظام إقراض العملاء الراغبين في بيع أوراق مالية ولا يمتلكون هذه الأوراق أو يمتلكونها ولا يرغبون في بيع الأسهم خاصتهم، وهذا التسليف بغرض البيع، وقد يُقصد نظام التسليف بغرض التسوية، أي في حالة إخلال البائع بتسليم الأوراق المالية المباعة في ميعاد التسليم.

### ثانياً: أنواع البيع على المكشوف:

البيع على المكشوف هو بيع أداة مالية لا يملكها البائع في وقت البيع<sup>(٢)</sup>. وهذا يمكن أن يحدث في عدة ظروف: ١- في حالة قيام البائع باقتراض الأسهم أو كان ينوي اقتراضها قبل ميعاد تسوية صفقة البيع. ٢- يتوقع البائع شراء الأسهم قبل التسوية. ٣- يتوقع البائع استلام الأسهم قبل التسوية. هذا يمكن أن يحدث إذا اشترى البائع مؤخراً ولكن لم يتسلم الأسهم بعد، أو يتوقع ذلك الحصول على الأسهم كجزء من إجراء شركة مثل الاندماج. ٤- يخطط البائع للاستفادة من المرونة في نظام التسوية لتأخير التسليم حتى موعد لاحق. هذا ممكن في بعض الدول<sup>(٣)</sup>.

وعليه، يمكن القول بأن هناك نوعين من البيع على المكشوف: البيع على

المكشوف المغطى Covered short selling والبيع العاري Naked short

(١) المادة ٢٨٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري.

(2) Angel (J.J), "Short selling around the world with applications to the SSE", 2004, p. 5, available at: [www.sse.com.cn/aboutus/research/workstation/.../station20040826.pdf](http://www.sse.com.cn/aboutus/research/workstation/.../station20040826.pdf)

(٣) في بعض الدول، توجد مرونة في عملية التسوية بحيث يمكن للمستثمرين الموافقة على التسوية مرة خارج "الطريقة العادية" لعملية التسوية، انظر:

- Angel (J.J), "Nonstandard-Settlement Transactions", Financial Management Association International, Vol. 27, No. 1 (Spring, 1998), pp. 31-46.

selling<sup>(١)</sup>، وكلاهما يتضمن بيعاً للأسهم مع نية إعادة الشراء عند انخفاض سعرها<sup>(٢)</sup>. إنما يكمن الفارق بينهما في أن البائع في النوع الأول يقوم باقتراض الأسهم قبل بيعها أو يقوم بعمل ترتيبات لضمان الحصول على الأسهم وقت البيع<sup>(٣)</sup>، بينما البائع في النوع الثاني يقوم ببيع أسهم لا يملكها ولم يقدّم باقتراضها<sup>(٤)</sup> - لأسباب عديدة كعدم توافر المقرضين أو عدم توافر هذه الأسهم في السوق وارتفاع الفائدة على القرض - ولا ينوي القيام بتسليمها إلا عندما ينخفض سعرها في السوق، ويُعرف أيضاً بـ "Failure to Deliver" حيث يفشل البائع في تسليم الأوراق المالية للمشتري في ميعاد التسوية<sup>(٥)</sup>، وهذا النوع الأخير هو الذي يلقي مقاومةً شديدة من مختلف الدول<sup>(٦)</sup> والذي بدأ بالحظر الهولندي عام ١٦١٠؛ حيث إن أسهم شركة الهند الشرقية كانت تُباع باستخدام هذا النوع الأخير، فلم يكن البائعون مالكيين للأسهم المباعة كما أنهم لم يقوموا باقتراضها<sup>(٧)</sup>.

(1) Christopher (L.C.), and Heaton (J.B.), "Naked Shorting", (April 26, 2007). Regulation, 2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=982898>

(٢) د. محمد عبدالمقصود غانم، النظام القانوني للشراء بالهامش، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المتصورة، ٢٠١٨، ص ١١٦.

(3) SEC, Regulation SHO rule 203(b) (1) (ii).

(4) Zhang (Y.), "The Interactions between real earnings management and short selling activity, PhD thesis, The university of Texas at Arlington, 2014, p.29. Available at: [https://rc.library.uta.edu/uta-ir/bitstream/handle/10106/24412/Zhang\\_uta\\_2502D\\_12601.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://rc.library.uta.edu/uta-ir/bitstream/handle/10106/24412/Zhang_uta_2502D_12601.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

(5) Edwards (A.K.) and Hanley (K.W.), "Short selling and failures to deliver in initial public offerings", Journal of Financial Economics, 2007, p. 2. Available at: [http://www.researchgate.net/profile/Kathleen\\_Hanley/publication/222822783\\_Short\\_selling\\_in\\_initial\\_public\\_offerings/links/00b49525e748cd85cc000000.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Kathleen_Hanley/publication/222822783_Short_selling_in_initial_public_offerings/links/00b49525e748cd85cc000000.pdf) last visited in: 10-10-2018; Fotak (V.), Raman (V.) and Yadav (P.K.), "Naked Short Selling: The Emperor's New Clothes?", Working Paper, Available at: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=4DAB046A1EE437C67E8B1A8B886938BB?doi=10.1.1.366.8421&rep=rep1&type=pdf>; European Commission, "Short selling: technical standards – Frequently asked questions", Press Release, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-12-508\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-508_en.htm?locale=en).

(٦) وإذا كان بيع الأسهم بيعاً قصيراً غير مغطى " Naked " غير قانوني، فإن هذا لا يعني أن هذه الإستراتيجية لا يمكن أن تستخدم في الأنواع الأخرى من التجارة، ففي سوق تداول العملات الأجنبية "Forex- Foreign Exchange Market" يعد هذا النوع من البيع على المكشوف حدثاً عادياً ويمارس بانتظام، انظر:

- Young (M.G.), "The Complete Guide to Selling Stocks Short: Everything You Need to Know Explained Simply", Atlantic Publishing Group, Washington, 2010, p. 179.

(7) Petram (L.O.), Op. Cit., p. 208.

وتجدر الإشارة إلى الحظر الذي قامت به العديد من الدول - ومنها الولايات المتحدة الأمريكية - بالنسبة للبيع القصير وذلك في أعقاب الأزمة التي حدثت عام ٢٠٠٨ - أزمة الرهن العقاري - ويظهر ذلك في المنشور الذي أصدرته لجنة الأوراق المالية والبورصات الأمريكية رقم ٣٤-٥٨٥٩٢ في ١٨ سبتمبر ٢٠٠٨ - وهذا الأمر الطارئ استناداً على السلطة

وجدير بالذكر أن المشرع المصري لم يسمح بالنوع الثاني من البيع على المكشوف وهو البيع غير المغطى، ويظهر ذلك جلياً من خلال المصطلح الذي أطلقه المشرع على هذا النشاط وهو اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع<sup>(١)</sup>، بل إن المشرع قد نص صراحة على أن تداول الأوراق المالية المقترضة يكون بشروط محددة، وفي مقدمتها، أن يتم اقتراض الأوراق المالية المراد التعامل عليها قبل القيام ببيعها<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: أنواع البائعين على المكشوف:

هناك عدة أنواع من البائعين على المكشوف، وكل منهم لديه دوافع مختلفة للبيع على المكشوف: المضارب Speculator<sup>(٣)</sup>، المتحوط Hedger<sup>(٤)</sup>، صانع السوق Market Maker والمراجح Arbitrageur. النوع الأول يريد تحقيق ربح من التراجع المتوقع لسعر السهم، والنوع الثاني، المتحوط، له دافع معاكس، ألا وهو كبح الخسائر المحتملة الناجمة عن أمن معين يملكه. النوع الثالث، صانع السوق لديه

---

المخولة لها بموجب القسم (١٢/ك/٢) من قانون بورصة الأوراق المالية ١٩٣٤ باتخاذ إجراءات مؤقتة للاستجابة لتطورات السوق- وجاءت أهداف هذا المنشور بأنه حفاظاً على المصلحة العامة وحماية المستثمرين والحفاظ على أو استعادة سوق أوراق مالية عادلة ومنظمة، وأيضاً نتيجة للتطورات الأخيرة، ونظراً لأنه لا تزال توجد إمكانية حدوث تقلبات مفاجئة في تقلبات أسعار الأوراق المالية الأمر الذي يهدد عمل هذه الأسواق، فإنه استناداً إلى هذه الظروف الاستثنائية وغير العادية ولمنع مزيد من التدهور في هذه الأسواق، فإن اللجنة تحظر مؤقتاً على أي شخص تنفيذ بيع على المكشوف في الأوراق المالية المتداولة لبعض الشركات المالية (وهي الشركات المحددة في الملحق "أ")، وللإطلاع على هذه القائمة راجع:

Securities and Exchange Commission, Release No. 34-58592 / September 18, 2008, available at: <https://www.sec.gov/rules/other/2008/34-58592.pdf> visited in: 16-10-2018.

(١) انظر: الفصل الأول من الباب التاسع من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري والذي جاء بعنوان "تنظيم نشاطي شراء الأوراق المالية بالهامش واقتراض الأوراق المالية بغرض البيع".

(٢) انظر المادة ٢٩٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري، معدلة بموجب قرار وزير الاستثمار رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٧.

(٣) يذهب البعض إلى أن مصطلح "مضارب" لا يصف بدقة الفئة الأولى من البائعين على المكشوف حيث لا يمثل هذا البيع على المكشوف بالضرورة تكتيات، حيث يشير ذلك إلى أن الاستثمار قصير الأجل خطير للغاية أو مبنى تماماً على تقلبات الأسعار. لذلك، فإن مصطلح "arbitrageur value" أكثر ملاءمة، حيث يحقق البائع القصير ربحاً من التناقض بين سعر السهم وقيمه الأساسية. يسمى هذا التناقض خطأ في التسعير. راجع:

- Hauwermeiren(R.V), Op.Cit, p. 10.

(٤) يختلف البائع المتحوط ببيعه عن البائع المضارب حيث يعرض هذا الأخير نفسه للمخاطرة من خلال محاولة تحقيق ربح من الانخفاض المفترض في السعر، على خلاف المتحوط الذي يخشى فقط حدوث مثل هذا الانخفاض في الأسعار. فعلى سبيل المثال مستثمر لديه حصص عالية في الشركات المدرجة في بورصة لندن. وهو واثق من الشركات التي اشتراها لأسهمه، لكنه لا يعرف الكثير عن اقتصاد المملكة المتحدة. ففي حالة تعثر الاقتصاد البريطاني، فمن المحتمل أن تتأثر أسهمه بشكل سلبي، ويرغب المستثمر في تقليل تعرضه للاقتصاد البريطاني. يمكن للمستثمر القيام بذلك عن طريق البيع على المكشوف إذا انهار اقتصاد المملكة المتحدة بالفعل، فسوف يعوض الخسائر التي تكبدتها من خلال امتلاك أسهم الشركات البريطانية عن طريق إغلاق مركز قصير في الاقتصاد البريطاني ككل. فلم يكن القصد من المتحوط لتحقيق أرباح من سقوط اقتصاد المملكة المتحدة. أراد فقط تقليل الخسائر التي سيعانيها إذا حدث ذلك.

دافع فني للبيع على المكشوف، لأنه يريد توفير السيولة والاستقرار للسوق<sup>(١)</sup>. وأخيراً، يستخدم المراجع البيع على المكشوف كطريقة للربح إذا كان سعر السهم في بورصة معينة مختلفاً عن سعر نفس السهم في بورصة مختلفة<sup>(٢)</sup>.

#### رابعاً: أطراف البيع على المكشوف:

ولتحديد أطراف البيع على المكشوف، يلزم عرض مثال على هذه العملية، حيث يقوم المستثمر (أ) باقتراض عشرة أسهم من المستثمر (ب)، ثم يقوم المستثمر (أ) ببيع الأسهم المقترضة إلى المستثمر (ج) بسعر ١٠٠ جنيه للسهم، وإذا حدث وانخفض سعر السهم إلى ٧٠ - كما يتوقع المستثمر أ - يقوم بشراء عشرة أسهم بالسعر المنخفض ويقوم بإعادتها مرة أخرى إلى المقرض (ب)، ويكون المستثمر (أ) البائع بيعاً على المكشوف قد حقق ربحاً ممتثلًا في الفرق بين سعري البيع (١٠٠٠٠ جنيه) وسعر الشراء (٧٠٠٠٠ جنيه).

وبناءً عليه، يلزم لإتمام عملية البيع على المكشوف، أن يجد المستثمر الذي يرغب في بيع أسهم على المكشوف شخصاً آخر يرغب في إقراض أسهمه. وبالإضافة إلى العميل المقرض والعميل المقترض، يوجد كل من شركة السمسرة وأمين الحفظ، وكذلك الهيئة العامة للرقابة المالية، والبورصة، وأخيراً شركة مصر للمقاصة والإيداع والقيود المركزي، ويمثل هؤلاء أطراف عملية البيع على المكشوف. بينما يقتصر أطراف عقد اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها على كل من العميل المقترض وشركة السمسرة فقط.

(١) لا يحاول صانع السوق الربح من الزيادة أو الخسارة في سعر الأوراق المالية عندما يبيع ببيع قصير لسهم معين، فهو لا يفعل ذلك لأنه يتوقع انخفاض سعره. هذا واضح، لأن صانع السوق عادة ما يغلّق مركزاً قصيراً خلال دقائق أو حتى بعد ثوانٍ من فتحه، بل يقوم صانع السوق ببيعه بيعاً على المكشوف فقط عندما يرغب العميل في شراء سهم لا يملكه.

- Parsons John (E.), Apfel Robert (C.) and Schwert (G.), Geoffrey (S.), "Short Sales, Damages and Class Certification in 10b-5 Actions", (July 2001). Simon School of Business Working Paper No. FR 01-19. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=285768>; European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on short selling and certain aspects of credit default swaps. 2010/0251 (COD), p.11, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC1056&from=EN>

(٢) يحقق المراجع ربحاً إذا كان سعر السهم في بورصة معينة مختلفاً عن سعر نفس السهم في بورصة مختلفة. عندما تكون أسهم معينة أرخص في البورصة A مقارنة بالبورصة B، سيشتري المراجع هذه الأسهم في البورصة A وبيعه في البورصة B.

## خامساً: الأوراق المالية المقبولة للبيع على المكشوف:

ليست كل الأسهم قابلة للتعامل عليها بالبيع على المكشوف؛ حيث يقتصر الأمر على الأسهم الأكثر نشاطاً والتي يُسمح في تداولها بتجاوز الحدود السعرية وتتوافر فيها الشروط والمعايير التي تضعها البورصة وتعتمدها الهيئة<sup>(١)</sup>، وتُصدر البورصة دورياً قائمة بتلك الأوراق المالية. وقد نصت المادة (٢٩٣) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال على أنه "لا يجوز أن تجرى عمليات الشراء بالهامش واقتراض الأوراق المالية بغرض البيع إلا على الأوراق المالية التي تتوافر فيها المعايير التي تضعها البورصة وتعتمدها الهيئة".

### الفرع الثاني

#### مزايا وعيوب نظام البيع على المكشوف

ونتناول في هذا الفرع مزايا البيع على المكشوف وعيوبه كما يلي:

#### أولاً: مزايا البيع على المكشوف:

تتعدد مزايا البيع على المكشوف ومنها:

١- يحقق نظام البيع على المكشوف لأطرافه العديد من المزايا؛ فمقرض الأوراق المالية يستفيد من خلال مشاركته في العائد المتوقع من استثمار الضمان النقدي في أدوات الاستثمار ذات العائد الثابت (ودائع بنكية، أذون خزانة، شهادات إيداع البنك المركزي)<sup>(٢)</sup>، وهنا يُثور تساؤل: أين تذهب قيمة حصيلة بيع الأوراق المالية المقترضة؟ لقد أجابت اللائحة التنفيذية عن ذلك بأنه "... يتم الاحتفاظ بقيمة حصيلة بيع الأوراق المالية المقترضة إلى أن يتم رد هذه الأوراق المالية لنظام الإقراض"<sup>(٣)</sup>. وأمام صراحة هذا النص الأخير، لا تدخل قيمة حصيلة بيع الأوراق المالية في نطاق الأموال المسموح باستثمارها كالضمان النقدي. وبالنسبة للمقرض، فيمكن القول إن

(١) أ. أحمد حسين السيد وهشام إبراهيم، دليل المستثمر لشراء الأوراق المالية بالهامش، الهيئة العامة للرقابة المالية - سلسلة توعية المستثمر المصري في مجال سوق المال، يوليو ٢٠١٠، ص ٨.

(٢) انظر: المادة ٢٩٨/٥ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ مضافة بموجب المادة ١ من قرار وزير الاستثمار رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٧ سابق الإشارة إليه. وفي هذه المادة نجد أن المشرع قد حدد مجالات استثمار الضمان النقدي. وكما هو واضح فقد حرص المشرع على استثماره في أدوات ذات عائد ثابت ومنعقدة المخاطر.

(٣) انظر المادة ٢٩٩ مكرر/٣ من ذات اللائحة السابقة.

نظام البيع على المكشوف قد مكّنه- في حال صدقت توقعاته وانخفضت الأسعار- من تحقيق أرباح متمثلة في الفرق بين سعري البيع والشراء ودون أن يدفع من ماله الخاص إلا الهامش النقدي المنصوص عليه قانوناً<sup>(١)</sup>، وبهذا فإن نظام البيع على المكشوف يُعد صورة من صور الرفع المالي. أما بالنسبة للوسيط فإنه يحصل على مكاسب متعددة تتمثل في العمولات التي يحصل عليها نظير عمليات البيع والشراء.

٢- وعلاوة على مزايا البيع على المكشوف للبائع نفسه، فإن البيع على المكشوف له عدد من الفوائد على الاقتصاد. فهو لا يؤدي فقط إلى زيادة كفاءة الأسعار<sup>(٢)</sup>، بل يزيد أيضاً من سيولة السوق<sup>(٣)</sup>. علاوة على ذلك، أظهر التاريخ أن البائعين على المكشوف هم في الغالب أول من يكتشف الاحتيال الذي ترتكبه الشركات<sup>(٤)</sup>.

٣- وتذهب لجنة الأوراق المالية والبورصات الأمريكية (SEC)<sup>(٥)</sup> إلى أن البيع على المكشوف يمد السوق بالعديد من الفوائد وتشمل على وجه الخصوص كفاءة التسعير Pricing Efficiency؛ وذلك عندما يُضار بالمستثمر بيعاً قصيراً أو يتحوط ضد اتجاه الأسعار نحو الهبوط، فإن الصفقة التي قام بها هي صورة مطابقة لصفقة الشخص الذي يقوم بشراء ورقة مالية تحسباً لارتفاع سعرها أو للتحوط ضد هذه

(١) انظر ذات المادة السابقة "يحدد العقد نسبة الهامش النقدي التي يودعها العميل لدى الشركة بما لا يقل عن ٥٠% من القيمة السوقية للأوراق المالية قبل اقتراضها وبيعها وتكون نسبة هذا الهامش بما لا يقل عن ٢٠% من القيمة السوقية للمندات الحكومية....".

(2) Safi (P.A.C.) and Sigurdsson (K.), "Price Efficiency and Short Selling", Review of Financial Studies, vol. 24, no. 3, 2011, 822; Boehmer (E.) and Julie (W.u.), Short Selling and the Price Discovery Process (July 16, 2012), Review of Financial Studies, Forthcoming. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=972620>

(3) Blau (B.M.), Whitby (R.J.), "How does short selling affect liquidity in financial markets?", Finance Research Letters, Vol 25, June 2018, Pages 244-250, available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1544612317303562>

(4) For example: JOHNSON (M.) "Short selling's new sultans take the stage", Financial Times, available at: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/46f0cb26-b6d5-11e4-95dc-00144feab7de.html#axzz3V28I4Jsn>; And see also: Karpoff (J.M.) and Xiaoxia (L.), "Short Sellers and Financial Misconduct", (August 5, 2009), Journal of Finance, Vol. 65, No. 5 (October 2010), pp. 1879-1913; AFA 2008 San Francisco Meetings Paper; EFA 2008 Athens Meetings Paper. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1102853>

(5) U.S. Securities and Exchange Commission.

وهي وكالة فدرالية أنشأها الكونغرس بموجب القسم الرابع من قانون بورصة الأوراق المالية ١٩٣٤ وذلك لاستعادة ثقة المستثمر في أسواق رأس المال، وللإشراف على إنفاذ القوانين الفيدرالية المتعلقة بصناعة الأوراق المالية. ولمزيد من التفاصيل راجع الموقع التالي:

<https://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml#create&https://www.usa.gov/federal-agencies/securities-and-exchange-commission> visited in: 23-10-2018.

الزيادة، كل من المستثمر بيعاً قصيراً والمشتري يأملان في تحقيق الربح، أو التحوط ضد الخسارة عن طريق شراء الورقة المالية بسعر محدد وبيعها بسعر أعلى. وهذه الاستراتيجيات تختلف في المقام الأول في تسلسل العمليات؛ حيث المشاركون في السوق والذين يعتقدون أن سهمًا ما مغالى في تقييمه Overvalued، قد ينخرطون في عمليات بيع قصير في محاولة منهم للاستفادة من الاختلاف بين القيمة الحالية والقيمة الاقتصادية الحقيقية لهذا السهم. مثل هؤلاء البائعين يُضيفون قدرًا من الكفاءة في تسعير الأسهم؛ وذلك لأن صفقاتهم تبلغ السوق عن تقييمهم لأداء سعر السهم في المستقبل، وبدوره ينعكس هذا التقييم في النهاية على السعر الحالي للسهم في السوق، كما يُساهم في توفير السيولة للسوق Market Liquidity؛ وذلك عن طريق زيادة كمية الأسهم المعروضة والمتاحة للمشتريين، كما أن تغطية البائعين بيعاً قصيراً لمراكزهم يساهم في زيادة كمية الأسهم المطلوبة للشراء، الأمر الذي يعود بالنفع على السوق بشكل عام من حيث زيادة وسرعة تداول الأوراق المالية<sup>(١)</sup>.

#### ثانيًا: عيوب البيع على المكشوف:

من أبرز عيوب هذا النظام أن الخسائر التي يمكن أن يتعرض لها المستثمر غير محدودة<sup>(٢)</sup>، وبعبارة أخرى إذا خابت توقعات المستثمر بشأن اتجاه السوق وبدلاً من أن يحدث الانخفاض المتوقع في الأسعار، حدث العكس وارتفعت الأسعار. فهنا

(١) ولمزيد من التفصيل، انظر الدراسة التي أعدها لجنة الأوراق المالية والبورصات الأمريكية عام ٢٠٠٧ بشأن البيع على المكشوف، ص ١٣-١٥، متاحة على الرابط التالي:

<http://www.sec.gov/rules/final/2010/34-61595.pdf> last visited: 20-10-2018.

وانظر أيضاً:

- Charoenruek (A.) and Daouk(H.), "Market-Wide Short-Selling Restrictions" 2005, pp.12-20. Available at: <http://apps.olin.wustl.edu/workingpapers/pdf/2008-12-004.pdf>

(2) Taulli (T.), Op.Cit, p. 28.

وراجع كذلك: المادة ٢٩٩ مكرر/٢ من اللائحة التنفيذية لقانون رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ معطلة بموجب قرار وزير الاستثمار رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٧ سابق الإشارة إليه، حيث تنص على أنه " على الشركة أن تعيد تقييم الأوراق المالية المقترضة في نهاية كل يوم عمل وفقاً لتقييمها السوقية بسعر الإقفال بالبورصة ومقارنة القيمة السوقية لهذه الأوراق المالية بالضمان النقدي المقدم من العميل ..... وفي جميع الأحوال يكون للشركة اتخاذ إجراءات شراء الأوراق المالية المقترضة في الحالات التالية:

(أ) إذا لم يبق العميل بزيادة قيمة الضمان النقدي إلى النسبة المشار إليها بالفقرة السابقة وذلك بعد مرور يومي عمل على إخطاره. (ب) إذا انخفضت نسبة الضمان النقدي إلى (١٣٠%) من قيمتها السوقية بالنسبة للأوراق المالية أو (١١٠%) بالنسبة للسندات الحكومية....."

يجد هذا المستثمر نفسه مُطالباً بشراء ذات الكمية من الأسهم التي قام باقتراضها سلفاً لإعادتها إلى المقرض وأياً كان سعرها الحالي في السوق<sup>(١)</sup>.

كما يجد البائع نفسه ملزماً برد أية حقوق مالية اكتسبتها الأوراق المالية محل القرض للمقرض وذلك عند إنهاء القرض<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المقرض يفقد حقه في التصويت في الجمعية العامة للشركة، وهذا أمر طبيعي وإلا ترتب على ذلك أن يكون هناك صوتان لكل سهم: صوت للبائع وصوت للمشتري الذي في حوزته السهم. وبعبارة أخرى يؤول حق التصويت إلى مشتري هذه الأوراق المالية<sup>(٣)</sup>.

وقد تؤدي عمليات البيع على المكشوف إلى خلق إشارات مضللة حول أسعار أسهم شركات معينة وأنها مغالى في تقييمها، وذلك على غير الحقيقية، ويزداد الأمر صعوبة إذا تمت هذه العمليات بالاتفاق بين البائعين، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض سعر هذه الأسهم دون مبرر يُذكر سوى عمليات البيع على المكشوف التي تمت على هذه الأسهم<sup>(٤)</sup>.

وأخيراً، قد يجد المستثمر نفسه ملزماً بإعادة هذه الأسهم، إما بشرائها من السوق بسعرها الحالي أو أن يقوم باقتراض نفس الكمية من الأوراق المالية من مقرض آخر؛ حيث إن قرض البيع على المكشوف Short Loan عادة ما يكون قابلاً

(١) راجع على سبيل المثال ما حدث بشركة فولكس فاغن الألمانية في عام ٢٠٠٨ حيث واجهت صناعة السيارات مشاكل كبيرة بسبب الركود. ومع ذلك، استمر سعر سهم فولكس فاغن في الزيادة بشكل مطرد، وأصبحت شركة فولكس فاغن لفترة وجيزة أكبر شركة في العالم من حيث القيمة السوقية يوم الثلاثاء. والسبب في ذلك قيام شركة بورش Porsche بشراء أسهم هذه الشركة وصلت إلى ٩٤.٢، وخابت توقعات البائعين على الرهان على انخفاض الأسعار، ولم يجدوا مفر من شراء أسهم الشركة بالسعر المبالغ فيه الذي وصل إليها وذلك لتغطية مراكزهم الصغيرة.

Taulli (T.), Op.Cit, p. 34.

(٢) انظر: المادة ٦/٢٩٨ من ذات اللائحة السابقة، حيث تنص على أنه "ويحتفظ مقرض الأوراق المالية طوال مدة الإقراض بجميع الحقوق والعوائد المرتبطة بملكية الأوراق المالية، ويتم تحصيل هذه الحقوق خصماً على حساب الضمان النقدي للمقرض...."

(٣) ويُعد فقد المقرض لحقه في التصويت الميزة الوحيدة التي يخسرها مقرض الأوراق المالية. وإذا أراد المقرض ممارسة حقه في التصويت فيمكنه استدعاء هذه الأوراق المالية Call Loan بما يترتب عليه إنهاء القرض إنهاءً مبكراً، انظر:

- Fabozzi (F.J.), " Short Selling: Strategies, Risks, and Rewards ", John Wiley& Sons, New Jersey, 2004, p12; Christoffersen (S.), Geczy (C.), Musto (D.) and Reed (A.), "How and Why do Investors Trade Votes, and What Does it Mean?" working paper, Wharton School of Business, University of Pennsylvania, March 2004. Available at: <http://web.hec.ca/scse/articles/Christoffersen.pdf> last visited: 22-10-2018.

(٤) د.محمد عبدالمقصود محمد غانم، المرجع السابق، ص ١٢٤، وانظر في هذا المعنى أيضاً:  
- Hauwermeiren(R.V),Op.Cit, p. 28.

للاستدعاء Call Loan من أي من الطرفين، وفي أي لحظة يبدي فيها أي منهما رغبته في ذلك. فإذا فشل المقرض في إعادة الأسهم المقرضة عند استدعائها، فيتم شراء هذه الأسهم باستخدام الضمان النقدي، وتُعرف هذه العملية بـ "a buy-in"<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### التمييز بين نظام البيع على المكشوف وما يتشابهه معه من أنظمة

قد تتشابه بعض الأنظمة مع البيع على المكشوف، فمن يقوم باقتراض أوراق مالية من خلال عقد قرض لا يكفي للقول بأنه قد دخل في عملية بيع على المكشوف، بل لا بد أن يكون اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها. كما أن التشابه يزداد بين البيع على المكشوف واتفاقيات إعادة الشراء وكذلك الشراء بالهامش، الأمر الذي يستلزم منا إبراز أوجه التشابه والاختلاف بينها، بشئ من التفصيل:

#### أولاً: البيع على المكشوف واتفاقيات إعادة الشراء Repo:

اتفاق إعادة الشراء هو اتفاق لبيع أوراق مالية محددة في وقت ما بسعر محدد، على أن يلتزم المشتري بإعادة البيع للبائع في وقت لاحق متفق عليه، وحيث يتم تحديد سعر إعادة الشراء مقدماً وبسعر محدد. ويُسمى هذا الاتفاق بالنسبة للمشتري اتفاق شراء عكسي Reverse-Rep<sup>(٢)</sup>، فهذه العملية بمثابة قرض مضمون secured loan حيث يقوم الطرف المشتري بإقراض البائع النقد ويأخذ الأوراق المالية على سبيل الضمان.

ويظهر من هذا الاتفاق أن مالك الأوراق المالية (البائع) يحصل على كامل القيمة السوقية لأوراقه، كما يتلقى المشتري الأوراق المالية المباعة ليتصرف فيها كيفما شاء، وهذا على خلاف الحال بالنسبة للبيع على المكشوف.

(١) ولمزيد من التفصيل، راجع:

- Engelberg (J.), Reed (A.V.) and Ringgenberg (M.C.), "Short-Selling Risk", (January 21, 2017). Journal of Finance, Forthcoming; UNC Kenan-Flagler Research Paper No. 2312625. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2312625>

(2) Repo market functioning, Report prepared by a Study Group established by the Committee on the Global Financial System, available at: <https://www.bis.org/publ/cgfs59.pdf>

وقد نصت المادة (٢٧٢) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال على هذه الاتفاقات بالنص على أنه يجوز للشركة أن تبرم اتفاقات تتضمن الأحكام المنظمة لعمليات إعادة شراء السندات بعد بيعها وحقوق والتزامات أطراف الاتفاق، ويتم تنفيذ هذه الاتفاقات بموجب تبادل وثائق يبيع بموجبها أحد أطراف الاتفاق سندات إلى الطرف الآخر مع التزامها بإعادة بيعها للطرف الأول في تاريخ لاحق<sup>(١)</sup>.

ثانياً: البيع على المكشوف والشراء بالهامش:

يُعد نظام الشراء بالهامش صورة من صور الرفع المالي، يسمح للعميل بشراء أوراق مالية تفوق مقدراته المالية، معتمداً في ذلك على التمويل الذي سيوفره له السمسار، وتكون الأوراق المالية المشتراة لحسابه هي ذاتها ضمان لسداد هذا القرض<sup>(٢)</sup>.

وقد قام المشرع المصري بوضع تعريف محدد لنظام الشراء بالهامش، إذ عرّفه بأنه "الاتفاق بين الشركة<sup>(٣)</sup> وأحد عملائها على أن تتولى الشركة توفير التمويل اللازم لسداد جزء من ثمن الأوراق المالية المشتراة لحساب هذا العميل"<sup>(٤)</sup>.

ويُعد كل من نظامي الشراء بالهامش والبيع على المكشوف وجهين لعملة واحدة وهي المتاجرة بالهامش، وإذا كان النظامان يشتركان في العديد من الأمور كضرورة فتح حساب خاص يُسمى Margin Account يتم التعامل من خلاله، وكذلك في الشروط الواجب توافرها في الأوراق المالية<sup>(٥)</sup> التي يجري التداول عليها وفق نظامي البيع على المكشوف والشراء بالهامش إلا أنهما يختلفان من عدة وجوه:

١- فمن يستخدم آلية الشراء بالهامش يُضارب على توقعاته بارتفاع الأسعار مستقبلاً، بينما لا تُستخدم آلية البيع على المكشوف إلا للمضاربة على انخفاض الأسعار.

(١) معلة بموجب قرار وزير الاقتصاد رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢. الوقائع المصرية العدد ٢٠، تابع، بتاريخ ٢٦-١-٢٠٠٠.

(٢) Fabozzi (F.J.), "The Handbook of Financial Instruments", John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2002, p. 98.

(٣) يُقصد بالشركة هنا شركة السمسرة في الأوراق المالية وأمين حفظ الأوراق المالية.  
(٤) المادة ٢٨٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال الصادرة بقرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٢، وقد تم تعديل هذه المادة أكثر من مرة بموجب قراراي وزير الاستثمار رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٥، والقرار رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٧.

(٥) انظر المادة ٢٩٣ من ذات اللائحة السابقة، حيث تنص على أنه "لا يجوز أن تجرى عمليات الشراء بالهامش واقتراض الأوراق المالية بغرض البيع إلا على الأوراق المالية التي تتوافر فيها المعايير التي تضعها البورصة وتعتمدها الهيئة".

٢- كما يختلف محل عقد كل منها، فالشراء بالهامش محله مبلغ من النقود، بينما البيع على المكشوف محله أدوات مالية.

٣- وأخيراً، في عملية الشراء بالهامش يلتزم مشتري الأوراق المالية بإيداع الهامش المطلوب، بينما في البيع على المكشوف يكون بائع الأوراق المالية هو الملتزم بإيداعه؛ حيث هذا الأخير هو المقترض لهذه الأوراق المالية بغرض بيعها. وبالإضافة إلى الهامش المطلوب فإن الأوراق المالية محل الشراء بالهامش تضاف إلى ضمانات الوفاء بالقرض، بينما في البيع على المكشوف تضاف قيمة حصيلة بيع الأوراق المالية المقترضة<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية لنظام البيع على المكشوف

ونتناول في هذا المبحث الطبيعة القانونية لنظام البيع على المكشوف وذلك

من خلال ثلاثة مطالب على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول: مراحل إتمام عملية البيع على المكشوف.

المطلب الثاني: مرحلة شراء الأدوات المالية والوفاء بالقرض.

المطلب الثالث: التكيف القانوني للبيع على المكشوف.

### المطلب الأول

#### مراحل إتمام عملية البيع على المكشوف

تمر عملية البيع على المكشوف بثلاث مراحل، تبدأ بمرحلة البحث عن مقرض للأدوات المالية، ثم بيع هذه الأخيرة، مروراً بمرحلة تسوية البيع، وأخيراً إعادة شراء أوراق مماثلة للأوراق المقترضة لإعادتها مرة أخرى، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

(١) د. محمد عبدالمقصود محمد غانم، المرجع السابق، ص ١٢٤.

## الفرع الأول

### مرحلة اقتراض الأدوات المالية وبيعها

عندما يقرر شخص ما الاستثمار من خلال آلية البيع على المكشوف فإنه سيحتاج أولاً إلى التأكد من أنه يمكنه العثور على أسهم للاقتراض. وشركات الوساطة يكون لديها إما أسهم من حسابات الهامش الموجودة المتاحة أو أنها سوف تبحث عنها لدى شركات أخرى. هذا هو المعروف باسم سوق "إقراض الأسهم" lending shares market.

أما في مصر، فالوضع يختلف قليلاً- وذلك لأن القانون المصري لا يعرف السمسار المتعامل<sup>(1)</sup>، حيث عهدت المادة (٢٩٨) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال إلى شركة الإيداع المركزي وضع وإدارة نظام لإقراض الأوراق المالية بغرض البيع مقابل ضمان نقدي تحدده قواعد هذا النظام كنسبة مئوية من القيمة السوقية للأوراق المالية المقترضة. وتضع شركة الإيداع المركزي هذه القواعد، ويتم اعتمادها من الهيئة، كما يجب أن يحقق نظام إقراض الأوراق المالية المعاملة العادلة والمتساوية لكل المقرضين (المستثمرين الراغبين في إقراض أوراقهم المالية).

ومن ثم، فإن نظام التسليف في مصر نظام مركزي، يتم من خلال جهة واحدة فقط وهي شركة الإيداع، حيث يكون هناك وعاء لديها يحتوي على أرصدة أوراق مالية مقيدة بالبورصة ومملوكة لبعض المستثمرين الراغبين في التسليف، ويتم تكوين هذا الوعاء من خلال قيام العميل بالتعاقد مع أمين الحفظ وإصدار أمر تسليف له بالأوراق المالية التي يرغب في تسليفها، وفي ذلك تنص المادة (٦/٢٩٨) من اللائحة) على أن "يلتزم أمين الحفظ والعميل المقرض بإبرام عقد لإقراض الأوراق المالية وفقاً للنموذج الذي يقدمه أمين الحفظ للهيئة، ويجب أن ينص العقد على رغبة وقبول العميل إقراض أوراقه المالية من خلال نظام إقراض الأوراق المالية بشركة

(1) تنص المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري السابق الإشارة إليه على أنه "يحظر على شركة السمسرة اتباع سياسة أو إجراء عمليات من شأنها الإضرار بالمتعاملين معها أو الإخلال بحقوقهم كما يحظر عليها عقد عمليات لحسابها الخاص".

الإيداع المركزي وعلى قبوله المشاركة في عائد استثمار الضمان النقدي للأوراق المالية التي يتم إقراضها وفقا لقواعد هذا النظام. كما يلتزم أمناء الحفظ الراغبون في إقراض الأوراق المالية الخاصة بعملائهم باتباع القواعد والإجراءات الخاصة بنظام إقراض الأوراق المالية التي تعتمدها الهيئة.

ويقوم العميل أيضا بإصدار مثل هذا الأمر إلى شركة السمسرة التي يتعامل معها لكي تقوم بدورها بتسجيل الأمر وإرساله إلى أمين الحفظ الذي يتعامل معه العميل.

وبعد ذلك، يقوم أمين الحفظ بتسجيل وإرسال أمر التسليف إلى نظام التسليف لدى شركة الإيداع، والأمر لا يخلو من أحد فرضين: الأول: أن يتم الوصول إلى الحد الأقصى للإقراض، وهنا تُضاف هذه الأسهم الواردة بأمر التسليف إلى ملف قائمة الانتظار، والثاني: أن تُضاف هذه الأسهم مباشرة في ملف المقرضين الرئيسي وذلك في حالة عدم الوصول إلى الحد الأقصى للإقراض.

وبعد تكوين وعاء التسليف على النحو السالف بيانه، يقوم العميل بالتأكد من توافر الكمية المطلوبة من الأسهم لاقتراضها، فيقوم بتقديم طلب اقتراض إلى شركة السمسرة بالإضافة إلى الضمان النقدي ومقابل الاقتراض - على ما سنبينه لاحقاً بالتفصيل - وفي ذلك تنص المادة (٢٩٠) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال على أنه "لا يجوز مباشرة عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش إلا عن طريق شركات السمسرة أو أحد أمناء الحفظ، ولا يجوز مباشرة عمليات اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع إلا عن طريق شركة من شركات السمسرة، وذلك وفقا للشروط والإجراءات والأحكام المنصوص عليها في هذا الباب، ومع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها باللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية الصادرة بقرار وزير التجارة الخارجية رقم ٩٠٦ لسنة ٢٠٠١"، ثم بالتبعية تقوم الشركة بمخاطبة شركة الإيداع - بطبيعة الحال كل هذه المخاطبات بشكل آلي - بطلب حجز كمية للتسليف، والأمر لا يخلو من فرضين: الأول وهو أن تتوافر الكمية

المطلوبة للاقتراض، فبمجرد عرض بيع هذه الكمية في البورصة، وإما أن تكتمل عملية التسليف بتلبية عرض البيع، أو يتم فك أمر الحجز وإتاحة الكمية في الوعاء مرة أخرى وذلك في حالة عدم تلبية عرض البيع، والفرض الثاني: وهو حالة عدم كفاية الرصيد المتاح لتلبية طلب الاقتراض ومن ثم لا يتم الحجز.

وفي هذه المرحلة، فإن شركة الإيداع يكون لديها ملف للمقرضين، وكذلك ملف للمقترضين.

وقد نصت المادة (٢٩٩) من اللائحة على أن يكون تداول الأوراق المالية المقترضة بالشروط الآتية:

(أ) أن تكون الأوراق المالية المراد التعامل عليها متاحة للإقراض للشركة قبل القيام ببيعها.

(ب) أن يكون سعر بيع الأوراق المالية المقترضة إما:

١- يزيد على آخر سعر للتداول.

أو ٢- يساوى آخر سعر للتداول بشرط أن يكون آخر تغيير في سعر التداول بالزيادة.

ويرجع تاريخ قاعدة ارتفاع السعر THE UPTICK RULE إلى عام ١٩٣٨؛ حيث جاء أول تقييد رسمي على أنشطة البيع على المكشوف في عام ١٩٣٨ عندما اعتمدت هيئة الأوراق المالية والبورصات القاعدة (١٠/أ). وقد وضعت القاعدة أساس للسعر الذي يتم بموجبه بيع الأوراق المالية بيعاً على المكشوف وتم تطبيقها فقط على الأوراق المالية المتداولة في البورصة. وقد حظرت القاعدة (١٠/أ) البيع على المكشوف بسعر أقل من سعر السوق السابق الذي يبيع به الورقة المالية. وتحديدًا ما لم يكن البيع لسعر أعلى من سعر البيع السابق مباشرةً أو نفس سعر البيع الأخير إذا كان سعر البيع الأخير هذا أعلى من السعر السابق. وقد كانت القيود على البيع على المكشوف تهدف بشكل عام إلى منع التلاعب أو الانخفاض المصطنع لأسعار الأسهم بغض النظر عما إذا كان البائعون على المكشوف يقصدون هذه النتائج. وكانت القاعدة المذكورة مخصصة بشكل خاص لتعزيز أهداف السياسة

التي تسمح بالنشاط القوي للبيع على المكشوف أثناء ارتداد السوق، وفي نفس الوقت منع البيع على المكشوف من التسبب في انخفاضات أسعار السوق أو تفاقمها. وقد بقيت القاعدة (١٠ / أ / ١) سارية ولم تتغير إلى حد كبير، مع الأخذ في الاعتبار المحاولات العديدة التي تمت لتبني قاعدة أخرى أكثر فاعلية وكفاءة<sup>(١)</sup>. وفي عام ٢٠٠٤ تبنت لجنة الأوراق المالية والبورصات التنظيم (SHO) ونصت القاعدة ٢٠١ منه على منع العمل بقاعدة السعر الأعلى سالفة الذكر، وقد تم إلغاؤها نهائيًا عام ٢٠٠٧. وفي فبراير ٢٠١٠، اعتمدت لجنة الأوراق المالية والبورصة الأمريكية SEC تعديلًا للقاعدة ٢٠١، وفرض قيود على البيع على المكشوف، وذلك عن طريق اختبار السعر الذي يحظر البيع بأدنى من أفضل عرض وطني National Best Bid عندما يكون هناك انخفاض في السعر بنسبة ١٠٪ أو أكثر في اليوم<sup>(٢)</sup>. وعلى أية حال، فقد انقسمت الآراء حول مدى فاعلية هذه القاعدة وتأثير وجودها من عدمه على أسعار الأسهم<sup>(٣)</sup>.

## الفرع الثاني

### مرحلة تنفيذ التسوية

تأتي مرحلة تنفيذ التسوية بعد بيع الأوراق المالية المقترضة بالبورصة، حيث يتم تحويل الأسهم المقترضة لشركة السمسرة -التي تمثل الطرف البائع- لكي تتمكن

(1) Gregoriou (G.N.), "Handbook of Short Selling", Academic Press, USA, 2011, p.87.

(2) US Securities and Exchange Commission, 2010. Regulation SHO, Release No. <http://www.sec.gov/rules/final/2010/34-34-63247>, Washington, DC, available at: 63247.pdf

(٣) ولمزيد من التفصيل حول هذه الآراء وحجج كل فريق راجع:

- Arnold (T.K.), "Is the Stock Market More Profitable with the Uptick Rule than Without It?", Testing the Steady Gain Hypothesis (October 1, 2011). Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1936896>; Fleischer (D.M.), "The Alternative Uptick Rule - Restoring Short Selling as an Asset to the Market and Striking a Regulatory Balance Between Those That Favor or Oppose Regulation", 2013, pp.5-20, available at: [https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1386&context=student\\_scholarship](https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1386&context=student_scholarship); Securities and Exchange Commission, Amendments to Regulation SHO, 2010, available at: <http://www.sec.gov/rules/final/2010/34-61595.pdf>

من تسليمها لشركة السمسرة التي تمثل الطرف المشتري، وهذه الأخيرة تُسلم بالمقابل النقدي الذي يمثل قيمة العملية.

وفي يوم التسوية يتم خصم قيمة الضمان النقدي من البائع، كما يتم خصم قيمة العملية من حساب التسوية الخاص بشركة السمسرة المقترضة (البائع) وإضافته إلى حساب التسليف. وفي حالة عدم كفاية رصيد حساب التسوية الخاص بشركة السمسرة المقترضة لسداد قيمة الجزء المتبقي من الضمان النقدي، يتدخل صندوق ضمان التسويات ويقوم بسداد الجزء المتبقي، ويتخذ الإجراءات الخاصة بالصندوق في هذه الحالة. ويتم تقييم الضمان يوميًا حسب الاقفلات لليوم السابق، ويتم خصم الفرق من السمسار<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### مرحلة شراء الأدوات المالية والوفاء بالقرض

يمكن أن يستمر قرض الهامش لأجل غير مسمى، مادامت الضمانات في الحساب كافية، ولم يطلب المقرض رد الأوراق المالية المقترضة. ولكن من النادر أن يكون لدى المستثمرين قروض هامشية مستمرة؛ حيث إن الإبقاء على مثل هذه القروض سيكون مكلفًا؛ إذ سيظل المستثمر بحاجة إلى دفع فائدة شهرية على قرض الهامش، ولهذا، غالبًا ما لا يحتفظ البائعون على المكشوف بمراكزهم لأكثر من عام. وتسمى عملية إنهاء مركز قصير "تغطية قصيرة" Covering the short.

وقد يقوم العميل المقرض برد الأوراق المالية المطلوبة لنظام التسليف بشركة الإيداع إما من خلال الشراء من البورصة، أو أن يقوم بالتحويل من رصيد المقرض المتاح، وفي الحالتين يتم تحويل تلك الأوراق المالية من ملف المقرضين إلى ملف المقرضين. ففي حالة الشراء بالسوق يقوم العميل بإصدار أمر شراء لشركة السمسرة لرد الأسهم المقترضة، فتقوم الشركة بتنفيذ ذلك الأمر في البورصة، ثم تقوم

(١) راجع: نظام إجراءات تسليف الأوراق المالية لغرض البيع، الصادر عن شركة مصر للمقاصة والقيود والإيداع المركزي، بدون تاريخ نشر، ص ٥. متاح على الموقع التالي:  
[https://www.mcsd.com.eg/mcdr/arabic/files/images/MCDRSHORTSELL\\_a.pps](https://www.mcsd.com.eg/mcdr/arabic/files/images/MCDRSHORTSELL_a.pps)

برد الأوراق المالية المشتراة إلى نظام التسليف لدى شركة الإيداع، ويتم تسوية الشراء من حساب الضمانة النقدية ورد باقي الضمانة إلى حساب شركة السمسرة<sup>(١)</sup>. أما في حالة التحويل من رصيد المقرض المتاح، فيُصدر العميل تعليمات إلى أمين الحفظ لتحويل الأسهم، فيقوم الأخير برد هذه الأسهم إلى نظام التسليف لدى شركة الإيداع، ويتم رد الضمان النقدي إلى حساب شركة السمسرة<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثالث

#### التكييف القانوني للبيع على المكشوف

تتطلب محاولة وضع تكييف قانوني لنظام البيع على المكشوف أن نتعرض لمراحل إتمام عملية البيع على المكشوف، وكما بينا - سابقاً - فهي عملية تحتوي على قرض، وبيع، ورهن، وشراء. وذلك على النحو التالي:

تبدأ عملية البيع على المكشوف بأن تقوم شركة السمسرة باقتراض الأسهم نيابة عن العميل من خلال العقد المبرم بينهما للتعامل بعمليات اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع، ويُعرّف القرض بأنه "عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته"<sup>(٣)</sup>، وبمقتضاه يلتزم المقرض بأن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقرض، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض<sup>(٤)</sup>. ويُفهم من هذا التعريف أن القرض قد يرد على غير النقود مادام المحل الذي يرد عليه شيئاً مثلياً، سواء أكان مما يهلك بالاستعمال أم لا، وإنما خصصت النقود بالذكر لأنها هي التي يغلب أن يرد القرض عليها<sup>(٥)</sup>.

وإذا كان عقد القرض ينقل الملكية، فيكون المقرض مالئاً للشيء محل القرض، إلا أننا أمام صورة خاصة من عقد القرض. ففي نطاق عمليات البيع على

(١) ذات المرجع السابق، ص ٨.

(٢) نفس المرجع السابق، ذات الموضوع.

(٣) انظر المادة ٥٣٨ من القانون المدني ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٤) انظر المادة ١/٥٣٩ من ذات القانون.

(٥) المتكرة الإيضاحية للقانون المدني.

المكشوف يجب أن يكون القرض مشروطاً بغرض بيع الأوراق المالية وليس للمقترض أن يقترض لأي غرض آخر، كما أن المقترض لا يلتزم برد الأوراق المالية المقترضة فحسب، بل يرد كذلك أية توزيعات أرباح في صورة نقدية أو توزيعات أرباح في صورة أسهم مجانية. وكذلك إذا حدثت تجزئة للقيمة الاسمية للأسهم، فيلتزم برد الأسهم الناتجة عن التجزئة<sup>(١)</sup>.

وبعد أن يقوم العميل باقتراض الأوراق المالية من خلال شركة السمسرة، يتم بيع هذه الأوراق مباشرة في بورصة الأوراق المالية، ويتم تسليم الأسهم مقابل ثمنها النقدي الذي يمثل قيمتها السوقية وقت البيع. وإذا كان من الطبيعي أن يحصل العميل البائع على ثمن ما باعه من أوراق مالية، إلا أنه في نطاق عمليات البيع على المكشوف لا يحصل البائع على هذا الثمن، بل يدخل في نطاق الضمان النقدي لرد الأوراق المالية المقترضة، ويتم استثماره من قبل شركة الإيداع. وبعبارة أخرى، يتم رهن ثمن الأوراق المباعة رهناً إجبارياً حتى يتم رد الأوراق المالية المقترضة في نهاية مدة القرض المتفق عليها.

ولا تنتهي عملية البيع على المكشوف - كما أسلفنا - إلا بعد أن يقوم المقترض بشراء أوراق مالية مماثلة للأوراق المقترضة، ويقوم بردها. ومن ثم، فإن عملية البيع على المكشوف هي بيع مرتبط بعقد قرض مضمون برهن محله ثمن الأوراق المالية المقترضة المباعة<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان هذا هو الوضع في القانون المصري بالنسبة لعمليات البيع على المكشوف؛ حيث لا يسمح المشرع بمثل هذه العمليات قبل القيام باقتراض الأوراق المالية أولاً، ثم بعد ذلك يستطيع المقترض بيعها بيعاً على المكشوف، وبالتالي لا مجال للحديث عن وجود الأوراق المالية المباعة وقت البيع أم وقت التسوية مع ما يترتب على ذلك من آثار في الحالتين.

(١) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، الآليات القانونية المستخدمة لاستغلال صعود وهبوط مؤشر البورصة - دراسة خاصة في اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها، الشراء بالهامش، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٦٤.  
(٢) ذات المرجع السابق، ص ٧٨.

وكذلك لا مجال للحديث عن عدم وجود الأوراق المالية المباعة على المكشوف في حوزة البائع وقت تنفيذ البيع أو وقت التسوية، فمثل هذا البائع يبيع ما لا يملك، وهو بيع باطل<sup>(١)</sup>، وقد حظرت التشريعات هذه الصورة من صور البيع على المكشوف. وإذا كان بيع ملك الغير باطل إلا أن بيع الشيء المستقبلي صحيح، فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبلي، وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين<sup>(٢)</sup>.

وفيما يتعلق بالتشريعات الأخرى، كالقانون الأمريكي<sup>(٣)</sup> ولائحة الاتحاد الأوروبي بشأن البيع على المكشوف، يُنظر التساؤل حول مدى مشروعية قيام البائع ببيع أوراق مالية بيعاً على المكشوف بناءً على أن البائع وقت البيع لم يكن بحوزته الأوراق المالية، ولكنه ينوي اقتراضها قبل ميعاد تسوية صفقة البيع أو يتوقع البائع شراء الأسهم قبل التسوية أو استلام الأسهم قبل التسوية. فالبايع في الفروض السابقة لم تكن الأوراق بحوزته وقت التنفيذ ولكنه استطاع حيازتها وقت التسليم. فهنا مثل هذا البيع صحيح من الناحية القانونية<sup>(٤)</sup>.

ويُضيف القانون الفرنسي أن البيع على المكشوف يكون صحيحاً من الناحية القانونية إذا وجدت تأكيدات بوجود الأوراق المالية وقت التسليم، وكذلك إذا لم تتوافر

(١) تنص المادة ١/٤٦٦ من مدي على أنه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل". وتلاحظ أن البطلان هنا مقرر لمصلحة المشتري في خصوص علاقته بالبائع.

(٢) تنص المادة ١/١٢٦ من القانون المدني على أنه "١ - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً".

(3) (1) A broker or dealer may not accept a short sale order in an equity security from another person, or effect a short sale in an equity security for its own account, unless the broker or dealer has:

(i) Borrowed the security, or entered into a bona-fide arrangement to borrow the security; or

(ii) Reasonable grounds to believe that the security can be borrowed so that it can be delivered on the date delivery is due; and

(iii) Documented compliance with this paragraph (b)(1)..CFR, Title 17, Chapter II, Part 242, Section 242.203 Borrowing and delivery requirements.(b-1).

(4) Art (12) of Regulation (EU) No 236/2012 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 .

الأوراق المالية وقت التسليم فإن البيع على المكشوف صحيح في حدود الضمانات المقدمة من العميل<sup>(١)</sup>.

وجدير بالذكر أن عملية البيع على المكشوف لا تتم إلا من خلال قيام العميل بإبرام عقد مع شركة السمسرة للتعامل باقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها، وهذا العقد يجب أن يكون مكتوباً<sup>(٢)</sup>، إلا أن الكتابة المتطلبة هنا للإثبات وليست للانعقاد، ومع ذلك تلتزم الشركة التي ترغب في مزاوله عمليات اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع بإرفاق - بالإضافة إلى المرفقات الأخرى- نموذج العقد الذي تبرمه الشركة مع عملائها في شأن عمليات الشراء بالهامش أو اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع، بحسب الأحوال، وذلك وفقاً للنموذج الاسترشادي الصادر عن الهيئة في هذا الشأن<sup>(٣)</sup>. كما أن هذا العقد من عقود المعاوضة؛ حيث يحصل كل طرف على مقابل لما يقدمه. وهو عقد غير لازم؛ حيث يمكن للمقترض أن يرد القرض في أي وقت، وكذلك يمكن للمقترض أن يطلب استدعاء أوراقه المالية المقترضة. كما يمثل الزمن عنصراً جوهرياً فيه، ومن ثم فهو من العقود الزمنية؛ حيث يحتوي على قرض بفائدة يتم احتسابها بمدد زمنية. وأخيراً فإن هذا العقد يدخل في نطاق العقود الاحتمالية؛ حيث لا يمكن تحديد ما سوف يُعطيه العميل في الحال، بل يتوقف ذلك على المدة التي تستغرق تنفيذه وتصفية العقد.

## الفصل الثاني

### النظام القانوني للرقابة والإشراف على تنفيذ

#### عمليات البيع على المكشوف

يترتب على عمليات البيع على المكشوف العديد من الآثار، ولذا، كان من الطبيعي على الجهات القائمة على أمر السوق أن تخضعها لرقابة محكمة، وذلك في جميع مراحلها بداية من مرحلة منح تراخيص مزاوله هذه العمليات، مروراً بالإشراف عليها في أثناء مرحلة التنفيذ، ووصولاً إلى حل ما قد ينشأ من منازعات بين أطراف هذه العمليات.

(١) راجع: د/ سامي عبدالباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص ٧١؛ وكذلك راجع المادة (١/١٧/٢١١) من اللقنين النقدي والمالي في دول الاتحاد الأوربي:

- "Sans préjudice du règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 14 mars 2012, sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, il est interdit à un vendeur d'instruments financiers mentionnés au I de l'article L. 211-1 et admis à la négociation sur un marché réglementé d'émettre un ordre de vente s'il ne dispose pas sur son compte des instruments financiers appelés à être cédés, ou s'il n'a pas pris les mesures nécessaires auprès d'une tierce partie afin de disposer d'assurances raisonnables sur sa capacité à livrer ces instruments financiers, au plus tard à la date prévue pour la livraison consécutive à la négociation".

(٢) المادة ٢٩٩ مكرر من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

(٣) المادة ٢٩٠/٤/ز من نفس اللائحة.

ويُتَوَرَّع التساؤل عن الشروط الواجب توافرها في شركات السمسرة لمزاولة تلك العمليات، والالتزامات الملقاة على عاتقها وعلى عاتق باقي الأطراف، والحقوق التي يتمتع بها كل طرف، وأخيراً، الدور الحيوي الذي تلعبه الجهات الرقابية بالنسبة لعمليات البيع على المكشوف والحد من المخاطر المرتبطة بها.

وبناءً على ذلك، نري تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول النظام القانوني لتنفيذ عمليات البيع على المكشوف، بينما نخصص المبحث الثاني منه لبيان دور الجهات الرقابية. وذلك على النحو التالي:

### **المبحث الأول**

#### **النظام القانوني لتنفيذ عمليات البيع على المكشوف**

نتناول في هذا المبحث ضوابط مزاولة نشاط البيع على المكشوف في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني لبيان حقوق والتزامات أطراف عمليات البيع على المكشوف.

#### **المطلب الأول**

##### **ضوابط مزاولة نشاط البيع على المكشوف**

تنص المادة (٢٩٠) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري على أنه "لا يجوز مباشرة عمليات شراء الأوراق المالية بالهامش إلا عن طريق شركات السمسرة أو أحد أمناء الحفظ ولا يجوز مباشرة عمليات اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع إلا عن طريق شركة من شركات السمسرة، وذلك وفقاً للشروط والإجراءات والأحكام المنصوص عليها في هذا الباب، ومع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها باللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية الصادرة بقرار وزير التجارة الخارجية رقم ٩٠٦ لسنة ٢٠٠١".

ويتضح لنا من النص السابق أن مزاولة عمليات اقتراض الأوراق المالية لا يجوز أن تتم إلا عن طريق شركة من شركات السمسرة، وبعبارة أخرى أقام المشرع نوعاً من الاحتكار القانوني لشركات السمسرة في مباشرة هذا النشاط. إلا أن هذا النص لا يُعطي لكل شركة سمسرة حاصلة على ترخيص من الهيئة العامة للرقابة المالية بمباشرة نشاط السمسرة أن تزاوّل نشاط اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها اعتماداً على هذا الترخيص، بل يلزم الحصول على ترخيص خاص من الهيئة لمباشرة هذا النشاط. وفيما يلي نتناول مجموعة من الضوابط والمتطلبات:

## أولاً: رأس مال الشركة:

ينص المبدأ رقم (٣٠) من مبادئ المنظمة الدولية لهيئات سوق المال على أنه يجب أن يكون هناك متطلبات لرأس المال وكذا لرأس المال العامل لشركات الوساطة تعكس المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها الشركة<sup>(١)</sup>.

وقد تم تنظيم معايير الملاءة المالية للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية بموجب قرار رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته<sup>(٢)</sup>، والتي تهدف إلى قياس مدى قدرة هذه الشركات على مواجهة المخاطر التي ترتبط بأنشطتها وعملياتها والأوراق المالية التي تتعامل فيها، والتي تشمل على سبيل المثال لا الحصر مخاطر السوق ومخاطر التسوية ومخاطر الائتمان ومخاطر التشغيل ومخاطر السيولة. والالتزام بهذه المعايير يُعد من الوسائل الرئيسية لإدارة المخاطر بهذه الشركات، كما أنه يُعد أيضاً بمثابة رسالة موجهة من الشركة المعنية إلى المتعاملين معها تؤكد فيها قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية تجاه هؤلاء المتعاملين مما يزيد من ثقتهم في التعامل معها<sup>(٣)</sup>.

وطبقاً لنص المادة (٤/٢٩٠) والتي تنص على أنه "يجب ألا يقل صافي حقوق المساهمين بالشركة الراغبة في مزاوله عمليات الشراء بالهامش عن خمسة ملايين جنيه، وألا يقل صافي حقوق المساهمين بالشركة الراغبة في مزاوله عمليات اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع عن خمسة ملايين جنيه مصري، وبالنسبة للشركات الراغبة في مزاوله كل من عمليات الشراء بالهامش واقتراض الأوراق المالية معاً فيجب ألا يقل صافي حقوق المساهمين بالشركة عن عشرة ملايين جنيه،

(1) IOSCO, "Objectives and Principles of Securities Regulation", Op.Cit, p. 11.

(٢) قرار رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٧ بشأن إصدار معايير الملاءة المالية للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية بتاريخ ٢٠٠٧-٢٠٠٤. وقد تم تعديل القرار المذكور بموجب ما يلي:

قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم ١٤٧ لسنة ٢٠٠٧ بتاريخ ١٣-٩-٢٠٠٧، وقرار مجلس إدارة الهيئة رقم ١٠٣ لسنة ٢٠٠٧، وقرار مجلس إدارة الهيئة رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٨، وقرار مجلس إدارة الهيئة رقم ٤٧ لسنة ٢٠١٣ بتاريخ ١٨-١١-٢٠١٣، وقرار مجلس إدارة الهيئة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٧ بتاريخ ٢٣-٥-٢٠١٧، وقرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم ٥٤٠ لسنة ٢٠١٧، وقرار مجلس إدارة الهيئة رقم ٧٧ لسنة ٢٠١٧ (والمُنشور بالوقائع المصرية العدد ١٤٢ "تابع" بتاريخ ٢٠-٦-٢٠١٧). وجميع هذه القرارات متاحة على موقع الهيئة على الرابط التالي:

[http://www.efsa.gov.eg/tags/efsa\\_ar/bod\\_decisions.jsp](http://www.efsa.gov.eg/tags/efsa_ar/bod_decisions.jsp) visited in: 14-10-2018.

(٣) لمزيد من التفصيل: راجع د. محمد عبدالمقصود محمد غانم، المرجع السابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

وذلك كله وفقاً لآخر قوائم مالية سنوية معتمدة أو قوائم مالية دورية تالية لها وسابقة للتقدم للحصول على موافقة الهيئة<sup>(١)</sup>.

ويُفهم من النص السابق، أن المشرع قد استلزم توافر حد أدنى من صافي حقوق المساهمين بالشركة التي ترغب في مباشرة نشاط اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها وهو خمسة ملايين جنيه مصري، وإذا كانت شركة السمسرة تجمع بين نشاط اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها ونشاط الشراء بالهامش، فإن الحد الأدنى اللازم هو عشرة ملايين جنيه.

ويشمل صافي حقوق المساهمين رأس المال المدفوع، والاحتياطيات، والأرباح المحتجزة، ويمثل ناتج قسمة إجمالي حقوق المساهمين على عدد الأسهم العادية القيمة الدفترية للسهم العادي، ومن ثم، فهو يُعد أكثر تعبيراً عن وضع الشركة الحقيقي من رأس المال المصدر والمدفوع.

ثانياً: طلب الحصول على مزاولة نشاط اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها:

طبقاً لنص المادة ٧/٢٩٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال تقدم الشركة طلباً بالموافقة على مزاولة هذه العمليات إلى الهيئة مرفقاً به مجموعة من المستندات منها ما يتعلق بالمركز المالي للشركة، ومنها ما يتعلق بالجهاز الإداري للشركة<sup>(٢)</sup>، والبعض الآخر يتعلق بالنواحي الفنية بالشركة، على النحو التالي:

(أ) بيانٌ بصافي رأس المال السائل للشركة وإجمالي التزاماتها في آخر يوم عمل من الشهر السابق على تاريخ الطلب وفقاً للنموذج الذي تحدده معايير الملاءة المالية الصادرة عن الهيئة للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، وموقعاً من

(١) معدلة بموجب قرار وزير الاستثمار رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤ بشأن تعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال الصادر بقرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣. الوقائع المصرية العدد ٤٥ تابع (أ) بتاريخ ٢٥-٢-٢٠١٤، وكان النص قبل تعديله " يجب ألا يقل رأس المال المصدر والمدفوع للشركة التي ترغب في مزاولة عمليات الشراء بالهامش عن خمسة عشر مليون جنيه، ويجب ألا يقل رأس المال المصدر والمدفوع للشركة التي ترغب في مزاولة عمليات اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع عن خمسة ملايين جنيه مصري، وألا يقل رأس المال المصدر والمدفوع للشركة عن عشرين مليون جنيه إذا باشرت عمليات كل من الشراء بالهامش واقتراض الأوراق المالية بغرض البيع معاً".

(٢) د. محمد عبد المقصود محمد غانم، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

المدير المالي والعضو المنتدب للشركة ومرفقاً به تقرير مراقب الحسابات عن مراجعة هذا النموذج.

(ب) آخر قوائم مالية سنوية معتمدة، أو قوائم مالية دورية تالية لها مرفقاً بها تقرير مراقب الحسابات عن مراجعة أو فحص هذه القوائم المالية.

(ج) بيانٌ بالنظام الفني لمعالجة المعلومات وما يفيد وجود خط ربط إلكتروني بين الشركة والهيئة والبورصة وشركات الإيداع والقيود المركزي بما يحقق المتابعة والرقابة وكذلك ما يفيد وجود نظام تسجيل هاتفي على النحو الوارد بالمادة (٢٦٣) من هذه اللائحة.

(د) نظام حفظ المستندات.

(هـ) نظم وأسس الرقابة الداخلية والمراجعة المالية وشهادة من مراقب حسابات الشركة بأن النظام المحاسبي المطبق بها يكفل تحقيق الالتزام بمتطلبات العمليات المطلوب مزاولتها.

(و) بيانٌ بأسماء وخبرات المديرين والعاملين لدى الشركة القائمين على إدارة العمليات المطلوب مزاولتها.

(ز) نموذج العقد الذي تبرمه الشركة مع عملائها في شأن عمليات الشراء بالهامش أو اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع بحسب الأحوال، وذلك وفقاً للنموذج الاسترشادي الصادر عن الهيئة في هذا الشأن.

(ح) ما يفيد قيام الشركة بفتح حساب لعمليات التداول بالهامش لدى شركة الإيداع والقيود المركزي، طبقاً لما تحدده الهيئة في هذا الشأن.

وتصدر الهيئة قرارها في شأن الطلب خلال أسبوعين من تاريخ تقديمه أو من تاريخ استيفاء المستندات التي تطلبها. وللهيئة الإغفاء من كل أو بعض المرفقات المشار إليها إذا كانت الشركة أمين حفظ من البنوك أو فروع البنوك الأجنبية المسجلة لدى البنك المركزي، أو إذا كان قد سبق للشركة الحصول على موافقة الهيئة بمزاولة أي من العمليات المشار إليها.

## المطلب الثاني

### حقوق والتزامات أطراف عقد البيع على المكشوف

يُعد عقد البيع على المكشوف من عقود المعاوضة التي ترتب التزامات متقابلة في ذمة أطرافه، وتتناول على التوالي التزامات وحقوق كل من العميل وشركة السمسرة، هذا بالإضافة إلى الالتزامات الواقعة على شركة الإيداع، وذلك في الفروع الثلاثة الآتية:

#### الفرع الأول

##### التزامات وحقوق العميل

ونقسم هذا الفرع إلى غصنين، نتناول في الغصن الأول التزامات وحقوق العميل الراغب في إقراض أسهمه برغم أنه ليس طرفاً في عقد البيع على المكشوف إلا أنه طرف في هذا النظام ككل، وفي الغصن الثاني نتناول التزامات وحقوق العميل الراغب في اقتراض الأسهم بغرض بيعها بوصفه طرفاً في كل من عقد البيع على المكشوف والنظام معاً.

#### الغصن الأول

##### التزامات وحقوق العميل الراغب في الإقراض

وفيما يلي نبين التزامات العميل وحقوقه:

##### أولاً:التزامات العميل:

يلتزم أمين الحفظ والعميل المقرض بإبرام عقد لإقراض الأوراق المالية وفقاً للنموذج الذي يقدمه أمين الحفظ للهيئة، ويجب أن ينص العقد على رغبة وقبول العميل إقراض أوراقه المالية من خلال نظام إقراض الأوراق المالية بشركة الإيداع المركزي وعلى قبوله المشاركة في عائد استثمار الضمان النقدي للأوراق المالية التي يتم إقراضها وفقاً لقواعد هذا النظام(م ٦/٢٩٨ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال). ومن ثم، فإن العميل المقرض بمجرد إبرامه هذا العقد فإنه يقبل أن تُتاح أوراقه المالية ضمن ملف المقرضين في نظام التسليف لدى شركة الإيداع.

##### ثانياً: حقوق العميل:

يحتفظ مقرض الأوراق المالية طوال مدة الإقراض بجميع الحقوق والعوائد المرتبطة بملكية هذه الأوراق المالية، ويتم تحصيل هذه الحقوق خصماً على حساب الضمان النقدي للمقرض.

كما يحصل مقرض الأوراق المالية على نسبة من العائد الناتج من استثمار الضمان النقدي المودع بواسطة المقرض، وذلك بالمشاركة بينه وبين شركة الإيداع بحيث تحصل الأخيرة على ٣٠%، ويحصل هو على الباقي، وهذا طبقاً لما هو منصوص عليه من قواعد تقسيم هذا العائد لدى شركة الإيداع. ويُحسب العائد يومياً بالنسبة لكل ورقة مالية على حدة، ويتم توزيع العائد كل ثلاثة شهور.

وأخيراً، يكون للمقرض طلب استرداد الأوراق المالية محل الإقراض في أي وقت وفقاً لقواعد نظام الإقراض لدى شركة الإيداع.

### الخصن الثاني

### التزامات وحقوق العميل الراغب في البيع على المكشوف

(المقرض)

ونتناول فيما يلي التزامات وحقوق العميل الراغب في البيع على المكشوف:

أولاً: التزامات العميل:

يقع على عاتق العميل التزام نقدي يتمثل في صورة هامش نقدي يحدده العقد نسبته يودعها لدى الشركة بما لا يقل عن (٥٠%) من القيمة السوقية للأوراق المالية قبل اقتراضها وبيعها، وتكون نسبة هذا الهامش بما لا يقل عن (٢٠%) من القيمة السوقية للسندات الحكومية<sup>(١)</sup>.

كما يلتزم العميل بزيادة قيمة الضمان النقدي إلى (١٥٠%) بالنسبة للأوراق المالية أو (١٢٠%) بالنسبة للسندات الحكومية، بناء على إخطار الشركة له نتيجة لزيادة القيمة السوقية لهذه الأوراق، ومن ثم انخفاض نسبة الضمان النقدي لتصبح

(١) المادة ٣/١/٢٩٩ مكرر من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

(١٤٠%) من قيمتها السوقية أو (١١٥%) للسندات الحكومية (المادة ٢٩٩ مكرر/ ٢ من اللائحة).

ويتم الاحتفاظ بقيمة حصيلة بيع الأوراق المالية المقترضة إلى أن يتم رد هذه الأوراق المالية لنظام الإقراض (المادة ٢٩٩/٣/١ مكرر لائحة).  
وعلاوة على ما سبق، يلتزم العميل بدفع المصاريف والعمولات المحددة بالعقد المبرم بينه وبين الشركة.

كما يلتزم العميل المقترض برد الأوراق المالية المقترضة عند طلب المقرض ذلك، ووفقاً لقواعد نظام التسليف المنصوص عليها لدى شركة الإيداع.  
ثانياً: حقوق العميل:

يحق للعميل في حالة رغبته في تسوية قرض الأوراق المالية، أن يقوم في أي وقت بشراء أو إيداع الأوراق المالية بحسابه لدى أمين الحفظ المختص وإخطار شركة الإيداع المركزي بذلك، لكي يتم رد الأسهم المقترضة لصاحبها، ويحصل المقرض على الضمان النقدي الذي سبق وأن تم إيداعه.

## الفرع الثاني

### التزامات وحقوق شركة السمسرة

وتتناول في هذا الفرع بيان التزامات شركة السمسرة بصفة عامة، ثم نبين التزامات شركة السمسرة في مواجهة الهيئة العامة للرقابة المالية والبورصة، وأخيراً حقوق شركة السمسرة، كما يلي:

أولاً: التزامات الشركة بصفة عامة<sup>(١)</sup>:

تلتزم شركة السمسرة - بصفة عامة - بمزاولة النشاط المرخص لها به وفقاً لأحكام القانون واللائحة والقرارات الصادرة تنفيذاً لهما وطبقاً للشروط والضوابط الصادرة على أساسها الترخيص وبمراعاة الأعراف التجارية في هذا الشأن ومبادئ الأمانة والعدالة والمساواة والحرص على مصالح العملاء والتي تلتزم الشركة في تحقيقها ببذل عناية الرجل الحريص<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع بشأن التزامات شركات السمسرة، د/ ماهر مصطفى إمام، النظام القانوني الخاص لشركات السمسرة في الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة حلوان، ٢٠٠٨، ص ١١٢ وما بعدها؛ د/ صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية "دراسة مقارنة"، مؤسسة البيان، دبي، ٢٠٠٤، ص ٢٠٢ وما بعدها.  
(٢) المادة ٢١٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

وعلى الشركة أن تحتفظ في كل وقت بالحد الأدنى لصافي رأس المال السائل وفقا لمعايير الملاءة المالية الصادرة عن الهيئة. وفي حالة انخفاض صافي رأس مال الشركة السائل عن الحد المشار إليه، تلتزم الشركة بالتوقف عن قبول طلبات جديدة للشراء بالهامش أو اقتراض أوراق مالية بغرض البيع، وعلى الشركة خلال خمسة أيام على الأكثر زيادة صافي رأس المال السائل إلى الحد الأدنى المقرر. وفي حالة عدم الالتزام بذلك يتم منع الشركة من مزاولة العمليات وإلغاء الموافقة الصادرة من الهيئة في هذا الشأن واتخاذ ما يلزم من إجراءات<sup>(١)</sup>.

وعلى الشركة بذل عناية الرجل الحريص<sup>(٢)</sup> للتحقق من قدرة العملاء على الوفاء بالتزاماتهم الناتجة عن عمليات الشراء بالهامش أو عمليات اقتراض الأوراق المالية في ضوء حالتهم المالية وأهدافهم الاستثمارية ومصادر التمويل المتاحة لهم والمعلومات الأخرى المتوافرة لدى الشركة عنهم عند التعاقد، وعليها إعادة تقييم حالة العميل كلما رأت ذلك ضروريا وبحد أدنى مرة كل اثني عشر شهريا، ويجب على الشركة إمساك السجلات والمستندات الدالة على ذلك<sup>(٣)</sup>.

كما يقع على الشركة التزام بالتبصير<sup>(٤)</sup>، بأن تقوم بتسليم العميل عند إبرام الاتفاق معه بيانا موضحا فيه على وجه التفصيل مفهوم الشراء بالهامش أو اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع - بحسب الأحوال - والإجراءات والمزايا والمخاطر والأحكام الأساسية لهما، كما يجب إرسال هذا البيان لكل عميل من العملاء مرة واحدة على الأقل سنويا وفور حدوث أية تعديلات في الأحكام الأساسية التي تضمنها البيان المسلم للعميل<sup>(٥)</sup>.

(١) المادة ٢٩١ من ذات اللائحة.

(٢) لمزيد من التفصيل، راجع: د/ صلاح أمين أبو طالب، دور شركات السمسرة في بيع الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

(٣) المادة (٢٩٢/أ) من ذات اللائحة.

(٤) لمزيد من التفصيل، راجع: د/ محمد سامي عبدالصديق، المسؤولية المدنية في مجال خدمات الاستثمار - دراسة تطبيقية على أنشطة الوساطة وإدارة محافظ الأوراق المالية في البورصة (القسم الأول)، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، ٢٤، س ٣٦، يونيو ٢٠١٢، ص ٦٥ وما بعدها؛ د/ سبير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٧٩ وما بعدها.

(٥) المادة (٢٩٢/ج) من ذات اللائحة.

وعلى شركة السمسرة عند اقتراض أوراق مالية نيابة عن عميلها إيداع قيمة الضمان لدى شركة الإيداع المركزي نقداً أو خصماً على حسابات التسوية الخاصة بها لدى بنك المقاصة<sup>(١)</sup>.

كما تلتزم الشركة بمراعاة ضوابط التداول المنصوص عليها في المادة (١/٢٩٩) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، حيث يكون تداول الأوراق المالية المقترضة بالشروط الآتية:

(أ) أن تكون الأوراق المالية المراد التعامل عليها متاحة للإقراض للشركة قبل القيام ببيعها.

(ب) أن يكون سعر بيع الأوراق المالية المقترضة إما:

١- يزيد على آخر سعر للتداول. أو ٢- يساوي آخر سعر للتداول بشرط أن يكون آخر تغيير في سعر التداول بالزيادة.

كما يجب على الشركة أن تقوم بفتح حساب لديها للعميل، هذا الحساب خاص بعمليات البيع على المكشوف، ولا يكفي حساب المستثمر العادي لدى الشركة<sup>(٢)</sup>، حيث تنص المادة (٢/١/٢٩٩) على أن "يتم فتح حساب مستقل للعميل لدى الشركة لجميع عمليات بيع الأوراق المالية المقترضة". ويجب أن يتم ذلك من خلال عقد للتعامل بعمليات اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع يجب أن تبرمه الشركة مع العميل ويجب أن يكون العقد مكتوباً، مع مراعاة ما يلي<sup>(٣)</sup>:

١- يقتصر التعامل على أوراق مالية تتوافر فيها المعايير التي تضعها البورصة وتعتمدها الهيئة.

(١) المادة ٢٩٨ من ذات اللائحة.

(٢) طبقاً لنص المادة ٢٥٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال تلتزم الشركة بإبرام عقد فتح حساب من كل عميل من عملائها يتضمن طبيعة التعامل بينهما وجميع التزامات وحقوق الطرفين بما يتفق مع أحكام القانون وهذه اللائحة وذلك على وثائق تعدها الشركة لهذا الغرض وفقاً للنموذج المرفق بهذا القرار على أن يتضمن العقد المشار إليه بالإضافة إلى البيانات الواردة بالمادة (٢٢٩) ما يأتي:

١- التزام الشركة بشراء وبيع الأوراق المالية باسم ولحساب العميل. ٢- تحديد أهداف العميل الاستثمارية. ٣- تحديد ما إذا كان العميل يرغب في التعامل على شهادات إيداع عن أوراق مالية مقيدة بالبورصة المصرية. ٤- التزام الشركة ببذل أقصى درجات العناية في تنفيذ أوامر العميل. ٥- تحديد عمولة الشركة عن الخدمات التي تؤديها. ٦- بيان الأسلوب المتفق عليه في التراسل بين الطرفين وفي تسليم أوامر العميل إلى الشركة. ٧- جهة حفظ أسهم العميل. ٨- أسلوب تسوية أو حسم المنازعات التي تنشأ بين الطرفين عن تنفيذ أحكام الاتفاق. (٣) المادة ٢٩٩/ مكرر من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

٢- يتم فتح حساب مستقل للعميل لدى الشركة لجميع عمليات بيع الأوراق المالية المقترضة.

٣- يحدد العقد نسبة الهامش النقدي التي يودعها العميل لدى الشركة بما لا يقل عن (٥٠%) من القيمة السوقية للأوراق المالية قبل اقتراضها وبيعها، وتكون نسبة هذا الهامش بما لا يقل عن (٢٠%) من القيمة السوقية للسندات الحكومية، ويتم الاحتفاظ بقيمة حصيلة بيع الأوراق المالية المقترضة إلى أن يتم رد هذه الأوراق المالية لنظام الإقراض.

٤- يتم استقطاع الحقوق المالية والمزايا الأخرى التي تنتجها الورقة المالية من حساب الضمان النقدي للمقترض لدى الشركة لصالح المقرض. ويجب أن يشتمل العقد على الآتي:

(أ) الشروط والحالات التي يحق للشركة بمقتضاها مطالبة العميل بضمانات إضافية.

(ب) الشروط والحالات التي يتم بمقتضاها طلب رد الأوراق المالية المقترضة لتسوية القرض.

(ج) الإجراءات التي يمكن للشركة أن تتخذها في حالة عدم قيام العميل بتقديم الضمانات أو رد الأوراق المالية المقترضة عند طلبها.

(د) تحديد العمولات والمصروفات التي تتقاضاها الشركة مقابل تنفيذ هذه العمليات.

(هـ) حالات إقفال حساب الأوراق المالية المقترضة بغرض البيع.

وطبقاً لنص المادة (٢٦٢) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال فإنه لا يجوز للشركة تنفيذ أمر بيع أو شراء إلا بعد التأكد من وجود الورقة المالية محل الأمر في حيازة البائع أو مودعة باسمه في نظام الحفظ المركزي وبعد التحقق من قدرة المشتري على الوفاء بالثمن أي كانت صفة العميل وسواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً. وفي جميع الأحوال تكون الشركة ضامنة في أموالها الخاصة لسداد ثمن

الأوراق المالية التي قامت بشرائها لحساب عملائها إذا تبين عند المطالبة به أن العميل لم يتم بتسديد ثمن الشراء.

وتلتزم الشركة طبقاً للمادة (٢٩٢) من نفس اللائحة بإسكاف دفاتر وحسابات مستقلة لتسجيل عمليات الشراء بالهامش أو الاقتراض بغرض البيع. كما تلتزم الشركة بقاء جميع عمليات اقتراضها وبيعها في سجلات خاصة تتضمن البيانات الآتية:

(أ) أسماء العملاء.

(ب) أوامر التداول واسم الأوراق المالية محل التداول.

(ج) حجم العمليات التي تمت.

(د) جميع العمولات والمصاريف.

ثانياً: التزامات الشركة في مواجهة الهيئة والبورصة:

تلتزم الشركة بأن تخطر كلاً من الهيئة والبورصة في أول يوم عمل من كل أسبوع وعند طلب الهيئة أو البورصة بما يلي:

١- إجمالي الضمان النقدي لدى الشركة لعملاء بيع الأوراق المالية المقترضة.

٢- إجمالي القيمة السوقية للأوراق المالية المقترضة لصالح العملاء.

٣- نسبة الضمان النقدي إلى إجمالي القيمة السوقية للأوراق المالية المقترضة لصالح العملاء.

٤- عدد وقيمة إخطارات العملاء لزيادة الضمان النقدي التي لم يتم العملاء بالوفاء بها.

٥- حالات شراء الأوراق المالية لتسوية حسابات العملاء المقترضين (٢٩٩/مكرر ١ لائحة).

كما تلتزم الشركة بتمكين الهيئة والبورصة من الاطلاع والحصول على جميع البيانات والمستندات المتعلقة بعمليات الشراء بالهامش أو اقتراض الأوراق

المالية بغرض البيع. وعلى الشركة بناء على طلب أي منهما توفير تلك البيانات عن طريق خط الربط الالكتروني.

ثالثاً: حقوق الشركة:

تتمثل حقوق الشركة فيما يلي:

أولاً: حق الفحص: حيث أقام المشرع نوعاً من الاحتكار القانوني على مباشرة عمليات اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها، بأن قصرها على شركات السمسرة وحدها دون غيرها من الشركات العاملة في سوق الأوراق المالية، فنص المشرع صراحة في المادة (٢/٢٩٠) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال على أنه "لا يجوز مباشرة عمليات اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع إلا عن طريق شركة من شركات السمسرة".

ثانياً: الحق في تقاضي العمولات: حيث تتقاضى الشركة عمولات ومصرفات مقابل تنفيذ عمليات الشراء بالهامش، ويتم تحديدها في العقد المبرم بينها وبين العميل<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: الحق في تقييم المخاطر واتخاذ إجراءات شراء الأوراق المالية المقترضة: حيث يتم تقييم الأوراق المقترضة بالقيمة السوقية بسعر الإقفال المعنن بالبورصة في نهاية كل يوم عمل. وفي حالة زيادة القيمة السوقية للأوراق المالية المقترضة تلتزم الشركة باستكمال نسبة الضمان النقدي بناء على إخطار بذلك من شركة الإيداع المركزي، وهو ما نصت عليه المادة (٢٩٨) من اللائحة. وعلى الشركة أن تعيد تقييم الأوراق المالية المقترضة في نهاية كل يوم عمل وفقاً لقيمتها السوقية بسعر الإقفال بالبورصة ومقارنة القيمة السوقية لهذه الأوراق المالية بالضمان النقدي المقدم من العميل. ويدخل في حساب قيمة الضمان النقدي الهامش المودع من العميل وفقاً للبند (٣) من المادة (٢٩٩ مكرر) من هذه اللائحة وقيمة حصيلة بيع الأوراق المالية المقترضة، وإذا تبين في أي وقت للشركة، نتيجة زيادة القيمة السوقية لهذه الأوراق، أن نسبة الضمان النقدي انخفضت إلى (١٤٠%) من قيمتها السوقية أو (١١٥%)

(١) المادة ٢/٢٩٩ د من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

للسندات الحكومية وجب عليها إخطار العميل لزيادة قيمة الضمان النقدي إلى (١٥٠%) بالنسبة للأوراق المالية أو (١٢٠%) بالنسبة للسندات الحكومية .

وفي جميع الأحوال يكون للشركة اتخاذ إجراءات شراء الأوراق المالية المقترضة في الحالات التالية:

(أ) إذا لم يتم العميل بزيادة قيمة الضمان النقدي إلى النسبة المشار إليها بالفقرة السابقة وذلك بعد مرور يومي عمل على إخطاره.

(ب) إذا انخفضت نسبة الضمان النقدي إلى (١٣٠%) من قيمتها السوقية بالنسبة للأوراق المالية أو (١١٠%) بالنسبة للسندات الحكومية.

وطبقاً للمادة (٢٩٩مكرر/٢) فإنه يجوز للهيئة تعديل النسب المشار إليها وفقاً لأوضاع السوق وبناء على اقتراح البورصة.

كما يجب على الشركة أن تنص صراحة على الإجراءات التي يمكن للشركة أن تتخذها في حالة عدم قيام العميل بتقديم الضمانات أو رد الأوراق المالية المقترضة عند طلبها، وكذلك حالات إقفال حساب الأوراق المالية المقترضة بغرض البيع.

### **الفرع الثالث**

#### **التزامات وحقوق شركة الإيداع**

تلعب شركة الإيداع دوراً مهماً في نطاق عمليات البيع على المكشوف، فقد ألقى المشرع على عاتقها وضع وإدارة النظام لإقراض الأوراق المالية بغرض البيع مقابل ضمان نقدي تحدده قواعد هذا النظام كنسبة مئوية من القيمة السوقية للأوراق المالية المقترضة، فهي التي تتلقى الأوامر المتعلقة بهذه العمليات. كما يجب أن يحقق نظام إقراض الأوراق المالية المعاملة العادلة والمتساوية لكل المقرضين (المستثمرين الراغبين في إقراض أوراقهم المالية).

كما أنه في حالة زيادة القيمة السوقية للأوراق المالية المقترضة بناء على التقييم اليومي تلتزم شركة السمسرة باستكمال نسبة الضمان النقدي بناء على إخطار بذلك من شركة الإيداع المركزي.

وأيضاً، على شركة الإيداع المركزي أن تقوم باستثمار الضمان النقدي في أدوات الاستثمار ذات العائد الثابت (ودائع بنكية، أذون خزانة، شهادات إيداع البنك المركزي) من أجل تحقيق عائد يتم توزيعه بين شركة الإيداع المركزي وأمين الحفظ بصفته نائباً عن العميل المقرض وذلك وفقاً لقواعد هذا النظام.

ويجب على شركة الإيداع المركزي موافاة الهيئة والبورصة بتقرير شهري يتضمن إجمالي رصيد الأوراق المالية المقترضة في نهاية كل شهر لكل شركة مصدره ونسبتها لإجمالي الأوراق المالية المتداولة لهذه الشركة، وعلى البورصة نشر هذا التقرير على الشاشات المعدة لذلك، وللهيئة أن تطلب البيان المذكور في أي وقت<sup>(١)</sup>.

وتحصل شركة الإيداع على نسبة من العائد الناتج من استثمار الضمان النقدي الذي يتم إيداعه في عمليات البيع على المكشوف.

### المبحث الثاني

#### دور الجهات الرقابية في الإشراف والرقابة على مزاوله

##### عمليات البيع على المكشوف

تثير عمليات البيع على المكشوف زعر المنظمين في كل دول العالم، فأول ما تتجه إليه الأنظار عند حدوث الأزمات المالية هم البائعون على المكشوف<sup>(٢)</sup>، ويتم اللجوء إلى تقييد هذه العمليات تارة، ويصل الأمر إلى حد المنع نهائياً تارة أخرى، ثم ما يلبث المشرع ذاته- والذي سبق وأن قام بالمنع- أن يُتيح التعامل بهذه العمليات مرة أخرى في وقت لاحق.

ويمكننا القول إن المشكلة لا تكمن في آلية البيع على المكشوف في حد ذاتها، بل إن الأمر يعتمد على استخدامها، ففي حالة إساءة استخدام هذه الآلية تتحقق أضرار

(١) المادة ٣/٢٩٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.  
(٢) وآخر هذه الأزمات ما شهدته اليونان من علامات انهيار مالي، وكذلك ما شهدته الصين من انخفاض حاد في أسواق الأسهم المالية أواخر ٢٠١٥ وأوائل عام ٢٠١٦، وفي الحالتين فإن أول ما وجهت إليه أصابع الاتهام هم البائعون على المكشوف.

بالغة بالسوق ولكن الأمر لا يمكن أن يُعالج بأسلوب المنع<sup>(١)</sup>، وإنما بوضع إطار قانوني محكم وفعال لآلية البيع على المكشوف<sup>(٢)</sup>.

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول التدابير والإجراءات الخاصة بعمليات البيع على المكشوف في مطلب أول، ونخصص الثاني لبيان دور الجهات الرقابية بالنسبة لهذا النوع من العمليات.

## المطلب الأول

### التدابير والإجراءات الخاصة بعمليات

#### البيع على المكشوف

أصدرت اللجنة الفنية للمنظمة الدولية لهيئات سوق المال (IOSCO)<sup>(٣)</sup> في عام ٢٠٠٩ تقريراً عن تنظيم عمليات البيع على المكشوف، وذلك من أجل تشجيع المشرعين على تبني هذه العمليات لما لها من آثار إيجابية على الأسواق، وفي ذات الوقت تعترف بأنه قد يُساء استخدام تلك العمليات، ومن أجل ذلك نصت على أربعة مبادئ ينبغي تطبيقها في نطاق البيع على المكشوف، وبعبارة أخرى العمل على وضع إطار قانوني يسد الثغرات التي يمكن إساءة استخدامه من خلالها. وعليه، فإن اللجنة الفنية توصي بالتنظيم الفعال للبيع على المكشوف من خلال المبادئ الأربعة التالية:

أ- يجب أن تخضع عمليات البيع على المكشوف لرقابة مناسبة لتقليل أو الحد من المخاطر المحتملة التي يمكن أن تؤثر على الأداء المنظم والفعال والاستقرار في الأسواق المالية.

<sup>(١)</sup> أثبتت الدراسات أن منع البيع على المكشوف من السوق قد أدى إلى أضرار بالغة كرفع سعر البيع والطلب وتقليل حجم التداول. انظر على سبيل المثال:

- Bernal (O.), Herinckx (A.), and Szafarz(A.), "Which short-selling regulation is the least damaging to market efficiency? Evidence from Europe". International Review of Law and Economics, Vol. 37, 2014, p. 246.; Jing (c.), McMillan (G.) and Mike (B.), "Information Transmission Across European Equity Markets During Crisis Periods", The Manchester School, Vol. 86, number 6, 2018, p. 772. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3262906>

(2) Gruenewald (S.N.), Wagner (A.F) and Weber (R.H), "Short Selling Regulation after the Financial Crisis – First Principles Revisited", International Journal of Disclosure & Governance, Vol. 7, number 2, 2010, p.110. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1439652>

<sup>(٣)</sup> THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS.

ب- يجب أن يخضع البيع على المكشوف لنظام الإفصاح، بأن تُقدّم في الوقت المناسب المعلومات إلى السوق أو إلى السلطات القائمة على أمر السوق.

ج- يجب أن يخضع البيع على المكشوف لنظام صارم وفعال.

د- ينبغي أن يسمح نظام البيع على المكشوف ببعض الاستثناءات لأنواع معينة من المعاملات من أجل كفاءة أداء السوق وتنميته<sup>(1)</sup>.

وترى اللجنة أن الالتزام بهذه المبادئ من شأنه أن يساعد على تحقيق نهج تنظيمي دولي متقارب ومتناسق لعملية البيع على المكشوف، مع إدراك أن خصائص كل سوق وظروفه تلعب دوراً هاماً في تشكيل تنظيم البيع على المكشوف. وفيما يلي نتناول هذه المبادئ بشيء من التفصيل:

#### أولاً: الفشل في التسوية:

يُعدّ الفشل في التسليم Failure To Deliver من أبرز المشاكل التي تواجهه القائمين على عمليات البيع على المكشوف، ويعرف بأنه عجز البائع عن تسليم الأوراق المالية المباعة في الوقت المحدد لذلك وهو في مصر (T+2) بينما في دول أخرى كفرنسا وأمريكا يكون (T+3) و T هو يوم تنفيذ العملية في البورصة، ويُعدّ الفشل في التسليم أمراً ممكن الحدوث في البيع على المكشوف أو البيع العادي على حد سواء.

وتتباين الدول بشأن الإجراءات والضوابط المتبعة لضبط عمليات البيع على المكشوف في جميع مراحلها، فبعض الدول لا تسمح بالبيع على المكشوف إلا على أوراق مالية تتوافر فيها معايير معينة كدرجة السيولة وغيرها كهونج كونج. والبعض الآخر يضع قواعد لتقييد سعر البيع بالألا يُسمح بتنفيذ بيع على المكشوف بسعر مساوٍ أو أقل من آخر سعر تداول، وبعض الدول تتبنى نظام الإبلاغ "Flagging" بأن يتم الكشف عن أن العملية المطلوب تنفيذها في البورصة هي بيع قصير وليست بيعاً عادياً كاستراليا وكندا، وفي دول أخرى يُستخدم الهامش كأداة للتحكم في عمليات البيع

(1) IOSCO, Regulation on Short Selling – Consultation Report, 2009, Op.Cit, p. 5.

على المكشوف كاليابان، وهي جميعها إجراءات تهدف إلى تقليل المخاطر المرتبطة بعمليات البيع على المكشوف.

وتقر اللجنة الفنية أنه ليس كل هذه التدابير قد تكون مناسبة للتطبيق الشامل. فقد يكون لهذه التدابير مستويات مختلفة من الفعالية اعتماداً على ظروف السوق المحلية المحددة وطبيعة البنية التحتية للسوق. أيضاً فإن إدخال بعض من هذه التدابير (مثل قواعد تقييد الأسعار أو "الإبلاغ عن مبيعات قصيرة") في بعض الدول صعب من الناحية التشغيلية وقد يشمل تكاليف باهظة للهيئات التنظيمية والمشاركين في السوق.

ويُعد تبني أسلوب صارم للتسوية من أنجح الوسائل في ضبط السوق بصفة عامة وعمليات البيع على المكشوف بصفة خاصة. فيجب أن يوجد تنظيم فعال لتسوية حالات الفشل في التسليم، وقد يكون بأسلوب الشراء الإجباري buy-in أو الإغلاق close-out، في بعض الأسواق قد تبدأ العملية من قبل الطرف المقابل المركزي أو نظام تسوية الأوراق المالية. وفي حالات أخرى، يكون الإجماع على الشراء أو الإغلاق طلب من المشتري الذي لم يستلم الأسهم بعد عدد معين من الأيام بعد نهاية دورة التسوية. ولمزيد من الصرامة، في بعض الأسواق، يتم فرض عقوبة نقدية أيضاً على المشاركين في السوق الذين فشلوا في تسوية صفقاتهم داخل دورة التسوية.

ومن ثم، فإن وجود نظام تسوية صارم يقلل من حالات الفشل في التسليم، وينبغي تقليل عدد أيام دورة التسوية فكلما قل الفاصل الزمني بين تنفيذ الأمر وتسويته زاد من تعزيز فرص التسوية.

**ثانياً: الإفصاح والشفافية عن عمليات البيع على المكشوف:**

يُعد الإفصاح عن عمليات البيع على المكشوف أداة مهمة لتقليل المخاطر المرتبطة بهذا النوع من العمليات، وكما أوصت اللجنة الفنية للمنظمة الدولية لهيئات سوق المال (IOSCO) في تقريرها ٢٠٠٣، يجب أن يكون المنظمون في الأسواق المالية واضحين حول ما يريدون أو يتوقعون تحقيقه في تأسيس نظام الإبلاغ عن عمليات البيع على المكشوف. وفي هذا الصدد، تقترح اللجنة الفنية أنه يجب على

المنظمين في إنشاء نظام الإبلاغ الأخذ بعين الاعتبار ما يلي: توفير الوصول إلى المعلومات عن البيع على المكشوف لتحسين السوق، ردع إساءة استخدام السوق، وشرح تحركات أسعار الأسهم، توفير علامات إنذار مبكر للتحقيق في الأنشطة المشبوهة التي يمكن أن تؤثر على عمل السوق، تقديم دليل إثبات عند القيام بالتحقيقات واتخاذ إجراءات تأديبية ضد المخالف<sup>(1)</sup>.

وتتبنى الدول بشكل عام نوعين من وسائل الإفصاح: الأول وهو نظام الإبلاغ Flagging عن عمليات البيع على المكشوف، والثاني وهو تقديم التقارير. وقد تجمع الدول بين النظامين معاً لمزيد من الفعالية<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: الامتثال والتنظيم الفعال:

طبقاً لمبادئ المنظمة الدولية لهيئات سوق رأس المال IOSCO فإنه يجب أن يكون لدى الهيئة التنظيمية سلطات المراقبة والفحص والتفتيش الشامل، ويجب أن تتمتع الجهة التنظيمية بسلطات تنفيذ شاملة. كما يجب أن يضمن النظام الرقابي استخداماً فعالاً وذا مصداقية للتفتيش والمراقبة وتنفيذ الصلاحيات وتنفيذ برنامج الامتثال الفعال<sup>(3)</sup>.

ويمكن إجراء المراقبة والرصد من خلال التقارير عن المراكز القصيرة أو الإبلاغ عن البيع على المكشوف. والمعلومات التي يتم جمعها يمكن استخدامها للمساعدة في الكشف عن أي إساءة استخدام للسوق وكذلك تنبيه سلطات السوق من مراكز المراكز القصيرة المفتوحة التي قد تشكل مخاطر نظامية على السوق. كما يمكن لسلطات السوق إنشاء آلية لتحليل المعلومات التي تم الحصول عليها لتحديد انتهاكات السوق المحتملة والمخاطر النظامية.

(1) IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation, IOSCO Report, September 1998 (updated in February 2008), stated that: 'Disclosure of short sales and securities lending (or at least their reporting to the regulator) is a tool for the further reduction of risk.'. It is available at: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD265.pdf>.

(2) IOSCO, "Regulation on Short Selling – Consultation Report", 2009, Op.Cit, p12.

(3) IOSCO, "Objectives and Principles of Securities Regulation", Regulations(8-10), Op.Cit., p. ii.

كما أن الإلزام بإمساك الدفاتر والسجلات لتقيد عمليات البيع على المكشوف يُساعد سلطات السوق على فهم حقيقة الأمر، وبصفة خاصة خلال فترة التحقيقات، والتي يكون لها سلطة الاستفسار والطلب والاطلاع.

## المطلب الثاني

### دور الجهات الرقابية بالنسبة لعمليات البيع على المكشوف

تمثلت ردود أفعال معظم المشرعين في جميع أنحاء العالم عقب أزمة عام ٢٠٠٧ في فرض حظر أو قيود على عمليات البيع على المكشوف<sup>(١)</sup>، وظهرت هذه القيود بدرجات متفاوتة من حيث الصرامة والنطاق والمدة، وكان الهدف من ذلك استعادة الأداء المنظم لأسواق الأوراق المالية والحد من الانخفاضات غير المبررة في أسعار الأوراق المالية. وقد كان المشرعون في أمريكا والمملكة المتحدة هم أول من واجهوا الانهيار الضخم في سوق الأسهم بعد انهيار بنك الاستثمار الإخوة ليمان في سبتمبر ٢٠٠٨، من خلال تنفيذ حظر البيع على المكشوف لبعض المؤسسات المالية الكبرى. ثم اتبعت معظم الدول نهج الولايات المتحدة، والمملكة المتحدة وبدأت التدخلات الطارئة في أسواق الأوراق المالية مع حظر البيع على المكشوف. وفي وقت لاحق، تحول معظم المشرعون إلى تدابير تقييدية أقل، وخاصة التزامات الإفصاح، بينما مدد آخرون حظر البيع المبكر عدة مرات، ربما من أجل إبطاء أسواقهم المالية المتعثرة أية اضطرابات إضافية محتملة أو تمديد الوقت حتى يتم تنفيذ قيود البيع على المكشوف الدائمة. في حين أن بعض البلدان كانت قيود البيع على المكشوف فيها موجودة بالفعل من قبل، وبلدان أخرى لم تعرف أية قيود على البيع على المكشوف من قبل.

ومن المثير للاهتمام، أن معظم دول أوروبا الغربية بالإضافة إلى الولايات المتحدة وكندا حددت الهيئات التنظيمية فيها القيود على المدى القصير على البيع على المكشوف لأسهم القطاع المالي، بل على وجه الخصوص وبشكل واضح مؤسسات مالية محددة. في المقابل، في البلدان الآسيوية وكذلك في أستراليا، تم تطبيق تدابير الطوارئ بشكل رئيسي على جميع أسهم الشركات المدرجة<sup>(٢)</sup>.

ونظرًا لأن رد فعل دول الاتحاد الأوروبي كان غير منظم وغير متناسق، حيث وصفه البعض بأنه اتباع لنهج مجزأ بين دول الاتحاد<sup>(٣)</sup>، كما أنه فوضوي الأمر الذي أضاف شعوراً بعدم اليقين للأزمة<sup>(٤)</sup>. فقد كانت الحاجة ماسة لإيجاد قواعد مشتركة تحكم البيع على المكشوف، وبالفعل تم انتهاج نهج مشترك ومتسق في ١٤ مارس ٢٠١٢

(١) راجع بشأن التدابير التي اتخذت في معظم دول العالم:

- Gruenewald (S.N.), Wagner (A.F) and Weber (R.H), Op.Cit, p. 5-18.

(2) Ibid, Op. Cit., p. 4.

(٣) حيث حظرت بعض الدول البيع على المكشوف لأسهم القطاع المالي فقط، وأخري تفرضه على جميع الأسهم المدرجة بالبورصة، وذهبت الدول إلى حظر البيع العاري على أسهم القطاع المالي فقط، وأخري تحظره بالنسبة لجميع الأسهم المدرجة، وبعض الدول تقصر الإفصاح على أسهم القطاع المالي وأخري تشملها لك الأسهم المدرجة.

(٤) راجع بهذا الخصوص ما حدث بإيطاليا بشأن تنظيم البيع على المكشوف:

<http://www.consob.it/mainen/documenti/english/resolutions/res16971.htm>.

وتحقيق مواعمة بالنسبة للقواعد المطبقة على عمليات البيع على المكشوف، بصدور لائحة بشأن البيع على المكشوف وبعض جوانب معينة خاصة بمخاطر الائتمان<sup>(1)</sup>.

وجدير بالذكر أن مجلس الاتحاد أصدر هذه القواعد في شكل لائحة ملزمة للأعضاء وليس في شكل توجيه؛ حيث يكون للأعضاء في النهاية أن يختاروا الشكل والطرق المناسبة لتحقيق النتيجة الواردة بالتوجيه<sup>(2)</sup>.

وتتمثل أهم أهداف هذه اللائحة في زيادة شفافية المراكز القصيرة المحتفظ بها في أوراق مالية معينة؛ وضمان أن الدول الأعضاء لديها صلاحيات واضحة للتدخل في حالات استثنائية للحد من المخاطر على الاستقرار المالي وثقة السوق الناشئة عن البيع على المكشوف وعن نظام مقايضة الائتمان، وضمان التنسيق بين الدول الأعضاء والهيئة الأوروبية للأوراق المالية والأسواق (ESMA)<sup>(3)</sup> في المواقف المعاكسة، وتقليل مخاطر التسوية والمخاطر الأخرى المرتبطة بالبيع على المكشوف العاري، والحد من المخاطر التي تهدد استقرار أسواق الديون السيادية. وبناءً على ذلك، فإن اللائحة تفرض مجموعتين من الالتزامات على المشاركين في السوق: أولاً: حظر معاملات البيع على المكشوف غير المغطي، ثانياً: متطلبات الشفافية. ويمنح مجموعة من الصلاحيات لكل من السلطات الوطنية المختصة NCAS<sup>(4)</sup> والهيئة الأوروبية للأوراق المالية والأسواق. وفيما يلي نستعرض هذه الالتزامات:

(1) لمزيد من التفصيل حول تنظيم الاتحاد الأوربي للأسواق والأوراق المالية، راجع:

- Moloney (N.), "EU Securities and Financial Markets Regulation", 3 Edition, Oxford University Press, England, 2014, pp. 538-572.

(2) Elineau (R.B.), "Regulating Short Selling in Europe After the Crisis", Brigham Young University International Law & Management Rev, vol.8, No.2, 2012, p67. Available at: <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/>

psredir=1&article=1098&context=iilmr

(3) European Securities and Markets Authority.

(4) The national Competent Authorities.

أولاً: حظر البيع على المكشوف غير المغطي:

طبقاً لنص المادة (١٢) من لائحة الاتحاد الأوروبي سألفة البيان، لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي القيام بعملية بيع على المكشوف إلا إذا توافر فيه أحد الشروط التالية:

١- أن يكون الشخص الطبيعي أو الاعتباري قد اقترض السهم أو اتخذ أي إجراء بديل يؤدي نفس الأثر القانوني. ٢- أن يكون الشخص الطبيعي أو الاعتباري قد أبرم عقد قرض للسهم المراد بيعه على المكشوف، أو أن لديه دين آخر قابل للتفويض عليه جبراً، بموجب قانون العقود أو الملكية، ويسمح له بأن ينقل لنفسه عدداً مماثلاً من الأوراق المالية من نفس الفئة بحيث يمكن تنفيذ التسوية في ميعادها. ٣- أن يكون الشخص الطبيعي أو الاعتباري قد أبرم اتفاقاً مع طرف ثالث، يلتزم بموجبه الأخير بالتأكد على وجود الأسهم، وأن يكون قد اتخذ في مواجهته من الإجراءات ما تجعل أي شخص طبيعي أو معنوي لديه توقع معقول بأن التسوية يمكن أن تتم في ميعادها.

ثانياً: متطلبات الشفافية:

يأخذ المشرع الأوروبي بنظام ثنائي للشفافية Two-tier transparency

system، وذلك على النحو التالي:

١- الإفصاح للسلطات الرقابية المختصة:

طبقاً لنص المادة (٥) من لائحة الاتحاد الأوروبي يلتزم كل شخص طبيعي

أو معنوي لديه مركز قصير<sup>(١)</sup> أن يفصح عنه للسلطات الرقابية المختصة<sup>(١)</sup> عندما يصل

(١) وطبقاً لنص المادة ١/٣ من لائحة الاتحاد، بعد مركزاً قصيراً المركز الناتج عن الآتي: البيع على المكشوف لسهم صادر عن شركة، أو سند دين صادر عن مصدر سيادي، أو الدخول في صفقة تؤدي إلى خلق أداة مالية أو تتعلق بها غير الأداة المنصوص عليها في الفقرة ١، حيث يكون تأثير أو أحد آثار المعاملة هو منح ميزة مالية لشخص طبيعي أو اعتباري الذي يدخل في تلك المعاملة في حالة حدوث انخفاض في سعر أو قيمة السهم أو سند الدين.

1. For the purposes of this Regulation, a position resulting from either of the following shall be considered to be a short position relating to issued share capital or issued sovereign debt: (a) a short sale of a share issued by a company or of a debt instrument issued by a sovereign issuer; (b) entering into a transaction which creates or relates to a financial instrument other than an instrument referred to in point (a) where the effect or one of the effects of the transaction is to confer a financial advantage on the natural or legal person entering into that transaction in the event of a decrease in the price or value of the share or debt instrument.

إلى أو ينخفض عن ٠.٢% من رأس مال المشروع المتمثل في أسهم، كما يلتزم أيضًا بالإفصاح عن كل زيادة بنسبة ٠.١% عن النسبة المذكورة للمركز القصير<sup>(١)</sup>.

ويُعد الإخطار للسلطات المختصة عن مراكز البيع على المكشوف ذا أهمية كبيرة؛ حيث يوفر لهم البيانات الكافية لمراقبة هذه العمليات واتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة "إساءة استخدام السوق"، كما سيمكن مثل هذا الإخطار من عملية جمع إحصاءات عن عمليات البيع على المكشوف.

## ٢ - الإفصاح العام Public Disclosure:

يأتي المستوي الثاني من الإفصاح، وهو في هذه الحالة لا يقتصر على السلطات الرقابية فحسب، بل هو إفصاح عام، حيث يلتزم كل شخص طبيعي أو معنوي يمتلك مركزًا قصيرًا أن يفصح عنه إذا وصل إلى أو انخفض عن ٠.٥% من رأس مال الشركة المتمثل في أسهم، وكل زيادة في حدود ٠.١% عن النسبة المذكورة<sup>(٢)</sup>.

ويساعد الإفصاح العلني عن صافي المراكز القصيرة من قبل البائعين على المكشوف في التقليل من تكاليف اكتساب المعلومات للمشاركين الآخرين في السوق. كما سيتم دمج المعلومات في أسعار السوق بصورة أسرع لأنه كلما كان صافي المركز القصير بالنسبة للبائع يصل إلى أو ينخفض إلى ما دون ٠.٥%، فإن جميع

(١) وطبقًا لنص المادة ٣٢ من لائحة الاتحاد السالف ذكرها يجب على كل دولة عضو أن تحدد واحدة أو أكثر من السلطات المختصة لتنفيذ هذه اللائحة، كما يجب تحدد دور كل منها بوضوح، وتكون مسؤولة عن التنسيق وتبادل المعلومات بينها وبين الهيئة الأوروبية والأسواق للأوراق المالية والدول الأعضاء.

(2) "A natural or legal person who has a net short position in relation to the issued share capital of a company that has shares admitted to trading on a trading venue shall notify the relevant competent authority, in accordance with Article 9, where the position reaches or falls below a relevant notification threshold referred to in paragraph 2 of this Article. 2. A relevant notification threshold is a percentage that equals 0,2 % of the issued share capital of the company concerned and each 0,1 % above that".

(3) 1. A natural or legal person who has a net short position in relation to the issued share capital of a company that has shares admitted to trading on a trading venue shall disclose details of that position to the public, in accordance with Article 9, where the position reaches or falls below a relevant publication threshold referred to in paragraph 2 of this Article. 2. A relevant publication threshold is a percentage that equals 0,5 % of the issued share capital of the company concerned and each 0,1 % above that.

الأسواق الأخرى سيحصل المشاركون فيها على هذه المعلومات في يوم العمل التالي وسيكونون قادرين على التعامل في السوق بناءً على هذه المعلومات<sup>(١)</sup>.

وطبقاً لنص المادتين (٣/٥) و (٣/٦) من اللائحة المذكورة يجوز للجنة الأوروبية بناءً على الرأي الوارد إليها من الهيئة الأوروبية للأوراق المالية والأسواق أن تقوم بتعديل النسب المنصوص عليها سابقاً، في ضوء التطورات التي تطرأ على السوق<sup>(٢)</sup>.

كما أن هذه التدابير سألقة الذكر لا تسري على نشاط صانع السوق market maker وذلك بصريح نص المادة (١٧) من اللائحة المذكورة<sup>(٣)</sup>. ويجب على أي شخص يعتزم الاستفادة من هذا الإعفاء تقديم إخطار كتابي إلى السلطة المختصة قبل استخدام الإعفاء بـ ٣٠ يوماً على الأقل.

ويلاحظ أن حد الإفصاح في عمليات البيع على المكشوف أقل بكثير من حد الإفصاح عن المراكز الطويلة، والتي تم تحديدها بـ ٥% في كل من الاتحاد الأوروبي<sup>(٤)</sup> والولايات المتحدة<sup>(٥)</sup>.

وعلى النقيض من استجابة الاتحاد الأوروبي، لم يتناول الكونجرس الأمريكي قضية البيع على المكشوف في قانون أو لائحة محددة في أعقاب الأزمة. وبدلاً من ذلك منح لجنة الأوراق المالية والبورصة الأمريكية (SEC)<sup>(٦)</sup> سلطة واسعة لتنظيم المزيد من عمليات البيع على المكشوف بموجب قانون DoddFrank إصلاح وول

(١) ومع ذلك يري البعض أن الإفصاح العام لصافي مراكز البيع على المكشوف له آثار سلبية على كفاءة السوق، وحركات أسعار الأسهم، ومن ثم، تم اقتراح أن يكون الإفصاح في شكل مجمل وليس بشكل مفصل، انظر:

- Wyman (O.), "The Effects of Short Selling Public Disclosure Regimes on Equity Markets – A Comparative Analysis of US and European Markets", 2010, Available at: [http://www.oliverwyman.com/ow/pdf\\_files/OW\\_EN\\_FS\\_PUBL\\_2010\\_Short\\_Selling.pdf](http://www.oliverwyman.com/ow/pdf_files/OW_EN_FS_PUBL_2010_Short_Selling.pdf)

(2) The European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority) (ESMA) may issue an opinion to the Commission on adjusting the thresholds referred to in paragraph 2, taking into account the developments in financial markets.

(3) Articles 5, 6, 7, 12, 13 and 14 shall not apply to transactions performed due to market making activities.

(4) Directive 2004/109 of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the Harmonisation of Transparency Requirements in Relation to Information About Issuers Whose Securities are Admitted to Trading on a Regulated Market and Amending Directive 2001/34/EC, art. 9.1, 2004 O.J. (L 390) 38, 47.

(5) Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78m(d)(1) (2011), "(d) Reports by persons acquiring more than five per centum of certain classes of securities"

(6) Securities and Exchange Commission.

ستريت وحماية المستهلك ٢٠١٠<sup>(١)</sup>، لاسيما القسم ٩٢٩X منه والذي يمنح لجنة الأوراق المالية والبورصات سلطة في جملة أمور كتصميم برامج جديدة لمتطلبات الإفصاح والقواعد اللازمة أو المناسبة لضمان ذلك، وخيارات الإنفاذ المناسبة ضد التلاعب من خلال البيع على المكشوف عند الاقتضاء<sup>(٢)</sup>.

وفي مصر، ونظرًا لعدم تفعيل آلية البيع على المكشوف حتى الآن، فلا يمكننا الحكم على أداء الجهات الرقابية بشأن ممارسة هذا النشاط، ولكن طبقًا للقواعد الحالية المنظمة لهذا النشاط، فإن شركة الإيداع يقع على عاتقها دور مهم في عمليات الشراء بالهامش بداية من تكوين وعاء التسليف والذي من خلاله يمكن إقراض الأسهم وانتهاءً بمرحلة رد هذه الأوراق المالية المقترضة مرة أخرى.

ويقع على الهيئة العامة للرقابة المالية والبورصة عبء كبير فيما يتعلق بالموافقة على منح ترخيص بمزاولة نشاط اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها والتأكد من توافر شروط مزاولة النشاط وكذلك استمراريتها. وقد يصل الأمر إلى حد منع الشركة من مزاولة النشاط وإلغاء الترخيص الممنوح، واتخاذ ما يلزم من إجراءات، وكذلك اتخاذ إجراءات المتابعة والمراقبة من خلال التقارير الأسبوعية والشهرية التي ترد إليه من شركات السمسرة وكذلك شركة مصر للمقاصة والإيداع والقيود المركزي بشأن عمليات البيع على المكشوف.

(١) تم توقيع قانون دود فرانك لإصلاح وول ستريت وحماية المستهلك في ٢١ يوليو ٢٠١٠ من قبل الرئيس باراك أوباما. ويهدف هذا التشريع إلى إعادة تشكيل النظام التنظيمي في الولايات المتحدة في عدد من المجالات بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر حماية المستهلك، والقيود التجارية، وتقييم الائتمان، وتنظيم المنتجات المالية، وحوكمة الشركات والإفصاح عنها، والشفافية. والمنشور بـ Public Law 111-203-2012

(2) Elineau (R.B.), Op.Cit, p. 8.

ولمزيد من التفصيل حول تنظيم البيع على المكشوف في الولايات المتحدة منذ نشأته والتعديلات التي أدخلت عليه،

راجع:

- McCaffrey (D.B), "Review of the Policy Debate Over Short Sale Regulation During the Market Crisis." Albany Law Review, Vol. 73, No (2), (April 2010), pp.483-519, available at: <https://www.albany.edu/.../ifmr/McCaffrey-Short-Sale-Regulation.pdf>.

## الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة نشاط البيع على المكشوف، وتبين لنا أنه يخالف القاعدة التقليدية في الاستثمار من حيث الشراء أولاً ثم البيع لاحقاً، فهو يقوم على البيع أولاً ثم الشراء لاحقاً، ومن ثم، فهو عبارة عن نشاط يقوم من خلاله البائع ببيع أوراق مالية لا يملكها مع النية لشراء أصول مماثلة لإعادتها مرة أخرى في وقت لاحق، وتحقيق ربح من الانخفاض في قيمة هذه الأصول.

كما تبين لنا أن هذا النشاط ليس حديث العهد بالأسواق المالية، بل إنه نظام قديم ترجع جذوره إلى القرن السابع عشر، وهو أيضاً نظام معمول به في معظم دول العالم.

وقد تبنت مصر عام ٢٠٠٢ هذه الآلية من خلال سنن القواعد التي تحكم نشاطي الشراء بالهامش واقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها، إلا أنه وإن كانت توجد قواعد قانونية تحكم هذا النشاط إلا أنه لم يفعل إلى وقتنا هذا على الرغم من تفعيل نشاط الشراء بالهامش، ولذلك فإننا ندعو السلطات القائمة على شأن بورصة الأوراق المالية إلى تفعيله لكي يحد من عيوب الشراء بالهامش.

كما أننا نؤيد ما ذهب إليه المشرع من حظر البيع على المكشوف العاري، وذلك باشتراط سبق الاقتراض قبل القيام بعملية البيع، ومن ثم عدم الوقوع في مخاطر الفشل في التسوية.

كما أننا نوصي بضرورة الوقوف والاطلاع على أحدث الممارسات الدولية بشأن البيع على المكشوف، من أجل الوصول إلى إطار قانوني محكم.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع العربية:

- أ. أحمد حسين السيد وهشام إبراهيم، دليل المستثمر لشراء الأوراق المالية بالهامش، الهيئة العامة للرقابة المالية، سلسلة توعية المستثمر المصري في مجال سوق المال، يوليو ٢٠١٠.
- د. سامي عبد الباقي أبو صالح، الآليات القانونية المستخدمة لاستغلال صعود وهبوط مؤشر البورصة - دراسة خاصة في اقتراض الأوراق المالية بغرض بيعها، الشراء بالهامش-، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- د. فهد بن محمد الحويماي، كتاب المال والاستثمار في الأسواق المالية، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠٠٦.
- د. محمد عبدالمقصود محمد غانم، النظام القانوني للشراء بالهامش، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠١٨.

### ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

- **Angel (J.J.) and McCabe (D.M.)**, "The Business Ethics of Short Selling and Naked Short Selling", Journal of Business Ethics, Vol. 85, Supplement 1: 14th Annual Vincentian International Conference on Justice for the Poor: A Global Business Ethics (2009), p. 239. Available at: <http://www.jstor.org/stable/40294836>.
- **Angel (J.J.)**, "Short selling around the world with applications to the SSE", 2004, Available at: [www.sse.com.cn/aboutus/research/workstation/.../station20040826.pdf](http://www.sse.com.cn/aboutus/research/workstation/.../station20040826.pdf)
- Nonstandard-Settlement Transactions, Financial Management Association International, Vol. 27, Number 1 (Spring 1998).
- **Arnold (T.K.)**, "Is the Stock Market More Profitable with the Uptick Rule than Without It? Testing the Steady Gain Hypothesis 2011". Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1936896>
- **Arturo(B.), Goetzmann, (W.N.) and Ning (Z.)**, "Efficiency and the Bear: Short Sales and Markets Around the World", (September 2004). Yale ICF Working Paper No. 02-45; EFA 2003 Annual Conference; AFA 2004 San Diego Meetings; 14th Annual Conference on Financial Economics & Accounting. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=357800>.

- **Bernal (O.), Herinckx (A.), and Szafarz(A.),**"Which short-selling regulation is the least damaging to market efficiency? Evidence from Europe". *International Review of Law and Economics*, Vol. 37,2014.
- **Bianchi (R.J.) and Drew (M.E.),** "A positive economics view of short selling ", *Banks and Bank Systems*, Vol. 7, Number 2, 2012, Available at: [http://businessperspectives.org/journals\\_free/bbs/2012/BBS\\_en\\_2012\\_02\\_Bianchi.pdf](http://businessperspectives.org/journals_free/bbs/2012/BBS_en_2012_02_Bianchi.pdf)
- **Blau (B.M), Whitby (R.J),** "How does short selling affect liquidity in financial markets?", *Finance Research Letters*, Vol. 25, 2018, available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1544612317303562>
- **Boehmer (E.) and Julie (W.U.),** "Short Selling and the Price Discovery Process", *Review of Financial Studies* 2013, Vol. 26, Number 2, 318. 38.
- **Charoenrook (A.) and Daouk (H.),** "Market-Wide Short-Selling Restrictions", 2005, pp. 12-20. Available at: <http://apps.olin.wustl.edu/workingpapers/pdf/2008-12-004.pdf>
- **Christoffersen (S.), Geczy(C.),Musto (D.) and Reed (A.),** "How and Why do Investors Trade Votes, and What Does it Mean?", working paper, Wharton School of Business, University of Pennsylvania, March 2004. Available at: <http://web.hec.ca/scse/articles/Christoffersen.pdf>
- **Christopher (L.C.), and Heaton (J.B.),** "Naked Shorting Regulation", 2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=982898>
- **Edwards (A.K.) and Hanley (K.W.),** "Short selling and failures to deliver in initial public offerings", *Journal of Financial Economics*, Available at: [http://www.researchgate.net/profile/Kathleen\\_Hanley/publication/222822783\\_Short\\_selling\\_in\\_initial\\_public\\_offerings/links/00b49525e748cd85cc000000.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Kathleen_Hanley/publication/222822783_Short_selling_in_initial_public_offerings/links/00b49525e748cd85cc000000.pdf)
- **Elineau (R.B.),** "Regulating Short Selling in Europe After the Crisis", *Brigham Young University International Law & Management Review*, vol. 8, Number 2, 2012, Available at: <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1098&context=ilmr>
- **Engelberg (J.), Reed (A.V.) and Ringgenberg (M.C.),**"Short-Selling Risk", (January 21, 2017), *Journal of Finance*, Forthcoming; UNC Kenan-Flagler Research Paper Number 2312625. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2312625>

- **European Commission**, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on short selling and certain aspects of credit default swaps. 2010/0251 (COD), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC1056&from=EN>
- **European Commission**, "Short selling: technical standards Frequently asked questions", Press Release, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-12-508\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-508_en.htm?locale=en).
- **Ekkehart(B.) and Julie(W.u.)**, "Short Selling and the Price Discovery Process", 2012, Review of Financial Studies, Forthcoming. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=972620>
- **Fabozzi (F.J.)**, "Short Selling: Strategies, Risks, and Rewards", John Wiley & Sons, New Jersey, 2004.
- "The Handbook of Financial Instruments", John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2002.
- **Fleischer (D.M.)**, "The Alternative Uptick Rule - Restoring Short Selling as an Asset to the Market and Striking a Regulatory Balance Between Those That Favor or Oppose Regulation", 2013, available at: [https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1386&context=student\\_scholarship](https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1386&context=student_scholarship).
- **Fotak (V.), Ramany (V.) and Yadav (P.K.)**, "Naked Short Selling: The Emperor's New Clothes?", Working Paper, Available at: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=4DAB046A1EE437C67E8B1A8B886938BB?doi=10.1.1.366.8421&rep=rep1&type=pdf>,
- **Gregoriou (G.N.)**, "Handbook of Short Selling", Academic Press, USA, 2011.
- **Gruenewald (S.N.), Wagner (A.F.) and Weber (R.H.)**, "Short Selling Regulation after the Financial Crisis – First Principles Revisited", International Journal of Disclosure & Governance, Vol. 7, Number 2, 2010, Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1439652>
- **Hauwermeiren (R.V.)**, "Short selling during and after the financial crisis: regulatory initiatives in Belgium, the United Kingdom and Europe", Master's thesis, Faculty of Law Ghent University, 2014, available at: [https://lib.ugent.be/fulltxt/.../RUG01-002213437\\_2015\\_0001\\_AC.pdf](https://lib.ugent.be/fulltxt/.../RUG01-002213437_2015_0001_AC.pdf)

- **IOSCO**, Regulation on Short Selling-Consultation Report, Appendix III (March 2009), Available at: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD289.pdf>
- **IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation**, IOSCO Report, September 1998 (updated in February 2008), stated that: 'Disclosure of short sales and securities lending (or at least their reporting to the regulator) is a tool for the further reduction of risk'. Available at: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD265.pdf>
- "IOSCO TC SC2 Project on Transparency of Short Selling in Equity Securities. Questionnaire Responses by Question". Available at: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD147-3.pdf>
- **Jing (C.), McMillan (G.) and Mike (B.)**, "Information Transmission Across European Equity Markets During Crisis Periods", The Manchester School, Vol. 86, Number 6, 2018. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3262906>
- **JOHNSON (M.)**, "Short selling's new sultans take the stage", Financial Times, Available at: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/46f0cb26-b6d5-11e4-95dc-00144feab7de.html#axzz3V28l4Jsn>,
- **Karpoff (J.M) and Xiaoxia (L.)**, "Short Sellers and Financial Misconduct", Journal of Finance, Vol. 65, Number 5, 2010; AFA 2008 San Francisco Meetings Paper; EFA 2008 Athens Meetings Paper. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1102853>
- **Markham (J.W.)**, "A Financial History of the United States. (1492-1900) From Columbus to the Robber Barrons", Vol. 1: M.E. Sharpe, New York, 2002.
- **McCaffrey(D.B)**, "Review of the Policy Debate Over Short Sale Regulation During the Market Crisis", Albany Law Review, Vol. 73, Number 2, 2010.avaialable at: <https://www.albany.edu/.../ifmr/McCaffrey-Short-Sale-Regulation.pdf>
- **Moloney (N.)**, "EU Securities and Financial Markets Regulation", 3Edition, Oxford University Press, England, 2014.
- **Moosa (I.A.)**, "Good Regulation, Bad Regulation: The Anatomy of Financial Regulation", Palgrave Macmillan UK, London, 2015,
- **Parsons John (E.), Apfel Robert (C.), and Schwert (G.), Geoffrey (S.)**, Short Sales, Damages and Class Certification in 10b-5 Actions (July 2001). Simon School of Business Working Paper Number FR 01-19. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=285768>

- **Repo market functioning**, Report prepared by a Study Group established by the Committee on the Global Financial System, available at: <https://www.bis.org/publ/cgfs59.pdf>
- **SAFI (P.A.C.) and SIGURDSSON (K.)**, "Price Efficiency and Short Selling", Review of Financial Studies, Vol. 24, Number 3, 2011.
- **Taulli (T.)**, "All About Short Selling", McGraw-Hill Education, New York, 2011.
- **Securities and Exchange Commission**, 2010. Regulation SHO, Release Number 34-63247, Washington, DC, available at: <http://www.sec.gov/rules/final/2010/34-63247.pdf>
- **Wyman (O.)**, "The Effects of Short Selling Public Disclosure Regimes on Equity Markets – A Comparative Analysis of US and European Markets", 2010, available at: [http://www.Oliverwyman.com/ow/pdf\\_files/OW\\_EN\\_FS\\_PUBL\\_2010\\_Short\\_Selling.pdf](http://www.Oliverwyman.com/ow/pdf_files/OW_EN_FS_PUBL_2010_Short_Selling.pdf)
- **Young (M.G.)**, "The Complete Guide to Selling Stocks Short: Everything You Need to Know Explained Simply", Atlantic Publishing Group, Washington, 2010.
- **Zhang (Y.)**, "The Interactions Between Real Earnings Management and Short Selling Activity", PhD thesis, The University Of Texas at Arlington, 2014. Available at: [https://rc.library.uta.edu/uta-ir/bitstream/handle/10106/24412/Zhang\\_uta\\_2502D\\_12601.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://rc.library.uta.edu/uta-ir/bitstream/handle/10106/24412/Zhang_uta_2502D_12601.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

**دور المصفي في تصفية شركة المساهمة  
وفقاً لنظام الشركات السعودي الجديد  
دراسة مقارنة**

إعداد الدكتور

إبراهيم محمد شاكر

أستاذ القانون التجاري المساعد

قسم الحقوق - كلية العلوم الإدارية والإنسانية

جامعة المستقبل - القصيم - المملكة العربية السعودية

## المخلص:

الأصل في الشركات التجارية أن تُشكّل إيراداتها أرقامًا تتجاوز مصروفاتها، مع الالتزام التام بكافة التزاماتها المادية، ومن ثم فإنها بذلك تحقق الفكرة من وجودها، وتحقيق هدفها بتجميع الأموال وإدارتها بغرض تحقيق الربح.

ولكن.. نتيجة لعدم حُسن إدارة بعض شركات المساهمة من قِبَل مجالس إدارتها أحيانًا، واضطراب الأوضاع الاقتصادية بشكل عام أحيانًا أخرى، مما يترتب عليه اضطراب الأوضاع المالية لتلك الشركات، ومن ثم تزايد التزاماتها المالية؛ الأمر الذي يؤدي إلى انقضاء هذه الشركات.

ولأن شركات المساهمة لها بالغ الأثر في الاقتصاد المحلي، حيث إن لها دورًا كبيرًا في تحقيق الاستقرار الاقتصادي، فإنه عند انقضائها، تُعد عملية التصفية الملاصقة لهذا الانقضاء أمرًا شديد الأهمية كذلك، خاصة وأن انقضاء شركات المساهمة في تزايد خلال الأعوام الأخيرة بسبب التقلبات الاقتصادية والتجارية الموجودة.

ونظرًا لما أشرنا إليه آنفًا، فإن هذا النوع من الدراسة لا بد أن يحظى باهتمام متزايد؛ كونه يترتب عليه مستوى الاقتصاد المحلي، فضلًا عن مصالح كثير من أفراد المجتمع الذين يتعاملون مع تلك الشركات.

وبناء عليه تناولت هذه الدراسة دور المصفي في تصفية شركات المساهمة وفقًا للنظام السعودي، مع المقارنة بالقانون المصري والفرنسي، وذلك للوقوف على الإيجابيات والسلبيات لدور المصفي، وكيفية تفادي وعلاج تلك السلبيات، وبناء عليه تم بحث هذا الموضوع بالتطرق لثلاثة مباحث لمعالجة الموضوع من كافة الجوانب وذلك بعد أن أشرنا في المقدمة لأسباب انقضاء الشركات المساهمة، وتناولنا تصفية الشركات المساهمة في المبحث الأول وذلك بالتعرض في المطلب الأول إلى ماهية تصفية الشركة، وفي المطلب الثاني إلى الشخصية الاعتبارية للشركة في مرحلة التصفية والنتائج المترتبة على استمرارها، وفي المبحث الثاني تم تناول مُصفي الشركة عند التطرق لتعيينه وعزله ثم سلطاته ومسؤولياته والأجر الذي يتقاضاه نظير عمله، وأخيرًا وفي مبحث ثالث ناقش البحث الإطار الزمني للتصفية وآثاره من خلال تناول مدة التصفية وانتهائها والآثار المترتبة عليها.

كما تنوعنا في التطرق للتطبيقات القضائية بين القديمة والحديثة؛ وذلك للتأكيد على تطبيق النصوص القانونية من خلال السلطة القضائية، وكذلك لتأصيل الآراء الفقهية التي تعرضنا لها.

## **ABSTRACT:**

Naturally, revenues of commercial companies constitute figures that exceed their expenses, while fully complying with all their financial obligations. Thus, they achieve the idea of their existence and achieve their goal of collecting and managing funds for profit.

However, because of the lack of good management of some joint stock companies by their boards sometimes and the disruption of economic conditions in general at other times, resulting in the disruption of the financial situation of these companies, and thus increasing financial obligations; which leads to the end of these companies.

Joint stock companies have a great impact on the local economy, as they play a major role in achieving economic stability. When they stop working, the accompanying process of liquidation is also very important, especially since the end of the joint stock companies has increased in recent years due to the existing economic and trade fluctuations.

In view of the above, this type of study must receive increasing attention because it entails the level of the local economy as well as the interests of many members of society who deal with these companies.

Accordingly, this study dealt with the role of the liquidator in liquidating the joint stock companies according to the Saudi system, in comparison with the Egyptian and French law, in order to identify the pros and cons of the role of the liquidator and how to avoid and remedy these negative aspects. Accordingly, this topic was discussed by addressing three issues to address the topic in all aspects. The introduction provided the reasons for the end of the joint stock companies. The liquidation of the joint stock companies was dealt with in the first section, following tackling the first requirement in terms of what liquidation of the company is. The second section dealt with the legal personality of the company in the liquidation phase and the consequences of doing business. In the second section, the liquidator of the company was dealt with in terms of appointment and stripping him of powers and responsibilities, and the remuneration he receives for his work. Lastly, and in the third section, the research discussed the period of the liquidation and its effects by tackling liquidation: period, end and implications.

We are also diverse in addressing the judicial applications, between the old and the modern, to emphasize the application of legal texts through the judiciary, as well as to consolidate the jurisprudence that we discussed.

الحمد لله رب العالمين.. الحمد لله الذي أمرنا بالقسط ونهانا عن الجور، وأمرنا بالإصلاح ونهانا عن الفساد.. والصلاة والسلام على مَنْ قال: "إنما أنا قاسمٌ وخازنٌ والله يعطي" [رواه الإمام البخاري في صحيحه]، عليه وعلى آله وأصحابه أفضل الصلاة والتسليم..

وبعد،

تعد الشركات التجارية في الدول أحد أهم عناصر الاقتصاد المحلي، لما لها من دور كبير وفعال في تحريك الاقتصاد برؤوس أموالها الضخمة، ومن ضمن هذه الشركات وأهمها شركات المساهمة، ولكن قد تتعرض هذه الشركات لبعض الظروف الاقتصادية أو العقدية أو القانونية التي تجعلها عرضة للانقضاء، ومن ثم التصفية للشركة - موضوع بحثنا - وقبل أن نتعرض للتصفيّة كموضوع مهم ومؤثر في إنهاء حياة الشركة كشخص اعتباري، سنتطرق لأسباب الانقضاء أولاً بإيجاز.

بيّن المنظم السعودي الحالات التي تنقضي فيها الشركة؛ حيث نص في المادة السادسة عشرة من نظام الشركات السعودي الجديد<sup>(١)</sup> على أسباب الانقضاء صراحة<sup>(٢)</sup> في ست حالات، وهي<sup>(٣)</sup>:

- أ - انقضاء المدة المحددة لها، ما لم تمدد وفقاً لأحكام هذا النظام.
- ب - تحقق الغرض الذي أسست من أجله، أو استحالة تحقيقه.
- ج - انتقال جميع الحصص أو جميع الأسهم إلى شريك أو مساهم واحد، ما لم يرغب الشريك أو المساهم في استمرار الشركة وفقاً لأحكام هذا النظام.
- د - اتفاق الشركاء على حلها قبل انقضاء مدتها.
- هـ - اندماجها في شركة أخرى.

(١) نظام رقم 3 لسنة ١٤٣٧ هـ بشأن الموافقة على نظام الشركات، نشر في أم القرى، العدد ٤٥٩٥، السنة ٩٣، بتاريخ ٢٢-١٤٣٧-٢ الموافق ٤-١٢-٢٠١٥، ص ٦. ويستشير إليه: "نظام الشركات السعودي الجديد".

(٢) مع مراعاة أسباب الانقضاء الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات.

(٣) يطلق عليها الأحكام العامة لانقضاء الشركات، ولمزيد من التفاصيل حول هذه الأحكام انظر: أحمد بن سعيد الخبتي، هشام بن علي السبت، الوجيز في أحكام الشركات في النظام السعودي الجديد، دار الإجازة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م، ص ٦٣ - ٦٩.

و - صدور حكم قضائي نهائي بحلها أو بطلانها بناء على طلب أحد الشركاء أو أي ذي مصلحة، وكل شرط يقضي بالحرمان من استعمال هذا الحق يُعد باطلاً.

وحول انقضاء شركة المساهمة في النظام السعودي، فإنها تنقضي وفقاً للأحكام العامة لانقضاء الشركات المشار إليها سلفاً، بالإضافة إلى أسباب أخرى خاصة بطبيعة الشركة حددها المنظم، حيث تنقضي الشركة بانتقال جميع الأسهم إلى مساهم واحد ولم يرغب هذا الأخير في استمرار الشركة وفقاً لأحكام النظام وعدم الرغبة في تحويلها إلى شركة ذات مسؤولية محدودة اعتبرت منقضية بقوة النظام<sup>(١)</sup>.

ومن الأسباب الخاصة لانقضاء وبقوة النظام أنه متى بلغت خسائر شركة المساهمة نصف رأس المال المدفوع، في أي وقت خلال السنة المالية، وجب على أي مسؤول في الشركة أو مراجع الحسابات فور علمه بذلك إبلاغ رئيس مجلس الإدارة، وعلى رئيس مجلس الإدارة إبلاغ أعضاء المجلس فوراً بذلك، كما أنه على مجلس الإدارة - خلال خمسة عشر يوماً من علمه بذلك - دعوة الجمعية العامة غير العادية للاجتماع خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ علمه بالخسائر؛ لتقرر إما زيادة رأس مال الشركة أو تخفيضه، وذلك إلى الحد الذي تتخفف معه نسبة الخسائر إلى ما دون نصف رأس المال المدفوع، أو حل الشركة قبل الأجل المحدد في نظامها الأساسي<sup>(٢)</sup>.

ولتوضيح ذلك على نحو أكثر، نذكر المثال الآتي: فلو كان رأس مال الشركة عشرة ملايين ريال، وحدثت خسائر قيمتها خمسة ملايين ريال والتي تعادل نصف رأس المال، فهنا يجب زيادة رأس المال بالقدر الذي تنقص معه نسبة الخسائر لما دون النصف، وذلك بزيادة رأس المال إلى عشرين مليون ريال على سبيل المثال، وعلى ذلك تنقص نسبة الخسائر إلى الربع. وقد تقرر الشركة تخفيض رأس مالها إلى النسبة التي تتخفف معها نسبة الخسائر إلى ما دون النصف، وهنا تقوم الشركة بسداد

(١) المادة ١٤٩ من نظام الشركات السعودي الجديد.  
(٢) المادة ١٥٠ من نظام الشركات السعودي الجديد.

ديونها من رأس مال الشركة، فلو قررت تخفيض رأس مالها من عشرة ملايين إلى خمسة ملايين وتم استخدام الخمسة ملايين لسداد ديونها، فهذا ينخفض رأس المال بقيمة خمسة ملايين ويصبح رأس مال الشركة خمسة ملايين، ولا يكون على الشركة ديون في هذه الحالة، حيث تم سدادها<sup>(١)</sup>.

أما إذا لم تجتمع الجمعية العامة غير العادية خلال هذه المدة، أو اجتمعت وتعذر عليها إصدار قرار في الموضوع، أو قررت زيادة رأس المال إلى الحد الذي تنخفض معه نسبة الخسائر إلى ما دون نصف رأس المال المدفوع، ولكن تعذر الاكتتاب في كل زيادة رأس المال المقترح خلال تسعين يوماً من صدور قرار الجمعية بالزيادة، فهذا تنقضي الشركة بقوة النظام<sup>(٢)</sup>.

ومن المبادئ والقرارات التي قررها مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة أنه إذا كانت الشركة من الشركات التي تتعلق الحقوق بها، فلا بد من النظر في تصفيتها، وإعطاء الحقوق لذويها، في حال كونها مدينة<sup>(٣)</sup>.

أما عن انقضاء شركة المساهمة طبقاً للقانون المصري، فلم يختلف كثيراً المشرع المصري عن نظيره السعودي، حيث تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله<sup>(٤)</sup>، ويكون للجمعية العامة غير العادية النظر في إطالة أمد الشركة أو تقصيره أو حلها قبل مواعدها<sup>(٥)</sup>، وتنقضي أيضاً

(١) انظر: أحمد بن سعيد الخبتي، هشام بن علي المبيت، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٢) المادة ١٥٠ من نظام الشركات السعودي الجديد.

(٣) المبدأ رقم ١٨٢، (م ق د): (٢/٢٠١)، (١٤٢٤/٢/٢٧)، مشار إليه لدى: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، من عام ١٣٩١ هـ إلى عام ١٤٢٧ هـ إصدار مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، متاح على الموقع الإلكتروني.

<https://www.moj.gov.sa/ar/Ministry/Departments/ResearchCenter/Documents/ResearchPDF/DecisionsRC.pdf>

(٤) المادة ٥٢٦ من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بشأن إصدار القانون المدني المصري، الوقائع المصرية، العدد ١٠٨ مكرر، بتاريخ ٢٩-٧-١٩٤٨ يعمل به من تاريخ ١٥-١٠-١٩٤٩، وسنشير إليه "القانون المدني المصري". وتطبيقاً على هذه المادة رقم ٥٢٦: قضت محكمة النقض بأن الشركة تنتهي بقوة القانون بانقضاء الميعاد المعين إلا إذا امتدت بإرادة الشركاء الضمنية أو الصريحة، حكم محكمة النقض، مدني، الطعن رقم ١٢٨٢، لسنة ٤٩ قضائية، بتاريخ ١٨-٥-١٩٨١.

(٥) المادة رقم ٦٨ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن إصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة. الجريدة الرسمية، العدد - 40 بتاريخ ١-١٠-١٩٨١ - يعمل به من تاريخ ١-٤-١٩٨٢، وتم تعديل اسمه إلى: قانون رقم - ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن إصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات الشخص الواحد، المعدل بمقتضى القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٨، الجريدة الرسمية، العدد ٢ مكرر، (ط) في ١٦ من يناير سنة ٢٠١٨؛ وسنشير إليه. "قانون الشركات المصري".

الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها<sup>(١)</sup>، وإذا بلغت خسائر الشركة نصف رأس المال المصدر وجب على مجلس الإدارة أن يبادر إلى دعوة الجمعية العامة غير العادية للنظر في حل الشركة أو استمرارها<sup>(٢)</sup>.

ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أن قرار أغلبية الشركاء إيقاف نشاط الشركة إلى أجل غير مسمى دون اعتراض من باقي الشركاء ينبئ عن حلها بالإجماع صراحة وضمنًا<sup>(٣)</sup>.

ويجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناءً على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء، ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل، ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك<sup>(٤)</sup>.

ويجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أي من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضًا على مدّ أجلها، أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببًا مسوغًا لحل الشركة، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقين. ويجوز أيضًا لأي شريك إذا كانت الشركة معينة المدة، أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة، وفي هذه الحالة تتحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء على استمرارها<sup>(٥)</sup>.

وتعتبر شركة المساهمة منحلة بحكم القانون إذا نزل عدد الشركاء فيها إلى أقل من ثلاثة، وذلك ما لم تبادر خلال ستة أشهر على الأكثر إلى استكمال هذا النصاب<sup>(٦)</sup>، وهذا الحكم لم يكن مقررًا في القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ إلا بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة وحدها. وهو يجيز بقاء شركة المساهمة على رأس

---

وانظر أيضًا: حكم محكمة النقض - مدني، الطعن رقم ٥٣١٧، لسنة ٣٦ قضائية، بتاريخ ٢٠١٧/١/٤م، حكم غير منشور.

(١) المادة ٥٢٧ من القانون المدني المصري؛ حكم نقض - مدني، الطعن رقم ٤١، لسنة ٤٥ ق، بتاريخ ١٩٧٩/٣/٣١.

(٢) المادة رقم ٦٩ من قانون الشركات المصري؛ حكم نقض - مدني، الطعن رقم ١٦١٨، لسنة ٨١ ق، بتاريخ ٢٠١٢/٧/١٠.

(٣) من أحكام محكمة النقض المصرية بشأن اتفاق الشركاء على حل الشركة، (الطعن رقم ١٣٧٢ - لسنة ٧٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٦/٢/١٤ - مكتب فني ٥٧ - رقم الصفحة ١٦٥).

(٤) المادة ٥٣٠ من القانون المدني المصري؛ حكم نقض - مدني، الطعن رقم ٩٨٦٧ لسنة ٦٥ ق، بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١١.

(٥) المادة ٥٣١ من القانون المدني المصري؛ حكم نقض - مدني، الطعن رقم ١٨٨٣٦ لسنة ٨٤ ق، بتاريخ ٢٠١٦/١/٦.

(٦) المادة رقم ٢/٨ من قانون الشركات المصري، وتطبيقًا لذلك انظر: حكم المحكمة الاقتصادية في الطعن رقم ١٨٩٠، لسنة ١ ق، بتاريخ ٢٠١٢/١/١٤.

شخص واحد لمدة ٦ أشهر، حيث إنه إذا لم يتم تصحيح الوضع تُعتبر الشركة منحلّة بحكم القانون. ويتضمن هذا الحكم تخفيفاً وتلطيفاً من قسوة المبدأ السابق الذي كان يقضي بانحلال الشركة التي انتقلت جميع أسهمها أو حصصها إلى شخص واحد. وقد بدأ الخروج على هذا المبدأ حينما قامت الدولة بتأميم الشركات مع الاحتفاظ بشكلها القانوني السابق كشرركات مساهمة، أو وجوب تحويلها إلى شركات مساهمة إذا لم تكن متخذة هذا الشكل من قبل، فأصبحت الدولة بذلك المساهم الوحيد في الشركة<sup>(١)</sup>.

وغني عن البيان أن شركة المساهمة لا تنقضي بالأسباب التي ترجع إلى الاعتبار الشخصي كوفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه، بل تستمر الشركة رغم توافر أحد هذه الأسباب لقيامها على الاعتبار المالي وحده. كما أن شركة المساهمة لا تنقضي بإرادة أحد المساهمين الفردية، إذ ليس على الشريك الراغب في الانسحاب من الشركة إلا أن يبيع سهمه فتنتقطع صلته بالشركة مع بقائها حافظة لكيانها القانوني. ويجب إشهار الانقضاء في السجل التجاري مع بيان أسماء المصنفين ومدى سلطتهم. وإذا كان انقضاء شركة المساهمة يتضمن تعديلاً لنظامها، فإنه يشهر بالطرق المقررة لإشهار هذا التعديل، أي بنشره في صحيفة الشركات<sup>(٢)</sup>.

ومتى انقضت الشركة دخلت في دور التصفية. وهذا ما نصت عليه معظم التشريعات، ومن ذلك قرار المُشرع الفرنسي في القانون التجاري بأن تكون الشركة في التصفية منذ لحظة حلّها لأي سبب من الأسباب، إلا في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة ١٨٤٤-٥ من القانون المدني<sup>(٣)</sup>، ويكون اسم الشركة متبوعاً بالعبارة: "شركة في التصفية" *société en liquidation*<sup>(١)</sup>.

(١) مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٥٢٩-٥٣٠.

(٢) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٥٣٠.

(٣) حيث تنص هذه الفقرة على أنه: لا يؤدي اجتماع جميع الأسهم في يد واحدة إلى حل الشركة بقوة القانون. ويجوز لأي شخص معني "له مصلحة" أن يطلب حل الشركة إذا لم يتم تسوية الوضع في غضون عام. ويجوز للمحكمة أن تمنح الشركة فترة أقصاها ستة أشهر لتسوية الوضع. ولا يمكنها أن تقضي بحل الشركة إذا ما حدث هذا التنظيم في اليوم الذي تحكم فيه في الموضوع. وإن ارتباط حق الانتفاع بكافة الأسهم في الشركة لنفس الشخص ليس له أي تأثير على وجود الشركة. في حالة حل الشركة، ويؤدي ذلك إلى النقل العام لملكية أصول الشركة إلى المساهم الوحيد، دون الحاجة إلى التصفية. ويجوز للدائنين الاعتراض على حل الشركة في غضون ثلاثين يوماً من نشر حل الشركة. ويرفض قرار المحكمة الاعتراض "المعارضة" أو يأمر إما بسداد الديون أو بتشكيل ضمانات إذا كانت الشركة تقدم ضمانات، وإذا كانت تعتبر ضمانات كافية. ولا يتم نقل أصول الشركة ويختفي

ومما لا شك فيه أن تصفية الشركة وتحديد صافي أموالها لتوزيعها بين الشركاء بطريق القسمة من الأمور المهمة، وذات الصلة للصيقة بالشركات التجارية؛ إذ إنها ملاصقة لعملية انقضاء الشركة.

ومن هنا، فإنه عند وصول الشركة- لأي سبب من الأسباب- إلى مرحلة الانقضاء، فيتعين في هذه الحالة اتباع إجراءات من شأنها معرفة جميع الحقوق والالتزامات على هذه الشركة.

وبعد الوصول إلى ما للشركة (محل التصفية) وما عليها، يتم تقسيم الأموال والموجودات الخاصة بها، وفقاً لنظام معين، وهو ما يُعرف بـ "التصفية"، وبالتالي لا بد من وجود شخص أو أكثر يقوم بالإشراف والمراقبة على تلك العملية، وهو ما يُعرف بـ "المُصَفِّي"، والذي هو مدار بحثنا، ومن ثمَّ، فإننا سننتعرض إلى المقصود بتصفية الشركة، واحتفاظها بشخصيتها الاعتبارية أثناء مرحلة التصفية، وسنتناول دراسة المصفي ودوره- بشيء من التفصيل- في تصفية الشركة، وطرق تعيينه، وعزله، وسلطاته ومسؤوليته، بالإضافة إلى واجباته، ومحظوراته، كما سنتعرف على أجر المصفي، ومدة التصفية، وأخيراً انتهاء التصفية والآثار المترتبة عليها. كل ذلك وغيره، بهدف حماية الشركاء في مؤسساتهم وحمايةً للغير أيضاً ممن يتعامل مع تلك المؤسسات والشركات، فضلاً عن حماية الشركة (محل التصفية) ذاتها.

---

الكيان القانوني "الشخص المعنوي" فقط في نهاية فترة الاعتراض أو عند الاقتضاء عندما يتم رفض الاعتراض "المعارضة" في الدرجة الأولى، أو عندما يتم سداد المستحقات "الديون"، أو عندما يتم تقديم الضمانات. راجع: Article 1844-5 - Modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 103 JORF 16 mai 2001.Code civil - Version consolidée au 1 octobre 2018. [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=4B0E8207D4E387303CDBF959E442A0F2.tplgfr37s\\_2?cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=20190216](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=4B0E8207D4E387303CDBF959E442A0F2.tplgfr37s_2?cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=20190216)

(<sup>1</sup>) Article L237-2Code de commerce.

Code de commerce / Partielégislative / LIVRE II : Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique./ TITRE III: Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales. / Chapitre VII : De la liquidation / Section 1 : Dispositions générales

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=403D653EC4D8E5E8D32279FB1392AE14.tplgfr37s\\_2?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180414](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=403D653EC4D8E5E8D32279FB1392AE14.tplgfr37s_2?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180414)

الله أسأل أن يجعل هذا البحث نافعا لكل من يقرؤه، وأن يكون في ميزاننا يوم أن نلقاه. إنه ولي ذلك والقادر عليه.

### • مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث وعناصرها الرئيسية في تحديد بيان دور المصفي في تصفية الشركات المساهمة في النظام السعودي الجديد للشركات التجارية، لما له من دور مهم في هذه المرحلة التي تمر بها الشركة، وذلك من خلال بيان أسباب انقضاء الشركات المساهمة كسبب لتصفيتها، والتعرض لتصفية الشركة والمراحل التي تمر بها من البداية إلى النهاية، وتوضيح كيفية تعيين المصفي وعزله، ودور أعضاء مجلس إدارة الشركة وهي في مرحلة التصفية، وواجبات ومسؤوليات المصفي، وانتهاء التصفية والآثار المترتبة على ذلك، وكل ما سبق يتم بحثه في نطاق ما هو مقرر في نظام الشركات السعودي الجديد، وبعض أحكام ونصوص التشريع المقارن، وكذلك أحكام القضاء موضوع الدراسة، وذلك من خلال الإجابة عن الأسئلة البحثية التالية:

- ماهية تصفية الشركة، ومتى تتم؟
- مَنْ هو صاحب الحق في طلب تصفية الشركة؟
- ما مدى استمرار الشخصية الاعتبارية للشركة في مرحلة التصفية وما النتائج المترتبة على ذلك؟
- كيف يتم تعيين المصفي وكيف يتم عزله؟
- ما هي سلطات المصفي ومسؤولياته؟
- ما القواعد الحاكمة لأجر المصفي؟
- هل يوجد مدة للتصفية؟ وأيها أفضل: وجود مدة أم لا؟ وإذا كان هناك مدة فما هي؟ وهل المدة نفسها تكون مناسبة لجميع الشركات؟
- كيف تنتهي التصفية وما الآثار المترتبة على هذا الانتهاء؟

## • أهمية البحث:

للبحث في هذا الموضوع أهمية علمية كبيرة، نظرية وعملية، وهي السبب الرئيس لاختيار هذا الموضوع، حيث تكمن أهمية هذه الدراسة من ذات الأهمية التي تحظى بها الشركات المساهمة بالذات، وإبراز موضوع دور المصفي في تصفية الشركات المساهمة على ساحة البحث العلمي كموضوع يحظى بأهمية كبرى، ولاسيما لو نظرنا لخطورة المرحلة التي تمر بها الشركة والفترة الحرجة التي تكون فيها الشركة بين ظهور أسباب انقضاء الشركة وانتهائها فعلياً سواء بالتصفية أو الإفلاس. وأيضاً كمظهر مهم من مظاهر أهمية هذا البحث هو ربط الواقع العلمي من حيث تنفيذ المصفي لدوره على أرض الواقع مع الجانب النظري المنصوص عليه في مواد القوانين والأنظمة.

ويمكن أن نبين أهمية البحث في عدة نقاط يمكن حصرها على النحو التالي:

- تحديد مَنْ له الحق في طلب تصفية الشركة المساهمة.
- كيفية إتمام عملية التصفية والمراحل التي تمر بها.
- إبراز وبيان أهمية دور المصفي في مرحلة تصفية الشركات، وخصوصاً ذات رأس المال الكبير.
- نريد أن نبرز أهم الفروق بين القانون المصري والنظام السعودي والقانون الفرنسي في جزء التصفية لشركات المساهمة.
- قمنا ببحث هذا الموضوع بعد صدور نظام الشركات السعودي الجديد، ولم يكن الكثير من المراجع حوله، فأردنا إثراء المكتبة القانونية العربية بهذا البحث المتخصص.
- نريد أن نبرز أهم التغييرات التي استحدثها نظام الشركات السعودي الجديد في جزء المصفي.
- توضيح أهم العقبات التي تواجه المصفي في عمله، وتحديد حقوقه وبيان التزاماته.

▪ معظم البحوث الخاصة بالتصفية تناولتها من الناحية المدنية ومن جانب المسؤولية فقط، فأردنا إبراز الشق التجاري في هذا الموضوع المهم والحيوي.

#### • أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحديد الدور القانوني للمصفي في عملية تصفية شركات المساهمة، وذلك من خلال الآتي:

- تحديد أسباب انقضاء الشركات المساهمة التي تسبق مرحلة التصفية.
- التطرق لمرحلة تصفية الشركة من البداية حتى النهاية.
- توضيح أهمية استمرار الشخصية الاعتبارية للشركة في مرحلة التصفية والنتائج المترتبة عليها لمجلس الإدارة وللمصفي وللغير.
- بيان كيف يتم تعيين المصفي وعزله وهل هناك إجراءات وشروط محددة.
- إبراز سلطات المصفي والالتزامات الملقاة على عاتقه وتحديد مسؤولياته أمام أعضاء مجلس الإدارة والغير.
- عرض القواعد الحاكمة لأجر المصفي.
- إيضاح مدة التصفية المحددة ومدى ملاءمتها.
- وأخيراً كيفية انتهاء مرحلة التصفية وبيان الآثار المترتبة على هذا الانتهاء.

#### • منهج الدراسة المتَّبَع:

سيكون أساس دراستنا هذه، هو النصوص القانونية التي فرضها المشرع في كل من النظام السعودي والتشريع المصري، مع التعرض لأهم النصوص التي تعالج ذات الموضوع في التشريعات الفرنسية، بالإضافة إلى الآراء الفقهية، وإسهام الفقهاء سواء في المؤلفات العامة أو المتخصصة، والتطبيقات القضائية، واستخراج ما هو مناسب منها في كلٍّ من النظامين، والتي أنت بغرض كيفية إنهاء وجود الشركة عند توافر سبب يوجب انقضاءها، ومن ثم تقسيم أموالها وموجوداتها عن طريق شخص متخصص وحيادي، حيث اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي، والمقارنة بين

نصوص التشريعات المذكورة. وقد حرصنا على المقارنة بالقانون المصري من بين سائر النظم القانونية العربية، وذلك بسبب أن في هذا القانون إرثاً ضخماً من النظريات الفقهية، والأحكام القضائية، والخبرات القانونية المترامية والتي رأينا أن ننقلها إلى الفقه والقضاء السعودي، وأيضاً القانون الفرنسي نظراً لتطوره المستمر ومواكبة التغيرات الدائمة في الأنشطة والمجالات بشكل عام وفي موضوع الشركات بشكل خاص بالإضافة إلى تعمقه في دور المصفي في تصفية شركات المساهمة، موضوع بحثنا.

#### • الكلمات المفتاحية:

المُصْفِي - دور المُصْفِي - واجبات المُصْفِي - مسؤولية المُصْفِي - تصفية الشركات - الشركات المساهمة - نظام الشركات السعودي الجديد.

#### • هيكلية البحث:

سنتناول بحث هذا الموضوع عن طريق التطرق لثلاثة مباحث متتالية على النحو التالي:

- المبحث الأول: تصفية شركة المساهمة في النظام السعودي والمصري.
- المبحث الثاني: مُصْفِي الشركة.
- المبحث الثالث: مدة التصفية وانتهائها والآثار المترتبة عليها.

## المبحث الأول

### تصفية شركة المساهمة في النظام السعودي والمصري

تتناول المُنظَّم السعودي جميع أحكام التصفية وإجراءاتها في الباب العاشر من نظام الشركات السعودي الجديد، في المواد من ٢٠٣ إلى ٢١٠، أما المُشرِّع المصري فقد عالج تصفية الشركات في الباب الرابع من قانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وذلك في المواد من ١٣٧ إلى ١٥٤، حيث كما ذكرنا سابقاً<sup>(١)</sup>، بمجرد أن تتقضي الشركة ويتم إشهار الانقضاء تدخل الشركة مرحلة التصفية وقسمة موجوداتها<sup>(٢)</sup>.

وقد عالج المُشرِّع الفرنسي الأحكام الخاصة بتصفية الشركات، وذلك في القانون التجاري الفرنسي بنسخته المُعدَّلة في الرابع عشر من أبريل عام ٢٠١٨ م، الجزء التشريعي، الكتاب الثاني: الشركات التجارية والمجموعات ذات المصالح الاقتصادية في الباب الثالث بعنوان: أحكام مشتركة بين مختلف الشركات التجارية. وذلك من خلال الفصل السابع بعنوان: التصفية<sup>(٣)</sup>، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 237 على أنه: "مع مراعاة أحكام هذا الفصل، تخضع تصفية الشركات للأحكام الواردة في النظام الأساسي"<sup>(٤)</sup>.

وبناءً على ذلك، سنتناول في هذا المبحث تعريف تصفية الشركة والمقصود بها، ومتى يتعين تصفية الشركة، كما سنتطرق لاحتفاظ الشركة بشخصيتها الاعتبارية أثناء مرحلة التصفية، بالإضافة إلى النتائج المترتبة على استمرار الشخصية المعنوية

(١) انظر سابقاً: مقدمة البحث.  
(٢) وذلك باستثناء شركة المحاصة، نظراً لطبيعتها المستقرة.

(٣) Code de commerce / Partielégislative / LIVRE II : Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique./ TITRE III : Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales. / Chapitre VII : De la liquidation / Section 1 : Dispositions générales  
[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=403D653EC4D8E5E8D32279FB1392AE14.tplgfr37s\\_2?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180414](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=403D653EC4D8E5E8D32279FB1392AE14.tplgfr37s_2?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180414).

(٤) Article L237-1: Sous réserve des dispositions du présent chapitre, la liquidation des sociétés est régie par les dispositions contenues dans les statuts.

للشركة أثناء مرحلة التصفية. وذلك عن طريق تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** ماهية تصفية الشركة
- **المطلب الثاني:** الشخصية الاعتبارية للشركة في مرحلة التصفية والنتائج المترتبة على استمرارها.

## المطلب الأول

### ماهية تصفية الشركة

بعدما تتقضي الشركة بأحد أسباب الانقضاء العامة أو الخاصة، قد يكون هناك بعض الأعمال التي يتوجب على الشركة إنهاؤها، وكذلك أداء أو تسوية كافة ديون والتزامات الشركة التي في ذمتها، لكي يتمكن الشركاء من معرفة المركز المالي لها والصفافي من أموالها وقسمتها فيما بينهم متى ما كانت دائنة، وإن كانت مدينة تحمّل الشركاء خسارة الشركة حسب الاتفاق، أو على حسب كل شريك ومقدار نصيبه في رأس المال عند عدم الاتفاق<sup>(1)</sup>.

### • أولاً- المقصود بتصفية الشركة:

التصفية في اللغة العربية، من صَفَّى يُصَفِّي تَصْفِيَةً، هي التَّخَالُصُ، أي تَخْلِيصُ المحل بما علقَ به وتَسْوِيَةٌ أمره<sup>(2)</sup>.

أما التصفية (Liquidation) في الأصل للغوي اللاتيني (الفرنسي)، فهي مشتقة من الفعل liquider ويتضمن التعبير إسنادًا إلى أحد رموز الماء، الصفاء، وهو نعت للماء الشفاف النقي، وأطلق على العملية الإجمالية التي تستهدف توضيح وفرز كتلة معدة للقسمه، مثل تصفية الميراث والأموال الشائعة، وتتبع عمليات

(1) انظر في ذلك كلام من: أحمد بن سعيد الخنثي، هشام بن علي السبت، مرجع سابق، ص ٤٧١ أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٧٨، بند رقم ٤١٥٠ محمد فريد العربي، الشركات التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، بند رقم ٤٦١؛ حمد الله محمد حمد الله، القانون التجاري والشركات التجارية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠١٤/١٤٣٥، بند رقم ١٠٧.  
(2) مختار الصحاح، باب الصاد مع الفاء.

حسابية سابقة للقسمة تقتضي بطل الكتلة المتوجبة للقسمة، وتحديد حقوق أصحاب العلاقة فيها<sup>(1)</sup>.

والتصفية في الاصطلاح القانوني ذات مدلولات مختلفة يتفرع عنها صيغ قانونية متعددة، منها: تصفية المصروفات العامة، وتصفية المرتجعات، وتصفية الدَّين، وتصفية التركة، وبالطبع تصفية الشركة، وهو ما يعنينا في هذا المقام.

ولم تتعرض قوانين الشركات عموماً وقوانين الشركات مدار البحث لتعريف الاصطلاح القانوني لتصفية الشركة، تاركاً أمر ذلك لفقهاء القانون التجاري.

وبما أن التصفية تُعد من المواضيع المهمة في الشركات التجارية، حيث إنها عملية ملازمة لانقضاء الشركة، وإذا ما توافر أي سبب من أسباب انقضاء الشركة، فلا بد من اتخاذ إجراءات معينة يكون الهدف منها استيفاء حقوق الشركاء، وحصص موجودات الشركة ليتسنى تسديد الديون المترتبة على الشركة، ثم بعد ذلك تقسيم الأموال المتبقية بين الشركاء، وهذا ما يُسمى بالتصفية<sup>(2)</sup>.

ففي نطاق القانون التجاري تتباين وتتعدد التعريفات، حيث عرّفها البعض بأنها: "مجموع الأعمال التي تلزم لتحديد حقوق الشركة قبيل الشركاء والغير والمطالبة بها"<sup>(3)</sup>.

وعرّفها الفقيه الإنجليزي Gower بأنها:

"The liquidation or winding up of company is the process where by its life is ended and its property administered for the benefit of creditors and members"<sup>(4)</sup>.

كما عرّفت بأنها: "مجموع الإجراءات الضرورية لإنهاء عمليات الشركة ودفع ما عليها من ديون وتحصيل ما لها من ذمم وتحويل موجوداتها إلى نقود لإمكان

(1) انظر: جبرار كورنيز، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨، ص ٤٨٥.

(2) مروان الإبراهيم، تصفية شركات المساهمة، دراسة مقارنة بين القوانين المصري والأردني والإنجليزي، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٤.

(3) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ج ١، ط ٣، ١٩٩٢، ص ١٩٣.

(4) Gower L. C. B the principle of modern company law -. Stevens; 3rd edition - 1969- P.647.

توزيعها على الشركاء بواسطة القسمة<sup>(1)</sup>. وعُرِّفَتْ أيضاً بأنها: "مجموع العمليات اللازمة لتحديد صافي أموال الشركة الذي يوزَع بين الشركاء بطريق القسمة"<sup>(2)</sup>.

ويُلاحَظ على التعريفات الفقهية المتقدمة، أنها- ومثيلاتها من التعريفات لدى غالبية الفقه- تكاد تتطابق في تحديدها لعناصر المفهوم القانوني للتصفية من حيث اعتبار تصفية الشركة مرحلة من المراحل التي تمر بها عندما يتحقق أي سبب من أسباب انقضائها، وبانتهائها تنتهي الشخصية المعنوية أو الحكيمة للشركة، كما تهدف إلى تحديد المركز المالي للشركة سواء في مواجهة الشركاء أم الغير، وتوزيع صافي أموالها على الشركاء. وهنا يبرز دور المصفي الذي يتولى القيام بالتصفية والذي يُعد الممثل القانوني للشركة حتى انقضائها وفسخها.

ويرى البعض<sup>(3)</sup> أن تعريف التصفية على نحو ما تقدم يُعد ناقصاً، حيث إن التعريفات السابقة لم تستوعب النتائج القانونية لتصفية الشركة والأسباب الموجبة لها، وهي لذلك ليست تعريفات جامعة مانعة، ومن وجهة نظر أنصار هذا الرأي فإن التصفية هي: "القيام بكل العمليات الجارية والعمليات الضرورية الناتجة عن حل الشركة أو بطلانها وإدارتها مؤقتاً بمعرفة المصفي لتسوية كافة العلاقات والحقوق وتحويل أصولها وسداد ديونها"، ومن ثم، فإن هذا التعريف يستوعب كافة الحالات الموجبة للتصفية التي ينص عليها القانون والاتفاق.

ويُلاحَظ على هذا التعريف أن ما أضافه للتعريفات المتقدم بيانها هو الإشارة إلى الأسباب الموجبة للتصفية بقوله: "الناتجة عن حل الشركة أو بطلانها وإدارتها مؤقتاً"، والإشارة إلى مَتَوَلَّى التصفية بقوله: "بمعرفة المصفي"، والإشارة إلى نتائج التصفية بقوله: "لتسوية كافة العلاقات والحقوق وتحويل أصولها وسداد ديونها".

(1) رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية، ج 1، مطبعة دار العلوم، دمشق، سنة 1982/1981، ص 597؛ محمد محمد أحمد سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، مكتبة الرشد، ناشرون، الرياض، الطبعة الأولى 1437هـ - 2016م، ص 257.

(2) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مقدمة الأعمال التجارية والتجار، الشركات التجارية - الملكية الصناعية - الدار الجامعية، ص 343.

(3) حمود محمد شمسان، تصفية شركات الأشخاص التجارية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، سنة 1994، ص 65.

وبرأينا أن التعريف جاء أكثر عمقاً من التعريفات السابقة وإن كانت هي الأخرى قد تناولت الغرض الأساسي من التصفية تاركة أمر بيان أسبابها للقانون.

ولأن اصطلاح التصفية كما سبق وأشرنا يطلق على حالات قانونية متعددة لا تقف عند تصفية الشركات فقط، فإن وصفها "بمجموع الأعمال أو الإجراءات"، ومن هنا طالب جانب من الفقه<sup>(1)</sup> بيان محتوى وغرض هذه الأعمال والإجراءات، وقد ظهر من التعريفات المتقدمة أنها ركزت على أن الغرض من هذه الأعمال هو حصر الموجودات وسداد الديون وتوزيع الصافي بين الشركاء بغرض تمييز المفهوم القانوني لتصفية الشركات عن غيره من عمليات التصفية. وأوضح جانب من الفقه<sup>(2)</sup> أن التصفية تتم لغاية القسمة بين الشركاء، وهي مجموع العمليات التي تمت منذ حل الشركة إلى صافي قسمة أموالها، فهي تتضمن الانتهاء من العمليات التي تم البدء بها، وتحصيل ديون الشركة، وتسوية الديون المطلوبة منها، وتحويل أصول الشركة إلى أموال سائلة لتسهيل قسمتها بهدف تقسيم صافي الأموال الثابتة بين الشركاء<sup>(3)</sup>.

وعليه، فالتصفية ترتبط ارتباطاً قوياً بالقسمة، وهي معدة أساساً لها، حيث إن عملية التصفية تتم لمصلحة الشركاء، ويكون لهم الحق بالاتفاق على عدم إجرائها، مثل اتفاقهم على أن يتم توزيع أموال الشركة بينهم دون سداد كامل الديون، إلا أن ذلك يتعارض مع مصالح دائني الشركة، فالشركاء وإن كان لهم الحق بإجراء القسمة فوراً بعد حل الشركة والاتفاق على قسمة أموال الشركة بينهم دون سداد الديون مسبقاً في نطاق تصفية اختيارية، إلا أن في ذلك حرماناً لدائني الشركة من حقوقهم في اقتضاء ديونهم أو المعاوضة في القسمة إذا تمت بالتحايل على حقوقهم، وهذا ما كان وراء ولادة فكرة ومفهوم التصفية الإجبارية وهو ذاته ما كان وراء التدخل التشريعي لتنظيم التصفية الاختيارية أيضاً بصورة تكفل عدم إلحاق الضرر بالدائنين وضياح حقوقهم،

(1) مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ٤٤١، انظر كذلك: أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٢٥٥ وما بعدها.

(2) مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٢٢٢؛ كذلك: هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٤٠٧ وما بعدها.

(3) عبد علي شخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، جمعية المطابع التعاونية، عمان، ١٩٩٢، ص ١٩.

أو إهدار الائتمان العام الذي تقوم عليه الشركات التجارية باعتبار أن أموالها مخصصة للوفاء بديونها<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت التصفية- كما ظهر مما تقدم- قد تكون اختيارية أو إجبارية، فإن جانبًا من الفقه<sup>(2)</sup>، يرى أن التصفية بكل الحالات ذات طابع إجباري أو وجوبي؛ لأنها تتم رغمًا عن الشركاء، ولأن "التصفية لا تكون لصالح دائني الشركة فقط، وإنما لصالح الشركاء أيضًا"، وأن التصفية حالة أو مرحلة يتوجب دخول الشركة فيها مباشرة بعد قيام سبب من أسباب انقضائها<sup>(3)</sup>.

وخلاصة لما تقدم، فإن تصفية الشركة مرحلة من المراحل التي تدخلها الشركة مباشرة فور قيام سبب من أسباب انقضائها، وهي تستهدف إنهاء أعمالها المبتدئة، ولذلك تظل شخصيتها المعنوية قائمة- كما سنرى تفصيلًا فيما بعد- بحدود إنهاء هذه الأعمال، ويتم ذلك "بتفويض ما تبقى من التزاماتها، ومن ثم جمع موجوداتها وتحصيل ديونها من الغير، وتحويل الموجودات إلى نقود لسداد ديونها، ومن ثم يُقسَّم الباقي من الموجودات على الشركاء كل بنسبة مساهمته في رأس مال الشركة أو بالطريقة المتفق عليها في عقد الشركة"<sup>(4)</sup>، فالتصفية عملية ضرورية وإجبارية رغمًا عن إرادة الشركاء ما دام هناك ديون يجب تسديدها، وأن هناك علاقات ما زالت معلقة، فإذا انقضت الشركة فإنه يجب إجراء تصفيتها وتسوية جميع مراكزها القانونية.

وقد قضت محكمة النقض المصرية<sup>(5)</sup> بأن تصفية الشركة هي: كافة العمليات اللازمة لتحديد صافي أموالها الذي يُوزَع بين الشركاء بطريق القسمة بعد استيفاء

(1) انظر في تفصيل هذه الفكرة: عبد علي شخاتبة، مرجع سابق، ص ١٨.  
(2) انظر في ذلك: مروان الإبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٤ نقلًا عن: علي الزيني، أصول القانون التجاري، ط٢، مكتبة دار النهضة المصرية، ١٩٤٥، ص ٤٥٨، ويشير الدكتور مروان أيضًا في الموضوع المذكور إلى أن محكمة النقض المصرية أكدت هذا الأمر حين قضت بأنه: "إذا خالف الحكم المطعون فيه ذلك وقضى برفض طلب تصفية الشركة رغم تقريره بانتهائها، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله بما يستوجب نقضه". نقض مصري رقم ٨٥٩ لسنة ٥١ قضائية، جلسة ١٩٨٧/١/٥ مشار إليه أيضًا لدى: عبد علي شخاتبة، مرجع سابق، ص ٢٢.  
(3) انظر لاحقًا: ثالثًا: تصفية الشركة فور انقضائها، من هذا المطلب.  
(4) مروان الإبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٤.  
(5) انظر الطعن رقم ١٥٦٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٦ م.

الحقوق وسداد الديون وبيع مال الشركة سواء كان منقولاً أو عقاراً. ومن ثمَّ فإنَّ التصفية للشركة هي: مجموع الأعمال التي من شأنها تحديد حقوق الشركة لدى الشركاء ولدى الغير للمطالبة بها، بالإضافة إلى ديونها تجاه الغير، وبناءً على هذه العمليات، فإذا كان هناك موجودات بالشركة، يتم تحويلها إلى مبالغ نقدية وقسمتها بين الشركاء<sup>(١)</sup>.

في ضوء ما تقدّم بيانه من التعريفات السابقة، فإننا نرى أن التصفية بوجه عام بصورتها (الاختيارية والإجبارية) تهدف إلى تسوية علاقات الشركة مع الغير وتسوية العلاقات بين الشركاء أنفسهم، وهي تشمل مجموع العمليات التي تمتد منذ حل الشركة إلى قسمة صافي أموالها، وهي الإجراءات والتصرفات المتخذة لاستيفاء الحقوق وسداد ديون الشركة المطلوب تسويتها وتحويل أصولها إلى أموال سائلة تمهيداً لتوزيع الصافي على الشركاء.

#### • ثانياً صاحب الحق في التصفية:

عادة في النظام السعودي تتم التصفية وفقاً للطريقة التي يرضيها الشركاء في عقد الشركة. وفي الحالة التي يأتي فيها العقد خالياً من ذلك؛ فيجب اتباع الأحكام الواردة في نظام الشركات في هذا الشأن، وهذا ما أشارت إليه المادة (٢٠٤) من نظام الشركات السعودي الجديد<sup>(٢)</sup>، وعندما تدخل الشركة في هذه المرحلة من حياتها فإنها تبقى محتفظة بقدرة معين من شخصيتها القانونية، وتنتقل صلاحية إدارتها من مديرها إلى شخص جديد يمثل الشركة أثناء تصفيتها يُسمى بالمُصَفِّي<sup>(٣)</sup>. وهو ما قرره مجلس القضاء الأعلى السعودي بهيئته الدائمة في أحد مبادئه المتعلقة بالشركات، حيث قرر أن تصفية الشركات يكون بحسب نوعها وعقدتها التأسيسي<sup>(٤)</sup>.

(١) سمجة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة، ٢٠١٦م، ص ٢٤٢.

(٢) حيث جاء فيها: "ما لم ينص عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس أو يتفق الشركاء على كيفية تصفية الشركة عند انقضائها، تتم التصفية وفقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا النظام".

(٣) انظر: عبد علي شخانة، مرجع سابق، ص ١٨؛ وانظر لاحقاً: المبحث الثاني من هذا البحث.

(٤) المبدأ رقم ١٧٨، (م ق د): (٥/٣٨٣)، (١٤٢٣/٦/١١)، مشار إليه لدى: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، من عام ١٣٩١ هـ إلى عام ١٤٢٧ هـ إصدار مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، متاح على الموقع الإلكتروني.

وكما جاء نص القانون السعودي واضحاً على أن اتفاق الشركاء هو الأساس في الاتفاق على التصفية، أكد أيضاً ذلك القضاء السعودي في أحكامه، بل وضع مبادئ تجارية في ذلك بحيث لا يستطيع أن يتقدم أحد الشركاء بطلب التصفية، وهو مقر باتفاق سابق مع الشركاء بأن طلب التصفية يكون بالإجماع، وطالما ليس هناك أي أسباب خطيرة للحل أو تقصير في الالتزامات من باقي الشركاء غير الموافقين على التصفية، وتطبيقاً لذلك، فإنه أقر -حول مدى حجية النص- على ضرورة موافقة جميع الشركاء على طلب التصفية بأنه نص واضح وقاطع ولا بد من تنفيذه سواء كان الاتفاق على موافقة جميع الشركاء أو الإجماع، وبناء عليه قرر أن مطالبة المدعي الحكم بحل الشركة القائمة بينه وبين المدعى عليهما مرفوضة؛ وذلك لإخلالهما بالتزاماتهما المنصوص عليها في عقد الشركة، ووجود أسباب خطيرة توجب حل الشركة وتصفيتها. وحيث دفع المدعى عليهما بأنه سبق الفصل في الدعوى بحكم قضائي انتهى إلى رفض طلب التصفية، فضلاً عن أن عقد الاتفاق التأسيسي للشركة اشترط إجماع الشركاء على قرار التصفية، كما أن سبب تعثر الشركة هو عدم تنفيذ المدعي التزامه بإكمال مقابلة مشروع الشركة. وحيث ثبت للدائرة أن الأسباب التي استند إليها في طلب التصفية ليست أسباباً خطيرة تبرر حل الشركة وتصفيتها، وإنما تعود إلى عدم وفاء المدعي مع شركاء آخرين بالتزاماتهم المنصوص عليها في عقد الشركة، ومنها تنفيذ مقابلة مشروع الشركة، وكل ذلك يمكن تداركه بالمطالبة به أمام الجهات المختصة، إضافة إلى أن الفقرة (ج) من عقد الشركة نصت على أنه: (لا تتم التصفية إلا بإجماع الشركاء الثلاثة)؛ فإن طلب المدعي التصفية لا يلزم المدعى عليهما بعد أن اشترط الشركاء في البند الثاني، الفقرة (ج) المشار إليها أعلاه بعدم جواز التصفية إلا بإجماع، ولم يتحقق شرط الإجماع المشروط. والمُسَلِّمُونَ على شروطهم، ومن التزم بشيء ألزم به، فضلاً عن أن أغلبية الشركاء في الشركة

يرفضون التصفية الآن، وبالتالي فإن طلب التصفية بدون تحقق شرط الإجماع لا يصح عقدًا وشرعًا ونظامًا؛ الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم برفض طلب التصفية<sup>(١)</sup>.

وهناك حكم آخر رفضت فيه المحكمة مطالبة المدعي إلزام المدعى عليها بتصفية الشركة لكونه شريكًا فيها نتيجة انتهاء الشراكة وفقًا لعقد تأسيس الشركة، وحيث إن المادة الرابعة من عقد التأسيس للشركة محل الدعوى قد نصت على المدة النظامية لانتهاء مدة الشركة والتي تُقدَّر زمنًا بعشرين سنة، غير أنها جعلت التمديد لمدة خمس سنوات تلقائيًا ما لم يرغب أحد الشركاء بالانسحاب، فعليه الإخطار والبيان قبل ما لا يقل عن ستة أشهر، وحيث إن الشركاء قد قرروا بالأغلبية في محضر اجتماع الجمعية العمومية الحادي عشر على تمديد مدة الشركة خمس سنوات تبدأ اعتبارًا من تاريخ انتهائها بالسجل التجاري، وقد كان هذا القرار مُدَيَّنًا بتوقيع بقية الشركاء بالموافقة على التمديد للأجل المذكور، كما أنه قد أُيد من قِبَل وزارة التجارة؛ الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى عدم أحقية المدعي بطلب التصفية، إذ ليس أمامه سوى بيع حصته والانسحاب<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن لجوء أحد الأطراف منفردًا للمحكمة بطلب التصفية للشركة بسبب الخسارة بغرض الاستفادة من الموقف والهروب من التزاماته التي اتفق فيها وأقرها مع باقي الشركاء عند الاتفاق على حل الشركة وانقضائها يكون مرفوضًا، وهذا ما أكده القضاء السعودي، حيث رفض مطالبة المدعي الحكم بإنهاء شركته مع المدعى عليه في نشاط استيراد السيارات وبيعها، وندب محاسبًا قانونيًا لتصفية الحسابات؛ إذ سبق للطرفين أن اتفقا وديًا على إنهاء الشراكة وحلها؛ إلا أن

(١) (القضية رقم ٢/١٦٧/ق لعام ١٤٢٠هـ - حكم التدقيق رقم ٢٢٤/ت/٣ لعام ١٤٢٢هـ)، (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٠٨/١٤٢٣هـ - المجلد الحادي عشر - انقضاء الشركة وإفلاسها - صفحة ٢٢٦)؛ مشار إليه لدى فيصل بن عبدالله المشوح، خلاصة المبادئ التجارية - مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة الاستئناف للأعوام من ١٤٠٨ حتى عام ١٤٣٥هـ، دار الميمان، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠١٨/١٤٣٩، ص ٢٩٧.

(٢) راجع في ذلك (القضية رقم ٢/٤٧٣/ق لعام ١٤٣١هـ - حكم الاستئناف رقم ٢/٧٢ لعام ١٤٣٤هـ)، (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٤هـ - المجلد الرابع - شركة - صفحة ٢١٨٣)؛ مشار إليه لدى فيصل بن عبدالله المشوح، خلاصة المبادئ التجارية، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

هذا الاتفاق كان فيه عُبنٌ وظلمٌ له، وحيث دفع المدعى عليه بعدم قيام المدعي باستيراد السيارات التي وعد بها، وعدم قيامه بتنفيذ التزامه المنصوص عليه في عقد الشركة، وقد جرى عقد اجتماع بين الطرفين نتج عنه اتفاقهما على إنهاء الشراكة، مقابل أن يدفع المدعي للمدعى عليه مبلغاً مالياً، لم يَقم بسداده حتى الآن، ويطلب الحكم على المدعي بدفعه. وحيث إن المدعي قد صادق على صحة الأوراق المقدّمة من المدعى عليه بإنهاء الشراكة بين الطرفين، وعلى تعهده بدفع حصة المدعي في الشركة؛ يقتضي عدم صحة المطالبة، مع إلزامه بدفع ما بذمته للمدعى عليه. أما دفعه بوجود عُبنٍ في الاتفاق، فإنه قول مُرسَل، ولا دليل عليه، بل الظاهر من حالته أنه لا عُبنٌ عليه، فقد كان هو الذي يمسك رأس مال الشركة ودفاترها، وهو بذلك يعلم بكل التفاصيل. وقد أقر، والإقرار حجة عليه، وبالتالي فكل طلباته التي أثارها استناداً إلى دعوى العُبن تكون طلبات غير وجيهة وجديرة بالفرض، وإذ الأمر ما ذكر، فإنه يتعين إلزام المدعي بما أقرَّ به للمدعى عليه في إقراراته الموقّعة منه<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة للمُشرّع المصري، فقد أحال في هذه الحالة إلى اتباع أحكام المواد (١٣٧) وما بعدها من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وإلى نظام الشركة أو عقدها؛ حيث نص على الآتي: "وتتم التصفية طبقاً لأحكام هذا القانون ونظام الشركة أو عقدها"<sup>(٢)</sup>.

وحول سلطة القضاء في حلّ الشركة حال وجود أسباب خطيرة تبرر ذلك، فقد حوّل القضاء حق حل الشركة وتصفيتها في العديد من الدعاوى، إذا قدر وجود أسباب خطيرة تبرر ذلك، وتطبيقاً لذلك رفضت المحكمة مطالبة المدعي بالحكم بتمكينه من الاشتراك مع شريكه المدعى عليه في إدارة الشركة، والاطلاع على حساباتها، مع إلزامه بعدم منافسة الشركة في نشاطها من خلال مؤسسته التجارية

(١) راجع في ذلك: (الفضية رقم ٢/١٨٠٢/ق لعام ١٤١٥هـ - حكم التفتيح رقم ١٩٢/ت/٤ لعام ١٤١٦هـ)، (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٠٨هـ/١٤٢٣هـ - المجلد الحادي عشر - انقضاء الشركة وإفلاسها - صفحة ١٣٣).

مشار إليه لدى فيصل بن عبدالله المشوَّح، خلاصة المبادئ التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٥.  
(٢) انظر المادة ١٣٧ من قانون الشركات طبقاً لآخر تعديل في ٢٠١٨/١/١٦، حيث كان النص القديم: "تتم التصفية طبقاً لأحكام هذا القانون ما لم يرد بنظام الشركة أو عقدها أحكام أخرى".

الخاصة. وحيث أقر المدعى عليه بأنه يمتلك مؤسسة تجارية تزاول نفس نشاط الشركة، وأنه قد دأب على الاستفادة من الشركة لصالحها، إلا أنه دفع بأن المدعي هو من يقوم بارتكاب المخالفات التي تضر بمصالح الشركة، مطالباً في دعوى مستقلة الحكم بحل وتصفية الشركة، وتعيين مُصَفِّ لها يتولى إدارتها، مع دفع حقوقه قبيل الشركة بما فيها نسبة (٥%) من الأرباح مقابل إشرافه على أعمالها. وحيث ثبت للدائرة أن وضع الشركة المنهار سواء في مباشرتها لأعمالها أو علاقاتها بالآخرين، أو العاملين، يجعل من الصعوبة بمكان تكليف خبير يتولى تَقْصِي أسباب الخسارة، ووصول الخلافات بين الشريكين إلى مرحلة لا يمكن معها استمرار الشركة بينهما بما يحقق مصلحتها، أو العاملين بها، أو المتعاقدين معها من الغير، بل إن العكس هو الصحيح، حيث استمرت الخسائر لتأكل رأس مال الشركة. وحيث إن ذلك من الأسباب الخطيرة التي تقررها الدائرة وترى فيها موجباً للحل والتصفية، ذلك أن المادة (٧/١٥) من نظام الشركات (القديم)، قد حوّلت القضاء حق حل الشركة وتصفيتها، إذا قدر وجود أسباب خطيرة تبرر ذلك؛ الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم بحل وتصفية الشركة وتعيين مُصَفِّ لها<sup>(١)</sup>.

وللقضاء الحق في الحكم بتصفية الشركة حالة التأكد من عدم وجود اتفاق بين الشركاء واستحالة العمل معاً، ومن التطبيقات القضائية لذلك حكم بالتصفية في العديد من الأمور، حيث جاء في حكم لها أنه لما كانت رغبة الشريكين متفقة على فض الشراكة بينهما وإنهاؤها، ويطالبان بتصفية الشركة وحلّها، أو شراء أحدهما نصيب الآخر، وبيان كيان المنشأة محل الشركة المتمثلة في مصنع أعمدة الإنارة. وحيث تبين من الوقائع السابقة عدم اتفاق الطرفين على الشراء أو البيع للحصص رغم موافقتها على المبدأ، كما اعترض الشريك..... على إلزامه بشراء حصة شريكه بما يبلغ الناتج عن المتوسط الحسابي لتقديره وتقدير شريكه؛ ولذا فإنه لا مناص من

(١) (الفتوى رقم ١/٢٦١ ق لعام ١٤١٨هـ - حكم التدقيق رقم ١/٢٦٦ ت/٣ لعام ١٤٢١هـ)، (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٠٨هـ/١٤٢٣هـ - المجلد الحادي عشر - انقضاء الشركة وإفلاسها - صفحة ١٢٨)؛ مشار إليه لدى فيصل بن عبدالله المشوَّح، خلاصة المبادئ التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٨-٢٩٩.

الحكم بحل الشركة وتصفيتها؛ لأنه أضحى من المستحيل استمرار الشراكة فيما بينهم، كما أنهما لم يتفقا على آلية محددة لطريقة شراء أحدهما نصيب الآخر، وحيث إن الحل والتصفية وإنهاء الشراكة هي أحد طلبات الطرفين الرئيسية في لوائح دعاوئهما، وعليه فقد رأت الدائرة الحكم بحل الشركة وتصفيتها<sup>(١)</sup>.

وفي حكم آخر طالبت المدعية بحل وتصفية الشركة لعدم إمكانية التفاهم مع المدعى عليها، ولكونها أشعرتها بعدم المضي في إجراءات تسجيل الشركة. ولما كان العقد المذكور قد نص على مدة للعقد، كما تضمن أسباب انقضاء الشركة، ولما كانت الأسباب التي يبني عليها المدعي طلبه حل وتصفية الشركة لا علاقة لها بوضع الشركة ذاته، حيث إنها إما تتعلق بخلاف الطرفين في شأن علاقات أخرى لا علاقة للشركة بها أو أمور تتعلق بالإدارة أو بتصرفات المدعى عليها حين دخولها في تعاقدات مع الغير، وكل ذلك لا يبرر إنهاء الشركة قبل مدتها أو وجود سبب لانقضائها. ولما كانت الدائرة لم تجد السبب المبرر للإجابة لطلب المدعية فإنه يتعين رفضه، ولا يغير من ذلك النظر ما ذكرته المدعية من إشعارها المدعى عليها بعدم رغبتها في الاستمرار في الشركة، ذلك أن هذا التصرف إنما جاء من طرف واحد، ولم يتم الموافقة عليه من قِبل المدعى عليه، ولما كان نظام الشركات قد حدد أسباب الانقضاء على سبيل الحصر، وقد أحال عقد الشركة إلى تلك الأسباب ولم يكن أي منها قد حدث؛ فإن على الطرفين الالتزام بعقدتهما دون التعلل بأن عقد الشركة من العقود الجائزة؛ إذ إنه وقد صدر نظام الشركات وحدد أسباب الانقضاء على سبيل الحصر، فتعين الالتزام به. كما لا يُعد ما ذكره وكيل المدعية من انعدام الثقة بين الطرفين سبباً خطيراً يبرر طلبه تصفية الشركة، ذلك أن إدارة الشركة والتصرف فيها

(١) (الفضية رقم ٣/٤٥ ق لعام ١٤٢٥هـ - حكم التدقيق رقم ٧٥٧ ت / ٧ لعام ١٤٢٨هـ)، (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨هـ - المجلد الأول - شركات - صفحة ١٩٢)؛ مشار إليه لدى: فيصل بن عبدالله المشوح، خلاصة المبادئ التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٩-٣٠٠.

من صلاحيات المدعية وهي تستطيع تجنب أي أضرار قد تصيب الشركة؛ ولهذه الأسباب حكمت الدائرة برفض الدعوى<sup>(١)</sup>.

• ثالثاً: تصفية الشركة فور انقضائها:

متى انقضت شركة المساهمة تعيّن تصفيتها، ولا تستطيع الشركة في هذه الحالة القيام بأي أعمال جديدة إلا إذا كانت تقتضيها عملية التصفية<sup>(٢)</sup>.

وتعتبر الشركة في حالة تصفية بقوة القانون بعد انقضائها، أيًا كان سبب انقضاء الشركة، حيث نص المشرع السعودي على أن تدخل الشركة بمجرد انقضائها دور التصفية<sup>(٣)</sup>، ونص أيضاً قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بأن تعتبر كل شركة بعد حلها في حالة تصفية<sup>(٤)</sup> وهو ما أقره أيضاً القانون التجاري الفرنسي<sup>(٥)</sup>.

ويعد طلب تصفية الشركة في حقيقته طلب حل الشركة<sup>(٦)</sup>، ولكن يُشترط في الطلب أن يُقدّم من ذوي الشأن ووجود أسباب خطيرة تبرر ذلك. وذو الشأن هنا هم الشركاء، ومن ثمّ تطبيقاً لذلك فإن الدعوى المقامة من مكتب العمل السعودي لطلب تصفية الشركة تكون غير مقبولة لرفعها من غير ذي صفة<sup>(٧)</sup>.

(١) القضية رقم ٢/٢٩٠٦/ق لعام ١٤٢٤هـ - حكم التدقيق رقم ٦٢٢/ت/٧ لعام ١٤٢٨هـ، (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨هـ - المجلد الأول - شركات - صفحة ١٨٣)؛ مشار إليه لدى: فيصل بن عبدالله المشوَّح، خلاصة المبادئ التجارية، مرجع سابق، ص ٣٠٠-٣٠١.

(٢) محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٦٩٨.

(٣) راجع نص المادة ٢٠٣، فقرة ١ من نظام الشركات السعودي الجديد.

(٤) حيث نص على أن: "تعتبر في حالة تصفية كل شركة بعد حلها أو انتهاء مدتها أو انقضائها لأي سبب غير الانتماع أو التقسيم"، وذلك في المادة رقم ١٣٧ من قانون رقم - 159 لسنة 1981 بشأن إصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات الشخص الواحد، المعدل بمقتضى القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٨.

(٥) Article L237-2: La société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution pour quelque cause que ce soit.

(٦) حيث يرى: د مصطفى كمال طه، أن: "طلب الحكم بتصفية الشركة يتطلب بالضرورة وبطريق اللزوم العقلي طلب الحكم بحل الشركة" ويستدل بذلك على حكم نقض منني، ٥ مارس ١٩٧٩، المجموعة س ٣٠ ص ٧١٣، انظر في ذلك: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، هامش رقم ١، ص ٣٠٠.

(٧) قرار هيئة التدقيق ٣٥-٢١ لعام ١٤١٠هـ، مشار إليه لدى: نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، القانون التجاري، الطبعة السابعة ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م، ص ١٦٨.

## المطلب الثاني

### الشخصية الاعتبارية للشركة في مرحلة التصفية والنتائج المترتبة على استمرارها

#### • أولاً- الشخصية الاعتبارية للشركة في مرحلة التصفية:

في الأصل الشخصية المعنوية للشركة تنتهي بمجرد توافر سبب من أسباب انقضاءها<sup>(١)</sup>، ولكن واقع الشركة وظروفها أثناء فترة التصفية استلزم الخروج عن ذلك واستمرار الشخصية المعنوية للشركة وبقاءها خارج إرادة الشركاء، إذ تبقى الشركة محتفظة بهذه الشخصية طالما أن هناك علاقات وروابط تستدعي ذلك طيلة فترة التصفية وبقدر الحاجة لإنهاؤها<sup>(٢)</sup>، وتكون شخصية الشركة المعنوية مستقلة عن شخصية الشركاء المكونين لها مع استمرار هذه الشخصية للشركة طيلة مدة قيامها بنشاطها، حيث تنتهي بانتهاء الشركة وتصفيتها<sup>(٣)</sup>.

وتكون الشركة خلال مدة وجودها كائناً مستقلاً عن الشركاء الذين أسسوها، ويكون لها وعليها ديون تختلف عن الديون التي للشركاء أو عليها، وعليه وبما أن الشركة خلال فترة وجودها تتمتع بكيان خاص ووضع خاص، فقد تم الاعتراف ببقاء وجود الكيان القانوني للشركة حتى بعد حلها والسماح بالاستمرار بالتصفية وبقدر الحاجة لإتمامها.

ولقد استقرت التشريعات<sup>(٤)</sup> وآراء الفقهاء<sup>(٥)</sup> وبعض أحكام القضاء<sup>(١)</sup> على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية أثناء التصفية، والإبقاء على تمتعها بهذه الشخصية،

(١) على غرار الشخص الطبيعي، فالشخص المعنوي يولد ويحيا ثم يموت. لكن لا يمكن الحديث عن وفاة الشخص المعنوي عند انحلال الشركة لأي سبب، وذلك بالنظر إلى أن الانحلال هو مجرد قرار بالوفاة تتولى نصوص التصفية تنفيذه المادي؛ انظر في ذلك:

DURAND (P). L' e'volution de la condition juridique des personnes morales de droit Prive', Etudes a' Ripert (G), paris, L.G.D.J, 1950, p: 140.

(٢) نقض منني مصري ١٩٧٩/٣/٣١، طعن ٤١ س ٤٥ ق، مشار إليه لدى المستشار أنور طلحة، العقود الصغيرة، الشركة والمقولة، ٢٠٠٤، ص ١٩٩. جاء فيه: "شخصية الشركة تبقى بعد حلها ودخولها دور التصفية لحين انتهاء الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية، ومن بينها بيع أموال الشركة منقولاً كانت أو عقاراً...."

(٣) مروان الإبراهيم، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٤) ومنها التشريع السعودي والمصري والفرنسي محل دراستنا، كما سنرى لاحقاً.

(٥) حيث يرى الأستاذ الدكتور: مصطفى كمال طه: أن الحكمة من احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية في فترة التصفية يرجع إلى أنه لو زالت الشخصية المعنوية بمجرد انقضاء الشركة كما كان يقضي المنطق البحث لأصبحت أموال الشركة ملكاً شائعاً بين الشركاء، ولأمكن لدائني الشركاء الشخصيين مزاحمة دائني الشركة في التنفيذ على أموالها، ولتعدر إنجاز الأعمال الجارية واستيفاء حقوق الشركاء ووفاء ما عليها من ديون، ولاضطر كل شريك إلى مطالبة كل مندين بنصيبه في الدين، ولاضطر كل دائن لمطالبة كل شريك بنصيبه في الدين، ولتجنب كل من هذه المضار التي تلحق الشركاء ودائني

لنتمكن من ممارسة أعمالها، من خلال ممثلها القانوني (المُصَفِّي) وتبقى محتفظة بشخصيتها القانونية بالقدر اللازم لأعمال التصفية<sup>(٢)</sup>، فقد نص المُنظَّم السعودي في نظامي الشركات القديم والجديد، على أن تحتفظ الشركة بالشخصية الاعتبارية بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي التصفية<sup>(٣)</sup>.

وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في القانون التجاري، حيث أوجب أن تبقى الشخصية القانونية للشركة من أجل أغراض واحتياجات التصفية، حتى انتهائها<sup>(٤)</sup>.

واحتفاظ الشركة بشخصيتها الاعتبارية أثناء مرحلة التصفية أمر ضروري لعدة أسباب:

١. تمكين الشركة من استيفاء ديونها لدى الغير.
٢. عدم مزاحمة دائني الشركاء الشخصيين لدائني الشركة في التنفيذ على أموال الشركة، حيث إن عمليات التصفية تقتضي إجراء بعض التصرفات القانونية، مثل المطالبة بحقوق الشركة تجاه الغير، أو مطالبتها بالديون التي عليها<sup>(٥)</sup>.

الشركة على السواء جرى القضاء وافقني أثره التشريع على الاحتفاظ للشركة بشخصيتها المعنوية إلى أن تصفّي أموالها؛ راجع في ذلك: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٠١.

(١) انظر: حكم نقض مدني، الطعن رقم ٣٦٦، لسنة ٢١ ق، تاريخ الجلسة ١٩٥٤/٢/٤، مكتب في ٥، رقم الجزء ٢، ص ٤٩٢ حيث نص على أنه وإن كان عقد الشركة ينقضي بمجرد حلها، وتنتهي بذلك سلطة المديرين له، إلا أن شخصية الشركة المعنوية تظل قائمة حتى تمام التصفية في حدود أغراض التصفية؛ حكم نقض مدني، الطعن رقم ٤٧٣، لسنة ٣٠ ق، تاريخ الجلسة ١٩٦٥/٦/١٠، مكتب في ١٦، رقم الجزء ٢، ص ٧٥٢ حيث نص على أنه عند حل الشركة تبقى شخصيتها بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية، ومضى تمت التصفية وتحدد الصافي من أموال الشركة انتهت مهمة المصفّي وزالت الشخصية المعنوية للشركة نهائياً، ويلتزم المصفّي بأن يضع بين أيدي الشركاء الأموال الباقية التي تصبح ملكاً مشاعاً للشركاء تجري قسمته بينهم؛ حكم نقض مدني، الطعن رقم ٦٥٥، لسنة ٤٠ ق، تاريخ الجلسة ١٩٧٦/١/٢٦، مكتب في ٢٧، رقم الجزء ١، ص ٣٠١ حيث نص على بقاء شخصية الشركة عند حلها بالقدر اللازم للتصفية وإلى حين انتهائها؛ حكم نقض مدني، الطعن رقم ٤١، لسنة ٤٥ ق، تاريخ الجلسة ١٩٧٩/٣/٣١، مكتب في ٣٠، رقم الجزء ١، ص ٩٩٧ حيث نص على أن شخصية الشركة تبقى بعد حلها و دخولها في دور التصفية لحين انتهاء الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية؛ حكم نقض مدني، الطعن رقم ١٧١٠، لسنة ٤٩ ق، تاريخ الجلسة ١٩٨١/١/٢٦، مكتب في ٣٢، رقم الجزء ١، ص ٣٣٧ حيث نص على أن تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية. حكم نقض مدني، الطعن رقم ٨٦٣٥، لسنة ٧٥ ق، تاريخ الجلسة ٢٠٠٦/٩/١١، حكم غير منشور، نص على أنه من المقرر أن مقتضى صدور حكم بحل شركة وتصفيتها وتعيين مُصَفِّ لأموالها وفقاً لنص المادتين ٥٣٣، ٥٣٥ من القانون المدني، فإن الشركة تنقضي شخصيتها القانونية ولا تبقى إلا بالقدر اللازم للتصفية فقط.

(٢) أحمد محمود المساعدة، أثر التصفية على الشخصية المعنوية للشركة المساهمة العامة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، المغرب، ٢٠١٣، ص ٨٩.

(٣) المادة (٢٠٢) من نظام الشركات السعودي الجديد، والمادة (٢١٦) من نظام الشركات السعودي القديم.

(٤) Article L237-2 La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci.

(٥) محمد محمد أحمد سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

٣. استحالة التصرف في أموال الشركة، أو إنهاء الأعمال الجارية إلا بموافقة جميع الشركاء.

وحيث إن الشركة على خلاف الشخص الطبيعي، لا يترتب على انقضائها تملك الشركاء أموالها على الشيوع، إذ إن الشركة لا تختفي كلية بمجرد حلها، بل تبقى كشخص معنوي طوال المدة اللازمة لأعمال التصفية؛ ولذلك تستمر شخصيتها المعنوية حتى الانتهاء تمامًا من أعمال التصفية<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن عملية التصفية تتم وفقًا للأحكام المنصوص عليها في نظام الشركات، ما لم ينص عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي، أو يتفق الشركاء على كيفية تصفية الشركة عند انقضائها<sup>(٢)</sup>.

ويضاف إلى اسم الشركة أثناء مرحلة التصفية عبارة: "تحت التصفية"، مما يترتب عليه أن الشركة لا تستطيع أن تقوم بأعمال جديدة إلا إذا كانت تقتضيها عملية التصفية<sup>(٣)</sup>.

#### • ثانيًا- النتائج المترتبة على استمرار الشخصية المعنوية للشركة أثناء مرحلة التصفية:

يترتب على استمرار الشخصية المعنوية للشركة خلال مرحلة التصفية عدد من الآثار، نستعرضها من خلال: اسم الشركة، وموطنها، وجنسية الشركة، والذمة المالية للشركة، وأهلية الشركة، وأخيرًا تمثيل الشركة<sup>(٤)</sup>.

#### ١. اسم الشركة:

يجب أن يكون للشركة اسم خاص بها (اسم تجاري) أو عنوان تجاري يميزها عن غيرها من الشركات، والعنوان التجاري يختلف من شركة لأخرى<sup>(٥)</sup>، مثلما يكون

(١) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٤٤، ٢٤٥.

(٢) زهير بن سليمان الحريش، الوجيز في شرح نظام الشركات السعودي الصادر عام ١٤٣٧هـ-٢٠١٥م، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٧هـ، ١٦، ٢٠م، ص ١٣١.

(٣) محمد فريد العريضي، محمد السيد الفقي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٦٩٨.

(٤) محمد محمد أحمد سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص ٢٥٨، ٢٥٩.

(٥) انظر كلا من: المادة ١٥، ٢٣ من نظام الشركات السعودي الجديد؛ المادة ٢٢ من نظام الشركات السعودي القديم؛ المادة ٧ من قانون رقم 55 لسنة 1951 بشأن الأسماء التجارية، بتاريخ 1951-3-29، المادة ٢ من قانون الشركات المصري، النص النهائي للمادة في ٢٠١٨/١/١٦.

لكل شخص طبيعي اسم يطلق عليه، حتى يميزه عن باقي الأفراد، وعادة ما يتألف اسم هذا الشخص من اسمه الشخصي، ولقب أسرته<sup>(١)</sup>، إذ إن شأن هذه الشركة شأن الشخص الطبيعي، ويختلف هذا الاسم بحسب طبيعة الشركة وشكلها، فاسم شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم يجب أن يحتوي على أسماء الشركاء المتضامنين؛ لأن مسؤولية هؤلاء الشركاء مسؤولية تضامنية وغير محدودة.

أما بالنسبة للشركات المساهمة فليس للشركة سوى اسم تجاري مستمد من الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة، ولكن متى قُدِّرَ للشركة أن تتقضي لأي سبب من الأسباب، فإنها تبقى محتفظة باسمها طوال فترة التصفية، ولها الحق في استخدام اسمها خلال تلك الفترة مع إضافة عبارة (تحت التصفية)، ومراعاة ظهور عبارة تحت التصفية في جميع أوراق ومستندات الشركة التي توجهها إلى الغير سواء كانت خطابات أو فواتير أو نشرات متنوعة. ففي ذلك نص قانون الشركات السعودي فيما يتعلق بالشركات المساهمة في المادة (٣/١٥) منه على أنه: "يضاف إلى اسم الشركة خلال مدة التصفية عبارة (تحت التصفية). يقابلها المادة (١٣٨) من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، حيث نص على أن: "تحتفظ الشركة خلال مدة التصفية بالشخصية الاعتبارية بالقدر اللازم لأعمال التصفية، ويضاف إلى اسم الشركة خلال مدة التصفية عبارة (تحت التصفية) وتبقى هيئات الشركة قائمة خلال مدة التصفية، وتقتصر سلطاتها على الأعمال التي لا تدخل في اختصاص المصنفين". وهذا ما أقره القانون الفرنسي أيضاً<sup>(٢)</sup>.

إن ما قصده المشرع هنا عند إضافة عبارة تحت التصفية، جاء حماية للغير الذي يتعامل مع الشركة، وهو حق من حقوقها أثناء التصفية. وأن حماية هذه العناصر يتحقق بدعوى المنافسة غير المشروعة، مثل الحالة التي يستخدمها المشرفون على الشركة تحت التصفية، أما فيما يتعلق بالدعاوى التي تُرفع على

(١) أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص ٩٧.  
(٢) حيث نصت المادة 2-237L على أن: "..... ويكون اسم الشركة متبوعاً بالإشارة "شركة محل التصفية société en liquidation".

الشركة أو ترفعها الشركة، فهي تكون من خلال مصفي الشركة؛ كونه الممثل القانوني لها خلال فترة التصفية وأن هذه الدعاوى تكون باسم الشركة<sup>(١)</sup>.

٢. موطن الشركة:

المقصود بموطن الشركة هو مركز إدارة الشركة الرئيسي، واتخاذ الشركة موطناً لها من الأمور الضرورية، لأنه المكان الذي يحدد جنسية الشركة، وأن اكتساب الشركة لموطنها يخلق ثمرة جوهرية لها، إذ اعتبرت شخصاً قانونياً مستقلاً، وتبقى الشركة محتفظة بشخصيتها المعنوية خلال مرحلة التصفية، وتبرز أهمية احتفاظ الشركة بموطنها أثناء التصفية في تحديد المحكمة المختصة للنظر في الدعاوى التي ترفعها الشركة أو تُرفع عليها أثناء فترة التصفية، إضافة إلى تبليغ الأوراق القضائية المتعلقة بالشركة، أو تلك الدعاوى المتعلقة بإشهار إفلاسها خلال مرحلة التصفية<sup>(٢)</sup>.

ولموطن الشركة أهمية بالغة خصوصاً للشركة تحت التصفية في تحديد جنسية الشركة، ومعرفة القانون واجب التطبيق عليها، حيث نصت المادة رقم ٤٣ من نظام المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم السعودي على أنه: "قيماً يتعلق بالشركات التجارية والمؤسسات الخاصة تُرسَل الإخطارات إلى أحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو للمدير أو لمن يقوم مقامهم أو لصاحب المؤسسة الخاصة أو لمن يقوم مقامه"<sup>(٣)</sup>.

ونصت المادة (٥٢) من قانون المرافعات المصري على أن: "الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التي في دور التصفية أو المؤسسات

(١) أنظر تمييز حقوق رقم ٩٥/١٠٤٣/٢٣٥ صفحة ٢٣٥ سنة ١٩٩٧ جاء فيه: "تفويض محافظ البنك المركزي بصفته مصفياً لبنك البراء أحد الأشخاص صلاحياته المتعلقة بتعيين المحامين للمراقبة والمدافعة باسم المدعية (شركة بنك البراء تحت التصفية) فتكون الوكالة الموقعة من المفوض للمحامي لإقامة هذه الدعوى باسم شركة بنك البراء تحت التصفية صحيحة وموافقة للقانون، وليس في القانون ما يوجب أن تُقام الدعوى باسم المصفي؛ لأن الخصم الحقيقي هو الشركة تحت التصفية، وبالتالي تكون الدعوى مقدمة ممن يملك حق تقديمها. تاريخ صدور القرار ١٩٩٥/٨/١٤، مشار إليه لدى: أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص ٩٩؛ وكذلك انظر تفصيلاً: عبد على شخانة، مرجع سابق، ص ٢٢١. جاء فيه أن القانون الفرنسي رتب مسؤولية جزائية على مصفي الشركة الذي لا ينكر عبارة أن الشركة تحت التصفية في أوراقها ومراسلاتها. نقض فرنسي تجاري ١٦ مارس ١٩٧٦.

(٢) أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص ٩٩.  
(٣) المادة ٤٣ من نظام - رقم - ١٩٠ لسنة ١٤٠٩ بشأن المرافعة على قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم - بتاريخ ١٤١٠-٢-٢٩.

الخاصة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها سواء أكانت الدعوى على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، أم من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشركاء أو الأعضاء، أم من شريك أو عضو على آخر، ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع<sup>(1)</sup>.

### ٣. جنسية الشركة:

باستثناء شركات المحاصة، للشركة جنسية خاصة بها لا تختلط بجنسية الأشخاص المكونين لها<sup>(2)</sup>، وبما أن الجنسية هي رابطة قانونية تربط فرداً معيناً بدولة، وأن الشركة تُعد شخصاً معنوياً اعتبارياً، فإنها تتمتع بجميع الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الشخص الطبيعي إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية<sup>(3)</sup>. واحتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية بالقدر اللازم لأعمال التصفية، ما هو إلا نتيجة لاحتفاظها بشخصيتها المعنوية أثناء التصفية، حيث تكمن أهمية ذلك في تحديد القانون الواجب التطبيق في كل ما يتعلق بأهلية الشركة وإجراءات تأسيسها وتصفياتها، وكل ما ينتج من خلافات أو مشكلات بين الشركة والشركاء، أو بينها وبين دائتيها أثناء التصفية<sup>(4)</sup>.

### ٤. الذمة المالية للشركة:

عرف البعض<sup>(5)</sup> الذمة المالية للشركة بأنها: "مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية، ويرتبط وجود الذمة المالية بوجود شخص تثبت له". ويعتبر

(1) انظر المادة ٥٢ من قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية، العدد رقم ١٩، بتاريخ ١٩٦٨/٩/٥، يعمل به من تاريخ ١٩٦٨/١١/٩؛ وتطبيقاً لذلك انظر: حكم نقض منني، الطعن رقم ٢٣٩٣ لسنة ٦٣ ق، تاريخ ١٩٩٩/٤/١٥؛ نقض منني، الطعن رقم ٢٨٠٥ لسنة ٧٠ ق، تاريخ ٢٠٠١/٦/٥.

(2) هاني صلاح سري الدين، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠٠٢، ص ٨٢.

(3) أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص ١٠١.

(4) أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص ١٠٢؛ مروان بدري الإبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(5) محمود سمير الشراوي، القانون التجاري، الجزء الأول، النظرية العامة للمشروع، المشروع الخاص. المشروع العام، الأموال التجارية للمشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٨٢؛ جاء فيه أيضاً: ولما كان الاعتراف للشركة بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية الشركاء المكونين لها، فإن ذلك يؤدي إلى وجوب الاعتراف بذمة مالية للشركاء، مستقلة عن ذم الشركاء فيها، والذمة المالية للشركة هي مجموع ما للشركة وما عليها من حقوق والتزامات مالية.

استقلال الشركة بذمتها المالية عن الذمم المالية للشركاء من أهم النتائج المترتبة على استمرار الشخصية المعنوية للشركة خلال مرحلة التصفية، وتكون أموالها مستقلة تماماً عن الأموال الشخصية للشركاء. وتعتبر الذمة المالية المحتوى الذي تصب فيه الحقوق والالتزامات التي تنشأ بمناسبة ما يتم من معاملات، عندما تكون الشركة أصبحت أهلاً لمباشرة النشاط بوصفها وحدة قانونية مستقلة عن أشخاص الشركاء، وعليه لا يوجد ما يمنع من تمتعها بذمة مالية مستقلة كما هو حال الشخص الطبيعي<sup>(1)</sup>.

وتبقى الشركة هي المالكة لأموالها خلال مرحلة التصفية، ولا تعتبر أموالها شائعاً بين الشركاء، ويفقد الشركاء كل حق عيني، ولا يبقى لهم إلا حق دائنيته في مواجهة الشركة<sup>(2)</sup>، فليس للشركاء الحق في توقيع الحجز على أي مال من أموال الشركة حتى انتهاء التصفية<sup>(3)</sup>.

أما علاقة الشركة مع الغير، فإن ذمة الشركة المالية تمنع وقوع المقاصة بين ما لها من حقوق أو ديون قبيل الغير وبين ما لهذا الغير من ديون على الشركاء، وباحتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية طوال فترة التصفية، تكون مسؤولة عن سداد الديون المترتبة للغير في ذمتها، كالشركة المساهمة العامة أو الخاصة أو الشركة ذات

(1) محمود مختار أحمد بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، شروط اكتسابها وحدود الاحتجاج بها، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠٠٢، ص ١٠٣.

ويرى جانب من الفقه أن تخصيص ذمة مالية من أجل غرض معين يكفي لتكوين الشخص الاعتباري، وقد نادى بهذا الاتجاه الفقه الألماني على وجه الخصوص؛ لأن الفكرة القانونية للشخصية هي عبارة عن مفهوم وصياغة فنية يعرضها القانون وتبدو ضرورية لإبراز الوحدة والاستمرار ضمن إطار يحافظ على العلاقات القانونية ويحقق المصلحة القانونية التي تنشأ مستندة إلى شخص قانوني؛ انظر في ذلك:

Michou La the'orie de la personalite' morale et son application droit francais 2e e'd . Irctobas 1932. P 116.

(2) نقض جناني مصري ١٩٥٦/٦/٤ ص ٧ ص ٨١١؛ ونقض منني مصري ١٩٥٢/١٠/٣٠ ص ٤ ص ٦٢ مشار إليهما لدى أنور طلبه، العقود الصغيرة الشركة والمقاوله، مرجع سابق، ص ٢٠٠؛ حيث جاء فيه "تعتبر الشركة مالكة للحصص والأموال والمنقولات وليس لأي من الشركاء أثناء قيامها أو حال تصفيتها إلا الحق في الاستيلاء على الربح، ومن المقر مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائني الشركة ومدنيها أن انتهاء عقد الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محتفظة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية حتى تنقضي التصفية، وبذا تكون كل موجوداتها في غضون هذه الفترة مملوكة للشركة لا ملكاً شائعاً بين الشركاء، فلا يصح لأحدهم أن يتصرف في شيء منها مما لا سبيل معه إلى القول بوجود نوع القسمة يجعل تصرف شريك في المال مرتبطاً بنتائجها"؛ وكذلك: سعودي سرحان، القانون التجاري، الجزء الثاني، الشركات التجارية، بدون دار نشر، ٢٠٠٥، ص ١٢٦؛ وكذلك: نقض منني مصري ١٩٧٥/١٢/٨، طعن ١٣٧ س، ٤١ ق.

(3) محمود محمد شمسان، تصفية شركات الأشخاص التجارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، ١٩٩٤، ص ٣٣٨؛ وكذلك: أكرم يامليكي، القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٦، ص ٤٠؛ حيث جاء فيه: "إن أموال الشركة تعتبر ملكاً لها، وليست ملكاً شائعاً بين الشركاء المكونين لها".

المسؤولية المحدودة، ويمتنع على دائني الشركة الرجوع على أي من الشركاء مباشرة، وإنما بإمكانهم الرجوع على الشركة نفسها لاستيفاء ديونهم، إذ تكون لهم الأولوية في استيفاء حقوقهم وديونهم من موجودات الشركة بالأفضلية على الدائنين الشخصيين للشركاء<sup>(1)</sup>.

أما إذا أفلسَت الشركة فإن ذلك لا يستتبع بالأصل إفلاس الشركاء، وإن إفلاس أي شريك أو حتى جميع الشركاء لا يترتب عليه إفلاس الشركة. أما في شركات التضامن فإن إفلاس الشركة يؤدي إلى إفلاس جميع الشركاء المتضامنين بسبب مسؤوليتهم التضامنية عن سداد ديون الشركة، وفي هذه الحالة يكون لكل من الشركة والشريك تغطية مستقلة عن الأخرى، يتراحم فيها دائنو الشركة مع الدائنين الشخصيين للشريك.

وتجدر الإشارة إلى أن الشركة التي يُشهر إفلاسها وهي في مرحلة التصفية لا يجوز إبرام صلح معها، وذلك لأن الصلح يهدف إلى استمرار نشاط الشركة، بينما الشركة الموجودة تحت التصفية لا تعود إلى نشاطها السابق، ويكون احتفاظها بشخصيتها المعنوية خلال مرحلة التصفية مقتصرًا على حاجات التصفية وليس بغرض إحياء الشركة من جديد وعودتها إلى نشاطها السابق<sup>(2)</sup>.

ويترتب على احتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية اكتسابها صفة التاجر، واحتفاظها بهذه الصفة طالما أن الشركة أبقَت على مزاولة الأعمال التجارية وعلى وجه الاحتراف. وعند دخولها مرحلة التصفية لأي سبب من أسباب انحلال الشركات، لا تفقد شخصيتها فورًا، بل تبقى ملازمة للشركة طوال فترة التصفية بالقدر اللازم لأعمال التصفية، حتى الانتهاء من تسوية الشركة لكافة حقوقها والتزاماته<sup>(3)</sup>.

(1) راجع نص المادة ١/٥٦٣ من القانون المدني المصري.  
(2) مروان الإبراهيم، تصفية شركات المساهمة، مرجع سابق، ص ٢٤٨.  
(3) أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص ١٠٦.

## ٥. أهلية الشركة:

إن أهم ما يميز أهلية الشركة كشخص قانوني عن أهلية الشخص الطبيعي، بأنها أهلية توجد في لحظة الميلاد، وتستمر دون أن تكون مهددة بعارض قد ينال منها<sup>(١)</sup>، لذلك فإن الشركة تحت التصفية لا تفقد شخصيتها المعنوية وتبقى محتفظة بهذه الشخصية طيلة فترة التصفية، وبالقدر اللازم لأعمال التصفية، وفي حدود الغرض الذي أنشئت من أجله<sup>(٢)</sup>، وتبقى على التواصل للقيام بكافة التصرفات القانونية اللازمة لتسيير أمورها خلال مرحلة التصفية، وكذلك الدفاع عن نفسها والمطالبة بحقوقها، لاسيما في المجال القضائي، سواء كانت مدعية أم مدعى عليها.

لذلك وبما أن الشركة أثناء التصفية تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية وأهليتها القانونية بالقدر اللازم لأعمال التصفية، فهل يجوز للشركة الإقدام على إبرام التصرفات القانونية، كالبيع مثلاً أو الإيجار؟

لقد ذهب البعض<sup>(٣)</sup> إلى أن قدرة الشخص القانوني على الدفاع عن حقوقه، وإمكانية جبره على تنفيذ التزاماته، هي أحد لوازم الاعتراف لهذا الشخص بالقدرة على اكتساب هذه الحقوق والتحمل لهذه الالتزامات، ولذا فإن الشركة بوصفها شخصاً قانونياً تتمتع بأهلية التقاضي، مدعية أو مدعى عليها، فهي وحدها صاحبة الصفة في اقتضاء حقوقها والدفاع عن مصالحها، وهي وحدها صاحبة الصفة في الرجوع عليها واقتضاء الحقوق منها، هذا أثناء حياة الشركة وهي في قمة النشوة والنشاط، ولكن عند دخول الشركة مرحلة التصفية، فلا يمكن لها أن تقوم بأي تصرف قانوني إلا من خلال ممثلها القانوني (المصفي) وأن تكون كافة هذه التصرفات أو الأعمال في حدود التصفية؛ لأن الشركة أصلاً يتوقف نشاطها بعد دخولها مرحلة التصفية، إلا ما كان ضرورياً لإتمام التصفية<sup>(٤)</sup>.

(١) محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٢) المادة (٥٣) الفقرة ١ و ٢ من القانون المدني المصري.

(٣) محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ٥٥؛ محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٤) عيد علي شخانة، مرجع سابق، ص ٢٢٤؛ جاء فيه: "إن الأعمال التي تقوم بها الشركة تحت التصفية يجب أن تكون قاصرة على دواعي التصفية، حيث إن الشركة لم يعد لها أهلية التصرف غير المحدودة، فهي لا تستطيع القيام بعمليات جديدة لا تستدعيها التصفية كالتحول من نوع إلى آخر من أنواع الشركات".

ومتى كانت الشركة تحت التصفية تتمتع بالأهلية القانونية للقيام بجميع التصرفات التي تتفق مع وضعها القانوني، فإنها تكون مسؤولة أمام الغير عن كافة الأعمال والتصرفات المنسوبة إليها خلال فترة التصفية<sup>(١)</sup>.

## ٦. تمثيل الشركة:

لا يمكن للشركة كشخص معنوي أن تتعامل بذاتها، إلا من خلال شخص طبيعي واحد أو أكثر يقوم بتمثيلها في تعاقداته مع الغير وفي تمثيلها أمام القضاء، وبناء على ذلك نص المُنظَّم السعودي في المادة الثانية والثمانين من نظام الشركات على أن يمثل رئيس مجلس الإدارة الشركة أمام القضاء وهيئات التحكم والغير. ولرئيس المجلس أن يفوض بعض صلاحياته إلى غيره من أعضاء المجلس أو من الغير في مباشرة عمل أو أعمال محددة. ويحل نائب رئيس مجلس الإدارة محل الرئيس عند غيابه.

وقد نصت أيضًا المادة (٨٥) من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أن: "يمثل الشركة أمام القضاء رئيس المجلس أو الرئيس التنفيذي بحسب النظام الأساسي للشركة"<sup>(٢)</sup>. وبذلك يكون حق التقاضي المقرر للشركة ذا وجهين، هما: مثول الشركة أمام القضاء بصفتها مدعى عليها، وقيام الشركة برفع الدعوى أمام القضاء بصفتها مدعية. وفي جميع الحالات يكون مدير الشركة هو الممثل القانوني لها سواء كانت مدعية أم مدعى عليها<sup>(٣)</sup>.

ولكن إذا دخلت الشركة مرحلة التصفية، فإن حل الشركة لأي سبب كان، يؤدي قانونًا إلى انتهاء سلطة المديرين بمجرد حل الشركة وتعيين مُصَفِّ لها. وكان

(١) حمود محمد شمسان، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(٢) النص النهائي للمادة بتاريخ ٢٠١٨/١/١٦؛ وتطبيقًا لذلك: حكم نقض، مدني، الطعن رقم ١٣٧١ لسنة ٧١ ق، بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١٠، حكم صادر من المحاكم الاقتصادية، الطعن رقم ٢٧٣، لسنة ٢٠١٤ ق، بتاريخ ٢٠١٥/٢/٢٨.

(٣) أحمد محمود المساعده، مرجع سابق، ص ١٠٨؛ ويضيف: "يجوز أيضًا للممثل القانوني أن يوكل عنه محاميًا لتمثله أمام القضاء، ويُعد في هذه الحالة وكيلًا عن النائب القانوني للشركة، وتُطبَّق على الوكالة بالتقاضي القواعد العامة للوكالة مع مراعاة القواعد الإجرائية، فلا يجوز للوكيل أن يوكل غيره ما لم يكن مأذونًا له بذلك، ولا يحتج على الموكل بالأعمال التي تتم باسمه دون توكيل، أو كانت متجاوزة لحدود الوكالة ما لم يوكل الوكيل بذلك توكيلًا خاصًا". مشيرًا في ذلك إلى: وحي فاروق لقمان، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢١٧ وما بعدها.

المُشرِّع السعودي والمصري قد أخذاً بمعيار واحد عندما اعتَبَرا المديرين في حكم المصفي حتى الانتهاء من تعيين مُصَفٍّ للشركة<sup>(١)</sup>.

**ويمكن أن نجمل كل ما سبق في الآتي:**

١. تظل للشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، وتُعد أموالها ضماناً لدائتي الشركة وحدهم، كما أنه لا ضمان لدائتي الشركاء على هذه الأموال. وتبقى لدائتي الشركة الأفضلية على الدائنين الشخصيين للشركاء، سواء الممتازين أو العاديين، حتى ولو كانت تصفية الشركة بصفة ودية<sup>(٢)</sup>، ومن ثم لا يجوز الحجز على أموال الشركة في فترة التصفية استيفاءً لدين مستحق على أحد الشركاء<sup>(٣)</sup>.

٢. تحتفظ الشركة باسمها وعنوانها طوال مدة التصفية، ويجب أن يتبع اسمها في جميع معاملاتها التي تباشرها، عبارة: ((شركة قيد التصفية))، أو ((شركة تحت التصفية)). وتكون هذه العبارة بجوار اسم الشركة، وإلا تعرَّض المصفي للمسؤولية عما قد يترتب على ذلك من أضرار بالغة<sup>(٤)</sup>.

٣. تحتفظ الشركة بموطنها، وهو مركزها الرئيسي، وترفع الدعوى على الشركة في هذا الموطن، إلا إذا تم نقل المركز الرئيسي إلى مقر آخر لضرورات التصفية، بينما قضت المادة (٣٩١) من نظام الشركات الفرنسي، على البقاء بذات مقر الشركة، حيث إنها تُعلن وتُخاطب في هذا المقر، وإلا كان باطلاً كل إعلان يتم في غير هذا الموطن، ولا يُحتج به في مواجهة المصفي، بالإضافة إلى الاحتفاظ بجنسيتها التي كانت لها أثناء حياتها<sup>(٥)</sup>.

(١) كما سنرى لاحقاً.

(٢) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٣) نقض ٢٨ مارس ١٩٧٧، س ٢٨، ص ٨٠٨، مشار إليه لدى: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٠١.

(٤) سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

(٥) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

٤. يمثل الشركة المُصَفِّي بدلاً من المديرين الذين تنتهي سلطتهم عند حل الشركة، فيوفِّي الدائنين، ويستوفي حقوق الشركة، كما أنه يمثل الشركة أمام القضاء عند ممارستها لحق النقاضي.
٥. إن للشركة في فترة التصفية حق النقاضي كمدعية أو مدعى عليه.
٦. إذا توقفت الشركة في فترة التصفية عن دفع ديونها التجارية، جاز شهر إفلاسها.
٧. لا يجوز للشريك قبل إجراء تصفية الشركة أن يسترد حصته في رأس مالها؛ لأن هذه التصفية هي التي تحدد صافي مال الشركة الذي يجوز قسمته بين الشركاء، وتكون دعوى الشريك باسترداد حصته في رأس مال الشركة قبل حصول التصفية غير مقبولة لرفعها قبل الأوان<sup>(١)</sup>.
٨. إن العقود المتعلقة بإدارة الشركة واللازمة لاستمرار عملية التصفية، ومنها عقود الإيجار الصادرة للشركة تظل قائمة لحين الانتهاء من التصفية<sup>(٢)</sup>.
٩. يجوز الحكم بوضع أموال الشركة في دور التصفية تحت الحراسة للخلف بين الشركاء، وتعيين حارس على أموال الشركة لا يتعارض مع وجود مُصَفِّ لها<sup>(٣)</sup>.  
على أن الشخصية المعنوية المحتفظ بها للشركة في فترة التصفية يجب أن تتماشى مع المحكمة التي أُوحت بها وبقدر الضرورة التي دعت إليها. ومن ثم فإنها لا تبقى للشركة إلا بالقدر اللازم للتصفية وفي حدود حاجات التصفية. أما فيما عداها فإنها تزول<sup>(٤)</sup>. ويترتب على ذلك النتائج الآتية:
١. لا يجوز البدء بأعمال جديدة لحساب الشركة ما لم تكن هذه الأعمال نتيجة لازمة لإنهاء أعمال قديمة<sup>(٥)</sup>.
٢. يُمنَع على الشركاء تقرير وقف التصفية واستئناف الشركة لأعمالها<sup>(١)</sup>.

(١) نقض ٤ فبراير ١٩٨٨، س ٣٩، ص ٢٠٢، مشار إليه لدى: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٢) نقض ٣١ مارس ١٩٧٩، س ٣٠، ص ٩٩٧، مشار إليه لدى: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٣) نقض ٢٠ أكتوبر ١٩٥٢، س ٤٤، ص ٦٢، مشار إليه لدى: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٤) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٥) المادة ٥٣٥ من القانون المدني المصري.

٣. لا يجوز تغيير الشكل القانوني للشركة أو حلول شريك محل آخر في فترة التصفية<sup>(٢)</sup>.

وتكف الشخصية المعنوية المحفوظ بها للشركة في فترة التصفية عن إنتاج أثرها بعد إقفال التصفية<sup>(٣)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن المُشرِّع الفرنسي نص على أنه لا يؤثر حل الشركة على الأطراف الأخرى (الغير) إلا اعتباراً من تاريخ نشر هذا الحل في السجل التجاري وصحيفة الشركات<sup>(٤)</sup>.

وقد أشار القانون المصري، إلى أن يشهر اسم المصفي واتفق الشركاء بشأن طريقة التصفية أو الحكم الصادر بذلك في السجل التجاري وفي صحيفة الشركات، ويقوم المصفي بمتابعة إجراءات الإشهار. ولا يُحتج قبيل الغير بتعيين المصفي ولا بطريقة التصفية إلا من تاريخ الإشهار في السجل التجاري<sup>(٥)</sup>. أما النظام السعودي فلم يُشير إلى إشكالية الاحتجاج لدى الغير في حالة التصفية، فاكتمى بإلزام المصفي أن يشهر القرار بطرق الإشهار المقررة لتعديل عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس فقط<sup>(٦)</sup>.

## المبحث الثاني

### مُطَقِّي الشركة

تنتهي عند حل الشركة صفة المدير في تمثيلها، ويحل محله المصفي في تمثيل الشركة أمام القضاء فيما يُرفع منها أو عليها من دعاوى، وفي جميع الأعمال التي تستلزمها التصفية<sup>(٧)</sup>.

(١) محكمة القضاء الإداري ١٨ نوفمبر ١٩٤٨، حمامة ٣٠، ٢٩١؛ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٢) نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٧٨، ص ٢٩، ص ١٨٠٢؛ مشار إليه لدى: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٣) مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

(٤) Code de commerce: Article L237-2: La dissolution d'une société ne produit ses effets à l'égard des tiers qu'à compter de la date à laquelle elle est publiée au registre du commerce et des sociétés.

(٥) المادة ١٤٠ من قانون الشركات المصري.

(٦) المادة ٣/٢٠٥ من نظام الشركات السعودي الجديد.

(٧) نقض منعي ٢٤ نوفمبر ١٩٦٠، مجموعة أحكام النقض، ص ١١، ص ٥٩١؛ نقض منعي ٥ مارس، ١٩٧٩، ص ٣٠، ص ٧١٣؛ مشار إليه لدى: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

والمُصَفِّي<sup>(١)</sup> هو ذلك الشخص الذي يقوم بالعمليات المادية والقانونية التي تهدف إلى إتمام أعمال الشركة التي بدأت قبل تاريخ الانقضاء، وحصر موجوداتها واستيفاء حقوقها وسداد ديونها، وتحديد صافي أصولها وممتلكاتها، وتحويلها إلى نقود سائلة لتقسيمها بين الشركاء. أو باختصار هو: الشخص الذي يُعهد إليه القيام بالأعمال المادية والقانونية اللازمة لتصفية الشركة<sup>(٢)</sup>.

ومن هنا، يكون المُصَفِّي مُكَلَّفًا للقيام بعمليات التصفية حتى نهايتها، كما أنه يُسأل ويُحاسب عن أي خلل أو تقصير في هذه المهام، حيث إنه بذلك يُعد وكيلاً عن الشركة<sup>(٣)</sup>. وقد يُختار المُصَفِّي من بين الشركاء، وقد يكون المدير نفسه، وقد يكون أجنبيًا عن الشركة. وقد يتضمن عقد الشركة أحكامًا بشأن طريقة تعيين المُصَفِّي، فتتبع هذه الأحكام. على أنه إذا حلت الشركة بسبب خلاف مستحکم بين الشركاء، فللمحكمة أن تعين أجنبيًا للقيام بالتصفية رغم شرط عقد الشركة الذي يعهد بالتصفية لأحد الشركاء. وينطبق نفس الحكم إذا تعرضت مصالح الشركاء بصدد تصفية الشركة، فإن التصفية لا يُعهد بها إلى أحد الشركاء، بل إلى أجنبي عن الشركة دون اعتداد بما يقضي به عقد الشركة في هذا الشأن<sup>(٤)</sup>.

وستتناول في هذا المبحث تعيين المصفي وعزله، وسلطات المصفي ومسؤوليته، بالإضافة إلى واجبات المصفي ومحظوراته، وأخيرًا، سنتعرض إلى أجر المصفي، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** تعيين المصفي وعزله.
- **المطلب الثاني:** سلطات المصفي ومسؤولياته.
- **المطلب الثالث:** أجر المُصَفِّي.

(١) مُصَفِّي: اسم - الجمع: مَصَافٍ

مُصَفِّي، المَصَفِّي

اسم فاعل من صَفَى

مصفي الشركة: ( القانون ) مَنْ يُكَلَّفُ بالتَّصْفِيَةِ القَضَائِيَّةِ لَهَا، مأمور تصفية.

مُصَفِّي الرِّبَا: مَنْتَقِيهِ وَمُزِيلُ مَا فِيهِ مِنْ نَقْلِ،

راجع في ذلك: معجم المعاني الجامع

[https://www.almaany.com/ar/dict/ar-](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B5%D9%81%D9%8A/)

[ar/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B5%D9%81%D9%8A/](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B5%D9%81%D9%8A/)

(٢) محمد أحمد سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص ٢٥٩؛ نايف بن سلطان الشريف، زياد ابن أحمد القرشي، القانون التجاري، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة السابعة، ١٤٢٧ هـ - ٢٠١٦ م، ص ١٦٩.

(٣) شادي علي العفلة، مسؤولية المصفي تجاه الشركة في التصفية الإجبارية للشركة المساهمة العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٤، ص ١٢.

(٤) راجع ذلك لدى: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

## المطلب الأول

### تعيين المصفي وعزله

هناك مجموعة من القواعد في تعيين المصفي وعزله، وهذا ما سنتناوله في

هذا المطلب بنوع من التفصيل على النحو التالي:

#### • أولاً- تعيين المصفي:

يتم التقييد بما اتفق عليه الشركاء حول قواعد عملية تعيين المصفي وسلطاته وعزله، فإذا لم ينص عقد الشركة على طريقة تعيين المصفي، فإنه طبقاً لنظام الشركات السعودي الجديد في المادة (١/٢٠٥) يقوم بالتصفية مُصَفِّ واحد أو أكثر من الشركاء أو من غيرهم، يعينهم الشركاء، أو الجمعية العامة إن وُجِدَتْ<sup>(١)</sup>.

وقد نصت المادة (٢٠٥) من نظام الشركات السعودي الجديد في فقرتها الثانية على ما يلي: "يصدر قرار التصفية القضائية بقرار من الجهة القضائية المختصة، ويصدر قرار التصفية الاختيارية من الشركاء أو الجمعية العامة، وإذا لم يتفق الشركاء على أي مما أشير إليه في الفقرة (٣) من هذه المادة، فتتولى الجهة القضائية القيام بذلك"<sup>(٢)</sup>.

ومن هنا يتضح لنا أن هناك نوعين من أنواع التصفية، وهما:

- ١- التصفية الاختيارية، وهي التي يتولى فيها الشركاء تعيين المصفي.
- ٢- التصفية القضائية، وهي التي تتولى فيها المحكمة (الجهة القضائية المختصة) تعيين المصفي وتحديد صلاحياته، فهي في هذه الحالة صاحبة الاختصاص.

وقد نصت المادة (٢٠٦) من ذات النظام على أنه: "إذا تعدد المصفون وجب عليهم أن يعملوا مجتمعين، ولا تكون تصرفاتهم صحيحة إلا بإجماعهم، ما لم ينص قرار تعيينهم أو تصرح لهم الجهة التي عينتهم بالعمل على أفراد. ويكونون مسؤولين

(١) محمد أحمد سويلم، مرجع سابق، ص ٢٦٠.  
(٢) حيث تشير الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٥ على أن: "يجب أن يشتمل قرار التصفية- سواء أكانت اختيارية أم قضائية- على تعيين المصفي، وتحديد سلطاته وأتعايه، والقيود المفروضة على سلطاته، والمدة اللازمة للتصفية. وعلى المصفي أن يشهر القرار بطرق الإشهار المقررة لتعديل عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس".

بالتضامن عن تعويض الضرر الذي يصيب الشركة أو الشركاء أو الغير نتيجة تجاوزهم حدود سلطاتهم أو نتيجة الأخطاء التي يرتكبونها في أداء أعمالهم".

أما عن تعيين المصفي بشكل عام في مصر، فيقوم بالتصفية عند الاقتضاء وفقاً للمادة (٥٣٤) مدني من القانون المصري إماً جميع الشركاء، وإماً مُصفاً واحد أو أكثر تعيينهم أغلبية الشركاء، ويتولى القاضي تعيين المصفي بناءً على طلب أحد الشركاء إذا لم يتفقوا على تعيينه. أما في الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة، فتعين المحكمة المصفي، كما تحدد طريقة التصفية، بناءً على طلب كل ذي شأن<sup>(١)</sup>، ويُعد المديرون بالنسبة للغير في حكم المُصفين إلى أن يتم تعيين المُصفي<sup>(٢)</sup>. وذلك حماية للغير حتى يجد ممثلاً للشركة يستطيع توجيه الدعاوى إليه.

وحول تعيين المُصفي في شركات المساهمة وفقاً للقانون المصري، تُعيّن الجمعية العامة مُصفاً أو أكثر وتحدد أتعابهم، ويكون تعيين المُصفين من بين المساهمين أو الشركاء أو غيرهم، وفي حالة صدور حكم بحل الشركة أو بطلانها تُبين المحكمة طريقة التصفية، كما تُعيّن المُصفي وتحدد أتعابه. ولا ينتهي عمل المصفي بوفاة الشركاء أو شهر إفلاسهم أو إعسارهم أو بالحجز عليهم، ولو كان معيناً من قبيلهم<sup>(٣)</sup>.

وبشهر اسم المصفي واتفاق الشركاء بشأن طريقة التصفية أو الحكم الصادر بذلك في السجل التجاري وفي صحيفة الشركات، ويقوم المصفي بمتابعة إجراءات الإشهار، ولا يحتج قِبَل الغير بتعيين المُصفي ولا بطريقة التصفية إلا من تاريخ الإشهار في السجل التجاري<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر المادة رقم ٥٣٤، من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨. وتطبيقاً لهذه المادة، راجع: محكمة النقض المصرية، مدني، الطعن رقم ٢٥٣٢، سنة ٦٩ ق، بتاريخ ٢٠٠١/٥/١٥، حكم المحكمة الاقتصادية، الطعن رقم ٥٧ لسنة ٣ ق، بتاريخ ٢٠١٣/٥/٢٨.

(٢) سمحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٥٠، مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٠٣، وتطبيقاً لذلك: قضت محكمة النقض المصرية على أن مدير الشركة يعتبر وفقاً للمادة ٥٣٤ من التقنين المدني في حكم المصفي حتى يتم تعيين مُصفاً للشركة، حكم نقض مدني، الطعن رقم ٦٥٥ لسنة ٤٠ ق، بتاريخ ١٩٧٦/١/٢٦.

(٣) المادة رقم ١٢٩ من قانون الشركات المصري.

(٤) المادة ١٤٠ من نفس القانون السابق، وانظر أيضاً: حكم صادر من محكمة استئناف القاهرة، الطعن رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٣ ق، بتاريخ ٢٠٠٢/٩/٢٩، حكم نقض مصري، مدني، الطعن رقم ٤٩٨١، لسنة ٦٦ ق، ٢٠٠٩/٥/١٢.

وهذا ما أكده القانون التجاري الفرنسي أيضاً، حيث نص على أن يُنشر قرار تعيين المصفي من قِبَل المصفي نفسه، وفقاً للشروط والمواعيد النهائية المحددة بقرار من مجلس الإدارة، والذي يحدد أيضاً المستندات الواجب تقديمها كملحق، مثل السجل التجاري وسجل الشركات. ويجوز للمدعي العام "النيابة العامة" أو أي شخص ذي مصلحة أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة الذي يفصل بشكل مستعجل أن يأمر المصفي، عند الضرورة وتحت طائلة العقوبة التهديدية، بإجراء هذا النشر<sup>(١)</sup>.

ولا يمكن أن يُعين كمُصَفِّين هؤلاء الأشخاص الذين تم منعهم من ممارسة وظائف المدير العام أو المدير أو مدير الشركة أو عضو مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة أو الذين يحرمون من حقهم في أداء هذه الوظائف<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن المُنظَّم السعودي والمُشرِّع المصري أشارا إلى إمكانية تعدد المُصَفِّين كمجموعة من الأشخاص، ولم يشيرا إلى إمكانية وجود شركات للتصفية كشخص معنوي، وإن كنا نرى أهمية تلك الشركات كشخص معنوي متخصص في هذا النوع من العمل، وهناك العديد من شركات التصفية يتم توليها تصفية الشركات في فرنسا.

ومن أمثلة ذلك شركة *la société Montravers Yang-Ting* التي تولت تصفية بعض الشركات، وشركة *MDP* التي قد تم تسميتها بعد ذلك *Alliance MJ* قد تم تعيينها كمُصَفِّ قضائي، وأيضاً قد تم تعيين شركة *Garnier-Guillouët* كمأمور تصفية (المصفي)<sup>(٣)</sup>.

(١) الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٧ من القانون التجاري الفرنسي، والتي تم تعديلها بموجب المادة ١٨ من القانون رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٢ المؤرخ في ٢٢ مارس ٢٠١٢، حيث تنص على:

Code de commerce: Article L237-3: L'acte de nomination du liquidateur est publié par celui-ci, dans les conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat, qui détermine également les documents à déposer en annexe au registre du commerce et des sociétés.

Le ministère public ou toute personne intéressée peut demander au président du tribunal compétent statuant en référé d'enjoindre au liquidateur, le cas échéant sous astreinte, de procéder à cette publication.

(٢) Article L237-4 Modifié par Loi n°2003-7 du 3 janvier 2003 - art. 50 (V) JORF 4 janvier 2003.

(٣) راجع في ذلك على الترتيب: أحكام محكمة النقض الفرنسية:

• Cour de cassation - chambre sociale - Audience publique du 7 février 2018 -

## • ثانياً - عزل المصفي:

بالرغم من أن نظام الشركات السعودي الجديد والقديم لم يبين الطريقة التي يتم بها عزل المصفي، إلا أن الرأي استقر على أنه يجوز عزل المصفي بواسطة الجهة التي عينته<sup>(١)</sup>. واستثناء من هذا المبدأ، يجوز عزل المصفي المعين باتفاق الشركاء بواسطة قاضي الموضوع إذا طلب منه أحد الشركاء ذلك وكان هناك سبب مشروع لذلك<sup>(٢)</sup>. وفي هذه المسألة قضت هيئة التدقيق التجاري بديوان المظالم بعزل مُصَفٍّ عيَّن باتفاق الشركاء ثم طلب أحدهم عزله، حيث نصت على: "ولا يؤثر فيما ذكره المعارض من أنه عيَّن باتفاق الشركاء، حيث إن تعيينه مُصَفِّاً للشركة تم بحكم الدائرة وعزله تم بحكمها أيضاً لما رأته من مصلحة، ومن يملك التعيين يملك العزل، كما أن الشريك الآخر طالب بعزله...."<sup>(٣)</sup>.

وإن كان تقصير أحد المُصَفِّين من أداء أعمال التصفية على وجه يخل بالقصد من تعيينه موجب لاستبعاده أو استبداله، إلا أن هناك ضوابط لعزل مُصَفِّي الشركة للمحكمة كامل السلطة في تقديرها من حيث مدة التصفية، والأعمال التي انتهت منها المصفي، وتقدير أتعاب المصفي الجديد، ومدى قدرة الشركة المالية على دفعها، وتطبيقاً لذلك رفضت المحكمة مطالبة المدعي بعزل مُصَفِّي الشركة لتقصيره وتعيين مُصَفٍّ آخر، حيث ترى أن تقصير أحد المُصَفِّين من أداء أعمال التصفية على وجه يخل بالقصد من تعيينه موجب لاستبعاده أو استبداله، إلا أنه في هذا الطلب المائل وإن كان أحد مصفيها والشريك

N° de pourvoi: 15-26127 - Non publié au bulletin - Cassation partielle - M. Chauvet (conseiller doyen faisant fonction de président), président.

- Cour de cassation- chambre commerciale - Audience publique du 17 janvier 2018 - N° de pourvoi: 16-21433 - ECLI:FR:CCASS:2018:CO00022 - Non publié au bulletin - Rejet - Mme Mouillard (président), président.
- Cour de cassation - chambre commerciale - Audience publique du 24 janvier 2018 - N° de pourvoi: 16-18528 - ECLI:FR:CCASS:2018:CO00047 - Non publié au bulletin - Cassation partielle - M. Rémy (conseiller doyen faisant fonction de président), président

(١) محمد أحمد سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص ٢٦٠؛ ناجح بدران، تصفية الشركات التجارية، دار

الصفدي، دمشق، ٢٠٠٣، ص ٤٦؛ نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢) أكثم أمين الخولي، دروس في القانون التجاري السعودي، ص ١٥٤؛ نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٣) قرار هيئة التدقيق التجاري رقم ١٦٥/ت/٢ لعام ١٤١٨ هـ مشار إليه لدى: نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

السابق المدعو(....) ينطبق عليه ذلك، إلا أن الدائرة ترى أنه لا حاجة لاستبداله، لكونه قد أنهى أكثر أعمال التصفية، وكونه مضى على إعلان التصفية زمن طويل، ولأن المصفي الجديد قد يطلب أتباعاً قد لا تستطيع الشركة المصفاة تحملها، كما أن امتناع المصفي لا يكون مانعاً من تنفيذ الحكم النهائي بل ينفذ جبراً على موجودات الشركة؛ مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض تعيين مُصَفٍ آخر<sup>(١)</sup>.

وعلى عكس المنظم السعودي، نص المُشرِّع المصري على طريقة عزل المصفي حيث يكون بالكيفية التي عيِّن بها<sup>(٢)</sup>، ويجوز للمحكمة بناءً على طلب أحد المساهمين أو الشركاء ولأسباب مقبولة أن تقضي بعزل المصفي، وكل قرار أو حُكْم بعزل المُصَفِي يجب أن يشتمل على تعيين مَنْ يحل محله، ويُشَهَّر عزل المصفي في السجل التجاري وفي صحيفة الشركات، ولا يُحتج به قبَل الغير إلا من تاريخ الإشهار في السجل التجاري<sup>(٣)</sup>.

وقد قضى القضاء الفرنسي بأن خطاب الفصل لأسباب اقتصادية والصادر عن المفوض القضائي للمصفي يكون مسبباً بدرجة كافية عندما يستهدف حكم التصفية الذي يتم بموجبه إجراء الفصل<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الثاني

### سلطات المصفي ومسؤولياته

- تأتي سلطات ومسؤولية المصفي نتيجة أحد أمور ثلاثة:
- الأمر الأول: عقد تأسيس الشركة إذا نص على سلطاته ومسؤوليته.
- الأمر الثاني: حكم المحكمة القاضي بتعيينه.
- الأمر الثالث: القرار الصادر من أغلبية الشركاء بتعيينه مُصَفِيًا.

(١) (القطبية رقم ٣/٦٨/ق لعام ١٤٢٦هـ - حكم التفتيح رقم ٩٥٠/ت/ لعام ١٤٢٨هـ)؛ (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨هـ - المجلد الأول - شركات - صفحة ٢١٥)، مشار إليه لدى: فيصل بن عبدالله المشوح، خلاصة المبادئ التجارية، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

(٢) فيثبت الحق في عزل المصفي للسلطة التي تملك التعيين، فإذا قام الشركاء بتعيينه كان لهم عزله، أما إذا عينته المحكمة، فهي التي تملك وحدها حق العزل، راجع في ذلك: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٣) المادة ١٤١ من قانون الشركات المصري.

(٤) Soc. 2 mars 2004 (2 arrêts): Bull. civ. V, nos 66 et 67; Act. proc. coll. 2004, no 104, obs. Taquet; JCP E 2004, no 37, p. 1390, obs. Pétel; JCP 2004. I. 183, no 16, obs. Morvan.  
Vallens, RTD com. 2001. 979 (double rôle du liquidateur).

وإذا لم يتم تحديد هذه الصلاحيات للمُصَفِّي فإنه يكون مسئولاً عن القيام بكافة الأعمال اللازمة لإنجاز عمله. وفي ذلك قضت هيئة التدقيق التجاري بديوان المظالم بأن: "للمُصَفِّي كل الصلاحيات المنصوص عليها في نظام الشركات وعليه كل الواجبات المنصوص عليها وفق النظام، وعمل كل ما يلزم لتصفية الشركة المذكورة وتحصيل جميع أموالها وحقوقها لدى الغير رضاً أو قضاءً، وتحويل الموجودات إلى نقود وتوزيعها على الشركاء بحسب حصصهم بعد سداد الديون، وله الاستعانة في أداء مهمته بمن يراه من الوكلاء"<sup>(١)</sup>.

وقد نصت المادة (٢٠٥) في الفقرة الثالثة من نظام الشركات السعودي الجديد على ما يلي: "يجب أن يشتمل قرار التصفية- سواء كانت اختيارية أم قضائية- على تعيين المُصَفِّي، وتحديد سلطاته وأعبائه، والقيود المفروضة على سلطاته، والمدة اللازمة للتصفية. وعلى المُصَفِّي أن يُشهر القرار بطرق الإشهار المقررة لتعديل عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي"<sup>(٢)</sup>.

ومن هنا، فإنه يجب ذكر سلطات المُصَفِّي في قرار التصفية، مع أهمية اعتبار المصفي مسؤولاً بصفة عامة عن القيام بجميع الأعمال اللازمة لإنجاز عمله. وسنتناول في هذا المطلب واجبات ومحظورات المصفي، وأجر المصفي، ومدة التصفية، وأخيراً مسؤولية المصفي وذلك بنوع من التفصيل على النحو التالي:

• أولاً- واجبات ومحظورات المُصَفِّي:

بعد الرجوع للنظام السعودي والقانونين المصري والفرنسي، يمكن أن نحصر ونحدد واجبات ومحظورات المصفي على النحو التالي:

(١) القرار رقم ٣/ت/٥٢ لعام ١٤١٨ هـ مشار إليه لدى: نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢) وفي ذلك قضت هيئة التدقيق التجاري بديوان المظالم بأنه: "لما كانت طريقة تعيين المصفي ومسؤوليته وسلطاته ووجوب إشهار قرار تعيينه وسداد الديون وإعداد الميزانية السنوية تعد من النظام العام، ولما كان قرار تعيين المصفي لم يشهر وكان الحكم المعترض عليه (حكم الدائرة) اعتمد على اتفاقية الشركاء التي لم يتبع بشأنها قواعد التصفية التي أشار إليها نظام الشركات، والتفت عن الالتزام بما أوجبه نظام الشركات، ومن ثم فإنه يكون مشوباً بعيب مخالفة النظام بما يستوجب نقضه"، انظر في ذلك: القرار رقم ٤/ت/٤ لعام ١٤١٦ هـ مشار إليه لدى: نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

- استلام موجودات الشركة وجردها.
- قيام المصفي باستيفاء حقوق الشركة والوفاء بديونها.
- وضع الميزانية السنوية.
- حظر قيام المصفي بأعمال جديدة للشركة إلا أن تكون لازمة لأعمال سابقة.
- بيع موجودات الشركة.
- المصفي ممثلاً عن الشركة.

وستتناولها بشيء من التفصيل والتوضيح كما يلي:

#### ١. استلام موجودات الشركة وجردها:

ينظم المصفي - طبقاً لنظام الشركات السعودي - سجلات خاصة بعمالية التصفية تتضمن ما للشركة من مطالب أو حقوق، وما عليها من التزامات، بعد أن يكون تم تسليمه دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها وأوراقها وأموالها، وكافة أصولها، ويحق لأي من الشركاء الاطلاع على وثائق الشركة، فضلاً عن الاطلاع على سجلات التصفية المذكورة سابقاً<sup>(١)</sup>.

ويجب على المصفي بالاشتراك مع مراجع الحسابات - إن وُجد - أن يعد جرداً بكافة ما للشركة من أصول، وما عليها من خصوم، ويكون ذلك خلال ثلاثة أشهر من مباشرته لأعمال التصفية، وفي حالة عدم كفاية المدة يجوز تمديدتها من قبل الجهة التي عينته<sup>(٢)</sup>.

وعلى المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة أن يقدموا إلى المصفي دفاتر الشركة وسجلاتها ووثائقها والإيضاحات والبيانات التي يطلبها<sup>(٣)</sup>.

ورغم عدم النص صراحة على أن مدير الشركة هو من يقوم بتسليم موجوداتها وهو المسؤول عنها في حالة وجود نقص، ولكن تم اعتبار ذلك من الأمور

(١) راجع المادة ٢٠٣ من نظام الشركات السعودي الجديد.

(٢) المادة (١/٢٠٩) من نظام الشركات السعودي الجديد.

(٣) المادة (٢/٢٠٩) من نظام الشركات السعودي الجديد. وإن كنا نرى أن تأخر ورود الفقرة الأولى والتغية من هذه المادة غير مبرر، فيجب أن يتم النص على الفقرتين ٢٠١ من المادة ٢٠٩ قبل المادة ٢٠٨.

البديهية في بداية عمل المُصَفِّي، وإن كُنَّا نرى ضرورة وجود نص واضح وصريح على ذلك.

ومن التطبيقات القضائية حول مسؤولية المدير عن موجودات الشركة: وافقت المحكمة على مطالبة مصفي الشركة بالحكم بإلزام مديرها السابق بأن يدفع قيمة الموجودات الثابتة للشركة، وقيمة مخزون آخر المدة التي كانت بحوزته، ويعتبر هذا من المبادئ التجارية السعودية، وجاءت في حكمها بالاستناد على الآتي:

"ولما كانت الدائرة قد قامت بسماع الدعوى من المدعي، والإجابة عنها من المدعى عليه، وقامت بدراسة أوراق القضية، وبعدوقوفها على ظروفها وملابساتها، فقد تبين لها الآتي: أولاً: بالنسبة لمطالبة المدعي للمدعى عليه بقيمة الموجودات الثابتة، فإن المدعى عليه قد أقر بأنها بحوزته، ومن المعلوم - كما هو مقرر في كلام أهل العلم - أن المقر مؤاخذاً بإقراره، وأنه لا يجوز له الرجوع عنه في الإقرارات المتعلقة بالحقوق المالية، والدائرة لا تعتد بما أثاره المدعى عليه وكالةً في مذكرته بأن موكله لم يقر إلا بجزء من المعدات؛ لأنه قد أقر في المذكرات السابقة بجميع المعدات، إضافةً إلى أن قرار هيئة حسم المنازعات ذكر أن المدعى عليه هو المسؤول عن المعدات، أما بالنسبة لقيمة المعدات، فإن المدعي يتحمل قيمتها ويضمنها، كونه مديراً للشركة وعضواً منتدباً بها، وكونه بهذه الصفة فإنه مؤتمن عليها، لا يضمن ما بيده إلا إذا تعدى أو فرط، والدائرة ترى أن المدعى عليه قد فرط، كونه حبس هذه المعدات لديه، ولم يسلمها للمُصَفِّي الذي عُيِّن بموجب قرار صادر من هيئة حسم المنازعات، وقرارات هذه الهيئة يجب الالتزام بها والسَّير بموجبها. أما بالنسبة لتحديد قيمتها، فإن المصفي قد حددها بموجب التقارير المحاسبية لأكثر من مكتب محاسبي، إضافةً إلى أنه قد احتسب الاستهلاكات على هذه المعدات بموجب ما حددته مصلحة الزكاة والدخل، مما تنتهي معه الدائرة إلى إلزام المدعى عليه بقيمة الموجودات الثابتة على النحو السالف ذكره. ثانياً: أما عن مخزون آخر المدة، فإنه لما كان المدعى عليه وكالةً قد ذكر أن المدعى عليه كان عنده مخزون

آخر المدة قبل صدور قرار هيئة حسم المنازعات عام ١٤٠٦هـ، وأنه سلم لشريكه (....) الفل، وترك مخزون آخر المدة فيها، ولم يسلمه له، وأنه لا يعلم عن مصيره هل استلمه شريكه (.....) أم أخذه غيره منذ عام ١٤٠٦هـ، فهذا إقرار منه على علمه بوجود مخزون آخر المدة، ومعرفة له، وكونه مديراً عاماً للشركة فهو مؤتمن لا يضمن ما بيده إلا إذا تعدى أو فرط كما قرره الفقهاء -رحمهم الله تعالى- كما سبق بيانه، والدائرة ترى أن المدعى عليه قد فرط بمخزون آخر المدة؛ لأنه تركه، ولم يعلم عن مصيره، ولم يحمي بتسليمه للشريك الآخر أو المصفي، وكونه أميناً على هذا المخزون وغيره مما يتعلق بالشركة، فعليه أن يتأكد عن مصيره، وبالتالي فإنه يضمن قيمة مخزون آخر المدة، وفقاً لتقدير مُصفي الشركة<sup>(١)</sup>.

ومن ضوابط عمل مُصفي الشركة والمستقر عليه في الفقه والقضاء التجاري السعودي أن عمل المصفي يبدأ من آخر ميزانية معتمدة من الشركاء، وأنه لا يجوز للمُصفي أو المدعين مراجعة وفحص الحسابات والميزانيات القديمة، التي سبق للشركاء أن قرروا اعتمادها وصادقوا عليها<sup>(٢)</sup>.

ونص أيضاً قانون الشركات المصري على أن يقوم المُصفي فور تعيينه وبالاتفاق مع مجلس الإدارة أو المديرين بجرد ما للشركة من أموال وما عليها من التزامات، وتحرر قائمة مُصفلة بذلك وقوائم مالية يوقعها المصفي والمديرون أو أعضاء مجلس الإدارة.

ويقدم مجلس الإدارة أو المديرين حساباتهم للمُصفي ويسلمونه أموال الشركة ودفاترها ووثائقها، ويمسك المصفي دفترًا لتقيد الأعمال المتعلقة بالتصفية، ويتبع في مسك هذا الدفتر أحكام قانون الدفاتر التجارية<sup>(٣)</sup>.

(١) (القضية رقم ٢/٥٤٣/ق لعام ١٤١٣هـ - حكم التفتيح رقم ١٢٤/ت/٣ لعام ١٤٢٢هـ)، (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٠٨هـ/١٤٢٣هـ - المجلد الحادي عشر - الشركات - صفحة ٦٥)، مشار إليه لدى: فيصل بن عبدالله المشوح، خلاصة المبادئ التجارية، مرجع سابق، ص ٢٦٨، ٢٦٩.

(٢) (القضية رقم ١/٢٥٠/ق لعام ١٤٠٩هـ، ١/٤٠٢١/ق لعام ١٤٢٧هـ - حكم الاستئناف رقم ١١٠/أس/٨ لعام ١٤٣٢هـ)؛ (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٢هـ - المجلد الثالث - شركة - صفحة ١٥٥٥)، مشار إليه لدى: فيصل بن عبدالله المشوح، المرجع السابق، ص ٣٠٢-٣٠٣.

(٣) المادة ١٤٢ من قانون الشركات المصري، آخر تعديل بتاريخ ٢٠١٨/١/١٦.

ونص المُشرِّع الفرنسي على أنه عندما تُظهر التصفية القضائية لشركة نقص الأصول، يجوز للمحكمة، في حالة خطأ من الإدارة الذي قد أسهم في هذا النقص في الأصول، أن تُقرر أن كمية النقص في الأصول سيتحملها، كليًا أو جزئيًا، جميع المديرين القانونيين أو الفعليين، أو من قبل البعض منهم، الذين قد أسهموا في خطأ الإدارة. وفي حالة تعدد المديرين، يجوز للمحكمة، بموجب قرار مُسبَّب، أن تعلن مسؤوليتهم جماعيًا "أن تعلن عن مسؤوليتهم بالتضامن". ومع ذلك، في حالة الإهمال البسيط من المدير القانوني أو المدير الفعلي في إدارة الشركة، لا يمكن أن تتعدَّد مسؤوليته في ضوء عدم كفاية الأصول<sup>(١)</sup>.

وأشار أيضًا إلى أن المبالغ المدفوعة من قِبَل المديرين تدخل في أصول المدين. ويتم تقسيم تلك المبالغ بين الدائنين عند علامة الفرنك، ولا يمكن للمديرين المشاركة في توزيع المبالغ التي أُدينوا بها<sup>(٢)</sup>.

وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 651-2 L، يتم رفع الأمر إلى المحكمة من قِبَل المصفي أو النيابة العامة.

وفي ضوء المصلحة الجماعية للدائنين، يمكن أيضًا أن يُرفع الأمر إلى المحكمة من قِبَل أغلبية الدائنين المعيّنين كمراقبين عندما لا يكون المُصفي قد اتخذ "أقام" الدعوى المنصوص عليها تحت نفس المادة، وذلك بعد إنذار "إشعار رسمي" والذي يبقى دون رد خلال مدة معينة، وفي ضوء الشروط المحددة بمرسوم في مجلس الإدارة<sup>(٣)</sup>.

وتُدفع التكاليف والمصاريف التي لا رجعة فيها والتي يُدان بها المدير بالأولوية على المبالغ المدفوعة لسد الديون<sup>(٤)</sup>.

(١) Code de commerce - Partielégislative - LIVRE VI : Des difficultés des entreprises. - TITRE V : Des responsabilités et des sanctions.- Chapitre 1 : De la responsabilité pour insuffisance d'actif. - Article L651-2 - Modifié par LOI n°2016-1691 du 9 décembre 2016 - art. 146

(٢) Article L651-2.

(٣) Article L651-3 - Modifié par Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 86

(٤) Article L651-3.

وفي ضوء تطبيق أحكام المادة 2-651 L، بدون طلب أو بناءً على طلب أحد الأشخاص المذكورين في المادة 3-651 L، يجوز للقاضي أن يكلف القاضي المفوض، وفي حالة تعذر ذلك، يكلف أحد أعضاء المحكمة الذي يعينه، أن يطلع على أية وثائق أو أية معلومات عن الوضع المالي للمديرين والممثلين الدائمين للأشخاص المعنوية الاعتبارية المذكورين في المادة 1-651 L.

ويجوز لرئيس المحكمة، في ظل نفس الظروف، أن يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي مفيد ومُجَدِّ تجاه أملاك المديرين أو ممثليهم المشار إليهم في الفقرة السابقة. ويجوز له التأكيد على التدبير التحفظي الذي تم توجيه الأمر به تجاه أملاك "أصول" المدير القانوني أو الفعلي عملاً بالمادة 1-10-631 L<sup>(1)</sup>.

وتسري أحكام هذه المادة أيضاً على الأشخاص الأعضاء أو شركاء الشخص المعنوي في إجراءات الحماية، أو التسوية أو التصفية القضائية، عندما يكونون مسؤولين لأجل غير مُسمّى وبشكل جماعي "متضامن" عن ديونه<sup>(2)</sup>.

وهناك العديد من الدعاوى القضائية المقامة من المصفي على مديري الشركات من أجل إدانتهم بسبب عدم كفاية الأصول والنطق ضدّهم بالمنع من الإدارة<sup>(3)</sup>.

والاستثناء أو الإعفاء من التحقق من الديون العادية لا يحول دون إقامة دعوى المسؤولية بسبب عدم كفاية الأصول بمجرد إثباته<sup>(4)</sup>. وأيضاً عدم التحقق من

(1) حيث تنص هذه المادة على أنه: بناءً على طلب المدير أو الوكيل القضائي، يجوز لرئيس المحكمة عندما يُرفع إليه الأمر من قِبَل المحكمة أن يأمر باتخاذ أي تدبير احترازي مفيد فيما يتعلق بامتلاكات المدير القانوني أو الفعلي والذي تجاهه قد أقام المدير أو الوكيل القضائي دعوى مسؤولية عن الخطأ الذي ساهم في إنهاء (توقف) مدفوعات المدين. راجع في ذلك المادة 1-10-631 L من قانون التجارة الفرنسي، أنشئت بموجب المادة 2 من القانون رقم 2012-267 المؤرخ 12 مارس 2012.

(2) Article L651-4 - Modifié par Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 - art. 7

(3) راجع في ذلك هذا الحكم:

Cour de cassation - chambre commerciale - Audience publique du 24 janvier 2018 - N° de pourvoi: 16-19306 - Non publié au bulletin - Cassation - M. Rémy (conseiller doyen faisant fonction de président), président

(4) Com. 5 nov.2013: Bull. civ. IV, no 160; D. 2013. Actu. 2640, obs. Lienhard; Rev. sociétés 2013. 730, obs. Roussel Galle; RTD com. 2014. 188, obs. Martin-Serf; LEDEN janv. 2014, p. 4, obs. Adkar; Dr. sociétés 2014, no 12, note

الديون، حتى وإن كانت مميزة، من قِبَل المصفي المعين، في حال إنهاء التصفية بسبب عدم كفاية الأصول لا يعني انتهاءها، عندما يكون قد تم إعلانها بشكل قانوني (مقبولية دعوى الدَّين ضد الضامن)<sup>(١)</sup>.

## ٢. قيام المصفي باستيفاء حقوق الشركة والوفاء بديونها:

أوجب المنظم السعودي على المصفي سداد ديون الشركة إن كانت حالة حسب الأولوية، وتجنب المبالغ اللازمة لسدادها إن كانت آجلة أو متازعاً عليها. وعليه، يجب على المصفي القيام بالأعمال اللازمة لتحصيل ما للشركة من ديون في ذمة الغير أو في ذمة الشركاء، ووفاء ما عليها من ديون طبقاً للأولوية المقررة قانوناً، حيث تكون للديون الناشئة من التصفية أولوية على الديون الأخرى<sup>(٢)</sup>.

ومن المبادئ التي أقرها القضاء التجاري السعودي أن هناك ضوابط للمطالبة بسداد ديون الشركة أو استلام مديونيتها لدى الغير، ففضى بأن مطالبة المدعي إلزام المدعى عليهما بتسديد ديون الغير على الشركة واستلام نصيبه من الديون التي للشركة؛ لا يتأتى إلا بطلب تصفية الشركة، وتعيين مُصَفٍّ يجمع مال الشركة، ويسددها عنها، ثم يدفع الباقي للشركاء، كلٌ حسب نصيبه، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى القضاء برد دعوى المدعي<sup>(٣)</sup>.

ويقوم أيضاً المصفي طبقاً لنظام الشركات المصري بجميع الأعمال التي تقتضيها التصفية، وعلى وجه الخصوص وفاء ما على الشركة من ديون<sup>(٤)</sup>. وكل دَيْن ينشأ عن أعمال التصفية يدفع من أموال الشركة بالأولوية على الديون الأخرى<sup>(٥)</sup>.

Legros; RJDA 2014, no 148; Bull. Joly Entrep. diff. 2014. 99, note Favario; RJ com. 2014. 201, note Sortais.

(١) Paris, 15 nov. 2002: RD banc. fin. 2003, no 76, obs. F.-X. Lucas.

(٢) انظر الفقرة ١، ٢ من المادة ٢٠٨ من نظام الشركات السعودي الجديد.

(٣) (القضية رقم ١/٥٩٧/ق لعام ١٤١٥هـ - حكم التدقيق رقم ٢٦/ت/٤ لعام ١٤١٦هـ)، (مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٢٣/١٤٠٨هـ - المجلد العاشر - الشركات - صفحة ٢١). مشار إليه لدى:

فيصل بن عبدالله المشوح، خلاصة المبادئ التجارية، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(٤) المادة ١٤٥ من قانون الشركات المصري.

(٥) المادة ١٤٨ من قانون الشركات المصري.

أما القانون التجاري الفرنسي، فقد أجاز للمصفي أن يقوم بعمليات التصفية في نفس وقت التحقق من المستحقات والديون<sup>(١)</sup>. وتدخّل المبالغ المستردة نتيجة للإجراءات (الدعاوى) التي يتخذها أو يتابعها المصفي لتحقيق المصلحة الجماعية للدائنين في نطاق الذمة المالية للمدين من أجل أن يتم توزيعها بين جميع الدائنين، وهذه القاعدة تحول دون التعويض بين الدّين المستحق من الغير نتيجة للإجراءات التي يقوم بها المصفي وديون المدين في التصفية القضائية تجاه هذا الغير<sup>(٢)</sup>.

### ٣. وضع الميزانية السنوية:

نصت المادة (٣/٢٠٩) من نظام الشركات السعودي الجديد بأن يعد المصفي في نهاية كل سنة مالية قوائم مالية وتقريراً عن أعمال التصفية، على أن يتضمن التقرير بياناً عن ملحوظاته وتحفظاته على أعمال التصفية والأسباب التي أدت إلى إعاقة أعمال التصفية أو تأخيرها - إن وُجِدَتْ - واقتراحاته لتمديد مدة التصفية. وعليه، تزويد الوزارة بنسخة من هذه الوثائق وعرضها على الشركاء، أو الجمعية العامة للموافقة عليها وفقاً لأحكام عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، أن قانون الشركات المصري في المادة (١/١٥١) ألزم المصفي بتقديم حساب كل ستة أشهر إلى الجمعية العامة أو جماعة الشركاء عن أعمال التصفية.

كما تضيف المادة (١٥١) في الفقرة الثانية منها، أنه على المصفي أن يدلي بما يطلبه المساهمون أو الشركاء من معلومات أو بيانات بالقدر الذي لا يلحق الضرر بمصالح الشركة، ولا يترتب عليها تأخير أعمال التصفية.

(١) Article 641-4 du code du commerce.

(٢) Com. 9 nov. 2004: RJDA 2005, no 175. Cetterègle fait obstacle à ce que la compensation ait lieu entre la dette de tiers et la dette du débiteur en liquidation judiciaire envers tiers. Mémearrêt. Vallens, RTD com. 2001. 979 (double rôle du liquidateur).

٤. حظر قيام المصفي بأعمال جديدة للشركة إلا أن تكون لازمة لأعمال سابقة:

حظرت المادة (٣/٢٠٧) من نظام الشركات السعودي، بأنه لا يجوز للمصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة.

ويُمتنع على المصفي أو مَنْ يقوم مقامه إجراء تصرفات جديدة لا تستلزمها عمليات التصفية مهما كانت هذه التصرفات مربحة للشركة، حيث إن مهمة المصفي تقتصر على مجرد القيام بعمليات التصفية فقط.

ولكن إذا كان من شأن إجراء تصرف جديد إتمام عملية سابقة على انقضاء الشركة، فتكون صحيحة، مثل إذا كانت الشركة قد ارتبطت بتوريد أو تسليم منتجات معينة، فيجوز للمصفي الاستمرار في تنفيذ العقد والوفاء بما على الشركة من التزامات؛ خشية الحكم عليها بالتعويضات<sup>(١)</sup>.

كما حظر أيضاً المشرع المصري على المصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة للشركة، إلا أن تكون هذه الأعمال لازمة لإتمام أعمال سابقة، وحول هذا الأمر، نصت المادة (١/٥٣٥) من القانون المدني، والتي جاء فيها أنه: "ليس للمصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة للشركة، إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة". وإذا قام المصفي بأعمال جديدة لا تقتضيها التصفية كان مسؤولاً في جميع أمواله عن هذه الأعمال، وإذا تعدد المصفون كانوا مسؤولين بالتضامن<sup>(٢)</sup>.

وبالرغم من أن تصفية الشركة تقتضي وقف استثمار المشروع الذي أسست لأجله وعدم القيام بأعمال جديدة، إلا أن المحافظة على أموال الشركة قد تستوجب متابعة استثمار مشروعها للمحافظة على قيمته وزبائنه وتنفيذ عقود تعود بالنعف على الشركة<sup>(٣)</sup>.

ومن هنا، فقد أجاز المنظم السعودي للمصفي في المادة (٣/٢٠٧) من نظام الشركات السعودي أن يقوم بإنجاز أعمال تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة.

(١) سمحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٦١، ٢٦٠.

(٢) راجع: سمحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٦١.

(٣) أحمد محمد سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

ويُحظر على المصفي أن يعقد أية تسوية مع دائتي الشركة نيابة عنها، أو أن يتخلى عن أي رهن أو تأمين أو ضمان مُقرَّر لمصلحتها إلا إذا حصل على موافقة الشركاء الذين يملكون أغلبية رأس مال الشركة، أو موافقة الهيئة العامة للشركة، كما يُحظر على المُصفي أيضاً أن يبيع موجودات الشركة وأموالها ومشاريعها صفقة واحدة إلا بعد الحصول على تلك الموافقة<sup>(١)</sup>.

ويُمتنع على المصفي كليةً (وفقاً للنظام المصري) القيام بأي استغلال خلال فترة التصفية، إذا كان سبب حل الشركة عدم مشروعية محلها، كما أنه إذا حدَّد الحكم القضائي للمُصفي الأموال الجائز تصفيتها دون غيرها التزم بذلك، فمثلاً إذا كان الحكم قد قصر تصفية الشركة على المنقول وأرجأ تصفية العقار، إلى أن يفصل نهائياً في النزاع القائم على أساس ملكية العقار بين الشركة وبين الشركاء، فإن المُصفي يُلزم بذلك<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية أن مقتضى صدور حكم بحل شركة وتصفيتها وتعيين مُصفٍ لتصفية أموالها وفقاً لنص المادتين ٥٣٣، ٥٣٥ من القانون المدني، فإن الشركة تنقضي شخصيتها القانونية ولا تبقى إلا بالقدر اللازم للتصفية فقط، كما حرص المُشرِّع على النص بأنه ليس للمصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة للشركة، إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة، وأن التصفية تُجيز للمصفي بيع موجودات الشركة سواء كان عقاراً أو منقولاً بالمزاد أو بالممارسة، وكذلك بيع المحل التجاري بكافة مقوماته، وللمُصفي سداد ما على الشركة من ديون واقتضاء ما لها من الغير وتحديد نصيب كل شريك في ناتج التصفية بأن يختص كل شريك بمبلغ يعادل قيمة الحصة التي قدَّمها في رأس المال كما هي مبيّنة في العقد أو بما يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم تبيّن قيمتها في العقد، وذلك طبقاً لما نص عليه في المادة ٥٣٦ من القانون المدني بشأن تحديد سلطات المصفي طبقاً للقانون<sup>(٣)</sup>.

(١) المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٢) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

(٣) حكم نقض، مدني، الطعن رقم ٨٦٣٥ لسنة ٧٥ ق، بتاريخ ٢٠٠٦/٩/١١، حكم غير منشور.

## ٥. بيع موجودات الشركة:

مع مراعاة القيود الواردة في قرار التصفية، يقوم المصفي بجميع الأعمال التي تقتضيها التصفية، وبوجه خاص تحويل موجودات الشركة إلى نقد، بما في ذلك بيع المنقولات والعقارات بالمزاد أو بأي طريقة أخرى تكفل الحصول على أعلى ثمن حالاً.

مع الأخذ في الاعتبار أنه لا يجوز للمُصفي أن يبيع أموال الشركة جملةً، أو أن يقدمها حصة في شركة أخرى، إلا إذا صرحت له بذلك الجهة التي عينته<sup>(١)</sup>. ونص القانون المدني المصري على أنه يجوز للمصفي أن يبيع مال الشركة منقولاً أو عقاراً إما بالمزاد، وإما بالممارسة، ما لم ينص في أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة<sup>(٢)</sup>. ولا يقتصر حق المُصفي في بيع عقارات الشركة على الحالة التي يكون فيها البيع ضرورياً لتسوية الديون، بل يثبت له ذلك الحق أيضاً في جميع الحالات مادامت إرادة الشركاء لم تتصرف إلى قسمة أموال الشركة قسمة عينية أو استرداد الحصص التي تقدموا بها<sup>(٣)</sup>.

وجاء أيضاً قانون الشركات المصري بالنص صراحة على حق المُصفي في بيع مال الشركة منقولاً أو عقاراً<sup>(٤)</sup> بالمزاد العلني أو بأية طريقة أخرى، ما لم ينص في وثيقة تعيين المصفي على إجراء البيع بطريقة معينة<sup>(٥)</sup>.

وقد نص القانون التجاري الفرنسي على أنه ما لم تكن هناك موافقة بالإجماع من المساهمين، فإن نقل كل أو جزء من موجودات الشركة لشخص في حالة التصفية - والذي كان له صفة الشريك في الاسم، أو موصي، أو مدير، أو مدير عام،

(١) راجع فقرة ١، ٢ من المادة ٢٠٧ من نظام الشركات السعودي الجديد.  
(٢) المادة ٥٣٥ فقرة ٢ من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بشأن إصدار القانون المدني المصري.  
(٣) مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٠٥.  
(٤) مقتضى مدني ٣١ مارس ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض س ٣٠، ص ٩٩٧، "يكون للمصفي المعين لتصفية البنك ... بسبب هلاك رأس ماله بالخسارة - الحق في بيع موجودات البنك وأمواله، ومنها حق إيجار عين النزاع تحقيقاً لأغراض التصفية"؛ مشار إليه لدى: مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ٥٢٢.  
(٥) المادة ١٤٥، فقرة ٢ من قانون الشركات المصري.

أو عضو مجلس رقابة، أو عضو المجلس التنفيذي أو مدقق حسابات أو مراقب، لا يمكن أن يتم إلا بتصريح من المحكمة التجارية أو المصفي<sup>(١)</sup>.

ويحظر المُشْرَع الفرنسي نقل كل أو جزء من أصول الشركة في التصفية إلى المصفي أو موظفيه أو زوجاتهم أو خلفهم أو سلفهم<sup>(٢)</sup>. وحسناً ما فعله المُشْرَع الفرنسي بهذا النص لعدم فتح الباب في الشكوك وأي تلاعب يتم، ونوصي كلاً من المُشْرَع المصري والمنظم السعودي على النص على هذا الحظر.

وقد حدد المُشْرَع الفرنسي الحالات التي يتم التصريح بالنقل الإجمالي لأصول الشركة أو مساهمة الأصول إلى شركة أخرى، ولاسيما عن طريق الدمج في كل نوع من أنواع الشركات على النحو التالي<sup>(٣)</sup>:

- في الشراكات ذات الاسم الجماعي "شركات التضامن *sociétés en nom collectif*، بالإجماع من الشركاء.
- في شراكات التوصية البسيطة *sociétés en commandite simple*، من خلال إجماع الشركاء العموم وبأغلبية العدد ورأس مال الشركاء المساهمين.
- في الشركات ذات المسؤولية المحدودة *sociétés à responsabilité limitée*، بالأغلبية اللازمة لتعديل النظام الأساسي "اللوائح".
- في الشركات المساهمة *sociétés par actions*، في ضوء شروط النصاب والأغلبية المنصوص عليها في الاجتماعات الاستثنائية، بالإضافة إلى ذلك، في شراكات التوصية بالأسهم *sociétés en commandite par actions*، بموافقة بالإجماع من الشركاء العموم.

## ٦. المُصْفِيٌّ ممثلاً عن الشركة:

أكدت المادة (٢٠٧) من نظام الشركات السعودي على أن المُصْفِيٌّ يُعد ممثلاً للشركة أمام القضاء وأمام الغير، ويقوم بكافة الأعمال التي تقتضيها التصفية حتى انتهائها،

(١) Article 237-6 du code du commerce.

(٢) Article 237-7 du code du commerce.

(٣) Article L237-8 Modifié par Loi n°2003-7 du 3 janvier 2003 - art. 50 (V) JORF 4 janvier 2003.

وجاء نص المادة على ما يلي: "مع مراعاة القيود الواردة في قرار التصفية، يُمثل المُصَفِّي الشركة أمام القضاء والغير، ويقوم بجميع الأعمال التي تقتضيها التصفية، وبوجه خاص تحويل موجودات الشركة إلى نقد، بما في ذلك بيع المنقولات والعقارات بالمزاد أو بأي طريقة أخرى تكفل الحصول على أعلى ثمن حال".

وبناءً على ذلك، فإن من حق المُصَفِّي رفع الدعاوى على الغير للمطالبة بحقوق الشركة، كما أن الشركة تقاضي في شخصه، حيث إن المُصَفِّي ينوب عن الشركة أسوةً بمديرها، ولكنه لا ينوب عن الشركاء شخصياً ولا عن دائني الشركة<sup>(١)</sup>. والسؤال الذي لا بد من طرحه في هذا الشأن هو: ما جهة الاختصاص في النظام السعودي في ظل التطورات المتلاحقة للأنظمة القضائية بالمملكة- التي يلجأ لها المصفي؟

بشكل عام وبخصوص الدعاوى الناشئة عن النزاعات بين الشركاء في الشركة نجد أن الفقرة (ج) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية أخضعت النزاعات الناشئة بين الشركاء في الشركة لاختصاص المحاكم التجارية، وجاء النص عاماً ليشمل جميع أنواع الشركات، سواء كانت تجارية أو غير تجارية، وهذا ما أكدته قرار المجلس الأعلى للقضاء، والذي قضى بأن المحاكم التجارية تختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الشركاء في جميع أنواع الشركات سواء كانت شركات تجارية، أو مدنية، أو مهنية، أو مسمأة في الفقه، وحتى ولو كانت ذات نشاط عقاري<sup>(٢)</sup>، فتختص بالنظر في النزاعات الناشئة بين الشركاء في الشركات العقارية إذا كان غرض الشركة المضاربة أو الاستثمار ونحوهما في العقار دون تحديد عقار معين، أما إذا كان محل النزاع عقاراً معيناً، فلا تختص المحاكم التجارية بالنظر فيه لاعتباره مساهمة في عقار<sup>(٣)</sup>. كما تختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالتركتات

(١) محمد محمد أحمد سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص ٢١٦.  
(٢) البند (تاسعاً) من قرار المجلس الأعلى للقضاء، رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٤٣٩/٢/١٢ هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.  
(٣) البند (الحادي عشر) من قرار المجلس الأعلى للقضاء، رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٤٣٩/٢/١٢ هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

المتعلقة بالشركات، وذلك في حال تعلق المنازعة بعقد الشركة سواء كانت بين الورثة، أو مع بقية الشركاء أو الشركة، كطلب تصفيته أو محاسبة المدير أو الحراسة القضائية، ونحو ذلك<sup>(١)</sup>.

ويقوم المصفي أيضاً وفقاً لقانون الشركات المصري بتمثيل الشركة أمام القضاء وقبول الصلح والتحكيم<sup>(٢)</sup>، ويصبح المصفي الذي يتعين للقيام بالتصفية هو صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية وكذلك في جميع الدعاوى التي تُرفع من الشركة أو عليها<sup>(٣)</sup>، وتمثيل المصفي للشركة في فترة التصفية متعلق فقط بالأعمال التي تستلزمها التصفية وبالدعاوى التي تُرفع من الشركة أو عليها<sup>(٤)</sup>.

والمصفي يعتبر وكيلًا عن الشركة لا عن دائيتها<sup>(٥)</sup>، وهو وإن كان لا يُسأل قبل الشركاء سوى عن خطئه اليسير متى كان يباشر أعمال التصفية بدون مقابل، إلا أنه يُسأل بالنسبة للدائنين عن كل خطأ يرتكبه سواء كان سيرا أم جسيماً طالما قد ألحق ضرراً بهم<sup>(٦)</sup>.

ويعتبر المصفي صاحب الصفة الوحيدة في تمثيل الشركة في الدعاوى التي تُرفع منها أو عليها والذي يتعين عليه حصر دائتي الشركة من الغير أو الشركاء لتحديد ما لهم من حقوق في ذمتها حلت قبل انقضاء الشركة أو أثناء التصفية رُفعت بها دعاوى وصدرت بشأنها أحكام أو لم تُرفع، ثم القيام بالوفاء بها لكل منهم<sup>(٧)</sup>.

(١) البند (الثاني عشر) من قرار المجلس الأعلى للقضاء، رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/٢/١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

ولمزيد من التفصيل حول اختصاصات المحاكم التجارية في النظام السعودي طبقاً لآخر تعديلات، راجع: أحمد عبدالرحمن المجالي، المستحدث في الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية، وفقاً لأنظمة المملكة العربية السعودية - دراسة قانونية تحليلية، بحث منشور بمجلة الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، العدد الحادي عشر، شعبان ١٤٣٩، ص ٢١٣ وما بعدها.

(٢) المادة ١٤٥، فقرة ٣ من قانون الشركات المصري.

(٣) حكم نقض، منني، الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٢٥ ق، بتاريخ ١١/٢٤/١٩٦٠.

(٤) حكم نقض، منني، الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٥ ق، بتاريخ ٥/٧/١٩٧٩.

(٥) Mayson French and Ryan, company law, 15th edition, blacks tons LTD, London 1999, p.641

(٦) حكم نقض، منني، الطعن رقم ٣١١ لسنة ٤٣ ق، بتاريخ ١٧/٤/١٩٧٨.

(٧) حكم نقض، منني، الطعن رقم ٤٥٣٩ لسنة ٦٣ ق، بتاريخ ١٣/٢/٢٠٠١.

وهذا ما أقره القانون التجاري الفرنسي<sup>(١)</sup> حيث يقوم المُصَفِّي بعمليات التصفية، ويجوز له أن يقدم أو يتابع الإجراءات والدعاوى التي تدخل في نطاق اختصاص الوكيل القضائي<sup>(٢)</sup>.

فمن ضمن الصلاحيات والسلطات الممنوحة للمُصَفِّي بموجب القانون أن يقوم بالدفاع عن المصلحة الجماعية للدائنين الراغبين في اتخاذ إجراء بإقامة دعوى لدفع تعويضات ضد أي شخص، حتى لو كان صاحب دين والذي يرجع مصدره لما قبل صدور حكم فتح الإجراءات الجماعية، والذي قد أُدين بارتكاب أفعال غير مشروعة من أجل تقليل الأصول أو تفاقم الديون<sup>(٣)</sup>.

ووفقاً لأحكام المادة ٤٦، فقرة ١ (القانون التجاري، المادة 20-622 L، الفقرة رقم ١)، والمادة ١٤٨، الفقرة ٣ (القانون التجاري، المادة 4-641 L، الفقرة ١)، ذات النظام العام، يكون لممثل الدائنين، (المفوض القضائي) والذي قد انتقلت صلاحياته بعد ذلك إلى المُصَفِّي، يكون له فقط الصفة لإقامة دعوى باسم وللمصلحة الجماعية باسم الدائنين ولمصلحتهم الجماعية؛ فإن الدعوى الفردية التي يرفعها الدائن للمطالبة بالتعويض عن الضرر غير المتميز وعن الضرر الذي قد وقع للدائنين الآخرين، تكون غير مقبولة، وهذا الدفع بعدم قبول الدعوى لا بد وأن يتم توجيهه تلقائياً<sup>(٤)</sup>.

(١) Article 641-4 du code du commerce.

(٢) تطبيقاً لذلك، انظر حكم محكمة النقض الفرنسية:

"وحيث إنه وفقاً للحكم قيد الاستئناف المطعون عليه (الحكم الصادر عن محكمة Douai، 1 من يونيو 2017)، قد تم وضع شركة فينيل فرنسا (VFD) Vinyl France distribution (la société VFD) محل التسوية القضائية من خلال الحكم الصادر في 6 فبراير 2013، ويتم تحويل الإجراء إلى تصفية قضائية في 3 أبريل 2013، وقد أصبح السيد MX .... المصفي.

وحيث إن المحكمة قد رفضت الادعاءات "الطلبات" التي قدمها ضد السيد MY، مدير شركة VFD، والتي تستهدف إدانته بدفع كل أو جزء من ديون شركة VFD وإعلان إجراء الإفلاس الشخصي أو المنع من الإدارة، وقد قام السيد MX، بصفته، على هذا النحو، باستئناف الحكم".

Cour de cassation-chambre commerciale - Audience publique du 7 février 2018 - N° de pourvoi: 17-21822 - ECLI:FR:CCASS:2018:CO00113 - Non publié au bulletin- Rejet - Mme Mouillard (président), président.

(٣) Com. 16 nov.1993: Bull. civ. IV, no 408; D. 1994. 57, concl. Régis de Gouttes, rapp. Pasturel, note Derrida et Sortais

11 oct. 1994: Bull. civ. IV, no 279; D. 1994. IR 240; Bull. Joly 1994. 1342, note Le Cannu; LPA 16 juin 1995, p. 22, note Courtier.

Vallens, RTD com. 2001. 979 (double rôle du liquidateur).

(٤) Com. 4 oct. 2005: Bull. civ. IV, no 195; D. 2005. AJ 2805, obs. Lienhard.

ويجوز لممثل الدائنين في الشركة المعين، كُصِفَ قضاي للشركة، بعد تحويل الإجراء، أن يدَّعي بالحق المدني في دعاوى المرفوعة ضد مدير الشركة بسبب التعسف في استعمال أملاك الشركة<sup>(١)</sup>.

ويحق للمصفي القضائي أن يحتج في المصلحة الجماعية للدائنين، بأحكام المادة. L. 221-14، الفقرة الثانية، من القانون التجاري<sup>(٢)</sup>. ويكون المصفي الذي يخلف ممثل الدائنين (الممثل القانوني- الوكيل القضائي)، بهدف الدفاع عن مصالحهم الجماعية، طرفاً ثالثاً فيما يتعلق بعقد الرهن (التعهد) الذي أبرمه المدين قبل تصفيته القضائية، وبناءً على ذلك يكون لديه الحق للاعتراض على حجية الرهن وصحته، وليس من الأهمية بمكان أن يكون قد عرف شخصياً بوجود التعهد، بصفته ممثلاً للمدين<sup>(٣)</sup>.

ومن الأحكام التي أقرتها الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية أن الحق الذي تمنحه المادة ١١٦٧ من القانون المدني للدائنين (الدعوى البوليسية) يجوز أيضاً أن يتم ممارسته من قِبَل المصفي، باسمهم ولمصلحتهم الجماعية<sup>(٤)</sup>. فمن صلاحيات المصفي أن يباشر الدعوى البوليسية من أجل مصلحة الدائنين.

يتم كل ما سبق إذا أنهى المصفي مهمته على أكمل وجه. وهنا يُثار التساؤل التالي، وهو: ما الوضع إذا وجد المصفي أنه يستحيل سداد الديون وأن الموجودات

---

Vallens, RTD com. 2001. 979 (double rôle du liquidateur).

<sup>(١)</sup> Crim. 12 oct. 1995: Bull. crim. no 305; RJDA 1996, no 65.

Vallens, RTD com. 2001. 979 (double rôle du liquidateur).

<sup>(٢)</sup> Com. 25 sept. 2012, no 11-30.018 P: D. 2012. Actu. 2303, obs. Lienhard; Rev. sociétés 2012. 729, obs. Henry; Act. proc. coll. 2012, no 262, obs. Fin-Langer; LEDEN oct. 2012, p. 4, obs. J.-P. Sénéchal; Bull. Joly 2012. 870, note F.-X. Lucas; RJDA 2013, no 60; Bull. Joly Entrep. diff. 2013. 15, obs. Tagliarino-Vignal; LPA 15 avr. 2013, p. 12, obs. Thomas.

Vallens, RTD com. 2001. 979 (double rôle du liquidateur).

<sup>(٣)</sup> Com. 23 janv. 2001: Bull. civ. IV, no 20; D. 2001. AJ 779, obs. Lienhard; Defrénois 2001. 942, obs. Théry.

Vallens, RTD com. 2001. 979 (double rôle du liquidateur).

<sup>(٤)</sup> Civ. 1re, 13 juill. 2004: LPA 13 avr. 2005, p. 3, note Lécuyer Rouen, 27 janv. 1999: RJDA 1999, no 837.

V. aussi notes ss. art. L. 622-20.

Vallens, RTD com. 2001. 979 (double rôle du liquidateur).

نقل قيمتها عن قيمة ديون الشركة، ويصعب توفيق الأوضاع، هل يحق للمصفي طلب إعلان إفلاس الشركة؟

أنهت هذه الإشكالية العديد من قرارات هيئة التدقيق، حيث تقرر أنه ليس من صلاحية المصفي طلب إعلان إفلاس الشركة؛ لأنه ليس صاحب صفة وإنما كان يتعين عليه أن يتفاوض مع أصحاب الشركة والمسؤولين عن تعاملاتها عما إذا كانوا يرغبون إيقاف التصفية والتقدم لديوان المظالم وقتها- أصبحت وزارة العدل الآن- بطلب إعلان إفلاس الشركة، فإن لم يستجيبوا له، فإن عليه إبلاغ الدائنين بأن حصيلة التصفية لا تكفي لسداد ديونهم، وما إذا كان أحدهم يرغب في التقدم للديوان بطلب إيقاف التصفية وإعلان إفلاس الشركة. وعليه، فإن إعلان الإفلاس إما أن يكون بطلب من المفلس مباشرة أو بطلب من أحد غرمائه، ولا شك أن المصفي ليس هو المفلس<sup>(1)</sup>.

#### • ثانيًا- المسؤولية عن أعمال المصفي:

ذكرنا سابقًا أن مسؤولية المصفي وسلطاته تأتي نتيجة تعيينه عن طريق عقد تأسيس الشركة، أو حكم المحكمة، أو القرار الصادر من أغلبية الشركاء بتعيينه. ونص المشرع الفرنسي صراحة على مسؤولية المصفي بأنه يكون مسئولًا، تجاه الشركة وكذلك تجاه الغير عن العواقب الضارة للأخطاء التي ارتكبها في أداء مهامه ووظائفه<sup>(2)</sup>.

وإذا تعدد المصفون وجب عليهم أن يعملوا مجتمعين، ولا تكون تصرفاتهم صحيحة إلا بإجماعهم، ما لم ينص قرار تعيينهم أو تصرح لهم الجهة التي عينتهم بالعمل على انفراد. ويكونون مسؤولين بالتضامن عن تعويض الضرر الذي يصيب

(1) انظر قرارات هيئة التدقيق: ١٨٤/ت/٤ لعام ١٤١٥ هـ، وقرار رقم ١٨٣/ت/٤ لعام ١٤١٥ هـ، وقرار رقم ٣٨/ت/٤ لعام ١٤١٦ هـ، مشار إليهم لدى: نايف بن سلطان الشريف، زيد بن أحمد القرشي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ١٧١.

(2) Article L237-12: "Le liquidateur est responsable, à l'égard tant de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes par lui commises dans l'exercice de ses fonctions".

الشركة أو الشركاء أو الغير نتيجة تجاوزهم حدود سلطاتهم أو نتيجة الأخطاء التي يرتكبونها في أداء أعمالهم<sup>(١)</sup>.

#### ▪ مسؤولية الشركة عن أعمال المصفي:

تلتزم الشركة بكل تصرف يجريه المصفي باسمها إذا كان مما تقتضيه أعمال التصفية، ولو جاوز القيود الواردة على سلطة المصفي أو استعمل المصفي توقيع الشركة لحسابه الخاص إلا إذا كان من تعاقد مع المصفي سيئ النية<sup>(٢)</sup>. وكل دين ينشأ عن أعمال التصفية يُدفع من أموال الشركة بالأولوية على الديون الأخرى<sup>(٣)</sup>.

#### ▪ مسؤولية المصفي قبل الشركة والغير:

لا يجوز للمصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة إلا إذا كانت لازمة لإتمام أعمال سابقة، وإذا قام المصفي بأعمال جديدة لا تقتضيها التصفية كان مسؤولاً في جميع أمواله عن هذه الأعمال، وإذا تعدد المصفون كانوا مسؤولين بالتضامن، ولا يجوز للمصفي أن يبيع موجودات الشركة جُملةً إلا بإذن من الجمعية العامة أو جماعة الشركاء على حسب الأحوال<sup>(٤)</sup>.

ويُسأل المصفي قبل الشركة إذا أساء تدبير شؤونها خلال مدة التصفية، كما يُسأل المصفي عن تعويض الضرر الذي يلحق المساهمين أو الشركاء أو الغير بسبب أخطائه<sup>(٥)</sup>.

فالمصفي يعتبر وكيلاً عن الشركة لا عن دائيتها، وهو وإن كان لا يُسأل قبل الشركاء سوى عن خطئه اليسير متى كان يباشر أعمال التصفية بدون مقابل، إلا أنه يُسأل بالنسبة للدائنين عن كل خطأ يرتكبه سواء كان يسيراً أم جسيماً طالما قد ألحق ضرراً بهم، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية<sup>(٦)</sup>.

(١) المادة ٢٠٦ من نظام الشركات السعودي الجديد.

(٢) المادة ١٤٧ من قانون الشركات المصري.

(٣) المادة ١٤٨ من قانون الشركات المصري.

(٤) المادة ١٤٤ من قانون الشركات المصري.

(٥) المادة ١٥٤ من قانون الشركات المصري.

(٦) حكم نقض، مدني، الطعن رقم ٣١١ لسنة ٤٣ ق، بتاريخ ١٧/٤/١٩٧٨، مكتب قني ٢٩، رقم الجزء ١، رقم الصفحة ١٠١٢.

كما حُكِّمَ بمسؤولية المصفي الذي لم يوفِّ بِدَيْنٍ لأحد موظفي الشركة تحت التصفية، رغم كونه دَيْنًا حَالًا وملزمًا للشركة، مما يترتب عليه عدم استحقاقه لدَيْنَه في الوقت المناسب، فضلًا عن مسؤولية المصفي قِبَل الشركة إذا أساء تدبير شؤونها خلال فترة التصفية، أو قام ببيع موجوداتها جملةً بدون إذن الجمعية العامة أو جماعة الشركاء، بالإضافة إلى أنه - أي المصفي - يُسأل عن تعويض الأضرار التي تلحق الشركة أو الغير أو الشركاء بحسب أخطائه<sup>(١)</sup>.

ومن خلال العرض السابق عن مسؤولية المصفي، يتبيَّن لنا أن هناك نوعين من المسؤولية، وهما: المسؤولية العقدية، والتي تحدث نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدي، قوامه القواعد العقدية. والنوع الثاني هو المسؤولية التقصيرية، نتيجة الإخلال بالتزام تقصيري، قوامه القواعد العامة، وتتضمن المسؤولية التقصيرية مسؤولية الشخص المعتاد.

ولقيام المسؤولية العقدية للمصفي لابد من توافر أركان المسؤولية العقدية، وهي: الخطأ، والضرر، وارتباط الضرر بالحاصل بالخطأ<sup>(٢)</sup>.

أمَّا المسؤولية التقصيرية، فتتضمن العمل غير المشروع، بقصد أو بدون قصد، ولا تكون ناشئة عن عقد، وتقوم هذه المسؤولية على ثلاثة أركان، وهي:

- الفعل الضار.

- الضرر.

- العلاقة السببية بين الفعل والضرر.

كما أن المسؤولية التقصيرية تكون ناشئة عن مخالفة القانون<sup>(٣)</sup>.

وتتحقق مسؤولية المصفي عند قيامه بفعل معين يلحق ضررًا، ويكون هذا الفعل مخالفًا للقانون، أو عندما يقوم المصفي بترك عمل معين يكون من شأنه أن يلحق ضررًا، مثل أن يتجاهل المُدَد القانوني لرفع الدعاوى لمصلحة الشركة<sup>(١)</sup>.

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٦٧، ٢٦٨.

(٢) شادي علي العقلة، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مجلد 2، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٨٤٧ وما بعدها.

## المطلب الثالث

### أجر المصفي

أوجب النظام السعودي أن يشتمل قرار التصفية- سواء أكانت اختيارية أم قضائية- على تعيين المصفي، وتحديد سلطاته وأتاعبه<sup>(٢)</sup>، وهو ما قرره المشرع المصري أيضاً، فللمصفي أن يتقاضى أجراً عن عمله، وتتولى المحكمة تقدير أجر المصفي إذا لم يتم تقدير الأجر في أمر تعيينه، وتراعي المحكمة عند تقدير أجر المصفي الأعمال التي قام بها ومدى جهده في تنفيذ أحكام التصفية ومدة التصفية، وحيث إننا بصدد وكالة تجارية، الأصل فيها أنها مأجورة، ولسنا بصدد وكالة مدنية، فإنه لا محل لتطبيق حكم المادة (٧٠٩) من القانون المدني المصري والتي تقضي بأن الوكالة تبرعية ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك<sup>(٣)</sup>.

وقد نص قانون الشركات المصري على أن تُعين الجمعية العامة مُصفيًا أو أكثر وتحدد أتاعبهم، ويكون تعيين المُصفين من بين المساهمين أو الشركاء أو غيرهم، وفي حالة صدور حكم بحل الشركة أو بطلانها تبين المحكمة طريقة التصفية كما تعين المصفي وتحدد أتاعبه، فإذا لم تحدد أتاعب المصفي في وثيقة تعيينه حددتها المحكمة<sup>(٤)</sup>.

وقد يكون الأجر المقدم للمصفي راتباً شهرياً، أو مبلغاً مقطوعاً يتم دفعه للمصفي عند انتهاء عملية التصفية، وفي الغالب تكون الصفة التي عليها الأجر راتباً شهرياً، وذلك بناءً على طبيعة المدة التي تستغرقها عملية التصفية، وللمصفي الحصول على هذا الأجر المقدر من قبل المحكمة بعد موافقتها بأن يقوم المصفي باستلام هذه الأجر<sup>(٥)</sup>.

(١) شادي علي العقلة، مرجع سابق، ص ٣٠، نقلًا عن مروان بدري الإبراهيم، تصفية الشركات المساهمة، ص ٢٨٤، ٢٨٥.

(٢) الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٥ من نظام الشركات السعودي الجديد.

(٣) "مبحة القايوبي، مرجع سابق ص ٢٦٤.

(٤) راجع المادتين ١٣٩، ١٤٩ من قانون الشركات المصري.

(٥) محمد فريد العريني، القانون التجاري، ج٢، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٩٥.

وإذا أنفق المُصْفِي شيئاً من المصروفات لأجل التصفية، فله الحق في مطالبة الشركاء بها، كما أن له أن يستوفيهما قبل حقوق دائني الشركة، باعتبارها من المصروفات القضائية الممتازة التي تم إنفاقها من أجل مصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث

#### مدة التصفية وانتهاؤها والآثار المترتبة عليها

سنتناول في هذا المبحث مدة التصفية في النظام السعودي والقوانين المقارنة محل البحث، وأيضاً سنتطرق إلى انتهاء عملية التصفية ووقفها طبقاً لهذه الأنظمة، وبيان النتائج المترتبة على انتهاء التصفية، وذلك في مطلبين على النحو التالي:

- المطلب الأول: مدة التصفية.
- المطلب الثاني: انتهاء التصفية والآثار المترتبة عليها.

#### المطلب الأول

##### مدة التصفية

لم يحدد نظام الشركات السعودي القديم مدة محددة لإنجاز التصفية، إلا أن هيئة التدقيق التجاري بديوان المظالم كانت بيّنت في قرارها رقم (١٢٢/ت/٤ لعام ١٤١٢هـ) أن: "النص المطلق يقتضي الفورية، والفورية تحدد على ضوء ما يقتضيه الحال ومجريات الأمور بحيث إذا تجاوزت مدة التأخير الفترة المعقولة، أمكن القول بوجود إهمال وعدم تنفيذ للواجب"<sup>(٢)</sup>.

ومنعاً للتسويق والمماطلة في الوفاء بحقوق الغير المتعلقة بذمة الشركة، فقد استحدث نظام الشركات السعودي الجديد نصاً لم يكن يشتمل عليه النظام السابق، فقد

(١) حيث نصت المادة ١١٣٨ من القانون المدني المصري على أن المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، لها امتياز على ثمن هذه الأموال، وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم. وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع. وانظر أيضاً: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٢) نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ١٧١.

أوجب النظام الجديد ألبا تتجاوز مدة التصفية الاختيارية خمس سنوات، ولا يجوز تمديدها لأكثر من ذلك إلبا بأمر قضائي<sup>(١)</sup>.

والسؤال الذي يتبادر للذهن الآن، هو:

هل تحديد مدة معينة للتصفية أمر مناسب، وعلى أي أساس تم اختيار مدة الخمس سنوات رغم اختلاف رؤوس أموال الشركات عن بعضها البعض واختلاف العمليات والإجراءات التي يقوم بها المصفي من شركة لأخرى؟

نحن نرى ضرورة وجود معيار ثابت لتحديد المدة، وليكن معيار رأس المال وتقسيم الشركات إلى:

- شركات صغيرة رأس المال، ولا تزيد مدة التصفية على سنة.
- شركات متوسطة رأس المال، ولا تزيد مدة التصفية على ثلاث سنوات.
- شركات ذات رؤوس أموال ضخمة وكبيرة، فتكون مدة التصفية خمس سنوات.

ولم يشترط المشرع في قانون الشركات المصري مدة معينة لإتمام أعمال التصفية، أمأ إذا تضمن عقد الشركة مدة محددة، يجب على المصفي مراعاتها، إلا إذا كان هناك ما يدعو لإطالتها، وهنا يجب اتباع الإجراءات التي يتطلبها عقد الشركة لمد أجل التصفية، إذا كان العقد متضمناً لها، وإلبا يجب اتفاق الشركاء، وتحدد المحكمة المدة الإضافية اللازمة لأعمال التصفية إذا تعذر اتفاق الشركاء<sup>(٢)</sup>.

ومدة التصفية هي الأجل اللازم للانتهاء من أعمال التصفية وفقاً لطبيعة أعمال الشركة محل التصفية، وذلك إذا كان العقد خالياً من مدة معينة لإجراء التصفية، وقد نصت المادة (١٥٠) من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنه: "يجب على المصفي إنهاء التصفية في المدة المحددة لذلك في وثيقة تعيينه، وإذا لم تحدّد هذه المدة جاز لكل شريك أو مساهم أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتعيين المدة

(١) الفقرة الرابعة من المادة ٢٠٥ من نظام الشركات الجديد، وانظر أيضاً: زهير بن سليمان الحريش، الوجيز في شرح نظام الشركات السعودي، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٢) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

التي يجب أن تنتهي فيها التصفية<sup>(١)</sup>، كما قررت المادة نفسها في الفقرة الثانية منها على أنه: "يجوز مدّ المدة المعينة للتصفية بقرار من الجمعية العامة أو جماعة الشركاء بعد الاطلاع على تقرير من المصفي يذكر فيه الأسباب التي حالت دون إتمام التصفية في المدة المعينة لها"، غير أنه إذا كانت مدة التصفية معينة من المحكمة فلا يجوز مدها إلا بإذن منها.

بينما قرّر المشرّع الفرنسي ألا تزيد أعمال التصفية على ثلاث سنوات (م ١/٤٠٩)، كما يمكن تجديدها بالشروط التي تم تعيين المصفي بها، وإذا لم يتفق الشركاء فيما بينهم على مدة التجديد يقوم القاضي بتجديد مدة التصفية المتفق عليها في العقد (م ٢/٩٤٠). ولكل ذي مصلحة أن يطلب من القاضي المختص بناءً على صدور (م ٨٤٤/٨) مدني، قفل التصفية وإنهاء أعمالها إذا لم تكن قد انتهت خلال الثلاث سنوات المحددة بقانون ١٩٦٦<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### انتهاء التصفية والآثار المترتبة عليها

#### • أولاً - قفل التصفية وانتهاءها:

متى تمت التصفية وتحدّد الصافي من أموال الشركة انتهت مهمة المصفي، وزالت الشخصية المعنوية للشركة نهائياً، ويصبح الشركاء ملاكاً على الشيوع للصافي من أموالها، وتتم قسمته بينهم. ومن ثم يلتزم المصفي بتقديم حساب عن أعماله إلى الشركاء وأن يضع بين أيديهم الأموال الباقية التي تصبح ملكاً مشاعاً للشركاء تجرى قسمته بينهم<sup>(٢)</sup>.

يقدم المصفي عند انتهاء أعمال التصفية طبقاً للنظام السعودي تقريراً مالياً تفصيلياً عما قام به من أعمال، وتنتهي التصفية بتصديق الجهة التي عينت المصفي

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٧١.

(٢) مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

على هذا التقرير، ويشهر المصفي انتهاء التصفية بطرق الإشهار المقررة لما يطرأ على عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي من تعديلات<sup>(١)</sup>.

وعند قفل التصفية، أوجب القانون المصري على التاجر أو مَنْ يؤول إليه المحل التجاري أو الممثلين القانونيين للشخص الاعتباري حسب الأحوال أن يطلبوا طبقاً للأوضاع المقررة محو القيد من السجل التجاري في الأحوال الآتية:

١. اعتزال التاجر تجارته، ومغادرته البلاد نهائياً أو وفاته.
٢. انتهاء تصفية الشخص الاعتباري أو توقُّف نشاطه.

ويجب تقديم طلب محو القيد المنصوص عليه خلال شهر من تاريخ الواقعة التي تستوجبها، فإذا لم يقدم صاحب الشأن طلب المحو كان على مكتب السجل التجاري أن يحو القيد من تلقاء نفسه بعد التحقق من السبب الموجب له. وعلى المكتب في هذه الحالة أن يبلغ ذلك إلى صاحب الشأن خلال العشرة أيام التالية بكتاب موصى عليه يعلم الوصول، وأن يخطر الجهات الإدارية المختصة لاتخاذ الإجراءات المترتبة عليه<sup>(٢)</sup>.

وأوجب قانون الشركات المصري على المصفي إنهاء التصفية في المدة المحددة لذلك في وثيقة تعيينه، فإذا لم تحدد هذه المدة جاز لكل شريك أو مساهم أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتعيين المدة التي يجب أن تنتهي فيها التصفية، ويجوز مَد المدة المعينة للتصفية بقرار من الجمعية العامة أو جماعة الشركاء بعد الاطلاع على تقرير من المصفي يذكر فيه الأسباب التي حالت دون إتمام التصفية في المدة المعينة لها، وإذا كانت مدة التصفية معينة من المحكمة فلا يجوز مدها إلا بإذن منها<sup>(٣)</sup>.

ويقدم المصفي إلى الجمعية العامة أو جماعة الشركاء حساباً ختامياً عن أعمال التصفية، وتنتهي أعمال التصفية بالتصديق على الحساب الختامي، ويقوم المصفي بإشهار انتهاء التصفية في السجل التجاري وفي صحيفة الشركات، ويتم طبقاً

(١) الفقرة الرابعة والخامسة من المادة ٢٠٩ من نظام الشركات السعودي الجديد.  
(٢) انظر المادة ١٠، ١١ من قانون رقم 34 لسنة 1976 بشأن السجل التجاري، جمهورية مصر العربية، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 19 تابع، بتاريخ 1976/٥/١ معمول به من تاريخ 1976/٨/١.  
(٣) المادة ١٥٠ من قانون الشركات المصري.

للقانون الفرنسي نشر إشعار إغلاق التصفية وفقاً للطرق والإجراءات المحددة بموجب مرسوم في مجلس الإدارة<sup>(١)</sup>، ولا يُحتج على الغير بانتهاء التصفية إلا من تاريخ إظهاره في السجل التجاري، ويطلب المصفي بعد انتهاء التصفية شطب قيد الشركة من السجل التجاري<sup>(٢)</sup>.

وأخيراً، يتم حفظ دفاتر الشركة ووثائقها لمدة عشر سنوات من تاريخ شطب الشركة من السجل التجاري في مكتب السجل الذي يقع في دائرته المركز الرئيسي للشركة، ما لم تعين الجمعية العامة أو جماعة الشركاء مكاناً آخر لحفظ الدفاتر والوثائق<sup>(٣)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أنه لا ينتهي عمل المصفي بوفاة الشركاء أو إشهار إفلاسهم أو إعسارهم أو بالحجز عليهم ولو كان معيناً من قبلهم<sup>(٤)</sup>. وذلك لأنه ممثل للشركة وليس للشركاء.

#### • ثانياً- الآثار المترتبة على إنهاء التصفية:

ينتج العديد من الآثار والنتائج المترتبة على إنهاء التصفية، ونتناولها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

##### ١. تقديم حساب ختامي:

يجب على المصفي تقديم حساب ختامي عن أعمال التصفية إلى الجمعية العامة أو جماعة الشركاء، وتنتهي أعمال التصفية عند التصديق على الحساب الختامي<sup>(٥)</sup>.

وقد نص المشرع الفرنسي على أن يتم استدعاء المساهمين "الشركاء"، بما في ذلك حاملو الأسهم الذين ليس لديهم حق التصويت في نهاية التصفية لاتخاذ قرار

(١) Article L237-11: "L'avis de clôture de la liquidation est publié selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat".

(٢) المادة ١٥٢ من قانون الشركات المصري.

(٣) المادة ١٥٣ من قانون الشركات المصري.

(٤) المادة ١٣٩ من قانون الشركات المصري.

(٥) وذلك وفقاً للمادة ٤/٢٠٩ من نظام الشركات السعودي الجديد، والمادة ١٥٢ من قانون الشركات المصري.

بشأن الحساب الختامي عند انتهاء المُصَفِّي من عمله، والتحقق من انتهاء وإغلاق التصفية.

وإذا تعذر ذلك، يجوز لأي شريك أن يطلب من المحكمة تعيين ممثل مفوض- وكيل لإجراء الاستدعاء<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الاجتماع الختامي المنصوص عليه في الفقرة السابقة- المادة L. 237-9- لا يمكن أن يتداول أو يرفض الموافقة على حسابات المصفي، فإنه يتم اتخاذ القرار من خلال أمر من المحكمة، بناءً على طلب من المُصَفِّي أو من أي طرف معني بالأمر<sup>(٢)</sup>.

## ٢. شطب قيد الشركة من السجل التجاري:

على المُصَفِّي أن يطلب شطب قيد الشركة من السجل التجاري، وتُحفظ دفاتر الشركة ووثائقها لمدة عشر سنوات من تاريخ شطب قيد الشركة من السجل التجاري الذي يقع في دائرته المركز الرئيسي للشركة، ما لم تُعين الجمعية العامة مكاناً آخر لحفظ الدفاتر والوثائق<sup>(٣)</sup>.

## ٣. توزيع نصيب الشركاء في الأرباح والخسائر (قسمة أموال الشركة):

على المُصَفِّي بعد سداد الديون أن يرد إلى الشركاء قيمة حصصهم في رأس المال، وأن يوزع عليهم الفائض بعد ذلك وفقاً لأحكام عقد تأسيس الشركة. فإن لم يتضمن العقد أحكاماً في هذا الشأن، وزع الفائض على الشركاء بنسبة حصصهم في رأس المال. وإذا لم يكفِ صافي موجودات الشركة للوفاء بحصص الشركاء، وزُعت الخسارة بينهم بحسب النسبة المقررة في توزيع الخسائر<sup>(٤)</sup>.

ونص القانون المدني المصري على أنه إذا لم يبيّن عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال، فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح، وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب

(١) Article L237-9

(٢) Article L237-10

(٣) راجع المادتين ١٥٢، ١٥٣ من قانون الشركات المصري.

(٤) المادة ٢٠٨ من نظام الشركات السعودي الجديد.

في الخسارة، وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل. فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أي شيء آخر، كان له نصيب عن العمل وآخر عملاً قدمه فوقه<sup>(١)</sup>.

ولا يحق للشريك استرداد حصته في رأس المال قبل إجراء التصفية؛ وتأكيداً لذلك ما قضت به محكمة النقض، حيث حكمت بأنه قبل إجراء تصفية الشركة لا يجوز للشريك أن يسترد حصته في رأس مالها؛ لأن هذه التصفية هي التي تحدد صافي مال الشركة الذي يجوز قسمته بين الشركاء وتكون دعوى الشريك باسترداد حصته في رأس مال الشركة قبل حصول التصفية غير مقبولة لرفعها قبل الأوان<sup>(٢)</sup>.

#### ٤. عدم سماع الدعوى الناشئة عن الشركة:

وحول تقادم دعوى المسؤولية ضد المُصفي<sup>(٣)</sup> نص المشرع السعودي على أنه فيما عدا حالي الغش والتزوير، لا تُسمع الدعوى ضد المُصفي بسبب أعمال التصفية أو ضد الشركاء بسبب أعمال الشركة أو ضد المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة أو مراجع الحسابات بسبب أعمال وظائفهم بعد انقضاء خمس سنوات على إشهار انتهاء التصفية وفق أحكام المادة (التاسعة بعد المائتين) من هذا النظام وشطب قيد الشركة من السجل التجاري وفقاً لنظام السجل التجاري، أو ثلاث سنوات من انتهاء عمل المُصفي؛ أيهما أبعد<sup>(٤)</sup>.

وقد وضع المُنظم هذه المادة حسماً للمنازعات وسعيًا وراء تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية لفئات محددة، وهم: المصفون والمديرون أو أعضاء مجلس الإدارة أو مراجعو الحسابات، حتى لا يُفاجأ هؤلاء الأشخاص بدعوى تُرفع عليهم بعد مرور مُددٍ طويلة على انقضاء الشركة<sup>(٥)</sup>.

(١) راجع المادة ٥١٤ من القانون المدني المصري، رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.  
(٢) حكم نقض، مدني، الطعن رقم ١٢٠٠ لسنة ٥٤ ق، بتاريخ ١٩٨٨/٢/٤، مكتب فني ٣٩، رقم الجزء ١، رقم الصفحة ٢٠٢.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن مرور الزمن لا يكسب حقاً ولا يسقط حقاً في الفقه الإسلامي، استناداً إلى القاعدة الفقهية (الحق لا يسقط بالتقادم) (مجلة الأحكام العدلية/ م ١٦٧٤). "ولكن الفقه الإسلامي يرى أن ترك المدعي الدعوى زمناً معيَّناً يدل على عدم الحق ظاهراً، وبذلك فهو يقضي بمنع سماع الدعوى بعد مُضي المدة بمقتضى تلك القرينة، وقاعدة عدم سماع الدعوى لمرور الزمن في الفقه الإسلامي لا تعني أن القاضي سيمتنع عن نظر النزاع إذا مضت المدة، فالدعوى في الشريعة الإسلامية تُقبل دائماً مهما مرَّ عليها الزمن، أي سواء مرَّ عليها المدة أو لم تمض. وإنما المقصود بهذا المبدأ أن الحق قبل مُضي المدة يجوز إثباته وفقاً للقواعد العامة للإثبات، أما بعد مُضي المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى، فلا يجوز إثباته إلا باعتراف المدين. انظر في التفريق بين التقادم المسقط وقاعدة عدم سماع الدعوى بمضي المدة: أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، ٢٠٠٧، نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٤) المادة ٢١٠ من نظام الشركات السعودي الجديد.  
(٥) نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ١٧٤.

ونص أيضاً المُشرع المصري على ألا تُقبل الدعاوى التي يقيمها المساهمون أو الشركاء ضد بعضهم البعض بعد مُضيّ خمس سنوات من تاريخ انتهاء أعمال التصفية، كما لا تُقبل الدعاوى التي يقيمها الغير ضد المساهمين أو الشركاء بعد مُضيّ ذات المدة من تاريخ إشهار انتهاء التصفية في السجل التجاري، ولا تُقبل الدعاوى التي تُقام على المُصفي لارتكابه خطأ في أعمال التصفية بعد مُضي ثلاث سنوات من تاريخ ارتكابه الخطأ من تاريخ العلم به ما لم يكن هذا الخطأ صادرًا عن غش أو تدليس، فلا يسقط الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة إلا بعد مُضي خمسة عشر عامًا من تاريخ انتهاء أعمال التصفية<sup>(1)</sup>.

ونص المُشرع الفرنسي على أن تتقدم جميع الدعاوى ضد الشركاء غير المُصفيين أو زوجاتهم أو ورثتهم أو المتنازل لهم (أصحاب الحق لديهم) بعد خمس سنوات من نشر حل الشركة في السجل التجاري وسجل الشركات<sup>(2)</sup>، وتتقدم دعوى المسؤولية ضد المُصفيين وفقًا للشروط المنصوص عليها في المادة 225-254 L.<sup>(3)</sup> وباستقراء هذه الشروط نجد أنها<sup>(4)</sup>: تتقدم دعوى المسؤولية تجاه المديرين أو المدير الإداري العام، سواء كان جماعيًا أو فرديًا بعد مدة ثلاث سنوات من تاريخ حدوث الضرر "الفعل الضار" أو إذا ما قد تم إخفاء الكشف عنه، ومع ذلك، فعندما يتم تكييف الفعل بأنه جريمة، تتقدم الدعوى بعد عشر سنوات.

وتخضع دعوى المسؤولية التي أقامها الغير ضد وكيل قضائي في تصفية الشركات للتقدم الذي وضعته المادة 1-2270، 2224 من القانون المدني الفرنسي<sup>(5)</sup>.

(1) المادة 104 مكرر من قانون الشركات المصري.

(2) Article L237-13: "Toutes actions contre les associés non liquidateurs ou leurs conjoint survivant, héritiers ou ayants cause, se prescrivent par cinq ans à compter de la publication de la dissolution de la société au registre du commerce et des sociétés".

(3) Article L237-12: "L'action en responsabilité contre les liquidateurs se prescrit dans les conditions prévues à l'article L. 225-254".

(4) Article L225-254 - Modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 107  
L'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans.

(5) Com. 3 juill. 2007: Bull. civ. IV, no 183; D. 2007. AJ 2108, obs. Lienhard; Act. proc. coll. 2007, no 170, obs. Regnaut-Moutier; Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 36, obs. Gorrias; Procédures 2007, no 253, obs. Croze.

بعد أن تم بحث دور المصفي في تصفية الشركات المساهمة في النظام السعودي والقوانين المقارنة، وذلك من جميع الجوانب وبالتطرق للنصوص القانونية والآراء الفقهية والتطبيقات القضائية، توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج، وبعض من التوصيات التي يوصى باتباعها، وسنتطرق لها في عدة نقاط على النحو التالي:

أولاً- النتائج:

من خلال بحثنا المتواضع، توصلنا إلى العديد من النتائج، يمكن حصرها على النحو التالي:

- تتشابه أسباب انقضاء الشركات المساهمة في كل من النظام السعودي والقانون المصري إلى حد كبير.
- تلاحظ لدينا من خلال البحث أن التصفية في القانون الفرنسي غالباً ما تكون عملاً مؤسسياً في صورة شركة مستقلة ذات شخصية اعتبارية نشاطها تصفية الشركات.
- لا بد أن يُضاف إلى اسم الشركة أثناء مرحلة التصفية عبارة "تحت التصفية"؛ تفادياً لتعرض المصفي للمسؤولية عما قد يترتب على مخالفة ذلك من أضرار بالغة.
- في حالة عدم اتفاق الشركاء على تعيين المصفي، فإن المحكمة هي صاحبة الاختصاص في تعيينه وتحديد صلاحياته.
- لم يُشر المشرع السعودي على كيفية عزل المصفي بخلاف القانون المصري.
- يحظر المشرع الفرنسي نقل كل أو جزء من أصول الشركة في التصفية إلى المصفي أو موظفيه أو زوجاتهم أو خلفهم أو سلفهم. وحسباً ما فعله المشرع الفرنسي بهذا النص لعدم فتح الباب في الشكوك ومنعاً لأي تلاعب قد يتم.
- ليس من صلاحية المصفي طلب إعلان إفلاس الشركة؛ لأنه ليس صاحب صفة، وإنما يتعين عليه أن يتفاوض مع أصحاب الشركة والمسؤولين عن

تعاملاتها عما إذا كانوا يرغبون في إيقاف التصفية والتقدم لوزارة العدل بطلب إعلان إفلاس الشركة، فإن لم يستجيبوا له، فإن عليه إبلاغ الدائنين بأن حصيلة التصفية لا تكفي لسداد ديونهم وما إذا كان أحدهم يرغب في التقدم بطلب إيقاف التصفية وإعلان إفلاس الشركة. وعليه، فإن إعلان الإفلاس إما أن يكون بطلب من المفلس مباشرة أو بطلب من أحد غرمائه، ولا شك أن المصفي ليس هو المفلس.

- استحدث نظام الشركات السعودي الجديد نصاً لم يكن يشتمل عليه النظام السابق، فقد أوجب النظام الجديد ألا تتجاوز مدة التصفية الاختيارية خمس سنوات، ولا يجوز تمديدها لأكثر من ذلك إلا بأمر قضائي.
- مدة التصفية مُحدّدة في النظام السعودي خمس سنوات وغير محددة في القانون المصري.
- في حالة إقامة دعوى لطلب تصفية الشركة، لا بد أن يكون الطلب من ذي صفة، مع وجود أسباب تبرر طلب التصفية.
- يُسأل المصفي عن تعويض الأضرار التي تلحق الشركة أو الغير- أثناء مرحلة التصفية- بحسب أخطائه.
- على المُصفي تقديم حساب ختامي عن أعمال التصفية إلى الجمعية العامة أو جماعة الشركاء، وتنتهي أعمال التصفية عند التصديق على الحساب الختامي.
- إذا كان هناك ما يدعو لعزل المُصفي وتعيين غيره، فإن الرأي المستقر حول صاحب الحق في عزله، هو الجهة التي قامت بتعيينه.
- لم يُشر النظام السعودي إلى إشكالية الاحتجاج لدى الغير في حالة التصفية، فاكتمل بإلزام المُصفي أن يشهر القرار بطرق الإشهار المقررة لتعديل عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي فقط.

## ثانياً التوصيات:

من خلال بحثنا حول دور المصفي في تصفية شركات المساهمة في النظام السعودي مقارنةً مع القانونين المصري والفرنسي، توصلنا إلى العديد من التوصيات التي نرى من وجهة نظرنا أنه لو تم الأخذ بها بعين الاعتبار من المُنظَّم السعودي والمُشرع المصري لثم إيجاد العديد من الحلول في العقبات التي تواجه المُصفي في عمله، كما تسهل الرقابة على عمل المُصفي، وتسرع من عملية التصفية، وإنهائها على أفضل وجه. ويمكن حصر هذه التوصيات على النحو التالي:

- نوصي بضرورة أن يشير المنظم السعودي إلى كيفية وطريقة عزل المُصفي.
- حسناً فعل المشرع المصري بعدم تحديد مدة التصفية لاختلاف الظروف والوضع المالي لكل شركة عن الأخرى، وكان لا بد للمُنظم السعودي أن يأخذ ذلك في الاعتبار ولا يحدد مدة الخمس سنوات، فقد تكون قصيرة لبعض الشركات، وقد تكون بالنسبة لوضع بعض الشركات الأخرى طويلة، مما يؤدي إلى تقاعس المُصفي وإطالة عمله، وإن كنا نرى ونفضل وجود معيار ثابت لتحديد مدة التصفية في القانون المصري والنظام السعودي، وليكن معيار رأس المال وتقسيم الشركات إلى شركات ذات رأس المال الصغير ولا تزيد مدة التصفية فيها على سنة، وشركات متوسطة رأس المال ولا تزيد مدة التصفية فيها على ثلاث سنوات، وشركات ذات رؤوس أموال ضخمة وكبيرة، فتكون مدة التصفية فيها خمس سنوات.
- يوصى بالتشديد على المُصفي بعدم القيام بأية أعمال جديدة أثناء التصفية، إلا إذا كانت لازمة لإتمام أعمال سابقة على الانقضاء، وتفعيل الدور الرقابي على المصفي في هذا المحور خصوصاً.
- يوصى بتحديد أجر للمصفي عن عمله مُسبقاً، يتناسب مع حجم عمله ورأس مال الشركة.

- يوصى بتحديد الواجبات والالتزامات لكل ذي صفة في عملية التصفية طبقاً للقانون، تجنباً لحدوث أي عقبات تعرقل سير عملية التصفية.
- على المصفي إنهاء التصفية في المدة المحددة لذلك، ومراعاة عدم الإطالة.
- نصي المشرع في النظام السعودي بأن يشير إلى إشكالية الاحتجاج لدى الغير في حالة التصفية منذ إشهارها على غرار المشرع المصري، ولا يكفي بإلزام المصفي بأن يُشهر القرار بطرق الإشهار المقررة لتعديل عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي فقط.
- نصي المُنظَّم السعودي النص صراحةً على أن مدير الشركة هو مَنْ يقوم بتسليم موجوداتها للمصفي، وهو المسؤول عنها في حالة وجود نقص.
- نرى تأخر ورود الفقرة الأولى والثانية من المادة ٢٠٩ غير مبرر، فيجب النص على هاتين الفقرتين قبل المادة ٢٠٨.
- نصي كلاً من المشرع المصري والمُنظَّم السعودي على النص صراحةً بحظر نقل كل أو جزء من أصول الشركة في التصفية إلى المصفي أو موظفيه أو زوجاتهم أو خلفهم أو سلفهم؛ وذلك لعدم فتح الباب في الشكوك ومنعاً لأي تلاعب قد يتم، وللحفاظ على الشفافية والنزاهة.
- ضرورة النص صراحةً في النظام السعودي على أن المصفي ليس صاحب صفة في طلب إفلاس الشركة، وعليه الرجوع لأصحاب الصفة في هذا الشأن.
- على غرار المشرع الفرنسي، نصي بتبني كلٍّ من المشرع المصري والسعودي فكرة التصفية من خلال مؤسسات ذات شخصية اعتبارية مستقلة، نشاطها الأساسي التصفية، لما لذلك من مزايا متعددة عن تولي فرد أو أشخاص طبيعيين مهمة التصفية، ويكون لهذه الشركات تنظيم قانوني مفصل خاص بها.

## قائمة المراجع (١)

### • الأنظمة والقوانين:

- القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية، العدد رقم ١٩، بتاريخ ١٩٦٨/٩/٥، يُعمل به من تاريخ ١٩٦٨/١١/٩.
- القانون رقم 131 لسنة 1948 بشأن إصدار القانون المدني المصري، الوقائع المصرية، العدد ١٠٨ مكرر، بتاريخ - 29-7-1948 يُعمل به من تاريخ 15-10-1949، وأشرنا إليه "القانون المدني المصري".
- القانون رقم 55 لسنة 1951 بشأن الأسماء التجارية، بتاريخ -3-29-1951.
- القانون رقم 159 لسنة 1981 بشأن إصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة. الجريدة الرسمية، العدد - 40 بتاريخ - 1-10-1981 يُعمل به من تاريخ -4-1-1982؛ وتم تعديل اسمه إلى: قانون رقم - 159 لسنة 1981 بشأن إصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات الشخص الواحد، المعدّل بمقتضى القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٨، الجريدة الرسمية، العدد ٢ مكرر، (ط) في ١٦ يناير سنة ٢٠١٨.
- القانون رقم 34 لسنة 1976 بشأن السجل التجاري، جمهورية مصر العربية، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 19 تابع، بتاريخ ١٩٧٦/٥/٦ معمول به من تاريخ ١٩٧٦/٨/٦.
- نظام - رقم - 190 لسنة 1409 بشأن الموافقة على قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم - بتاريخ 29-2-1410.

(١) تم ترتيب جميع المراجع أجدبًا مع الاحتفاظ للجميع بالألقاب العلمية.

- نظام رقم 3 لسنة ١٤٣٧هـ بشأن الموافقة على نظام الشركات، نشر في أم القرى، العدد ٤٥٩٥، السنة ٩٣، بتاريخ 2-2-1437 الموافق ٤-١٢-٢٠١٥، ص ٦. وأشرنا إليه: "نظام الشركات السعودي الجديد".
- Code civil - Version consolidée au 1 octobre 2018.
- Code de commerce / Partielégislative / LIVRE II : Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique./ TITRE III : Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales. / ChapitreVII : De la liquidation / Section 1 : Dispositions générales.
- Code de commerce.

#### • المراجع العربية:

- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٧٨م.
- أحمد بن سعيد الخبتي، هشام بن علي السبت، الوجيز في أحكام الشركات في النظام السعودي الجديد، دار الإجازة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ—٢٠١٨م.
- أحمد عبد الرحمن المجالي، المستحدث في الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية، وفقاً لأنظمة المملكة العربية السعودية— دراسة قانونية تحليلية، بحث منشور بمجلة الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، العدد الحادي عشر، شعبان ١٤٣٩هـ.
- أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤م.
- أحمد محمود المساعدة، أثر التصفية على الشخصية المعنوية للشركة المساهمة العامة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، المغرب، ٢٠١٣م.
- أكرم أمين الخولي، دروس في القانون التجاري السعودي.

- أكرم يا ملكي، القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٦م.
- أنور طلبة، العقود الصغيرة الشركة والمقولة، ٢٠٠٤م.
- أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، ٢٠٠٧م.
- جبرار كورنزي، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨م.
- حمد الله محمد حمد الله، القانون التجاري والشركات التجارية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.
- حمود محمد شمسان، تصفية شركات الأشخاص التجارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، ١٩٩٤م.
- حمود محمد شمسان، تصفية شركات الأشخاص التجارية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، سنة ١٩٩٤م.
- رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية ج١، مطبعة دار العلوم، دمشق، سنة ١٩٨٢/١٩٨١.
- زهير بن سليمان الحربش، الوجيز في شرح نظام الشركات السعودي الصادر عام ١٤٣٧هـ - ٢٠١٥م، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.
- سعودي سرحان، القانون التجاري، الجزء الثاني، الشركات التجارية، بدون دار نشر، ٢٠٠٥م.
- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة، ٢٠١٦م.
- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ج١، ط٣، ١٩٩٢م.

- شادي علي العقلة، مسؤولية المصفي تجاه الشركة في التصفية الإجبارية للشركة المساهمة العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٤م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مجلد 2، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.
- عبد علي شخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، جمعية المطابع التعاونية، عمان، ١٩٩٢م.
- علي الزيني، أصول القانون التجاري، ط٢، مكتبة دار النهضة المصرية، ١٩٤٥م.
- فيصل بن عبدالله المشوح، خلاصة المبادئ التجارية - مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة الاستئناف للأعوام من ١٤٠٨ حتى عام ١٤٣٥هـ، دار الميمان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٩/٥١٨/٢٠١٨م.
- المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ، إصدار مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية.
- مجلة الأحكام العدلية/ م ١٦٧٤.
- مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨هـ، المجلد الأول، شركات.
- مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٢هـ، المجلد الثالث، شركة.
- مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٠٨هـ/—١٤٢٣هـ، المجلد العاشر، الشركات.
- مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٠٨هـ/—١٤٢٣هـ، المجلد الحادي عشر، الشركات.
- محمد فريد العريني، الشركات التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢.

- محمد فريد العريني، القانون التجاري، ج ٢، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٩٥م.
- محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية.
- محمد محمد أحمد سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، مكتبة الرشد، ناشرون، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٧هـ — ٢٠١٦م.
- محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الأول، النظرية العامة للمشروع، المشروع الخاص. المشروع العام، الأموال التجارية للمشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.
- محمود مختار أحمد بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، شروط اكتسابها وحدود الاحتجاج بها، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠٠٢م.
- مختار الصحاح، باب الصاد مع الفاء.
- مروان الإبراهيم، تصفية شركات المساهمة، دراسة مقارنة بين القوانين المصري والأردني والإنجليزي، رسالة دكتوراة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣م.
- مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مقدمة الأعمال التجارية والتجار، الشركات التجارية، الملكية الصناعية، الدار الجامعية، بدون سنة نشر.
- معجم المعاني الجامع.
- مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.
- ناجح بدران، تصفية الشركات التجارية، دار الصفدي، دمشق، ٢٠٠٣م.

- نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، القانون التجاري، الطبعة السابعة ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.
  - نايف بن سلطان الشريف، زياد بن أحمد القرشي، القانون التجاري، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة السابعة، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.
  - هاني صلاح سري الدين، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠٠٢م.
  - هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.
  - وحي فاروق لقمان، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨م.
- المراجع الأجنبية:

• **Bibliographie**

• **Ouvrages:**

- DURAND (P): L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé , Etudes à Ripert (G), Paris, L.G.D.J., 1950 .
- Gower L. C. B. : The principle of modern companylaw -. Stevens; 3rd Edition -1969.
- Mayson French and Ryan :CompanyLaw , 15th Edition , blacks tons LTD , London 1999.
- Michoud Léon : La théorie de la personnalité morale et son application en droit français 2e éd . Irctobas 1932.
- Vallens J.-L. : « Le mandataire judiciaire, Janus de la procédure de liquidation judiciaire », RTD com., 2001.

• **Jurisprudence:**

- Civ. 1re, 13 juill. 2004: LPA 13 avr. 2005, p. 3, note Lécuyer Rouen, 27 janv. 1999: RJDA 1999, no 837.
- Com 11 oct. 1994: Bull. civ. IV, no 279; D. 1994. IR 240; Bull. Joly 1994. 1342, note Le Cannu; LPA 16 juin 1995, p. 22, note Courtier.
- Com. 16 nov. 1993: Bull. civ. IV, no 408; D. 1994. 57, concl. Régis de Gouttes, rapp. Pasturel, note Derrida et Sortais
- Com. 23 janv. 2001: Bull. civ. IV, no 20; D. 2001. AJ 779, obs. Lienhard; Defrénois 2001. 942, obs. Théry.

- Com. 25 sept. 2012, no 11-30.018 P: D. 2012. Actu. 2303, obs. Lienhard; Rev. sociétés 2012. 729, obs. Henry; Act. proc. coll. 2012, no 262, obs. Fin-Langer; LEDEN oct. 2012, p. 4, obs. J.-P. Sénéchal; Bull. Joly 2012. 870, note F.-X. Lucas; RJDA 2013, no 60; Bull. Joly Entrep. diff. 2013. 15, obs. Tagliarino-Vignal; LPA 15 avr. 2013, p. 12, obs. Thomas.
- Com. 3 juill. 2007: Bull. civ. IV, no 183; D. 2007. AJ 2108, obs. Lienhard; Act. proc. coll. 2007, no 170, obs. Regnaut-Moutier; Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 36, obs. Gorrias; Procédures 2007, no 253, obs. Croze.
- Com. 5 nov. 2013: Bull. civ. IV, no 160; D. 2013. Actu. 2640, obs. Lienhard; Rev. sociétés 2013. 730, obs. Roussel Galle ; RTD com. 2014. 188, obs. Martin-Serf; LEDEN janv. 2014, p. 4, obs. Adkar; Dr. sociétés 2014, no 12, note Legros; RJDA 2014, no 148; Bull. Joly Entrep. diff. 2014. 99, note Favario; RJ com. 2014. 201, note Sortais.
- Paris, 15 nov. 2002: RD banc. fin. 2003, no 76, obs. F.-X. Lucas.
- Soc. 2 mars 2004 (2 arrêts): Bull. civ. V, nos 66 et 67; Act. proc. coll. 2004, no 104, obs. Taquet; JCP E 2004, no 37, p. 1390, obs. Pétel; JCP 2004. I. 183, no 16, obs. Morvan.
- **Codes – articles du code du commerce:**
  - Article L651-3 - modifié par Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 86.
  - Article L651-4 - modifié par Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 - art. 7.
  - Article L225-254 - modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 107.
  - Article 1844-5 - modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 103 JORF 16 mai 2001.
  - Article L237-4 modifié par Loi n°2003-7 du 3 janvier 2003 - art. 50 (V) JORF 4 janvier 2003.
  - Article L237-8 modifié par Loi n°2003-7 du 3 janvier 2003 - art. 50 (V) JORF 4 janvier 2003.
  - Article L651-2 - modifié par LOI n°2016-1691 du 9 décembre 2016 - art. 146.
- **Sites Internet:**
  - <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B5%D9%81%D9%8A/>
  - <https://www.dalloz.fr/>
  - <https://www.dalloz-bibliotheque.fr/>

- [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=403D653EC4D8E5E8D32279FB1392AE14.tplgfr37s\\_2?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180414](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=403D653EC4D8E5E8D32279FB1392AE14.tplgfr37s_2?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180414)
- [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4B0E8207D4E387303CDBF959E442A0F2.tplgfr37s\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190216](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4B0E8207D4E387303CDBF959E442A0F2.tplgfr37s_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190216)
- <https://www.moj.gov.sa/ar/Ministry/Departments/ResearchCenter/Documents/ResearchPDF/DecisionsRC.pdf>
- [www.dalloz-revues.fr](http://www.dalloz-revues.fr)

**فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب  
دراسة حول الحد من الجزاء الإجرائى  
فى قانون المرافعات المدنية والتجارية**

دكتور

على أبو عطية هكيل

أستاذ مساعد قانون الإجراءات المدنية والتجارية

كلية القانون جامعة صحار سلطنة عمان

١- وظيفة العمل الإجرائي<sup>(١)</sup> والغاية منه<sup>(٢)</sup> تتعكس ليس فقط على كيفية تصميم الأعمال الإجرائية، وإنما تؤثر أيضاً على كيفية اختيار الجزاء الإجرائي وعلى آلية أعماله. ومما لا شك فيه أن الفن القانوني يهدف إلى تنظيم الأعمال الإجرائية بشكل يجعلها مهيئة لتحقيق الوظيفة التي تؤدي بها هذه الأعمال داخل الخصومة، وكما تحققت الوظيفة الإجرائية لهذه الأعمال بشكل بسيط قليل التكاليف سريع الخطى نحو الحصول على الحماية القضائية، كلما كان العمل الإجرائي له فعاليته وكان ملائماً للحصول على الحماية القضائية أياً كان نوعها<sup>(٣)</sup>.

هذه المسائل يجب أن يأخذها المشرع الإجرائي عند تصميمه للعمل الإجرائي، وعند تقريره للجزاء الإجرائي<sup>(٤)</sup> وموضوع هذه الدراسة لا يتناول العمل الإجرائي

- (١) والعمل الإجرائي، هو العمل الذي يرتب القانون عليه مباشرة أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من الخصومة. والأثر الإجرائي الذي يورثه، هو الأثر الذي يؤثر في الخصومة ببدونها أو المشاركة في سيرها أو في تعديلها أو انتهائها، على أن يكون هذا الأثر الإجرائي هو الأثر المباشر للعمل. هذا العمل وإن كان جزءاً من الخصومة فهو عملاً قانونياً بذاته، ينظم القنون الإجرائي عناصره وأثره القانوني، كما يرتب جزاءً على مخالفة قواعده. انظر فيما يلي: ص ١٦ حاشية ١.
  - (٢) والعمل الإجرائي بالاشتراك مع غيره من أعمال إجرائية أخرى، يكون الخصومة. هذه الخصومة رغم تركيبها وتعدد الأعمال المكون لها - تعتبر وحدة فنية بسبب وحدة النزاع فيها - وهو العمل القضائي المطلوب إصداره والذي يدور حوله الإجراءات، هذه الوحدة تستخلص أيضاً من الغاية التي تهدف إلى تحقيقها هذه الإجراءات، وهي حسم النزاع وتطبيق حكم، انظر فيما يلي ص ١٨ حاشية ٣.
  - (٣) وتتعدد وتتنوع صور الحماية القضائية لتعدد وتنوع العوارض التي تكشفها ظاهرة عدم نفاذ القانون، إذ لا بد وأن يواجه القضاء كل عارض من هذه العوارض بإداة الحماية المناسبة لمعالجتها في مشكلة تجهيل النظام القانوني وتعدد صور الحماية القضائية انظر: د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ١٩٧٤ منشأة المعارف ص ٩٣ - ٩٨. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التي تحوز الحجية ١٩٩٠ دار النهضة العربية ص ١٥ - ٥٠ بند ٤ - ٢٤.
  - (٤) د. طلعت يوسف خاطر: القضاء العادل كضمانة للعدالة الانتقالية ٢٠١٦ دار الفكر القانوني ص ٤٩ - ٥٩.
- والجزاء الإجرائية عبارة عن أثر إجرائي يرتبه قانون المرافعات في مواجهة الخصم المسئول عن مخالفة قواعده، أو هو وصف للعمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع تنمونه، أما لعدم اتخاذه أصلاً أو لاتخاذه بشكل معيب، وهو كالأثر إجرائي إما أن يتعلق بالخصومة أى بالإجراءات القضائية كوحدة، وإما أن يتعلق بالإجراءات القضائية. د. نبيل عمر. عدم فعالية الجزاء الإجرائي فى قانون المرافعات ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة ص ٢٠ وما بعدها بند ١٧. د. وجدى راغب: مبادئ القضاء المدني ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ٤٤٢. نظرية العمل القضائي ص ١٤٥. د. أحمد مسلم: أصول المرافعات ١٩٦٩ دار الفكر العربى ص ٤٥٦ وما بعدها بند ٤٢١ وما بعده. د. أحمد هندي: أصول المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٢ دار الجامعة الجديدة. ص ٨٤٢ بند ٢٦٧ قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص ٤٧٧ بند ٢٤٨. د. أيمن رمضان، الجزاء الإجرائي فى قانون المرافعات ٢٠٠٤ رسالة الإسكندرية ص ٩٢ وما بعدها. د. إبراهيم الفياوى، مسئولية الخصم عن الإجراءات ١٩٩١ الطبعة الأولى ص ٧٢٩ وما بعدها. د. حسن على حسين: الجزاء الإجرائي فى قانون الإجراءات الجنائية ٢٠٠٨ منشأة المعارف ص ٢٠١ وما بعدها بند ١٩٣. كمال الدين عاطف: إيمان محسن: التنظيم القانوني للجزاء الإجرائي فى القضاء المدني ٢٠١٤ دار النهضة العربية ص ١١ وما بعدها.

د. محمود مصطفى يونس: المرجع فى قانون إجراءات التقاضى المدنية والتجارية ٢٠١٥ دار النهضة العربية ص ٧٥١ بند ٣٥٢.

JAPIOT (R.): des Sonction en matier de procedere civil. R.T.D. Civ. 1914. p. 299.  
VINCENT et GUINCHARD: Procédure civile 1996 DALLOZ P.459 ets N.690 ets.

فى ذاته، ولا الجزاء الإجرائى فى ذاته، وإنما تأخذ بهما كمسلمات، وموضوعها هو بحث فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب، ويقصد بهذه الفكرة - وعمما تكشفه هذه الدراسة - بقاء الإجراء المعيب دون إنتاج آثار العيب الإجرائى، بل ويرتب هذا الإجراء كافة آثار العمل الصحيح من وقت اتخاذه وليس من وقت تحقق واقعة الإعفاء.

وقيام مثل هذه الفكرة ونجاحها يتوقف بالدرجة الأولى على الفلسفة التى يعتنقها المشرع بالنسبة للإجراءات، وسياسته التشريعية فى أعمال الجزاء الإجرائى. والفلسفة التى يعتنقها المشرع بالنسبة للإجراءات المدنية، هى كونها وسائل فنية رصدها المشرع لحماية الحق الموضوعى. تلك الحماية التى تتم بقيام هذه الإجراءات، تخول القاضى من إصداره قرار فى النزاع المتعلق بهذا الحق عن حمايته قضائياً، تلك الحماية التى تجسد الحماية القانونية القائمة فى القاعدة القانونية الموضوعية المقررة للحق، بمعنى أن القاضى فى عمله القضائى المانح للحماية القضائية ينتهى بأعمال حكم القانون الموضوعى<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة للسياسة التشريعية فى أعمال الجزاء الإجرائى<sup>(٢)</sup> هى نفسها الفلسفة التى تسيطر على المشرع فى رسم الإجراءات ذاتها، فكل ذلك وجد لحماية أصل الحق الموضوعى، وبالتالي لا يجوز الإفراط فى رسم الإجراءات أو تحديد الجزاءات.

وإذا كان المشرع يستطيع أن يضع سياسة متشددة فى أعمال الجزاء الإجرائى، فيقع الجزاء على أى مخالفة مهما تكن ضئيلة، ويقوم بصياغة هذا التوجه فى نصوص قانونية إجرائية، ويوجب على القاضى إعمال ذلك دون أن يكون لديه أية سلطة تقديرية فمجرد قيام العيب الإجرائى وفضلاً عما يترتب من نتائج خطيرة<sup>(٣)</sup>

(١) انظر فيما يلى بند ٦٨.

(٢) انظر فيما يلى بند ٧٥.

(٣) فالعيوب الإجرائية فضلاً عن كونها مصدراً للجزاء الإجرائى، فإنها تؤدى إلى تأخير الفصل فى الدعوى، كما أنها تعرض الخصم الذى تنسب إليه بخطر الخسارة بشكل قد لا يتيسر إصلاحه، إذا لم يكن فى الإمكان إصلاح العيب لانقضاء الميعاد، وكذلك سقوط حق الخصم فى ممارسة حقه الإجرائى أو رخصه خولها القانون إياها. فى خطورة الجزاء الإجرائى انظر: د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٦٦. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط فى شرح قانون المرافعات

يوجب على القاضى أعمال الجزاء، وهذا يوسع من نطاق أعمال الجزاء، ويؤدى إلى فعاليته، وهذا التوسع يطيح بالأعمال الإجرائية وآثارها القانونية، كما قد تنعكس آثار مثل هذه السياسة على الحقوق الموضوعية التى يتخذ العمل الإجرائى بهدف حمايتها وإزالة التجهيل القانونى عنها، فيؤدى الجزاء إلى ضياعها<sup>(١)</sup>.

وعلى العكس قد يعتق المشرع مذهباً أكثر تسامحاً فى تحديده للعيوب الإجرائية، وما يترتب على هذه العيوب من آثار ممثله فى الجزاء الإجرائى، فلا يعتق من هذه العيوب إلا الأكثر جسامة والتى إن أصابت العمل الإجرائى لبعته غير صالحاً للقيام بوظيفته، فتقتصر الجزاءات على العيوب الجوهرية. كما أن الحق فى التمسك بالجزاء الإجرائى فى غالبية صوره لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإن الوسائل الإجرائية المحددة للتمسك بهذا الحق - الدفع - هى أيضاً غير متعلقة بالنظام العام. والأكثر من ذلك فإن المشرع علق آثار العيوب الإجرائية متى تعلقت بالمصلحة الخاصة والتمسك بالجزاء على صاحب المصلحة دون غيره، ومن ثم لا يجوز للمحكمة بحال إثارة هذا العيب وتقرير الجزاء من تلقاء نفسها، مما يبقى على الإجراء المعيب بحاله.

ومن هنا وبعد تطور<sup>(٢)</sup> انطلقت سياسة المشرع الإجرائى نحو الحد من الجزاء الإجرائى، والسعى نحو فكرة الإعفاء منه، فنص المشرع المصرى على أنه لا يكون الإجراء باطلاً إلا إذا نص القانون صراحةً على بطلانه، بل ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء مادة ٢٠ مرافعات. ولا يتمسك بالجزاء

---

المدنية والتجارية ٢٠١١ دار النهضة العربية ص ٦٦٥ بند ٢٨٧. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى واقتصاديات الإجراء ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٧ وما بعدها. عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٩٢ وما بعدها بند ٧١ وما بعده. د. أحمد هندى التمسك بالبطلان فى قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة ص ٩ بند ١. د. حسن على حسين: المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها.

(١) بند ٧٠  
(٢) فى التطور التاريخى لأحد تطبيقات الجزاء الإجرائى انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان فى قانون المرافعات ١٩٩٧ دار النهضة العربية الطبعة الثانية ص ١٩٩ وما يليها بند ١٠٩ وما يليه د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفع فى قانون المرافعات الطبعة الثامنة منشأة المعارف ص ٩٥٥ وما بعدها. د. على بركات: الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٦ دار النهضة العربية ص ٦١٢ وما بعدها ص ٤٧١ وما بعده.

Solus et PERROT: droit judiciaire privé T. 1. introduction Nations fondamentales organisation judiciaire 1961 P. 364 ets N 398 ets. Vincent et Guinchard: Procédure Civile 24 éd 1996 P. 476 ets. 692 ets.

إلا من شرع لمصلحته، ولا يجوز للخصم التمسك به إذا كان هو من تسبب فيه مادة ٢١ مرافعات. كما يجوز لمن شرع للجزاء لمصلحته النزول الصريح أو الضمني عنه مادة ٢٢ مرافعات، وتتعدّد الخصومة بالحضور المجرّد مادة ٦٨/٣ مرافعات، ويسقط الحق في التمسك بالجزاء بالكلام في الموضوع مادة ١٠٨ مرافعات، وبالحضور عن عيب في صحف الدعاوى أو أوراق التكاليف بالحضور مادة ١١٤ مرافعات.

وفي كل ذلك متى تحققت واقعة من هذه الوقائع أبقى المشرع على العيب الإجرائي ودون أن يقوى الجزاء على إزالته، ومرتباً هذا الإجراء المعيب كافة آثار الإجراء الصحيح، ومن وقت اتخاذه وليس من وقت تحقق واقعة الإغفاء من الجزاء، وتستمر الخصومة نحو تحقق غايتها. ويقرر الفقه<sup>(١)</sup> والقضاء<sup>(٢)</sup> أن هذه الفكرة أصبحت ظاهرة تصادف كثيراً في القانون الإجرائي، كما في المواد السابقة وغيرها<sup>(٣)</sup> حتى كادت أن تكون هي القاعدة. فكثيراً من أعمال الخصومة قد ينقصها مقتضى شكلي، ومع ذلك لا يقوى الجزاء على إزالة العيب، ويظل الإجراء المعيب منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح، ذلك لاعتبارات متعلّقة بالسياسة التشريعية، والدور الوظيفي الذي يلعبه الإجراء بالنسبة للحقوق والمراكز الموضوعية والسياسة العامة التي يجب أن تلتزم بها الإجراءات تجاه هذه الحقوق وتلك المراكز.

وليس معنى ذلك أن يلغى الجزاء الإجرائي أو أنه لا فائدة منه، وإنما مجرد دعوة للموازنة بين شكل الإجراءات والحق الموضوعي الذي يعد جوهر غايتها دون إفراط أو تفريط، دون إفراط في الجزاء الإجرائي حرصاً على تحقيق ضمان شكل

(١) د. فتحى والى د. أحمد ماهر زغول: المرجع السابق ص ٩ بند ٢ د. نبيل عمر. عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ١٠٨ وما بعدها بند ٨٥ وما بعده د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص ٤٨ بند ٢٠ د. وجدى راغب مبادئ: ص ٤٤٤. دراسات في مركز الخصم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧٦ السنة ٢٨ العدد الأول ص ١٨٠ د. أحمد ماهر زغول: قواعد الإعلان القضائي واتجاهات تطويرها في النظام القانوني السعودي مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٩٣ العدد الأول السنة ٣٥ ص ٥٨ وما بعدها.

د. أمين مصطفى: النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري ٢٠١٠ دار المطبوعات الجامعية د. محمد سعيد عبد الرحمن نظرية الوضع الظاهر في قانون مرافعات ٢٠٠٥ دار النهضة العربية.

(٢) انظر فيما يلي لأحكام القضاء وتطبيقاته المختلفة، ومنها ص ٢٤٤ وما يليها.

(٣) انظر فيما يلي ص ٥٢ وما بعدها وفي قانون الإجراءات الجنائية المادة ٣٣٣، حيث أبقى المشرع على بعض الإجراءات المعيبة، وخولها صلاحية لإنتاج كافة آثار الإجراءات الصحيحة، في تفصيل ذلك انظر: د. حسن على حسين: المرجع السابق ص ١٥٩ وما بعدها بند ١٥٠.

الإجراء، لأنه ليس مطلوب لذاته، وإنما حرصاً على مصالح حقوق الخصوم أنفسهم وضماناً لحسن سير الفصل في النزاع. ودون تقييد في الحق الموضوعي المطلوب حمايته قضائياً، والتي ما وضعت الإجراءات إلا بقصد حماية هذا الحق، ولا يستقيم أن تكون وسيلة الحماية هي أداة الهدر والضياع.

## ٢- تحديد موضوع الدراسة:

فكرة الإغفاء من الجزاء الإجرائي قد تكون مع زوال العيب<sup>(١)</sup>، وهو ما لا نتناوله، وقد تكون مع بقاء العيب وهو موضوع الدراسة، ومفاضلة الفكرة في صورتها محل الدراسة أكثر فعالية وأقوى أثراً في الإبقاء على الآثار الإجرائية والموضوعية للعمل الإجرائي المعيب، كما أنه لا أثر له على الإجراءات التالية المبينة عليه، وعليه تظل الخصومة منعقدة، ومنتجة لكافة آثارها الإجرائية والموضوعية، فتكون الغايات المحددة للنظم القانونية الإجرائية تم تحققها رغم اتخاذ الإجراءات بالمخالفة لنموذجها القانوني، والتي تعمل داخل هذه النظم، وبمعزل عن احترام القاعدة القانونية الإجرائية التي تحدد وترسم السبل إلى الوصول إلى هذه الغايات فكان لا حاجة بنا للأثر السلبي للعمل الإجرائي المعيب المتمثل في الجزاء الإجرائي متى تحققت غايات النظم القانونية، وبقاء هذا العمل الإجرائي المعيب بحاله منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه وليس من وقت تحقق واقعة الإغفاء من الجزاء.

وفكرة الإغفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب، وإن تناولتها دراسات في نقاط متفرقة من مواضيعها<sup>(٢)</sup> إلا أن الفكرة ما زال يحتويها الغموض من نواحي عدة أولها مفترض فكرة الإغفاء من الجزاء رغم بقاء العيب ممثلاً هذا المفترض في وجود عيب إجرائي قائم صورته وتقديره، ومفترض صحة الإجراء المعيب وإنتاجه رغم ما به من عيوب لكافة آثار الإجراء الصحيح بدون تصحيح أو إضافة بيان

(١) في الإغفاء من الجزاء الإجرائي مع زوال العيب انظر المراجع المشار إليها ص ٢٧ حاشية رقم ٢.  
(٢) د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ٢٠١٦، دار الجامعة الجديدة. د. أيمن رمضان: المرجع السابق، ص ١٩٧ ومابعدهما.

للإجراء وإنتاجه لآثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه وليس من وقت تحقق واقعة الإعفاء، وثانيها: وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب، ونطاق الفكرة وآثارها بالنسبة للقواعد الإجرائية والموضوعية من ناحية ثالثة.

فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب بحاجة إلى دراسة وعناية، فهي بحاجة إلى دراسة متخصصة تبين مفترضها ووسائل ونطاق الفكرة وآثارها على القواعد الإجرائية والموضوعية. وكقدمة نحو نظرية عامة للإعفاء من الجزاء الإجرائي. في غضون فصول ثلاث نتعرض للفكرة وما نثيره من مسائل وآثار الفكرة على القواعد الإجرائية الموضوعية، ذلك على النحو التالي:

**الفصل الأول: العيوب الإجرائية القائمة ومفترض صحتها كمفترض لفكرة الإعفاء.**

**الفصل الثاني: وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب.**

**الفصل الثالث: نطاق فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب وآثارها الإجرائية والموضوعية.**

## **الفصل الأول**

### **مفترض فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب**

**٣- تمهيد:**

يفترض وجود عيب إجرائي لحق بعمل إجرائي لعدم مطابقة الأخير للنموذج الإجرائي الذي حدده القانون سلفاً، ورغم عدم هذه المطابقة يظل الأجراء المعيب قائماً وينتج كافة آثار الإجراء الصحيح. الأمر الذي يقتضى بيان ماهية العيب الإجرائي وصوره وتقديره، ثم بيان صحته ووسائل افتراض هذه الصحة، ذلك في غضون مبحثين:

**المبحث الأول: العيب الإجرائي القائم وصوره وتقديره.**

**المبحث الثاني: صحة الإجراء المعيب، ووسائل افتراض صحته.**

## المبحث الأول

### العيب الإجرائي صورته وتقديره

٤- تخالف أحد المقتضيات الشكلية للعمل الإجرائي: الأعمال الإجرائية<sup>(١)</sup> عبارة عن مجموعة من الأعمال والمراكز القانونية، هذه الأعمال تتابع زمنياً وفقاً لنظام معين، هذا النظام يربط بين هذه الأعمال، بحيث أن كل عمل يعد مفترضاً للعمل الذي يليه ونتيجة لما سبقه. هذه الأعمال يتم تصميمها وتنظيم سيرها وترتيب آثارها من قبل المشرع وحده في معزل عن إرادة الخصوم<sup>(٢)</sup> وسلطة القاضي<sup>(٣)</sup>. وتصميم المشرع لهذه الأعمال وتلك الإجراءات يعد أشكالاً قانونية<sup>(٤)</sup> لتتكون منها الخصومة القضائية<sup>(١)</sup>.

(١) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات ط ٢، ١٩٩٧ ص ٧٥ وما بعدها بند ٢٩ وما بعده. د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ٢٠٠٩ مطبعة جامعة القاهرة دار النهضة العربية ص ٣٤٩ وما بعدها بند ٢١٩ وما بعده. د. وجدى راغب نظرية العمل القضائي ص ١٣٢ وما بعدها، ص ١٢٥ وما بعدها، مبادئ ص ٣٨٥ وما بعدها، د. نبيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٨٦، منشأة المعارف، ص ٦٧٠ وما بعدها، بند ٥٩٤ وما بعده سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٦ وما بعدها بند ٢ وما بعده. د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان ص ٦٠ وما بعدها بند ١٠، د. طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات ج ٢ نظرية الدعوى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ٦٩ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان القضائي وأوجه تطورها في النظام القانوني السعودي مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٩٢ السنة ٢٥ العدد الأول ص ٦٠ وما بعدها بند ٢٥. د. سليمان عبد المنعم: بطلان الإجراء الجنائي ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة ص ٢٤٦ وما بعدها بند ١٤٩. د. علي بكرات: الوسيط ص ٥٢٧ وما بعدها بند ٤٠١. د. محمود مصطفى يونس: المرجع السابق ص ٧٥٢ بند ٣٥٣.

MOREL; Traite élémentaire de procedure civile. SAirey 1949. P. 311. N 382. Solus et PERROT: droit judiciaire Prive T. 1 intraduction Notions fondamentales organisation judiciaire 1961. P 306 ets. N 328. MOHMED . abdel Khalek omar: La Nation d'irrecevabilité en droit judiciaire Prive Paris. Thés 1967. P. 92 ets. GURIERRD:: L'acte juridique solennel Préface José. Éd. L.G.D.J. 1975. P. 3 ets.

(٢) رغم سيادة الخصوم على النزاع. في مبدأ سيادة الخصوم على النزاع انظر د. عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة =المدنية مجلة المحامى الكويتية السنة التسعة الأعداد أكتوبر/نوفمبر/ ديسمبر ١٩٨٦ ص ١٧ وما بعدها. د. وجدى راغب: دراسات في مركز الخصم مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٧٦ العدد الأول السنة ١٨ ص ١٣. د. محمد السيد رفاعي التنازل عن الحق الإجرائي رسالة الزقازيق ٢٠١٠ ص ٩١ وما بعدها. طعن رقم ٢٤١١ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/٥/١٢. طعن ٢٤١٥ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/٤/٨ المحاماة ٢٠٠٣، العدد الثالث ص ٩٢.

MOREL: op. cit. P. 344. N 425 Coss. Soc. 10 Juill 1980 Bull. Civ. 1980. V. N 653.

(٣) رغم معرفة القاضي بالقانون حول قاعدة معرفة القاضي بالقانون ومبرراتها. انظر: د. عزمي عبد الفتاح، المقال السابق ص ٤٧ وما بعدها.

BOLARD: (G.) L'affice du juge et rôle des parties entre arbitraire et La xisme J. C. P. 2001 - 1 - 156.

(٤) والشكل هو حصيلة النظر إلى العمل الإجرائي، وهو في حالة حركة، أي من حيث هو فعل أو نشاط، فأى عمل قانوني يتم بحركة خارجية تمثل جانبه المادى. فالأعمال القانونية ليست إلا أشكالاً، وقيل أن يوجد الشكل لا يكون هناك إلا مجرد تفكير. انظر د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ١٥٨ وما بعدها بند ٧٧. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٦٢٢ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص ج ١ منشأة المعارف ١٩٧٤ ص ٦٧٨ بند ٢٧١. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ٢٠٠٤ دار الجامعة الجديدة ص ٢٢ وما بعدها بند ١١ وما بعده. د. محمد الصاوي مصطفى: الشكل في الخصومة المدنية رسالة الزقازيق ١٩٩٢ ص ٥٤ وما

وإذا كان المبدأ هو حرية الشكل في القانون الموضوعي<sup>(٢)</sup> فالمبدأ في القانون الإجرائي هو قانونية الشكل، ويقصد به<sup>(٣)</sup> أن جميع أوجه النشاط التي تتكون منها الخصومة، يجب كقاعدة أن لا تتم تبعاً للوسيلة التي يحددها الأفراد، بل تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون. فهي تشكل تنظيم إجرائي يملك ناصيته المشرع منفرداً.

ومؤدى ذلك أن يستقل المشرع بتحديد مقتضيات العمل الإجرائي، ويقصد بها كل ما يتطلبه القانون لكي ينتج العمل الإجرائي آثاره القانونية، موضوعية<sup>(٤)</sup> هذه المقتضيات<sup>(٥)</sup> أو شكلية<sup>(٦)</sup> وإن كانت الأخيرة حظت أكثر من الأولى باهتمام

بعدها. د. محمد جمال عطية: الشككية القانونية رسالة الزقازيق ١٩٩٣ خاصة ص ٢٢٢ وما بعدها. د. على بركات: الوسيط ص ٥٢٨ وما بعدها بند ٤١٢.

GURIERRD: op. cit. P. 7 ets. MOREL: op. cit. P. 11 N 11 ets. Solus et PERROT: op. cit. P. 375. N 412. abd, el. Khalek Omar: Thés P. 93. N 194.

د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٤ وما بعدها بند ٢٠ وما بعده، د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ٦٣٩ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد ص ٦٥٧ وما بعدها بند ٢٦١.

MOREL: op. cit. P. 250 N 309. Vizioz: etudes de Procedure. Editions Bier 1948. P 45 ets et P. 150.

NORMAND. Le juge et Litige Thés, L;G.D.J. 1965 P. 27 ets N 31 ets. MIGUET. Immutabilité et évaluation du Litige. Thés. Toulouse 1977. P. 311.

د. سليمان مرقص: الوافى فى شرح القانون المنى ١٩٩٣ إيريني للطباعة ص ٨٨٠ ببند ٣٧٩ وفى دور الشككية فى القانون الإداري، انظر: د. محمود محمد حافظ: القضاء الإداري ١٩٩٣ دار النهضة العربية ص ٦٣٧.

د. وجدى راغب: نظرية ص ٦٢٢ وما بعدها. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٥٨ وما بعدها بند ٧٧. د. نبيل عمر، إعلان الأوراق ص ٢٢ وما بعدها بند ١١ وما بعده، د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية ١٩٥٩ رسالة القاهرة، ص ٢٥٥ بند ١٣٦. د. محمد جمال عطية، رسالة ص ٢٢٥.

وتتمثل المقتضيات الموضوعية فى صلاحية القيام بالعمل الإجرائي، وإرادة ومحل. ويقصد بالصلاحية، أن يكون القائم بالعمل أهلاً للقيام به، أى تكون لديه صلاحية القيام بهذا العمل، سواء كان هذا الشخص هو القاضى، أو أحد الموظفين العموميين أو الخصوم أو الغير.

والإرادة فى العمل الإجرائي يفترض وجودها بتوافر الشكل القانوني، بصرف النظر عما لو كانت هذه الإرادة قد اتجهت أو ارتقت بأثار هذا العمل من عدمه. ومع ذلك قد تنعدم هذه الإرادة رغم توافر الشكل، ويبطل الإجراء، إلا أن انعدام الإرادة المميزة فى هذا القرض يعتبر بمثابة انعدام الأهلية.

ومحل العمل الإجرائي يقصد به مضمون هذا العمل، ولشكل العمل الإجرائي أثر هام فى تحقق هذا الشرط إذ أن المشرع يوجب عادة أن يشتمل شكل الإجراء على محل هذا الإجراء، فإذا توافر الشكل الواجب فى العمل الإجرائي ترتب على ذلك حتماً وجود المحل وقانونيته، فى تفصيل هذه المقتضيات انظر: د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول، ص ٤١٢ وما بعدها بند ٢٣٧ وما بعده. د. فتحى والى، الوسيط ص ٣٥٤ وما بعدها بند ٢٢٢ وما بعده. د. إبراهيم نجيب سعيد: ص ٦٧٤ وما بعدها بند ٢٦٨ - ٢٧٠. د. نبيل عمر: أصول ص ٦٧٣ وما بعدها بند ٥٩٧. د. وجدى راغب: نظرية ص ٥٧٧ وما بعدها، مبادئ ص ٣٩٤ - ٣٩٨.

انظر فيما يلى ص ١٥١ وما بعدها.

والقاعدة أن العمل الإجرائي عمل شكلي. والشكل قد يكون عنصر من عناصر هذا العمل، وقد يكون ظرفاً يجب وجوده خارج العمل لكي ينتج العمل آثاره القانونية، فى تفصيل ذلك انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول نظرية البطلان ص ١٥٨ وما يليها بند ٧٧ وما يليه، د. فتحى والى الوسيط ص ٣٩٨ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد، ص ٦٧٨ وما بعدها بند ٢٧١ وما بعده. د. نبيل عمر: أصول ص ٦٧٧ وما بعدها بند ٦٠١ وما بعدها إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢ وما بعدها بند ١١.

Solus et PERROT: op. cit. P. 311. N 337 etss MOREL: op. cit P. 314. N 385. LEMEE: La regle "Pos de Nullite Sons griel" de Puis le Nouveau Code de procédure civile. R.T.D.Civ. 1982 P.23 etss.

المشرع<sup>(١)</sup> وبهذا تتناولها قواعد القانون الإجرائي، بالتنظيم نظراً لأهميتها كضمان ضد هواء الخصوم، كما أنها تحول دون تحكم القضاء. وترتيباً على ذلك، فالقاعدة الإجرائية، شأن كل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين<sup>(٢)</sup> عنصر الفرض، وعنصر الحكم. وعنصر الفرض يحتوى نموذج العمل الإجرائي، كما ينبغي أن يكون وفقاً لتقدير المشرع. وعنصر الحكم يحتوى الأثر الإيجابي الذي يترتب على اتخاذ الإجراء في العمل مطابقاً كما هو وارد في فرض القاعدة القانونية. ويقصد بالأثر الإيجابي فى هذا المقام، توليد الإجراء لآثاره المحددة فى القانون، وعند مخالفة الإجراء لنموذجه الوارد فى المفترض، لا يتولد الأثر الإيجابي، بل على العكس يتولد الأثر السلبي، فيقال أن الإجراء معيباً<sup>(٣)</sup> وبمقتضاه يتوافر مفترض أو سبب الجزاء الإجرائي<sup>(٤)</sup> فالعيب الإجرائي سبب للجزاء، والأخير النتيجة المترتبة على السبب<sup>(٥)</sup>. وعلى ذلك يجب البحث عن تعيب الإجراء قبل البحث عن تخلف آثاره، لأن تخلف الآثار هي نتيجة للتعيب، والأمريين يشكلان وجهين لشيء واحد، هو الجزاء الإجرائي.

ولكون العيوب الإجرائية، ليست هي الجزاءات الإجرائية. فالعيوب الإجرائية<sup>(٦)</sup> هي أوصاف أو كيوف قانونية ينزلها الفقه والقضاء على الأعمال الإجرائية التي

- (١) فالشكلية فى القانون الإجرائي، تحقق فى كثير من الحالات، مقتضيات العمل الإجرائي الموضوعية. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق: ص ٢٦ بند ١٣. د. إبراهيم نجيب سعيد: الإشارة السابقة.
- (٢) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق، ص ١٩٦ بند ١١٤، ص ٢٠٨ بند ١٢٤ عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة ص ٤٦ بند ٣٥، سلطة القاضي التقديرية دار الجامعة الجديدة ص ١٧٨ وما بعدها بند ١٦١، دراسات فى قانون المرافعات ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة ص ٥١. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ١٥٥. د. سليمان عبد المنعم: المرجع السابق ص ٢٤٦ بند ١٤٩. د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ص ١٥٦ وما بعدها.
- (٣) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زعلول: ص ٨ بند ٢. د. على هيكل الدفع بإحالة الدعوى فى قانون المرافعات دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٤١ بند ٤٠.
- (٤) والجزاء الإجرائي عبارة عن أثر إجرائي يترتب القانون الإجرائي فى مواجهة المسئول عن مخالفة قواعده، وهو كالأثر لإجرائي، إما أن يتعلق بالخصومة، أى بالإجراءات القضائية كوحدة، وإما أن يتعلق بالإجراء القضائي. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٤ وما بعدها بند ١١ وما بعده. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٤٢، د. أحمد هندی: أصول قانون المرافعات ٢٠٠٣ دار الجامعة الجديدة ص ٨٤٢ بند ٢٦٧. د. الأنصاري النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٢ وما بعدها بند ٣ وما بعده. د. أيمن رمضان: الجزاء الإجرائي فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠٠٤ ص ١٣ وما بعدها.
- (٥) د. نبيل عمر: الوسيط فى قانون المرافعات ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة ص ١٧. د. أحمد هندی: الإشارة السابقة. د. أيمن رمضان ص ١٠١.
- (٦) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائي ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص ٢٣ بند ١٢، عدم فعالية الجزاء ص ٤٧ بند ٣٥، ص ٢٣٤ وما بعدها بند ١٩٣ دراسة فى السببية التشريعية ص ١٤٠ وما بعدها بند ٩٢ وما بعده. د. سليمان عبد المنعم: ص ٢٤٩ بند ١٥١. د. إبراهيم النفاوي: مسؤولية الخصم عن الإجراءات ١٩٩١ الطبعة الأولى ص ٥١٧ وما بعدها. د. أيمن رمضان، ص ٩٨ وما بعدها. د. حسن على حسين: الجزاء الإجرائي فى قانون الإجراءات الجنائية ٢٠٠٨ منشأة المعارف ص ١٤٨ بند ١٤٠.

يوجد بها العيب، وتكون النتيجة هي عدم مطابقة العمل المتخذ لنموذجه القانوني، وبالتالي عدم قدرة هذا العمل على توليد الآثار التي حددها القانون لمثل هذا العمل لو كان سليماً من هذه العيوب. فالعيب الإجرائي هو الوصف الإجرائي المحدد للعمل الذي اتخذ بالمخالفة للنموذج الذي حدده القانون سلفاً، ويؤدي إلى جعل العمل الإجرائي المتخذ يختلف عن العمل الإجرائي القاعدي الوارد في القاعدة الإجرائية، ومن ثم يعد العمل المتخذ معيباً، وبالتالي غير قادر على توليد آثاره.

هذا العيب الذي يشوب العمل الإجرائي<sup>(١)</sup>، قد يكون عيباً ذاتياً، وقد يكون عيباً مستمد من عمل آخر. والعيب الذي ينشأ من عيب يصيب ذات العمل الإجرائي. أما العيب المستمد، فهو لا ينشأ من عيب ذاتي، وإنما يتولد ويترتب على عيب أصاب عملاً إجرائياً آخر<sup>(٢)</sup>.

٥- تعدد مصدر العيب الإجرائي: يجد العيب الإجرائي مصدره في الإخلال بالالتزام بواجب إجرائي<sup>(٣)</sup> دون العبء الإجرائي. ويعرف الفقه<sup>(٤)</sup> الواجب الإجرائي بأنه عبارة عن التزام يفرضه القانون الإجرائي على أحد أشخاص الخصومة المدنية لمصلحة الخصم الآخر، وذلك بهدف تحقيق الحماية القضائية أياً كان نوعها<sup>(٥)</sup> أما العبء الإجرائي<sup>(٦)</sup> هو ما يفرضه القانون لصالح الخصم نفسه. والإخلال بالالتزام بواجب إجرائي دون العبء الإجرائي يوجد عيباً إجرائياً، لعدم مطابقة الإجراء المتخذ

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ٢٨٤ بند ٢٣٢.

(٢) انظر فيما يلي بند ١١.

(٣) مع ملاحظة أن الواجب الإجرائي قد يكون مجرد عبء يفرضه القانون على الخصم القيام به لمصلحته الذاتية ولا يترتب على عدم أدائه جزاء إجرائي، وإنما قوات المصلحة عليه، مثل عبء الإثبات، عبء الحضور انظر: د. وجدى راغب: دراسات في مركز الخصم ص ٧ حاشية رقم ١، د. فتحي والي: الوسيط ص ٢٩٩ بند ١٩٦ د. أحمد مسلم: أصول: ص ٤٥٦ بند ٤٢١ د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٢١ بند ١٧، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة ص ١٥٥ بند ٩١.

(٤) د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ٢٥ بند ٢١، د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٥٦٣ د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، ١٩٨٩، ص ١٧ بند ٨، د. طلعت دويدار: الوسيط ص ٤٧ وما بعدها. د. أحمد عبد التواب: ص ١٥٤ وما بعدها بند ٩١. د. إبراهيم النفاوي: المرجع السابق ص ٤٦٣ وما بعدها. د. محمد السيد رفاعي: ص ٩٧.

(٥) ص ٧ حاشية رقم ٣.

(٦) د. وجدى راغب: دراسات في مركز الخصم: الإشارة السابقة، د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ٢٧ بند ٢٣. د. أحمد عبد التواب، ص ١٥٥ بند ٩١.

لمقتضيات الإجراءات النموذجي، وأن عدم تطابق الإجراءات مع نموذجه يجعل الإجراءات المتخذ معيياً.

وإذا كان العيب الإجرائي يجد مصدره في الإخلال بالالتزام بواجب إجرائي. فالعيب الإجرائي قد يوجد مصدر آخر هو الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائي<sup>(١)</sup> كمخالفة الترتيب الإجرائي الوارد في المادة ١٠٨، ١٥٤/٢ مرافعات. أو باتخاذ موقف سلبي بعدم استعمال الدفع، أو بعدم استعماله في الميعاد المحدد له<sup>(٢)</sup>. ويؤكد وجود العيب الإجرائي عند الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائي، فضلاً عن وجود العلاقة التبادلية بين الحق الإجرائي والواجب الإجرائي<sup>(٣)</sup> فأن من

(١) والحق الإجرائي عبارة عن مكنة إرادية يعترف بها القانون للشخص لتحقيق مصلحة ذاتية له هذا الحق يمنحه القانون للشخص بهدف تحريك نشاط إجرائي معين يرمى في النهاية وبالتضافر مع غيره من الأنشطة الإجرائية الأخرى إلى التوصل إلى تقرير الحماية القضائية للحق الموضوعي المتنازع عليه فكان الحق الإجرائي ما وجد إلا كوسيلة لحماية الحق الموضوعي. انظر د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، ص ٢٧، بند ٢٣، التكمال الوظيفي للأعمال الإجرائية والإجراءات الموازية ٢٠٠١ دار الجامعة الجديدة، ص ١٩ بند ١٦. د. أحمد عبد التواب: المرجع السابق ص ١٣ - ٨٠ بند ٤ - ٣١. د. محمد السيد رفاعي، المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها. د. وجدي راغب: دراسات ص ٨ - مبادئ ص ٥١٨.

والحق الإجرائي، ليس مصلحة محمية، ولا استثناء بمنفعة يحميها القانون، مثل الحق الموضوعي كما لا يتصور أن يرد على منقول أو عقار. فالحق الإجرائي حق وظيفي ترتبط حياته بأداء الوظيفة المحددة له، وأن هذه الوظيفة تختلف باختلاف النظام الإجرائي الذي يعمل في نطاقه، فالحق في الدعوى يسمح لصاحبه بالالتجاء إلى القضاء لطرح نزاعه عليه، والحق في الدفع يسمح لصاحبه بالحصول على المنفعة التي تعود عليه من حكم الإلزام الذي يعتبر سندا تنفيذياً. د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، ص ٢٨، بند ٢٤، ص ١٧٢ وما بعدها بند ١٠١، التكمال الوظيفي ص ١٩ بند ١٦.

VIZIOZ: op. cit. P. 147. VINCENT ET GUINCHARD: Procédure Civile 24 ed. Entièrement refondur. Dalloz 1996 P. 7. Cornu et FOYER: Procédure Civile 3e éd. Paris 1996. P. 121 N 70.

وفي الفارق بين الحق الإجرائي والحق الموضوعي عيني أو شخصي، وفي تعريف الحق العيني انظر: د. السيد عبد الحميد فوده، فكرة الحق، دار النهضة العربية، ص ٤١ وما بعدها، د. جلال العدوي، د. رمضان أبو السعود، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، ١٩٩٦ ص ٣٥١ وما يليها.

Jeau - DABIN: Le droit Subjectif 1952 P. 80 elss CABRILLAC: (R.) intraduction générale au droit Dalloz 3e de 1999. P. 76 etes.

وفي التكيف القانوني للحق الإجرائي انظر د. محمد السيد رفاعي: رسالة ص ٦٦ وما بعدها. وفي انتقال الحق الإجرائي إلى الخلف العام، فإنه لا يسقط بالوفاة، كما أنه ينتقل إلى الخلف الخاص. انظر نقض ١٩٧٨/١/١١ طعن رقم ١٩ لسنة ٤٦ ق نقض ١٩٦٥/١٠/٢٦، مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ٩٠٢.

انظر فيما يلي بند ٩ وما بعده. هذه العلاقة عبر عنها البعض، بأنهما وجهان لعملة واحدة، إذ لا توجد بينهما حدود فاصلة بشكل مطلق، بحيث تبحث عن الحق تجد الواجب، والعكس بالعكس. د. إبراهيم النفياري: ص ١٠ - ١٢.

وعبر البعض: بأن هذه العلاقة تعتبر انعكاس للطابع الشخصي للحق الإجرائي، لأنه يعتبر حقاً إذا نظر إليه من ناحية من تقرر له، والتزام للطرف الآخر، كما يترتب الحق الإجرائي في بعض الأحيان التزام الطرف الآخر بالقيام بواجب إجرائي معين، وهو ما يبدل على الطابع التبادلي لكل من الحق والواجب الإجرائي. د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ٢٥ وما بعدها بند ٢١. د. أحمد عبد التواب: ص ١٥٩ وما بعدها بند ٩٤.

ورغم قوة العلاقة بين الحق الإجرائي والواجب الإجرائي إلا أنهما مختلفان. في هذا الاختلاف انظر د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ٢٤ وما بعدها بند ٢٠ وما بعده. التكمال الوظيفي، ص ١٩ بند ١٦. د. أحمد عبد التواب: ص ١٥٤، وما بعدها بند ٨٩ وما بعده.

NORMAND: op. cit. P. 25.

أهم مميزات الواجب الإجرائي<sup>(١)</sup> أحتوائه أو اشتماله على حق إجرائي، لأن طبيعة الواجب الإجرائي تقتضى أن تتمتع السلطة المكلف بها بسلطة أو حق، تتمثل هذه السلطة في استعمال الوسيلة التي تمكنها من القيام بهذا الواجب.

وبصدد هذا المصدر للعيب الإجرائي لا يكون الواجب الإجرائي هو مصدر العيب، ولا الحق الإجرائي في ذاته، بل الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائي. فالعيب الإجرائي كما يوجد الإخلال بالالتزام بالواجب الإجرائي، يوجد الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائي، أو سبق استعمال الخصم له واستنفاد المحكمة سلطاتها بشأنه<sup>(٢)</sup>. والجزاء المترتب على هذا العيب هو سحب مكنة الحق، وسقوط الحق في اتخاذه، والأخير كجزاء حتماً ولا بد أن يسبقه عيباً إجرائياً، ممثلاً هذا العيب في عدم مطابقة استعمال مكنة الحق الإجرائي مع الترتيب أو في الميعاد أو المكان الذي حدده القانون مادة ١٠٨، ١٥٤ / ٢ مرافعات. أو سبق استعمال الخصم لمكنة الإجراء واستنفاد المحكمة سلطاتها بشأنه.

وإذا كان العيب الإجرائي يجد مصدره عند الإخلال بكل من الالتزام بالواجب الإجرائي، واستعمال مكنة الحق الإجرائي. فالمركز القانوني الإجرائي<sup>(٣)</sup> ليس بمأمن من أن يلحق به العيب الإجرائي، كأن يكون الخصم الذي يباشر الواجب الإجرائي أو المكنة الإجرائية ليس صاحب مركز قانوني، وإنما يباشر هذه الأعمال بناء على مركزه الفعلي أو الواقعي، والأخير لا يستند إلى القانون، وإنما إلى الواقع، كأن تباشر الإجراءات من أو في مواجهة الشخص باسمه الظاهر، أو بصفته الظاهرة، أو بأهليته الظاهرة ... الخ<sup>(٤)</sup> فتكون الإجراءات المتخذة من الشخص أو ضده وفقاً للوضع الظاهر مغايرة للنماذج المحددة في القانون سلفاً، مما يتحقق معه العيب الإجرائي.

وترتيباً على ذلك، توجد العيوب الإجرائية، حالة عدم مطابقة الإجراءات المتخذة مع النماذج القانونية المحددة سلفاً، لحق عدم التطابق بالمركز القانوني

(١) د. أحمد عبد التواب: ص ١٦٢ بند ٩٧.

(٢) انظر فيما يلي ص ٢٨ حاشية.

(٣) انظر فيما يلي بند ٩.

(٤) انظر فيما يلي بند ١٧ ومابعده.

الإجرائي أو أحد مشتملاته<sup>(١)</sup> من الالتزام بواجب إجرائي أو استعمال مكنة الحق الإجرائي. ومن ثم يعد غير صحيح القول<sup>(٢)</sup> بأنه حيث يمنح المشرع حقاً أو سلطة إجرائية للخصم ولا يستعملها، أو يستعملها على نحو مخالف، ليس من شأن ذلك قيام المخالفة أو العيب الإجرائي.

وكل ما يشترط في العيب الإجرائي، أن يكون قد وقع بإرادة الخصم<sup>(٣)</sup>، يستوى في ذلك أن يكون قد وقع عن قصد أو عن خطأ أو إهمال أو حسن نية، ولا يعذر بجهله بالقانون، فيما حدده القانون من نماذج يتم اتخاذ الإجراءات بالمطابقة لها، كما يستوى أن يكون من تسبب في العيب الإجرائي هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل لحسابه وباسمه<sup>(٤)</sup>.

٦- تعدد وتنوع صور العيوب الإجرائية: عدم مطابقة الأعمال الإجرائية للنماذج التي حددها القانون الإجرائي سلفاً، يخرجها من دائرة الأعمال الإجرائية الصحيحة، لتندرج تحت طائفة الأعمال الإجرائية المعيبة، والعيوب التي تصيب هذه الأعمال يصعب حصرها<sup>(٥)</sup>. ولذا تتسم بالتعدد والتنوع والتداخل.

(١) والمركز القانوني الإجرائي يشمل الحقوق والمكثات والحريات والرخص من ناحية، ومن ناحية أخرى، الأعباء والواجبات الإجرائية، انظر د. وجدى راغب: دراسات في مركز الخصم ص ٧ وما بعدها. مبادي، ص ٥١٨. د. فتحي والي: الوسيط، = = = ٢٩٩، بند ١٩٦. د. نبيل عمر: سقوط وتساعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة، ص ٥ وما بعدها، بند ١. د. أحمد عبد التواب: ص ١٠٩ بند ٥٥. د. محمد السيد رفاعي: رسالة ص ١٣٤ وما بعدها.

CORNU et FOYER: op. cit. P. 379 ets. MOREL: op. cit. P. 345. N 425. NORMAND: Thés. P. 30 ets N 35 ets.

(٢) د. أيمن رمضان، ص ٩٨ وما بعدها. د. محمد السيد رفاعي: ص ١٠٠.

(٣) أما إذا كان الخصم مسلوب الإرادة وقت حصول المخالفة، فإنه لا يحاسب، ويكون مسلوب الإرادة إذا حدثت قوة قاهرة منعه من اتخاذ الإجراء في الميعاد أو الترتيب المقرر له، أو منعه من ذكر كل البيانات التي يتطلبها القانون. ومبرر ذلك ومبناه، هي قاعدة عدم سريان الميعاد في حق من لا يتمكن من اتخاذ الإجراء للمحافظة على حقه. Contra Lex Non Cogit adim Possible ومن ثم فتوقف القوة القاهرة سريان الميعاد، كما تمنع من بطلان الإجراء الذي تعذر اتخاذه بسبب هذا المانع. انظر: د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، ص ٦٤ وما بعدها، بند ٣٧ وما بعده. د. محمد سعيد عبد الرحمن: القوة القاهرة في قانون المرافعات ٢٠٠١ دار النهضة العربية د. رؤوف عبيد: العذر القهري وما يثيره من بحث في قانون الإجراءات الجنائية مجلة المحاماة السنة ٣٦ علمي ١٩٥٦/٥٥ ١١١٦ وما بعدها. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ٢٠١٧، دار الجامعة الجديدة، ص ٤٥٤ وما بعدها.

MOHMED. Abd, EL, KHALEK OMAR: op. cit. P. 175. N 353.

مع مراعاة أن القوة القاهرة أو المانع القهري يحول دون توقيع الجزاء، دون تصحيح العيب الإجرائي. في تطبيق ذلك انظر. نقض مدني ١٩٨٠/٢٢/٦ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ٤٢٧ نقض جنائي ١٩٨٠/٥/١٨ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٦٢١.

Civ. 16 Juill. 1951. Gaz. Pal 1951. P. 197. Crim, 16, Nov. 1971. Gaz. Pal. 1972. P. 103.

(٤) انظر فيما يلي بند ٩.

(٥) وصعوبة حصر العيوب الإجرائية يرجع لكثرتها إلى الحد الذي يجعلها غير قابلة للتحديد أو الحصر، ولتفادي هذه الصعوبة لجأ المشرع إلى تحديد بعض حالات الجزاء بنصوص صريحة، وترك بعض الحالات دون تحديد. انظر د.

والعيوب الإجرائية تتسم بالتعدد، لأنها لا تقع تحت حصر، فكل جزاء إجرائي<sup>(١)</sup> مصدره عيباً إجرائياً تقرر كأثر له. وبقدر تعدد الجزاءات الإجرائية<sup>(٢)</sup> تتعدد العيوب الإجرائية. وتتسم هذه العيوب بالتنوع، فمنها ما يترتب لعدم اتخاذ الإجراء في مواجهة شخص معين، ومنها ما يترتب لعدم إفراغ الإجراء في الشكل المقرر قانوناً، وبشكل لا يفهم حقيقة مرماه أو مقصوده، على نحو يؤدي إلى تجهيله. أى أن العيب الإجرائي قد يصيب الإجراء ككل، وقد يصيب عنصر من عناصره، أو ظرف من ظروفه، كما قد ينشأ عن هذا العيب تجهيل إجرائي.

كما أن العيوب الإجرائية تتسم بالتداخل، على نحو يجعل محاولة ردها إلى طوائف، لا يعنى تقسيمها حصرياً. فالعيب الذى يلحق إعلان المدعى عليه لمخالفته للنموذج الذى حدده القانون، إنما يرتبط في نفس الوقت بالعيب الذى يلحق بالإعلان لعدم اتخاذه خلال المهلة المحددة مادة ٦٨ مرافعات، مثلما يتعلق العيب أيضاً بتسليم صورة الإعلان لغير الأشخاص الذى حددهم القانون مادة ٢/١٠ مرافعات، شأن العيب الذى يلحق بالإعلان لتسليمه في الموطن الظاهر بالمخالفة للموطن الأصلي أو القانوني أو المختار، وفي كل ذلك مستوى العيب<sup>(٣)</sup>، تمثل هذا العيب في نشاط سلبي بحت - عدم القيام بالإجراء - أو نشاط إيجابي تم اتخاذ الإجراء بالمخالفة للنموذج القانوني المحدد سلفاً.

ومع ذلك يمكن رد هذا التعدد والتنوع والتداخل إلى طوائف، ومن هذه الطوائف<sup>(٤)</sup> طائفة العيوب الإجرائية التي تؤثر على سلامة الإجراء، ومع ذلك تظل

إبراهيم النفاوي، مسؤولية الخصم ص ٥١٧، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنوفية العدد ١٢ السنة ٦ أكتوبر ١٩٩٧ ص ٩٧ بند ٨٦. كمال الدين عاطف، إيمان محسن: المرجع السابق ص ٤٢ وما بعدها.

Solus et PERROT: op. cit. P. 364. N 398.

- (١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٤ بند ٣٥. د. محمد علي سالم الحلبي: الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ١٩٩٦ مكتبة التزبية، بدون ناشر، ج ٢، ص ٤٢١.
- (٢) د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص ٤١ وما يليها بند ١٧ وما يليه د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٢٤ بند ٢٠. التجهيل الإجرائي ص ١٩١ بند ١١٧. د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن، ص ٧ بند ٢. د. وجدى راغب: دراسات، ص ١٠٤. د. علي الشيخ: الحكم الضمني، ١٩٩٧، دار النهضة العربية، ص ٢٨٤ بند ١٧٤.
- (٣) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء: الإشارة السابقة، د. أحمد هندي أصول، ص ٨٤٢، بند ٢٦٧. د. أيمن رمضان: المرجع السابق، ص ١٠٣.
- (٤) طائفة العيوب الإجرائية التي يمكن تصحيحها بزوال العيب، أو انقضاؤه أو تحويله، ودون أن يترتب الجزاء الإجرائي. انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق، ص ٦٠٩ وما يليها، بند ٣٣٣ وما يليه. د. الأنصاري

هذه العيوب قائمة، ودون أن ترتب الأثر القانوني الناتج عنها، الممثل فى الجزاء الإجرائى حتى ولو وقع بقوة القانون، طالما لم يتمسك به الخصم، وتقرره المحكمة.

٧- تعيب العمل الإجرائى لاتخاذها بالمخالفة للمركز القانونى الإجرائى: والمركز القانونى الإجرائى<sup>(١)</sup> ذلك الإطار الذى يشمل الحقوق والواجبات والمكنات التى تكون لشخص مائل فى خصومة بنفسه أو بممثله، والتى تمكنه من القيام بالأعمال اللصيقة

النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائى ص ٢٧٢ وما يليها بند ٢٣٠ وما يليه. د. أمين رمضان: المرجع السابق، ص ٤٣٠ وما يليها. د. وجدى راغب: دراسات ص ١٠٩ وما بعدها. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٣١ وما بعدها بند ١٠١ وما بعده. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع، ص ١٣٥ وما بعدها بند ٦٣ وما بعده.

طائفة العيوب الإجرائية، والتى يترتب عليها حتماً، وفى أية حال تكون عليها الدعوى الجزاء، لتعلق محل المخالفة والجزاء الإجرائى بالنظام العام. انظر د. فتحي والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٥٦٤ وما بعدها. بند ٣٢٠ وما بعده. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١١ ص ٧٠٦ وما بعدها بند ٣٩٦. د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ٦٨ وما بعدها بند ٥٣ وما بعده.

BOLARD: L'office du juge. Préc. D. Tomasin: Nulite des actes de procdure. Jur. Class. Du Procddure Civil. T. 3. Fasc. 138 – 1. 1990 – 1994. P. 15 ets.

طائفة العيوب الإجرائية التى يترتب عليها الجزاء فور تحققها بتوافر مقترضاها وبقوة القانون، ولكن لعدم تعلق الجزاء بالنظام العام، فيتوقف تقرير المحكمة للعب والجزاء المترتب عليه، على تمسك صاحب المصلحة به. انظر د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ١٥١ وما بعدها بند ١١٧ وما بعده. د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن، ص ٧ وما بعدها. د. وجدى راغب: دراسات، ص ٩٧. د. على الشيخ: المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها بند ١٧٧. د. أحمد هندى: التمسك بالبطان ص ٤٩ وما بعدها بند ١٠.

طائفة العيوب الإجرائية التى تلحق الأعمال الإجرائية التى سبق اتخاذها واستنفدت المحكمة سلطاتها بشأنها كما لو سبق للخصم أو وكيله القيام بالعمل الإجرائى المخول له مكنة استعماله، وفصلت فيه المحكمة بحكم قطعى، فأن هذا يؤدي إلى استنفاد سلطة المحكمة بالنسبة لهذا العمل الإجرائى، مما يحول بينه وبين مكنة استعماله مرة أخرى لاستهلاك المراكز الإجرائية وسقوط الحق فى اتخاذها، معاودة اتخاذ الإجراء مرة أخرى يعيب اتخاذ هذا الإجراء، احتراماً لفكرة استنفاد الولاية: انظر: د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى، ص ٢٢٧ وما بعدها، مبادئ ٤٦٦، حول جواز الطعن المباشر فى الأحكام الصادرة فى طلبات وقف النفاذ المعجل مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لسنة ١٧ العدد الأول يناير ١٩٧٥ ص ٢٥٩ بند ٢٦. د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى المدنى، المحاماة السنة ٦١، مايو ويونيه ١٩٨١ العددان ٥، ٦ ص ٨٢ وما بعدها بند ٨٦. د. أحمد ماهر زغول: مراجعة الأحكام بغير طريق الطعن فيها دار النهضة العربية بدون سنة نشر ص ١٨ وما بعدها بند ١٠ على هيكال: النفع بلجالة الدعوى، ص ١٧٧ وما بعدها بند ١٦٣.

CADIET: op. cit. P. 573 N. 1096. PEROT: obs. RT. D. Civ. 1993. P. 195 Vizioz. Abs. RT. D. Civ. 1940/ 1941. P. 638 Cette nevue 1947 P. 83.

MOREL: op. cit. P. 447. N 570.

Cournu et FOYER: Procedure Civil 3e éd. Paris 1996 P. 601. N 143

لم يتفق الفقه حول رأى موحد بشأن المقصود بالمركز القانونى الإجرائى، ولا بشأن ما يندرج تحته من أطراف، أسفر عدم الاتفاق حول اتجاهين: الأول: يأخذ بالمفهوم الضيق لفكرة هذا المركز أو المركز القانونى للخصم، ويقصر هذا المركز على أطراف الدعوى. حول هذا الاتجاه انظر: د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ٧ وما بعدها، والمراجع المشار له.

Liebman: Manuale di droi Processuale Civile L. milane. 1957 N 83. Mieheli: Corse di dinette Processuale civile Milene 1959 P. 233-236 N. 67.

ومن هذا الاتجاه د. أحمد مسلم: التاصيل المنطقى لأحوال انقضاء الخصومة. مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦٠ عدد يناير السنة الثالثة ص ٦٧. د. محمود هاشم: المرجع السابق، ص ١٤، ١٥ بند ٦.

الاتجاه الثانى: يرى بأن المركز القانونى الإجرائى ليس قاصر على أطراف الدعوى، وإنما يشمل أطراف الخصومة. بمعنى أنه قد يكون لشخص مائل فى خصومة بنفسه أو بممثله، أى يشمل أطراف الدعوى وأطراف الخصومة.

انظر: د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ٥ بند ١. د. فتحي والى: الوسيط ص ٥٤ بند ٢٧. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ١٤٢ وما بعدها بند ٥٢. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٧٦ وما بعدها. بند ٤٣ وما بعده. د. أحمد عبد التواب، المرجع السابق ص ٨١ وما بعدها بند ٣٣ وما بعده. د. محمد عبد الخالق عمر: الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة المدنية. مجلة رصد المعاصرة، السنة ٦١ العدد ٣٣٩ يناير ١٩٧٠ ص ٢١٧ وما بعدها.

Soluse et PERROT: op. cit., P. 111. N. 113. VINCEMENT et Guinehard: op. cit., P. 122 N. 71.

بهذا المركز حسب الغاية المحددة له قانوناً. هذا المركز يسمى بالمركز القانوني، مركز يقره ويحميه القانون<sup>(١)</sup>.

هذا المركز القانوني، قد يباشر من أو في مواجهة صاحب مركز فعلى أو واقعي أو ظاهر، وصاحب هذا المركز هو من يباشر سلطات ومكنات ومزايا مركز ليس له<sup>(٢)</sup> أى أنه ليس ذى صفة فى حيازة المركز القانوني، ومن ثم يشكل المركز الفعلى أو الواقعي أو الظاهر صورة غير مكتملة للمركز القانوني المعترف به، والذي نظمه القانون، ومن أمثلة المركز الظاهر: الأسم الظاهر<sup>(٣)</sup> الممثل الإجرائي الظاهر<sup>(٤)</sup> الموطن الظاهر<sup>(٥)</sup> المعلن إليه الظاهر<sup>(٦)</sup> الزواج الظاهر<sup>(٧)</sup> الدائن الظاهر<sup>(٨)</sup> المحامى

(١) انظر فيما يلى بند ٢٩ ومابعده.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن: نظرية الوضع الظاهر فى قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار النهضة العربية ص ٩ وما بعدها بند ٤ وما بعده. د. نعمان جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق. مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ١٩٧٧ ص ٥ وما بعدها. د. السيد عبد الحميد فوده، تطور القانون ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ص ١٢٥ ومابعدها.

(٣) والأسم الظاهر هو الأسم الذى يظهر به الخصم أمام الناس، ويتعامل معهم، ويتعاملون معه، ويوجه إليهم إجراءات التقاضى، وتوجه هذه الإجراءات إليه بهذا الأسم بحسن نية، اعتماداً على شواهد مادية خارجية تولد اعتقاداً شائعاً بمطابقة هذا الأسم للأسم الحقيقى للخصم أو المركز القانوني الذى ظهر به أمام الناس، رغم أنه ليس اسمه الحقيقى، أو ليس هو صاحب المركز القانوني فى التعامل، وإنما شخص آخر غيره. د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص ١٠١ بند ٩٣. د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائي، ص ٢١٥ بند ١٣٤.

(٤) والممثل الظاهر، هو من يمثل الخصم الذى لا تتوافر لديه أهلية الاختصاص، ثم يكسب الخصم الأهلية، بأن يبلغ سن الرشد أثناء الخصومة، والخصومة لا تنقطع بهذا البلوغ، وبلوغ القاصر من الرشد أثناء سير الخصومة، وترك ممثله يحضر عنه، فإن هذا الحضور يكون بقبوله ورضائه، رغم أن الممثل فى هذه الحالة ليس ممثلاً قانونياً، وإنما ممثل ظاهر. د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ٨٧ بند ٤١.

(٥) والموطن الظاهر، هو المكان الذى يوجد به الشخص، ويتعامل مع غيره من الناس، ويتعاملون معه على أساس أنه مقيم به، بحيث يعتقد الغير حسن النية بأن هذا المكان هو الوطن الحقيقى لخصمه، مع أنه فى الحقيقة ليس كذلك. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١١٤ بند ١٠٢ والمرجع المشار إليه.

(٦) والمعلن إليه الظاهر، هو من يتسلم الإعلان فى موطن المعلن إليه مادة ٢/١٠ مرافعات. والمشرع يأخذ ويعتد بالصفة التى يذكرها الشخص الموجود فى الموطن ذلك للمحضر ولو كان الأمر على خلاف ذلك، أى لم يكن ذى صفة فى استلام ورق الإعلان. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٣٠ وما بعدها، بند ١١٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية، ص ٨٨ وما بعدها، بند ٥٢. د. أحمد هندى: العلم القانوني بين الواقع والمنطق، ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، ص ٥٨ وما بعدها بند ٦. د. محمد الصارنى مصطفى: فكرة الافتراض فى قانون المرافعات، الطبعة الأولى ١٩٩٨، دار النهضة العربية، ص ٩٩ وما بعدها، بند ٨٢ وما بعده.

(٧) هو أن يعيش شخص مع سيدة، دون أن توجد علاقة زوجية بينهما، خليله، صديقة – ويقدمها للناس على أنها زوجته، وتتعامل هذه السيدة مع الناس ويتعاملون معها استناداً لهذه الصفة، التى تظهر بها أمامهم، وقد يتربط على هذا التعامل أن تصبح هذه السيدة متبينة للغير بمبالغ مالية مطلوب سدادهاء، انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٢٧ وما بعدها بند ١١٧ والمرجع المشار إليه.

(٨) هو الدائن التى تنشأ ديونه بعد الهبة والرصية، وتوجد شواهد مادية خارجية بتولد عنها، بأن الأموال التى يملكها المدين غير مقيدة بأى شرط يمنع من الحجز والتنفيذ عليها لصالح هذا الدائن ولم يكن لديه علم وقت تعامله مع المدين بشرط عدم جواز الحجز، إذا توافر ذلك فى تعامل الدائن مع المدين الذى يملك أموال موهوبة أو موصى بها مع اشتراط عدم الحجز عليها، توافر الوضع الظاهر للدائن، انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ١٥٢ وما بعدها، بند ١٤٠، ١٤١. د. على هيكل: أصول التنفيذ الجبرى فى قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ٢١٢ وما بعدها بند ١١٣.

الظاهر<sup>(١)</sup> ... الخ ويتخذ الإجراء من وفي مواجهة صاحب هذا المركز. ولكن هذا المركز يشكل صورة غير مكتملة للمركز القانوني، فتنتمي مطابقة الإجراء المتخذ للنموذج الإجرائي الذي حدده القانون سلفاً. ووفقاً لذلك يعد الإجراء المتخذ في مواجهة صاحب المركز الظاهر معيباً، لعدم مطابقته للنموذج القاعدي المحدد سلفاً.

٨- تعيب العمل الإجرائي لعدم مباشرته خلال المهلة المحددة قانوناً: فالمهلة تبدو ضرورية كشكل للعمل الإجرائي<sup>(٢)</sup> إذ بمقتضاها يُفعل هذا العمل كأحد الأعمال المكونة للخصومة في سبيل الوصول إلى نهايتها<sup>(٣)</sup> فالمهلة أو الزمن كشكل للعمل إذا تحدد بميعاد معين<sup>(٤)</sup> تعين القيام به في غضون وبين لحظتين، لحظة البدء *dre aque* ولحظة الانتهاء *dies ad quem*<sup>(٥)</sup> ودون أن يكون في اتخاذ هذا العمل تجاوز لأي من اللحظتين.

واتخاذ العمل الإجرائي في مهلة محددة وبين لحظتين، كما قد تكون لواجب إجرائي، تكون لاستعمال حق إجرائي، وتحديد المشرع مهلة معينة لاستعمال هذا الحق<sup>(٦)</sup>، يتعين على الخصم مراعاتها، والإخلال بها ومخالفتها<sup>(٧)</sup> يجعل استعمال هذا

- (١) والمحامي الظاهر هو من يتعامل مع الناس وأمام عملائه بأنه محام يجوز له ممارسة مهنة المحاماة بما تخول له من حقوق ومزايا وأعباء رغبتم أنهم فهمي الحقيقة ليس كذلك. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٦٤، بند ١٥٣.
- (٢) د. فتحى والى: الوسيط ص ٣٦١ بند ٢٢٧. د. وجدى راغب: مبادئ، ص ٤٠٠، د. أحمد هندی: التمسك بالبطان ص ٦٠ وما بعدها. د. طلعت دويدار: الوسيط ص ١٤١ د. محمد جمال عطية، رسالة، ص ٢٣١. د. سليمان عبد المنعم: المرجع السابق، ص ٢٤٦، بند ١٤٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية، ص ١١١، بند ٦٣.
- (٣) ورغم أن الشكل للعمل الإجرائي، لا يعد عنصر من عناصره، إلا أنه يجب وجوده، ورغم وجوده كظرف يكون خارج العمل الإجرائي، إلا أن الأخير لا ينتج أثره = القانوني إلا بوجود الشكل. د. إبراهيم نجيب سعد، ص ٦٨٤، بند ٢٧٥. د. أحمد ماهر زغول: المقال، ص ٦٥، بند ٢٧.
- (٤) MOREL: op. cit. P. 332. N 414. Solus et PERROT: op. cit. P. 393. N 427. وقد يكون ميعاداً مجرداً غير نظر إلى واقعة سابقة أو لاحقة، وقد يكون يوماً معيناً بالذات مادة ٧ مرفعات راجع المذكورة التفسيرية لقانون المرافعات الحلقى.
- (٥) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ١٧٢ بند ٨٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ١١١ بند ٦٣. د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٦٨٤ بند ٢٧٥. د. طلعت دويدار الإشارة السابقة.
- (٦) د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء اقتراه بعنصر المدة الواجب استعماله خلالها بأن الحق الإجرائي لا يكون له وجود دون اقتراه بعنصر المدة الواجب استعماله خلالها، الإسكندرية التجارية ١٩٤٦/٨/١، المجموعة الرسمية، ص ٤٧ رقم ٢٣٥.
- (٧) يترتب سقوط الحق في اتخاذ الإجراء. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. وجدى راغب: دراسات ص ١٢٦.

مع مراعاة أن هناك حالات يحدد فيها المشرع ميعاداً لاتخاذ الإجراء دون النص على السقوط، وحالات يترتب على مخالفتها للمادة جزء آخر غير السقوط انظر د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها بند ٢٩ وما بعده.

JAPIOT: (R) Traite élémentaire de Procédure Civile et Commerciale 1939. P. 42 N. 53.

VASSEUR. (M.) Délais Prefixe de Prescription de Lais de Procédure, R.T.D. Civ. 1950 P 443 ets.

الحق غير مطابقاً للنموذج القانوني المحدد سلفاً، مما يترتب عليه تعيب العمل الإجرائي الذي تم اتخاذه، كما قد يتحقق هذا العيب نتيجة عدم التنسيق بين الأعمال الإجرائية.

٩- تعيب العمل الإجرائي المتخذ في غير الترتيب أو المناسبة المحددة له قانوناً: والترتيب بين الأعمال الإجرائية تحدده في الغالب طبيعتها<sup>(١)</sup> وقد يحدده المشرع لرفع بعض الدعاوى، أو للتمسك ببعض الدفوع أو لاتخاذ إجراءات التنفيذ، أو فيما يجب إعماله لبعض أدلة الإثبات.

فقد يوجب المشرع إتباع ترتيب معين لرفع بعض الدعاوى<sup>(٢)</sup> فيستلزم تقديم طلب رد القاضى قبل تقديم أى دفع أو دفاع مادة ١٥١ مرافعات، وقيام المشرع<sup>(٣)</sup> بتحديد ترتيب معين لتقديم طلبات رد القضاة، باعتبارها تمثل الأعمال الإجرائية التى حددها القانون لاستعمال هذا الحق. هذا الترتيب قد يكون بوجود تقديم طلب الرد قبل أى دفع أو دفاع مادة ١٥١ / ١. وقد يتمثل الترتيب فى وجوب تقديم طلب الرد خلال ميعاد معينة، مع احتسابه من واقعة محددة مادة ١٥١ / ٢. وقد يتمثل الترتيب فى القيام بإجراءات تالية فى ميعاد محدد مادة ١٥٤ / ٢ مرافعات.

(١) فالأعمال الإجرائية تكون وحدة واحدة هي الخصومة، فهي عناصر عمل واحد، ولكي تكون هذه الأعمال عملاً واحداً لا يكفي أن تجتمع أيًا كانت طريقة اجتماعها، بل يجب أن تتسلسل تسلسلاً زمنياً ومنطقياً يؤدي إلى أن يجعل لها معنى مفهوماً، ويساعد على أن تحقق وظيفتها المشتركة، وهي الوصول بالخصومة إلى تطبيق القانون على الحالة المعروضة. هذا الترتيب بين الأعمال الإجرائية تحدده في الغالب طبيعتها، دون تدخل المشرع للنص عليه. من الواضح مثلاً أن استئناف الحكم يكون بعد صدوره، وأن الدفع بعدم إعلان المدعى عليه، يكون بعد إيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة، وإيداع الطلب العارض يكون بمناسبة طلب أصلى مطروح أمام المحكمة ... الخ. د. فتحي والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ١٧٤ بند ٨٩. د. فتحي والى: الوسيط، ص ٣٦١، بند ٢٢٧. د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٦٨٤، بند ٢٧٥.

(٢) لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينهما وبين المطالبة بالحق مادة ٤٤ مرافعات نقض ١٢/٤/١٩٥٦ مجموعة الأحكام السنة ٧ ص ٥١٧ نقض ١١/٥/١٩٧٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٥ ص ١١٨٥. كما يجب تقديم الطلب العارض بصفة عامة قبل قفل باب المرافعة مادة ١٢٣، ١٢٦ مرافعات. انظر د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للطلبات العارضة، دار الفكر العربى، ١٩٨٤، ص ١٠ وما بعدها.

(٣) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٥٥ وما بعدها بند ٣٩. د. وجدى راغب: مبادئ، ص ٢٣٩.

Solus et Perrot: op. cit. P. 676 N 794.

ويحدد المشرع ترتيباً معيناً عند إثارة الخصم للدفع الشكلية<sup>(١)</sup> التي يرى من مصلحته التمسك بها. هذا الترتيب قد يكون بوجوب إيداء جميع هذا الدفع معاً قبل إيداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى مادة ١٠٨ / ١ مرافعات مصرى ١ / ٧٤ مرافعات فرنسى<sup>(٢)</sup>. وقد يتمثل هذا الترتيب فى وجوب إيداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً مادة ١٠٨ / ٤ مرافعات. وحيث يكون العمل الواحد قد شابه أكثر من عيب تعين عندئذ إثارة كافة العيوب التى شابت هذا الإجراء دفعة واحدة.

ويحدد المشرع ترتيباً معيناً عند اتخاذ إجراءات التنفيذ، فيوجب على الدائن قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ أن يعلن المدين بالسند التنفيذى، وأن يشتمل الإعلان على تكليفه بالوفاء، وأن تنقضى مهلة معينة من إعلان السند التنفيذى، وتقديم طلب لإجراء التنفيذ مادة ٢٨١ مرافعات ويطلق على هذه الإجراءات مقدمات التنفيذ، هذه الإجراءات وإن كانت لا تعد جزءاً من خصومة التنفيذ، إلا أنها تعد ضرورية لاتخاذ إجراءات التنفيذ، ويترتب على عدم اتخاذها بطلان إجراءات التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

كما أوجب المشرع ترتيباً معيناً، فيما يجيب عليه الشاهد من أسئلة، فنصت المادة ٨٧ إثبات على أنه ".... يجيب الشاهد أولاً عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم عن أسئلة الخصم الآخر.....".

ووفقاً لذلك، متى حدد المشرع، وحتى يضمن تحقيقاً أحسن للغاية من الخصومة<sup>(٤)</sup> ترتيباً معيناً لبعض الأعمال الإجرائية وفقاً لنماذج محددة سلفاً، تعين

(١) د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى، ص ٣٤ بند ٣٤، د. أحمد أبو الوفا: الدفع: ص ١٨٢ بند ٧٦، د. فتحى والى، د. أحمد زغول، الإشارة السابقة د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٦٠ وما بعدها بند ٤٣ د. أحمد هندى: التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة ج ٢ ص ٣٤٧ مادة ١٠٨ د. أحمد ماهر زغول: المقال، ص ٦٧ بند ٢٧.

GIVERDON (C.) La procedure de règlement des exceptions d'incompétence de Litispendance et de Connexité d'après décret N 72 – 684. du 20 Juillet 1972. ENCY. Dalloz ch. XX. 111, p. 171. N 131. CADIET: droit judiciaire prive 1994 P. 424. N. 819. (٢) ما لم ينشأ دفع من الدفع الشكلية بعد الكلام فى الموضوع، فيجوز التمسك به بعد الكلام فى الموضوع محمد كمال عبد العزيز: التعليق على قانون المرافعات ١٩٩٥ الطبعة الثالثة ص ٦٥٠ مادة ١٠٨.

CADIET: op. cit. P. 424. N 820. (٣) فى مقدمات التنفيذ انظر د. على هيكل: أصول التنفيذ الجبرى، ص ٢٢٣ وما بعدها بند ١٢١ وما بعده.

(٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة، د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.

القيام بهذه الأعمال وفقاً لهذا الترتيب، القيام بها بالمخالفة لهذه النماذج، يجعل ما تم اتخاذه من أعمال معيباً.

فضلاً عن هذا الترتيب، قد يستلزم المشرع اتخاذ إجراء تالٍ له في ميعاد معين، إذا لم يتخذ الإجراء التالي في الميعاد المعين له، كان العمل الإجرائي المتخذ في ترتيبه معيباً، فقد يستعمل الحق الإجرائي في طلب الرد أو التمسك بالدفع الشكلي في الترتيب المحدد له، ويكون العمل الإجرائي المتخذ معيباً، إذا لم يتخذ طالب الرد إجراء تالٍ في ميعاد محدد مادة ١٥٤ / ٢ مرافعات<sup>(١)</sup>. أو لم ييّد المتمسك بالدفع الشكلي جميع الوجوه التي يبنى عليها هذا الدفع جملة واحدة مادة ١٠٨ مرافعات<sup>(٢)</sup> يجب إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه خلال ثمانية أيام التالية لإعلانه إلى المحجوز لديه، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن مادة ٣٣٢ / ٢ مرافعات<sup>(٣)</sup>. فعدم اتباع الترتيب الذي حدده القانون لاتخاذ الإجراءات، أو اتباعه دون القيام بما يعد من ملحقاته، - القيام بإجراء تالٍ في ميعاد معين، أو إيداء جميع الوجوه التي يبنى عليه الدفع، أو إعلان الحجز إلى المحجوز عليه - يجعل العمل الإجرائي المتخذ مخالفاً لنموذجه القانوني المحدد سلفاً، مما يتحقق معه العيب الإجرائي.

وقد يستلزم المشرع مناسبة معينة لاتخاذ عمل إجرائي في غضوناتها، واتخاذ هذا الإجراء خارج هذه المناسبة يجعل العمل الإجرائي المتخذ معيباً لمخالفته المناسبة التي حددها المشرع سلفاً، مثال ذلك، تدخل من له مصلحة في الخصومة وفقاً للمادة ١٢٦ مرافعات<sup>(٤)</sup> رفع المستأنف عليه استئناف مقابل وفقاً للمادة ٢٣٧ / ١ مرافعات<sup>(٥)</sup>. فكلما من تدخل الغير والاستئناف المقابل استلزم المشرع لقبولهما إيداء

- (١) إذا كان القاضى جالساً أول مرة لسماع الدعوى في حضور الخصم جاز رده بمذكرة تسلّم لكتاب الجلسة مع تلييد الطلب بقلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر وإلا سقط الحق فيه مادة ١٥٤ مرافعات.
- (٢) وجوب إيداء وجوه الدفع الشكلي وأسبابه معاً قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم ييّد منها. انظر د. أحمد أبو الوفا: الدفع، ص ١٨٥ وما بعدها، بند ٧٨ وما بعده، نقض ١٩٩٣/٤/٢٧ طعن ٢٣٦٩ لسنة ٥٦ ق، مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٢٤٠ ج ٢. نقض ٢٠٠٢/٢/١١ طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ ق المحاماة ٢٠٠٢، العدد الثالث، ص ٩٨.
- (٣) د. على هيك: أصول التنفيذ الجبري ص ٢٩٩ وما بعدها بند ١٦٥.
- (٤) نقض ١٩٧٥/٢/١٢ مجموعة الأحكام، السنة ٢٦، ص ٣٦٤ نقض ١٩٦٥/٣/٤، مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ٢٨٢.
- (٥) نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٩٠٤. نقض ١٩٦٤/١٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ١٥ ص ١٢٤٨.

كل منهما قبل قفل باب المرافعة<sup>(١)</sup>، واتخاذ أيهما في غير المناسبة المحددة سلفاً يجعل الإجراء المتخذ معيباً لمخالفته النموذج القانوني المحدد سلفاً.

#### ١٠- تعيب العمل الإجرائي المتخذ بالمخالفة للمكان المحدد قانوناً: ينظم

القانون بالنسبة لبعض الأعمال الإجرائية المكان الذي يجب أن يتم فيه<sup>(٢)</sup> كوجوب تسليم الأوراق المطلوب إعلانها في موطن الشخص المراد إعلانه بها مادة ١٠ مرافعات. أو وجوب إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلية مادة ٢١٣/٣ مرافعات. أو وجوب أن يتم الحجز في مكان المنقولات المحجوزة مادة ٣٥٣ مرافعات. كما أن هناك بعض الأعمال تحدد طبيعتها المكان التي تتم فيه<sup>(٣)</sup> كوجوب إجراء المعاينة في المكان المراد معاينته مادة ١٣١ إثبات.

وتحديد القانون، أو طبيعة العمل المراد اتخاذه في مكان معين، وإن كان يعد ظرفاً يتم فيه العمل الإجرائي، فهو يعتبر في نفس الوقت شكلاً لهذا العمل، لكي يرتب هذا العمل آثاره القانونية<sup>(٤)</sup>.

واتخاذ العمل الإجرائي بالمخالفة للمكان المحدد قانوناً، أو التي تفرضه طبيعة هذا العمل، يؤدي إلى تعيب هذا العمل، ولا ينتج آثاره. بل قد لا يقتصر العيب الإجرائي على العمل المتخذ وحده بالمخالفة لنموذجه القانوني. بل قد يجعل العمل السابق عليه غير ذي فائدة<sup>(٥)</sup> ويؤثر على الأعمال الإجرائية اللاحقة عليه<sup>(٦)</sup> والتي

- (١) د. وجدى راغب مبادئ ص ٥٧١، ص ٧٥٨. د. أحمد هندي: قانون المرافعات، ص ٢٤٥، بند ١٤٤، ص ٦٠٩، بند ٣١٦. د. علي هيكل: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، ٢٠١٢، دار الجامعة الجديدة، ص ٣٥٦، بند ١٧٠، ص ٧٢١ وما بعدها بند ٢٢٢.
- (٢) المكان أهمية قانونية، بل تزداد هذه الأهمية في قانون المرافعات. في أهمية المكان وتطبيقاته المواد ١٠، ١، ٣/٢١٣، ١/٢١٤، ١، ٣٥٣، ٤٩، ٢/٥٠، مرافعات المادة ٥٥٩ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩، المادة ١٣١ إثبات، المادة ٢٥٠، ٢/٣٤٧، ٢ منى. انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: نظرية الوضع الظاهر ص ١٠٧ - ١٠٩ بند ٩٨ وما بعده.
- (٣) فالأحكام يجب أن تصدر في الجلسة، والأعمال الإجرائية التي توجه إلى المحكمة تتم بطبيعتها في المحكمة، ولا يستثنى من هذا إلا أن يوجد نص يجيز القيام بها في مكان آخر، ومثال ذلك، نص المادة ١٢٦ إثبات التي تقضى بانتقال المحكمة أو نذب أحد القضاة لتحليف من وجهت إليه اليمين الحاسمة، إذا كان لديه عذر يمنعه من الحضور. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان ص ١٧١ بند ٨٨، د. فتحى والى: الوسيط ص ٣٦١ بند ٢٢٧. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ١٢٠ بند ٧٠.
- (٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة، د. إبراهيم نجيب سعد ص ٦٨٢ بند ٢٧٤. د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١١٩ - ١٢١ بند ٦٩ - ٧٢، الهنر الإجرائي واقتصاديات الإجراء الطبعة الأولى ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٨٠ بند ٤٤، د. أحمد ماهر زغول: قواعد الإعلان القضائي. المقال، ص ٦٥، بند ٢٧.
- (٥) انظر فيما يلى بند ٧١
- (٦) انظر فيما يلى ص ٢٤٧ وما بعدها.

يعتبر العمل المعيب مفترضاً لصحتها، فيلحق العيب الإجرائي بالأعمال الإجرائية اللاحقة، لتصبح معيبة هي الأخرى. فاتخاذ العمل الإجرائي بالمخالفة للمكان المحدد لاتخاذها، يعيب هذا العمل، بل ويعيب الأعمال اللاحقة عليه والمرتبطة به ارتباطاً قانونياً.

١١- تعيب العمل الإجرائي للتجهيل الإجرائي به<sup>(١)</sup>: حالة أن يستوجب القانون ذكر بيانات معينة في الورقة القضائية، فإنه يضع للإجراء المحتوى على هذه البيانات هدف معين، يتعين التوصل إليه بواسطة هذه البيانات، مثال ذلك المادة ٩ مرفعات التي أوجبت أن تتضمن ورقة الإعلان<sup>(٢)</sup> اسم طالب الإعلان ومهنته أو وظيفته وموطنه، واسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه. أو اسم من يمثلهم ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ... الخ فإذا كانت الورقة المعلنة صحيفة دعوى، فقد استهدف المشرع من ذلك التعرف بأشخاص وصفات من تتردد بينهم الخصومة في الدعوى، تعريفاً ناقياً للجهالة أو اللبس حتى لا يكتنف الغموض شخص المدعى عليه. ولذا لا يؤثر النقص أو الخطأ في بيان طالب الإعلان والمعلن إليه طالما أنه لا يؤدي إلى التجهيل بأسماء وصفات من تتردد بينهم الخصومة في الدعوى<sup>(٣)</sup>.

(١) أما التجهيل القانوني للحقوق والمراكز الموضوعية، يقوم حيث يكون ثمة تعارض بين الرأي الذاتي للشخص وبين حقيقة ما ينص عليه القانون. فالرأي الذاتي يحقق غايته في اليقين القانوني طالما لم يلقى هذا الرأي شيئاً يتعارض معه، أما حيث يصطدم بأي ظاهرة تتعارض معه فإنه يفقد صلاحيته لتحقيق هذا اليقين. ويقابل هذا العارض ويتناسب معه ما يعرف بالحماية الموضوعية، فالقضاء الموضوعي هو الأداة القضائية لليقين القانوني. انظر: د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٩٨ وما بعدها، مبادئ ص ٥٠ وما بعدها. د. فتحي والي: الوسيط ص ١١٤ وما بعدها بند ٦٦. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التي تحوز الحجية دار النهضة العربية ص ١٥ - ٤٦ بند ٤ - ٢٥. د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائي ص ١٠ وما بعدها. د. طلعت دريدار: الوسيط ص ٣٤. د. محمود هاشم: استفاد ولاية القاضى المدنى ص ٥١ وما بعدها بند ٦٤ وما بعده.

Solusat Perrot: op. cit. P. 449 ets N 488 ets  
VIZIOZ: op. cit. P. 588 ets Normand: op. cit. Thés P. 4. N. 4. Abdel Khalek Omar: op. cit. P. 106.  
TERRE (F.) action en Justice. Jur. Class. Pr., Civ. 1987 Fasc. 125. P. 2 etss N 4 etss.

(٢) وتعدد بيانات الورقة القضائية إلى أنواع مختلفة يهدف كل منها إلى تحقيق غاية فرعية خاصة به، ويتكون من مجموع هذه الغايات الفرعية، الغاية العامة لإعلان الورقة القضائية. انظر: د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٤٤ وما بعدها بند ٢٢ وما بعده. د. أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان المقال ص ٨٤ وما بعدها بند ٤١ وما بعده. د. أحمد أبو الرفا: الدفوع ص ٣٥٧ وما بعدها بند ٨٨ وما بعده. وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٦٩/٢/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٣٠٣ نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ١٢١٦، نقض ١٩٧٠/٥/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ١٢١٦، نقض ١٩٧٠/٥/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٨٧، نقض ١٩٨٩/٦/٢٢ الطعن رقم ٧٦٦ لسنة ٥٣ ق.

(٣) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لا يعيب الإعلان ما عساه أن يقع من خطأ في اسم الممثل الحقيقي للشخص الاعتباري، وصفة من يمثلها" نقض ١٩٦٦/٥/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ١٢٣٦. نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة

وإذا رتبَت المادة ١٩ مرافعات بطلان الإعلان جزاء على النقص أو الخطأ فى أسماء المعلن والمعلن إليه وصفاتهم<sup>(١)</sup> فأما قصدت<sup>(٢)</sup> النقص أو الخطأ الجسيم الذى يترتب عليهما التجهيل بأطراف من تردد بينهم الخصومة فى الدعوى، وإدخال اللبس فى التعريف بأشخاصهم وصفاتهم، وعلى نحو لا يستطيع أن يفهم منه أسماء وصفات الخصوم، مما يؤدى إلى تخلف الهدف أو النتيجة التى يرد تحقيقها من هذا العمل محل الاعتبار.

والتجهيل الإجرائى على هذا النحو يقصد به<sup>(٣)</sup> حالة أو وضع يثور حينما يتخذ عمل إجرائى أمام القضاء، ويكون هذا العمل معيَّباً بعبء إجرائى، يؤدى إلى حدوث التشكيك أو الغموض فى حقيقة المدلول الذى يشير إليه هذا العمل الإجرائى<sup>(٤)</sup>. هذه الحالة<sup>(٥)</sup> أو هذا الوضع ينشأ ويتولد ليس من نفسه، أى أن التجهيل لا يولد نفسه بنفسه، بل أنه ينشأ من اتخاذ عمل إجرائى غير مطابق لنموذجه القانونى، ويكون من شأن عدم مطابقته أن يولد تعميم أو تجهيل أو شك أو لبس فى حقيقة العمل الإجرائى أو فى حقيقة دلالته على المقصود منه<sup>(٦)</sup>.

- ٢١ ص ١٢١٦. نقض ١٩٧٠/٥/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٨٧. نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١١ ص ٤٨٢ طعن عمانى رقم ٢٢١ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/١/٢٩ مجموعة الأحكام التى قررتها المحكمة العليا السنة ٧ ص ١٠٨٣ طعن عمانى تجارى رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٤ المجموعة السنة ٩ ص ٤٠١.
- (١) وإذا كان بطلان خاص مقرر لمصلحة المعلن إليه، فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، ذلك عدا توقيع المحضر الذى يؤدى تخلفه إلى بطلان الإعلان بطلاناً عاماً. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤١٧.
- (٢) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٢٣ بند ١٢. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض مننى ١٩٦٩/٢/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٣٦٨. نقض مننى ١٩٧٨/١١/١١ طعن ١٩ لسنة ٤٦ ق نقض ١٩٨١/٣/٣١ طعن ٦٥٣ لسنة ٤٧ ق نقض ١٩٩٢/٥/١٣ طعن ٢٣٨ لسنة ٥٦ ق. طعن عمانى رقم ٩٠ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٤/١/١٨ مجموعة السنة ٢٠٠٥ ص ٢٥٤.
- (٣) د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص ١٠، ٢١، ٢٥، ٢٩.
- (٤) والتجهيل الإجرائى يختلف فى مفهومه ومصدره عن الجزاء الإجرائى، وعن البطلان، وعن الانعدام، وعن التكييف القانونى، فى التمييز بين التجهيل الإجرائى وما قد يختلط به من أفكار أخرى انظر د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٢ - ٢٩ بند ١١ - ١٥.
- (٥) أو ظاهرة التجهيل الإجرائى تظهر فى جميع الأنظمة الإجرائية فى قانون المرافعات، فتظهر فى نظام الدعوى القضائية، وفى نظام الخصومة المدنية، وفى نظام الإعلان القضائى، وفى نظام الحكم القضائى. وفى تطبيقاتها فى هذه الأنظمة انظر المواد ١٢، ١٣، ٣/٦٨، ٧٠، ٨٥، ١١٤، ١٧٨ مرافعات. فى تفصيل ذلك انظر د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٣١ - ١٦٩ بند ١٧ - ١٠١. د. أحمد مسلم أصول ص ٤٦٧ بند ٤٣٣، ص ٤٧١ بند ٤٣٦. د. أحمد أبو الوفا: النفوس ص ١٤٤ بند ٦٥، ص ١٤٦ وما بعدها حاشية.
- (٦) ولذا تعدد مصادر التجهيل الإجرائى، فقد يصدر من الخصوم أثناء تحريرهم لأوراقهم القضائية، كذلك قد يصدر ممن يمثلهم، ومن أعيانهم، وقد يصدر التجهيل من القاضى فيما يتخذه من أعمال إجرائية، وفيما يصدره من قرارات قضائية وأحكام، وما قد يامر به من أوامر، وقد يصدر من أعيان القاضى كالكتابة والمحضرين والخبراء، وأخيراً قد يصدر التجهيل الإجرائى من المشرع نفسه كما فى نص المادة ٢٠، ١١٨ مرافعات. فى تعدد مصادر التجهيل الإجرائى انظر د. نبيل عمر: ص ١١ وما بعدها بند ٦ وما بعده.
- (٧) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٩ بند ١٥، ص ١٧١ بند ١٠٢.

فالتجهيل الإجرائي عيب مشتق من تعيب أو عيوب إجرائية قائمة<sup>(١)</sup>. يوضع التجهيل، العمل الإجرائي المعيب في حالة من التعتيم والشك والتجهيل تمنع هذا العمل من توليد آثاره التي كان من الممكن أن يولدها لو كان خالياً من العيب. فالتعتيم والشك والتجهيل الذي يلحق بالعمل الإجرائي المعيب، يجعل من هذا العيب عيب إجرائي مركب، مبناه من العيب الذي لحق بالعمل الإجرائي المتخذ بالمخالفة لنموذجه القانوني، ومن التعتيم أو الشك الذي يلحق بهذا العمل المعيب نتيجة التجهيل به، بحيث لا يستطيع فهم حقيقة المقصود من هذا العمل، ولكون التجهيل الإجرائي عيب مشتق من عيب إجرائي قائم، فهو يرتبط بالأخير وجوداً وعدمياً.

وعلى الرغم من اعتبار التجهيل الإجرائي يعد عيب مشتق من عمل إجرائي معيب، فقد لا يكون هذا العمل نفسه معيباً من الأصل، ومع ذلك يؤدي إلى التجهيل، فيصبح هذا العمل معيباً بعبء التجهيل الإجرائي، ويكون متى تولى عن الإجراء المتخذ تعتيم أو تجهيل أو لبس في حقيقة هذا الإجراء، كالتجهيل<sup>(٢)</sup> بالمدعى، كما لو أقيمت الدعوى ممن يسمو ورثة.... دون بيان أسمائهم بالصحيفة، مما يعيب العمل الإجرائي المتخذ بالتجهيل، على الرغم أن هذا العمل لم يكن معيباً من الأصل. فالتجهيل الإجرائي وإن كان في الغالب يعد عيباً مشتق من عمل إجرائي معيب، فقد يشكل التجهيل عيب إجرائي، دون أن يكون مشتق من عمل إجرائي معيب، إذا ما اتخذ الإجراء بشكل مجهل، ولا يوضح حقيقة المقصود، وعلى نحو يخالف النموذج القانوني المحدد سلفاً.

## ١٢- التقدير القضائي للعبء الإجرائي: والتقدير القضائي سواء كان حال أو

مستقبلي<sup>(٣)</sup> هو فكرة وظيفية لها استخدامات متعددة<sup>(١)</sup> ومن بين استخداماتها في نطاق

(١) بمعنى أن عيوب العمل الإجرائي أو عيوب أحد ظروفه وعناصره التي قد توجد. هي التي ينشأ عنها التجهيل الإجرائي، أي العمل أو البيان المعيب إذ يخلق التجهيل. فالتجهيل هو مخلوق وليس هو نفسه الذي ينشأ منه العيب، بل هو دالة على وجود العيب الذي لا يجعل العمل الإجرائي صالحاً لتحقيق أهدافه. در نبيل عمر: ص ١٦ بند ٧.

(٢) طعن عماني رقم ٢٩٨ لسنة ٢٠٠٩ تجاري جلسة ٢٠١٠/١/٢٠ المجموعة السنة ١٠ ص ٨٢٢ نقض مصري لسنة ١٩٦٩/١٢/٢٣ طعن ٣٤١ لسنة ٢٠٠٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٢٩٦ نقض مصري ١٩٦٢/٣/٢٩ طعن ٢٥١ لسنة ٢٠٠٩.

(٣) والتقدير القضائي المستقبلي عبارة عن تحليق القاضي بذهنه في المستقبل المنظور لمعرفة الحل الذي يعطيه القانون لمسألة من المسائل المتنازع عليها، وذلك قبل الفصل في موضوعها، إذا كان يترتب على هذا الحل إمكانية نظرها أو

التقدير الحال، التقدير القضائي للعيوب الإجرائية، ويقصد به النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في الواقع محل العمل الإجرائي المعيب والمطروح عليه، واستتباط القاضي للعناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق القاعدة القانونية الإجرائية المحددة سلفاً.

ويبدأ القاضي تقديره للعيوب الإجرائي، بالتقرير القضائي<sup>(٢)</sup> *declaration judiciaire*. ومقتضاه يكون للقاضي سلطة التثبت من عناصر العمل الإجرائي المطروح أمامه، واستبعاد العناصر الواقعية غير المنتجة فيه أو غير المتعلقة به، وغير الجائز إثباتها، واستبقاء بقية العناصر الأخرى، كما طرحها الخصوم وأثبتوها. فالتقدير القضائي يسبقه تقرير قضائي، والأخير لازم لضبط الأول، بحيث يتم القيام به على وجه سليم لأن التقدير القضائي إذا ما بنى على تقرير قضائي سليم. فمعنى ذلك أنه سيبنى على وقائع متعلقة بالعمل الإجرائي ومنتجة فيه وجائز إثباتها<sup>(٣)</sup>، لينتقل القاضي من تحديده لهذه الوقائع من خلال تقريره لها إلى تقديرها، أي من تقريره للوقائع إلى تقديرها، لأن هذه الوقائع من خلال تقديرها تشكل العنصر الأول لمادة النشاط القضائي محل التقدير<sup>(٤)</sup>.

(١) عدم إمكانية ذلك. أو إجابة المدعى إلى ما يطلبه أو عدم إجابته أو قبوله هذه المسألة أو عدم قبولها، وذلك بسبب استحالة منطقية أو قانونية لمعرفة ذلك في الزمن الحالي. في ماهية التقدير القضائي المستقبلي وتحديد عناصره انظر: د. نبيل عمر: التقدير القضائي المستقبلي في قانون المرافعات، ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، ص ١٢ وما بعدها بند ٤ وما بعده. مع ملاحظة أن غالبية أحوال التقدير القضائي المستقبلي تكون قائمة في نظرية الحماية القضائية الوقائية، حول نطاق أعمال هذا التقدير انظر د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص ٢٧ بند ١٢.

(٢) في نطاق سلطة القاضي التقديرية في نطاق قانون المرافعات، وجوهر هذه السلطة وأسانيدها: انظر: د. نبيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ص ٩٩ وما يليها بند ٢٢ وما يليه د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٣٣٢ وما بعدها. د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكيف ص ١٩٠ وما بعدها.

Morel: op. cit. P. 440 ets N 559 ets.

GLASSON, TISSER et MOREL: Traite Théorique et pratique d'organisation judiciaire de Compétence et de procédure civile T. 3. 1929. P. 40 N 477 ets NORMAND: Thés. P. 144. N 156.

(٣) د. نبيل عمر: التقدير القضائي المستقبلي ص ٢٢ وما بعدا بند ١٠، ١١، امتناع القاضي عن القضاء بعمله الشخصي في قانون المرافعات منشأة المعارف ١٩٨٩ ص ٣٥ بند ٢٧ د. علي هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٣٨ بند ١٣٠. ورغم أهمية التقرير القضائي للتقدير القضائي، كمقدمة لازمة لضبط الأخير، فالتقرير يعتبر عنصراً خارجياً عما يتم تقديره، وبناء على ذلك فهذه السلطة لا تعتبر أحد عناصر التقدير القضائي بالمعنى الفني، وإنما هو نشاط أشبه بالعنصر الكميماوي الذي يضاف إلى المحلول المركب، فيساعد على إحداث تفاعل معين دون أن يتفاعل هو نفسه، بل يبقى على حاله د. نبيل عمر: التقدير القضائي المستقبلي ص ٢٤ بند ١١.

(٤) د. علي هيكل: المرجع السابق ص ١٣٨ بند ١٣٠. د. إبراهيم نجيب سعد. قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم ١٩٨١ منشأة المعارف ص ٦٢. د. نبيل عمر: امتناع القاضي ص ١١٢ بند ٨٣. د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون المقال ص ٣٧.

والعنصر الأول لمادة النشاط القضائي، يتولى القاضي تقديره من خلال مجموعة الأنشطة الذهنية التي يقوم بها القاضي في مرحلة التقدير وفي هذه المرحلة يعقد القاضي مقارنة<sup>(١)</sup> بين الواقعة المتخذة مع القاعدة النموذجية المحددة قانوناً سلفاً، ومدى التطابق بينهما.

والقاضي وهو بصدد عقده لهذه المقارنة أو المطابقة، يلجأ إلى الوسائل القانونية<sup>(٢)</sup> لأنها وعلى تعددها يستهدف بها الوصول إلى حقيقة المطلوب. وبصفة خاصة الوسائل المنطقية من أسس وبناءات<sup>(٣)</sup>. ليدرك القاضي بها<sup>(٤)</sup> التقدير القضائي، ومن ثم التكييف الذي يتفق وصحيح القانون<sup>(٥)</sup>.

ومؤدى ذلك، أن القاضي يقوم من خلال تقديره باستخلاص الضابط أو المعيار العام المجرد لضبطه وتحديده عن طريق تخليص الوقائع المادية المقدمة لديه من ذاتيتها الشخصية المحضة، لتصبح واقعة خالياً من هذه الصفة، وذلك بإجرائه لمجموعة من العمليات المنطقية السريعة والتي تعتمد على خبرته<sup>(٦)</sup>. ثم يقارن أو

RortonDi (M.) Consideration "Fait et droit R.T.D. Civ. 1977. P. 4. MARRIN: Préc. N. 31. NORMAND: obs. R.T.D. Civ. 1988. P. 809.

- (١) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان ص ٨ بند ٢. د. نبيل عمر: قانون أصول المحاكمات المدنية منشورات الحلبي الطبعة الأولى ٢٠٠٨ ص ٤٢٦ بند ٢٠٣. امتناع القاضي عن القضاء ص ٣٦. د. علي هيكل: الإشارة السابقة. د. محمد محمود إبراهيم: المرجع السابق، ص ٢٢٣.
- (٢) وذلك من حيل وافتراض وقرائن ومعايير قضائية، ونمط قانوني. د. نبيل عمر: سلطة القاضي التقديرية ص ١٤٢ - ١٥١. د. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ١٩٨٨.
- (٣) هذه الأسس والبناءات تكمن في مصطلحات أربعة: أولها: المبادئ le Principes ويقصد بها مجموعة الوقائع. وتعتبر لسان أو لغة المنطق سواء كانت مطلقة أو نسبية لتساهم في تكون إدراك القاضي لدفعه وإرشاده للحل الواجب الإلتزام. وثانيها: النظريات les Théories وهي مجموعة الأفكار العلمية ذات المعنى الشمولي والمجرد، والتي تساهم مع القاضي بدور فعال في تكوين فهمه والتي يهبط إلى الفكرة. ثالثها: الفكرة Nation وهي الوسيلة الفكرية أو الذهنية التي يتخذها القاضي كأساس في بحثه. فالفكرة تعرض أساساً كحقيقة وظيفية وتجمع خصائصها وتعممها يؤدي إلى وجود النظرية، وذلك من خلال تقسيمها إلى مجموعات، وما يجب أن تحتويه وحسب آثارها القانونية لتلبي المجموعة المحددة. وأخيراً: المجموعات Les Categories هي الحلول التي استهدفها القاضي من تقديره للوقائع المطروحة لديه وفقاً للقاعدة القانونية المنظمة لما طرح أمامه. في تفصيل ذلك انظر د. أحمد محمود سعد: المرجع السابق ص ٢٧٠ - ٢٧٢ بند ٩١.
- (٤) تكون النظريات الإجرائية تشير هي الأخرى النظرية العامة للقانون، فيستعين بمنطق وأدوات وأفكار هذه النظرية، لتصبح الفكرة الإجرائية محل التقدير أكثر إحاطة بالظاهرة القانونية لكل فروعها. د. وجدى راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٥ العدد الأول يناير ١٩٧٣ ص ١٦٨. د. السيد عبد الحميد فوده، تطور القانون، ص ١١٤ وما بعدها.
- (٥) ذلك لأن الإلتزام بأصول علم المنطق، ومناهجه في الاستقراء والاستنباط والقياس هو أساس الاستدلال الصحيح في التكييف. انظر د. علي هيكل: المرجع السابق، ص ١٣٧، ١٣٨ بند ١٢٩ والحكم المشار لديه نقض جنائي ١١/٢١/١٩٩٥ طعن ٦٣/٩٠٥٤ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ١٢٣٢ قاعدة ١٨٤.
- (٦) وفي ذلك يمكن للقاضي أن يعتمد على معلوماته الشخصية، لأنه يفترض فيه العلم بالقانون، والإلتزام بطبيعته، ولا يعد هذا البحث ممنوعاً أو محظوراً عليه، لأنه ليس من قبيل المنع من القضاء بالعلم الشخصي للقاضي، فهذا الأخير يسمح له بالقضاء بالعلم الشخصي في مسائل القانون، وليس من مسائل الواقع. د. نبيل عمر: دراسات في قانون المرافعات ٢٠٠٨ الطبعة الأولى دار الجامعة الجديدة ص ٥٤ وفي الفقه الإسلامي "القاضي مأمور بالنظر" أي عليه أن يعمل ذهنه لتلاية

يطابق هذه الوقائع المكونة للعمل الإجرائي المتخذ بالنموذج القانوني المحدد سلفاً، ووفقاً للضوابط والمعايير المحددة التي يعتقها المشرع الإجرائي.

وضابط أو معيار القاضى فى تقديره للعب حالة إجراء المقارنة أو المطابقة، ليس هو التقدير المقيد<sup>(١)</sup> وإنما التقدير المرن للعب<sup>(٢)</sup> ويتميز هذا النوع من التقدير، بأن التقيد يرد على الواقعة التي يترتب عليها وقوع العيب الإجرائي، والتي تخضع لتحديد النص القانوني. أما المسلك أو الفعل الذي يتحقق به من هذا العيب، فإنه يترك لتقدير القاضى، وهكذا يرد التقيد على جانب والتقدير على الجانب الآخر.

والمشرع إذ يلجأ إلى تقيد القاضى بمعيار معين، فيجب على القاضى أن يستند إليه وهو بصدد تقديره للعب الإجرائي: بحيث لا يكون بمقدوره الاستناد إلى معيار آخر، وفى هذه الحالة يكون القاضى ملزم بتقدير العيب طبقاً لهذا المعيار المحدد قانوناً<sup>(٣)</sup>.

وباستخلاص القاضى للواقعة الأساسية من الوقائع المطروحة أمامه، ووفقاً لضابط معين، يتكون لديه الواقع وهو إحدى عنصرى النشاط التقديرى للعب الإجرائي، لينتقل منه القاضى، وبدون فارق زمنى إلى ترجمة هذا الواقع المختار إلى فكرة قانونية إجرائية، ليكتمل العنصر الثانى لمادة هذا النشاط، هذا العنصر يتمثل فى التكييف القانونى للواقعة محل العيب<sup>(٤)</sup>.

عمله على النحو المطلوب منه، إذ ذلك جزء من عمله، وذلك فى مرحلة الدعوى، المبسوط للسرخسى، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦، ٤٦/١٧.

(١) والقاضى ليس حراً فى التقدير المقيد فى أن يريد أو لا يريد وفقاً لتقديراته للعدالة والملائمة، وإنما هو يقدر فعلاً ما يريد المشرع، ويقوم بعمليات منطقية أو تقديرات فنية كتقديره لقيمة الدعوى وفقاً للقواعد التي يرسمها قانون المرافعات المواد ٣٦ - ٤٠ والقاضى فى ذلك ليس حراً فى التقدير، وإنما يلتزم بالمعايير الاقتصادية التي يحددها القانون. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٣٤٢ د. إبراهيم النفاوى: مسئولية الخصم عن الإجراءات التى يحددها القانون. د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة ص ٥٢٥ وما بعدها. والأحكام المشارية لديه: طعن ٣١٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١٧ - الطعن ٩٧٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١١/١٨.

(٢) د. إبراهيم النفاوى: ص ٦٩٨ وما بعدها. د. أيمن رمضان: المرجع السابق، ص ١١٥.

(٣) د. إبراهيم النفاوى: المرجع السابق ص ٦٩٨ وما بعدها.

(٤) د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٢٩ بند ١٣١.

والتكليف القانوني<sup>(١)</sup> هو ترجمة الواقع الثابت الذي اختاره القاضى من بين ما عرض عليه من وقائع بشأن العمل الإجرائى المتخذ إلى فكرة قانونية إجرائية Nation juridique هذه الفكرة هى ما توصل إليها القاضى نتيجة عدم المطابقة بين العمل الإجرائى المتخذ مع النموذج القانونى المحدد سلفاً، ليتحقق القاضى ومن تلقاء نفسه من واقعة العيب الإجرائى، رغم عدم تعلق هذه الواقعة بالنظام العام<sup>(٢)</sup> لكون العمل الإجرائى اتخذ بالمخالفة لمركز قانونى إجرائى أو بالمخالفة للزمان والمكان أو الترتيب أو لمناسبة معينة، أو بشكل يؤدي إلى التعتيم والتجهيل بهذا العمل الإجرائى، على نحو لا يفهم مقصوده أو حقيقة مرماه.

ومع الاعتراف للقاضى بسلطة التقدير والكشف عن العيب الإجرائى، ومن تلقاء نفسه رغم عدم تعلق الواقعة بالنظام العام، إلا أن هذه السلطة تقف عند هذا الحد ولا تتعداه. ليقف القاضى بالعيب الإجرائى عند حد الكشف عنه وتقديره، متى تعلق العيب الإجرائى بالمصلحة الخاصة، ولو تحققت واقعة العيب الإجرائى بقوة القانون، حالة حدوث واقعة من الوقائع القانونية المسقطه للحق فى التمسك بالجزاء<sup>(٣)</sup>. فالقاضى لا

(١) د. محمد محمود إبراهيم: المرجع السابق ص ٥٩ وما يليها. د. عزمى عبد الفتاح: المقال ص ٢٤ وما بعدها. د. نبيل عمر: دراسات فى قانون المرافعات، ص ٥١ وما بعدها. د. على هيكال الإشارة السابقة. نقض ٢٠١٢/٦/٩ طعن رقم ١٦٧١ لسنة ٨١ ق (بوابة محكمة النقض).

Rotondi: Préc. P. 14. N 9. NABIL OMAR: La Cause de la demande en justice. Thés. Bordeaux 1977. P. 88 ets.

(٢) ومقتضى ذلك أن الخصوم بطرحهم لوقائع العمل الإجرائى أمام القاضى، إنما يطلبون الفصل فيه طبقاً لأحكام القانون، والواجب على القاضى أن يبحث ومن تلقاء نفسه عن الحكم القانونى المطبق على الواقع المطروح، لأن الدعوى ككل وكما قيل وبحق ليست مجرد صراع بين طرفيها لا يتدخل القاضى فيها قبل إعلان قراره، وإنما بات دور القاضى أكثر إيجابية، فله أن يأمر بما يراه طالماً لم يخرج عن ما قدم إليه من وقائع، = لأن فى تقييده بهذه الوقائع لا يكون هناك ضرر من أن يؤدي دوره الإيجابي إلى الخروج عن مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة متى التزم القاضى باحترام مبدأ المواجهة" انظر: د. على هيكال: المرجع السابق ص ١٥٢ بند ١٤٤. د. عبد الباسط جيمسى: الفلسفة الاشتراكية فى قانون المرافعات. مصر المعاصرة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع السنة ٥٦ يوليو ١٩٦٥ العدد ٣٢١ وما بعدها.

NORMAND: Thé. P. 179. N 188 ets. TRISSIER (A.): Le Contenu de Code Procédure civile, et les projets de réforme. R. T. D. Civ. 1906. P. 652. HEBRAUD: obs. R.T.D. Civ. 1973. P. 299. et P. 182. N 19d4. MOREL: op. cit. P. 373 ets N 471.

وتدخل القاضى بصدد الوقائع المطروحة أمامه، والتي لم يثيرها الخصوم صراحة، فذلك لوجود قاعدة قانونية، يتعين عليه لوجودها البحث عن مراكزها الواقعية فعلاً للتعرف عليها والقضاء بها، وليس لتعلق القاعدة بالنظام العام، فتعلقها أو عدم تعلقها بالنظام العام ليس هو الضابط الذى عليه يقدر القاضى العيب الإجرائى، وإنما لإعمال صحيح القانون انظر د. عزمى عبد الفتاح: المقال ص ٢٢. د. على هيكال ص ١٥٢ وما بعدها، بند ١٤٤، د. نبيل عمر: عند فعالية الجزاء الإجرائى ص ٢٢٤ وما بعدها بند ١٨٩ وما بعده.

(٣) انظر فيما يلى بند ٤٨ وما بعده.

يستطيع أن يقرر الجزاء إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة، وحيث لم يتمسك بالعيب الإجرائي، فيظل قائماً، ولا يقوى الجزاء على إزالته.

## المبحث الثاني

### الإجراءات المعيبة القائمة ومفترض صحتها

١٣ - تمهيد:

تقدير القاضي للعيب الإجرائي المتعلقة بالمصلحة الخاصة، دون تقريره، طالما لم يتمسك به صاحب المصلحة، يبقى على العيب الإجرائي قائماً، ودون أن يقوى الجزاء على إزالته. وبقاء الإجراءات المعيبة قائماً، فإنه يعامل معاملة الإجراء الصحيح، لأن الأصل فيما تم اتخاذه من إجراءات تعد صحيحة إلى أن يتقرر تعيبها بحكم، ومن ثم تنتج كافة آثار الإجراء الصحيح، وذلك عن طريق أدوات رصدها المشرع لتفعيل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب ممثلة في فكرتي الافتراض والوضع الظاهر باعتبارهما أكثر هذه الأدوات شيوعاً واستخداماً، في مطلبين نستعرض ذلك:

**المطلب الأول: الأصل صحة الإجراء المعيب ما لم يتقرر تعيبه.**

**المطلب الثاني: رصد فكرتي الافتراض والوضع الظاهر كأدوات لتفعيل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب.**

### المطلب الأول

#### الأصل صحة الإجراء المعيب ما لم يتقرر تعيبه

١٤- إذا كانت القاعدة أن ما تم اتخاذه من إجراءات تعتبر صحيحة إلى أن يحكم ببطلانها<sup>(١)</sup> فيكون الأصل في هذه الإجراءات هي الصحة<sup>(١)</sup>. ومن

(١) في هذه القاعدة ومبرراتها انظر: د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٥٥٢ وما بعدها بند ٣١٣ وما بعده. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدعوى ص ١٨٦ وما بعدها بند ٨٠، د. نبيل عمر: عم فعالية الجزاء الإجرائي ص ١٤ وما بعدها بند ١١ وما بعده. د. وجدى راغب: دراسة في مركز الخصم ص ٨٩ وما بعدها بند ٤٢. د. أحمد هندی: التمسك بالبطلان ص ٢١ وما بعدها بند ٦. د. الأنصاري النيداني: العيوب المبطللة للحكم وطرق التمسك به. دار الجامعة الجديدة، ص ٢٠٦ وما بعدها.

Solus et Perrot: op. cit. P. 388. N 419. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 486 N. 713. Tomosin: Préc P. 13 N 50. Cadiet: op. cit. P. 464. N. 882.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٨/٥/٨ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١١٨٥ نقض ١٩٧٣/٥/١٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٧٤٨. نقض ١٩٦٧/١/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٠٤. نقض ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٧ ص ٦٢٢.

Coss. Com. 1950. S - 1 - 29 et R.T.D. Civ. 1951. P. 292.

منطابق هذه القاعدة، وهذا الأصل تتجه التشريعات الحديثة بوضع قيود لتفادي الحكم بالجزاء<sup>(٢)</sup> إما بالنظر إلى العيب<sup>(٣)</sup> وإما بالنظر إلى الجزاء. ويصدد الأخير رصد المشرع مجموعة من الوقائع القانونية<sup>(٤)</sup>، والتي بتحقيق واقعة واحدة منها يضعف المشرع بمقتضاها الجزاء الإجرائي في مستهل توكونه، على نحو لا يقوى على إزالة العيب الإجرائي، فيبقى على هذا العيب قائماً، يستوى في الإجراء المعيب أن يكون قد اتخذ من أو في مواجهة الخصم صاحب المركز القانوني، أو أن يكون قد اتخذ بواسطة أو ضد الخصم صاحب المركز الفعلي أو الواقعي<sup>(٥)</sup>.

وبقاء العيب الإجرائي قد يكون بقوة القانون، وقد يكون بقاء هذا العيب لعدم تمسك الخصم صاحب المصلحة به، وفي الحالتين لا تستطيع المحكمة إثارة هذا

- (١) في صحة الإجراءات المعيبة ما دام لم يتم تفريرها: انظر في هذا المعنى. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٢٣٣ وما بعدها بند ١٧٤ وما بعده. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائي ص ٣٦ بند ٩. د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٧٦٣ وما بعدها بند ٢٠٦. د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية رسالة القاهرة ١٩٥٩ ص ٣٦٦ بند ٢٨٧. د. محمد الصاوي مصطفى: فكرة الافتراض في قانون المرافعات ١٩٩٨ دار النهضة العربية ص ٢٦٢ وما بعدها بند ٢٣٥ وما بعده. د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص ٢٠٧ وما بعدها. وفي تطبيق ذلك انظر: طعن إيجارات رقم ٣٩١ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/١١ المحاماة ٢٠٠٢ العدد ٣ ص ٩٧. نقض ١٩٩٣/٤/٤ مجموعة الأحكام لسنة ٤٤ ص ١١٨ نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ طعن ٧٩٣ لسنة ٥٧ ق نقض ١٩٩١/١٢/١٢ مجموعة الأحكام لسنة ٤٢ ص ١٨٢٣ نقض ١٩٨٤/٣/١٩ طعن ٣٦ لسنة ٤٩ ق مجموعة الأحكام لسنة ٣٥ ص ٧١٦. نقض ١٩٧٧/٤/٥ طعن ١٩٩ لسنة ٤٣ ق نقض ١٩٧٥/٨/١٩ مجموعة الأحكام لسنة ٢٦ ص ١٤٧٤. نقض جنائي ١٩٦٩/١٢/٢٩ مجموعة الأحكام لسنة ٢٠ ص ١٤٧٩ طعن تجاري عماني رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٩ جلسة ٢٠٠٩/١١/٤ مجموعة الأحكام لسنة ١٠ ص ٦٧٥، والذي يثبت عكس ذلك هو الخصم صاحب المصلحة. أما المحكمة فيفترض أنها قد تحققت من صحة الإجراءات نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ مجموعة الأحكام لسنة ٢٧ ص ١٦٢٧. نقض عمان ٢٠٠٩/١١/٤ مشار إليه طعن عماني رقم ١٠٦ لسنة ٢٠٠٤ جلسة ٢٠٠٥/١/٦ مجموعة الأحكام لسنة الخامسة ص ٢٧٨.
- (٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٣٥ بند ٦٣، ص ٩٦١. د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص ١٦٩، مبادئ ص ٤٦٦. د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ٦٨٥؟؟ ٣٨٧. د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ١٣١، دراسة في السياسة التشريعية ص ٧ وما بعدها. عند فعالية الجزاء، ص ١٣٦. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: البطلان ص ٨ بند ٢. د. أحمد ماهر زغول: المقال، = ص ٥٨ بند ٢٣. د. أحمد هندی: التمسك بالبطلان ص ٩ وما بعدها بند ١. د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص ٢٠٧ وما بعدها.
- (٣) ويتم تفادي الحكم بالجزاء بالنظر إلى العيب بتكملة الإجراء المعيب، وبذلك بتصحيحه، ويجوز ذلك ولو بعد التمسك بالجزاء، على أن يتم في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد يقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه، ولا يعدد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه مادة ٢٣ مرافعات، وكذلك بتحويل الإجراء أو بانتقاصه مادة ٢٤ مرافعات. انظر. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٦٠٩ وما يليها بند ٣٣٣ وما يليه. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٣٥ وما بعدها بند ٦٣ وما بعده، د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات الطبعة الأولى ١٩٩٩ ص ٦٤ وما يليها. د. الأنصاري النيداني: القاضى والجزاء الإجرائي، ص ٢١٦ وما بعدها.
- (٤) ومبرر رصد المشرع لهذه الوقائع، خطورة استعمال الحق الإجرائي في حالات معينة، والتأثير الذي قد يمارسه استعمال هذا الحق الإجرائي على الأعمال الإجرائية. وعلى سير الخصومة، مما يؤدي إلى آثار ضارة بالحق الموضوعي. د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ٦٧ وما بعدها بند ٤٧، د. وجدي راغب: مبادئ ص ٤٦٦.
- (٥) انظر فيما يلي بند ٢٩ وما بعده.

العيب من تلقاء نفسها وتقرير أثره - الجزاء الإجرائى - طالما لم يتمسك به صاحب المصلحة.

ويظل العيب الإجرائى قائماً وبقوة القانون، عند حدوث واقعة من الوقائع القانونية<sup>(١)</sup> التى رصدها المشرع ليضعف بمقتضاها أثر هذا العيب فى مستهل تكونه على نحو لا يقوى هذا الأثر على إزالة هذا العيب، واقعه الكلام فى الموضوع مادة ١٠٨ مرافعات سواء لعدم إيداء سائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات معاً فى مستهل الخصومة مادة ١٠٨ / ١ مرافعات، أو ما لم يبيده فى صحيفة الطعن مادة ١٠٨ / ٢. أو ما لم يبيده من الأسباب التى بنى عليها الدفع الشكلى مادة ١٠٨ / ٤ مرافعات. وواقعة الحضور وفقاً للمادتين ١١٤، ٦٨ / ٣ مرافعات وواقعة النزول الصريح أو الضمنى عن التمسك بالجزاء، أو الرد على الإجراء المعيب بما يفيد اعتباره صحيحاً مادة ٢٢ مرافعات<sup>(٢)</sup> وعلى الكل واقعة تحقق الغاية من الإجراء وفقاً للمادة ٢٠ مرافعات.

وحصول واقعة من هذه الوقائع - كما سنرى - أقصى ما ترتبه، هو مجرد إسقاط الحق فى التمسك بالجزاء، وبأثر رجعى، هذا الإسقاط يقع وبقوة القانون، حتى ولو لم يكن الخصم على علم به أو بحقه فى التمسك بالجزاء، ودون أن يشترط قيام نية صريحة أو ضمنية لإسقاط هذا الحق<sup>(٣)</sup> ودون أن يترتب على حصول هذه الواقعة تصحيح الإجراء المعيب، أو زوال لعيوبه، وإنما يبقى على هذا الإجراء بحاله وبقوة

(١) انظر فيما يلى بند ٤٨ ومابعده.

(٢) تقابل المادة ٧٤ مرافعات فرنسى والتي توجب إيداء الدفوع الإجرائية قبل أى دفع موضوعى أو دفع بعدم التقبول.

"Les exceptions doivent à Peiné dirrecevablite etre Souleveés Simultanemement et avant Toute défense au Fond au fin de Non - recevoir ...."

(٣) تقابل المادة ١١٢ مرافعات فرنسى والتي تنص على أن "إيداء أى دفاع فى الموضوع أو دفع بعدم التقبول - مع عدم التمسك بالبطلان - مزيل للبطلان"

".... Fait vatoir des défenses au fond ou opposé une fin de Nenrecevoir Sans Soulever La Nullite".

فى تفصيل ذلك انظر:

Tomosin: Préc. Fasc. 138 - 1 - P. 16. N. 62 ets.

وفى تطبيق ذلك انظر:

Coss. Civ. 6 Mars 1974. Bull. Civ. 11. N 86.

Civ. 1re 15 Janv. 1991. Bull. Civ. 1. N. 18. Paris 19 déc. 1980.

D. 1982. 501. Note. Decheix.

القانون نتيجة سقوط الحق في التمسك بما يترتب عليه من أثر، ممثلاً هذا الأثر في الجزاء الإجرائي.

هذه الوقائع وأن وردت على سبيل الحصر<sup>(١)</sup> وتبقى على الإجراء المعيب بقوة القانون، ويفترض صحته<sup>(٢)</sup> فهناك العديد من الأعمال الإجرائية التي تتخذ بالمخالفة للمراكز القانونية أو الصفة القانونية، ومع ذلك يبقى المشرع على الإجراء المعيب طالما لم يثيره الخصم صاحب المصلحة، واعتبر المشرع هذا الإجراء رغم عيبه قائماً، ومنتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح تطبيقاً للمركز الواقعي أو الظاهر<sup>(٣)</sup> الإعتداد بصحة الإعلان مادة ١٠ / ٢ مرفعات<sup>(٤)</sup>، الإعتداد بصحة الإجراءات التي تتخذ بواسطة أو في مواجهة التاجر الظاهر مادة ١٨، ١٩ من قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩<sup>(٥)</sup> الإعتداد بصحة الحجز على الأموال الموهوبة والموصى بها من قبل الدائنين الذين تنشأ ديونهم بعد الهيئة والوصية، رغم شرط عدم جواز الحجز عليها ووفقاً لمفهوم المخالفة للمادة ٣٠٨ مرفعات<sup>(٦)</sup> الإعتداء بالأهلية الظاهرة مادة ١١٩ مدني، وبصحة ما يصدر من الوكيل الظاهر من إجراءات بالمخالفة للمركز القانوني<sup>(٧)</sup> والإعتداد بصحة الوفاء بالدين، متى حصل الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته مادة ٣٣٣ مدني مصري، ١٢٤٠ مدني فرنسي.

(١) د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٥٩ بند ٤٢. سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ١١١ بند ٦٧. ص ٢٠٣ بند ١١٨، عدم فعالية الجزاء ص ٢٣٥ بند ١٩٣ د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٦٢ بند ٧٠.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: ص ١٣٥ بند ٦٣. د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨٧ بند ٣٧٠.

(٣) انظر فيما يلي بند ٢٩.

(٤) حيث تنص المادة ١٠ / ٢ على أنه ".... يسلم الورقة إلى من يقرر بأنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصحاب" ويكفي المحضر بما يقرره له الشخص الذي يقابله ويخاطبه في موطن المعلن إليه، لأن وجوده في ذلك الموطن يستفاد منه أنه ينتمي إليه ويحوز تسلم الإعلان إليه. د. محمد سعيد عبد الرحمن: نظرية الموضع الظاهر ص ٣٤، ٣٥ بند ٣١. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٩٠ وما بعدها بند ٥٤. د. أحمد هندي: العلم القانوني (دراسة في الإعلان القضائي، ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٤٥ وما بعدها بند ٦.

(٥) فالمادة ١٨ "تثبت صفة التاجر لكل من...." فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر" والمادة ١٩ أقرت صفة التاجر فيمن يتحلها ".... بأية وسيلة أخرى" ونتيجة لثبوت هذه الصفة، يلتزم التاجر الظاهر بتنفيذ العقود والصفقات التي يبرمها مع الغير بناء على هذه الصفة، انظر فيما يلي بند ٧٢.

(٦) وتقبلها المادة ٤ / ٣ من القانون الصادر في فرنسا في ٩ يوليو ١٩٩١ بتعديل إجراءات التنفيذ المدنية. وفي هذا القانون لا يكون للدائنين الذين تنشأ ديونهم بعد الهيئة أو الوصية الحجز على الأموال الموهوبة أو الموصى بها إلا بعد صدور إذن قضائي يحدد القدر الذي يجوز توقيع الحجز عليه، انظر:

Vincent et j. Prevaut: voies d'exécution et procedure de distribution 19éd Dalloz 1999. N 116. P. 81 ets.

مشار إليه لدى د. محمد معبد عبد الرحمن ص ٤٢.

(٧) انظر فيما يلي بند ٢٩ وما بعده، بند ٧٢.

فهذه الأعمال الإجرائية رغم اتخاذها بواسطة أو ضد خصم وفقاً لمركزه الواقعي بالمخالفة للمركز القانوني أو الصفة القانونية، مما يجعل هذه الأعمال معيبة، ومع ذلك يبقى المشرع على هذه الأعمال رغم عيوبها، ويعتد بصحتها وفقاً للوضع الظاهر.

فإذا استقام حصول واقعة من الوقائع السابقة فى أى من صورتها، وإن أدت بطريقة مباشرة إلى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء أو النزول الإرادى عنه أو عدم الدفع به، فأنها تؤدى فى ذات الوقت إلى الإبقاء على الأعمال الإجرائية التى اتخذت غير مطابقة للنماذج القانونية المحددة سلفاً، سواء فى غير مكانها أو زمانها أو ترتيبها أو المناسبة المحددة لها، أو أدى اتخاذها إلى التجهيل بالمراكز الإجرائية وسواء اتخذت هذه الأعمال من أو فى مواجهة خصم وفقاً لمركزه القانوني، أو اتخذت بواسطة أو ضد خصم وفقاً لمركزه الواقعي. ففى كل ذلك يؤدى حصول الواقعة القانونية إلى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء أو عدم الدفع به، مما يبقى على العمل الإجرائي المعيب بقوة القانون، أو لعدم الدفع به لعدم تقرير الجزاء الإجرائي، والتي لا تستطيع المحكمة أن تقرره من تلقاء نفسها لتعلق الجزاء بالمصلحة الخاصة.

وترتيباً على ذلك، تعد فكرتى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء<sup>(١)</sup>، وعدم الدفع به<sup>(٢)</sup> والنزول الإرادى عنه هما القاسم المشترك لكافة الوقائع القانونية السابقة، والتي رصدتها المشرع ليضعف بمقتضاها الجزاء الإجرائي فى مستهل تكونه على نحو لا يقوى على إزالة العيب. هذه الوقائع وإن كانت لا تؤدى بذاتها إلى الإعفاء من الجزاء الإجرائي، بل هى تؤدى مباشرة إلى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء أو عدم الدفع به، ليظل الإجراء المعيب قائماً، وبقاؤه يرجع بهذا الإجراء إلى الأصل، وهو صحة الإجراء المتخذ إلى أن يثبت العكس<sup>(٣)</sup>. وحيث أنه قد زالت مكنة التمسك بالجزاء أو الدفع به، فيبقى على الإجراء المتخذ على حاله، بعيبه بدون تصحيح أو زوال لعيبه،

(١) انظر فيما يلى بند ٢٩ ومابعد.

(٢) انظر فيما يلى بند ٤٠ ومابعد.

(٣) انظر فيما سبق بند ١٤ ومابعد.

كما لا يضاف إليه بيان<sup>(١)</sup> أو يكمله إجراء آخر. بل يظل الإجراء على عيبه مولداً من وقت اتخاذه لكافة آثار الإجراء الصحيح<sup>(٢)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٣)</sup> بأن واقعة الحضور المزيلة للبطلان تجعل الإجراء المعيب صحيحاً من وقت صدوره. وقضى بأنه<sup>(٤)</sup> يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي وبقاء الإجراء المعيب، وإنتاجه لكافة آثار الإجراء الصحيح يتم عن قصد من المشرع<sup>(٥)</sup>، فضلاً عن الوقائع القانونية السابقة، والتي استخدم المشرع فيها سياسة الأسلوب الغامض<sup>(٦)</sup>. وقاعدة أن الأصل فيما تم اتخاذه من إجراءات هي الصحة<sup>(٧)</sup> فإن المشرع يهيئ للإجراء المعيب ليولد آثار الإجراء الصحيح أدوات أو آليات أو أفكار<sup>(٨)</sup>

- (١) د. أحمد أبو الوفا: النفوس ص ١٦٢ بند ٧٠، ص ١٦٨ بند ٧٣ مكرر، د. أحمد هندی التمسك بالبطلان ص ١٠٣ بند ١٨.
- (٢) د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٥٩ بند ٤٢. سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ١١١ بند ٦٧، ص ٢٠٣ بند ١١٨، عدم فعالية الجزاء ص ٢٣٥ بند ١٩٣، الهدر الإجرائي ص ٩٤ بند ٥١. التجهيل الإجرائي ص ٢٢٠ بند ١٣٧ د. أحمد فتحى سرور: رسالة ص ٣٦٦ بند ٢٨٧. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٦، بند ٢٥٤. د. حسن على حسين: المرجع السابق، ص ١٥٣ وما بعدها. قارن د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان ص ٦٣٠ وما بعدها، بند ٣٤٥ وما بعده.
- (٣) نقض ١٩٨١/١٢/٢٦ طعن ٤٩٤ لسنة ٤١ ق نقض ١٩٨١/١١/١٥ طعن ٩٢ لسنة ٤٦ ق نقض ١٩٨١/١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٥ ق نقض ١٩٧٨/٣/١٦ طعن ٣٥١ لسنة ٤٤ ق مع ملاحظة أن واقعة الحضور شأنها تماماً واقعة الكلام في الموضوع، وتحقق الغاية من الشكل، والرد على الإجراءات بما يقيد اعتبارها صحيحة. د. أحمد أبو الوفا: النفوس: ص ١٦٢ بند ٧٠.
- (٤) نقض ١٩٧١/١١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٩٥٩ مشار إليه لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن المرجع السابق ص ٦٣. نقض ١٩٧٠/١/١٣ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٠، طعن ١٠٧٨ لسنة ٧٢ ق، نقض ٢٠٠٣/٥/١٢ هيئة قضايا الدولة، المكتب الفني، أحكام النقض، ٢٠٠٤/٢٠٠٢ طبعة ٢٠٠٥ ص ٧٥٦، طعن عماني تجارى رقم ١٣٣ لسنة ٢٠٠٩ جلسة ٢٠٠٩/١١/٤ المجموعة السنة العاشرة ص ٦٧٥.
- (٥) وإن كان ذلك يؤدي إلى تناقض فني وتشريعي بين القاعدة الإجرائية والإجراء المتخذ. انظر فيما يلي ص ٢٣٢ حاشية رقم ٢.
- (٦) انظر فيما يلي بند ٧٣.
- (٧) انظر فيما سبق بند ١٤.
- (٨) في كافة فروع القانون، ومنه قانون المرافعات، وفي مختلف منظوماته الإجرائية، يقطن المشرع أفكار أو أدوات يستعملها ويلبسها ثوب الشرعية، ويولد من استخدامها العديد من الآثار الإجرائية والموضوعية، ومن هذه الأفكار فكرتى الافتراض والوضع الظاهر يجمع هاتين الفكرتين على الرغم من اختلافهما، هدف واحد، هو محاولة اقتراب المشرع من الواقع والحقيقة، عندما يحز عليه اليقين، أو يصعب التأكيذ، تحقيقاً لحماية الاستقرار في المجتمع، ومن ثم حماية المصلحة العامة والخاصة معاً. انظر: د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي، ص ٢٤٢، بند ٢٢٥، التجهيل الاجرائي، ص ٢٢٠ وما بعدها، بند ١٣٧ وما بعده. سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ٦٨ وما بعدها، بند ٤٧. د. أحمد أبو الوفا: النفوس، ص ١٤١ وما بعدها، بند ٦٤ وما بعده. د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها، بند ٩ وما بعده. د. محمد الصاوي مصطفى: فكرة الافتراض في قانون المرافعات، ص ٥ وما بعدها بند ٢ وما بعده، ص ١٨٨ وما يليها بند ١٦٦ وما يليه. د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها. د. السيد عبد الحميد فوره، تطور القانون، ص ١١٤ وما بعدها، ولذلك يفترض في الكافة العلم بالقانون، ويفترض المشرع علم القاضي بالقانون، كما يفترض علم الخصوم بالقانون، ويفترض في الأصل الصحة إلى أن يثبت العكس. كما يفترض في الأصل عدم الجزاء. انظر: د. على عبد الحميد تركي: التزام القاضي بالفصل في النزاع ٢٠١٣، ص ٢٨ وما بعدها، بند ٢٥ وما بعده. د. عزى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، ص ٥٠ وما بعدها. د. أبو زيد مصطفى: نور الافتراض في تطور القانون، ١٩٨٠، منشورات جامعة المنصورة: ص ٣ وما بعدها، ص ٨٣ وما بعدها. د. محمد فتحى عطية:

اعتمدها وترتب على استخدامها أن يرتب هذا الإجراء العديد من الآثار الإجرائية والموضوعية (١) من أكثر هذه الأفكار شيوعاً فكرتى الافتراض والوضع الظاهر.

## المطلب الثانى

### رصد فكرتى الافتراض والوضع الظاهر كأدوات

### لتفعيل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب

١٥ - تمهيد:

ودون الدخول فى دراسة فكرتى الافتراض والوضع الظاهر، لأنهما موضع دراسات متخصصة<sup>(٢)</sup> وإنما نتناولهما كأدوات أو آليات يهيج بهما المشرع ليتولد سقوط الحق فى التمسك بالجزاء أو لعدم الدفع به، والإبقاء على العمل الإجرائى المعيب بدون تصحيح أو إضافة أو تعديل، منتجاً من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء. فى مسألتين، نتعرض فى الأولى لفكرة الافتراض وفى الثانية: لفكرة الوضع الظاهر.

١٦ - أولاً: فكرة الافتراض: فى قانون المرافعات، فكرة<sup>(٣)</sup> يفترضها المشرع ليوافق بها صعوبات معينة، قد تتعلق بصياغة القاعدة الإجرائية، أو تطبيق أحكامها فى بعض الحالات، أو لإثبات أمر من الأمور الإجرائية، أو لمواجهة سكوت الخصوم عن القيام بواجباتهم الإجرائية، أو بممارسة حقوقهم، فى الخصومة المدنية، أو لحفظ هذه الحقوق.

فكرة الافتراض فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠١٥ ص ٤٥ وما بعدها. إبراهيم شحاته: اجتهاد القاضى: مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الرابعة يوليه ١٩٦٢ العدد الثانى ص ٤١٥ وما بعدها.

NORMAND: Thés. P. 193 ets. N 204 ets MIGUET: Thés P. 14 ets NABIL, OMAR. Thés P. 258. N 224. MARTIN: Phenomen juridique. E. J. T. 1987 P. 115 ets.

وخلق المشرع لمثل هذه الأفكار تعبير عن تطور العلم الإجرائى ليطلق بسائر العلوم القانونية والموضوعية. فالأفكار الإجرائية شأن كل الأفكار العملية، لا يمكن تحقق الثمرة المرجوة منها إلا إذا عبرت عن الواقع، فاستمدت مادتها من القواعد الموضوعية والتطبيقات القضائية. انظر د. وجدى راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٥ يناير ١٩٧٣ العدد الأول ص ١٦٧ وما بعدها.

وعلى ذلك يتعين دائماً التوفيق بين القانون والواقع انظر: د. حامد زكى: التوفيق بين القانون والواقع مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٧٥١ وما بعدها السنة الثانية العدد الثانى مارس ١٩٣٧، ص ٢٤٦ وما بعدها. د. فتحى والى: كتابات فى القضاء المدنى والتحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ٥١٥. د. محمد جمال عطية: رسالة، ص ٣٧٧ وما بعدها.

انظر فيما يلى بند ٦٧ وما بعده.

انظر المراجع المشار إليها ص ٤٩ وما بعدها حاشية ١، ٢.

فى التعريفات المختلفة لفكرة الافتراض، انظر د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض ص ١٦ - ٢٤ بند ١٠ - ٢٢. د. أبو زيد مصطفى: المرجع السابق ص ٨ وما بعدها. د. محمد فتحى عطية: رسالة، ص ٣٨ - ٤٩. د. السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص ١٢١ وما بعدها.

والفكرة فى مجال الجزاء الإجرائى<sup>(١)</sup> فكرة صنعها المشرع ليخالف بها المنطق القانونى ذاته<sup>(٢)</sup>. وعندما تدخل فى هذا المجال، فهى تقلب الأمور رأساً على عقب، وبها يلو المشرع عن عمد الواقع المائل أمامه. ومعنى هذا، أنه إذا كان من المنطق أن يترتب على عدم مطابقة العمل للنموذج القانونى، عدم صلاحيته لإنتاج الآثار القانونية، فقد يرى المشرع لاعتبارات مختلفة أن العمل الإجرائى رغم ما به من عيب ينتج كافة آثار الإجراء الصحيح<sup>(٣)</sup>.

وفى هذا المجال، تفترض هذه الفكرة، قيام وجود عمل إجرائى معين توافرت فيه مفترضاؤه<sup>(٤)</sup> الموضوعية من إرادة ومحل وسبب، ولكن أحد عناصره الشكلية سواء كان بياناً أو ظرفاً زمانياً أو مكانياً، أو إجراءات معينة يفترض لصحة الإجراء أن تكون سابقة عليه، أو يتم اتخاذها بعد اتخاذها، أى وفقاً لترتيب معين. هذه الفكرة تفترض تخلف أو تعيب إحدى هذه العناصر الشكلية، مما يودى إلى إصابة الإجراء بالعيب، هذا العيب يهيئ لإعمال الجزاء الإجرائى، هذا الجزاء هو الأثر السلبى لعنصر الحكم فى القاعدة الإجرائية، والإجراء المعيب يكون سلبياً فى تكوينه وفى آثاره<sup>(٥)</sup>.

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٢٧٨ وما بعدها خاصة ص ٢٨٠ وما بعده.  
(٢) والمنطق القانونى، هو نظام منطقى يتوافق مع المادة القانونية، يعنى بدراسة وتحليل العمليات الذهنية الإدراكية التى تتم فى مجال القانون، مثل التقسيم والتحديد، وكذلك يعنى بدراسة الاستدلالات القانونية فى دراسة المنطق القانونى. انظر: د. على الشبيخ: الحكم الضمنى فى قانون القضاء المدنى ١٩٩٧ دار النهضة العربية ص ٣٣٤ وما يليها بند ٢١١ وما يليه. ثروت الأسبوطى: المنهج العلمى القانونى. مجلة مصر المعاصرة العدد ٣٣٦ أبريل ١٩٦٩. د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية ص ١٤٥ حاشية رقم ١٥٨.

وعلى ذلك فالمنطق القانونى يعد الوسيلة التى يطبق بها المنهج القانونى على حالات معينة، والمنهج القانونى، هو مجموعة الوسائل التى يتوصل بها القاضى إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المعروضة أمامه، مستعيناً فى ذلك بمصادر القانون ومقيداً بإطار الأساليب الفنية المحددة، والتى تتعلق بمصادر القانون وتفسيره وتطبيقه.

وعلى هذا النحو يختلف المنطق القانونى عن المنطق القضائى، الذى يختص بتفسير القاعدة وتطبيقها بشكل عملى، أى بمناسبة فنية معينة، وحركة هذا المنطق تنصب = على فحص الوقائع المختلفة واختيار ما يكون منها ضرورياً لإصدار الحكم، ثم تكييف هذه الوقائع لأعمال القانون عليها. انظر د. نبيل عمر: السلطة التقديرية للقاضى ص ١٢٦ وما بعدها بند ١٠٧ وما بعده. د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف ص ١٩٧ وما بعدها. د. أحمد محمود سعد: المرجع السابق ص ٢٧٢ وما بعدها. د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٣٦ وما بعدها بند ١٢٧ وما بعدها.

NABIL, OMAR: Thés P. 88 ets. NORMAND: Thés. P. 144 ets N. 156 ets.  
MARTIN: Lefait et Le droit ou Les Parties et juge. J. C. P. doct. N. 2625 N 31 etss.

(٣) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان ص ٩ بند ٢.

(٤) انظر فيما سبق ص ١٨ حاشية رقم ٣.

(٥) د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص ٢٧٩، ٢٨٠ بند ٢٢٩. د. محمد الصاوى مصطفى: المرجع السابق ص ٢٧٤ بند ٢٤٢. د. محمد فتحى عطية: رسالة، ص ٣٤٦.

وعندما تدخل فكرة الافتراض في هذا المجال، وتهيئ لتوليد سقوط الحق في التمسك بالجزاء، عند حصول واقعة من الوقائع القانونية التي رصدها المشرع لإسقاط هذا الحق ليضعف بحصولها الجزاء الإجرائي في مستهل تكوينه. وعند حصول هذه الواقعة يقع هذا السقوط، فتقلب فكرة الافتراض الأمور رأساً على عقب، وتعكس هذا السقوط على الإجراء المعيب، فيؤدى إلى بقاءه، وإذا هو يبقى فإنه يعامل معاملة الإجراء الصحيح.

يفترض المشرع صحة الإجراء، إذا تحققت الغاية منه المادة ٢٠ مرافعات، رغم ما شابه من عيب، سواء فشل الخصم في إثبات تخلف الغاية المفترضة - حالة عدم النص على البطلان - وهو الغالب<sup>(١)</sup> أو نجح في إثبات تحقق الغاية من الإجراء - حالة عدم النص على البطلان - وفي الحالتين يفترض صحة الإجراء على أساس تحقق الغاية من الشكل، مع أن الإجراء باطلاً، ويمنع تحقق واقعة الغاية من الشكل وقوع الجزاء، ويبقى على الإجراء المعيب مولداً من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح<sup>(٢)</sup>.

ويفترض المشرع بواقعة الكلام في الموضوع، سقوط حق الخصم في التمسك بالدفع الشكلى مادة ١٠٨ مرافعات. ورغم عدم وجود رأى موحد لدى الفقه حول أساس هذا السقوط<sup>(٣)</sup>. لكن المتيقن لديه أن الإجراء المعيب يفترض أنه صحيح. ويفترض صحته إذا نزل عنه الخصم ضمناً<sup>(٤)</sup> أو بالرد على الإجراء بما يفيد اعتباره صحيحاً مادة ٢٢ مرافعات. كما يفترض صحة الإجراء المعيب بمجرد حضور الخصم الجلسة المحددة في الإعلان الباطل، ولو لم يدلى بأى طلب أو دفع مادة ١١٤ مرافعات<sup>(٥)</sup>، أو حضر دون إعلان مادة ٦٨ / ٣ مرافعات<sup>(٦)</sup>.

LEMÉE: (1.) La règle "Pas de Nullité Sans grief" de puis Le nouveau code Procédure civile. R.T.D. Civ. 1982. P. 28. N 7.

(٢) انظر فيما يلى بند ٤٩.

(٣) انظر فيما يلى بند ٥١.

(٤) نقض مننى ١٩٩٧/٣/١٦ الطعن رقم ٤٣ / ٥٦٩ ق.

(٥) انظر فيما يلى بند ٦٢.

(٦) انظر فيما يلى بند ٦٤.

فواقعة الكلام فى الموضوع، أو الرد على الإجراء المعيب بما يفيد اعتباره صحيحاً، أو حضور الخصم الجلسة المحددة، أو تحقق الإجراء لغايته، كل هذه الوقائع وإن لم تؤدى بذاتها إلى الإعفاء من الجزاء الإجرائى، بل هى تؤدى مباشرة إلى سقوط حق صاحب المصلحة فى التمسك بالجزاء.

ومتى سقط هذا الحق، امتنع توليد الجزاء الإجرائى، وبالتالي يبقى على الإجراء المعيب، وعلى حاله محملاً بالمعيب، دون تصحيح للعمل الإجرائى، ولا زوال للمعيب، فيظل الإجراء المعيب بمنحى عن الزوال. وعن أى جزاء يهدده. والأكثر من ذلك أنه يولد منذ اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح، أى أنه يعامل معاملة الإجراء الصحيح فى ترتيبه لكافة الآثار القانونية.

والخصوم والقاضى يعلمون بالمعيب المحمل به العمل الإجرائى، ولا يستطيعون شيئاً إزائه، للافتراض الذى يحاط بهذا العمل، وهو افتراض تشريعى، واقعة قانونية، أو أمر حدده المشرع، ورتب عليه سقوط حق صاحب المصلحة فى التمسك بالجزاء المترتب على هذا العيب، ليبقى على العمل الإجرائى المحمل بهذا العيب منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح<sup>(١)</sup>.

وإذا استقام توافر الافتراض على هذا النحو، ترتب عليه وجوباً وباللزم ما افترضه المشرع، وصار هذا الافتراض هو الحقيقة الوحيدة التى يعتمدها<sup>(٢)</sup>. وحيث أنه افترض صحة الإجراء المعيب، وإنتاجه من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح فلا يجوز إثبات عكس هذه الصحة<sup>(٣)</sup> والقول بعدم صحة الإجراء. كما أن الفكرة متى توافرت شروط تطبيقها<sup>(٤)</sup> يمتنع بحال على القاضى إهمالها<sup>(١)</sup>. وإنما يلتزم

(١) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٧٩ وما بعدها بند ٢٢٩ د. محمد الصاوى مصطفى: ص ٢٩٣ وما بعدها بند ٢٦١

د. محمد فتحى عطية: ص ٣٤٦ وما بعدها.

(٢) د. محمد الصاوى مصطفى: ص ٤٥ بند ٣٧.

(٣) وإثبات عكس الافتراض لا يكون إلا بهدمه من الأصل، وهذا لا يكون إلا بإثبات عدم توافر شروط الافتراض، ولا يعمل بدلالة مناطه كإثبات غير مباشر لهدم الافتراض، وليس كإثبات العكس، وذلك لأنه يهدم الافتراض، لا يكون هناك ما يلزم إثبات عكسه، كما لو أثبت المدعى عليه الذى أعلن فى موطنه بطلان هذا الإعلان، فلا يفترض علمه بهذا الإعلان، سواء كان يعلم به فعلاً أو لا يعلم. فهذه مسألة لا تهتم = المشرع عند تقرير افتراضاً ما فى قانون المرافعات. وإن كان يعمل على توفير ضمانات لتحقيق الافتراض، فالافتراض إما أن يقوم مناطاً ودلالة، وإما ألا يقوم إطلاقاً. فى عدم جواز إثبات عكس الافتراض. انظر: د. محمد الصاوى مصطفى، ص ٤٢ وما بعدها، بند ٣٤ وما بعده.

(٤) وتدور شروط الافتراض حول ضرورة وجود نص يقره صراحة أو ضمناً، وقيام موجب الافتراض من خلال الشكل القانونى فى قانون المرافعات، وأخيراً يشترط عدم توقف الإجراءات أو انقطاع تسلسلها، وضرورة الشرط الأخير بصفة

بتطبيقها ومن تلقاء نفسه<sup>(٢)</sup> حتى مع خطورتها<sup>(٣)</sup> سواء صرح المشرع بهذه الفكرة فى القاعدة القانونية<sup>(٤)</sup> أو استخلاصها الفقه ضمناً عند تعرضه للقاعدة القانونية بالتأصيل، وردّها إلى الأساس المنطقي التي تقوم عليه<sup>(٥)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٦)</sup> بأن "مجرد حضور الخصم فى الزمان والمكان المعينين فى الورقة يعد قرينة قضائية على أن الحضور كان بناء على الورقة، ومن ثم يقع على عاتق من يتمسك بالبطلان رغم حضوره عبء إثبات أن حضوره لم يكن بناء عليها".

١٧ - ثانياً: فكرة الوضع الظاهر: بجانب المراكز القانونية<sup>(٧)</sup> توجد مراكز فعلية<sup>(٨)</sup>، وتصورها<sup>(٩)</sup> يظهر الشخص أمام الناس بأنه صاحب حق أو مركز قانونى، ويتعامل

خاصة فى افتراض العلم بالإجراءات حول تفصيل هذه الشروط: انظر: د. محمد الصاوى مصطفى، ص ٣٢ - ٤٢ بند ٢٩ - ٣٣.

(١) فإذا أهملها القاضى ولم يطبقها حالة توافر مقوماتها، فإهماله لفكرة الافتراض وعدم تطبيقها، يسمح للخصوم بالتمسك بالعيوب التي تعيب الإجراءات فى أى وقت، ما يودى إلى تطبيق الشكلىة الضارة.

هذه الشكلىة التي تفرض على القاضى الالتزام بأحكام القانون، وإنزالها على الواقع التي تعرض عليه للفصل فيها بطريقة آية، حتى ولو تعارض الحكم الذي يصل إليه مع مبادئ العدل والإنصاف، ومن ثم فإن هذه الشكلىة تكسر أحكام الظلم وتؤدى إلى جمود القانون. فى الشكلىة الضارة انظر: د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان، ص ٢٠٠ وما بعدها، بند ١١٠ وما بعده. د. محمد الصاوى مصطفى: الشكل فى الخصومة المدنية رسالة الزقزيق ص ٢١ وما بعدها، د. محمد جمال عطية: رسالة ص ٣٧٦.

ولا غرابة فى القول بأن الشكلىة وتعقيباتها هى التي ساعدت وبدرجة كبيرة فى أن يعتمد المشرع الافتراض كفكرة عامة فى قانون المرافعات. كما أن اللجوء إلى الافتراض ساعد بدرجة كبيرة فى حل مشاكل الشكلىة، ما كان يمكن للمشرع تخطيها إلا عن طريق الأخذ بفكرة الافتراض انظر د. محمد الصاوى مصطفى: رسالة ص ٣٨ بند ٣٢.

كما أن فى إهمال القاضى لفكرة الافتراض، وكما يقول ابن القيم الجوزية "اضاع حقاً كبيراً وأقام بطلاً كثيراً، وإن توسع فيها وجعل معولة عليها دون الأوضاع الشرعية وقع فى أنواع من الظلم والفساد" مشار إليه لدى د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض، ص ١٣، بند ٧.

(٢) ويجب على القاضى عند تطبيقه لفكرة الافتراض، التحوط والاحتياط والتروى والتدقيق، لأن الافتراض كالقرائن، يقوم على احتمال مفترض لا يقيناً مؤكداً، وإن كان يستند فى وجوده على اليقين الثابت المؤكد، بمعنى أنه يبنى على أمر مؤكد وثابت أصلاً. د. محمد الصاوى مصطفى: ص ١٢، وما بعدها بند ٧.

(٣) وخطورة الافتراض لا تستقيم بحال مع إهمالها وعدم تطبيقها، فضلاً عن دورها فى تطور القانون، تعد إحدى الوسائل الهامة التي تستخدم كمخرج قانونى من الأزمت الإجرائية، ومخرج شرعى للخروج من الشدائد والمصاعب. ومن أمثلة دورها فى المجال القانون، افتراض صحة الإجراء المعيب. ومن الأمثلة الشرعية، قول الله تعالى لسيدنا أيوب عليه السلام حينما حلف ليضرين زوجته مائة سوطاً "فخذ بيدك ضغثاً فأضرب به ولا تحنث" سورة ص الآية ٤٤. فما هذا الخطاب من الله تعالى لسيدنا أيوب إلا تعليماً له كيف يكون المخرج من مثل هذه الأزمة والمعضلة، بأن افتراض أن ضربه لزوجته يعتكلاً به مائة شمراخ يعادل مائة ضرباً بالسوط. انظر: د. محمد فتحى عطية: رسالة، ص ٣٤٣.

(٤) المواد ٨٢/أ، ٨٤/أ، ٤١، ٣٧/أ، ٤٤/أ، ٨٣، ٨٢/٢، ١٢٨، ١٧٤، ٢٩٦ مرافعات مصرى، ٢٩٦ مرافعات فرنسى، فى هذه النصوص صرح المشرع بالافتراض فى القاعدة القانونية، وبنى حكم القاعدة على هذا الافتراض، ومن ثم فلا محل للاجتهاد أو القياس انظر: د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض ص ٢٧ - ٢٨ بند ٢٧.

(٥) فالقانون وإن كان هو المصدر الوحيد للافتراض، فالمشرع قد لا يصرح به، فيأتى دور الفقه كمصدر احتياطي للافتراض عند استخلاص الافتراض من القاعدة القانونية، المواد ٧٠/٢، ١٢/أ، ١٠/٢، ١١٤، ٣/٦٨، ١٤٦، ١٤٨، ٢٢٢، ٢١٤ مرافعات. انظر د. محمد الصاوى مصطفى ص ٢٩ - ٣١ بند ٢٨. د. أبو زيد مصطفى: المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها. د. محمد فتحى عطية: المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها.

(٦) نقض ١٩٨٢/١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ١٠٤٨ لسنة ٤٥ ق مشار إليه لدى محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٧١١.

(٧) والمراكز القانونية، سواء مراكز مالية أو غير مالية، هى الأصل والأساس الذي يعتد به المشرع ويعول عليه فى ضبط وتنظيم علاقات وتصرفات الأفراد فى المجتمع، ويترتب على التعامل مع أصحاب هذه المراكز بشأن ما تخوله من سلطات ومكنات ومزايا وتصرفات كافة الآثار التي يقرها القانون. وذلك لأن هذه المراكز ويصحبها القانون، لأنها نشأت

مع الناس، ويتعاملون معه على هذا الأساس وبهذه الصفة مع أنه فى الحقيقة ليس كذلك. ومن ثم فصاحب هذه المراكز يباشر سلطات ومكنات ومزايا مركز ليس له، أى ليس صاحب صفة فى حيازة هذا المركز، فحيازة المركز الفعلية لا تستند إلى القانون وإنما إلى الواقع.

ووفقاً لهذا التصور، فإن المراكز الفعلية، هى تلك المراكز التى لا يعترف بها القانون لسبب أو لآخر لافتقادها أحد العناصر اللازمة لإضفاء وصف القانونية أو الشرعية عليها، وتشكل هذه المراكز صورة غير مكتملة للمراكز القانونية التى يتولى تنظيمها القانون. ويرجع ذلك إلى أن تخلف العناصر اللازمة لإضافة الشرعية عليها لا يكون دائماً بصورة مطلقة، بل أحياناً بصورة جزئية<sup>(٣)</sup> فقد يتخلف عن عقد الشركة الباطل شركة فعلية<sup>(٤)</sup>.

وتكونت فى إطاره وتتفق مع قواعده وأحكامه. حول هذه = المراكز انظر د. جلال العدوى، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٣ ومايلها، د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ص ١٩ وما بعدها. د. نبيل سعد: المدخل إلى القانون، نظرية القانون ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة، ص ١٧ وما بعدها. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٨٨ - ٩٦. مبادئ ص ٣٨ وما بعدها. د. محمد فريد العرينى: الشركات التجارية ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص ٧ وما بعدها. فيدا وما بعده.

CABRILLA: (R.) introduction généraleou droirt. Dalloz. 3ed 1999. P. 76 etss N 85 ets. FABRT – MAGAN le mythe de Labligation de domner. R.T.D Civ. 1996. P. 35 ets.

(١) وهى مراكز يشغلها بعض الأفراد، لا تستند فى وجودها إلى القانون، فهى تنشأ وتتكون وتوجد فى الواقع الاجتماعى على خلافه، وذلك لأنها تتفقد أحد العناصر اللازمة لاتفاقها مع قواعد القانون وأحكامه. انظر د. نعمان جمعة: المرجع السابق، ص ٥ وما بعدها. د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص ٩، بند ٤. د. عنان إبراهيم السرحان: العقود المسماة – المقابلة الوكالة الكفالة. دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٧ ص ١٦٣ وما بعدها. د. محمد فريد العرينى: ص ٤٧ وما بعدها، بند ٣٥. والمراكز، قانونية أو فعلية تختلف عن المراكز الإجرائية، والتى يقصد بها الإطار الذى يشمل الحقوق والواجبات والمكنات التى تكون لشخص مائل فى خصومة بنفسه أو بمثله، والتى تمكنه من القيام بالأعمال للصيقة بهذه المراكز حسب الغاية المحددة له قانوناً، هذه المراكز ليست قاصرة على الأشخاص فى الخصومة فقط أيا كانت الصفة الإجرائية التى يتصفون بها، سواء كانوا أطرافاً فى هذه الخصومة بمعنى الكلمة أى صدر منهم أو ضدهم طلبات قضائية، أم كانوا مجرد أشخاص فى هذه الخصومة ككل من غير الأطراف مثال القاضى، الكاتب، الخبير، الشاهد..... الخ. انظر المرجع المشار إليه ص ٢٤ وما بعدها.

(٢) د. عنان إبراهيم السرحان: الإشارة السابقة. د. نعمان جمعة: الإشارة السابقة، د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى: ص ٢١١ بند ١٢٢. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٠ بند ٤. والمرجع المشار ليه.

MOHMOUD – GAMAL. EDDINE – ZAKI: La bonne Fai dans L'acquisition des droit La Caire 1952. N 57 ets. P. 99 ets.

(٣) د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٠ بند ٥. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.  
(٤) والشركة الفعلية أو الشركة التى أوجدتها الواقع Société Créée de Fait تعنى الوضع الذى يوجد فيه أشخاص يتصرفون فى الواقع، كما لو كانوا شركاء فى شركة دون أن يكون هناك أى تعبير عن إرادة الشركة. فهى حالة واقعية يستنتج منها القضاء وجود شركة، شريطة أن تجتمع فى هذه الحالة الواقعية جميع الأركان الموضوعية الخاصة للشركة. انظر: د. عزيز النكيلي: الوسيط فى الشركات التجارية ٢٠٠٧ دار الثقافة ص ٥٦ بند ٢٤. د. محمد فريد العرينى: المرجع السابق ص ٤٨ بند ٣٦.

وفى تطبيق ذلك قضى بأن "بطلان عقد الشركة لعدم حصول الأجنبى على ترخيص من الجهة المختصة تطبيقاً للمرسوم ... لا يردى إلى حرمانه من الحصول على حقه من ثمن بيع النشاط...." نقض مننى ٢٠١٠/١٦/٢٥٦ الطعن رقم ٢٥٦/٢٠١٠ المجموعة السنة ١١ ص ١٧٢.

ويشترط لقيام المراكز الفعلية، ضرورة توافر الوجود المادى لها، وتختلف أحد العناصر اللازمة لإضفاء وصف الشرعية على ذلك الوجود المادى<sup>(١)</sup> ومن أمثلة هذه المراكز<sup>(٢)</sup> الأسم الظاهر، الموطن الظاهر، المحامى الظاهر، الحائز الظاهر، الموصى إليه الظاهر، الناقل الظاهر، الزواج الظاهر، الأهلية الظاهرة، الجنسية الظاهرة .... الخ.

والحل، إذا ما تعامل الغير مع صاحب المركز الظاهر، على أساس أنه صاحب المركز القانونى، هل يعتد بهذا التعامل أو التصرف؟ وهل يفضل الغير على صاحب الحق أو المركز القانونى؟ أى يوجد تعارض بين الواقع والقانون، فأيهما تكن له الغلبة.

كان لعلاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى، وسريانه فى فكها، دور فى تحديد من تكن له الغلبة. هذه العلوم ساعدت على تطور القانون ليواكب ما يحدثه الواقع من مشاكل<sup>(٣)</sup> ولذا قد حُسم الأمر لمصلحة الواقع على حساب القانون<sup>(٤)</sup>. بمقتضاه تم الاعتراف بالمراكز الواقعية أو الفعلية واعتمادها والتعول عليها، وحماية من يتعامل مع أصحابها على أساس أنهم أصحاب مراكز قانونية<sup>(٥)</sup> بموجب فكرة الوضع الظاهر أو الفعلى.

Coss. Com. 21 avril. 1992. Bull. Joly 1992. 666 abs. Acuisance Paire. 15 Nov. 1993. Bull. Joly. 1994. 86. Note. Cuisance.

مشار إليهما لدى د. محمد فريد العرينى: الإشارة السابقة.

د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ١١ والمراجع المشار له.

(١) انظر فيما سبق بند ١٧.

(٢) فى علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية والطبيعية، ومدى تطبيق القاعدة القانونية ونجاحها فى الواقع العلمى. انظر: د.

محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٥٦ وما بعدها. د. نبيل سعد: المرجع السابق ص ٢٦ وما بعدها. د. محمد فريد العرينى: المرجع السابق ص ١٠ وما بعدها بند ٣ وما بعده.

CABRILLAC: OP. CIT. p. 7 ETSS.

(٤) فى عرض وظيفة القانون بين الفردية والاشتراكية، وما سعى إليه التيار الفردى الذى يقيم النظام القانونى على أساس

نشاط الفرد ومصالحه وحقوقه المكتسبة، ويغلب المراكز القانونية على المراكز الفعلية. والتيار الاجتماعى الذى يهتم بالمجتمع، وينظر إليه نظرة شاملة، دون أن يتقيد بالمبادئ والقيم، ويغلب المراكز الفعلية على حساب القانون. انظر: د.

نعمان جمعة: المرجع السابق ص ١٠ وما بعدها. د. محمد حسين منصور: ص ٢٨ - ٤١. د. عنان السرحان: المرجع السابق ص ١٦٤ وما بعدها.

(٥) والدافع وراء الاعتداد بالمراكز الفعلية ومبرره، هو حماية الاستقرار فى المجتمع، وتحقيق الأمان والاطمئنان لمعاملات

وتصرفات الأفراد، وحماية حرية التعامل بينهم، وتوفير جو من الثقة لهم فى هذه المعاملات، بل وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة لأفراده. انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٢ وما بعدها، والمراجع المشار

له. د. نعمان جمعة: المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها. د. محمد حسين منصور ص ٤٢ وما بعدها. د. نبيل سعد: ص ٢٦ - ٢٨. د. عنان السرحان: الإشارة السابقة.

١٨- ويعرف الوضع الظاهر في قانون المرافعات<sup>(١)</sup> بأنه "المركز الواقعي أو

الفعلي الذي يشغله الخصم والذي تحيط به مظاهر وشواهد خارجية يتولد عنها اعتقاداً شائعاً بقانونية هذه المراكز، والتي توهم الغير حسن النية، بأن من يشغل هذا المركز ويظهر به أمامه هو صاحبه الحقيقي، وهو ما يدفع هذا الخصم إلى التعامل معه واتخاذ إجراءات التقاضي والتفويض في مواجهته، على أساس هذا المظهر الذي ظهر به أمامه مع أنه في الحقيقة ليس كذلك أي يوجد مركز قانوني آخر لهذا الشخص بخلاف ما ظهر به، أو يوجد شخص آخر هو صاحب هذا المركز".

فالوضع الظاهر عبارة عن مباشرة شخص لمكانات ومزايا وسلطات مركز ليس له، أي أنه ليس ذي صفة في حيازة هذا المركز تخوله التمتع بمزاياه والتحمل بأعبائه والتزاماته. ويرجع انعدام الصفة إلى أنه بتطبيق القانون على وجهه السليم على الواقعة كما حدثت بالفعل لا ينشئ هذا المركز القانوني، الذي يتمتع هذا الشخص بمزاياه ومكاناته، لأن الأمر يتعلق بحيازة مزايا ومكانات لمركز قانوني لم ينشأ بعد، أو نشأ على خلاف الحقيقة<sup>(٢)</sup>.

وفكرة الوضع الظاهر، لم تعد مسألة خلافية<sup>(٣)</sup>. بل أصبحت من الأفكار المسلم بها اعتمادها المشرع<sup>(٤)</sup>. واستقر عليها القضاء<sup>(١)</sup> وتلقاها الفقه بالقبول<sup>(٢)</sup> سواء كانت

---

والقول بغير ذلك، يؤدي إلى نتائج غير عادلة، وغير مرغوب فيها من الناحية الاقتصادية والاجتماعية. ويترتب عليه إخلال وصراع في المراكز المستقرة وإهدار = حقوق الغير د. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجارى المصرى ١٩٥٧ ج ١ الطبعة الثالثة ص ٢٣٤ بند ٢.

(١) د محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٥٥ وما بعدها بند ٥٦ وما بعدها. د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى: ص ٢١٢ بند ١٣٣.

(٢) انظر المراجع المشار إليها ص بند ١٧ ونفس الإشارات.

(٣) د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٨ بند ١٢. د. عزيز العليكي: المرجع السابق ص ٥٦.

(٤) في الوقائع القانونية التي اعتمادها المشرع بشأن فكرة الوضع الظاهر، والتي تعد الأساس التشريعي لهذه الفكرة انظر فيما سبق بند ١٧. ويجانب الأساس التشريعي لفكرة الوضع الظاهر، فإن لهذه الفكرة أساس في بئر ضرورة وجودها وإقرارها واعتمادها في قانون المرافعات، لحماية الغير حسن النية = الذي يقدم على التعامل مع شخص يظهر بمظهر

صاحب حق أو مركز قانوني. هذا الأساس يوجد في قاعدتين، تبرران وجود الفكرة في قانون المرافعات: القاعدة الأولى:

قاعدة "لا يقبل من الشخص قول يتناقى مع سابق سلوكه" ومقتضاها أنه لا يجوز للشخص الذي يظهر بأن له أهلية

بوصفه في إجراء التصرف والتقاضى مع أنه في الحقيقة ليس كذلك، أن يتصل من حقيقة ما ظهر به أمام الناس، ودفع

الغير حسن النية إلى التعامل معه، واتخاذ الإجراءات في مواجهته استناداً إلى هذا المظهر. ولهذه القاعدة مقبل في الفقه

الإسلامي قاعدة "من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه". كما أن للقاعدة مقابل في القانون الإنجليزي

"قاعدة الاستويل Estoppel أو عدم التناقض ومعناها، يمتنع على الشخص أن يتخذ أعمالاً ومواقف مغايرة لما تم

اتخاذها في ادعائه الأول والتي بنى عليها موقف سلم به للخصم الأخر. والقاعدة الثانية: هي قاعدة "الأحكام تجرى على

الظاهر" ومقتضاها أن الوضع الظاهر الذي ظهر به الشخص أمام الناس، واعتقدوا في صحته ومطابقته للحقيقة وتعاملوا

معه على أساسه، واتخذوا الإجراءات في مواجهته استناداً إليه، هو الذي تبنى وتؤسس عليه الأحكام القضائية في المسائل

التي يثور الخلاف بين الخصوم بشأنها أمام القضاء.

العلاقة الناشئة عن الوضع الظاهر ثنائية الأطراف بين الخصم الظاهر وحسن النية<sup>(٣)</sup>. أم كانت العلاقة ثلاثية الأطراف، الخصم صاحب المركز الظاهر، والخصم حسن النية وصاحب المركز القانوني<sup>(٤)</sup>.

ومتى توافرت أى من هاتين العلاقتين، وتوافر للفكرة عنصرها المادى<sup>(٥)</sup> والمعنوى<sup>(١)</sup> وتمسك بها صاحب المصلحة، تعين على محكمة الموضوع أن تقول فيها كلمتها<sup>(٢)</sup>.

ومبرر هذه القاعدة ومبناها، حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "إنما أنا بشر، وأنه يأتيني الخصم فلعن بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق، فأقضى له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فأما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها".  
حول هاتين الفاعتين انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٤٨ - ٥٨ بند ٤٧ - ٥٨. وفي الفقه الإسلامي انظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوى، للبخارى - دار الكتاب الإسلامي طبعة جديدة، ١٣٥٤ / ١٣٥٤. المبسوط للرخسى دار المعرفة، بيروت ١٩٨٦ ج ١ / ١٨٨.  
وفي قاعدة الاستويل انظر:

Eric. Loquin: La Consécration de L'estoppel par le droit Francais de L'arbitrage note sous. Cass. Civ. 6 Juill. 2005 R. T. D. Com. Avril Juin 2006. P. 309. N 2.

(١) نقض ٢٥/١٢/٢٥ الطعون أرقام ٩٨٢، ١٠٢٥، ١١٠٣، لسنة ٧٢ ق. هيئة قضايا الدولة، ص ٧٥٠ ومبجدها. نقض ٢٧/١٢/١٩٨٤ طعن ١٧٧١ لسنة ٥١ ق. نقض ٢١/١٢/١٩٨١ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٢٣٤٧. نقض ١٤/٣/١٩٨٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ٧٢٥. نقض ١٧/٢/١٩٦٦ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٣١٨. نقض ١٠/١٢/١٩٥٩ طعن ١٢١ لسنة ٢٥ ق مجموعة الأحكام السنة ١٠ ص ٧٦٣.

Coss. Com. 18 Déc 1991. Bull 1991. P. 326 Note. B. Sointourens. Coss. Com. 27 Fev. 1990. J. C. P. 1990. 11. 2154 Note. Poillaud. Dulian. Civ. 1re 31 Janv. 1968 Bull. Civ. 1968 - 1. P. 32 N 41.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١١ وما بعدها، بند ٨ وما بعده والمراجع المشار له. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. نعمان جمعة المرجع السابق، ص ١٠ وما بعدها. د. محمد فريد العريبي: الإشارة السابقة. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٥٧٨، دراسات فى مركز الخصم، ص ٨٧ وما بعدها. د. أحمد فتحى سرور: رسالة، ص ٢٠٠، بند ١٤١. د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضى ص ٢٢٥، حاشية رقم ٣٤١. د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٣٦٩.

(٣) والعلاقة الثنائية للوضع الظاهر هى الغالبة فى قانون المرافعات، مثل، الأسم الظاهر، الموظن الظاهر الأهلية الظاهرة ... الخ، وفي هذه الحالة فإن الخصم صاحب الوضع الظاهر، ظهر بمظهر على خلاف المركز الحقيقى، وتعامل مع الغير على أساس ما ظهر به. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٥٨. د. عنان السرحان: ص ١٦٤. د. هانى دويدار: العقود التجارية والعمليات المصرفية ٢٠١٣ دار الجامعة الجديدة، ص ٩٥ وما بعدها بند ١٤٦.

(٤) ومن أمثلة العلاقة الثلاثية للوضع الظاهر، الصفة الظاهرة، الدائن الظاهر، زوجة المفقود وورثته أو شركائه فى شركة غيره بعد صدور الحكم أو القرار بموته، وفي هذه الحالات فإن صاحب الوضع الظاهر ليس هو صاحب المركز الحقيقى. انظر:

CH. CHEN, apparence et représentation en droit Positif Français, Thèse. Paris - 1 - 1997. N 209.

حيث ذهب أن علاقة الوضع الظاهر قد تكون ثنائية الطرف Bipartite وقد تكون ثلاثية الأطراف Tripartite وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ٣١/١٢/١٩٨١ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٢٣٧٤ قارن البعض حيث يرى أن هذه العلاقة لا تكون على ثلاثية الأطراف:

BENAPENT: droit Civil Les obligations 4er 1994. Montchrestien. N. 502. P.237.les Contrats Spéciaux. 1<sup>er</sup> éd. 1993. Montchrestien. N 702. P.372.

مشار لذلك لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٥٨.  
(٥) والعنصر المادى يتمثل فى شواهد خارجية يتولد عنها اعتقاداً شائعاً بقانونية المركز الواقعى، أو الفعلى، والشواهد الخارجية تتعدد مصادر ها. قد يكون مصدرها الشخص صاحب الوضع الظاهر نفسه، وذلك عندما يستخدم هذا الشخص أساليب ومظاهر للظهور أمام خصمه وأمام الناس بأنه ذا صفة وأهلية وسلطة بالنسبة للمركز الذى يشغله بما يخوله من إبرام التصرفات وإمكان اتخاذ الإجراءات فى مواجهته.

## ١٩- الوضع الظاهر كأداة لتفعيل فكرة الإغفاء من الجزاء مع بقاء العيب:

والفرض أن الدعوى رفعت ضد أو على الخصم باسمه الظاهر، وأعلنت إليه بهذا الاسم، وفي موطنه الظاهر، ومثله محامى ظاهر<sup>(٢)</sup> وقد يصدر الحكم فى الخصومة محل هذه الدعوى قاضى ظاهر<sup>(٤)</sup>. وسواء تحققت هذه الوقائع بشأن خصومة واحدة، أو تحققت واقعة واحدة من هذه الوقائع فى خصومة، فتكون الإجراءات أو الإجراء المتخذ تم وفقاً للمركز الواقعى أو الفعلى، وليس القانونى، ووفقاً للمركز الأخير تعد كافة هذه الإجراءات باطلة. ومن ثم تشكل أزمة إجرائية. ومبرر الخروج من هذه الأزمة، فكرة الوضع الظاهر، متى توافرت عناصرها، وآثارها الخصم صاحب المصلحة.

فالإجراء أو الإجراءات التى اتخذت من أو فى مواجهة الخصم الظاهر بالاسم الذى أعتاد الخصم مخاطبة خصمه به رسمياً دون اعتراض منه بعد، بأن وجدت شواهد مادية خارجية ولدت اعتقاداً شائعاً لدى الخصم - ولدى كل شخص يمكن أن

وقد يكون مصدر هذه الشواهد حكم قضائى أو قرار يتضح فيما بعد فساده، وعدم صحته، لاستناده إلى وقائع غير صحيحة، أو إلى سند ثبت فيما بعد تزويره، كالحكم أو القرار الصادر بموت المفقود، ثم يتضح فيما بعد أنه ما زال على قيد الحياة ولم يمت، فرغم الغاء هذا الحكم أو القرار نتيجة لعودة المفقود فإن زوجته وورثته أو شركائه فى شركة غير، يعتبرون فى الوضع ظاهرة بالنسبة للغير الذى تعامل معهم على أساس هذا الحكم أو ذلك القرار، قبل ظهور المفقود حياً. وقد يكون مصدر الشواهد الخارجية التى تبدو كمظهر المركز القانونى، من صدر قرار بتعيين شخص فى وظيفة قضائية أو إدارية بالمحاكم - أقلام الكتاب والمحضرين - رغم العيوب التى شابته هذا القرار. وأياً كان مصدر هذه الشواهد لا بد وأن تحدث خطأ من صاحب المركز القانونى. وأن تولد اعتقاداً شائعاً لدى الخصم الآخر بقانونية هذا المركز الواقعى، وكذلك لدى المحيطين به. فى تفصيل ذلك انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٥٩ - ٦٩ بند ٥٩ - ٦٨ والمراجع المشاره لديه. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٤/١/٢٥ مشار إليه سابقاً، نقض ٢٠٠١/٤/٢٢ طعن رقم ١١٤٥ سنة ٧٠ ق، نقض ٢٠٠٠/٤/٩، طعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٩ ق.

(١) ويتمثل العنصر المعنوى فى حسن نية الخصم عند تعامله ومفاضاته لخصمه صاحب الوضع الظاهر، وهذا العنصر يعد تطبيقاً لمبدأ هام ومعتمد فى قانون المرافعات، "هو واجب السير فى إجراءات الخصومة بحسن نية" حول العنصر المعنوى لفكرة الوضع الظاهر انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٧ - ٨٣ بند ٦٩ - ٨٢ والمراجع المشاره لديه. وحول مبدأ حسن النية فى القانون الإجرائى انظر د. جدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١٠٢ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم ١٩٨١ منشأة المعارف ص ٣٠ وما بعدها. د. علي هيكل: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة بند ٤٥. د. محمد السيد رفاعى: رسالة ص ١٠١ وما بعدها.

(٢) انظر فيما يلى ص ٧٢ حاشية رقم ٢.

(٣) انظر فيما سبق ص ٣١ حاشية رقم ٣.

(٤) الشخص الذى مارس وازول وظيفة القضاء، وجلس على منصته وفصل فى المسائل طرحت عليه من الخصوم رغم

تخلف شرط أو أكثر من الشروط اللازمة لاكتساب صفة القاضى، أو رغم ما يشوب قرار تعيينه من عيوب تؤدى إلى بطلانه، فيصبح الشخص قاضياً ظاهراً. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٦٦ وما بعدها، بند ١٥٦ وما بعده. د. جدى راغب: نظرية العمل القضائى: ص ٥٧٨. د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضى: ص ٢٢٥ حاشية رقم ٣٤١. د. أحمد فتحى سرور: رسالة ص ٢٠٠ بند ١٤١.

GLASSON, TISSER et MOREL: op. cit. T. 3. P. 588.N. 731.

قارن د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان، ص ٧٨٩ بند ٤١٧ والحكم الإيطالى المشاره لديه لاستئناف ميلانو ٢١ أبريل ١٩٥٠ تمى ١٩٥١ - ١٢.

يكون في موقعه - بمطابقة اسم خصمه لأسمه الصحيح، ومنها مخاطبة خصمه نفسه له بهذا الأسم، وعدم اعتراض الخصم على مخاطبته، كما أن هذا الخصم قد أسهم بخطأه في ظهوره لدى خصمه بالاسم غير المطابق لاسمه الصحيح، وكان يجب عليه أن ينبه من يتعامل معه وخصمه باسمه الصحيح، حتى تتخذ هذه الإجراءات في مواجهته بهذا الأسم، وإذ لم يفعل فإنه يكون قد ساهم بخطأه في ظهوره بمظهر صاحب المركز القانوني - أي الأسم الصحيح - كما أن الخصم الذي تعامل مع صاحب المركز الظاهر، قد اعتقد اعتقاداً مشروعاً بأنه يتعامل ويتخذ الإجراءات القانونية مع خصمه باسمه الصحيح، أي أنه لا يعلم بالاسم الصحيح له، ولم ينسب إليه أي تقصير أو إهمال أو خطأ في هذا الصدد، أي كان حسن النية. ولا يختلف الأمر إذا أعلن هذا الخصم باسمه الظاهر أو في موطنه الظاهر. ويعبر عن ذلك بالعنصر المادى المعنوى لصاحب الوضع الظاهر.

كما لا يختلف الأمر إذا توافر هذان العنصرين، المادى، والمعنوى للمحامى الذى مُنِع من مزاوله المهنة أو أُحيل إلى المعاش، فيصبح محامياً ظاهراً. أو توافر هذين العنصرين فى حق الشخص الذى مارس وزاول وظيفة القضاء، وطرحت أمامه هذه الإجراءات، رغم ما يشوب قرار تعيينه من عيوب تؤدى إلى بطلانه، فهو قاضياً فعلياً<sup>(١)</sup>.

والإجراءات التى اتخذت على النحو السابق، وإن كانت باطله وفقاً للمركز القانوني. إلا أن الخصم صاحب المركز الظاهر أو الواقعى لا يستطيع الدفع ببطلانها، لأنه لا يقبل منه ما يتنافى مع سبق سلوكه<sup>(٢)</sup> أو ما تسبب فى تعيينه من إجراءات وفقاً للمادة ٢١/ ١ مرافعات<sup>(٣)</sup> كما أن الأحكام تجرى على الظاهر<sup>(٤)</sup> ولذا تعد هذه

(١) انظر فيما يلى ص ٢٣٤.  
(٢) انظر فيما سبق ص ٦٦ وما بعدها حاشية رقم ٤.  
(٣) انظر فيما يلى بند ٣٤ وما بعده.  
(٤) انظر فيما سبق بند ١٧.

الإجراءات صحيحة وفقاً لفكرة الوضع الظاهر متى توافر عنصرها وأثيرت من الخصم صاحب المصلحة<sup>(١)</sup>.

هذه الفكرة تقلب الأمور رأساً على عقب، وتحول بين هذه الإجراءات التي اتخذت وفقاً للوضع الظاهر والجزاء الإجرائي، فتضعف الأخير على نحو لا يقوى على إزالة العيوب التي لحقت هذه الإجراءات فإذا هي تضعف الجزاء الإجرائي، فتبقى على الإجراءات المعيبة بحالها.

وبقاء الإجراءات المعيبة تطبيقاً لفكرة الوضع الظاهر، يتم عن قصد<sup>(٢)</sup> من جانب المشرع لرصده وقائع قانونية صريحة<sup>(٣)</sup> أو ضمنية<sup>(٤)</sup> بدوئها، وتوافر عناصر تطبيقها يبقى على هذه الإجراءات، رغم مخالفتها لمراكز قانونية، ودون أن يؤدي بقاء هذه الإجراءات إلى زوال عيوبها أو تصحيحها أو إضافة بيانات إليها، أو

(١) القاعدة أن للخصم صاحب المصلحة وحده حق إثارة مسألة الوضع الظاهر أمام محكمة الموضوع، ذلك لأن هذه المسألة تختلط بالواقع الذي يحتاج إلى بحث، وهو = كما تختص به محكمة الموضوع، ويخرج عن وظيفة محكمة النقض. د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص ٨٣ بند ٨٢. د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائي: الإشارة السابقة. وفي خروج مسألة الواقع أو المسألة التي يخالطها واقع من وظيفة محكمة النقض. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض، ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة، ص ١٤٩ وما بعدها، بند ٦٦.

MARTIN: Le Fait et le droit au Parties et le juge J. C. P. 1974. dactr. N 2656. N 34 – 41. FAUE: La Cour de Cassation. Dauchman. N. 1970. P. 119. N. 99.

وقضى بأن النفع القانوني الذي يخالطه واقع عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض نقض عمالي ٢٠٠٦/١٢/١٨ الطعن رقم ٢٠٠٦/٢١٩/٢٠٠٦ المجموعة السنة ٧ ص ١٠٤٣ نقض عمالي ٢٠٠٧/٦/١٨ الطعن ٨١ لسنة ٢٠٠٧ المجموعة السنة ٧ ص ١١٥٧.

وتعلق مسألة الوضع الظاهر بالمصلحة الخاصة، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تنير هذه المسألة من تلقاء نفسها لعدم تعلقها بالنظام العام انظر:

Civ. 20 déc. 1966 Bull Civ – 1 – N 556.

مشار إليه لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: الإشارة السابقة. نقض تجاري عمالي ٢٠٠٨/٢/٢٧ الطعن رقم ٤٢٦ لسنة

٢٠٠٩ المجموعة السنة ٨ ص ٦٢٤.

ومتى أثرت مسألة الوضع الظاهر أمام محكمة الموضوع تعيين عليها بحثها وفحصها، وعدم الائتلاف عنها، وتحقق من توافر عناصرها، فإذا لم تفعل كان حكمها مشوباً بالقصور، لأنها لم تفصل في دفع جوهرى يتغير به وجه الرأي في الدعوى. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٨٤، بند ٨٣. د. عزمى عبد الفتاح: تسبب الأحكام وأعمال القضاة، الطبعة الأولى ١٩٨٣، دار الفكر العربي، ص ٢٢٥ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٩ بند ٣ مكرراً، د. وجدى راغب: دراسات ص ١٢٥ بند ١٧. وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٠/٢/١٥ الطعن رقم ٣٢٥٠، ٣٢٤٩ لسنة ٦٧ نقض ٢٠٠٠/٧/٧ طعن ٨٦ لسنة ٦٧ أحوال شخصية، نقض ١٩٩٤/١٢/١٩ لسنة ٤٥ ج ٢ ص ١٧٤٠. د. أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣١٠ وما بعدها. نقض تجاري عمالي ٢٠٠٧/٥/٢ الطعن رقم ٤٢٦ لسنة ٢٠٠٦ المجموعة السنة ٧ ص ٩٥٢ نقض تجاري عمالي ٢٠٠٧/٦/١٨ الطعن ٨٢/٢٠٠٧ المجموعة السنة ٧ ص ١١٦٣ نقض تجاري عمالي ٢٠١٠/٢/١٧ الطعن ٢٢/٢٠٠٩ المجموعة السنة ١٠ ص ٨٦٤.

(٢) انظر فيما سبق بند ١٩.

(٣) انظر فيما سبق بند ١٧.

(٤) ورصد المشرع فكرة الوضع الظاهر ضمناً حين نص في المادة ٥٠٧/٢ منى مصرى على أن "البطلان لعدم كفاية عقد الشركة لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشركاء الحكم بالبطلان" المادة ٥٤ من تقنين التجارة المصرى القديم على أنه "إذا حكم بالبطلان يتبع فى تسوية حقوق الشركاء فى الأعمال التى حلف قبل طلب فض المشارطة التى حكم ببطلانها" المادة ٧٠٣ منى بشأن الوكالة الظاهرة. المادة ٩٤٨ منى عراقى على أنه "لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير حسن النية الذى تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها" المادة ٥٤٨، ٥٤٩ منى أرندى.

تحويلها من إجراءات معيبة إلى إجراءات صحيحة. والأكثر من ذلك أنها ترتب من وقت اتخاذها كافة آثار الإجراءات الصحيحة إجرائية<sup>(١)</sup> كانت أو موضوعية<sup>(٢)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٣)</sup> بأن "مفاد المادة ١٠/٢ مرافعات يدل على أن المشرع لم يوجب على المحضر التحقق من صفة من تسلم صورة الإعلان ولا من حقيقة علاقته بالمراد إعلانه، طالما أن ذلك الشخص يؤكد الصفة التي تخول له تسلمها، ويعتبر الإعلان صحيحاً متى سلمت الورقة على النحو المتقدم".

وترتيباً على ذلك، إذا استقام تطبيق فكرتي الافتراض، والوضع الظاهر - على النحو السابق - عند حدوث واقعة من الوقائع القانونية التي رصدها المشرع الإجرائي، لتسقط حق الخصم في التمسك بالجزاء، أو تمنعه من الدفع به، وإن تم ذلك بطريقة مباشرة، ففي نفس الوقت تؤدي بطريقة غير مباشرة إلى تفعيل فكرة الإعفاء من الجزاء، وبقاء العيب الإجرائي على حاله، بدون زوال لعيوبه أو تصحيح للعمل الإجرائي المعيب أو تحويله من إجراء معيب إلى إجراء صحيح، بل وينتج كافة آثار الإجراء الصحيح.

وإنتاج الإجراء المعيب كافة آثار الإجراء الصحيح ومن وقت اتخاذها وفقاً للوقائع القانونية والتي تحدث مثل هذه الأفكار، فذلك لاعتبارات تتعلق بالسياسة التشريعية، والدور الوظيفي الذي يؤديه الإجراء بالنسبة للحقوق الموضوعية والسياسة العامة للإجراءات تجاه الحقوق الموضوعية<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر فيما يلي بند ٦٩.

(٢) انظر فيما يلي بند ٧٢.

(٣) نقض ١٩٨٧/٥/٣٠ مجموعة القواعد ١ - ٢ ص ١٥٢٧، الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٦٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠، نقض ١٩٩٨/١٠/٢٧ طعن ٢٤٤٤ لسنة ٦٧ ق نقض ١٩٨٠/٦/١٠ طعن ٨٤٨ لسنة ٤٩ ق مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٧٤٢. نقض ١٩٩٥/٧/١٢ الطعن رقم ٢٣٦ لسنة ٥٤ ق، ٨٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٥/٧/١٢ د. أحمد ملجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٥ الطبعة الرابعة نادي القضاة ص ٤٣٩، نقض ١٩٨٦/١/١٢ طعن أرقام ٦٥١ لسنة ٥١، ٣١٥ لسنة ٥٣ ق. د. أحمد ملجي ص ٤٣٥. نقض ٢٠٠٥/٢/٢٧ طعن ٢٥٧٥ لسنة ٧٣ ق، نقض ٢٠٠٥/٣/١٧ طعن ٤٧٦٠ لسنة ٧٤ ق. المحاماه ٢٠٠٧ ع ٦، ٥ ص ٢٤ ومابعداها. نقض ٢٠٠١/٤/٢٢ طعن رقم ١١٤٥ لسنة ٧٠ ق، نقض ٢٠٠٠/٤/٩ طعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٩ ق.

وقضى بأنه إذا كان المحامي الذي وقع على الصحيفة قد جرى استبعاد اسمه من الجدول في الفترة التي وقع فيها على صحيفة الاستئناف بسبب تأخيره عن سداد اشتراك النقابة، فلا تكون الصحيفة باطلة، لأن ذلك ينطوي على خلط بين زوال صفة المحامي وبين استبعاد اسمه من الجدول بصفة مؤقتة، مما ينزع صفته كمحامي، فيكون توقيعها على الصحيفة صحيحاً نقض ١٩٧٢/٥/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٨١٥.

(٤) انظر فيما يلي بند ٧٢.

## الفصل الثاني

### وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب

٢٠ - تمهيد وتقسيم:

نزول الخصم عن حقه في التمسك بالجزاء، وسقوط حقه في التمسك به، وإثارة الجزاء ممن ليس له مصلحة فيه، وكون هذا الخصم هو المتسبب في العيب الإجرائي، وسائل أربعة تؤدي إلى الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب. نتعرض لهذه الوسائل تباعاً في مباحث أربعة على التوالي:

#### المبحث الأول

#### النزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء

٢١ - تمهيد:

إذا كان الإنسان بطبعه حريصاً على حقه، فلا يقدم على النزول عنه بسهولة<sup>(١)</sup>. إلا أنه قد يعرض عليه ما يجعله يتنازل عنه. والنزول عن الحق جائز شرعاً<sup>(٢)</sup> وقانوناً. وتتعدد صور النزول عن الحق<sup>(٣)</sup> ومنها الحق الإجرائي، ومن صور النزول عن الحق الإجرائي، النزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء<sup>(٤)</sup> وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع المصري مادة ٢٢ مرافعات، والفرنسي مادة ١١٢ مرافعات.

(١) د. جلال العدوي: النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص، مجلة الحقوق السنة ١٣ لعامي ١٩٦٣ - ١٩٦٤ العددان الثالث والرابع ص ١٧١.

(٢) وفي الشريعة الإسلامية النزول عن الحق من التصرفات المشروعة في الجملة، إذ هو تصرف الإنسان في خالص حقه، دون أن يمس ذلك حقاً للغير. والأصل فيه الإباحة. وقد تعرضت له الأحكام التكاليفية الأخرى، فيكون واجباً كترك ولي الصغير الشفعة التي وجبت للصغير، إذا كان الحظ في تركها، لأنه يجب عليه النظر في ماله بما فيه حظ وغبطة له، ويكون مندوباً إذا كان قرية، كالغفو عن القصاص، وإبراء المعسر، والعنق وقد يكون حراماً كغفو ولي الصغير عن القصاص مجاناً، وكطلاق البديعة، وهو طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير حمل، وقد يكون مكروهاً، كطلاق بدون سبب يستدعيه. انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٤ مصطلح إسقاط بند ٧ - المصدر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية مشار إليه لدى د. الأنصاري النيداني: التنازل عن الحق في الدعوى ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة ص ١.

(٣) في تعدد صور التنازل عن الحق انظر: د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص ١٦ - ٨١.

(٤) نشأة الجزاء الإجرائي، تؤدي في ذات اللحظة إلى نشأة حق إجرائي، هو الحق في التمسك بهذا الجزاء. هذا الحق الأخير، كما يمنح لصاحبه المصلحة في مكنة التمسك به، يخول لصاحبه النزول عنه. د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ١٥٦ وما بعدها بند ١٠٦ وما بعده.

٢٢- ماهية النزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء وتصنيفه ضمن وسائل الإعفاء منه: للخصم الذي من حقه التمسك بالجزاء، أن ينزل عن هذا الحق، ويتحقق النزول بإعلان إرادة الناظر عنه صراحةً أو ضمناً<sup>(١)</sup>. وبغير الإرادة لا يمكن الكلام عن النزول<sup>(٢)</sup>. فالنزول تصرف إرادي يهدف إلى النزول عن حق إجرائي للنازل شريطة عدم الإضرار بالغير<sup>(٣)</sup>.

والنزول يرد على الحق في التمسك بالجزاء، فإذا كان صاحب الحق قد تقدم بطلب لإعمال الجزاء، ثم نزل عنه بعد إيدائه، فالنزول يرد على الطلب والحق معاً. على أن الغالب أن يحدث النزول قبل التمسك بالجزاء، فيرد على الحق في إيداء الجزاء<sup>(٤)</sup>.

ويدرج الفقه الغالب<sup>(٥)</sup> مؤيداً بأحكام القضاء<sup>(٦)</sup> النزول عن الحق في

(١) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان، ص ٦٧٤ بند ٣٦٤. د. أحمد هندي: أصول قانون المرافعات ٢٠٠٢ دار الجامعة الجديدة ص ٨٦٦ بند ٢٧٣. التمسك بالبطلان ص ٣٨ بند ٩ قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص ٤٨٦ بند ٢٥٢.

والنزول عن الحق في التمسك بالجزاء بصورتيه الصريح والضمني أثر قاصر على الجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة دون المصلحة العامة. فإن نزل الخصم عن الجزاء المتعلق بالمصلحة العامة، فإن هذا النزول لا ينتج أثره حتى بالنسبة لهذا الخصم، فيجوز له بعد نزوله أن يمسك بالجزاء، كما يجوز ذلك لغيره من ذوي المصلحة، ومن باب أولى للمحكمة من تلقاء نفسها. في نطاق النزول عن التمسك بالجزاء انظر د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: ص ٦٨٢ بند ٣٦٧. ومع ذلك، فإذا كان النزول عن الحق في التمسك بالجزاء المتعلق بالنظام العام غير جائز، إلا أنه يجوز النزول عن أثره، ولهذا فإن للخصم أن ينزل عن حقه في التمسك بعدم انقطاع التقادم بصحيفة الدعوى للباطلة، ولو كان هذا البطلان يتعلق بالنظام العام: انظر:

49 N. P. 38 Traite élémentaire de procédure civile et Commerciale 1939. JAPIOT(R.):

(٢) ميكيلي: النزول رقم ٢٦ بند ١٠٥ مشار إليه لدى د. فتحي والي: الإشارة السابقة. د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص ٨٣ وحكم الدستورية المشار لديه القضية رقم ٢٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦.

(٣) في التعريفات المختلفة للتنازل عن الحق الإجرائي. انظر: د. محمد السيد رفاعي: رسالة ص ٢٧٥ - ٢٨٧.

JAPIOT: op. cit. P. 38. N 49. STRICKLER Deisitement N 1 ets.

وفي الاتجاهات المختلفة حول تحديد الطبيعة القانونية للتنازل عن الحق الإجرائي بين كونه، تصرف قانوني، أو عمل من أعمال التبصر، أو عملاً إجرائياً، أو عمل إرادي، أو تصرف من جانب واحد. والذي انتهى بالبعث أن هذه الاتجاهات، تعبر عن آراء كلها صحيحة، لأن طبيعة التنازل عن الحق ليست واحدة، فهي تختلف باختلاف الحق المتنازل عنه، ما إذا كان دعوي، أو خصومة، أو إجراء من إجراءاتها. انظر: د. محمد السيد رفاعي: ص ٢٨٧ - ٣٠١. د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص ٥ - ١٥.

(٤) د. فتحي والي، أحمد زغول: الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٥٦ بند ١٥٥.

(٥) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة. د. فتحي والي: الوسيط ص ٤١٤ بند ٢٥٣ كتابات في القضاء المدني والتحكيم ص ٥١٨. د. أحمد هندي: أصول ص ٨٦٦ بند ٢٧٣. التمسك بالبطلان: الإشارة السابقة، قانون المرافعات: الإشارة السابقة. د. وجدى راغب: دراسات، ص ١١٠ حاشية رقم ١٩. د. أحمد السيد صلاوي: الوسيط ص ٧١٦ بند ٤٠١. د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٦٤ بند ٣٠٦. د. أحمد مليجي: التعليق ج ١ ص ٧١٢ مادة ٢٢، ص ٧٢٥ مادة ٢٣. د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص ٤٨. د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضي، ص ١٣٩، حاشية رقم ١٥١. محمد كمال عبد العزيز: المرجع السابق، ص ٢٥٥.

Solus et Perrot: op. cit. P. 389. N. 419. JAPIOT: op. cit. P. 38 ets 49. GIVERDON: régime des exceptions de Nullite. G. P. 1973 - 2 - Dact. 621.

(٦) نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ طعن ٤١٢ لسنة ٦٦ نقض ١٩٩٣/١٢/٢٥ طعن ٧١٣ لسنة ٥٧ ق.

التمسك بالجزاء بصورتيه الصريح والضمنى - تعلق هذا الجزاء بالبطان أم بسقوط الحق فى اتخاذ الإجراء - ضمن حالات تصحيح الإجراء الباطل. فنزول من تقرر الجزاء لمصلحته بنفسه أو وكيله<sup>(١)</sup> يهدر بموجبه حقه فى التمسك بالجزاء. فيتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح بأثر رجعى من لحظة اتخاذه. وتصحيح الإجراء الباطل أو عدم الحكم به، ليس معناه، التجاوز عن العيب والعمو عنه، بل أنه تصحيح للعيب الإجرائى، وتصحيح الأخير واجب<sup>(٢)</sup> فيزول العيب بالتنازل عنه<sup>(٣)</sup>. فالنزول عن الحق فى التمسك بالجزاء، وفقاً لهذا الاتجاه، هو تصحيح للإجراء المعيب بزوال عيبه، وتحوله من إجراء معيب إلى إجراء صحيح.

ينتقد البعض<sup>(٤)</sup> وبحق ما ذهب إليه الاتجاه السابق، ومبرره أن الإجراء المعيب يظل باقياً، وإذ هو يبقى، فهو يبقى محملاً بالعيب، فلا يوجد تصحيح ولا تحول للعمل الإجرائى المعيب ولا زوال لعيبه، وإنما يبقى بعيبه، وآثار هذا العيب وهى التى تشكل الجزاء الإجرائى فلا ينطلق. فيظل الإجراء المعيب بمنحى عن أى جزاء يهدده. والأكثر من ذلك أنه يولد كافة آثار الإجراء الصحيح.

ومؤدى ذلك، أن النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء لا يتضمن أى تغيير أو إضافة فى العمل الإجرائى المعيب. فمن ناحية: لا يوجد تصحيح بالإضافة أو التكملة، لأن التصحيح يؤدى إلى نشأة عمل إجرائى جديد تم ميلاده من لحظة إتمام

(١) وللوكيل بالخصومة - المحامى - التنازل عن الحق فى التمسك بالجزاء المقرر لصالح موكله صراحة وضمناً. والمنصوص عليه وفقاً للمادة ٢٢ مرافعات تطبيقاً للمادة ٧٥ مرافعات، والتى تخول للوكيل سلطة القيام بالأعمال الإجرائية من وقت رفع الدعوى إلى أن يصدر الحكم فى موضوعها، فى درجة التقاضى الذى وكل فيها. نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ١٥ ص ٤٣٠. ودون أن يحتاج النزول عن الجزاء الوارد بالمادة ٢٢ مرافعات إلى تفويض خاص، لأنه خارج القيود الصريحة التى أوردها المادة ٧٦ مرافعات، والتى تستلزم تفويض خاص، فيما أورده على سبيل الحصر. انظر د. أحمد هندى: التطبيق ج ٢ ص ٣٧ - ٤٢. قارن: حيث يرى البعض أن نزول المحامى على الحق فى التمسك بالجزاء لا يلزم موكله، إلا إذا كان لديه وكالة خاصة فى هذا الشأن.

JAPIOT: op. cit. P. 39.N. 49.

(٢) لأن من واجبات القاضى الفصل فيما يطرح أمامه وتطبيق قواعد القانون على النحو السليم، لأنه تطبيقه لهذه القواعد أمره أم مكملة، ليس مجرد رخصة يمكنه أن يستعملها أو لا يستعملها، وإنما ذلك يتم بشكل إلزامى، يتعين القيام به، وشأن ذلك هو صانف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسى وفقاً للمادة ١٢ مرافعات. انظر:

BOLARD (G.): L'affice du juge et le rôle des Parties entre arbitraire et la xisme. J. C. P. G. 2008 - 1. 156.

(٣) د. إبراهيم النفاوى: انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة ص ٩٩ وما بعدها.

(٤) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٩٩ وما بعدها بند ١٥٢، ص ٢٧٧ وما بعدها بند ٢٢٧. إعلان الأوراق القضائية، ص ٢٥٦، بند ١٥٥. دراسة فى السياسة التشريعية، ص ١٠٩ وما بعدها، بند ١١. من هذا الرأى د. أيمن رمضان: رسالة، ص ٤٦٦.

التصحيح بشكل سليم، وبالتالي لا تتولد آثار هذا العمل الجديد إلا من تاريخ إتمام التصحيح<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية ثانية: القول بتحول الإجراء المعيب إلى صحيح لا يستقيم مع شروط نظرية التحول الإجرائي<sup>(٢)</sup>. كما أنه يصطدم مع صراحة المادة ٢٤ مرافعات والتي تنص على أنه "إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توافر عناصره" فما ينتج من آثار يولدها الإجراء الجديد الذي توافرت فيه عناصر العمل الإجرائي المحول، وليس العمل الإجرائي المعيب.

وأخيراً، لا يؤدي النزول إلى زوال أى عيب شاب العمل الإجرائي، لأن النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، نظراً لقيام مبرره النزول الصريح أو الضمنى أياً كان شكله إذ يحول دون وقوع الجزاء<sup>(٣)</sup>. فالذى يتم النزول عنه هو الحق فى التمسك بالجزاء. أما الإجراء المعيب ذاته لا يتم النزول عنه، مما يؤدي إلى استمرار سير الإجراء المعيب بعبه بدون تصحيح أو تحول.

وحيث أن النزول الإرادى عن التمسك بالجزاء، يعد نزولاً عن الحق فى التمسك بالجزاء، وليس نزولاً عن الإجراء المعيب، فيبقى الإجراء قائماً وينتج من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح، تطبيقاً للأصل العام أن الإجراء الباطل يعتبر

- (١) وتصحيح الإجراء الباطل بالإضافة أو التكملة يكون ولو بعد التمسك بالجزاء، ويكون ولو كان الجزاء متعلق بالنظام العام، على أن يكون فى الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، وإلا فى الميعاد الذى تحدده المحكمة مادة ٢٣ مرافعات. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٢٦ نقض ١٩٦٧/٥/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٦٤٦. نقض ١٩٧٦/١٢/٢ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ٣٥٦.
- (٢) فالعمل الإجرائي المعيب الذى توافرت فيه مقومات عمل آخر وتحوّله إليه، يولد العمل المحول آثار تتناسب مع وضعه بعد التحول، والتخلص من عمل لم يعد يتناسب مع طبيعة المرحلة التى وصل إليها الإجراء، أو لم يعد يتماشى مع طبيعة المرحلة الجديدة. فى نظرية التحول الإجرائي وشروطها وتطبيقاتها. انظر: د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٨٢٠ وما بعدها بند ٤٣٣. د. نبيل عمر: سقوط وتضاعف ص ٧ وما بعدها، بند ٤. دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٢٤ وما بعدها، بند ٨٤. الهدر الإجرائي، ص ١٠٦ وما بعدها، بند ٦١. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٨٢ وما بعدها بند ١٧٥.

Solus et Perrot: op. Cit. P. 337. N 369.

وفى تطبيق ذلك:  
نقض ١٩٧٥/٧/٢٢ فى الطعن ٤٣١ لسنة ٤١ نقض ١٩٧٢/٢/٢٧ السنة ٢٤ ص ٣٣٦. د. أحمد مليجي: التعليق ج ١ ص ٧٣٦ المادة ٢٤.

(٣) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٠٩، ١١٠ بند ٧٣.

صحيحاً إلى أن يحكم ببطلانه<sup>(١)</sup>. وكون الجزاء يتعلق بالمصلحة الخاصة، فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها<sup>(٢)</sup> وإنما يحتاج دائماً حكم قضائي، كما أن الأصل في الإجراءات التي اتخذت قد روعت، ومن يدعى خلاف ذلك عليه إقامة الدليل<sup>(٣)</sup> ويؤكد هذا الأصل في وجهيه أن المشرع يحد من دواعي البطلان ويغلب موجبات الصحة<sup>(٤)</sup> فيكون الإجراء المعيب بعد النزول عن الحق في التمسك بأثره صحيح. وإذا فرض وثار نزاع حول واقعة النزول، فإن القاضي يتدخل ويصدر حكماً يقرر فيه صدور النزول إذا قرر توافر شروطه ومفترضاته<sup>(٥)</sup>.

وترتيباً على ذلك، لا يستقيم القول بأن النزول عن الحق في التمسك بالجزاء يزيل العيب الإجرائي، ويصحح العيب ويحوله إلى إجراء صحيح. كما لا يستقيم القول<sup>(٦)</sup> بأن النزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء، لا يعد سوى أن يكون وجه لسقوط الحق في التمسك به.

وعدم استقامة كون النزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء وجه لسقوط الحق في التمسك به، أن الأخير جزء إجرائي يقع بقوة القانون عند حدوث واقعة قانونية لا محل فيها للإرادة ولو حتى لمجرد الإتيان بها. أما النزول عن الحق في التمسك بالجزاء تصرف إجرائي<sup>(٧)</sup> يتم بإرادة الخصم يعبر بمقتضاها عن إرادته بالنزول، وبدون هذه الإرادة لا يتحقق النزول ولا ينتج أثره<sup>(٨)</sup>.

- (١) انظر فيما سبق بند ١٤.
- (٢) نقض ١٩٩٢/٢/٢٥ الطعن ٧٦٣ لسنة ٥٧ق محمد كمال عبد العزيز ص ٦٥٠.
- (٣) د. أحمد أبو الرفا: الدفوع ص ٣٣٢ بند ١٧٤ مكرراً. د. أحمد هندی: التمسك بالبطلان، ص ٤٤، بند ٩، أصول: ص ٨٧٠، بند ٢٧٣.
- (٤) نقض ٢٠٠٢/٢/١١ إيجارات طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ق المحاماة العدد ٣ - ٢٠٠٣ ص ٩٧.
- (٥) د. أحمد هندی: الإشارة السابقة.
- (٦) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. أحمد أبو الرفا: الدفوع ص ١٠٥ بند ٤٩، ص ١١٦ بند ٥٦. د. أحمد هندی: أصول ص ٨٩٦، بند ٢٧٧. د. الأنصاري النيداني: القاضى والجزاء الإجرائي: ص ٢٦٦ بند ٢٢٣. د. أيمن رمضان: ص ٤٥٦.
- (٧) د. وجدي راغب: مبادئ، ص ٤٥٦، دراسات في مركز الخصم، ص ١٢٧، بند ١٩. د. على هيكال الدفع بإجالة الدعوى، ص ٧٤ وما بعدها، بند ٧٣ وما بعده. د. محمد السيد رفاعي: ص ٣٠١ وما بعدها.
- (٨) صحيح وأن اشتراك السقوط مع النزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء في وحدة النتيجة، فعند تحقق مقومات أيهما وترتب أنه يؤدي إلى سقوط الحق في التمسك بالجزاء وعدم العودة مرة ثانية لإثارته والتمسك به، إلا أن الخلاف بينهما جد كبير. ويظهر هذا الخلاف من حيث الطبيعة القانونية لكل منهما ونطاق تطبيقه وأثره النسبي بالنسبة لأطراف الخصومة، والإتفاق في النتيجة لا يبرر الخروج على أوجه الاختلاف بينهما. في التفرقة بين السقوط والتنازل انظر: د. محمد السيد رفاعي، ص ٤١٨ - ٤٢٢. د. الأنصاري النيداني: التنازل عن الحق في الدعوى، ص ٦٧ وما بعدها.

وواقعة النزول الإرادى<sup>(١)</sup> وإن كانت واقعة إجرائية اختيارية<sup>(٢)</sup> استقل القانون الإجرائى بتحديددها، ولكن علق ترتيب آثارها على التدخل الإرادى من جانب صاحب المصلحة بالنزول عن الحق فى التمسك بالجزاء، فإذا نزل الخصم بإرادته، رتب القانون أثره، هذا الأثر يتمثل فى سحب مكنة الحق فى التمسك بالجزاء وعدم العودة إليها مرة ثانية، ليبقى المشرع عند حصول هذه الواقعة الإرادية على الإجراء المعيب، منتجاً بحسب الأصل من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح.

وعليه فواقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، لا تعد وجه لسقوط الحق فى التمسك بالجزاء، وإنما وسيلة إجرائية مستقلة من وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب، ويؤكد ذلك المغايرة<sup>(٣)</sup> بين واقعة النزول الإرادى، وسقوط الحق فى التمسك بالجزاء. إن النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء لا يتحقق إلا إذا أبدى قبل حدوث واقعة من الوقائع القانونية المسقطه للحق فى الجزاء وبقوة القانون، فإذا حدثت واقعة من هذه الوقائع كنا بصدد سقوط الحق فى التمسك بالجزاء وليس نزول إرادى عنه. ويدلل على هذه المغايرة ما تناولته المادة

د. وجدى راغب: مبادئ، ص ٤٦٦ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات المدنية والتجارية دار المطبوعات الجامعية ص ٩٦٦ بند ٤١٢.

Coss. Civ. 17 Mars. 1983. Bull. Civ. 11. N 84 R.T.D. Civ. 1983. P. 790.

(١)

(٢) ومساهمة الإرادة الفردية للوقائع القانونية الإجرائية بوضعها موضع التطبيق، يصعب معه اعتبارها وقائع قانونية خالصة، وإلا كان تعلق تطبيق مثل هذه الوقائع على إرادة الخصوم تزياداً من المشرع. كما أنه لم يترك للخصم تحديد الوقائع التى يضعها موضع التطبيق، لأن الإرادة الفردية وحدها فى القانون الإجرائى لا زالت غير قادرة بمسلطاتها الذاتى على هذا التحديد، يرتب القانون على هذا التحديد أثره. وإنما غاية ما تذهب إليه هذه الإرادة ووفق ترخيص المشرع لها، هو وضع واقعة مثل واقعة النزول الإرادى موضع التطبيق. فى دور الإرادة الفردية ومساهمتها للقانون الإجرائى فى تطور بعض قواعده انظر. د. على هيكل، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها، بند ٧٦ وما بعده. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٣٦٢ وما بعدها. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى، ص ٩٣، بند ٥١. قرب د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضائى الخاص ج ٢، الخصومة القضائية، الحكم القضائى، منشأة المعارف بدون تاريخ نشر، ص ١٠٨، بند ٣٤٣. د. نبيل عمر: أصول قانون المرافعات ص ٨٩٤ بند ٨١٣. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٩/٣/٧ طعن ٨٧١٤/٤٨ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٠، ص ٧٤٧. نقض ١٩٩٦/٣/٢١ الطعن رقم ٣١٧٢، ٩٧٢٢ لسنة ١١ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٥٢٣.

ويؤكد مساهمة الإرادة الفردية للقانون الإجرائى فى وضع بعض قواعده موضع التطبيق، مبدأ التعاون بين القاضى والخصوم، الذى اعتنقه المشرع الفرنسى كمبدأ جديد فى قانون المرافعات الحالى، الذى يؤكد على ضرورة المساهمة والتعاون المثمرين للقاضى والخصوم من أجل الوصول إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع، حيث تصور المشرع أن هذا التعاون يودى إلى الحصول على عدالة أفضل وأقرب إلى حقيقة الواقع، وأكثر موافقة لأحكام القانون، وهو ما صانف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسى وفقاً للمواد ١٤، ١٥، ١٦ مرافعات. انظر د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، المقال، ص ٨١ وما بعدها. د. على تركى: المرجع السابق، ص ١٦ وما بعدها بند ١٥ وما بعده.

NORMAND: Thé. P. 219 ets N 225 ets et abs. R.T.D. Civ. 1977. P. 180 ets.

(٣) فى اختلاف التنازل عن السقوط انظر فيما سبق ص ٨١ حاشية رقم ٤.

٢٢ مرافعات، وعلى سبيل المثال المادة ١٠٨، ١٥٤ مرافعات، حيث تناولت المادة ٢٢ واقعة النزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء بينما المادة ١٠٨، ١٥٤ تناولنا وقائع مسقطة للحق في التمسك بالجزاء.

٢٣- نوعا النزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء: القاعدة هي حرية الخصم الذي تقرر الجزاء لصالحه في التعبير عن إرادته، فنزوله عن الحق في التمسك بالجزاء كتصرف إرادي يقوم على حرية الإرادة. وبالمثل تمتد هذه القاعدة لتطبق على شكل النزول وطريقة التعبير. فالنزول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنياً مادة ٢٢ مرافعات مصرى<sup>(١)</sup>، ٣٩٤، ٣٩٧ مرافعات فرنسي.

٢٤- النزول الصريح: هو إعلان من له الحق في التمسك بالجزاء عن رغبته في النزول عنه، ودون أن يشترط في هذا النزول شكل خاص. فيمكن أن يتم شفاهة أثناء الجلسة في مواجهة الخصم الآخر ويثبت في محضرها، أو كتابة في مذكرة تعلن إلى الخصم الآخر<sup>(٢)</sup> وتقدم إلى المحكمة، أو في صورة إقرار يقدمه من شرع الجزاء لصالحه إلى المحكمة<sup>(٣)</sup>. ودون أن يشترط في النزول عن الجزاء ألفاظاً معينة، كل ما في الأمر أن يكون اللفظ دالاً بصورة صريحة وجازمة عن إرادة الناظر عنه<sup>(٤)</sup>.

(١) وتتص المادة ٢/٩٠ منى مصرى على أنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على أن يكون صريحاً". في تفصيل ذلك: انظر د. محمد حسن قاسم، القانون المننى، الاتزامات، العقد، المجلد الأول، ٢٠١٧ دار الجامعة الجديدة، ص ١٠٣ وما بعدها.

(٢) د. فتحى والى، أحمد زغول: نظرية البطلان ص ٦٧٥ بند ٣٦٥، د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٤ وما بعدها بند ٣٥٣. د. نبيل عمر: دراسات في السياسة التشريعية، ص ١١٣، بند ٧٦. إعلان الأوراق القضائية ص ٢٥٤، بند ١٥٥، عدم فعالية الجزاء ص ١٩٦ بند ١٥٠. د. أحمد هندی: أصول ص ٨٦٦ بند ٢٧٣. التمسك بالبطلان ص ٣٨ بند ٩. د. أحمد صاوى: الوسيط الإشارة السابقة. د. الأنصارى النيدانى: التنازل عن الحق في الدعوى ص ١٦٤، القاضى والجزاء الإجرائى ص ٢٥٩ وما بعدها، بند ٢١٣. د. محمد السيد رفاعى: ص ٣٥٠ وما بعدها. د. على الشيخ: الحكم الضمنى، ص ١٤٦، بند ٩٧.

STRICKLER: Préc N 33 ets. Solus et Perrot: op. cit. P. 388. N 419. japiot: op. cit. p. 38. 49. Tomasin: Préc. P. 16 N 62.

(٣) د. أحمد هندی: الإشارات السابقة. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٠٨ بند ٥١.

(٤) فالكتابة ليست ضرورية لوجود التنازل أو لصحته. د. الأنصارى النيدانى: التنازل عن الحق في الدعوى ص ١٠٨. قارن، حيث يرى البعض أن عدم خضوع النزول الصريح لشكل معين من شأنه يثير صعوبة في إثبات حدوثه. د. عيد القصاص: التنازل عن الحق في الطعن ص ٧٤ بند ٢٩ مشار إليه لدى د. محمد السيد رفاعى ص ٣٥٤. ولذا يشترط البعض أن يكون التعبير عن النزول عن الحق في التمسك بالجزاء ثابتاً في ورقة مكتوبة أي كان الشكل الذى اتخذته، وذلك تجنباً لحدوث جنل حول وقوع النزول الصريح وتأثير ذلك على الحكم الصادر فى الدعوى، وبالتالي على حقوق الخصوم وقصراً للوقت والجهد. د. أحمد هندی: الإشارة السابقة. د. الأنصارى النيدانى: التنازل عن الحق في الدعوى: ص ١٦٦.

وإذا حدث أن عبر الخصم عن رغبته في النزول عن الحق في التمسك بالجزاء المقرر لصالحه خارج ساحة القضاء، ولم يصرح بذلك أمام المحكمة، ولم يدون تلك الرغبة في مذكرة، فإن ذلك لا يعد تنازلاً ولا يرتب آثار النزول. بل هي رغبة عدل عنها الخصم. أما إذا عبر عن ذلك وبأى شكل أمام المحكمة أنتج النزول أثره. كما ينتج النزول أثره، إذا كان سبق وأن تمسك الخصم بالجزاء ثم عدل عن ذلك، قبل أن تقضى المحكمة به. فعدول الخصم عن الحق في التمسك بالجزاء. لا تملك بمقتضاها المحكمة أن تقضى بالجزاء من تلقاء نفسها لتعلق الجزاء بالمصلحة الخاصة<sup>(١)</sup> وطالما لم تقضى المحكمة بالجزاء، ظل الإجراء المعيب قائماً وينتج كافة آثار الإجراء الصحيح.

ويرتب النزول عن الحق في التمسك بالجزاء أثره، ولو تم الإتفاق عليه مقدماً قبل هذا النزول، طالما ورد هذا الإتفاق على عمل معين والسبب محدد. فالنزول السابق على وقوع الجزاء هو نزول صحيح لأن سببه الجزاء الذى يشوب إجراءً معيناً يكون محددًا وبطريقة واضحة، ويكون الخصم - المتنازل - على علم بما يتم النزول عنه ويحدوده<sup>(٢)</sup>.

أما النزول العام غير المحدد عن التمسك بالجزاء لعمل معين أياً كانت العيوب التى تشوبه، مثل هذا الإتفاق غير جائز، لأن القاعدة هي عدم جواز النزول عن حق إلا على علم به، والنزول العادى أو العام يكون دون علم بأسباب الجزاء التى لو علمها الناظر لما أقدم على نزوله، وهو ما يؤدى إلى ضياع الضمانات التى يفرضها المشرع لحمايته<sup>(٣)</sup>. فالمحظور إذن هو الإتفاق على النزول العام عن الحق فى التمسك بالجزاء، أياً كان العمل المعيب أو أياً كان سببه.

(١) د. أحمد هندی: الإشارة السابقة. د. أحمد أبو الوفا: الدفع، ص ١٠٨ وما بعدها، بند ٥١.  
 (٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٧٥، بند ٣٦٥، د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٦٤ بند ٣٠٦. د. أحمد هندی: أصول، ص ٨٦٧ بند ٢٧٣ التمسك بالبطان ص ٣٩ وما بعدها بند ٩. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٥٦. د. الأنصارى النيدانى: التنازل ص ٨٧ وما بعدها. د. أحمد السيد صاوى: ص ٧١٧ بند ٤٠١.

Tomasin: Préc. Solus et Perrol: op. cit. P. 388 N 419. japiot: op. cit. P. 38 ets N. 49.  
 (٣) ومبرر عدم التنازل العام مقدماً، كون النزول فى هذه الحالة لا يصادف محلاً، وهو ما يجعل النزول باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهو ما صانف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع فنص صراحة على أنه "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها" مادة ٣٦٥ منق. كما تنص المادة ٢٨٨ منه على أنه "لا

٢٥ - ٢ - النزول الضمني: هو اتخاذ الخصم موقف يدل على إرادته في النزول عن حقه في التمسك بالجزاء<sup>(١)</sup>، واستعداده لتحمل آثار العمل المعيب. أي سلوك يدل ضرورة على إرادة من قام به في النزول عن الحق في التمسك بالجزاء<sup>(٢)</sup> سواء كان هذا السلوك إيجابياً أو سلبياً بقول أو عمل أو إجراء دالاً بذاته على النزول عن الحق في التمسك بالجزاء، دلالة لا تحتمل الشك، لأن النزول لا يفترض<sup>(٣)</sup> فمطلق سكوت

يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه". د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها بند ١٨. د. الأنصاري النيداني: ص ٨٦ والأحكام المشار له لدية نقض مدني ١٩٧٩/١/٩ الطعن رقم ١١٤ لسنة ٤٦٦ ق نقض ١٩٨٤/١٢/٣٠ الطعن رقم ١٤٧٧ السنة ٥١ ق نقض مدني ١٩٨١/٦/٢٤ الطعن رقم ٦٧١ السنة ٤٤٨ ق. وفي الشريعة الإسلامية، يتفق الفقهاء على عدم جواز الإسقاط قبل وجوب الحق، وقبل وجود سبب الوجوب، لأن الحق قبل ذلك غير موجود، فلا يتصور ورود الإسقاط عليه. الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٤ إسقاط بند ٥٩. ولو فرض أن الخصم تنازل عن حقه في الجزاء مقتصراً بوصفه عامّة، فإن هذا النزول لا يعتد به، وإن تم إثباته في محضر الجلسة. ويمكن للمتنازل أن يتمسك بالجزاء الذي يشوب العمل بعد حدوثه، ولكن إذا تم العمل وشابه العيب من عدة وجوه، فإن لصاحب الحق في التمسك بالجزاء أن يتنازل عنه، فهو يتنازل عن حقه بعد العلم به، إذا هو حينئذ يعلم بكل أسباب الجزاء، على أنه إذا كان من بين تلك الأسباب ما يتصل بالنظام العام، فإن حقه في التمسك به لا يسقط. د. أحمد هندي: أصول، الإشارة السابقة. التمسك بالبطلان ص ٤٠ بند ٩.

(١) شأن المدعى الذي يعبر عن إرادته في طرح إدعاءاته أمام القضاء بطليان صريحة أو ضمنية: والطلبات الضمنية هي طلبات تطرح ضمناً على القضاء ومرجحة على سبيل الحتم واللزوم العقلي في الطلبات الأصلية للخصوم، بحيث لا يمكن تصور وجود الطلب الأصلي دون الطلب المندرج أو الضمني. فطلب الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم العقلي طلب الحكم بحلها. حول فكرة الطلبات الضمنية وأساسها وتطبيقاتها: انظر د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضي ص ٣٨٦ وما بعدها بند ١٨٨ وما بعده. د. علي الشيخ: المرجع السابق ص ١٧٢ وما بعدها بند ١١٢ وما بعده.

MIGUET: Thé Préc. P. 235. N. 192.

NORMOND: Thé. Préc. P. 110 N 118 ets.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٩/٣/٥ مجموعة الأحكام السنة ٣٠، ٧١٣، نقض ١٩٦٨/٢/١٥ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ٣٠٤، نقض ١٩٦٥/١/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ٦٨.

Coss. Civ. 19 Mars. 1985. Bull. Civ. 3. P. 43.

Coss. Civ. 10 Juin. 1980. Bull. Civ. 1. P. 145

وتلتزم المحكمة بالفصل في جميع الطلبات المعروضة عليها سواء كانت أصلية أو عارضة، صريحة أو ضمنية. في التزام المحكمة بالفصل فيما يعرض عليها انظر د. علي تركي: التزام القاضي بالفصل في النزاع ٢٠١٣. دار النهضة العربية ص ٩ وما يليها بند ٧ وما يليه، د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٧٥ وما بعدها. د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ص ٣٧ وما بعدها.

BOLARD: Préc.

وقضاء المحكمة في الطلبات المقدمة أمامها قد يكون صريحاً أو ضمناً، في الحكم الضمني انظر: د. علي الشيخ: ص ٣٨٤ وما يليها بند ٢٤٢ وما يليه، د. أحمد ماهر زغول: المرجع السابق، ص ٤٤٠ وما بعدها، بند ٢٢٨ وما بعده. د. علي هيكل: المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها بند ١٥٩ وما بعده.

BOIVIN: Les Jugements implicites en question J. C. P. 1975. doctr. N. 2723.

VINCENT et GUINCHARD: op. cit. P. 157. N 176.

وفي فكرة الحكم الضمني في الشريعة الإسلامية انظر د. حسن علي أحمد الصاوي: حجية الحكم في الشريعة الإسلامية رسالة الإسكندرية ٢٠٠١ ص ٢٩٧ - ٣٠٠ - ٥٠٣ - ٥٠٨ في الأسباب الضمنية للحكم انظر:

FAYE (E.) La cour de Cassation. Dachmon 1970 P. 116 ets N. 97.

(٢) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان ص ٤٠ وما بعدها بند ٩. أصول ص ٨٦٨ بند ٢٧٣، د. الأنصاري النيداني: القاضي والجزاء ص ٢٦٠ بند ٢١٤. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٩٧ وما بعدها بند ١٥٠. د. أحمد السيد صاوي ص ٧١٧ بند ٤٠١. د. علي الشيخ ص ١٤٦ بند ٩٧. د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة ص ٢١٢، ٢٠١٣.

STRICKLER: Préc N 33 ets.

(٣) إدارية عليا الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٧٢ جلسة ١٩٦٤/٥/٣١ مشار إليه لدى الأنصاري النيداني: التنازل عن الحق ص ١٦٦. نقض ١٩٦٨/١/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ١٤٠٧.

الخصم لا يمكن أن يحمل على أنه نزول عن الحق في التمسك بالجزاء، فلا يطبق هنا قاعدة "السكوت في موضع الحاجة بيان" لأن السكوت مهما طال لا يعد تنازلاً عن الجزاء، إذ لا ينسب لساكت قول<sup>(١)</sup>.

فالسكوت المجرد لا يدل عن إرادة، وإنما يجب أن يصاحب السكوت قول أو فعل أو إجراء يصدر من صاحب الحق في التمسك بالجزاء، ويدل دلالة قاطعة عن إرادته في النزول عن الحق في التمسك بهذا الجزاء<sup>(٢)</sup>.

ويستنتج القاضى النزول الضمنى عن الحق في التمسك بالجزاء من سلوك الخصم في الدعوى<sup>(٣)</sup>. ولذا يرى البعض<sup>(٤)</sup> بضرورة أن يبحث القاضى عن إرادة النزول، وعمّا إذا كان العمل الذى يراد اعتباره نزولاً يمكن أن يتفق فى ذهن من قام به مع إرادة التمسك بالجزاء من عدمه<sup>(٥)</sup> بينما يرى البعض الآخر<sup>(٦)</sup> بأن افتراض نزول الخصم عن الحق في التمسك بالجزاء يتحقق في كل حالة يتم فيها الرد على

(١) والسكوت المجرد عبارة عن موقف سلبي لا يدل كقاعدة عامة على شيء، ولا يقترن بأى مسلك، أو موقف، بينما التعبير الضمنى عن الإرادة وضع إيجابى. أما السكوت الملاصق فهو السكوت الذى إذا صاحبه ظروف تصبغ عليه دلالة الرضا، فإنه حينئذ يعتبر قبولا، ومن هنا جاءت القاعدة الشرعية "السكوت فى معرض الحاجة بيان" أى يعتبر قبولا. ومفاد ذلك أن سكوت المخاطب بالإيجاب يعتبر قبولا إذا كانت ظروف التعاقد توجب عليه أن يصرح برفض الإيجاب إذا كان لا يرضيه، بينما لا توجب عليه ذلك إذا كان راغبا بالتعاقد أو كان العرف التجارى أو طبيعة المعاملة تجرى على اعتبار السكوت بمثابة قبول انظر. د. محمد حسين منصور: مصادر الالتزام ص ١١٤ - ١١٦. د. أنور سلطان: مصادر الالتزام فى القانون المدنى الأردنى دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ٢٠٠٧ دار الثقافة ص ٤٨ بند ٥٥ وحكم التمييز الأردنى المشار إليه رقم ٧٧/١٦٣ ص ١٠٩٨٧ مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧ السنة ٢٥ ص ٨٥٧ مشار إليه ص ٤٩. د. نبيل إبراهيم سعد، مصادر الالتزام، ص ٩٩ وما بعدها.

والسكوت فى القانون الإجرائى، وإن أثار ذات المسائل التى يثيرها بصفة عامة فى النظرية العامة للقانون. ومنها فى القانون الإجرائى، اعتبار السكوت قبولا فى بعض الحالات خاصة فى مسائل الاتفاقات ومنها شرط الاتفاق على اختصاص محكمة معينة أو شرط التحكيم، وكذلك حرمان الشخص من القيام بإجراء ما إذا سكت عن القيام به فى الوقت أو المناسبة المحددة قانونا كما هو فى الدفوع الإجرائية التى لا يثيرها فى مواعدها والطعن فى الأحكام فما يرتبه السكوت فى مثل هذه المواضع ليس على مستوى التعبير عن الإرادة، ولكن تترتب هذه الآثار فى بعض الحالات وفقا لنظام السقوط، وفى حالات أخرى لاعتبار السكوت سلوكا خاطئا. فالسكوت المجرد لا يصلح للتعبير عن الإرادة فى القانون الإجرائى انظر د. على الشيخ: المرجع السابق ص ١٣٠ - ١٣٤ بند ٨٨ وما بعدها.

(٢) نقض ١٩٨٣/١١/٢ الطعون أرقام ١٧٤٧، ١٧٤٨، ١٨٥٨ لسنة ٥١ق. د. أحمد مليجى التعليق، ج ١، ص ٧١٥.

(٣) وقاضى الموضوع فى استخلاصه للنزول الضمنى عن الحق فى التمسك بالجزاء لا يخضع لرقابة محكمة النقض، إلا فى وجوب بيان أسباب معقولة وكافية لاستنتاجه. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان، ص ٦٧٨ وما بعدها، بند = ٣٦٥. د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٦٤، حاشية ٣. أيمن رمضان: رسالة ص ٤٦٩.

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٧/٣/٢٦ طعن ٥٦٩ لسنة ٤٣ق، نقض ١٩٨٧/٤/٢٧ طعن ١٢٠٢ لسنة ٥١ق. د. أحمد هندى: التعليق ج ٢ ص ٣٢٥. نقض ١٩٨٧/١١/١٨ طعن ٧٠٧ لسنة ٤٦ق مجموعة الأحكام السنة ٣٣ ص ٩٤٨. نقض ٢٠٠٧/١/٢٨ طعن رقم ٧٩٢٢ لسنة ٦٤ قضائية.

(٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق، ص ٦٧٥، بند ٣٦٥.

(٥) فإذا كان العملان يمكن أن يتوافقا دون أن يكون فى هذا مخالفة للمنطق فيجب قبول الجزاء. أما إذا كان سلوك الخصم اللائق على نشوء حقه فى التمسك بالجزاء يعنى ضرورة أنه من قام به قد أراد النزول، فلا يقبل منه بعده أن يتمسك بالجزاء، انظر جوكوتسون - الدفوع ص ٢٧٦ - ٢٧٧ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد زغلول: ص ٦٧٦، بند ٣٦٥.

(٦) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع، ص ١١٦ وما بعدها، بند ٢١٥.

الإجراء المعيب باعتباره صحيحاً أو القيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك. والحقيقة<sup>(١)</sup> أن هذين الرأيين يصلان إلى ذات النتيجة ولكن بتحليل مختلف. فالنتيجة هي النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، وإضعاف القاعدة الإجرائية التى خولفت من ناحية الجزاء المقترن بها، وبقاء الإجراء المعيب وإنتاجه لكافة آثار الإجراء الصحيح.

والنزول الضمنى للخصم عن الحق فى التمسك بالجزاء ليس له صورة محددة، فهو يقوم ويرتب أثره متى قدر القاضى توافر مفترضاته وشروطه، أى كانت الصورة التى يظهر فيها<sup>(٢)</sup>. ومن صور النزول الضمنى، حضور الخصم جلسات المرافعة بعد تنفيذ حكم التحقيق، وعدم تمسكه بالبطلان الناشئ عن عدم إعلانه بهذا الحكم<sup>(٣)</sup>. أو يناقش الخصم تقرير الخبير مناقشة موضوعية دون أن يثير ما وقع من بطلان فى إجراءات الخبير، فذلك يعتبر إجابة للإجراء الباطل<sup>(٤)</sup>. وكذلك حضور خلف الخصم المتوفى يزيل مصلحته فى التمسك بالجزاء لعدم القضاء بالانقطاع<sup>(٥)</sup>. وعلى الكل يعد تنازلاً ضمناً عن الحق فى التمسك بالجزاء عندما يقوم صاحب الحق فى التمسك به باتخاذ إجراء غير متوافق مع نية مواصلته والاستمرار فيه<sup>(٦)</sup> كمعارضة المعطن إعلان باطل - بالحكم المشمول بالإنفاذ المعجل مع شرط الكفالة - فى اقتدار الكفيل، لأن هذه المعارضة تعتبر شيئاً من الإجراءات المترتبة على ورقة الإعلان بصفة كونها صحيحة<sup>(٧)</sup>.

(١) د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاء ص ١٩٩ وما بعدها بند ١٥٢.  
(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة، د. أحمد هندى: أصول ص ٨٧٠ بند ٢٧٣.  
(٣) نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٤٨ ق أحمد مليجى التعليق، ج ٢، ص ٧١٥.  
(٤) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٤٥، بند ٩. والمراجع والأحكام المشار لدية.  
(٥) نقض ١١٩٧٥/١١/١٨ فى الطعن ٥٢٧ لسنة ٤٠ ق د. أحمد مليجى، ج ١، ص ٧١٤.  
(٦) Paris: 7 Janv. 1981. R.T.D. Civ. 1981. 903 obs. Perrot.

(٧) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٦٧٨ بند ٣٦٥ والحكم المشار لدية استئناف ١٨ يناير ١٩٨٨ مج ١٨ - ١١٦ - ٦٧.

فكلما زاد التوسع في فهم النزول الضمني عن الحق في التمسك بالجزاء، فإن نطاق أعمال الجزاء الإجرائي يضيق، ونتيجة ذلك هو بقاء العديد من الأعمال الإجرائية المعيبة مولدة لكافة آثار الإجراءات الصحيحة.

وعلى العكس، لا يعتبر نزولاً عن الحق في التمسك بالجزاء مجرد استلام الإعلان من المحضر، وذلك سواء شاب البطلان عملية الإعلان أو ذات بياناته، وسواء كانت الورقة المعلنة من أوراق التكليف بالحضور أو مجرد ورقة من أوراق المحضرين<sup>(١)</sup> كما لا يعتبر نزولاً على التمسك بالجزاء إعلان الحكم، الطعن على هذا الحكم، ذلك أن الطعن في الحكم لا يفترض بالضرورة صحة إعلانه فيمكن الطعن بمجرد صدور الحكم دون انتظار إعلانه<sup>(٢)</sup>.

٢٦- شروط النزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء: النزول عن الحق في التمسك بالجزاء صريحاً كان أو ضمناً كي ينتج أثره يستلزم توافر الشروط الآتية: أولاً: أن يصدر النزول ممن له الحق في التمسك بالجزاء، فإذا صدر من الغير فإنه لا ينتج أثره<sup>(٣)</sup>. ولذا يجب على القاضى أن يتأكد أن النزول عن الجزاء قد تم من جانب صاحبه أو وكيله<sup>(٤)</sup>. وفي حالة تعدد الخصوم فلا يجوز أن يتمسك بالجزاء إلا الخصم صاحب المصلحة دون باقى زملائه<sup>(٥)</sup>.

ثانياً: توافر أهلية النزول: والأهلية المطلوبة هي أهلية التقاضى<sup>(٦)</sup> وليست أهلية التبرع لأن النازل لا ينقل حقه الذى نزل عنه للغير. وإذا كان النزول يفيد الخصم الآخر، فإن هذه الفائدة تعتبر نتيجة غير مباشرة<sup>(٧)</sup>. ويتعين على القاضى أن

(١) د. أحمد هندی: التمسك بالبطلان، ص ٤٢، بند ٩، أصول ص ٨٦٩، بند ٢٧٣.

(٢) نقض عرائض ٢٥ فبراير ١٩٠٨ - داللو ١٩٠٨ - ١ - ٤٩٩ لدى د. فتحى والى: نظرية البطلان ص ٦٧٨.

(٣) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٧٩ بند ٣٦٦، الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٢٦١، د. أيمن رمضان: ص ٤٧٠، د. محمد السيد رفاعى: ص ٣٥٧.

(٤) انظر فيما سبق ص ٧٨ حاشية رقم ١.

(٥) د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ٢٦٢ بند ٢١٦.

(٦) د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ٨١ بند ٣٣.

(٧) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨٠ وما بعدها، بند ٣٦٦، د. محمد السيد رفاعى ص ٣٥٧.

يتحقق من تلقاء نفسه من مدى توافر أهلية النزول لدى النازل، فإذا وجد أنه غير أهلاً للنزول عن الجزاء قضى ببطلان التنازل<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن يتوافر لدى الخصم صاحب المصلحة إرادة النزول: لأنه بغير هذه لا يمكن الكلام عن النزول. لذلك إذا كان النازل عن الحق في التمسك بجزاء معين لا يعلم بالعيب الذي يمنحه الحق في التمسك بهذا الجزاء فلا يتصور النزول. كذلك<sup>(٢)</sup>، الخصم الذي يتخذ سلوكاً معيناً مع التحفظ بحقه في التمسك بالجزاء، هذا التحفظ ينفى إرادة النزول. ويقع على عاتق القاضى استخلاص إرادة النزول على نحو ما سبق.

٢٧- أثر النزول الإرادى عن الحق في التمسك بالجزاء: نزول الخصم صاحب المصلحة عن الحق في التمسك بالجزاء، أي كان سببه لعيب فى الشكل أم لعيب غير شكلى، أو كان العيب سبب الجزاء عيب جوهرى أم غير جوهرى<sup>(٣)</sup> رتب النزول أثره، وأمام أى من درجتى التقاضى، ودون اشتراط موافقة الخصم الآخر، إذ ليس لهذا الخصم أية مصلحة فى الرفض<sup>(٤)</sup>. كما لا يحتاج النزول إلى حكم لتقريره، فيقع باتاً، فلا يجوز العدول عنه أو التطل من آثاره<sup>(٥)</sup>.

- (١) د. وجدى رابع: دراسات، ص ٧٤. د. الأنصارى النيدانى: الإشارة السابقة.
- (٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٦٨١، بند ٣٦٦، د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائى ص ٢٦٢، بند ٢١٨. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع، ص ١٠٩ وما بعدها، بند ٥٢. د. محمد السيد رفاعى: رسالة ص ٢٩٩ وما بعدها.
- (٣) ودون أن تكون المحكمة ملزمة بوصف العيب. وقضى تطبيقاً لذلك بأن "المحكمة ليست بحلجة إلى الحرص على وصف العيب الذى شاب الإعلان بعدم توجيهه إلى مصلحة الضرائب فى قلم قضايا الحكومة بأنه عيب غير جوهرى لتصل من ذلك إلى أنه يمكن النزول عن البطلان وفقاً للمادة ٢٦ مرافعات ملفى، المادة ٢٢ من قانون المرافعات الحلى. استئناف إسكندرية ٧ فبراير ١٩٥٢ المحلماة ٣٢ - ٩٥٤ - ٢٤٢. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٦٨٣، بند ٣٦٧. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٦٨١ بند ٣٦٦. ولو على قرض رفضه، فلا يعتد برفضه، طالما تنازل الخصم عن الجزاء، ولو كان الخصم الراض له مصلحة قانونية فى عدم التنازل وفى هذه الحالة يقوم القاضى بإعلان التنازل تاماً ومحققاً لآثاره.
- (٤) STIRECKLER: Préc. N 99 ets.

(٥) وقضى تطبيقاً لذلك بأنه "إذا رفع المدين دعوى ببطلان إقرار الدين الصادر منه تأسيساً على التدليس وفقدان الإرادة وانعدام السبب القانونى، وكان إقراره بالتنازل عن دعوى البطلان قد تضمنت أيضاً التنازل عما اشتملت عليه تلك الدعوى من حقوق فى الحال والمستقبل. فإن هذا التنازل ينصرف قانوناً إلى التنازل عن حق الإدعاء بالبطلان لنفس هذه الأسباب سواء عن طريق الدعوى أو الدفع، وليس بمانع من ذلك ألا يكون التنازل قد تضمن الاعتراف بصحة الإقرار، لأن عدم الاعتراف بصحته لا يحول دون أن ينتج التنازل عن حق الإدعاء بالبطلان أثره القانونى الذى تم به إجازة الإقرار بالرغم مما شابه من التدليس وانعدام السبب، وتطهيره من جزاء البطلان النسبى لهذه الشوائب" نقض مندى ١٩٥٧/٤/٤ الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٢٢٣ق.

والتزول عن الحق في التمسك بالجزاء يعد ملزماً للمتنازل، مما يمنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل إليه، تتطوى على إنكاره لهذا التنازل<sup>(١)</sup> وللمتنازل إليه إثبات نزوله، وخاصة القيمي بكافة طرق الإثبات<sup>(٢)</sup>. وهذا كله متى حصل التنازل من صاحب المصلحة، وهو على علم بحصول الجزاء محل التنازل<sup>(٣)</sup> أيضاً كان هذا الجزاء، بطلان وفقاً للمادة ٢٢ مرافعات<sup>(٤)</sup> أو اعتبار الخصومة كأن لم تكن<sup>(٥)</sup> أو سقوطها<sup>(٦)</sup> أو انقضائها بمضى المدة<sup>(٧)</sup>.

وبالبناء على ذلك، يستطيع الخصم صاحب المصلحة في التمسك بالجزاء، النزول الإرادي عنه صراحةً أو ضمناً، بصراحة نص المادة ٢٢ مرافعات. والخصم حال أن ينزل عن حقه في التمسك بالجزاء، فكأنه يقبل العيب الإجرائي، ويرتضى بالعمل المعيب وبآثاره، كما لو كان صحيحاً. لأن العمل المعيب الذي لم يتم التمسك قضاءً بعيبه، يبقى ويولد ذات الآثار التي يولدها الإجراء الصحيح.

ومع اعتماد حق الخصم صاحب المصلحة في النزول عن الحق في التمسك بالجزاء، إلا أن هذا الحق<sup>(٨)</sup> يتقيد متى ظهرت مصلحة لشخص آخر في التمسك بهذا

(١) نقض ١٩٧٥/٤/١٦ طعن ٩٩ لسنة ٣٩ق مجموعة المبادئ القانونية أنور طلبة ج ٥ ص ٢٣٩ رقم ٤٨١ لدى د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان، ص ٤٨.

(٢) Cass. Civ. 6 Nov. 1974. J. C. P. 1974. Iv. 416 ets.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١٠ بند ٥٣.

(٤) وقضى تطبيقاً لذلك "بأن مباشرة كاتب الجلسة عملاً في دعوى تربطه بأحد الخصوم فيها صلة قرابة للدرجة الرابعة يترتب عليه بطلان لا يتعلق بالنظام العام، مما يجوز النزول عنه" نقض ١٩٧٤/٤/٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٥ ص ٦٥٨، نقض ١٩٨٠/٤/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ج ص ١١٩٠.

(٥) قضى بأنه "... يجوز النزول عن الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن ..." نقض ١٩٧٦/٥/٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ١٠٥٩، نقض ١٩٩٤/٦/٧ طعن ٩٨ لسنة ٥٧ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج ص ٩٦٥.

(٦) وقضى تطبيقاً لذلك بأنه "... يجوز لصاحب الشأن أن يتنازل عن طلب سقوط الخصومة صراحةً أو ضمناً، سواء كان موضوع الدعوى قابلاً للتجزئة أو غير قابل للتجزئة ..." نقض ١٩٩١/١٢/٢٢ طعن ١٩٠٠ لسنة ٥٦ق نقض ١٩٩٨/١١/٣ طعن ١١٠٧ لسنة ٥٤ق، محمد كمال عبد العزيز: ص ٨٤٢، نقض ١٩٩٢/١٢/٢٠ طعن ٣٤٨٤ لسنة ٥٧ق، نقض ١٩٩٢/١٢/٣١ طعن ٣٣٤٠ لسنة ٥٨ق نقض ١٩٨٧/٣/٢٦ طعن ٣٤٨ لسنة ٥٠ق نقض ١٩٨٥/١٢/٤ طعن ١٠١١ لسنة ٥٢ق، د. أحمد هندي: التعليق، ج ٣، ص ١٩٨.

مع مراعاة أن النزول الضمني لا يكون إلا إذا بدأ من الشخص الذي شرع السقوط لمصلحته مما يدل على أنه اعتبر الخصومة قائمة ومنتجة لآثارها، ومن ثم فإن مجرد حضوره الجلسات التالية لتعجيل السير في الدعوى لا يدل بذاته على ذلك." نقض ١٩٨٥/٢/٢٨ طعن ٩٩ لسنة ٤٨ق مجموعة الأحكام السنة ٣٦ ص ٣٢١.

(٧) يجوز لصاحب الشأن أن يتنازل عن حقه في التمسك بانقضاء الخصومة بمضى المدة صراحةً أو ضمناً. انظر: محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٨٥٤. وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٥/١٢/٤ مجموعة الأحكام السنة ٣٦ ص ١٠٨١ نقض ١٩٨٠/٤/٣ طعن ١٩٨٠ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٠٢٧.

(٨) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ١٠٤، بند ٤٦. د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان، ص ٤٩، بند ٩. د. أحمد مليجي: التعليق، ص ٧١٤، مادة ٢٢.

الجزاء، فيصبح من حق الشخص الآخر في هذه الحالة أن يعترض على هذا النزول. فيمكن لدائتي المدين<sup>(١)</sup> الذين لهم ممارسة حق وقته التي لا تتصل بشخصه<sup>(٢)</sup> ولا المرخص له فيها<sup>(٣)</sup>. بموجب الدعوى غير المباشرة<sup>(٤)</sup> متى توافرت شروطها وفقاً للمادة ٢٣٥ مدني الاعتراض على نزول الخصم - المدين - عن الحق في التمسك بالجزاء<sup>(٥)</sup>. مع مراعاة ألا يكون حق المدين في التمسك بالجزاء قد زال بالنزول عنه<sup>(٦)</sup>. أو حدثت واقعة من الوقائع القانونية المسقطه للحق في التمسك بالجزاء بقوة القانون<sup>(٧)</sup>.

- (١) متى أهمل المدين استعمال حقه، أو رفض استعماله، فيكون للدائن أن يتدخل في الخصومة ليتمسك بالجزاء الذي أهمل مدينه التمسك به، كما أن له أن يستعمل حق مدينه في الطعن على الحكم. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، يكون في عدم تمسك المدين بالجزاء من شأنه أن يؤدي إلى إحصاره أو إلى زيادة هذا الإحصار، وأن يكون الحق موضوع الخصومة قابلاً للحجز عليه. في استعمال الدائن حق مدينه في التمسك ببطان عمل إجرائي. انظر: د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: ص ٥٥٥ وما بعدها بند ٣١٥.
- (٢) للدائن أن "يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز عليه" وبالتالي لا تدخل في نطاق الضمان العام هذه الحقوق مادة ٢٣٥ مدني في حق الضمان العام للدائن على أموال مدينه وما يرد عليه من استثناءات انظر: د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للانزمام، أحكام الانزمام، ص ١٠١ وما بعدها. د. رمضان أبو السعود: أحكام الانزمام ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ١٠٦ وما بعدها.
- (٣) الرخص توجد في مركز وسط بين الحرية والحق، والمنزلة الوسط بين الحرية والحق، كحرية التملك وحق الملك. الأولى حرية والثانية ملك. وما بينهم منزلة وسط هي حق الشخص في أن يملك، تلك هي الرخصة فلو أن شخص رأى داراً أعجبه ورغبته تنفي شرائها، فهو قيل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع، كانت له حرية التملك عامة في الدار وغيرها، فهي حرية، وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار وهذا حق، تلك هي الرخصة، في تفصيل ذلك انظر: د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق ص ١١٩ وما بعدها.
- وفي الرخص الإجرائية انظر د. أحمد عبد التواب: المرجع السابق، ص ١٨٢ وما بعدها، بند ١١٥ والمراجع المشاره لدية.
- (٤) والدعوى غير المباشرة نظام قانوني للدائن المزود بها، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين، إن لم يستعملها المدين بنفسه، وذلك بقصد المحافظة على الضمان العام. في الدعوى غير المباشرة وشروط تطبيقها. انظر د. رمضان أبو السعود: ص ١١٣ - ١٢٨. د. محمد حسين منصور: المرجع السابق: ص ١٠٣ - ١١٦.
- (٥) وفي تطبيق ذلك قضى بأن "الحق في الإجازة ليس من الحقوق المتصلة بشخص المستأجر خاصة، وهو حق مالي يحق التصرف فيه والحجز عليه، ومن ثم يجوز لدائن المستأجر أن يستعمل هذا الحق نيابة عنه" نقض ١٩٧٢/٥/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٨٣٥.

Coss. Civ. 27 Mai 1970 J. C. P. 1971. 16675. obs. Poulin.

- (٦) فإذا نزل المدين عن حقه في التمسك بالجزاء صراحة أو ضمناً، أو تكلم في الموضوع، أو انقضى ميعاد الطعن في الحكم الصادر في الخصومة التي لم يتمسك فيها بالجزاء، فإن الدائن لا يستطيع أن يتمسك بالجزاء. ولا يكون أمامه إلا أن يطعن على الحكم، وذلك إذا ثبت أن عدم تمسك مدينه بالجزاء الذي لحق العمل الإجرائي العيب في الخصومة قد حدث عن غش منه، أو أنه كان قد توطأ مع الخصم أو أهمل إهمالاً جسيماً، ويكون طعنه عن طريق التماس إعادة النظر وفقاً للمادة ٢٤١/٨ مرفعات. انظر: د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان ص ٥٥٧ بند ٣١٥ والحكم المشار لدية نقض ١٩٧٧/٤/١٣ مجموعة الأحكام ٢٨، ص ٩٦٣.
- وفي الطعن بالتماس إعادة النظر للغش. انظر: د. سنية أحمد يوسف: غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر، ٢٠١٣، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٦ وما بعدها.
- وفي تطبيق ذلك قضى "بأن الغش الذي يكون سبباً لالتماس إعادة النظر هو الذي يحمل المحكمة على إصدار حكمها بما يخالف الحقيقة" نقض مدني عماني ٢٠٠٩/٢/١٤ الطعن رقم ٢٠٠٨/٢٤٠ بي ٢٠٠٨ المجموعة السنة ٩ ص ٩٧.
- (٧) في الوقائع القانونية المسقطه للحق في التمسك بالجزاء بقوة القانون انظر فيما يلي: بند ٤٦ وما يليه.

## ٢٨- الأثر النسبي للنزول الإرادي عن الحق في التمسك بالجزاء: القاعدة

أن التنازل نسبي في اثره<sup>(١)</sup>. فإذا حدث أن تعددت الخصوم المتخذ الإجراء المعيب في مواجعتهم، ونزل أحدهما عن الحق في التمسك بالجزاء، فلا أثر من نزوله عن الجزاء في حق الآخرين<sup>(٢)</sup> ويكون لهم الحق في التمسك بالجزاء ولا يجوز للمحكمة أن تعلن بتحقيق النزول عن الجزاء في حقهم وألا تكون قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه. وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(٣)</sup> إذا كان البطلان مقررأ لأكثر من شخص فإن تنازل أحدهم عنه يعتد به، ولكنه لا يزيل البطلان بالنسبة للآخرين الذين يحتفظون بالحق في التمسك به. فنزول الخصم عن مكنة مهاجمته لعمل إجرائي معيب، هذا النزول ينهي هذه المكنة لمن صدر عنه النزول في حين تبقى هذه المكنة قائمة للآخرين.

يمتد نطاق تطبيق قاعدة الأثر النسبي للتنازل في حالتى التضامن وعدم التجزئة: فتطبق هذه القاعدة ولو كان هناك تضامن بين الخصوم، فإذا كان الجزاء مقررأ لمصلحة جميع المتضامنين وتمسك به أحدهم أفاد الباقيون، وإذا كان الجزاء مقررأ ضد هؤلاء المتضامنين وتمسك به أحدهم لا يمتد إلى الباقيين، وإذا كان الجزاء مقررأ لمصلحة أحد المتضامنين فللباقيين التمسك به نيابة عنه. وإذا كان الجزاء مقررأ ضد أحد المتضامنين فلا يملك التمسك بأعماله إلا في مواجعتة دون الباقيين<sup>(٤)</sup>.

واعتماد قاعدة الأثر النسبي للتنازل بشأن حالة التضامن هو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٢٨٢ / ٢ مدنى واستقر عليه الفقه<sup>(٥)</sup> والقضاء<sup>(٦)</sup> بأن المتضامن ينوب عن زميله فيما ينفع لا فيما يضر<sup>(١)</sup>.

- (١) د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائى ص ٢٦٣ بند ٢٢٠.
- (٢) د. فتحى والى، الوسيط ص ٤١٦ بند ٢٥٤، د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان، ص ٤٨، بند ٩.
- (٣) نقض ١٩٧١/٦/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٧٦٤.
- (٤) د. أحمد أبو الوفا: ص ١٠٤ بند ٤٧ د. الأنصارى: ص ٢٦٤، بند ٢٢١.
- (٥) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة، د. أحمد مليجى: التعليق ج ١، ص ٧١٤، مادة ٢٢، د. نبيل عمر: الوسيط فى الطعن بالتماس إعادة النظر ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٠٦ وما بعدها بند ١٧٣، د. أيمن رمضان: ص ٣١٩، د. أحمد هندى: التعليق ج ٢ ص ٣٢٣.
- (٦) Boyer: Des effets des jugements à L'égard des Tiers. R. T. D. 1951. P. 171. ets.  
نقض ١٩٨٩/١٢/١٣ طعن ٩٠٤ لسنة ٥٥٥ السنة ٤٠ ص ٣٢٢ عدد ٢ رقم ٣٧٢ أحمد هندى، التعليق ج ٢ طعن ٣٤٤ لسنة ٥٠، حق جلسة ١٩٨٤/٧/٨ أحمد عبد الصادق تقنين المرافعات، ٢٠١٥، ص ١٢٨٥، نقض ١٩٨٧/١١/٢٢ طعن ١٥٧٩ لسنة ٥٤ق.

Cass. Civ. 27 Oct 1969. Bull. Civ. 1. P. 149.

كما تنطبق قاعدة نسبية الأثر النسبي للنزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة<sup>(٢)</sup> فلا يجوز أن يضر نزول الخصم عن حقه فى الجزاء بحقوق غيره من الخصوم بزعم عدم قابلية موضوع الدعوى للتجزئة. فالنزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء لا أثر له بالنسبة لغيره من الخصوم فى الموضوع غير القابل للتجزئة<sup>(٣)</sup>. وقضى<sup>(٤)</sup> بأن نزول أحد الطرفين عن استئنافه يسمح ببقاء استئناف الآخر، حيث أنه يكون قد وافق على النزول.

أما حالة إذا تمسك أحد الخصوم بحقه فى الجزاء، وكان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، فإن هذا الجزاء يفيد الجميع بما فيهم من يتنازل عن حقه فى الجزاء إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة بالنسبة لجميع المدعى عليهم وتمسك ببطلان صحيفة الدعوى ويتنازل البعض الآخر عن التمسك بهذا البطلان فلا عبرة بهذا التنازل فيجب الحكم ببطلان صحيفة الدعوى بالنسبة للجميع<sup>(٥)</sup>.

(١) وفى أعمال النيابة المتبادلة فى الأعمال الناقعة دون الأعمال الضارة انظر:

د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها.

(٢) فى فكرة عدم التجزئة انظر: د. محمد محمود إبراهيم: فكرة عدم التجزئة ١٩٨٩ دار الفكرة العربى ص ١٢ وما بعدها. NORMAND: obs R.T.D. Civ. 1984, P. 556.

(٣) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٠٣ بند ٦٩. د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق، ص ٢٦٤، بند ٢٢٠. نقض ٢٠٠١/٥/١٤ الطعن رقم ٥٠١ لسنة ٦٤ ق.

(٤) نقض ١٩٩٦/٥/١٦ الطعن ٢٣٦٣ لسنة ٥٨م مجموعة الأحكام لسنة ٤٧ ص ١١٢.

Cass. Civ. 25 Mars, 1997 Bull Civ. 1. NJ 101.

ومع ذلك خرج المشرع الفرنسى عن قاعدة نسبية أثر النزول الإرادى عن التمسك بالجزاء وسريان النزول فى حق غير الخصم النازل فيما يتعلق برابطة الزوجية، وذلك بمقتضى التشريع ١٣٧٢ - ٨٥ الصادر فى ٢٣ ديسمبر ١٩٨٥ فى خصوص هذه الرابطة وقضت محكمة النقض الفرنسية برفض قبول الطعن المرفوع من الزوجة فقط بعد ثبوت تنازل الزوج عن طعنه، لأنها لم تستند إلى حق صحيح مستقل عن الحق الخاص بالزوج بوصفه قائدا للعلاقة الزوجية والمسئول عن الزوجة:

FRICERO: Désistement. J. C. L. Procedure civile Fasc. 682. N 25. Cass. 3er Civ. 18 Mai 1982 Bull. 111.N. 123

مشار إليه لدى د. محمد السيد رفاعى: ص ٢٩٧.

(٥) قضى بأن "إعلان الطعن لأحد المطعون عليهم فى غير موطنه، وأن ترتب عليه البطلان، إلا أنه بطلان نسبي مقرر لمصلحة هذا الخصم وحده، صدور الحكم المطعون فيه فى دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين، عندئذ فقط يستتبع الحكم ببطلان الطعن بالنسبة لمن لم يصح إعلانه من المطعون ضدهم ببطلانه بالنسبة للجميع" نقض ١٩٧٠/١١/١٧ مجموعة الأحكام لسنة ٢١ ص ١١٢٨. نقض تجارى عمالى ٢٠٠٧/١/٢٤ الطعنين رقمى ٢٨٠، ٢٨٩/٢٠٠٦ المجموعة السنة ٧ ص ٧٩٠.

## المبحث الثاني

### سقوط الحق في التمسك بالجزاء

٢٩- تمهيد وتعريف:

الحق الإجرائي عبارة عن مكنة إرادية يعترف بها القانون للشخص لتحقيق مصلحة ذاتية<sup>(١)</sup>. ودون أن يترك المشرع للشخص مباشرة هذه المكنة دون أن يضع حدود معينة لمباشرتها حتى لا يتراخي الخصم فيطول أمد التقاضي.

هذا الحق يجوز للخصم صاحب المصلحة النزول عنه صراحةً أو ضمناً، وهذا النزول الإرادي يتم وينتج أثره<sup>(٢)</sup> في انقضاء الحق الإجرائي<sup>(٣)</sup> ما لم ينقضى الميعاد أو تحدث واقعة من الوقائع التي رصدها المشرع<sup>(٤)</sup> حالة مخالفة الترتيب أو المناسبة التي حددها ويتجاوز الخصم لحدود مباشرته هذا الحق، ليسقط، والسقوط على هذا النحو وصف يلحق الحق الإجرائي عند القيام بعمل معين ويتجاوز الخصم حدود مباشرته<sup>(٥)</sup> فالسقوط جزاء، يقصد به سحب مكنة القيام بعمل معين بسبب تجاوز الحدود التي قررها المشرع للقيام بهذا العمل<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر فيما سبق ص ٢٢ حاشية رقم ١.  
(٢) فالنزول عن الحق تصرف إرادي من صاحب الحق أو وكيله ويتحققه لا تثار مشكلة استعمال الحق الإجرائي في الوقت أو الترتيب أو المناسبة التي وضعها المشرع، لأن الحق يزول دون أن يستعمل. انظر د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ٦٢ وما بعدها بند ٤٤، ص ١٩٦ بند ١١٦. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٦٦ د. فتحي الوالي: الوسيط ص ٤٢٢ بند ٢٥٨. د. أحمد هندي: أصول: ص ٨٩٦ بند ٢٧٧. د. محمد السعيد رفاعي: رسالة ص ٤٢٢ وما بعدها.

SALLE: p. 1105. N. 27

(٣) شأن النزول الإرادي عن البطلان انظر فيما سبق بند ٢٢ وما بعده.

(٤) انظر فيما يلي بند ٥١ وما بعده.

(٥) SALLE: Préc. P. 1063. N. 15

على عكس البطلان وصف العمل ذاته. وفي التفرقة بين البطلان والسقوط انظر د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ٢٠١ - ٢٠٨ بند ١١٨ - ١٢١. د. طلعت دويدار: سقوط الخصومة في قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ١٩٩٢ ص ٦٩٥ وما بعدها. وعلى الرغم من التفرقة بين السقوط والبطلان إلا أنهما يساهمان في كفاية احترام القواعد الإجرائية. والمشرع يحدد العديد من الوقائع التي تخفف من شدة جزاء البطلان، ومنها بقاء العيب وإنتاجه كافة آثار الإجراء الصحيح، وتصحيح البطلان = عيب التكملة أو التحول ... الخ. كذلك بالنسبة للسقوط فالمشرع يرصد العديد من الوقائع التي تؤدي إلى زوال الحق الإجرائي مثل واقعة التكلم في الموضوع، تحقق الغاية من الإجراء ... الخ. نظرية انظر نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٦٦ وما بعدها.

JAPIOT: op. cit. p. 42. N 53.

(٦) د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٥١٩ بند ٤١٢. د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ١٧١ وما بعدها خاصة ص ١٩٠ بند ١١٢ وما بعده. د. وجدى راغب مبادئ ص ٤٦٤. د. فتحي الوالي: الوسيط ص ٤١٩ بند ٢٥٦. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٧٦٦ بند ٣٠٨. د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ٧٢٤ بند ٤٠٦. د. محمد السيد رفاعي: ص ٤١٦. د. إبراهيم النيفاري: مسئولية الخصم ص ٧٨٨ وما بعدها.

SALLE: Préc. P. 1075. N. 18. Vasseur: Préc P. 444.

Solus et Perrot: op. cit. P. 420 JN 459.

٣٠ - أسباب السقوط: يرجع إلى واحد من الأمور الآتية<sup>(١)</sup>: عدم مراعاة المواعيد الإجرائية، وعدم احترام الترتيب أو المناسبة في إيداء الإجراء. فتعدد أسباب السقوط بتعدد الحدود التي وضعها المشرع لممارسة المكنتات الإجرائية، وتجاوز الخصم حدود مباشرة هذه المكنتات.

أولاً: عدم مراعاة المواعيد الإجرائية<sup>(٢)</sup>: يترتب السقوط عند عدم مراعاة الميعاد الناقص والمرتد دون الميعاد الكامل<sup>(٣)</sup>.

والميعاد الناقص<sup>(٤)</sup> هو الميعاد الذي يتعين اتخاذ الإجراء خلاله، وعدم اتخاذ الإجراء خلال هذا الميعاد يسقط الحق في اتخاذه. حيث تنص المادة ٢١٥ مرافعات يترتب السقوط على عدم مراعاة مواعيد الطعن.

والميعاد المرتد<sup>(٥)</sup> هو الميعاد الذي ينبغي اتخاذ الإجراء قبل حلوله، مثل الاعتراض على قائمة شروط البيع، حيث تنص المادة ٤٢٢ مرافعات على سقوط الحق في الاعتراض إذا لم يتم قبل الجلسة المحددة لنظره بثلاثة أيام على الأقل.

فعدم مراعاة المواعيد يترتب السقوط الذي يواجه حقاً إجرائياً لم يمارسه صاحبه في الميعاد المحدد، مما يفقد معه مكنة ممارسة هذا الحق، واستحالة القيام بالأعمال

(١) ومن هذه الأمور ولكن يخرج عن نطاق الدراسة، سبق استعمال الإجراء واستنفاد المحكمة سلطتها بشأنه. إذا استنفدت المحكمة سلطتها بصدد إجراء بأن فصلت فيه بحكم قطعي، فإن هذا يؤدي إلى سقوط مكنة اتخاذ الإجراء مرة أخرى. فإذا قدم الخصم دفع بعدم الاختصاص النوعي مثلاً، وفصلت فيه المحكمة بحكم قطعي، فإنه لا يجوز الدفع به من جديد، ففصل المحكمة في الدفع يمنع من معاودة آثاره ذات الدفع، لسقوط الحق في معاودة آثاره مرة أخرى. وعلة خروج هذه الحالة من نطاق الدراسة لاستهلال الإجراء الذي سبق اتخاذه، ومن ثم لم تبقى إجراء معيب حتى ينتج آثار الإجراء الصحيح.

(٢) وفكرة المواعيد بصفة عامة تؤسس على قيام المشرع باستعمال عنصر الزمن، وهو عنصر موضوعي في نطاق قانون المرافعات، واعتباره ظرفاً زمنياً يتعين اتخاذ الإجراءات خلاله أو بعد انقضائه أو قبل حلوله، ويتم ذلك بهدف تنظيم سير هذه الإجراءات. فالمشرع يأخذ من الطبيعة عنصر الزمن، ويجمعه في النظم القانونية = التي يربتها ويحدد له وظيفة يؤديها وأثاراً تتولد عنه، كما يترتب جزاءات توقع عند عدم احترامه. انظر: د. نبيل عمر: سقوط الحق، ص ٤٨ بند ٣٤. Vasseur: Préc. P. 460.

(٣) والميعاد الكامل عبارة عن فترة زمنية يجب ان تنقضى قبل اتخاذ الإجراء. ومثاله ميعاد الحضور وهو عبارة عن مهلة زمنية يمنحها القانون للمدعي عليه للاستعداد للحضور أمام المحكمة. هذه المهلة يجب ان تضي بين تاريخ الإعلان وتاريخ الجلسة، فلا يجوز أن يكون تاريخ الجلسة إلا بعد فوات الميعاد. ويسمى هذا الميعاد كاملاً، لأنه يجب أن يحسب كاملاً فلا يتخذ الإجراء إلا بعد انقضائه. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٠٦. د. إبراهيم تجيب سعد ص ٦٨٥ بند ٢٧٦. ولا يترتب على مخالفة مواعيد التكاليف بالحضور أى جزاء إجرائي. وإن كان للمدعي عليه أن يطالب باستكمال الميعاد إذا كان لم يستكمل مادة ٦٩ مرافعات. نقض ١٩٨١/١/٢٨ طعن رقم ٩٨٣ لسنة ٤٣٣ ق. نقض ١٩٨٥/١/٢٢ طعن ٢٠٣٩ لسنة ٥٠ ق.

(٤) د. نبيل عمر: سقوط الحق، ص ٨١ وما بعدها بند ٥٢. د. وجدى راغب: ص ٤٠٧

SALLE: Préc. P. 1075. N 18.

(٥) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.

الإجرائية التي يسمح بها هذا الحق. ولو فرض وسقط الحق، وعاود الخصم اتخاذه، فإن معاودة اتخاذ الحق يشوبها البطلان، لافتقاده صاحبه الحق في إجرائه<sup>(١)</sup>.

ثانياً: عدم مراعاة الترتيب الذي وضعه المشرع للقيام بالإجراء أو في مناسبه: تسقط مكنة القيام بالإجراء إذا اتخذ إجراء لاحق عليه في الترتيب<sup>(٢)</sup>. أو باتخاذ موقف سلبي بامتناع الخصم عن استعمال حقه الإجرائي<sup>(٣)</sup> أو عدم تدخل صاحب المصلحة في الخصومة<sup>(٤)</sup>. فيسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلي وفقاً لنص المادة ١٠٨ مرافعات بتقديم دفع موضوعي عليه، أو بتقديم دفع شكلي لاحق على دفع شكلي يتعين إيدائه قبله. أو بتقديم مذكرة بدفاع الخصم دون أن تتضمن تمسكه به<sup>(٥)</sup> أو يقلل باب المرافعة ولم يتدخل صاحب المصلحة في الخصومة مادة ١٢٦ مرافعات... الخ. فمخالفة هذا الترتيب أو تلك المناسبة لإبداء الدفع، يسقط الحق في إيداءه، يستوى ذلك أن يكون أمام محكمة أول درجة أو ثان درجة<sup>(٦)</sup>.

٣١- حالات السقوط: لم يضع المشرع قاعدة تحكم جزاء السقوط، كما وضع في البطلان وفقاً للمادة ٢٠ مرافعات<sup>(٧)</sup> وبداية لا يجوز القياس على تلك القاعدة لاختلاف السقوط عن البطلان<sup>(٨)</sup>. إذ يحكم بالسقوط بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية من الإجراء. فمعيار الغاية لا يصلح بالنسبة لجزاء السقوط<sup>(٩)</sup> ولا بالرجوع إلى القانون وإرادة المشرع<sup>(١٠)</sup>. ولا بالهدف من الميعاد أو الترتيب أو

(١) د. نبيل عمر: سقوط الحق: ص ٣٥ بند ٢٧. دراسة في السياسة التشريعية ص ١٧٠ بند ١١٣.

Vassaeur: Préc P. 440.

(٢) انظر فيما سبق بند ٩.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: النفع ص ١٨٣ بند ٧٧.

SALEE: Préc. P. 1073. N 16

(٤) د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٥٢١ بند ٤١٢.

(٥) نقض ١٩٧٩/٣/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ص ٢٥٢.

(٦) د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ٦٠ وما بعدها بند ٤٣. د. وجدى راغب دراسات في مركز الخصم ص ١٢٧ بند ١٩.

(٧) انظر فيما يلي بند ٤٩.

(٨) انظر فيما سبق ص ٩٩ حاشية رقم ٥.

(٩) يرى البعض أنه يجب النظر إلى الغاية من القاعدة، ويقدر القاضي أهمية المصلحة التي تمس بتوقيع جزاء السقوط أو عدم توقيع هذا الجزاء لمخالفة هذه القاعدة انظر:

JAPIOT: op. cit. P. 34. N 43.

(١٠) حيث يرى البعض أنه يجب الرجوع إلى القانون وتفسير إرادة المشرع، فحيث تهدف المواعيد استقرار المراكز القانونية الإجرائية بتحديد زمن معين لمباشرة الحق مثل مواعيد الطعن، فعدم مباشرة الحق في هذه المواعيد يرتب جزاء السقوط، إذا كانت هذه المواعيد الهدف منها مجرد الإسراع بالفصل في القضية فلا يكون جزاء السقوط إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة. د. وجدى راغب المرجع السابق ص ٤٦٨.

المناسبة إذا كان القصد منه سير الخصومة بإلزام الخصم باستعمال حقه فيقع السقوط وعلى العكس لا يكون سقوط إذا كان الهدف هو حماية الخصم ليقوم بالعمل الإجرائي في هدوء وعدم استعمال<sup>(١)</sup> ولا على أنه مجرد توجيه القاضي<sup>(٢)</sup> وعلى الكل لا يمكن بحال أن يرد السقوط على ما يتفق الخصوم عليه من حقوق إجرائية ولتحديددهم لمواعيد سقوط اتفاقية<sup>(٣)</sup> وتردد الفقه في كل ذلك مرجعه، لم يضع المشرع قواعد في هذا الشأن.

وإذا كان المسلم به أن السقوط يقع في كل حالة ينص فيها المشرع صراحةً عليه ومثال ذلك المواد ٤٤، ١٠٨، ١٥٤/٢، ٢١٥، ٤٢٢ مرافعات. كذلك يكون هناك سقوط في الحالات التي ينص فيها المشرع على أنه لا يقبل أو لا يجوز، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمواد ١٢٣، ١٢٦/٢، ٢١١، ٢٥٣/٤ مرافعات ، وفي كل ذلك حيث ينص المشرع على السقوط لعدم استعمال الحق في الميعاد المحدد أو الترتيب أو المناسبة أو سبق استعماله، مما يؤدي إلى زوال هذا الحق وأداة استعماله ويقع السقوط بصفة باتة ونهائية.

وخارج نطاق ما هو مسلم به، يتفق الفقه<sup>(٤)</sup> على أنه يمكن الحكم بالسقوط في غير تلك الحالات ولو لم ينص المشرع على ميعاد يمارس الحق الإجرائي فيه، وعلى الرغم من تعدد محاولات الفقه على النحو السابق إلا أنها كلها محاولات غائبة ذات جزاء السقوط غموضاً.

GLASSON, TISSER et MOREL: op. cit. T. 2. P. 447. N 356 ets MOREL: op. cit. P. 378 N 419.

Solus et Perrot: op. cit. P. 421 N. 461.

(١)

(٢) لأن السقوط لا يرد على مواعيد القصد منها التوجيه شأن ما نصت عليه المادة ٩٨ مرافعات "لا يجوز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على أن لا تتجاوز فترة التأجيل ثلاث أسابيع" فالغرض من هذا النص حث القاضي على الإسراع في الفصل في الدعوى. د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ٢٢٦ بند ٤٠٦.

(٣) لأن ذلك يتعارض مع الغاية المحددة للحق الإجرائي، فهذه الغاية ترمي إلى حسم منازعات تثور بين الأفراد حالة عدم التطبيق التلقائي للقانون، ودور الإرادة الفردية قاصر على مجرد الإعلان الإرادي في الشكل المحدد قانوناً لطلب الحماية القضائية. انظر د. نبيل عمر سقوط الحق ص ١٢٢ بند ١٧٤. د. وجدى راغب ص ٦٣١ د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٦٨٢ بند ٢٧٣.

(٤) د. فتحي والي: ص ٤٢٠ بند ٢٥٧. د. إبراهيم نجيب سعد ٧٦٨ بند ٣٠٩. د. وجدى راغب ص ٤٦٩. د. الأنصاري النيداني: ص ٢٦٧ بند ٢٢٤.

والرأى الراجح<sup>(١)</sup> أن السقوط هو الجزاء الحتمى، كلما ربطت المشرع حقاً  
 إجرائياً بميعاد أو مناسبة أو ترتيب زمنى معين<sup>(٢)</sup> - وفى النادر قد يحل القاضى  
 محل المشرع فى تحديد الميعاد<sup>(٣)</sup> - وذلك دون النظر لما إذا كان الميعاد جوهرياً أو  
 غير جوهرى<sup>(٤)</sup> متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به، ودون النظر إلى الغاية من  
 الميعاد، وهل يرمى إلى تعجيل السير فى الخصومة أو إلى استقرار الأحكام أو إلى  
 غير ذلك من الغايات. وذلك لأن الغاية التى يرمى إليها المشرع تتخلف بمجرد عدم  
 احترام الميعاد أو الترتيب أو المناسبة المقررة، ودون أن يرد على هذا الضابط  
 استثناء إلا حيث يقر المشرع جزءاً آخر غير السقوط أو إذا تعلق الأمر بميعاد  
 تنظيمى.

٣٢- أحكام السقوط: قد يتعلق الميعاد أو الترتيب أو المناسبة بالمصلحة  
 الخاصة، وقد يتعلق بالنظام العام، ونتيجة لوصف هذا أو ذاك أو تلك بهذا الوصف،  
 يوصف أيضاً وبالمثل السقوط المترتب جزاء له، ومن ثم يخضع لأحكام مختلفة  
 باختلاف وصفه<sup>(٥)</sup>.

فإذا تعلق الميعاد أو الترتيب أو المناسبة بالنظام العام، كان السقوط من النظام  
 العام، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، وليس المستفيد من السقوط

- (١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. إبراهيم نجيب سعد ص ٧٦٩ بند ٣٠٩. د. نبيل عمر سقوط وتساعد وتحول: ص ١٦  
 وما بعدها بند ١١ وما بعده - سقوط الحق فى التمسك بالجزء ص ٤٤ وما بعدها بند ٣٢ وما بعده. د. أحمد السيد  
 صاوى: ص ٧٢٤ بند ٤٠٦. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ٥٧١ وما بعدها بند ٤٢١. د. الأنصارى النيدانى: الإشارة  
 السابقة. د. إبراهيم النفاوى مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٧٩٢ وما بعدها.
- (٢) والمصدر الأساسى لمواعيد السقوط هو نص القانون، فالقانون هو الذى يحدد الميعاد، ومرجع ذلك هو أن المشرع هو  
 الذى ينشئ الحق الإجرائى، فهو الذى يحدد الميعاد الواجب ممارسة هذا الحق خلاله. انظر: د. نبيل عمر: سقوط الحق  
 ص ١١٤ بند ٦٩.

Vasseur: Préc. P. 441.

- (٣) وقيام القاضى فى النادر بتحديد الميعاد هو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع تطبيقاً للمادة ٢٣ مرافعات لتصحيح  
 الإجراء الباطل، وقيام القاضى بذلك ليس تكليف صادر من القاضى بذلك بما له من سلطة عامة. ويقع على علق الخصم  
 مكوناً واجباً إجرائياً، وإنما قيام القاضى بذلك فهو محل المشرع فى تحديد أجل للقيام بممارسة الحق الإجرائى الذى  
 أوجده المشرع، والذى يسمح لأصلحه بتصحيح الإجراء = الباطل. هذا الميعاد الذى يقوم القاضى بتحديد هو إذاً واحد  
 من مواعيد السقوط. انظر: د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ١١٨ والمراجع المشار إليها حاشية رقم ٣.
- (٤) لأن الميعاد لا يمكن اعتباره بحال عنصر من عناصر الحق الإجرائى الذى يوجد قائماً فى حالة سكونه قبل ممارسته  
 واستعماله. فالميعاد هو الطرف الزمنى الذى حدده المشرع لاستخدام الحق، دليل ذلك هو أن الحق الإجرائى هو مكتة أو  
 قدرة اتخاذ الإجراء، أما فكرة الزمن أو الميعاد فهى تآكل وانقضاء للوحدات الزمنية. د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ٤٥  
 بند ٣٢. قارن إسكندرية التجارية ١٩٤٦/٨/١ مشار إليه سابقاً.
- (٥) د. فتحى والى: ص ٤٢٢ بند ٢٥٨. د. إبراهيم نجيب سعد ص ٧٦٩ بند ٣٠٩. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٩٦ بند  
 ٢٧٨. د. الأنصارى النيدانى ص ٢١٨ بند ٢٢٦. د. وجدى راغب: دراسات ص ٩٥ بند ٥٠.

النزول عنه، ويمكن التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى. وبالتالي فالحق الذى سقط لا يمكن أن يعود إلى الحياة بمجرد السقوط، ولا يمكن لصاحبه آثاره بعد فوات الميعاد وتحقق واقعة السقوط، وإذا فرض وآثاره، فإن ما آثاره من إجراء يعتبر باطلاً بطلان مطلقاً يتعلق بالنظام العام، فتقتضى به المحكمة من تلقاء نفسها.

وترتيباً على ذلك، يعد ميعاد الطعن من النظام العام بفواته يسقط حق الخصم فى الطعن، ويرتب نفس الآثار السابقة من حيث عدم النزول، والحكم به من تلقاء نفس المحكمة<sup>(١)</sup> وعدم جواز إثارته مرة أخرى وإلا ترتب البطلان وبطلان يتعلق بالنظام العام<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على مخالفة الترتيب الذى أوجبه المشرع فى المادة ١٠٨ مرافعات سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء وبقوة القانون فور تحقق واقعة التكلم فى الموضوع<sup>(٣)</sup> أو بعد الإدلاء بدفع إجرائى<sup>(٤)</sup> أو بسبب عدم الإدلاء به فى صحيفة الطعن<sup>(٥)</sup>. وفى كل ذلك يقوم القاضى بتكليف الطلبات المطروحة عليه قبل إيداء هذه الدفوع لبيان ما إذا كانت هذه الطلبات تعد تعرض لموضوع الدعوى من عدمه<sup>(٦)</sup>.

ويترتب على فوات المناسبة<sup>(٧)</sup> التى أوجب المشرع اتخاذ الإجراء فى غضونهما سقوط الحق فى اتخاذه، وفور فوات المناسبة وبقوة القانون، كسقوط الحق فى التدخل

- (١) طعن تجارى عمانى رقم ٨٧ / ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٦/١/٢٥ مجموعة الأحكام التى قررتها المحكمة العليا السنة ٦ ص ٢٣٦ طعن شرعى عمانى رقم ٧٧ / ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٦ المجموعة السنة ٧ ص ٤١ نقض عمانى فى ٢٠٠٤/١٠/٣٠ فى الطعن رقم ٢٠٠٤ / ٢٠٠٤ المجموعة السنة ٥ ص ٧٥.
- (٢) نقض ١٩٩٣/٢/٢١ الطعان رقماً ٨٨٨ لسنة ٥٧، ٤٠٥ لسنة ٤٨ فى مجلة القضاة السنة ٢٦ ص ٤٢٢. استئناف إسكندرية دائرة ٢١ مدنى جلسة ١٩٩٤/١/١٢ استئناف رقم ١٧٣٤ لسنة ٤٩ق.
- (٣) نقض ١٩٨٥/٥/١٣ طعن ١٣٥١ لسنة ٤٩ ق.د. أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ٣٤٩.
- (٤) نقض ١٩٩٣/٤/٢٧ طعن ٢٣٦٩ لسنة ٥٦ ق السنة ٤٦ ص ٢٤٠ رقم ٢٧٩ عدد ٢.
- (٥) نقض ١٩٧٩/٤/٢٥ طعن ٣٩٢ ص ٣٩٦ لسنة ٤٦ ق.د. أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ٣٥٦.
- (٥) نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن ٤١٠٥ لسنة ٦١ السنة ٤٨ ص ١٣٤٩ عدد ٢ رقم ٥١. د. أحمد هندی: التعليق ج ٢ ص ٣٥٨.
- (٦) نقض ١٩٩٧/١٢/٨ طعن رقم ٦٠٣٦ لسنة ٦٦ السنة ٤٨ ص ١٤٠٨ رقم ٢٦٢. نقض ١٩٩٣/٣/٣١ طعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٧ق، نقض ١٩٩٢/٣/٢٩ طعن رقم ٣١٧٤ لسنة ٦١ق، نقض ١٩٩٣/٦/١٦ طعن ٣٥٤٦ لسنة ٥٨ق السنة ٤٨ ص ٦٩٩ عدد ١ رقم ٢٥١. د. أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ٣١٤، ٣١٧، ٣١٨ مادة ١٠٨. نقض تجارى عمانى ٢٠٠٨/٤/٢٣ الطعن رقم ٢٩٥ / ٢٠٠٧ مجموعة الأحكام السنة ٨ ص ٦٣٢.
- (٧) د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٥٢٠ وما بعدها بند ٤١٢. د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٥٩ بند ٤٢٣. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٧٥٧ نقض ١٩٦٤/٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ١٥ ص ١٢٤٨.

بفعل باب المرافعة مادة ١٢٦ مرافعات<sup>(١)</sup> وسقوط الحق في رفع الاستئناف المقابل  
بفعل باب المرافعة في الاستئناف الأصلي مادة ٢٣٧ مرافعات<sup>(٢)</sup>.

أما إذا تعلق الميعاد، أو الترتيب أو المناسبة بالمصلحة الخاصة، فإن السقوط  
المترب على تجاوزه رغم وقوعه بقوة القانون إلا أنه يكون مقرر للمصلحة الخاصة،  
فلا يجوز لغير من تقرر لمصلحته الميعاد أو الترتيب أو المناسبة التمسك بهذا  
السقوط<sup>(٣)</sup>، ويجوز لصاحب الحق في التمسك بالسقوط أن يتنازل عن التمسك به شأن  
النزول عن البطلان<sup>(٤)</sup>. وفي هذه الحالة يجوز ممارسة الحق الإجرائي من جانب  
الخصم الآخر ولو بعد فوات الميعاد المحدد لممارسته، ويعتبر الميعاد ممتداً في هذه  
الحالة.

ومن أمثلة السقوط المتعلق بالمصلحة الخاصة، سقوط الحق في تصحيح  
الإجراء الباطل بعد فوات ميعاد التصحيح القانوني والقضائي<sup>(٥)</sup> مادة ٢٣ مرافعات،  
ويترتب على فوات الميعاد سقوط الحق ذاته بقوة القانون بمجرد توافر موجباته.

والسقوط على النحو السابق - تعلق بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة، لعيب  
جوهرى أو غير جوهرى، فهو الجزاء الحتمى كلما ربط القانون حقاً إجرائياً بميعاد  
أو بترتيب أو بمناسبة زمنية معينة<sup>(٦)</sup> فمتى توافرت موجباته وقع السقوط ذاته بقوة

(١) د. أحمد دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات ص ١٨٩. نقض ١٩٨٩/٢/٢٢ - طعن رقم ١٨٧٩ لسنة ٥٠ ق لدى  
الفكهاى ٦ ص ٢٩٢ رقم ٤٢٤. طعن مننى عماني رقم ٢٠٠٦/٢٠٩/٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢ مجموعة الأحكام السنة ٧  
ص ١٢٦.

(٢) نقض مننى عماني ٢٠٠٨/٦/١٥ الطعن رقم ٢٠٠٨/١٢٢/٢٠٠٨ مجموعة الأحكام السنة ٨ ص ١٢٧.

(٣) Coss. Civ. 3 Mai 1990. J.C.P. 1990. IV. 244.  
Coss. Civ. 23 oct. 1991. Bull. Civ. 1991. 11. N.276.  
Com. 28. Mai. 1991. J.C.P. 1991. IV. 290.

(٤) د. نبيل عمر: سقوط الحق: ص ١٨٠ وما بعدها خاصة ص ١٩٦ بند ١٠٦ خاصة بند ١١٦ ويرى أن امتداد الميعاد  
ناشئ عن تنازل صاحب الحق عن التمسك بالسقوط فكان هذا التنازل قد أدى إلى إحياء الحق الإجرائي من جديد، وهو  
يعود للحياة مجرد من ميعاده، ويجوز استعماله في أجل غير محدد.

(٥) يتم التصحيح بالتكاملة في الميعاد الذي ينص عليه القانون وإلا في الميعاد الذي تحدده المحكمة، ويترتب على فوات  
الميعاد، فإن التصحيح في الحالتين يصبح غير جائز لسقوط الحق في اتخاذ. نقض مننى ١٩٨٩/٢/٨ في الطعن ٥٩٥  
لسنة ٥١ ق نقض ١٩٥٥/٢/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٦ ص ٧٠٨ رقم ٩٣ أحمد ملبجي التعليق ج ١ ص ٧٢٦ مادة  
٢٣.

ولو فرض وقام الخصم بتصحيح الإجراء بعد فوات الميعاد ولم يتمسك خصمه بسقوط حقه في التصحيح فإن الإجراء  
يصح صحيحاً من تاريخ التصحيح د. الأنصارى النيداني ص ٢٧٠ بند ٢٢٦.

(٦) مع ملاحظة أن مواعيد السقوط تنقذ عند انقطاع الخصومة، بوفاء أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة  
من كان يباشر الخصومة عن الغائبين مادة ١٣٢ مرافعات. وفيما عدا حالة الانقطاع هذه لا يقف ميعاد السقوط إلا إذا  
تحقق قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وكذلك إذا حدثت واقعة لا إرادة للخصم فيها، لأنه ليس من العدالة الحكم بالسقوط د.

القانون، ودون أن تعنى الحتمية وكما يرى البعض<sup>(١)</sup> تعلق السقوط وميعاده بالنظام العام كقاعدة، والاستثناء بالمصلحة الخاصة. وإنما تعنى الحتمية وقوع الجزاء بقوة القانون ولو تعلق بالمصلحة الخاصة<sup>(٢)</sup>.

ومؤدى ذلك، أنه بمجرد تحقق قيام الجزاء الإجرائى - السقوط - فإن هذا الأخير يقع بقوة القانون من اللحظة التى تم فيها توافر هذه العناصر، ثم يأتى بعد ذلك بحث مسألة إمكانية قيام القاضى بإثارة الجزاء من تلقاء نفسه، أو إمكانية قيام صاحب مصلحة بالتمسك بالجزاء، أو أن التمسك بالجزاء يشرع لمصلحة من تقرر الجزاء لمصلحته فقط<sup>(٣)</sup>. فالسقوط شأن أى جزاء إجرائى ولو تعلق بالمصلحة الخاصة، يقع بقوة القانون بمجرد توافر العناصر المحددة له، ومن هذه اللحظة تتولد آثار الجزاء القانونية، ولكن الاستفادة من هذه الآثار، فإنه ينبغى صدور حكم تقيرى يقرر سبق قيام وقوع الجزاء لتوافر العناصر المولدة له كما حددها القانون<sup>(٤)</sup>.

**٣٣- الأثر القانونى لسقوط الحق فى التمسك بالجزاء:** يقع السقوط فى ذاته بقوة القانون متى توافرت موجباته، وفى مواجهة الخصم الذى أهمل أو تعمد فى فوات الميعاد أو الترتيب أو المناسبة التى حددها القانون، ولو كان هذا الخصم ناقص الأهلية طالما وجد من يمثله<sup>(٥)</sup>. ومن ثم فالقاعدة يتعين على المحكمة أن تقضى به متى توافرت شروطه. فالسقوط وجوبى على المحكمة.

فتحى والى: الوسيط ص ٤٢٢ وما بعدها بند ٢٥٨ والحكم المشار لديه نقض مننى ١٩٨٠/٢/٦ فى الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٤٧ق.

د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات الإشارة السابقة. (١)

Sallé: Préc. P. 1099

نقض مننى ١٩٧٨/١٢/٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ٤٢٥ مشار إليه لدى د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١٢٩. (٢)  
د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ١٢٨ وما بعدها بند ٧٧. د. أحمد أبو الوفا: السقوط

ص ١١٢ بند ٥٥. د. أحمد هندی: شطب الدعوى ١٩٩٣ مكتبة ومطبعة الإشعاع (٣)  
ص ١٠٩ بند ٢٠. د. محمود مصطفى بونس: المرجع فى قانون إجراءات التقاضى ص ٧٧٢ وما بعدها بند ٣٦٥.

فهنالك إذن لحظتين مختلفتين يتعين فصلهما تماما، الأولى هى لحظة توافر العناصر المولدة أو المنشئة للجزاء، والثانية (٤)  
هى لحظة تقرر هذا الجزاء بحكم تقيرى لإمكان الاستفادة بالآثار القانونية بهذا الجزاء، وحتمية وقوع الجزاء تتطابق مع اللحظة الأولى، ويقال هنا أن الجزاء يقع بقوة القانون، ووقوع الجزاء بقوة القانون يصدق على جميع الجزاءات الإجرائية سواء تعلقت بالنظام العام أو تعلقت بالصالح الخاص. د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ١٢٩ بند ٧٧ والمرجع المشار إليه.

ويتربط على ذلك لا يجوز أن يحتج الخصم بنقص أهليته للتخلص من هذا الجزاء، ولا يجوز له أن يحتج بإهمال من (٥)  
يمثله أو من ينوب عنه فى الإجراءات، بل يتحمل السقوط فى هذه الحالة وله الرجوع على نائبه بالتعويضات. د. جدى راجب: مبادئ الإشارة السابقة، د. أحمد هندی: أصول ص ٨٩٧ بند ٢٧٨.

ومع اعتماد كون السقوط وجوبى على المحكمة، فقد يترك القانون الأمر جوازي للمحكمة فى بعض الحالات على سبيل الاستثناء، وهو ما صادف اعتماداً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٣٤ إثبات من أن على الخصوم فى دعوى تحقيق الخطوط أن يحضروا فى الموعد المحدد لمباشرة التحقيق لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة أو الإتفاق على ما يصلح منها لذلك، فإذا تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه فى الإثبات<sup>(١)</sup>.

والسقوط متى تحقق لا يجوز عودة الحق مرة ثانية لصاحبه، وليس له أثر رجعى، والأصل أنه لا يؤثر على ما سبقه من الإجراءات، ولا يترتب عليه حتماً سقوط الحق الموضوعى<sup>(٢)</sup>، كما لا يجوز تصحيحه بالتكملة<sup>(٣)</sup>. وطالما سقط الحق الإجرائى، فيتعاصر معه أو يعقبه سقوط للمركز الإجرائى. أما سقوط العمل الإجرائى، فلا يبدأ أو يتعاصر أو يكون تالياً لسقوط المركز الإجرائى بل يبقى العمل الإجرائى بعبه لسقوط أداة التمسك بهذا العيب<sup>(٤)</sup> منتجاً هذا العمل كافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه بدون تصحيح أو تحول أو إزالة لعيوبه<sup>(٥)</sup>.

### المبحث الثالث

#### عدم التمسك بالجزاء ممن تسبب فى العيب الإجرائى

٣٤- القاعدة وشروط تطبيقها: القاعدة من تسبب فى العيب الإجرائى لا يملك التمسك بالجزاء". وهى من القواعد العامة أياً كان الجزاء<sup>(٦)</sup>. كما أنها من وسائل الحد منه<sup>(٧)</sup> مع بقاء العيب الإجرائى متى تعلق بالمصلحة الخاصة<sup>(٨)</sup> قاعدة استقر

(١) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات الإشارية السابقة، التعليق على نصوص قانون الإثبات قام بتحديثه د. طلعت دويدار الطبعة الرابعة منشأة المعارف ١٩٩٤ ص ٢٢٥ مادة ٣٤. د. وجدى راغب: ص ٤٦٩.

(٢) د. نبيل عمر: سقوط ص ١٩٤ بند ١١٥، دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٧٠ بند ١١٣.

(٣) د. فتحى والى: الإشارة السابقة د. الأنصارى النيدانى ص ٢٧١ بند ٢٢٨. د. وجدى راغب، الإشارة السابقة.

(٤) د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وتحول وانتفاص المراكز الإجرائية ص ١٤ بند ٩.

(٥) انظر فيما سبق بند ١٤.

(٦) فالقاعدة وإن وردت بشأن البطلان وفقاً لصراحة المادة ٢/٢١ مرافعات، إلا أنها تمثل قاعدة عامة قابلة للتطبيق على

مختلف صور الجزاء الإجرائى، ودون أن ينحصر تطبيقها إلا فى حالة أن يتعلق الجزاء بالنظام العام. انظر د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٠٢ بند ٤٥. د. أيمن رمضان: المرجع السابق ص ٢٧٢، ٢٧٩، ٢٨٩.

(٧) د. أحمد هندى: التمسك بالجزاء ص ١٦ بند ٥.

(٨) ونطاق القاعدة مقصور على الجزاء الذى لا يتعلق بالنظام العام وفقاً لصراحة نص المادة ٢/٢١ مرافعات. والمنكرة

الإيضاحية لهذا القانون، وتطبيقاً لما استقر عليه القضاء. نقض ١٩٨٣/١٢/٥ طعن ٢٩٩ لسنة ٩٩. نقض ١٩٨١/١٢/٦ طعن ٩٣٠ لسنة ٤٤، نقض ١٩٧٨/٤/٢٤ طعن ٨٢٣ لسنة ٤٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٠٨٨.

عليها الفقه الإجماعي، وتواترت عليها أحكام القضاء<sup>(١)</sup> وصادفت اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع<sup>(٢)</sup> فنصت المادة ٢١/٢ مرافعات على أنه "لا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه"<sup>(٣)</sup>.

ومقتضى هذه القاعدة أن الإجراء، رغم عيبه وآثاره الخصم له، ولكن المحكمة لا تحكم بالجزاء، وعدم الحكم به، يبقى على الإجراء بعيبه، ويعامل معاملة الإجراء الصحيح، منتجاً من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح<sup>(٤)</sup>. فليس لمن كان سبباً في العيب الإجماعي أن يتمسك بالجزاء، فلا يصح أن يستفيد الخصم من خطأه<sup>(٥)</sup> أو

---

ومناطق تنوع الجزاء إلى عام وخاص، هي المصلحة التي يحميها الإجراء الذي تم بالمخالفة للنموذج القانوني المحدد سلفاً. فيعتبر الجزاء عام إذا تعلق بالمصلحة العامة. وعلى العكس إلى خاص إذا تعلق بالمصلحة الخاصة. وإذا كان المشرع وهو يحمي المصلحة الخاصة يحمي في الوقت نفسه المصلحة العامة باعتبار أن ما يحقق خير الفرد يحقق خير المجموع. كما أنه حينما يحمي المصلحة العامة يحمي في ذات الوقت المصالح الخاصة، على أساس أن ما يحقق خير المجتمع يعود على أفراده بالخير أيضاً، ولما كانت القواعد الأساسية في مجتمع ما متغيرة، فمن المقرر أن تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام يخرج عن نطاق نشاط المشرع الذي يجب أن تتوافر في قواعده الثبات، ليدخل في سلطة القاضي الذي يستهدي بطبيعته نوع المصلحة التي يرى المشرع إلى حمايتها بالقاعدة المخالفة: انظر د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ٧٠٧ بند ٣٩٦ د. فتحى والى الوسيط ص ٤٠٨ بند ٢٥٠ د. أحمد هندي: التعليق ج ١ ص ٤٧٨. أصول ص ٨٥٩ وما بعدها بند ٢٧٢.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٢/٣/٢٦ طعن ٢٣١٠ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٥٢٢. نقض ١٩٩٢/١١/٢٢ طعن ١٤٧٠ لسنة ٥٧ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ١١٨٩.

على أن المشرع قد ينص في بعض الحالات على تعلق الجزاء بالنظام العام، ويحدث ذلك خاصة حيث ينص المشرع على أن المحكمة تقضى بالجزاء من تلقاء نفسها، ويمكن التمسك بالجزاء من "أى من الخصوم أو في أى وقت"، بينما إذا قرر أن الجزاء "لا يتمسك به إلا الخصم صاحب المصلحة" أو أنه "يزول بنزول من له التمسك به إلا الخصم صاحب المصلحة" أو أنه "يزول بنزول من له التمسك به أو "يجب أن يتم التمسك به في بداية النزاع، أو: "قبل التعرض للموضوع" يكون جزءاً خاصاً. د. أحمد هندي: أصول: ص ٨٦٠ بند ٢٧٢.

(١) والواقع أن القاعدة يمكن الأخذ بها رغم عدم النص عليها، كما هو الحال في القانون الفرنسي ولذا استقر القضاء على أنه إذا كان الذي يتمسك بالبطلان هو من أصيب بضرر نتيجة العيب، فإنه لا يحق أن يتمسك بالبطلان من كان سبباً في حدوث هذا الضرر انظر:

Solus et Perrot op. cit. P. 388 N 419

Morel: op. cit. P. 330 N 411. Glasson, Tissier et Morel: op. cit. T. 2. P. 344 N. 440, Tomosin: Préc. P. 15. N 60.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Coss. Com. 9 Mai 1950 R. T. D. Civ. 1951. P. 292. obs. Roynaud. Coss. Civ. 22. Nov. 1957 Bull.

Coss. 1957. 11. P. 463. Cité in Solus et Perrot op. cit. T. 1. P. 388.

Coss. Civ., 8 Juin. 1974 Bull. Civ. 11. N 192. Civ. 11 Oct 1989. Bull. Civ. 11. N. 172.

(٢) والمشرع الإيطالي أعتمد هذه القاعدة ونصت عليها فالمادة ١٥٧/٢ مرافعات على أنه "لا يمكن التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه" ومن قبل هذا التشريع كان المشرع مواظب على هذه القاعدة وأن كان بتغيير مختلف وفقاً للمادة ٥٧ من قانون المرافعات الإيطالي الملغى - مجموعة ١٨٦٥ - انظر: ماتيرولو - جزء ثان رقم ٢١٥ - ٢١٢ مشار إليه لدى د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٥٥٨ بند ٣١٨.

(٣) والقاعدة نصت عليها من قبل المادة ٢٢/٢ من مشروع ١٩٤٤ لقانون المرافعات المصري "ولا يجوز لأحد أن يتمسك ببطلان إجراء من إجراءات المرافعات نجم عن فعله أو فعل وكيله" ولكن هذا النص لم يظهر في قانون المرافعات السابق ٧٧ لسنة ١٩٤٩ انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٥٥٩ بند ٣١٨.

(٤) انظر فيما سبق بند ١٤.

(٥) د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٨٥ بند ٤٥٢ د. نبيل عمر: أصول: ص ١٠١٥ بند ٩١١ د. أحمد هندي: أصول ص ٨٦٣ بند ٢٧٢، التعليق ج ١ ص ٤٨٢.

Solus et Perrot:: Préc. Glasson, Tissier et Morel: op. cit. P. 344 ets N 444.

من إهماله وتقصيره<sup>(١)</sup> أو من عيب ساهم فيه<sup>(٢)</sup> عن عمد أو خطأ<sup>(٣)</sup> حتى ولو كانت القاعدة التي تم مخالفتها مقررة لمصلحته<sup>(٤)</sup>.

٣٥- ويشترط لإعمال هذه القاعدة: أن يوجد عيب إجرائي تسبب فيه الخصم

نفسه، أو تسبب فيه شخص يعمل باسمه، أو أن يساهم الخصم في وجود العيب الإجرائي مصدر الجزاء. فالعيب الإجرائي قد يكون سببه الخصم نفسه، أو شخص يعمل باسمه أو يساهم الخصم في وجود هذا العيب.

٣٦- أولاً: مصدر العيب الإجرائي للخصم نفسه أو من يعمل باسمه: فمن

ناحية: قد يكون مصدر العيب الإجرائي للخصم نفسه، يستوى فيه أن يكون قد اتخذ الإجراء في مواجهته، أو قام هو بالإجراء المعيب.

واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصم، كأن يتخذ الإجراء في مواجهته

بالمخالفة للمركز القانوني، كما لو رفعت الدعوى أو اتخذت الطلبات والدفع في مواجهة الخصم وفقاً لاسمه الظاهر<sup>(٥)</sup> أو كانت هذه الدعوى شخصية أو منقولة ورفعت أمام المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه الظاهر<sup>(٦)</sup> أو أعلن باسمه الظاهر<sup>(٧)</sup>. أو اتخذت هذه الإجراءات في مواجهة الخصم بناء على الصفة التي ظهر بها أمام من تعامل معه وفقاً لصفته الظاهرة<sup>(٨)</sup>.

(١) وقضى بأنه لا يجوز للشخص أن يفيد من خطأ وإهماله، ولما كانت الطاعة قد خالفت القانون بعدم إخطاره للمطعون ضده الأول بتغيير موطنها أثناء فترة الوقف، مما تعذر قيامه بإعلانها بتعجيل الاستئناف باعتبار المطعون ضده الأول تاركاً لاستئنافه، إذا لا يجوز لها أن تتمسك باعتبار المطعون ضده الأول تاركاً لاستئنافه، فلا يجوز لها أن تفيد من خطأها وإهمالها الذي تسببت فيه، فيما شاب إجراء التعجيل من عيب. نقض ١٩٨٣/٢/٥ طعن ٢٩٩ لسنة ٤٩ ق أحمد هندي ج ١ ص ٤٧٢. عز الدين الدناصوري وحامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات الطبعة التاسعة ج ١، ١٩٩٨ بدون نشر ص ٣٢٨ مادة ٢١.

Glosson, Tissier et Morel: Préc.

انظر:

(٢)

(٣) فيستوى أن يكون المخالف قد ارتكب العيب الإجرائي عن إرادة أو خطأ أو إهمال، أو عن حسن نية، ولا يعد بجعله القانوني الذي يحدد العيب والجزاء على ارتكابه، - أي القانون الذي يحدد مواطن الجزاء في التشريع ونوعه وكيفية إثارته والتمسك به - لأن أحداً لا يعذر بجعله القانون. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٤ بند ٣٦.

(٤) د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٠ وما بعدها بند ٢٥١، إبراهيم نجيب سعد الإشارة السابقة. د. أحمد مليجي: التعليق ج ١ ص ٦٩٦ مادة ٢١.

Selus et Perrot: P. 388. N 419 Morel op. cit: P. 330 N 411.

(٥) انظر فيما سبق ص ٣٠ حاشية رقم ٢.

(٦) انظر فيما سبق الإشارة السابقة حاشية رقم ٤.

(٧) انظر فيما سبق الإشارة السابقة حاشية رقم ٥.

(٨) انظر فيما سبق الإشارة السابقة.

وفى كل ذلك، لا يستطيع الخصم متى توافرت فى حقه عناصر الوضع الظاهر<sup>(١)</sup> أن يتمسك ببطلان هذه الإجراءات، ولا بما يصدر فيها من أعمال قضائية - أحكام أو أوامر - استناداً إلى أنه ليس صاحب المركز القانونى فى المعاملات التى تمت مع خصمه، بل شخص آخر غيره يخفى وراءه لاعتبارات معينة، أو أن الأسم الذى اتخذت به الإجراءات فى مواجهته ليس هو اسمه الصحيح.

ومبرر عدم تمسك الخصم بالجزاء فيما اتخذت فى مواجهته من إجراءات بالمخالفة للمركز القانونى، أن الخصم هو الذى أسهم فى ظهور نفسه بهذا الاسم أو فى هذا الموطن أو تلك الصفة، الأمر الذى جعل الغير يعتقد فى قانونية مركزه، أى بأنه يعمل لحساب نفسه وليس لحساب الغير أو أن اسمه الذى تعامل به هو اسمه الصحيح<sup>(٢)</sup>. أو المظاهر التى أوجدها كان من شأنها أوقعت خصمه حسن النية فى الخطأ فيما يتعلق بموطنه<sup>(٣)</sup> أو جعلته يعتقد اعتقاداً مشروعاً ومبرراً فى قانونية الصفة التى ظهر بها خصمه أمامه<sup>(٤)</sup> فلا يجوز للخصم أن يدعى خلاف سبق مسلكه وكون معه مركزه الظاهر، ويتمسك بالجزاء لما تم بالمخالفة للمركز القانونى.

(١) انظر فيما سبق حاشية رقم ٣.  
(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأن "عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستتراً، ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر، فيكون هو الدائن بها الغير، كما تضاف إليه جميع الالتزامات، فيكون هو المدين بها للغير بمعنى الإجراءات اتخذت فى مواجهة صاحب الأسم الظاهر - الاسم المسخر - وليس فى مواجهة من يتم التعامل لحسابه د. محمد سعيد عبد الرحمن. نظرية الوضع الظاهر ص ١٧٣ - ١٧٥ خاصة ص ١٧٥ بند ١٦٥ والأحكام المشار له نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ قضاء النقض فى المواد المدنية ط ٣ - ٢ المجلد الثانى رقم ٢٨٩١ ص ١٥١٢ نقض ١٩٩١/٥/٢٢ - قضاء النقض المرجع السابق رقم ٣٩٠٢ ص ١٥١٥ د. عدنان إبراهيم السرحان: المرجع السابق ص ١٦٣ وما بعدها والحكم المشار ليه.

Ass. Plén 13 déc 1962. D. 1963. P. 277.

د. سميحة القليوبى: شرح قانون التجارة المصرى ١٧ لسنة ١٩٩٩ دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ١١٢ د. أحمد هندى: الوكالة بالخصومة ٢٠٠٦، دار الجامعة الجديدة، ص ٣٠ وما بعدها بند ٨.

(٣) وانقضاء الاختصاص لمحكمة الوضع الظاهر بالدعوى الشخصية والمنقولة اختصاص صحيح وذلك عملية للخصم حسن النية من أن يحكم ببطلان الإعلائات القضائية والأعمال القضائية التى صدرت بناء عليها أو بعدم اختصاص المحكمة التى رفع إليها الدعوى، وهو ما يؤثر بالسلب على حقوقهم ومراكزهم القانونية دون أى خطأ من جانبهم وبذلك رتب القضاء على الموطن الظاهر نفس الآثار التى تترتب على الموطن الحقيقى.

Toulouse, 13 Juill. 1816. jur. Gén., Vo Domicile N 136. Soc. 24 Mars. 1949. J. C. P. 1949. 11. 4957 Note. G. B. D. 1949 J. 303. CA Paris 14 Oct 1958 G. P. 1959. 1. 80 et Norte. Civ. 1re 31 janv. 1968. Bull. Civ. 1. No. 41. P. 32.

مشار لهذه الأحكام لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٧٧ وما بعدها بند ١٧٠.  
(٤) وأعمد المشرع المصرى صفة التاجر للشخص الذى يظهر أمام الناس بهذه الصفة، فنصت المادة ١٨ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "ثبتت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو مستتراً وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر كما أعتاد المشرع بالصفة الظاهرة لمن يتسلم الإعلان فى موطن المعلن إليه وفقاً لنص المادة ١٠/٢ مرافعات واستقر قضاء النقض على الاعتراف بالصفة الظاهرة لمستلم الإعلان وقضى بأنه "متى انتقل المحضر إلى موطن الشخص المراد إعلانه ونكر أنه سلم صورة الإعلان إلى أحد أقارب أو أصحاب المعلن إليه المقيمين

وإذا كان مصدر العيب الإجرائي على النحو السابق، هو الخصم نفسه فيما اتخذت في مواجهته من إجراءات بالمخالفة للمركز القانوني<sup>(١)</sup> فقد تتخذ الإجراءات المعيبة من الخصم نفسه، كما لو وقع إعلان المدعى عليه باطلاً لأن المدعى ذكر عنواناً خاطئاً لموطن المدعى عليه<sup>(٢)</sup>. أو ذكر المعلن إليه موطناً غير صحيح لنفسه من قبل في أوراق الدعوى، فلا يجوز له التمسك بالجزاء لإعلانه في غير موطنه<sup>(٣)</sup>. وليس للخصم أن يتمسك ببطلان أعمال الخبير لمباشرته المأمورية في غيابه دون إخطاره في محل إقامته إذا كان قد أعلن على موطنه الأصلي الثابت في صحيفة الاستئناف، فلا يجدي زعمه بأنه قد غير موطنه ذلك أنه لم يخطر المحكمة بذلك التغيير<sup>(٤)</sup>. وليس لمن أضيف صفته كضابط في القوات المسلحة أن يتمسك بعدئذ ببطلان إعلان لتمامه في موطنه بدلاً من إجراءاته وفقاً لما تنص عليه المادة ١٣ مرفعات<sup>(٥)</sup>. وليس للخصم الذي تسبب بعمله في الخصومة إلى تأجيل التحقيق، لا يجوز له أن يتمسك بعدم جواز إجراء التحقيق لفوات الميعاد استناداً إلى المواد ٧١، ٧٣، ٧٤ من قانون الإثبات<sup>(٦)</sup>. وليس للنيابة العامة التمسك بالجزاء، إذا كانت

معه فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يكون مكلفاً بالتحقيق من صفة من استلم منه الإعلان انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٧٩ - ١٨٣ بند ١٧٢ وما بعده د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية - ص ٨٥ وما بعدها بند ٥١ وما بعده د. أحمد هندي: العلم القانوني ص ١٤٥ وما بعدها. وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٦٦/٢/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٣١٨ نقض ١٩٨٠/١/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ج ١ ص ٣٢٤ نقض ١٩٧٨/٣/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ج ١ ص ٧٢٥.

- (١) انظر فيما سبق بند ٧.
- (٢) فقد ارتكب المدعى خطأ "ذكر عنوان خاطئ وكان يجب عليه ذكر العنوان الصحيح" هذا الخطأ هو الذي أفضى إلى تعيب عملية الإعلان "بطلان الإعلان للخطأ في عنوان المعلن إليه، وبالتالي عدم وصوله إليه. د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان ص ١٧ بند ٥ والحكم المشار لديه نقض مدني دائرة ٢ في ١٩٥٧/١١/٢٢ النشرة المدنية ٢ رقم ٧٢٠.
- (٣) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٢٨. د. أحمد هندي: الإشارة السابقة، أصول ص ٨٦٣ وما بعدها بند ٢٧٢. وفي تطبيق ذلك قضى بأنه "إذا كان المعلن إليه قد قام بتغييره = عنوانه ... موطنه .... دون إخطار طالب الإعلان، ولم يستطيع طالب الإعلان أن يستل على موطنه الصحيح إلا بعد فوات الميعاد الذي حدده القانون لاتخاذ الإجراء، فإنه لا يجوز للمعلن إليه التمسك ببطلان الإجراء، لاتخاذ بعد الميعاد، إذ هو الذي تسبب في البطلان" نقض ١٩٨٣/١٢/٢٥ طعن ١٢٩٩ لسنة ٤٩ ق أحمد هندي التعليق ج ١ ص ٤٨٢ مادة ٢١ أصول ص ٨٦٤.
- (٤) نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٤٠ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض أثار طلبه ج ٥ ص ١٢٣ مشار إليه لدى أحمد هندي التمسك بالبطلان ص ١٧.
- (٥) د. أحمد أبو الوفا: الدفاع ص ١٠٢ بند ٤٥ د. أحمد هندي: العلم القانوني ص ٢٩٢ وما بعدها بند ٢٢. وفي تطبيق ذلك قضى بأن "إعلان رجال الجيش وجوب تسليمه إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة، تسليم الإعلان للنيابة دون ثبوت استلام الإدارة المشكورة، أثره بطلان الإعلان" نقض ١٩٧٧/٢/٢٤ لسنة ٢٨ ص ٥٦٩، نقض ١٩٧٧/٣/١٦ طعن ٥١٧ لسنة ٤٣ ق نقض ١٩٨٠/٣/٢٩ طعن ٣١٨ لسنة ٤٣ ق أحمد مليجي التعليق ج ١ ص ٥٤٩. نقض ١٩٧٣/٥/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٨٥٠ نقض ١٩٦٩/١١/١١ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٤٠٠ نقض ١٩٧٨/١/١٥ طعن رقم ٨٦٧ لسنة ٤٤ ق نقض ١٩٩٢/١/٢٩ طعن رقم ١٩٠١ لسنة ٦١.
- (٦) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٦٠ بند ٣١٨.

المحكمة قد أخطرتها، فلم تتدخل في القضية، ذلك أنها هي السبب في المخالفة الإجرائية<sup>(١)</sup>.

وعلى الوجهين سواء اتخذت الإجراءات في مواجهة الخصم بالمخالفة للمركز القانوني أو اتخذ الخصم بنفسه الإجراءات، فلا يجوز له التمسك بالجزاء، لأن العيب الإجرائي راجع لمسلكه، ولا يجوز له في الوجهين إثبات عكس ماسلكه والتمسك بالجزاء، فليس للخصم أن يدعى ضد فعله.

ومن ناحية ثانية: قد يكون مصدر الفعل الذي يسبب العيب الإجرائي شخص يمثل الخصم أو يعمل باسمه<sup>(٢)</sup>. فليس من الضروري أن يكون المتسبب هو الخصم نفسه، وإنما يكفي أن يكون شخصاً آخر يعمل باسم الخصم ولحسابه<sup>(٣)</sup> كالمحامى، أو المحامى الظاهر، أو المحضر أو النائب القانوني أو النائب الإتفاقي أو ممثل الشخص المعنوي. فإذا كان المحامى أو المحضر فى قيام أى منهم بعمله قد تسبب فى العيب الإجرائي، فإن الخصم الذى يعمل المحامى<sup>(٤)</sup> أو المحامى الظاهر<sup>(٥)</sup> أو المحضر<sup>(١)</sup> باسمه لا يستطيع التمسك بالجزاء المتولد عن هذا العيب.

(١) يجب على النيابة العامة أن تتدخل في الحالات التي نصت عليها المادة ٨٨ مرافعات نقض ٢٠٠١/٥/١٢ طعن ٤٤٥ لسنة ٢٦٦ أحوال شخصية أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ١٦١. وحيث تأمر المحكمة بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة إذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام والأداب، يجب على النيابة العامة التدخل في هذه الحالة مادة ٩٠ مرافعات. نقض ١٩٩٤/٢/١٤ - طعن ١٠٠٦ لسنة ٥٧ق السنة ٤٥ ص ٢٤٦ رقم ٧٣. نقض ١٩٩١/١٢/٢ طعن ١٥٩٩ لسنة ٥٢ق السنة ٤٢ ص ١٧٤٧ عدد ٣ رقم ٢٧٤ أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ١٨٩. وإذا لم يتم اخبار النيابة العامة بوجود قاصر فى الدعوى فإن البطلان يكون نسبياً لا يجوز لغير القاصر التمسك بالجزاء، كما يجب عليه إثباته قبل قفل باب المرافعة.

نقض ١٩٧٩/٣/٢ طعن ٢٤ لسنة ٤٤ق نقض ١٩٦٤/٦/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٥ ص ٨٣٦. نقض شرعى عماني ٢٨/٣/٢٠٠٤ طعن رقم ٢ لسنة ٢٠٠٤ أحكام المحكمة العليا ٢٠٠٥ ص ٣٠٢.

(٢) د. فتحي والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٥٩ بند ٣١٨ د. نبيل عمر: أصول ص ١٠١٤ بند ٩١١ إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢٢ بند ١٣٦ د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٥٣ بند ٣٠١ د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ٧١٠ بند ٣٩٧ د. أحمد أبو الوفا: النفوس ص ٦٤ بند ٣٥.

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه في إعمال هذه القاعدة يستوى أن يكون من تسبب في البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه... "وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٠/٥/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٦١٩.

(٤) قضى بأنه "لما كان الثابت من ملف الدعوى الاستئنافية أن المحامى الموكل عن مورث الطاعنين لم يعلن عن وفاة المورث أثناء نظر الاستئناف، ولم يخبر المطعون ضدها بذلك وظل يبأشر الدعوى باسم المورث إلى أن صدر الحكم المطعون فيه، = ومن ثم فلا يكون هناك ثمة بطلان قد لحق بالإجراءات، لأن السبب الذى كان يجب أن توقف من أجله الدعوى كان مخفياً على المستأنف عليه فلم يكن له أن يظن أن المحامى الذى يمثل المتوفى قد انقضت وكالته بوفاته:" نقض ١٩٩٥/٤/١٠ الطعن رقم ١٥٣٩ لسنة ٥٨ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ج ١ ص ٦١٥. نقض ١٩٤٠/٢/١٥ طعن ٦٢ لسنة ٩ق الموسوعة الذهبية ج ٦ ص ١٩١ رقم ٦٢.

(٥) فعلى الرغم مما يقوم المحامى الظاهر بعرضه للمحاكمة التأديبية، إلا أنه لا يبطل ما صدر منه لصالح موكله من أعمال، كما لا يبرر لموكله طلب بطلان هذه الأعمال، وأكدت محكمة النقض على صحة هذه الأعمال، فقضت بأنه "إذا نهي المشرع عن ممارسة المحامى لعمله أثناء فترة استبعاد اسمه من جدول المحامين المشتغلين لعدم سداد اشتراك الترقية فقد دل بذلك على أن هذه الممارسة تكون ممارسة غير مشروعة، ويترتب عليها خضوعه للعزائم المقررة فى المادة ٢٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ والمادة ٣٤ من اللائحة الداخلية لنقابة المحامين. ومثل هذه الممارسة وأن

كما لا يكون لمن يعمل باسم الخصم الولي<sup>(٢)</sup> أو الوصي أو القيم<sup>(٣)</sup> أو ممثل الشخص المعنوي<sup>(٤)</sup> أن يتمسك بالجزاء الذي تسبب فيه<sup>(٥)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٦)</sup> بأنه لا يجوز للمستأنف أن يتمسك ببطلان صحيفة الاستئناف أو للخصم أن يتمسك ببطلان إعلان ورقة التكليف بالحضور ما دام قد صدر هذا العمل من شخص يعمل باسمه.

٣٧ - ثانياً: مساهمة الخصم في العيب الإجرائي محل الجزاء: تُطبق قاعدة

"لا يجوز أن يتمسك بالجزاء ممن تسبب في العيب ولو لمجرد مساهمة الخصم في هذا العيب، كأن يطالب أحد الخصوم بتأجيل التحقيق لمرات عديدة<sup>(٧)</sup> فيقع التحقيق باطلاً لفوات المواعيد التي حددها المشرع<sup>(٨)</sup> أو يتسبب الخصم في تأجيل الدعوى مرات عديدة حتى وقعت إجراءاتها باطلة، لوقوعها في فترة انقطاع مثلاً، أو لتعيب عملية الإعلان، كأن تستغرق فترات طويلة، ويماطل الخصم في الحضور دون تقصير من الخصم الآخر. أو يقدم الخصم طلبات اختصاص متتالية ثم بعد ذلك يدعى

أنتجت في بعض الصور أثرها في حق الموكل إلا أن هذا الأثر يكون معدوماً بالنسبة للمحامي ولا يترتب له حق لقيام عمله على إخلال بواجبات مهنته" نقض ١٩٦١/١/٢٨ مجموعة الأحكام - ١٢ رقم ٣ ص ١٠ نقض ١٩٦٦/١/٢٩ مجموعة الأحكام ١٧ - رقم ٢ ص ١١ نقض ١٩٧٢/٥/٤ مجموعة الأحكام - ٢٣ - رقم ١٢٨ ص ٨١٥ مشار إليه لدى محمد سعيد عبد الرحمن ص ١٩٠ - ١٩٢.

(١) قضى بأن "المحضر غير مكلف بالتحقق من صفة من يتقدم إليه لاستلام الإعلان، فإذا كان الثابت من صورة الإعلان أن المحضر انتقل إلى مقر إدارة الإصلاح الزراعي وخطب من نكر له أنه محام بهذه الإدارة وسلمه الصورة، فإن هذا يكفي لصحة الإعلان، ولا يجدي الطاعن - وزير الإصلاح الزراعي - بعد ذلك التعلل بعدم وصول الصورة إليه أو الإدعاء بأن الصفة التي قررها مستلم الإعلان غير صحيحة" نقض ١٩٦٦/٢/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٣١٨.

(٢) قضى بأنه "إذا اتخذت الإجراءات في هذه الحالة في مواجهة الممثل القانوني السابق دون أن ينبه هذا الخصم أو من كان يمثل في المحكمة إلى التغيير الذي طرأ على حالته فإنه لا يجوز له التمسك بهذا العيب للطعن في الحكم الصادر في مواجهة الممثل، وذلك على أساس أن الممثل القانوني يحتفظ في هذه الحالة بصفته في التقاضي بناء على رضا الخصم ذاته نائباً اتفاقياً عنه بعد أن كان نائباً قانونياً د. وجدى راغب: دراسات، ص ٨٧، ٨٨ بند ٤١ والأحكام المشار له لنقض مننى ١٩٦٥/١٢/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ١٣٩٣، نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٤٨٥ نقض ١٩٦٨/٦/٦ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ١١٢٥. نقض ١٩٧٠/١/١٣ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٠.

(٣) نقض مننى ١٩٦٣/٤/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١٤ ص ٥٧٦.

(٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٥٥٩ بند ٣١٨ د. أحمد مليجي: التعليق ج ١ ص ٦٩٦ مادة ٢١. طعن رقم ١٣٧١ لسنة ٧١ ق، نقض ٢٠٠٢/٤/١٠، المحاماة ٢٠٠٣، ع ٣ ص ٩١.

(٥) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة.

(٦) Coss. Com. 9 Mai 1950 R.T.D. Civ. 1951. Préc.

(٧) في ضوابط قيمة الوقت في التأجيل عمالاً لحق الإثبات انظر د. طلعت دويدار، تأجيل الدعوى، منشأة المعارف ٢٠٠٣ ص ١٥٦ - ٢٣٩.

(٨) وجاء في حثيات حكم محكمة الزقازيق الابتدائية أن ".... أن هؤلاء المدعى عليهم هم الذين يتمسكون بالبطلان قد ساهموا بنصيب كبير في طلبات تأجيل التحقيق فما لهم أن يتمسكوا ببطلان إجراء كانوا طرفاً عاملاً في وقوع ما يريدون النفي به عليه - ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسيهه مردود عليه حكمها في ١٠/٤/١٩٥٢ المحاماة ٤٢ - ١١٥٣ - ٢٩٦ مشار إليه لدى د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٥٦٠ وما بعدها بند ٣١٨ د. أحمد مليجي التعليق ج ١ ص ٦٩٦.

وجود بطلان فى عملية اختصام أحدهم أو بعضهم<sup>(١)</sup> أو يطلب سماع الشاهد ثم يدعى ببطلان شهادة الشاهد لعدم أهليته للشهادة، والدائن الذى نبه مدينه بالوفاء ثم يدعى بطلان التنبيه لعدم التوقيع عليه<sup>(٢)</sup> فالخصم فى كل ذلك لا يكون من حقه التمسك بالجزاء نظراً لأنه ساهم بمسلكه فى وقوع العيب الإجرائى.

وأيضاً من صور مساهمة الخصم فى العيب الإجرائى وعدم أحقيته فى التمسك بالجزاء، عدم حق المدعى فى أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا ما عجلت الدعوى بعد مضى سنتين يوماً على شطبها<sup>(٣)</sup> أو كان راجعاً إلى فعله عدم إعلان المدعى عليه خلال الثلاث أشهر من تاريخ إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب مادة ٧٠ مرافعات.

والأكثر من ذلك تتوافر مساهمة الخصم فى العيب الإجرائى لمجرد أنه أهمل أو قصر فى عمل التحريات الجدية للاهتمام إلى محل إقامة الشخص المراد إعلانه، بل يجب عليه أن يثبت أنه قام بتحريات جدية لمعرفة محل إقامة خصمه، ولم يهتد إليه فاضطر إلى إعلانه فى النيابة<sup>(٤)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٥)</sup> بأنه "لا يعتبر جهل المدعى بورقة خصمه أو موطنهم عذراً مانعاً، بل عليه هو البحث والتحرى عنهم للمحافظة على مصلحته وعدم تعريض دعواه للسقوط بفعله".

وترتيباً على ذلك، متى وجد العيب الإجرائى، يستوى من تسبب فيه، سواء كان الخصم نفسه أو بواسطة من يعمل باسمه أو ساهم الخصم فى تحقق هذا العيب، وتحققه، يتحقق معه مفترض قاعدة "لا يجوز أن يتمسك بالجزاء من تسبب فى العيب" ودون أن يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ، بل يكفى مجرد الواقعة

(١) د. أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٨ بند ٥.

(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٥٦٠ والأحكام المشاره لده.

Coss. 15 - 4 - 1949 Foro. It. Rep. 1949. V. Prova Testimoniale N 65.

Coss. 8 Maggio 1952 Faro. It. Rop. 1952. V. Esecuzione N 65.

(٣) أحمد هندى: شطب الدعوى ص ١٠٨ بند ٢٠، د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص ٣١، طعن ٢٢٦٧ لسنة ٧٢ ق، نقض ٢٠٠٣/٦/٣٠ هيئة قضايا الدولة ٢٠٠٥، ص ١٨٩، نقض ٢٠٠٧/١٠/١٤ طعن رقم ٢٤٧١ لسنة ٦٤ ق.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٧ بند ٣٨.

(٥) نقض ١٩٩٥/١٢/٢٧ الطعن رقم ٢١٦٨ لسنة ٦٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦. ج ٢ ص ١٤٧٧.

التي تؤكد نسبة العيب إلى الخصم أو مساهمته فيه أو من يمثله أو يعمل باسمه<sup>(١)</sup>. كما لا يشترط أن يكون فعل الخصم أو من يعمل باسمه هو السبب الرئيسي أو السبب المباشر أو السبب الوحيد لوجود العيب في الإجراء الذي أدى إلى الجزاء<sup>(٢)</sup> أى يكفي أن تتوافر علاقة سببية<sup>(٣)</sup> بين فعل الخصم أو مساهمته في هذا الفعل أو من يعمل باسمه وبين هذا العيب.

والمعيار الذى يسترشد به القاضى فى الكشف عن علاقة السببية، هو معيار موضوعي<sup>(٤)</sup> تتوافر علاقة السببية بمجرد كون الخصم أو بمساهمته أو من يعمل باسمه أدى بعمله إلى وقوع الخصم الآخر فى الخطأ<sup>(٥)</sup> فذكر طالب الإعلان موطناً غير صحيح للمعلن إليه. وتم الإعلان فى هذا الموطن لا يجوز أن يتمسك بالجزاء<sup>(٦)</sup>.

وتبنى الفقه<sup>(٧)</sup> التفسير المرن لقاعدة "لا يتمسك بالجزاء من تسبب فيه" يتمشى مع سياسة المشرع فى تنظيمه للجزاء الإجرائى والحد منه<sup>(٨)</sup> فحيث يصدر من الخصم

(١) وقد حرصت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالى بالتأكيد على ذلك، بتقريرها أنه فى أعمال هذه القاعدة "لا يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ بل تكفى مجرد الواقعة التى تؤكد نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه".  
ومن باب أولى إذا وقع من الخصم غش، فيكون العيب الإجرائى قد بلغ مدهاء، ولا يحق للخصم بحال أن يستفيد منه، والغش باعتباره سلوك غير مشروع يتوافر فى حده الأدنى فيما يكون لدى الخصم من سوء نية بسكوته أو كتمانته لأمر معين يؤثر على الخصم الآخر، ويتوافر فى حده الأقصى فى تعمد الخصم استعمال وسائل احتمالية غير مشروعة بقصد تضليل خصمه. فكل عمل يكون أساسه سوء نية، بقصد الإضرار بالغير لا يكسب حقاً ويجب ألا يستفيد منه صاحبه، وكل عمل يبنى على سوء النية يجب نقضه. د. أحمد أبو الوفا: النفوع ص ٧٠ - ٧٢ بند ٤٠، ٤١ والحكم المشار لديه نقض ١٩٨١/١/٢٨ رقم ١٨٣ لسنة ٤٣ ق.

Coss. Civ. 21 Juill 1980. R.T.D. Civ. 1981. 456. ob. Perrot.

Coss. Civ. 16 Juill. 1976 Bull. Civ. 1976. 11. N 245 Paris. 11. Janv. 1982. G. P. 1982. 2562.

وفى الغش الإجرائى وتميزه عما قد يختلط به والجزاء المترتب عليه انظر د. سنية يوسف: غش الخصوم دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣ ص ٩٥ وما يليها. د. سيد أحمد محمود: الغش فى التقاضى والتنفيذ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٩٩ العدد الأول السنة ٤١ ص ٢٧٧ وما يليها.

(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٦٠ بند ٣١٨. د. نبيل عمر: أصول ص ١٠١٤. بند ٩١١. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٧٥٣ بند ٣٠١. د. أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٨ بند ٥. د. أحمد ملنجى: التعليق ص ٦٩٦.

(٣) والسببية قاعدة عملية، وليست قاعدة سلوك، والقواعد العملية هى قواعد تقريرية لأنها تقرر الواقع دون إحداث أى تغيير أو أى تأثير عليه. انظر: د. سمير تناوغ: النظرية العامة للقانون ١٩٨٦ منشأة المعارف ص ٣١ وما بعدها بند ٩.

(٤) D, onofrio: Commento al codice - art. 157. N. 393. P. 323.

(٥) مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد زغلول: ص ٥٦٠.  
(٦) كارنيولوى: نظام الأعمال الإجرائية ج ٢ ص ٥٢٤ رقم ٥٦٥ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد زغلول: الإشارة السابقة.

(٧) د. إبراهيم نجيب سعد ص ٧٥٤ بند ٣٠١.

(٨) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ١٩ بند ٥.

سلوك يساهم ولو بقدر محدود، وحده أو مع غيره، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى حدوث الجراء، فإنه لا يحق لهذا الخصم التمسك به - وكما رأينا - كأن يقوم الخصم بالمماثلة أو طلب التأجيلات العديدة التى لا مبرر لها لأعمال التحقيق أو الإجراءات، أو أى مسلك آخر تستشف منه المحكمة نية الخصم فى التسوية وإفساد مساعى خصمه فى الحصول على حقه<sup>(٢)</sup>.

وإذا حدث أن تمسك الخصم بالجزاء المتعلقة بمصلحته الذى تسبب فيه، ودفع الخصم الآخر برد ذلك، لأن التمسك بالجزاء هو المتسبب فيه، فيجب على المحكمة أن ترد على هذا الدفاع، وأن تتحقق من صحته، لكونه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى<sup>(٣)</sup> ويتحمل الخصم صاحب الإجراءات المعيب الجراء الناشئ عن خطاه أو خطأ من يمثله<sup>(٤)</sup>.

٣٨ - أساس القاعدة: قاعدة "لا يتمسك بالجزاء من تسبب فيه" رغم قدمها ويضرب بجذورها إلى القانون الرومانى<sup>(٥)</sup> إلا أن الفقه لم يتفق حول أساس موحد بشأنها<sup>(٦)</sup>.

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجراء الإجرائى ص ٢١٤ وما بعدها بند ١٦٢ وما بعده دراسة فى السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجراء الإجرائى ص ١٥ وما يليها بند ١١ وما يليه د. د. أحمد ماهر زغول: قواعد الإعلان القضائى المقال ص ٥٨ وما بعدها بند ٢٣. أعمال القاضى التى تحوز الحجية ص ١٣٩ وما بعدها، حاشية رقم ١٥١، د. فتحى والى، أحمد زغول: البطلان ص ٩ بند ٢. أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٦ بند ٥، ص ٢١ بند ٦ د. أيمن رمضان: ص ١٦٥ وما بعدها.

(٢) د. أحمد هندى: الإشارة السابقة.

(٣) نقض ١٩٨٠/٥/٣١ طعن ٨٤٢ لسنة ٤٥ ق مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٦١٩. بخلاف ما لو كان الجراء معدوماً ولو تعلق بالمصلحة الخاصة يجوز التمسك به، كما لو لم يتم الإعلان أصلاً فيعد الجراء معدوماً، يجوز للخصم التمسك بانعدام الإعلان فى جميع الأحوال، فى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨١/١٢/٦ طعن ٩٣٠ لسنة ٤٤ ق أحمد هندى التطبيق ج ١ ص ٤٧٢ وما بعدها، محمد كمال عبد العزيز ص ٢٥٣ وما بعدها، الدناصورى وعكاز: ص ٣٢٨. نقض ١٩٧٨/٤/٢٤ طعن ٨٢٢ لسنة ٤٧ ق مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٠٨٨.

(٤) وتحمل الخصم صاحب الإجراءات المعيب الجراء الناشئ عن خطاه فقد يلحق العيب الإجرائى ضرراً بمن كان المفروض أن يستفيد من اتخاذه، على الأقل من حيث مشقة إعادة اتخاذه مصححاً، بفرص أن ذلك لا يزال ممكناً. فالمسئولية عن هذا الضرر يجب أن تقع على عاتق من تسبب بخطاه فى العيب الإجرائى، وبالتالي فى حصول الضرر، ولا شك أنه إذا كان الجراء راجعاً إلى خطأ صاحب الإجراءات، فإنه يتحمل وحده تبعية هذا الخطأ، وليس له أن يرجع باللوم على أحد، فإذا أخطأ طالب الإعلان مثلاً فى التعريف بالمعلن إليه، وترتب على ذلك بطلان الإعلان، فإنه مهما يكن الضرر الذى يصيب طالب الإعلان من ذلك، فإنه يتحمل وحده ذلك الضرر. انظر د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٨٥ وما بعدها بند ٤٥٢ د. إبراهيم النفيواى: مسئولية الخصم ص ٨٦٩ وما بعدها.

Tomosin: Prec. Fasc. 138. 1990, P. 15, N. 60.

(٥) فالقانون الرومانى كان يقرر أنه ليس لأحد أن يغير من باطل صدر عنه. انظر أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٦ بند ٥.

(٦) حول الاتجاهات الفقهية المختلفة حول أساس قاعدة "لا يتمسك بالجزاء من تسبب فيه" انظر د. فتحى والى، أحمد زغول: ص ٥٦١ - ٥٦٣ بند ٣١٩.

فيرى البعض أن القاعدة تجد أساسها فى كون الجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة جزاء نسبي، والبعض يرى بأن من تسبب فى العيب ليس له مصلحة قانونية، ولهذا فليس له التمسك بالجزاء. والبعض يرى أن هذه القاعدة تجد أساسها فى المبدأ الذى يقضى بأنه لا يجوز للشخص أن يستفيد من غشه. وأخيراً يرى البعض: بأن أساس هذه القاعدة هو أن من تسبب فى الجزاء يفترض أنه بفعله قد نزل عن التمسك به.

والواقع أن هذه القاعدة هى قاعدة قانونية قائمة بذاتها تجد أساسها فى كيانها ولا تحتاج للبحث عن تفسير فى قاعدة أخرى<sup>(١)</sup>. فالخصم ليس له أن يتمسك بالجزاء، لأنه كقاعدة عامة "ليس للشخص أن يدعى ضد فعله هو أو بعبارة أخرى "من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"<sup>(٢)</sup>. أو "لا يقبل من الشخص قول يتنافى مع سبق سلوكه" ومن القواعد الكلية المعتمدة فى الفقه الإسلامى "من سعى فى نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه"<sup>(٣)</sup>. فليس للخصم أن يتصل مما تسبب فيه، ولو كان الجزاء الذى تسبب فيه أو من يعمل باسمه مقررراً لمصلحته، وذلك حتى لا يستفيد من خطأ ارتكب سواء بنفسه أو بمن يمثله، أو لمجرد أنه ساهم فيه.

#### المبحث الرابع

#### عدم التمسك بالجزاء إلا ممن له مصلحة فيه

٣٩- تمهيد:

لكل إجراء غاية معينة، ويقرر لحماية مصلحة محددة، ولشخص معين، وإذا خولف الشكل المقرر لهذا الإجراء، أو لم يتم بالطريقة التى نص عليها القانون كان الإجراء معيباً وبثبت الحق فى التمسك بالجزاء فى هذه الحالة لهذا الشخص فقط، ولذا كانت القاعدة "لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته".

(١) انظر ميكى: النزول رقم ٦ ص ٢٦ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد زغلول: الإشارة السابقة.  
(٢) د. فتحى والى، أحمد زغلول: ص ٥٦٣ بند ٣١٩، الهدر الإجرائى: ص ٧٥ بند ٣٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢٩ وما بعدها بند ١٤٠. د. إبراهيم النفاوى: المرجع السابق ص ٧٧٢. د. أيمن رمضان: ص ٢٨٩.  
(٣) انظر فيما سبق ص ٦٧ حاشية.

#### ٤٠- القاعدة وتطبيقها على صور الجزاء الإجراء المتعلق بالمصلحة

الخاصة: قاعدة "لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته" وأن وردت بشأن البطلان وفقاً للمادة ٢١/ ١ مرافعات<sup>(١)</sup> إلا أنها تمثل قاعدة عامة قابلة للتطبيق على مختلف صور الجزاء الإجرائي<sup>(٢)</sup>. كما أنها تعد وسيلة للحد من هذا الجزاء<sup>(٣)</sup>. وكونها قاعدة عامة أياً كان الجزاء، فهي قابلة للتطبيق، تعلق الجزاء بالبطلان أو بأى صورة من صور سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، أو كان الجزاء متعلقاً بالخصومة كوحدة، كالتمسك بسقوط الخصومة أو اعتبارها كأن لم تكن، أو اعتبار المدعى تاركاً دعواه أو بعدم اختصاص المحكمة محلهاً. فتكون القاعدة هي "أنه لا يجوز أن يتمسك بالجزاء أياً كانت صورته إلا صاحب الصفة في التمسك به، أى ذات الخصم الذى شرع الجزاء لمصلحته ما لم يتصل الجزاء بالنظام العام"<sup>(٤)</sup>. أما كون القاعدة وسيلة للحد من الجزاء، قد يرى الخصم الذى تقررت القاعدة لمصلحته - وكما سنرى - أن من المفيد له رغم ما لحق الإجراء من عيب عدم التمسك بالجزاء<sup>(٥)</sup>. فى مسألتين نتعرض أولاً للقاعدة والجزاءات الإجرائية المتعلقة بالمصلحة الخاصة من غير البطلان، وثانياً: القاعدة والبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة.

#### ٤١- أولاً: ومن تطبيقات عمومية القاعدة الواردة بالمادة ٢١/ ١ مرافعات

بشأن صور الجزاء الإجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة من غير البطلان: رفع

(١) واستقر القضاء على تطبيق القاعدة وواظب عليها فى ظل قانون المرافعات الملغى ٧٧ لسنة ١٩٤٩ رغم عدم النص عليها. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك ببطلان إعلان غيرهم ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة، إذ أن إقانتهم من البطلان مرهون بثبوت النص القانوني، وهو ما يستلزم أن يتمسك به من تعيب إعلانه وأن تقضى به المحكمة". نقض ١٩٥٢/٥/٥ مجموعة الأحكام السنة ٣ ص ١٠٧٩، نقض ١٩٥٩/١١/١٩ مجموعة الأحكام السنة ١٠ ص ٦٨٨، نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١٤ ص ٥٧٩، نقض ١٩٦٥/١٠/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ٩٠٢، نقض ١٩٦٧/١/٥ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٠٤، نقض ١٩٦٩/٣/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٤٦٩.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ٧٦ بند ٤٣. د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٧، ٦٨ بند ٤٧. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائي ص ٤١ بند ٣٢. د. أيمن رمضان: المرجع السابق ص ٢٧٣، ٢٧٩.

(٣) د. أحمد هندی: التمسك بالبطلان ص ٢١، ص ٣٠ بند ٦.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٥) د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧٠٨ بند ٣٩٧.

الدعوى أمام محكمة بالمخالفة للقاعدة العامة فى الاختصاص المحلى<sup>(١)</sup> مادة ٤٩  
مرافعات مصرى، ٤١ مرافعات فرنسى أو بالمخالفة للقاعدة الخاصة لهذا  
الاختصاص<sup>(٢)</sup> حالة استبعاد القاعدة العامة وتطبيق القاعدة الخاصة وفقاً للمواد ٥٠/  
١، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤، ٥٩/٢ وكذلك لو رفعت الدعوى بالمخالفة لحالات  
الاختصاص المحلى المشترك وهى حالة جعل الاختصاص مشترك بين محكمة موطن  
المدعى عليه، ومحكمة يتم تحديدها بواسطة القواعد الاستثنائية<sup>(٣)</sup> وفقاً للمواد ٥٠/٢،  
٥٥، ٥٦، ٥٧، ٥٨، ٥٩/١، ٦٠، ٦١، ٦٢ مرافعات، ومخالفة أى من هذه القواعد  
يكشف عن مخالفة قواعد الاختصاص المحلى.

والمعتمد أن القواعد الثلاثة، العامة والخاصة والمشاركة، فى الاختصاص  
المحلى لمحاكم أول درجة لا تتعلق بالنظام العام<sup>(٤)</sup> وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من  
جانب المشرع وفقاً لصراحة المادة ١٠٨ مرافعات مصرى ٩٣ مرافعات فرنسى<sup>(٥)</sup>.  
وأيضاً بمفهوم المخالفة لنص المادة ١٠٩ مرافعات مصرى ٩٢ مرافعات فرنسى.

(١) وتجد القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى أساسها ومبناها فى فكرتين متكاملتين، تتجسد أولى الفكرتين فى اعتبار  
المساواة وتحقيق التوازن بين المراكز القانونية للخصمين فى الدعوى، فالمدعى هو صاحب المبادرة واختيار الوقت  
الملائم لرفع دعواه. وهذا لا يتم غالباً إلا بعد أن يكون قد تهيأ لذلك بجمعه لكل ما يدعم دعواه، وطالما هو البادئ بذلك  
فيجب أن تكون مبادرته أمام محكمة موطن المدعى عليه، والفكرة الثانية، تتمثل فى قرينتى براءة الذمة والظاهر، فبما  
يتعلق بالحق الشخصى، فالأصل بصدده هى براءة الذمة إلى أن يثبت العكس. أما الحق العينى، فالأصل فيه مطابقة  
الظاهر للحقيقة، فمن يحوز شئ يفترض أنه مالكة إلى أن يثبت العكس  
د. عبد الباسط جميعى: نظرية الاختصاص فى قانون المرافعات الجديد وتحليلاته دار الفكر العربى ١٩٧٥ ص ٦٠ وما  
بعدها. طعن رقم ٧٠١٧ لسنة ٦٣ ق، نقض ٢٠١٢/١/١٤ المستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض من أول  
يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢، ص ٥٠.

VINCENT et GUINCHARO: op. cit. P. 262 N 342 ets.

SOLUS: Compétence d'attribution et Compétence territoriale. J.C.P. 1947. doctor N 663.

(٢) لتجد القاعدة الخاصة أساسها ومبناها فى ضرورة تركيز الاختصاص ببعض الدعوى المتعلقة بمال معين أو بشخص  
معين بمحكمة معينة قريبة بهذا المال أو بهذا الشخص، وذلك لسهولة الانتقال إليه والتيسير على القائمين بالنفع عنه د.  
وجدى راغب: مبادئ ص ٣١٨ د. على هيكل النفع بإحالة الدعوى ص ١٤٨ بند ١٣٩ د. عبد الباسط جميعى: المرجع  
السابق ص ٧٥ وما بعدهما.

BARRERE: Tribunal d'instance: jur – class. Pr. Civ. 1995. Fasc. 308 P. 5. N 37. VINCENT  
et Guincharo. Op. cit. P. 79 N 80.

(٣) وتجد القواعد الاستثنائية أساسها ومبناها فى اعتبارات مختلفة إنسانية وعملية فقد يكون ميناها حاجة المدعى عليه، أو  
لضعف مركزه، أو لكونه الأجدر بالرعاية منه بالنسبة للمدعى د. وجدى راغب: ص ٣٢٥ وما بعدهما د. على هيكل  
المرجع السابق ص ١٤٨ حاشية رقم ٤ د. عبد الباسط جميعى: المرجع السابق ص ١٦٢ بند ١٠٧. نقض ٢٠٠٢/٥/١٢  
طعن ١٦٨٩ لسنة ٧٢ ق، هيئة عامة، مجموعة الأحكام، السنة ٥٤ ص ٧٧٤. نقض ٢٠٠٥/٥/١٨ الطعن رقم ٥٧٨٩،  
لسنة ٧٢ ق، هيئة عامة، مجموعة الأحكام، السنة ٥٦ ع ١ ص ٢٧.

(٤) قارن حيث يرى البعض أن القاعدة الخاصة فى الاختصاص المحلى تتعلق بالنظام العام د. عبد الباسط جميعى: ص ٨٨،  
٨٩، ١٠٦، ١٠٧ د. محمود هاشم: قانون القضاء المنلى الجزء الأول الطبعة الثانية بدون ناشر ١٩٩١ ص ٣٤٣.

(٥) وإن كان المشرع الفرنسى بصدد المادة ٩٣ مرافعات لم يتبع قاعدة موحدة بشأن الاختصاص المحلى فى المواد الولائية  
Matiere greaieuse للقاضى ومن تلقاء نفسه أن يقضى بعدم اختصاصه محلياً بشأن هذا النوع من المسائل التى

وما أعتده المشرع بصدد قواعد الاختصاص المحلى لمحاكم الموضوعى، سواء بصراحة النصوص، أو بمفهوم المخالفة للبعض الآخر، استقر عليه الفقه<sup>(١)</sup> وأكده القضاء<sup>(٢)</sup> ليكون الدفع بعدم الاختصاص المحلى أحد الدفوع الإجرائية المشروطة تطبيقها بطلب يقدم من أحد الخصوم لعدم تعلقه بالنظام العام، وهو ما يقيد من سلطة القاضى فى إثارة المخالفات التى تقترب بالإجراءات والتصدى لها من تلقاء نفسه، فسلطته فى التدخل فى هذه الحالات مشروطة بطلب يقدم إليه من الخصم صاحب المصلحة أو من يمثله<sup>(٣)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٤)</sup> بأن "الدفع بعدم الاختصاص المحلى من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، ويتعين على المتمسك به إبدائه قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فيه، ويسقط حق الطاعن فى هذا الدفع إذا لم يكن قد حضر أمام محكمة أول درجة ولم ييده فى صحيفة الطعن ويجوز النزول الضمنى عنه".

ترفع إليه بالمخالفة لقواعد اختصاصه محلياً، وعلى ذلك يتمثل فى واقعة غياب الخصم الذى يدفع بعدم الاختصاص المحلى فى تطبيق ذلك انظر:

= T. G. in. Strasbourg; 17 Avr 1980. J. C. P. 1981. 11. N.; 19593. Note. Mayron. R.T.D. Civ. 1981. P. 681. obs. Normand.

أما فى المواد النزاعية Matière Contentieuse لا يملك القاضى أن يقضى من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه محلياً، وإنما يتعين أن يتمسك صاحب المصلحة بعدم اختصاص هذا القاضى ليقضى به. ومع اعتماد المشرع الفرنسى هذه القاعدة بصدد هذه المواد، إلا أنه استثنى منها حالات ثلاثة، يمكن للقاضى أن يقضى فيها ولو من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه محلياً. أولها: الأئزعة المتعلقة بحالة الأشخاص L'etat des Personnes وثانيها: الحالات التى يجعل فيها المشرع الاختصاص لمحكمة معينة دون سواها attribute Competence exclusive. وثالثها: حالة غياب المدعى عليه comparaitpas، وفى جميع الأحوال يتعين على القاضى أن ينبه الخصوم ويسمح لهم بتقديم ما يرونه من ملاحظات بشأن ما يقضى به من تلقاء نفسه انظر:

HÉBRAUD; obs. R.T.D. Civ. 1973. P. 798. GIVERDON: La Procédure de règlement des exceptions incompétence de Litispendance et de Connexité d'après le décret N 72 – 684. du 20 Juillet 1972 Ency. Dalloz Chronique XXIII. P. 169 N 103 – 105. GIVERDON: incompétence. Ency. Dalloz Priciv 1979 P. 15 N 172.

(١) د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ٥٠، ٥١، والمرجع المشاركة لعيد الأتصارى التيدانى: القاضى ص ٣٨ وما بعدها بند ٢٩ وجدى راغب: مبادئ ص ٣٤٣ وما بعدها إبراهيم نجيب سعيد ج ١ ص ٥١٨ وما بعدها بند ٢١٠.

(٢) نقض ١٩٧٧/١/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ٢٢٢، نقض ١٩٨٤/٢/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٥٥١ نقض ١٩٩٧/١٠/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ١١٤٣.

Coss. Civ. 28 Fevr 1928 Gaz Pal 1928 – 1 – 771 Civ. 8 Déc 1977 Bull Civ. 11. N 285. Soc. 23 Juill 1980 Gaz Pal. 1980. 2. P. 527.

(٣) د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى: ص ١٤٠ بند ٧٢، د. على هيكال: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٤٨ وما بعدها بند ١٣٩ د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٥١١ بند ٢٠٨، ص ٥٢٣ بند ٢١٢، د. نبيل عمر: أصول ص ٢٦٣ بند ٢٤٣، ص ٢٨٣ بند ٦٥.

BARRERÉ: Préc. P. 2. N 3 etss GIVERDON: Incompétence. Préc. P. 15. N 172 ets.

(٤) نقض ١٩٩٧/١٠/٢٠ طعن رقم ٢٨٨٤ لسنة ٦٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ج ٢ ص ١١٤٣. طعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٦١ ق نقض ٢٠٠٦/٣/٢٥ المحاماة ٢٠٠٧ ع ٦، ص ٣١١.

٤٢- تطبق القاعدة ولو كان الجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة يقع بقوة

القانون بمجرد توافر موجباته: والتي من هذه اللحظة تتولد آثار الجزاء القانونية، ولكن الاستفادة من هذه الآثار ينبغي صدور حكم تقررى يقرر سبق قيام وقوع الجزاء والمحكمة لا تستطيع بحال أن تقرر ذلك من تلقاء نفسها<sup>(١)</sup> وإنما يجب على صاحب المصلحة أن يتمسك بالجزاء. فإذا حدث وأن عجل المدعى دعواه من الشطب وفقاً للمادة ٨٢/ ١ مرافعات، وتمسك المدعى عليه باعتبارها كأن لم تكن - وجب على المحكمة أن تقضى باعتبارها كذلك - ولا يحق للمدعى أن يتمسك بهذا الدفع إذا ما عجلت الدعوى - على فرض أن القائم بالتعجيل هو المدعى عليه - بعد مضي ستين يوماً على شطبها، فهذا الجزاء مقرر لمصلحة المدعى عليه وحده<sup>(٢)</sup>.

ويطبق جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن ولو كان سببه إهمال المدعى وعدم تنفيذه لما أمرته به المحكمة<sup>(٣)</sup> مما كان سبباً لوقف الدعوى جزاءً تطبيقياً للمادة ٩٩ مرافعات "لمدة لا تتجاوز شهراً بعد سماع أقوال المدعى عليه" وإن كان سماع المحكمة لأقوال المدعى عليه لا تعد موافقة على الوقف<sup>(٤)</sup> إلا أن المدعى عليه قد

(١) انظر فيما سبق بند ٣٢.  
(٢) د. أحمد أبو الوفا: المدفع ص ٦٩٣ بند ٣٦٥. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٤٦ وما بعدها بند ١١٤. د. أحمد هندي: شطب الدعوى ص ١٠٧ بند ٢٠. د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص ٣٨ وما بعدها بند ١٧ وما بعده = تطبيقاً لذلك قضى بأن "مفاد الشق الأول من الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ويعد تعديلها بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ أن الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب خلال الميعاد الذي نص عليه في ذلك الشق، لا يزال من قبيل الدفع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها. وإنما يجب أن يتمسك به الخصم الذي تقرر لمصلحته، ولما كانت محكمة أول درجة قد قررت الشطب بموجب صحيفة مودعة أعلنت بعد مرور ستين يوماً على شطبها، وقد مثل وكيل عن المطعون ضده بجلسات المرافعة بعد تجديد الدعوى من الشطب، ولم يدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب خلال ستين يوماً ولم يطلب الحكم به، ومن ثم فقد سقط حقه في الدفع، بما لزمه أنه كان يتعين على محكمة الاستئناف المضي في نظر الاستئناف المقام من المطعون ضده طعناً على حكم أول درجة، وإذا اعتبر الحكم المطعون فيه هذا الدفع قد أضحي متعلقاً بالنظام العام، وربت على ذلك عم جواز الزول عنه، وعلى المحكمة إثارة من تلقاء نفسها، وقضى على هدى من ذلك باعتبار الاستئناف كأن لم يكن، فأنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما حجب عنه بحث موضوع الاستئناف بما يوجب نقضه" نقض ٢٠٠٧/١٠/٢٨ الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٦٦ ق لم ينشر نقض ٢٠٠١/٦/٢٥ الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٦٥ ق أحوال شخصية لم ينشر، نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ الطعن رقم ٨٣٦١ لسنة ٦٤ ق مجموعة الأحكام لسنة ٤٨ ج ٢ ص ١٣٥٦ مشار لهذه الأحكام لدى أيمن رمضان: ص ٢٧٤ وما بعدها. نقض ٢٠٠١/١/٢٥ طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٦٥ ق نقض ٢٠٠٤/٥/٩، طعن رقم ٥٩٥٦ لسنة ٦٤ ق، نقض ٢٠٠٣/٦/٢٤ طعن رقم ٣٢٩٢ لسنة ٦٥ ق، نقض ٢٠٠٣/٦/٣٠ طعن رقم ٢٢٦٧ لسنة ٧٢ ق.

(٣) د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص ٣٨ وما بعدها بند ١٧ وما بعدها.

(٤) وفي تطبيق ذلك انظر: الطعن رقم ٣٤٩٩ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠١١/١٢/٢٢ هشام الجميلي ص ١٢٠٧.  
د. أحمد مليجي: ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع وفقاً لقانون المرافعات وأراء الفقه وأحكام المحاكم دار النهضة العربية بدون سنة نشر ص ٤٦ وما بعدها. قارن د. أحمد أبو الوفا: المدفع ص ٦٩٦ بند ٢٧٣ حيث يرى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضى بالوقف إلا بعد موافقة المدعى عليه وإلا امتد أثر العقوبة عليه.

تكون له مصلحة في عدم وقفها والفصل فيها بحالتها، حتى لا يضار من تقصير المدعى، إلا أنه وحده صاحب المصلحة دون غيره في التمسك بسماع أقواله<sup>(١)</sup>، إذ لا يتعلق هذا الدفع بالنظام العام، فيقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته، لأن وقف الدعوى في هذه الحالة جوازي للمحكمة حسبما تستبينه من ظروف الدعوى وملاساتها<sup>(٢)</sup>.

وإذا انتهت المحكمة بتقديرها على هدى ما قرره المدعى عليه، وتبين لها تعنت المدعى ورغبته في مد أمد التقاضي، إن توقف الدعوى جزاءً لمدة شهر أو لمدة أقصر حتى تعرض دعواه للزوال إن لم ينفذ ما أمرته به المحكمة أو لم يعجل الدعوى في الميعاد المحدد توافرت موجبات اعتبار الدعوى كأن لم تكن، ومع ذلك لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، لعدم تعلق اعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنظام العام فيقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته وهو المدعى عليه.

كما يمتد تطبيق قاعدة لا يتمسك بالجزاء إلا من شرع الجزاء لمصلحته بصدد سقوط الخصومة وتقدمها أو انقضائها بمضى المدة. وسقوط الخصومة<sup>(٣)</sup> عبارة عن جزاء إجرائي يترتب القانون على إهمال المدعى في السير في الخصومة، ويرمى إلى حثه على السير فيها، حتى لا تبقى مجرد وسيلة تهديدية بغرض الكيد لخصمه. سواء كان الأساس الفني لسقوط الخصومة هو قرينة الترك المستفادة من توقف المدعى عن متابعة الخصومة، فيكون تمسك المدعى عليه بهذا السقوط قبولاً منه للتترك<sup>(٤)</sup> أو كان

- (١) فإذا قضت المحكمة بالوقف دون سماع أقوال المدعى عليه فإن حكمها يكون باطلاً. د. أحمد هندي التعليق ج ٢ ص ٢٤٥ مادة ٩٩.
- (٢) نقض ٢٠٠١/٦/٢٥ طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٦٥ ق "أحوال شخصية" أحمد هندي التعليق ج ٢ ص ٢٢٢. قارن د. محمود هاشم: المرجع السابق ص ٤٣ وما بعدها بند ٢٠. نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن رقم ٨٣٦١ لسنة ٦٤ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ج ٢ ص ١٣٥٦. د. الأنصاري النيداني: القاضى والجزاء ص ٥٥ وما بعدها بند ٤٠.
- (٣) د. طلعت دويدار: سقوط الخصومة مرجع مشار إليه سابقاً د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩٢ وما بعدها بند ٢٨٠. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦٦٨. د. أحمد هندي: التعليق ج ٣ ص ١٨٥، نقض ١٩٩٩/١٢/٢٨ طعن ٣٢٤ لسنة ٦٩ ق أحمد هندي: التعليق ج ٣ ص ١٧٧ نقض ١٩٩٢/٣/٤ طعن ٢٨٧٢ لسنة ٦٦ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٤١٦. نقض ١٩٨٣/٤/١٩ طعن ١٣٥ لسنة ٤٠ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٠١٧.

(٤) Devez: de La Permenton d'instance P. 23

مشار إليه لدى د. طلعت دويدار: ص ٦٤١ وما بعدها. ويعترض البعض على هذا الأساس مقررراً بأنه كثيراً ما يكتبه الواقع، فضلاً عن الأصل في التنازل لا يفترض، بل يجب إثباته. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩٤ بند ٢٨٢.

الأساس هو جزاء للمدعى المهمل<sup>(١)</sup> فيكون تمسك المدعى عليه بهذا أمراً طبيعياً، سواء أكان هذا الجزاء في إطار يخص المصلحة الخاصة للمدعى عليه، أو في إطار المصلحة العامة متمثلة في حسن سير العدالة، فإنه ومهما كان من شأن اعتبار المصلحة العامة في هذا الصدد، فإن الأمر لا يصل إلى حد اعتبار سقوط الخصومة من قبيل الجزاءات المتعلقة بالنظام العام<sup>(٢)</sup>.

وسقوط الخصومة، على هذا النحو جزاء مقرر لصالح الخصم صاحب المصلحة فيه دون غيره من الخصوم<sup>(٣)</sup> وصاحب المصلحة في هذا الجزاء دائماً يكون المدعى عليه<sup>(٤)</sup> ووقوع هذا الجزاء بقوة القانون بمجرد توافر موجباته<sup>(٥)</sup> لا يعنى تعلقه بالنظام العام<sup>(٦)</sup>. وهو ما يفيد سلطة القاضي في آثاره والقضاء به من تلقاء نفسه، وإن كان يجب عليه القضاء به متى تمسك صاحب المصلحة متى توافرت

(١) وهو الأساس الذي أعتمدته محكمة النقض، وقضت بأنه يجب أن يكون عدم النشاط من قبل المدعى، أي يكون عدم السير في الخصومة بفعل المدعى أو امتناعه، نقض ١٩٦٦/٦/٣٠ مجموع الأحكام السنة ١٧ ص ١٥٠٢. إذ أن عبء السير في الخصومة يقع على المدعى أو من في حكمه كالمستأنف، فهو المكلف أصلاً بتسيير دعواه إلا إذا أعفاه القانون من ذلك نقض ١٩٩٢/٢/١٦ طعن رقم ١٩١٨ لسنة ٥٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٣٠٨. نقض ٢٠١٧/١٠ طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٧٣ ق، أحوال شخصية.

فإذا كان النشاط اللازم لسير الخصومة إنما يتم من قبل المحكمة، ولا يملك المدعى أية سلطة لتحريكه، فإن الخصومة لا تسقط مهما طاللت مدة ركودها، كما إذا كان عبء تعجيل الخصومة بعد وقفها يقع على قلم الكتاب نقض جزائي ١٩٩٠/٢/٢٦ الطعن رقم ١٢٠٩ لسنة ٥٤ ق مشار إليه لدى د. فتحي والي: الوسيط ص ٥٩٩. نقض ١٩٨٤/٢/٢٦ طعن ١٨٣٠ لسنة ٥٠ ق ١٩٨٤/٣/٢ طعن ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٢٦.

د. طلعت دويدار: الإشارة السابقة.

(٢) وقضى تطبيقاً لذلك بأن "النص في المادة ١٣٤ من قانون المرافعات يدل على أن المقصود بصاحب المصلحة في هذا النص، هو من لم يتم إعلانه بتعجيل الدعوى في الميعاد، فله وحده حق التمسك بسقوط الخصومة، ونظراً لعدم تعلقه بالنظام العام، فإن لصاحب المصلحة فيه أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً، أما الخصم الذي تم إعلانه = صحیحاً بالتعجيل في السنة - ستة أشهر حالياً - فلا يملك التمسك بسقوط الخصومة لعدم إعلان غيره بهذا التعجيل أو بطلان إعلانه به" نقض ١٩٩٢/١٢/٣١ طعن ٣٣٤٠ لسنة ٥٨ ق نقض ١٩٩١/١٢/٢٢ طعن ٩٠٠ لسنة ٤٦ ق نقض ١٩٨٥/١٢/٤ طعن ١٠١١ لسنة ٥٢ ق نقض ١٩٨٧/٣/٢٦ طعن ٣٤٨ لسنة ٥٠ ق أحمد هندي ج ٣ ص ١٩٨. نقض ١٩٩١/١٢/١ طعن ٣٢٩ لسنة ٥٣ ق نقض ١٩٨٧/٣/٢٦ طعن ٤٤٨ لسنة ٥٠ ق. نقض م السنة ٣٨ ص ٤٦٤. نقض ١٩٨٦/٦/٢٢ طعن ١٠٥٥ لسنة ٤٩ ق نقض ١٩٨٤/٢/٢٦ م. نقض م السنة ٣٥ ص ٥٤٠.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٥٢ بند ٣٣٣.

(٥) انظر فيما سبق بند ٣٣.

وفي تطبيق ذلك قضى بأن "المسقوط يقع بقوة القانون، ولكن لا تستطيع أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما لابد من صاحب المصلحة التمسك به نقض ١٩٥٨/٥/١ مجموعة الأحكام السنة ٩ ص ٣٨٢.

(٦) ولكن ليس معنى سقوط الخصومة بتحقيق بقوة القانون أن يتعلق بالنظام العام، فالسقوط لا يتعلق بالنظام العام، وقضى بأن "الدفوع بسقوط الخصومة والدفوع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب في الميعاد وعدم تعلقها بالنظام العام، أثره، ليس لغير من لم يتم إعلانه صحیحاً التمسك بأى منهما، ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة أو كانت الدعوى مما يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها، وعدم جواز توقيع المحكمة أى من هذين الجزأين من تلقاء ذاتها أو التحدي بأيهما لأول مرة أمام محكمة النقض" نقض ١٩٩٨/١/٢٧ طعن ٧٦٦ لسنة ٦٢ ق أحمد هندي ج ٣ ص ١٩٧ نقض ١٩٨٧/٣/٢٦ طعن ٣٤٨ لسنة ٥٠ ق أحمد هندي ص ٢٠٢ نقض ١٩٩٢/٢/١٦ الطعن ١٩١٨ لسنة ٥٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ج ١ ص ٣٠٨ نقض ١٩٨٦/٦/٢٢ طعن ١٠٥٥ لسنة ٤٩ ق، نقض ١٩٨٤/٢/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٥٤٠.

نفسه، وإن كان يجب عليه القضاء به متى تمسك صاحب المصلحة متى توافرت شروط السقوط<sup>(١)</sup>.

أما انقضاء الخصومة بمضى المدة "تنقضى الخصومة في جميع الأحوال بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها" مادة ١٤٠ مرافعات. فعدم السير في الخصومة حالة شاذة لا يمكن أن تبقى إلى ما لا نهاية، ويؤدي هذا الانقضاء إلى وضع حد لتراكم القضايا الراكدة أمام المحاكم<sup>(٢)</sup> وانقضاء الخصومة بمضى المدة جزاء يقع بقوة القانون، رغم عدم تعلقه بالنظام العام<sup>(٣)</sup> مما يقيد سلطة القاضي في إثارته والقضاء به<sup>(٤)</sup>. ومتى طلبه صاحب المصلحة لا يكون للقاضي سلطة تقديرية بشأنه<sup>(٥)</sup> أما إذا لم يطلبه صاحب المصلحة، فلا يمكن للمحكمة بحال القضاء بانقضاء الخصومة بمضى المدة من تلقاء نفسها. مما يبقى على الإجراء المعيب منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح.

#### ٤٣ - ثانياً: القاعدة الواردة بالمادة ١/٢١ والبطلان المتعلق بالمصلحة

الخاصة: تطبيق القاعدة بشأن البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة، هو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ١/٢١ مرافعات. ويكون البطلان متعلقاً بهذه المصلحة إذا كان جزاء القاعدة أو مقتضى مقرر لحماية المصلحة الخاصة لشخص أو أشخاص معينين. والقاعدة<sup>(٦)</sup> أن لهذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص وحدهم

- (١) وتطبيقاً لذلك قضى بأن "... وإذا تمسك صاحب الشأن بسقوط الخصومة وتوافرت موجبات توقيعه، تعين على المحكمة أن تقضي به دون أن يكون لها سلطة تقديرية في هذا الشأن" نقض ١٩٩٨/١١/٣ الطعن رقم ٢٧٧٨ لسنة ٦٢ ق.
- (٢) د. أحمد أبو الوفا: الفروع ص ٦٧٧ وما بعدها بند ٣٥٢. د. وجدي راغب: ص ٦٧٤. وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٢/٤/٩ طعن ١٧٩ لسنة ٥٧ نقض ١٩٨٩/٦/١١ طعن ٣١٨١ لسنة ٥٤ نقض ١٩٨٠/١/٣١ طعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق. د. أحمد هندي ج ٣ ص ٢٢١، ٢٢٢ مادة ١٤٠.
- (٣) وقضى بأن "انقضاء الخصومة بمضى المدة لا يتعلق بالنظام العام، فيتعين أن يتمسك به صاحب الشأن قبل التعرض للموضوع" نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن ١٨٢٢ لسنة ٥٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٧٧٢. نقض ١٩٨٨/٢/٣ طعن ٢٠٧٦ لسنة ٥٣ ق.
- (٤) د. أحمد أبو الوفا: الفروع ص ٦٨٣ بند ٣٥٨ نقض ١٩٦٧/٣/١٦ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٦٧٢ طعن ١٨٢٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ السنة ٣٤ ص ١٧٧٢ هشام الجميلي: تسبب الأحكام المدنية ٢٠١٤ نادي القضاة ص ١٢٠٤. قارن د. وجدي راغب: مبادئ ص ٦٧٥.
- (٥) قضى بأن "متى طلب صاحب الشأن انقضاء الخصومة بمضى المدة واستكمل شروطه فإنه يقع بقوة القانون، فيتعين على المحكمة القضاء به، دون أن يكون لها سلطة تقديرية" نقض ١٩٧٠/٢/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٣١٢.
- (٦) والقاعدة مفررة صراحة في المادة ١/٥٧ مرافعات إيطالي "للخصم الذي تقرر مقتضى معين لمصلحته أن يطلب وحده بطلان العمل لتقضى هذا المقتضى" مشار إليه لدى د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة.

حق التمسك بهذا الجزاء<sup>(١)</sup>. أما خلاف هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص - من الخصوم الآخرين - فلا يحق لهم التمسك بالبطان، ذلك أن الإجراء المعيب يعتبر صحيحاً بالنسبة إليهم<sup>(٢)</sup>.

ومؤدى ذلك أنه لا يحق لأى خصم خلاف الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بالبطان والدفع به. فالإجراء المعيب إنما يعد كذلك بالنسبة للشخص الذى يحميه المشرع بهذا الإجراء وله التمسك ببطلانه حتى يمكن للمحكمة أن تقضى بهذا البطان<sup>(٣)</sup>. أياً كان العيب الناشئ عنه البطان، كما لو لم يعلن الخصم أو أرسل إليه إعلاناً باطلاً<sup>(٤)</sup> أو لم يعلن بمذكرة الخصم الآخر المقدمة أثناء حجز الدعوى للحكم<sup>(٥)</sup> أو كان البطان ناشئاً عن الانقطاع المقرر لمصلحة من شرع الانقطاع لمصلحته<sup>(٦)</sup> أو كان البطان ناشئاً عن انعدام الصفة الإجرائية لأحد الخصوم<sup>(٧)</sup>. كما تنطبق

- (١) وفقاً لما هو مستقر عليه فى الفقه والقضاء انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الحالى.
- (٢) نقض ١٩٧٢/٢/٢٠ طعن ٢٧ لسنة ٣٨ ق مجموعة المبادئ القانونية لأنور طلبه ج ١ ص ٢٥٥ رقم ٥١٦ مشار إليه لدى د. أحمد هندی: التمسك بالبطان ص ٢٤.
- (٣) د. أحمد هندی: التمسك بالبطان ص ٢٤ وما بعدها بند ١٠٦ أصول ص ٨٦٢ بند ٢٧٢ د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة د. أحمد السيد صاوى، الوسيط ص ٧٠٩ بند ٣٩٧، د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٧٥٢ بند ٣٠١، د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢٢ وما بعدها بند ١٣٠، د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٤١ وما بعدها بند ٣٢، العيوب المبطلة للحكم ص ٣٥ وما بعدها، د. أيمن رمضان: ص ٢٦٧ وما بعدها.
- JAPUOT: op. cit. P. 37 N 48. MOREL: op. cit. P. 330 N 411. SOULUS et PERROT: op. cit. T. 3. Procedure de Premiere instance sirey 1991. P. 388 N. 419. VINCENTE et GUINCHARD: op. cit. P. 377 N. 504. D. Tomosin: op. cit. Fasc. 138. P. 8 etss.
- (٤) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك بالبطان إعلان غيرهم ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة، إذ أن إقانتهم من هذا البطان مرهونة بثبوته بالطريق القانونى، وهو ما يستلزم أن يتمسك به من تعيب إعلانهم وأن تقضى به المحكمة" انظر: نقض ١٩٧٧/١/١٢ فى الطعن ٤٠٣، نقض ١٩٦٥/١/٢٦ لسنة ١٦ ص ٩٠٢ نقض ١٩٦٢/٤/٢٥ لسنة ١٤ ص ٥٧٩ أحمد مليجى التعليق ج ١ ص ٦٩٣، نقض ١٩٨٨/٤/١٧ طعن ٧١٩ لسنة ٥٢ نقض ١٩٧٦/١/٢ لسنة ٢٧ ق ص ٢٢٦، نقض ١٩٨٠/١٢/١١ طعن رقم ٨٧٥ لسنة ٤٤٤ ق أحمد هندی التعليق ج ١ ص ٣٣١، نقض تجارى عمانى ٢٠١١/٣/٢٣ طعن رقم = ٣٧٥ / ٢٠١٠ مجموعة أحكام المحكمة العليا لسنة ١١ ص ٦٣٧، نقض مدنى عمانى ٢٠١٠/١/٣ طعن ١٤٥ / ٢٠١٠ مجموعة الأحكام لسنة ١١ ص ٢٣٢.
- Coss. Civ. 31 Mars. 1991. J. C. P. 1991. IV. 184.
- Coss. Civ. 3 Mai 1990. J. C. P. 1990. IV. 244.
- (٥) قضى بأن "البطان المترتب على عدم إعلان من لم يحضر من الخصوم فى الجلسة مقرر لمصلحة الخصم الذى لم يتم الإجراء بالنسبة له، فلا يقبل من غيره التمسك به" نقض ١٩٨٨/١٠/٣٠ طعن ١٠٣٠ لسنة ٥٥ ق موسوعة الفقهى ص ٦٩٠ رقم ١٢٢٦، نقض ١٩٧٨/١/٣١ طعن ٦٣١ لسنة ٤٤٤ ق مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض لأنور طلبه ج ٥ ص ١٤٦ أحمد هندی: التمسك بالبطان ص ٢٧، نقض ١٩٦٩/١٢/٤ مجموعة الأحكام لسنة ٢٠ ص ١٢٨٥.
- (٦) قضى بأن "بطان الإجراءات التى تتم بعد قيام سبب انقطاع سير الخصومة، بطان نسبى مقرر لمصلحة من شرع البطان لحصانتهم، ويجب من هؤلاء التمسك به" نقض ١٩٦٩/٣/٢٥ مجموعة الأحكام لسنة ٢٠ ص ٤٦٩ نقض ١٩٦٧/٧/٦ مجموعة الأحكام لسنة ١٨ ص ١٤٦٨ نقض ١٩٦٧/٣/٨ مجموعة الأحكام لسنة ١٨ ص ٥٨٩، نقض ١٩٦٩/٢/٢٠٩ مجموعة الأحكام لسنة ٢٠ ص ٣٥٧.
- (٧) د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١٢٦ بند ١٨، د. أحمد هندی: التمسك بالبطان ص ٢٨ بند ٦ والأحكام المشاركة لديه. د. على هيكل: المرجع السابق ص ٨٧ وما بعدها بند ٨٣.
- وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٩/٨/٢٤ طعن ٢٠٣ لسنة ٤٤٤ ق نقض ١٩٧٩/١٢/٣ طعن ٥٦٦ لسنة ٤٤٢ ق.

القاعدة على البطلان الناجم عن عدم إخطار النيابة العامة بوجود قاصر في الدعوى<sup>(١)</sup> ففي كل ذلك لا يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته.

٤٤- ضرورة التمسك بالجزاء من جانب الخصم صاحب المصلحة: فحيث

يكون الإجراء معيباً، لأن الغاية منه لم تتحقق<sup>(٢)</sup> وحتى تقضى المحكمة بالجزاء، أياً كانت صورته، البطلان، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، سقوط الخصومة، أو اعتبارها كأن لم تكن، أو اعتبار المدعى تاركاً دعواه، أو انقضاء الخصومة بمضى المدة أو بعدم اختصاص المحكمة محلياً، في كل ذلك ينبغي أن يتم التمسك به من جانب صاحب المصلحة، وتختلف وسيلة التمسك بالجزاء بحسب ما إذا كان الإجراء المعيب قد اتخذ أثناء الخصومة، أو خلال الطعن أو أثناء التنفيذ، ونظم المشرع وسيلة التمسك بالجزاء، حيث يرسم كيفية التقديم بدفع<sup>(٣)</sup> أو بطعن<sup>(٤)</sup> أو بأشكال<sup>(٥)</sup>.

وحيث يتقرر الجزاء لحماية المصلحة الخاصة لشخص أو أشخاص معينين، كان لهم وحدهم التمسك به، وهو ما يقيد سلطة المحكمة، فلا تستطيع أن تقضى بهذا الجزاء من تلقاء نفسها، رغم ما يشوب الإجراء من عيب، ورغم أن المشرع قد نص عليه صراحةً، ولا تعتبر المحكمة هنا مخالفة للقانون، بل تخالفه إن قضت بالجزاء<sup>(٦)</sup>.

- (١) قضى بأن "إغفال كاتب المحكمة إخبار النيابة بالقضايا الخاصة بالتقصر بطلان نسبي لمصلحة القصر، فلهم وحدهم التمسك به" نقض ١٩٦٨/٦/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ١٩ لسنة ١٩٠٢.
- (٢) نقض مدني ١٩٦٣/٤/١٠ مجموعة الأحكام السنة ١٤ ص ٥٠. نقض ١٩٧١/٣/١٨ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٣٥٩. نقض تجاري عماني ٢٠٠٦/١١/١٥ طعن = رقم ٢٩٧/٢٠٠٦ مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة العليا السنة ٧ ص ٦٦٩. نقض تجاري عماني ٢٠٠٦/١٢/١٣ طعن رقم ١٦/٢٠٠٦ مجموعة الأحكام السنة ٧ ص ٧٠٨.
- (٣) فإذا كان العيب الإجرائي قد حدث أثناء سير الدعوى فإن التمسك به يتم على صورة دفع إجرائي، الدفع بالجزاء أياً كانت صورته نقض ٢٠٠١/١/١٨ طعن رقم ٨٨٣ لسنة ٦٩ ق نقض ١٩٩٤/٣/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج ١ ص ١٢٧ نقض ١٩٩٤/٣/٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٤٥٥. نقض ١٩٩٨/٦/٢٧ طعن ٧٦٦ لسنة ٦٢ ق.
- (٤) فإذا وجد العيب الإجرائي ولم يتمكن الخصم من إثارة الدفع أمام محكمة أول درجة، فله أن يتمسك بالعيب الإجرائي من خلال تقديم طعن أمام محكمة الدرجة الثانية نقض ١٩٩٣/٤/٢٧ طعن ٢٣٦٩ لسنة ٥٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ج ٢ ص ٢٤٠. نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ طعن ٣٥٤٩ لسنة ٥٨ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ج ٢ ص ٢٥١.
- (٥) أما إذا كان العمل الإجرائي المعيب قد تم أثناء تنفيذ الحكم فإن هذا الجزاء يتم التمسك به من خلال تقديم أشكال أو منازعة في التنفيذ. نقض ١٩٨٣/٥/٢٤ طعون أرقام ٩٢٣، ١٠٤٩، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٢٩٢ نقض ١٩٨٢/١١/١١ طعن ١٦٦٠ لسنة ٤٨ ق نقض ١٩٨١/١١/١٢ طعن ١٣٣٩ لسنة ٤٨ ق.
- (٦) د. نبيل عمر: سقوط وتساعد وتحول المراكز الإجرائية ص ٦٣ بند ٣٩.

وتقييد سلطة المحكمة في عدم قضاءها بالجزاء في هذا الصدد، يجد أساسه ومبناه في المغايرة القائمة<sup>(١)</sup> بين نص المشرع على الجزاء وفقاً للمواد ٢٠، ١٠٨، ١٤٠ مرفعات، وبين الحكم بالجزاء التي تنظمه المواد ٢١، ٧٠، ١٣٤ مرفعات والتي توضح أن للقضاء بالجزاء المقرر للمصلحة الخاصة، ينبغي أن يتمسك به الخصم الذي شرع الجزاء لمصلحته، ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢ مرفعات التي تحسم بأن الجزاء لا تقضى به المحكمة إذا نزل عنه من شرع لمصلحته<sup>(٢)</sup> والمادة ٢٣ مرفعات التي تجيز تصحيح الإجراء الذي تم باطلاً<sup>(٣)</sup>.

وفي كل ذلك، لا تستطيع المحكمة أن تقضى بالجزاء، لكون الأصل في الإجراءات أنها قد روعت، أي أن ما تم من إجراءات عن طريق الخصوم هو صحيح إلى أن يثبت العكس<sup>(٤)</sup> وأن الذي يثبت العكس هو الخصم صاحب المصلحة. أما المحكمة فيفترض أنها قد تحققت من صحة الإجراءات<sup>(٥)</sup>.

والعبارة في تحديد الشخص الذي من حقه التمسك بالجزاء هو بإرادة المشرع، فلا يعتد بزعم الخصم، ويجب الرجوع إلى إرادة المشرع وقصده لمعرفة ذلك الشخص المقرر الجزاء لمصلحته، ويتبع في الكشف عن هذه الإرادة، وذلك القصد القواعد العامة في التفسير<sup>(٦)</sup> ومن أهم هذه القواعد أن الحكم يبني على الغاية منه<sup>(٧)</sup>

(١) د. أحمد هندي: أصول ص ٨٦١ وما بعدها بند ٢٧٢.

(٢) انظر فيما سبق بند ٢١ وما بعده.

(٣) في تصحيح الإجراء المعيب انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان ص ٦٠٩ وما يليها بند ٢٢٣ وما يليه. وفي تطبيق ذلك انظر: نقض مدنى ١٩٦٧/٥/١٤ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ٩٤٠، نقض ١٩٧٠/٤/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٦٤٦. نقض ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٢٦.

Coss. Civ. 14 Feb. 1990. Bull. Civ. 1990. 111. N 50. Coss. Soc. 9 Avr. 1989. Bull. Civ. 1989. V. N. 286. Coss. Civ. 9 Nov. 1982. Bull. Civ. 1982. N 214.

(٤) نقض مدنى ١٩٩٣/٤/٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ١٨، نقض ١٩٩١/١٢/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ١٨٢٣ نقض ١٩٨٥/١٢/٢٥ طعن ٣٠٠ لسنة ٧١ ق. أحمد هندي: أصول ص ٨٦٢. نقض "أحوال شخصية" ٢٠٠٤/٤/١٩ في الطعن ٤٢٣ لسنة ٧١ ق.

(٥) نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ مشار إليه سابقاً.

(٦) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغول: ص ٥٥٣ بند ٣٢٣، د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٠ بند ٢٥١، د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٧٥١ بند ٢٠١، د. نبيل عمر: أصول ص ١٠٠٩ بند ٩٠٨، د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان ص ٢٥ بند ٦.

(٧) فالمشرع أراد أن يحد من دواعى الجزاء الإجرائى المتعلق بالمصلحة الخاصة، فيغلب موجبات الصحة باعتبار أن الغاية من الإجراءات هي وضعها في خدمة الحق، فشدد على المتمسك بالدفع الشكلى فيما يتعلق بالجزاء أو النفرع التي تعرقل سير الخصومة وفقاً للمستفاد من المادة ١٠٨ مرفعات نقض ٢٠٠٢/٢/١١ إجراءات طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ ق المحاماة العدد ٢٠٠٣/٣ ص ٩٧.

أى يجب البحث عن الهدف أو الغاية من تقرير الإجراء كى نقف على الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بالجزاء<sup>(١)</sup>.

٤٥ - مبرر تمسك الخصم صاحب المصلحة بالجزاء: إذا كان المشرع فيما

يتعلق بالجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة أياً كانت صورته قيد سلطة المحكمة فى القضاء به، وأوجد مبرر هذا القيد فى المغايرة القائمة فى المادة ٢٠، ٢١ مرافعات. وعلق وفقاً للمادة الأخيرة قضاء المحكمة بالجزاء ولو وقع بقوة القانون على إثارة الخصم صاحب المصلحة للدفع والتمسك بالجزاء، ليجد هذا التعليق مبرره فى أن المشرع قد افترض مقدماً وقوع الضرر لمجرد حصول العيب الإجرائى، وقد افترض أن ذلك الضرر لا يصيب إلا ذلك الخصم وحده، فمتى ثبت أن الجزاء قد شرع لمصلحته، فلا محل لإثبات ضرر أصابه، وإنما هذا الضرر يفترض دائماً بعدم تحقق الغاية من الإجراء<sup>(٢)</sup>. كما أن هذا الجزاء ناشئاً عن مخالفة قواعد مقررة لصالح الخصوم<sup>(٣)</sup> والخصم المقرر الجزاء لمصلحته هو الخصم الموجه إليه الإجراء المعيب فهو وحده صاحب الحق فى التمسك به<sup>(٤)</sup>. ولذا فإن إرادة هذا الخصم فى التمسك بالجزاء تكون محل اعتبار.

فإذا استقام تحقق الجزاء - على النحو السابق - أياً كانت صورته، فلا تستطيع

المحكمة بحال القضاء به من تلقاء نفسها، لتوقف إثارته والحكم به على إرادة الخصم صاحب المصلحة، أو من يعمل باسمه. هذا الخصم إذا لم يكن قد تنازل عن الجزاء

(١) د. أحمد هندى: الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٤٣ بند ١٨. د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٠٢ وما بعدها. د. فتحى والى بند ٦٩، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٣٥٢ وما بعدها بند ٢٠٨. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى: ص ١٤٠ وما بعدها بند ٧٣. د. أيمن رمضان ص ٢٨٠ وما بعدها.

(٣) وإذا كان مسلك التشريعات القديمة، يرمى بالمقام الأول إلى احترام الأشكال ويرتب الجزاء على مخالفتها فى كل الأحوال على اعتبار أن الأشكال مقدمة، فعلى العكس التشريعات الحديثة يميل بالكفة إلى ناحية مصالح الخصوم، والنظر إلى الشكل على أنه مجرد وسيلة من صنع المشرع يقصد من ورائها إلى تحقيق غايات معينة، فإن تحققت تلك الغايات فلا يحكم بالجزاء تمسكاً بمخالفة الشكل، وذلك لخطورة الجزاء. فى مرونة الشكل فى القانون الحديث انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٨٦ وما بعدها بند ٩٩ وما بعده، د. أحمد هندى التمسك بالبطالان ص ٦ - ٩ بند ١. د. محمد الصاوى مصطفى: الشكل فى الخصومة المدنية رسالة مشار إليها سابقاً ص ٣٧ وما يليها. د. محمد جمال عطية: الشكائى القانونية رسالة مشار إليها سابقاً ص ٣٧٦ وما يليها.

(٤) فى التطبيقات المختلفة لصور الجزاء المتعلقة بالمصلحة الخاصة انظر: نقض ٢٠٠١/٥/٢٢ طعن ١٣٣ لسنة ٦٥ نقض ١٩٩٢/١٢/٣١ طعن ٣٣٤٠ لسنة ٥٨ نقض ١٩٩١/١٢/٢٢ طعن ٩٠٠ لسنة ٤٦، نقض ١٩٩٢/١٢/٢٠ طعن ٢٤٨٤ لسنة ٥٧ نقض ١٩٨٨/٤/٢٨ طعن ٢٠٦٢، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ طعن ٢١١ لسنة ٥٥ نقض ١٩٩٨/٦/٢٧ طعن ٧٦٦ لسنة ٦٢ مشار لهذه الأحكام سابقاً.

صراحةً أو ضمناً<sup>(١)</sup> وكذا لم يكن قد سقط حقه فيه<sup>(٢)</sup> قد يرى أنه من المفيد له رغم ما لحق الإجراء المتخذ في مواجهته من عيب عدم إثارته والتمسك به<sup>(٣)</sup> كما لو تعلقت مصلحته بالفصل في موضوع الدعوى، وخاصة إذا أدلى بطلبات عارضة<sup>(٤)</sup> كأن يطلب البائع دفع الثمن، فيرد عليه المشتري طالباً بالحكم بتسليم العين المبيعة. أو يطلب المدعى تقرير ملكيته لعقار، فيطلب المدعى عليه تقرير ملكيته هو لهذا العقار، أو يطلب المقاصة القضائية<sup>(٥)</sup> أو غيرها من الطلبات العارضة التي يبيدها المدعى وفقاً للمادة ١٢٥ مرافعات<sup>(٦)</sup>. وطلبات المدعى عليه العارضة<sup>(٧)</sup> للرد على طلبات

(١) انظر فيما سبق بند ٢٤ وما بعده.

(٢) انظر فيما سبق بند ٢٩ وما بعده.

(٣) د. أحمد السيد صاوي. الوسيط ص ٧٠٨ بند ٣٩٧. د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ١٠٦ وما بعدها بند ٧٢.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: ص ٦٩٦ بند ٣٧٣. د. نبيل عمر، الهدر الإجرائي ص ٩٥ بند ٥١.  
(٥) والمقاصة القضائية فضلاً على أنها ليست وسيلة دفاع فهي تشكل طلباً قضائياً حقيقياً له عناصره المميزة عن الطلب الأصلي.

Civ. Juin. 1989. Bull. Civ. 11. P. 64 N 127.

(٦) حول الطلبات العارضة المقابلة وفقاً للمادة ١٢٥ مرافعات مصري انظر د. محمد محمود إبراهيم الطلبات العارضة ص ٢٧٧ وما بعدها. والمادة ٦٤ مرافعات فرنسي انظر:

DESDEVICES: demande reconventionnelle. ENCY. Dalloz. 1979. N 2elss. Solus et Perrot: op. cit. T. 3. P. 877 N 1030 ets.

(٧) يزود القانون المدعى عليه بتعيين من الوسائل لمصلحته، هي الدفوع والطلبات العارضة - المقابلة - وتختلف الدفوع عن الطلبات التي يقدمها المدعى عليه. أن الدفوع مجرد وسيلة دفاعية بحتة يرمى فيها المدعى عليه إلى مجرد رفض طلبات المدعى أو تأخير الفصل فيها. نقض ٢٠١٠/١٢/٢٦، طعن رقم ٧٢٧٩ لسنة ٦٥. نقض ٢٠١١/٨/١٢ طعن رقم ٦٠١ لسنة ٦٦ ق - أحوال شخصية. نقض ١٩٩٢/٦/٢٣ طعن ١٥٢ لسنة ٥٩ ق - أحوال شخصية مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٨٦.

أما الطلبات العارضة من جانب المدعى عليه وسيلة هجومية، بلجأ إليها المدعى عليه باعتبار أن خير وسيلة للدفاع هي الهجوم، فالمدعى عليه لا يقف فيها عند طلب رفض طلبات المدعى، بل يطلب الحكم لصالحه بطلبات جديدة قبل المدعى، وهكذا تؤدي هذه الطلبات، خلافاً للدفوع إلى تغيير موضوع الخصومة، بإضافة طلبات جديدة. وهو ما صانف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي وفقاً للمادة ٦٤ مرافعات والتي تنص على أن الطلب المقابل بأنه "الطلب الذي بواسطته يدعى المدعى عليه الأصلي للحصول على ميزة أكثر من مجرد رفض إدعاء خصمه" انظر د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٨١.

DESDEVICES: Préc. N 2. Solus et Perrot: op. cit. t. 3. P. 878. N 103 ets. MOREL: op. cit. P. 294. N 357.

ولذا كان الطلب العارض من جانب المدعى عليه يعد ذو طبيعة مركبة كوسيلة دفاع ووسيلة هجوم في ذات الوقت، يتجاوز هذا الطلب بطبيعته الأخيرة كونه مجرد دفاع = موضوعي متغيرة لموضوع الخصومة بإضافة طلبات جديدة، سواء قدم هذا الطلب من جانب المدعى عليه في مواجهة المدعى، أم في مواجهة مدعى عليه آخر في الدعوى الأصلية، بل ولو كان مقدم هذا الطلب المدعى نفسه في هذه الدعوى، لأن الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء، يجيز للمدعى الأصلي أن يتقدم بطلب مقابل في مواجهة المدعى عليه، وذلك لأن الأخير عند تقديمه طلباً مقابلاً يعد مدعياً ويكون الأول في مركز المدعى عليه، وذلك لأن الأخير عند تقديمه طلباً مقابلاً يعد مدعياً ويكون الأول في مركز المدعى عليه، فله بهذه الصفة تقديم طلب مقابل لدعوى المدعى عليه. انظر د. على هيكل: المرجع السابق ص ٥٧٣ وما بعدها بند ٥٦٥. د. محمد محمود إبراهيم: الطلبات العارضة ص ٢٧٨، ص ٢٨٣ وما بعدها، د. أحمد مسلم أصول: ص ٥٧٢ بند ٥٣٣. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٦٢٠ وما بعدها بند ٢٤٩.

MIGUET: Thé. Préc P. 210 N 166. Solus et Perrot: op. cit. T. 3. 878 N. 1032. GADIET. Op. cit. P. 417 803.

المدعى، فذلك ليتفادى الحكم عليه بطلبات المدعى كلها أو بعضها، ويتقديم المدعى عليه هذه الطلبات قد يرى أن من مصلحته الفصل في موضوع الدعوى، برغم ما لحق الإجراءات المتخذة في مواجهته من عيوب، وتحققاً لهذه المصلحة لم يتمسك الخصم بالجزاء، وعدم تمسكه بالجزاء، لا يخول لغيره من الخصوم آثار العيب والتمسك بالجزاء، مهما كانت صفته أو صلته بالخصم صاحب المصلحة ما دام أنه لا يعتبر ممثلاً له في الخصومة<sup>(١)</sup> ومهما كان وجه الفائدة المحققة له عن الحكم بالجزاء<sup>(٢)</sup>، بل ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة<sup>(٣)</sup> أو كان في التزام بالتضامن<sup>(٤)</sup>. أما المحكمة فليس لها أن تقضى بهذا الجزاء أيأ كانت صورته من تلقاء نفسها<sup>(٥)</sup>. رغم توافق أسبابه فإذا قضت به من تلقاء نفسها دون تمسك صاحب المصلحة بالجزاء كان قضاؤها باطل ويمكن له الطعن فيه فوراً. كما ليس للنيابة العامة التمسك بالجزاء ولو كانت طرفاً منضماً في الدعوى<sup>(٦)</sup>.

وعدم تمسك الخصم صاحب المصلحة أو من يمثله بالجزاء، ومن ثم عدم الحكم به، يبقى على الإجراءات المعيب قائماً بدون تعديل أو تصحيح أو إزالة لعيوبه، منتجاً لكافة آثار الإجراءات الصحيح ومن وقت اتخاذه<sup>(٧)</sup>. فعدم التمسك بالجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة أيأ كانت صورته من جانب صاحب المصلحة أو من يمثله يعد وسيلة من وسائل الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب.

### الفصل الثالث

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧١/٣/١٨ طعن ٣٦ / ٢٧١ ق مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٣٣٤ نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٥٢١

Paris. 22 fevr. 1956. J. C. P. ed. Avaues. IV. 2919. obs. Modroy.

(١) نقض ١٩٦٧/١/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٢١٥ نقض ١٩٦٩/٢/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٣٦٨ نقض ١٩٦٩/٣/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٤٦٩ نقض ١٩٧٠/١١/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ١١٣٨

(٢) نقض ١٩٩٨/٦/٢٧ طعن ٧٦٦ لسنة ٦٢٢ ق مشار إليه سابقاً. مع مراعاة أن حق الخصم صاحب المصلحة في عدم التمسك بالجزاء قد يتقيد متى ظهرت مصلحة شخص آخر في التمسك بالجزاء، فيصبح من حق الأخير في هذه الحالة أن يعترض على عدم التمسك بالجزاء للدائن أن يستعمل حق منيته في التمسك بالجزاء انظر فيما سبق بند ٢٧.

(٣) انظر فيما سبق بند ٢٨.  
(٤) انظر فيما سبق بند ٢٨.  
(٥) نقض ١٩٨٨/٤/١٧، ١٩٨٧/٣/٢٦، ١٩٨٠/١٢/١١، ١٩٧٦/٦/٢، نقض ١٩٦٥/١٠/٢٦، نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ مشار لهذه الأحكام سابقاً.

(٦) نقض ١٩٦٨/٦/٢٠ مشار إليه سابقاً.  
(٧) انظر فيما سبق بند ١٤.

## نطاق فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى

### رغم بقاء العيب وأثارها

٤٦ - تقسيم:

فى مبحثين: نتعرض فى الأول: لنطاق فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب الإجرائى. وفى الثانى: للآثار الإجرائية والموضوعية لفكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب.

### المبحث الأول

#### نطاق فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب

٤٧ - تمهيد وتقسيم:

تتعدد الوقائع المنتجة لفكرة الإعفاء من الجزاء، وتبقى على العيب الإجرائى. واقعة تحقق الغاية من الشكل. وواقعة الكلام فى الموضوع. وواقعة الحضور، وواقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء. وفى موضع سابق تعرضنا لواقعة النزول الإرادى<sup>(١)</sup>. ونتعرض تباعاً فى مطالب ثلاث لواقعة تحقق الغاية من الشكل وواقعة الكلام فى الموضوع وواقعة الحضور، ودراستنا لهذه الوقائع من حيث كونها مسقطه للحق فى التمسك بالجزاء، وحيث كونها مسقطه لهذا الحق، فيبقى على العيب الاجرائى، وينتفى العمل بالجزاء. ذلك على النحو التالى:

### المطلب الأول

#### واقعة تحقق الغاية من الشكل

٤٨ - عدم المغالاة فى الشكلية أحد مصادر عدم فاعلية الجزاء الإجرائى:

الخصومة المدنية تعد الوسط الإجرائى الذى يعيش بداخله مشروع القرار القضائى الفاصل فى النزاع. هذا الوسط الإجرائى يتكون من العديد من الأعمال الإجرائية<sup>(٢)</sup>

(١) بند ٢١ وما بعده.  
(٢) فى الخصومة المدنية انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٣٧ وما بعدها بند ٨ وما بعده، د. فتحى والى: الوسيط ص ٢٩٣ وما بعدها بند ١٩١ وما بعده. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٦٣٩ وما بعدها. د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٢٩١ وما يليها بند ١٧٢ وما بعده د. على هيكال: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٤ وما بعدها بند ١٣ وما بعده د. أحمد مسلم: التأصيل المنطقى لأحوال انقضاء

والعمل الإجرائي أياً كان هو عمل قانوني<sup>(١)</sup> يتخذ في خصومة ويولد آثاراً مباشرة فيها. والمشرع ووفقاً لأشكال معينة قد يضع تنظيمياً محكماً لهذه الأعمال بما يشيع الثقة والسكينة في نفوس المتقاضين.

والحقيقة أن شكلية العمل الإجرائي في القانون الحديث<sup>(٢)</sup> يمكن أن تؤدي وظيفة رمزية *Symbolotique* هامة، فهي بما تحققه من معرفة السلوك الإجرائي مقدماً تقدم وسائل إجرائية سهلة ومنضبطة ونزول الشك حول صحتها، وتضع حدوداً زمنية للقيام بها، ولكنها لا تحقق هذه الأهداف إلا إذا كانت مبسطة سهلة قليلة التكاليف، وإلا انقلبت عبءاً على الإجراءات<sup>(٣)</sup>. فالشكلية حالياً باتت تختلف عن الشكلية الجامدة المعروفة في القوانين القديمة<sup>(٤)</sup>. كما أن القانون لم يعد يرتب دائماً على تخلفها البطلان، بل ترتبط إلى حد كبير بغايتها<sup>(٥)</sup>.

وما باتت عليه الشكلية في القانون الحديث، سارت ذات وظيفة خارجية، بعد أن كانت في القوانين القديمة ذات وظيفة داخلية مجردة للإجراء<sup>(٦)</sup> بمعنى أن الإجراء لا

---

الخصومة مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثانية يناير ١٩٦٠ العدد الأول ص ٦٧ وما يليها. د. نبيل عمر: أصول ص ٦١٨ وما بعدها بند ٥٩٢. د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٧ بند ٣١٢.

COUTURE: Le Procès Comme Institution. R. T. D. Civ. 1950. P. 276.

NORMAND: Thé. Préc. P. 43. N 44. MIGUET. Thés P. 310.

ABD. EL. KHALEK OMAR – M. Thés. Préc P. 92. N 192.

- (١) فالعمل الإجرائي عمل قانوني، والشكل عنصر من عناصره أو ظرف له، والأعمال الإجرائية تكون الخصومة ولكنها لا تعتبر أشكالا لها، وإذا لم يكن للعمل الإجرائي شكلاً، فإن تخلفه لا يؤدي إلى أن الخصومة تعتبر معيبة يعيب شكلي، وإنما يؤدي تخلف العمل الإجرائي إلى التأثير في صحة الأعمال الإجرائية اللاحقة التي يعتبر هذا العمل مقترضاً لصحتها. في كون الأعمال الإجرائية ليست أشكالا انظر د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٧٤، ١٧٥، بند ٩٠، د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٦٧٩ وما بعدها بند ٢٧٢. د. محمد جمال عطية: رسالة ص ٢٢٧ وما بعدها.
- (٢) وشكلية العمل الإجرائي في القوانين القديمة بررت بالتفكير الوثني الذي يهتم بالمظاهر الجمالية، ويرى أهمية للعمل في مظهره المرئي، كما عللت بأن الإجراءات تمثل في نظام القضاء الألهي والطقوس اللازمة للحصول على حكم الألهة، وقيل أنها تمثل لجأماً فعالاً لانفعال الأفراد في صراعهم من أجل الحق، وذلك بتهدئة عواطفهم الشائرة وتصريفها نحو الاهتمام بالشكليات الدقيقة، حيث يتعرضون لخطر فقدان الحق لأقل خطأ منها. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٦٣١. د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ص ١٧٣ مادة ٢٠.
- (٣) د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ٦٢٢. فالشكلية تعتبر كالدفعة الرسمية التي توضع على عمل قتيبن ما هو هذا العمل وما الذي يترتب عليه من آثار قانونية، فيقوم الشخص بالعمل مطمئناً، ويستطيع القاضي بالنظر إلى الشكل الذي تتبع أن يعرف العمل القانوني الذي تم. فالشكلية وكما يقول الفقيه الألماني أهرنج *Ihering* في الأعمال القانونية تشبه صك العقود. انظر لدى د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول ص ١٨٠ بند ٩٤.
- (٤) في أنظمة الإجراءات القضائية في القانون الروماني انظر د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٢٠٠ – ٢٠٠٧ بند ١١٠ – ١١٣.
- (٥) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي، الإشارة السابقة مبادئ ص ٣٩٨. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢ وما بعدها بند ١١.

- (٦) د. محمود أبو عافية: نظرية التصرف القانوني المجرّد رسالة القاهرة طبعة ١٩٤٧ ص ٦٠ بند ١٤.
- MARTY et RYNAUD: droit civil "Les obligations" T. 1. 2éd. Sirey. 1988. P. 20 – 387. V.P.BLOCH: L'obligation du francfère de la propriété dans la vente. R.T.D. civ. 1988. P. 673.

يولد آثاره لمجرد توافر الأشكال التي يتطلبها القانون دون بحث عناصره الموضوعية. أما شأن الشكلية الحالي ذات وظيفة خارجية، بحيث تضاف الشكلية إلى عناصر العمل الإجرائي الموضوعية، ويتعين احترامها بحيث يلزم لصحة الإجراء توافر عناصره الشكلية والموضوعية<sup>(١)</sup> هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، لم تعد الشكلية في القانون الحديث شكلية جامدة كما كانت في القوانين القديمة<sup>(٢)</sup> وإنما هي شكلية مرنة<sup>(٣)</sup> وتبدو مرونتها في حرية انتقاء الألفاظ وترتيبها. هذه المرونة بررت للفقهاء والقضاء وضع قواعد مرونة تكافؤ الأشكال، فلا يكون خطأ أو نقص في بيان إلا إذا كان مجهلاً له، مؤدياً إلى الشك في حقيقته، ويمكن تكملة النقص أو الخطأ في بيان آخر في الإجراء أو أى ورقة معلنة معها ما دام يحقق الغاية التي يريدها المشرع من هذا البيان.

كما أن المشرع كثيراً ما يخير الأطراف بين طريقتين أو أكثر في الحصول على الحماية القضائية القضاء أو التحكيم، أو في أداء الإجراء، فمثلاً الطلب العارض<sup>(٤)</sup> يمكن ان يقدم شفاهة في الجلسة أو يعلن على يد محضر. وترك الخصومة<sup>(٥)</sup> يكون بإعلان على يد محضر أو في بيان صريح في مذكرة موقع عليها، مع إطلاع الخصم الآخر عليها، أو بإبدائه شفويًا بالجلسة وإثباته في محضرها مادة ١٤١ مرافعات.

- (١) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٦٣٢، مبادئ ص ٣٩٩، د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٦ وما بعدها بند ١٤، عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ١٣٢ بند ١٠٢ التجهيل الإجرائي: ص ٢٠٤ وما بعدها بند ١٢٧ وما بعده. دراسة في السياسة التشريعية ص ٩٠ بند ٦٢ مكرر. د. فتحي والى، د. أحمد ماهر زغلول: = ص ١٥٨ وما بعدها بند ٧٧ وما بعده، د. محمد جمال عطية: الشكلية القانونية رسالة ص ٢٢٥.
- (٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الحالي والتي تقرر بأن "وربط شكل الإجراءات بالغاية منه يؤدي إلى جعل الشكل أداة ناعمة في الخصومة وليس مجرد قالب كالشكليات التي كان يعرفها القانون الروماني في عهد دعاوى القانون" وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٢/٦/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ١١٧٥ نقض ١٩٧٢/٥/١١ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ١٣٥، نقض ١٩٧١/١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٩٤٦ نقض ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٢٦.
- (٣) د. فتحي والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٨٦ - ١٩٨ بند ٩٩ - ١٠٨، د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٦٣٢، ٦٣٣، مبادئ ص ٣٩٩، د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ٣٢١ وما بعدها بند ١٧٠، د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٧ بند ١٤، عدم الفاعلية ص ١٣٤ بند ١٠٣، التجهيل الإجرائي ص ١٩٣ بند ١١٨ التكميل الوظيفي للأعمال الإجرائية ص ٣٩ بند ٣٥، د. أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان القضائي، المقال، ص ٥٨ وما بعدها.
- (٤) نقض ١٩٩٢/١٢/٢٤ طعن ١١٠٩ لسنة ٥٨ مجلة القضاء السنة ٢٦ عدد ١، ٢ - ١٩٩٣ ص ٤٥٧، ٤٥٨.
- (٥) د. وجدى راغب، مبادئ ص ٦٧٨ وما بعدها، د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٤٦٠ وما بعدها بند ٢٤١، د. علي هيكل: شرح قانون الإجراءات المدنية = والتجارية العماني ص ٥٤٤ وما بعدها بند ٢٥٨، نقض ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة الأحكام السنة ٣ ص ٥٧٧، نقض ٢٠١٢/٧/١٠ طعن ٣٠٨ لسنة ٧٣ ق "أحوال شخصية"، (بوابة محكمة النقض).

والأكثر من ذلك، قد لا ينص المشرع على الشكل التفصيلي لكل إجراء من الإجراءات المتصورة للقضاء، وهنا يمكن الأخذ بمبدأ الشكل الحر الذي يكتفى فيه بتحقيق الإجراء لغايته دون احترام الشكل المنصوص عليه في القانون، أو بالشكل الأكثر ملاءمة للوصول إلى الغاية وفقاً للتقدير الذي يراه القاضي<sup>(١)</sup>.

ويكمل الوظيفة الخارجية للشكالية ومرونتها من ناحية أخيرة، مبدأ وسيلية الأشكال الإجرائية. ومقتضاه<sup>(٢)</sup> عدم إبطال الإجراء بسبب عيب شكلي متى تحققت الغاية التي يتوخاها القانون من الشكل. فالشكل مجرد وسيلة لتحقيق ضمانات معينة، كحرية الدفاع أو مواجهة الخصوم، ومتى حقق الإجراء هذه الضمانات، فإنه لا يجوز التمسك ببطلانه لعدم احترام الشكل أياً كانت صورته<sup>(٣)</sup>.

والعمل الإجرائي، على هذا النحو، أياً كان هو عمل قانوني يتخذ في خصومة، ويولد آثاراً مباشرة فيها، هذا العمل له مقتضيات موضوعية وشكالية، ولكي يولد آثاره، يجب توافر هذه المقتضيات في صورتها الموضوعية والشكالية. ولا خلاف في أنه إذا تخلف مقتضى من المقتضيات الموضوعية وقع العمل باطلاً، ودون الحاجة إلى النص على البطلان. كما أن من المنفق عليه أن تنظيم حالات البطلان من قبل المشرع إنما يتعلق بالبطلان لعيب شكلي. ولا يجوز تطبيق هذا التنظيم على تخلف المقتضيات الموضوعية بطريقة القياس<sup>(٤)</sup> فمشكلة حالات البطلان تقوم فقط بالنسبة للمقتضيات الشكالية.

وقيام المشكلة بالنسبة للمقتضيات الشكالية توجب التوفيق بين اعتبارين، الأول: يجب الحرص على احترام ما يفرضه القانون من شكل للعمل الإجرائي. والثاني: يجب ألا يبلغ هذا الحرص مبلغ التضحية بالحق وبالهدف من الشكل. فالشكل يفرضه

(١) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة، د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي الإشارة السابقة، مبادئ ص ٣٩٩ د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء. الإشارة السابقة. التجهيل الإجرائي ص ٢٠٩ وما بعدها بند ١٣١.

(٢) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٢٣٣ وما بعدها. مبادئ ص ٣٩٩ وما بعدها. د. فلكي والي، د. أحمد ماهر زغول: ص ٣٩٣ وما بعدها بند ٢٣١ وما بعده د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٣٢ بند ١٠٢.

(٣) في تعدد صور الشكالية الإجرائية في قانون المرافعات لنظر: د. محمد جمال عطية الشكالية القانونية ص ٢٢٧ - ٢٣١.

(٤) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان ص ٣٩٣ بند ٢٣١ د. فتحي والي: الوسيط ص ٤٠٠ بند ٢٤٦.

القانون لتحقيق أهداف معينة إن تحققت فلا معنى لإبطال العمل تمسكاً بهذا الشكل<sup>(١)</sup>. فترتيب البطلان على كل عيب إجرائي مهما قلت أهميته يؤدي إلى كثرة إضاعة الحقوق. تلك الحقوق التي يراد بالإجراءات حمايتها. فكأن موت الحق الموضوعي يوجد في وسيلة حمايته، ويجب ألا تنسى أن الإجراءات هي مجرد وسائل لحماية الحقوق<sup>(٢)</sup> والمراكز القانونية ولو كانت مجرد مراكز ظاهرة فلا ينبغي أن تؤدي إلى إهدارها<sup>(٣)</sup>.

ويؤكد التوفيق بين الاعتبارين السابقين الحالات المتعلقة بالجزاء المرصود للمصلحة الخاصة وخروج المشرع عن هذه الحالات في العديد منها، ولو حظ فيها أنه أضعف من قوة الجزاء الإجرائي وعمل على عدم فاعليته، كما يظهر هذا الضعف وعدم الفاعلية للجزاء وبصورة واضحة عندما لا يغالى المشرع في التمسك بالشكليات، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمواد ١١٤<sup>(٤)</sup> و٦٨/٣<sup>(٥)</sup> و٧٠ مرفعات<sup>(٦)</sup>. أو عندما يلجأ المشرع إلى فكرة الصياغة الغامضة<sup>(٧)</sup> داخل نصوص البطلان وفقاً للمادة ٢٠ مرفعات بأن استخدم فكرة الغاية التي إذا توصل إليها المصعب إلى تحقيقها ولو بغير ما يفرضه القانون من شكليات، فإنه يبقى على الإجراءات المصعب ولا يحكم بالبطلان.

٤٩ - تحقق الغاية من الشكل يؤدي إلى الإعفاء من الجزاء: تنص المادة ٢٠ مرفعات "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب لم

(١) د. قحى والى: الوسيط الإشارة السابقة د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٦٤ بند ٤٢٩ د. إبراهيم نجيب سعيد ج ١ ص ٧٤٧ بند ٣٠٠.

(٢) انظر فيما يلي بند ٧٠.  
(٣) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٣٦ وما بعدها بند ١٠٦. د. أحمد مسلم: الإشارة السابقة د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان ص ٨ وما بعدها بند ١.

TOMASIN: Préc. Fosc. 138. P. 13. N. 50. Solus et Perrot: op. cit. T. 1. p. 363 N. 396 ets.  
CADIET: op. cit. P. 423 ets. N. 818.

(٤) انظر فيما يلي بند ٥٩.

(٥) انظر فيما يلي بند ٦٤.

(٦) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٤٤ وما بعدها بند ١١٢، الهدر الإجرائي ص ٩٨ بند ٥٥، التكمال الوظيفي للأعمال الإجرائية ص ١٢ بند ٧ التجهيل الإجرائي ص ٤٣ وما بعدها بند ٢٥.

(٧) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٢١٤ وما بعدها بند ١٦٢ سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص ٧٢ وما بعدها بند ٤٩. دراسة في السياسة التشريعية ص ٧٩ بند ٥٦، الهدر الإجرائي، ص ٤١ بند ١٩. نقض مننى ١٩٨٤/٤/٢٨ الطعن رقم ٥٩٨، ٦٥٥ لسنة ٥٦ق.

تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا تحققت الغاية من الإجراء" والنص ورد عاماً فينطبق على جميع حالات البطلان الواردة في مختلف منظومات القانون الإجرائية<sup>(١)</sup>. ودون أن يمتد إلى غير البطلان من الجزاءات الإجرائية الأخرى<sup>(٢)</sup> ومفترض تطبيق النص هو تعيب العمل الإجرائي بعيب شكلي<sup>(٣)</sup> أي بتخلف مقتضى من مقتضياته الشكلية التي نص عليها القانون.

ومناط الإعفاء من البطلان وفقاً للمادة ٢٠ مرافعات<sup>(٤)</sup> هو تحقق الغاية من الشكل أو البيان وليس الغاية من الإجراء<sup>(٥)</sup> فهو المقصود الحقيقي للنص على وجه ما تقطع به الأعمال التحضيرية للقانون<sup>(٦)</sup>

(١) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: نص ٣٩٣ بند ١٣١، د. نبيل عمر: الهدر الإجرائي ص ٤٣ بند ٢١. دراسة في السياسة التشريعية ص ٧٣ بند ٥١. عدم الفعالية ص ١٢٣ وما بعدها بند ٩٦. ولقد جاء في المنكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات ما يؤكد على عمومية النص بتقريرها أن "تتناول المادة ٢٠ تنظيم حالات البطلان بسبب العيوب الشكلية التي تصيب الإجراءات".

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "إذا كان الدفع المبدئي من الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمته المادة ٦٣ مرافعات هو في حقيقته دفع بعدم قبولها لرفعها = بغير الطريق، فإنه لا محل لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن الغاية من الإجراء قد تحققت بطرح الدعوى على المحكمة بما يصحح الإجراء ولو كان تعيبه راجعاً لأمر من النظام العام إذ عدم استيفاء الدعوى لشروط رفعها جزاءه عدم القبول وليس البطلان. وتحقق الغاية من الإجراء حسبما تنص على ذلك المادة ٢٠ مرافعات لا يكون إلا بصدد جزاء البطلان ولا يتعداه إلى غير ذلك من الجزاءات. لما كان ما تقدم فإنه تتوافر للدفع مقومات قبوله، وإذا قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك برفضه فإنه يكون قد خالف القانون" نقض ١٩٧٩/١/٢٠ طعن ١١٤٥ لسنة ٤٤٨ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ص ٧١٣، نقض ١٩٨٣/١٢/١٤ طعن ١٦٠٩ لسنة ٤٤٩ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٨١٦. نقض ٢٠٠٣/٦/٢٣ طعن ٢٢٤٥ لسنة ٥٥ ق، هيئة قضايا الدولة ٢٠٠٥، ص ٧٥٢.

(٣) في العيب الإجرائي كمفترض لفكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب انظر فيما سبق بند ٤ وما بعده.

(٤) وهو المناط الذي اعتمده المشرع الفرنسي في مجموعة المرافعات الحالية وفقاً للمادة ١١٤ والذي لا يعمل على تجنب عيوب الشكل، وإنما يعمل على تجنب الجزاء فقط، وأن أختلف أسلوب الصياغة، هذا الاختلاف في أسلوب الصياغة للمادتين ٢٠ مرافعات مصري، ١١٤ مرافعات فرنسي حتماً يؤدي إلى ظهور بعض الاختلافات في الحلول الجزئية المعتمدة في كل من التشريعين، ففي التشريع الفرنسي يقع عبء إثبات تخلف الغاية من الشكل على من يتمسك بالبطلان في جميع الحالات بخلاف التشريع المصري.

في نظام البطلان في مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية انظر د. فتحي والي، أحمد ماهر زغول: ص ٢٨٣ - ٢٩٢ بند ٢٢٥ - ٢٣٠، ص ٤٠٧ بند ٢٣٥.

TOMOSIN: Préc P. 7 ets N 23 ets. ELMÉE: La règle "Pas de Nullité sans grief" Préc P. 23 ets. N 7ets. DURUSQUEC: Nature et régime des Nullités Pur Vice. De forme G. P. 1979. 1. Dact. 136.

(٥) والمغايرة جد واضحة بين الغاية من الإجراء والغاية من الشكل. والغاية من الشكل هي الضمان الأساسي والجوهري المقرر لمصلحة الموجه إليه الإجراء، وهي ما يهدف المشرع إلى تحقيقه في القانون الإجرائي. بينما الغاية من الإجراء هي ما يهدف مباشرة الإجراء إلى تحقيقها، وشتان بين الفرضين والهدفين، لأن الغاية الأخيرة قد تتحقق بدون أي شكل أو بشكل معدوم، بينما الغاية من شكل الإجراء لا يتحقق إلا = بشكل صحيح وإن لم يكن ذات الشكل المطلوب. د. أحمد أبو الوفا: التعليق ص ١٧٩ مادة ٢٠، الفروع ص ٣٢٢ بند ١٧٠. الناصوري وعكاز: التعليق ص ٢٧٩ - ٣٠٠. د. علي بركات: الوسيط ص ٦٢١ وما بعدها بند ١٤٧٩.

(٦) وكان مشروع القانون ينص على أنه "لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب" وجاء في المنكرة الإيضاحية تعليقا عليه "أن هناك أشكال للعمل أو بيانات في الورقة قد ترمى إلى تحقيق ضمانات معينة للخصوم لا تتصل اتصالاً مباشراً بالغاية من الإجراء. وإذا نص القانون على البطلان وتخلف الشكل أو البيان ولم تتحقق الغاية من الشكل فيجب الحكم بالبطلان ولو تحققت الغاية من الإجراء". ثم تؤكد أنه إذا نص القانون صراحة على البطلان فإن معيار الحكم بالبطلان من عدمه يكون بالنظر إلى الشكل أو البيان في الإجراء.

وما استقر عليه الفقه<sup>(١)</sup> والقضاء<sup>(٢)</sup> كما تمليه القواعد العامة<sup>(٣)</sup>. وفكرة السلطة التقديرية للقاضي التي تنقيد دائماً بالغاية المخصصة لها<sup>(٤)</sup>. وأيضاً يعد نتيجة حتمية لمبدأ وسيلة الأشكال<sup>(٥)</sup> كل ذلك لا يستقيم معه أن تكون الغاية المطلوبة هي الغاية من الإجراء، لأن الأخيرة قد تتحقق ومع ذلك يكون الإجراء باطلاً لعدم تحقق الغاية من الشكل<sup>(٦)</sup>، تعلق البطلان بالنظام العام<sup>(١)</sup> أم بالمصلحة الخاصة.

ولكن لجنة الشؤون التشريعية استبدلت عبارة الإجراء بعبارة الشكل أو البيان الواردة في المشروع. وجاء في تقريرها أن هذا الاستبدال "جرى توحيداً للإصلاح باستعمال تعبير واحد أكثر إحكاماً، على أنه من المفهوم أن تحقق الغاية من الإجراء يقتضي تحقق الغاية من الشكل أو البيان".

ولم يكن لهذا الاستبدال موقفاً لا في صياغته ولا في التبريرات التي قدمت له. فمن حيث الصياغة فإنه قد استعمل لغة غير دقيقة لا تعبر عن القصد الحقيقي لوضعيه، فهي توحي بأن المنطق في البطلان هو بالغاية من العمل الإجمالي وليس بالغاية من الشكل أو البيان، وهو ما يخالف إرادة واضحة لوضعيه في التعويل على الغاية من الشكل أو البيان عبروا عنها صراحة في المذكرة الإيضاحية.

أما الخطأ في التبرير فيتمثل في الخلط بين الغاية من العمل والغاية من الشكل واعتبارهما أمراً واجباً بحيث أن تحقق الأول يؤدي حتماً وتلقائياً إلى تحقق الثانية، وهو ما لا يستقيم في كافة الحالات، حتى أن معظم أشكال العمل الإجمالي تنفق الغاية منها مع الغاية من العمل بحيث يعتبر تحقيق الأخيرة محققاً للأولى. ولكن هذا لا يعني أن هناك أشكال للعمل ترمي - فضلاً عن تحقيق الغاية من العمل عن طريق احترام الشكل - إلى تحقيق ضمانات معينة للخصوم ولا تتصل بتسديد مباشرة بالغاية من العمل. وفي هذه الحالات تكون للشكل غاية خاصة به تختلف عن الغاية من العمل، في كون استبدال عبارة "من الإجراء بعبارة" الشكل أو البيان" لم يكن موقفاً في صياغته ولا في تبريره انظر: د. فتحي والي، أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان ص ٣٩٨ وما بعدها بند ٢٢٢ د. أحمد أبو الوفا: التعليق الإشارة السابقة للدفع: الإشارة السابقة.

(١) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغول، ص ٣٩٢ وما بعدها بند ٢٣١ وما بعده، د. فتحي والي: الوسيط ص ٤٠٢ وما

بعدها بند ١٤٨. وجدى راغب مبادئ ص ٤٤٨. د. أحمد أبو الوفا: الدفع ص ٣٢١ بند ١٧٠ التعليق ص ١٧٢ وما

بعدها د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٧٣ وما بعدها بند ٥٢، إعلان الأوراق القضائية ص ١٧٨ وما

بعدها بند ١٠٤ وما بعده، عدم فعالية الجزاء الإجمالي ص ١٣٢ وما بعدها بند ١٠٢. د. أحمد هندي التعليق ج ١ ص

٥٤ وما بعدها التمسك بالبطلان ص ٥٨ وما = تبعدها بند ١٠ أصول ص ٨٥١ وما بعدها بند ٢٧١. د. أحمد السيد

صاوي: الوسيط ص ٧٠٢ وما بعدها بند ٣٩٥. د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٦٨ بند ٤٣٥. د. أحمد مليجي: التعليق ج ١

ص ٦٤١ وما بعدها بند ١٠١٠ مادة ٢٠. د. الأنصاري النيداني: القاضي والجزاء ص ٢٠٩ وما بعدها بند ١٦٢. د.

أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان ص ٢٥٢ بند ١٨٤. محمد كمال عبد العزيز ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٢) واستقر قضاء النقض على أن "الشكل ليس إلا وسيلة لتحقيق غاية معينة في الخصومة، فإذا ثبت تحقق الغاية التي يرمى

القانون إلى تحقيقها من توافر الشكل أو البيان، فإنه لا يحكم بالبطلان...." نقض ١٩٩٣/٣/١٨ طعن ٩٤٨ لسنة ٤٨٨ ق

مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٦٤٢ نقض ١٩٨٥/٥/١١ طعن ١٥٣١ لسنة ٤٩ ق نقض ١٩٨٤/٤/٢٨ طعن رقم ٥٩٨، ٦٥٥ لسنة ٥٠ ق نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن ٥٩٧ لسنة ٤٩ ق نقض ١٩٧٩/١٢/٨ طعن ٤١٠ لسنة ٤٣ ق نقض

١٩٧٧/٥/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٨١٥ نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ص ١٠٥٧ نقض ١٩٧١/١٠/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٨٤٤

Coss. Soc. 14 Janv. 1988. J. C. P. 1988. IV. 103 Rapp. Com. 15 act. 1980 Bull. Civ. 1980 - IV. N. 337.

(٣) لأن الخصم إذا تمسك بالبطلان رغم تحقق الغاية، فإنه يستعمل حقه في التمسك بالبطلان استعملاً غير مشروعاً، مما يعد

تسكفاً في استعمال الحق وفقاً للمادة ٤ مدني مصري، فنظرية التسكف تعبر عن مبدأ واحد عام هو مبدأ نسبية الحقوق،

والمشروع بنصه عليها إنما يأخذ بهذا المبدأ، أن الحق ليس غاية في ذاته، وإنما وسيلة لتحقيق غاية اجتماعية معينة،

ويجب على صاحب الحق أن يستعمل حقه في حدود الغاية منه، وإلا اعتبر متسكفاً. د. فتحي والي، أحمد ماهر زغول: ص ٣٦٦ وما

بعدها بند ٢١٦، وجدى راغب، مبادئ: ص ٤٤٨. د. أحمد عبد التواب: الإساءة في إجراءات التقاضي والتفتيش ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ص ٦٥٧ بند ٣١٢. المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الحلي.

د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(٤) انظر فيما سبق بند ٤٨.

(٦) فالإعلان القضائي مثلاً كعمل إجرائي، غايته هي تمكين المعنن إليه من العلم بأمر معين، وقد تتحقق هذه الغاية، ومع ذلك يكون الإعلان باطلاً لنقص بيان من بياناته، مثل تاريخ الإعلان أو توقيع المحضر، إذ أن كل بيان من هذه البيانات له غاية خاصة به، فإذا لم تتحقق هذه الغاية الخاصة كان الإعلان باطلاً رغم تحقق غاية الإجراء. وجدى راغب: مبادئ

٤٥٢. نقض ١٩٨٧/١١/٢١ طعن رقم ١٨٩٨ لسنة ٥١ ق نقض ١٩٨١/٦/٢٢ السنة ٣٢ العدد الثاني ص ١٨٨٧ نقض

وتحقق الغاية من الشكل أو البيان تمنع من وقوع البطلان، سواء كان البطلان منصوباً عليه<sup>(١)</sup>. ومن باب أولى إذا لم يكن منصوباً عليه<sup>(٢)</sup> وإن كانت تظل التفرقة بين حالتى النص على البطلان، وعدم النص عليه أهمية تتعلق

١٩٨١/١/٢٢ السنة ٣٢ العدد الثاني ص ٥٧٩ نقض ١٩٨١/٥/١٠ السنة ٣١ العدد الأول ص ١٢٣٥ الناصورى وعكاز التعليق ص ٣٠٤.

(١) قارن البعض، حيث يرى أن عمومية معيار الغاية كمنطق لتوقيع البطلان يثير صعوبة خاصة في الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، ولا يتمسك الخصم به، ويكون على القاضى أن يثير مسألة البطلان من تلقاء نفسه، ولذا يتعين على المشرع أن يواجه هذه المشكلة وأن يعنى الشكل المتعلق بالنظام العام من نطاق تطبيق معيار الغاية المقرر فى المادة ٢٠ مرفعات. د. محمد الصاوى مصطفى. الشكل فى الخصومة رسالة مشار إليها سابقاً ص ٣٠٢، ٣٠٧، فكرة الاقتراض ص ٢٨١ وما بعدها بند ٢٥١.

وفى الواقع أن ما ينادى به هذا الرأي، هو عين ما كان يتناوله مشروع القانون، حيث كان يرد به فقرة ثالثة للمادة ٢٠ وكانت تنص على أنه "وفى جميع الأحوال يجب الحكم بالبطلان إذا كان متعلقاً بالنظام العام". ولكن حذفته اللجنة التشريعية بمجلس الأمة حتى يسرى حكم الفقرة الأولى والثانية ولو تعلق البطلان بالنظام العام، ويستفاد ذلك من تقرير اللجنة الذى جاء فيه "كذلك حذفته اللجنة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ حيث ينسحب حكم الفقرتين السابقتين على الحالات المصرى قد اعتمد نفس المبدأ الذى أخذ به قانون المرافعات الفرنسى الحالى الذى يوجب إثبات وقوع ضرر للحكم بالبطلان ولو كان متعلقاً بالنظام العام".

LEMÉE: Préc P. 23 ets N 7 ets. Tmmsin Préc P. 7 N 22.

(٢) حالة النص على البطلان، ومثالها البيانات الخاصة بصيغة الإعلان كما فى المواد ٩، ١٩ مرفعات، وخطوات الإعلان المواد ١٠، ١١، ١٣، ١٩ مرفعات، ويكفى فيها أن يثبت الخصم الذى يتمسك بالبطلان وجود عيب شكلى فى العمل الإجرائى، إذ لا يفترض فى هذه الحالة أن الغاية لم تتحقق، فالمشرع بنصه على البطلان قدر أن الغاية لا تتحقق بهذا العيب، ولكن يجوز لمن اتخذ العمل الإجرائى، إثبات العكس، أى إثبات أن الغاية قد تحققت رغم العيب شكلى، فإذا نجح فى الإثبات اعتبر الإجراء صحيحاً ولا يحكم بالبطلان. انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول ص ٣٩٤ وما بعدها بند ٢٣١. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٤٩ وما بعدها. د. أحمد السيد صاوى الوسيط ص ٧٠١ بند ٣٩٤. د. أحمد أبو الرقفا: النفوس ص ٣٢١ وما بعدها بند ١٧٠. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٥٥ بند ٢٧١. على بركت: الوسيط ص ٦٢٢ بند ٤٧١.

ولقد أوردت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون هذه القواعد بتقريرها أن "... فإذا نص القانون على وجوب اتباع شكل معين، أو أوجب أن تتضمن الورقة بياناً معيناً وقرر البطلان صراحة جزاءً على عدم احترامه فإن الإجراء يكون باطلاً ... على أن المشرع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة ... وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف الشكل أو البيان، فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان، ويقع على عاتق من يحصل التمسك ضده بالبطلان عبء إثبات أن الشكل أو البيان رغم تخلفه قد حقق الغاية منه، فإذا أثبت هذا فلا يحكم بالبطلان".

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧١/١١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٩٤٦. نقض ١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٩١٩ نقض ١٩٧٥/٣/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ٦٧٥ نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٦٢٩ نقض ١٩٨٣/١٢/٢٨ طعن ٥٩٧ لسنة ٤٩ نقض ١٩٨٤/٤/٣٠ طعن ١٣٥٥ لسنة ٤٩ مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ١١٦٤. نقض ٢٠١١/٣/٢٢ الطعن رقم ١٤٥، ٢٢١، لسنة ٧٥ ق (بوابة محكمة النقض).

(٣) وحالة عدم النص على البطلان، ومثالها بيانات صحيفة الدعوى مادة ٦٣ مرفعات والأشكال التى ينظمها القانون لترتكب الخصومة مادة ١٤١ مرفعات. والحكم بالبطلان مشروط فى هذه الحالة بأن يثبت من يتمسك به أمرين، العيب شكلى الذى شاب العمل الإجرائى، وأن الغاية لم تتحقق بسبب هذا العيب شكلى. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: ص ٣٢٦ بند ١٧١. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٥٥ وما بعدها بند ٢٧١. د. أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة.

ولقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ما يؤكد على ذلك بتقريرها أن الأصل: "فى حالة عدم النص على البطلان أن الإجراء لا يبطل إلا إذا أثبت المتمسك بالبطلان فضلاً عن العيب الذى شاب الإجراء أن هذا العيب قد أدى إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء. فعبء إثبات عدم تحقق الغاية يقع على عاتق المتمسك بالبطلان، ... ذلك أن القانون ما دام لم ينص على البطلان جزاءً لشكل أو بيان معين فإنه يدل بهذا على عدم إرائته توافق هذا الشكل أو البيان إلا بالتقدير اللازم لتحقيق الغاية من العمل الإجرائى الذى يتضمنه ...".

بالإثبات<sup>(١)</sup> ودون الاعتداد بخطأ من قام بالعمل المعيب أو عدم إمكان نسبة خطأ شخصي إليه ودون اعتبار لحسن أو سوء نيته<sup>(٢)</sup>.

والمقصود بالغاية من الشكل، ليس الغاية الشخصية لمن يقوم بالإجراء، وإنما الغاية الموضوعية التي يقصدها المشرع من الشكل أو البيان<sup>(٣)</sup> أى الوظيفة التي رسمها المشرع لعنصر بين مجموعة العناصر المكونة للعمل الإجرائي أو كظرف يجب أن يتم فيه هذا العمل. وليست الوظيفة التي رسمها القانون للعمل بين مجموعة الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة، وهى الغاية من العمل التي عول عليها المشرع الإبطالي<sup>(٤)</sup>. وإنما الغاية التي قصدها المشرع المصرى وعول عليها وفقاً للمادة ٢٠ مرافعات هى الغاية من الشكل كعنصر من عناصر أو مقتضى من مقتضيات العمل الإجرائي.

ويؤدى معيار الغاية من الشكل كمناط لإعمال فكرة الإعفاء من جزاء البطلان، إلى ضرورة أن يقوم القاضى من خلال الواقعة المعروضة عليه، بالبحث فى كل حالة على حده، عما إذا كانت الغاية الموضوعية التي قررها القانون للشكل قد تحققت أم لا<sup>(٥)</sup>. والقاضى لا يستطيع أن يحكم بالبطلان إلا إذا ترتب على العيب من الشكل عدم الغاية المقصودة منه، أما إذا تحققت الغاية فإن الإجراء يكون صحيحاً رغم تعييبه من ناحية الشكل.

- (١) د. أحمد مليجي: التعليق ج ١ ص ٦٤٣ وما بعدها د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٩٤ - ٣٩٦ بند ٢٣١ د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧٠٠ بند ٣٩٤.
- (٢) فإذا تخلفت الغاية من الشكل، فإن العمل يكون باطلاً بصرف النظر عن خطأ من قام بالعمل أو عدم إمكان نسبة خطأ شخص إليه، ودون اعتبار لحسن نيته أو سونها، فلا يجديه فى دفع البطلان التمسك بحسن نيته د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٠٦ والحكم المشار لديه استئناف بورديو ٤ فبراير ١٩١٨ سيرى ١٩١٨ - ٢ - ٥٦.
- (٣) وهذا هو ما تؤكد عليه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بتقريرها أن القاضى يجب أن ينظر "إلى الغاية الموضوعية من الإجراء".
- (٤) وفقاً للمادة ١٥٦ مرافعات إبطالي يعول المشرع على الغاية من العمل الإجرائي، ويقصد بها الوظيفة التي رسمها القانون للعمل بين مجموعة الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة، وهو ما أعمده القضاء الإبطالي فى قنون المرافعات الحالي بأن مناط الغاية من العمل، انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان ص ٣١١ - ٣١٥ بند ١٨٣ - ١٨٥.
- (٥) ولهذا المعيار أنصار فى الفقه المصرى: انظر محمد حامد فهمى: الاتجاهات الحديثة فى مشروع قنون المرافعات مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٦ ص ٤٠٩ ويؤكد ذلك ما ورد بالمنكرة الإيضاحية لمشروع القانون على تقريرها أن "وينظر القاضى إلى الغاية الموضوعية من الإجراء، وإلى تحققها أو عدم تحققها فى كل قضية على حدة".

ويبحث القاضى عن الغاية الموضوعية للشكل من خلال الواقعة المعروضة عليه لكل حالة على حدة، يؤكد كون الغاية المقصودة فى نظام البطلان، هى الغاية الملموسة فى كل حالة على حدة، وليس الغاية المجردة التى يتم تقديرها بصورة مجردة، وبمعزل عن الواقعة المعروضة بطرفها الخاصة وملابساتها الذاتية<sup>(١)</sup>. وهو ما يعنى أن البطلان قد يترتب جزاء تخلف شكل معين فى حالة ولا يترتب فى حالة أخرى، رغم تخلف نفس الشكل فى عمل من نفس النوع. فالمعول عليه هو تحقق الغاية من عدمها، وليس على أساس أهمية الشكل بصفة عامة<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك، يعتبر البحث عن تحقق أو عدم تحقق الغاية من الشكل فى الحالة المعروضة على القاضى مسألة موضوعية يختص بها قاضى الموضوع، ولا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>(٣)</sup>. لأن البحث عن الغاية فى حقيقته بحث عن

(١) ويذهب رأى فى الفقه فى تفسيره للمادة ٢٠ مرافعات بالقول إلى أنه فى حالة عدم النص على البطلان لا يقع على المتمسك بالبطلان أن يثبت تخلف الغاية من الشكل فى الحالة المعروضة، بل عليه فقط بعد إثبات تعيب الشكل أن يثبت أن هذا التعيب يودى فى الصورة المجردة للخصومة إلى تخلف الغاية الموضوعية التى يستهدفها المشرع من تقرير الشكل المعيب، فإن فعل كان العمل باطلاً ما لم يثبت الطرف الآخر أن الغاية قد تحققت فى الحالة المعنية وبالتالي تصحيح البطلان. انظر: محمد كمال عبد العزيز ص ٢٤٤ وما بعدها.

وفى تأييد هذا الرأى انظر د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ١٩٤ وما بعدها بند ١١٤ ولكن يحتفظ الفقيه على تأييده لهذا الرأى بقوله أن الواقعة المطروحة أمام القاضى لا يمكن غض النظر عنها، لأنها هى بعينها الإجراء المدعى تعيب شكله من جانب المتمسك بالبطلان، ولأنها بعينها قطب المقارنة الذى يقوم بها القاضى حيث يعمل القانون. وما ذهب إليه الفقيه يحتفظه هو ما ذهب إليه الرأى المخالف على النحو التالى:

وفى نقد هذا الرأى انظر د. فتحى والى: نظرية البطلان ص ٤٠١ حاشية رقم ١، الوسيط ص ٤٠٤ حاشية رقم ٢ ويرى الفقيه بأن هذا الرأى يأخذ بنظام للبطلان غير الذى فنته المشرع المصرى، أما عدم تحقق الغاية من الشكل من الناحية المجردة، فإنها فكرة قبلت فى تعريف الشكل الجوهرى، وكون الشكل جوهرياً لا يكفى وحده لتحقيق موجب البطلان، إذا لم يتحقق ضرر. كما أن القول بأن على المتمسك بالبطلان إثبات أن العيب يودى فى الصورة المجردة للخصومة إلى تخلف الغاية الموضوعية التى يستهدفها المشرع من تقرير الشكل المعيب، يوازى تماماً إعفاء المتمسك بالبطلان - ضمن أى إثبات، ذلك أن كل شكل تطلبه القانون لغاية معينة، وهو ما يعنى أنه إذا لم يتحقق الشكل تخلفت حتماً - من الناحية المجردة - الغاية منه.

وعلى كل، فالنص المصرى صريح إذ يقضى عند عدم النص بأن البطلان يكون إذا شاب العمل عيب "لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء" ولم يقل أن يكون العيب من شأنه ألا تتحقق الغاية من الإجراء.

أما الفقرة الثانية، التى تتعلق بثبوت تحقق الغاية فهى خاصة بحالة النص على البطلان، إذ الأصل فيها قيام البطلان لمجرد النص عليه،

وفى تأييد ما ذهب إليه العلامة فتحى والى فى الإشارات السابقة هو ما ذهب إليه الفقه الغالب د. وجدى راغب مبادئ ص ٤٥٠، د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٤٥ وما بعدها بند ٢٠٠. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٥١ وما بعدها. بند ٣٧١. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ١٩١ وما بعدها بند ١١١.

وفى تطبيق ذلك: انظر الأحكام المشار إليها، ص ١٥٦ حاشية رقم ١.

(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ١ - ٤ بند ٢٢٢، د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٠٤ بند ٢٤٨، د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٥٢.

(٣) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة، د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٤٠٢ بند ٢٣٣، د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٧٤٨ وما بعدها بند ٣٠٠. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٥٧ بند ٢٧١. د. الأنصارى النيدانى: ص ٢١٣ بند ١٦٤. نقض ١٩٦٧/٥/١١ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٩٥٦.

ويقابل ذلك ما ذهب إليه الفقه الفرنسى بأن تقدير الضرر مسألة واقع، فيدخل تقدير الضرر، فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع انظر:

Solus et Perrot: op. cit., 1. P. 382. N 414.

المصلحة التي يقصد المشرع حمايتها من هذا الشكل، وما إذا كان الشكل في هذه القضية يحقق الحماية من عدمه<sup>(١)</sup>. أما تحديد ما هي الغاية من الشكل مسألة قانونية، فلا يستطيع القاضي أن يحدد غاية من الشكل تختلف عن الغاية التي يقصدها المشرع<sup>(٢)</sup>.

فإذا استقام لدى القاضي من خلال تقديره للواقعة المعروضة عليه تحقق معيار الغاية من الشكل، ويتحقق ذلك، طالما لم يتخلف مفترض من مفترضات أعماله<sup>(٣)</sup> فلا يقضى القاضي بالبطلان، وله رفضه ولو من تلقاء نفسه، إذا أثار الخصم الدفع به ولو كان متعلقاً بمصلحته<sup>(٤)</sup>. لأن بتحقيق الغاية من الشكل يعد الإجراء صحيحاً رغم

وفي تطبيق ذلك:

Coss. Civ. 21 Oct. 1982. Bull. Civ. 1982. 11. N 129. D. 1983. N.I 139.

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٨٠ بند ١٣٩. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٥٠.

د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص ٢٦١ بند ١٩٠.

(٢) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة، د. فتحي والى، أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة.

وفي تطبيق ذلك قضى بأن "الغاية من الشكل أو البيان هو مسألة قانونية، إذا جنت محكمة الموضوع إلى غاية أخرى رغم تخلف البيان، فأنها تكون قد ارتكبت خطأ قانونياً" نقض ١٩٩٩/١١/١٧ طعن ٨٧١ لسنة ٨٧١ لسنة ١٦١ أحمد مليجي ج ١ ص ٦٩٠ نقض ١٩٨٣/٤/١٠ طعن ١٧٣٨ لسنة ١٩٩٩ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٩٢١.

ويؤكد الفقه والقضاء الفرنسي أن طريقة تحديد الضرر مسألة قانونية، يجب على القاضي أن يبين في حكمه وجه الضرر المائل، فإن لم يفعل، فإن حكمه يكون ميبياً مما يسمح بإثارته أمام محكمة النقض. انظر:

Solus et Perrot: op. cit. P. 383 N 414.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Coss. Civ. 22 Nov. 1989. Bull. Civ. 1989. 11. N, 211. G. P 1990. 2. Somm. 360 abs GUIJINCHARD et MOUSSA.

(٣) يندرج معيار الغاية في نظام البطلان، ويرتبط تطبيقه بالعيوب التي تقتزن بالأعمال الإجرائية في أشكالها التي يقرها المشرع كضمانات لرعاية المصالح التي يعتد بها، فإنه يجري استبعاد تطبيق هذا المعيار حالة تخلف مفترضات أصلها، فلا يطبق معيار الغاية من الشكل في الحالات الآتية: ١- إذا كان الإجراء معموماً، فإنه لا يجدي للتمسك بصحة إثبات أن الغاية قد تحققت. ٢- إذا لم يوجد عيب كما لو تم الإجراء بالشكل الذي يتطلبه القانون، فإنه يقدم صحيحاً مرتباً لكافة آثاره، بصرف النظر إلى تحقق الغاية أو عدم تحققها. أو وجد العيب وكان غير شكلي، كما لو تخلف مقتضى من المقضيات الموضوعية للعمل الإجرائي، وقع العمل باطلاً دون النظر على تحقق أو عدم تحقق الغاية منه. ٣- إذا كان الشكل الناقص في الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية المقصودة منه، توقيع المحضر على الإعلان، هو الوسيلة الوحيدة لإسباغ صفة=الرسمية على الإعلان، توقيع القاضي على الحكم، هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية المقصودة منه، توقيع المحضر على الإعلان، هو الوسيلة الوحيدة لإسباغ صفة الرسمية على الإعلان، توقيع القاضي على الحكم هو وسيلة بيان إرادته في الحكم. ٤- إذا تعلق العيب بشكل من الأشكال التنظيمية، فإنه يظل صحيحاً دون بحث في تحقق أو عدم تحقق الغاية المواد ٦٥، ١٧٢، ١٩٥ مرافعات.

في حالات استبعاد معيار الغاية انظر: د. فتحي والى، أحمد ماهر زغول: ٤٠٣ - ٤٠٦ بند ٢٢٣ وما بعده د. فتحي والى الوسيط ص ٤٠٧ وما بعدها بند ٢٤٩. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٥٢ - ٤٥٤. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٧٤٨ وما بعدها بند ٣٠٠. د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاء ص ١٧٦ وما بعدها بند ١٣٧، دراسة في السياسة التشريعية ص ٨٤ وما بعدها بند ٥٨ وما بعده، التجهيل الإجرائي ص ١٩٤ وما بعدها بند ١١٩. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ٢٢٢ وما بعدها بند ١٧٠. د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان ص ٥٩ وما بعدها بند ١٠. د. الأنصاري النيداني: ص ٢١٥ بند ١٦٦. د. أمين رمضان: ص ٤٢٦ وما بعدها.

(٤) ففي هذه الحالة لا يجوز للقاضي الحكم بالبطلان رغم التمسك به، على ما أفاضت به المذكرة الإيضاحية. محمد كمال عبد العزيز ص ٢٤٥. د. أحمد مليجي: التعليق ج ١ ص ٦٨٩ بند ١٠٧٤. د. الأنصاري النيداني: ص ٢١٤ بند ١٦٥. وفي تطبيق ذلك قضى بأنه لا يجدي الطاعن التحدي بخلو صورة الصحيفة المعلنة من بيان صفة المخاطب معها ويعم تأكد الحكم من تسليم الإخطار إليه، ما دام لم يدع أن هذه الأخيرة ليست تابعته وأنه لم يتسلم هذا الإخطار بالإضافة إلى

عيبه الشكلى. فالمشرع يكتفى بتحقيق الغاية القانونية من الشكل رغم عيبه حتى لا يحكم بالبطلان. وتحليل أكثر دقة<sup>(١)</sup> نجد أن غاية الشكل أو البيان التي تم تحقيقها فى هذا الفرض قد نشأت من واقعة قانونية أخرى غير الشكل المحدد فى القانون، كأن هذا الاستبدال للأداة التي تحقق الغاية من الإجراء المعيب يعتبر آلية يعتمدها المشرع لعدم الإفراط فى أعمال الجزاء الإجرائى<sup>(٢)</sup> وتحقق واقعة الإعفاء منه، رغم بقاء العيب.

أخرى غير الشكل المحدد فى القانون، كأن هذا الاستبدال للأداة التي تحقق الغاية من الإجراء المعيب يعتبر آلية يعتمدها المشرع لعدم الإفراط فى أعمال الجزاء الإجرائى<sup>(٣)</sup> وتحقق واقعة الإعفاء منه، رغم بقاء العيب.

أن إغفال المحضر فى الصورة المعلنه لفظ تابعة فقط دون بقية البيانات التي ضمنها أصل إعلان الصحيفة فى هذا الشأن لم يؤثر على علم الطاعن بشخص من تسلمت الصورة عنه وهي تابعته المقيمة معه، فتكون الغاية التي يتبعها المشرع من بيان ذلك اللفظ فى صورة الإعلان قد تحققت، وبالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٢٠ مرفعت لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء لما كان ذلك، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف فإن النعي عليه بهذا الوجه يكون فى غير محله "نقض ١٩٧٨/١/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٩١.

(١) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧٩ بند ٥٦. سقوط وتساعد وتحول المراكز الإجرائية ص ١٧ وما بعدها بند ١١. الهدر الإجرائى ص ٤٣ بند ٢١.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لما كان من المقرر أنه متى خلت الصورة من بيان ما أوجبه القانون وقع الإعلان باطلاً بشرط أن يكون العيب فى البيان مؤثراً، وكانت الغاية من تاريخ الإعلان وساعته هي معرفة الوقت الذي تم فيه بحيث يترتب عليه آثاره التي رتبها القانون. والغاية من بيان اسم المحضر والمحكمة التي يعمل فيها هي التحقق من إجراءاته بواسطة الشخص الذي حدده القانون.

والغاية من توقيع المحضر هو إضافة الرسمية على الورقة، لما كان ذلك وكان يبين من الصورة المعلنه إلى الطاعنين أنها اشتملت على تاريخ الجلسة ورقم الدائرة المحددة لنظر الاستئناف امامها كما يبين من أصل ورقة إعلان صحيفة الاستئناف أنها اشتملت على كافة البيانات المنصوص عليها فى المادة ٩ مرفعات، ولم يدع الطاعنون أن الإعلان قد تم فى تاريخ مغاير للتاريخ الذى أثبت فيها أو أن من قام بالإعلان من غير المحضرين، وبذلك يتحقق ما قصدت إليه المادة ٩ مرفعات من هذه البيانات أو يكون الدفع ببطلان الإعلان لخلو الصورة المعلنه منها وما يترتب عليه من اعتبار الاستئناف كأن لم يكن على غير أساس "نقض مننى ١٩٩٠/١/٢٨ طعن ٢٢٢٢ لسنة ٥٥ ق مشار إليه لدى د. نبيل عمر: الإشارة السابقة، التجهيل الإجرائى ص ٢٠٣ بند ١٢٦.

(٣) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لما كان من المقرر أنه متى خلت الصورة من بيان ما أوجبه القانون وقع الإعلان باطلاً بشرط أن يكون العيب فى البيان مؤثراً، وكانت الغاية من تاريخ الإعلان وساعته هي معرفة الوقت الذي تم فيه بحيث يترتب عليه آثاره التي رتبها القانون. والغاية من بيان اسم المحضر والمحكمة التي يعمل فيها هي التحقق من إجراءاته بواسطة الشخص الذي حدده القانون.

والغاية من توقيع المحضر هو إضافة الرسمية على الورقة، لما كان ذلك وكان يبين من الصورة المعلنه إلى الطاعنين أنها اشتملت على تاريخ الجلسة ورقم الدائرة المحددة لنظر الاستئناف امامها كما يبين من أصل ورقة إعلان صحيفة الاستئناف أنها اشتملت على كافة البيانات المنصوص عليها فى المادة ٩ مرفعات، ولم يدع الطاعنون أن الإعلان قد تم فى تاريخ مغاير للتاريخ الذى أثبت فيها أو أن من قام بالإعلان من غير المحضرين، وبذلك يتحقق ما قصدت إليه المادة ٩ مرفعات من هذه البيانات أو يكون الدفع ببطلان الإعلان لخلو الصورة المعلنه منها وما يترتب عليه من اعتبار الاستئناف كأن لم يكن على غير أساس "نقض مننى ١٩٩٠/١/٢٨ طعن ٢٢٢٢ لسنة ٥٥ ق مشار إليه لدى د. نبيل عمر: الإشارة السابقة، التجهيل الإجرائى ص ٢٠٣ بند ١٢٦.

٥٠ - تحقق الغاية من الشكل إحدى صور الإعفاء من الجزاء رغم بقاء

العيب: يذهب الفقه الغالب<sup>(١)</sup> مؤيداً بأحكام القضاء<sup>(٢)</sup> بالقول إذا كان العيب الذى شاب الإجراء يؤدي إلى بطلانه، فهذا البطلان لا يقع إذا ثبت تحقق الغاية من الشكل المعيب. ويتم ذلك بتصحيح البطلان بإزالة العيب العالق بالإجراء، ويكون للتصحيح أثراً رجعياً، فيعد العمل صحيحاً منذ اتخاذه، ويزول العيب المقترن به، ويعتبر العيب كأن لم يوجد من الأصل، ومن ثم تنتفى مكنة التمسك ببطلانه، وتسرى هذه القاعدة ولو تمثل العيب فى مخالفة شكل جوهرى أو متعلقاً بالنظام العام. ولذا يتناول هذا الاتجاه حالة عدم وقوع البطلان عند تحقق الغاية من الشكل ضمن حالات تصحيح البطلان بإزالة العيب.

وفى تصورنا هذا القول محل نظر، لأن الأمر لا يتعلق بالتصحيح، سواء بتجديد الإجراء أو بتجديد شق منه، لأن التصحيح فى صورته لا يضيف للإجراء المعيب أى بيان، ويقصد بالتصحيح إزالة العيب الذى يشوب الإجراء سواء بتجديد الإجراء الباطل بحيث يحل محل الإجراء الباطل إجراء صحيح أو بتجديد شق منه بتغيير العنصر المعيب فيه أو بإضافته. سواء تم التصحيح فى الميعاد القانونى المحدد له أو فى الميعاد الذى تحدده المحكمة مادة ٢٣ مرافعات. وفى الحالتين لا ينتج التصحيح أثره إلا من تاريخ حصوله، فليس للتصحيح بالتجديد أو بالتكملة أثر رجعى، بمعنى أن آثار الإجراء تترتب على تاريخ التصحيح وليس من تاريخ القيام بالإجراء الأسمى الذى لحقه التصحيح<sup>(٣)</sup>.

- (١) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: ص ٣٩٢ بند ٢٣٠، ٤٣٣ بند ٢٤٧، ٦٠٧ بند ٢٣٢. د. أحمد مليجى ج ١ ص ٧١٩ مادة ٢٣. د. الأنصارى التيدانى: ص ٢٠٩ وما بعدها بند ١٦١ وما بعده، محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٢٤٥ - ٢٤٨ مادة ٢٠. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧١٥ بند ٤٠٠، د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٧١٥ بند ٣٠٧. د. إبراهيم نجيب سعد: نظرية البطلان ص ٢٦٠ بند ١٨٩.
- (٢) استقر قضاء النقض على تصحيح البطلان بتحقيق الغاية من الشكل. نقض ١٩٧٦/٣/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ٦٢٨. نقض ١٩٧٨/١/٣٠ طعن ٤٩٥ لسنة ٤٤ ق نقض ١٩٧٢/٣/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٣٢. نقض ١٩٨٠/٥/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٣٢٥ نقض ١٩٨١/١/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٥٧٩ نقض ١٩٨١/٥/٣٠ طعن ١٢٧٠ لسنة ٥٠ نقض ١٩٨١/٦/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ١٨٨٧. نقض ١٩٨٧/١١/٢٩ طعن ١٨٩٨ لسنة ٥١ نقض ١٩٩٣/٧/٢٨ طعن رقم ٤٧٩٨، ٤٨٥٠ لسنة ٦١ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٨٨٧. نقض ١٩٩٤/١١/١٠ طعن ٢٠٩٦ لسنة ٦٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٢٤ ق ١١٨٣. نقض ١٩٩٥/٢/١٢ طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٥٤ ق، ٨٣ لسنة ٥٥ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٢٤ ق ٩٨١. نقض ١٩٩٧/٥/١٤ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٩٤٠.
- (٣)

كما أن تحقق الغاية من الشكل وأن أدت إلى الإعفاء من البطلان، لكن لا تزيله. لأن زوال البطلان يتطلب إضافة بيان أو بيانات تحل محل الإجراء المزيل، وتقرير القاضى بتحقيق الغاية من الشكل لا يضيف للإجراء المعيب أى بيان، ولكن الإجراء المعيب يظل مشوباً بالمعيب الذى أصابه. فالمعيب يظل قائماً، كل ما هناك<sup>(١)</sup> أن حق الخصم فى التمسك بالبطلان قد سقط، ولا يكون للقاضى أن يحكم به.

ومؤدى ذلك، أن المشرع عن طريق فلسفة عدم المغالاة فى الشكائية، استخدم وسائل ومنها فكرة الغاية بصياغة معينة لتحقيق أغراض معينة، تلك الصياغة تهدف إلى حماية نظم قانونية جديرة بالحماية. والمشرع<sup>(٢)</sup> فى لحظة معينة يرى أن طريقة أداء الجزاء الإجرائى سوف تؤدى حتماً إلى ضرب هذه النظم أو هذه المصالح إذا ما تم إعمالها بالشكل العادى، لهذا يلجأ إلى وسيلة الصياغة الغامضة<sup>(٣)</sup> داخل نصوص البطلان، واستخدام فكرة الغاية التى إذا توصل الإجراء المعيب إلى تحقيقها، فإنه يبقى عليه ولا يحكم بالبطلان، وبالتالي يضحى المشرع باحترام القواعد الإجرائية، كما يضحى فى ذات اللحظة بفعالية الجزاء الإجرائى، وصورة هذه التضحية تتمثل فى بقاء الإجراء المعيب وفى توليده لكافة آثار الإجراء الصحيح ومن وقت اتخاذه<sup>(٤)</sup>.

ففكرة الغاية هى إذن فكرة فنية، غائية وظيفية، داعمة لإجراء معيب<sup>(٥)</sup> متى تحققت، كان الإجراء صحيحاً بحسب الأصل، إن الإجراء قد روع<sup>(٦)</sup> رغم عيبه الشكلى، ولا موجب لأعمال جزاء البطلان. هذه الفكرة تؤدى إلى الإبقاء على العمل

- (١) المذكرة الإيضاحية، محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٢٤٥ مادة ٢٠.
- (٢) فالمشرع يدرك أن أعمال جزاء البطلان بطريقة تلقائية، ووفقاً لمقتضيات ذات هذا النظام، فله سوف يودى إلى الإطاحة بأى عمل إجرائى معيب وغير مطابق لنموذج القانونى، وفى ذلك تضحية بالحقوق الموضوعية التى ما اتخذ الإجراء إلا لحمايتها انظر فيما سبق، بند ٤٨.
- (٣) والصياغة الغامضة *Technique équivoque* هى فكرة معروفة فى فلسفة القانون، وخلصتها أن المشرع إزاء جمود أو غموض بعض الأفكار أو النظم القانونية وإزاء الرغبة فى تحقيق أهداف يراها المشرع جديرة بالحماية، يستخدم صياغة لأفكار بها تقدر من الغموض بحيث تختلف حولها الآراء تمهيداً لمرحلة متقدمة يصوغ فيها هذه الأفكار بشكل أكثر تحديداً بعد أن تثرى مختلف الآراء والتطبيقات هذه الأفكار بحثاً واجتهاداً. وبصدد عيوب الإجراءات ربط المشرع هذه العيوب بمعايير مختلفة منها معيار الضرر، معيار الغاية ... الخ انظر د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ص ١٢٥ وما بعدها بند ٩٩ والمراجع المشار إليه.
- (٤) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٨٢ بند ١٤٠، سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٧٠ وما بعدها بند ٤٨، الهدر الإجرائى ص ٤١، ٤٢ بند ٢٠ التجهيل الإجرائى ص ١٩٤ وما بعدها بند ١١٩.
- (٥) د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٤٣ بند ٢١، ص ٧٧ بند ٤١ التجهيل الإجرائى ص ٢٠٣ بند ١٢٦. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧٣ بند ٥١، سقوط الحق ص ٦٩ بند ٤٧.
- (٦) انظر فيما سبق بند ١٤ وما بعده.

الإجرائى بعيبه ويصير العيب غير مؤثر، ولا يؤدي إلى افتقاد العمل المتخذ لقدرته على توليد الآثار. والواقع أن القاضى يرتب الآثار المسندة إلى هذا العمل فى حالة صحته وسلامته. ويتم تقريرها بالنسبة للعمل الإجرائى المعيب، فيعامل من حيث توليد الآثار معاملة الإجراء السليم<sup>(١)</sup> حماية للخصوم من أعمال الجزاء الإجرائى الناشئ عن الأعمال الإجرائية المعيبة التى تتخذ فى غير مكانها أو زمنها أو تتم بواسطة أو ضد أشخاص لا مصلحة ولا صفة لهم حماية للمراكز القانونية، ولو كانت هذه المراكز مجرد مراكز ظاهرة<sup>(٢)</sup> ومن ثم لا يستطيع أحد الخصوم التمسك بالبطلان، ولا للقاضى أن يقضى به على ما أفاضت المذكرة الإيضاحية.

وحيث أنه لا يكون لأحد التمسك بالبطلان، ولا يكون للقاضى أن يقضى به، متى تحققت الغاية من الشكل، فيبقى على الإجراء المعيب بعيبه بدون تصحيح أو إضافة أو زوال لعيبه منتجاً لكافة آثاره، كما لو كان صحيحاً من وقت اتخاذه لأن الأصل فى الإجراءات قد روعيت، ومن يدعى خلاف ذلك عليه إقامة الدليل، كما أن الأصل فيها أنها صحيحة حتى يحكم ببطلانه<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثانى

### واقعة الكلام فى الموضوع

٥١ - قاعدة إبداء كافة أوجه العيوب الإجرائية معاً وقبل الكلام فى الموضوع: رأى المشرع أن منطق الأمور يقتضى أن يبدأ الخصم أولاً وفى مستهل الخصومة بالتمسك بكل جزاء رتبته القانون على تعيب الشكل، ثم يتدرج بعد ذلك إلى الموضوع. فإن تعرض للموضوع، ولم يكن قد طرق الخصم ما يتعلق بشكل الإجراء من عيوب سقط حقه فيما يترتب على هذه العيوب من جزاءات أياً كانت، متى تعلقت بالمصلحة الخاصة<sup>(٤)</sup> كالبطلان<sup>(٥)</sup> سقوط الخصومة<sup>(٦)</sup>

(١) نقض مننى ١٩٨٠/٥/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٣٢٥.

(٢) انظر فيما سبق نظرية الوضع الظاهر، بند ١٧ ومابعده.

(٣) انظر فيما سبق بند ١٤ ومابعده.

(٤) انظر فيما سبق بند ٣١.

(٥) نقض ١٩٩٢/٣/١١ طعن ٢٧٢ لسنة ٥٩ق، نقض ١٩٩٤/٥/٣١ الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٩ق نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٩٣٢ نقض ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ١٣ ص ٣٣٩.

(٦) نقض ١٩٩٨/٦/٤ طعن ٢٨٣ لسنة ٥٩ق د. أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣١٢.

اعتبار الدعوى كأن لم تكن<sup>(١)</sup> اعتبار المدعى تاركاً دعواه أو المستأنف تاركاً استئنافه<sup>(٢)</sup> .... الخ<sup>(٣)</sup>.

وقيام المشرع بتحديد واقعة قانونية معينة، يترتب عليها إسقاط الحق الإجرائي فيما يوجد من عيوب إجرائية في مستهل الخصومة، فذلك تحقيقاً لاعتبارات متعددة أهمها، خطورة استعمال الحق الإجرائي<sup>(٤)</sup> في حالات معينة والتأثير الذي قد يمارسه استعمال هذا الحق على الأعمال الإجرائية<sup>(٥)</sup> وعلى سير الخصومة، على نحو يحول بينها وبين الوصول إلى غايتها، مما يؤدي إلى آثار ضارة بحسن سير العدالة والحق الموضوعي محل الحماية القضائية المطلوبة.

ولذا كانت القاعدة ضرورة إيداء كافة ما يثار من عيوب إجرائية ومعاً في مستهل الخصومة، وقبل الكلام في الموضوع، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ١٠٨ مرافعات مصري، ٧٤ مرافعات فرنسي<sup>(٦)</sup>.

ومع اعتماد المشرع لهذه القاعدة، سواء في قانون المرافعات الملغى<sup>(٧)</sup>

- (١) نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن ٨٣٦١ لسنة ٦٤ نقض ١٩٩٧/٣/٢٧ طعن رقم ٤٢٨٥ لسنة ٦٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٥٥٥ نقض ١٩٩٣/٣/٣١ طعن ٢١٤٧ لسنة ٥٧ نقض ١٩٧٩/٤/٢٥ طعن ٣٩٢ لسنة ٤٦ ق.
- (٢) نقض ١٩٦٦/١٢/٦ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ١٧٧٥. نقض ٢٠٠٢/٢/١١ طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ ق المحاماة ٢٠٠٣، ع ٣ ص ٩٨. نقض ٢٠٠٦/٦/٢٧ طعن رقم ١٠٠٠ لسنة ٧٥ ق المحاماة ٢٠٠٧، ع ٦، ص ٥١٢.
- (٣) انظر فيما سبق بند ٣٣
- (٤) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٥١ بند ١٥٢، د. وجدي راغب: دراسات ص ١٢٧ بند ١٩.
- (٥) وإذا كان المشرع المصري يوجب إيداء كافة الدفوع الإجرائية في مستهل الخصومة، وقبل الكلام في الموضوع، باستثناء حالتها تعلق الدفوع بالنظام العام، أو كان السبب المنشئ للدفاع واقعة من وقائع التكلم في الموضوع. انظر د. على هيكال: الدفع بإحالة الدعوى ص ٤٧٥ وما بعدها بند ٤٦٥ وما بعده.
- (٦) أما المشرع الفرنسي: يوجب إيداء كافة الدفوع الإجرائية في بداية النزاع، ولو كانت متعلقة بالنظام العام، حيث لا يرى في قانون المرافعات الحالي تعليق الدفع الإجرائي بالنظام العام سبباً في الخروج على القواعد العامة للدفوع الإجرائية، التي يتعين إيدؤها في مستهل الخصومة وقبل الكلام في الموضوع، سواء تعلق هذا الدفع بالنظام العام، أم لا، مادة ٧٤ مرافعات.

ومع ذلك يرد على هذه القاعدة استثناءات، الدفع بالإحالة للارتباط مادة ١٠٣ مرافعات، والدفوع التأجيلية للاستفادة من مهلة يمنحها القانون مواد ١٠٨، ١١١ مرافعات، الدفع بالبطلان لأسباب موضوعية مادة ١١٨ مرافعات. ومبرر هذه الاستثناءات ومبناها كونها تنشأ في مرحلة لاحقة من الخصومة. انظر:

BLARY – CLEMENT: Specificite et sonctions des monoeuvres ditatoire dans le process civil J. C. P. 1991. 1. 3534.

- (٦) المادة ١٤١ من قانون المرافعات الملغى "الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور يجب إيدؤها قبل ... أي طلب أو دفاع فيها - أي الدعوى أو في الطلب العارض وإلا سقط الحق فيه ...".
- (٧) نقض ١٩٥١/١١/٢٢ المحاماة ٣١ - ١٩٤، نقض ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ١٣ ص ٣٣٩ نقض ١٩٦٧/١١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٧٩٦ نقض ١٩٨٢/٣/٣٠ طعن ٤٣١ لسنة ٤٧ ق نقض ١٩٩٧/٣/٢٧ طعن ٤٢٨٥ لسنة ٦٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٥٥٥ نقض ١٩٩٣/٥/٣١ طعن ١٤٥٢ لسنة ٥٩ ق.

والقانون الحالي وواظب عليها القضاء سواء في هذا القانون أو تلك<sup>(١)</sup>، لم يتفق الفقه حول أساس موحد بشأن هذه القاعدة.

يرى البعض<sup>(٢)</sup> بأن تعرض الخصم للموضوع، ولم يكن قد طرق ما يتعلق بشكل الإجراءات من عيوب شف ذلك عن تنازله عن التمسك بما يترتب على هذه العيوب من جزاءات. أي تنازل الخصم عن التمسك بالجزاء الذي رتبته القانون على تعيب الشكل، وهو نزول إرادى صريح أو مفترض. ممثلاً ذلك في افتراض المشرع أن التعرض للموضوع يعتبر تنازلاً عن الحق في التمسك بالجزاء. ولذا لا يسقط حق الخصم في التمسك بالجزاء إذا لم يعلم بوجود سببه من عيوب. مع ملاحظة أن المشرع يفترض علم الخصم بمواطن الجزاء متى اتخذ الإجراء المعيب في مواجهته<sup>(٣)</sup>. ووفقاً لذلك ظهر في الفقه<sup>(٤)</sup> ما يسمى بالإسقاط أو بالنزول المسقط.

ويبرر هذا الرأي تأسيسه لفكرة السقوط على النزول الضمني أو المفترض عن الجزاء باعتبارات خاصة أو عامة. والاعتبارات الخاصة، تقتضى بأن العدالة أليقى المدعى مهدياً بالدفع الإجرائية طوال مراحل الدعوى، فيتراخى الخصم في إبدائها، ويكون من نتيجة ذلك تعطيل الفصل في موضوع الدعوى، وتهدد الإجراءات والقرارات التي تصدر أثناء نظرها بالإلغاء<sup>(٥)</sup>.

أما الاعتبارات العامة<sup>(٦)</sup>، تتمثل فيما يوفره الفصل في الدفع الإجرائي أولاً، من وقت وجهد القاضي، بدلاً من تكون الدعوى قد قطعت شوطاً بعيداً ثم تقف الخصومة فيها أو توجل على أثر دفع إجرائي، أو تقضى بغير الفصل في موضوعها.

- 
- (١) د. أحمد أبو الوفا: الدفع ص ١٧٠ بند ٧٥، ص ١٠٨ بند ٥١، التعليق على قانون المرافعات ص ٤٥٧ مادة ١٠٨ د. وجدى راغب دراسات في مركز الخصم ص ١٢٧ بند ١٩ د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٦٥ بند ٣٠٧ د. أحمد مليجي التعليق ج ٢ ص ٩٠٠ مادة ١٠٨ د. أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها ص ١٧٣ بند ٧٩. قارب د. أحمد هندي التعليق ج ٢ ص ٤٦٣ مادة ١١٤.
- (٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفع ص ١١٦ بند ٥٦.
- (٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفع ص ١١٧ بند ٥٦.
- (٤) د. جلال العدوي: النزول عن الحقوق مقال مشار إليه سابقاً ص ١٧١.
- (٥) د. أحمد أبو الوفا: الدفع ص ١٧٠ بند ٧٥ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٣ بند ١٤٥.
- (٦) د. أمينة النمر: الإشارة السابقة.

ويخفف البعض<sup>(١)</sup> من عمومية تأسيس السقوط على النزول الإرادى، ويقصره على حالة اتفاق الخصوم على عدم ممارسة حق من حقوقهم الإجرائية. كما لو اتفق الخصوم ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة أول درجة نهائياً وفقاً للمادة ٢١٩/٢ مرافعات. والاتفاق هنا بمثابة تصرف فى الحق الإجرائى يتم به التنازل عن الحق فى الطعن بالاستئناف على الحكم. كما يعد من صور<sup>(٢)</sup> هذا النزول حالة قبول الحكم أو من قضى له بكل طلباته<sup>(٣)</sup>. فالنزول عن الحكم من جانب المحكوم له يعد تصرف إرادى صادر من جانبه لا يتوقف على قبول من جانب المحكوم عليه.

وهذا رأى فى وجهيه لا يستقيم مع كون الواقعة المسقطه للحق فى إيداء العيوب الإجرائية بالتكلم فى الموضوع على كونها واقعة قانونية حددها المشرع، ورتب على مجرد وقوعها آثار قانونية، ودون أن يكون لوجود الإرادة الفردية أو عدم وجودها أى دور فى وقوعها أو ترتب آثارها. وواقعة التكلم فى الموضوع إحدى الوقائع الطبيعية الإجرائية<sup>(٤)</sup> التى يستقل القانون بتحديدتها وترتيب آثارها دون تدخل من الإرادة الفردية ولو لمجرد الإتيان بها، لأنه بمجرد حدوثها تترتب آثارها بقوة القانون. ودون أن تتجه نية الخصم أو تستفاد ضمناً من سلوكه كما هو الحال فى النزول الإرادى.

وحتى بصدد النزول الإرادى عن بعض الوقائع القانونية، لا يكون للإرادة الفردية دور فى تكوين هذه الوقائع ولا فى ترتيب آثارها، لأن المشرع هو الذى يستقل بتحديد هذه الوقائع وترتيب آثارها، غاية الأمر يسمح للإرادة الفردية بوضع

(١) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٢ - ٦٤ بند ٤٤ وما بعده دراسة فى السياسة التشريعية ص ٣٠ بند ٢١.

(٢) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٤ وما بعدها بند ٤٦.

(٣) ما لم ينص القانون على خلاف ذلك مادة ٢١١ مرافعات، فقبول الحكم أو الرضا به لا يؤدى إلى سقوط الحق الإجرائى إذا تعلق هذا الحق بالنظام العام.

(٤) فى الوقائع القانونية الإجرائية، واستقلالية القانون بتحديدتها وترتيب آثارها سواء كانت وقائع طبيعية غير إرادية، أو وقائع إرادية أو اختيارية *Faits Naturels au involontaire et Volontaires* والوقائع القانونية الإجرائية فى صورتها = الطبيعية غير الإرادية، أو الاختيارية لا تدخل للإرادة الفردية بشأنها سواء فى تكوينها أو ترتب آثارها. انظر: د. على هيكل: الدفع بالإحالة ص ٧٢ - ٧٦ بند ٧١ - ٧٣.

MOREL: op. cit. P. 311. N. 388 VIZIOZ: etudes de Procédure. Op. cit. P. 94. HÉBRAUD: obs R.T.D. Civ. 1961. P. 532 N3. Cette. Rev. 1962 P. 150 PERROT. Obs. R.T.D. Civ. 1987 N 141. Cette Rev. 1990. P. 555. Cette Rev. 1996 P. 981.

هذه الوقائع موضع التطبيق، وهو ما يعبر عنها<sup>(١)</sup> بالدور المساهم للإرادة الفردية بوضع بعض الوقائع القانونية موضع التطبيق. كالاتفاق على اعتبار حكم محكمة أول درجة نهائياً وغير قابل للطعن بالاستئناف مادة ٢١٩/٢ مرافعات<sup>(٢)</sup> أو النزول الإرادى عن البطلان مادة ٢٢ مرافعات<sup>(٣)</sup> وقبول الحكم<sup>(٤)</sup> مادة ٢١١ مرافعات، وفي كل ذلك لا يعد النزول مفترض<sup>(٥)</sup> لأن النزول لا يفترض إلا إذا نص القانون على ذلك<sup>(٦)</sup>. كما لا يعد صحيحاً إذا كان نتيجة تأثير خارجي<sup>(٧)</sup>.

ووفقاً لذلك، يخلط الرأى السابق بين الوقائع القانونية الإجرائية التى يستقل القانون بتحديددها وترتب آثارها دون تدخل من الإرادة الفردية ولو لمجرد الإتيان بها - كواقعة الكلام فى الموضوع - وبين مساهمة الإرادة الفردية للقانون الإجرائى فى بعض الوقائع التى يضعها المشرع ويعلق مجرد تطبيقها على الإرادة الفردية، كحالة النزول الإرادى عن البطلان، والفارق بين الحالتين جد كبير<sup>(٨)</sup>.

(١) فى الدور المساهم للإرادة الفردية للقانون الإجرائى فى ترتب بعض آثاره وفقاً للمواد ٢٢، ٢٣، ١٠٣، ١١١، ١٢٨، ١، ١٤٢، ٢٢٨ مرافعات انظر د. على هيكل: ص ٧٦ وما بعدها بند ٧٤ وما بعده. د. إبراهيم نجيب سعد: ج ٢ ص ١٧٦ بند ٣٦٢.

VINENT et GUINCHARD: op. cit. P. 699 – 700 N 1180. JAPIOT: op. cit. PO. 584. N. 897. Com. 19 Dec. 1967. J. C. P 1968 ed. A.I.V.N. 5233 obs. J.A.R.T.D. Civ. 1968. 583. obs. RAYNAUD.

(٢) د. نبيل عمر: الوسيط فى الطعن بالاستئناف ص ١٢٧ وما بعدها بند ٢٩. وفى تطبيق ذلك قضى بأن "قيام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم يكون سبباً فى عدم جواز استئناف الحكم شرطه أن يكون التنفيذ اختياراً دالاً على الرضا وعلى ترك الحق فى الطعن" طعن مندى عمانى رقم ت/٤٨٣/٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/١/٨ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ١٣٩.

(٣) انظر فيما سبق بند ٢٢.

(٤) مع ملاحظة أن تنفيذ الحكم قد لا يدل على الرضا، ومن ثم لا يسقط حق الطعن عليه، وقضى بأنه "ليس صحيحاً أن الطاعة قد قبلت الحكم المطعون فيه كونها حررت شيكاً بالمبلغ المحكوم به، فتنفيذ الأحكام لا يعنى حرمان المحكوم عليه من حق الطعن فيها إذا استوفى الطعن شرائطه القانونية" طعن مندى عمانى رقم ٢٠٠٩/٣٤٥/٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/٤/١٦ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٣٣٧.

(٥) وقضى تطبيقاً لذلك بأن "النزول لا يفترض، فلا يمكن أن يفسر مجرد التأخير فى إيداء الدفع تنازلاً عنه" نقض ١٩٩٤/٦/٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج ٢ ص ٩٦٥.

(٦) د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ٦٢ وما بعدها.

(٧) وقضى تطبيقاً لذلك "لا يعتبر التنازل صحيحاً ولا تترتب عليه آثاره إذا كان نتيجة تأثير خارجى ولم يكن بطيب نفس ودال على ذلك واقع الحال" طعن عمانى رقم ٢٠٠٥/٤١/٢٠١٠ جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٠ مجموعة أحكام المحكمة العليا لسنة ٢٠٠٥ ص ٩٧.

(٨) فى الإرادة الفردية ودورها فى قانون المرافعات انظر: د. على هيكل: ص ٧١ وما بعدها بند ٧١ وما بعده. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٣٠٦ وما بعدها. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٨٦ وما بعدها بند ٣٥ وما بعده. وفى الإجراءات الجنائية انظر د. أحمد قنقى سرور: نظرية البطلان ص ٥٦ وما بعدها بند ٣٠ وما بعده.

وترتيباً على ذلك، تجد القاعدة أساسها ومبناها ووفقاً لما ذهب إليه الفقه الراجح<sup>(١)</sup>. في واقعة قانونية استغل القانون بتحددها وترتب آثارها، وهي واقعة الكلام في الموضوع. هذه الواقعة يترتب على مجرد تحققها سقوط الحق في التمسك بالإجراء المعيب وترتيب جزاء السقوط، ودون التريث والانتظار حتى يتم تقدير العيب الإجرائي والفصل فيه، وحتى ولو ثبت فيما بعد أن صاحب الشأن لم يكن على حق بالمرة في الكلام في الموضوع، بل ولو ثبت أن هذا الموضوع لا يعنيه من قريب أو من بعيد. فيكفي أنه خاص به، ليسقط حقه في التمسك بالعيب الإجرائي وبقوة القانون، ولو لم يعلم الخصم بحقه في التمسك بالسقوط أو بالسبب المنشئ له. فهي قاعدة لا تبنى على مجرد تفسير إرادة الخصم<sup>(٢)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٣)</sup> بأن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى وجوبى إيدائه قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه، أو فيما لم يبدى منها<sup>(٤)</sup>.

## ٥٢- الواقعة المسقطه للحق فى التمسك بالعيوب الإجرائية: واقعة الكلام

فى الموضوع، وإن عبرت النصوص التشريعية عن هذه الواقعة بتعابير مختلفة<sup>(٥)</sup>

(١) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: ص ٦٩٢ بند ٣٧٣. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٦ بند ٢٥٣. د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٧ وما بعدها بند ٤٧. سقوط وتصاعد وتحول وانتقال المراكز الإجرائية ص ٢٤ بند ١٤. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٢١ بند ١٥، ص ٢٦ بند ١٨، ٢٨ بند ١٩. د. أحمد هندی: التمسك بالبطلان ص ٧٢ بند ١١. د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ٦٣. د. وجدى راغب مبادى ص ٤٩٥. د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضى: ص ١٤٧ وما بعدها حاشية رقم ١٦١. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٤٧ بند ٣٤. د. على هيكل شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العملى ص ٢٧٣ بند ١٨٤ محمد كمال عبد العزيز التعليق ص ٦٤٦.

JAPIOT: op. cit. P. 449. N 672.

CADIET: droit judiciaire op cit. P. 424 N 819.

(٢) محكمة كان فى ١٧ يونيو ١٩١٤ - سبرى - ١٩١٥ - ١ - ٦٤ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة.

(٣) نقض ١٩٩٤/٥/٣١ الطعن ١٤٥٢ لسنة ٥٩ق، نقض ١٩٩٣/٣/١١ طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٥٩ق، نقض ١٩٩٣/١/١٦ طعن ٨٢ لسنة ٥٨ق نقض ١٩٦٧/٢/٢٨ مشار لهذه الأحكام سابقاً. طعن تجارى عمانى رقم ٢٧٥/٢٠١٠ جلسة ٢٠١١/٣/٢٣ مجموعة أحكام المحكمة العليا لسنة ١١ ص ٦٣٧. طعن مدنى عمانى رقم ١٤٥/٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/١٠/٣ المجموعة لسنة ١١ ص ٢٣٢ طعن تجارى عمانى رقم ٢٩٨/٢٠٠٩ جلسة ٢٠١٠/١/٢٠ المجموعة لسنة ١٠ ص ٨٢٢.

(٤) نقض ١٧ مايو ١٩٧٩ فى الطعن رقم ١٦١ لسنة ٤٤ق الموسوعة الذهبية ج ٦ بند ١٠٣٠ ص ٤٦٤ مشار إليه لدى د. طلعت دويدار الإشارة السابقة.

وقد ورد بالمنكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصرى الملقى ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بتقريرها على "..... كما أوجب إبداءها معاً وقيل التكم فى الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها". على أن محكمة النقض تتحدث دائماً عن التكم فى الموضوع وتعتبره بمثابة تنازل ضمنى عن الدفع الشكلى يسقط التمسك به. انظر نقض ٢٠٠١/٥/١٣ طعن ٣٢٥ لسنة ٥٨ق، نقض ١٩٩٧/١٠/٢٠ طعن ٢٨٨٤ لسنة ٦٦ق لسنة ٤٨ ص ١١٤٣ عدد ٢ رقم ١٨٢ طعن ٧٠٧ لسنة ٤٦ق لسنة ٣٣ ص ٩٤٨ رقم ١٧١. د. أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ٣٤٨.

(٥) فى التعبيرات المختلفة لواقعة الكلام فى الموضوع انظر النصوص الآتية ٢/١٧٣ مرافعات فرنسى قديم، ٧٤، ١١٢ مرافعات فرنسى حالى، ٢/١٥٧ مرافعات إيطالى ١٥٣ مرافعات مختلط، ١٣٨ مرافعات أهلى، ١٤١ مرافعات مصرى

فهي تكون بإبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى يمس الموضوع أو مسألة فرعية فيها ينطوى على التسليم بصحتها، سواء أبدى شفاهة أو فى مذكرة مكتوبة، ولو لم ينتبه الخصم إلى حقه فيها<sup>(١)</sup> أو ورد الطلب أو الدفاع فى إجراء باطل، لأن بطلان الإجراء لا يمنع من أن الكلام فى الموضوع قد حدث بالفعل<sup>(٢)</sup>. أو حكم بعدئذ بعدم الاعتداد بما ورد بالطلب لعدم كفايته<sup>(٣)</sup> أو حتى إذا انتهت الخصومة فى هذا الطلب بغير الفصل فى الموضوع، كما لو قضى بعدم الاختصاص بالطلب العارض أو بعدم قبوله<sup>(٤)</sup>. أو على الكل ولو لم يكن فى هذا الطلب أو تلك الدفاع معارضة لإدعاء الخصم، كما لو كان هذا الإدعاء واضح التأسيس، فلا يجد المدعى عليه ما يعارض به، فيفوض الأمر للمحكمة، فهذا التفويض يعد كلاماً فى الموضوع<sup>(٥)</sup> لا يجوز بعده التمسك بالعيوب الإجرائية.

٥٣- فمن ناحية أولى: يعتبر إبداء الطلبات القضائية تعرضاً للموضوع، سواء كان طلباً عارضاً فى الخصومة<sup>(٦)</sup> أو طلب إدخال ضامن فى الدعوى<sup>(٧)</sup>. أو طلب يتعلق بأدلة الموضوع مثل طلب إحالة الدعوى للتحقيق لسماع شاهد<sup>(٨)</sup>. أو طلب الحكم بتزويد السند الذى قدمه المدعى<sup>(٩)</sup> أو طلب التأجيل متى بنى على سبب

ملفى ١/١٠٨ من مجموعة المرافعات المصرية الحالية: انظر: د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ٦٩٣ بند ٣٧٤.

(١) نقض ١٩٩٣/٣/١١ طعن ٢٧٣ لسنة ٥٩ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٨٠٦ نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ طعن ٢٩٠ لسنة ٥٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ، ٧٤٣ نقض ١٩٦٧/١٢/٣٠ طعن ٢٩٠ لسنة ٤٣ق. طعن تجارى عمانى رقم ٣٧٥/٢٠١٠ جلسة ٢٠١١/٣/٢٢ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٦٢٧.

(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٧٠٠ بند ٣٧٧ محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٦٤٧. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩ بند ٢٩ والحكم المشار لحيه نقض ١٩٧٨/١١/١٠ طعن رقم ١٨ لسنة ٤٧ق.

(٣) بسقط الحق فى التمسك بالدفوع الشكلية بالعرض الفعلى الذى يتم أثناء نظر الخصومة ولو حكم بعدم الاعتداد بالعرض لعدم كفايته. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩ بند ٢٩ مكرر.

(٤) د. أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها ص ١٧٤ بند ٧٩. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩ بند ٢٩ مكرراً. التعليق على قانون المرافعات ص ٤٦١ مادة ١٠٨.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: ص ١٧٢ بند ٧٦. وحالة سلامة تأسيس إدعاء المدعى ولم يجد المدعى عليه ما يعارضه به فيفوض الأمر للمحكمة، هذا المسلك يسمى فى فرنسا *La rappers à justice* يعتبر كلاماً فى الموضوع مسقط للحق فى التمسك بالجزاء. انظر جين: رسالة ص ١٦٦ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٩٤.

(٦) فى الطلب العارض انظر فيما سبق بند ٤٨.

(٧) طلعت دويدار: تأجيل الدعوى ص ٤٧ وما بعدها. نقض ١٩٧٨/٦/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٥٢. *Coss. Civ. 22 avl 1976 Bull. Civ. 1976 - 1- 108.*

(٨) طعن شرعى عمانى رقم ٢٠٠٣/٨٦/٣/٣١ جلسة ٢٠٠٤/٣/٣١ مجموعة أحكام المحكمة العليا لغاية ٢٠٠٤/١٢/٣١ مسقط ٢٠٠٥ ص ٢٨٧.

(٩) *Coss. Civ. 12 doc. 1973. D. 1974. IR. 101.* د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٩٥ د. نبيل عمر: أصول: ص. ٥٩٠ بند ٥٢٤ دراسة فى السياسة التشريعية ص ٢٩ بند ٢٠.

موضوعي، كتقديم مستندات لإبراء الذمة من الدين كله أو بعضه أو للإطلاع على مستند معين قدمه خصمه<sup>(١)</sup> أو طلب نذب خبير أو الطعن بالإتكار أو الجهالة أو طلب إدخال خصم لتقديم مستندات تحت يده تثبت عدم أحقية المدعى في دعواه، وطلب أجل لتسوية الحساب أو الصلح أو للوفاء بالباقي من الدين أو طلب المقاصة القضائية<sup>(٢)</sup> كذلك الحال بالنسبة لطلب ضم شكوى، فهو طلب تأجيل متعلق بأصل الدعوى يؤدي إلى سقوط الحق في التمسك بالدفع الشكلى<sup>(٣)</sup> وأيضاً طلب تأجيل لضم محضر الشرطة في دعوى تعويض عن فعل غير مشروع<sup>(٤)</sup>.

ويعد تعرضاً للموضوع، أيضاً، طلب وقف الدعوى اتفاقياً أو طلب وقفها لحين الفصل في مسألة أولية لا تدخل في اختصاص المحكمة اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة أو اختصاصاً نوعياً<sup>(٥)</sup>. وطلب ضم<sup>(٦)</sup> دعويان للارتباط أو لقيام ذات النزاع أمام دائرة واحدة من دوائر المحكمة، وذلك لأن تقديم المدعى عليه طلب الضم يعد تسليماً ضمناً بصحة إجراءات الخصومة وقيامها أمام محكمة مختصة<sup>(٧)</sup>.

والمشروع في كل ذلك يوسع ويبارك الأخذ بالوقائع المسقطه للحق في التمسك بالعيب الإجرائي، وإسقاط الحق في التمسك به بمجرد الكلام في الموضوع، وبقوة القانون بمجرد تحقق الواقعة، ودون حاجة إلى طلب أو حكم من القاضي<sup>(٨)</sup>.

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفع ص ١٧٣ بند ٧٦. د. أحمد هندي: التمسك ص ٧٣ بند ١١ د. نبيل عمر: دراسة في الميسلة ص ٢٩ بند ٢٠.

(٢) أنور طلبه: موسوعة المرافعات ج ٢ ص ١٤٠ مادة ١٠٨ مشار إليه لدى د. أحمد هندي التعليق ج ٢ ص ٣٤٩. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٤٨ بند ٢٨٥ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٣٩ بند ١٤٦.

(٣) نقض ١٩٥٥/١/٦ طعن ٢٩١ لسنة ٢١ ق. مشار إليه سابقاً.

(٤) د. وجدى راغب: مبادئ: ص ٤٩٥.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: ص ١٧٣ وما بعدها بند ٧٦.

(٦) فى ضم الدعاوى للارتباط وقيام ذات النزاع، وأثر الضم على ذات النزاع والدعاوى المرتبطة. انظر د. على هيكل: الدفع بالإحالة ص ١٠٣ وما بعدها بند ١٠٠ وما بعده.

CADIET: (L.) Connéxite Ency Dalloz Pr. Civ. 1995. P. 5. N 29 et Litispendance Ency. Dalloz Pr. Civ. 1995. P. 3. N. 19.

وفى تطبيق ذلك: نقض ٢٠٠٤/٥/١٦ طعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٧٣ ق غير منشور.

(٧) د. على هيكل: الإشارة السابقة د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٨) د. نبيل عمر: سقوط وتساعد وتحول المراكز ص ٢٦ بند ١٥.

٥٤- وعلى العكس، لا يعتبر تعرضاً لموضوع الدعوى<sup>(١)</sup> طلب التأجيل البسيط المقدم بصفة عامة<sup>(٢)</sup>. كما لو طلب التأجيل للإطلاع أو للاستعداد أو لتقديم مذكرات دون بيان مضمونها<sup>(٣)</sup> لأن الطلب بهذه الصورة قد يكون الهدف منه هو التمهيد لإبداء الدفع، فلا يعنى بذاته كلام فى الموضوع<sup>(٤)</sup>. كذلك لا يعد تعرضاً للموضوع طلب تأجيل الدعوى للإطلاع على تقرير الخبير<sup>(٥)</sup>. أو طلب التأجيل لتقديم شهادة بيان تاريخ تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم المحضرين للتحقق مما إذا كان الاستئناف قد رفع فى الميعاد<sup>(٦)</sup> أو مجرد طلب التأجيل لتقديم مستندات دون وصفها بأى وصف<sup>(٧)</sup> أو طلب التقصير بقصد تعجيل ميعاد الجلسة المحددة لنظر الدعوى أو الطعن، إذ هو لا يدل بذاته عما إذا كان الهدف منه هو التمسك بالعيب أو مهاجمة الموضوع<sup>(٨)</sup>.

كما لا يعتبر تعرضاً للموضوع، مجرد حضور الخصم أو من ينوب عنه فى جلسة سلبياً، إذ لا ينسب لساكت قولاً<sup>(٩)</sup>. أو التمسك بعدم اختصاص المحكمة محلياً دون تقديم الدليل على هذا الدفع يعد قول مرسل، التفات المحكمة عنه لا يعيبه<sup>(١٠)</sup> أو

(١) فى الوقائع المتعددة التى لا تعد تعرضاً للموضوع انظر د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧٨ - ١٧٩ بند ٧٦. التعليق على قانون المرافعات ص ٤٦٤ وما بعدها مادة ١٠٨.

(٢) د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ٥٥ وما بعدها. مع ملاحظة أنه فى الحالات التى يصعب فيها التفرقة بين ما يعد تأجيل بسيط وبالتالي ليس مسقطاً للحق فى الدفع الإجرائى، وبين التأجيل المعتبر تعرضاً للموضوع، وبالتالي مسقطاً للحق فى الدفع الإجرائى، ففى هذه الحالات يتعين الوقوف على إرادة الخصم الذى يطلب التأجيل أو برفع، لمعرفة ما إذا كان إرادته متجهة نحو متابعة السير فى الدعوى حتى نهايتها. د. طلعت دويدار: ص ٥٦ - ٥٨.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧٨ بند ٧٦ والحكم المشار لفيه دمياط الجزئية ١٩٣٤/١/١١ المحاماة ١٦ ص ٣٤٠. التعليق على قانون المرافعات ص ٤٦٥ مادة ١٠٨. د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.

Tomsin: Préc. P. 18 N. 73.

وفى تطبيق ذلك نقض ١٩٩٣/٣/٣١ طعن ٢١٤٧ لسنة ٥٧ق وفى ١٩٩٢/٣/٢٩ طعن ٣١٧٤ لسنة ٦١ق وفى ١٩٨٢/٤/٢٦ السنة ٣٣ ص ٤٤٢ رقم ٨٠، وفى ١٩٧١/٤/٢٧ السنة ٢٢ ص ٥٥٨ وفى ١٩٦٦/١٢/٦ السنة ١٧ ص ١٧٧٥ أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣٥١. محمد كمال عبد العزيز التعليق ص ٦٤٦.

(٤) نقض ١٩٨٥/٣/٢٤ طعن ٩٩٣ لسنة ٥٠ق، نقض ١٩٨٧/٤/٢٧ لسنة ١٢٠٢ لسنة ٥١ق نقض ١٩٧١/٤/٢٧ السنة ٢٣ ص ٥٥٨، نقض ١٩٧٨/٦/٧ طعن ٥٣٤ لسنة ٤٤. د. أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣٥١.

(٥)، (٦) المرجع السابق، نفس الموضع.

(٧) د. نبيل عمر: سقوط وتساعد وانتقال وتحول المراكز ص ٢٥ بند ١٥.

(٨) نقض ١٩٨٥/٣/٢٤، ١٩٨٧/٤/٢٧ مشار إليها سابقاً.

(٩) نقض ٢٠٠١/٥/١٣ طعن ٣٢٥ لسنة ٥٨ق أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣٠٨.

(١٠) نقض ٢٠٠١/١/١٨ طعن رقم ٨٨٣ لسنة ٦٩ق.

الطعن بتزوير العمل الإجرائي، إذا كان الغرض من هذا الطعن هو التوصل إلى إثبات تعيب العمل للتمسك بالجزاء<sup>(١)</sup>.

٥٥- ومن ناحية ثانية: يعد تعرضاً للموضوع تقديم دفوعاً موضوعية أو دفوع بعدم القبول، فإبداء الدفوع الموضوعية<sup>(٢)</sup> هو تعرض للموضوع، لأنها توجه إلى موضوع الدعوى، ومبناها عدم أحقية المدعى في الإدعاء لعدم وجود الحق أو انقضائه<sup>(٣)</sup>. كذلك فإن الدفوع بعدم القبول<sup>(٤)</sup> يعتبر تعرضاً للموضوع، لأن التمسك بها ينكر سلطة خصمه في إقامة الدعوى وسلطة المحكمة في نظرها، أي مناقشة الدعوى وسلطة المحكمة في نظرها، ويعتبر هذا تسليماً منه بما اتخذ خصمه في الدعوى من إجراءات وصحة هذه الإجراءات<sup>(٥)</sup>. تعلق الدفع بعدم القبول بالموضوع<sup>(٦)</sup> أم بالإجراءات<sup>(٧)</sup>.

أما الدفوع الإجرائية الأخرى<sup>(٨)</sup> وما إذا كان إيدؤها يعتبر تعرضاً للموضوع أم لا، فإن ذلك تحكمه قاعدة أخرى مؤداها أن جميع الدفوع الإجرائية يجب أن تبدي في بداية النزاع. وبالتالي فإن إيداء بعض تلك الدفوع دون أن يكون من بينها التمسك

- (١) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان من ص ٦٩٨ بند ٣٧٤.
- (٢) نقض ١٩٨٢/٢/١٧ طعن ٦٥٤ لسنة ٥٤م مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٤٨٦ نقض ١٩٥٧/٣/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٧ ص ٢٤١. نقض ١٩٩٢/٦/٧ طعن ١٩٠٥ لسنة ٥٦م مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ع ٢ ص ٢٣٠.
- (٣) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٩٠ وما بعدها د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٢٥٧ وما بعدها بند ١٥٣ د. علي هيكل شرح قانون الإجراءات ص ٣٦٩ وما بعدها بند ١٨١.
- (٤) د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني منشأة المعارف ص ١١١ وما يليها بند ٧٦. وما يليه. دراسة في السياسة التشريعية ص ٣٦ وما بعدها بند ٢٦ وما بعدها، سقوط وتصاعد ص ٢٧ وما بعدها بند ٣٧.
- (٥) نقض ١٩٨٢/٢/٢٢ طعن ١٧٠٤ لسنة ٤٨م مجموعة الأحكام السنة ٣٣ ص ٦٦.
- (٦) نقض ١٩٨٨/٤/٢٧ طعن ١٠٨ لسنة ٥١م، نقض ١٩٧٣/٥/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ١٠٨. نقض ١٩٨٧/٣/٣٠ طعن ٦٢٥ لسنة ٢م مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٥٢١ نقض ١٩٩٥/٣/٢٦ طعن ٢٤٤١ لسنة ٦٠م مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٥٢٩ نقض ١٩٩٤/٣/٧ طعن ٦١٥ لسنة ٥٧م مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٤٧٠. نقض ١٩٩٧/١١/٢٤ طعن ١٥٧٠ لسنة ٦٠م مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٤٧٠. نقض ١٩٩٧/١١/٢٤ طعن ١٥٧٠ لسنة ٦٠م مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ١٢٠٤. نقض ٢٠٠٠/١١/٢٠ طعن ١٦١٨ لسنة ٦٤م المحاماة العدد ٢ - ٢٠٠٠ ص ٨٤.
- (٧) نقض ١٩٩٢/٧/٣٠ طعن ١٠٧٥ لسنة ٥٣م نقض ١٩٩٢/٦/١٦ طعن ٣٥٤٩ لسنة ٥٨م مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٦٩٩. نقض ١٩٩٢/٧/١٤ طعن ٢٦٤٨ لسنة ٥٨م مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ع ٢ ص ٨٣٢ نقض ١٩٩٢/٧/٢٠ طعن ٥٢٦٧ لسنة ٦٢م مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ع ٢ ص ٧٢٦. نقض ١٩٩٦/٣/٢٨ طعن ١٤٦٨ لسنة ٦٠م مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ع ٥٨٣ نقض ٢٠٠٠/٦/١٢ طعن ٣٧٨ لسنة ٦٣م.
- (٨) في الدفوع الإجرائية انظر د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٩٠ وما يليها بند ٨٥ وما يليه وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن ٨٣٦١ لسنة ٦٤م مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ع ٢ ص ١٣٥٦، نقض ١٩٩٧/٣/٢٧ طعن ٤٢٨٥ لسنة ٥٦م مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٥٥٥ نقض ١٩٩٧/٦/٢٤ طعن ١٨٦ رقم ١٤٧، ١٨٦ لسنة ٦٣م مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ع ٢ ص ١١٤٣ نقض ١٩٩٤/١٢/٢٩ طعن ٨٣٧٢ لسنة ٦٣م مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ع ٢ ص ١٧٥٨. نقض ٢٠٠٦/٦/٢٧ مشار إليه سابقاً.

بالعيوب الإجرائية - الجزاءات - أياً كان نوعها، متى تعلقت بالمصلحة الخاصة يسقط حق الخصم في التمسك بالعيوب الإجرائية<sup>(١)</sup>.

فإذا استقام إبداء الطلب أو الدفع على النحو السابق اعتبر بمثابة تعرض للموضوع، بسقوط الحق في التمسك بالعيوب الإجرائية، وكل إجابة أو رد على الإجراءات المعيبة، سواء أمام أول درجة أو ثان درجة باعتبارها صحيحة، يعتبر تعرضاً للموضوع يسقط الحق في التمسك بالعيوب الإجرائية، طالما تم هذا الطلب أو تلك الدفوع في عمل مستقل. فلا يوجد أي نص يمنع تقديم الدفوع المتعلقة بالعيوب الإجرائية في نفس المذكرة التي يقدم فيها الطلب أو الدفاع الموضوعي، طالما أن هذا الطلب أو هذا الدفاع قدم بعد تلك الدفوع<sup>(٢)</sup> ولو كان الدفاع في الموضوع لم يظهر في المذكرة إلا على سبيل الاحتياط<sup>(٣)</sup>.

وإذا حدث وتكلم الخصم في الموضوع محتفظاً بحقه في التمسك بالعيوب الإجرائية فيما بعد. فإذا وردت هذه التحفظات في صورة عامة، كأن يقول الخصم أنه يتكلم في الموضوع على سبيل الاحتياط، ويتمسك بمختلف أوجه العيوب الإجرائية، أو إذا طلب الخصم الإطلاع على أوراق معينة تنصب على الموضوع، وأراد تحفظاً عاماً بأنه يتمسك بما يرد بالإجراءات من عيوب. فأن هذه التحفظات العامة، لا أثر لها دون شك ولا تحول دون سقوط الحق في التمسك بالعيوب الإجرائية<sup>(٤)</sup>.

(١) د. أحمد هندي: التمسك بالبطان ص ٧٦ بند ١١.  
(٢) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطان ص ٦٩٩ بند ٣٧٥. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٤٩ بند ١٥١. د. أحمد هندي: التمسك بالبطان ص ٧٧ بند ١١. د. وجدى راغب: ص ٤٩٥ والحكم المشار لديه: استئناف القاهرة ١٩٧٣/١١/٢٩ مدون التشريع والقضاء ج ٤/٢٥ - ١.  
Tomosin: Préc. P. 19. N 79 Civ. 27 Janv., 1993. Bull. Civ. 1993. 1. N. 40.  
قارن حكم محكمة القاهرة الابتدائية - الأمور المستعجلة الجزئية ٢٦ نوفمبر ١٩٥١ المحامة ٢٤ - ٤٥ - ٢٨ مشار لهذا الحكم لدى د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٩٨.  
(٣) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٩٩ بند ٣٧٦. د. أحمد هندي: الإشارة السابقة. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٦٤٦ بند ٢٥٨.

Tomosin: Lic. Cit.

وفي تطبيق ذلك انظر بنقض ١٩٧١/٤/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٥٥٨.

Coss. Soc. 10 Mai 1978. Bull. Civ 5. N 346.

على أنه يجب حتى يحتفظ الخصم بحقه في التمسك بالجزاء، أو أن يكون قد تمسك به على نحو يمكن القاضى من الفصل فيه، ويمكن الطرف الآخر من أن يحدد مركزه من التمسك بالعمل المعيب أو التخلي عنه، فإذا كان قد تكلم في الموضوع، وتمسك بالعيوب الإجرائية في نفس العمل بعبارة عامة غير محددة، فمثل هذا لا يعتبر تمسكاً بالجزاء، ويرتّب على كلامه في الموضوع سقوط الحق في التمسك بالجزاء. د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول ص ٧٠٠ بند ٣٧٦.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ١٠٩ وما بعدها بند ٥٢. د. أحمد هندي ص ٨٠ بند ١١.

أما إذا كانت التحفظات خاصة ومحددة، فأنها تحفظ الحق في التمسك بالعيوب الإجرائية، ذلك أنها تعتبر بمثابة تمسك بالعيوب الإجرائية، وما دام الخصم قد تمسك بذلك، فله الكلام في الموضوع دون أن يخشى شيئاً<sup>(١)</sup>.

٥٦- ويشترط لتحقيق واقعة سقوط الحق في التمسك بالعيوب الإجرائية بالتكلم

في الموضوع:

١. يجب ان يكون الطلب أو الدفع، حتى يعتبر تعرضاً للموضوع، جازماً، دالاً بوضوح على أن الخصم الذي تقدم به يناقش موضوع الدعوى<sup>(٢)</sup>. فالطلب<sup>(٣)</sup> أو الدفع<sup>(٤)</sup> التي تلتزم المحكمة بالرد عليه، هو الذي يقدمه إليها الخصم في صيغة صريحة جازمة، ابتغاء صدور حكم أو قرار في الدعوى لحماية حق أو مركز قانوني يدعيه قبل خصمه. فحيث يناقش المدعى عليه دعوى خصمه، ويحاول تنفيذها، بدفاع أو دفع موضوعي أو بعدم القبول، فإنه بذلك يسقط حقه في التمسك بما تثير الإجراءات من عيوب إجرائية. أما إذا كان ما صدر عن الخصم مجرد عبارات عامة سائغة أو مجرد أقوال مرسلة<sup>(٥)</sup>. أو

JAPIOT: Traité élémentaire. Op. cit. P. 467 N 672 obs. R.T.D. Civ. 1929. P. 1149 – 1151. Solus et Perrot: op. cit. T. I. P. 389 N 419.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٢/٢/١١ إيجارات طعن ٣٩١ لسنة ٧٠٠ ق مجلة المحاماة العدد الثالث ٢٠٠٣ ص ٩٨ أحمد هندي: التعليق ج ٢ ص ٣٥٣.

Coss. Civ. 3 dec. 1959. Bull. Civ. 1959 – 11 – P. 523.

- (١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١٠ بند ٥٢. د. أحمد هندي: الإشارة السابقة.  
قارن: حيث يرى البعض أن التحفظ ولو كان محدداً لا يمنع من سقوط الحق في التمسك بالجزاء. ولكن يستدرك موضحاً، أن التحفظ يكون له قيمة إذا لم تكن بصدد وقائع قانونية محددة يترتب عليها التصحيح، وإنما بصدد وقائع ينسب إليها أن الخصم قد نزل بها عن التمسك بالبطان، ففي هذه الحالة يعتد بالتحفظات الصريحة المحددة لأنها تدل على أن الشخص لم تتجه إرادته إلى النزول، وبالتالي فلا يوجد نزول رغم ما يدل عليه الظاهر. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٢٠٢ حاشية رقم ٢.
- (٢) د. أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها ص ١٧٥ د. أحمد هندي: التعليق ج ٢ ص ٣٤٩ مادة ١٠٨. نقض ٢٠١٠/٦/٢٣ طعن رقم ٣٨٠٤ لسنة ٧٩٩ ق (بوابة محكمة النقض).
- (٣) نقض ١٩٩٥/٥/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٢١. نقض ١٩٨٣/٦/١٦ طعن ١٠٨ لسنة ٥٠٠ نقض ١٩٨١/١١/١٢ طعن ١٩٩ لسنة ٤٨ ق نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١١١٢.
- (٤) نقض ١٩٧٧/٤/٥ طعن ١٩٩ لسنة ٤٣ ق أحمد مليجي التعليق ج ٢ ص ٩٠٢. نقض ١٩٧٥/١١/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ١٤٨٢.
- (٥) Com. 8 Fevr. 1982. Civ. P. 41. N 49 Civ. 22 Mars 1982 Bull Civ 1982. 11. P. 34. N 50. د. على هيكال: الدفع بإحالة الدعوى: ص ١٩ بند ١٧، د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٣٠ بند ٢١. نقض ١٩٩٥/٥/٢٦، نقض ١٩٨٣/٦/١٦، نقض ١٩٨١/١١/١٢ مشار لهذه الأحكام سابقاً.

صدر الطلب أو الدفع غامضاً في دلالاته على مناقشة الموضوع، فلا يعد بمثابة تعرضاً للموضوع<sup>(١)</sup>.

٢. يجب أن يكون التعرض للموضوع المسقط للتمسك بالعيب الإجرائي، قد تم في ذات الدعوى عند نظرها، لا في دعوى أخرى<sup>(٢)</sup> وأمام المحكمة - محكمة الموضوع - وليس خارج سلطة القضاء<sup>(٣)</sup>. فإذا تم الكلام في الموضوع بصدد إجراءات مختلفة أو في دعوى مختلفة أو خارج ساحة القضاء، فإن ذلك لا يسقط الحق في التمسك بالعيوب الإجرائية<sup>(٤)</sup>. فإذا جددت الدعوى بعد شطبها، فإن الكلام المسقط للحق في التمسك بالعيب، هو الكلام في الموضوع في ذات الدعوى عند نظرها بعد التجديد<sup>(٥)</sup>. ويعد الطلب أو الدفع المقدم أمام المحكمة تعرضاً للموضوع، لأنه من إجراءات الخصومة المطروحة أمامها، ويمثل وسائل الدفاع والهجوم التي توضع تحت سمع وبصر القاضى الذى يملك قرار الفصل في النزاع<sup>(٦)</sup>.

وبالمقابل لا يعد تعرضاً للموضوع، إذا أقام الخصم دعوى جديدة بدلاً من تجديد دعواه السابقة، فإنه يجوز للمدعى عليه التمسك بالعيوب الإجرائية أو بأى دفع شكلى يتعلق بها، في مستهل الخصومة الجديدة، حتى وإن كان قد تكلم في الموضوع في الدعوى السابقة التي انقضت دون الحكم في موضوعها<sup>(٧)</sup>. وكذلك لا يعد تعرضاً للموضوع، تعرض أحد الخصوم لموضوع الدعوى خارج ساحة القضاء، كما لو

(١) انظر فيما سبق. بند ٥٢.  
(٢) د. فتحي والى، أحمد زغلول: نظرية البطلان: ص ٧٠٢ بند ٣٨٠، د. أحمد هندی: التمسك بالبطلان ص ٧٨ بند ١١.  
(٣) وإذا كان المشرع لم يفصح عن ذلك صراحة في المادة ١٠٨ مرافعات، إلا أن ذلك ما تقتضيه عبارة المادة. فالتعرض للموضوع يكون "بإبداء طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول" بصريح النص، أو بإبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى أو مسألة فرعية فيها ينطوى على التسليم بصحتها على ما أوضحت محكمة النقض. انظر نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ السنة ٤٤ ص ٧٤٣ رقم ١٢٣. وفي ١٩٩٣/٣/١١ السنة ٤٤ ص ٨٠٦ رقم ١٣٢ وفي ١٩٧٨/١/٧ طعن ٥٣٤ لسنة ٤٤ أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ٣٥٣.

(٤) Paris. 5 Mars. 1979 . G. P. 1979. 2. Somm. 543.

(٥) نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن رقم ٨٣٦١ لسنة ٦٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ج ٢ ص ١٣٥٦. نقض ١٩٩٧/٣/٧ طعن رقم ٤٢٨٥ لسنة ٦٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٥٥٥.

(٦) د. أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ٣٥٣ مادة ١٠٨.

(٧) قارب: نقض ١٩٧٦/٥/٣ طعن رقم ٧٥١ لسنة ٤٢ ق - البكرى - الدفوع ص ٤٦ مشار إليه لدى أحمد هندی: التمسك بالبطلان ص ٧٩.

حدث ذلك أمام الخبير قبل التمسك بالعيوب الإجرائية أمام القاضى، فالخبير ليس قاضياً<sup>(١)</sup> وعمله ليس عملاً قضائياً، ولا يملك سلطة الأمر أو الحكم، وإنما عمله يوضع تحت بصر القاضى الذى له الأخذ به أو طرحه جانباً<sup>(٢)</sup>.

٣. يجب أن يحدث التعرض للموضوع بعد اتخاذ الإجراء المعيب، وأن يكون الخصم على علم بحصول هذا العيب<sup>(٣)</sup>. والمشرع يفترض علم الشخص بالإجراء وبكل مضمونه بمجرد اتخاذه صحيحاً فى مواجهته وفقاً لما نص عليه. كما يفترض علم الخصم بمواطن الإخلال بكل من الواجبات الإجرائية، وكيفية استعمال الحقوق والمراكز القانونية<sup>(٤)</sup> وبكيفية إثارته والتمسك بها، لأن هذا أو ذلك من القانون الذى لا يُعذر أحد بجهله<sup>(٥)</sup>. وإذا اتخذ الإجراء المعيب بعد التعرض للموضوع، فإن ذلك لا يسقط الحق فى إثارته والتمسك به طالما لم يكن موجوداً أو معروضاً لحظة التعرض للموضوع<sup>(٦)</sup>. ولو فرض أنه كان موجوداً قبل الكلام فى الموضوع، ولكن الخصم الآخر أخفاه بطريق الغش فإن ذلك لا يسقط الحق فى التمسك بالعيوب<sup>(٧)</sup>. فيجب أن يكون العيب الإجرائى موجوداً قبل تحقق الواقعة المسقطه، وأن يكون الخصم على علم بهذا العيب.

- (١) أما إذا تم التحقيق أمام القاضى المنتدب للتحقيق، فقد نظمته المادة ٧ من قانون الإثبات فالخصم الذى يريد إبداء دفع متعلق بإجراءات التحقيق كعدم إخطاره به أو فوات الأجل المحدد لإجرائه أو صدور حكم التحقيق فى مسألة ثابتة بالكتابة، يجب عليه التمسك بذلك أمام القاضى المنتدب للتحقيق ولو بعد إجرائه ولا يسقط الحق فى إبداء هذه الدفع أمام المحكمة بيهنتها الكاملة بالتعرض للموضوع، وإنما الذى يسقط هذا الحق هو عدم إبداء هذه الدفع أمام القاضى المنتدب للتحقيق. أنور ظليه موسوعة المرافعات ج ٢ المادة ١٠٨ ص ١٤٤، ١٤٥ مشار إليه لدى أحمد هندى للتعلق ج ٢ ص ٣٥٤ حاشية رقم ١.
- (٢) د. أحمد هندى التعليق ص ٣٥٤. نقض ٢٠٠١/١٢/٢٤ طعن رقم ١٨٤٤ لسنة ٧٠ق، إجراءات المحاماة ٢٠٠٣ ع ٣ ص ٨٨.
- (٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفع ص ١١ بند ٥٣. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٧٩ بند ١١.
- (٤) انظر فيما سبق بند ٢٩.
- (٥) فى قاعدة لا يُعذر أحد بجهله للقانون انظر د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض ص ١٨٨ بند ١٦٧. فالقول أو الفعل الذى يتم قبل اتخاذ الإجراء المعيب لا يعد إجابة له، والقول والفعل الذى يبرر من خصم يجهل حصول الإجراء، لا يمكن أن يعد إجابة له، فالتكلم فى الموضوع لا يسقط الحق فى التمسك ببطلان تقرير الخبير متى حصل قبل إيداع التقرير، أو قبل علمه بإيداعه. د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.
- (٦) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٧٩ وأحكام النقض الفرنسية المشار له لدى نقض مدنى فى ١٩٩١/١/١٥ النشرة المدنية ١ رقم ١٨، نقض ١٩٧٤/٣/٦ النشرة المدنية ٢ رقم ٨٦. باريس ١٩٨٠/١٢/١٩ - دالوز - ١٩٨٢ - ٥٠١.
- (٧) فى التطبيق الفعلى لمبدأ الغش يفسد كل شيء، والجزاء الفعال على مخالفة هذا المبدأ "عدم نفاذ التصرف" انظر د. سنية بوسلف: غش الخصوم ٢٠١٣ دار الجامعة الجديدة ص ١٤١ وما بعدها. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض مدنى فى ١٩٧٩/٥/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ج ٢ ص ٣٩٩. نقض ٢٠٠٣/١٢/٢٣ طعن رقم ٢٨٧٩ لسنة ٦٦ ق مجموعة الأحكام، السنة ٥٤ ص ١٣٨١.

وإذا فُرض أن تعدد الخصوم المتخذ في مواجهتهم الإجراء المعيب، فلا يسقط حق من شرع الجزاء لمصلحته بقول أو فعل يقوم به خصم آخر سواء كان ممن يستفيد من هذا الجزاء أم لا<sup>(١)</sup> فإن الأصل في تطبيق قاعدة السقوط بالتكلم في الموضوع هو النسبية<sup>(٢)</sup>. أى أنه يتم بالنسبة لكل خصم على حدة دون اعتداد بمراكز الخصوم الآخرين. فإذا كان أحد الخصوم قد تعرض للموضوع، فإنه هو وحده الذى يسقط حقه في التمسك بالعيوب الإجرائية<sup>(٣)</sup> فلا يسقط حق غيره من الخصوم الآخرين في التمسك بهذه العيوب إذا تقرر لمصلحتهم<sup>(٤)</sup> فالقاعدة<sup>(٥)</sup> أن حق الخصم لا يسقط بما يبيده غيره من الخصوم من طلبات أو دفع موضوعية.

#### ٥٧- تقدير القاضى لواقعة الكلام فى الموضوع ورقابة محكمة النقض:

مسألة ما يعتبر كلاماً فى الموضوع وما لا يعتبر كذلك إنما يخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع<sup>(٦)</sup>. فالقاضى يتولى تقدير ما إذا كان ما صدر من الخصم يعد كلاماً فى الموضوع يسقط الحق فى التمسك بالعيوب الإجرائية من عدمه. وإثبات ما صدر من الخصم يعتبر مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(٧)</sup>. ولكن تكييف هذا بأنه كلام فى الموضوع أم لا يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة النقض<sup>(٨)</sup>. فإذا ذكر

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفع: الإشارة السابقة، ص ١٧٦ بند ٧٦. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٤٤ بند ١٤٧.

(٢) انظر بند ٣٣.

(٣) ما لم تتوافر حالة من الحالات التى يجوز آثار العيوب الإجرائية - الدفع الإجرائية - فى أية حالة كانت عليها الدعوى. فى الحالات المستثناة. انظر: د. أحمد أبو الوفا: الدفع ص ١٧١ وما بعدها بند ٧٥. د. نبيل عمر: المرجع السابق، الإشارة السابقة.

(٤) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: ص ٧٠٣ بند ٣٨٠. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٤٧ بند ٣٤.

(٥) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٩٥.

(٦) د. نبيل عمر: سلطة القاضى التقديرية ص ٤٠٠ وما بعدها بند ٣٥٢. التقدير القضائى المستقبلى ص ٢٣ وما بعدها بند ١١ وما بعده. إعلان الأوراق القضائية ص ٢٤٣ بند ١٤٧.

(٧) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: ص ٧٠٢ بند ٣٩٧. نقض ١٩٩٢/٥/١٨ طعن ١٠٦ لسنة ٥٢٣ نقض ١٩٩٢/١/٢٩ طعن ٦١٣ لسنة ٥٤٤ نقض ١٩٨٧/٤/٢٧ طعن ١٢٠٢ لسنة ٥١ نقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ طعن ٣٤١ لسنة ٣٥٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ١٢٩٦. نقض ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ١٣ = ص ٣٣٩. طعن تجارى عمانى ٣٧٥/٢٠١٠ جلسة ٢٠١١/٣/٢٣ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٦٣٧. طعن تجارى عمانى ٨٢/٢٠٠٩ جلسة ٢٠١٠/١/١١ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١٠ ص ٩٩٤.

(٨) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة، د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٩٥، ٤٩٦. د. أحمد هنادى: التمسك بالبطلان ص ٨١ بند ١١، التعليل ص ٢٣٩.

ص ٣٣٩. محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٦٤٧. وفى تطبيق ذلك قضى بأن "لقاضى الموضوع تكليف الطلبات التى يبيدها الخصم قبل الدفع الشكائية للوقوف على ما إذا كانت تعد تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه أن يسقط حقه فى التمسك بهذه الدفع، وهو فى هذا التكييف يخضع لرقابة محكمة النقض" نقض ١٩٩٢/٣/٣١ طعن ٢١٤٧ لسنة ٥٧ نقض ١٩٩٢/٣/٢٩ طعن ٣١٧٤ لسنة ٦١ نقض

قاضي الموضوع الوقائع التي حدثت في الخصومة، واستخلص منها أن المدعى عليه لم يتكلم في الموضوع، وكانت طلبات هذا الخصم كلاماً في الموضوع، فإن المحكمة تكون قد أنكرت الطبيعة القانونية لهذه الطلبات وخالفت القانون<sup>(١)</sup>.

٥٨- أثر واقعة الكلام في الموضوع على العيب الإجرائي: هل تؤدي إلى

زوال العيب أم يظل قائماً رغم سقوط الحق في التمسك بالجزاء. تناول البعض<sup>(٢)</sup> حالة الواقعة المسقط للحق في التمسك بالجزاء ضمن حالات تصحيح الجزاء رغم بقاء العيب ومع ذلك يرى<sup>(٣)</sup> أن واقعة السقوط تؤدي إلى تصحيح الجزاء وزواله، هذا التصحيح يتم بقوة القانون، وزواله لا يرجع إلى إرادة الخصوم، وإنما يرجع إلى واقعة قانونية محددة. وحدثت هذه الواقعة<sup>(٤)</sup> يزال العيب الإجرائي باثر رجعي، ويعتبر كأن لم يكن، ومن ثم يعتبر الإجراء صحيحاً من تاريخ القيام به، وليس من تاريخ حدوث الواقعة.

والفرض هنا، أن التصحيح ليس هو التجديد<sup>(٥)</sup> وليس التصحيح بالتكملة<sup>(٦)</sup>

كما أن الإجراء المعيب لا يضاف إليه أية بيانات<sup>(٧)</sup>. وإنما الذي يتم هو إعادة مطابقة العمل أو الشكل الذي اتخذ معيماً لنموذجه القانوني، وذلك بعمل إرادي، بحيث ينتج

١٩٧١/٤/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٥٥٨. نقض ١٩٩٧/١٢/٨ طعن رقم ٦٠٣٦ لسنة ٦٦ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ١٤٠٨.

(١) Coss. Civ. 31 Janv. 1912. D. 1915 - 1 - 46. 22 Fer. 1922. D. 1922 - 1 - 148.

(٢) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٧٤ بند ٣٧٠، ص ٦٨٦. د. الأنصاري النيداني: القاضي والجزاء ص ٢٥٩، ٢٦٥. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١٧ بند ٥٦.

JAPOIT: Traité. Op. cit. P. 447 ets N 687.

(٣) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨٧ بند ٣٧٠، د. فتحي والي: الوسيط ص ٤١٦ بند ٢٥٤.

JAPOIT: op. cit. P. 447 N 687.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٧٦٥ وما بعدها خاصة ص ٧٦٦ بند ٣٠٧. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧٠ بند ٧٥. والتجديد هو إحلال عمل إجرائي صحيح محل عمل إجرائي باطل، وقد يتناول العمل الإجرائي بأكمله، إذا كان البطلان كلياً، أما إذا كان العمل باطلاً في شق منه، فإنه لا يتناول إلا الجزء الباطل. وكل ما يشترط في التجديد أن يكون ممكناً، ويكون ممكناً إذا لم يكن مستحيلاً. ويترتب على تجديد العمل الإجرائي الباطل وجود عمل مماثل له ينتج نفس آثاره كما لو كان صحيحاً. فإذا حدثت صحيفة افتتاح الخصومة مثلاً، فإن الصحيفة الجديدة إذا كانت صحيحة تنتج الآثار القانونية التي تنتجها عادة صحف الدعاوى.

(٥) على أن الآثار التي تنتج ليست آثار للتجديد، وإنما آثار العمل الجديد، فالتجديد أثره هو إعادة العمل وما يترتب من آثار على الإعادة هي آثار العمل المعاد، وينتج العمل الجديد آثاره من تاريخه هو وليس من تاريخ العمل القديم الباطل. انظر: د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: ص ٨٦٤ - ٨٧٧ بند ٤٦٧ - ٤٧٥. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٨٩ وما بعدها.

(٦) انظر فيما سبق المراجع المشار إليها ص ١٤٠ حاشية رقم ٤.

(٧) انظر فيما سبق ص ٥٣.

عن ذلك إمكانية توليد العمل الإجرائي أو الشكل الإجرائي لكافة النتائج القانونية التي يريتها المشرع على اتخاذه صحيحاً<sup>(١)</sup>.

ومؤدى ذلك، أن المشرع ولسياسة تشريعية<sup>(٢)</sup> يفترض<sup>(٣)</sup> بتحقيق واقعة الكلام فى الموضوع وفقاً لنص المادة ١٠٨ مرفعات، وسواء وفقاً للمفهوم الضيق للنص<sup>(٤)</sup> أو على العكس بالمفهوم الواسع<sup>(٥)</sup> للإعفاء من الجزاء، والإبقاء على الإجراء المعيب، ليظل العمل به سارياً رغم عيبه، ولو أخذ العمل الإجرائي بالمخالفة لمركز قانوني ظاهر غير حقيقى<sup>(٦)</sup>. هذا الإعفاء بتحليل أكثر دقة لا يتولد بطريقة مباشرة من الواقعة التي افترضها المشرع كواقعة معفية من الجزاء. وإنما يتولد من واقعة أخرى هي سقوط الحق فى التمسك بالجزاء الإجرائي<sup>(٧)</sup>.

والواقعة القانونية التي افترضها المشرع كواقعة معفية من توليد الإجراء المعيب للجزاء، وهي واقعة الكلام فى الموضوع، هذه الواقعة لا تؤدي بذاتها إلى الإعفاء من الجزاء الإجرائي، بل هي تؤدي مباشرة إلى سقوط الحق فى التمسك بالعبء الإجرائي، وإذا سقط هذا الحق امتنع توليد الجزاء الإجرائي.

وسقوط الحق فى التمسك بالعبء حالة حدوث واقعة السقوط، يقع بقوة القانون<sup>(٨)</sup> دون حاجة إلى طلب من الخصم أو حكم من القاضى، إلا أنه قد يلزم للاحتجاج بهذا الجزاء، صدور حكم تقرررى رغم سبق سقوط الحق فيه بقوة القانون، إلا أن صاحب

(١) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٨٩ بند ١٧٣.

(٢) انظر فيما يلى بند ٧٥.

(٣) انظر فيما سبق بند ١٦.

(٤) د. فتحي والى، أحمد ماهر زغول: ص ٦٩٢ بند ٣٧٣، ص ٧٠٣ بند ٣٨٠.

Lyon 26 Nov. 1929 . G. P. 1930 – 1 – 95.

R. T. D. Civ. 1930 P. 437 ets Notge JAPIOT.

(٥) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٣٢ بند ٢٢. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ٢٦ وما بعدها بند ١٦. دراسات فى قانون المرفعات ص ٣٨. وفى التطبيق الموسع لحالات سقوط الحق فى التمسك بالجزاء انظر الأحكام الآتية:

Coss. Com. 26 Mai 1992 D. 1993. Som. 2. abs.

DERRIDA Coc. 27 Nov., 1990 G. P. 1991. P. 124. Civ. 29 Oct. 1986 Bull. Civ. 1986. 11. N 154.

(٦) فى فكرة الوضع الظاهر انظر ما سبق. بند ١٩ وما بعده.

(٧) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ٢٧٧ وما بعدها بند ٢٧٧ سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ٢٤ بند ١٤.

(٨) انظر فيما سبق بند ٤٧ وما بعده.

المصلحة فى التمسك به قد لا يطلبه وقد لا يتمسك به<sup>(١)</sup> ويتشابه مع الإجراء المعيب، كما لو كان خالياً من العيب مسقطاً بذلك حقه فى طلب إعمال الجزاء.

لهذا الهدف، كانت فلسفة المشرع فى الإبقاء<sup>(٢)</sup> على العمل الإجرائى المعيب بإسقاط وسيلة التمسك بهذا العيب، وهى الحق فى التمسك بها عن طريق الدفع الشكلى فيسقط هذا الحق وتسقط معه المراكز الإجرائية المصاحبة له أما العمل الإجرائى المعيب نفسه ينجو من السقوط فيظل قائماً بعبئه بدون تصحيح أو إضافة بيانات، مولداً آثار العمل الصحيح محافظاً على غيره من الأعمال الإجرائية المرتبطة به، وكذلك الأعمال الموضوعية والحقوق المتعلقة بالحق الموضوعى دون أن يمسه ضرر<sup>(٣)</sup>. فالمشرع لا يضحى بها، بل يضحى بحق المدعى عليه ويسحب منه لاعتبارات خاصة حقه فى التمسك بالعيوب الإجرائية التى تشوب الأعمال الإجرائية، وذلك يودى إلى توصيل العدالة إلى أصحابها فى أقصر وقت وبأقل تكاليف<sup>(٤)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الحضور كواقعة مسقطه للحق فى التمسك بالجزاء

٥٩ - تمهيد:

الجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة، كما لا يجوز الحكم به رغم النص عليه متى تحققت الغاية من الشكل مادة ٢٠ مرافعات<sup>(٥)</sup>. أو يجوز للخصم النزول الإرادى عنه صراحةً أو ضمناً وفقاً للمادة ٢٢ مرافعات<sup>(٦)</sup>. أو لا يكون لهذا الخصم أن يدفع ببطلان الإجراءات استناداً إلى أنه ليس صاحب المركز القانونى فى المعاملات التى تمت مع خصمه وفقاً للوضع الظاهر<sup>(٧)</sup>. أو يسقط حق هذا الخصم فى التمسك بالجزاء

- (١) ولو فرض وطلب الخصم الحكم بالجزاء وصدر حكماً، فهو حكم مقرر لأعمال الجزاء، فإن المحكوم له يستطيع التنازل عن هذا الحكم والتعامل مع الإجراء المعيب = بما يراه فى صالحه. د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وتحول وانتقال المراكز الإجرائية ص ٢٦ بند ١٥.
- (٢) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى التمسك بالجزاء ص ٢٠٣ بند ١١٨. الأوراق القضائية ص ٢٨٦ بند ١٧٠. الهدر الإجرائى ص ٢٤ بند ١٤. التجهيل الإجرائى ص ٢٢٠ وما بعدها بند ١٣٧ دراسة فى السياسة التشريعية ص ٣٤ وما بعدها بند ٢٥. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز ص ٢٩ وما بعدها.
- (٣) انظر فيما يلى بند ٩٦.
- (٤) د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية الإشارة السابقة.
- (٥) انظر فيما سبق بند ٤٨ وما بعده.
- (٦) انظر فيما سبق بند ٢١ وما بعده.
- (٧) انظر فيما سبق بند ١٩.

إذا تكلم فى الموضوع مادة ١٠٨ مرفعات<sup>(١)</sup>. كما يسقط الحق فى التمسك بالجزاء - البطلان - إذا حضر الخصم - المدعى عليه - فى الجلسة المحددة، أو بإيداع مذكرة بدفاعه، ذلك رغم أنه لم يتم اتباع أوضاع وشروط دعوته بالحضور، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ١١٤ مرفعات. وقد يكون هذا الحضور مجرداً بدون إعلان وفقاً للمادة ٦٨ / ٣ مرفعات.

وحيث تنص المادة ١١٤ مرفعات<sup>(٢)</sup> على أن "بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة يزول بحضور المعنن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه" ومع اعتماد المشرع وبصراحة النص على "زوال البطلان" بالحضور أو بإيداع الخصم مذكرة بدفاعه، إلا أن الفقه والقضاء لم يتفق حول أساس موحد بشأن "زوال البطلان" هل بحضور الخصم يعد ممتازاً عنه؟ أم يعد الحضور تصحيحاً للبطلان! أم ليس هذا أو ذلك وإنما حضور الخصم يعد مسقطاً للحق فى التمسك بالبطلان:

## ٦٠- الحضور الناتج عن العيوب الواردة بالمادة ١١٤ مرفعات كواقعة

مسقطة للحق فى التمسك بالبطلان: أساسه ومبناه: يرى البعض<sup>(٣)</sup> بأنه إذا شاب أوراق التكليف بالحضور أو صحف الدعاوى عيب من العيوب المنصوص عليها

(١) انظر فيما سبق بند ٥١ وما بعده.

(٢) وهو ما أعمده المشرع المصرى فى ظل قوانين المرفعات المتعاقبة، فى هذه القوانين انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٦٣٦ - ٦٤٦ بند ٣٥٠ - ٣٥٣. د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرفعات ص ٥١٢ وما بعدها مادة ١١٤. وذات نص المادة ١١٤ هو ما أعمده المشرع العماني وفقاً للمادة ١١٥ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية انظر د. على هيكل: قانون الإجراءات المدنية والتجارية ص ٣٩٢ وما بعدها بند ١٩٤ وما بعده. وليس لنص المادة ١١٤ مرفعات نص مقابل فى قانون المرفعات الفرنسى سواء فى القوانين الملغاة، أو فى القانون الحالى، ومبرر عدم وجود النص لكون المشرع الفرنسى يبنى معيار الضرر وليس الغاية فى تقرير البطلان لعب فى الشكل. انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٣٠ - ٦٣٤ بند ٣٤٦ - ٣٤٨.

ورغم غياب النص فى قوانين المرفعات الفرنسية المتعاقبة، إلا أن القضاء مستقر على أن حضور المدعى عليه وتمكنه من إيداع دفاعه ينفى أى ضرر يكون قد لحقه نتيجة الخطأ فى بيانات الصحيفة أو إعلانها انظر:

Coss. Soc. 14 Janv. 1988. J. C. P. 1988 - V - 103. Soc. 13 Mai 1986. Bull. Civ. 1986 - IV - 214. Civ. 17 Déc. 1984. G. P. 1985. 1 - Sommm. 83 obs GUINCHARD. R.T.D. Civ. 1985. 449. obs. PERROT. Civ. 9 Mai 1985. D. 1985 IR. 467. obs. JULIEN. Civ. 13 Oct. 1975. Bull. Civ. 1975 - 1 - 275.

(٣) د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٦٥ وما بعدها بند ٣٠٧. ج ٢ ص ٣٩ وما بعدها بند ٣٢١. د. أحمد مليجى: التعليق ج ٢ ص ١٠٨١ مادة ١١٤. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٨٦ بند ١٧٠.

بالمادة ١١٤، وحضر الخصم رغم هذا العيب الذى يشوب الورقة أو الصحيفة أعتبر متنازلاً عن البطلان، وحضوره هذا يزيل البطلان، لأن يحقق فى الواقع الغاية المقصودة من الإجراء. وتنازل الخصم فى هذا الفرض يتم بقوة القانون بسبب القرينة التى وضعها المشرع، والتى بمقتضاها يعتبر الخصم متنازلاً عن البطلان بمجرد حدوث واقعة الحضور، وفى الحضور زوال للبطلان وليس تصحيحاً له<sup>(١)</sup> ولو لم يدلى الحاضر بأى طلب أو دفع أثناء الجلسة<sup>(٢)</sup> وبمجرد حدوث واقعة الحضور يزيل البطلان بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن.

ويكمل هذا الرأى بقوله<sup>(٣)</sup> أن الحضور الذى يزيل البطلان يعد تطبيقاً لأساس نظرية البطلان فى القانون، ولا تعتبر استثناءً على القواعد العامة فيه. كذلك لا يعتبر الحضور نزولاً ضمنياً كما ذهبت إليه محكمة النقض<sup>(٤)</sup>. لأن الأثر يترتب بغير نظر إلى إرادة الشخص، وإنما نتيجة حدوث واقعة افترض بها المشرع تحقيق الغاية من الشكل، فكلما تحققت الغاية من الشكل أو من البيان الواجب توافره فى الورقة أو الصحيفة فإنه لا يحكم البطلان، إذا أن الحكم به فى هذه الحالة يعتبر مغالاة فى الشكالية<sup>(٥)</sup>.

ويرى البعض<sup>(١)</sup> أن الحضور يصحح البطلان لعيب أحد البيانات أو الأشكال، متى حقق هذا الحضور الغاية من هذه البيانات أو الأشكال. وذلك إلا إذا نص القانون صراحة على التصحيح بالحضور بالنسبة لغير هذه البيانات أو الأشكال. فهنا توجد واقعة قانونية مصححة، وهذا لا يجوز القياس عليه.

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٤ بند ٦٥. التعليق على قانون المرافعات ٥٢٦ قانون المرافعات ص ٢٦٩ بند ٢٢٧.  
(٢) د. أحمد مليجى: ص ١٠٨٢. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٥٣ بند ٦٥ المرافعات ص ٢٦٧ بند ٢٢٧.  
(٣) د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٠ بند ٣٢١.  
(٤) نقض ٢٤ يونيو ١٩٦٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٥٧ مشار إليه لدى د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.  
(٥) د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٦ بند ٣٢١، د. أحمد أبو الوفا التعليق ص ٥٢١ مادة ١١٤.  
(٦) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٤٠ بند ٣٥٢، ص ٦٥٠ وما بعدها بند ٣٥٦. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٦ بند ٢٥٣. كتابات فى القضاء المننى والتحكيم ص ٥١٨. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٩٦ حاشية ٢. أصول ص ٥٠٩، قانون المرافعات ص ٢٨٤ بند ١٦٩. التعليق ج ٢ ص ٤٦٣ وما بعدها. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧١٥ بند ٤٠٠. د. وجدى راغب مبادئ ص ٥٢٣. د. الأنصارى النيدانى: القاضى ص ٢٤٤ بند ١٩٩. د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الاقتراض ص ٢٢٢ بند ١٩٩. محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٧١٠ مادة ١١٤. د. أيمن رمضان: رسالة ص ١٩٦.

والواقعة التي يعول عليها القانون في تصحيح العيوب الواردة في المادة ١١٤ هي حضور المدعى عليه. فالحضور هو الشرط الوحيد في التصحيح ومناطه. والواقع أن مجرد الحضور لا يكفي في ذاته في قيام الواقعة التي يترتب عليها التصحيح، وإنما يلزم لأجل ذلك أن يكون الحضور بناء على الإعلان المعيب، وأمام المحكمة التي كلف المدعى عليه بالحضور أمامها، وفي اليوم الواجب الحضور فيه.

ويدلل الفقه على صحة مسعاه، بأن المشرع وقد وضع قاعدة تطبيقاً للمادة ١١٤ مقتضاها، تصحيح بطلان إعلان صحف الدعاوى وأوراق التكليف بالحضور، بمجرد حضور المدعى عليه - المعلن إليه - والمشرع في وضعه لهذه القاعدة فإن النص يطبق<sup>(١)</sup> الفكرة والأسس التي أعتمدها المشرع في تنظيمه للبطلان. وهي تقوم على الربط بين الأشكال المقررة والغاية منها، فحيث تتحقق الغاية من الشكل فلا بطلان. فالمدعى عليه الذي يحضر أمام المحكمة يؤدي حضوره إلى تحقيق الغاية من بعض الأشكال القانونية في الإعلان، وهي التي تستهدف حضوره وتيسر له وسيلة ذلك، ولهذا فليس له التمسك ببطلان العمل بسبب تخلف أو تعيب هذه الأشكال<sup>(٢)</sup> فوفقاً لهذا الاتجاه، يصحح الحضور البطلان ولو أعلن المدعى عليه أنه ما حضر أمام المحكمة إلا لكي يتمسك بالبطلان، كما يصحح البطلان ولو كان هو الوسيلة الوحيدة للتمسك بالبطلان، لأن الحكم في الدعوى لا يقبل الطعن بأى طريق<sup>(٣)</sup>.

والقاعدة لدى فقه هذا الاتجاه، في هذا النطاق هي أن الحضور يصحح البطلان بأثر رجعي، فيعتبر العمل صحيحاً دائماً، ولهذا فإنه لا يجوز للمعلن إليه أن يحتج بحق اكتسبه بناء على بطلان العمل في الفترة بين تاريخ الإعلان وتاريخ الحضور. ومبرر ذلك، أن الحضور يؤدي إلى تحقيق الغاية من الشكل المعيب تحقيقاً كاملاً،

(١) د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٠٢ وما بعدها بند ٢٤٨.  
(٢) د. فتحى والى، أحمد زغلول: ص ٦٤٧ بند ٣٥٤. والأحكام المشار لها حكم الهيئة العامة للموارد المدنية والتجارية في ١٩٧٤/٣/٤ المجموعة ٢٥ - ١٢ - ٢ نقض إجراءات ١٩٨٠/١/٢٦ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٨ق.  
(٣) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٤٧ حاشية رقم ٢، د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٢٦٨ بند ٢٢٧. التعليق ص ٥٢٣. النفوس ص ١٥٦ بند ٦٦. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٥٢١ - قارن حكم القاهرة الابتدائية ١٩٥٥/١/٢٩ المحاماة السنة ٣٦ ص ١٣٨٤.

بحيث لا يعتبر العيب صالحاً لأن يؤدي إلى البطلان فى أى وقت، فيعتبر إعلان صحيفة الدعوى صحيحاً منذ القيام به<sup>(١)</sup>.

وباستعراض الاتجاهين السابقين نلاحظ أن نتائجهما واحدة، وهى كون الإجراء يعتبر منتجاً لكافة آثاره منذ اتخاذه، سواء لكون الحضور أزال البطلان بأثر رجعى وفقاً للاتجاه الأول، أو لكون الحضور صحح البطلان بأثر رجعى وفقاً للاتجاه الثانى. كما ان الاتجاهين اتفقا على أن المشرع بوضعه لنص المادة ١١٤ طبق بشأنها الفكرة والأسس التى أعتمدها فى تنظيمه للبطلان، والتي تقوم على الربط بين الشكل المقرر والغاية منه، فحيث تتحقق الغاية من الشكل فلا بطلان.

أما الخلاف بين الاتجاهين، وكما يرى البعض<sup>(٢)</sup> فى نقطة البداية فى كون الحضور يزيل البطلان لدى الاتجاه الأول. والذى يعتبر الحضور تنازلاً عن البطلان. وتنازل مفترض يتحقق بواقعة الحضور. والاتجاه الثانى يرى أن الحضور مصححاً للبطلان.

ونقطة البداية لدى الاتجاهين، هى ما لم نسلم بصحة تصورهما ولا بدقة أساسها، لأن اعتبار الحضور تنازلاً عن البطلان، وتنازل مفترض غير مسلم به، لأن التنازل<sup>(٣)</sup> لا يفترض إلا إذا نص القانون عليه. كما أن الحضور واقعة قانونية<sup>(٤)</sup> تؤدي إلى إسقاط الحق فى التمسك بالجزاء بنص القانون، دون تدخل الإرادة الفردية، حتى ولو لمجرد الإتيان بالواقعة، لكونها واقعة قانونية استقل القانون بتحديدتها وترتيب آثارها<sup>(٥)</sup>.

وبعيداً عن الإرادة المفترضة، لأن القانون هو الذى يجرى العيب الإجرائى من الجزاء<sup>(٦)</sup> فإن الحضور أو إيداع الخصم مذكرة بدفاعه لا يزيل العيب الذى أعتور

(١) فى تصحيح الحضور للبطلان بأثر رجعى، والنتائج المترتبة على ذلك: انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول ص ٦٥٤ - ٦٥٦ بند ٣٥٧ والأحكام المشار له لدية نقض مندى ١٩٥٢/٣/٥ مجموعة النقض ٤ - ٦٠٧ - ٩٤ نقض ١٩٩٠/٢/١٣ الطعن ٢٠٩٠ لسنة ٥٤ ق.

(٢) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٧٣ بند ١٦٣.

(٣) انظر فيما سبق بند ٢٥

(٤) انظر فيما سبق بند ٢٢.

(٥) د. أيمن رمضان: ص ٣٩٧.

(٦) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. أحمد أبو الوفا: التعليق ص ٥٣٢.

الإجراء<sup>(١)</sup> واستخدام المشرع لعبارة "زوال البطلان" غير مسلم به من الناحية الفنية، لأن البطلان وقع من قبل، وما تم لا يمكن إعادته إلى حاله، ثم أن البطلان لا يزول بل يظل الإجراء المعيب - وكما سنرى - باقياً ملتبساً به عيبه<sup>(٢)</sup> هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، الحضور ليس مصححاً للبطلان، ولا يعد تجديداً للإجراء المعيب، لأن العمل الجديد هو الذى يرتب الأثر<sup>(٣)</sup>. كما أن تصحيح الإجراء الباطل لا يتم إلا بإحدى الوسيلتين الآتيتين فقط<sup>(٤)</sup> الأولى التصحيح الفعلى على نحو ما قرره المادة ٢٣ مرفعات. والثانية، التصحيح الحكى بصدور حكم بصحة الإجراء. وواقعة الحضور شأن واقعة الكلام فى الحضور مسقطه للحق فى التمسك بالجزاء.

والمشرع عن طريق فلسفة عدم المغالاة فى الشكليات حدد بيانات معينة فى أوراق معينة، ونص على أنه رغم بطلان هذه الأوراق لعدم صحة هذه البيانات، إلا أن مجرد تحقق واقعة معينة، هى حضور الخصم أو تقديم مذكرة بدفاعه، يؤدى إلى إسقاط حقه فى التمسك بالجزاء مع بقاء العيب<sup>(٥)</sup>. على أن محكمة النقض تتحدث فى مواضع<sup>(٦)</sup> على أن الحضور يعتبر بمثابة نزول عن التمسك بالبطلان. وفى مواضع أخرى<sup>(٧)</sup> تتحدث عن البطلان الذى يصح بالحضور. والصحيح أن الحضور كواقعة - وكما رأينا - لا يزيل البطلان ولا يصححه، وإنما يسقط الحق فى التمسك به وبأثر رجعى ودون أن يمس العيب الإجرائى بتصحيح أو زوال.

- (١) انظر فيما يلى بند ٦٣.
- (٢) د، نيبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٩٧ بند ٥٣. د، أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٤ بند ٦٥.
- (٣) انظر فيما سبق ص ١٨٨ حاشية رقم ٢.
- (٤) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٠ بند ٦٣ التعليق ص ٥٢٢ وما بعدها.
- (٥) د. أحمد أبو الوفا: التعليق: الإشارة السابقة، الدفوع الإشارة السابقة.
- (٦) د. نيبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية نص ٢٧٤ بند ١٦٣، الهدر الإجرائى السابقة، سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٢٠٣ بند ١١٨. الارتباط الإجرائى ص ١٤٧ بند ١٠٥. عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٤٣ بند ١١٢. VIZIOZ. Op. cit. P. 452.
- (٧) فى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٤/١١/١٧ طعن ١١٧٦ لسنة ٦٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج ٢ ص ١٤٠٢. نقض ١٩٩٠/١٢/١٣ طعن ٢٠٩٠ لسنة ٥٤ مجموعة الأحكام السنة ٤١ ص ٨٦٨. نقض ١٩٨٣/١١/١٤ طعن ١٥٨٤ لسنة ٥٠ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٦١٤. نقض ١٩٧٨/١/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ٧٨. نقض ١٩٧٧/٢/٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ٤٣٠. نقض ١٩٧٠/٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ٤٣٠. نقض ١٩٧٠/٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٢٦٢. نقض ١٩٦٨/٤/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ٨٦٨.
- (٧) فى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ١٢٣٢ لسنة ٥٣ نقض ١٩٨٥/٢/٢٦ طعن ٢٦٤ لسنة ٥١ نقض ١٩٨٣/١/٥ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٣٦٥. نقض ١٩٨٢/١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٥.

هذه الواقعة - الحضور - استبدل المشرع بمقتضاها الشكل القانوني المحدد لتوليد آثار إجرائية معينة، أدت هذه الواقعة إلى توليد ذات الآثار، التي كان يولدها العمل الإجرائي المعيب، إذا كان اتخذ بشكل سليم.

وإذا كانت واقعة الحضور هي الوسيلة المسقطه للحق في التمسك بالبطان، وبقوة القانون، دون أن يكون للإرادة الفردية دور في هذا السقوط. فعلى العكس، فإن التخلف عن الحضور هو وسيلة التمسك بهذا البطان. ومع ذلك إذا تخلف الخصم عن الحضور لا تستطيع المحكمة أن تقضى بالجزء من تلقاء نفسها<sup>(١)</sup>.

(١) فيجب أن تكون الورقة المعيبة هي إما صحيفة دعوى أو ورقة تكليف بالحضور، لأن صحيفة الدعوى من أوراق التكليف بالحضور. د. فتحي والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٤٨ بند ٣٥٥ د. وحدي راغب مبادئ ص ٦٠٦. قارن د. أحمد أبو الوفا: حيث يرى بأن صحيفة الدعوى لا تعتبر في ذاتها من أوراق التكليف بالحضور. انظر التعليق على قانون المرافعات ص ٥٢٥ الدفوع ص ١٤٣ بند ٦٥.

والمادة ١١٤ مرافعات نصت على امتداد أثرها إلى صحف الدعاوى، ويستهدف إعلانها حضور المدعى عليه الجلسة المحددة لنظر الدعوى للدفاع عن نفسه، أيا كانت الطريقة التي اتبعت في رفع الدعوى، يسوى في ذلك أن تكون قد رفعت بالإيداع، أو بطريق التكليف بالحضور، د. فتحي والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. وحدي راغب: ص ٥٦ د. نبيل عمر دراسة في السياسة التشريعية ص ٦٠ بند ٤٣.

فيجد النص مجالاً للتطبيق في خصوص أوراق المرافعات التي تتضمن تكليفاً بالحضور، سواء صحف الدعاوى أو أوراق إعلانها، أو صحف الطعن بالاستئناف أو التماس إعادة النظر، لأن صحيفتي الاستئناف والتماس إعادة النظر يرفعا بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى وفقاً للمادة ٢٣٠، ٢٤٣ مرافعات. لذلك تشتمل صحيفة كل منهما على بيان المحكمة المرفوع إليها الطعن، كما يثبت فيها تاريخ الجلسة المحددة لنظره، كما يمتد تطبيق النص إلى أية ورقة من أوراق التكليف بالحضور انظر: د. فتحي والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٢٨٤ بند ١٦٩، التعليق على قانون المرافعات ج ٢ ص ٤٥٧ وما بعدها. التمسك بالبطان ص ٩٧ - ٩٩ بند ١٧ د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤١ بند ٦٤. التعليق ص ٥٢٦ قانون المرافعات ص ٢٣٥ بند ٢٢٧ د. على هيكل: قانون الإجراءات ص ٣٩٥ بند ١٩٥.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٤/١١/١٧ طعن ١١٧٦ لسنة ١٩٩٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج ٢ ص ١٤٠٢ نقض ١٩٨١/١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ١٩٨١/٣/١٦ طعن ٢٥١ لسنة ١٩٨١.

طعن مندى عماني ١٤٥ لسنة ٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/١٠/٣ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٢٣٢. طعن مندى عماني ٤٨ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٥/٤ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٨ ص ٤٦٠ الطعن ٦٦ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١١/١١ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٧ ص ٣٠. يتولى العكس من ذلك، فإن النص لا يطبق على الأعمال الإجرائية وأوراق المرافعات الأخرى التي لا تتضمن تكليفاً بالحضور، ولو كان من شأنها إنشاء خصومة جديدة أو مرحلة من مراحلها. فلا تطبق المادة ١١٤ على ورقة إعلان الطعن بالنقض. نقض ١٩٥٦/١/٥ م. نقض. م - ٧ ص ١٩٥٦ محمد كمال عبد العزيز التعليق ص ٧١٠ د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٧٨ حاشية رقم ١. الطعانان رقماً ٣٩٧، ٤٠٩ لسنة ٢٠٠٦ تجاري عماني جلسة ٢٠٠٧/٤/٤ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٧ ص ٩٠٩ طعن تجاري عماني ٢٠٠٦/٢٩٣ جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٣ المجموعة ص ٧١٣.

كما لا يطبق النص على إعلان الحكم، لأنه لا يعد من قبيل إعلان أوراق التكليف بالحضور كذلك الحال بالنسبة لمرضية الاستئناف، إذ لا تعتبر ورقة من أوراق التكليف بالحضور، لأنه لم يقصد بها دعوى الخصم للحضور أمام المحكمة في يوم معين، وبالتالي تخضع للقواعد العامة للبطان ولا يصح الحضور تعبيرها. د. أحمد هندي: التمسك بالبطان ص ١٠٠ والحكم المشار لديه نقض ١٩٥٩/١٢/٣ طعن رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٥٩ مجموعة المبادئ القانونية أنور طلحة ج ٥ ص ٨٧، ٨٨ رقم ٦٣. كذلك لا يطبق النص على الأوامر سواء الأوامر على عرائض أو أوامر الأداء، لأنها تصدر في غياب الخصوم ولا يكتفون بالحضور أمام القاضي وفقاً للمادتين ٢٠٣/١٩٥ مرافعات. ولكن إذا قرر القاضي إجراء تحقيق قبل إصدار أمر الأداء وكلف الخصوم بالحضور أمامه، فإن النص ينطبق في هذه الحالة. د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٦١ بند ٤٣ د. أحمد هندي التعليق ص ٤٥٨ مادة ١١٤.

وأخيراً، لا يؤدي الحضور إلى زوال البطان الناشئ عن عدم مراعاة الأوضاع الجوهرية المنظمة لطرق رفع الدعوى، كما لو كانت الدعوى باطلة لرفعها بغير الطريق القانوني. نقض ١٩٦١/١٢/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ١٢ ص ٨٠٦ مشار إليه لدى د. فتحي والى، أحمد زغلول ص ٦٤٨ حاشية رقم ٢.

## ٦١- العيوب التي يسقط الحضور الحق في التمسك بها: العيوب الإجرائية

التي تشوب صحف الدعاوى وإعلان أوراق التكليف بالحضور<sup>(١)</sup>. والتي يسقط الحضور الحق في التمسك بالبطلان الناتج عنها، تتمثل في عيوب ثلاثة، تعيب بيان المحكمة، تاريخ الجلسة، الإعلان. وتتميز هذه العيوب في أن عدم إنتاجها لآثارها، نتيجة الحضور، لا يتطلب تصحيح بيانات قائمة أو إضافة أية بيانات جديدة لصفح الدعاوى أو أوراق التكليف بالحضور، لذلك كان اختيار المشرع لهذه العيوب أوفق لمقتضيات الحال، وأقرب إلى الإنصاف بين طرفي الخصومة<sup>(٢)</sup>. هذه العيوب الثلاثة وردت على سبيل الحصر، وفيما عداها يكون للمعلن إليه الحضور، والتمسك بالبطلان على صورة دفع شكلي، يبدى في مستهل الخصومة وقبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك به<sup>(٣)</sup>.

أولاً: بيان المحكمة وتاريخ الجلسة: هما ليسا من بيانات ورقة الإعلان، بل من بيانات ورقة صحيفة الدعوى التي يرد عليها الإعلان<sup>(٤)</sup>. ولا صعوبة في العيب الذي يشوب بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة. فيقوم هذا العيب إذا لم تحدد المحكمة التي تنتظر الدعوى أو لم يحدد تاريخ الجلسة تحديداً كافياً<sup>(٥)</sup>. إذ في الحالة الأولى يكون مكان الحضور مجهلاً. وفي الحالة الثانية يكون زمان الحضور مجهلاً<sup>(٦)</sup>. أو أن تذكر المحكمة أو يذكر تاريخ الجلسة التي تنتظر فيها الدعوى خطأ أو يغفل ذكرهما على الإطلاق<sup>(٧)</sup>.

- (١) طعن ٢٠٠ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/١/٢٢ طعن ١٤٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٢/٤/١٨، طعن ٢٥٤ لسنة ٢٢ جلسة ١٩٥٦/١/٥ أحمد عبد الصادق ص ١٤٥٣ وما بعدها.
- (٢) وفي ذلك نقول المذكرة التفسيرية في صدد المادة ١٤٠ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ - المقابلة للمادة ١١٤ من قانون المرافعات الحالي - "أنه قد أخذ عن كل من القانون الأعلى والمختلط ما رآه أوفق لمقتضيات الحال وأقرب إلى الإنصاف بين طرفي الخصومة".
- (٣) انظر فيما سبق بند ٥١.
- (٤) د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤١ بند ٣٢١. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٥٠ بند ٣٥٥. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٥٨ بند ١٥٦.
- (٥) د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٢٨٥ بند ١٦٩. د. على هيكل: المرجع السابق ص ٣٩٧. محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ج ٢، ١٩٥٨ ص ٢٨٧ بند ٧٧١.
- (٦) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ١٩٥ وما بعدها بند ١٢٠. د. أحمد هندي، التمسك بالبطلان ص ١٠١ بند ١٨. د. أحمد مليجى: التعليق ج ٢ ص ١٠٧٦.
- (٧) محمد وعبد الوهاب العشماوى، الإشارة السابقة. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٤٧ بند ٢٦٩. د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان: الإشارة السابقة. د. على هيكل الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٦٢ بند ٤٣ إعلان الأوراق ص ٢٥٨ بند ١٥٧.

والواقع أن بيان المحكمة وتاريخ الجلسة يقصد بهما اجتماع المدعى والمدعى عليه أمام المحكمة في الميعاد المقرر، فإذا تحقق هذا الهدف بحضور المدعى عليه، تكون الغاية من هذه البيانات قد تحققت، ويغدو التمسك بالبطلان مغالاة في الشكائية، ويتنافى مع نص المادة ٢٠ مرافعات. ويلاحظ أن عدم تحديد الدائرة أو عدم ذكر الساعة - فيما عدا الدعاوى المستعجلة - لا يرتب أي بطلان، ومن ثم لا يجوز للمدعى عليه أن يتخلف عن الحضور بسبب هذه العيوب مدعياً بطلان صحيفة الدعوى<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: العيب في الإعلان:** لم يحدد المشرع المقصود بالعيب في الإعلان الذي يصححه الحضور<sup>(٢)</sup>. إلا أنه لا يقصد بهذا العيب أي عيب يتعلق بالإعلان<sup>(٣)</sup>. وإنما يجب تفسير النص بالنظر إلى أساسه، وهو تحقيق الغاية بالحضور، أي أن نطاق العيب في الإعلان يقتصر على الحالات التي يكون الغرض منها تمكين المدعى عليه من الحضور. وعلى ذلك فالعيب في الإعلان الذي يصححه الحضور هو العيب في شكل الإعلان الذي يؤدي الحضور إلى تحقيق الغاية منه<sup>(٤)</sup>. وبعبارة أخرى إذا كان العيب يتصل بأمر من الأمور التي يقصد بها دعوى الخصم للحضور. بمعنى أن عدم تحقق أحد هذه الأمور، قد يؤدي إلى عدم تمكين المدعى عليه من الحضور. فإن حضوره رغم هذا العيب يسقط الحق في التمسك بالبطلان<sup>(٥)</sup>.

فالعيوب المتعلقة بالإعلان التي تتحقق الغاية منها بحضور المعلن إليه تشمل من ناحية: كل عيب يتعلق بتسليم صورة الإعلان، كما لو سلمت الصورة للمدعى

(١) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٥٨ وما بعدها بند ١٥٧ د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٢ بند ٣٢١ والحكم المشار لديه ١٩٦٨/١/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ١٤٤٠ د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان ص ١٠١ والحكم المشار لديه نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ طعن رقم ٤٤١ لسنة ٣٤ السنة ٢٠ ص ١٠٣٤ الموسوعة الذهبية عبد المنعم حسني - ٢ - ص ٥٤١ رقم ١٠٤٩. نقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٣٠٣ أحمد مليجي ص ٣٤٢ مادة ٧.

(٢) د. أحمد هندي: التعليق ج ٢ ص ٤٥٨. قانون المرافعات ص ٢٨٥ بند ١٦٩، التمسك بالبطلان ص ١٠١ بند ١٨.

(٣) محمود عبد الوهاب العشماوي ج ٢ ص ٢٨٥ وما بعدها بند ٧٧١ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٦١ وما بعدها بند ١٥٧.

(٤) د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٦١ بند ٤٣ د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول ص ٦٤٩ بند ٣٥٥ د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٢ بند ٣٢١ د. وجدي راغب مبادئ ص ٦١٦ وما بعدها. على هيكل ص ٣٦٥ بند ١٩٥ د. أحمد هندي: الإشارات السابقة. د. أحمد أبو الوفا: الدفع ص ١٤٤ وما بعدها بند ٦٥. ويرى بأن الضبط الذي وضعه المشرع للتعرف على بين العيب الذي يزول البطلان الناشئ عنه بالحضور، وبين العيب الذي لا يزول البطلان الناشئ عنه بالحضور، هو أن الأول لا يتطلب التصحيح أو إضافة أية بيانات جديدة للورقة.

(٥) د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٣، ٤٢ بند ٣٢١.

عليه في غير موطنه<sup>(١)</sup> أو تعددت مواطنه في الورقة المعلنة<sup>(٢)</sup> أو لشخص ممن لا يجوز تسليم الصورة إليه<sup>(٣)</sup>. أو عدم بيان صفة مستلم الورقة<sup>(٤)</sup>. أو إذا سلمت في الموطن بينما كان من المفروض تسليمها إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة<sup>(٥)</sup> أو لمخالفة إجراءات تسليم الورقة لجهة الإدارة، سلمت الورقة لشيخ البلد - صديق لطالب الإعلان - ولا يقيم المعلن إليه<sup>(٦)</sup>. أو سلمت الصورة إلى المعلن إليه في مكان لم يتخذه موطناً مختاراً<sup>(٧)</sup>. أو تسليم الصورة لذات المراد إعلانه أو في موطنه المختار في أحوال يتعين فيها تسليم الصورة لذات المراد إعلانه أو في موطنه الأصلي<sup>(٨)</sup> أو تسليم الصورة إلى مدير المصلحة المختصة بدلاً من تسليمها إلى إدارة قضايا الدولة عملاً بالمادة ١٣ مرفعات<sup>(٩)</sup>. أو لم يرسل المحضر كتاب موصى عليه للشخص المراد إعلانه، بعد تسليم الصورة لجهة الإدارة<sup>(١٠)</sup> أو سلمت الصورة إلى النيابة لجهل المدعى بموطن خصمه دون أن تتضمن آخر موطن معلوم له في مصر أو في الخارج<sup>(١١)</sup> أو سلمت الصورة يوم عطلة رسمية، أو في غير الأوقات المسموح بها<sup>(١٢)</sup> ففي كل هذه الحالات وغيرها<sup>(١٣)</sup> من الحالات الأخرى المتعلقة بالتسليم، والتي

- (١) نقض ١٩٥٣/٣/٥ المجموعة ٤ - ٦٠٧ - ٩٤ د. فتحى والى، أحمد زغول ص ٦٤٩.
- (٢) د. أحمد مليجي: التعليق ج ٢ ص ١٠٧٨ د. أحمد أبو الوفا: التعليق ص ٥٢٣ المرفعات ص ٢٦٧ بند ٢٢٧.
- (٣) نقض ١٩٧٤/١/٢ المجموعة ٢٥ - ٢٠٨ - ٣٦ د. فتحى والى، أحمد زغول الإشارة السابقة.
- (٤) نقض ١٩٧٨/١/١٤ طعن ٢٧٠ لسنة ٤٢ ق.
- (٥) نقض ١٩٧٨/١/١٥ طعن ٨٦٧ لسنة ٤٤ ق.
- (٦) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٩١ وما بعدها بند ٥٢. نقض ١٩٥٢/١١/١٣ طعن ١٩٣ لسنة ٢١ ق أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ٤٥٩.
- (٧) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٦٩ بند ٤٠. نقض ١٩٦٣/١/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ١٤ ص ١٥٣.
- (٨) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٥ بند ٦٥ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٦١ بند ١٥٧.
- (٩) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٩٤ بند ٥٢.
- (١٠) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ١٩٦ بند ١٢٠ د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة نقض ١٩٩٣/٦/٢٠ طعن ٣٧٣ لسنة ٥٨ قارن د. أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها ص ٢٠٩، حيث ترى أن هذا البطلان لا يزول بالحضور لأن العيب ليس في الإعلان ولكنه لاحق عليه.
- (١١) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة د. أمينة النمر: ص ٢٠٨ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق الإشارة السابقة التجهيل الإجرائى ص ٧٥ بند ٤٣. نقض ١٩٩٣/٣/٢٨ طعن ٤٣٢ لسنة ٥٩ ق نقض ١٩٩٢/١١/٢٩ طعن ٢٢٣٣ لسنة ٥٨ ق نقض ١٩٩١/١٠/٣١ طعن ١٥٩٤ لسنة ٤٥ ق نقض ١٩٨٢/١/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٣٣ ص ١٤٢.
- (١٢) د. أحمد هندی: التمسك بالبطلان ص ١٠٢ بند ١٨ د. على هيك: ص ٣٩٨ بند ١٩٥.
- (١٣) قضى بأن حضور المعلن إليه بالجلسة المحددة، في ورقة الإعلان يزول البطلان الناشئ عن تزويد أحد البيانات التي يصحح البطلان فيها الحضور طعن ٢٠٩ لسنة ٥٤ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ق ج ٢ ص ١٤٠٢. ولكن يلاحظ أن الحضور لا يصحح البطلان الناشئ عن تزويد غير هذه البيانات أو عن اصطناع ورقة الإعلان. محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٧١٢ مادة ١١٤.

فيها تعد الورقة باطلّة بسبب عيب في الإعلان، يسقط الحق في التمسك بالبطلان بحضور الخصم.

ومن ناحية ثانية: تشمل العيوب المتعلقة بالإعلان، العيب المتعلق ببيان اسم من سلّمت إليه الورقة وتوقيعه على الأصل، أو على العكس إثبات امتناعه<sup>(١)</sup> إذ يعتبر ذلك عيباً في الإعلان، لم يؤثر في تحقيق الغاية منه، حيث حضر الخصم<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية أخرى، تشمل العيوب المتعلقة بالإعلان، العيب المتعلق بالبيان الخاص باسم المعلن إليه ومهنته وموطنه أو بمن يمثله أو الخطأ في اسم الشخص المعنوي أو في اسم من يمثله أو عدم احتواء ورقة الإعلان على لقبه، إذ الغرض منه تعيين شخصيته أو شخصية من يمثله، فإذا حضر وكان هو المدعى عليه - أو ممثله، أو ممثل الشخص المعنوي - المطلوب حضوره، فقد تحققت الغاية من البيان<sup>(٣)</sup>. ويكون التمسك بالبطلان في هذه الحالة ضرب من المغالاة في الشكلية. أما إذا كان المعلن إليه ليس الشخص المطلوب حضوره<sup>(٤)</sup> فبديهي أن حضوره لا يسقط الحق في التمسك بالبطلان.

وعلى العكس لا يسقط الحق في التمسك بالجزاء، البطلان الناشئ عن خطأ أو نقص في بيانات تهدف إلى تحقيق غاية أخرى خلاف دعوة الخصم للحضور. وعلى ذلك يخرج من دائرة تطبيق المادة ١١٤ مرافعات، العيب في تاريخ الإعلان<sup>(٥)</sup> لأن الفرض منه هو معرفة الوقت الذي تبدأ فيه الآثار التي رتبها القانون على إعلان

(١) نقض ١٩٨٢/١٢/٢ طعن رقم ٥٧١ لسنة ٥٢ق. وفي الخطوات والإجراءات التي يجب على المحضر أن يقوم بها حالة تسليم الورقة إلى من يجوز تسليمها عليه المادة ١٠، ١١ مرافعات انظر د. أحمد هندي: العلم القانوني ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٢) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. أحمد هندي: التعليق ج ٢ ص ٤٥٩ مادة ١١٤. التمسك بالبطلان: الإشارة السابقة د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٦٢ بند ٤٣.

(٣) محمد وعبد الوهاب العشماوي: الإشارة السابقة د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائي ص ٩٨ وما بعدها بند ٥٣. د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٤٩، ٦٥٠ بند ٣٥٥ د. أحمد هندي، التمسك بالبطلان: الإشارة السابقة وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٣/٣/٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٣٧٢. نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ١٢١٦، نقض ١٩٦٠/٦/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ١١ ص ٤٨٢. طعن مدني عماني ٤٨ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٥/٤ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٨ ص ٤٦٠. قارن: حيث يقصر البعض العيب في الإعلان على العيب في طريقة الإعلان، فلا يشمل تلك البيانات الخاصة بالمعلن والمعلن إليه، لخطورة هذه البيانات، ولأنه بغير توافرها لا يمكن أن يقال بأن الخصومة قد انعدمت ونشأت من وقت ايداع صحتها قلم الكتاب د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٦ وما بعدها حاشية. التعليق ص ٥٢٧، المادة ١١٤.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٣ بند ٣٢١.

(٥) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥٠ بند ٣٥٥، فتحي والي: الوسيط ص ٤٤٧ بند ٢٦٩.

الورقة والمواعيد التي تسرى من وقت الإعلان<sup>(١)</sup> وهذا الفرض لا يحققه مجرد الحضور<sup>(٢)</sup> والبيانات الخاصة باسم المدعى أو بوقائع الدعوى وأسانيدها<sup>(٣)</sup> وبيان اسم المحضر وتوقيعه<sup>(٤)</sup> أو مخالفة مواعيد الإعلان، كما لو حضر المدعى عليه أو المستأنف عليه بعد فوات ميعاد الثلاثة أشهر الواجب تكليفه بالحضور خلالها، فإن هذا لا يسقط حقه في التمسك باعتبار الدعوى أو الاستئناف كأن لم تكن<sup>(٥)</sup>. أو مخالفة الطريق الواجب اتباعه في الإعلان، كما لو أعلن الشخص الاعتباري بذات إجراءات إعلان الشخص الطبيعي<sup>(٦)</sup> فمخالفة مواعيد الإعلان، وطريقة إتباعه لا يسقط الحق في التمسك بالبطلان، لأن الحضور لا يحقق الغاية من هذه البيانات التي تهدف إلى تحقيق أغراض أخرى لا تتصل بحضور المدعى عليه<sup>(٧)</sup>.

## ٦٢- ماهية الحضور المسقط للحق في التمسك بالبطلان: يقصد بالحضور

في المادة ١١٤ مرافعات هو حضور الخصم المعلن إليه أو ممثله أو من يقوم مقامه

- (١) نقض ١٩٧٧/١٢/٧ طعن رقم ٥٨٤ لسنة ٤٤٤ ق موسوعة المرافعات أنور طلبية ج ١ ص ٣٢٥ وكذلك مجموعة المبادئ ج ٥ ص ٨١ رقم ١٥١ د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان ص ١٠٣.
- (٢) نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ٢٢٢٢ لسنة ٥٢ ق أحمد ملبجي ج ١ ص ٣٥٥ مادة ٩.
- (٣) د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٦٢ بند ٤٣ د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٣ بند ٣٢١ د. فتحي والي: الوسيط: الإشارة السابقة د. علي هيكل الإشارة السابقة.
- (٤) د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٣ بند ٣٢١ وفي تطبيق ذلك انظر نقض ١٩٩٢/٣/٢٦ طعن ٢٣١٠ لسنة ٥٦ لسنة ٤٣ ق ص ٥٢٢ رقم ١١١، وفي ١٩٩١/٣/٧ طعن ١٠٢ لسنة ٥٣ ق لسنة ٤٢ ص ٦٧٩ رقم ١٠٨ وقضى فيه بأن "البطلان المرتب على اغفال بيان اسم المحضر وتوقيعه على صورة الإعلان يتعلق بالنظام العام ويصححه حضور المعلن إليه بالجلسة" د. أحمد هندي التعليق ج ٢ ص ٤٤٤ مادة ١١٤. نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ٢٢٢٢ لسنة ٥٢ ق أحمد ملبجي التعليق ج ١ ص ٣٧٨.
- أما إذا كان اسم المحضر مكتوباً بخطه في الخانة المخصصة له في الصحيفة ولكن يصعب قراءته، فإنه يتحقق معه ما قصدت إليه المادة ١٠ مرافعات، المادة ٩ من قانون المرافعات الحالي، ولا يترتب البطلان نقض ١٩٦٩/١/٢٥ سنة ٢٠ ق ص ١٣٢٢، نقض ١٩٧٠/٥/٥ سنة ٢١ ق ص ٧٨٧ أحمد ملبجي التعليق ج ١ ص ٣٧٧.
- (٥) نقض ١٩٨٩/٢/١٤ طعن ١٢٠١ لسنة ٥٣ ق، ١٩٨٣/١١/١٤ طعن ١٥٨٤ لسنة ٥٠ ق لسنة ٣٤ ص ١٦١٤، ١٩٧٧/٢/٩ لسنة ٢٨ ص ٤٣٠ أحمد هندي التعليق ج ٢ ص ٤٦٠ مادة ١١٤. نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ المجموعة ٢٦ - ١٧٣٥ د. فتحي والي البطلان ص ٦٥٠.
- (٦) طعن عماني رقم ١٠٣ لسنة ٢٠١٠ "إيجارات" جلسة ٢٠١٠/١٢/٥ مجموعة الأحكام السنة ١٠ ص ٤١٦.
- (٧) د. إبراهيم نجيب سعد ص ٤٤ بند ٣٢١، د. فتحي والي، أحمد زغلول: الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ٢٦٠ بند ١٥٧ دراسة في السياسة: الإشارة السابقة. وفي تطبيق ذلك انظر: قضى بأن "حضور الخصم بالجلسة الأولى لنظر قضى بأن "حضور الخصم الجلسة الأولى لنظر الاستئناف لا يحقق الغاية من استئلام بيان تاريخ الإعلان واسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها وتوقيعه لأن الفرض من بيان تاريخ الإعلان هو معرفة الوقت الذي تبدأ منه الآثار التي رتبها القانون على الإعلان والمواعيد التي تسرى من وقت الإعلان والغرض من بيان اسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها هو التحقق من أنه للشخص الذي قام بالإعلان صفة في مباشرة هذا العمل في حدود اختصاصه، أما توقيع المحضر هو إضافة صفة الرسمية، وهذه الأغراض لا تربط بما قصد به من استئلام البيانات الأخرى، ومن ثم فإن حضور المعلن إليه بالجلسة المعلن إليها لا يصحح البطلان الناشئ عن النقص في البيانات السابقة مما لا مجال فيه لإعمال المادة ١١٤ مرافعات نقض ١٩٨٣/٤/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٠٨٩ نقض ١٩٧٧/١٢/٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ١٧٥٩.

قانوناً<sup>(١)</sup> فيحضر ذات الخصم المعلن إليه والمكلف بالحضور أو بممثل قانوني أو من يقوم مقامه قانوناً<sup>(٢)</sup>. فممثل أى منهم يغني في الحضور. إلا أنه إذا كانت الإجراءات لا تصح إلا في مواجهة الممثل القانوني للخصم، فإن حضور هذا الممثل هو الذي يسقط الحق في البطلان، فلا يغني حضور الخصم بشخصه. فإذا كانت الصحيفة باطلة لتوجيهها إلى القاصر وليس إلى من يمثله قانوناً، فإن حضور القاصر لا يسقط الحق في التمسك بالبطلان، إلا إذا كان قد بلغ سن الرشد. وإنما الحضور المسقط للبطلان هو حضور الوصي<sup>(٣)</sup>.

وكذلك الأمر بالنسبة للعيب في صفة المعلن إليه، فإذا أعلن شخص باعتباره ممثلاً لشركة، وهو ليس كذلك، فإن حضوره لا يسقط البطلان، وإنما يسقط حضور الممثل الحقيقي<sup>(٤)</sup>. وحضور المتدخل تدخلاً انضمامياً لا يسقط الحق على الخصم الذي تدخل المتدخل إلى جانبه، لأنه يحل محله ولا يمثله، ولأن هذا التدخل لا يصلح أن يضر بأية مصلحة للخصم الأصلي<sup>(٥)</sup> فالحضور المقصود هو حضور الخصم المعنى في الإعلان المعيب، فحضور خصم آخر غيره لا يغني<sup>(٦)</sup> ولا يسقط الحق في التمسك بالبطلان.

وإذا تعدد المعلن إليهم بورقة باطلة وحضر أحدهما أو بعضهم دون البعض الآخر، فلا يعتد بسقوط البطلان إلا بالنسبة لمن حضر منهم دون الآخرين<sup>(٧)</sup> لنسبية البطلان في هذا الصدد<sup>(٨)</sup> كما أن الحضور هو المسقط

(١) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٧. دراسات في مركز الخصم ص ١٠٩. د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٢٨٦ بند ١٦٩.

(٢) إذا حضر محام بغير توكيل عن خصم كان إعلانه باطلاً، فإنه لا يُعتد بهذا الحضور، ولا يسقط حق الخصم في التمسك بعقد البطلان بشرط تخلفه عن الحضور، وتمسكه بالبطلان في صحيفة الطعن. انظر: د. أحمد أبو الوفا: الفروع ص ١٤٩ بند ٦٥. د. أحمد مليجي: التعليق ص ١٠٧٩ مادة ١١٤. طعن مندى عماني ٢٠١٠/١٠٦/٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/١٢/٥ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٢٩٥.

(٣) ريكابرديس مجلة المرافعات ١٩٣٢ - ٢ - ١٢١ - لازوزا: نظام البطلان بند ١٠٤ ص ١٢٥ مشار إليهما لدى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: ص ٦٥١ بند ٣٥٦. د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: الفروع ص ٨٠ وما بعدها بند ٤٤، ص ١٤٩ بند ٦٥.

(٦) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة.

(٧) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة. وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٧. د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٢٨٦ بند ١٦٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٦٢ بند ١٥٩. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: ص ٦٥١ بند ٣٥٦ والحكم الإيطالي المشار لديه نقض مندى ١٠ يوليو ١٩٥٤ قضاء إيطالي ١٩٥٤ - ٩٧٧.

(٨) نقض ١٩٩١/٤/٤ طعن ١٤٩٩ لسنة ٥٥٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ٨٦٨.

له<sup>(١)</sup>. ومن ثم لا يجوز لمن سقط حقه في التمسك بالبطان بحضوره أن يتمسك ببطان إعلان غيره من الخصوم<sup>(٢)</sup>.

ويشترط في الحضور المسقط للحق في التمسك بالبطان وفقاً للمادة ١١٤ وهو الحضور في الزمان والمكان المعينين في الورقة الباطلة<sup>(٣)</sup>، من ناحية أولى: أن يتم الحضور في الجلسة المعينة وأمام المحكمة المحددة بالتكليف<sup>(٤)</sup>. فيجب أن يكون حضور المدعى عليه أمام المحكمة التي كلف بالحضور أمامها، فحضوره أمام محكمة ثان درجة، لا يسقط حقه في البطان الذي شاب إعلانه أمام محكمة أول درجة التي لم يحضر أمامها<sup>(٥)</sup> لأن حضوره لم يتم بناء على الورقة الباطلة<sup>(٦)</sup> وإنما كان بناء على إعلان صحيفة الطعن، وجدير بالإشارة أن استلام الإعلان الباطل أو صورته في جميع الأحوال لا يسقط الحق في البطان<sup>(٧)</sup>، كما لا يعد نزولاً عن التمسك به<sup>(٨)</sup>.

- 
- نقض ١٩٩٠/١/١٧ طعن ٢٨٩٧ لسنة ٥٧ مجموعة الأحكام السنة ٤١ ص ١٨٧.
- (١) أما مجرد تقديم طلب لإعادة الدعوى للمرافعة، في اليوم التالي لحجز الدعوى للحكم، فلا يعتبر حضوراً منه فيها. نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ١٨١٧ لسنة ٥١ ق أحمد هندي التعليق ج ٢ ص ٤٦١ مادة ١١٤.
- (٢) نقض ١٩٧٣/٥/٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٧٤٠، نقض ١٩٧٣/٤/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٧٦٨، نقض ١٩٦٩/١/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٣٢ مشار لها لدى د. نبيل عمر: إعلان الأوراق: الإشارة السابقة.
- (٣) نقض ١٩٧٥/٣/١٨ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ٦٣١ نقض ١٩٨٢/٥/١١ طعن ١٥٣٩ لسنة ٤٨ ق، نقض ١٩٨٢/١٢/٢٤ طعن ٤٠٣ لسنة ٤١ ق نقض ١٩٨١/١٢/٢٤ طعن ١٩٦ لسنة ٤٦ ق نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ١٨١٧ لسنة ٥٦ ق محمد كمال عبد العزيز. التعليق ص ٧١١ مادة ١١٤.
- (٤) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥٢ بند ٣٥٦.
- (٥) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. فتحي والي: الوسيط ص ٤٤٨ بند ٢٦٩. د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٤ بند ٣٢١.
- (٦) ما لم يكن الخصم قد حضر أمام أول درجة وطلب الإطلاع على تقرير الخبير، فإن حقه في التمسك ببطان إعلانه يكون، مما يضحى معه الإدعاء بتزوير هذا الإعلان غير منتج نقض ١٩٨٥/٢/٢٦ طعن ٢٦٤ لسنة ٥١ ق أحمد هندي التعليق ج ٢ ص ٤٦٢ مادة ١١٤.
- (٧) د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.
- (٨) انظر فيما سبق بند ٢٢.

كما يجب أن يكون الحضور في الجلسة المحددة بالتكليف<sup>(١)</sup> ذلك لأن البيانات المعيبة لا تتحقق الغاية منها بالحضور، إلا إذا كان الحضور في الجلسة المعلن إليها<sup>(٢)</sup> يستوى في ذلك أن يتم في أول الجلسة أو في أي وقت أثناء انعقادها<sup>(٣)</sup> دون الاعتداد به إذا تم بعد انقضاء الجلسة<sup>(٤)</sup>. أو حضوره مبنى المحكمة أو قلم الكتاب ولم يثبت حضوره في محضر الجلسة<sup>(٥)</sup>. وإنما يجب أن يثبت حضور الخصم في محضر الجلسة<sup>(٦)</sup> ولو قام بعد حضوره بالانسحاب منها<sup>(٧)</sup> ولو لم يدلى بأى طلب أو دفع أو لم يتكلم<sup>(٨)</sup>. بل ولو صرح أنه لم يحضر إلا للتمسك ببطلان إعلانه بصحيفة الدعوى<sup>(٩)</sup>.

ويشترط من ناحية أخرى: أن يكون الحضور بناء على إعلان الورقة المعيبة. ومجرد حضور الخصم في الزمان والمكان المعينين في هذه الورقة، يكون قرينة قضائية على أن الحضور كان بناء على الورقة<sup>(١٠)</sup>. أما إذا لم يحضر الخصم في

(١) د. أحمد أبو الوفا: الذفرع ص ١٥٠ بند ٦٥ على بركات: الوسيط ص ٧٥٨ وما بعدها بند ٥٨٠. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٥١٧. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: ص ٦٥٢ بند ٣٥٦. والأحكام المشارية لديه: نقض عمال الجزئية ١٩٨١/١٢/٢٦ – الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٤١ق نقض مدنى ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن رقم ٢٠٩٠ لسنة ٤٥ق شبين الكوم الجزئية ١٩٣٩/١/٢٢ المحاماة ٢٠ – ٢٧٩ – ٩٧.

قارن: حيث يرى البعض بأنه لا يجوز تخصيص المادة ١١٤ المقابلة للمادة ١٤٠ في قانون المرافعات الملغى، حيث ورد النص مطلقاً بفيد الحضور في أية جلسة. فالحضور في أية جلسة ولو جلسة تالية للجلسة المعيبة بالورقة الباطلة يسقط الحق في البطلان، وذلك لأن الذى يرد التمسك بالبطلان ما عليه إلا أن يتمتع عن الحضور أصلاً. محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ٢ ص ٢٨٩.

وفي تطبيق انظر: استئناف إسكندرية ١٩٥١/٤/١٩ مجلة التشريع والقضاء ٤ ص ٥٣.

وفي الرد على ذلك انظر: د. أحمد أبو الوفا: الذفرع ص ١٥١ بند ٦٥.  
(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة، د. إبراهيم نجيب سعد الإشارة السابقة. د. على بركات: الإشارة السابقة.

(٣) د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٢٨٧ بند ١٦٩. وقضى بأنه "لا يجوز للخصم أن يتمسك بالبطلان مدعياً أن محاميه وإن كان قد حضر إلا أن حضوره كان متأخراً فلم يتمكن من أن يشترك في المناقشة الشفهية للقضية.  
Coss. Civ. 23 dic. 1949 For. It. Re. P. 1949 – V – Precdimenta Civ. 263.

مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: ص ٦٥٣.

(٤) مستعجل القاهرة ٢٦ نوفمبر ١٩٥١ المحاماة ٣٤ ص ٤٥. نقض ١٩٥٢/١٢/٢٥ السنة ٤ ص ٢٤٥ وقضى فيه بأنه "لا يعنى عن الحضور الطلب المقدم من الوكيل بعد انقضاء الجلسة" أحمد أبو الوفا: الذفرع ص ١٥٠.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٦) نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٥٠٨. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٦٤. د. وجدى راغب: دراسات في مركز الخصم ص ١٠٩.

(٧) د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٢٤٥ بند ٢٠٢.

(٨) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. محمد كمال عبد العزيز ص ٧١٢ مادة ١١٤.

VINCENT et GUINCHARD: op. cit. P. 526 N 554.

(٩) د. الأنصارى النيدانى: الإشارة السابقة.

(١٠) وترتيباً على ذلك يقع على عاتق من يتمسك بالبطلان رغم حضوره عبء إثبات أن حضوره لم يكن بناء على الورقة المعيبة. نقض ١٩٧٨/٣/١٦.م. نقض م – ٢٩ ص ٧٧٣ نقض ١٩٨٦/٦/٣ الطعن رقم ١٢٥٢، ٢٦٩ لسنة ٥٢ق نقض ١٩٨٢/١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٥.

الجلسة التي دعى إليها بمقتضى هذه الورقة المعيبة، وإنما حضر صدفة أو من تلقاء نفسه دون أى إعلان شفوي دون تسلم صورة الإعلان<sup>(١)</sup>. أو بناء على إعلان آخر غير المدعى بطلانه، ولو كان تالياً له<sup>(٢)</sup>. كما لو أعلنت صحيفة الدعوى للمدعى عليه إعلاناً باطلاً ثم غاب المدعى عليه، فأمرت المحكمة بتأجيل الدعوى لجلسة تالية يعلن بها المدعى عليه وفقاً للمادة ٨٥ مرافعات<sup>(٣)</sup> ثم حضر المدعى عليه بناء على الإعلان الأخير، فإن هذا الحضور لا يسقط حقه في التمسك بالبطلان، لأنه لم يتم بناء على الإعلان المعيب<sup>(٤)</sup> إذ لا تعتبر الغاية من الإعلان قد تحققت إذا حضر الخصم بناء عليه<sup>(٥)</sup>.

وإذا رفعت الدعوى بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة، وتم إعلانها خلال ثلاث أشهر عملاً بالمادة ٧٠ مرافعات، وشاب الإعلان أو الصحيفة عيب من العيوب الواردة بالمادة ١١٤ مرافعات، وحضر المدعى عليه في الميعاد، أو بعد انقضاءه، فحضوره يسقط الحق في التمسك بالبطلان. كما لا يجوز له أن يتمسك - في هذا الفرض - باعتباره الدعوى كأن لم تكن<sup>(٦)</sup>.

ولو فرض وتمسك المدعى عليه باعتبار الدعوى كأن لم تكن، لتوافر مفترضات هذا الجزاء<sup>(٧)</sup>. قد يقدر القاضى ألا وجه لإعمال هذا الجزاء، إعمالاً لسلطته التقديرية،

- (١) د. فتحي والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥٢ وما بعدها بند ٣٥٦. د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٤ بند ٣٢١. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٦٢ وما بعدها بند ١٥٩. د. أحمد مليجي ج ٢ ص ١٠٨٠ مادة ١١٤.
- (٢) وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٥٧ نقض ١٩٧٠/٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٢٧٢.
- (٣) كما هو الحال بالنسبة لإعادة الإعلان، فهذا الحضور لا يصح بطلان الإعلان الأول نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة ٢٢ - ٥٥٨ - ٨٨، ١٩٧٥/٣/١٨ المجموعة ٢٦ - ٦٣١ - ١٢٥ نقض ١٩٧٥/٥/٢٠ - المجموعة ٢٦ - ١٠١٧ - ١٩٤، ١٩٧٧/٥/١٧ طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٤٣ د. فتحي والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٥٤ بند ٣٥٦. نقض ١٩٨٨/٢/٢٥ طعن رقم ١٧١٣ لسنة ٥٣، ١٩٨٩/١٢/١٤ طعن رقم ١٢٠١ لسنة ٥٣.
- (٤) نقض ١٩٩٣/٦/٢٠ طعن ٣٧٣١ لسنة ٥٨ ص ٧٢٤ نقض ١٩٩١/٧/٢٩ طعن ٦٠٨ لسنة ٥٦ ص ٢٣٢. نقض ١٩٥٣/١٠/٢٢ طعن ١٦٥ لسنة ٢١ ص ٩٢.
- (٥) نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٥٠٧ نقض ١٩٧١/٤/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٥٥٨، استئناف القاهرة ١٩٧٣/١١/٢٩ مدونة التشريع والقضاء ج ٤ - ١٥١/٢٥ لدى د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٨.
- (٦) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.
- (٧) د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٥ بند ٣٢١، د. وجدى راغب: ص ٦١٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٦٧ بند ١٦٠. الارتباط الإجرائي ص ١٥٣ بند ١٠٩.
- (٨) في مفترضات الجزاء الوارد في المادة ٧٠ مرافعات. انظر د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٤٤ - ١٤٧ بند ١١٢. الهدر الإجرائي ص ٩٩ بند ٥٥.

وبترخيص من المشرع، رغم توافر أسباب الجزاء الوارد في المادة ٧٠ وذلك لعدم المغالاة في الشكليات<sup>(١)</sup>.

٦٣- ويقوم مقام الحضور، بصريح المادة ١١٤ مرافعات، تقديم المدعى عليه مذكرة بدفاعه في قلم كتاب المحكمة المعينة، وقبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاث أيام تطبيقاً للمادة ٦٥/٢ مرافعات<sup>(٢)</sup>. أو في الميعاد القانوني المقرر بالنسبة للطعن مادة ٢١٣ مرافعات<sup>(٣)</sup>. وذلك اتساقاً مع ما أورده المادة ١٨٣/١ مرافعات من تسوية بينهما<sup>(٤)</sup> واعتباراً بأن الحضور والإيداع يستهدفان غاية مشتركة هي إبداء الدفاع أما شفويًا أو كتابة بالمذكرة المودعة<sup>(٥)</sup> ومن ثم فإن القواعد التي تسرى على الحضور الذي يسقط الحق في التمسك بالبطلان هي بذاتها تنطبق أيضاً على إيداع المذكرة دون تفريق<sup>(٦)</sup>.

(١) د. نبيل عمر: عدم الفاعلية ص ١٤٦ وما بعدها بند ١١٤. إعلان الأوراق: الإشارة السابقة وتحليل أكثر نقعة بخصوص الجزء الوارد في المادة ٧٠ مرافعات، يتبين أن هذا الجزاء ينطوي على خطأ فنياً يعين تنزيه المشرع عن الوقوع فيه، ومقتضاه أن الجزاء - اعتبار الدعوى كأن لم تكن - هو جزاء عن واقعة سلبية لم تحدث، هو عدم الإعلان في الميعاد، ولا يوجد إعلان بعد الميعاد لكي ينصب عليه الجزاء، كما لا يوجد إعلان في الميعاد، والنتيجة أنه لا يوجد إجراء يلي إيداع الصحيفة على وجه الإطلاق يمكن صرف الجزاء إليه. نقض ١٩٨١/٥/١٨ طعن ٢٨٢ لسنة ٤٩ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ١٥٢٠.

أما صحيفة الدعوى وهي إجراء سابق على العمل الذي يتم، فهو فرضاً إجراء صحيح من كل الوجوه، ومع ذلك نجد المشرع رد عليه الجزاء، فوقع عليه جزاء لا يبرره قيام عيب في العمل ذاته، وبالتالي يكون قد عمل جزاء بدون أن يوجد عيب، ولذلك خفف المشرع مما سبق، وترك للقاضي رخصة الحكم بهذا الجزاء، وقد يقرر عدم الحكم به، ويؤجل نظر الدعوى، ويمنع للمدعي أجلاً مصحوباً بالغرامة أو بدون الغرامة لإعلان المدعى عليه إعلاناً صحيحاً وإلا اعتبرت الدعوى كأن لم تكن. د. نبيل عمر: الهجر الإجرائي ص ٩٩ وما بعدها بند ٥٥.

(٢) نقض ١٩٩٨/١/٢٤ طعن ٤٤٢٢ لسنة ٦١١ نقض ١٩٩٤/١/٢٧ طعن ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٢٧٨ طعن عماني تجاري ٢٧٦/٢٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢٧ ٢٠٠٦ أحكام المحكمة العليا السنة ٧ ص ٧٤٤.

(٣) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغالول: ص ٦٥٢ بند ٣٥٦، د. وجدى راغب: ص ٦١٧ د. أحمد هندی: التمسك بالبطلان ص ١٠٨ بند ١٨ قانون المرافعات ص ٢٨٩ بند ١٦٩ التعليق ج ٢ ص ٤٦٢. د. علي هيكل ص ٣٩٧ وما بعدها بند ١٩٥ د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٤٥ بند ٣٢١، د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٧٠ بند ١٦١ محمد كمال عبد العزيز ص ٧١١ مادة ١١٤.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٢/٧/٢٧ طعن ١٦٥٦ لسنة ٥٣ق، ١٩٨٧/٦/٢٥ طعن ١٢٠٧ لسنة ٥٣ق، ١٩٨٠/٦/٢٦ مجموعة الأحكام ٣١ ص ١٨٦٨. - مع ملاحظة أن مجرد تقديم طلب إلى المحكمة، أو منكرة بثوّه فيها الخصم ببطلان الإعلان ويطلب فيها المحكمة أن تقضي به، دون أن يحضر - فإن ذلك ليس مسقطاً للحق في البطلان نقض ١٩٧٨/٢/١٥ طعن ٨٦٧ لسنة ٤٤ق موسوعة المرافعات أنور طلبة ج ٣ ص ٣١٩، ٣٢٠٩ مشار إليه لادى أحمد هندی التمسك بالبطلان ص ١٠٩ طعن ٢١١ لسنة ٤٤ق جلسة ١١٤/١٩٧٨ أحمد عبد الصادق: ص ١٤٤١ وما بعدها.

(٤) حيث تنص المادة ٨٣/١ على أنه "إذا حضر المدعى في أية جلسة أو أودع مذكرة بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولو تخلف بعد ذلك".

(٥) نقض ١٩٩٣/٢/١٧ طعن ٦٩٤ لسنة ٥٨ق أحمد هندی التعليق ج ٢ ص ١١٩ مادة ٨٣.

(٦) وفي تطبيق ذلك قضى بأنه "ومن المقرر وفقاً للمادة ١١٤ مرافعات أن بطلان صحف الدعوى وإعلانها وأوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الإعلان يزول بحضور المعلن إليه في الجلسة أو بإيداع منكرة بدفاعه" نقض ١٩٨٥/٢/٥ طعن ٢٠٣٦ لسنة ٥ق م نقض م ٣٦ - ٢١٠ نقض ١٩٨٨/١٢/٢٥ طعن ١٧١٣ لسنة ٣ق م نقض ١٩٧٨/١/٤ م - نقض م ٢٩ ص ٧٨. نقض ١٩٧٧/٢/٩ م نقض م ٢٨ - ٤٣٠ محمد كمال عبد العزيز ص ٧١٢ مادة ١١٤. طعن تجاري عماني ٢٩٢/٢٠٠٧ جلسة ٢٠٠٨/٢/٢٧ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٨ ص ٦١٥.

ووفقاً لذلك، فإن القواعد التي تنطبق على الحضور المسقط للحق في التمسك بالبطلان، تنطبق هي الأخرى على تقديم المذكرة بالدفاع، على أن تتضمن ذات المعن إليه<sup>(١)</sup>، ويكون تقديمها قد تم بناء على الإعلان الباطل، وفي الجلسة التي دعا إليها المعن إليه بورقة الإعلان الباطلة، فإذا قدمت المذكرة لغير الجلسة التي كلف بالحضور إليها، فأنها لا تسقط الحق في البطلان<sup>(٢)</sup>.

وإذا تعدد المدعى عليهم وأودع واحداً منهم مذكرة بدفاعه، فإن هذا الإيداع لا يسقط الحق في التمسك بالبطلان بالنسبة لغيره من المدعى عليهم الذين لم يحضروا أو يقدموا مذكرات بدفاعهم<sup>(٣)</sup> ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة<sup>(٤)</sup>.

٦٤- الحضور المجرد كواقعة مسقط للحق في التمسك بالبطلان: محكمة النقض وبعد تردها بين كون الحضور المجرد - بدون إعلان - لا تتعد به الخصومة<sup>(٥)</sup> أو على العكس تتعد به<sup>(٦)</sup>. حسمت الأمر وأخذت بما أعتده المشرع وفقاً للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢، بإضافة الفقرة الثالثة للمادة ٦٨ مرافعات والتي نصت على أنه "ولا تعتبر الخصومة منعددة في الدعوى إلا

(١) د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٢٦٧ حاشية، أحمد مليجي التعليق ج ٢ ص ١٠٧٢ مادة ١١٤.

(٢) نقض ١٩٨٥/٢/٥، نقض ١٩٨٨/١٢/٢٥، نقض ١٩٧٧/١/٤، نقض ١٩٧٧/٢/٩ مشار لهذه الأحكام سابقاً.

(٣) د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة، د. نبيل عمر: إعلان الأوراق: الإشارة السابقة.

(٤) نقض ١٩٩٠/١/١٧ طعن ٢٨٩٧ لسنة ٥٧ق مجموعة الاحكام السنة ٤١ ص ١٨٧.

(٥) تواترت أحكام محكمة النقض قبل القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ في اتجاه لها، على أن انعقاد الخصومة مشروط بتمام إعلان صحيتها في قلم الكتاب، فإذا لم يتم هذا الإعلان أو وقع باطلاً، لم تتعد الخصومة، ويكون الحكم الصادر في الدعوى باطلاً.

(٦) في تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩١/١٢/٢١ طعن ٤٨٩ لسنة ٦١ق، نقض ١٩٩١/٤/١١ طعن ٣٧٤ لسنة ٥٥ق. نقض ١٩٩٠/٥/١٠ طعن ١٠٩٧٦ لسنة ٥٧ق نقض ١٩٨٥/١٢/٤ طعن ٤٧ لسنة ٥٥ق. مجموعة الأحكام السنة ٣٦ ص ١٠٧٦. نقض ١٩٨٣/٣/٨ طعن ١٤٣٤ لسنة ٤٩ق نقض ١٩٨٤/١١/٢٦ طعن ١٣٧٢ لسنة ٥٠ق نقض ١٩٨١/٦/٢٢ طعن ١٩٥٨ لسنة ٤٨ق مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ١٥٢٠، نقض ١٩٨٠/١/٢٥ طعن ٧٢٧ لسنة ٤٥ق مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٤٠٤، نقض ١٩٧٩/١/١١ طعن ٤٧٤ لسنة ٤٥ق مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ج ١ ص ٢١٥. وفي اتجاه آخر لمحكمة النقض وقبل صدور القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والتي أعمدت فيه المحكمة كون الحضور طريق تتعد به الخصومة، وقضت بأنه "لا يحق للمدعية التحدي بعدم انعقاد الخصومة لتخلف هذا الإعلان، ولما كان ذلك، وكان ما يسرى على إجراءات رفع الدعوى يسرى أيضاً على إجراءات الطعن بالاستئناف عملاً بصريح المادة ٢٣٠ مرافعات، فكان البين من الأوراق أن صحيفة الاستئناف لم تعلن بانقطاع سير الخصومة لوفاء أحدهم ... فلا يحق للمستأنفة التمسك بعدم انعقاد الخصومة في الاستئناف لتخلف الإعلان، ويكون النعي على الحكم على غير أساس ...". نقض ١٩٨٧/٦/١٠ طعن ٣٩٥ لسنة ٥٦ق، نقض ١٩٨٨/١٠/٢٦ طعن ٧٥٩ لسنة ٥٥ق نقض ١٩٨٩/١٢/٢٠ طعن ١٩١٩ لسنة ٥٢ق، ١٩٨٩/٥/٢٥ طعن ١٨٤٦ لسنة ٥٦ق، ١٩٨٩/٢/٢٧ طعن ٧٢٦ لسنة ٥٢ق محمد كمال عبد العزيز. سر هذا الاتجاه أخذت به الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، ولكن بقيود هي: إما يتنازل صاحب المصلحة عن الإعلان صراحة أو ضمناً، مما يتحقق بمقتضاه علمه اليقيني بموضوع الدعوى وقبوله التصدي للدفاع فيها، وبمركزه القانوني نقض ١٩٩٢/٣/٨ طعن ٢٢٩٣ لسنة ٥٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٣. نقض ١٩٩٣/٢/١ طعن ١٥١٤ لسنة ٥٨ق".

بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر الجلسة<sup>(١)</sup> وما أعتدده المشرع وحسمته محكمة النقض<sup>(٢)</sup>. تلقاه الفقه الغالب<sup>(٣)</sup> بالقبول بدون قيد أو شرط، ومقتضاه إذا حضر المدعى عليه في الجلسة الأولى<sup>(٤)</sup> ولو بلا إعلان، نشأت الخصومة، وتأكدت آثار المطالبة القضائية التي ترتبت بمجرد رفع الدعوى.

ومع اعتماد كون الحضور المجرد تتعقد به الخصومة، ويقوم مقام الإعلان ويحل محله، يرى البعض<sup>(٥)</sup> أن الحضور الوارد بالمادة ٦٨/٣ مرافعات لا يصح

- (١) وذات النص أعتدده المشرع العماني وفقاً للمادة ٣/٧٠ إجراءات مدنية وتجارية انظر: د. علي هيكال قانون الإجراءات ص ٣٩٨ وما بعدها بند ١٩٧.
- (٢) وقضت بأنه "ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى وردت عبارة النص واضحة بصيغة عامة مطلقة وواضحة فلا محل للتفسير، إذ يكون النص قطعي الدلالة على المراد منه، ولا يجوز تقيد مطلق النص وتخصيص عمومه بغير مخصص، ومن ثم فإن ما أورده المذكرة الإيضاحية في مقام التعليق على الفقرة الثالثة من المادة ٦٨ يعد خروجاً عن المعنى الصحيح للنص وتقييداً لمجال نطاقه وقد جرى قضاء النقض بعدم الاعتداد بما تورده المذكرة الإيضاحية إذا تعارض مع النص القانوني، أو فسره تفسيراً لا يتفق مع ملولته والعبارة بما ورد بالنص القانوني، ولا يجوز القول بأن المشرع أراد هذا الاتجاه، إذ لا يجوز الرجوع إلى قصد الشارع إلا إذا كان النص يحتمل أكثر من معنى أو شابه الغموض، ولما كان ذلك، فإنه يتعين إعمال النص القانوني الذي تضمنته الفقرة الثالثة من المادة ٦٨ مرافعات أو الاتفاقات لما أورده المذكرة الإيضاحية في شأنه من قيود لم ينص عليها المشرع، وإذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها الأولى قد حضر محام عنها بجلستي .... ويتحقق هذا الأثر المباشر سواء كانت صحيفة الاستئناف قد أعلنت إليها أو لم تكن أعلنت لها أصلاً، باعتبار أن الخصومة كما تتعقد بإعلان صحيفتها للمدعى عليه، تتعقد أيضاً بحضور المدعى عليه أمام المحكمة دون إعلان ... نقض ٢٠٠١/٢/١٣ طعن ٢٣٥٢ لسنة ٦٤ ق نقض ٢٠٠٠/١٠/٣٠ طعن ٢٨٣٢ لسنة ٦٣ ق ٢٣٠/٤/٢٣ طعن ٢٩٣١ لسنة ٦٤ ق، ٢٠٠٠/١١/٢٨ طعن ٣٣٥٢ لسنة ٦٤ ق، ٢٠٠٠/١٢/٤ طعن ١٠٢٩ لسنة ٦٤ ق، نقض ٢٠٠٠/١٠/٣٠ الطعان رقم ٢٨٣٢ لسنة ٦٣ ق، ٣٢٦٨ لسنة ٦٦ ق أحمد هندي ج ٢ ص ٤٤٣. نقض ١٩٩٤/١/٦ طعن رقم ٤٩٤٦ لسنة ٦٣ ق مجموعة الأحكام لسنة ٤١٥ ص ١٠٤ نقض ١٩٩٨/٢/٢٢ طعن ٢٠٧١ لسنة ٦٦ ق. طعن عماني - إجراءات - رقم ١٠٩٥ لسنة ٢٠٠٩ جلسة ٢٠٠٩/٦/١٣ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١٠ ص ٤٣٠.

- = وفي تطبيق قضاء النقض بأن النص متى ورد عاماً مطلقاً فإنه يحمل على عمومه وإطلاقه، فلا محل للتفسير إذ يكون النص قطعي الدلالة على المراد منه ولا يجوز تقيد مطلق النص، وتخصيص عمومه بغير مخصص "انظر نقض ١٩٩٤/١/٦ مشار إليه سابقاً نقض ١٩٩٦/٤/١١ طعن ٩٤٩ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩٦/٨/٤ طعن ٤٧٨، ٤٧٥، ٤٧٨، ٤٨١ لسنة ٥٦ ق - أحوال شخصية - أحمد مليجي ج ٢ ص ٤٧٠. نقض ١٩٩٣/١/٢٦ طعن ٢٦٠٣ لسنة ٥٧ ق أحمد مليجي ج ٢ ص ٤٦٦. نقض ١٩٩٢/٢/١٩ الطعان رقم ١٧١٦.. ١٨٦١ لسنة ٥٦ ق نقض ١٩٩٣/٥/٢٧ طعن رقم ١٠٩٩ لسنة ٥٩ ق أحمد مليجي ج ٢ ص ٤٦٥.
- (٣) د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٦٤ وما بعدها بند ٤٥ وما بعده الارتباط الإجرائي ص ١٤٩ وما بعدها بند ١٠٧ وما بعده. التكاملي الوظيفي ص ٨٠ وما بعدها بند ٧١ وما بعده الهدر الإجرائي ص ٩٧ وما بعدها بند ٥٤، سقوط وتصاعد وتحول المراكز ص ٨٥ بند ٥٠. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٦١٨. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٧٢ بند ٣٦٣. د. أحمد هندي: التمسك بالبطان ص ١١٤ - ١١٩ بند ٢١. التعليق على قانون المرافعات ج ١ ص ١٢٠٣ وما بعدها، د. أحمد مليجي ج ٢ ص ٤٤٧. د. علي هيكال الإجراءات المدنية والتجارية ص ٣٩٩. قارن: حيث يرى البعض أن الحضور لا تتعقد به الخصومة بدون إعلان إلا برعاية عدة ضوابط، فيجب أن يكون المدعى عليه قد تنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في الإعلان، وأن يبدي دفاعه في الموضوع أو يبدي دفاعاً بعدم القبول، أو أن يطلب أجلاً لإبداء هذا النفع على نحو يدل على إحاطته بموضوع الدعوى، وعلى الكل الحضور بتقيد بنفس القيود التي أوردها المذكرة الإيضاحية لقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢. انظر د. الأنصاري النيداني: القاضى والجزاء ص ٢٤٧ وما بعدها بند ٢٠٤. محمد كمال عبد العزيز: ص ٤٨٩ مادة ٦٨٥. د. علي بركات: الوسيط ص ٦٦٥ بند ٥٨٢.
- (٤) إذ لا يتصور منطقاً أنها جلسة أخرى، لأن ذلك يفترض سبق إبتعاد الخصومة بالإعلان. ومقتضى هذه الحالة هو أن الإعلان لم يتم، وبناء على ذلك فإذا لم يتم الإعلان أصلاً، وحضر المدعى عليه بالجلسة التي كانت قد تحدثت لنظر الدعوى، فيقصد بالحضور في هذه الحالة، ذلك الحضور الذي يتم في أول جلسة، إذ لا يتصور أن يكون حضور في جلسات أخرى. د. نبيل عمر: الارتباط الإجرائي ص ١٥٠ بند ١٠٧.
- (٥) د. فتحى والى، الوسيط ص ٤٥٣ بند ١١٩.

البطلان. وفي موضع آخر<sup>(١)</sup> يرى بأن هذا الحضور، وإن كان يؤدي إلى تصحيح الإجراءات، ويجعل الدعوى صالحة لأن ينظر فيها القاضي، ولكن ليس على أساس أنها واقعة قانونية مصححة للبطلان شأن الحضور في المادة ١١٤ مرافعات، ولكن على أساس تنازل الخصم - المدعى عليه - عن الإجراء - الإعلان - وهو تنازل يعتد به القانون ويرتب عليه أثره، وأثر فوري من تاريخ حدوثه وليس بأثر رجعي كالحضور الوارد بالمادة ١١٤.

بينما يرى البعض<sup>(٢)</sup> أن الحضور الوارد بالمادة ٦٨ / ٣ يكون له أثر في زوال البطلان الناشئ عن عيب في الإعلان، ومن وقت الحضور، وبدون أثر رجعي، وذلك في الحالات التي لا يؤدي نص المادة ١١٤ إلى زواله مع التأجيل إذا طلب المدعى عليه لإعداد دفاعه.

وباستعراض هذين الاتجاهين، نلاحظ أن نتائجهما واحدة، وهو أن الحضور المجرد يقوم مقام الإعلان، وينتج أثره من وقت حصوله وبدون أثر رجعي. والخلاف بينهما في الوسيلة، فالإعلان الأول، يرى أن الحضور يصحح البطلان على أساس تنازل الخصم عن الإعلان. والاتجاه الثاني يرى أن الحضور يزيل البطلان. وانتهينا من قبل<sup>(٣)</sup> أن البطلان لا يصححه الحضور، كما أن الحضور لا يزيل البطلان، لأن العيب الإجرائي قائم ولا يصحح ولا يزال، ولا يضاف إليه أية بيانات جديدة.

هذا الحضور المجرد وبإجماع الفقه واستقرار القضاء يقوم مقام الإعلان ويحل محله، لأن الخصومة تتعقد بتمام المواجهة، تحققت تلك المواجهة بالإعلان، أو بالعلم اليقيني<sup>(٤)</sup> الذي يتمثل في حضور الخصم<sup>(١)</sup> بل أن هذا الحضور يؤدي إلى تحول في

(١) د. فتحي والي، أحمد ماهر زعلول: نظرية البطلان ص ٦٧٢ وما بعدها بند ٣٦٣.

(٢) د. وجدي راغب: مبادئ ص ٦١٩.

(٣) انظر فيما سبق بند ٦٢.

(٤) والعلم اليقيني بصحيفة الدعوى والمتحقق بحضور المدعى عليه، يوجد العديد من المفترضات منها إذا ما تم تسليم صورة الصحيفة في موطن المدعى عليه، في حالة عدم وجوده، إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصحاب مادة ١٠ / ٢ مرافعات. أو في حالة إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم صورة الإعلان إليه في الموطن، أو امتنع من وجده منهم على التوقيع على الأصل بالاستلام أو عند استلام الصورة، وتم التسليم في جهة الإدارة مادة ١٠ / ٢ مرافعات، أو في الحالات التي يتم التسليم في جهة الإدارة مادة ١٠ / ٢ مرافعات، أو في الحالات التي يتم التسليم للنيابة العامة، إذا كان للمدعى عليه موطن معلوم في الخارج، أو إذا لم يكن له موطن معلوم في الداخل أو الخارج مادة ١٣٠ مرافعات.

المراكز الإجرائية<sup>(٢)</sup>، من مجرد تواجد مادي، عادي، لا قيمة له، إلى وجود قانوني موصوف له آثار قانونية هي انعقاد الخصومة، ليحل محل الإعلان القضائي الصحيح، ويحقق ذات الآثار التي يحققها الإجراء الأصلي، أي الإعلان الصحيح، ليعد الحضور عملاً إجرائياً موازياً<sup>(٣)</sup> يتكامل مع بقية الأعمال الإجرائية الأخرى، في إنشاء خصومة تيسر بالإجراءات نحو الفصل في النزاع<sup>(٤)</sup>.

ويتقيد هذا الحضور<sup>(٥)</sup> بالميعاد الوارد في المادة ٧٠ مرافعات، ولا يؤدي إلى إسقاط الحق في التمسك بأى عيب في عملية الإعلان حيث لا يوجد أى إعلان من الأصل. وإنما الموجود صحيفة دعوى<sup>(٦)</sup>. أو صحيفة طعن<sup>(٧)</sup> دون غيرها من إجراءات أخرى<sup>(٨)</sup> حتى انعقاد الخصومة، الذي يتم بحضور المدعى عليه، ومن ثم فالعيوب الإجرائية التي قد توجد في هذا الصدد هي عيوب تلتحق بالصحيفة.

- وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٦/٦٣ طعن ١٢٥٣ لسنة ٥٢ ق مجموعة الأحكام السنمة ٣٧ ص ٦٤٣. نقض ١٩٧٨/٣/٢٠٩ طعن ٤٩٦ لسنة ٤٤ ق مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ج ١ ص ٨١٦. نقض ١٩٨٩/١٨ طعن ١٨٣ لسنة ١ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ع ٢ ص ٦٨. نقض ١٩٦٨/١٢/٣ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ١٤٧٠. نقض ١٩٨٥/٦/٦ طعن رقم ١٠٩ لسنة ٥٢ ق نقض ١٩٩٥/٧/٣ طعن ٣٠٤١ لسنة ٦٠ ق "هيئة عامة" نقض ١٩٨٥/٢/٥ طعن ٢٠٣٦ لسنة ٥٠ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٦ ع ٢ ص ٢١٠.
- (١) نقض ١٩٨٩/٢/٢٠ طعن ١٩١٩ لسنة ٥٤ ق نقض ١٩٨٩/٢/٢٧ طعن ١٧٢٢ لسنة ٥٢ ق، نقض ١٩٨٨/١٠/٢٦ طعن ٧٥٩ لسنة ٥٢ ق نقض ١٩٨٧/٦/١٠ طعن ٢٩٥ لسنة ٣٦ ق مشار لهذه الأحكام سابقاً.
- (٢) هذا التحول الإجرائي، لا يتم في المجال الإجرائي بغية التوصل إلى مجرد ترف نظري، وإنما يهدف تحقيق أهداف مطلوبة لخدمة الحق الموضوعي، التي رجحت الإجراءات جميعها لخدمته. د. نبيل عمر: سقوط وتصادم وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ٨٥ بند ٥٠، ٥١.
- (٣) ويقصد بالتوازي الإجرائي، أن يوجد أكثر من عمل إجرائي ولو كان مختلف في الشكل عن الآخر. ولكنهما صالحان لأن يحقق واحد منهما فقط النتيجة المطلوبة التي يريدها المشرح من العمل الأصلي والموازي، ودون أن يشترط أن يساهم العملان في تحقيق النتيجة الإجرائية المرجوة. والإجراء الموازي - الحضور - يتحقق نفس فعالية الإجراء الأصلي - الإعلان - دون أن يلتقيان. شأن التوازي في المفهوم الهندسي البسيط، هو أن يسير خطين في مسارين أحدهما يواجه الآخر ويقع على مسافة منه تقاس عرضياً مهما كان مقلسهما، ولكنهما لا يتلقيان طولياً في نقطة معينة. انظر في تفصيل ذلك د. نبيل عمر: التكامل الوظيفي ص ٧٥ وما بعدها خاصة ص ٨٠.
- وفي الدعوى الموازية في القضاء الإداري، انظر: د. محمود حافظ: نظرية الدعوى الموازية في القانون الفرنسي مجلة القانون والاقتصاد مارس ١٩٥٩ ص ١٥، ص ١٣٢.
- وفي تطبيقات القضاء بشأن الطعن الموازي انظر: قضاء إداري في ١٩٤٧/٢/٢٤ مجموعة عمر ج ١ ص ٥٥١ وفي ١٩٥٣/٦/٢٣ قضية ٦٦٥ لسنة ٦ ق مجموعة السنة ٧ ص ١٧٠٠، وفي ١٩٦٥/٦/٣٠ مجموعة السنة ١١ ص ٦٣٤.
- (٤) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٨١ بند ٧٢.
- (٥) Solus et Perrot: op. cit. T. 1. P. 395.
- (٦) د. نبيل عمر: الارتباط الإجرائي ص ١٥٣ بند ١٠٩، د. وجدى راغب مبادئ ص ٦١٩.
- (٧) نقض ١٩٩٦/٢/٢٥ طعن ٦٨٦ لسنة ٦٢ ق أحوال شخصية مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٥٤٥. نقض ١٩٩٦/٢/٢٠ طعن ١١٢٠ لسنة ٦١ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٢٧٤. نقض ١٩٩٥/٢/٢٤ طعن ١٢٤٩ لسنة ٥٩ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ج ٢ ص ١٣٩٣.
- (٨) نقض ١٩٨٧/٦/١٠ طعن ٣٩٥ لسنة ٥٦ ق، نقض ١٩٨٨/٢/٦ طعن ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق نقض ١٩٨٩/٢/٢٠ طعن ١٩١٩ لسنة ٥٢ ق مشار لهذه الأحكام سابقاً.
- (٩) وقضى تطبيقاً لذلك بأنه "قبل انعقاد الخصومة سواء بتمام إعلان صحيفةها إلى المدعى عليه أو بحضوره في الجلسة، لا تكون الدعوى صالحة لأن يباشر فيها أى إجراء سواء من جانب القضاة وأعاونهم، أو من جانب الخصوم، وأن تم شئ

هذه العيوب أسقط الحق في التمسك بها، الحضور الناتج عن المادة ١١٤ مرافعات، لأن تلك العيوب هي التي كانت تؤثر على هذا الحضور، وتقود إليه، وقد حضر الخصم، وبالتالي لا مصلحة له في التمسك بها، لأن الحضور قد حقق الغاية من هذه البيانات رغم تعييبها.

وحيث أنه لا تناقض<sup>(١)</sup> بين النصين ٦٨/٣، ١١٤ مرافعات، فنفس منطق المادة الأخيرة يمكن الأخذ به<sup>(٢)</sup> دون شطط بالنسبة لتفسير المادة ٦٨/٣. فحضور المدعى عليه، لا يصح البطلان ولا يزيله، وإنما يسقط الحق في التمسك بعيوب صحف الدعاوى التي كانت تؤثر في هذا الحضور، مثل تاريخ الجلسة، اسم المحكمة، أسماء الخصوم .... الخ أما غيرها من العيوب الإجرائية الأخرى، والتي لا تؤثر في الحضور، فإن المدعى عليه يستطيع رغم حضوره التمسك بها بدفع شكلي غير المتعلق بالنظام العام وقبيل الكلام في الموضوع مادة ١٠٨ مرافعات<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان لا يوجد تناقض بين النصين ٦٨/٣، ١١٤ مرافعات، فلا تناقض بين النصين ٦٨/٣، ٧٠ مرافعات. فالمادة الأخيرة لا تلغيها ولا تؤثر عليها<sup>(٤)</sup> المادة ٦٨/٣، وإنما تظل المادة ٧٠ مرافعات قائمة ومعمول بها في الحالات التي لا يحضر فيها المدعى عليه وفقاً للمادة ٦٨/٣، أو حضر بعد الميعاد الوارد في المادة ٧٠ مرافعات. وتطبيقاً لذلك قضى بأن<sup>(٥)</sup> "انعقاد الخصومة في الاستئناف بمجرد حضور الخصم بعد العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ سواء تم الإعلان أو لم يحصل أصلاً، أثره عدم جواز التمسك بالبطلان ولا يمنع من ذلك من التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن عملاً بالمادة ٧٠، إذا حضر المستأنف ضده بعد مضي ثلاث أشهر على إيداع

في ذلك كان عملاً منعدهم لا يرد عليه التصحيح بالنزول" نقض ١٩٨١/٥/١٨ طعن ١٢٨٢ لسنة ٤٩ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ١٥٢٠ نقض ١٩٨٣/١٢/٢٩ طعن ٢٣٨، ٢٣٥ لسنة ٥٠ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٢٠٠٦.

(١) د. وجدى راغب: مبادئ الإشارة السابقة.

(٢) د. نبيل عمر: الارتباط الإجرائي ص ١٥٣، ١٥٤ بند ١٠٩.

(٣) انظر فيما سبق بند ٥١.

(٤) د. نبيل عمر: الارتباط الإجرائي ص ٩٨ بند ٥٤. دراسة في السياسة التشريعية ص ١٦٦ وما بعدها بند ١١٢.

(٥) الطعن رقم ٦٣٢٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٥/٤/١٣. الطعن رقم ٨٨٣٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٩. الطعن رقم ٤٩٤٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١/٦. الطعن رقم ٤٩٤٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١/٦. الطعن رقم ٣٠١٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧ أحمد مليجي التعلق ج ٢ ص ٤٦٩ مادة ٦٨.

الصحيفة، ولم يكن قد أعلن". والذي يعتبر كأن لم يكن في نطاق المادة ٧٠ مرافعات، هو ذات الطلب القضائي نفسه فيزيل هو الآثار التي تولدت منه، سواء كانت آثار إجرائية، أم آثار موضوعية.

كما يستقيم العمل بالمادة ٦٨/٣، مع ما تسمح به المادة ٦٧/٣ مرافعات للمدعى<sup>(١)</sup>. ولم يتم الأخير بتسليم صحيفة الدعوى للمحضر لإعلانها ولم يقدمها بالتالي للمحكمة، فإن لها أن توقف الدعوى وفقاً لإجرائياً عملاً بالمادة ٩٩ مرافعات. فإذا قام المدعى بتعجيل دعواه وقدم للمحكمة أصل الصحيفة غير معلنة، فإن المحكمة تقضى باعتبارها كأن لم تكن<sup>(٢)</sup>. ولكن إذا حضر المدعى عليه أمام المحكمة في جلسة التعجيل - فإن الخصومة تكون قد انعقدت - بموجب المادة ٦٨/٣، وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن تقضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن<sup>(٣)</sup> كما لا يحق للمدعى عليه التمسك بذلك<sup>(٤)</sup>.

وفي كل ذلك، يتولى القاضي تقدير واقعة الحضور، سواء كانت ناشئة عن ذات ورقة الإعلان الباطلة<sup>(٥)</sup> أو كان الحضور مجرد من الإعلان لوجود عيب في صحف دعاوى. ففي الحالتين، الحضور يسقط الحق في التمسك بالبطان.

٦٥- أثر الحضور الناتج عن المادتين ١١٤، ٦٨/٣ والمسقط للحق في

التمسك بالبطان على العيب الإجرائي: الحضور في صورتيه لا يؤدي إلى تصحيح البطان، ولا إلى زواله، كما لا يضيف أية بيانات جديدة للورقة أو الصحيفة المعيبة، وإنما يسقط الحق في التمسك بالبطان. وإذا يسقط الحق في التمسك بالجزاء، هذا السقوط ينعكس على الإجراء المعيب، فيؤدي إلى بقاءه وبأثر رجعي من وقت اتخاذه، وليس من وقت تحقق واقعة الحضور في صورتيها، وإذ يبقى على الإجراء المعيب بعيبه، فإنه يعامل معاملة الإجراء الصحيح ويولد آثاره.

- (١) "ومع ذلك يجوز في غير دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ، أن يسلم للمدعى - متى طلب ذلك - أصل الصحيفة وصورها يتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقيم بإعادته إلى قلم الكتاب".
- (٢) نقض ٢٠٠١/٦/٦ طعن رقم ١٦٧١ لسنة ٧٠ ق أحمد هندي التعليق ج ٢ ص ٢٢٢ نقض ١٩٩٥/٦/٢٢ طعن ٨٢٤٩ لسنة ٦٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ج ١٤ ص ٩١١.
- (٣) نقض ١٩٩٥/٦/٢٢ مشار إليه. نقض ١٩٩٩/١٢/٧ طعن ٤٩٩٦ لسنة ٦٢ ق، أحمد هندي: التعليق ج ٢ ص ٢٢٤.
- (٤) د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٧٠ وما بعدها بند ٤٨ د. أحمد هندي: التعليق ج ١ ص ٢٠٥ مادة ٦٨.
- (٥) نقض ١٩٩١/٤/٤ طعن ١٤٩٩ لسنة ٥٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٨٦.

فالحضور الناتج عن الإعلان المعيب، أو المجرّد، يؤدّي إلى بقاء الإجراء بعيبه، وفقدان القدرة على التمسك بالبطلان<sup>(١)</sup> وقضى بأن "الإجراء القابل للبطلان، إذا كان من الجائز قانوناً أن تلحقه الصحة، فإن زوال هذا البطلان يجعل الإجراء معتبراً صحيحاً من وقت صدوره، ومن ثم بحضور المعلن إليه، يعتبر الإعلان صحيحاً من وقت حصوله، وليس من وقت حضور المعلن إليه"<sup>(٢)</sup> وهو ما يمكن الأخذ به دون شطط للحضور المجرّد.

## المبحث الثاني

### أثر فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب

#### على الحقوق الإجرائية والموضوعية

٦٦ - تمهيد:

فى مطلبين نتعرض فى الأول لأثر فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب على القاعدة الإجرائية. وفى الثانى: لأثر الفكرة على الحقوق الموضوعية.

#### المطلب الأول

### أثر فكرة الإعفاء من الجزاء على القاعدة الإجرائية

٦٧ - تصنيف القاعدة القانونية الإجرائية من حيث قوة الجزاء: الجزاء الإجرائى عنصر من عناصر هذه القاعدة. وبدونه تصير هذه القاعدة مجرد قاعدة تنظيمية، لا يترتب على مخالفتها أى جزاء. والجزاء<sup>(٣)</sup> يمثّل الأثر السلبى لهذه القاعدة. ويقصد بهذا الأثر وصم العمل الإجرائى بالعيب واقتاده مكنة توليد آثاره.

والمشرع وهو يضع القاعدة القانونية الإجرائية، يضع الفروض النموذجية فى مفترض القاعدة، ويصمم لها آثاراً قانونية معينة. هذه الآثار تتولد إذا تطابق العمل الذى تم اتخاذه مع مفترض القاعدة الإجرائية. أما إذا تخلف هذا التطابق، فالذى يتولد

(١) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧١ بند ٥٠. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ١٨ وما بعدها بند ١٢.

(٢) نقض ١٩٥٣/٣/٥ السنة ٤ ص ٦٠٧، نقض ١٩٧٠/٢/١٠ الطعن ٥٢٦ لسنة ٣٥ ق. د. أحمد أبو الوفا: التعليق ص ٥٢٧.

(٣) محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة ١٠ يونية ١٩٥٢ المحاماة ٢٣٥ ص ٣٦٢ د. أحمد أبو الوفا النفوع ص ٥٤٨. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٢٤، بند ٢٠، ص ٥١ بند ٤٠، الهدر الإجرائى ص ٣٨ بند ١٧، د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٥٥ د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٥٧ بند ٤٢٢.

في هذه الحالة هو أثر سلبي ذى وجهين، الأول: هو تعيب العمل المخالف لنموذج القاعدة الإجرائية. والوجه الثاني: يتولد من الوجه الأول، وهو عدم إنتاج الإجراء للآثار التي كان يولدها لو كان صحيحاً، فتعيب الإجراء قبل تخلف آثاره<sup>(١)</sup>، لأن الأخير نتيجة للأول، والأميرين يشكلان وجهين لشيء واحد هو الجزاء الإجرائي.

فالمادة ٨٢ / ١ مرافعات تنص على أنه "إذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها، فإذا بقيت الدعوى مشطوبة سنتين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن". ما ورد بهذا النص يعد قاعدة قانونية إجرائية مكتملة الأركان. ففى مقترضاها حدد المشرع واجب القاضي إزاء الدعوى الصالحة وغير الصالحة للفصل فيها عند غياب المدعى والمدعى عليه، ووضع الجزاء الإجرائي.

فعدم حضور الخصوم الذين تم إعلانهم بشكل صحيح إلى الجلسة المحددة لنظر الدعوى يعتبر عيباً يشوب العمل الإجرائي المتخذ في الخصومة<sup>(٢)</sup>. هذا العيب يولد أثراً معيناً. هذا الأثر إما أن يكون الفصل في الدعوى إذا كانت صالحة لذلك<sup>(٣)</sup> أو شطبها في الفرض العكسي<sup>(٤)</sup> وبالتالي تهيتها لاعتبارها كأن لم تكن<sup>(٥)</sup>. فوفقاً للنص السالف وغيره<sup>(١)</sup> توجد قواعد قانونية إجرائية مكتملة الأركان.

(١) انظر فيما سبق بند ٤ وما بعده.

(٢) د. إبراهيم النقاوي: مسؤولية الخصم عن الإجراءات ص ٨٠٥ وما بعدها.

(٣) وتكون الدعوى صالحة للحكم فيها إذا أدلى الخصوم بأقوالهم، وحددوا طلباتهم وأرضحوا دفاعهم، فيكون لمحكمة الموضوع السلطة في نظر الدعوى والفصل فيها، رغم غياب المدعى وتخلفه عن الحضور بالجلسة المحددة لنظر الدعوى، سواء كانت هي الجلسة الأولى، أم كانت من الجلسات التالية، متى تبين للمحكمة أن الدعوى صالحة للفصل فيها. انظر: د. وجدى راغب: دراسات في مركز الخصم ص ١٦٠ بند ٥٤. مبادئ ص ٦٢٣. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٥٢٧ بند ٤٤٤. د. أحمد هندي قانون المرافعات ص ٣٩٤ بند ٢١٤. التعليق ج ٢ ص ١٠٠. شطب الدعوى ص ٥٦ وما بعدها بند ١٤.

NABIL. OMAR: Thé. P 208 N 224. NORMAND: Thé. P. 193. N 204.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٤/٥/٩ طعن ١٠٠٦ لسنة ٥٠ مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ١٢٣٥ نقض ١٩٨٣/٢/٢ طعن ٧٩٢ لسنة ٤٨ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٣٨٩. نقض ١٩٨٣/١٢/٥ طعن ١٦٠٦ لسنة ٤٨ ق. نقض ١٩٧٩/٥/١٧ طعن ١٦١ لسنة ٤٤ ق.

(٤) Paris. 25 Avr. 1986 Gaz Pal. 1987. 2. P. 800. Coss. Civ. 6 Mars 1996. J. C. P. Iv. 979. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦٢٣ وما بعدها. د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٣٩٥ بند ٢١٤ شطب الدعوى ص ٦٤ وما بعدها بند ١٥. د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص ٣٥ وما بعدها وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٧/١١/١٥ طعن ١٠٢ لسنة ٤٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٦٧٣ نقض ١٩٧٦/٤/٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ٨٩٥.

(٥) د. محمود هاشم: المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها بند ٤٣ وما بعده. د. أحمد هندي: شطب الدعوى ص ٩٤ وما بعدها بند ٢٠. وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٢/١٢/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ق ج ٢ ص ١٤٤٢ نقض ١٩٩٢/٦/٢٣

وعلى عكس القاعدة القانونية مكتملة الأركان، توجد القاعدة التنظيمية<sup>(١)</sup> تلك التي ترمى إلى الإرشاد والتوجيه والتنظيم مثال المواد ٦٥، ٦٨/١، ١٧٢، ١٩٥ مرافعات. هذه القاعدة لا يترتب على مخالفتها جزاء، ولا تخل بفاعلية النظام الإجرائي التي تعمل بداخله، ومن ثم فهي مستبعدة من هذا النطاق.

وفي تصورنا أن ما بين القاعدة القانونية المكتملة الأركان، تعلق ركن الجزاء فيها بالنظام العام، حالة عدم تعلقه على إرادة الخصوم، ودون أن يكون للقاضي سلطة تقديرية بشأنه. أو حالة تعلق هذا الجزاء بالمصلحة الخاصة، وتمسك صاحب المصلحة به في مستهل الخصومة، حالة توافر مقومات هذا الجزاء، ودون أن تحدث واقعة قانونية من الوقائع المسقطه للحق في التمسك بالجزاء وبقوة القانون. وبين القاعدة التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها جزاء، توجد طائفة من القواعد القانونية الإجرائية مقترنة بجزاء يتعلق بالمصلحة الخاصة، وإرادة الخصم، ونزل عنه بإرادته الصريحة أو الضمنية<sup>(٢)</sup> أو لم يتمسك بحقه فيه<sup>(٣)</sup> ولم يكن الخصم أو ممثله السبب في العيب الإجرائي مصدر هذا الجزاء<sup>(٤)</sup> ولم تحدث واقعة من الوقائع القانونية المسقطه للحق في التمسك بهذا الجزاء<sup>(٥)</sup> هذه الطائفة من القواعد الإجرائية رغم اقترانها

- طعن ١٥٢ لسنة ٥٩ق - أحوال شخصية - السنة ٤٣ ص ٨٦٠ نقض ١٩٩١/٧/٢٤ طعن ٣٣٢٧ لسنة ٦٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ج ٢ ص ١٤٨٢ نقض ١٩٨٤/٥/٢٠ طعن ١١٧٥ لسنة ٥٠ مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ١٣٦٥. (١) تنص المادة ٥ مرافعات على أنه "إذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مراعاة إلا إذا تم الإعلان للخصم في خلاله". مقترض القاعدة القانونية وفقاً لهذا النص، حيث ينص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء، تعين اتخاذ الإجراء في الميعاد احتراماً لهذا الميعاد. أما الأثر - العنصر الثاني: إذا خالف الإجراء المتخذ في العمل هذا المقترض، فإنه يكون معيباً هذا أولاً وغير منتج لأثاره ثانياً: انظر د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٥١، ٥٢ بند ٤٠.
- وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ السنة ٢١ ص ٦٨٩. نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ السنة الثالثة ص ١٩٥٠ أحمد ملجى ج ١ ص ٣٠٨.
- د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٤٠٦ وما بعدها بند ٢٣٤. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٥٣ بند ٤١. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ١٤٤.
- وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٧/١١/١٦ طعن ٣٠١ لسنة ٤٢ق مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ١٥٨٣. نقض ١٩٥٧/٤/٤ مجموعة الأحكام السنة ٨ ص ٣٧.
- (٢) انظر فيما سبق بند ٢٣ وما بعده.
- (٣) انظر فيما سبق بند ٣٩ وما بعده.
- (٤) انظر فيما سبق بند ٣٤ وما بعده.
- (٥) انظر فيما سبق بند ٤٧.

بجزاء، إلا أن هذا الجزاء رغم وجود العيب الإجرائي غير قادر على إزالته. وهو ما يمكن تسميتها بالقواعد الإجرائية ضعيفة الجزاء<sup>(١)</sup>.

وعدم قدرة الجزاء في هذه الطائفة من القواعد القانونية الإجرائية على إزالة العيب الإجرائي، يبقى على هذا الإجراء بعيبه، وينتج كافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه. ولو فرض وقوع هذا الجزاء بقوة القانون، سيظل هذا الجزاء مجرد واقعة نظرية لا يستفيد منها أحد.

هذه الطائفة والتي نطلق عليها بالقواعد القانونية الإجرائية ضعيفة الجزاء، نجد لها أساساً ثابتاً في قواعد القانون الموضوعي، مثال القواعد القانونية التي تعفى المدين من الوفاء بدينه إذا سقط بالتقادم، حيث يسقط الحق في التمسك بالجزاء<sup>(٢)</sup> وكل ما يتبقى للدائن في ذمة مدينه مجرد التزام طبيعي بالوفاء، أي غير مقترن بجزاء قانوني على مخالفته<sup>(٣)</sup>.

ويؤكد وجود هذه الطائفة من القواعد الإجرائية ضعيفة الجزاء، أن القانون الإجرائي يؤدي إلى إعمال الجزاء الكامن في القانون الموضوعي، وذلك بهدف إعادة التطابق بين المراكز الموضوعية والمراكز الواقعية حماية للحق الموضوعي، ودون أن يمس القانون الإجرائي أصل الحق بطريقة مباشرة<sup>(٤)</sup>.

## ٦٨- الدور الوظيفي للجزاء في القاعدة الإجرائية: لا يقتصر الجزاء على

كونه عنصر الإجماع في هذه القاعدة، وإنما له أيضاً دور وظيفي في القاعدة الإجرائية داخل النظام القانوني الذي تعمل بداخله القاعدة المحملة بهذا الجزاء.

(١) وهي التسمية التي أطلقها فقه القانون المدني على بعض القواعد القانونية، عند تقسيمه لقواعد القانون من حيث قوة الجزاء، بين قواعد قوية الجزاء، وقواعد عادية الجزاء، وقواعد ضعيفة الجزاء وقواعد تنظيمية: انظر د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٩٥ وما بعدها.

(٢) د. محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص ٣٧٤ وما بعدها، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٤٥ وما بعدها، نقض ١٩٩٧/١/٤ طعن ٣١٧٩ لسنة ٦١ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٧٨. نقض ١٩٩٤/١١/١٧ طعن ١٢٥٩ لسنة ٦١ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج ٢ ص ١٤١٢. نقض ٢٠٠٢/٢/٢٧ طعن رقم ٦٠٨٦ لسنة ٧٠ ق، نقض ٢٠٠١/١١/٢٥ طعن رقم ٤١٢٢ لسنة ٦٩ ق، المحاماة ٢٠٠٣، ع ٣ ص ٨٣، طعن تجاري عماني رقم ٢٠٠٦/٣٧٤/٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/١/٢٤ المجموعة السنة ٧ ص ٧٨٢. طعن تجاري عماني رقم ٢٠٠٦/٣٤٤/٢٠٠٧/١/٢٤ المجموعة السنة ٧ ص ٧٨٦.

(٣) وكذلك الحال بالنسبة لدين القمار حيث لا يلتزم المدين بسدادده، وله أن يسترده، إذا كان قد دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك مادة ٣٩ مدني.

(٤) انظر فيما يلي بند ٧١.

معنى ذلك<sup>(١)</sup> هو أن كل مجموعة من القواعد القانونية تعمل داخل نظام إجرائي خاص بها. فالقواعد التي تنظم الاختصاص القضائي، وتلك التي تنظم الإعلان. والتي تنظم الأوراق القضائية ... الخ. وعند بناء هذه القواعد يأخذ في الاعتبار الهدف المراد التوصل إليه من النظام التي تعمل بداخله هذه القواعد، والتي تسعى في مجموعها إلى هدف نهائي هو حسم النزاع<sup>(٢)</sup>. وإلا كانت قواعد شاذة لا رباط بينها وبين النظام الإجرائي التي توجد في إطاره. فكل نظام إجرائي قواعد قانونية خاصة به يتم صياغتها بالشكل الذي يتلاءم مع طبيعة وهدف النظام التي تعمل بداخله. وعلى ذلك فغاية النظام<sup>(٣)</sup> تؤثر في غاية قواعده، ويرتّب ذلك تأثير مقابل على تصميم ذات هذه القواعد، ويبدو واضحاً في عنصر المفترض والأثر القانوني اللذين يشكلان كيان القاعدة القانونية الإجرائية.

بمعنى أكثر إيضاحاً، أن مفترض القاعدة القانونية الإجرائية، يجب أن يستجيب للهدف أو الغاية التي يسعى إليها النظام الإجرائي الذي تعمل القاعدة في إطاره. كما أن حكم القاعدة القانونية أو أثرها القانوني يجب أن يستجيب هو أيضاً لغاية النظام الذي تعمل داخله القاعدة التي تحويه، أي أنه يولد الآثار التي تتضافر مع الآثار الأخرى التي تولدها القواعد الأخرى في نفس هذا النظام تحقيقاً لهدفه النهائي أو غايته النهائية<sup>(٤)</sup>.

والمنطقي أن الجزاء الإجرائي<sup>(٥)</sup> هو الآخر والذي يترتب على مخالفة هذه القواعد يجب أن يتواءم ويكون ملائماً لهدف النظام الذي تعمل القاعدة في إطاره، أي يتعين أن يهدف الجزاء الإجرائي إلى إحباط الآثار التي لا تتلاءم مع النظام الإجرائي الذي يهدف هذا الإجراء إلى تحقيق أهدافه، ولكن لا يصل إلى هذا الهدف لأنه معيب.

- (١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٥٤ بند ٤٢.  
(٢) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٩٣ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التي تحوز الحجية ص ٣٨ وما بعدها بند ٢٠ وما بعده.  
(٣) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. نفس المعنى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٩٣ - ٤٠٧ بند ٢٣١ - ٢٣٥ د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٤٢.  
(٤) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٥٥ بند ٤٢.  
(٥) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

وترتيباً على ذلك، فغاية النظام الإجرائى الذى تعمل فى إطاره القاعدة القانونية الإجرائية. هذه الغاية هى الأخرى لها دور فى بناء الجزاء الإجرائى، كما تؤثر على فعاليته، دليل ذلك المادة ١٩ مرافعات تنص على أنه "يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد الإجرائية المنصوص عليها فى المواد ٦، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٣ مرافعات" والقواعد التى تتضمنها هذه المواد تتضافر فيما بينها لتشئى نظاماً قانونياً إجرائياً يهدف إلى تهيئة الخصومة المدنية للانعقاد وبشكل صحيح، وتضع المادة ١٩ مرافعات جزاء البطلان إذا خالف العمل الإجرائى نموذج المنصوص عليه فى المواد التى أحالت إليها هذه المادة. ويخضع هذا الجزاء متى تعلق بالمصلحة الخاصة لقواعد الدفع الشكلى وفقاً للمادة ١٠٨ مرافعات<sup>(١)</sup>.

والجزاء الإجرائى وعلى تعدد صورته<sup>(٢)</sup> تهدف فى مجملها إلى غاية واحدة<sup>(٣)</sup> هى على احترام القواعد الإجرائية، ويتم ذلك عن طريق إلحاق التعيب بالعمل الإجرائى، أو إلحاق النزول الإرادى أو السقوط بالحق الإجرائى، مما يؤدي إلى منع توليد أو على العكس استمرار الآثار التى كان يولدها الإجراء لو اتخذ بشكل صحيح. هذه الغاية، قد يؤثر فيها العديد من الوقائع القانونية التى أوجدها المشرع<sup>(٤)</sup> وبيارك وجودها<sup>(٥)</sup> هذه الوقائع تتصاع إلى اعتبارات عملية<sup>(٦)</sup> على حساب احترام القواعد الإجرائية، والتأثير المقصود يأخذ فى صورته الغالبة الإعفاء من الجزاء الإجرائى، والأكثر من ذلك الإبقاء على الإجراء المعيب، بعيبه وإنتاجه لكافة آثار الإجراء الصحيح.

- 
- (١) نقض ١٩٨٣/٤/٢٨ طعن ٣٩٥ لسنة ٥٢ق السنة ٣٤ ص ١٠٨٩، نقض ١٩٨٣/٤/٢٨ طعن ٧٢٠ لسنة ٥٠ق السنة ٣٤ ص ١٠٩٢ د. أحمد مليجى التعليق ج ١ ص ٦٥٦.
- (٢) انظر فيما سبق بند ٤ وما بعده.
- (٣) فى الغاية من الجزاء الإجرائى، والوقائع التى تؤثر فيها انظر د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٧٣ - ٧٧ بند ٥٦ - ٥٩.
- (٤) انظر فى الوقائع القانونية فيما سبق بند ٤٧ وما بعده.
- (٥) د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٩٤ بند ٥١، عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٠٤ وما بعدها بند ٨٢ وما بعده.
- (٦) انظر فيما يلى بند ٧٦.

والوقائع القانونية التي تؤثر على غاية الجزاء الإجرائي، أوجدت فكرة الإعفاء من هذا الجزاء وعلى نحو ما رأينا وعلى امتداد هذه الدراسة - نص المشرع على هذه الوقائع. هذه الوقائع، الغالب منها، ولو لم يتمسك الخصم بالجزاء، يترتب على تحقق واقعة من هذه الوقائع سقوط الحق في التمسك بالجزاء وبقوة القانون، ودون أن يتوقف على طلب أو حكم قضائي<sup>(١)</sup> وعدم التمسك بالجزاء، يجعل الجزاء الذي وقع بقوة القانون مجرد واقعة نظرية لا يفيد منها أحد<sup>(٢)</sup>.

٦٩- أثر فكرة الإعفاء من الجزاء على القاعدة القانونية الإجرائية: هذه الفكرة تتمثل في عدم إنتاج الإجراء المعيب للأثر السلبي الذي كان يولده الإجراء، متى كان غير مطابقاً لنموذجه القانوني، وفكرة الإعفاء لا تقتصر على عدم إنتاج الإجراء المعيب لأثره السلبي، وإنما رغم تعيب العمل الإجرائي، إلا أنه ينتج كافة آثار الإجراء الصحيح ومن وقت اتخاذ، نتيجة للسياسة التشريعية التي يعتقدها المشرع<sup>(٣)</sup> ليبقى ولا اعتبارات معينة على الإجراء المعيب، رغم إنتاجه لكافة آثار الإجراء يؤدي إلى تناقض فني وتشريعي<sup>(٤)</sup> بين القاعدة الإجرائية والإجراء المتخذ، حيث يوجد إجراء معيب لا تعرفه القاعدة القانونية النموذجية، ومع ذلك يولد آثار الإجراء المطابق للنموذج القانوني.

والعيب الإجرائي نتيجة مثل هذه السياسة يظل دون أن يقوى الجزاء على إزالته. وما ذلك إلا أن المشرع اشترط لأعمال الجزاء تمسك صاحب المصلحة بالعيب الإجرائي. وحيث أنه لم يتمسك بالجزاء، أو نزل عنه، أو حدثت واقعة من

(١) وإن كان الطلب والحكم القضائي ضروريين، وذلك في الحالة التي يريد صاحب المصلحة التمسك بأن الجزاء قد وقع، ويريد الخصم الأخر للتصرف على عكس مقتضى الجزاء الذي وقع بقوة القانون، فلا يكفي الإعتداد بسبق وقوع الجزاء، بل لابد من الحصول على حكم قضائي يقرر وقوع الجزاء بالفعل، وترتد آثار هذا الحكم ليس من تاريخ صدوره ولا من تاريخ المطالبة به، بل من تاريخ وقوع الجزاء بقوة القانون. د. نبيل عمر: المهمل الإجرائي ص ٩٤ بند ٥١.

(٢) د. نبيل عمر: المهمل الإجرائي ص ٩٥ بند ٥١.

(٣) انظر فيما يلي بند ٦٧

(٤) والتناقض الفني، لأن فكرة الإعفاء يتولد بمقتضاها الإجراء المعيب آثار لا يولدها إلا الإجراء المطابق لنموذجه. أما التناقض التشريعي، لأن هذه الفكرة تلي قصد الشارع الذي ما قصد إلا إلى توليد آثار محدثة من إجراء له صفة محددة، هذا الإجراء وهذه الصفات لا نجدتها في نطاق فكرة الإعفاء، لأننا فرضاً أمام عمل إجرائي معيب، ورغم العيب، فإنه يولد كافة آثار الإجراء الصحيح. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ١٠٥ بند ٨٣، المهمل الإجرائي ص ٧٥ بند ٣٩.

الوقائع المسقطة للحق في التمسك بالجزاء، فيبقى على الإجراء المعيب بعينه، ويولد آثار الإجراء الصحيح.

ويدعم ذلك، أن فكرة الإعفاء من الجزاء تؤدي إلى تحقيق غايات النظام الإجرائي. الذي يعمل الإجراء المعيب بداخله بمعزل عن احترام القواعد القانونية التي تحدد وترسم السبل إلى الوصول لهذه الغايات<sup>(١)</sup>. فالغايات المحددة للنظم الإجرائية يتم تحقيقها رغم اتخاذ الإجراءات بالمخالفة لنموذجها القانوني، ودون أن يقوى الجزاء على إزالة المخالفة، فكان لا حاجة بنا في هذه الحالات لهذا الجزاء، طالما لا أثر له متى تحققت الغايات.

ولكن هل الإجراء المعيب الذي يولد رغم عيبه كل آثار الإجراء الصحيح، ولا يقوى الجزاء على إزالته، يحول القاعدة القانونية الإجرائية المقترنة بهذا الجزاء إلى مجرد قاعدة تنظيمية.

مثال ذلك، يشترط أن يتم إعلان الأوراق القضائية في وقت معين، وإلا كان الإعلان باطلاً مادة ٧ مرافعات. كما يشترط أن تسلم الورقة المعلنة إلى شخص معين، أو في موطنه، أو إلى من يقرر أنه وكيله مادة ١٠ مرافعات، وإلا ترتب البطلان على عدم مراعاة ذلك مادة ١٩ مرافعات. فإذا أعلن الشخص في غير الوقت المعين، أو أعلن باسمه الظاهر أو بصفته الظاهرة، أو عن طريق الممثل الظاهر رغم بلوغ القاصر سن الرشد أو في موطنه الظاهر. ففي كل ذلك اتخذت الإجراءات بالمخالفة للنموذج القانوني المحدد سلفاً، ومع ذلك إذا لم يتمسك الخصم بالجزاء تستمر الإجراءات مولدة لكافة آثار الإجراء الصحيح، وتطبيقاً لذلك، قضى بصحة الإعلان ولو تم في غير الوقت المطلوب اتخاذه فيه مادة ٧ مرافعات<sup>(٢)</sup> وبصحة الإجراءات التي اتخذت في مواجهة الخصم باسمه الظاهر<sup>(٣)</sup> وبصحة الإجراءات التي اتخذت في

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١١٣ بند ٨٧.  
(٢) طعن رقم ١٨٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٨، طعن ٢٣٢٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٨. د. أحمد مليجي التعليق ج ١ ص ٣٤٢، ٣٤٣.

(٣) حيث قضى بأن "عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل، بحيث يكون اسم الموكل مستتراً، ويترتب على قيامها في علاقة الوكيل المسخر بالغير تضامناً لجميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر، فيكون هو الدائن بها للغير، كما تضامناً إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها

مواجهة المستلم الظاهر للإعلان<sup>(١)</sup>. أو في موطنه الظاهر<sup>(٢)</sup> وبصحة الإجراءات التي اتخذت من أو في مواجهة الممثل الظاهر رغم بلوغ القاصر سن الرشد<sup>(٣)</sup>. يشترط في صحف الاستئناف أن تكون موقعة من محام مقبول أمام هذه الدرجة من درجات التقاضي<sup>(٤)</sup>. وأن تتضمن الصحيفة ذكر الحكم محل الطعن وتاريخه<sup>(٥)</sup>. فإذا لم يتوافر هذا الشكل ولم توقع الصحيفة، أو كانت موقعة من محامي ظاهر<sup>(٦)</sup> أو جاءت الصحيفة خالية من ذكر الحكم وتاريخه، كانت الصحيفة باطلة، ومع ذلك إذا لم يؤثر البطلان إطلاقاً لأي سبب أو تكلم الخصم في الموضوع أو قدم مذكرة بدفاعه، استمرت الصحيفة قائمة مولدة لجميع آثارها<sup>(٧)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى بأن الصحيفة لا تبطل ولو لم يوقع المحامي على أصلها المودع قلم الكتاب، طالما أنه وقع على

الغدير" نقض ١٩٨٤/٢٢٨ قضاء النقض في المواد المدنية ط ٣ - ج ٢ المجلد الثاني رقم ٣٨٩١ ص ١٥١٢. نقض ١٩٩١/٥/٢٢ قضاء النقض - المرجع السابق رقم ٣٩٠٢ ص ١٥١٥.

Req 21 Juill. 1903 D. P. 1908, 1. 315.

- مشار لذلك لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص ١٧٣ - ١٧٦ بند ١٦٥ - ١٦٨.
- (١) في صحة الإجراءات التي اتخذت في مواجهة مستلم الإعلان الظاهر انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٧٩ - ١٨٥ بند ١٧٢ - ١٧٤ والأحكام المشار إليها وقضى بأنه "متى انتقل المحضر إلى موطن الشخص المراد إعلانه وتكر أنه سلم صورة الإعلان إلى أحد أقاربه أو أصحاب المعطن إليه المقيمين معه فإنه - وعلى ما جرى به قضاء النقض - لا يكون مكلفاً بالتحقيق من صحة من استلم منه الإعلان... نقض ١٩٨٢/٥/٣٠ مجموعة القواعد - ١ - ٢ - رقم ٧٨ ص ١٥٢٧ نقض ١٩٧٩/١٠/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ رقم ٣٣٧ ص ٤. نقض ١٩٧٨/٣/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ - ١ - رقم ١٤٢ ص ٧٢٥ نقض ١٩٧٣/١١/١٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ رقم ٢٤ ص ١٠٧٠.
- (٢) في صحة الإجراءات التي تتم في الموطن الظاهر للخصم، ولا يستطيع أن يدفع ببطلان الإعلانات والأعمال القضائية التي صدرت بناءً عليها واستناداً إليها أو بعدم اختصاص المحكمة التي رفعت إليها الدعوى، وذلك لأنه هو الذي أوجد مظهرها كان من شأنه أن أوقع الغير حسن النية في الخطأ فيما يتعلق بموطنه، ويجب أن يتحمل نتيجة هذا المظهر الخادع الذي أوجد بنفسه د. محمد كامل مرسى - الموطن أو المحل - مجلة القانون والاقتصاد السنة ٨ العدد الأول ص ٤٦ وما بعدها بند ٣٢ وفي تفصيل ذلك انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٧٦ - ١٧٨ بند ١٦٩ وما بعده والأحكام المشار إليها.

Coss. Civ. 31 Janv. 1968 Bull.; Civ. N. 41 P. 32.

- (٣) في صحة الإجراءات الصادرة من الممثل الظاهر رغم بلوغ القاصر سن الرشد. انظر د. وجدى راغب: دراسات في مركز الخصم ص ٨٧ وما بعدها والأحكام المشار إليها. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٨٤ - ١٨٦ بند ١٧٥ - ١٧٧. وقضى بأنه "لما كان ذلك وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الاستئناف بعدم صحة تمثيل والنته له بعد بلوغه سن الرشد، فإن هذا الحضور يكون بقبوله ورضائه وتظل صفتها قائمة في تمثيله في الخصومة بعد بلوغه من الرشد، وبالتالي ينتج هذا التمثيل كل آثاره القانونية، ويكون الحكم الصادر في الدعوى كما لو كان القاصر قد حضر بنفسه الخصومة بعد بلوغه... الخ نقض ١٩٧٠/١١/١٣ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٠. نقض ١٩٨١/١١/٢٣ مجموعة القواعد رقم ٩٨٨ ص ٥٣٦ نقض إيطالي.

Coss. Civ. 4. 8 - 1950 N 2352 For a it mess. 475.

- (٤) نقض ١٩٧٣/٢/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٧٨٢.
- (٥) استئناف إسكندرية دائرة ٢١ مدني في ١٩٩٤/١/١٢.
- (٦) انظر فيما سبق ص ٣١ حاشية ٣.
- (٧) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١١٦ بند ٩١. د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ١٨٩ بند ١٨٤.

الأصل المعلن إلى الخصم<sup>(١)</sup> أو وقعها محامى ظاهر<sup>(٢)</sup> أو جاءت الصحيفة خالية من ذكر الحكم وتاريخه<sup>(٣)</sup>.

يشترط بعد الانتهاء من مدة الوقف الاتفاقي للخصومة، أن تعجل الدعوى خلال الثمانية أيام التالية لنهاية مدة الوقف، وإلا أعتبر المدعى تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً استئنافه مادة ١٢٨ / ٢ مرفعات<sup>(٤)</sup> فإن تم التعجيل بعد انقضاء هذا الميعاد، ولم يتمسك أحد بالجزاء تستمر الخصومة في السريان مولدة لجميع آثارها<sup>(٥)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٦)</sup> بأنه إذا حدث ذلك، فإن للطرف الآخر الدفع بانتفاء الخصومة نتيجة هذا الترك، على أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، فليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، إذ يجب على صاحب المصلحة التمسك بهذا الدفع قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فى إيدائه.

فى كل هذه الأمثلة: اتخذت إجراءات بالمخالفة لقواعد ومراكز قانونية إجرائية، فأصبح العمل الذى تم اتخاذه مخالفاً للنماذج القانونية المحددة سلفاً، فكان العمل المتخذ معيباً. والمنطقى يوجد جزاء، ولكن لعدم تمسك صاحب الشأن لأى سبب<sup>(٧)</sup> بالعيب

- (١) نقض ١٩٨١/٣/٢١ الموسوعة الذهبية للفكاهى - ٤ - ص ٤٧٢ رقم ٨٩٧.
- (٢) فى صحة الأعمال والإجراءات التى يقوم بها المحامى الظاهر انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ١٨٩ - ١٩٢ بند ١٨٤ - ١٩٨٦ والمراجع والأحكام المشار له وقضى بأنه "... أن الجزاء الذى رتبته القانون على من زاول أعمال مهنة المحاماة رغم استبعاد اسمه من جدول المحامين هو إحالته إلى مجلس التأديب لتوقيع الجزاء الذى فرضه القانون لهذه المخالفة، وأن هذا الاستبعاد يزول بمجرد سداد الاشتراك المتأخر، ومؤدى ذلك أن المشرع لم يرد أن ينزع عن المحامى الذى لم يتم سداد الاشتراك فى الميعاد صفته كمحام، وأن مباشرته لأعمال مهنته رغم استبعاده اسمه لا يظل عمله، وإنما يعرضه للمحاكمة التأديبية ..." نقض ١٩٧٢/٥/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ رقم ١٢٨ ص ٨١٥ نقض ١٩٦٦/١/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ١٧ رقم ٢ ص ١١.
- (٣) قضى بأن "خلو صحيفة الاستئناف من ذكر الحكم وتاريخه بطلان نسبي يتعين التمسك به قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فى إيدائه" طعن مدنى عمانى رقم ٢٠١٠/١٤٥/١٠/٣ جلسة ٢٠١٠/١٠/٣ المجموعة السنة ١١ ص ٢٣٢ نقض مصرى ١٩٦٨/١/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ٩٧.
- (٤) فيجب أن يتم تحديد جلسة وإعلان الخصم الآخر بها خلال الثمانية أيام، ولا يكفى تقديم صحيفة التعجيل إلى قلم المحضرين إذا أعلنت فى الميعاد نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ ق نقض ١٩٦٢/١/٣١ مجموعة الأحكام السنة ١٣ ص ١٤١.
- مع ملاحظة أنه فى هذه الحالة لا ينطبق نص المادة ٦٢ مرفعات الذى ينص بأن الدعوى تعتبر مرفوعة بيلداع صحيفتها قلم الكتاب، لأن التعجيل لا يحدث إلا بالإعلان الذى يجب أن يتم فى الميعاد المحدد له، وإلا اعتبر الميعاد غير مراعى. د. فتحى والى: الوسيط ص ٥٩٢ حاشية رقم ٢. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ١٤٥ وما بعدها بند ٨٦. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١١٧ بند ٩١.
- (٥) نقض ١٩٦٦/١/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ١٧٧٥ قارن: د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦٥٣ وما بعدها.
- (٦) فإذا سقط حق الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بأعمال الجزاء الوارد فى المادة ٣/٩٩ مرفعات، فإن الخصومة تظل قائمة، مولدة لجميع آثارها إجرائية كانت أو موضوعية، ويظل الحق قائماً، كذلك الحق الموضوعى، وفى كل ذلك وقاية من الهدر الإجرائى والموضوعى. وشأن ذلك نجده فى المواد ١/١٢٨، ٢، ١٣٤، ١٠٨، ١١٤، ١٢٨/٣. د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٥٨ وما بعدها بند ١٠٨ وما بعده.

الإجرائي، فلا يقوى الجزاء على إزالة هذا العيب، وبالتالي لعدم صدور حكم تقريرى يقرر هذا العيب، فيظل الإجراء المعيب قائماً محملاً بالعيب دون إزالة أو تصحيح، مرتباً كافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه. كما أنه لا أثر من الإجراء المعيب على الإجراءات التالية المبنية عليه، وهذا بدوره يؤدي إلى الوقاية من الهدر الإجرائي.

وبالمقابل للقواعد الإجرائية التي يوجد بها جزاء وإن كان لا يقوى على إزالة العيب، توجد قواعد إجرائية وغير مقترنة بجزاء، مثال ذلك، تنص المادة ١/٦٨ مرافعات على أنه "على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه..." وتتص المادة ٦٩ مرافعات في صدرها على أنه "لا يترتب على عدم مراعاة الميعاد المقرر في المادة السابقة بطلان إعلان صحيفة الدعوى..." والمادة ١٧٢، ١٩٥ مرافعات.

فعلى الرغم من عدم إعلان صحيفة الدعوى خلال الميعاد المقرر بالمادة ١ / ٦٨ تبقى الصحيفة قائمة ومولدة لجميع آثارها، رغم وجود عيب إجرائي، ولكن لا يوجد صاحب مصلحة في التمسك بهذا العيب، كما لا توجد مصلحة في إثارته، ومن ثم لا محل لصدور حكم تقريرى يؤدي إلى أعمال آثاره، أى حرمانه من توليد آثاره<sup>(١)</sup>.

وفى الحالتين، سواء وجد جزاء ولا يقوى على إزالة العيب لعدم إثارته من جانب صاحب المصلحة. أو حالة عدم وجود جزاء<sup>(٢)</sup>. النتيجة فى الحالتين واحدة، وهى بقاء الإجراء المعيب، وتوليدته لكافة آثار الإجراء الصحيح. ولكن رغم وحدة النتيجة، لا يمكن بحال التوحيد بين نوعى القواعد الإجرائية<sup>(٣)</sup>. من حيث عنصر الجزاء. واعتبار القاعدة الإجرائية المقترنة بجزاء وإن كان لا يقوى على إزالة العيب مجرد قاعدة تنظيمية. فعدم قدرة الجزاء على إزالة العيب، وبقاء الأخير، والإعفاء من أثره السلبى لا يؤدي إلى

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١١٨ بند ٩١.  
(٢) فى تصنيف القواعد القانونية الإجرائية من حيث قوة الجزاء انظر فيما سبق ببند ٦٧.  
(٣) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

تحول القاعدة الإجرائية المقترنة بجزء إلى مجرد قاعدة تنظيمية، حيث توجد قواعد إجرائية ضعيفة الجزء وأخرى تنظيمية غير مقترنة بجزء.

وعدم قدرة الجزء على إزالة العيب، حالة توافر مقومات الأخير، لا يعنى به فحسب عدم احترام القاعدة القانونية الإجرائية لأن عدم الاحترام تحقق من وقت اتخاذ الإجراء بالمخالفة لنموذجه القانوني، ومع عدم احترام القاعدة القانونية يبقى الجزء، ولكنه غير قادر على إزالة العيب، وبقاء الجزء فى هذه الحالة بالنزول الإرادى عنه أو بعدم التمسك به، أو بسقوط الحق فى التمسك به بقوة القانون، يجعل من هذا الجزء مجرد واقعة نظرية لا يفيد منها أحد.

فالقواعد القانونية الإجرائية ضعيفة الجزء، توجد مستقلة عن القواعد الإجرائية التنظيمية، وإن اتفقت الأولى مع الثانية فى عدم وقوع الجزء، فذلك لا ينفى عن القواعد الأولى اقترانها بالجزء، غاية الأمر أنه توافرت وسيلة من وسائل فكرة الإعفاء من الجزء أو تحقق واقعة من الوقائع المسقطه للحق فى التمسك به، يصبح الجزء غير قادر على إزالة العيب، دون أن يحول القاعدة المقترنة به إلى مجرد قاعدة تنظيمية.

ومن باب القياس، يحفل قانون المرافعات بالنماذج التى تقدم فيها بعض النظم الإجرائية، بأداء وظيفة ليست من طبائع النظام محل الاعتبار تأديتها. فنظام الطعن بالاستئناف يؤدي عملاً شبيهه بنظام الطعن بالنقض، من حيث تحديد أسباب الطعن وآثاره، وتحديد سلطات محكمة الاستئناف، ومع ذلك لا يمكن القول بأن نظام الاستئناف قد تحول ليصير نظاماً للطعن بالنقض<sup>(١)</sup>. نظام التحكيم يؤدي عملاً شبيهه بنظام القضاء العام، ولكن لا يمكن القول بحال عندما يحسم النزاع وفقاً لنظام التحكيم، أن التحكيم قد تحول، ليصير نظاماً قضائياً عاماً.

## المطلب الثانى

### اثر فكرة الإعفاء من الجزء على الحقوق والمراكز الموضوعية

(١) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١١٩ بند ٩١.

## ٧٠- وظيفة القواعد الإجرائية بالنسبة للحقوق والمراكز الموضوعية:

القواعد الموضوعية تتحقق تلقائياً من خلال النشاط الأصلي<sup>(١)</sup> دون حاجة لتدخل القضاء أو أعمال القانون الإجرائي. إلا أن احترام الفرد للقواعد القانونية<sup>(٢)</sup> يرجع أحياناً إلى عمله بوجود مثل هذه السلطة ومثل هذا القانون الذي ينظم نشاط هذه السلطة، والذي يشمل على وسائل كفيلة بإكراهه على احترام القواعد الموضوعية، وحقوق الغير. فالقانون الإجرائي يؤثر ابتداءً كعامل نفسي في أعمال القانون الموضوعي تلقائياً، ثم يصبح أداة تحقيقه عند عدم إعماله<sup>(٣)</sup>.

والمشرع الإجرائي ينظم الإجراءات<sup>(٤)</sup> كما يخلق الحقوق الإجرائية<sup>(٥)</sup> والفلسفة التي تقوم عليها هذه الإجراءات، تتأدى بوجود تفسير هذه الإجراءات، وممارسة تلك الحقوق على المعنى الذي يحفظ الحقوق الموضوعية، وتعمل على إحيائها لا إماتها<sup>(٦)</sup>.

وعند قيام المشرع بصنع الإجراءات يهتم بالجزاء الإجرائي، ذلك الجزاء<sup>(٧)</sup> الذي يتعين أو يجوز توقيعه عند حدوث العيب الإجرائي. وفلسفة المشرع في رسم الجزاء الإجرائي هي نفسها التي تسيطر عليه في رسم الإجراءات ذاتها<sup>(٨)</sup>. وبالتالي

- (١) فالقواعد القانونية تنظم روابط الحياة الاجتماعية، فتحدد للأفراد أوضاع السلوك الاجتماعي وما يترتب على مخالفتها من جزاءات. فبيان الحقوق وتحديد الالتزامات هي رسالة القانون الأولى للأفراد. انظر: د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٢٢ وما بعدها.
- (٢) وإن كان الغالب أن يكون احترام الأفراد لقواعد القانون تلقائياً، إلا أن ذلك لا يسرى دائماً، بل كثيراً ما يحتل سيره، وهنا يحتاج الأمر إلى تدخل السلطة لإزالة هذا الخلل، وهذه هي وظيفة القضاء، ولكي يكون تدخل القضاء مثمراً، لا بد وأن يعمل الجهاز القضائي وفقاً لقانون يحكم حركته، والذي يحكم هذه الحركة، هو القانون الإجرائي. انظر: د. وجدى راغب نظرية العمل القضائي، ص ١١١ وما بعدها. د. فتحى والى: الوسيط: ص ٤ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ١٣ بند ٤. د. نبيل عمر: الوسيط ص ١٠ وما بعدها بند ٣. د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٦ وما بعدها.
- (٣) د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٥٤. د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.
- (٤) وتنظيم المشرع للإجراءات، بأن يحدد شروط صحتها، وشروط عدم صحتها، كما يضع شروط قبولها، وعدم قبولها، ويحدد حالات بقاءها، وحالات اعتبارها كأن لم تكن، كما يحدد صلاحية القائم بها، وعدم صلاحيته .... الخ. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائي ص ٢٨ بند ١٧.
- (٥) وعند خلق المشرع الإجرائي للحقوق الإجرائية، يحدد صاحبها، وكيفية ممارستها، وأحوال بقاءها، وكذلك أحوال سقوطها. في تفصيل ذلك انظر: د. أحمد إبراهيم عبد التواب: النظرية العامة للحق الإجرائي مرجع مشار إليه سابقاً.
- (٦) د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٦٢. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائي ص ٦٠ بند ٢٩.
- (٧) د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ص ٥١٠.
- (٧) هو ذاته الجزاء الكامن في القاعدة الموضوعية، وعند إعماله عن طريق القانون الإجرائي، حالة تطبيقه للقانون الموضوعي. ذلك بهدف إعادة التطابق بين المراكز الموضوعية والمراكز الواقعية، ودون أن يمس القانون الإجرائي أصل الحق بطريقة مباشرة. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائي ص ٣٨ بند ١٧. د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ص ٢٩. الدفوع ص ٣.
- (٨) فهناك رباط منطقي وقانوني يربط مقومات الإجراء بآثاره وجزاءه في لحظة واحدة، ففي مرحلة صناعة الإجراء نمونجياً، وصياغته في القاعدة الإجرائية، يحدد المشرع في ذات اللحظة أثر الإجراء إذا تم بالصورة المحددة له، ويحدد

لا يجوز الإقراط في رسم الإجراءات أو تحديد الجزاءات<sup>(١)</sup>. وعدم الإقراط في كل من هذا أو ذلك، تستهدف به القواعد الإجرائية الضمان الأكبر لأن يتجه النشاط القضائي فعلاً إلى تحقيق القواعد الموضوعية.

بمعنى أن القانون الإجرائي يقود النشاط القضائي في الاتجاه الذي تحدده القواعد الموضوعية لنظام الروابط الاجتماعية، وهذا ما يعبر عنه بأن القانون الإجرائي يمثل وسيلة من وسائل تحقيق القانون الموضوعي<sup>(٢)</sup> وليس لكون القانون الاجرائي خادماً للقانون الموضوعي.

ولذلك فإن ما ذهب إليه الفقه<sup>(٣)</sup> بالقول بأن القانون الإجرائي خادماً للقانون الموضوعي *La Procedure est La Servante du droit* قول غير مقبول<sup>(٤)</sup> لأن القانون الإجرائي، وإن كان وسيلة من وسائل تطبيق القانون الموضوعي، إلا أنه لا يتبع القانون الموضوعي، بل يكمله<sup>(٥)</sup> فكل من القانونين يحتفظ باستقلاله<sup>(٦)</sup> ولكنهما لازمان معاً للحياة القانونية، إذ بغير القانون الموضوعي يصبح القانون الإجرائي

---

الجزاء على تعييبه. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ٦٤ وما بعدها بند ٥٠ وما بعدها. الهدر الإجرائي ص ٣٩ بند ١٧. أصول المحاكمات المدنية ص ٥ وما بعدها.

(١) د. نبيل عمر: الوسيط ص ١١ بند ٣. عدم فعالية الجزاء ص ٦٤ وما بعدها بند ٤٩ وما بعده دراسة في المياسة التشريعية ص ٧ وما بعدها بند ٤ وما بعده، الهدر الإجرائي ص ٣٩ بند ١٧. د. أحمد أبو الوفا: الفروع ص ١٦٢ بند ٧١. د. أيمن رمضان: ص ١٦٧ وما بعدها.

(٢) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ١٥٦. د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٧ بند ٢.

(٣) د. نبيل عمر أصول المحاكمات المدنية ص ١٢ وما بعدها بند ٣. الوسيط ص ٧ بند ١. الهدر الإجرائي ص ٣٨ وما بعدها بند ١٧. أيمن رمضان الإشارة السابقة. د. أحمد هندي: التمسك بالبطان ص ١٠ بند ١.

Solus et Perrot: op. cit. T. 1. P. 21 N 15.

وفي أحكام القضاء انظر: نقض إيجارات ٢٠٠٢/٢/١١ طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ المحلقة العدد ٣ عام ٢٠٠٣ ص ٩٧. د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة. ومن مظاهر هذه التكملة: أن المراكز الموضوعية قد تؤدي إلى خلق مراكز إجرائية، طلب أصلي وطلب عارض، أو طلبات أصلية، ودفع بالإحالة، أو طلبات أصلية تنزع من محكمة مختصة بها، وتحال إلى محكمة أخرى لا تختص بدواعي حسن سير العدالة مادة ٤٦. د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى: ص ٦٠٢ وما بعدها بند ٥٩٥ وما بعده.

(٥) فصوص القانون الإجرائي، شأنها شأن نصوص القانون الموضوعي تشمل على الخصائص الكفيلة بتطبيقها العملي، فهي تتضمن كل خصائص القاعدة القانونية، فهي قاعدة عامة مجردة ملزمة يترتب على مخالفتها جزاء، وتجد هذه القاعدة ضماناً فاعليتها في الجهاز القضائي، أي القاضى الذى يقوم بتنفيذها أو يشرف عليها، وفي وسائل الطعن المختلفة، وليس أدل على قوة هذا الضمان من أن الجهاز القضائي هو الضمان الأخير لفاعلية القواعد الموضوعية. كما أن الإجراءات وإن كانت وسيلة للقانون الموضوعي إلا أنها ليست الوسيلة الضرورية، فمثلاً عقد البيع ينشأ مجموعة من الحقوق والالتزامات على أطرافه، يترتب على الإخلال بها جزاءات موضوعية كالالتزام بالتعويض أو الفسخ، ويمكن بلوغها دون تطبيق القواعد الإجرائية.

كما أن بعض القواعد الاجرائية تطبق تطبيقاً مستقلاً عن القواعد الموضوعية، وهو ما يطلق عليها بالقواعد الاجرائية البحتة كالقاعدة المنظمة لإعلان صفح الدعاوى، والقواعد المتعلقة بسير الإجراءات ولتقضائها، والمتعلقة بعبور الضميمة، في كل ذلك لا تدخل القواعد الموضوعية عند تطبيق القواعد الإجرائية، في تفصيل ذلك انظر: د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ١٥٥ - ١٥٧ والمراجع المشار إليه.

د. نبيل عمر: أصول المحاكمات المدنية ص ٨.

بدون موضوع، وبدون القانون الإجرائي يفقد القانون الموضوعي عنصر الإلزام  
Contrainte اللازمة لقانونيته<sup>(١)</sup>.

والقاعدة الموضوعية لا تعالج هنا في ذاتها، وإنما من خلال القواعد الإجرائية،  
وفي حدودها الموضوعية والشخصية، ومن حيث يعتد بها القانون الإجرائي لترتيب  
آثار معينة، أي تعالج هنا في حدود القوالب الإجرائية، وهكذا ينبغي الرجوع إلى  
القواعد الإجرائية على حدة لتحديد هذه القوالب، وآثارها الإجرائية، كما ينبغي تطبيق  
القواعد الموضوعية على حدة على مضمون هذه القوالب<sup>(٢)</sup>.

ومن هنا كان التنظيم الإجرائي للقواعد الإجرائية قد تم تصميمه انطلاقاً من  
فكرة أساسية هي حماية الحقوق الموضوعية<sup>(٣)</sup>. وهي نفسها السياسة التشريعية عند  
تصميم الجزاء الإجرائي<sup>(٤)</sup> حيث استلهم المشرع غاية الإجراءات اتجاه الحق  
الموضوعي، هذه الإجراءات ترمى دائماً إلى إيصال الحق لصاحبه، عند التجهيل  
بمراكز هذا الحق<sup>(٥)</sup> عن طريق الدعوى<sup>(٦)</sup> بعيداً عن القصاص الخاص<sup>(٧)</sup> وما دامت  
الإجراءات تمثل وسيلة من وسائل تحقيق الحقوق والمراكز الموضوعية. فيجب ألا  
تكون هذه الوسيلة أداة فنية لإهدار تلك الحقوق<sup>(٨)</sup>. وإذا كانت الإجراءات توضع

(١) وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٥٤، د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ١٤ بند ٤.

(٢) د. وجدى راغب: ص ١٥٧، د. نبيل عمر: الوسيط ص ١٠ وما بعدها بند ٣.

(٣) د. نبيل عمر: الوسيط: الإشارة السابقة. عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ١١٩ بند ٩٢. الهدر الإجرائي ص ٤١ بند ١٩،  
ص ٦٠ بند ٢٩، د. إبراهيم نجيب سعد: ص ١٤ وما بعدها بند ٤.

(٤) انظر فيما يلي بند ٧٢.

(٥) د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ٧٥ - ٧٧، د. أحمد هندي زغول: أعمال القاضي ص ٢١ - ٤٦ بند ٩ - ٢٥.

(٦) والدعوى هي الوسيلة الإجرائية للحصول على حماية القانون للحق الموضوعي، سواء كان الشخص محقاً في دعواه أو  
على العكس غير محق في دعواه، مادة ٣٠ مرافعات فرنسي، والدعوى حق إرادي مستقل عن الحق الموضوعي الذي  
يحميه، سواء من حيث السبب أو المضمون. مضمون هذا الحق الإرادي الحصول على تطبيق القانون في حالة محددة،  
ومنح المدعى حماية قضائية معينة، فالدعوى بذلك وسيلة لمنح الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني، موضوعها  
إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانوني. انظر: د. على هيكال: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢١ وما بعدها بند ١٩ وما  
بعده.

ROUBIER: le droit et action distinction entre L'action, Contrefaçon et L'action en  
Concurrence de Layale. R. T. D. Civ. 1952. P. 161. TERRE: action en justice jur.  
Classd. Pr. Civ. 1987. Fasc. 125 - P. 2 - 6 - N. 4 - 33.

(٧) في منع العدالة الخاصة والدفاع الذاتي عن الحقوق الموضوعية. انظر: د. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١١٤، د.  
وجدى راغب: مبادئ: ٢٨ وما بعدها د. أيمن رمضان ص ١٧٠ وما بعدها.

(٨) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها بند ٨٥ -

بالتقدير اللازم لحماية الحق الموضوعي، وهي شيمة القانون الإجرائي<sup>(١)</sup>. فالجزاءات هي الأخرى بهدف حماية هذا الحق، لا بهدف إهداره<sup>(٢)</sup>.

#### ٧١- أثر فعالية الجزاء الإجرائي على الحقوق والمراكز الموضوعية:

يقصد بفعالية الجزاء الإجرائي<sup>(٣)</sup> عدم توليد الإجراء المعيب للآثار التي كان يولدها لو اتخذ مطابقاً لنموذجه القانوني. عدم المطابقة هذه تؤدي مباشرة إلى اختلاف الإجراء المتخذ عن الإجراء النموذجي للقاعدة القانونية الإجرائية، فنكون أمام إجراء آخر خلاف الذي حدده المشرع، وإزاء ذلك، فمن المنطقي القول بأن الآثار الإجرائية التي حددها المشرع لا تجد مجالاً لانطلاقها، أو عدم توليد الإجراء لآثاره هو الجزاء، والأخير يكون فعال في كل حالة لا ينطلق فيها الأثر لعدم مطابقة الإجراء الواقعي مع الإجراء النموذجي للقاعدة القانونية.

وفعالية الجزاء الإجرائي، يجب النظر إليها على مستويات ثلاث<sup>(٤)</sup> أولها: على العمل الإجرائي المعيب. وثانيها: على مستوى الإجراءات الأخرى التي تشترك مع الإجراء المعيب لإحداث أثر معين داخل مركز قانوني إجرائي معين. وثالثها: على مستوى المركز الموضوعي المتخذ الإجراءات لحمايته.

وفي فلك المستويات الثلاث، لو رفعت دعوى، وكان بها عيب ثانوي لا يجهل بأى عنصر من عناصرها. والقاعدة أنه بمجرد رفعها ترتب العديد من الآثار الإجرائية والموضوعية<sup>(٥)</sup>، ثم أعلنت هذه الصحيفة للخصم، وفي الجلسة المحددة لنظرها لم يحضر الخصوم، رغم سبق الإعلان لشخص المدعى عليه أو في موطنه، ولم تكن الدعوى صالحة للحكم فيها<sup>(٦)</sup>، عدم الحضور هذا يشكل عيب إجرائي<sup>(٧)</sup> وهو

(١) د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ص ٥١٠.  
(٢) د. نبيل عمر: الوسيط ص ١٢ بند ٣. دراسة في السياسة التشريعية ص ٧ وما بعدها بند ٤ وما بعده. عدم الفعالية ص ١١٩ بند ٩٢. الهدر الإجرائي ص ٣٩ بند ١٧. د. أيمن رمضان: ص ١٧٠.  
(٣) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء: ص ٩٢ بند ٧١، ص ٩٩ وما بعدها بند ٧٩.  
(٤) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ٩٣ وما بعدها بند ٧٤.  
(٥) في الآثار الإجرائية والموضوعية التي ترتب على مجرد رفع الدعوى: انظر د. أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها ص ١٢٥ وما بعدها. د. علي هيكل: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية ص ٣٤٦ وما بعدها بند ١٦٣.  
(٦) انظر فيما سبق ص ٢٢٥ حاشية ٣.  
(٧) انظر فيما سبق بند ٤ وما بعده.

واجب بالحضور<sup>(١)</sup> ويستتبع على مستوى الإجراء المعيب، إعمال جزاء معين، هو شطب الدعوى وفقاً للمادة ٨٢ مرافعات، أى استبعادها من جدول القضايا أمام المحكمة<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة للإجراءات الأخرى التى تشترك مع الإجراء المعيب، ووفقاً لوحدة النظام الإجرائى ولذات المثال السابق، إذا استمرت الدعوى مشطوبة ستين يوماً، دون طلب أحد الخصوم السير فيها، فأنها تعتبر كأن لم تكن مادة ٨٢ مرافعات<sup>(٣)</sup> إذا تمسك به صاحب المصلحة وقبل التعرض للموضوع<sup>(٤)</sup> مما يترتب على ذلك زوال كافة الآثار التى تولدت من مجرد رفع الدعوى<sup>(٥)</sup>.

أما بالنسبة للمركز الموضوعى، والتى اتخذت الإجراءات بهدف حمايته قضائياً، فإن اعتبار الدعوى كأن لم تكن، قد يؤدى إلى زوال الحق الموضوعى، ذلك فى الأحوال التى تتوافر فيها أحد أسباب انقضائه كالتقادم مثلاً<sup>(٦)</sup>.

(١) فالحضور واجب يفرضه القانون على الخصم وإلا تعرضت الخصومة للركود، ولذلك يعد الحضور إجراء من إجراءات سير الخصومة. انظر د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١٤ وما بعدها بند ٦. ص ١٥٩ بند ٥٣.

(٢) فكل ما يرتبه الشطب مجرد وقف نظر الدعوى، أى إبعادها من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة، فهو يشبه وقف سير الخصومة، وقطع تسلسل جلساتها د. أحمد هندی: شطب الدعوى ص ١١ وما بعدها بند ٤. د. محمود هاشم: اعتبار الدعوى كأن لم تكن ص ٣٤ بند ١٦.

فى تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٦/٥/١٣ طعن رقم ٢٦٤ لسنة ٧٤ ق، "أحوال شخصية" نقض ٢٠٠٣/٦/٢٤، طعن رقم ٣٢٩٢ لسنة ٦٥ ق، مجموعة الأحكام السنة ٥٤ ص ١٠٤٤، نقض ١٩٩٧/١/٥ طعن ١٠٤٠ لسنة ١٠٤٠ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٨٤. نقض ١٩٩٤/٧/٧ طعن ٧٨٦٦ لسنة ٦٣ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج ٢ ص ١١٧٥. نقض ١٩٩٤/٤/٢٧ طعن ٢٠٥٠ لسنة ٥٧ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٧٦٩. نقض ١٩٩١/٧/٢٩ طعن ٦٠٨ لسنة ٥٦ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ج ٢ ص ١٤٩٤.

(٣) انظر المراجع المشار إليها ص ٢٣٦ حاشية ١.

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٩/٣/٢٣ طعن رقم ٨١٦ لسنة ٦٨ ق، نقض ٢٠٠٦/١/٢٥ طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٦٥ ق، نقض ٢٠٠٤/٥/٩ طعن ٥٩٥٦ لسنة ٦٤ ق، مجموعة الأحكام، السنة ٥٥ ص ٥٠٣. نقض ٢٠٠٠/٦/٢٠ طعن ٢٨٢٦ لسنة ٦٩ ق نقض ١٩٩٧/١/٥ طعن ١٠٤٠ لسنة ٦٠ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ق ص ٨٤. نقض ١٩٩٧/١١/١٥ طعن ٤٤٢٤ لسنة ٦١ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ق ص ١٢٤٥، نقض ١٩٩٤/٤/٢٧ طعن ٢٠٥٠ لسنة ٥٧ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٧٦٩.

(٤) نقض ١٩٩٣/٤/٢٧ طعن ٢٣٦٩ لسنة ٥٦ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ج ٢ ص ٢٤٠. نقض ١٩٩٣/٤/١٨ طعن ٧٢٥ لسنة ٥٨ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ج ٢ ص ١٤٧.

(٥) نقض ١٩٩٣/٤/٢١ طعن ٤٨١٠ لسنة ٦٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ج ٢ ص ١٧٩.

(٦) متى أكتملت مدة تقادم الحق وتمسك به المدين، فإن الإلتزام ينقضى، ولا يستطيع الدائن إلزام المدين بالوفاء به، ويترتب على سقوط الدين بالتقادم سقوط ضماناته الشخصية كالكفالة، والعينية كالرهن والإمتياز والاختصاص، وتسقط مع الدين كذلك فوائده وملحقاته، حتى ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات، فهى تسقط تبعاً لسقوط الدين الأصلي. فى آثار التقادم انظر: د. محمد حسين منصور: أحكام الإلتزام ص ٥٩١ وما بعدها. د. رمضان أبو السعود: أحكام الإلتزام ص ٤٢٧ وما بعدها.

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٢/١١/٢٨ طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٧ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٣ ص ١٠٥٩. نقض ١٩٧٦/١١/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ١٥٧٩.

ومبرر النظر إلى المستويات الثلاث السالفة، بصدد فاعلية الجزاء الإجرائي، هو وحدة النظام الإجرائي من ناحية، والوحدة الوظيفية للقانونين الإجرائي والموضوعي من ناحية أخرى. ووحدة النظام الإجرائي، فهذا لكون العمل الإجرائي لا يعيش عيشة مستقلة، بل هو يحيا في مجموعة من الإجراءات يتجه معها إلى تحقيق غاية معينة<sup>(١)</sup> ووجود العضو في الجماعة يؤدي إلى التأثير بها والتأثير فيها، وكذلك العمل الإجرائي، ولهذا فإن صحة هذا العمل تتأثر بالعيب الإجرائي في عمل آخر، كما أن هذا العيب قد يؤدي إلى التأثير في الأعمال الأخرى، التي تشترك معه في تكوين الخصومة<sup>(٢)</sup> وفي النهاية يدفع المقابل الحق الموضوعي<sup>(٣)</sup> لوحدة الدور الوظيفي في القانونين الموضوعي والإجرائي<sup>(٤)</sup> ذلك أن الحق الموضوعي ينشأ كأثر للقانون الموضوعي<sup>(٥)</sup> والأخير موضوع القانون الإجرائي<sup>(٦)</sup>. وعند تعيب الإجراءات التي يتخذها القانون الإجرائي لحماية الحق الموضوعي، ويتولد عن هذه العيوب آثارها ممثلة في الجزاء الإجرائي، وحتماً فعالية هذا الجزاء تؤثر على المراكز القانونية الموضوعية التي اتخذت هذه الإجراءات لحمايتها قضائياً أو تنفيذياً.

وبيان ذلك، القاعدة أن العمل الإجرائي المعيب لا يؤثر في صحة الأعمال الإجرائية السابقة عليه، ولكن يؤثر في الأعمال اللاحقة المرتبطة به، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٢٤/٢ مرافعات. فعالية الجزاء الإجرائي وإن كانت لا تؤثر في صحة الأعمال السابقة عليه<sup>(٧)</sup> غاية الأمر أنه يجعل هذه

- (١) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٣٦٥ وما بعدها مبادئ ص ٣٦٣ وما بعدها.  
د. فتحي والى، أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان: ص ١٠٣ وما بعدها بند ٤٦. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي: ص ١٠٢ وما بعدها بند ٨١. الوسيط في قانون المرافعات ص ١٤ وما بعدها بند ٦.
- (٢) هذه المشكلة ليس لها مثيل في فقه القانون المدني، لأنها مشكلة تملئها الطبيعة الخاصة للعمل الإجرائي كعمل غير مستقل، ولهذا فإن هذه المشكلة لن تشغل فقه القانون المدني، ولذا لم يقدم عون بشأنها للفقه الإجرائي. د. فتحي والى، أحمد ماهر زغول: المرجع السابق ص ٨٤٠٩ بند ٤٤٧.
- (٣) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٠٠ بند ٧٩.
- (٤) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ١٥٤.
- (٥) د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٥٦.
- (٦) انظر فيما سبق بند ٧٠.
- (٧) قارن: حيث يرى البعض أن الجزاء الإجرائي قد يطيح بإجراء سابق تم صحيحاً مع جميع الوجوه وما ذلك إلا نتيجة طبيعية لتعدى أثر الجزاء من الإجراء المعيب التالي لإجراء سابق تم اتخاذه صحيحاً، ومبرر ذلك وحدة النظام الإجرائي. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ٩٨ بند ٧٨.
- ولكن هذا القول يخلط بين الجزاء وعدم النفاذ. فالعمل يعتبر صحيحاً متى توافرت فيه مقتضيات النموذج الذي رسمه القانون له، ويعتبر بهذا صالحاً لإنتاج الآثار التي رتبها القانون عليه، فإذا تداخلت واقعة لاحقة وحالت دون إنتاج العمل

الأعمال وأن تمت صحيحة غير ذى فائدة فى الخصومة التى تمت فيها<sup>(١)</sup>. وإنما تؤثر هذه الفعالية وبصورة واضحة على الأعمال أو المراكز الإجرائية التالية للإجراء المعيب، متى كانت هذه الأعمال أو تلك المراكز مرتبطة ارتباطاً قانونياً بهذا الإجراء المعيب. والإرتباط القانونى<sup>(٢)</sup> هو الذى يجعل العمل السابق مفترضاً قانونياً لصحة العمل أو الأعمال اللاحقة داخل ذات التنظيم القانونى الإجرائى الذى يلعب الإجراء محل الاعتبار دوراً فيه.

فإعلان السند التنفيذى، وتكليف المدين بالوفاء أمراً ضرورياً يتعين اتخاذه قبل البدء فى التنفيذ كمقدمات للتنفيذ مادة ٢٨١/١ مرافعات، فإذا قام معاون التنفيذ بإجراءات التنفيذ دون أن تكون هذه المقدمات قد تمت وقعت هذه الإجراءات باطلة، وتمسك المنفذ ضده ببطلان الإعلان<sup>(٣)</sup> وحكم برد وبطلان إعلان السند التنفيذى، فإن الإعلان يعتبر كأن لم يكن، ويبطل التنفيذ كله باعتباره إجراءً مترتباً على الإعلان<sup>(٤)</sup>.

لائحه القانونية كلها أو بعضها، فإن هذه الواقعة وإن حالت دون نفاذ العمل إلا أنها لا تؤثر فى صحته. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول نظرية البطلان ص ٨٤٧ بند ٤٥٤. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٧٥٩ بند ٣٠٣. د. أحمد هندى التعليق ج ١ ص ٥٢٥ مادة ٢٤. د. أحمد مليجى: التعليق ج ١ ص ٧٣٨ مادة ٢٤. (١) فالأعمال الإجرائية، إنما تكون ذات فائدة بالمشاركة فى إيصال الخصومة إلى نهايتها الطبيعية، بصدر حكم فى الموضوع ينهى النزاع، فإذا كان الحكم المنهى للخصومة مثلاً باطلاً، فإنه يترتب على هذا البطلان ألا تكون الأعمال السابقة - وإن تمت صحيحة - قد قامت بوظيفتها كاملة، فيكون من الخطأ القول بأن هذه الأعمال باطلة. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٨ بند ٢٧٥. د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٥٩ بند ٣٠٣. د. أحمد هندى: أصول: ص ٨٨٨ بند ٢٧٥. التعليق ص ٥٢٥ مادة ٢٤.

Morel: op. cit. P. 331 N 412 Solus et Perrot: op. cit. T. I. P. 290 N 412. ويبنى على ذلك، أن بطلان إعلان صحيفة الدعوى، لا يبطل الصحيفة ذاتها، بل يجوز إعادة إعلان نفس الصحيفة بشرط أن يتم الإعلان فى الميعاد. راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالى. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٤/١/١٧ طعون أرقام ت ٦١١، ٦١٥٨، ٦٣٠٩ لسنة ٦٢٢ لسنة ٤٥ ص ١٨٠. نقض ١٩٩٣/٢/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٨٢٦.

(٢) فى معنى الارتباط القانونى، ومتى يكون العمل اللاحق مستقلاً عن العمل السابق، ومتى يكون مرتبطاً به، وتطبيقاته: انظر: د. فتحى والى، أحمد ماهر زغول: المرجع السابق ص ٨٤٨ - ٨٥١ بند ٣٥٦. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٩ بند ٢٥٥. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧١٤ بند ٣٩٩. د. أحمد هندى: أصول: الإشارة السابقة. د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة. د. أحمد مليجى: التعليق ج ١ ص ٧٤٠ مادة ٢٤.

Morel. Préc. Solus et Perrot: Préc. نقض ١٩٦٦/٤/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٩٢٩.

(٣) ولا يغير من ذلك القول بتحقيق الغاية من الإعلان بعلم المنفذ ضده بالسند التنفيذى، لأن الغاية من الإجراء لا تحقق إلا بالطريق الذى رسمته المادة ١/٢٨١ مرافعات: انظر د. على هيك: أصول التنفيذ الجبرى فى قانون الإجراءات المدنية والتجارية العملى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ٢٢٦ بند ١٢٢ وللحكم المشار لديه نقض ١٩٩٥/٧/١٣ طعن ٢٣٦ لسنة ٥٥، ٨٣٢ لسنة ٥٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٩٨١.

فوفقاً لهذا المثال، امتدت فعالية الجزاء الإجرائى من مقدمات التنفيذ إلى إجراءات الحجز، وإذا فرض وتم البيع أمكن إبطال هذا البيع حتى ولو كان صحيحاً فى ذاته، نظراً لابتثائه على إجراءات معيبة، هى مقدمات التنفيذ، جزاء إجرائى متعدى الأثر، يمتد إلى إجراءات تالية تمت فى ذاتها صحيحة، فيؤدى إلى زوال آثارها. وتعدى أثر الجزاء الإجرائى إلى إجراءات تالية مرجعه هو وحدة النظام الإجرائى الذى يعمل بداخله الإجراء المعيب، والإجراءات التالية، والتي أمتد إليها أثر الجزاء الذى تم توقيعه على إجراء سابق<sup>(١)</sup>.

كما تمتد فعالية الجزاء الإجرائى، وبصورة تبلغ الكلفة منتهاها، بالنظر إلى تأثيره على المراكز الموضوعية ذاتها. فالحق الذى كانت قد انقطعت مدة تقادمه، يعتبر هذا التقادم وكأنه لم ينقطع<sup>(٢)</sup>. فإذا كانت المدة المتبقية لاكتمال هذا التقادم تعادل أو تقل عن المدة التى استمرت فيها إجراءات التنفيذ قائمة، فإن بطلان إجراءات التنفيذ تؤدى إلى اعتبار التقادم وكأنه لم ينقطع، ومن ثم تكتمل مدته، ويسقط الحق الموضوعى بالتقادم، ففعالية الجزاء الإجرائى أمتدت إلى الحق الموضوعى وأدى إلى ضياعه.

والأمثلة على ذلك لا تقع تحت حصر، اشتراط بيانات متعددة فى صحف دعاوى أو الطعون وترتيب الجزاء الإجرائى على مخالفة ذلك، يؤدى إلى إهدار العمل المخالف، وما بنى عليه من أعمال صحيحة، فتضيع الإجراءات، وقد يتأثر الحق الموضوعى<sup>(٣)</sup> نتيجة فوات ميعاد رفع الدعوى أو الطعن، وبالتالي يسقط الحق فيهما، ولا يجوز للمتقاضى اللجوء إلى أى منهما.

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٩٧ وما بعدها بند ٧٨. الهدر الإجرائى ص ٣٩ بند ١٨. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٧/٥/١٧ طعن ٦٩٨ لسنة ٤٢ ق السنة ٣٨ ج ١ ص ٥١٧، نقض ١٩٧٦/١١/٢٢ طعن ٦٢٤ لسنة ٤٣ ق أصد هندی: التعليق ج ١ ص ٥١٧.

(٢) نقض ١٩٧٥/٥/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ١٠١٧. نقض ١٩٥٥/٥/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٦ ص ١١٧٨. (٣) د. نبيل عمر: الوسيط: ص ٢٠ بند ٨. عدم فعالية الجزاء ص ١٢٠ وما بعدها بند ٩٢. الهدر الإجرائى ص ٤٠ بند ١٨ سقوط وتصاعد وتحول المراكز ص ١٨ وما بعدها بند ١٢. د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٦٢ بند ٤٢٦. د. إبراهيم نجيب سعد ص ٢٦٠ بند ٢٠٣. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٨٥١ بند ٤٥٧. د. أيمن رمضان: ص ١٦٨

Solus et Perrot: op. cit. P. 365 N 396 Vincent et Guinchard: op. cit. P. 486. N 713 Tomasin: Préc. P. 13 N 50.

فالجاء الإرائى ىنعكس على الحق الموضوعى؁ وتسحب المراكز الإءرائىة المتساقطة فى طرىقها مراكز موضوعىة جءءرة بالرعاىة. فصحف الءءاوى أو الطعون الئى اسئمرئ رءحاً طوئلاً من الزمان أمام المءاكم؁ وتمئ المسك قبل قفل باب المرافعة ببطلان صحىفة الءءوى أو الطعن لأى سبب كان. فإءا حكم بالبطلان؁ وزال ما زال من الإءراءات والآئار الموضوعىة؁ واءءبرئئءاى السارى على أصل الحق وكأئنه لم ىنقئع؁ فإءا جمع إله مءة قىام الخصومة وتمئئءاى؁ فإئ الحق ذائنه ىزول. والقاضى<sup>(١)</sup> ىئولى ئقءبر كل ذلك وئكىفه.

وئربئباً على ذلك؁ ىمكن القول؁ مئى كانت السىاسة الئى ىعئفئها المشرع الإءرائى فى إعمال الجءاء مئئءءة؁ على نحو ىقع الجءاء على المءالفات الإءرائىة مئما كان حجمها أو شكلها وآئارها؁ أءى الجءاء وفقاً لذلك إله ضىاع الحق الموضوعى؁ وءم فعالىة قواعدہ القانونىة؁ وإءءار الإءراءات الئى ائءذئء لءماىئه؁ والوقت والنقءات الئى بذئئ فى هذا السبىل<sup>(٢)</sup>.

## ٧٢- ائءر الإءفاء من الجءاء الإءرائى رغم بقاء العىب على الءقوق

والمراكز الموضوعىة: الإءفاء من الجءاء رغم بقاء العىب؁ هو بقاء الإءراء المعىب ءون إئئاج آئار العىب؁ بل ىئئج الإءراء آئار الإءراء الصءىء ومن وقت ائءاءه؁ لا من وقت ئءقق واقعة الإءفاء. فرغم كون العمل الإءرائى معىباً بعبى ىؤءى إله ءم مطابئئه مع النموذج القانونى الخاص به. ومع ذلك ىولد جمىع الآئار المءءءة فى القاعدة القانونىة الإءرائىة الئى ئءءء شروط مطابئة الإءراء المئءذ وفقاً لها.

هذا العىب - وكما قلنا فى موضع سابق - قء ئصىر بمقئضاه الخصومة معىبة بقوة القانون وعبء مطابئة لنموذجها القانونى. وقء ئكون معىبة وءون أن ىئص القانون على ئعبىها بقوة القانون. ومئال الأولى؁ أهمل السىر فى الخصومة بفعل المءءى أو امئئاعه؁ واسئمر الإهمال لمءة سئة أشهر من ئارىء آءر إءراء صءىء فئسقط

(١) انظر فىما سبىق بئء ١٢.

(٢) ء. ئبىل عمر: الءءر الإءرائى: ص ٢٩ وما بعءها بئء ١٨.

الخصومة. وكذلك حالة انقطاعها، أو انقضائها بمضى المدة. وبالتالي يجب متى توافرت مقومات أيًا من السقوط أو الانقطاع أو التقادم، إلا تولد الخصومة برمتها الآثار التي كانت تولدها لو لم تكن معيبة، وهذا هو الجزاء الإجرائي.

ومثال حالة تعيب الإجراءات دون أن ينص القانون على تعييبها بقوة القانون، بطلان صحيفة الدعوى لرفعها على خصم وفقاً لأهليته الظاهرة، أو اتخذت الإجراءات في مواجهة أو من ممثله الظاهر، أو لصفته الظاهرة أو لجنسيته الظاهرة؛ أو لكونه وفي بالدين للدائن الظاهر، أو أحوال جواز اعتبار الخصومة كأن لم تكن ... الخ.

وفي الحالتين، سواء كانت الإجراءات معيبة بقوة القانون، أو معيبة دون أن ينص القانون على تعييبها بقوة القانون، النتيجة واحدة، وهي لا يولد العيب أثره السلبي، الجزاء إلا إذا صدر حكم تقيري يقرره<sup>(١)</sup>. والمحكمة لا يمكنها بحال أن تقرر ذلك إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة في أعمال الجزاء، فإذا لم يتمسك به صاحب المصلحة، أو نزل عنه، أو تحققت واقعة من الوقائع المسقطة للحق في التمسك بالجزاء بقوة القانون، بمعنى لم يثار العيب الإجرائي، ومن ثم لم يصدر حكم يقرر العيب لعدم إثارته، بقي الإجراء المعيب بعينه دون تصحيح أو إضافة، ودون أن يقوى الجزاء على إزالته وفوق كل ذلك يترتب كافة آثار الإجراء الصحيح.

(١) وحتى في الأحوال التي يتعلق العيب الإجرائي فيها بالنظام العام، فلا ينفي ذلك ضرورة صدور حكم يقرر تعيب الإجراء، وبالتالي عدم إنتاجه لآثاره. كل ما في الأمر في مثل هذه الحالات التي يتعلق فيها العيب بالنظام العام، هو أن رخصة إثارة العيب تنبثق دائرتها، فيجوز لكل ذي مصلحة، كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها إثارة العيب، وإصدار الحكم التقيري بمبادرة منها. وبالتالي يقرر العيب ويتولد عنه أثره السلبي. انظر: د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٢٣ بند ٩٥. د. فحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٥٦٤ وما بعدها بند ٣٢٠ وما بعده.

وانظر في المنكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالي. وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٠/١١/٢٧ طعن ٥٧٥ لسنة ١٣٦٦ ق - أحوال شخصية. نقض ١٩٩٧/١١/٢٤ طعن ١٥٧٠ لسنة ١٣٦٠ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ج ٢ ص ١٣٠٤. نقض ١٩٩٦/٦/١٢ طعن ٣٥٥ / ٦٥ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ج ٢ ص ٩٥٤. نقض ١٩٩٦/٥/١٦ طعن ٢١٩٥ لسنة ١٣٦٥ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٨٢٣. نقض ١٩٩٦/٤/١١ طعن ١٦٤٨ لسنة ١٣٦٥ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٦٤٧. نقض ١٩٨٢/٢/٢٢ طعن ٥٨٩ لسنة ١٣٤٤ ق. نقض ١٩٨٢/٢/٦ طعن ١٨٣٣ لسنة ١٣٥٠ ق.

Coss. Civ. 21 Juill. 1986. Bull. Civ. 1986. V. N 132. Com. 23 Janv 1990 Bull. Civ. 1986. V. N. 132. Com. 23 Janv. 1990 Bull. Civ. 1990 - N 22. Civ. 13 Janv. 1993. Som. 181. obs. Jullien. Bull. Civ. 1993. 11. N 15.

وبقاء الإجراء المعيب، وإنتاجه كافة آثار الإجراء الصحيح، سوف يؤثر تأثيراً إيجابياً على المراكز الموضوعية<sup>(١)</sup>. فيغض النظر عن العيب وتستمر الآثار الخاصة بالإجراء، وكان من لزوم ذلك بقاء المراكز الموضوعية، لأن الإجراءات لا تتخذ لذاتها، بل لحماية الحق الموضوعي حماية موضوعية أو وقتية، لأن الأخيرة<sup>(٢)</sup> تتخذ انتظاراً لصدور الحكم الحاسم لأصل الحق، مع الاحتفاظ بالحق الموضوعي حتى ينتج الحكم الذي سوف يصدر أثره بالنسبة إليه.

وفى حالة تعيب الإجراءات بقوة القانون نتيجة توافر مفترضات سقوط الخصومة أو انقطاعها أو تقادمها، ولم يتمسك الخصم صاحب المصلحة بهذا، أو ذلك أو تلك أو تنازل هذا الخصم صراحةً أو ضمناً عن التمسك بالحق في سقوط الخصومة<sup>(٣)</sup>. أو عن انقطاعها<sup>(٤)</sup> أو عن تقادمها<sup>(٥)</sup>. وعجلت الدعوى من السقوط من جانب أحد الخصوم قبل مضي ستة أشهر<sup>(٦)</sup> أو من قبل القاصر أو الغائب بعد زوال صفة من يمثلهم بقيام الدعوى المرفوعة من أو على مورثهم، أو قاموا بأى نشاط إجرائي يقصد به الاستمرار في سير الخصومة<sup>(٧)</sup>. أو حضور الخصوم وعجلوا الخصومة التي توافرت بالنسبة لها مفترضات التقادم ووالوا إجراءات السير فيها مسقطين بذلك حقهم في التمسك بالتقادم<sup>(٨)</sup>. فعلى الرغم من تعيب الخصومة تستمر في توليد آثارها الإجرائية والموضوعية.

- (١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ١٢٣ بند ٩٥. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز ص ١٩ بند ١٢. الارتباط الإجرائي ص ٢٠٢ وما بعدها بند ١٥٦.
- (٢) د. وجدى راغب: نحر فكرة عامة للقضاء الوقتي ص ٢٤٥ وما بعدها.
- (٣) وصاحب المصلحة يملك التنازل عن سقوط الخصومة صراحةً أو ضمناً، بأن يصدر عنه ما يستفاد على وجه القطع واليقين أنه يعتبر الخصومة قائمة منتجة لآثارها، = ويدل قبوله ورضاه ورغبته في متابعة السير في الدعوى والتعرض لموضوع النزاع. نقض ١٩٧٩/٥/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ج ٢ ص ٣٧٣.
- (٤) نقض ١٩٥٥/٣/١٠ طعن ٢١٣ لسنة ٢١ ق الموسوعة الذهبية ج ٢ ص ١٩٢ رقم ٤١١ د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦٦٠.
- (٥) د. نبيل عمر: الوسيط ص ٥٣٣ بند ٤١٥.
- (٦) كأن يقوم أحد الخصوم بإعلان الخصم الآخر باستئناف الخصومة أو قيام ورثة أحد الخصوم بإعلان الخصم الآخر باستئناف السير في الدعوى نقض ١٩٨١/١٢/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٢٢٩٩. شريطة أن يكون الإجراء الذي تم به تعجيل الخصومة من السقوط إجراءً صحيحاً فإذا كان باطلاً، فإنه لا يحول دون سقوط الخصومة، حيث لا يقطع منته. نقض ١٩٣٥/٦/٦ مجموعة عمر ١ ص ٨٥٢.
- (٧) د. إبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ١٢٩ بند ٣٤٨.
- (٨) د. نبيل عمر: الوسيط ص ٥٣٤ بند ٤١٥.

وحيث تستمر الخصومة في توليد كافة آثارها الإجرائية والموضوعية، وتسعى لبلوغ غايتها، فالحق الموضوعي لا يستأنف مدة تقادمه، ولا يسقط أى مركز قانونى موضوعى، وتستمر الفوائد سارية، وتورث الحقوق. ويستمر الاختصاص فينعتد للمحكمة، ويستمر التزام القاضى بالفصل فى الدعوى قائماً، وتستمر الإجراءات قائمة.

وفى حالة تعيب الإجراءات دون أن ينص القانون على تعييبها بقوة القانون - ولنفس المثال السابق - ولم يتمسك القاصر ببطلان التصرف الذى أخفى نقص أهليته على من تعامل معه الغير حسن النية، وكذلك لم يتمسك هو أو الخصم الآخر ببطلان الإجراءات الصادرة من الممثل القانونى أو فى مواجهته عند زوال صفته فى التقاضى لبلوغ القاصر سن الرشد دون تغيير صفة النيابة. وأيضاً لم يتمسك الخصم ببطلان التصرفات الصادرة منه خارج حدود وكالته أو بعد انتهائها. كما لم يتمسك ببطلان التصرفات الصادرة منه وفقاً لجنسيته الظاهرة وليست الحقيقية.

وطالما لم يتمسك الخصم بالعيب، أو نزل عن الحق فى التمسك بالجزاء صراحةً أو ضمناً، أو سقط حقه فى التمسك به، فلا يصدر حكم يقرر العيب الإجرائى، وعدم صدور ذلك، يبقى على العيب الإجرائى وتستمر الخصومة مرتبة لكافة آثارها الإجرائية والموضوعية، مما تؤثر تأثيراً إيجابياً فى المراكز الموضوعية، فتنتج آثارها فى مواجهة من صدرت منه وفقاً لوضعه الفعلى أو الظاهر، وكذلك فى مواجهة صاحب المركز القانونى أو الحقيقى. وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(١)</sup> بإلزام ناقص الأهلية الذى استخدم طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته بتنفيذ التزاماته اتجاه الخصم حسن النية<sup>(٢)</sup>. وقضى<sup>(١)</sup> بأن الممثل القانونى يحتفظ بصفته فى

(١) انظر فيما سبق الأحكام المشار إليها ص ٢٥٦ حاشية ١.  
(٢) بأنه "مفاد نص المادة ١١٩ منى أنه إذا لجا ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته، فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص فى الأهلية إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للغش الذى صدر منه عملاً بقواعد المسؤولية التصبيرية" نقض ١٩٧٠/٣/٣ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٣٩٦ رقم ٦٤. "أى أنه يقوم بتنفيذ التزاماته تنفيذاً جبرياً بعد أن رفض الوفاء بها اختياراً"

Pep. 15 Nov. 1898. D. 1899. 1 - 439. Rep. 21 Mars. 1899. D. 1899. 1. 192.  
مشار لذلك لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٩٥ وما بعدها.

التقاضى بناء على رضا الخصم الذى بلغ سن الرشد، ويصبح هذا الممثل نائباً انقائياً بعد أن كان نائباً قانونياً، وما صدر فى الدعوى بناء على ما اتخذ الممثل ينفذ فى مواجهة القاصر الذى بلغ سن الرشد. وقضى<sup>(٢)</sup> بإلزام الوكيل الذى تجاوز حدود وكالته أو انتهت بتنفيذ التزاماته تجاه الغير حسن النية. وقضى<sup>(٣)</sup> بصحة الأعمال والتصرفات ونفاذها التى تمت من الخصم صاحب الوضع غير الحقيقى وفقاً لجنسيته الظاهرة أو صفته الظاهرة<sup>(٤)</sup> وأيضاً نفاذ هذه الأعمال وتلك التصرفات فى مواجهة صاحب المركز الحقيقى<sup>(٥)</sup>.

(١) "عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل، بحيث يكون اسم الموكل مستتراً، ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو المدين بها للغير، أما فى علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهى تقوم على الوكالة المستترة تطبيقاً لقواعد الصورية التى تستلزم أعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بينهما" نقض ١٩٨٤/٤/٢٨ قضاء النقض ج ٢ المجلد الثانى طبعة ٣ رقم ٢٨٩١ ص ١٥١٢ نقض ١٩٩١/٥/٢٢ قضاء النقض المرجع السابق رقم ٣٩٠٢ ص ١٥١٥ د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ٢٠٤ وما بعدها. د. عنان إبراهيم السرحان: المرجع السابق ص ١٦٧ وما بعدها.

(٢) فالشخص الذى يمارس التجارة باسمه، ويظهر أمام الناس، كما لو كان التاجر الحقيقى، ويتعامل مع الناس بحسن نية على هذا الوضع الذى ظهر به أمامهم، يعد هذا الشخص تاجر ويلتزم بتنفيذ العقود التى يبرمها مع الغير، بحيث إذا لم يتم تنفيذها اختياراً أجبر على ذلك عن طريق شهر إفلاسه لتوقفه عن دفعه ديونه التجارية، وعدم تنفيذه لالتزاماته المترتبة على تعاملاته، وهو ما أعتده المشرع المصرى وفقاً للمادة ١٨ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "ثبتت صفة التاجر لكل من احتترف التجارة باسم مستعاراً ومستتراً وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر" انظر فيما سبق بند ١٩ وما بعده.

(٣) اعتمد القضاء الفرنسى فى القضية المعروفة بقضية (مارتيللى) ضد السيدة بن خليفة، وتعلق وقائع هذه القضية بصحة تطبيق وانحلال رابطة زوجية بين زوج إيطالى وسيدة تونسية اكتسبت الجنسية الإيطالية بموجب الزواج دون أن تفقد جنسيتها التونسية، فكان من الواجب على قضاء محكمة باريس الكلية أن يعقد القانون الشخصى الذى يخضع له إبرام الزواج وانحلاله وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية، وهو قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو قانون الموطن المشترك لما إذا اختلفت جنسيتهم، وقد انتهى قضاء الموضوع فى الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٣/١٨ إلى عدم صحة التطبيق الذى وقع بين الزوجين واعتبار رابطة الزوجية ما زالت قائمة وفقاً للقانون الإيطالى، وهو قانون الجنسية الإيطالية، وأن الجنسية التونسية غير معتبرة فى هذا الخصوص، فقد جاء بالحكم "أن تحديد القاضى الفرنسى للجنسية الأجنبية التى يتنازعها قانونان أجنبيان هى مسألة واقعة، ويجب بالتالى بحث الجنسية الواقعية للشخص المعنى، أى هل ينصرف فى الواقع كوطنى لهذا أو تلك من الدول التى تتنازع، وحيث أنه فى تلك القضية يجدر ملاحظة أن "السيدة بن خليفة" التونسية تحوز جواز سفر إيطالى عليه العديد من التأشيرات التونسية، وأنه يظهر أن تونس تعاملها واقعياً كأجنبية بالإضافة إلى ذلك فأنها لا تسكن فى ذلك البلد - تونس - مكنتية بالقيام ببعض الإقامة الموقته أحياناً، وأنه تم قيد زواجها عام ١٩٤٠ فى سجلات الحالة المدنية الإيطالية، لذلك فإن الجنسية الفعلية للمدعى عليها هى الجنسية الإيطالية، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم من خلال حكمها فى ١٩٧٤/٥/١٥ عند الطعن بالنقض فى الحكم السابق، فأيدت ما ذهب إليه قضاء الموضوع من أعمال معيار الجنسية الظاهرة، وما يترتب عليها من التزامات مشار إليه لدى د. أحمد عبد الكريم سلامة: المسبوط فى شرح قانون الجنسية ١٩٩٣ دار النهضة العربية ص ٢٢٥ - ٢٢٦.

(٤) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقى، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة" نقض ١٩٧١/١١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٩٥٩ نقض ١٩٨١/١٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ١٩ رقم ١٥ ص ٩٠ د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٩٧ وما بعدها بند ١٩٣ وما بعده.

(٥) د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاء ص ١٢٥ وما بعدها بند ٩٨. الدفع بعدم قبول الدعوى ص ٢٣٩ وما بعدها بند ١٥٠. إعلان الأوراق القضائية ص ١٨٦ وما بعدها بند ١٠٩ وما بعده أصول قانون المرافعات ص ٩٦٣ وما بعدها بند ٨٧. وما بعدها. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧ وما بعدها بند ٤ وما بعده. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز القانونية ص ١٨ وما بعدها بند ١٢. وما بعده. الهدر الإجرائى ص ٣٨ - ٤٥ بند ١٧ وما بعده، أصول المحاكمات المدنية ص ٣٤٠ وما بعدها بند ٢٠٦ والمرجع المشار إليه. وتطبيقاً لذلك قضى "براءة ذمة المدين حسن النية الموفى

وفى كل ذلك كان الإبقاء على الإجراءات المعيبة هو الذى حمى المراكز الموضوعية. هذا الإبقاء مقصود من جانب المشرع لأنه ما وضع القواعد الإجرائية إلا بقصد حماية الحقوق والمراكز الموضوعية، حتى ولو كانت هذه القواعد معيبة من حيث الشكل متى حققت الغايات المقصودة منها.

٧٣- والأفكار التى يلجأ إليها المشرع للإبقاء على الإجراءات المعيبة، وتوليدها لآثار الإجراء الصحيح، وكما يرى البعض<sup>(١)</sup> - وبحق - يعد نوع من الصياغة الغامضة لبعض الأفكار التى استخدمها المشرع، وهى فكرة معرفة فى فلسفة القانون<sup>(٢)</sup> ومقتضاها أن المشرع إزاء جمود أو غموض بعض الوقائع أو الأفكار أو النظم القانونية، وإزاء الرغبة فى تحقيق أهداف يراها المشرع جديرة بالحماية يستخدم صياغة لأفكاره بها قدر من الغموض بحيث تختلف حولها الآراء الفقهية تمهيداً لمرحلة متقدمة يصوغ فيها هذه الأفكار بشكل أكثر تحديداً.

٧٤- ولقد ساهم الفقه الإجرائى فى دعم نظر المشرع إلى الجزاء الإجرائى وخطورته على القواعد الموضوعية وتمشياً مع منطق السياسة التشريعية ابتدع الفقه أفكار ونظريات وسائل فنية للتقليل من هذه الخطورة، ومن هذه الأفكار الأصل<sup>(٣)</sup> فى الإجراءات أنها قد روعيت وعلى من يدعى خلاف ذلك - تعيب الإجراء - إقامة الدليل على ما يدعيه. وفكرة تكافؤ البيانات<sup>(٤)</sup> والتكامل الوظيفى للإجراءات<sup>(٥)</sup> والإجراءات الموازية<sup>(٦)</sup>. وفكرة الافتراض<sup>(٧)</sup> والوضع الظاهر<sup>(٨)</sup> والتوقى من الهدر الإجرائى<sup>(٩)</sup> والدور المساهم للإرادة الفردية لوضع بعض قواعد القانون الإجرائى

للدائن الظاهر عند جهله بشخص الدائن الحقيقى". طعن رقم ٣٩٠٤ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠٠٦/٢/١٤ المحاماة ٢٠٠٧ ع ٥، ٦ ص ٣١٤.

(١) د. حامد زكى: التوفيق بين القانون والواقع المقال ص ٢٤٦ وما بعدها بند ٢٧ وما بعده.

(٢) انظر فيما سبق بند ١٤.

(٣) د. فتحي والى، أحمد ماهر زغول: نظرية البطلان ص ١٨٦ وما بعدها بند ٩٩ وما بعده.

(٤) انظر فيما سبق ص ١٥٠.

(٥) انظر فيما سبق ص ٢١٨ وما بعدها.

(٦) انظر فيما سبق ص ٢١٩ حاشية ١.

(٧) انظر فيما سبق بند ١٦.

(٨) انظر فيما سبق بند ١٩.

(٩) د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى، مرجع مشار إليه سابقاً.

موضع التطبيق<sup>(١)</sup> والوحدة الوظيفية للقانونين الإجراءى والموضوعى<sup>(٢)</sup>. كل هذه الأفكار - وكما رأينا - ساهمت فى رسم السياسة الجزائية والتقليل من خطورتها على الحقوق والمراكز الموضوعية.

٧٥- وبصدد عيوب الإجراءات ربط المشرع الإجراءى هذه العيوب بمعايير معينة، وبوقائع قانونية مختلفة. ومن المعايير، معيار الضرر فى القانون الفرنسى<sup>(٣)</sup> ومعيار الغاية من الشكل فى القانون المصرى<sup>(٤)</sup>. ومن الوقائع واقعة النزول الإردى عن الحق فى التمسك بالجزاء واقعة الكلام فى الموضوع واقعة الحضور. وكلاً من المعايير والوقائع غامض وأناط بالغاية تقرير بطلان الإجراء أو على العكس عدم إبطاله، وبالتالي توليد لأثاره، أو عدم تولدها. وبواقعة النزول، التنازل الإردى عن التمسك بالحق فى الجزاء، وبغيرها من الوقائع أناط بها عند تحققها سقوط الحق فى التمسك بالجزاء، ومن ثم توليد الإجراء المعيب كافة آثار الإجراء الصحيح.

والفقه ما زال يختلف فى تحديد المقصود بهذه المعايير وتلك الوقائع، وهذا الاختلاف لم يصل إلى التحديد الدقيق لكل من المعايير والوقائع وهو مقصود من جانب المشرع لإثراء الأفكار التى أوردتها بهذه المعايير وتلك الوقائع التى ربط بهما أعمال الجزاء.

٧٦- أما الأهداف<sup>(٥)</sup> التى قصد المشرع حمايتها بهذه الصياغة الغامضة، سواء للأفكار أو المعايير أو الوقائع اللاتى استعان بها المشرع فى رسم سياسته الجزائية، هى كفاءة الفعالية للقواعد الموضوعية التى تحمى المراكز الموضوعية التى اتخذت الأعمال الإجراءية تمهيداً لخلق الوسط الإجراءى الذى سوف تطبق فيه القواعد القانونية الموضوعية بواسطة القاضى لحسم النزاع المطروح أمامه عند التجهيل بهذه المراكز. هذه الفعالية يهدف المشرع لتحقيقها وعلى حساب فعالية القواعد القانونية

(١) انظر فيما سبق ص ١٧٢ وما بعدها.

(٢) د. فتحي والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٨٣ - ٣٩٢ بند ٢٢٥ - ٢٣٠.

(٣) انظر فيما سبق ص ١٥٤ حاشية رقم ٢.

(٤) انظر فيما سبق بند ٤٨ وما بعده.

(٥) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٢٦ وما بعدها بند ٩٨. سقوط وتصاعد وتحول المراكز: الإشارة السابقة. الهدر الإجراءى الإشارة السابقة د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٥٤ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٧٥٩ وما بعدها بند ٣٠٣ د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٣.

الإجرائية، بل والأكثر من ذلك ينسب للإجراء المعيب الذى لا يتطابق مع نموذجه القانونى، جميع الآثار التى لا يولدها إلا الإجراء الذى يتطابق مع نموذجه القانونى.

ويدل على قصد المشرع وصحة مسعاه لهذه السياسة، تنظيمه لأحوال التمسك بالعيوب الإجرائية فى الغالبية العظمى مرهون بتمسك الخصم صاحب المصلحة بالعيوب الذى شاب الإجراء<sup>(١)</sup>. فإذا لم يثير الخصم العيب الذى شاب الإجراء، فلا يمكن للمحكمة أن تقرر هذا العيب. ولا يقوى الجراء على إزالته، ومن ثم فلا ينطلق الجراء، وعليه يظل الإجراء المعيب قائماً منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح.

ورهن المشرع التمسك بالعيوب الإجرائى على إرادة الخصم، ليس مطلقاً، وإنما مقيد بالأحداث واقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء أو تحدث واقعة من الوقائع القانونية المسقطه للحق فى التمسك بالجزاء أياً كان أساس هذا النزول أو تلك السقوط، هذا الأساس يستجيب إلى فكرة الصياغة الغامضة التى يهدف المشرع بها إلى حماية مصالح جديرة بالحماية، وهى مصالح تتعلق بحماية الحقوق الموضوعية، وإعطاء الفعالية لهذه الحقوق، وعدم إهدار أصل الحق لسبب يرجع إلى تعيب الإجراءات.

٧٧- كما أن هذه السياسة تركز وتحمى إلى أبعد مدى، مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة<sup>(٢)</sup> Mollress du Litige ومقتضاه أن الخصومة المدنية إنما وجدت ويتم انعقادها لحماية الحقوق الفردية، وإعطاء الفعالية للقواعد القانونية المتعلقة بأصل الحق لأن الحق الخاص إذ يكون محمياً بقاعدة قانونية عامة مجردة تكفل حمايته من

(١) انظر فيما سبق بند ٤٠ ومابعده.  
(٢) ويعبر القضاء عن مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة، أن القاضى لا يستطيع تأسيس قراره إلا على الوقائع التى أثبتت بشكل قانونى صحيح وجداناً بشأنها الخصوم، وأن أساس الدعوى - سبب الدعوى - هو الواقعة أو الوقائع التى يستند إليها الإدعاء، وأنه لا يجوز للقاضى تغيير هذا السبب. ويحتل هذا المبدأ فى ميدان الوقائع إلى حرية الخصوم فى اختيار الوقائع التى يؤسسون بها إدعاءاتهم وإثبات هذه الوقائع، ويفرض هذا المبدأ على القاضى فلا يتدخل - كقاعدة - فى ميدان الواقع عن نظر النزاع بالدخال بعناصر واقعة لم يثرها الخصوم. فى تفصيل ذلك انظر: د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون المقال ص ٣٢ - ٤٦.

NORMAND: Thé P. 178 ets N 187 ets

MARTIN: réflexions sur L'instruction du Procés eivile R. T. D. Civ. 1971. P. 309.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "يتعين على القاضى - إعمالاً لمبدأ سيادة الخصوم على وقائع النزاع - أن يتقيد بنطاق الدعوى المطروحة عليه من حيث خصومها وسببها وموضوعها، وألا يجاوز حدها الشخصى بالحكم لشخص أو على شخص غير ممثل فيها تمثيلاً صحيحاً، أو حدها العينى بتغيير سببها أو بالقضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه لأن فصله فيما يجاوز ذلك النطاق يعد فصلاً فيما لم ترفع به الدعوى، ويعتبر قضاءه - عند المجاوزة قضاءً مدعوماً لصدوره فى غير خصومه". نقض ٢٠٠٢/٥/١٢. طعن رقم ٢٤١١ لسنة ٧١ ق. نقض ٢٠٠١/١/٢٧. طعن رقم ٣٤٧٨ لسنة ٦٩ ق. للمحكمة ٢٠٠٢ ع ٢، ص ٩١ ومابعدها.

خطر الاعتداء عليه، هذه القاعدة توفر للحق حماية نظرية مضمونها واجب عام بعدم التعرض للحقوق الخاصة<sup>(١)</sup>.

هذه الحقوق إذا لم تحترم تلقائياً، وأثير التجهيل بمراكزها. تكون القاعدة القانونية التي تحمي هذه الحقوق قد تم مخالفتها، ووجد بها عارض، ولا يكون أمام الشخص الذي جهلت بمراكزه إلا اللجوء إلى القضاء، الذي يقتصر دوره على إزالة ما لحق القاعدة القانونية من عوارض بحكم يعيد التوازن القانوني مرة أخرى. وتنظيم المشرع للإجراءات التي تزيل هذه العوارض، وتعيد التوازن القانوني، فذلك لحماية المراكز الموضوعية ولو على حساب سلامة هذه الإجراءات. فيكفل حماية الحق الموضوعي ولو عن طريق إجراءات معينة. فالمشرع قد يهدر الشكل الإجرائي لحماية الحق الموضوعي، ويضحي بفعالية الجزاء وقوته لكفالة احترام وفعالية الحقوق الموضوعية.

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٢٨ بند ١٠٠، د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ١٥٥ مبادئ ص ٣٨ وما بعدها. د. جميل الشرفاوى: نظرية بطلان التصرف القانوني فى القانون المصرى مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٦ ص ١ وما بعدها. د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٧٧ وما بعدها.

## خاتمة

هكذا وقد وصلت هذه الدراسة إلى نهايتها يمكننا إجمال أهم النتائج التي انتهت

إليها:

- فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب، يقصد بها بقاء الإجراء المعيب دون إنتاج آثار العيب الإجرائي، بل ويرتب هذا الإجراء كافة آثار العمل الصحيح من وقت اتخاذه، وليس من وقت تحقق واقعة الإعفاء متى توافرت مقوماتها.

■ أما العيب الإجرائي هو الوصف الإجرائي المحدد للعمل الذي اتخذ بالمخالفة للنموذج الذي حدده القانون سلفاً. ويؤدي إلى جعل العمل المتخذ مختلفاً عن العمل الإجرائي القاعدي، أياً كان مصدره، تمثل هذا المصدر في الإخلال بواجب إجرائي. أو في الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائي. أو بالمخالفة لمركز قانوني إجرائي. وغاية ما يشترط في هذا العيب، أن يكون وقع بإرادة الخصم سواء بنفسه أو بواسطة من يمثله، ويستوى في ذلك أن يكون العيب قد وقع عن قصد أو عن خطأ أو إهمال أو حسن نية، لأنه لا يعذر بجهله للقانون.

■ والعيوب الإجرائية يصعب حصرها، لأنها تتسم بالتعدد والتنوع والتداخل. ومع ذلك يمكن رد هذا أو ذلك أو تلك إلى طوائف، ومنها طائفة العيوب الإجرائية مع بقاء العيب. هذه العيوب قد تتخذ بالمخالفة لمركز قانوني إجرائي، أو لعدم مباشرة العمل الإجرائي خلال المهلة المحددة له قانوناً. أو لاتخاذ هذا العمل في غير الترتيب أو المناسبة المحددة له قانوناً أو بالمخالفة للمكان المحدد له، أو تم اتخاذ هذا على نحو يجهل به.

■ هذه الطائفة من العيوب يتولى القاضى تقديرها وتكييفها دون تقريرها طالما لم يتمسك بها الخصم صاحب المصلحة - حتى ولو نزل عنها الخصم أو سقط حقه في التمسك بها بقوة القانون، فتقدير القاضى للعيب الإجرائي بشأن هذه الطائفة يقف عند حد الكشف عنها دون تقريرها.

■ وتقدير القاضى للعيب الإجرائى وتكليفه دون تقريره، طالما لم يتمسك صاحب الشأن به، يبقى على الإجراء المعيب، ويعد صحيحاً، لأن الأصل فى الإجراءات الصحة. وبقاء الإجراء المعيب قد يتم بقوة القانون حالة تحقق واقعة من الوقائع المسقطه للحق فى التمسك بالجزاء بقوة القانون، وقد يظل الإجراء المعيب قائماً دون أن يكون بقاءه بقوة القانون، إذا لم يثيره الخصم صاحب المصلحة ورغب فى الاستمرار فى سير الخصومة. فسقوط الحق فى التمسك بالجزاء وعدم الدفع والنزول الإرادى عنه هى القاسم المشترك لكافة الوقائع القانونية التى رصدها المشرع وأضعف بمقتضاها الجزاء الإجرائى فى مستهل تكونه على نحو لم يعد يقوى على إزالة العيب.

■ والإبقاء على الإجراء المعيب، واعتباره بحسب الأصل صحيحاً، طالما لم يصدر حكم بتقريره أمر مقصود من المشرع، وساعد على بقاءه أو إعفاؤه من الجزاء، فضلاً عن الوقائع التى توجد فكرة الإعفاء من الجزاء بطريقة غير مباشرة، وجود آليات أو أدوات أو أفكار ساهمت فى الإبقاء على الإجراء المعيب بعبئه، وتفعيل فكرة الإعفاء. وأهم هذه الأفكار فكرتى الافتراض والوضع الظاهر. أفكار وضعها المشرع ليخالف بها المنطق القانونى ذاته، فهى تقلب الأمور رأساً على عقب، وبها يلو المشرع عن قصد الواقع المائل أمامه حالة عدم آتارة للخصم للعيب، أو نزوله عنه أو سقوط حقه فيه، يبقى على الإجراء المعيب ويفترض صحته. كما أنه لا يقبل من الخصم ما يتناقى مع سبق سلوكه، أو ما تسبب فى تعييبه من إجراءات اتخاذها أو اتخذت ضده وفقاً لوضعه الظاهر.

تتعدد وسائل الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب: أولها: بالنزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، ومناطه إرادة الخصم صراحة أو ضمناً. وبغير الإرادة لا يمكن الكلام عن النزول، هذا النزول شأن السقوط كلاهما يرد على الحق فى التمسك بالجزاء. ولكن النزول لا يعد صورة للسقوط، لأن الأخير يقع بقوة

القانون، فى حين أن النزول لا يتحقق إلا بإرادة الخصم صاحب المصلحة، ومن ثم يعد النزول الإرادى وسيلة من وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء، تبقى على الإجراء المعيب متى توافرت مقوماتها.

**ثانيها:** سقوط الحق فى التمسك بالجزاء، ويقصد به سحب مكنة القيام بعمل معين بسبب تجاوز الحدود التى قررها المشرع للقيام بهذا العمل، وذلك لعدم مراعاة المواعيد الإجرائية. أو الترتيب أو المناسبة أو المكان لاتخاذ الإجراء. والسقوط كجزاء لا تحكمه قاعدة شأن البطلان إذ يحكم بالسقوط بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية، وإنما السقوط يقع كلما ربط المشرع حقاً إجرائياً بميعاد أو مكان أو ترتيب أو مناسبة معينة. وفى النادر قد يحل القاضى محل المشرع فى تحديد الميعاد، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٢٣ مرافعات، والسقوط متى توافرت موجباته وقع فى ذاته بقوة القانون، تعلق بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة بعيب جوهرى أم غير جوهرى.

**الثالث:** لا يتمسك بالجزاء من تسبب فى العيب الإجرائى، سواء بنفسه أو بمن يعمل باسمه، حيث يوجد عيب إجرائى ويثيره الخصم، ومع ذلك لا تقضى به المحكمة، وعدم الحكم به يبقى على الإجراء المعيب بحاله. ولذا كانت القاعدة "ليس لمن كان سبباً فى العيب الإجرائى أن يتمسك بالجزاء، هذه القاعدة وإن صادفت اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع بشأن البطلان وفقاً للمادة ٢/٢١ مرافعات، إلا أنها قاعدة عامة تطبق بشأن العيب الإجرائى متى كان الجزاء متعلقاً بالمصلحة الخاصة، ومبرر هذه القاعدة قاعدة "ليس للشخص أن يدعى ضد فعله هذا" أو "من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه".

**الرابع:** لا يتمسك بالجزاء إلا من له مصلحة فيه، تعلق الجزاء بالبطلان أو بأى صورة من صور سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء، أو كان الجزاء متعلقاً بالخصومة كوحدة، كسقوط الخصومة أو انقطاعها أو نفاذها أو اعتبارها كأن لم تكن أو بعدم الاختصاص المحلى، فمتى تعلق الجزاء بالمصلحة الخاصة، فلا يجوز لغير صاحب

المصلحة إثارته والتمسك به، ولو كان هناك تضامن أو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، وحيث لم يثيره صاحب المصلحة أو يتمسك به لا يمكن للمحكمة بحال أن تقرر العيب الإجرائي ليبقى على الإجراء المعيب بعينه.

■ يتسع نطاق تطبيق فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب، لتعدد الوقائع القانونية التي تضعف من قوة الجزاء وتحول دون مقدرته على إزالة العيب، تمت هذه الوقائع بإرادة الخصم كواقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء. أم بقوة القانون، كواقعة تحقق الغاية من الشكل، واقعة الكلام فى الموضوع، واقعة الحضور الناتج عن الإعلان المعيب أو الحضور المجرد. هذه الوقائع يجمعها جامع مشترك متى تحققت الواقعة، حالت دون وقوع الجزاء، وتبقى على الإجراء المعيب بحاله، لينتج كافة آثار الإجراء الصحيح.

وأخيراً: تؤثر فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب على كلاً من القاعدة القانونية الإجرائية، والحقوق والمراكز الموضوعية. وتأثيرها على القاعدة القانونية الإجرائية، يتمثل فى عدم إنتاج الإجراء المعيب للأثر السلبى الذى كان يولده الإجراء متى كان غير مطابق لنموذجه القانونى. وفوق ذلك ينتج هذا الإجراء كافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه، لا من وقت تحقق واقعة الإعفاء. ذلك نتيجة للسياسة التشريعية التى يعتقها المشرع، ليبقى ولاعتبارات معينة على الإجراء المعيب. وما ذلك إلا لأن المشرع اشترط لأعمال الجزاء، تمسك صاحب المصلحة بالعيب الإجرائي، وحيث أنه لم يتمسك بحقه فى آتارة هذا العيب، أو نزل عنه أو سقط حقه فى التمسك به، فلا يمكن للمحكمة بحال أن تقرر هذا العيب، ليبقى على الإجراء المعيب بعينه.

ويدعم ذلك تحقق الغايات المحددة للنظم الإجرائية والتى يعمل الإجراء المعيب بداخلها، وبمعزل عن احترام القاعدة القانونية الإجرائية التى تحدد وترسم السبل إلى الوصول لهذه الغايات. فالغاية المحددة للنظم الإجرائية يتم تحقيقها رغم اتخاذ

الإجراءات بالمخالفة لنموذجها القانوني، ودون أن يقوى الجزاء على إزالة هذه المخالفة، فكان لا حاجة بنا في هذه الحالات لهذا الجزاء، طالما لا أثر له متى تحققت غايات النظم القانونية.

أما تأثير فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب على الحقوق والمراكز الموضوعية، فعدم تقرير القاضى للعيب الإجرائي، والإبقاء على الإجراء المعيب بحاله تستمر معه الخصومة في السير مرتبة لكافة آثارها الإجرائية والموضوعية، مما يؤثر تأثيراً إيجابياً على المراكز الموضوعية. فالإبقاء على الإجراء المعيب هو الذى يحمى المراكز الموضوعية من الضياع. هذا الإبقاء مقصود من جانب المشرع الإجرائي، لأنه ما وضع القواعد الإجرائية إلا بقصد حماية الحقوق والمراكز الموضوعية، حتى ولو كانت هذه الإجراءات معيبة من حيث الشكل متى حققت الغايات المقصود منها.

وإذا كانت النتائج المتقدمة تشكل المحصلة الإجمالية لهذه الدراسة، فإنه يتبقى مع ذلك نتيجة لا تقل في الأهمية تأخذ صورة توصية إلى المشرع بضرورة إجراء تعديل في النص التالي:

النص الحالي: المادة ٢١ مرافعات "لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه وذلك كله فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام".

النص المقترح: المادة ٢١ مرافعات "لا يجوز أن يتمسك بالجزاء إلا من شرع الجزاء لمصلحته ولا يجوز التمسك بالجزاء من الخصم الذى تسبب فيه وذلك كله فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها الجزاء بالنظام العام".<sup>(١)</sup>

(١) انظر فيما سبق بند ٤٠ ومابعد.

## قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

١- المراجع العامة:

- إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص.
- الجزء الأول: العمل القضائي، الدعوى، التنظيم، الاختصاص، المطالبة القضائية، العمل الإجرائي. منشأة المعارف ١٩٧٤.
- الجزء الثاني: الخصومة القضائية، الحكم القضائي ١٩٨١ منشأة المعارف.
- أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية.
- أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١١ دار النهضة العربية.
- أحمد عبد الكريم سلامة: المبسوط في شرح قانون الجنسية ١٩٩٣ دار النهضة العربية.
- أحمد مسلم: أصول المرافعات دار الفكر العربي طبعة ١٩٦٩.
- أحمد هندي: أصول المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٢.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة ٢٠١٥.
- التعليق على قانون المرافعات الأجزاء ١، ٢، ٣ دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥.
- أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٥ الجزء الأول والثاني.
- أحمد محمد عبد الصادق: تقنين المرافعات ٢٠١٥ الجزء الأول دار القانون للإصدارات القانونية.
- أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف بدون سنة نشر.

- جلال على العدوى، رمضان أبو السعود، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، ١٩٩٦، منشأة المعارف.
- رمضان أبو السعود: أحكام الالتزام ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة.
- طلعت دويدار: الوسيط فى شرح قانون المرافعات الجزء الثانى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة.
- عدنان إبراهيم السرحان: العقود المسماة - المقاوله، الوكالة، الكفالة ٢٠٠٧ دار الثقافة للتوزيع والنشر.
- عز الدين الدناصورى وحامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات الطبعة التاسعة الجزء الأول ١٩٩٨ بدون ناشر.
- عزيز العكيلي: الوسيط فى الشركات التجارية ٢٠٠٧ دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- على أبو عطية هيكل:
- شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة.
- أصول التنفيذ الجبرى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة.
- على بركات: الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٦ دار النهضة العربية.
- فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء المدنى ٢٠٠٩ دار النهضة العربية.
- محمد حسين منصور:
- نظرية القانون ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة.
- النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة.
- محمد حسن قاسم: القانون المدنى، الالتزامات، العقد، المجلد الأول، ٢٠١٧، دار الجامعة الجديدة.

- محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ج ٢، ١٩٥٨.
- محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات فى ضوء الفقه والقضاء الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٩٥.
- محمد فريد العرينى: الشركات التجارية ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة.
- د. محمود مصطفى يونس: المرجع فى قانون إجراءات التقاضى المدنية والتجارية ٢٠١٥ دار النهضة العربية.
- د. محمود هاشم: قانون القضاء المدنى الجزء الأول الطبعة الثانية بدون ناشر ١٩٩١.
- نبيل سعد:
- المدخل إلى القانون - نظرية القانون ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة.
- النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ٢٠١٧، دار الجامعة الجديدة.
- نبيل عمر:
- أصول المرافعات المدنية والتجارية ١٩٨٦ منشأة المعارف.:
- الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة.
- قانون أصول المحاكمات المدنية الطبعة الأولى ٢٠٠٨ منشورات الحلبي الحقوقية.
- وجدى راغب: مبادئ القضاء المدنى الطبعة الثالثة ٢٠٠١ دار النهضة العربية.
- ٢- المراجع الخاصة والرسائل:
- إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم ١٩٨١ منشأة المعارف.

- إبراهيم النفاوى: مسئولية الخصم عن الإجراءات الطبعة الأولى ١٩٩١.
- أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات الطبعة الثامنة منشأة المعارف بدون تاريخ نشر.
- أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية رسالة القاهرة ١٩٥٩.
- أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية دار النهضة العربية ١٩٩٠.
- أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضى المدنى الطبعة الأولى ١٩٨٨ دار النهضة العربية.
- أحمد هندى:
- التمسك بالبطلان فى قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة.
- العلم القانونى بين الواقع والمنطق فى التنظيم القانونى ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة.
- شطب الدعوى ١٩٩٣ مكتبة ومطبعة الإشعاع.
- أحمد عبد التواب: النظرية العامة للحق الإجرائى الطبعة الأولى ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة.
- الأنصارى النيدانى:
- التنازل عن الحق فى الدعوى ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة.
- القاضى والجزاء الإجرائى ١٩٩٩ بدون ناشر.
- العيوب المبطللة للحكم وطرق التمسك به، دار الجامعة الجديدة.
- السيد عبد الحميد فوده: تطور القانون ٢٠٠٣، دار النهضة العربية.

- أيمن رمضان: الجزء الإجرائى فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠٠٤.
- حسن على حسين: الجزء الإجرائى فى قانون الإجراءات الجنائية ٢٠٠٨ منشأة المعارف.
- سليمان عبد المنعم: بطلان الإجراء الجنائى ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة.
- طلعت دويدار:
- سقوط الخصومة فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ١٩٩٢.
- تأجيل الدعوى ٢٠٠٣ منشأة المعارف.
- عبد الباسط جميعى: نظرية الاختصاص فى قانون المرافعات الجديدة وتعديلاته ١٩٧٥ دار الفكر العربى.
- على أبو عطية هيكل: الدفع بإحالة الدعوى فى قانون المرافعات ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية.
- على الشيخ: الحكم الضمنى فى قانون المرافعات ١٩٩٧ دار النهضة العربية.
- على تركى: التزام القاضى بالفصل فى النزاع ٢٠١٣ دار النهضة العربية.
- فتحى والى:
- نظرية البطلان فى قانون المرافعات قام بتحديثها أحمد ماهر زغول ١٩٩٧.
- كتابات فى القضاء المدنى والتحكيم ٢٠١٥ دار النهضة العربية.
- محمد السيد رفاعى: التنازل عن الحق الإجرائى رسالة الزقازيق ٢٠١٠.

- محمد الصاوى مصطفى:
- الشكل فى الخصومة المدنية رسالة الزقازيق ١٩٩٢.
- فكرة الافتراض فى قانون المرافعات ١٩٩٨ دار النهضة العربية.
- محمد جمال عطية: الشكلية القانونية رسالة الزقازيق ١٩٩٣.
- محمد سعيد عبد الرحمن: نظرية الوضع الظاهر فى قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار النهضة العربية.
- محمد فتحى عطية: فكرة الافتراض فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠١٥.
- محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى ١٩٨٢ دار الفكر العربى.
- محمود محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ١٩٨٩.
- نبيل عمر:
- إعلان الأوراق القضائية ٢٠٠٤ دار الجامعة الجديدة.
- التجهيل الإجرائى ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة.
- التكامل الوظيفى للأعمال الإجرائية ٢٠٠١ دار الجامعة الجديدة.
- التقدير القضائى المستقبلى ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة.
- الهدر الإجرائى واقتصاديات الإجراء ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة.
- الإرتباط الإجرائى ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة.
- نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة.
- سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية فى قانون المرافعات ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة.
- سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة.
- سلطة القاضى التقديرية ٢٠١٤ دار الجامعة الجديدة.

- عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة.
- نعمان جمعة: أركان الظاهر المصدر للحق ١٩٧٧.
- وجدى راغب: النظرية العامة للعمل القضائي فى قانون المرافعات ١٩٧٤ منشأة المعارف.

### ٣- المقالات:

- إبراهيم النفاوى: انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية حقوق المنوفية العدد ١٢ السنة السادسة أكتوبر ١٩٩٧.
- إبراهيم شحاتة: اجتهاد القاضى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يولية ١٩٦٢ العدد الثانى السنة الرابعة.
- أبو زيد مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون ١٩٨٠ مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة المنصورة.
- أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان القضائي واتجاهات تطويرها فى النظام القانونى السعودى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٩٣ العدد الأول السنة ٣٥.
- أحمد مسلم: التاصيل المنطقى لأحوال انقضاء الخصومة. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثامنة العدد الأول يناير ١٩٦٠.
- جلال العدوى: النزول عن الحقوق وغيرها من المراكز القانونى الخاص مجلة الحقوق السنة ١٣ لعامى ١٩٦٣، ١٩٦٤ العددان الثالث والرابع.
- حامد زكى: التوفيق بين القانون والواقع. مجلة القانون والاقتصاد مارس ١٩٣٢ السنة الثالثة العدد الثانى.
- عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية فى الخصومة المدنية مجلة المحامى الكويتية السنة التاسعة الأعداد: أكتوبر/ نوفمبر/ ديسمبر ١٩٨٦.

- محمد حامد فهمي: الاتجاهات الحديثة فى مشروع قانون المرافعات  
مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٦.
- محمد عبد الخالق عمر: الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة. مجلة  
مصر المعاصرة يناير ١٩٧٠ السنة ٦١ العدد ٣٣٩.
- محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى المدنى المحاماة السنة ٦١ الأعداد  
٣، ٤، ٥، ٦ السنة ١٩٨١.
- وجدى راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى. مجلة العلوم القانونية  
والاقتصادية السنة ١٥ العدد الأول يناير ١٩٧٣.
- \* دراسات فى مركز الخصم: مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير  
١٩٧٦ السنة ٢٨ العدد الأول.
- ٤- الدوريات ومجموعات الأحكام:
  - المحاماة: وتصدرها نقابة المحامين القاهرة.
  - المستحدث من المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية لمحكمة النقض من  
أول يناير ٢٠٠٣ لغاية نهاية ديسمبر ٢٠١٢ إعداد محمد الخلاوى، عبد  
الجواد موسى.
  - مجلة البحوث القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة.
  - مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية.
  - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس.
  - مجلة القانون والاقتصاد تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة.
  - مجلة المحامى الكويتية.
  - مجلة مصر المعاصرة.
  - مجموعة أحكام النقض يصدرها المكتب الفنى لمحكمة النقض المصرية.
  - مجموعة أحكام النقض التى تصدر عن المحكمة العليا العمانية.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

١- المراجع العامة:

- **CABRILLAC** (R.) introduction générale au droit Dalloz 3de 1999.
- **CADIET** (L.) Droit judiciaire privé Litec. 1992.
- **CORNU** (G.) et **FOYER** (J.): Procédure civile 3e de Paris. 1996.
- **GLASSON** (E.) **TISSIER** (A) et **MOREL** (R.): Traité Théorique et Pratique d'organisation judiciaire de Compétence et de Procédure Civile T. 3. 1929.
- **DABIN** (J.): le droit subjedctif 1952.
- **JAPIOT** (R.) Traité élémentaire de Procédure civile et Commerciale 1939.
- **MOREL** (R.) Traite élémentaire de Procédure Civile. Sirey 1949.
- **SOLUS** (H.) et **PERROT** (R.) droit judiciaire Privé. T. 1. introduction Nations foundome Natles organisation judiciaire. Éd. 1961. T. 3. Procédure de Première instance Sirey 1991.
- **VINCENT** (J.) et **GUINCHARD** (S.): Procédure civile 24e éd entièrement refondure.
- Dalloz 1996. **Vizioz** (H.) Études de Procédure Editions. Biere 1948.

٢- المراجع الخاصة والرسائل:

- **FAYE** (E.) La Cour de Cassation. Dauchmon 1970.
- **MIGUET** (j.): immutabilite et évaluation du Lilige Thé Taulouse 1977.
- **MOHAMED, ABD, EL – KHALEK OMAR:** La Natiion d'irrecevabilite en droit judiciaire Privé Thé Paris 1967.
- **NABIL. OMAR:** La Cause de La demande enjustiec Thé Bordeaux 1977.
- **GURIERRD:** L'acte juridique Solunn et Preface jasé éd. L.,G.D. j. 1975.
- **NORMAND** (j.) le juge et Liligé thé. L.,G.D.J. 1965.

٣- المقالات:

- **BOLARD:** (G.) L'affice du juge et le rôle des Porties entre orbitraire et Laxisme J. C. P. G. 2001 – 1 – 1 – 156.
- **BARRERE:** Tribunal d'instance. Jur. Class Pr. Civ. 1995. Fasc. 308.
- **BOYER:** des éfets des jugement à L'egard des Tiers. R.T.D. Civ. 1951.
- **DURUSQUEC:** Noture et régime des Nullites Pu. Civ. De forme G. P. 1979 – 1 – Dact. 136.
- **FABRT – MAGNAN:** Le mythe de L'abligation de domner. R.T.D. Civ. 1996.

- **GIVERDON (G.)** La Procédure de règlement des exceptions d'incompétence de Litispendance et de Connexité d'après le décret N 72 – 684. du 20 Juillet. 1972. Ency – Dalloz. Ch. XX. 111. P. 171.
- **Giverdon, (G.)** régime des exceptions de Nullité G. P. 1973. 2 – Dact. 621.
- **Giverdon (G.)** incompétence. Ency. Dalloz. Pr. Civ. 1979.
- **MARTRIN:** le fait et le droit ou les Parties et le juge. J. C. P. 1974 doctn. 2656.
- **MARTIN:** réflexions sur L'instruction du Procès Civile R.T.D. Civ. 1971.
- **ROTONDI (M.)** Consideration "fait et droit" R.T.D. Civ. 1977,.
- **ROUBIER:** Le droit et action distinction entre L'action en Contrefaçon et L'action en Concurrence de Laqa le. R.T.D. Civ. 1952.
- **STRICKLER:** Désistement encyclopédia Dalloz répertoire de Procédure civile 2003.
- **SALLEC (De La MARNIERRE)** La déchéance Comme mode d'extinction d'un droit (Essai de Terminologie juridique) R.T.D. Civ. 1933.
- **Solus:** Compétence d'attribution et Compétence territoriale. J. C. P. 1947 doctn. N 663.
- **Tomosin (D.)** Nullité des actes de Procédure jur. Class., Du Procédure Civile. T. 3. Fasc. 138 – 1990 – 1994.
- **TERRE (F.)** action en justice jur. Class. POr. Civ. 1987, Fasc. 125.
- **TRISSIER (A.)** Le contenu de Code Procédure civile et les Projets de réform. R.T.D Civ. 1906. P. 652.
- **VASSEUR:** (M.) délais Préfixe de Prescription de Lais de Procédure. R.T.D. Civ. 1950.

٤- الدوريات ومجموعات الأحكام:

- **Bull. Civ.;** Bulletin des arrêts des chambres La Cour de Cassation française.
- **D..** recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de Législation.
- **G. P:** Gazette du Palais.
- **J.C.P. JURIS –** Classeur Périodique – Semaine juridique.
- **R.T.D. Civ:** Revue Trimestrielle de Droit Civil
- **S.** Recueil Sirey.

# الحماية الإجرائية للأسرار التجارية أمام القضاء المدني

دكتورة

فاطمة عادل سعيد عبد الغفار

مدرس قانون المرافعات

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

## مقدمة

تحتل الأسرار التجارية في العصر الحالي أهمية قصوى نظرا لما يعتمد عليها من أعمال تجارية ونشاطات تقدر بالملايين من النقود، ويعبر عن ذلك بأن المعلومات هي رأس المال حاليا، لأنه عن طريق المعلومات تنشأ المشروعات، طرق العمل، بل والاختراعات أيضا، فالتقدم الذي تحظى به شركة أو منشأة معينة يعتمد بصفة أساسية على أسرارها التجارية، والتي توفر للشركة ميزة تنافسية عن غيرها من الشركات في السوق.

واتساقا مع هذه الأهمية فقد تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية بهدف حماية الملكية الفكرية والتي تندرج ضمنها الأسرار التجارية- بوصفها إحدى طوائف الملكية الصناعية- وذلك من أجل ضمان أكبر قدر من الحماية لتلك الحقوق، لكن في مجال الأسرار التجارية تحتل اتفاقية التريبس<sup>1</sup> (TRIPS) اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية) مكانة خاصة، لأنه بموجب هذه الاتفاقية تم تنظيم الأسرار التجارية على المستوى الدولي لأول مرة وذلك تحت عنوان "المعلومات غير المفصح عنها" وهذا التنظيم تم استجابة لمطالب الدول المتقدمة بزعامة الولايات المتحدة فتم إدراج حقوق الملكية الفكرية ضمن موضوعات التجارة العالمية في جولة أوروغواي<sup>2</sup>.

ومن أهم ما جاءت به تلك الاتفاقية تقرير عدد من القواعد تحدد الحد الأدنى من الحماية الواجب على الدول الأعضاء الالتزام بها وتطبيقها في تشريعاتها الوطنية بغرض حماية الأسرار التجارية (المعلومات غير المفصح عنها)، ولم تلزم الاتفاقية الدول الأعضاء بقواعد موضوعية معينة تاركة التنظيم لكل دولة، على أنه إذا لم

<sup>1</sup>تضمنت اتفاقية التريبس جميع حقوق الملكية الفكرية بشقيها:

- حقوق الملكية الأدبية : حق المؤلف والحقوق المجاورة له.  
- حقوق الملكية الصناعية والتي تشمل: براءات الاختراع العلامات التجارية، المؤشرات الجغرافية، التصميمات الصناعية والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة ، وأخيرا الأسرار التجارية

<sup>2</sup>لمزيد من التفصيل في هذا الصدد حول إبرام اتفاقية التريبس راجع: د.حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، دار الفكر الجامعى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٣ وما بعدها.

تلتزم الدول الأعضاء بتوفير الحماية بموجب تشريعتها الوطنية فإنها تتعرض للمساءلة أمام منظمة التجارة العالمية.

فى الوقت الحالى يُطرح التساؤل حول وجود حماية حقيقة لحقوق الملكية الفكرية عموما - والأسرار التجارية خصوصا- مع وجود هذه الاتفاقيات الدولية الملزمة والحماية الوطنية بالتبعية فى الوقت الذى يكشف فيه العمل يكشف عن صعوبات تواجه إنفاذ حقوق الملكية الفكرية، وفى إطار الأسرار التجارية باعتبارها من طوائف الملكية الفكرية المنصوص على حمايتها هل هى تتمتع بالحماية بالفعل أم أنه عملا تعد هذه الأسرار مهددة؟، وهذا التساؤل يتبدى فى حالة وجود الأسرار التجارية أمام المحكمة فى إطار إحدى قضايا التعدى عليها (لسبب أو لآخر) فالمحكمة تكون ملزمة بحماية الأسرار التجارية ووقف الإعتداء عليها وإعادة الحال إلى ما كان عليه - وهو أمر غاية فى الصعوبة - والحكم بالتعويض، لكن المحكمة وهى بصدد تأمين هذه الحماية فإنه من شأن إجراءات التقاضى نفسها أن تشكل خطورة على الحماية المقررة للأسرار التجارية إذا أخذنا فى الاعتبار العلانية - التى تعتبر مبدأ إجرائى عام - فى مواجهة السرية والتى تشكل مناط حماية الأسرار التجارية.

وبعبارة أخرى ان القضاء عموما والقضاء المدنى خصوصا تحكمه عدد من المبادئ الإجرائية لعل أبرزها مبدأ المواجهة باعتباره أحد الجوانب العامة للحق فى الدفاع، وما ينفرع عنه من مبادئ منها علانية الاجراءات القضائية، واجراءات الاثبات، ومن شأن هذه المبادئ ان تطبق على القضايا التى تتعلق بالأسرار التجارية الأمر الذى قد يؤدى إلى ان يعرض السر التجارى للكشف عنه بصورة أكبر من الصورة التى حدثت إثر الوصول إليه- بطريق غير مشروع-، مما يثير التساؤل حول كيفية نظر القضايا التى تتعلق بالأسرار التجارية - مع حفظ أكبر قدر من السرية للارزمة لها- وفى ذات الوقت تطبيق المبادئ الإجرائية السابقة والتى تهدف فى أساسها إلى تحقيق المحاكمة العادلة؟

عبر عن ذلك جانب من الفقه<sup>1</sup> في هذا الإطار الخاص بالتقاضي في مسائل الأسرار التجارية بأننا نعتبر بصدد حالة تعارض بين السرية التي تمثلها الأسرار التجارية من ناحية والعلانية التي تتمثل في المبادئ الإجرائية الحاكمة للتقاضي، لكن أرى ان في الوقت الحالي والذي يشهد وجود العديد من الاتفاقات أبرزها على الاطلاق اتفاقية التريبس، وصدور التوجيه الأوروبي سنة ٢٠١٦ والخاص بحماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية فلا يمكن الجزم حتما بوجود تعارض بصورة مطلقة بل يمكن القول بإمكانية وجود حلول إجرائية من شأنها أن توازن بين الأسرار التجارية وما تشكله من مصالح اقتصادية خاصة بصفة مباشرة ومصالح اقتصادية عامة بصفة غير مباشرة من جانب، والحقوق والمبادئ الإجرائية التي تحقق المحاكمة العادلة من جانب آخر.

بناء عليه فإن بحث حماية الأسرار التجارية من -خلال قواعد قانون المرافعات يستلزم:

أولاً: بحث علاقة المصلحة التي تحميها الأسرار التجارية بمبدأ المواجهة والإجراءات القضائية وما إن كانت الأولى تشكل استثناء على الإجراءات القضائية المعتادة أو بعبارة أخرى هل تعد المصالح التي تمثلها الأسرار التجارية على قدر من الأهمية إلى النحو الذي يحد من المبادئ الإجرائية المستقرة في التطبيق وهو ما يلزم معه دراسة مفهوم الأسرار التجارية موضوع الحماية في التقاضي وأهمية تحديد المصطلح في مواجهة المبادئ الحاكمة للإجراءات المدنية كالعلانية وحقوق الدفاع.

ثانياً: الإجراءات القضائية التي تهدف لحماية الأسرار التجارية في القانون المقارن، ودور المحكمة في تحقيق التوازن بين السرية والعلانية في الإجراءات، ودور أعوان المحكمة في حماية الأسرار التجارية.

<sup>1</sup> Mme Houel, Conflit d' intérêt entre transparence et confidentialité, Revue des experts, Mars 2002, p.11.

وذلك من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: المبادئ الإجرائية للقضية المدنية فى علاقتها بالأسرار التجارية

المطلب الأول: الحماية القضائية الموضوعية للأسرار التجارية

المطلب الثانى: الحماية الإجرائية للأسرار التجارية وعلائية الاجراءات

القضائية

المبحث الثانى: حماية الأسرار التجارية فى التقاضى

المطلب الأول: الحماية الإجرائية للأسرار التجارية فى القانون المقارن

المطلب الثانى: دور المحكمة فى تحقيق الحماية الإجرائية للأسرار التجارية

### **المبحث الأول**

#### **المبادئ الإجرائية للقضية المدنية فى علاقتها بالأسرار التجارية**

اليوم تعتبر المعلومات الغير مفصح عنها - الأسرار التجارية - جزء لا يتجزأ من نظام الملكية الفكرية بما يتضمنه من حقوق، ولما لها من أهمية فى ضمان المنافسة المشروعة، فإذا كانت الملكية الفكرية على هذا النحو من أهم الموضوعات التى تشغل الصدارة فى اهتمام المشتغلين بالقانون، وتتعاظم هذه الأهمية إذا ما أخذنا فى الاعتبار الدور الذى تقوم به الملكية الفكرية فى تطور المجتمعات وتزايد التحديات التى تواجهها فى إطار التطور التكنولوجى وتداول المعلومات الذى نعيشه فى الوقت الحالى، فهو أيضا مما يصدق على المعلومات غير المفصح عنها.

ولعل الاهتمام ينصب دائما على فكرة النظام القانونى لحماية الأسرار التجارية - المعلومات غير المفصح عنها - بالنظر إلى تكييفها هل هى من حقوق الملكية أم يتم حمايتها من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة، كما ان المشرع المصرى اهتم بتنظيم الحماية القضائية الوقتية لحقوق الملكية الفكرية ومن ضمنها المعلومات غير المفصح عنها، لكن بصدد الحماية القضائية الموضوعية للملكية الفكرية ومن ضمنها الأسرار التجارية، إلى أى مدى يوفر القانون الإجرائى الحماية لسرية المعلومات التجارية وأيضا الأسرار التجارية فى مواجهة خطر الكشف عنها أثناء الاجراءات

القضائية، ومدى إمكانية وجود هذه الحماية في ظل وجود عدد من المبادئ الإجرائية التي تهيمن على القضية المدنية ومن شأنها أن تبدو في حالة تعارض مع عدم الكشف الذي تقتضيه سرية هذه المعلومات؟.

لكن المحكمة قبل ان تبحث هذه الاعتبارات، لا بد وان تحدد وبصورة جازمة هل المعلومات موضوع التقاضي هي مما يشكل أسرار تجارية أم لا، لذا فإنه على درجة عالية من الأهمية الوقوف على مفهوم المعلومات التي تعتبر أسرار تجارية، والمعايير التي يجب ان تسوفيها وبالتالي تُضمن لها الحماية الإجرائية - لسريتها- في سياق التقاضي.

### المطلب الأول

#### الحماية القضائية الموضوعية للأسرار التجارية

تندرج المعلومات غير المفصح عنها (الأسرار التجارية) ضمن طوائف الملكية الفكرية، وتحثل دورا بارزا وجوهريا في إدارة المشاريع التجارية، فالمعلومة أصبحت هي الأساس في إدارة المشاريع<sup>1</sup> والحفاظ عليها في سرية وهي العامل الأهم لاحتفاظ المشروع التجاري بعنصر التميز والقدرة على المنافسة مع غيره من المشروعات.

#### الأهمية المتزايدة لحماية المعلومات غير المفصح عنها أو الأسرار التجارية:

اليوم تنفق الشركات أموال ضخمة على الاختراعات والاكتشافات وكل ما من شأنه منح مزية تنافسية لاستثماراتها، مما تصبح معه الحماية القانونية للأسرار التجارية أمرا جوهريا لأنه الأخيرة عن طريق السرية تكفل حماية الانفاق المالي الهائل والجهد الشاق الذي بذله مالك المعلومات في الوصول إليها، والأسرار التجارية تحقق هذه

<sup>1</sup> وفي هذا الصدد أشار أحد القضاة في الولايات المتحدة إلى أهمية حماية الملكية الفكرية ومن ضمنها الأسرار التجارية Judge Richard Posner stated that, "The future of the nation depends in no small part on the efficiency of industry, and the efficiency of industry depends in no small part on the protection of intellectual property." Rockwell Graphic Sys., Inc. v. DEV Indus., Inc., 925 F.2d 174, 180 (7<sup>th</sup> Cir.1991).

المصلحة الاقتصادية، فبالرغم من أنها الأحدث نسبياً- تنظيمياً - بين حقوق الملكية الصناعية إلا أنها الأكثر صعوبة من حيث الحماية لاستنادها إلى السرية. ومع ذلك يرى البعض<sup>1</sup> أنها أهم حقوق الملكية الفكرية قاطبة لأن عملياً تتمتع الأسرار التجارية بعدد من المميزات التي لا تتمتع بها غيرها من حقوق الملكية الفكرية لعل أهمها ان للأسرار التجارية نطاق واسع يمكن ان يشمل أى نوع من المعلومات ذات القيمة التجارية - وهو ما ينشئ مساحات مشتركة بين الأسرار التجارية وغيرها من حقوق الملكية الفكرية -، أيضاً هو حق يمكن تفعيله أو اكتسابه دون اجراءات ادارية مسبقة، فالشركات تحمي المعلومات فى إطار السر التجارى بمجرد اتخاذ اجراءات داخلية لفرض السرية ودون حاجة إلى اللجوء إلى الدولة أو اجراءات للفحص تقرر صفة السر التجارى لمعلومة معينة مثلاً كما هو الحال فى حالة الحصول على براءة الاختراع .

كذلك فإن من الأسباب التي يعزى إليها الأهمية المتزايدة لوجود حماية قانونية منضبطة للأسرار التجارية التطور التكنولوجي<sup>2</sup>، فلم تعد فكرة السر التجارى تقتصر فى وجوده بصورة مادية محفوظ فى مكان لا يمكن الوصول إليه، فاليوم التطور التكنولوجي سهل الوصول إلى الأسرار التجارية واختراق المعلومات المحفوظة على الحواسيب إلكترونياً بل ان بعض الشركات وبالرغم من وسائل الحماية المعلوماتية التي تعتمدها قد لا تنتبه لحدوث الاختراق حتى بعد انتهائه<sup>3</sup>، وهذه الخطورة تزداد كلما زاد قدرة الأشخاص على استخدام الوسائل والدعامات الإلكترونية.

علاوة على ذلك فإن لتغير بيئة العمل ذاتها أبلغ الأثر فالعقود أصبحت أقصر فى مددها، وأصبحت الوظائف فى عمومها لا تنسم بالدوام، وبعيدا عن التوظيف فإن

<sup>1</sup>Katherine Linton, The Importance of Trade Secrets: New Directions in International Trade Policy Making and Empirical Research, Journal of International Commerce and Economics. Published electronically September 2016, p.2.

<sup>2</sup>David S. Almeling, Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important, Berkeley Tech. Law Journal, Vol 27, 2012, p1098.

<sup>3</sup>Victoria A.Cundiff, Reasonable measures to protect Trade Secrets in Digital Environment, IDEA- The Intellectual Property Law Review, Volume 49/3, 2009, p.359, 361

<sup>4</sup>David S. Almeling, opt, cit., p1091.

العديد من الموظفين يفضلون التعامل مع البيانات في صورة إلكترونية، ويقوم البعض بتسجيل الأعمال على الدعامات الإلكترونية وينتقل بها خارج الشركة بمنتهى السهولة، وأرى انه مع ما يمكن ان تضمنه شروط عدم المناقسة المدرجة في عقود العمل من حماية إلا أنها لن تستطيع عند مرحلة معينة ضمان ذات الحماية في ظل الانتقال السلس والسهل للمعلومات والعاملين أيضا، وذلك إذا أخذنا في الاعتبار ان السرية بحد ذاتها أصبحت مفهوم يواجه العديد من الصعوبات في ظل اتجاه المجتمع إلى ضمان حرية المعلومات والبيانات وتداولها، إلى الحد الذي يؤدي عند اصدار قوانين الأسرار التجارية إلى التساؤل عن حق العامة في المعرفة وما تشكله الأسرار التجارية من قيد على هذا الحق.

### الفرع الأول

#### ماهية الأسرار التجارية

وتتعدد التعريفات التي ساقها الفقه لتعريف الأسرار التجارية وقبل تناول التعريف يجدر الإشارة إلى انه توجد العديد من المصطلحات التي تشير إلى الأسرار التجارية وتستخدم كمترادف لها كالمعرفة الفنية know-how، والأسرار الصناعية، والمعلومات غير المفصح عنها undisclosed information، وفي بعض الدول كانجلترا Confidential information وبالإضافة إلى ما سبق فإن الأسرار التجارية ترادف مصطلح بالمعلومات غير المفصح عنها وفقا لما جاء في اتفاقية التريبس وقانون حماية الملكية الفكرية المصري. لذا نبحت في الأتي تعريف الأسرار التجارية، وتمييزها عما يختلط بها من مصطلحات.

#### أولاً: تعريف الأسرار التجارية وشروطها:

مصطلح الأسرار التجارية هو مصطلح حديث نسبيا وإن كان له وجود في فكرة حماية السرية في المعاملات التجارية والملكيات الصناعية، ويشير الفقه الفرنسي<sup>1</sup> في هذا الصدد

<sup>1</sup> Jacques Azéma et Jean - Christophe Galloux, L'adoption de la directive sur les secrets Com, Dalloz, Janvier à Mars 2017 , p.62 . RTD d'affaires,

إلى ان مصطلح الأسرار التجارية Secret d'affaires لم يكن موجودا فى القانون الفرنسى ولكن حماية السرية فى التجارة كانت متعارف عليها فى عدد من التشريعات والمجالات المختلفة كقانون العمل، قانون حماية المنافسة، وقانون الملكية الفكرية، كما كان متعارفا عليها فى القانون الادارى وبصورة خاصة القوانين الخاصة بالشفافية الإدارية والوصول للملفات الادارية فكانت تصنف الأسرار التجارية وفقا لتقسيم ثلاثى هو سرية المعارف، أسرار طرق الادارة، سرية المعلومات الصناعية والتجارية.

فالأسرار التجارية على هذا النحو موجودة ومتعارف عليها من حيث المضمون وبداية نشأتها كانت فى القانون العام، أما الحديث نسبيا فهو ما يصدق على وجود نظام قانونى مستقر لها ومتعارف عليه كما هو الوضع حاليا.

وفى ذات الاتجاه يعرف القانون المصرى الأسرار التجارية فقد ظهر المصطلح مع صدور القانون المدنى عام ١٩٤٨، حيث قرر حماية الأسرار التجارية لصاحب العمل ويضع على العامل واجب عدم إفشاء تلك الأسرار حتى بعد إنقضاء العقد، كما قرر المشرع عدد من الأحكام الخاصة بالأسرار التجارية فى قانون العمل تتصل بواجبات العامل بصدد الأسرار التجارية فى علاقته بصاحب العمل، وبعد ذلك كان التطور الأبرز فى التشريع المصرى بصدور قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والذي نظم الباب الثالث منه الأسرار التجارية غير انه أوردها تحت مصطلح " المعلومات غير المفصح عنها" وفقا للتعبير الوارد باتفاقية التريس.

#### ١. تعريف الأسرار التجارية:

ويعرفها جانب من الفقه بأنها: "المعلومات السرية، المعلومات التى تكون نتاج جهود كبيرة توصل إليها صاحبها واحتفظ بسريتها، ويكون لها قيمة تجارية تنشأ عن هذه السرية، ومثال ذلك أى تصميم أو أسلوب أو مجموعة من المعلومات الفنية أو برنامج معين يتضمن معارف فنية لها قيمة تجارية بذاتها، وما يميز هذه المعلومات أنها ليست فى متناول الكافة، ولا يسهل الحصول عليها عن غير طريق حائزها."<sup>١</sup>

<sup>١</sup>د. سميحة القليوبى ، الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، ط٤ ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٩٢.

وقد نص المشرع المصري على المعلومات غير المفصح عنها فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، وقد عرفتها اللائحة التنفيذية لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ١٣٦٦ لسنة ٢٠٠٣ فى م ٥٥ بأنها: "المعلومات التى يتوافر فيها الشروط الثلاثة الآتية: ١- ان تتصف بالسرية، وذلك بأن تكون المعلومات فى مجموعها أو فى التكوين الذى يضم مفرداتها ليست معرفة أو غير متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالفن الصناعى".

ويرى البعض<sup>١</sup> ان تعريف الأسرار التجارية يختلف من دولة لآخري، ويُعرف<sup>٢</sup> أيضا باعتباره -أى السر التجارى- "كافة أشكال المعلومات السرية، بما قد تشمله من ابتكارات، تركيبات، نماذج، توليفة، برامج، آلات، أساليب وطرق ووسائل صناعية، التى تكون لها قيمة حالة أو ممكنة طالما لم تكن معروفة إلا للذين يحصلون على قيمتها الاقتصادية من خلال علمهم بها واستخدامهم لها، ولم يكن لأشخاص آخرين اكتشفها أو الحصول عليها بوسائل مشروعة، وبشرط ان تكون هذه الموضوعات محاطة بوسائل معقولة، طبقا للظروف حفاظا على سريتها".

## ٢. شروط اعتبار المعلومات من قبيل الأسرار التجارية :

وبالرغم من تعدد التعريفات فى ظل اتفاقية التريبس (اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية) فإن الأسرار التجارية - اصطلاحا المعلومات غير المفصح عنها- يجب ان يتوافر فيها ثلاثة شروط<sup>٣</sup>،<sup>٤</sup> (م ٣٩)<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> كسى سليمان ، سعودى رياض ، الحماية القانونية للأسرار التجارية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٦-٢٠١٧ ، جامعة بجاية- الجزائر، ص ٨.

<sup>٢</sup> د.جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤ ، ص ٨٩.

<sup>٣</sup> Jennifer Brant, Sebastian Lohse, Trade Secrets: Tools for innovation and collaboration, Innovation and Intellectual property series, ICC, 2014, p.6.

<sup>٤</sup> وفى ذات الاتجاه يرى الكاتبان ان التعريف النموذجى للأسرار التجارية والذى يتمشى مع مفهومها الحديث هو التعريف المنصوص هو الوارد فى م ٣٩ اتفاقية التريبس ، القانون الموحد للأسرار التجارية الأمريكى الصادر عام ١٩٧٩، ومدونة الفعل الضار (الولايات المتحدة ) قسم ٧٠٧ منه ، وهو التعريف السابق الإشارة إليه ، فى ذات الاتجاه راجع د. عبد الرحيم عتر عبد الرحمن، أثر اتفاقية الجوانب التجارية للملكية الفكرية- دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ٢٢٢.

<sup>٥</sup> تنص م ٢/ ٣٩ / القسم السابع "حماية المعلومات السرية ، أو غير المفصح عنها " من اتفاقية التريبس على أن: "للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التى تحت رقابتهم بصورة قانونية لآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم، بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة طالما كانت تلك المعلومات:

أ. سرية من حيث أنها ليست ، بمجموعها أو فى الشكل والتجميع الدقيق لمكوناتها، معروفة عادة أو سهلة الحصول عليها من قبل أشخاص فى اواسط المتعاملين عادة فى النوع المعنى من المعلومات،

## أ. سرية المعلومات:

وهو ما يتحدد في ضوء مدى المعرفة بالمعلومة خارج الشركة (المنشأة) وداخل الشركة (المنشأة)<sup>1</sup>

### - على المستوى الخارجي للشركة أو المنشأة:

فإن القانون الأمريكى لم يشترط السرية المطلقة<sup>2</sup>، ومع ذلك فمن المنطقي أنه كلما زاد علم عدد من الأشخاص خارج الشركة أو في التخصص بهذه المعلومة كان ذلك مدعاه لنفي وصف السر التجارى عنها، وبعبارة أخرى يشترط عدم علم الكافة من العامة بها سواء كانوا من المنافسين أو المتخصصين في المجال، فلا تعد أسرار تجارية المعلومات التي يمكن بسهولة للعامة أو الجمهور التعرف عليها من خلال مراقبة المنتجات المتاحة في السوق، أو حال الكشف عنها من خلال المعارض أو أى وسيلة خاصة بالإعلام<sup>3</sup>، ومع ذلك فقد قرر المشرع المصرى فى م ٥٥ من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ان مفهوم السرية التي تتمتع بها المعلومات هي التي في مجموعها أو في الشكل والتجميع الدقيقين لمكوناتها، ليست معروفة عادة أو سهلة الحصول عليها وغير متداولة من قبل أشخاص فى أوساط المتعاملين عادة في النوع المعنى من المعلومات، بما يعنى انه قصر نطاق السرية على المتعاملين في المجال أما خارج هذا النطاق فلا تنطبق الحماية، وفي رأىي فإن هذا لا يعد الوضع المثالى فكأن المشرع المصرى تبنى السرية بالمعنى الضيق وهو ما من شأنه ان يشكل قصور في الحماية.

ب. ذات قيمة تجارية بالنظر لكونها سرية،  
ت. أخضعت لأجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذى يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها".

<sup>1</sup> Deborah E. Bouchoux, Esq., Intellectual property- The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets, Delmar Cengage learning, 4<sup>th</sup> ed., p.471- 472.

<sup>2</sup> وفي هذا الصدد يعرض الفقه لعدد من الفروض حين لا تتمتع المعلومات بسرية مطلقة ومع ذلك يصدق عليها وصف الأسرار التجارية ومن ذلك: فتوافر المعلومات السرية لعدد محدود من المشروعات المنافسة لا يؤدي إلى زوال صفتها السرية طالما ان المعلومات غير معروفة على نطاق واسع في مجال التخصص، كذلك فمن الممكن ان يتوصل أكثر من مشروع إلى ذات المعلومات في وقت واحد من خلال البحث والتطوير أيضا مع بقائها غير معلومة للكافة في مجال التخصص، انظر د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، المرجع السابق، ص ٢٣، ٢٤.

<sup>3</sup> د. ضياء خالد عمر محيرز، النظام القانوني لحماية المعلومات غير المفصح عنها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٣، ص ٥٤.

## - على المستوى الداخلى للشركة أو المنشأة:

بطبيعة الحال من غير المتصور ان يستأثر شخص واحد بعينه دون الآخرين فى المنشأة بالسر التجارى<sup>١</sup>، ففى داخل الشركة يقتضى الأمر بالضرورة ان يعلم عدد معين من الأشخاص- وفى الغالب يكون من اللازم الكشف لهم عن السر التجارى حتى يتمكنوا من مباشرة عملهم- فإذا تجاوز الكشف عن المعلومة هذا العدد إلى عدد آخر من العاملين الذين لا يحق لهم الاطلاع عليها فهنا لا يمكن القول بسرية هذه المعلومات، أيضا فالشركة أو المنشأة فى تعاملاتها مع غيرها من المنشآت قد تضطر إلى الكشف عن معلومات سرية لضرورات يقتضيها العمل وفى هذا الفرض لا ينتفى وصف السرية أيضا طالما ان المعلومات عرفت بينهم بأنها سرية، ومن المتعارف عليه ان مالك السر التجارى يلزم من يكشف لهم عنه فى هذه الأحوال بأن يوقعوا على اتفاق سرية من قبيل الاحتياط<sup>٢</sup>.

### ب. ذات قيمة تجارية نظرا لكونها سرية:

إذ تعتبر المعلومة ذات قيمة عالية وهامة بالنسبة لصاحب المنشأة أو منافسيه، فهذه المعلومة تعطى لصاحبها مزية تنافسية يتقدم بها على غيره من المنافسين فى السوق، ومن أمثلة<sup>٣</sup> تلك المعلومات برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات وقوائم الموردين، الخطط التجارية، فكل هذه المعلومات من شأن قيمتها التجارية ان تنخفض كما زاد عدد من يتوافر لديه العلم بهذه المعلومات، ويجدر الإشارة فى هذا الصدد ان المعلومات ينبغى ان تكون "ذات قيمة مستقلة"<sup>٤</sup>، فتنبع قيمتها من سريتها وليس فقط من المعلومات ذاتها وما تشكله من أهمية فى التشغيل أو الانتاج.

<sup>١</sup> إذا دائما ما يتم التأكيد على ان المقصود بالسرية ليست السرية المطلقة، وإنما هى سرية نسبية بطبيعة الحال، فينتقد جانب من الفقه المصطلح الذى استعملته اتفاقية التريبس "معلومات غير المفصح عنها" لأنه يرى أنه لا يشتم بالدقة وقد يحدث لبسا، لأنه يوحى خلافا للواقع ان الإفصاح عن المعلومات لعدد قليل من الأفراد يؤدي إلى زوال السرية، رأى الأستاذ Gervais مشار إليه لدى د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، المرجع السابق، ص ١١٧.

<sup>٢</sup> د. أحمد صدقي محمود، الحماية الوتئية لحقوق الملكية الفكرية وفقا لأحكام القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٥١، ٥٢.

<sup>٣</sup> د. ضياء عمر محيرز، الرسالة، المرجع السابق، ص ٦١.

<sup>٤</sup> د. ضياء عمر محيرز، الرسالة، المرجع السابق، ص ٦٣.

ج. أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذى يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها:

يعد هذا الشرط أكثر الشروط أهمية، ذلك انه يعد من المؤشرات القوية التى تبحثها المحكمة لتقدير سرية معلومة معينة وما لها من قيمة اقتصادية، يرجع ذلك إلى أنه كلما كان التوصل للمعلومة على قدر من الصعوبة كلما توافر شرط القيمة التجارية وهو ما يعد قرينة قوية على أنها أسرار تجارية، ولم تحدد الاتفاقية أو القوانين الوطنية للدول إجراءات معينة ينبغى لمالك المنشأة اتباعها لكن اكتفى بمعيار معين - فوفقا لاتفاقية التريبس وسايورها فى ذلك المشرع الأمريكى - تبنى معيار "المعقولة حسب الظروف" فوفقا لظروف كل حالة على حدة ينبغى ان تكون التدابير المتخذة لحماية السرية معقولة أخذا فى الاعتبار طبيعة المعلومة وأهميتها ونوع النشاط المستخدمة فيه، الأمر الذى يعطى سلطة تقديرية للمحكمة ومرونة فى تطبيق القانون لمواجهة كافة الفروض الواقعية التى قد تعرض لها والتى لا تقع تحت حصر، وعلى الجانب الآخر فإن المشرع المصرى قرر معيار "الفاعلية" لتقدير إجراءات الحفاظ على السرية فقررت م ٣/٥٥ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية اشترطت ان تكون الإجراءات فعالة أى قادرة على حماية المعلومات السرية، وعموما فإن قوة التدابير المتخذة وفعاليتها تدل على جدية مالك المعلومات، ومن أمثلة الإجراءات التى قد تتخذ لحماية السرية: وضع الملفات السرية فى خزائن واستخدام رموز أو كلمات سرية سواء للخزائن أم الأبواب التى تحفظ خلفها المعلومات، حظر دخول الأماكن التى توجد بها المعلومات، وضع لافتات تتضمن تحذيرات على الأوراق والملفات تفيد سريتها<sup>١</sup>.

ثانيا: تمييز الأسرار التجارية عن غيرها من المصطلحات:

مما يميز الأسرار التجارية نطاقها الواسع بحيث تشمل المعارف، طرق التصنيع - وإن كانت معروفة للكافة - لكنها تستغل بطريقة مختلفة لدى شركة أو مكان معين،

<sup>١</sup>د.حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، المرجع السابق، ص ١١٩.

وكما تشمل أيضا البيانات الإدارية وبهذا أصبحت قوائم العملاء من قبيل الأسرار التجارية.

هذا النطاق الواسع أدى إلى تداخل بين الأسرار التجارية وبعض المصطلحات وحقوق الملكية الصناعية الأخرى، لعل أبرزها نظام براءات الاختراع والمعرفة الفنية Know- How لذا فإن من الأهمية الوقوف على وجود تحديد في المصطلحات، وذلك لأهمية تحديد النظام القانوني لكلا منها.

### ١. الأسرار التجارية وبراءات الاختراع:

يعرف الفقه<sup>١</sup> براءة الاختراع بأنها: "الشهادة التي تمنحها الدولة للمخترع، ويكون له بمقتضاها حق إحتكار وإستغلال إختراعه ماليا لمدة محددة وبأوضاع معينة". براءة الاختراع تعد اعتراف من المجتمع للمخترع بحق إحتكار-مؤقت- على إختراعه ونظرا لأن هذا الاختراع وليد مجهوده وجهوده الذهنية، فهو على هذا النحو يعد من قبيل مكافأة تمنح للمخترع من قبل المجتمع<sup>٢</sup>.

بالتالى فإذا توصل مخترع لاختراع معين فيجب ان يتبع الاجراءات المقررة فى بلده للحصول على براءة الاختراع، وفى هذا الإطار فإن غالبية الدول تقرر حماية براءات الاختراع على أساس من فكرة الاستثنائ وذلك ما يتبدى فى إعطاء المخترع الحق المطلق فى استغلال إختراعه - بنفسه أو بواسطة الغير - لمدة محددة، هذه المدة حددها القانون المصرى بعشرون عاما (م ٩ قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢)، وهى ذات المدة المقررة فى أغلبية التشريعات المقارنة الحديثة.

ويشترط لتمتع المخترع بهذا الإحتكار المؤقت ان يتقدم بإعلان رغبته فى الحصول على براءة الاختراع إلى الجهات المختصة شرط ألا يكون - قبل إتخاذ هذا الإجراء- قد أذاع أو أفشى ذلك الإبتكار، لأن فى هذه الحالة وقبل الحصول على براءة الاختراع يصبح فى إمكان الجميع استغلال هذا الإختراع ماليا دون الرجوع للمبتكر

<sup>١</sup>د.سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ٥١.

<sup>٢</sup>د.جلال وفاء محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية، المرجع السابق، ص ٥٠.

ودون أدنى مسئولية في جانبهم، وبمجرد مضي المدة السابقة يصبح الاختراع متاحا للجميع وينقضى استئثار المخترع به بإنهاء تلك المدة.

من العرض السابق قد يبدو أنه لا مجال للتداخل بين مفهوم براءة الاختراع والأسرار التجارية، غير ان التداخل موجود ليس على مستوى المصطلحات وإنما على مستوى الحماية القانونية، فبراءة الاختراع وإن تم تقديمها بداية لحماية الابتكارات، ويرى جانب من الفقه<sup>1</sup> انها من وسائل احتكار التكنولوجيا في العلاقة بين الدول المتقدمة والدول في طور التقدم، إلا ان حاليا قد يفضل البعض - الشركات تحديدا - حماية ابتكاراتها واختراعاتها الجديدة من خلال الأسرار التجارية وليس من خلال اجراءات براءة الاختراع وذلك لأن المعلومات والمعارف اليوم أصبحت تشكل جزء قيما من أصول الشركات، لعلها أصبحت أكثر أهمية من الأصول المالية، وخرجت عملية الاختراع عن مجرد كونها وليدة فكرة لدى مبتكر أو مخترع فقام بتنفيذها وبيحث بعد ذلك عن توثيق حقه تمهيدا لاستغلاله لصالحه بنفسه أو لصالحه بواسطة الغير.

فاليوم الشركات والكيانات الاقتصادية الكبرى تمتلك عدد من المعامل والمختبرات يعمل فيها العديد من المختصين بشكل منظم للوصول إلى مبتكرات واختراعات جديدة تُسهم في أليات عمل تلك الشركات على المستوى الصناعي أو التقني، الأمر الذي أصبح معه فكرة الحماية لفترة مؤقتة غير مجد، أو غير مثمر بالنسبة للشركة التي سعت لوجود الاختراع بداية وقامت بتمويله لتستخدمه لصالحها، بالتالي فإذا قامت تلك الشركات بحماية الابتكارات عن طريق الأسرار التجارية فهي تضي عليها السرية وبالتالي الاستئثار إلى مدة غير محددة سلفا ولا تنتهي إلا بإفشاء الابتكار أو حال ان توصل الغير بطرق مشروعة إلى نفس النتائج التي أدت إلى الابتكار<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>أ.حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا دراسة في الأليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، ١٩٨٧، ص١١٩. ويشير إلى ان المحك الرئيسي والذي من شأنه ان يزيد القدرة التنافسية للمشروع يتكون من عنصران: الأول: السرية، الثاني: عدم إمكان حماية هذه المعارف عن طريق براءات الاختراع، وهنا نرى إمكانية حماية هذه المعارف عن طريق الأسرار التجارية.

<sup>2</sup> David S. Almelng, Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important, Berkeley Tech. Law Journal, Vol 27, 2012, p.1104.

## ٢. الأسرار التجارية والمعرفة الفنية Know-How:

تعددت تعريفات المعرفة الفنية لكن يمكن الرجوع إلى التعريف الذى وضعه البرلمان البريطانى عند إقراره القانون المالى عام ١٩٦٨ على أنها: "معلومات وتقنيات صناعية تؤدى إلى إيجاد منتج أو وسيلة أو بضائع أو آلات فى مجال العمل، أو تؤدى إلى إيجاد منتج ... فى مجال العمل، أو إدارة العمليات الزراعية والصناعية والغابات .."<sup>١</sup>

المعرفة الفنية تتميز على هذا النحو عن براءات الاختراع لأنها لا تقتصر على الابتكار ذاته بل هى تتعلق بصورة أساسية "بوضع السياسات الاستراتيجية للمشاريع"<sup>٢</sup>، فهى تتصل بطرق العمل والمهارت والخبرات الفنية التى تكتسب من الممارسة الفعلية للأعمال وسواء كان أساس تلك الطرق معارف تم نيل براءة اختراع عنها أو لا.

وعموما فإن تعريف المعرفة الفنية يتجاوزه الفقه بين التوسيع والتضييق فى إطار ما يشمله من طرق للعمل وهل تقتصر على الطرق الصناعية فقط أم تتعداها إلى وسائل الانتاج والمعارف الإدارية، وهو الأمر الذى يُحدث خلط بين الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، فيرى جانب من الفقه<sup>٣</sup> أنهما مترادفان ويعبر بأحدهما عن الآخر، بينما يرى اتجاه آخر<sup>٤</sup> تميز مفهوم المعرفة الفنية عن الأسرار التجارية ويتناول فى هذا الصدد تعريفات المعرفة الفنية ضيقا واتساعا وهو ما يتأثر بالنظم القانونية بصفة أساسية من ناحية .

ومن ناحية أخرى يرى جانب من الفقه<sup>٥</sup> أن الأساس فى مسألة تعريف المعرفة الفنية وتمييزها عن الأسرار التجارية هو فى تحديد من الأوسع نطاقا بحيث يشمل الآخر، وإن كنت أرى من جماع التعريفات ومحاولات التفرقة ان المعرفة الفنية لها مفهوم

<sup>١</sup> Finance Act 1968, section 1(4).

<sup>٢</sup> إبراهيم محمد يوسف عبيدات، النظام القانونى للأسرار التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، ٢٠١٢، ص ٤٢.

<sup>٣</sup> د. سميحة القليوبى، الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

<sup>٤</sup> د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها.

أشار المؤلف فى ص ١١٠ إلى أقول نظام براءات الاختراع لحساب المعرفة الفنية، إذ تفضل المشروعات الكبرى الاحتفاظ باكتشافاتها التكنولوجية الأكثر أهمية سرا حتى لو توافرت فيها الشروط القانونية للحصول على براءات الاختراع، وهو ما يكشف عن درجة التداخل بين الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، لأن ما سبق ينطبق تماما على الأسرار التجارية وهو محل دراسة لأن الشركات فى الوقت الحالى تحتفظ باختراعاتها عن طريق الأسرار التجارية وليس براءة الاختراع.

<sup>٥</sup> د. إبراهيم محمد يوسف، الرسالة، المرجع السابق، ص ٤٥.

يتصل بفتيات العمل بالدرجة الأولى ولا يمتد إلى الأعمال والبيانات الإدارية الأمر الذى يمكن ان تدرج معه المعرفة التجارية فى نطاق الأسرار التجارية كالعديد من حقوق الملكية الصناعية الأخرى .

### ثالثاً: الحماية القانونية للأسرار التجارية فى ضوء اتفاقية التريس :

إن أهم ما يقرر الحماية للأسرار التجارية ويشكل الأساس القانونى لما يشرع لتنظيم وتنفيذ الضمانات التى تتمثل فى ضمان الحد الأدنى للحماية لحقوق الملكية الفكرية هو اتفاقية التريس "الجوانب الاقتصادية المتصلة بحقوق الملكية الفكرية"، وعلى المستوى الوطنى والداخلى فى مصر قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، ولائحته التنفيذية رقمى ١٣٦٦ لسنة ٢٠٠٣، ٤٩٧ لسنة ٢٠٠٥، وقبل ذلك نظم المشرع المصرى حماية الأسرار الصناعية والتجارية فى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تأسيساً على أحكام المنافسة غير المشروعة، وذلك بما يشمل التعدى على كل من علامات الغير، اسمه التجارى، أسراره الصناعية<sup>١</sup>.

يوجد عدد من الاتفاقيات التى تحمى حقوق الملكية الفكرية والأسبق تاريخياً من اتفاقياً التريس، وقبل دراستها يجدر إلى الإشارة إلى دور منظمة الويبو WIPO<sup>٢</sup> المنظمة العالمية للملكية الفكرية، فى ضوء تنامى أهمية حقوق الملكية الفكرية أخذت المنظمة على عاتقها نشر الوعى لحماية الملكية الفكرية على المستوى العالمى، وفى سبيل قيام الويبو بهذه المهمة فقد ساهمت فى إقرار العديد من الاتفاقات والمعاهدات التى تتعلق بالملكية الفكرية وبغرض تحفيز الدول لوضع قواعد موضوعية وإجرائية تضمن حماية حقوق الملكية الفكرية ومنها:

<sup>١</sup> إن القدر المتفق عليه هو ان المشرع المصرى لم يأخذ بحماية الأسرار التجارية تأسيساً على الملكية وإنما إتخذ اتجاه اتفاقية التريس فى خصوص الحماية من خلال قواعد المنافسة غير المشروعة ( متعارف عليها فى القنون الأمريكى - فى إطار أضيق - وهى علاقة الثقة لأنها تشمل العمال وتكملها فكرة الملكية، ومع ذلك ففى القانون المصرى تخول الأسرار التجارية صاحبها حقاً استثنائياً نظراً لما بذله من جهد مالى وفتى سواء فى التوصل للمعلومات، طرق الانتاج، أو حتى البيئات أو فى الحفاظ على سريتها من جهة أخرى، ويرى البعض ان المشرع المصرى وإن لم يقرر حق الملكية فى خصوص الأسرار التجارية إلا ان اعترف بأنها يرد عليها الحيابة، لكنى أرى ان ذلك مردود عليه بأن مصر باعتبارها دولة تنتمى للنظام اللاتينى فلا تأخذ بنظرية الملكية بالمعنى المتعارف عليه فى الولايات المتحدة، على ان ذلك لا ينفى استفادتها من تلك النظرية بصورة مباشرة كما فى حماية الأسرار التجارية تأسيساً على الحيابة إلا ان - كما سبق البيان- فإن الفقه الفرنسى يرى ان القول بالملكية فى هذا الصدد يتنافى مع القانون الوضعى، وحتى مع الاعتراف بالحيابة فإن ذلك لا يعنى امكانية تحول الحيابة إلى ملكية. راجع فى هذه الحجج والنقاش المفصل حولها: د. ابراهيم محمد يوسف عبيدات، الرسالة، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

- اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية ١٨٨٣

- اتفاقية بيرن ١٨٨٦ لحماية الحقوق الأدبية والفنية

- اتفاقية التريبس: وقد جاءت تلك الاتفاقية كنتيجة لمجهودات الشركات القابضة العالمية على كافة المستويات من أجل إقرار حماية فعالة للملكية الفكرية وبإقرار تلك الاتفاقية تم إضفاء الشرعية الدولية على حماية الملكية الفكرية، يعتبر من شروط الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية -إحدى منظمات الأمم المتحدة- الانضمام لاتفاقية التريبس، ولعل أهمية تلك الاتفاقية وقوة أثرها يرجع إلى إلزام الدول الأعضاء فيها بضمان حماية فعالة للملكية الفكرية من خلال تشريع القوانين الوطنية التي تكفل تلك الحماية، ونصت اتفاقية التريبس بصورة واضحة على حماية الأسرار التجارية تحت مصطلح " المعلومات غير المفصح عنها"<sup>١</sup>.

وتتميز إتفاقية التريبس بالذات في خصوص الملكية الفكرية عموماً والمعلومات غير المفصح عنها - الأسرار التجارية - خصوصاً للأسباب - أو يمكن القول بالميزات التالية:

- الإحالة في شأن الحماية إلى كافة الاتفاقات الدولية الرئيسية المبرمة في مجال الملكية الفكرية فتستوعب أهم الأحكام الموضوعية التي تتضمنها هذه الاتفاقيات مما وسع من إطار الحماية ودعمها<sup>٢</sup>.

- تعتبر أول اتفاقية دولية تضع أحكاماً تفصيلية لمنع وتسوية المنازعات بين الدول الأعضاء فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات التي فرضتها عليها الاتفاقية وذلك عن طريق الإحالة إلى القواعد والاجراءات الواردة بمذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات.

<sup>١</sup> وفي هذا الخصوص أشار الفقه إلى أن السبب وراء تبنى تلك التسمية أثناء صياغة الاتفاقية وعدم النص على الأسرار التجارية، أو المعلومات السرية هو حتى لا يرتبط معنى المصطلح الذي تستعمله الاتفاقية بمعناه المعروف في النظام القانوني الداخلي لدولة معينة، راجع د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، الحماية المعلومات غير المفصح عنها، المرجع السابق، ص ٧.  
<sup>٢</sup> لمزيد من التفصيل راجع مؤلف د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التريبس) - دراسة تحليلية تشمل أوضاع الدول النامية مع الاهتمام ببراءات الاختراع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

- أوجبت على الدول الأعضاء اتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ حقوق الملكية الفكرية ضمن القوانين الوطنية.
- وسعت الاتفاقية من نطاق المعلومات التي تدخل في إطار الحماية، إلى جانب المعلومات السرية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين والتي تقع تحت رقابتهم بصورة قانونية، شملت الحماية بموجب الاتفاقية البيانات ونتائج الاختبارات التي يلزم تقديمها إلى الجهات الحكومية المختصة من أجل الحصول على ترخيص الأدوية والبيانات وغيرها من المنتجات الكيميائية الزراعية .
- كما اعتبرت اتفاقية التريبس المعلومات غير المفصح عنها من قبل حقوق الملكية الفكرية وأسست حمايتها على أساس من قواعد المنافسة غير المشروعة<sup>1</sup>.  
إذا كانت هذه الاتفاقيات على المستوى الدولي، فإنه يوجد على المستوى الإقليمي تشريعات لحماية الأسرار التجارية ومن ذلك التوجيه الذي أقره البرلمان الأوروبي في ١٦ أبريل ٢٠١٦ والخاص بحماية المعلومات غير المفصح عنها والمعرفة الفنية في مواجهة الحيازة غير المشروعة والكشف عنها وذلك على مستوى دول الاتحاد الأوروبي الذي منح أعضائه فترة انتقالية مدتها عامين لتوفيق الأوضاع وتنفيذ ما جاء بالتوجيه.

## الفرع الثاني

### شروط قبول دعوى الدفاع عن الأسرار التجارية

تعد فكرة الحماية القضائية من صميم موضوعات قانون المرافعات، وهي الركيزة الأساسية لاضطلاع القانون الإجرائي بدوره في وضع الحقوق والمراكز القانونية موضع التنفيذ سواء حال الاعتداء عليه أو التهديد بالاعتداء عليها أو حال وجود تجهيل حول حق أو مركز معين، وإذا كنا بصدد دراسة دور القانون الإجرائي في حماية الأسرار التجارية باعتبارها أحد أهم حقوق الملكية الفكرية، فيجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع المصري قد أولى عناية كبرى بتنظيم الحماية الوقتية

<sup>1</sup>د.ضياء خالد عمر محيرز، الرسالة، ص ١٣٠.

للأسرار التجارية " المعلومات غير المفصح عنها" وذلك في ضوء التزامات مصر باتفاقية باريس واتفاقية التريبس، أيضا يعترف المشرع المصري بالحماية الموضوعية للأسرار التجارية تأسيسا على دعوى المنافسة غير المشروعة، لذا فإن أي شخص تم التعدي على أسرارته التجارية ان يرفع دعوى أمام القضاء مطالبًا بحقه في الأسرار التجارية، غير أنه في جميع الأحوال يجب ان يراعى التالي:

- يجب في البداية ان تثبت المحكمة من ان الدعوى المرفوعة تتعلق بالأسرار التجارية بالفعل وتبدو أهمية ذلك في تحديد نطاق أعمال القواعد التي تتعلق بالأسرار التجارية<sup>١</sup>.

- ان تتحقق المحكمة من توافر الصفة والمصلحة في الدعوى، وهو الأمر الذي قد يشكل قدر من الصعوبة في قضايا الملكية الفكرية عموما نظرا لتشابك العلاقات التي يمكن ان يهددها الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية<sup>٢،٣</sup>.

تعد نقطة البداية هي الوقوف على تحقق عنصرى الصفة والمصلحة في الدعوى، والأخيرة بتعريفها هي الفائدة العملية التي تعود على المدعى إذا حكم له بطلباته وتتوافر حال الاعتداء الفعلى أو التهديد بالإعتداء وهو ما يستلزم توضيح صور التعدي على الأسرار التجارية وكذلك الصفة في قضايا الأسرار التجارية.

**أولاً: المصلحة في الدعوى دفاعاً عن المعلومات غير المفصح عنها (الأسرار التجارية):**

المصلحة في الدعوى وفقاً لنص م ٣ من قانون المرافعات<sup>٤</sup> يجب ان تكون مصلحة قانونية أي تستند إلى حق يحميه القانون<sup>١</sup>، وبهذا المعنى فإن المصلحة في دعاوى الدفاع عن الأسرار التجارية هي مصلحة قانونية تأسيساً على:

<sup>١</sup>د.محمد جمال الدين الأهواني، حماية القضاء الوقتى لحقوق الملكية الفكرية ( مقتضيات السرعة وإزالة العقبات ) ، الطبعة الأولى، ٢٠١١، بدون دار النشر، ص ٦٠.

وفي حال تحققت المحكمة من تكيف موضوع الدعوى المعروضة عليها ووجدت انها لا تتعلق بالأسرار التجارية، فلا يترتب على ذلك أي جزء إجرائي كعدم قبول الدعوى- طالما توافرت الصفة والمصلحة- غاية الأمر ان القواعد الخاصة بالأسرار التجارية لن تنطبق، وفي جميع الأحوال فمن المستقر ان القاضى لا يتقيد بالتكليف القانونى الذى يضيفه الخصوم على وقائع الدعوى المرفوعة إلى المحكمة ، فالقاضى يطبق القانون.

<sup>٢</sup>د. أحمد صدقى، الحماية الوقتية لحقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٩٦.

<sup>٣</sup>تتمتع الأسرار التجارية بالحماية القضائية الموضوعية (بالمطالبة مدنيا بالتعويض حال الاعتداء عليها أم جنائيا إذا شكل الاعتداء على الأسرار التجارية جريمة جنائية) والحماية القضائية الوقتية أيضا.

<sup>٤</sup>نص م ٣ من قانون المرافعات على أنه: " لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى دفع استنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية و مباشرة وقائمة بقراها القانون.. " ، وبالتطبيق على مسائل الأسرار التجارية:

- نص المادة ٦٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩:

والتي تقرر الأتي: "يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسرار الصناعات التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسرار أو ترك العمل عنده وكذلك كل فعل يكون من شأنه إحداث لبس في المتجر أو في منتجاته أو إضعاف الثقة في ماله أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته".  
وبهذه المثابة يكون القانون قد قرر صراحة الحماية القضائية للأسرار التجارية والتي أوردها النص تحت تعبير "الأسرار الصناعية"

- أيضا المادة ٥٨ من قانون حماية الملكية الفكرية: والتي نصت على مجموعة من المؤشرات الدالة على المنافسة غير المشروعة، وللقاضي ان يستعين بها في الوقوف على صحة تحقق أى صورة من صور التعدي على الأسرار التجارية "المعلومات الغير مفصح عنها" من عدمه<sup>٢</sup>.

فإذا كانت المصلحة في الدفاع على الأسرار التجارية قانونية بما مفاده استنادها إلى حق يقره القانون وهو الحق في المنافسة المشروعة، فإنه ينبغي أيضا ان تتحقق أحد صور الإعتداء التي نصت عليها النصوص السابقة وذلك حتى تكون المصلحة

---

أولا: يجب توافر شروط قبول الدعوى ليس فقط في الدعوى التي ترفع ابتداء للمطالبة بالحماية القضائية للأسرار التجارية حل الإعتداء عليها بأى صورة من صور الإعتداء، وإنما أيضا في أى دفع يهدف إلى الحفاظ على سرية هذه المعلومات إذا كان مش شأنها أن تتعرض للكشف أثناء أى إجراءات قضائية وحتى إذا لم يكن موضوع الدعوى الأصلية الدفاع عن الأسرار التجارية. ثانيا: نجد الحماية القانونية للأسرار التجارية أساسها في قانون الملكية الفكرية(م٨٥)، قانون التجارة الجديد(م٦٦) إلى جانب الحماية المقررة أصلا بموجب القانون الإجرائي.

١.د.فتحى والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ٢٠٠٩، ص ٥٧.  
٢م ٥٨ من قانون حماية الملكية الفكرية: "تعد الأفعال الآتية على الأخص متعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة وينطوي ارتكابها على منافسة غير مشروعة: ١. رشوة العاملين في الجهة التي تحوز المعلومات بغرض الحصول عليها ٢. التحريض على إفشاء المعلومات من جانب العاملين إذا كانت تلك المعلومات قد وصلت إليهم بحكم وظيفتهم ٣. قيام أحد المتعاقدين في عقود سرية المعلومات بإفشاء ما وصل إلى علمه منها ٤. الحصول على المعلومات من أماكن حفظها بأى طريقة من الطرق غير المشروعة كالسرقة أو التجسس أو غيرها ٥. الحصول على المعلومات باستعمال الطرق الاحتمالية ٦. استخدام الغير للمعلومات التي وردت إليه نتيجة الحصول عليها بأى من الأفعال السابقة مع علمه بسريتها وبأنها متحصلة عن أى من هذه الأفعال، ويعتبر تعديا على المعلومات غير المفصح عنها ما يترتب على الأفعال المشار إليها من كشف للمعلومات أو حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير الذي لم يرخص له الحائز القانوني بذلك".

واقعية، بمعنى ان يوجد مبرر واقعى للدعوى وهو توافر الضرر الحال أو الضرر المحتمل<sup>١</sup>.

ويمكن رد صور الاعتداء السابق بيانها إلى طائفتين أساسيتين<sup>٢</sup>:

الأولى: إلحاق الضرر بصاحب الحق فقط، وذلك فى الفرض الذى يقوم فيه أحد المنافسين بإذاعة أحد الأسرار التجارية لمنافسه والذى وصل إليها بطريق غير مشروع، وتحقق هذه الصورة يغلب عليها وصف الممارسات غير الشريفة أو ترتب ضررا لصاحب المعلومات.

الثانية: التقليد: يقدر جانب من الفقه<sup>٣</sup> ان تحقق التقليد كأحد صور التعدى فى خصوص المعلومات غير المفصح عنها، ان يتم سرقة المعلومات فى البداية ، ثم يعمد السارق إلى استغلالها بعد إدخال بعض التعديلات غير الجوهرية على محتوى المعلومات ليوحى بتغيير محتوى تلك المعلومات ليصل فى النهاية إلى نسبة المعلومات لنفسه.

وفعل الإعتداء يشكل ضرر حال إذا تحققت بالفعل النتيجة التى يعمد إليها وذلك إذا حاول أحد المنافسين تحريض أحد العمالين لدى مشروع منافس والذى يعلم بأحد الأسرار التجارية للمنشأة التى يعمل بها، وبالفعل استجاب هذا العامل وتم إقشاء السر التجارى بطريق غير مشروع ، ففى هذه الحالة يتوافر الضرر الحال.

على الجانب الآخر فى خصوص الحماية الوقائية، أرى أنها غير متصورة فى الأسرار التجارية بنفس المفهوم فى صدد غيرها من حقوق الملكية الفكرية فإذا كانت الضرر المحتمل يشكل مصلحة فى رفع الدعوى وذلك إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه(م ٢/٣ مرافعات)، فإن الأمر يندق فى خصوص الأسرار التجارية فى الغالب الأعمال

<sup>١</sup> وهو ما يشير إليه دائما الفقه بأن حدوث الاعتداء على الحق (سواء كان حال أم محتمل) هو مناط الحاجة إلى الحماية القضائية، فإذا لم تكن واقعة الاعتداء تحرم صاحب الحق أو المركز القانونى من أحد منافعه فلا تكون به حاجة للحماية القضائية وبالتالي للدعوى "الدعوى تدور وجودا وعمدا مع الحاجة إلى الحماية القضائية، ويتحدد نطاقها بهذه الحاجة"، د. فتحى والى، الوسيط المرجع السابق، ص ٥٨.

<sup>٢</sup> محمد جمال الدين الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ١٠٦.

<sup>٣</sup> محمد جمال الدين الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ١١٦.

التي تمهد للوصول للأسرار<sup>١</sup> لا تبرر إتخاذ إجراء وقّتي، كما ان الاجراءات الوقّتيّة التي قررّها المشرع في قانون الملكية الفكرية وقانون المرافعات من شأنها ان تحد - في رأيي - من إفشاء السر على نطاق أوسع، لأنه مثلا في حالة وصل أحد المنافسين بطريقة غير مشروعة إلى أحد الأسرار التجارية لكنه تم إيقافه قبل استخدام هذا السر، فالضرر قد وقع بالفعل لأنه علم بالسر ولكنه لم يستخدمه أو يستفد منه بعد، وهذا الفرض الأخير هو افتراض نظري أيضا، لأنه في ظل التطور التكنولوجي قد يكون الدليل على وصول الغير للسر التجاري هو بعد إذاعته، أو بعبارة أخرى قد لا يكتشف اختراق نظام المعلومات الخاصة بالشركة - على سبيل المثال- إلا بعد حدوثه، لذا قرر المشرع الحماية الوقّتيّة لحقوق الملكية الفكرية - ومن ضمنها الأسرار التجارية أو المعلومات غير المفصح عنها- والتي تجد مجالها للتطبيق بما يتناسب مع خصوصية الأسرار التجارية<sup>٢</sup>، وفقا لعدد من الشروط لعل أهمها اثبات واقعة الاعتداء<sup>٣</sup>، وهو الشرط الذي يتناسب في التطبيق مع جميع حقوق الملكية الفكرية على اختلاف طبيعة كلا منها من جانب، وبحسب نوع الاعتداء من جانب آخر<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> وهو ذات الأمر الذي أشار جانب من الفقه إليه من ان الأعمال التحضيرية لا تشكل اعتداء يبهر المطالبة باستصدار قرار تحفظي أو وقّتي لحماية حقوق الملكية الفكرية، فمثلا إذا نازك لدى صاحب العمل ان أحد العاملين لديه يتردد على منافسه ويخشى من ان يفشى الأول للثاني أحد الأسرار التجارية لمنشأته فإن هذا لا يشكل مصلحة محتملة تبرر رفع دعوى، أو طلب استصدار إجراء تحفظي، د. أحمد صدقي، الحماية الوقّتيّة لحقوق الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص ٢٨، ٢٧.

<sup>٢</sup> د. أحمد صدقي، المرجع السابق، ص ١٢١.

<sup>٣</sup> تعد نقطة البداية هي اثبات واقعة الاعتداء حتى يتجنب المدعي ضياع الدليل عند اللجوء إلى القضاء الموضوعي سواء القضاء المدني أو الجنائي لنظر الدعوى الموضوعية طلبا للحماية القضائية على النحو المقرر قانونا، أيضا فإنه وفقا للمادة ١/٥٠ من اتفاقية التريس يمكن للسلطات القضائية ان تتخذ "تدابير مؤقتة فورية وفعالة (ب) لصون الأدلة ذات الصلة فيما يتعلق بالتعدي المزعوم".

<sup>٤</sup> يشير الفقه في هذا الصدد إلى الحد الذي يمكن ان تتخذ في إطاره الاجراءات الوقّتيّة فبدائية:

- غالبا ما تصدر الاجراءات الوقّتيّة في غيبة الخصم الآخر لاسيما إذا كان من المرجح ان يؤدي التأخير إلى إلحاق أضرار بصاحب الحق يصعب تعويضها- وهو ما يصدق على الأسرار التجارية- أو بالفعل توجد خطورة تتمثل في احتمال إتلاف الأدلة التي تثبت وقوع الاعتداء ( وهو الصورة التي تصدى لها المشرع وفقا للقواعد العامة - الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه).

- أيضا يمكن لصاحب المصلحة في الطلب ان يطلب إجراء حصر ووصف تفصيلي للأدوات والآلات التي قد تكون استخدمت أو قد تستخدم في الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون لذات السبب حتى لا يتم العبث بها أو إتلافها وبالتالي ضياع الدليل على الاعتداء.

راجع د. أحمد صدقي، المرجع السابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

على النحو السابق فإن الحماية الوقائية للأسرار التجارية بوصفها أحد حقوق الملكية الفكرية ترجع فى أساسها إلى الدعاوى الوقائية ومن تطبيقها دعوى اثبات الحالة والتي نص عليها المشرع فى م ١٣٣ من قانون الإثبات<sup>١</sup>.

### نطبقا لما سبق فإن المصلحة تنفى فى حالات الاستخدام العادل (المشروع) للمعلومات غير المفصح عنها:

وعلى الجانب الآخر لا تتوافر المصلحة بأوصفها القانونية والعملية، وبالتالي يندفى أحد شروط قبول الدعوى أو الدفع دفاعا عن الأسرار التجارية، وهى الحالات التى تعد من قبيل الاستخدام العادل لحقوق الملكية الفكرية وفقا لاتفاقية التريبس والقانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية، وذلك على سند من أنها لا تتعارض مع الممارسات التجارية الشريفة وهى<sup>٢</sup>: الحصول على المعلومات من المصادر العامة المتاحة، الحصول على المعلومات نتيجة بذل الجهود الذاتية والمستقلة بغرض استخراج المعلومات من خلال الفحص والاختبار والتحليل للسلعة المتداولة فى السوق والتي تتجسد فيها المعلومات غير المفصح عنها، الحصول على المعلومات نتيجة جهود البحث العلمى والابتكار والاختراع والتطوير والتعديل والتحسين التى يبذلها المجتهدون مستقلين عن صاحب المعلومات، حيازة واستعمال الوسائل المعروفة والمتاحة والتي يجرى تداولها فيما بين المشتغلين بالفن الصناعى الذى تقع المعلومات فى نطاقه.

### ثانيا: الصفة فى الدعوى دفاعا عن المعلومات غير المفصح عنها (الأسرار التجارية):

وفقا للقاعدة العامة المقررة فى قانون المرافعات ان الصفة من الشروط الإيجابية لقبول الدعوى، والأصل ان من يرفع الدعوى هو المعتدى على حقه وذلك فى

<sup>١</sup> م ١٣٣ من قانون الإثبات: "يجوز لمن يخشى معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع أمام القضاء ان يطلب فى مواجهة ذوى الشأن وبالطرق المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة .."  
<sup>٢</sup> م ٥٦ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، ويدخل فى ذات الإطار ما تقوم به الجهات المختصة من الكشف عن المعلومات للضرورة التى تقتضيها مصالح الجمهور، وتبدو المصلحة فى حماية جمهور المتعاملين مع منتج معين بعد تصنيعه وذلك مثلا بالاعتراف على مكوناته ومعرفة الآثار الجانبية التى قد ترتب على استخدامه وما إلى ذلك.

مواجهة المعتدى<sup>١</sup>، وبالتالي فإن من يرفع الدعوى دفاعاً عن السر التجارى يجب عليه تقديم ما يثبت صفته تطبيقاً لما ورد فى قانون المرافعات فى هذا الصدد، والمدعى فى الدعوى المرفوعة بصدد الأسرار التجارية قد يكون صاحب الحق أو من يخلفه فيها، وهو ما ينطبق على الأسرار التجارية، وفقاً لنص م ٦٠ من قانون حماية الملكية الفكرية: "يحق لصاحب المعلومات غير المفصح عنها أو لخلفه أن يتنازل عنها للغير بعوض أو بدون عوض."، فمن المتصور أن يخلف صاحب المعلومات خلفه العام كالورثة أو الخلف الخاص.

لذا فإنه يجب على من يدعى الاعتداء على أحد حقوق الملكية الفكرية أن يثبت صفته بموجب مستند رسمى يقرر نسبة الحق إليه إذا كان هو صاحب الحق أساساً، أو مستند موقع عليه من صاحب الحق يمنح من خلاله المدعى تصريحاً باستغلال الحق على أن يكون مبيناً فى المستند حدود هذا الاستغلال، وفى حال كان المدعى خلفاً عاماً لصاحب الحق فيجب أن يقدم إعلام الورثة مثبتاً صفته.

غير أن الأسرار التجارية خلافاً لغيرها من حقوق الملكية الفكرية تكتسب الحماية القانونية بدون تسجيل وبمجرد نشأتها<sup>٢</sup>، لذا ينبغى التثبت من صفة من يدعى وجود اعتداء على المعلومات غير المفصح عنها.

من المستقر وفقاً لأحكام محكمة النقض<sup>٣</sup> أن تقدير الصفة فى الدعوى مما يستقل به قاضى الموضوع، متى أقام قضاؤه على أسباب سائغة، أى أن للقاضى سلطة تقديرية فى هذا الصدد وتتعاظم أهمية هذا التقدير فى قضايا الأسرار التجارية - نظراً لأنه فى أغلب الأحوال لن توجد أوراق رسمية تثبت نسبتها لصاحبها - فيقع على عاتق

<sup>١</sup> الصفة فى الدعوى بوصفها سلطة مباشرة الدعوى يستمدها المدعى من كونه صاحب الحق فى الدعوى أو نائباً عن صاحب الحق، فى حين أن صفة المدعى عليه تتمثل فى كونه الشخص الذى ترفع الدعوى فى مواجهته فهو الطرف السلبى والمسئول عن تجهيل هذا الحق، د. سعيد خالد على الشرعى، حق الدفاع أمام القضاء المبنى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٧، ص ٣٢٦.

<sup>٢</sup> إلى جانب التقسيم المشار إليه سابقاً لحقوق الملكية الفكرية إلى حقوق أدبية وحقوق صناعية، يشير جانب من الفقه إلى أن تقسيم حقوق الملكية الفكرية بناءً على أساس السبب المنشئ لها، فهناك حقوق لا تنشأ بالتسجيل كالمعلومات غير المفصح عنها "الأسرار التجارية"، وهناك حقوق لا تنشأ إلا بالتسجيل لدى الجهات التى حددها القانون كبراءات الاختراع، راجع فى هذا الصدد د. محمد جمال الدين الأهوانى، حماية القضاء الوقتى لحقوق الملكية الفكرية (مقتضيات السرعة وإزالة العقبات)، الطبعة الأولى ٢٠١١، بدون دار النشر، ص ٥٣.

<sup>٣</sup> أيضاً د. سميرة القليوبى، الملكية الصناعية، المرجع السابق. <sup>٤</sup> نقض ١٤ يولييه ١٩٩٧، طعن رقم ٨٣٠، س ٦٦ق، مج المكتب الفنى لمحكمة النقض، ص ١١٣٤.

القاضي والحال كذلك تقدير توافر الصفة من عدمه نظرا للطبيعة الخاصة للأسرار التجارية.

### التثبت من الصفة في قضايا المعلومات غير المفصح عنها (الأسرار التجارية):

وفقا للمادة ٥٥ من قانون الملكية الفكرية تطبيقا لما جاء في اتفاقية التريبس ان المعلومات طالما توافرت فيها ثلاثة ضوابط وهي الاتصاف بالسرية، ان تتمتع بقيمة تجارية توفر لها مزية تنافسية، ان يقوم حائزها باتخاذ تدابير واجراءات فعالة للحفاظ على سريتها، ففي هذه الحالة تتمتع المعلومات غير المفصح عنها بالحماية القانونية على سبيل التأييد، وهنا لا يكون هناك بالضرورة مستندات رسمية وإنما يكفي للتثبت من الصفة في جانب الطالب ما يقدمه من مستندات تؤيد صفته ودون أى الزام بتقديم مستندات من جهات خاصة، وذلك نظرا لما تتمتع به تلك المعلومات من سرية تحول دون إمكانية ذلك هذا من جهة .

من جهة أخرى من المتصور وجود معلومات سرية ومع ذلك توجد وثائق رسمية لدى جهات معينة مثبتة لنسبتها إلى صاحبها، وبالتالي ينبغي على الطالب تقديم تلك الوثائق أو المستندات للقاضي للتثبت من صفته وهي الحالة التي قننتها م ٥٦ من قانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ان المعلومات غير المفصح عنها والتي كانت ثمرة جهود كبيرة وتم تقديمها إلى الجهات المختصة بناء على طلب من الأخيرة فإن تلك الجهات ينبغي ان تلتزم بحماية المعلومات من الإفشاء والاستخدام التجارى غير المنصف وذلك من تاريخ تقديم المعلومات إليها وحتى زوال السرية عنها أو لمدة لا تزيد عن خمس سنوات أى الفترتين أقل.

ففي الحالة الثانية وبالرغم من وجود المعلومات لدى جهات تلتزم بحفظ سريتها<sup>١</sup> إلا ان ذلك لا ينفي ان لصاحب تلك المعلومات - الحائز القانونى لها- الصفة القانونية فى طلب حماية تلك المعلومات من القضاء حال وقوع أى تعد عليه وخصوصا إذا

<sup>١</sup> فى هذا الصدد يجدر الإشارة الى انه لا يوجد التزام على الجهات الادارية وفقا لقانون الملكية الفكرية ان تحافظ على سرية المعلومات المقدمة إليها، إلا انه استثناء من هذه القاعدة أوجب القانون ذلك على الجهات المعنية بمنح ترخيص تسويق المنتجات الكيميائية الصيدلية والزراعية المحافظة على نتائج سرية الاختبارات الواجب إجراؤها للسماح بالتسويق، راجع د. أحمد حسام الصغير، الملكية الفكرية والتكنولوجيا الحيوية، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ٣٣.

تقاعست أو أهملت الجهة التي تلقت هذه المعلومات بناء على طلبها فى حمايتها وضمن سريتها على النحو الذى يقرره القانون، لكن ما يميز هذه الحالة عن الحالة الأولى ان حائز/ صاحب المعلومات بإمكانه تقديم شهادة تفيد حيازته لها.

## المطلب الثانى

### الحماية الإجرائية للأسرار التجارية وعلانية الإجراءات القضائية

تسود الاجراءات القضائية عموما والمدنية خصوصا باعتبار قانون المرافعات الشريعة العامة لكافة القوانين الإجرائية - عدد من المبادئ التى يجب ان تتحقق خلال التقاضى أمام المحكمة وذلك مثل مبدأ المواجهة، وعلانية الإجراءات القضائية وكلا من هذه المبادئ تضمن حقوقا أكثر أهمية فإذا تحققت المواجهة فهى ضمان لكفالة حقوق الدفاع ، فإذا أتاحت للخصم الفرصة الكاملة فى الاطلاع على كافة المستندات والأوراق المقدمة فى القضية وكذلك حضور اجراءاتها ومناقشتها فسيتمكن حتما من مباشرة حقه فى الدفاع، فتعد العلانية على هذا النحو على قدر عالٍ من الأهمية فى ضمان حقوق الدفاع.

إن العلانية تثير العديد من الإشكاليات فى التقاضى الذى يتصل بمسائل الأسرار التجارية Trade Secret Litigation، على نحو ما سيلي بيانه، إن القاعدة العامة فى الاجراءات كلما كانت المسئلة محل التقاضى - التداعى - تستدعى المصلحة الحفاظ على سريتها فإن السرية تنقرر للجلسات سواء بنص القانون أو بحكم قضائى وذلك إذا كانت المصلحة التى تحميها السرية تتعدى فى أهميتها المصالح التى تحققها العلانية وبالتالي يتم إعمال سرية الجلسات كاستثناء على الأصل العام - العلانية - مراعاة لاعتبارات مختلفة بحسب طبيعة القضية، إلا أن الأمر يدق فى خصوص الأسرار التجارية فالأمر لن يقتصر فقط على سرية الجلسات بل أيضا قد يمتد إلى سرية محضر الجلسة أو تقييد الوصول إليه، والسرية فى بعض مراحل الإثبات بل والحكم أيضا وهى جانب من الحلول التى تبناها القانون المقارن فى هذا الصدد مراعاة لمصالح التجارة التى تحميها الأسرار التجارية.

## الفرع الأول

### أهمية علانية الإجراءات القضائية

تعد علانية الإجراءات القضائية من المبادئ الثابتة في القانون المصري وفي النظم الإجرائية المقارنة عموماً، وتمتد العلانية إلى الجلسات ومحاضر الجلسات والنطق بالأحكام، وإذا كانت العلانية في الأساس أحد أهم ضمانات الخصوم أمام القضاء المدني وفي كافة المحاكمات عموماً جنائية كانت أم إدارية إلا أنها تؤدي وظيفة في غاية الأهمية في المجتمع فالعلانية تكفل الشفافية وهي أحد أهم أهداف الدول حالياً وصولاً لتحقيق الديمقراطية، وهو الأمر الذي يقتضى ان يتوافر للكافة حق الوصول للمعلومات ذات الصلة بالشأن القضائي، سواء كانت موجودة في محاضر الجلسات Court Records، أو عن طريق الحق في حضور الجلسات، وأيضاً الحق في الوصول إلى الأحكام والاطلاع عليها بعد صدورها، وهو الأساس أيضاً لحق الإعلام في تغطية أخبار المحاكمات.

ويكفل القانون العلانية بهذا المعنى ووصول كافة أفراد المجتمع عموماً إلى كافة ما يتصل بالقضايا، إلا ان هذا الحق غير مطلق بل ترد عليه قيود لعل أبرزها القضايا التي تتصل بالأحوال الشخصية، والقضايا التي تتصل بأسرار الدفاع، لكن يدق الأمر

---

أنص المشرع الدستوري في م ٢١٨ من دستور ٢٠١٤ على ان: "... تلتزم الهيئات والأجهزة الرقابية المختصة بالتنسيق فيما بينها في مكافحة الفساد، وتعزيز قيم النزاهة والشفافية..." ، بما مفاده ان الدولة المصرية اتخذت بموجب الدستور الشفافية كإستراتيجية سياسية لها، ولطالما انتقد مصطلح الشفافية لأنه ليس مصطلح قانوني الأمر الذي يثير التساؤل حول ما إذا كان المقصود بالشفافية قانوناً هو العلانية؟ وانتهى اتجاه في الفقه إلى القول بأن العلانية أوسع مفهوماً من الشفافية وتشملها راجع: Renaud Denoix de saint marc, La transparence: vertus et limites, Colloque pour le 25 anniversaire sur le droit d'accès aux documents administratifs du 17 juillet 1978, le documentation francais, 2003, p.11.

وفي ذات الاتجاه قررت م ١٨٧ من الدستور ان: "جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحاكم سريتها مراعاة للنظام العام أو الآداب وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية"، الأمر الذي يعد امتداداً لتبني مبدأ العلانية، بالفعل الشفافية تتعلق بالإداريات في الدولة حتى يتمكن الأفراد من الرقابة والتحقق فعلاً من وجود العدالة والمساواة، والسلطة القضائية باعتبارها أحد السلطات في الدولة فينبغي ان يكون نشاطها علنياً، حتى يتمكن الأفراد في المجتمع من الرقابة على نشاط تلك السلطة، ولعل أبلغ تعبير في هذا الصدد ما نسب للفقيه جيرمي بنتام: " بدون العلانية كل الضمانات الأخرى غير كافية، بالمقارن بالعلانية كل الضمانات الأخرى قليلة الأهمية".

وخاصة القول في أهمية العلانية في الإجراءات القضائية بالنسبة للمجتمع : ان العلانية تتصل بالحق في الحصول على المعلومات، والأخير بصورته العامة تحقيق الرقابة- إحاطة الأفراد بالمعلومات التي تتصل بالشأن العام، والخاصة (وصول الأفراد إلى القرارات الصادرة عن السلطات العامة - ومن ضمنها القضاء- والتي تمس مصالحهم) تتصل مباشرة بضمانات المحاكمة العادلة.

د. محمد باهى يونس، التنظيم القانوني لحق الحصول على الوثائق الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٢.

في تحديد حدود هذا المبدأ "العلانية" وكيفية تطبيقه عندما تتصل الاجراءات القضائية بالأسرار التجارية.

ففي هذه الحالة يجب التوفيق بين المصلحة العامة التي تمثلها العلانية وهي مصلحة المجتمع في العلم بمجريات العدالة، وبين المصالح الاقتصادية المهددة حال كشف الأسرار التجارية محل التداعي .

لذا فإن التوفيق بين اعتبار العلانية في الاجراءات القضائية والمصالح التي تحميها الأسرار التجارية هو في الحقيقة توفيق على مستويين؛ ذلك أن العلانية تحقق أهدافها على مستويين:

- الأول: التوفيق بين العلانية كضمان للرقابة على النشاط القضائي وحق المجتمع في العلم بمجرياته<sup>1</sup> وحماية الأسرار التجارية.

- الثاني: التوفيق بين العلانية كضمان لحقوق الدفاع وبين حماية الأسرار التجارية.

### أولاً: علانية الاجراءات القضائية تكفل حق المجتمع في المعرفة والإعلام:

يعبر الفقه<sup>2</sup> عن ذلك الجانب بالمظهر الخارجي للعلانية، وهو مقرر للجمهور فيسمح لكل شخص بحضور الجلسات أي حق كل شخص من الكافة في معرفة اجراءات المحاكمة<sup>3</sup>، وفي ذات الاتجاه لهم أيضا الاطلاع على محاضرها وله نشر ما يدور فيها ، وتحقق العدالة على هذا النحو العديد من الفوائد لعل أهمها ان تحقيق العدالة وحسن سيرها لا تتفق مع السرية لأن الأخيرة هي "مطية للتأمر"<sup>4</sup>، فمن غير الممكن ان تتحقق العدالة في سرية من حيث المبدأ أو كأصل عام من جهة.

<sup>1</sup> Sandrine Roue, L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires: une judiciarisation du débat public, Revue française de droit constitutionnel (RFDC), n.68, 2006/4, p.373 et suivi.

<sup>2</sup> د.عبد المنعم الشراوي، د.عبد الباسط جميعي، شرح المرافعات الجديد، دار الفكر العربي ، بدون سنة نشر، ص ١٢٩.

<sup>3</sup> Roger Perrot, Le principe de la publicité dans la procédure civile, Rapport aux travaux du VI colloque des instituts d'études judiciaires, Toulouse, 1968, p.23.

<sup>4</sup> د.سعيد خالد على الشرعي، حق الدفاع أمام القضاء المدني ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - ج.عين شمس، ١٩٩٧ ، ص ٧٠٤.

ومن جهة أخرى وعلى مستوى الدولة فإن تحقيق الديمقراطية في جانب منها تقوم بصفة أساسية على الرقابة التي يمارسها المواطنون على القرارات التي تتخذها السلطات في الدولة، ونظرا للطبيعة الخاصة للسلطة القضائية وخصوصية وظيفتها فإن تحقيق تلك الرقابة على نشاط الأخيرة يتمثل في ضمان الشفافية في سير العدالة وهو ما لا يتصور إلا عن طريق العلانية.

لذا فإنه عند تقرير إجراءات لحماية الأسرار التجارية أثناء الإجراءات القضائية فإنها على هذا النحو تأتي خلافا للأصل العام وهو العلانية، ففي المسائل التجارية أيضا ينبغي ان تتوافر درجة من العلانية للمواطنين حماية لمصالحهم في التعامل مع مختلف المنتجات وأيضا ضمانا للمنافسة المشروعة، والتي تشكل ضمان هام لعدم الاضرار بالاقتصاد وما يستتبعه من إضرار بالمواطنين، غير ان العلاقات الاقتصادية ووسائل الإنتاج تستفد من السرية بطريق مشروع كما هو الحال في الأسرار التجارية، ففي بعض الأحيان استمرار مشروع معين قد يكون مرهون بسره التجارى والذى يؤمن له مزية تنافسية ووجود حقيقى في الأسواق، بحيث إذا انتفت عنه السرية ينهار المشروع التجارى، الأمر الذى يمكن معه القول بنسبية العلانية ونسبية السرية وضرورة الإبقاء على كلا منهما في حدوده المشروعة في إطار التقاضى فى مسائل الأسرار التجارية.

بالتالى فإن تقييد حق الجمهور - المجتمع - فى المعرفة عن تقرير سرية بعض إجراءات التقاضى فيما يتصل بمسائل الأسرار التجارية يعد أمرا مقبولا - طالما تم فى حدوده المشروعة أى بالقدر اللازم للحفاظ على المصالح التجارية لصاحب السر التجارى، الأمر الذى يؤيده الفقه الأمريكى<sup>2</sup> وذلك بمناسبة الاعتراض على الاجراءات التى تأخذ طابع سرى وما من شأنه ان يؤثر على حق المعرفة والوصول

<sup>1</sup> عبر جانب من الفقه عن دور العلانية فى هذا الصدد بأنها من "ضمانات الدفاع الرقابية" فهى تضمن ممارسة حق الدفاع على الوجه الأكمل وتؤدى إلى حسن سير العدالة، لأن "علانية الجلسة تتيح رقابة الراى العام على عمل القاضى وتدفعه إلى التوخى والدقة فى حكمه"، د. سعيد خالد على الشرعى، حق الدفاع أمام القضاء المنفى، الرسالة، المرجع السابق، ص 195.

<sup>2</sup> Kyle J. Mendenhall, Can you keep a secret? The Court's role in protecting trade secrets & other confidential business information from disclosure in litigation, Drake law Review, vol.62, 2014, p. 887.

العام للمعلومات public access خاصة في ضوء ما تقرره المادة الأولى من التعديل الدستوري في الولايات المتحدة من حماية غير مسبوقه لكل ما يتصل بالحق في المعرفة والتعبير، فيرى<sup>1</sup> انه عند الموازنة بين المصالح في هذا الصدد وهي مصلحة الكافة في العلم بمجريات القضايا، ومصلحة أطراف القضية الذين قد يضطروا إلى كشف عن معلومات غاية في السرية تتطوى على مصالح تجارية تقدر بملايين بل بمليارات الدولارات فإنه بالضرورة تصبح المصلحة الأخيرة هي الأولى بالرعاية وتجب مصلحة أفراد المجتمع في المعرفة، وأرى وجهة هذا الرأي إذا أخذنا في الاعتبار اتصال أداء تلك الشركات بالاقتصاد الوطني وتأثيره عليه.

لم يختلف الوضع كثيرا في الفقه والتشريع الفرنسي<sup>2</sup>، على خلفية صدور التوجيه الأوروبي ٩٤٣/٢٠١٦ الصادر في ٨ يونيو ٢٠١٦ الخاص بالمعرفة الفنية والأسرار التجارية وبالتالي استعداد فرنسا لإصدار القانون الخاص بها - وقد صدر فعلا كما سيلى البيان- فإن النقاش حول مشروع القانون قد أثار اعتراض البعض تأسيسا على الشفافية العالمية والتي ظهرت بوجود الويكي ليكس Wiki Leaks والتي تهدف إلى إعلام الجمهور على نطاق واسع جدا وان يشكل الإعلام الذي تقوم به "صافرة انذار"، ويرتكز الإعلام في هذا الصدد على المعلومات السرية المسربة أيا كان مصدرها (الدولة أم مؤسسات خاصة) مع توفير الحماية لتلك المصادر، وإجمالا يمكن القول ان وجود قوانين تنظم حماية الأسرار التجارية وأى معلومات تجارية سرية على المستوى الموضوعى والإجرائى قد تعرضت للمعارضة تأسيسا على حق الجمهور في المعرفة والإعلام ولو كانت المعلومات سرية بل وتوفير الحماية لمصادر تلك المعلومات السرية تحقيقا للشفافية ومع ذلك فقد صدر القانون الفرنسي الذى ينظم

<sup>1</sup> Kyle J. Mendenhall, Can you keep a secret? The Court's role in protecting trade secrets & other confidential business information from disclosure in litigation, Drake law Review, vol.62, 2014, p. 887.

<sup>2</sup> Jacques Azéma et Jean - Christophe Galloux, L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires, RTD Com, Janvier à Mars 2017, Dalloz, p.61 .

مسائل الأسرار التجارية وفقا للتوجيه الأوروبي سالف البيان والذي يقن اللجوء إلى سرية المعلومات في مثل هذه الظروف الخاصة.

ثانيا: الحد من علانية الإجراءات القضائية تحقيقا للحماية الإجرائية للأسرار

### التجارية

يشمل مبدأ علانية الاجراءات القضائية محضر الجلسة، الجلسات نفسها، وكذلك الأحكام من حيث علانية النطق بها ونشرها بعد ذلك وإتاحة الفرصة للكافة للاطلاع عليها.

يطرح التساؤل حول نطاق العلانية - من حيث المبدأ - في صدد كلاما سبق، وشأنها شأن كافة الحقوق والمبادئ القانونية فالعلانية ليست مطلقة، فما هي الحدود التي ترد على علانية الاجراءات لصالح الأسرار التجارية.

#### ١. محضر الجلسة Court Record:

يحتمل محضر الجلسة قدر عال من الأهمية سواء أثناء سير القضية ذاتها أم فيما بعد وذلك للتعويل عليه في الاثبات، يلتزم بتحرير محضر الجلسة كاتب المحكمة وعليه ان يقوم بتوقيعه مع القاضى وإلا كان العمل باطلا، ويدون بالمحضر كل ما يدور بالجلسة<sup>١</sup>، وتقرر م ٣/٥٢ من ق.المحاماه، وجوب اثبات جميع مع يدور فى الجلسة فى محضرها، ويعتبر محضر الجلسة من الأوراق الرسمية بالتالى لا يمكن دحض ما جاء به إلا بالطعن بالتزوير.

وفى النظام الأنجلوأمريكى يعترف القانون العام/ الشريعة العامة Common Law، والتعديل الدستورى الأول فى الولايات المتحدة بالحق فى الوصول إلى محاضر الجلسات فيوجد حق عام فى الاطلاع على الملفات والمحاضر العامة<sup>٢</sup> ومن ضمنها المحاضر والمستندات القضائية.

<sup>١</sup> وفقا للمادة ٢٥ مرافعات فمن المقرر ان يكون لكل جلسة محضر يحضره كاتب المحكمة الذى يحضر هذه الجلسة، ويوقع هذا المحضر مع القاضى وإلا كان العمل باطلا، راجع دفتحى والى ، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٧٠.

<sup>٢</sup> common-law right of access to judicial records

فيما يتعلق بتطبيق الحق وفقا لقواعد القانون العام common law فقد طبقت المحاكم فى الولايات المتحدة هذا المبدأ وأعطته الأولوية على غيره من المصالح- كمصلحة الخصوم فى طلب إخفاء أو إخفاء السرية على معلومات معينة خاصة بالقضايا من محضر الجلسات، وفى أحد القضايا أيدت الدائرة الأولى بالمحكمة رفض حجب بعض المعلومات المالية الخاصة فى أحد القضايا تأسيسا على ان للمواطنين الحق فى العلم بمضمون الملفات التى استندت إليها المحكمة للفصل فى النزاع وضمان عدالة الحكم الصادر، وفى نفس القضية أيضا قررت المحكمة ان الخصم الذى طلب "الحجب" لم يطرح سبب مناسب وجدى من شأنه ان يبرر استبعاد تطبيق حق الجمهور أو المواطنين من الوصول لمحضر الجلسة، الأمر الذى من شأنه إلى ان ينقل عبء الإثبات الصعب نسبيا على الطالب.

غير ان المحكمة أضافت فى ذات الحكم ان ذلك لا يعنى ان الحق فى الاطلاع وطباعة محاضر الجلسات حق مطلق، فالمحاكم لها سلطة تقديرية تمكنها من تقييد هذا الحق عندما يكون الطرف الذى يهدف للوصول إليها يريد تحقيق مصالح غير مشروعة، وقد ذكر الحكم ثلاثة أمثلة يكون للمحكمة فيها ان تعطل الحق فى الوصول لمحاضر الجلسات<sup>2</sup>:

- لا يجب استعمال حق الوصول لجلسات المحاكم للترويج لفضائح عامة أو للتشهير.
- لا يجب ان يتم استخدامها "كتصريحات" تتداولها الصحف،
- يجب ان تستخدم كمصدر للمعلومات التى تضر بالمصالح الاقتصادية للمتقاضى وتفقد صفته التنافسية فى السوق.
- أساسا حق الوصول لمحاضر الجلسات تم تقريره استنادا للتعديل الدستورى الأول فى الولايات المتحدة فقد تم كفالة هذا الحق قياسا على حق الجمهور

<sup>1</sup> Nixon v. Warner Commc'ns, Inc., 435 U.S 589, 597 (1978).

<sup>2</sup> Kyle J. Mendenhall, opt.cit, p.890.

والإعلام فى الوصول للمحاكمات الجنائية، وتوسعت المحاكم الأدنى درجة فى تطبيقه ليشمل كافة الاجراءات المدنية وملفات القضايا أيضا.

غير ان ما يميز حق الوصول لمحاضر الجلسات استنادا إلى التعديل الدستورى الأول عن التطبيق وفقا لقواعد القانون العام هو إطار التطبيق فبينما، يمتد نطاق التطبيق فى الأخير يمتد إلى كل الملفات القضائية إلا انه وفقا للتعديل الأول ينطبق فقط على نوع محدد من الملفات والتي تحدد وفقا لواحدة من الطريقتين التاليتين وفقا ما حدده حكم

### المحكمة العليا فى قضية<sup>1</sup> Press – Enterprise decision

الأولى: ما إذا كانت - فى قضية بعينها - المحاكمات تاريخيا مفتوحة للصحافة والجمهور للحضور، الثانية: ما إذا كان حضور الجمهور من المواطنين من شأنه ان يؤثر إيجابيا على سير الجلسات. وبتطبيق المعيار السابق وجد ان فى كل القضايا تقريبا يمكن السماح للمواطنين بالوصول إلى محاضر الجلسات الخاص بهذه القضايا، الأمر الذى انكرته العديد من المحاكم فى الولايات المتحدة وبصرف النظر عن تطبيق المعيار السابق فإن المحكمة- فى هذه القضية- قررت ان الحق فى الاطلاع على محاضر الجلسات لا يحميه التعديل الدستورى الأول.

يمكن القول انه الأمر قد يتفاوت فى تقديره من قضية إلى أخرى لكن فيما يتصل بالقضايا المتعلقة بالأسرار التجارية فلا يمكن القول بأن تقييد مبدأ العلانية فى هذا الصدد بالنسبة للمواطنين من شأنه اهدار العدالة ذلك ان تحقيق العلانية فى هذا الفرض على حساب الأسرار التجارية من شأنه ان يصبح الظلم بعينه، ففى الوقت الذى تتناول فيه بعض النظم تقليل وصول الخصوم أنفسهم إلى محاضر الجلسات حفاظا على الأسرار التجارية محل القضية ومنعا لكشفها على إطار أوسع، يصبح المناداة بحق الجمهور فى الوصول إلى محاضر الجلسات أمرا فى غاية الإجحاف فى حق الشركات أو صاحب السر التجارى.

<sup>1</sup> Kyle J. Mendenhall, opt.cit, p.891.

## ٢. الجلسات:

الأصل ان الجلسات علنية، لكن قد ينص القانون على أحوال معينة يتم فيها تقرير سرية الجلسات<sup>١</sup>، وكذلك في حالة عدم نص القانون صراحة على ذلك للمحكمة بناء على ما لها من سلطة تقديرية في هذا الصدد ان تقرر انعقاد الجلسات في سرية مراعاة لمصالح معينة.

## ٣. الأحكام:

الأصل ان النطق بالأحكام يتم في جلسة علنية وبعد صدور الحكم يمكن نشر الأحكام وللکافة الاطلاع عليها<sup>٢</sup>، لكن ما مدى انطباق تلك القاعدة؟، المشرع في بعض الأحوال قد يقرر حجب بعض المعلومات من الحكم مراعاة لمصالح الخاصة كالإكتفاء بذكر الحروف الأولى من الاسم بدلا من ذكر الأسماء كاملة مراعاة لحرمة الحياة الخاصة للخصوم، فهل يمكن تقرير سرية بعض المعلومات حتى بعد صدور الحكم؟ وبعبارة أدق حين يكون بالحكم أو تسببيه ما من شأنه ان يؤدي إلى كشف الأسرار التجارية لأحد الخصوم؟

تشير في هذا الصدد إلى الوضع في القانون الفرنسي، وبصفة عامة فإن القدر المنفق عليه سواء في مصر أم في فرنسا هو ان الأحكام علنية حتى ولو عقدت الجلسات في سرية، وان للکافة الحصول على نسخة من الأحكام القضائية، لكن القانون الفرنسي في الوقت الحالي يهدف إلى التقنين الكامل لحرية الوصول إلى الأحكام القضائية أيا كان نوعها ( قضاء عادي أم قضاء اداري)، وتقرر المادة 14-111L من قانون التنظيم القضائي الفرنسي ان الغير يمكنهم الحصول على نسخة من الأحكام الصادرة في المواد المدنية أو المواد الجنائية.

<sup>١</sup> راجع دفتحي والى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

<sup>٢</sup> في هذا الصدد قرر جانب من الفقه الفرنسي ان " الأحكام القضائية التي ترتدى رداء السرية بدون مبرر إنما يشوبها التأمير والتسلف، فالحكم القضائي ليس عملا سياسيا يعادى العلنية، فكل ما هو عادل لا داعي لإخفائه أو للتكتم على ممارسته، فالعدالة هي مرآة للأخلاق الاجتماعية، والمجتمع له شعور يميز به بين العدل والظلم، فرقابة الرأي العام على إجراءات المحاكمة يؤدي إلى حسن سير العدالة."

Roger Perrot, Le principe de la publicité dans la procédure civile, opt.cit. p.25.

وفى ذات الاتجاه يقرر جانب من الفقه<sup>1</sup> ان صدور الأحكام علانية إلى جانب أنها أحد متطلبات المحاكمة العادلة وفقا لنص م ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، فهو ينطوى على حق الغير فى الوصول إلى الأحكام والحصول على نسخة منها وكذلك التسبيب، ويقصد بالغير فى هذا الصدد كل من لا يعد طرفا فى القضية ولا ممثلهم من المحامين وبعبارة أدق فالغير قد يكونوا ناشرين للمواد القانونية، صحفيون بغرض النشر فى وسائل الإعلام، أساتذة الجامعة وأى ممن يعمل فى المجال القانوني .

تقرر هذا الحق المادة ٤٥١ من القانون المرافعات الفرنسى، غير انه يؤخذ فى الاعتبار ان هذا الحق ليس مطلقا فقد نصت نفس المواد فى قانون المرافعات الفرنسى على استثناءات، بطبيعة الحال وذلك فى الأحكام التى تتعلق بالقصر أو مسائل الأحوال الشخصية، لكنها أضافت أيضا عدم نشر أو تداول الأحكام الصادرة فى القضايا التى تفصل فيها المحاكم التجارية والتى تتعلق بإفلاس تاجر لأن الأخير قد يتمكن من سداد ديونه فيما بعد، فعدم تداول الحكم يوفر نوع من الحماية لاسمه التجارى واعتباره.

وقد تناول التقرير الصادر فى نوفمبر ٢٠١٧ Rapport Cadiet والذى صدر مكونا من عدد من التوصيات بمناسبة القانون (L. n° 2016-1321, pour une République numérique والخاص بالوصول إلى تنظيم رقمى للدولة، والذى تناول فى عدد من المواد الوصول -عن طريق وسائل التكنولوجيا- إلى الأحكام من قبل الكافة، وقد جاء هذا التقرير والذى تم إعداده بواسطة عدد من الفقهاء القانونيين ليوضح التوصيات فى هذا الصدد، وقد تناول المخاطر التى قد يسببها التداول

<sup>1</sup> Emmanuel Barthe et Xavier Haubry ,Se procurer la copie d'une décision de justice : les bases légales et un guide pratique -Délivrance et copies de décisions de justice délivrées à des tiers, publié Lundi 12 novembre 2018, La documentation juridique; Available at: <http://www.precisement.org/blog/Se-procurer-la-copie-d-une-decision-de-justice-les-bases-legales-et-un-guide.html#nb4> Last Visited 18-11-2018.

<sup>2</sup> Le 10 janvier 2017 le rapport de la « Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice ». Mandatée par l'ex-ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas, cette mission Cadiet est constituée exclusivement de juristes.

المفتوح للأحكام القضائية والتغلب عليها، ووضع ضوابط للوصول إلى الأحكام ودور الجهات المختصة - قلم الكتاب - والمحاكم عموما في هذه الصدد، ولعل من أبرز المخاطر التي وردت في التقرير حال ضمان الوصول المطلق للأحكام القضائية هو التأثير الضارة الذي من شأنه ان ينال الشركات خصوصا حين تتضمن الأحكام ما يتصل بالمركز المالي للشركة، نشاطها، طرق الادارة والتصنيع وغيرها من المعلومات التي تتصل بالمنافسة ويستفيد المنافسين من معرفتها، الأمر الذي من شأنه ان يفقد الشركات الفرنسية قدرتها على التنافس.

غير أنه في ذات الوقت يعد تداول الأحكام القضائية مما من شأنه ان يحقق فائدة للاقتصاد الفرنسي لأنه وفقا للتوصية ٢٨ من التقرير في الوقت الحاضر فإنه في حالة قيام مشروعات استثمارية فإن الشركات قبل البدء فيها تقوم ببحث وتحليل ودراسات جدوى، ومن ضمن ما يتم بحثه إمكانية وجود نزاع في المستقبل والنظام القانوني لحل هذه المنازعات، فتختار الشركات النظام القانوني الأفضل لحل المنازعات أو القضايا التجارية التي من شأنها ان تثور في المستقبل، فوجود أحكام القضاء الفرنسي وإمكانية الاطلاع عليها من قبل كافة يتيح الترويج للنظام القضائي الفرنسي وبالتالي جذب الاستثمارات في ظل وجود ما يطلق عليه "Law Shopping" بما يعنى اختيار النظام القانوني لحل النزاع من بين الأنظمة القانونية للدول المتعددة.

بالرغم من يحققه الوصول للأحكام القضائية من مزايا اقتصادية إلا ان التقرير يوصى بالأخذ في الاعتبار مصالح الشركات الفرنسية، إلا ان جانب من الفقه<sup>1</sup> يرى ان المعلومات عن الشركات الفرنسية لا تتمتع بهذا القدر من السرية أساسا تملك الشركات الفرنسية نشرة رسمية للاعلانات التجارية والمدنية ويمكن للكافة الاطلاع عليها لأنها تتاح تحت إشراف إدارة المعلومات التشريعية والادارية<sup>2</sup>، غير ان التقرير أضاف ان السرية أو تقييد الوصول للأحكام القضائية سيصبح ضمانا لا غنى عنها

<sup>1</sup> Bruno Mathis, Rapport Cadiet : une vision frileuse de l'open data des décisions , La Semaine Juridique - Entreprise et affaires, 15 février 2018, p.3.

<sup>2</sup> Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), mis en open data par la direction de l'information législative et administrative (DILA).

حماية للأسرار التجارية لأن حتى المستثمر الأجنبي لن يفضل ان يتم الكشف عن أسرار عمله أمام القضاء الفرنسي.

وفى هذا الإطار فإنه مما لا شك فيه أنه على درجة عالية من الأهمية ان يتم كفالة الحق فى الوصول للأحكام القضائية، الأمر الذى تقره التشريعات المقارنة فتصدر الأحكام فى علانية، لكن أرى ان الحقوق والحريات لا يمكن ان توجد بصورة مطلقة بل يمكن الحد منها -دون إفراغها من مضمونها- حماية لمصالح أخرى، وهو الوضع فى هذا الصدد فتوجد مصطلحتان كلاهما محل اعتبار العلانية من ناحية، والأسرار التجارية من ناحية أخرى، وهو الأمر الذى يمكن ان يقوم القاضى بإحداث التوازن فيه وفقاً لظروف كل حالة على حدة، غير ان الفقه الفرنسى<sup>1</sup> يبدى تخوفاً من ترك الأمر لتقدير القاضى وعدم حسم المسألة بنص تشريعى لما قد يؤدي إليه ذلك من تفاوت فى التطبيق بين القضاء من ناحية، وإمكانية الاتجاه إلى الحد من العلانية من جهة أخرى، لكنى أرى مع وجهة هذا الرأى- إذا أخذنا فى الاعتبار الخلفيات التاريخية للنظام الفرنسى التى تجعلها تقاوم وجود سلطة تقديرية واسعة للقاضى وتحاول الحد منها- إلا ان المسائل التجارية تستدعى وجود نوع من المرونة فى التطبيق لتواجه كل الفروض الواقعية الممكنة، ونؤيد فى هذا الصدد وبحق ضرورة التطوير على مستوى القواعد الإجرائية الأمر الذى يتيح المجال لإعطاء المحكمة مجالاً للسلطة التقديرية بصورة أكثر فاعلية على ان يوفر التسبيب وطرق الطعن فى الأحكام ضماناً لأى خطأ فى تطبيق القانون، أو انحراف فى استعمال السلطة.

يجدر الإشارة إلى ان نشر الأحكام - إلكترونياً<sup>2</sup> - هو أمر واقع بالفعل سواء فى مصر أو فى فرنسا، لكن دائماً يجب مراعاة مصالح أخرى أثناء نشر الأحكام عموماً كالحق فى الحياة الخاصة وغير ذلك.

<sup>1</sup> Bruno Mathis, opt.cit. , p.8.

<sup>2</sup> الأحكام المنشورة لمحكمة النقض الفرنسية متاحة على موقع <http://www.courdecassation.fr/> ، ونسبة كبيرة من الأحكام غير المنشورة متاحة على <http://www.legifrance.gouv.fr>. أما أحكام محكمة النقض المصرية فنسبة كبيرة منها سواء أكانت منشورة أم لا متاحة على موقع التالى [http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/All/Cassation\\_Court\\_All\\_Cases.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx)

## الفرع الثانى

### علانية الإجراءات القضائية وحقوق الدفاع

إذا كانت علانية الجلسات والاجراءات القضائية عموما تضمن حسن سير العدالة وبالتالي تحقق الصالح العام، فإنها وبذات القدر تحقق المصلحة الخاصة للخصوم وذلك لأن فى إيداء المتقاضين لدفاعهم أمام جمهور المواطنين يدفع القاضى إلى احترام الحق فى الدفاع، إلى جانب اتصاله بعدد من المبادئ أو الحقوق الإجرائية التى تتصل بحق الدفاع كالحق فى المواجهة والحق فى الإثبات.

#### أولاً: علاقة علانية الإجراءات القضائية بالحق فى الدفاع:

تحقق العلانية بمفهومها الداخلى عدد من المبادئ غاية فى الأهمية فيما يتصل بمصلحة الخصوم وتمكينهم من مباشرة حقهم فى الدفاع محققا بذلك المصلحة العامة التى تتمثل فى تحقيق العدالة واستقرار المراكز القانونية فى المجتمع، فالعلانية غير مقصورة على علم المواطنين بمجريات العدالة وضمان حياد واستقلال القاضى، بل ان العلانية هامة لأنها تحقق مبدأ المواجهة فى الخصومة القضائية وتمكن كل خصم من العلم بالمستندات التى يقدمها خصمه فى الجلسة الأمر الذى يمكنه من تحضير دفاعه للرد عليها وفى حال اختار عدم الدفاع فإنه يمكن القول بأنه تم تمكينه من ممارسة حقه فى الدفاع غير أنه امتنع مختاراً.

#### ١. مفهوم الحق فى المواجهة :

مبدأ المواجهة يعد على قدر عال من أهمية و من أهم المبادئ الحاكمة للخصومة المدنية، ويعتبره جانب من الفقه<sup>١</sup> -وبحق - الأساس الذى يتم بناء عليه ممارسة كافة حقوق الدفاع ، ويعتبر العنصر المحقق للانصاف فى الخصومة المدنية. ومع ذلك لم يتضمن قانون المرافعات المصرى تعريفاً محدداً لمبدأ المواجهة تاركاً الأمر للفقه، وتعددت التعريفات التى وضعها الفقه لمبدأ المواجهة، فيقصد بالحق فى

<sup>١</sup>د.أحمد عبد التواب ، النظرية العامة للحق الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى - دراسة تأصيلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، ط ١ ، ٢٠٠٩ ، ص ٥١٦.

المواجهة: "تمكين الخصم من العلم الكامل فى وقت مفيد بكافة اجراءات الخصومة وما تتضمنه من عناصر واقعية وقانونية يمكن ان تكون أساسا فى تكوين اقتناع القاضى"<sup>1</sup> وبعبارة أخرى هو علم الأطراف بكافة الاجراءات وعناصر القضية سواء من حيث محلها أو أشخاصها أو سببها ومراحلها فى وقت مناسب<sup>2</sup>.

ويمكن القول ان الحق فى المواجهة :

- لا يقتصر الحق فى المواجهة على علم أحد الأطراف فى القضية بالاجراءات التى تتخذ ضده ، بل تشمل علم كلا من الطرفين بكافة عناصر الخصومة واجراءاتها مما يقتضى تحقيق العناصر الواردة فى التعريف أى ( الحق فى العلم الكامل بكافة عناصر الدعوى، العلم بعناصر الدعوى فى ميعاد مناسب" وقت مفيد"، مراعاة الأمانة الإجرائية).
  - يمتد مفهوم المواجهة إلى القاضى أيضا، ففى الوقت الحالى ومع وجود سلطات إيجابية للقاضى المدنى يمكنه من خلالها الوصول للحقيقة، فإنه من الممكن ان توجد عناصر جديدة فى القضية ويتم إدخالها بغير طريق الخصوم، وعلم الخصوم بها فى هذه الحال مما تقتضيه المواجهة، وهو ما يعبر عنه الفقه<sup>3</sup> "العلم بنشاط القاضى فى الواقع والقانون".
  - يلتزم كل خصم بأن يقدم للمحكمة دفوعه وأدلته فى الاثبات على الوجه الذى يتمكن معه خصمه من العلم بها ومناقشتها" مناقشة تواجيهية"<sup>4</sup>.
- وقد قنن قانون المرافعات الفرنسى الحق فى المواجهة فى المادة ١٦ منه فالزمت القاضى بالألا يستند فى حكمه إلا إلى الدفوع والطلبات والمستندات التى تناقش فيها الخصوم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>د.عبد محمد عبد الله القصاص، التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ١٩٩٢، ص١٨.

<sup>2</sup>د.سيد أحمد محمود ، التقاضى بقضية وبدون قضية" ، بدون دار نشر ، بدون تاريخ طبع ، ص ٢٠٣.

<sup>3</sup>د.عزمى عبد الفتاح، واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، مجلة المحامى الكويتية، السنة العاشرة، عدد يوليو وأغسطس، ص١٤.

<sup>4</sup>رأى الأستاذ Motulsky مشار إليه لدى د.عبد محمد عبد الله القصاص، الرسالة، المرجع السابق ، ص ١٥.

<sup>5</sup> Art.16 CPC :Le Juge ne peut pas retenir dans sa décision que les moyens, explications et documents dont les parties ont été à même de débattre contradictoirement"

فالعلم والحق في المواجهة تعتبر العلانية مفترض، فإذا تم حجب بعض المعلومات عن القاضى أو أحد الخصوم لأنها "سرية" فمن غير المتصور تطبيق الحق في المواجهة في هذا الفرض، يشير الفقه<sup>1</sup> إلى ان الخصومة المدنية من أهم المبادئ السائدة فيها المناقشة بين الخصوم بعضهم البعض وبينهم وبين القاضى Adversarial Debate الأمر الذى يحققه العلانية فتتصب الخصومة على معلومات واضحة ومحددة ( المتصلة بالخصومة) وهى محل للنقاش بين أطراف الخصومة، فالمواجهة موضوعيا تهدف إلى السماح بالتداول والتشاور عن طريق المقابلة بين حقوق ومصالح الأفراد أمام المحكمة.

## ٢. مبدأ المواجهة وحق الدفاع:

يجدر الإشارة إلى ان الحق في الدفاع، والحق في المواجهة كلا منهما مفهوم مستقل وتتعدد الآراء في هذا الصدد<sup>2</sup>، ولكن أويد وجود علاقة وثيقة بينهما فالحق في المواجهة هي مفترض لممارسة الحق في الدفاع، وهو ما يعد الغاية من مبدأ المواجهة، غير ان مبدأ المواجهة لا يعكس كل جوانب حق الدفاع ، بل هو جانب منه ، بالتالى فإن إهدار المواجهة يعنى المساس بالحق في الدفاع فى جانب منه ولكن ليس بصورة كاملة، ويقسم الفقه حقوق الدفاع تقسيمات عديدة ولكنها فى مجملها تهدف إلى تحقيق العدالة، ولعل أبرز تعريفات حق الدفاع: "مجموعة المكنات أو الرخص المخولة للخصم والتي ترمى إلى تكوين الرأى القضائى لصالحه"<sup>3</sup>.

## ٣. كفالة حقوق الخصوم الإجرائية من خلال مبدأ المواجهة:

يعتبر من أهم حقوق الدفاع الحق التى يقتضيها مبدأ المواجهة هو الإعلان القضائى، الاطلاع، حق الخصوم فى العلم بالاجراءات وعناصر الخصومة، وفتتصر على دراسة الاطلاع والحق فى العلم لأهميتهما فى خصوص قضايا الأسرار التجارية من

<sup>1</sup> Razan Dinca, protection of trade secrets through civil procedure law, Bucharest University Annual Revue- Law, 2009, Part II.

<sup>2</sup> فى العرض التفصيلى للآراء الفقهية حول العلاقة بين حق الدفاع ومبدأ المواجهة راجع د. عيد القصاص ، الرسالة، المرجع السابق، من ص ٤٨ إلى ص ٥٦.

<sup>3</sup> د. وجدى راغب ، دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، يناير ١٩٧٦، ص ٢١٨.

جهة، ولأن الإعلان القضائي من الأمور المستقرة ولا يمثل إشكالية بذاتها فى موضوع الدراسة من جهة أخرى.

### - الإطلاع:

يعرف الإطلاع بأنه عرض المستندات المقدمة فى الخصومة لفحص الخصوم، ويشمل التعريف المستندات المكتوبة، العناصر المادية- كشيء مادي محل نزاع-، وإن كان الإطلاع منظم أصلا لتبادل المستندات المقدمة فى القضية بين الخصوم، إلا انها تشمل أيضا حق الخصم فى الإطلاع على كافة الملفات المقدمة فى الدعوى وتشمل المستندات التى تعرض على القاضى عن غير طريق الخصوم وذلك كتقارير الخبراء وما يستعين به من أوراق من قضايا أخرى أو من جهات إدارية<sup>1</sup>.

### - العلم بالاجراءات وعناصر الخصومة:

وما يلى بيانه يبدو فى نظرى مكملا للحق فى الإطلاع، فالعلم الكامل بمجريات الخصومة يقتضى العلم بالعناصر التالية: علم الخصم بما يقدمه الخصوم الآخرين من أوجه الواقع والقانون، كذلك أدلة اثبات، وأيضا ان يعلم الخصم بما يقوم به القاضى . وبعبارة أخرى إذا كان للخصوم الحق فى ان يتم سماعهم من قبل المحكمة، وان يحصلوا على كافة المعلومات التى تتعلق بالاجراءات أمام المحكمة ومنها: الأدلة التى يقدمها الخصم الآخر للمحكمة، التحقيقات التى تجريها المحكمة، الاشتراك فى اجراءات الخبرة، وفى ذات الإطار فإن من مقتضيات أعمال مبدأ المواجهة ان يتمكن الخصم من إيداء كافة طلباته ودفعه أمام المحكمة، فإن اختار الامتناع فيكفى ان تمكنه المحكمة من إيداء دفاعه.

### ثانيا: تأثير الحماية الإجرائية للأسرار التجارية على حقوق الدفاع:

كافة المبادئ التى سبق العرض لها هى من المبادئ المستقرة فى المحاكمات عموما<sup>2</sup>، وهى تشكل حقوقا إجرائية للخصوم، بعضها يرقى إلى مراتب الحقوق الدستورية كالحق فى الدفاع مثلا، وكافة هذه الحقوق تتصل بالعلانية اتصالا وثيقا.

<sup>1</sup>د.عبد القصاص، الرسالة، المرجع السابق، ص ٤١.

<sup>2</sup>ذهب البعض إلى أبعد من ذلك فبرى جانب من الفقه ان القوانين الإجرائية ليست إلا تنظيما لحق الدفاع، والأخير يشمل إلى جانب مفهومه التقليدى كافة الضمانات الإجرائية التى تهدف إلى كفالة حق الدفاع بطريقة سليمة يشترك فيها القاضى والخصوم معا،

على الجانب الآخر فإن الحماية الإجرائية للأسرار التجارية أثناء إجراءات التقاضى تقوم فى جانب كبير منها على السرية، وأحيانا بعض الإجراءات التى من شأنها ان تحد من تطبيق مبدأ المواجهة بصفة عامة ومن مبدأ المجابهة بالدليل فى الإثبات<sup>١</sup> أيضا.

ذلك ان من يرفع دعوى مبتدأة للدفاع عن الأسرار التجارية التى تم انتهاكها تأسيسا على المنافسة غير المشروعة- وغالبا هو صاحب السر التجارى- فإنه يهدف من وراء الإجراءات القضائية إلى الحد من أى تعدى من شأنه ان يحدث على أسراره التجارية التى تم الكشف عنها أو التعدى عليها بالفعل، ومحاولة إعادة الحال إلى ما كان عليه قدر الإمكان، والمطالبة بالتعويض.

فى هذه الدعاوى القاضى لابد ان يتحقق من توافر الصفة والمصلحة، وللقاضى فى هذا الصدد ان يطلع على المعلومات التى يُدعى بأنها أسرار تجارية للوقوف على تحقق هذه الصفة، وللقاضى فى هذا الصدد ان يستعين بالخبير، أيضا فى إطار تبادل الخصوم للطلبات والدفع أمام المحكمة فمن المحتم أنه سيقدم للقاضى أوراق من شأنها ان تتضمن ما يتصل بالأسرار التجارية، الأمر الذى من شأن الخصم الآخر ان يتخذه وسيلة - من خلال مبدأ المجابهة بالدليل- ويطلب بأوراق أو مستندات غير هامة فى القضية ويكون هدفه الوحيد هو الكشف عن الأسرار التجارية لمنافسه فى إجراءات التقاضى<sup>٢</sup>، والتى ستعرض عليه بالطبع - إذا ألزمت المحكمة الخصم الآخر

---

د.وجدى راغب، دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، يناير ١٩٧٦، ص ١١٤.

<sup>١</sup> يقتضى مبدأ "المجابهة بالدليل"، عدم اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات سواء من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إلا فى مواجهة الخصوم فى الحالة الأولى، أو فى مواجهة الخصم الآخر فى الحالة الثانية، وبالتالي للخصوم الحق فى العلم فى الوقت المناسب بما يتخذ فى مواجهتهم من إجراءات الإثبات، وكذلك إذا قدمت أية مستندات أو أدلة أمام القضاء فلا بد من علم الخصوم بها لمناقشتها فى الوقت الملائم أو على الأقل ان يتمكنوا من الاطلاع عليها فى الوقت المناسب وفى ذات الإطار يحظر ان تتخذ أى إجراءات فى غيبة الخصوم والإثبات للمحكمة حكمها على أساس أدلة لم يراع فى تقديمها وإقامتها مبدأ المواجهة، والذى يستتبع بالضرورة تمكين الخصوم من مناقشة هذه الأدلة أو الرد عليها. د.أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، الطبعة الثالثة، ١٩٨٧، بند ١٢، ص ٣١.

وفى مبدأ المواجهة فى إقامة الدليل أمام القضاء المدنى بصفة عامة راجع: د.سيد أحمد محمود، إقامة الدليل أمام القضاء المدنى (إجراءات تقديم الدليل أمام القضاء المدنى)، دار نصر للطباعة الحديثة، ٢٠١١/٢٠١٢، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٢</sup> هذا لا يعنى غياب التنظيم تماما فى هذا الصدد، لكنه تنظيم غير خاص بالأسرار التجارية بالذات وإنما يرد إلى القواعد العامة فى هذا الصدد، فالحق فى الاطلاع أو طلب إجراء من إجراءات الإثبات يخضع لعدد من الضوابط "فمنناط الاطلاع على مستندات الدعوى يتوقف على استعمال هذا الحق من قبل الخصوم بهدف تحقيق مصلحة الخصم فى تحقيق هذا العلم، وإلا عد الخصم الذى يطلب الإطلاع متعسفا فى استعمال تلك الضمانة الجوهرية فى تحقيق مبدأ المواجهة"، ومن الأمثلة التى عرض لها

بتقديمها- وذلك لمناقشتها، وحتى مع افتراض جدية طلب الاثبات وانتفاء سوء النية، فإن ذلك لا يمنع من ان الأسرار التجارية ستتعرض للكشف أيضا وقد لا تغير وجه الرأى فى الدعوى بعد الكشف عنها سواء للقاضى أو للخصوم.

وفى الواقع فإن الكشف للقاضى أو لأعوانه - كالخبير - عن الأسرار التجارية لا يمثل الإشكالية فى ذاتها ولكن لأن كل ما يتم فى الاجراءات التى يباشرها القاضى أو أعوانه سيتم تدوينه فى محاضر الجلسات، وفى تقارير الخبراء وكل هذه المستندات علنية يمكن الاطلاع عليها مما من شأنه أيضا أن يهدم العنصر الذى تركز عليه تلك المعلومات التجارية الهامة وهو السرية.

لذا فقد قال جانب من الفقه<sup>1</sup> أنه والحال كذلك فمن المتصور ان يمتنع من تم الاعتداء على أسراره التجارية من البداية عن اللجوء إلى القضاء لأن الاجراءات من شأنها ان تؤدى إلى مزيد من الكشف عن تلك الأسرار، أو ان يرفع الدعوى لكنه يمتنع عن تمكين الخبير مثلا من أداء مهمته أو قد لا يمثل لأمر المحكمة بتقديم أوراق أو مستندات معينة فى القضية مما يؤدى إلى عرقلة سير العدالة من جانب، وإمكانية تعرض صاحب الأسرار التجارية الذى يمتنع عن الامتثال لأوامر المحكمة لتوقيع جزاءات إجرائية عليه من جانب آخر، وهو مالا يشكل حالا فى كافة الأحوال ولا يعنى انتصار لضمان حقوق الدفاع بل على العكس من شأن عدم إيجاد حلول وإجراءات أو تدابير مناسبة فى هذه الأحوال هو العصف بمصالح صاحب السر التجارى لصالح تطبيق مبادئ إجرائية كالمواجهة وحقوق الدفاع - ولا يعنى ذلك الانقاص من أهميتها- ولكن أرى أنه دليل على ان جميع الحقوق لا يمكن ان توجد

---

الفقه فى هذا الصدد أنه لا يحق للخصم استخدام حقه فى الاطلاع لمعرفة الموقف المالى للشركة وبصفة خاصة إذا كان هذا الطلب غير منتج فى الدعوى.  
د.عبد القصاص، الرسالة، المرجع السابق، ص ٦٠ وما بعدها، د.أحمد ابراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائى، المرجع السابق، ص ٥٤٢.

<sup>1</sup> Confluences Juridiques, étude no.4, secret des affaires et principe de contradiction- Esquisse de quelques solutions aux problèmes rencontrés lors des opérations d'expertise, Gazette du palais, Recueil Juillet- Aout 2003, p.2066.

بصورة مطلقة ولكن يمكن ان يتم الحد من تطبيقها لتحقيق العدالة، وحسن سير العدالة في حدود معينة.

بعبارة أخرى لا يمكن الالتفات عن مصالح صاحب الأسرار التجارية واهدارها تماما في سبيل تطبيق مبادئ كالمواجهة وحق الدفاع بصورة مطلقة، لذا ففي النظم المقارنة توجد طرق خاصة لتطبيق إجراءات المعاينة والاثبات بما يتناسب مع طبيعة موضوع الإدعاء - وهو الأسرار التجارية- فمثلا للقاضي وحده ان يطلع على بعض المستندات ولا يكشف عنها للخصوم ولا تصبح محلا للنقاش بينهم إلا إذا رأى القاضي أهميتها وقرر أنها منتجة في الدعوى، أو ان يقوم الخبير -خلافاً للقواعد العامة<sup>1</sup> - بمهمته في غياب الخصوم ولكن بحضور من يمثلهم على ان يلتزم الممثلين بالسرية، مما يحد من الحقوق المترتبة على مبدأ المواجهة كالحق في الاطلاع على مستندات الدعوى- فلن يكون مطلقا في كافة الأحوال- ، والحق في العلم باجراءات الخصومة وعناصر الدعوى، فالأصل وفقا للتطبيق العام لمبدأ المواجهة انه لا يجوز للمحكمة ان تسمع أحد الخصوم أو محاميه أو ان تقبل أوراقا أو مذكرات دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان الحكم باطلا(م ١٦٨ مرافعات).

فإذا انتهينا إلى ان الحقوق ليست مطلقة، لا الحق في المواجهة ولا الحق في الأسرار التجارية، فإن الأمر في هذه الحالة ومن أجل الحد من تطبيق أحد هذه الحقوق على حساب الأخرى مناطه تحديد ما إذا كانت الأسرار التجارية وحمايتها وصلت إلى درجة السبب المشروع الذي يبرر الحد من تطبيق مبدأ المواجهة، الأمر الذي يناط بالقاضي وما يمارسه من سلطة تقديرية لإعمال التناسب في هذا الصدد، أيضا فإن الخروج على القاعدة المقررة في مبدأ المواجهة وإمكانية تقرير اطلاع القاضي وحده - في بعض الأحوال كما سبق البيان- على المستندات المقدمة في الدعوى يستوجب ان يتوافر لدى القضاة درجة عالية من الحياد.

<sup>1</sup>الأصل وفقا للتطبيق العام لمبدأ المواجهة انه لا يجوز للمحكمة ان تسمع أحد الخصوم أو محامية أو ان تقبل أوراقا أو مذكرات دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان الحكم باطلا(م ١٦٨ مرافعات)

## المبحث الثانى

### حماية الأسرار التجارية فى التقاضى

فى ظل مبدأ علانية الاجراءات القضائية الذى يسود كافة مراحل التقاضى حتى المكتوبة منها، يصبح من الصعوبة تصور وجود قضية منظورة أمام القضاء محلها الدفاع عن السر التجارى الذى تعرض لأحد صور الاعتداء أمام القضاء، فاللجوء إلى القضاء فى ظل مبدأ العلانية بمفهومه الواسع قد يؤدي إلى إلحاق ضرر أكبر بصاحب السر التجارى، لأنه سيؤدى إلى مزيد من الإفصاح والكشف عن المعلومات التى تتمتع فى الأصل بالسرية ولها قيمة تجارية وتعطى صاحبها مزية تنافسية، وهو الأمر الذى دعى لوجود حماية إجرائية للأسرار التجارية تتخذ هدفا لها مراعاة سرية هذه المعلومات وفى ذات الوقت ضمان الحقوق الإجرائية لكلا من الخصوم من جهة، ومقتضيات المحاكمة العادلة *procès équitable* من جهة أخرى .

فى هذا الصدد يجدر الإشارة إلى ما تقرره مادة ٤١ من اتفاقية التبريس فى الجزء الخاص بإنفاذ حقوق الملكية الفكرية - وهو ما ينطبق بطبيعة الحال على الأسرار التجارية - تشير إلى ضرورة ان تتضمن قوانين البلدان الأعضاء الاجراءات اللازمة لإنفاذ تلك الحقوق، على ان تكون تلك الاجراءات منصفة وعادلة، وألا تكون معقدة أو باهظة التكاليف بصورة غير ضرورية، وأن تكون سريعة .

وتطبيقا لذلك خصص التوجيه الأوروبى فى صدد الأسرار التجارية ١٦/٢٠١٦/٩٤٣ الباب الثالث منه للوسائل والاجراءات الخاصة بالأسرار التجارية ، ويهدف إلى ضمان وسائل تسمح بالحفاظ على السرية أثناء المراحل الإجرائية المختلفة لنظر القضية التى تتعلق بالاعتداء على الأسرار التجارية ، وبحيث يلجأ من وقع عليه الاعتداء للقضاء دون خوف للحصول على التعويض.

فالدعوى المرفوعة أمام القضاء فى هذا الصدد لا يجب أن تؤدي إلى زيادة الضرر الواقع على الشركة التى تم الإعتداء على أسرارها التجارية عن طريق تعرض تلك

الأسرار لمزيد من الكشف تأسيسا على مبدأ المواجهة الذى تستلزمه الاجراءات القضائية.

وفى ذات الاتجاه تلزم المادة ٩ من التوجيه الأوروبى دول الاتحاد بتشريع أليات تسمح للسلطات القضائية حماية السرية الخاصة بالمعلومات غير المفصح عنها أمام القضاء أثناء نظر الدعوى على ان يتم تطبيق تلك الأليات أو الحلول بطريقة مناسبة تضمن التوازن بين حماية السرية من ناحية، وعدم الاعتداء على حق الأطراف فى محاكمة عادلة.

ومن بين الإجراءات المقترحة لحماية الأسرار التجارية أثناء نظر الدعوى: تقرير سرية الجلسات، تقييد الحق فى الوصول إلى محاضر الجلسات، اصدار نسخ غير سرية من الأحكام الصادرة فى الدعوى، على ألا تقتصر السرية على مرحلة نظر القضية بل تمتد إلى مرحلة صدور الحكم فتظل المعلومات محجوبة عن الجمهور طالما أنها مازالت أسرار تجارية، فمتى زالت عنها تلك الصفة أصبحت كل المعلومات القضائية المتعلقة بهذه الدعوى متاحة للكافة.

فى هذا الصدد يشير الفقه الفرنسى<sup>1</sup> إلى ان الحماية الإجرائية التى تبناها الاتحاد الأوروبى وألزم بها الدول الأعضاء لحماية الأسرار التجارية متأثرة بدرجة كبيرة بالقانون والفقه الأمريكى فى هذا الصدد.

مصر باعتبارها من الدول الأعضاء فى اتفاقية التريس، فيجب على المشرع المصرى ان يصدر قانون يوفر للسلطة القضائية حلول إجرائية للوصول إلى حماية الأسرار التجارية أثناء مراحل التقاضى المختلفة وفى ذات الوقت تحقيق المحاكمة العادلة، هذا لا يعنى ان القانون المصرى جاء خاليا من أى حماية للأسرار التجارية ولكنها على المستوى القضاء الوقتى أكثر منها على المستوى الموضوعى.

<sup>1</sup> Jacques Azéma et Jean - Christophe Galloux, L'adoption de la directive sur les secrets Com , Janvier à Mars 2017, Dalloz , p.70 . RTD d'affaires,

## المطلب الأول

### الحماية الإجرائية للأسرار التجارية فى القانون المقارن

ونعرض بالدراسة فى التالى للوسائل الإجرائية المتبعة لحماية الأسرار التجارية فى مرحلة نظر الدعوى وأثناء اجراءات الإثبات واختلاف تطبيقها وفقا للفلسفة الإجرائية لكل دولة، وفى إطار من السعى الدائم لتحقيق التوازن بين الأسرار التجارية من جهة وضمائمات التقاضى وحقوق الدفاع من جهة أخرى.

### الفرع الأول

#### الإجراءات المتبعة فى حماية الأسرار التجارية

يشير الفقه<sup>1</sup> إلى وجود عدد من الوسائل المتبعة بصفة أساسية بهدف الوصول إلى حماية السرية فى التقاضى المتعلق بالدفاع عن الأسرار التجارية حال الاعتداء عليها وهى: سرية الجلسات، حق بعض الأشخاص فى عدم الإدلاء بشهادتهم إذا كان من شأنها ان تؤدى إلى الإخلال بالتزامه بالسّر المهني والكشف عن السّر التجارى، ووجود السرية فى اتخاذ بعض اجراءات الإثبات، ونعرض لكلا منها على الوجه التالى:

#### أولاً: سرية الجلسات : In Camera Proceedings

من المقرر ان المبدأ هو علانية الجلسات، غير انه فى كافة النظم القانونية يقرر القانون أحوال معينة تتعقد فيها الجلسات فى سرية وفى تلك الحالات فقد افترض المشرع بنص القانون ان المصلحة التى تحميها السرية تجب مصلحة المجتمع فى العلانية كما هو الحال فى القضايا التى تتعلق بأسرار الدفاع، إلى جانب ما سبق فقد قرر المشرع للمحكمة الحق فى تقرير انعقاد الجلسات فى سرية كلما رأت المحكمة ذلك لظروف تبرر السرية حماية لمصالح معينة، وهو ما تبناه المشرع المصرى م ١٠١ من قانون المرافعات المدنية تقرر ان للمحكمة ولو من تلقاء نفسها جعل الجلسة سرية "محافظة على النظام العام، أو مراعاة للأداب، أو لحرمة الأسرة." وقد يأمر

<sup>1</sup> Charles Gielen, Trade Secrets and Patent Litigation, Patents and Technological Progress in a Globalized World, Springer, 2009, p. 395.

القاضي باخراج الجمهور من الجلسة إذا كانت الجلسة بدأت علنية، وفي هذه الحالة لا يسمح بالحضور إلا للخصوم ومحاميهم<sup>1</sup>.

في هذا الصدد يقرر الفقه<sup>2</sup> أن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية يمكنها ان تنظر الجلسة في سرية ومن الأحوال التي تقتضى ذلك الحفاظ على الخصوصية والتي تعنى في إطار الأشخاص الاعتبارية ( الكيانات القانونية)الحفاظ على السرية.

لكن التساؤل في هذا الصدد يثور حول فاعلية هذا الإجراء في حماية الأسرار التجارية، فما احتمال تطبيق هذا الإجراء في مسائل الأسرار التجارية؟، هل يترك للقواعد العامة ولسلطة المحكمة التقديرية وحتى إن لم ترفض المحكمة انعقاد الجلسات في سرية هل ينبغي ان يطلب هذا الإجراء الطرفين معا؟ هذا من ناحية ، من ناحية أخرى فهل يستتبع انعقاد الجلسات في سرية ان تقوم المحكمة بتقييد علانية محاضر الجلسة والأحكام بالنسبة للغير على الأقل؟ وفي ذلك استكمال للسرية التي ضمنها انعقاد الجلسات في سرية حماية للأسرار التجارية ذلك إن تم تقرير انعقاد الجلسة في سرية من الأساس.

تأخذ العديد من الدول بسرية الجلسات كإجراء لحماية الأسرار التجارية في التقاضي، فلا تسمح بنشر المعلومات السرية على نطاق أوسع مما استوجبه الإجراءات القضائية، وبالتالي فلا يتمكن من العلم بها- ولو مؤقتا- إلا أطراف القضية والمحكمة ومعاوني القاضي والمحامون وتلك الفئات ملزمة بحفظ السرية بموجب السر المهني، غير أن هذا الإجراء لم يقرر صراحة للأسرار التجارية بل يطبق وفقا للقواعد العامة بهدف حماية الأسرار التجارية، وفي فرنسا كان المشرع وفقا لقانون الملكية الصناعية يقرر انعقاد الجلسات في سرية في مسائل الملكية الصناعية في فروض محددة على سبيل الحصر وفي أضيق الحدود، فلا تنطبق على أسرار التصنيع، أو المعرفة الفنية والأسرار التجارية، مما ترك حماية الأسرار التجارية خاضعا للقواعد العامة المقررة

<sup>1</sup> أدفحى والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ٢٠٠٩، ص ٤٦٩.  
<sup>2</sup> Charles Geilen, prev.cit. , p. 394.

فى م٤٣٥ من قانون المرافعات الفرنسى الذى يعطى القاضى السلطة التقديرية فى تقرير انعقاد الجلسة فى سرية إذا كان هناك مصلحة تبرر ذلك، الأمر الذى رآه جانب من الفقه الفرنسى<sup>١</sup> فى هذا الوقت مجحفا للأسرار التجارية ومن شأنه ان يشكل ثغرة فى النظام الإجرائى لحماية الأسرار التجارية ويبرر لجوء أصحاب الأسرار التجارية التى تم الاعتداء عليها للتحكيم بدلا من القضاء تجنباً لمزيد من الكشف عن الأسرار التجارية التى تم الاعتداء عليها بالفعل.

لكن حالياً فقد مرت الحماية الإجرائية للأسرار التجارية بتطورات عديدة بدأت باعتبار الأسرار التجارية من المصالح التى تبرر انعقاد الجلسات فى سرية بل وتقييد الوصول إلى بعض محاضر الجلسات، وانتهاء بالتوجيه الصادر عن الاتحاد الأوروبى عام ٢٠١٦ والذى تطبيقاً له اصدرت فرنسا فى ٢٠١٨ القانون الخاص بحماية الأسرار التجارية وقررت فى المادة 1-153-L منه عدد من الاجراءات لحماية الأسرار التجارية أمام المحكمة أثناء نظر الدعوى الموضوعية والتى قررت من بينها ان تتعد الجلسات فى سرية ( فى غرفة المشورة)<sup>٢</sup>.

الوضع الحالى فى التشريع المصرى هو ان للقاضى أيضاً ان يقرر انعقاد الجلسات فى سرية، ولكن لم يوجد نص يخص ذلك الإجراء بالذات لمسائل الأسرار التجارية مما يعنى تركها للسلطة التقديرية للمحكمة.

وقد لا يبدو الأمر بهذا القدر من الاجفاف على قدر ما صورته الرأى السابق - فى ترك تقرير السرية فى قضايا الأسرار التجارية لسلطة المحكمة - لأنه فى الغالب

<sup>1</sup> Vincent Maeliss, la protection du secret en propriété industrielle, mémoire, DEA et droit de contrats. Université Lille II, 2000-2001. p.115.

<sup>2</sup> Art. L. 153-1 LOI n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires : à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense :

« 3° Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil .

ستحكم المحكمة بالسرية فى جميع الأحوال طالما اقتضت الضرورة ذلك وكانت المعلومات تشكل بالفعل أسراراً تجارية وهو ما يفحصه القاضى أثناء قيامه بالتكليف، لكن الأمر يتعدى ذلك - فى رأى - إلى اعتبارات الأمن واليقين القانونى، ويساهم فى إرساء حماية إجرائية أقوى للأسرار التجارية، فيعلم المتقاضون مسبقاً وعلى وجه اليقين ان المشرع كفل لهم الحق فى سرية المعلومات بنص القانون، وأيضاً إذا أخذنا فى الاعتبار ان حماية الأسرار التجارية تمثل بصورة غير مباشرة حماية للاستثمارات، فالنصوص القاطعة من شأنها ان تؤمن بيئة صالحة لجذب الاستثمارات من جهة، وحماية المشروعات ورؤوس الأموال الوطنية القائمة فعلاً من جهة أخرى.

### ثانياً: الحماية الإجرائية للأسرار التجارية أثناء الإثبات:

يعد الإثبات المحك الأهم الذى يبرز التعارض بين السرية والعلانية فى قضايا الأسرار التجارية فكما سبق الإشارة الإثبات يفترض المواجهة والاطلاع والمناقشة بين الخصوم، وفى بداية الاجراءات يسعى المدعى إلى اثبات التعدى على الأسرار التجارية الخاصة به - وهو إدعاء قد يثبت وقد لا يثبت - وبناء عليه يطلب من المحكمة اتخاذ عدد من اجراءات الإثبات لتدعيم ادعاءاته وهو ما من شأنه ان يعرض الأسرار التجارية للمدعى عليه للكشف وبالتالى إلحاق الضرر به، لذا فتوجد اجراءات تهدف إلى الموازنة بين مبدأ المجابهة بالدليل باعتباره من المبادئ العامة لإقامة الدليل وحماية الأسرار التجارية، وأهم هذه الإجراءات:

- أوامر الحماية: وهو إجراء معمول به فى القانون المقارن ويهدف إلى تقرير السرية لبعض الأوراق والمستندات التى تحتوى على الأسرار التجارية بحيث لا يتم الكشف عنها، أو إذا تم هذا الكشف فيكون لأشخاص محددة ويقع عليهم الالتزام بالسرية.

- إعفاء بعض الفئات من الشهادة لحماية للأسرار التجارية.

وقبل العرض لتلك الاجراءات السابقة يجدر الإشارة إلى انه تعد نقطة البداية فى بحث الإجراءات المتبعة لحماية الأسرار التجارية أثناء الإثبات إلى طرح التساؤل حول ما

إذا كانت يتم حماية الأسرار التجارية بموجب "إمتياز" معين يمنحه المشرع لها، أم ان ذلك يتم وفقا للقواعد العامة للقانون فتعد دائما خروجاً عن القاعدة العامة- وهى العلانية - لأهداف أقرها المشرع، ويشير الفقه<sup>1</sup> إلى ان هذه التساؤل كان محلاً لخلاف فقهي امتد لفترة طويلة من الزمن فى الولايات المتحدة بخصوص قوانينها فى هذا الصدد، وسواء كان يوجد مثل هذا الامتياز القانون أم لا فى نظام قانونى معين، فإن الأمر الأساسى الذى يشير إليه الفقه<sup>2</sup> هو ان المبالغة فى حماية الأسرار التجارية إذا لم تظل فى الإطار المناسب من شأنها ان تؤدى إلى الإفتتاء على حقوق أخرى هى أولى بالاعتبار والحال كذلك، لأن ذلك " الامتياز" من شأنه ان يهدرها كلياً، وهو ما يرجع إلى فكرة تقدير الضرورة بقدرها فإذا كان قواعد قوانين المرافعات / الاجراءات المدنية كفيلة بحماية الأسرار التجارية - فتنقاص فى رأى هذا الاتجاه- الحاجة إلى تقرير "إمتياز" خاص بالذات للأسرار التجارية تجعل حمايتها تتقدم على ما غيرها من الاعتبارات والحقوق حال التعارض<sup>3</sup>.

وبناء على ما تقدم فإن من الأنسب ان يتم حماية الأسرار التجارية بما لا يؤدى إلى اهدار الحقوق التى قد تبدو فى حالة تعارض معها كحقوق الدفاع ومن ضمنها الحق فى الاثبات، لأنه مما ينبغى أخذه فى الاعتبار ان النص على محاكمة عادلة يتضمن عدالة الاجراءات، وهو ما يستتبع ضرورة وجود اجراءات تضمن حماية الأسرار التجارية<sup>4</sup>.

لكن ينبغى التفرقة فى هذا الصدد بين الاثبات فى المحاكمات الجنائية والمدنية، فيرى الفقه<sup>5</sup> -ربح- أنه لا ينبغى بأى حال من الأحوال ان يوجد امتياز أو تفضيل لحماية

<sup>1</sup> Rebecca Wexler, Life, Liberty, and Trade Secrets: Intellectual Property in the Criminal Justice System, Stanford Law Review, Vol. 70, May 2018, p.1378.

<sup>2</sup> Rebecca Wexler, Life, Liberty, and Trade Secrets: Intellectual Property in the Criminal Justice System, Stanford Law Review, Vol. 70, May 2018, p.1378.

<sup>3</sup> Rebecca Wexler, Life, Liberty, and Trade Secrets: Intellectual Property in the Criminal Justice System, Stanford Law Review, Vol. 70, May 2018, p.1378.

<sup>4</sup> Daniel Gervais, The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> ed, 2003, note 90, p.291.

<sup>5</sup> Rebecca Wexler, opt.cit. page 1378 to 1394.

الأسرار التجارية في الإجراءات الجنائية لأن في المقابل توجد حياة / حرية انسان على المحك فمن غير الجائز ان يمنع وصوله إلى الأدلة أو ان يتم تقييد هذا الحق على أساس من المعلومات السرية، بينما يختلف الأمر في القضايا المدنية لأنه من الممكن إقرار وجود امتياز خاص للأسرار التجارية - في حدود معينة- وكذلك حماية تلك الأسرار من التعسف في استعمال الحق في الاثبات.

### ١. أوامر الحماية: Protective Orders

يعرفها الفقه<sup>1</sup>: بأنها اتفاق يتم التوصل إليه بين طرفين أو أكثر بشأن الكشف عن معلومات تعتبر سرية بواسطة أحد الأطراف إلى الآخر غير أنها تتضمن عدد من الشروط التي ينبغي ان يلتزم بها الطرف الآخر عند الاطلاع على المعلومات، وتحكم تلك الشروط كل مرحلة من مراحل الاثبات والعرض لتلك المعلومات أمام المحكمة، والهدف الأساسي من هذه الأوامر هي حماية المعلومات السرية من الكشف عنها أثناء التقاضي، وأنه في حال تم الكشف عنها فلا يكون ذلك إلا لعدد محدود للغاية من الأطراف على ان يلتزموا بعدم الإفصاح عنها للغير، وهذا الاتفاق قد يتم خارج المحكمة أو تحت إشراف المحكمة.

وهناك العديد من الوسائل المتبعة في الاثبات والتي يمكن من خلالها لأحد الخصوم ان يطلب من المحكمة الكشف عن المعلومات الخاصة بالطرف الآخر على النحو التالي:

- الاستجواب

- يطلب من المحكمة بالزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده

- الشهادة و حينها يلتزم الشاهد بأن يفصح عما لديه من معلومات.

على ان تقديم المستندات يعد هو المجال الأبرز لاستخدام أوامر الحماية وهو إجراء متعارف عليه في الولايات المتحدة في قضايا الملكية الفكرية، فعندما تأمر المحكمة

<sup>1</sup> Arnold B. Silverman, The Role of protective orders in Intellectual property Litigation, JOM, May 2006, page 1.

بتقديم أوراق أثناء اجراءات الاثبات فيجب على الطرف الذى يقدم المعلومات أو الأوراق أن يميزها (يوسمها) بأنها سرية وأن يحدد درجة السرية، فبعض الأوراق غاية فى السرية Highly Confidential، البعض الآخر سرى فقط Confidential وتعد درجات السرية على قدر من الأهمية لأن كل درجة تحدد نطاق الأشخاص الذين بإمكانهم الاطلاع على تلك الملفات السرية، على سبيل المثال السرى للغاية يمكن فقط للمحامين الاطلاع عليه.

وبصفة عامة فإن المستندات وكافة مجريات القضية يطلع عليها عدد غير محدود من الأشخاص ففضلا عن مبدأ علانية الاجراءات القضائية يطلع القاضى وأعوانه على المستندات بحكم عملهم وأيضا الخبراء والكتابة وغيرهم لذا فيمكن ان يحدد أمر الحماية الاجراءات المتبعة والوسائل التى تحفظ سرية المعلومات التى يتم الكشف عنها فى إطار التقاضى، فيكون لكل من يطلع على تلك المعلومات ان يوقع على أمر الحماية ويصبح بمقتضى ذلك ملتزما بما ورد به من شروط.

وفى ذات الإطار وبالتطبيق على التقاضى فى حالة التعدى على الأسرار التجارية، فيجب ان يتمتع الخصوم بحسن نية، ومظهر ذلك ألا يطلب المدعى فى الاثبات الكشف عن المعلومات بصورة عشوائية أى المنتجة منها والغير منتجة فى الدعوى، فيكون طلبه بما يدعم دعواه فقط ولا يتجاوزه، وفى المقابل فإن المدعى عليه فى الاثبات يجب ألا يبالغ فى إضفاء السرية على كافة البيانات بدون مقتضى حتى لا يؤدي ذلك إلى الإخلال بالحق فى الاثبات، وفى جميع الأحوال للخصوم ان يعدلوا فى نصوص أمر الحماية بما يتناسب مع ما يستجد من ظروف فى الدعوى فإن لم يتوصلوا لاتفاق، تقوم المحكمة بالفصل فى مدى اعتبار معلومات معينة سرية ومن قبل الأسرار التجارية أم لا؟ ومدى امتداد نطاق الحماية لها من عدمه.

وهو ما قررته قواعد الاجراءات المدنية الفيدرالية<sup>1</sup> فى الولايات المتحدة فقررت ان الشرط الجوهرى لاجراءات الاثبات فيما يتعلق بمعلومات العمل السرية يجب ان يتم بناء على سبب معقول Good Cause، وذلك لأن الخصوم قد يطلبوا الاثبات بحسن نية أو بسوء نية<sup>2</sup> فيكون للمحكمة مجال لتقدير ذلك وفى خصوص الأسرار التجارية فيجب ان يستند الخصم الذى يرفض الاثبات إلى ان أنها تدرج ضمن الأسرار التجارية ولها مزية تنافسية من جهة، ومن جهة أخرى فإن الخصم الذى يطلب الاثبات ينبغى ان يبرهن على أهمية المعلومات التى يطلبها لاثبات دعواه، وللمحكمة سلطة تقديرية فى هذا الصدد فى الموازنة بين مصالح كلا من الخصمين المتعارضة، ولها فى ذلك تعديل نطاق (الكشف) أمر الحماية بدلا من استبعاده تماما.

وإذا ألتزم الأطراف حسن النية وكانت بنود أمر الحماية على قدر من الوضوح والدقة، فإنه يصبح أداة هامة تحقق حماية الأسرار التجارية من جهة ، وتوفر الوقت على الخصوم فى تحديد ما يعد وما لا يعد سرىا، وبالتالي تركيز جهودهم فى اثبات إدعائتهم أو نفي الإدعاءات الموجهة ضدهم وهذا على مستوى كل قضية بذاتها، أما على مستوى القضاء بأكمله فمن شأنه ان يضمن سرعة التقاضى لأنه يوفر الجهد والوقت المبذول فى النزاع حول سرية معلومات بعينها ولكن ينصرف كل الجهد إلى الفصل فى الدعوى بذاتها<sup>3</sup>.

عملا فى الولايات المتحدة فإن الخصوم يقوموا بصياغة بنود أمر الحماية وللمحكمة ان تتبنى أمر الحماية الخاص بأيهما واعتماده بعد ان توازن بين الشروط الواردة فى كلا منهما وهو ما يطلق عليه Blanket Protective Order والهدف من ذلك هو

<sup>1</sup>FED.R.CIV.P. 26(c)(1)(G) (formerly 26(c)(7)) provides that: a protective order may be entered providing that "requiring that a trade secret or other confidential research, development, or commercial information not be revealed or be revealed only in a specified way;"

Available at: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-26-duty-to-disclose-general-provisions-governing-discovery/>  
Last visited 29/12/2018.

<sup>2</sup> Arthur R. Miller, Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts., Harvard Law Review, N.105, 1991, page 445to 463.

<sup>3</sup>Arnold B. Silverman, The Role of protective orders in Intellectual property Litigation, JOM, May 2006, page 2.

تسهيل اجراءات الاثبات، وتقليل الخصومات حول مدى سرية كل ملف على حدة، لذا فدائما ما تشجع المحاكم فى الولايات المتحدة اللجوء إلى هذه الأوامر والاتفاق عليها من قبل الخصوم و بمقتضاها يحددوا المعلومات السرية التى يرجى حمايتها أثناء التقاضى على ان يخضع ذلك التصنيف لرقابة المحكمة.

غير انه يلاحظ أنه فى كل الأحوال ينبغى للخصم الذى يطلب الكشف عن الأسرار التجارية ان يثبت ان الكشف عنها منتج فى الدعوى، فلا يكفى ان يدرج فى أمر الحماية رغبته فى الكشف عنها، وعبرت أحد المحاكم الفيدرالية عن ذلك بقولها ان أمر الحماية لا يعد بديلا عن اثبات السبب المعقول أو الحاجة للكشف عن معلومات سرية بل ان الهدف من أوامر الحماية هو منع الضرر عن طريق تقليل الكشف عن المعلومات ذات الصلة والتي تتمتع بالسرية<sup>1</sup>.

تشديدا على حماية الأسرار التجارية فمن المقرر ان الأدلة التى تم الوصول إليها فى هذه القضايا لا يتم استخدامها إلا فى الخصومة القائمة فقط، ويمكن استخدامها فى قضايا أخرى أو اجراءات إدارية بشرط وحدة الموضوع أو وحدة الخصوم بين القضية الخاصة بالسر التجارى والقضايا والاجراءات اللاحقة.

وإجمالا يمكن القول ان أوامر الحماية توفر حماية إجرائية للأسرار التجارية وفقا للنظام المتبع فى الولايات المتحدة من خلال الضوابط الأتية<sup>2</sup>:

أولا: تستخدم المعلومات التى تصل إلى علم الخصوم فى التقاضى فقط دون غيرها فى أغراض التجارة المشروعة.

ثانيا: يجب ان يتم نشر المعلومات الخاصة بالقضية فى اطار من مبدأ العلانية فى أضيق الحدود.

<sup>1</sup> "Protective order is not a substitute for establishing relevance or need. Its purpose is to prevent harm by limiting disclosure of relevant and necessary information." Micro Motion, Inc. v. Kane Steel Co., 894 F.2d 1318, 1325 (Fed. Cir. 1990).

<sup>2</sup> محمد حيدر العتوم، Litigation Risks of Trade Secrets، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، دار المنظمة، ٢٠٠٨، ص٩٤.

ثالثاً: يجب ان تقدم كل الأوراق والمستندات إلى المحكمة مغلقة ومختومة **under seal** .

وفى ذات الإطار للمحامين أيضا ان يطلبوا من المحكمة عدم اطلاق عدد من ممثلى الخصم على المعلومات، كما لهم ان يطلبوا استرجاع المعلومات التى تم الكشف عنها فى نهاية التقاضى، بعبارة أخرى المستندات التى تم تبادلها مع الخصوم أثناء التقاضى وإلزام الأشخاص الذين اطلعوا على المعلومات بالتوقيع على ما يفيد استلامهم لنسخة من أمر الحماية والالتزام ببنيه- التى تتضمن بطبيعة الحال الالتزام بعدم الكشف عن المعلومات السرية.

يجدر الإشارة لموقف القانون المصرى فى هذا الصدد، لا يوجد تنظيم خاص للمعلومات السرية لكن توجد عدد من المواد (٣٠ إلى م٣٧) فى قانون الاثبات رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ فى شأن إلزام الخصم بتقديم دليل تحت يده، فتقرر م ٢/٣٧ "على أنه يجوز للقاضى ان يرفض إصدار الأمر بعرض الشئ إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه ."  
أرى انه فى القانون يعترف المشرع بأن اجراءات الاثبات قد تسفر عن وجود تعارض بين المصلحة فى الاثبات وغيرها من المصالح المشروعة أيضا، غير انه ممن يجدر أخذه فى الاعتبار ان تلك القاعدة من قبل القواعد العامة وغير مقررة بصفة خاصة للأسرار التجارية.

## ٢. الشهادة فيما يتصل بالأسرار التجارية:

تعد الشهادة<sup>١</sup> من اجراءات الاثبات، والشاهد فى هذه القضايا قد يكون أحد من العاملين بالشركة/ أو المنشأة ، أو أيا من كان لكن وفقا لطبيعة تلك القضايا فمن المتصور فى أغلب الأحوال وجود التزام بالسرية على عاتق الشاهد هذا من جهة، من جهة أخرى

<sup>١</sup>تعد الشهادة عموما -إلى جانب كونها أحد طرق الاثبات- واجبا عاما على الشاهد تفرض عليه عدد من الراجبات: كالحضور أمام القضاء فى الوقت والمكان المحدد له وفى حالة عدم حضوره يحكم عليه بالغرامة، وللمحكمة ان تصدر أمرا باحضاره جبرا، يجب ان يذكر بياناته أمام المحكمة وذلك ان يفصح عن علاقة العمل أو القرابة التى تربطه بأحد الخصوم(م ٨٥ اثبات)، أيضا حلف اليمين(٨٦اثبات)، ويجب على الشاهد ان يجيب على أسئلة القاضى ذاكرا الحقيفة وعند الامتناع عن الإجابة يعاقب بنقس عقوبة عدم الحلف(م ٨٠ اثبات).  
وتعد الشهادة من أهم طرق الاثبات فى المواد التجارية لأن المشرع أجاز اثباتها بكافة طرق الاثبات.

فإن المعلومات التي قد يفصح عنها الشاهد قد تضر بالشركة صاحبة السر التجارى، فهل يشكل هذا ميرر يمنع الشاهد من الإدلاء بشهادته أمام القضاء؟

- القاعدة: إعفاء أصحاب المهن من الشهادة فى القانون المصرى:

فى الأصل ووفقا للقواعد العامة فى الإثبات سواء فى القانون المصرى أم القانون المقارن لا ينبغى ان يتمتع الشاهد عن الشهادة من حيث الأصل، لكن فيما يتعلق بالأسرار التجارية، فقد قرر المشرع المصرى إعفاء بعض الفئات من واجب الشهادة<sup>١</sup> ومن ضمن هذه الفئات أصحاب المهن أو الصنعة حيث يجب عليهم عدم إفشاء سرها. ومع ذلك من الجائز إفشاء السر فى الشهادة أمام المحكمة فى حالتين<sup>٢</sup>:

الأولى: رضاء صاحب السر بإفشاؤه؛ وذلك حال ما إذا طلب من ذكرها له ان يشهد بها (م ٦٦ اثبات) كما لو استعان صاحب السر التجارى بأحد العاملين لديه والذى اطلع على السر بحكم عمله وذلك ليدلى بشهادته أمام المحكمة، وبالتالى يمكن القول ان المشرع المصرى اعترف بالأسرار التجارية وأهميتها إلى الدرجة التى تبرر معها الحد من تطبيق بعض القواعد الإجرائية.

الثانية: بموجب نص م ٤٣٧ عقوبات فإنه يمكن إفشاء السر التجارى إذا كان المقصود به الإخبار عن جنائية أو جنحة أو منع ارتكابها، أى ان المشرع المصرى أعمل التفرقة بين الإعفاء فى المسائل التجارية من الشهادة حماية للسر التجارى فأباحه، أما إذا كانت الشهادة المتعلقة بالسر التجارى خاصة بمسألة جنائية فلا يمكن للشاهد ان يستفد من هذا الإعفاء ولو كان من شأن الشهادة ان تؤدى إلى الكشف عن السر التجارى محل التزام العامل بالسر المهني<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> د. سيد أحمد محمود، إقامة الدليل أمام القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٨٨.  
<sup>٢</sup> د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، دار السنهورى القانونية والعلوم السياسية، بدون سنة نشر، ص ١٨٩ وما بعدها.  
<sup>٣</sup> أيضا لأن المصلحة فى سير العدالة التى تتمثل فى الكشف عن الجرائم التى وقعت أو التى لم تقع بعد تُفهم على ما عداها - حتى السر المهني والتجارى - فالمصلحة العامة فى منع الجرائم قبل وقوعها تجب ما عداها من مصالح عامة أو خاصة، قارب: د. عصمت عبد المجيد، المرجع السابق، ص ١٩٣.

## - الوضع في القانون الأمريكي:

على الجانب الآخر ففي الولايات المتحدة- فقد قال البعض<sup>1</sup> بإمكانية امتناع الشاهد عن الشهادة لحماية لمصالح الأسرار التجارية، على سند من ان الشهادة في هذا الفرض تهدد الأعمال والابتكار من جانب، أيضا اتصالها بمبدأ إجرائي مفاده عدم جواز تقديم الشخص دليل ضد نفسه، أو دليل يسوء مركزه في الدعوى Selfincrimination من جانب آخر، لكن يبدو هذا الاتجاه - من وجهة نظر معارضة- يبالغ في حماية الأسرار التجارية إلى حد العصف بما عداها من مصالح مشروعة.

### لذا فإنه عملا:

- حسم الأمر في النظام الإنجليزي بصدور سابقة قضائية تقرر التزام الشاهد بإجابة الأسئلة التي توجه إليه حتى ولو كان من شأن الإجابة ان تؤدي إلى عقد مسؤوليته المدنية، وبعد ذلك عدل البرلمان<sup>2</sup> من هذا الحكم مقررا ان الشاهد يلتزم بالإجابة ولا يمكنه الامتناع تأسيسا على سبب وحيد وهو ان الشهادة من شأنها ان تؤدي إلى عقد مسؤوليته المدنية، أو يحتمل بدرجة كبيرة ان تؤدي إلى مساعلته مدنيا.

- في الولايات المتحدة فإن عددا من الولايات تبنت ذات الحكم في قوانينها كولاية Maryland ، وولاية بنسلفانيا Pennsylvania، كما ان أغلب محاكم الولايات قد قررت ضرورة ان يقوم الشاهد بالإدلاء بشهادته في جميع الأحوال ولا يعد اتصال شهادته بمعلومات مالية أو اقتصادية على قدر من الأهمية للشركة مبررا للامتناع عن الشهادة، في ذات الاتجاه قررت محكمة ماساتوتشيس العليا Massachusetts في حكم قديم (1830)<sup>3</sup> لها ان

<sup>1</sup> Rebecca Wexler, opt. cit., p.1382.

<sup>2</sup> UK Witness Act 1806: "a witness cannot by law refuse to answer a question relevant to the matter in issue... on the sole ground that the answering of such question may establish or tend to establish that he owes a debt or is otherwise subject to a civil suit."

<sup>3</sup> مشار إليه لدى

Rebecca Wexler, opt. cit., p.1382.

الشاهد يستدعى ويدلى بشهادته في المسألة محل الدعوى ولا تعد المصالح الاقتصادية المتعارضة عذرا يعفى الشاهد من الشهادة<sup>3</sup>.

غير انه حاليا في الولايات المتحدة بدأ القانون الموضوعي للأسرار التجارية يأخذ اتجاه آخر بصفة عامة، ويتضح ذلك من زيادة دعم حماية الأسرار التجارية موضوعيا وإجرائيا، وفي صدد الأسرار التجارية وبالرغم من التخوف من ان الشركات قد تضغط على موظفيها وصولا لعدم الإدلاء بالشهادة، فإن فكرة إحداث توازن إجرائي بدأت تأخذ مجالا للتطبيق، فيقع على عاتق القاضى ان يقرر أهمية الشهادة في الدعوى وفقا لظروف كل حالة على حدة وأخذا في الاعتبار جميع المصالح الخاصة بالشركة من ناحية، وعدالة اجراءات الخصومة وحقوق الدفاع من ناحية أخرى.

### ثالثا: السر المهني لبعض الأشخاص:

لعل السر المهني أبرز طرق حماية الأسرار التجارية حتى خارج إطار القضايا، وهو كما تفصح عنه عبارته هو التزام الشخص بعدم إفشاء الأسرار التي علم بها بسبب أو بمناسبة وظيفته، وهي من الاجراءات التي يلجأ إليها صاحب العمل في الحفاظ على أسرارته التجارية.

لكن الالتزام بالسر المهني في خصوص الأسرار التجارية لا يقتصر على الموظف الذي يطلع على المعلومات السرية بحكم عمله بل يمتد إلى عدد من الأشخاص أمام المحكمة كالخبير، والمحامي.

---

"A witness may be called and examined in a matter pertinent to the issue, where his answers will not expose him to criminal prosecution, or tend to subject him to a penalty or forfeiture, although they may otherwise adversely affect his pecuniary interest."

<sup>3</sup> فقد قررت محكمة بنسلفانيا العليا ان من غير الممكن تجاهل الأسرار التجارية تماما في الاجراءات، فإذا أدت الشهادة إلى إحداث ضرر بتجارة أحد الأشخاص ولم يكن طرفا في الدعوى، ولم تكن المعلومة ذاتها على درجة عالية من الأهمية في سياق الدعوى، فمن غير الملزم الشاهد بالافصاح عن تلك المعلومات والحال كذلك.

The Pennsylvania Supreme Court ruled that if witness testimony would expose a non party's trade secrets "to the disadvantage and injury of such third persons, the inquiry should not be allowed."

Huessener v. Fishel & Marks Co., 127 A. 139, 141 (Pa. 1924).

لعل التساؤل في هذا الصدد هو هل يمكن ان يشكل السر المهني سبب مشروع يتمتع بموجبه الملزم به عن الإدلاء بمعلومات يعرفها أمام المحكمة؟ وبالتالي هل يشكل السر المهني وسيلة لحماية الأسرار التجارية في إجراءات التقاضي؟ في الإجابة على هذا التساؤل ينبغي بحث القواعد القانونية المعمول بها في هذا الصدد.

### ١. السر المهني للمحامي:

يشير الفقه<sup>١</sup> إلى ان السر المهني في علاقة المحامي بموكله هو أساس لعلاقة الثقة، وفي القانون الفرنسي توجد العديد من النصوص القانونية التي تقرر السر المهني للمحامي والذي يلتزم بمقتضاه بالحفاظ على أسرار موكله، فيقرر القانون المحاماه الفرنسي رقم 1130 du 31 décembre 1971 - n.71- في م ٦٦-٥ منه التزام المحامي بالسر المهني سواء التي تتعلق بمسائل الاستشارات القانونية أم بالدفاع عن الموكل أمام المحكمة ، كما حددت المادة نطاق السرية لتشمل كافة المراسلات المتبادلة بين المحامي وموكله من جهة ، والمراسلات بين المحامي والخصوم ما عدا "الرسمية" منها من جهة أخرى، وبصفة عامة كافة الأوراق الخاصة بملف القضية، وأيضا يعد التزام المحامي بالسرية التزام أخلاقي ورد النص عليه في قانون المحاماه الفرنسي.

ولا يعد التزام المحامي بالسر المهني في فرنسا ضرورة مهنية وأخلاقية تهدف إلى تحقيق مصالح خاصة للموكلين / العملاء فقط بل أيضا ضرورة اجتماعية تتصل بالنظام العام، ففي حال خالف المحامي السر المهني فيعاقب وفقا للمادة ٢٢٦-١٣ من قانون العقوبات.

في ذات الإطار نص قانون المحاماه المصري في م ٧٩ منه على ان: "على المحامي ان يحتفظ بما يفرضه إليه موكله من تعليمات ما لم يطلب منه إيدائها للدفاع عن

<sup>1</sup> Loic Dusseau, De la nécessaire protection du secret professionnel du juriste d'entreprise grâce au statut d' avocat en entreprise, Gazette du palais, 138 année, n.28, 31 Juillet 2018, Lextenso, page. 11.

مصالحه في الدعوى"، الأمر الذي يرى البعض<sup>1</sup> أنه يعني ان التزام المحامي لا يمتد للأسرار التي يعلم بها بمناسبة ممارسة مهنته، وإنما يقتصر على ما أفضى به موكله إليه، ومع ذلك تشير م ١/٦٦ من قانون الإثبات إلى ان: "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات ان يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة".

- موقف القضاء الفرنسي من السر المهني للمحامي فيما يتصل بالشهادة:

وإذا كان التزام المحامي بالسرية على هذا النحو أمر مستقرا عليه في مصر وفرنسا وفقا للقوانين المنظمة لمهنة المحاماه، فإن ذلك لا يعني بالضرورة ان التزام المحامي بالسر المهني هو التزام مطلق ويظهر ذلك جليا من خلال التطبيق القضائي خاصة في فرنسا حيث يميل القضاء إلى الحد من مفهوم السر المهني للمحامي، وفي هذا الصدد فإن الفقه<sup>2</sup> يشير إلى ان هذا الالتزام بالسرية يتخذ مظهرا خاصا أمام القضاء.

فيميل القضاء إلى التضييق من مفهوم السر المهني للمحامي فيفرقوا بين طائفتين هما: السرية التي يلتزم بها المحامي في خصوص الاستشارات القانونية من جهة، والسرية فيما يتعلق بمباشرة المحامي للدفاع عن موكله.

فيذهب القضاء إلى اعتبار السر المهني للمحامي بالنسبة للطائفة الأولى - الاستشارات - نسبيا، فيمكن للمحكمة ان تقبل المستندات طالما انها لا تتصل بمباشرة الحق في الدفاع، وأنها ضرورية للوصول للحقيقة وأنها ذات صلة مباشرة بالجريمة<sup>3</sup>، في حين ان الالتزام بالسرية في خصوص الطائفة الثانية هو التزام مطلق، الأمر الذي يجعل من السر المهني للمحامي في خصوص الاستشارات أمرا نسبيا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. بسلام عبد الزهرة الفتلاوي، أ. حسام جادر فليح، مفهوم التزام المحامي بعدم إفشاء السر المهني - دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية الصادرة عن ج. بابل، السنة التاسعة، العدد الأول، ٢٠١٧، ص ١٦٥.

<sup>2</sup> Loic Dusseau, opt.cit., p.11.

<sup>3</sup> Vincent Nioré et loic Dusseau, le cœur de la défense, Gazette du palais, n.223, 25 Avril 2015, p.10.

<sup>4</sup> أرى ان هذه الصورة لا تتعدى كونها نفس الأستثناء الذي قرره المشرع المصري في صدد أصحاب المهن وذلك بصدد إعفائهم من الشهادة إذا تعلق الأمر بجريمة جنائية، ومع ذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي ان في التفرقة السابقة لتناقص من مفهوم السر المهني للمحامي - الذي يعمل بالشركة - فيما يتصل بأدائه لعمله

أيضا ان السر المهني منصوص عليه للمحامي، لكن لم يتم النص عليه بالنسبة لمحامي الشركات Juriste d' entreprise مما يعنى فى الحقيقة ان التزامه بالسرية هو التزام بعدم الإفصاح وليس له حجية فى مواجهة جهات القضاء العادى أو الادارى.

بالرغم من تقرير الالتزام القانونى للمحامي بعدم إفشاء السر المهني والخاص بالمعلومات التى تصل إلى علمه بمناسبة عمله، إلا ان ذلك قد لا يبدو دائما ضمانا قاطعة يمكن الاعتماد عليها فى الحفاظ على الأسرار التجارية وذلك إذا ما أمرت المحكمة بسماع أقوال المحامي باعتباره شاهدا ولا يقتصر مفهوم المحامي على ممثل الخصم فى القضية وإنما أيضا المحامي الذى يعمل بالشركات وهو يقوم بدور كبير ومنظم فى صياغة العقود وتقديم الاستشارات القانونية بشركته الأمر الذى يجعله بالضرورة على علم ببعض المعلومات السرية والتي نمت إلى علمه بمناسبة وظيفته، ومع ذلك يؤكد جانب من الفقه الفرنسى<sup>1</sup> على أهمية السر المهني فى حماية الأسرار التجارية، فوفقا م L.115/2 من القانون التجارى فقد قرر المشرع إلزام المحامي بالسرية إلى جانب أنه ملتزم أصلا بالسرية تأسيسا على السر المهني، إلا انه يعد تأكيدا على الالتزام بالسرية -تشريعا- وبالتالى ضمان حماية فاعلة للأسرار التجارية.

#### - موقف القضاء المصرى من السر المهني للمحامي فيما يتصل بالشهادة:

تقرر م ٦٥ من قانون المحاماه المصرى على انه على المحامي ان يدلى بما رآه أو سمعه متى طلب منه من أسر إليه ذلك على ان يتمتع عن إفشاء ما يدلى له به موكله

Loic Dusseau, De la nécessaire protection du secret professionnel du juriste d'entreprise grâce au statut d' avocat en entreprise, Gazette du palais, 138 année, n.28, 31 Juillet 2018, Lextenso, page.12.

<sup>1</sup> Thibaud d'Alès, Secret des affaires: un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires, 13 septembre 2018, p. 8.

<sup>2</sup> م ٦٥ من قانون المحاماه رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ تنص على أن: "على المحامي أن يتمتع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التي علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه، إلا إذا كان ذكرها له يقصد ارتكاب جنابة أو جنحة" أيضا م ٧٩ محاماه على أن: "على المحامي أن يحتفظ بما يفرض به إليه موكله من معلومات، ما لم يطلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه في الدعوى"

بسبب مهنته بغير رضاه، وهو الأمر الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية<sup>1</sup> فأقرت قبول شهادة المحامي والذي شهد بما علمه واتصل بسمعه بشأن واقعة تتصل بالدعوى بناء على طلب موكله في الدعوى.

لكن - في رأيي - أن ما يجعل السر المهني وسيلة لحماية السر التجاري في التقاضي أثناء الشهادة في هذا الصدد ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية<sup>2</sup> من أن شهادة المحامي لا تُقبل لأنها تعد من قبيل الدليل غير المشروع، وليس لعدم مشروعية الواقعة ذاتها، ولذا فيمكن قبول أى دليل آخر على ذات الواقعة غير شهادة المحامي بالمخالفة لواجبه وسره المهني، فقررت: "يشترط في الواقعة محل الإثبات أن تكون جائزة القبول، وليس مما يحرم القانون اثباتها تحقيقاً لأغراض مختلفة، وحظر الإثبات إذا كان منطويًا على إفشاء لأسرار المهنة أو الوظيفة لا يتعلق بواقعة يحرم اثباتها، وإنما يتعلق بدليل لا يجوز قبوله في صورة معينة، بمعنى أن عدم جواز القبول لا ينصب على الواقعة في حد ذاتها وإنما على دليلها، بحيث تكون الواقعة التي يقف عليها الشخص بسبب وظيفته أو مهنته جائزة القبول ولكن لا يجوز اثباتها بشاهدته".<sup>3،4</sup>

## ٢. السر المهني للخبير:

في الأساس يعد القاضي هو الخبير الأعلى في الدعوى ومع ذلك يلعب الخبير دوراً هاماً في التقاضي، ويكون دور الخبير في هذه الحالة تنوير المحكمة حول وقائع تحتاج في تقديرها إلى معرفة فنية خاصة، والخبير في قضايا التعدي على الأسرار التجارية - سواء كان ندبه بناء على أمر من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على

<sup>1</sup>نقض ٢٠١٢/١٠/٢٢، طعن رقم ٦٩٦٢٢، سنة ٧٤ق، مع المكتب الفني لمحكمة النقض، ص ٥٥٨.

<sup>2</sup>نقض ١٩٧٩/٢/٢٨، طعن رقم ٦٧٤، سنة ٤٦ق، مع المكتب الفني لمحكمة النقض، ص ٦٤٧.

<sup>3</sup> وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى موقف القانون الإماراتي إذ قرر أنه إذا استمعت المحكمة إلى أقوال المحامي بما يخالف التزامه بالسر المهني كان قرارها باطلاً، علاوة على تطبيق قواعد القانون الجنائي على المحامي الشاهد، "فالمحكمة لا تملك أن تحل المحامي من سر مهنته"، إلا أن المحكمة إذا دعت المحامي للشهادة فيجب عليه الحضور أمامها لكنه يعتذر عن الإدلاء بشهادته استناداً إلى نص القانون وتكون المحكمة في هذه الحالة ملزمة بقبول عذره.

<sup>4</sup> قانون المحاماه الإماراتي رقم ٣ لسنة ٢٠١٢: ينص في م ٢٨ منه: "على المحامي أن يحتفظ بما يفرض عليه موكله من معلومات ما لم يطلب منه إبداؤها للدفاع عن مصالحه في الدعوى. يحظر على المحامي أن يفشي سرا استودع لديه بحكم مهنته وله في سبيل ذلك أن يمتنع عن أداء الشهادة لو طلبت منه كما يحظر عليه أن يستعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله أو كان الإفشاء به من شأنه أن يمنع ارتكاب جريمة".

طلب من أحد الخصوم- يمكن ان يطلع بالضرورة بمناسبة تأديته لمهمته على معلومات سرية خاصة بالنشاط التجارى للشركات أطراف الدعوى<sup>1</sup>، والمعيار الأساسى فى هذا الصدد هو ما إذا كانت تلك المعلومات السرية توفر مزية تنافسية فى التجارة، بحيث يضر الكشف عنها بمركز النشاط التجارى فى السوق أم لا .

لذا يلتزم الخبير دائما فى إطار من السر المهنى بالامتناع عن الكشف عن أى معلومات وصل إليها أثناء تأديته لمهمته والتي يكون شأن الكشف عنها الحاق ضرر شديد بالأفراد، أو حقوقهم الأساسية ويدخل فى مفهوم الأخيرة الحقوق الاقتصادية كالحق فى المنافسة المشروعة، وفى ذات الإطار فإن المعلومات التى قد يطلع عليها الخبير بمناسبة مباشرته لأحد أعمال الخبرة فى قضية تتصل بالأسرار التجارية هى المعلومات التى تتصل بالملكية الصناعية للشركة وسواء انصبت على المعلومات ذاتها كبراءة الاختراع، أو طرق الإدارة ووسائل الانتاج من جهة، والمعلومات التى تتصل بالمركز الاقتصادى للشركة سواء الحالى أو المستقبل ومن ذلك البيانات المتعلقة بالأرباح والخسارة، المعلومات الإحصائية المتعلقة بها، المشروعات الاستثمارية للشركة سواء الحالية أو التى تعزم الشركة تنفيذها فى المستقبل.

ويرى جانب من الفقه<sup>2</sup> فى هذا الصدد ان السر التجارى لا يشكل بذاته العقبة فى سبيل قيام الخبير بمهمته، إلا إذا كان الجانب الذى ينصب عليه عمل الخبير من شأن الكشف عنه ان يلحق ضرر بصاحب السر التجارى.

لذا يقرر القانون - المصرى والفرنسى- على السواء انه على الأطراف ان يقدموا للخبير كل المستندات التى يقدر أنها تلزمه فى سبيل القيام بمهمته، وفى حال امتناع أحد الأطراف عن ذلك فيمكن للقاضى ان يأمر الخصوم بتقديم هذه الأوراق، على ان

<sup>1</sup> وهو ما من شأنه ان يحدث بالضرورة فى قضايا الأسرار التجارية حيث ان المشرع أعطى للخبير وهو بصدد مباشرة مهمته السلطة فى الاطلاع على المستندات التى يرى أنها منتجة من أجل إتمام المهمة الموكلة إليه، وسواء كانت هذه المستندات فى حيازة الخصوم أو الغير.

أيضا فى دور الخبير فى القضية وعلاقة القاضى بالخبير فى هذا الصدد، راجع د.سحر عبد الستار إمام، دور القاضى فى الإثبات-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠١، ص ٥١٩-٥٢٥.

<sup>2</sup> Confluences Juridiques, étude no.4, secret des affaires et principe de contradictoire- Esquisse de quelques solutions aux problèmes rencontrés lors des opérations d'expertise, Gazette du palais, Recueil Juillet- Aout 2003, p.2067.

الخبير لا يكشف إلا على المعلومات اللازمة لمهمته، وبالقدر الكافي فقط لتتوير المحكمة حول موضوع النزاع، فلا يتعداه إلى سواه<sup>1</sup>.

فالمدعى أو المدعى عليه قد يرفض ان يمد الخبير بالمعلومات اللازمة لاتمام مهمته على أساس من الأسرار التجارية، أو قد يقبل ان يوفرها للخبير شرط ان ألا يتم الكشف عنها إلى الخصم الآخر، وفي الفرض الأول لن يتمكن الخبير من أداء مهمته لأنه لا تتوافر لديه المعلومات الكافية (نماذج، منتجات كيميائية، رسوم، حسابات)، أو في الفرض الثاني فإن عدم وصول المعلومات للخصم الآخر هو إخلال بمبدأ المواجهة، وفي كلا الفرضين لا يتصور أداء الخبير مهمته بكفائه.

لذا رأى البعض أن الحل من الممكن ان يكون على أحد مستويين، إما على مستوى الخبير، أو على مستوى القاضى:

- ليس الخبير من يقرر وجود سبب مشروع يببر الكشف عن السر التجارى فى الاثبات من عدمه، إذا ان هذه المهمة منوطة بالقاضى وحده لأن القاضى يطبق القانون، إلا انه فى الواقع القاضى فى تقريره ذلك يستند إلى رأى الخبير بصورة أساسية، لأنه بما يتوافر له من خبرة فنية يمكنه ان يحدد الملفات / المعلومات اللازمة لتحديد مدى وجود تعدى على السر التجارى من عدمه، ودرجة هذا الاعتداء.

- بالتالى لأحد الخصوم ان يقبل بأن يكشف عن معلومات معينة للخبير، أو ان يقدم أوراق مهمة فى الاثبات بشرط ألا يتم الكشف عنها للخصم الآخر، أو ان يكون الخبير هو المطلع الوحيد على تلك المعلومات فيلتزم فى تقريره بعد بيان التفاصيل التى من شأنها الكشف عن السر التجارى، أو إعمالاً لمبدأ المواجهة فيتم إعلان الخصم الآخر بكافة الأوراق لكن بحجب الجزء من

<sup>1</sup>أقررت م ٨٨ من قانون الاثبات المصرى انه يحظر على الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة من إفشاء ما وصل إلى علمه أثناء القيام بواجبه من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ولم تأذن الجهة المختصة فى إذاعتها.

وهو الأمر الذى يختلف تماماً طلب تفسير أو شرح من الخبير، وإنما المقصود إذاعة أو إفشاء ما وصل لعلمه بمناسبة وظيفته.<sup>2</sup>  
Confluences Juridiques, étude no.4, secret des affaires et principe de contradictoire, opt.cit., p.2069.

الأوراق الذى ترد به معلومات تتعلق بالسر التجارى، وأخيرا يمكن للطرفين ان يتفقا على تبادل الملفات والأوراق وعدم عرقلة اجراءات الاثبات فى مقابل تحديد الأشخاص الذين بإمكانهم الاطلاع على المعلومات من الطرفين والتوقيع على إقرارات الالتزام بالسرية.

- أو ان يترك للقاضى تقدير وجود هدف مشروع وراء طلب إجراء الاثبات وما إذا كان على قدر من الضرورة من شأنه ان يغير وجه الرأى فى الدعوى.

وحاليا كما سنعرض فيما يلى يأخذ فى القانون المقارن بكلا من الحلين معا، اجراءات لمراعاة السرية فى الاثبات وأيضا للقاضى سلطة تقديرية فى هذا الصدد حتى لا يستند أحد الخصوم إلى حقه فى الاثبات ومبدأ المواجهة توصلا لكشف الأسرار التجارية لخصمه مما يندرج فى إطار التعسف فى استعمال الحق.

### الفرع الثانى

#### اتجاهات الدول فى الحماية الإجرائية للأسرار التجارية أثناء التقاضى

##### أولا: ألمانيا:

يحمى القانون الألمانى الأسرار التجارية بصفة أساسية من خلال دعوى المناقسة غير المشروعة وذلك ضد كافة الأفعال أو المحاولات غير الشريفة التى من شأنها تحقيق ربح اقتصادى على حساب السر التجارى ومثال ذلك كشف السر التجارى من قبل أحد الموظفين إلى شخص من الغير وذلك فى أثناء سريان عقد العمل، وأيضا يندرج ضمن

تلك الأفعال التجسس التجارى. Industrial Espionage

ولا يحتوى القانون الألمانى على نصوص خاصة للحماية الإجرائية للأسرار التجارية بذاتها، لكن ينطبق فى هذا الصدد نوعان من القواعد الأول القواعد العامة فى الاجراءات حفاظا على السرية/ والثانى قواعد خاصة لحماية السرية فى خصوص قضايا براءات الاختراعات<sup>1</sup> لكن امتد نطاق تطبيقها بعد ذلك ليشمل الأسرار التجارية.

<sup>1</sup> Sec. 140c Patent Act:

"(1) Any person who with sufficient likelihood uses a patented invention contrary

ففي أثناء إجراءات التقاضي يمكن لأحد الخصوم ان يتقدم للمحكمة بطلب استبعاد كل الأشخاص من غير أطراف القضية من حضور الجلسات، وكذلك بحماية كافة المعلومات من وصول الغير إليها إذا تضمنت معلومات سرية من غير المرغوب الكشف عنها.

أيضا ان يطلب أحد الخصوم من المحكمة اصدار أمر بفرض السرية Confidential Order لمنع الخصم الآخر من ان يفصح عن معلومات سرية حصل عليها أثناء سير الدعوى تحقيقا لمبدأ المواجهة للغير.

لا يتم الكشف عن أدلة الإثبات إلا للممثلة المحكمة فقط غير ان ذلك من شأنه ان يعد إجراء باطل لإخلاله بالحق في المواجهة واهدار حق الدفاع، وبصفة عامة يبدى القانون الأمانى تشددا في مواجهة الإجراءات السرية إلا على سبيل الاستثناء وهو ما يعرف بإجراء Dusseldorf procedure<sup>1</sup> وهو الإجراء الذى يتم تطبيقه فى إطار الإدعاء ولكن قبل الاجراءات الرسمية، فيكون من المقبول تقديم معلومات إلى خبير متخصص وبشرط الالتزام بالسرية وذلك بدلا من تقديمها أمام المحكمة، أو تسويد (إخفاء) الأجزاء المتعلقة بالسر التجارى من الأوراق التى تم تقديمها، وبهذه المثابة يسمح هذا الإجراء بتقييد الوصول مؤقتا إلى الأدلة أو الجلسات وذلك لتحقيق مصلحة أحد الخصوم فى عدم الكشف عن أسراره التجارية، فيكون على المدعى عليه ان يمكن الخبير من القيام بمهمته وذلك بالاطلاع على الملفات ذات الصلة وأيضا المنشأة وذلك

---

to sections 9 to 13 may be sued by the right holder or by another entitled person for production of a document or inspection of an item which lies in his control or of a process which is the subject-matter of the patent if this is necessary for the purpose of establishing the claims of the right holder or another entitled person. Where there is sufficient likelihood of a legal infringement being committed on a commercial scale, the claim shall extend to the production of bank, financial or commercial documents. If the alleged infringer asserts that the information concerned is confidential, the court shall take the measures necessary to ensure the specific protection required in an individual case.

Christopher Heath, "In Camera Proceedings/FOMA", International Review of intellectual property and competition Law, Volume 48, issue 8, December 2017, p.1002.

Joanna Rindell, Protecting Trade Secrets In Litigation , The Impact of Art.9 of the EU – Trade Secret Directive especially on Finnish Law, Master Thesis, Faculty of Law, university of Turku, May 2016, p.12.

فى حضور ممثلين للمدعى عليه والذين يلتزمون السرية (المهنية)، ولا تُعلم المحكمة المدعى بما تم الوصول إليه إلا إذا ثبت أثناء سير القضية ان المعلومات محل الاثبات والتي قد تتطوى على سر تجارى خاص بالمدعى عليه ذات أهمية كبيرة وينبغى الكشف عنها لصالح العدالة.

فى ذات الإطار فيمكن على هذا النحو ان تقدم الأدلة بدون الكشف عنها بصفة تامة بما يؤدي إلى كشف السر التجارى، فيكتفى باطلاع الخبير على المعلومات ليقدر ما إذا كان الكشف عنها هام لسير القضية والفصل فيها أم أنه سيؤدي إلى إفشاء الأسرار التجارية لأحد الخصوم، وقد يكون ذلك هو الدافع الأساسى للخصم الآخر فى طلب إجراء معين من إجراءات الاثبات، وكذلك ففى بعض الأوقات يكون للخبير فى حال مناقشة الشهود له ان يجيب على الأسئلة الموجهة له بنعم أم لا فقط.

### ثانيا: إنجلترا:

يعتمد القانون الانجليزى بصفة أساسية على فكرة الحقوق والالتزامات فيما يتصل بالمعلومات السرية عموما، وبصفة خاصة الأسرار التجارية لأنه يعتبرها مصدر للحقوق والالتزامات، وتنظم الأسرار التجارية بهذا المعنى وفقا لقانون العقد ووفقا لقوانين العدالة، وحماية الأسرار التجارية فى القانون الانجليزى وفقا لهذا المعنى تشترط ان تتوافر السرية لتلك المعلومات، وان تُتخذ من قبل صاحب السر كافة التدابير التى من شأنها ان تحيط تلك المعلومات بالسرية، وان يتم الوصول للمعلومات واستخدامها بدون رضاء صاحبها.

يجدر الإشارة إلى أنه فى النظام الانجليزى كان لا يوجد أساس دستورى للحق فى سرية المعلومات فكان الأفراد فى أى حال يجب عليهم ان ينفذوا أوامر المحكمة وحتى لو كان ذلك يعنى الكشف عن الأوراق التى تتضمن معلومات سرية بحوزتهم ومع ذلك كان للمحكمة سلطة تقديرية فى فرض السرية على الخصوم ومثليهم فى التقاضى<sup>1</sup>،

<sup>1</sup> Joanna Rindell, Protecting Trade Secrets In Litigation , The Impact of Art.9 of the EU – Trade Secret Directive especially on Finnish Law, Master Thesis, Faculty of Law, university of Turku, May 2016, p.14.

ومع ذلك عرف النظام الانجليزي الأسرار التجارية وحمايتها وكانت تنظمها بصفة أساسية قواعد القانون العام(Common Law Rules) بالإضافة إلى قواعد العقد وازدادت حماية الأسرار التجارية بوصفها معلومات سرية بصدور قانون حماية حقوق الانسان الانجليزي عام ١٩٩٨ والذي أكد على الحق فى سرية المعلومات وعدم تعريضها للكشف، إلا ان صدور قانون الأسرار التجارية الانجليزي فى ٩ يونيو ٢٠١٨ تطبيقا للتوجيه الأوروبى ٩٤٣/٢٠١٦ يعد أبرز وآخر التطورات التشريعية فيما يخص الأسرار التجارية.

يبدو ما أضافه القانون الجديد إلى النظام الانجليزي المطبق أساسا فى حماية الأسرار التجارية فى مظهرين أساسيين:

الأول: أضاف للتعريف الانجليزي للأسرار التجارية شروط اعتبار معلومات معينة أسرار تجارية وبالتالي حمايتها وهذه الشروط هى: اتخاذ حائز السر التجارى تدابير (خطوات) معقولة للحفاظ على سرية المعلومات، ان يكون للسر التجارى قيمة تجارية (تخول صاحبه ميزة اقتصادية).

بالتالى فإن المحكمة فى تحديدها لجدية الادعاءات بخصوص السر التجارى فإنها ترجع فى تقدير مفهوم السر التجارى للشروط السابق بيانها، وكذلك لقواعد القانون العام أيضا.

الثانى: فيما يتعلق بحماية السرية أثناء اجراءات القضية، الاجراءات التحفظية، طرق تقدير التعويض.

وما يهمنا بصورة خاصة هو حماية الأسرار التجارية أثناء الاجراءات القضائية: تقليديا أقر النظام الانجليزي النوادى السرية Confidentiality Clubs وهو عبارة عن اتفاق بين الخصوم فى القضية بمقتضاه يمكن للأطراف ان يتفقوا على: من له حق الوصول والاطلاع على المعلومات<sup>1</sup>، من له الحق فى نسخها، المكان الذى يمكن

<sup>1</sup> Trevor Cook, Alejandro I. Garcia, International Intellectual Property Arbitration, Arbitration in context series. Volume II, Wolters Kluwer, 2010, p.265.

الإطلاع فيه على المستندات، وأى طرف فى هذا الاتفاق يحظر عليه بأى طريقة الإفصاح عن المعلومات التى تصل لعلمه نتيجة اشتراكه فى هذا الاتفاق وبالتالي تقليل خطر الكشف عن المعلومات السرية خارج اجراءات التقاضى<sup>1</sup>، ويتطلب إجراء النوادى السرية قدر من الاتفاق بين الخصوم، يشير الفقه<sup>2</sup> إلى ان هذا الإجراء أصبح تقليدياً ومتكرر فى العمل وبصفة خاصة فى قضايا براءات الاختراع والأسرار التجارية، وإلى جانب هذا الإجراء كانت المحكمة تلجأ لانعقاد الجلسات فى سرية كلما استدعت الضرورة ذلك.

إلا ان القانون الجديد أوضح بشدة انه فى الاجراءات القضائية المتعلقة بالتعدى على السر التجارى فى كل مرة تصدر المحكمة أمر بالحد من الوصول للملفات التى تحتوى على أسرار تجارية، أو الجلسات ويقتصر فى هذه الحالة الوصول للملفات أو حضور الجلسات على عدد محدود فإن هؤلاء الأشخاص يجب ان يتضمنوا شخص من كل طرف على الأقل و يمكن ان يكون هذا الشخص المحامى.

وهو ما أكد عليه القضاء الانجليزى فى قضاء حديث فى أحد قضايا براءات الاختراع، فأكد القاضى فى الحكم<sup>3</sup> على ان فى حالة عدم تمكن الأطراف من الإطلاع على المستندات المقدمة فإنه من المستحيل القول بوجود محاكمة عادلة، وأيضاً إذا لم يتمكن المحامى من مناقشة المستندات مع موكله فليس من المتصور قيامه بواجبه المهني، بالرغم من عدم إشارة الحكم للقانون الجديد لأن القضية لا تتعلق بالأسرار التجارية إلا ان هذا هو المبدأ المستقر فى القضاء الانجليزى، فيمكن الأخذ بالاجراءات السرية، أو ان يطلع على بعض الوثائق القاضى فقط لكن فى كل الأحوال لا ينبغي ان يعطل ذلك حقوق الخصوم فى الدفاع عن طريق حجب معلومات هامة عنهم بصفة تامة.

<sup>1</sup> Stuart Sime, Derek French, Blackstone's Civil Practice 2013: The Commentary. Oxford University Press, 2012, p.48.35.

<sup>2</sup> Paul Matthews, Hodge M.Malek, Disclosure, Sweet & Maxwell, 2012, p.441.

<sup>3</sup> TQ Delta LLC –v- Zyxel Communications UK Limited [2018] EWHC 1515 (Ch),

تعتبر الولايات المتحدة من أكثر الدول التي تولى أهمية كبيرة للأسرار التجارية، بل انه تاريخياً كان لضغط الولايات المتحدة في جولة أوروغواي أبلغ الأثر في ضم الأسرار التجارية إلى اتفاقية الترس، وفي الوقت الحالي تعاني الشركات في الولايات المتحدة من خسائر تقدر بملايين الدولارات سنوياً نتيجة سرقة أسرارها التجارية وذلك من قبل العديد من الأطراف كموظفين الشركة نفسها، الشركات المنافسة، الحكومات الأجنبية، وزاد من وطأة تلك المخاطر ان التعدي على الأسرار التجارية يتم بوسائل تكنولوجية تعتمد على الانترنت وأجهزة الهواتف الذكية، الأمر الذي يكون معه سارق السر التجاري غير معلوم ومن الصعوبة التعرف عليه أو تقفى أثره، مما أثر على السياسة التشريعية والإجرائية للولايات المتحدة في خصوص حماية الأسرار التجارية.

ففي الأساس وعلى خلاف باقى حقوق الملكية الفكرية، فإن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأسرار التجارية هو قانون الولايات موفراً للشخص أو الشركة التي تم اختراق أسرارها التجارية الحق في رفع الدعوى المدنية مطالباً بالتعويض، إلا أنه مع التطور وللاعتبارات السالف بيانها، توجد قوانين تنطبق في شأن الأسرار التجارية على المستوى الفيدرالي على النحو التالي:

#### ١. تشريع جنائى: قانون التجسس الاقتصادى Economic Espionage

Act وإلى جانب الدعوى الجنائية فللمدعى العام ان يحرك الدعوى المدنية

ليطبق قواعد قانون التجسس الاقتصادى.

لكن القسم القضائى والمكتب الفيدرالى للتحقيقات لديها موارد محدودة وأولويات مختلفة تتطلب التنفيذ الأمر الذى لا يجعلها بالكفاءة اللازمة لحماية الأسرار التجارية، لذا كان الاقتراح باصدار قانون موحد لحماية الأسرار التجارية من شأنه ان يودى إلى وجود نوع من التوحيد في تطبيق القواعد بين الولايات ، وفي ذات الوقت إنشاء حق في

<sup>1</sup> Brian T. Yeh, Protection of Trade Secrets: Overview of Current Law and Legislation, April 2016, p.6 -7. Congressional Research Service, 22

دعوى فدرالية للمطالبة بحماية الأسرار التجارية Federal private right of action .

٢. بالتالى صدر عن الكونجرس قواعد القانون الموحد فى شأن الأسرار

التجارية UTSA .

على خلاف الوضع السائد فى الدول التى تتبنى النظام الأنجلوسكسونى فإن الولايات المتحدة تعتبر الأسرار التجارية بنص صريح حق ملكية وذلك وفقا لما نص عليه المشرع اعتبار تملك الأسرار التجارية بالوسائل غير المشروعة التى نص عليها، ومنها السرقة والتزوير، الاحتيال وما إلى ذلك، وكما اعتبر الاخلال ومحاولة الاخلال بواجب المحافظة على السرية يعتبر مكونا لأفعال التعدى على ملكية الأسرار التجارية<sup>١</sup>، كما ان العقوبات الواردة فى قانون التجسس الاقتصادى هى عقوبات لسرقة الأسرار التجارية والسرقة لا ترد إلا على مال مملوك للغير.

لعل أبرز الاجراءات المتبعة أمام المحاكم الأمريكية (فيدرالية أم محاكم الولايات) هى الجلسات السرية فى أضيق الحدود إلى جانب الأوامر التحفظية Protective Order فيما يتعلق باجراءات الاثبات المدنية وأهم ما يثيره الأمر من اشكالية هو تحقيق التوازن بين مصلحة الخصوم فى السرية حفاظا على الأسرار التجارية من جهة ومصلحة المجتمع التى تحققها العلانية من جهة أخرى.

وفى ذات الوقت تحقيق التوازن الإجرائى بين حقوق الخصوم بين الحجب وكشف المعلومات المتعلقة بالأسرار التجارية ولكن يمكن القول ان الولايات المتحدة قد استقر تطبيق نظام الأوامر التحفظية بها حماية للأسرار التجارية فى التقاضى، كما يتم اللجوء إلى عقد الجلسات فى سرية ولكن بعد ان تتأكد المحكمة (سواء على المستوى الفيدرالى أم على مستوى الولايات ) ان مصلحة الخصوم تجب مصلحة المجتمع فى العلانية.

<sup>١</sup>د.ابراهيم محمد يوسف عبيدات، النظام القانونى للأسرار التجارية، رسالة الدكتوراه، ص ١٦٩.

إلى وقت قريب لم يكن يوجد تعريف تشريعي فى القانون الفرنسى للأسرار التجارية، لكن المفهوم لم يختلف كثيراً عن التعريفات السائدة نظراً لأن فرنسا من دول الاتحاد الأوروبى من ناحية ولأنها من الدول الأعضاء فى اتفاقية التريس من ناحية أخرى. تتأسس حماية الأسرار التجارية فى القانون الفرنسى على دعوى المنافسة غير المشروعة، وبناء على مبادئ عامة تم تطويرها من خلال الأحكام القضائية Case Law فىرى جانب من الفقه<sup>1</sup> ان التدخل التشريعى لحماية الأسرار التجارية يعتبر ضئيل مقارنة بغيرها من الدول غير أنه غير منعدم، إذ تنظم الحماية القانونية للأسرار التجارية فى القانون الفرنسى بعدد من النصوص فى قوانين مختلفة وهم: قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسى، قانون العمل، القانون المدنى الفرنسى، القانون التجارى والقانون الجنائى.

وفىما يتعلق بالحماية الإجرائية للأسرار التجارية أثناء سير الإجراءات القضائية، فينظم المشرع عدد من الوسائل لحماية المعلومات السرية أمام كلاً من القضاء المدنى والجنائى والادارى<sup>2</sup>.

تسود الفلسفة الإجرائية فى فرنسا مبدأ التواجهية Adversary proceedings والإجراءات العلنية، وفى الأحوال التى توجد بها معلومات سرية فلا يوجد نصوص من شأنها ان تمنع المدعى عليه أو أى طرف آخر فى القضية عن المعلومات السرية فى القضية إلى الغير ممن لا يعد طرفاً فى القضية، الأمر الى يجعل من الممكن نظرياً ان يستخدم أى طرف فى القضية المعلومات السرية بما يحقق فائدته الخاصة، وفى ذات الإطار فمن النادر ان تصدر المحكمة أمر من شأنه ان يقيد حقوق الخصوم فى الاطلاع على المستندات أو تبادلها تأسيساً على احتواء تلك المستندات على معلومات سرية.

<sup>1</sup> Joanna Rindell, Protecting Trade Secrets In Litigation, The Impact of Art.9 of the EU , prev.cit., p.14.

<sup>2</sup> The Baseline off Trade Secret litigation in the EU member states, European Union Intellectual Property Office, 2018, p.127.

بالرغم مما سبق فإنه توجد العديد من التدابير التي تأخذ بها المحكمة حماية للمعلومات السرية:

١. للقاضي ان يحكم بانعقاد الجلسة فى غرفة المداولة بناء على طلب أو اتفاق بين الخصوم أو إذا ما كان من شأن العلانية أن تؤثر سلبا على خصوصية الأفراد أو السير المنتظم (الهادئ) للإجراءات . فى هذا الإجراء ستتعقد الجلسة فى سرية لكنه لن يتم إخفاء أى معلومات عن الطرف الآخر فى القضية(مدعى كان أو مدعى عليه) فستستمر المحكمة فى تطبيق مبدأ المواجهة.

٢. للخصوم ان يطلبوا من المحكمة فى مرحلة ما قبل انعقاد الخصومة ان تقيد / تمنع وصول الطرف الآخر (المدعى عليه مثلا) إلى المستندات على ان يكون الوصول إليها مقصور على الخبراء وممثلى الطرفين، وأيضا استبعاد المعلومات السرية من المحاضر المكتوبة (كمحضر الجلسة، تقرير الخبير).

ويتم الإجراء السابق بعدد من الصور فإذا كان إجراء يتعلق بالخبرة فيجب على الخبير ان يصيغ العبارات فى تقريره بما يمنع الكشف عن المعلومات السرية، أو لا يذكرها على الإطلاق إذا كانت غير ذات أهمية بالنسبة لمهمته الأساسية، أما إذا كانت المعلومات السرية من صميم مهمته فيمكنه ان يكتفى بذكر النتيجة التى توصل إليها من خلال تلك المعلومات دون ان يوردها صراحة وبصورة مباشرة، وأخيرا يمكن ان يتم إيداع التقارير التى تحتوى على المعلومات السرية فى

---

1 l'article L. 153 Code de commerce: " Toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient."

Les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont liées par cette obligation ni dans leurs rapports entre elles ni à l'égard des représentants légaux ou statutaires de la personne morale partie à la procédure. Les personnes habilitées à assister ou représenter les parties ne sont pas liées par cette obligation de confidentialité à l'égard de celles-ci, sauf dans le cas prévu au 1° de l'article L. 153-1

مظروف مغلق ويسلم للمحكمة ولا يتم فض هذا المظروف إلا وفقا للشروط التي تضعها المحكمة.

٣. منع وصول الغير من الوصول إلى المستندات الخاصة بالقضية وقصر هذا الحق فقط على أطراف الدعوى وممثليهم فقط وبعبارة أخرى تطبق المحكمة في هذا الفرض إجراء دوائر السرية confidentiality circle<sup>1</sup> والذي يجعل المعلومات متاحة لعدد قليل ومحدود من الأفراد من بينهم الخصوم ومن يمثلوهم وذلك منعا لتسريب الأسرار التجارية وان تكون الاجراءات القضائية ذريعة لهذا التسريب.

٤. على نطاق أوسع لحماية الأسرار التجارية فقد أصدر المشرع الفرنسي عام ١٩٦٨ Blocking Statute والذي يحظر الكشف عن أى معلومات اقتصادية، تقنية، مالية، صناعية سواء كانت معلومات أم مستندات لسلطات أجنبية (ويتضمن ذلك المحاكم الأجنبية) وفي حال المخالفة يحكم على المخالف بالسجن مدة ٦ أشهر والغرامة التي تقدر ب ١٨٠٠٠ يورو، غير انه نادر التطبيق عملا.

وبعد صدور القانون الفرنسي لحماية الأسرار التجارية<sup>2</sup> في ٨/٦/٢٠١٦<sup>3</sup> وبموجب هذا القانون تم تعديل القانون التجارى بإضافة فصل خامس إلى الكتاب الأول خاص بحماية الأسرار التجارية وتم بمقتضاه تعريف الأسرار التجارية وصاحب الحق فيها détenteur d'un secret<sup>4</sup> ووضح المعايير المتبعة في هذا الصدد وقد حدد القانون تدابير عامة لحماية الأسرار التجارية أمام محاكم القضاء المدنى والتجارى،

<sup>1</sup> هذا الإجراء غير منصوص عليه في القانون الفرنسي ولكن تم إقراره من قبل القضاء في العمل ومحكمة النقض الفرنسية أوردت النص عليه في عدد من أحكامها.

<sup>2</sup> Disponible sur:

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=57E32BC62EB8DBE4623A6B6598D9DD4B.tplgfr33s\\_1?cidTexte=JORFTEXT000037262111&categorieLien=id](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=57E32BC62EB8DBE4623A6B6598D9DD4B.tplgfr33s_1?cidTexte=JORFTEXT000037262111&categorieLien=id)

Last visited 17 December 2018.

<sup>3</sup> Publication de la loi relative à la protection du secret des affaires, Actualités, Le semaine Juridique, entreprise et affaires, 6 Septembre 2018, Hebdomadaire, LexisNexis, N. 36, p.641

لذا فإن تطبيق تلك القواعد في قضايا الأسرار التجارية في فرنسا من شأنها ان تغير ظروف التقاضي تماما، ففي ضوء تأمين عدد من الإجراءات التي من شأنها حماية المعلومات السرية، فمن المتوقع زيادة القضايا في مسائل التعدي على الأسرار التجارية، وقد قامت محكمة استئناف باريس<sup>1</sup> بتطبيق تلك الاجراءات بصفة مسبقة على صدور القانون وتصلح تلك الاجراءات للتطبيق على كافة مسائل الملكية الفكرية أمام القضاء حماية للمعلومات السرية أثناء الاجراءات القضائية وقد وردت تلك الاجراءات التي عبرت عنها المحكمة في حكمها وهي: وجود نظام للسرية وذلك لتبادل الإعلان والمذكرات، على ان يكون الاتصال في البداية بين المحامين فقط ( للمدعي والمدعى عليه)، التزام من وقع على الالتزام بالسرية بعدم الإفشاء وإلا تعرض للمسائلة ويجب عليه دفع تعويض.

### المطلب الثاني

#### دور المحكمة في تحقيق الحماية الإجرائية للأسرار التجارية

إن استخدام مصطلح الحماية الإجرائية في خصوص الأسرار التجارية يعنى الاجراءات التي من شأنها ان تتخذ من أجل حماية المصالح التي تتطوى عليها الأسرار التجارية في إطار اجراءات التقاضي.

وهو الأمر الذي يقتضى التوفيق بين ان الحقيقة وكافة المعلومات ينبغي الكشف عنها في اجراءات التقاضي تحقيقا لمبدأ المواجهة والعلانية على النحو السالف بيانه من ناحية، ومن ناحية أخرى رغبة الخصوم في عدم الكشف عن بعض المعلومات.

إن نقطة البداية في هذا الصدد ترجع إلى الأساس الدولي لانفاذ حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التريبس)، فاتفاقية باريس تقرر حماية الأسرار التجارية صراحة لكن في مواجهة أعمال المنافسة غير الشريفة وذلك في م ١٠ منها، أما اتفاقية التريبس فتقرر لأصحاب الأسرار التجارية الحق في حمايتها أثناء اجراءات نظر الدعوى والاثبات،

<sup>1</sup><http://patentmyfrench.com/wp-content/uploads/2018/11/2018-10-09-Core-Wireless.pdf>

وتفرض على الدول الأعضاء الالتزام فى تقرير الاجراءات المناسبة لحماية الأسرار التجارية وفى ذات الوقت ضمان تحقق متطلبات المحاكمة العادلة.

لذا فإنه تتعدد الوسائل التى يمكن ان تحمى بها المحكمة سرية المعلومات سواء فى مواجهة الجمهور عموما ووسائل الإعلام، أو بين الخصوم بعضهم البعض، ولعل أبرز هذه الوسائل انعقاد الجلسات فى سرية وغيرها من الوسائل التى تمنع العلانية ووصولاً لحجب جانب من المعلومات، لكن المحكمة فى هذا الصدد يجب ان توازن بين كلا من المصلحتين وتعطى الأولوية لأى منهم فى ضوء عدد من الاعتبارات<sup>1</sup> :

- النظام القانونى السائد والمصالح التى يعطيها الأولوية
- النصوص القانونية المعمول بها فى هذا الصدد
- مدى ضرورة اتخاذ اجراءات من شأنها التقليل من ضمانات التى تحققها العلانية ومبدأ المواجهة.

فالمصلحة فى حماية الأسرار التجارية يجب ان تقدر بقدرها ، فلا يجب على المحكمة فى كل حالة تتعلق بالأسرار التجارية ان تقوم فوراً بحجب المعلومات وهنا يبرز دور المحكمة فى تحقيق التوازن عن طريق حماية الأسرار التجارية وضمنان المحاكمة العادلة فى تطبيقها للقانون الاجرائى أثناء التقاضى فى مسائل الأسرار التجارية Trade Secret Litigation.

قبل التعرض بالدراسة لدور المحكمة فى التوفيق وتحقيق التوازن بين المصالح فى هذا الصدد، ينبغى الوقوف أولاً على طبيعة المصالح التى تبدو افتراضاً وللوهلة الأولى فى حالة تعارض (السرية ضد العلانية)، فهل يكون القاضى بصدد التوفيق بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة، أم ان كلا منهما تمثل مصلحة عامة، نظراً لأنه لا جدال فى اعتبار المحاكمة العادلة من النظام العام وتمثل مصلحة عامة، فيبقى الوقوف على طبيعة المصلحة التى تمثلها الأسرار التجارية وهل هى مصلحة عامة أم خاصة.

<sup>1</sup> فى هذا الصدد راجع د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ وما بعدها.

## الفرع الأول

### طبيعة المصلحة في حماية الأسرار التجارية

تعد الأسرار التجارية أحد طوائف حقوق الملكية الصناعية، والتي تتمتع في المجتمع الدولي بأهمية كبيرة وتوجد العديد من الاتفاقات الدولية التي تقرر إنفاذ تلك الحقوق، ولكن الأسرار التجارية هي الأكثر حداثة من بينهم، وعلى المستوى الدولي جاء تنظيمها بعد ضغط من الدول الصناعية وبصورة خاصة الولايات المتحدة، مع التقدم أصبحت المعلومة هي أساس كل الأعمال الصناعية منها والتجارية، فضلا عن الارتباط بينهم في إطار التجارة الدولية، لذا فالطابع الحديث لحقوق الملكية الفكرية ينتفى معه اعتبار الأخيرة من الحقوق الطبيعية التي تثبت للإنسان بمجرد ولادته وتدور معه وجودا وعدما.

والحقيقة هو ان البحث عن تكييف لطبيعة تلك الحقوق لا يعدو إلا ان يكون محاولة لإضفاء أكبر قدر ممكن للحماية القانونية عليها، فالحقوق الدستورية، حقوق الإنسان وحرياته العامة لها نظام قانوني مستقر وتعتبر في مصاف الحقوق التي لا يمكن المساس بها بحال من الأحوال<sup>1</sup>.

لكن جانب من الفقه<sup>2</sup> يرى -بحق- ان حقوق الملكية الصناعية بالذات هي نتيجة لاختيار سياسي تم إقراره للتوفيق بين اعتبارات اقتصادية وسياسية قد تكون في حالة تعارض، فالاعتراف بحقوق الملكية الصناعية يقوم على أساس من تحقيق التوازن بين حقوق دستورية تتمثل في حرية الأسواق و المنافسة وهي ما تمثل مصلحة عامة من جهة، ومن جهة أخرى ان تكون تلك الحقوق حافزا للابداع والتجديد على ان تظل حماية تلك الحقوق - حقوق الملكية الصناعية - في إطار احترام مصالح المجتمع وبما لا يخالف النظام العام.

<sup>1</sup>د.فاطمة عادل، القضاء والإعلام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، ج.عين شمس، ٢٠١٦، ص ١٦ وما بعدها.

<sup>2</sup> Bertrand Warusfel, La Propriete intellectuelle comme politique publique, Mélanges pour le Pr. J. Schmidt-Szalewski, LexisNexis/Ceipi, 2014, p.393.

تفسير ذلك ان هناك مصلحة عامة تمثلها حقوق الملكية الفكرية عموما والملكية الصناعية بصورة خاصة، وهي مصلحة المجتمع فى الابتكار ووجود مخترعات جديدة، لكن تلك المصلحة تصاحبها حق المخترع أو صاحب حق الملكية الفكرية عموما فى احتكاره مدة معينة من الزمن. وذلك لاستعمال اختراعه أو ابتكاره، الأمر الذى يجعل الأخيرة - مصلحة المخترع- فى تعارض مع المصلحة العامة إذا أخذنا فى الاعتبار التخوف من الخسائر التى قد تلحق المجتمع أثناء فترة الاحتكار وحتى لو كانت تلك الفترة قصيرة ومؤقتة<sup>1</sup>.

وقد عبر البعض<sup>2</sup> فى هذا الصدد على ان الاعتراف بحقوق الملكية الفكرية ليست هدف فى ذاتها ولكنها وسيلة لتعزيز الحداثة والابداع ونشر المعارف. وإجمالاً فإن المصلحة العامة تشكل السبب الرئيسى والتبرير الأول لوجود حقوق الملكية الفكرية والصناعية منها على وجه الخصوص.

فيما يتعلق بحقوق الملكية الصناعية والتي تتصل بالتجارة و الأسرار التجارية قد يُعتقد أنها تتعلق بمصالح خاصة، إذا كانت الأسرار التجارية تتعلق بأعمال خاصة، ولكن تظل مع ذلك الأسرار التجارية على هذا النحو ممثلة لمصلحة عامة، ذلك ان كل تلك الأعمال تتصل بصورة مباشرة بالاقتصاد القومى من جهة، ومن جهة أخرى يؤكد جانب من الفقه<sup>3</sup> ان المكانة التى تحتلها حقوق الملكية الصناعية والأسرار التجارية تتأثر بالنظام الاقتصادى السائد لكن فى كل الأحوال فإن تحقيق الأرباح (الأهداف الاقتصادية) جماعية كانت أم فردية، لمنشآت عامة أم خاصة هو أمر يتصل دائماً بالمصلحة العامة.

<sup>1</sup> La propriété intellectuelle dans le contexte de la société du savoir, Note PIETA n°1, Commissariat général du Plan, 16 mars 2004, p. 2.

<sup>2</sup> M. Maximiliano Santa Cruz, Compte- Rendu de la conference internationale de l'OMPI sur la propriété Intellectuel et les questions publique, Genève, 13-14 Juillet 2009.

<sup>3</sup> M. Buydens, «L'intérêt général, une notion protéiforme », Sous la dir. de Mireille Buydens & Séverine Dusollier, L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, Bruylant, 2008, p. 1-49.

وتدعم فكرة المصلحة العامة في حقوق الملكية الصناعية ما يسوقه الفقه<sup>1</sup> تأييدا لذلك من تدخل الدول لتنظيم بعض جوانبها كما هو الحال في نظم تسجيل براءات الاختراع وان الحصول على العلامات التجارية وتسجيلها أمر يخضع لإشراف الجهات الادارية في الدولة وفقا لقانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي<sup>2</sup> - وهو الوضع في مصر أيضا- ووجود تنظيم للدعاوى أمام القضاء يمكن اللجوء إليها حال الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية ولا تقتصر على الدعاوى المدنية بل قد تشكل في بعض الأحوال الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية جريمة جنائية.

### إجمالاً:

كلا من الأسرار التجارية والمبادئ الإجرائية للقضية المدنية ينطويان على حقوق عامة وحقوق خاصة وكلا من هذه الحقوق تشكل مصلحة عامة، فمن جانب الأسرار التجارية: تنطوي على مصلحة عامة هي المصلحة في تشجيع الابتكار وحفز الاستثمار، ومصلحة خاصة: هي مصلحة صاحب السر التجاري في المنافسة والتميز في السوق.

من جانب آخر تنطوي المبادئ الإجرائية للقضية المدنية على مصلحة عامة وهي حسن سير العدالة، ومصلحة خاصة هي حماية حقوق الخصوم- والتي تؤدي لمصلحة عامة هي استقرار المركز القانونية في المجتمع- سواء في الدفاع أو عن طريق ضمان الحماية القضائية لهم.

مما يمكن معه القول ان القاضى وهو بصدد أعمال التوازن في قضايا الأسرار التجارية، فإنه يكون بصدد مصلحتين كلاهما تتعلق بالنظام العام.

<sup>1</sup>Bertrand WARUSFEL, La Propriete intellectuelle comme politique publique, Mélanges pour le Pr. J. Schmidt-Szalewski, LexisNexis/Ceipi, 2014, p.398.

<sup>2</sup>L'article L 411-4 CPI :C'est la compétence du directeur général de l'INPI pour prendre « les décisions prévues par le présent code à l'occasion de la délivrance, du rejet ou du maintien des titres de propriété industrielle ».

## الفرع الثاني

### دور المحكمة فى تحقيق التوازن

يتعلق الأمر فى هذه الحالة بالمعيار الذى تتبعه المحكمة لتحقيق التوازن فى هذا الصدد، فالمحكمة فى قضايا الأسرار التجارية تصبح أمام مصلحتين كلا منهما مصلحة عامة.

وفى هذا الخصوص يقرر جانب من الفقه<sup>1</sup> - ويحق - ان القانون يهدف إلى التوفيق بين مصلحة اجتماعية ومصلحة فردية، أو التوفيق بين مصالح متعارضة، لكنه فى جميع الأحوال له غاية واحدة هى "إشباع" تحقيق المصلحة العامة.

والحال ان المحكمة أمام مصلحتين كلاهما مصلحة عامة، فيجب ان تقرر المحكمة أى المصلحتين أولى بالرعاية وفقا لظروف كل حالة على حدة، وفى كل مرة تجد المحكمة الأسرار التجارية أولى بالرعاية فإنها تطبق بعض الاجراءات التى تهدف إلى عدم إذاعة بعض المعلومات خلافا للأصل العام المتمثل فى العلانية.

#### أولاً: الأساس القانونى والعملى لسلطة المحكمة التقديرية فى حماية الأسرار التجارية:

كما سبق البيان تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية فى قضايا التعدى على الأسرار التجارية فالمحكمة قد ترى عقد الجلسات فى سرية، قد تأمر بالإزام خصم بتقديم ورقة تحت يده، وإذا طلب أحد الخصوم إجراء من إجراءات الإثبات فإن المحكمة - وفقاً للقواعد العامة - لها سلطة تقديرية فى إجابة الخصم إلى طلبه إجراء من إجراءات الإثبات، وفى مسائل الأسرار التجارية بالذات فإذا طلب أحد الخصوم إجراء من إجراءات الإثبات ومن شأن هذا الإجراء ان يعرض السر التجارى للكشف فإنه يجب ان يتوافر لدى الطالب "سبب معقول"، ومصلحة مشروعة وتقدير ذلك متروك للقاضى وفقاً لظروف كل حالة على حدة، أيضاً فإن تقرير القاضى انعقاد الجلسات فى سرية من عدمه مما يدخل أيضاً فى سلطته التقديرية.

<sup>1</sup>M. Sabatier, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, coll. CEIPI, Librairies techniques, 1976, p. 7.

وفى كل هذه الفروض فإن القاضى يوازن دائما بين مصلحتين: الأولى علانية الاجراءات ومبدأ المواجهة وحقوق الدفاع من ناحية، الثانية: هو مصلحة صاحب السر التجارى فى عدم الكشف عنه وما تحققه تلك السرية من مصالح.

لذا بدأ جانب من الفقه<sup>1</sup> يتسائل إذا ما كنا فى قضايا الأسرار التجارية بصدد مبدأ التناسب، وذلك إذا أخذنا فى الاعتبار ان مبدأ التناسب فى الأساس مقرر ومستقر فى القانون العام وهو يعطى للقاضى<sup>2</sup> سلطة تقديرية خاصة حينما يتعلق تطبيق القانون بعدد من المبادئ التى يصعب تحديدها بدقة كالنظام العام ، الآداب العامة، الظروف الطارئة، حسن النية.

### ١. مبدأ التناسب فى القانون الخاص عموما والقانون الإجرائى:

يفترض مبدأ التناسب وجود مصالح مشروعة وضرورة الموازنة بينها حتى لا يؤدي تطبيق أحد هذه الحقوق إلى إهدار ما عداها، ويفترض أعمال التناسب عموما من جهة وجود معيار معين *Métrique* يمكن القياس تبعاً له، ومن جهة أخرى تنظيم منطقي ومحدد للمعطيات التى يراد تحقيق التوازن بينها (فيتم تقسيم العناصر كلا وفق الحق الذى ينتمى إليه فى قضية معينة).

وبهذا المعنى فإن فكرة التوازن هى مبدأ حسابى منطقي لكنه يمتد أثره وتطبيقه إلى كافة المجالات ومنها القانونى وفى هذا الأخير نجد أنها تمتد إلى القانون العام

<sup>1</sup> Alice Pezard, Les limites à la protection – vers une nouvelle proportionnalité judiciaire?, *Propriété industrielle, Les Revues LexisNexis, Septembre 2018, 17 année, p.12-31.*

<sup>2</sup> سواء لجهة الإدارة أم للقاضى فى رقبته على الأخيرة بعد ذلك نجد للقاضى سلطة تقديرية منشأها فى القانون العام مبيين رئيسين:

الأول: حينما يضمن المشرع قانون معين أفكار غير محددة –كالنظام العام- أو الجريمة التأديبية فإن الفكرة فى ذاتها غير قابلة للتحديد تشريعيا ولا يعنى ذلك ان تلك السلطة التقديرية مطلقة ولكنها التقدير فى إطار القانون العام- يرد على عنصر بعينه كما فى القرار الإدارى مثلا، إلى جانب وجود نوع من القرارات لا مجال فيها للسلطة التقديرية كأعمال السيادة .

ومرد ان تلك السلطة التقديرية هى غير مطلقة هو ان جميع تصرفات الإدارة يجب ان تكون فى حدود القوانين واللوائح.

الثانى: أيضا المشرع مهما كان على قدر من الحرص فى إصدار قانون متكامل، غير انه من غير الممكن ان يضع حولا تواجه جميع المستجدات الواقعة التى قد تتور أمام جهة الإدارة – أو القضاء من باب أولى.

ويضاف إلى ما سبق إلى ان مع الأهمية الكبرى لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، إلا ان وجود نوع من التقدير عند تطبيق القانون أمر لا غنى عنه.

راجع فى هذا الصدد:

د.سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربى، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤، ص ٥١-ص ٥٢.

د.محمد موسى محمد الفقى، حدود مبدأ المشروعية فى ظل قانون الطوارئ (دراسة تطبيقية على جهاز الشرطة فى مصر)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، ٢٠٠٢، ص ١٩٢ إلى ص ٢٠١.

والخاص على السواء، بل يقرر الفقه<sup>1</sup> -وبحق- ان هذا المبدأ يجد مجالاً كبيراً في القانون الإجرائي، ففي الوقت الحالي تتجه قوانين المرافعات إلى تحقيق نوع من التوازن بين الاجراءات في الخصومة من ناحية، والوقت والتكلفة في إطار من مبدأ الاقتصاد في الاجراءات وسرعة وفاعلية إدارة العدالة.

ومما ساهم في إرساء مبدأ التناسب وضرورته هو الطبيعة النسبية لكافة الحقوق الأساسية، ووجود العديد من المبادئ القانونية التي لا تتمتع بحدود واضحة، وعلى هذا النحو يمكن القول ان وجود مبدأ التناسب في القانون الخاص يتخذ شكل التطبيق الضمني، فهو غير منصوص عليه صراحة ويتجنب الفقه<sup>2</sup> - في القانون الخاص - ان يطلق عليه مبدأ عام للقانون ولكنه لا ينفصل بحال من الأحوال عن التطبيق في كافة فروع القانون الخاص ومن ضمنها قانون المرافعات.

ويرتبط مبدأ التناسب *la proportionnalité* بالمعقولة *raisonnable* ويعبر الفقه<sup>3</sup> عن ذلك بأنه إذا كانت المعقولة تعني الحدثة والتكيف، فإن مبدأ الملائمة هو كل الطرق التي إلى تحقيق المعقولة، وبهذه المثابة يكون لإعمال التناسب دورين أساسيين<sup>4</sup> دور وقائي وهو ما يتمثل في إمكانية التغلب على جمود النص، ودور علاجي يتمثل في إمكانية التغلب على حالة الفراغ التشريعي، حينما لا يوفر القانون حلاً يمكن للقاضي اتباعه فيقع على القاضي في هذه الحالة استنباط الحل من القانون بإعمال سلطته التقديرية، فالقاضي إن لم يفعل عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة.

٢. مظاهر مباشرة القاضي لدوره في إحداث التوازن في قضايا الأسرار

### التجارية:

<sup>1</sup>Antoine Guilmain, Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique, McGill Law Journal, Volume 61, numéro 1, septembre 2015, p.90.

Guilmain, opt.cit., p.112. <sup>2</sup>Antoine

<sup>3</sup>Georges Khairallah, Le "raisonnable" en droit privé français: Développements récents, RTD civ , 1984, p.439 à ja p.445.

Guilmain, opt.cit., p.114. <sup>4</sup>Antoine

تطبيقا لما سبق نجد القاضى فى قضايا التعدى على الأسرار التجارية أمام مصلحتين -  
حقين - كلاهما جدير بالرعاية وكلاهما مصلحة عامة - الاجراءات القضائية  
(المحاكمة العادلة) من ناحية والأسرار التجارية من ناحية أخرى .

ولعل أبرز الفروض التى تتبدى فيها الحماية الإجرائية للأسرار التجارية حينما يقرر  
القاضى إتخاذ بعض الاجراءات فى سرية مقدما الاعتبارات التى يحميها السر التجارية  
على علانية الاجراءات، أو على الحق فى الإثبات فى أحيان أخرى، ونبين ذلك فيما  
يلى:

أ. سلطة القاضى التقديرية فى إتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات فى قضايا  
التعدى على الأسرار التجارية فى القانون الفرنسى:

حينما يأمر القاضى بإجراء من إجراءات الإثبات التى تتعلق بالسر التجارى، هنا يكون  
للخصم ان يمتنع عن الامتثال لأمر المحكمة وفقا لنص قانون المرافعات الفرنسى  
الجديد فى م ١٤١ منه، فقد وضع المشرع فى هذا الصدد ضابطين حتى يمكن للمحكمة  
ان تقبل امتناع هذا الخصم وهو ان يكون الدافع مشروع motif légitime، وان  
يكون من شأن الكشف عن المعلومات - إجراء الإثبات - حدوث ضرر محقق  
préjudice certain<sup>1</sup>.

فكلا من المعياريين - الدافع المشروع، الضرر المحقق - هى من الأمور التى لا تقع  
تحت تحديد مانع كما لا توجد وسائل ثابتة ومنضبطة للوقوف عليها وهو ما يتحقق  
معه وجود مبدأ التناسب (والذى يستلزم وجود مصطلحات مرنة ) هذا من جهة .  
من جهة أخرى فبناء على النتيجة التى يتوصل إليها القاضى من وجود سبب مشروع  
وضرر محقق وتقديره لجدية كلا منهما يتوقف عليها الموازنة بين تغليب الحق فى  
الإثبات وعلانية الاجراءات أو السرية للمعلومات المتعلقة بالنشاط التجارى محل  
الإثبات.

<sup>1</sup>Confluences Juridiques, étude no.4, secret des affaires et principe de contradictoire-  
Esquisse de quelques solutions aux problèmes rencontrés lors des opérations  
d'expertise, Gazette du palais, Recueil Juillet- Aout 2003, p.2067.

وفى كلا المرحلتين فالقاضي وإن استند إلى نص قانونى فى التطبيق إلا ان النص لم يبين الألية التى يمكن ان يعمل بها القاضى التوازن تاركا ذلك للقاضى شرط ان يؤسس قراره على أسباب معقولة ومنطقية وهو ما يعكس جوهر التناسب كما سبق ان بيناه، فلا يقتصر الأمر على وجود سلطة تقديرية للقاضى، أو أعمال التوازن بالمفهوم الضيق لمبدأ الملائمة/ التناسب ولكن يتعداها إلى ان القاضى فى إطار من هذه الصلاحية يمكنه ان يطبق النص القانونى بما يتلاءم مع التطور خاصة وان الأسرار التجارية هى مجال خصب للتطور، مما يستدعى مرونة وإستحداث حلول قانونية بصورة مستمرة.

يقصد بالتطور فى هذا الصدد وجود وقائع جديدة وإشكاليات مستحدثة يكشف عنها العمل وتكون على قدر من التعدد والتفصيل إلى النحو الذى يصعب معه وجود نصوص قانون تتصدى لكل فرض واقعى يعرض على القاضى على حدة وبصفة مسبقة، مما يفرض الحاجة إلى إرساء قواعد عامة - إجراءات خاصة لحماية الأسرار التجارية - من جانب، وتقدير سلطة تقديرية للقاضى من ناحية أخرى على ان تتميز ممارسة القاضى للسلطة التقديرية بالمعقولية بحيث تؤدى الوقائع وأدلة الإثبات عقلا ومنطقيا إلى النتيجة التى يتوصل إليها القاضى.

وقد أبدى القضاء الفرنسى<sup>1</sup> تطبيقا للمبادئ السالفة عندما قررت محكمة استئناف باريس تطبيق إجراءات تحفظ سرية المعلومات فى قضية تتصل بالأسرار التجارية بالقياس على الاجراءات المعمول بها فى هذا الصدد فى قضايا براءة الاختراع حينما يستدعى الأمر تطبيق السرية، وكان ذلك قبل صدور القانون الفرنسى الخاص بتقرير الحماية للأسرار التجارية والذى جاء بعد ذلك مقننا للاجراءات التى يتم العمل بها فى هذا الصدد.

<sup>1</sup> سبق الإشارة إلى هذا الحكم والاجراءات التى طبقتها محكمة استئناف باريس عن دراسة الحماية الإجرائية للأسرار التجارية فى القانون المقارن، انظر ما سبق ص ٦٥.

ب. سلطة القاضي التقديرية في الأمر بانعقاد الجلسات في سرية، وفي الأوامر

### التحفظية في القانون الأمريكي:

يعد مبدأ سرية الجلسات في القانون الأمريكي إجراء يتم تطبيقه في أضيق الحدود الممكنة ولذلك خفيات تاريخية وقانونية تتصل بالنظام الأمريكي بالذات وهو الذي يقدم حق المواطنين في العلم وبصورة كبيرة على ماعداها من حقوق استنادا للتعديل الأول للدستور الأمريكي الذي يكفل حرية الرأي، والسبيل لذلك فيما يتصل بالشأن القضائي هو مبدأ علانية الجلسات، لذا فالفقه الأمريكي وأيده في ذلك القضاء ان الاعتبارات التي تحميها الأسرار التجارية - الاقتصادية - تجب ما عداها من مصالح في حدود معينة، لذا فهو إجراء متعارف عليه ان تقرر المحكمة انعقاد الجلسات في سرية حماية للأسرار التجارية، لكن ذلك يتم في إطار معايير وضوابط معينة وينبغي ان يؤخذ في الاعتبار ما يلي<sup>1</sup>:

- عندما تبحث المحكمة في إمكانية الحفاظ على سرية بعض المعلومات أثناء التقاضي، فإنها تقوم بإعمال اختبار للموازنة بين مصلحة المواطنين في العلانية ومصلحة الخصوم في السرية
- المحاكم الأمريكية تفصل في قضايا الأسرار التجارية من حيث الأصل على المستوى الفيدرالي لكن أيضا إذا عرضت قضية بها ما يتصل بالأسرار التجارية أمام المحاكم على مستوى الولايات فمحاكم الولايات تعمل أيضا هذا الاختبار.
- جميع المحاكم في الولايات المتحدة تعترف بوجود مصالح متعارضة في قضايا الأسرار التجارية، ومع ذلك تختلف طريقة تلك المحاكم من حيث طريقة التحليل القانوني للوصول إلى حكم فاصل يحقق التوازن بين الحقوق المتعارضة.

<sup>1</sup> Kyle J. Mendenhall, Can you keep a secret? The Court's role in protecting trade secrets & other confidential business information from disclosure in litigation, Drake law Review, vol.62, 2014, p. 901.

ويعد مبدأ السبب المعقول هو المعيار أيضا في القانون الأمريكي، فتقرر المادة ٢٦ من قواعد الاجراءات المدنية الفيدرالي وجوب إيداء الخصوم لسبب معقول يبرر طلبهم من المحكمة بإصدار أمر الحماية، لكن طريقة تقدير هذا السبب تختلف من دائرة لآخرى على النحو التالي<sup>1</sup>:

الطريقة الأولى: فيكون دراسة القاضى للموازنة بين العلانية والسرية بداية من ضمان سرية المعلومات، فيضمن القاضى للخصوم حماية الأسرار التجارية شرط إيداء أسباب معقولة وفى هذا الصدد تتمتع المحاكم الفيدرالية (محاكم المقاطعات) US District Court بسلطة تقديرية واسعة فى تقدير اتخاذ إجراءات لحماية سرية المعلومات بناء على معيار السبب المعقول تأسيسا على المادة ٢٦ .

الطريقة الثانية: فإن بحث القاضى لحماية الأسرار التجارية تقدر فى ضوء وجود قرينة قوية للحق فى العلانية ( الوصول للمعلومات القضائية strong presumption of public access، وان هذه القرينة لا يمكن دحضها إلا حال وجود سبب قوى ومشروع يبرر الخروج على الأصل الذى يتمثل فى العلانية وحق الوصول للمعلومات.

تطبيقا لذلك فإن الدائرة التاسعة - التى تتبنى هذه الطريقة فى التقدير - ترى ان قوة قرينة الوصول / العلانية تعتمد على نوع المستند موضوع البحث المقدم للمحكمة والذى يطلب الخصوم إضفاء السرية عليه، فإذا كان المستند مما تم الحصول عليه أثناء اجراءات الإثبات فيمكن ان تدحض المحكمة قرينة العلانية لحساب سرية هذا المستند.

فى حين ان باقى الملفات فلا تنطبق بشأنها ذات القاعدة فلا تدحض المحكمة قرينة العلانية وتقدم اعتبارات السرية إلا بعد ان يبدى الخصوم أسباب معقولة ومن ذلك

<sup>1</sup> Kyle J. Mendenhall, opt.cit., p. 902 to p.910.

الملفات التي يؤدي إضفاء السرية عليها إلى تعطيل رقابة المواطنين على نشاط السلطة القضائية .

الطريقة الثالثة: وهي ما تتبناها الدائرة الثانية، فيبدأ القاضى بحثه انطلاقاً من سؤال معين: هل المعلومات المراد الحفاظ على سريتها متعلقة بحق المواطنين فى مباشرة الرقابة على السلطة القضائية أم لا؟

فإذا كانت الملفات متعلقة بهذا الحق فإن القرينة العلانية تكون قوية ولا يمكن دحضها، فتقدم العلانية على اعتبارات السرية، أما إذا لم تكن الملفات متعلقة بهذا الحق ( وذلك إذا كانت المعلومة أكثر خصوصية ولا أهمية قصوى فى معرفتها لتحقيق الرقابة على النظام القضائى) فإن قوة هذه القرينة تنخفض ويمكن تغليب السرية على الحق فى العلانية.

وأيا كانت الطريقة التي تعمل بها المحكمة التقدير لتوازن بين العلانية والسرية فإنه المحكمة فى جميع الأحوال تبقى المعلومات سرية حتى تصل إلى قرار حول المصلحة الأولى بالرعاية وذلك وفقاً لظروف كل حالة على حدة.

ويلاحظ فى هذا الصدد أنه بالرغم من ان الولايات المتحدة من الدول التي تولى أهمية قصوى لشئون التجارة، وان إدراج الأسرار التجارية ضمن حقوق الواردة باتفاقية التريبس فى جولة أوروغواى اعتمد فى جانب منه على الضغوط التي باشرتتها الولايات المتحدة، إلا ان ذلك لم يبرر الخروج بصورة كاملة على قواعد إجرائية مستقرة كالعلانية، وحتى على مستوى الولايات فمثلاً ولاية أيوا Iowa فقد قررت محكمة الولاية ان سرية المعلومات التجارية هى استثناء على مبدأ العلانية وألقت بعبء الإثبات على الخصم المالك للسر التجارى فينبغى ان يثبت الأخير ان المعلومات التي يراد حمايتها هى أسرار تجارية بالفعل وكذلك الأضرار التي من شأنها ان تصيبه حال تم الكشف عنها (إذاعتها بسبب العلانية)، وهو ما يعنى تطبيق معيار السبب المعقول أيضاً على مستوى الولايات.

إجمالاً فإن المحاكم فى الولايات المتحدة وهى بصدد إعمال سلطتها التقديرية لحماية الأسرار التجارية أثناء التقاضى تتحدد سلطتها بالمبادئ التالية<sup>1</sup>:

- المحكمة لابد ان تحدد مفهومها لحق الوصول إلى المعلومات القضائية / العلانية، وما إذا كانت ستتبناه وفقاً لقواعد القانون العام (Common Law) أم وفقاً لمفهوم التعديل الدستورى الأول، وكذلك المصالح التى تتضمنها كلاماً من التحديدين<sup>2</sup>.

- الاعتراف بأن الحق فى العلانية هو حق نسبى يرد عليه استثناءات، فلا يمكن القول بأنه حق مطلق خاصة إذا استخدم لغرض غير مشروع كالكشف عن السر التجارى وذلك فى الأحوال التى يكون الغرض فيها من القضية ان يقوم أحد الخصوم بالكشف عن الأسرار التجارية لمنافسه متذرعاً بوجود نزاع معين يريد من المحكمة ان تفصل فيه.

- لا يجب ان تغفل المحاكم بأى حال عن معيار "السبب المعقول" فهدف الخصوم من الكشف أو الحجب لمعلومات معينة يجب ان يكون مسبباً ويؤخذ فى الاعتبار عند التقدير وسواء حال تقرير السرية للجلسات، محاضر الجلسات، أو أثناء اجراءات الاثبات.

وفى ختام هذا الجزء يجدر الإشارة ان بالرغم من العرض لتطبيق سلطة القاضى التقديرية فى قضايا الأسرار التجارية فى القانون الأمريكى والفرنسى وما يمثله ذلك من تطبيق لمبدأ التناسب فى القانون الاجرائى، إلا أننى أرى ان هذا الدور أوقع فى القانون الفرنسى عنه فى القانون الأمريكى ذلك ان القانون الفرنسى يندرج ضمن طائفة النظام القانونى اللاتينى والمصدر الأساسى لتطبيق القانون فيها هو النص، فيظهر بجلاء دور القاضى حينما يتحرك فى ضوء النص ليجد الطول القانونية أو بعبارة أخرى حينما يعترف له القانون بتلك المساحة، على أنه فى القانون الأمريكى أرى ان

<sup>1</sup> Kyle J. Mendenhall, opt.cit, p.908.

<sup>2</sup> وبالإضافة إلى ذلك، للمزيد من التفصيل فى خصوص سرية الجلسات فى القضاء الأمريكى راجع: Kristin Saetveit, Close Calls: Defining Courtroom Closures under the Sixth Amendment, Note, Stanford Law Review, Volume 68, April 2016, p.899 to p.931.

دور القاضى غير ملفت بذات الدرجة كما هو الحال فى الأنظمة اللاتينية - ولا أقصد التقليل من أهمية دوره فى تحقيق التوازن- غير انه فى البلاد التى تتبنى النظام الانجلوسكسونى فإن القانون أساسا هو من صنع القاضى وبالتالي فإن الدراسة فى النظام الأمريكى هى دراسة لألية التوفيق وطريقة إعماله أكثر منها بيان لدور القاضى فى إطار من مبدأ التناسب مما يجعل الأخير - فى رأى- يتخذ مفهوما مغايرا فى النظام اللاتينى عن النظام الانجلوسكسونى.

### ج. دور القاضى فى إتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات فى القانون المصرى:

للقاضى وفقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات المصرى سلطة تقديرية فى حدود معينة، كما ان القاضى دائما له السلطة تقديرية فى الأمر بإجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه، وكذلك حال تقديم أحد الخصوم طلب إجراء من إجراءات الإثبات فالمحكمة لها ان تجيبه أو ان ترفض طلبه على ان يكون قرارها مسببا احتراماً لحقوق الدفاع، وهو الأمر الذى طبقتة محكمة النقض فى قضايا الملكية الصناعية فى أحد القضايا الخاصة باستغلال علامة تجارية- ونفس الإجراءات تنطبق فى قضايا الأسرار التجارية- قام أحد الخصوم بالطعن على حكم المحكمة برفض طلبه بإلزام خصمه بتقديم دليل تحت يده، رفضت المحكمة هذا الطعن تأسيسا على ان: "المقرر - فى قضاء محكمة النقض- ان المادة ٢٠ من قانون الإثبات تجيز للخصم ان يطلب إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الواردة فيها، وأوجبت المادة ٢١ منه ان يبين فى الطلب الدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الخصم، إلا ان الفصل فى هذا الطلب باعتباره متعلقا بأوجه الإثبات متروك لقاضى الموضوع."<sup>١</sup>.

لذا فالقاضى فى سبيل اصدار الحكم يقوم بإعمال التوازن بين حق الخصم فى الإثبات وملائمة إتخاذ الإجراء فيقدر القاضى الأسباب الواردة فى الطلب ومعياره فى ذلك: "... فله ان يرفض إذا تبين له عدم جديته، وله ان يكون عقيدته من الأدلة التى يطمئن إليها،

<sup>١</sup>نقض ٢٧ مارس ٢٠١٢، طعن رقم ٤٥٣٦، سنة ٨٠ ق، مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض، ص ٥١٥.

كما ان تقدير الدلائل والمبررات التي تجيز للخصم ان يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده هو أمر موضوعي يتعلق بتقدير الأدلة مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه."، على ان القاضي في جميع الأحوال يلتزم بتسبيب حكمه ففي رفض محكمة النقض للنعي على الحكم بالخطأ في مخالفة القانون قررت ان " ... كان الحكم قد رفض طلب إلزام المطعون ضدهم بتقديم العقد المؤرخ... على سند ان ذلك العقد غير منتج في النزاع إذ ان هناك عقد لاحق له و.... كل ما خلاص إليه الحكم في هذا الخصوص له أصله الثابت في الأوراق مؤدياً إلى النتيجة التي انتهى إليها مما يكفي لحمل قضاءه فإن ما ينعاه الطاعن بهذا السبب يكون على غير أساس".<sup>1</sup>

بناء عليه ان القاضي يلتزم معايير معينة وهو بصدد تقدير الأمر بإتخاذ أحد اجراءات الاثبات في قضايا الملكية الصناعية وفقاً لقضاء محكمة النقض فإن :

- للقاضي سلطة تقديرية في الفصل في طلبات الخصم المتعلقة بالاثبات
- يقدر القاضي جدية الطلب، وما إذا كان الطلب منتج في النزاع
- يبين القاضي أسباب حكمه ويجب ان تكون هذه الأسباب لها أصل في الأوراق، وتؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها في الحكم

مما يتشابه إلى حد كبير مع المعايير الموجودة في هذا الصدد في قضايا الأسرار التجارية في القانون المقارن، فبينما يقدر القضاء الفرنسي إتخاذ الإجراء بناء على وجود باعث مشروع يبرر طلب الاثبات، ووجود ضرر محقق واقع على السر التجاري.

والقضاء الأمريكي يتبنى معيار "السبب المعقول"، فإن القضاء المصري يتبع المعايير السابقة في الأمر بإتخاذ أحد اجراء الاثبات.

الفارق ان تلك المعايير في القانون المقارن منصوص عليها صراحة لتتطبق في قضايا الأسرار التجارية، والمبدأ موجود فعلاً في القانون المصري ومعمول به في القضاء

<sup>1</sup>نقض ٢٧ مارس ٢٠١٢، طعن رقم ٤٥٣٦، سنة ٨٠ ق، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، ص ٥٢٢.

لكن وفقا للقواعد العامة دون تنظيم خاص لقضايا الأسرار التجارية، أو الملكية الصناعية عموما، أيضا القانون المصري يعطى للقاضي العديد من السلطات التقديرية في قضايا الملكية الصناعية عموما كتقدير توافر الصفة في الدعوى، مدى اعتبار الفعل من أعمال المنافسة غير المشروعة ، وتقدير التعويض.

ثانيا: أهمية تحقيق مبدأ تخصص القضاء لتحقيق حماية إجرائية فعالة للأسرار التجارية: (اختصاص المحكمة الاقتصادية بنظر قضايا الأسرار التجارية في إطار من مبدأ تخصص القضاء)

يرجع السبب الرئيسي في دراسة دور المحكمة الاقتصادية في منازعات الأسرار التجارية إلى فكرة تخصص القضاء، ففي قضايا التعدي على الأسرار التجارية من الأنسب ان يكون للقاضي دراية كبيرة بمسائل الملكية الفكرية عموما والملكية الصناعية وقوانين الشركات خصوصا، لأن القاضي سيكون في هذه الحالة أكثر إلماما بالطبيعة الخاصة للأسواق والمنافسة وكذلك دور الملكية الصناعية بالنسبة للأخير، الأمر الذي يُمكنه من الفصل باقتدار في هذه المسائل عن دراية وعلم وتخصص مباشر فتأتى الأحكام في هذا الصدد بالفعل عنوانا للحقيقة، وتتوائم العدالة مع احتياجات الأعمال وما يحققه ذلك من أثر مباشر في تشجيع الاستثمار وتحقيق التنمية، ذلك ان وجود عدالة ناجزة وسليمة من أهم مؤشرات النمو وتحقيق التنمية، ويعبر عن أهمية تخصص القاضي في هذه المسائل بالذات " تشبع روح القاضي بثقافة الملكية الفكرية"<sup>1</sup>، فالقضاء ومع كثرة التشريعات وعدم تخصصهم فتارة يكون القاضي يباشر عمله في دوائر مدنية وتارة في أخرى جنائية وأحيانا يجمع بين الاثنين وفقا للنظام المعمول به، فمن الصعوبة ان يلم القاضي بكافة التشريعات مع تشعبها الأمر الذي يبرز معه أهمية التخصص.

<sup>1</sup>أقارب م. محمد على سكيكر، قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية وأثره في تطوير الاقتصاد والاستثمار في ضوء التشريع والفقهاء والقضاء، دار الجامعيين، ٢٠٠٨.

وفي مصر أصدر المشرع القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية، وحدد القانون عدد من القوانين التي تختص المحكمة بالفصل فى المنازعات التى تتصل بتطبيقها ومن ضمنها قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

لكن هل توفر المحكمة الاقتصادية على هذا النحو التخصص على النحو المطلوب للفصل فى مسائل الملكية الفكرية عموماً - الأسرار التجارية بوصفها من الملكية الصناعية- أم لا؟، فى الإجابة على هذا التساؤل نعرض أولاً لفكرة تخصص القضاء وأهميتها وموقف المشرع المصرى منها، ثم تقدير مدى اعتبار المحكمة الاقتصادية محكمة متخصصة وأهمية التخصص فى تقرير الحماية الإجرائية للأسرار التجارية.

#### ١. موقف المشرع المصرى من تخصص القضاء:

لا يعتبر فكرة تخصص القضاء أو المحاكم المتخصصة أمراً مستحدثاً سواء بالنسبة للمشرع المصرى أم فى القانون المقارن ولاسيما فيما يتعلق بالمحاكم الاقتصادية بوصفها المحاكم التى تنشأ بغرض الفصل فى نوع معين من المنازعات هى المنازعات الاقتصادية<sup>١</sup>، وتعد هذه المحكمة على قدر من الأهمية للاقتصاد القومى فيما يتعلق بتحفيز الاستثمار وسرعة الفصل فى القضايا بدقة متجنباً بذلك مشاكل البطء فى التقاضى وفى ذات الوقت تتناسب مع طبيعة القضايا التى تفصل فيها كونها تتصل بالاقتصاد وما تستلزمه المعاملات من سرعة، لأن القضية الاقتصادية تعنى مالأً راكداً الأمر الذى يستلزم احتراماً وسرعة للفصل فى النزاع<sup>٢</sup> وهو ما قرره المذكرة الإيضاحية للقانون ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ من ان الهدف من إنشاء المحاكم الاقتصادية هو إنشاء نظام قضائى متخصص يضمن سرعة الفصل فى المنازعات

<sup>١</sup>تقرر مادة ٦ من قانون المحكمة الاقتصادية انه: فيما عدا المنازعات والدعاوى التى يختص بها مجلس الدولة، تختص الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية، دون غيرها، بنظر المنازعات والدعاوى، التى لا تتجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه، والتي تنشأ عن تطبيق القوانين:..... ٨ - قانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

<sup>٢</sup> محمد إبراهيم محمود أحمد الشافعى، المحاكم الاقتصادية كوسيلة للتغلب على بطء التقاضى وحفز الاستثمار الأجنبى المباشر- دراسة تطبيقية على قانون المحاكم الاقتصادية المصرى رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨، المؤتمر السنوى الدولى الخامس لكلية الحقوق جامعة اسكندرية: العدالة بين الواقع والمأمول، عدد خاص، ديسمبر ٢٠١٢، ص ٣٠٢.

<sup>٣</sup>د.سحر عبد الستار، المحاكم الاقتصادية فى القانون المصرى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢٢.

المنصوص عليها في القانون وذلك بواسطة قضاة مؤهلين ومتخصصين يفهمون دقة المسائل الاقتصادية وتعقيداتها، في ظل نظام العولمة وتحرير التجارة محليا وعالميا، الأمر الذي يحقق وصول الحقوق لأصحابها على نحو ناجز مع كفالة حقوق الدفاع كاملة.

وحتى يمكن القول بوجود محكمة متخصصة ينبغي ان يتوافر لها عنصران:

الأول: ان تكون تلك المحاكم مخصصة للفصل في نوع معين من المنازعات: وهو ما يتطلب أكثر من تخصيص دائرة معينة بالمحكمة لنظر قضايا بعينها وهو الأمر المتعارف عليه في تقسيم القضايا بين الدوائر في المحكمة الواحدة فتختص دائرة بالقضايا المدنية بينما تختص دائرة أخرى بالقضايا التجارية وهكذا تيسيرا للعمل وبغرض السرعة للفصل في القضايا، غير أنها تعتبر في هذه الحالة محكمة "مخصصة"، وليست متخصصة، ولكن الأخيرة بما يتطلبه تخصيص القضاء تستلزم ان تكون للمحكمة كيان مستقل عن اعتبارها مجرد دائرة ولذا ينبغي - حتى لو اشترقت من محاكم القضاء العادى - ان تتميز في تشكيلها ودرجاتها وتستاثر بنوع معين من القضايا/ المنازعات كما تتفرد بإجراءات خاصة للتقاضى أمامها وطرق خاصة للطعن في أحكامها، إلى جانب العنصر الثانى وهو تخصص القضاء أنفسهم.

الثانى: وجود قضاة متخصصين في المنازعات التى تدخل اختصاص تلك المحاكم: إن تميز تلك المحاكم على النحو السابق لا يحقق منفردا تخصص القضاء، ولكن ينبغي كذلك تحقيق تخصص قضاة المحكمة ذاتها فلا يسند للقاضى العمل في دوائر متعددة، أو التنقل الدورى بين المحاكم المختلفة وبغض النظر عن نوع القضية التى تنظره كل محكمة<sup>1</sup>.

للتخصص مفهوم واسع ومفهوم ضيق<sup>2</sup>: التخصص بالمفهوم الواسع هو ان الوظيفة القضائية في ممارستها مقصورة على فئات معينة بعينها مؤهلة تأهيدا قانونيا خاصا،

<sup>1</sup> د.سحر عبد الستار، المرجع السابق، ص ٢٢، أيضا د.فتحى والى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٢٢١.  
<sup>2</sup> محمد عيد محمد الغريب، القضاء الجنائي المتخصص و فكرة إنشاء المحاكم الاقتصادية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- كلية الحقوق- جامعة المنصورة، العدد الأربعون، أكتوبر ٢٠٠٦، ص ٥٦، ص ٥٨.

تتوافر لديها الخبرة اللازمة لمباشرة الوظيفة القضائية ويحدد قانون السلطة القضائية الشروط التي يجب ان تتوافر في من يشغل وظيفة القاضي، أما المفهوم الضيق: فهو تخصص هؤلاء القضاة أنفسهم في فرع أو أكثر من فروع القانون: قانون مدني، جنائي، تجاري، على سبيل المثال.

ويأتي قانون المحكمة الاقتصادية تطبيقاً لمبدأ تخصص القضاء بهذا المفهوم استناداً إلى نص م ١٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٤ والتي قررت تخصص القضاة بعد مضي أربع سنوات على الأقل من تعيين القاضي في وظيفته، على ان يتبع نظام التخصص بالنسبة إلى المستشارين وبالنسبة لمن يكون من القضاة قد مضي على تعيينه ثمانى سنوات.

غير ان تطبيق النص جاء معلقاً على صدور قرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية (م ١٢ قانون السلطة القضائية) الأمر الذي عرقل تطبيق مبدأ تخصص القضاة بصورة كاملة<sup>١</sup>، في الوقت الحالي فإن النص لم يفعل لعدم صدور قرار من وزير العدل وقد قرر قانون السلطة القضائية الاجراءات المتبعة في هذا الصدد حال صدور القرار<sup>٢</sup>.

## ٢. مدى اعتبار المحكمة الاقتصادية محكمة متخصصة:

مما لا شك فيه ان المحكمة الاقتصادية تعد من قبيل المحاكم المتخصصة غير ان العنصر الثانى والخاص بتخصص قضاة المحكمة من شأنه ان يعزز من فكرة تخصص القضاء في صدد المحكمة الاقتصادية ذلك ان:

المحكمة الاقتصادية تختص بنوع معين من المنازعات هي المنازعات الاقتصادية التي تنشأ عن تطبيق أحد القوانين المنصوص عليها في م ٦ من قانون إنشاء المحكمة،

<sup>١</sup>د.مصطفى المتولى قنديل، التخصص والتكامل وفقاً لقانون المحاكم الاقتصادية؛ نحو مفهوم جديد لبعض مبادئ التقاضي، مجلة الأمن والقانون، العدد الثاني- يوليو ٢٠١٢، ص ٣٨.  
<sup>٢</sup>وفقاً لقانون السلطة القضائية م ٢/١٢: "يصدر بالنظام الذى يتبع في التخصص قرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية على ان يراعى فيه القواعد التالية:  
أولاً: ان يكون تخصص القاضي في فرع أو أكثر من الفروع التالية، جنائي، مدني، تجاري، احوال شخصية، مسائل اجتماعية (عمال) ويجوز ان تزداد هذه الفروع بقرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية.  
ثانياً: يقرر المجلس الأعلى للهيئات القضائية الفرع الذى يتخصص فيه القاضي بعد استطلاع رغبته ويجوز عند الضرورة نوب القاضي المتخصص من فرع إلى آخر".

للمحكمة نظام إجرائي مغاير للنظام المتبع أمام محاكم القضاء العادى من حيث التشكيل، طرق الطعن، كما أن لها هيكل تنظيمى مستقل، وتحقق مبدأ التكامل فتمنح كافة صور الحماية القضائية.

لكن بصدد بحث ما إذا كان لتخصص القضاء دور فى زيادة فاعلية الحماية لحقوق الملكية الفكرية فإن الأولى واستكمالاً لتخصص المحكمة هو التركيز على العنصر الثانى وهو تخصص القضاء أنفسهم، فالدعاوى التى تتعلق بالأسرار التجارية وتحتاج إلى نوع من التخصص من جانب القضاء للفصل فيها، ذلك ان وجود قاضى متخصص تخصصاً دقيقاً فى نوع بعينه من المنازعات (القانون واجب التطبيق) من شأنه أحكامه ان تكون بالفعل عنواناً للحقيقة، ويقترح الفقه فى خصوص المحاكم الاقتصادية انه لا يكفى تخصص القاضى فقط بل يمكن ان تخصص دوائر المحكمة الاقتصادية - إلى جانب انقسامها بالفعل إلى دوائر مدنية وجنائية - بحيث تصبح كل دائرة متخصصة فى نوع معين من الدعاوى الاقتصادية<sup>١</sup>.

بصفة عامة فإن ذلك لا يتأتى إلا عن طريق إكساب القضاء الخبرة المناسبة فى المسائل التى تدخل فى اختصاص تلك المحكمة وذلك عن طريق وضع برامج تدريبية<sup>٢</sup> خصوصاً لقضاء المحكمة الاقتصادية، قبل توليهم الوظيفة القضائية بالمحكمة للتعرف على القوانين الاقتصادية المختلفة والإلمام بكافة المستجدات فى هذا المجال، وإذا كان القاضى سيتخصص فى نوع معين من المنازعات الاقتصادية - كالملكية الفكرية مثلاً - فينبغى ان تصمم برامج خصيصاً تتفق واختصاص الدوائر التى يعمل بها القاضى، على ان تستمر تلك الدورات التدريبية بصورة دورية فى مرحلة ما قبل مباشرة الوظيفة القضائية وبالتزامن معها للوقوف دائماً على ما يستجد ولتحفيز ملكة القضاء القانونية فى هذا الصدد<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> د. مصطفى المتولى قنديل، المرجع السابق، ص ٤٧.

<sup>٢</sup> قامت هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات "ايتيدا" بالفعل بإقامة عدد من الدورات التدريبية لتدريب قضاء المحكمة الاقتصادية على مسائل الملكية الفكرية عموماً والملكية الصناعية أيضاً، "ويمكن مكتب حماية حقوق الملكية الفكرية خلال العام الماضى فقط من تقديم عدد من برامج ودورات تدريبية مكثفة ضمت أكثر من ٩٠٠ ضابط شرطة من المتخصصين فى المصنعات الفنية و٩٧ صحفياً من الهيئة الوطنية للإعلام و١٢٥ موظفاً من مختلف شركات البرمجيات بالإضافة إلى ٤٧٣ قاضياً فى المحاكم الاقتصادية." خبر منشور بجريدة الوطن الخميس ١٥-٣-٢٠١٨.

<sup>٣</sup> د. محمد عيد محمد الغريب، المرجع السابق، ص ٥٨.

## الخاتمة:

- تعتبر حقوق الملكية الفكرية عموما وحقوق الملكية الصناعية خصوصا من أهم الموضوعات التي تشغل الصدارة حاليا لما لها من دور كبير وفاعل على المستوى الاقتصادى الوطنى لكل دولة، أو على مستوى التجارة الدولية.
- الأسرار التجارية بوصفها أحد طوائف الملكية الصناعية تلعب دورا بارزا فى الاقتصاد لما توليه الشركات لها من أهمية واستخدام مستمر جعل لها أوثق الصلة بعدد من العناصر التى تعتبر من مؤشرات أداء الأسواق، فهى تتصل بالمنافسة والابتكار بصفة أساسية.
- الأسرار التجارية للشركات فى الوقت الحالى تعتبر جزء من رأس المال، وتحاول الشركات بشتى الطرق إتخاذ ما يلزم من التدابير المعقولة لحماية الأسرار التجارية الخاصة بها، ولذا أهتمت الدول سواء على المستوى الدولى أو الوطنى -الداخلى- بإسباغ الحماية القانونية على الأسرار التجارية والتصدى لكافة أنواع الاعتداء التى تؤدى فى المقام الأول إلى إفشاء تلك السرية وما يستتبعه ذلك من التأثير على الأداء الاقتصادى للشركة - صاحبة السر- الأمر الذى ينعكس بصورة مباشرة على الأسواق.
- تعتبر الحماية القضائية هى الملاذ الأول حال وقوع أى نوع من أنواع الاعتداء على أى حق أو مركز مدعى به وهو ما يصدق أيضا على الأسرار التجارية، لذا نظم المشرع العديد من صور الحماية للأسرار التجارية لعل أبرزها الحماية الوقئية والحماية الموضوعية.
- من أهم صور الحماية الموضوعية هى الدعاوى التى ترفع لمواجهة فرض التعدى على السر التجارى لأحد الشركات أو المنشآت، وهو الأمر الذى يتباين من دولة لأخرى ، لكن الوسيلة الأكثر شيوعا هى دعوى المنافسة غير المشروعة.

- الدعوى المرفوعة للمطالبة بالحماية الموضوعية حال الاعتداء على الأسرار التجارية تخضع لعدد من المبادئ الإجرائية لنظرها تهدف فى جماعها إلى تحقيق العدالة عن طريق ضمان المواجهة بين الخصوم وبهدف ضمان حقوق الدفاع ومن أهمها علانية الاجراءات القضائية.
- تتعارض العلانية مع السرية، والمرفوعة الدعوى أساسا للمطالبة بحمايتها، فإن أيا من اجراءات نظر الدعوى العادية، أو أى إجراء من اجراءات الاثبات وحتى الاجراءات المتبعة بعد صدور الحكم من شأنها ان تؤدى إلى مزيد من الكشف عن الأسرار التجارية التى تم التعدى عليها أساسا، الأمر الذى يجعل المدعى يتردد فى رفع الدعوى خشية من حدوث مزيد من الأضرار نتيجة لمزيد من الكشف التى تؤدى إليه الاجراءات القضائية العلنية، مما يؤدى إلى عدم وجود حماية موضوعية فعالة للأسرار التجارية، وهو ما يؤدى إلى طرح التساؤل حول ضمان حقوق الملكية الفكرية عموما.
- وهو ما استدعى البحث عن حلول إجرائية واستحداث إجراءات من شأنها حماية الأسرار التجارية وفى ذات الوقت عدم إهدار المحاكمة العادلة والمصالح التى تضمنها علانية الجلسات من رقابة على القضاء من ناحية، وضمان حقوق الدفاع من ناحية أخرى.
- نظرا لأهمية الأسرار التجارية سعت كافة الأنظمة المقارنة إلى إيجاد حلول فى هذا الصدد مع مراعاة العدالة الإجرائية بين الخصوم وشروط المحاكمة العادلة، غير أنه فى كافة هذه الأنظمة وحتى مع وجود إجراءات مناسبة فإن للقضاء دور جوهري لا يمكن إغفاله فى الحماية الإجرائية للأسرار التجارية.
- مصر عضو فى إتفاقيه التريس، واتساقا مع التزامات مصر الدولية فى هذا الصدد أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية، وقد خصص المشرع المصرى الباب الثالث

منه (المواد من ٥٦ إلى ٦٣) لتنظيم المعلومات غير المفصح عنها وفقا للمصطلح الذى اعتمده اتفاقية التريس للأسرار التجارية.

- وقد قرر المشرع المصرى عدد من الاجراءات التحفظية لحماية الأسرار التجارية وتم تقرير عقوبات حال التعدى على الأسرار التجارية.

- أحسن المشرع المصرى صنعا عندما وضع معايير للأسرار التجارية - المعلومات غير المفصح عنها - تتمشى مع ما ورد باتفاقية التريس كما أورد تعريفا لها فى المذكرة الإيضاحية للقانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، وكذلك التحديد الذى أورده فى ذات القانون والخاص بالأفعال التى لا تعتبر من قبيل الاعتداء على الأسرار التجارية والأفعال التى تعتبر كذلك مبينا بذلك المصلحة والصفة فى الدعوى ، غير ان المشرع المصرى لم يولى نفس العناية للحماية الإجرائية للأسرار التجارية أثناء نظر الدعوى التى تتعلق بالتعدي على الأسرار التجارية، حتى تتحقق للأخيرة حماية متكاملة من خلال الدعوى (كدعوى المناقسة غير المشروعة مثلا)، وأثناء نظر الدعوى حتى لا تؤدى الاجراءات القضائية إلى مزيد من الكشف عن الأسرار التجارية محل الدعوى.

- وبذلك يتبقى عدد من الإشكاليات التى يجب على مشرع المصرى ان يحسمها بتدخل تشريعى. وفى هذا الصدد نشير إلى أنه حتى إذا أمكن حل بعض هذه الإشكاليات فى إطار من القواعد العامة وتأسيسا على ان الأصل فى الأشياء الإباحة، إلا ان للتدخل التشريعى أثرا حاسما ليس فقط على الفصل فى المنازعات التى تعرض فى هذا الصدد بل أيضا لأن هذه النصوص ستشكل نواه لاستقرار المراكز القانونية والأمن القانونى وهو العامل الأساسى للتقدم الاقتصادى وجذب الاستثمارات.

بناء عليه فمن خلال الدراسة التحليلية المقارنة يمكن القول ان للوصول لحماية إجرائية منضبطة للأسرار التجارية أقترح إدخال تعديلات على القانون الإجرائى من ناحية،

وتشريع اجراءات مستحدثة تسمح بحماية الأسرار التجارية أثناء التقاضى وفى ذات الوقت ضمان حقوق الدفاع:

- ان يعدل المشرع المصرى من نص م ١٠١ من قانون المرافعات ليدخل الأسرار التجارية ضمن القضايا المنصوص عليها فى المادة التى تنص على ان: "تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجرائها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب العامة وحرمة الأسرة."، بحيث يمكن للقاضى ان يأمر بانعقاد الجلسات فى سرية فى قضايا " المعلومات غير المفصح عنها".
- لا يوجد حاليا نص قانونى يوفر الحماية للمستندات والمحركات التى تقدم أثناء الاثبات فى قضايا الأسرار التجارية (المعلومات غير المفصح عنها)، فينبغى للمشرع فى هذا الصدد ان يوفر هذه الحماية أثناء نظر الدعوى مقررا عدد من الضوابط على النحو التالى.
- يكون للمحكمة سلطة تقديرية فيما يتعلق باجراءات الاثبات، فيكون لها ان تفحص الطلب قبل اصدار قرارها، يجب ان تتحقق المحكمة من أن طلب الاثبات المقدم من أحد الخصوم معقولا، ويستند إلى سبب مشروع، وأن من شأن الإجراء ان يؤدي إلى الكشف عن معلومات من شأنها ان تغير وجه الرأى فى الدعوى، ويقدر القاضى ذلك من ظاهر الأوراق فى الدعوى، ووفقا لظروف كل حالة على حدة مع مراعاة حقوق الدفاع.
- فى حال أجابت المحكمة أحد الخصوم إلى طلبه فى إتخاذ من إجراءات الاثبات وكان من شأن الإجراء- بطبيعة الحال- ان يؤدي إلى الكشف عن أسرار الشركة أو المنشأة فإن للمحكمة فحص هذه الأدلة قبل طرحها للنقاش - التداعى- بين الخصوم فى الجلسات، فإذا رأت المحكمة من الفحص ان الدليل غير منتج فى الدعوى قررت عدم طرحه للعرض على الخصوم فى

الجلسة، أما إذا رأيت ان الدليل منتج في الدعوى فالمحكمة عرضه على خصوم لمناقشته في الجلسة.

وفي كلا الفرضين يكون لكلا من ممثلي الخصمين الاطلاع على الدليل - طالما وافقت المحكمة على إتخاذ الإجراء- غير ان ذلك مشروط بتوقيع كلا منهما على التعهد بالسرية.

وبذلك توازن المحكمة بين سرية المعلومات (غير المفصح عنها) والحق في الدفاع الذي يضمنه اطلاع كلا من ممثلي الخصوم على الدليل.

- في كل الأحوال يمكن للمحكمة بناء على طلب أحد الخصوم ان تقرر (سرية) المحررات المقدمة في الدعوى كلها أو بعضها، وفقا لظروف كل حالة على حدة.

- لا يمكن للكافة الوصول إلى محاضر الجلسات في قضايا الأسرار التجارية ويقتصر هذا الحق على الخصوم أو من يمثلهم وذلك استنادا إلى سبب مشروع.

- يجب ان يقرر المشرع بعد صدور الحكم في علانية " النشر الجزئي للحكم" حتى لا يؤدي نشر الحكم إلى إفشاء السر التجارى وذلك إذا ما تضمن الحكم معلومات تتصل بالسر في جانب منه كليا أو جزئيا، على ان يكون هذا الحجب مستمرا طالما ظلت المعلومات سرية لكن إذا تم الإفصاح عن هذه المعلومات أو أصبحت معلومة للكافة تنتفى الحكمة من حجب جزء من الحكم، وبالتالي يصبح متاحا للكافة.

- بالرغم من التزام الخبراء بالسر المهني فإنه يمكن التأكيد على التزامهم بالسرية في قضايا الأسرار التجارية، وتقرير عقاب رادع ( مدنيا أو جنائيا) حال المخالفة.

- للقاضي ان يقدر أهمية الشهادة في الدعوى، ويمكنه سماع الشهادة في حضور ممثلي الخصمين الملتزمين بالسرية فقط، فإن كشفت الشهادة عن

معلومات من شأنها ان تغير وجه الرأى فى الدعوى فإنه يمكن والحال كذلك طرح تلك الشهادة للمناقشة بين الخصوم فى الجلسة.

- بصفة عامة يجب الاعتراف للقاضى بسلطة تقديرية فى إتخاذ الإجراء المناسب وفقا لما يقرره القانون، على ان يكون الضمان هو وجوب ان يسبب القاضى كافة الأحكام التى يصدرها فى القضية، يكون بالتالى لمحكمة الطعن سلطة الرقابة على سلامة الحكم وصحة تطبيق القانون.

- ولما كان دور القاضى محوريا إلى هذا الحد فينبغى الاهتمام بالتكوين القانونى والعملى للقاضى فى هذا الصدد، ويتحقق ذلك بداية عندما يتم تدريس مقرر خاص بالملكية الفكرية (بصفة خاصة حقوق الملكية الصناعية) فى كليات الحقوق، ثم فى مرحلة لاحقة بتفعيل مبدأ تخصص القضاء، وذلك بأن يتخصص قضاة فى قضايا الملكية الصناعية، والمداومة على إمدادهم بأخر التطورات فى مجال الملكية الصناعية عن طريق تنظيم الدورات التدريبية وتطوير مادتها العلمية بانتظام.

- لما كان المشرع فى اصداره لقانون المحكمة الاقتصادية قد نص على تشكيل خاص واجراءات خاصة على النحو الذى يجعلها تمهيدا لمحكمة متخصصة إذا استوفت باقى المقومات، فإنه وتدعيما لفكرة التخصص، فإنه يمكن النص على الاجراءات الخاصة السابق بيانها فى قانون الملكية الفكرية وذلك بإضافة مواد قانونية للباب الثالث الخاص بالمعلومات غير المفصح عنها، ذلك ان المحكمة الاقتصادية تختص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية.

## المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١. أحمد حسام الصغير، الملكية الفكرية والتكنولوجيا الحيوية ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥.
٢. ابراهيم محمد يوسف عبيدات، الرسالة ، النظام القانونى للأسرار التجارية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٢.
٣. أحمد عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى - دراسة تأصيلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ .
٤. أحمد صدقى محمود، الحماية الوقتية لحقوق الملكية الفكرية وفقاً لأحكام القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
٥. د.جلال وفاء محمددين، الحماية القانونية للملكية الصناعية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤.
٦. حسام الدين عبد الغنى الصغير:  
- حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التى تواجه الصناعات الدوائية فى الدول النامية، دار الفكر الجامعى ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.  
- أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية(اتفاقية التريبس)- دراسة تحليلية تشمل أوضاع الدول النامية مع الاهتمام ببراءات الاختراع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
٧. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا دراسة فى الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربى ، ١٩٨٧.
٨. سحر عبد الستار:  
- المحاكم الاقتصادية فى القانون المصرى، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨.

- دور القاضى فى الاثبات - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - ج.عين شمس، ٢٠٠١.
٩. سعيد خالد على الشرعى، حق الدفاع أمام القضاء المدنى ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - ج.عين شمس ، ١٩٩٧
١٠. سلام عبد الزهرة الفتلاوى، أ. حسام جادر فليح، مفهوم التزام المحامى بعدم إفشاء السر المهني- دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية الصادرة عن جامعة بابل، السنة التاسعة، العدد الأول ، ٢٠١٧.
١١. سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربى، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٤، ص ٥١-٥٢.
١٢. سميحة القليوبى ، الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، ط ٤ ، ٢٠٠٣.
١٣. سيد أحمد محمود:
- النقاضى بقضية وبدون قضية" ، بدون دار نشر ، بدون تاريخ طبع.
- إقامة الدليل أمام القضاء المدنى، دار نصر للطباعة الحديثة، ٢٠١١-٢٠١٢.
١٤. ضياء خالد عمر محيرز، النظام القانونى لحماية المعلومات غير المفصح عنها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، ٢٠١٣.
١٥. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، أثر اتفاقية الجوانب التجارية للملكية الفكرية- دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ، ٢٠١٣.
١٦. عبد المنعم الشرفاوى، عبد الباسط جمعى، شرح قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربى، بدون سنة نشر.
١٧. عزمى عبد الفتاح، واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، مجلة المحامى الكويتية، السنة العاشرة، عدد يوليو، ١٩٨٧.
١٨. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات ، دار السنهورى القانونية والعلوم السياسية، بدون سنة نشر.

١٩. عيد محمد عبد الله القصاص، التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة، رسالة دكتوراه- كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٤.
٢٠. فتحي والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، ٢٠٠٩.
٢١. كسى سليمان ، سعودى رياض ، الحماية القانونية للأسرار التجارية ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية - الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧.
٢٢. محمد إبراهيم محمود أحمد الشافعى، المحاكم الاقتصادية كوسيلة للتغلب على بطء التقاضى وحفز الاستثمار الأجنبى المباشر- دراسة تطبيقية على قانون المحاكم الاقتصادية المصرى رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨، المؤتمر السنوى الدولى الخامس لكلية الحقوق جامعة اسكندرية: العدالة بين الواقع والمأمول، عدد خاص، ديسمبر ٢٠١٢.
٢٣. محمد باهى يونس، التنظيم القانونى لحق الحصول على الوثائق الادارية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ .
٢٤. محمد جمال الدين الأهوانى، حماية القضاء الوقتى لحقوق الملكية الفكرية (مقتضيات السرعة وإزالة العقبات) ، الطبعة الأولى ٢٠١١، بدون دار النشر.
٢٥. محمد حيدر العتوم، Litigation Risks of Trade Secrets، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، دار المنظمة ، ٢٠٠٨.
٢٦. محمد على سكيكر، قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية وأثره فى تطوير الاقتصاد والاستثمار فى ضوء التشريع والفقہ والقضاء، دار الجامعيين، ٢٠٠٨.

٢٧. محمد موسى محمد الفقى، حدود مبدأ المشروعية فى ظل قانون الطوارئ (دراسة تطبيقية على جهاز الشرطة فى مصر)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.

٢٨. مصطفى المتولى قنديل، التخصص والتكامل وفقاً لقانون المحاكم الاقتصادية، نحو مفهوم جديد لبعض مبادئ التقاضي، مجلة الأمن والقانون، العدد الثانى - يوليو ٢٠١٢.

٢٩. وجدى راغب، دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، يناير ١٩٧٦.

#### المراجع باللغة الفرنسية:

1. Alice Pezard, Les limites à la protection – vers une nouvelle proportionnalité judiciaire?, *Propriété industrielle, Les Revues LexisNexis*, Septembre 2018, 17 année.
2. Antoine Guilmain, Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique, *McGill Law Journal*, 61(1) 2015
3. Bertrand WARUSFEL, La Propriete intellectuelle comme politique publique, *Mélanges pour le Pr. J. Schmidt-Szalewski*, LexisNexis/Ceipi, 2014.
4. Bruno Mathis, Rapport Cadiet: une vision frileuse de l'open data des décisions, *La Semaine Juridique - Entreprise et affaires*, 15 février 2018.
5. Emmanuel Barthe et Xavier Haubry, Se procurer la copie d'une décision de justice : les bases légales et un guide pratique - Délivrance et copies de décisions de justice délivrées à des tiers, publié Lundi 12 novembre 2018, *La documentation juridique*; Available at: <http://www.precisement.org/blog/Se-procurer-la-copie-d-une-decision-de-justice-les-bases-legales-et-un-guide.html#nb4>
6. Jacques Azéma et Jean - Christophe Galloux, L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires, *RTD Com*, Janvier à Mars 2017, Dalloz.
7. Loic Dusseau, De la nécessaire oprotection du secret professionnel du juriste d' entreprise grâce au statut d' avocat en entreprise, *Gazette du palais*, 138 année, n.28, 31 Juillet 2018, Lextenso,

8. M.Maximiliano Santa Cruz, Compte- Rendu de la conference internationale de l' OMPI sur la propriété Intellectuel et les questions publique, Genève, 13-14 Juillet 2009.
9. M. Buydens, «L'intérêt général, une notion protéiforme », Sous la dir. de Mireille Buydens & Séverine Dusollier, L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, Bruylant, 2008.
10. M. Sabatier, L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique, colloque: CEIPI, Librairies techniques, 1976.
11. Renaud Denoix de saint marc, La transparence: vertus et limites, Colloque pour le 25 anniversaire sur le droit d'accès aux documents administratifs du 17 juillet 1978, le documentation français, 2003.
12. Roger Perrot, Le Principe de la publicité dans la procédure civile, Rapport aux travaux du VI colloque des institus d'études judiciaires, Toulous, 1968.
13. Sandrine Roure, L'élargissement du Principe de publicité des débats judiciaires: une judiciarisation du débat public, Revue française de droit constitutionnel (RFDC), n.68, 2006/4.
14. Thibaud d'Alès, Secret des affaires: Un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires, 13 septembre 2018.
15. Vincent Maeliss, la protection du secret en propriété industrielle, mémoire, DEA et droit de contrats, Université Lille II, 2000-2001.
11. Vincent Nioré et loic Dusseau, le cœur de la défense, Gazette du palais, n.223, 25 Avril 2015.
12. La propriété intellectuelle dans le contexte de la société du savoir, Note PIETA n°1, Commissariat général du Plan, 16 mars 2004.
13. Confluences Juridiques, étude no.4, secret des affaires et principe de contradictoire- Esquisse de quelques solutions aux problèmes rencontrés lors des opérations d'expertise, Gazette du palais, Recueil Juillet- Aout 2003.

المراجع باللغة الانجليزية:

1. Arnold B. Silverman, The Role of protective orders in Intellectual property Litigation, JOM, May 2006.
2. Arthur R. Miller, Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts, Harvard law review. N.105, 1991

3. Brian T. Yeh, Protection of Trade Secrets: Overview of Current Law and Legislation, Congressional Research Service, 22April 2016.
4. Charles Gielen, Trade Secrets and Patent Litigation, Patents and Technological Progress in a Globalized World, Springer, 2009.
5. Christopher Heath, "In Camera Proceedings/FOMA", International Review of intellectual property and competition Law, Volume 48, issue 8, December 2017.
6. Daniel Gervais, The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> ed, 2003.
7. David S. Almeling, Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important, Berkeley Tech. Law Journal, Vol 27,2012.
8. Deborah E.Bouchoux, Esq., Intellectual property- The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets, Delmar Cengage learning, 4<sup>th</sup> ed.
9. Jennifer Brant, Sebastian Lohse, Trade Secrets: Tools for innovation and collaboration, Innovation and Intellectual property series, ICC, 2014.
10. Joanna Rindell, Protecting Trade Secrets In Litigation , The Impact of Art.9 of the EU – Trade Secret Directive especially on Finnish Law, Master Thesis, Faculty of Law , university of Turku, May 2016.
11. Katherine Linton, "The Importance of Trade Secrets: New Directions in International Trade Policy Making and Empirical Research.", Journal of International Commerce and Economics. Published electronically September 2016.
12. Kristin Saetveit, Close Calls: Defining Courtroom Closures under the Sixth Amendment, Note, Stanford Law Review, Volume 68, April 2016 .
13. Kyle J. Mendenhall, Can you keep a secret? The Court's role in protecting trade secrets & other confidential business information from disclosure in litigation, Drake law Review, vol.62, 2014.
14. Paul Matthews, Hodge M.Malek, Disclosure, Sweet & Maxwell, 2012.

15. Razan Dinca, protection of trade secrets through civil procedure law, Bucharest University Annual Revue- Law, 2009, Part II.
16. Rebecca Wexler, Life, Liberty, and Trade Secrets: Intellectual Property in the Criminal Justice System, Stanford Law Review, Vol. 70, May 2018.
17. Stuart Sime, Derek French, Blackstone's Civil Practice 2013: The Commentary. Oxford University Press, 2012.
18. Trevor Cook, Alejandro I. Garcia, International Intellectual Property Arbitration, Arbitration in context series. Volume II, Wolters Kluwer, 2010.
19. Victoria A.Cundiff, Reasonable measures to protect Trade Secrets in Digital Environment, IDEA- The Intellectual Property Law Review, Volume 49/3, 2009.
20. The Baseline off Trade Secret litigation in the EU member states, European Union Intellectual Property Office, 2018.

## Summary

This study aims to shed light on Trade Secret Litigation and raises the question regarding whether court proceedings Jeopardize Industrial Property Rights?

Trade Secret has a wide scope regarding significance in the sense that any information whether technical, professional, or administrative can be regarded a secret as long as it fulfills the main conditions provided by legislators, or as stipulated by provision of the TRIPS: Trade Secret is not generally known or readily accessible, It has commercial value because it is secret, and the owner has taken reasonable steps to keep it secret. Accordingly the system of protection becomes applicable.

Importance of TS is not justified by the right per se as one of IP Rights, but also because of its close relation with other IP Rights e.g. patents, on one hand, furthermore TS is considered a fertile arena of interaction with competition and trade Laws on the other Hand. Thus, TS is a challenging subject as disclosure of TS become easier, even if a strong and efficient system of protection operates, it is a matter of time until the secret is revealed, as protection can be weakened due to the specific nature of TS, i.e. in reality TS lose protection due to leakage, Independent discovery, rendering TS weaker than any other IPR.

Procedural protection is vital, TS by its nature is based upon confidentiality; the latter is endangered in the course of Justice as hearings are public. Apparently this means that protecting TS before the court may contradict with well established civil procedural law principles, a matter that requires balance in order to maintain the public interest in protecting both fair trial and TS.

From this perspective question is raised regarding the scope of protection conferred upon TS as IPR during trial on one hand, the efficiency of civil procedural rules in protecting IPR- through comparative study- and its ability to adapt with business needs especially when its principles are tested being – apparently- in contradiction with other interests worth protection.

This question is vital in order to determine the degree of stability of the legal system of TS and the role of national Jurisdictions in this regard as states promulgate TS Laws, Judiciary is responsible for its implementation.

## ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على الحماية الإجرائية للأسرار التجارية أثناء إجراءات التقاضى أمام المحاكم المدنية، وذلك أثناء ضمان الحماية القضائية نتيجة الإعتداء على الأسرار التجارية من خلال الدعاوى القضائية وبصفة خاصة دعوى المنافسة غير المشروعة.

وتطرح هذه الحماية عدد من التساؤلات: من جهة علاقة الأسرار التجارية بالمبادئ الإجرائية للقضية المدنية، ذلك ان القضية المدنية تتميز بعلائية الاجراءات فى حين أن الأسرار التجارية تستلزم السرية، وقد خصصت لهذا التساؤل المبحث الأول وقسمته إلى مطلبين: المطلب الأول: يتناول تعريف الأسرار وشروطها والحماية القانونية المقررة لها دوليا ومحليا، والمطلب الثانى: يتناول علانية الاجراءات القضائية فى علاقتها بالأسرار التجارية مع تناول ما تحققه العلانية من حقوق إجرائية كالحق فى المواجهة والحق فى الدفاع، وكيفية تطبيقها فى قضايا الأسرار التجارية. من جهة أخرى خصصت المبحث الثانى لمبحث الاجراءات التى يمكن ان يعتمدها المشرع للتوفيق بين العلانية التى تستوجبها اجراءات التقاضى والسرية اللازمة للأسرار التجارية من خلال مطلبين: المطلب الأول: من خلال الدراسة المقارنة بحث الاجراءات المعمول بها وما يمكن تطبيقه فى النظام القانونى المصرى، وفى المطلب الثانى: دور المحكمة فى التوفيق بين العلانية والسرية فى هذه القضايا مبينا طبيعة المصلحة التى تمثلها كلا من العلانية من ناحية والأسرار التجارية من ناحية أخرى، والاجراءات التى يتبعها القاضى وإعمال سلطته التقديرية لإحداث التوازن بين المصلحتين.

**المسؤولية الجنائية  
للطفل ومدى حمايته إجرائياً  
دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الإماراتي**

دكتور

محمد رشاد إبراهيم

استاذ القانون الجنائي المساعد

كلية القانون – جامعة أبوظبى

والمحامي لدى محكمة النقض

## المقدمة:

لاشك أن الجرائم التي ترتكب ضد الاطفال لم تعد كما كانت سابقاً تتمثل في القتل او الضرب فقط، وإنما تغيرت وظهر لنا العديد من الجرائم، كجريمة الاتجار في البشر وخاصة الاطفال، وجريمة سرقة الاطفال بغرض المتاجرة في اعضائهم، وجريمة استخدام الاطفال كدروع بشرية تستخدم في المظاهرات.

### أهمية البحث:

ترجع أهمية هذا البحث إلى أن المجتمع كله يتفق على ضرورة حماية الطفل، سواء أكان متهماً أو مجنياً عليه، وذلك عن طريق محاولة إبعاده عن ارتكاب الجريمة واتخاذ التدابير اللازمة لردعه، وتخفيف العقوبات التي توقع عليه من ناحية نوعها، ومن ناحية وسائل تنفيذها لأن الطفل أقل إدراكاً من الشخص البالغ. ومن الجدير بالذكر أن النصوص التي تكفل الحماية الجنائية للطفل جاءت متناثرة في قوانين عدة، فبعضها ورد في قانون حماية الطفل، وبعضها ورد في قانون الاتجار بالبشر، وبعضها ورد في قانون الاحداث، وبعضها ورد في قانون مكافحة تقنية المعلومات، وبعضها ورد في قانون تنظيم ونقل وزراعة الاعضاء البشرية وبعضها ورد في قانون العقوبات. وبذلك كان لزاماً علينا أن نحاول دراسة كافة هذه القوانين لنرى مدى كفايتها في توفير أكبر قدر من الحماية للجنائية للطفل. والواقع أن بعثرة النصوص التي تكفل الحماية الجنائية للطفل بين هذه القوانين تجعلنا ننادى بضرورة وجود قانون واحد يجمع بين دفتيه كافة النصوص التي توفر هذه الحماية.

### اشكاليات البحث:

نحاول من خلال هذا البحث الإجابة على العديد من التساؤلات من أهمها، ماهو المعيار في تحديد سن الطفل؟ وهل يجب على الدول الالتزام بالسن الواردة في اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عام ١٩٨٩؟ وهل كان المشرع الإماراتي موفقاً في تحديد سن الطفل أم جانبه الصواب؟ وما هي العقوبات التي توقع على الطفل حال ارتكابه

جريمة معينة؟ وهل عقوبة الإبعاد تعد من بين هذه العقوبات؟ وما آثارها؟ وهل توجد احكام اجرائية خاصة بالطفل أم لا؟  
منهج البحث:

سوف نتبع في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي بالرجوع إلى نصوص المواد القانونية التي تنظم أو تحكم هذا الموضوع والمصادر والمراجع التي تناولت الموضوع في محاولة لفهم أبعادها وقصد الشارع منها، وذلك من خلال إلقاء الضوء عليها بشكل أوسع وبطريقة موضوعية بقصد استجلاء حقيقتها، وبيان ماهيتها، ومدى الإلتزام بها. وستتم دراسة الموضوع مقارنة بين القانون المصري والقانون الإماراتي.

### خطة البحث:

هذا البحث يقتضى أن نقسمه إلى ثلاثة مباحث. الأول نتناول فيه تحديد المقصود بالطفل، والثاني نتناول فيه مدى مسؤوليته الجنائية، والثالث نتناول فيه الحماية الإجرائية للطفل، وذلك كما يلي:

### المبحث الأول

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول نعرض فيه لتعريف الطفل ومعايير هذا التعريف، والثاني نعرض فيه لكيفية تحديد سن الطفل، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول

#### تعريف الطفل ومعياره

#### الفرع الأول

#### تعريف الطفل

أولاً: تعريف الطفل لغة: -

الطفل هو "الصغير من كل شيء، فالصغير من الناس أو الدواب طفل، والصغير من السحاب طفل، والليل في أوله طفل، والطفل الظلمة نفسها، وطفل

تطفيلاً أصابه التراب، وطفل الكلام تطفيلاً أى تدبره، وأصل لفظ الطفل من الطفالة، أى النعومة، فالوليد به طفالة ونعومة، حتى الطفل هو الوليد مادام رخضاً أى ناعماً. وكلمة طفل تطلق على الذكر والأنثى والفرد والجمع، والمصدر طفولة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تعريف الطفل في الفقه الإسلامى:-

الطفل أو الحدث عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو الصغير الذى لم يبلغ، فيشمل الصغير غير المميز، وسن التمييز عندهم هو سبع سنوات، ويشمل - أيضاً - الصغير المميز الذى لم يبلغ بعد، ولا يوجد سن محدد للبلوغ بل يعرف بالعلامات الطبيعية، وبعضهم حدده بخمسة عشر سنة والبعض بسبع عشرة سنة وآخرون بثمان عشرة سنة، ولعل العرف له دور في ذلك<sup>(٢)</sup>. فهو إذن صغير السن الذى لم يبلغ بعد ولا تتوافر عنده الأهلية الجنائية.

ثالثاً: تعريف الطفل في علم الإجتماع وعلم النفس:-

الطفل في علم الإجتماع هو المولود الصغير حتى يبلغ<sup>(٣)</sup> ويمر الطفل عند علماء الإجتماع بثلاث مراحل<sup>(٤)</sup>:-

المرحلة الأولى:- الإلتصاق بالأم: -

وفيها يرتبط الطفل بأمه ارتباطاً وثيقاً كما لو كانا شخصاً واحداً.

المرحلة الثانية:- بداية التفاعل مع الآخرين: -

وفيها يشعر الطفل بالمحيطين حوله ويتفاعل معهم فرحاً، أو حزناً.

المرحلة الثالثة:- مرحلة المراهقة أو البلوغ: -

وفيها يكون الطفل قد وصل إلى سن البلوغ

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج: ١٣، فصل الطاء حرف اللام، ص ٤٢٦.  
(٢) عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٦) ص ٢٦٤. فاطمة بحرى، الحماية الجنائية الموضوعية للأطفال المستخدمين (الاسكندرية: دار الفكر الجامعى، ٢٠٠٧) ص ٢٥.  
(٣) أنور الشرفاوى، انحراف الأحداث (دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٧٧)، ص ١٤٥.  
(٤) أشار إلى المراحل الثلاث نهلة سعد عبدالعزيز، المسؤولية الجنائية للطفل (المنصورة: دار الفكر والقانون، ٢٠١٣)، ص ٢٠.

## ثالثاً- تعريف الطفل دولياً: -

تعد الإتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل سنة ١٩٨٩ م، المبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة الوثيقة الدولية الأولى التي تُعرفُ الطفل بشكل واضح وصريح. إلا أنه عند إعداد هذه الإتفاقية جاء مشروع نص المادة الأولى الذى وضع تعريف الطفل على النحو الأتى " حسب الإتفاقية الحالية، فإن الطفل هو كل مخلوق بشرى منذ لحظة ولادته حتى بلوغه سن الثامنة عشرة أو حسب قانون الدولة، أو إذا بلغ سن الرشد قبل ذلك" وهذه الصياغة آثارت العديد من الخلافات<sup>(١)</sup> في وجهات النظر بين الدول، خاصة الدول التى تصبغ حماية قوانينها وتشريعاتها الوطنية منذ لحظة الحمل ووجود الجنين في رحم أمه، لذلك تقدم مندوب المملكة المغربية باقتراح بحذف كلمة "منذ لحظة الميلاد" من التعريف الوارد في مشروع نص هذه المادة وتمت الموافقة على هذا الإقتراح.<sup>(٢)</sup> وفي المقابل اعترض عدد كبير من الدول فيما يتعلق بتحديد سن الثامنة عشر كنهاية لمرحلة الطفولة، لاسيما الدول التى تسمح لأطفالها بالعمل في سن صغيرة لمساعدة أسرهم، أو الدول التى يكون فيها سن الرشد قبل الثامنة عشرة عاماً، أو الدول التى يتزوج فيها الناس ذكوراً أو إناثاً قبل هذه السن. وبناء عليه تقدمت بعض الدول باقتراح توفيقى بين آراء الدول المتعارضة وهو الإبقاء على سن الثامنة عشر عاماً كنهاية لمرحلة الطفولة وذلك كحد أقصى مع الأخذ في الإعتبار بقوانين الدول التى يصل فيها الفرد إلى سن الرشد قبل الثامنة عشرة عاماً.<sup>(٣)</sup> حيث أن لكل دولة الحق في تحديد سن الطفل تبعاً لظروف تلك الدولة القانونية والاقتصادية والثقافية والسياسية والإجتماعية.<sup>(٤)</sup>

(١) عبدالعزيز مندوه عبدالعزيز أبو خزيمة، الحماية الدولية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٠) ص ٤٧. فاطمة شحاته أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام (دار الخدمات الجامعية، ٢٠٠٤)، ص ٧٠ وما بعدها.

(٢) عبدالعزيز مخيمر عبدالهادى، حماية الطفولة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩١)، ص ٢٢. وكذلك، وائل أنور بندق، المرأة والطفل وحقوق الإنسان (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، بدون تاريخ)، ص ١٢١. وأيضا ناهده منير السوقي، إتفاقية حقوق الطفل (بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠١٢) ص ٦٦.

(٣) منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي (دار الجامعة الجنبية: س ٢٠٠٧)، ص ٢٠ - ٢١.

(٤) فتوح عبدالله الشاذلى، قواعد الامم المتحدة لتنظيم قضاء الاحداث (الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩١)، ص ٢٦.

وكان لهذا الحل التوفيقى دور في خروج الصياغة النهائية لنص المادة الأولى بالطريقة الآتية " يُقصد بالطفل كل إنسان لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه ". وهذا يعنى أن الدول التى تحدد سن الرشد بأقل من ١٨ سنة يكون لها الحق في أن تُعرف الطفل بأنه هو من لا يتجاوز سن الرشد المحدد بها، أى أن الأمم المتحدة قد وضعت معيارين لتحديد سن الطفل - لايجوز الخروج عليهما من قبل الدول التى صدقت على هذه الاتفاقية - هما: -

**المعيار الأول:** من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة، وذلك بالنسبة لدول التى تحدد سن الرشد في قانونها الداخلى بأكثر من ١٨ سنة، كدولة الإمارات على سبيل المثال.

• **المعيار الثانى:** اذا كانت الدولة تحدد سن الرشد في قانونها الداخلى بأقل من ١٨ سنة، فيكون سن الرشد فيها هو المعيار في تحديد المقصود بالطفل.

**رابعاً - تعريف الطفل في القانون الوضعي:-**

#### أ- فى القانون المصرى

حددت المادة الثانية من قانون الطفل المصرى رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ المقصود بالطفل، حيث ورد بها أنه " يُقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة. وتثبت السن بموجب شهادة الميلاد أو بطاقة الرقم القومى أو أى مستند رسمى آخر. فإذا لم يوجد المستند الرسمى أصلاً قُدرت السن بمعرفة إحدى الجهات التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بالإتفاق مع وزير الصحة". (١)

(١) نظم قانون العقوبات المصرى فى مواده من ٦٤ إلى ٧٢ موضوع عقاب المجرمين الأحداث، ونصت المواد من ٣٤٣ إلى ٣٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية على ما يتعلق بإجراءات محاكمة المجرمين الأحداث وكذلك أيضاً القانون رقم ١٢٤، لسنة ١٩٤٩، بشأن الأحداث المتشردين، وقد تم إلغاء هذه القوانين والمواد جميعها بصور القانون رقم ٣١، لسنة ١٩٧٤، بشأن الأحداث الذى ظل مطبقاً فى مصر لفترة طويلة إلى أن ألغى بصور القانون رقم ١٢، لسنة ١٩٩٦، والمعروف باسم " قانون الطفل". والذى تم تعديله بموجب القانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨.

ويلاحظ أن المادة الثانية سالفه الذكر قبل تعديلها ورد بها أنه يقصد بالطفل " كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة" <sup>(١)</sup>، وهذا يعني أن الطفل الذي كان يبلغ وقت ارتكابه الجريمة ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة يخرج من نطاق تطبيق هذا القانون. وبالرغم من أن الفارق يوماً واحداً، إلا أنه فارق كبير وله أهميته. فوفقاً للمادة ١٢٦ قبل تعديلها إذا كان الجاني يبلغ ١٨ سنة إلا يوماً واحداً أُعتبر طفل وتطبق عليه القواعد والأحكام الخاصة بالطفل، أما إذا كان الجاني يبلغ ١٨ سنة كاملة فيخرج من عداد الأطفال وتطبق عليه الأحكام التي تطبق على البالغين. أما بعد تعديل نص المادة ١٢٦ أصبح الجاني الذي يبلغ ١٨ سنة كاملة في عداد الأطفال. وبذلك يكون المشرع المتوافقاً مع ماورد باتفاقية حقوق الطفل سالفه الذكر والتزم بها في تحديد سن الطفل.

#### ب- في القانون الإماراتي:-

كذلك الحال نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ في شأن الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي على أنه " يعد حدثاً في تطبيق أحكام هذا القانون من لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره وقت ارتكابه الفعل محل المساعلة أو وجوده في إحدى حالات التشرد".

كما نصت المادة الثانية على أنه " تثبت السن بوثيقة رسمية، فإن تعذر ذلك نذبت جهة التحقيق أو المحكمة طبيباً مختصاً لتقديره بالوسائل الفنية". وقد جاءت هذه المادة تطبيقاً لما ورد بنص المادة ٦٢ من قانون العقوبات الإتحادي التي نصت على "..... وتثبت السن بوثيقة رسمية فإن تعذر ذلك نذبت جهة التحقيق أو المحكمة طبيباً مختصاً لتقديرها بالوسائل الفنية".

كما عرفه القانون الإتحادي رقم (٣) لسنة ٢٠١٦ م بشأن قانون حقوق الطفل "وديمة" بأنه " كل إنسان ولد حياً ولم يتم الثامنة عشرة ميلادية من عمره". <sup>(٢)</sup>

(١) عمرو عيسى الفقي، موسوعة قانون الطفل والاتفاقيات والمعاهدات والقوانين الصادرة بشأنه في الدول العربية (الاسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٥)، ص ١٤.

(٢) عرّف مشروع " حقوق الطفل " الإماراتي "الطفل" بأنه " كل إنسان ولد حياً ولم يتم الثامنة عشرة سنة ميلادية من عمره" وذلك لأن مفهوم الطفل يبدأ منذ الولادة "حياً" ولم يتم "١٨" سنة علاوة على أن المجلس الإتحادي عدل هذا التعريف

ومما سبق نجد أن هناك اختلافاً واضحاً بشأن تحديد سن الطفل، حيث نجد أن قانون الأحداث والجانحين اعتبر الحدث هو كل من لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره، ومن ثم من أتم الثامنة عشرة من عمره يعد وفقاً لهذا القانون حدثاً. في حين نجد أن قانون الطفل اعتبر أن كل من لم يتم الثامنة عشرة ميلادية من عمره يعد طفلاً، وبمفهوم المخالفة يكون كل من أتم الثامنة عشرة ميلادية لا يعد طفلاً في قانون حقوق الطفل، وهذا تعارض واضح بين القانونين، فالأول اعتبر طفلاً كل من أتم الثامنة عشرة ولم يتجاوزها، في حين الثاني، وهو قانون الطفل، اعتبر كل من أتم الثامنة عشرة لا يعد طفلاً. كما أن هذا التعارض لم يقتصر على القوانين الداخلية فقط، وإنما امتد إلى اتفاقية حقوق الطفل التي وقعت عليها دولة الإمارات، فوفقاً للاتفاقية يُقصد بالطفل كل من لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره، ومن ثم يكون طفلاً كل من أتم الثامنة عشرة من عمره. في حين يقصد بالطفل وفقاً لقانون حقوق الطفل كل من لم يتم الثامنة عشرة ميلادية من عمره، ومن ثم يخرج من عداد الأطفال من أتم الثامنة عشرة من عمره. ومن هنا فإننا نناشد المشرع الإماراتي بالتدخل لإزالة هذا التعارض وتعديل قانون الطفل بحيث يكون طفلاً كل من لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره، فهذا التعديل يتفق مع التعريف الوارد في الاتفاقية الدولية سالف الذكر والتي صادقت عليها دولة الإمارات بتاريخ ٣ يناير ١٩٩٧، ومن ثم تكون ملزمة لها، وأيضاً يتفق مع قانون الأحداث والجانحين.

وأياً ما كان الأمر، فوفقاً لنص المادة ٧٤ من قانون الطفل، يتم تعريف الطفل وفقاً لما ورد بهذا القانون دون غيره، حيث نصت هذه المادة على أنه "يلغى كل حكم يخالف أو يتعارض مع أحكام هذا القانون". وبمفهوم المخالفة لا يعتد بتعريف الطفل الوارد في قانون الأحداث والجانحين سالف الذكر.

---

للتوافق مع التعريف الوارد في المادة "٧١" بالقانون الاتحادي رقم "٥" لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية ويتفق مع التعريف الوارد في اتفاقية حقوق الطفل.

ويلاحظ ان المشرع المصري استخدم لفظ " الطفل " وألغى تماماً لفظ " الحدث "، بينما استخدم المشرع الاماراتي لفظ " الحدث " في قانون الاحداث والجناحين، واستخدم لفظ " الطفل " في قانون حقوق الطفل. ومن هنا نناشد المشرع الاماراتي بتوحيد اللفظ المستخدم مثلما فعل المشرع المصري.

الفرع الثاني: معايير تعريف الطفل

يتنازع تعريف الطفل معياران، احدهما معيار عضوى، والثانى معيار عمرى.  
أولاً - المعيار العضوى: -

يهتم المعيار العضوى بالخصائص البيولوجية لجسم الطفل، فيعد طفلاً من يتميز جسمه بخصائص معينة<sup>(١)</sup>، ويصبح بالغاً إذا ظهرت عليه خصائص جسمية معينة كالاحتلام عند الرجل وظهور ثدى للبننت وبدء الدورة الشهرية عندها.  
مميزات المعيار العضوى<sup>(٢)</sup>:

يتميز المعيار العضوى بالمميزات التالية: -

١- إنه معيار واقعي.

٢- من السهل التعرف عليه من خلال الخصائص والملاحم البيولوجية.

عيوب المعيار العضوى: -

يؤخذ على المعيار العضوى أنه لايعتمد دائماً على تطور الشخصية، فقد تظهر الخصائص البيولوجية للطفل البالغ ولكنه غير ناضج، فسنة العقلى يتأخر عن سنة العضوى كما يظهر من سماته البيولوجية.

ثانياً: المعيار العمرى:-

وهو المعيار الذى يأخذ بالسن بدلا من الحالة الجسمية وذلك وقت ارتكاب الجريمة، وبالتالي لايجتاج إلا إلى تحديد تاريخ ميلاد الطفل لمعرفة ما إذا كان طفلاً أو لا.

(١) رمسيس بهنام، علم الإجرام (الأمكندرية: منشأة المعارف، ١٩٧٠)، ج: ١، ط ٣، ص ٣٩٥.  
(٢) أشار إلى ذلك، نهلة سعد عبدالعزيز، المرجع السابق، ص ٢١.

## المطلب الثاني

### كيفية تحديد سن الطفل

تثبت السن وفقا لقانون الطفل المصري وقانون الأحداث الإماراتي - سالفى الذكر - 'بوثيقة رسمية'. ويقصد بالوثيقة الرسمية تلك الأوراق الجديرة بالثقة، سواء أكانت معدة أصلا لإثبات واقعة الميلاد، مثل شهادات الميلاد والأحكام القضائية ذات الحجية التى تقوم مقامها كالحكم الصادر في خصوص نسب، أو لم تكن مخصصة أصلا لإثبات واقعة الميلاد إلا أنها تضمنت تحديدا دقيقا لواقعة الميلاد من حيث تاريخها متى كانت قد حددت فيها استناداً إلى الوثيقة الرسمية المخصصة لذلك، أو بما يقوم مقامها كتحديد الخبير. ويدخل في ذلك البطاقات الشخصية أو العائلية وجوازات السفر، وغيرها<sup>(١)</sup>.

ولايجوز للقاضى تقدير سن الطفل بمعرفته الشخصية على اساس أن تقدير السن يعد من المسائل الفنية والتي لايستطيع القاضى بقدرته الذاتية والمجردة من الأدوات الفنية والتي يستعين بها الطبيب او الخبير المختص لكشف حقيقة سن المتهم. وبالتالي إذا تصدت المحكمة وحددت سن الطفل بنفسها وفصلت في الدعوى يكون حكمها معيبا<sup>(٢)</sup>.

وإذا قام الدليل القاطع على حقيقة سن الطفل وجب على القاضى أن يأخذ به، فإذا ظهر أن سن المتهم قد تجاوز سن الثامنة عشرة، فلا يجوز للقاضى أن يعتبره أقل من ذلك بناء على شكل جسمه، إن كان له - بطبيعة الحال - إذا شك في محتويات الشهادة أن يجرى التحقيق اللازم لمعرفة ما إذا كانت طبق الأصل المستخرجة منه. فالوثيقة الرسمية تعتبر قانونا مثبتة لمضمونها حتى إثبات تزويرها، ولا يجوز تجاوز هذا المضمون بوسيلة أخرى وإلا فقد المستند الرسمى كل قوته الإثباتية. فطالما وجدت الوثيقة الرسمية لاجوز للقاضى إثبات السن عن طريق الطبيب المختص، إلا إذا ثبت تزوير الوثيقة الرسمية. وفي هذا الصدد قضت محكمة

(١) حسن محمد ربيع، الجوانب الاجرائية في معاملة الاحداث الجانحين والمشردين وفق احكام القانون الاتحادى رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ لدولة الامارات، ١٩٩٣، ص ١٣.

(٢) نقض مصرى رقم ٢٦ نوفمبر ١٩٦٣، مجموعة احكام النقض، س ١٤، ص ٨٥٣.

النقض المصرية بأنه " لما كان الأصل طبقاً للمادتين ٢، ٩٥ من القانون السابق أن تحديد السن لا يعتد فيه إلا بوثيقة رسمية كشهادة ميلاد أو بطاقة شخصية أو مستند رسمى آخر ولا يلجأ للخبير في تقدير السن إلا في حالة عدم وجود الوثيقة الرسمية، ولما هو مقرر في محكمة النقض أن البطاقة الشخصية تعتبر دليلاً على صحة البيانات الواردة فيها طبقاً لنص المادة ٥٠ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية فهي تعد من قبيل الوثيقة الرسمية التي يعتد بها في تقدير سن الحدث طبقاً للمادة ٩٥ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨. ومن ثم فلا يعد المتهم الثانى سالف الذكر حدثاً في حكم القانون الأخير. ولئن كان حكم محكمة جنابات. ... قد عول في تقدير سن المتهم على تقرير الخبير إلا أنه إذا ما استبان من بعد بأوراق رسمية حقيقة سنه فإنه يتعين الركون إلى هذه الأوراق دون سواها. لما كان ذلك وكان قد ثبت لمحكمة الأحداث من إطلاعها على قيد ميلاد المتهم الأول. ... مما يقطع بأن سن المتهم وقت الحادث قد تجاوزت خمس عشرة سنة ميلادية كاملة. وهذا ما أكده حكم محكمة جنابات. ... وتقرير الطبيب الشرعى المرفق وصورتان من قيد ميلاده مرفقتان بالأوراق. لما كان ذلك وكانت النيابة العامة إعمالاً للمادة ١٢٢ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بإصدار قانون الطفل قد أحالت المتهمين إلى محكمة جنابات. ... - وهى ذات الإختصاص الأصيل لكون أحد المتهمين غير طفل - إلا أن المحكمة قد انتهت إلى عدم اختصاصها لكونه طفلاً وعولت في تقدير سنه على تقرير الطبيب الشرعى. وكان هذا الخطأ الذى كشفت عنه بطاقته الشخصية التى اطلعت عليها محكمة الأحداث والمرفقة بصورتها بالأوراق قد حجب المحكمة عن استبانة اختصاصها بالفصل في موضوع الدعوى، وهو أصيل بمحاكمة غير الأحداث وأن الاستثناء إنما يرد إذا كان مع المتهم غير حدث - فإنه يكون من المتعين وإعمالاً لنص المادة ٢٢٧

من قانون الإجراءات الجنائية قبول طلب النيابة العامة وبتعيين محكمة جنايات بنها للفصل في الدعوى". (١)

وإذا تعلق الأمر بصورة ضوئية لشهادة ميلاد الطفل، فإن محكمة النقض أجازت الإستناد إليها مالم يثبت أنها غير صحيحة، حيث قضت بأنه " إذا كان الثابت من المفردات المضمومة أن المطعون ضده قدم صورة ضوئية لشهادة ميلاده ثبت منها أنه من مواليد ١٩٧٧/٩/٢٣ مما يقطع بأن سنه وقت ارتكاب الجريمة بتاريخ ١٩٩٦/٣/١ قد جاوز ثمانى عشرة سنة ميلادية خلافا لما ذهبت إليه الطاعنة في أسباب طعنها ومن ثم فإن محكمة الأحداث الاستئنافية إذ قضت بإلغاء الحكم الغيابى الاستئنافية - المؤيد للحكم الصادر من محكمة أول درجة - لانعدام ولاية المحكمة التى أصدرته والقضاء بعدم اختصاصها نوعيا بنظر الدعوى وإحالتها إلى النيابة العامة لاتخاذ شئونها فيها تكون قد التزمت صحيح القانون، ولما كان هذا القضاء غير منه للخصومة في موضوع الدعوى ولا يبنى عليه منع السير فيها فإن الطعن فيه بطريق النقض يكون غير جائز. وبناء عليه يكون الحكم معيبا إذا قد القاضى سن الطفل المتهم، ولم يبين تاريخ هذا التقدير إذا كان وقت ارتكاب الجريمة، أم وقت الحكم". (٢)

وعلى المحكمة أن تبين في حكمها الأساس الذى استندت إليه في تحديد سن الطفل، فلا تكفى بتقريرات عامة بأن الطفل لم يبلغ ثمانية عشر عاما. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر أن سن المجنى عليها ركن جوهرى في الجريمة موضوع المحاكمة، كما أن الأصل أن القاضى لا يلجأ في تقدير السن إلى أهل الخبرة أو إلى ما يراه بنفسه، إلا إذا كانت هذه السن غير محققة بأوراق رسمية، وكان الحكم المطعون فيه قد اطلق القول بأن المجنى عليها لم تبلغ الثمانية عشر عاما

(١) نقض جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٨، الطعن رقم ٥٣٢٢ لسنة ٧١ ق.

(٢) نقض جلسة ٢٠٠٥/٥/٢١، الطعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٦٨ ق.

وقت وقوع الجريمة دون أن يبين تاريخ ميلاد المجنى عليها والأساس الذي استند إليه في تحديد سنّها، مما يوصم الحكم بالقصور في البيان.<sup>(١)</sup>

والعبرة في تحديد سن الطفل بالوقت الذي ارتكب فيه الفعل المكون للجريمة، أو الذي وجد فيه في إحدى حالات التعرض للانحراف. فلا عبرة بوقت رفع الدعوى. والدفع بأن الجاني مازال حدثاً من الدفوع الجوهرية التي يجب على محكمة الموضوع الفصل فيها وإلا اعتبر حكمها معيباً بالقصور، حيث أن تحديد السن يكون ذا أثر في تعيين نوع العقوبة وتحديد مدتها، ويكون من المتعين ابتغاء الوقوف على السن الأصلي الركون إلى الأوراق الرسمية قبل ما سواها أخذاً بما كانت تنص عليه المادة ٢٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية<sup>(٢)</sup>.

وعند ظهور الوثيقة الرسمية والتي تثبت حقيقة سن الطفل خلافاً لما ذهبت إليها المحكمة في تقديرها لسن المتهم بإعتباره يزيد على ١٨ سنة أو لم يجاوز ١٨ سنة، فقد نظم قانون الأحداث الإماراتي رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ هذين الفرضين، إذ نصت المادة ٣٦ من القانون على أنه " إذا حكم على المتهم على إعتبار أن سنه تزيد على ١٨ سنة ثم تبين بأوراق رسمية أن سنه لم يتجاوز ١٨ سنة ترفع النيابة العامة الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لإلغائه، والحكم في الدعوى وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة لمحاكمة الأحداث". كما نصت المادة ٣٧ من ذات القانون على أنه " إذا حكم على المتهم بتدبير من التدابير المقررة للأحداث ثم تبين بأوراق رسمية أن سنه يزيد على ١٨ سنة ترفع النيابة العامة الأمر للمحكمة التي أصدرت الحكم لإلغائه والحكم في الدعوى وفقاً للأحكام المقررة في قانون الإجراءات الجزائية الواجب تطبيقها على البالغين".

كما عرض القانون المصري للطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ لهذا الفرض، فقد نصت المادة ١٣٣ منه على أنه " إذا حكم

(١) نقض جلسة ١٩٩١/٢/١٩ الطعن رقم ٢٢١٣ لسنة ٥٩ ق.  
(٢) الطعن رقم ٩٢ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٤/٢/١٨ - س ٢٥ - ص ١٥٧، الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٠ - جلسة ١٩٧٦/٥/٢٠ - س ٢٧ - ص ٥١٦، الطعن رقم ١٣٠٣ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٧٧/٤/٣ - س ٢٨ - ص ٤٤٦، الطعن رقم ١٤٩٤ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٧٤/٤/١٠ - س ٢٨ - ص ٤٧٢.

علي متهم بعقوبة باعتبار أن سنه تجاوزت الخامسة عشرة ثم ثبت بأوراق رسمية أنه لم يجاوزها، رفع المحامي العام الأمر إلي المحكمة التي أصدرت الحكم لإعادة النظر فيه وفقا للقانون، وإذا حكم علي المتهم باعتبار أن سنه تجاوزت الثامنة عشرة ثم ثبت بأوراق رسمية أنه لم يبلغها رفع المحامي العام الأمر إلي المحكمة التي أصدرت الحكم لإعادة النظر فيه والقضاء بإلغاء حكمها وإحالة الأوراق إلي النيابة العامة للتصرف.

وفي الحالتين السابقتين يوقف تنفيذ الحكم ويجوز التحفظ علي المحكوم عليه طبقا للمادة (١١٩) من هذا القانون.

وإذا حكم علي متهم باعتباره طفلا، ثم ثبت بأوراق رسمية أنه تجاوز الثامنة عشرة يجوز للمحامي العام أن يرفع الأمر إلي المحكمة التي أصدرت الحكم لتعيد النظر فيه علي النحو المبين في الفقرتين السابقتين. وفي الحالتين السابقتين يوقف تنفيذ الحكم ويجوز التحفظ علي المحكوم عليه طبقا للمادة (١١٩) من هذا القانون".

ويلاحظ هنا أن المشرع أعطى المحامي العام الحق في رفع الأمر إلي المحكمة التي أصدرت الحكم لإعادة النظر فيه، وجعله وجوبيا في حالة وجوازيها في أخرى، وذلك حسب خطورة الآثار المترتبة على الحكم. ففي الحالة الأولى توقع على الطفل عقوبة باعتباره بالغاً، في حين القانون يجيز أن توقع عليه تدبير فقط، ومن ثم يجب على المحامي العام رفع الأمر إلي المحكمة التي أصدرت الحكم. أما في الحالة الثانية فيحكم على المتهم باعتباره طفلا ومن ثم توقع عليه العقوبات المقررة للأطفال، ويكون رفع الامر هنا جوازي للمحامي العام.

ويلاحظ كذلك ان قانون الأحداث الاماراتي خول النيابة العامة رفع الأمر للمحكمة التي أصدرت الحكم لإلغائه. بينما أعطت المادة ١٣٣ من قانون الطفل المصري للمحامي العام سلطة رفع الأمر للمحكمة التي أصدرت الحكم لتعيد النظر فيه.

ولكن هل يعد بالتقويم الميلادى أم الهجرى في تحديد سن الطفل؟

انقسم الفقه والقضاء إلى قسمين:

القسم الاول / ذهب إلى انه يتبع في تحديد سن الطفل التقويم الميلادى (١).

لأنه من ناحية أصلح للطفل من التقويم الهجرى نظرا لإمتداد سن الطفولة وفقا لأول عنه للثانى. كما أن الأخذ بالتقويم الميلادى هو المعتبر في المعاملات الرسمية، بالإضافة إلى أن الإعتداد بالتقويم الميلادى هو الذى يتفق مع نص المادة ٥٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري التى تقضى بأن " جميع المدد المبينة في القانون تحسب بالتقويم الميلادى" ومن غير المستساغ أن يؤخذ بالتقويم الميلادى عند تطبيق قانون الإجراءات الجنائية وبالتقويم الهجرى عند تطبيق قانون العقوبات.

كما أن هذا رأى لاقى قبولا - في بداية الأمر - من محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأن " قانون العقوبات لم ينص على التقويم الذى تحسب سن المتهم على موجب. فيجب إذن - أخذا بما فيه مصلحة للمتهم - إحتسابها على موجب التقويم الميلادى. فإذا كانت بحسب هذا التقويم لم تبلغ الخامسة عشرة وقت ارتكابها الجريمة، وطبقت المحكمة المادة ٦٦ عقوبات على المتهم بإعتباره متجاوزا هذه السن على حسب التقويم الهجرى، تعين نقض الحكم ومعاملة المتهم بالمادتين ٦٠، ٦٠ عقوبات" (٢)

القسم الثانى / ذهب إلى أن العبرة بالتقويم الهجرى دون الميلادى لأنه أصلح للمتهم (٣) وقد أخذت محكمة النقض بهذا رأى حيث قضت بأنه " اذا سكنت المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات عن النص على التقويم الذى يعتد به في احتساب عمر المجنى عليه في الجريمة المنصوص عليها فيها وهو ركن من أركانها، فإنه يجب الأخذ بالتقويم الهجرى الذى يتفق مع صالح المتهم، أخذا بالقاعدة العامة في تفسير

(١) أحمد فتحى سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ١٩٨٠، بند ٤٣٦، ص ٦٢١. وكذلك ادوارد غلبى الذهبى، الجرائم الجنسية (القاهرة: مكتبة غريب، ١٩٨٨) ص ١٦٥.

(٢) الطعن رقم ٢٠ لسنة ١٥، جلسة ١٩٤٥/٢/١٢، المكتب الفنى، ص ٣٦. والطنن رقم ٢٤٥٤ لسنة ٦، جلسة ١٩٣٦/١١/٣٠، المكتب الفنى، العدد الرابع.

(٣) عبد الحكم فوده، جرائم العرض في قانون العقوبات (الأسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧)، ص ١١٤.

القانون الجنائي، والتي تقضى بأنه اذا جاء النص العقابي ناقصا أو غامضا فينبغى أن يفسر بتوسع لصالح المتهم وبتضييق ضد مصلحته<sup>(١)</sup>.

ومن جانبنا نرى أن تحديد سن الطفل يتم وفقا للتقويم الميلادى لأن المادة الثانية من قانونى الطفل المصري والاماراتى- سالفى الذكر - ذكرت صراحة " .. سنة ميلادية كاملة "، وهذا النص يعد صريحا وواضحا على أن رغبة المشرع ذهبت إلى ضرورة الإعتداد بالتقويم الميلادى لتحديد سن الطفل، وهذا التفسير يتفق مع ما ورد بمادة الإصدار الاولى في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بموجب القانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ أنه " يعمل بأحكام قانون الطفل المرافق ويلغى كل حكم يتعارض مع أحكامه " وبالتالي يجب الرجوع إلى قانون الطفل في هذه المسألة لاسيما وأن قانون العقوبات لم يبين كيفية تحديد سن الطفل ومن ثم لايمكن اللجوء إليه في هذه المسألة حتى لا تكون هناك مخالفة لنص المادة ١٤٣ من قانون الطفل التى قررت صراحة أنه لا يتم اللجوء إلى الاحكام العامة في قانون العقوبات إلا لتكملة قانون الطفل. فإذا كان قانون العقوبات جاء خاليا من كيفية تحديد سن الطفل فلا مجال للجوء إليه والأعتداد على التفسيرات والإجتهادات وأماننا نص واضح وصريح ورد بقانون الطفل.

وحسنا ما فعله المشرع الاماراتي حيث نص في المادة الثالثة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ في شأن الأحداث على أن "تسب السن في تطبيق أحكام هذا القانون بالتقويم الميلادى". وبذلك يكون المشرع الاماراتي قد حسم الجدل الفقهي والقضائى في هذه المسألة ومن ثم بات تحديد سن الطفل يحسب وفقا للتقويم الميلادى. ويعتد في تقدير سن الطفل بأى وثيقة رسمية، كشهادة الميلاد أو بطاقة الرقم القومى، أو أى مستند رسمى آخر، فإذا ثبت عدم وجودها تقدر سنه بواسطة احدى الجهات التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة.

(١) نقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٤، المكتب الفنى، س ١٨، رقم ٢٥٤، ص ١٢٠٨.

وقد صدر قرار وزير العدل في ٢٠٠٨/٨/٣ بتحديد الجهات التي يجوز للمحكمة اللجوء إليها كخبير لتحديد سن الطفل منعا للتحايل. فنص القرار على أنه "لا يعتد في تقدير سن الطفل، عند عدم وجود مستند رسمي، إلا بتقرير يصدر من إحدى الجهات الأتية: مصلحة الطب الشرعي وفروعها - المستشفيات الجامعية - المستشفيات العامة"<sup>(١)</sup>

وإذا كان الطفل بلغ سن الثامنة عشرة ولكن مداركه وملكاته العقلية مازالت نقل عن هذه السن فالعبرة هي بالعمر العقلي للطفل لا بالعمر الفعلي الموضح بشهادة الميلاد، لأن هذا العمر هو مناط التجريم إذ تكون إرادة المجنى عليه غير منتجة لكامل آثارها القانونية. وتميل محكمة النقض المصرية نحو الأخذ بهذا الرأي إذ قضت بأنه " لما كانت محكمة أول ثانى درجة قد أوردت في مدونات حكمها أن " المجنى عليه يبلغ من العمر من ٩-١٠ سنوات وأن نموه العقلي متأخر عن سنه بحوالى أربع سنوات " الا أنها لم تبد رأيا فيما نقله عن التقرير الطبى الشرعى خاصا بتأخر نمو المجنى عليه العقلى وأثر ذلك في إرادته ورضاه، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالقصور في التسبيب"<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم اذا دفع الجانى بأنه مازال حدثا ولم تتوافر أى ورقة رسمية تدل على ذلك، فيجب على المحكمة التى تنتظر الدعوى في هذه الحالة أن تتحقق من السن بواسطة أحد الخبراء المتخصصين وإلا اعتبر حكمها مشوبا بالقصور<sup>(٣)</sup> وهذا الدفع بالرغم من أنه يتعلق بالنظام العام إلا أنه لايجوز ابدائه لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كانت عناصر المخالفة ثابتة في الحكم المطعون فيه بغير حاجة إلى تحقيق موضوعي.<sup>(٤)</sup>

(١) الوقائع المصرية العدد ١٧٨ في ٢٠٠٨/٨/٣.  
(٢) نقض ١٤ ابريل سنة ١٩٦٤، مجموعة احكام النقض، س ١٥ رقم ٦٢، ص ٣١٨.  
(٣) الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٤٥ ق، جلسة ١٩٧٥/٤/٦، س ٢٦، ص ٣٠٧.  
(٤) الطعن رقم ٨٣١ لسنة ٤٧ ق، جلسة ١٩٧٧/١٢/٤، س ٢٨، ص ١٠٢٣. والطعن رقم ١٤١٣ لسنة ٤٩ ق، جلسة ١٩٨٠/١/١٦، ص ٣١، س ٨٠.

## التعارض بين قانون الأحداث الإتحادى والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ المتعلق باختصاص المحاكم الشرعية.

بالرغم من أن قانون الأحداث الإتحادى جاء صريحا في تحديد سن الحدث بما لايجاوز ١٨ سنة، وأن هذه السن تثبت بوثيقة رسمية، وأن تحديد السن يتم وفقا للتقويم الميلادى، إلا أن القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن اختصاص المحاكم الشرعية جاء بأحكام مخالفة لما ورد بقانون الأحداث، فقد نص في المادة الرابعة على أن " يلغى كل حكم يخالف أو يتعارض مع أحكام هذا القانون ". وبذلك فوفقا لهذا القانون يتم تحديد السن وفقا للقواعد والأحكام الواردة بالشرعية الاسلامية والتي تختلف تماما عما ورد بقانون الأحداث، فالعبرة في الشرعية الإسلامية في تحديد السن هى بالتقويم الهجرى وليس الميلادى، كما أن تحديد السن يكون بالبلوغ فإن تعذر فالراجح في المذهب المالكى أنه يكون بـ ١٨ سنة هجرية.

وقد لاقى هذا التعارض صدها في أحد الأحكام الصادرة من محكمة استئناف الشارقة، ويتلخص هذا الحكم في أن النيابة العامة قدمت المتهم إلى المحاكمة باعتباره حدثا وطلبت عقابه وفقا لقانون الأحداث الإتحادى رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ دون أن تتحقق من بلوغ المتهم. وتبعتها في ذلك محكمة أول درجة مما أدى إلى نتيجة خاطئة في الحكم . واستندت محكمة الاستئناف في حكمها على أن البلوغ الشرعى يكون أصلا بظهور علاماته من خروج المنى أو إنبات الشعر، فإن تعذر فالراجح في المذهب المالكى أنه يكون بـ ١٨ سنة هجرية. وأن المحكمة سألت المستأنف المتهم عن بلوغه فأقر بأنه بالغ، وأن المحكمة وجدت شعر لحيته وشاربه نابتين بكثافة وبذلك اعتبرته بأنه بالغ شرعا ولا تسرى عليه أحكام قانون الأحداث، وأسست حكمها على أنه بصدور القانون الإتحادى رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن اختصاص المحاكم الشرعية استقر الوضع التشريعى على اختصاص المحاكم الشرعية دون غيرها بنظر الجرائم التى يرتكبها الأحداث وعلى وجوب تطبيق الشرعية الإسلامية ولايعنى ذلك تطبيق العقوبات الواردة فيها فقط بل يعنى أيضا تطبيقها بالنسبة للجريمة والجانى. واستندت

كذلك إلى المادة الرابعة من القانون الإتحادي لسنة ١٩٩٦ بشأن اختصاص المحاكم الشرعية والتي نصت على " يلغى كل حكم يخالف أو يتعارض مع أحكام هذا القانون " وبموجب المادة الرابعة ذهبت محكمة الإستئناف إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وعدم تطبيق قانون الأحداث.<sup>(١)</sup>

وعلى كل حال، بعد صدور قانون حقوق الطفل رقم ٣ لسنة ٢٠١٦، لم يعد لهذا التعارض وجود، حيث نصت المادة ٧٤ منه على أنه " يلغى كل حكم يخالف أو يتعارض مع احكام هذا القانون ". وبذلك لامجال لتطبيق المادة الرابعة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ المتعلق باختصاص المحاكم الشرعية. ومن ثم يتم تحديد سن الطفل وفقا لقانون حقوق الطفل سالف الذكر.

## المبحث الثاني

### المسؤولية الجنائية للطفل

سوف نتناول هذا الموضوع في ثلاثة مطالب، الأول نعرض فيه لبيان مسؤولية الطفل في القانون المصري، وفي الثاني نعرض لمسؤولية الطفل في القانون الإماراتي، وفي المطالب الثالث نعرض فيه لمدى تطبيق عقوبة الإعدام والسجن والغرامة والإبعاد على الطفل، وذلك على النحو التالي: -

### المطلب الأول

في قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦

والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨

نصت المادة (٩٤) من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ على أن " تُمتنع المسؤولية الجنائية علي الطفل الذي لم يجاوز إثنتي عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة.

ومع ذلك إذا كان الطفل قد جاوزت سنه السابعة ولم تجاوز الثانية عشرة سنة ميلادية كاملة وصدرت منه واقعة تشكل جناية او جنحة، تتولي محكمة الطفل، دون

(١) الحكم رقم ١٧٦ لسنة ٢٠٠٢، الدائرة الجزائية بمحكمة استئناف الشارقة، منشور في مجلة العدالة، ع ١١ - يوليو ٢٠٠٢، وزارة العدل والشئون الإسلامية، قطاع العدل، الامارات، ابوظبي، ص ١٢٧: ص ١٤٢.

غيرها، الإختصاص بالنظر في أمره، ويكون لها أن تحكم بأحد التدابير المنصوص عليها في البنود ١، ٢، ٧، ٨ من المادة ١٠١ من هذا القانون.

والتدابير المنصوص عليها في البنود سالفة الذكر هي التوبيخ والتسليم والإيداع في أحد المستشفيات المتخصصة والإيداع في إحدى مؤسسات الرعاية الإجتماعية.

والموقع اننا نرى أن نص المادة السابقة جاء معيبا، فالفقرة الاولى منها قررت أن الطفل الذي لم يجاوز إثنتى عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة لا يعد مسؤولاً جنائيا، ثم بعد ذلك اوردت في الفقرة الثانية ان الطفل الذى يجاوز سنه السابعة ولم يجاوز الثانية عشرة سنة وصدر منه من فعل يشكل جنابة أو جنحة، يحكم عليه بأحد التدابير الإحترازية، أى أنها اعتبرته مسؤولا جنائيا، بالرغم من أن سن الطفل في هذه الحالة يدخل تحت نطاق السن الوارده في الفقرة الاولى والتي تجعله بمنأى عن المسؤولية. وكان اولى بالمشرع في هذه الحالة - بدلا من هذا الخط - أن يقسم المسؤولية الجنائية للطفل من حيث المراحل العمرية له إلى ثلاثة مراحل، المرحلة الأولى تبدأ من عمر يوم إلى ما دون السابعة وفى هذه المرحلة لا يكون الطفل مسؤولا جنائيا على الاطلاق. والمرحلة الثانية تبدأ من السابعة إلى ما دون الخامسة عشرة وفى هذه المرحلة تطبق على الطفل - اذا ارتكب جنابة أو جنحة - أحد التدابير المنصوص عليها في المادة ١٠١ من هذا القانون. والمرحلة الثالثة تبدأ من الخامسة عشرة إلى الثامنة عشرة، وفى هذه المرحلة تطبق على الطفل - اذا ارتكب جنابة او جنحة - ما ورد بالمادة ١١١ من هذا القانون.

ونرى - أيضا - عدم إمكانية تطبيق أى تدابير ضد الطفل الذى لم يجاوز السابعة اذا ارتكب جريمة، لأنه بمفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤ سالفة البيان، إذا لم يتجاوز الطفل سن السابعة وصدرت منه واقعة تشكل جنابة او جنحة، فلا تتولى محكمة الطفل الإختصاص بالنظر في أمره، ولا يكون لها أن تحكم بأى تدبير، وهو أمر غير محمود، لأن الطفل في هذه المرحلة يكون في حاجة إلى

رعاية اجتماعية ولا يمكن تركه وشأنه عند ارتكابه لأى جريمة. ونأمل أن يحدو  
المشرع المصري حدو نظيره الاماراتي في هذا الشأن والذي سوف نعرض له لاحقا.  
وانعدام المسؤولية الجنائية لدى الطفل الذى لم يبلغ الخامسة عشر لا يمنع من  
ممارسة حق الدفاع الشرعى ضده إذا وقع منه فعل يشكل اعتداء حالا أو تهديدا  
بوقوع هذا الإعتداء بشكل حال وتوافرت شروط الدفاع الشرعى من حيث اللزوم  
والتناسب.(١)

## المطلب الثانى

### فى قانون الأحداث الاماراتى

نصت المادة السادسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ فى شأن الأحداث  
الجانحين والمشردين الإماراتي على أنه " لاتقام الدعوى الجزائية على الحدث الجائح  
الذى لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة، ومع ذلك يجوز لجهات التحقيق والمحاكم أن  
تأمر فى جميع الأحوال باتخاذ الإجراءات التربوية أو العلاجية المناسبة لحالة هذا  
الحدث إذا رأت ضرورة لذلك " .

كما نصت المادة السابعة على أنه " إذا ارتكب الحدث الذى أتم السابعة ولم  
يبلغ السادسة عشرة من عمره جريمة معاقب عليها فى قانون الجزاء او أى قانون  
آخر حكم القاضى باتخاذ مايراه من التدابير " .

كما نصت المادة الثامنة على أنه " إذا ارتكب الحدث الذى أتم السادسة عشرة  
من عمره جريمة معاقبا عليها فى قانون الجزاء أو أى قانون آخر جاز للقاضى أن  
يحكم باتخاذ مايراه من التدابير المنصوص عليها فى هذا القانون بدلا من العقوبات  
المقررة " .

والتدابير المنصوص عليها فى هذه القانون وردت فى المادة ١٥ وهى  
التوبيخ والتسليم والاختبار القضائى ومنع ارتياد أماكن عامة وحظر ممارسة عمل

(١) عبدالرءوف مهدى، القواعد العامة لقانون العقوبات (دار النهضة العربية، ٢٠١١)، ص ٧٤١.

معين والإلزام بالتدريب المهني والإيداع في مأوى علاجي أو معهد تأهيل أو دار للتربية أو معهد للإصلاح حسب الأحوال والإبعاد من البلاد.

ومن المواد الثلاثة سالفة الذكر نجد أن المشرع الإماراتي تدرك أوجه القصور التي شابته نص المادة ٩٤ من القانون المصري لحماية الطفل، حيث قسم المراحل العمرية للطفل إلى ثلاثة أقسام بشأن المسؤولية الجنائية. كما أن ماورد في المادة السادسة من قانون الأحداث الجانحين والمشردين جاء مطابقاً لما ورد بنص المادة ٦٢ من قانون العقوبات الإتحادي التي نصت على ألا تقام الدعوى الجنائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من عمره.

ولايعنى عدم بلوغ الطفل سن السابعة إفلاته من امكانية إتخاذ أى تدابير ضده، فوفقاً لنص المادة السادسة سالفة الذكر يجوز لجهات التحقيق والمحاكم أن تأمر باتخاذ الإجراءات التربوية أو العلاجية المناسبة لحالة الحدث اذا رأت ضرورة لذلك. وما فعله المشرع الإماراتي يُحمد عليه، لأن الحدث الذي لايتجاوز سن السابعة وتتوافر فيه الخطورة الاجرامية بتواجده في إحدى حالات التشرد التي ينص عليها القانون، أو إذا صدرت منه جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات أخرج ما يكون إلى تدبير رعاية اجتماعية تحميه وتنقذه من الظروف السيئة التي أوقعت به والتي لا تدخل لإرادته فيها.

بيد أن مسلك المشرع الاماراتي لايلخو من نقد، فالمادة السابعة من قانون الأحداث ورد بنهايتها " حكم القاضى باتخاذ مايراه من التدابير " وهذا يعنى أن للقاضى مطلق الحرية في الحكم على الحدث بتدابير لم ترد بهذا القانون. وما يؤكد وجهة نظرنا هذا ماورد في المادة الثامنة، حيث ورد في نهايتها " أن يحكم باتخاذ مايراه من التدابير المنصوص عليها في هذا القانون"، ولو كان المشرع يريد أن يقيد القاضى بالتدابير المنصوص عليها في هذا القانون لنص على ذلك صراحة كما فعل في نص المادة الثامنة، ومن ثم يكون من سلطة القاضى الحكم على الحدث الذي أتم

السابعة ولم يبلغ السادسة عشرة من عمره بتدبير لم يرد في هذا القانون كإلزامه -  
مثلا - بالحضور أمام جهات معينة في أوقات محددة.

كما أن القصور طال المادة الثامنة سالف الذكر، حينما أعطى المشرع  
للقاضي السلطة في ان يختار بين تطبيق تدبير من التدابير المنصوص عليها في هذا  
القانون، وبين تطبيق العقوبات المقررة، وكان من الافضل أن يجعل المشرع تطبيق  
التدبير وجوبيا وليس جوازيا.

ومن الجدير بالذكر أن تدبير الإيداع - وهو من التدابير الواردة في المادة  
١٥ - لايجوز تحديد مدته سواء في القانون المصري أو القانون الإماراتي<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### مدى تطبيق عقوبات الأعدام أو السجن أو العقوبات المالية أو الأبعاد

أولا: في القانون المصري للطفل

نصت الفقرة الاولى من المادة (١١١) على انه "لا يحكم بالإعدام ولا بالسجن  
المؤبد ولا بالسجن المشدد علي المتهم الذي لم يجاوز سنه الثامنة عشرة ميلادية كاملة  
وقت ارتكاب الجريمة.

كما أن المادة ١٠١ من القانون سالف الذكر لم تفرق في تطبيقها بين ما إذا  
كان الطفل الجاني مصري أو غير مصري، ومن ثم يسرى نص هذه المادة على

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " حيث أن المادة ١٠٧ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ قد  
حظرت على المحكمة أن تحدد في حكمها مدة إيداع الحدث في إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية للأحداث، وكان الحكم  
المطعون فيه قد قضى بتحديد مدة تسيير الإيداع لمدة ستة أشهر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب  
نقضه وتصحيحه برفع التأكيد لمدة الإيداع وجعله محررا من تحديد المدة " الطعن رقم ١٢٩٢ لسنة ٦٧ ق - جلسة  
٢٠٠٥/٤/١١.

كما قضت المحكمة الاتحادية العليا ببولة الإمارات بأنه " لما كانت المادة ٢٣ من القانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ في  
شأن الأحداث الجانحين والمشردين تنص على أن (المحكمة أن تحكم بإيداع الحدث في معهد مناسب لتأهيله أو في إحدى  
دور التربية والأصلاح المعدة لرعاية وتكوين الأحداث التابعة للدولة أو المعترف بها منها. ويقرر المحكمة الإفراج عن  
الحدث بناء على التقارير التي تقدمها هذه الجهات اليها وفقا لأحكام المادة ٣٤ من ذات القانون. ولايجوز بقاء الحدث في  
هذه الأماكن متى بلغ الثامنة عشر من عمره). كما تنص المادة ٢٤ من ذات القانون على أنه (يكون لكل معهد مخصص  
لرعاية الأحداث وأصلاحهم أو أي محل آخر معد لقبولهم لجنة للإشراف عليه تشكل برئاسة ممثل للنيابة وعضوية مدير  
المعهد وأخصائي من وزارة الشؤون الاجتماعية ينديه لذلك وزيرها. ويكون الإفراج عن المحكوم عليهم بالإيداع في تلك  
المعاهد بناء على طلب هذه اللجنة). بما مفاده أنه إذا رأت المحكمة إيداع الحدث في معهد أو مؤسسة للإصلاح والتكوين  
والإعداد للحياة المستقبلية فإن الإفراج عن يتوقف على رأي اللجنة المشرفة على تلك المعاهد والمؤسسات التي لها  
الصلاحية في البت فيما إذا كان الحدث سيفرج عنه أم لا، ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تحدد مقدما الفترة التي يتعين على  
الحدث بقاؤه في المعهد أو المؤسسة العلاجية. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد حصر فترة إيداع الطاعن في ستة  
أشهر بالمخالفة لأحكام المادتين سابقتي الذكر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (المحكمة الاتحادية العليا - طعن  
رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ ق- جلسة ١٩٩٧/٣/٢٩).

الطفل أياً كانت جنسيته. وعليه لم تتضمن المادة سالفه الذكر تدبير الإبعاد ضمن التدابير التي يحكم بها على الطفل الجانى الذى لم تتجاوز سنه خمس عشرة سنة ميلادية كاملة، وأشارت في نهايتها إلى انه عدا المصادرة وإغلاق المحال ورد الشئ إلى أصله لا يحكم على هذا الطفل بأى عقوبة أو تدبير منصوص عليه في قانون آخر. ومن ثم فلا يجوز الحكم على هذا الطفل بتدبير الإبعاد.

لكن هل معنى ذلك امكانية الحكم على الطفل الذى تجاوز سنه الخامسة عشرة ولم يتجاوز الثامنة عشرة بتدبير الإبعاد اذا كان غير مصرياً؟  
بقراء قانون الطفل نجد انه لم يشر من قريب او بعيد إلى تدبير الإبعاد .  
وبالتالى وفقاً لنص المادة (١٤٣) من قانون الطفل تطبيق الأحكام الواردة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد به نص في هذا الباب.

### فى القانون الإماراتي

نصت المادة التاسعة من قانون الأحداث الجانحين والمشردين على أن "لايحكم على الحدث بعقوبة الإعدام أو السجن أو العقوبات المالية".  
وبذلك نجد أن كلا المشرعين - المصري والإماراتي - قد حظرا تطبيق عقوبة الإعدام أو السجن على الحدث، وقد زاد المشرع الإماراتي العقوبات المالية، وليس معنى ذلك أن قانون الطفل المصري يجيز توقيع العقوبات المالية على الطفل، فإذا كانت المادة ١١١ سالفه الذكر لم تشر إلى ذلك، فإن المادة ١٠١ من قانون الطفل بها ورد بها انه عدا المصادرة وإغلاق المحال ورد الشئ إلى أصله لا يحكم على هذا الطفل بأى عقوبة أو تدبير منصوص عليه في قانون آخر، وبالتالى لا توقع على الطفل العقوبات المالية لعدم النص عليها في قانون الطفل. ولكن هذا قاصر فقط على حالة ما إذا كان الطفل لم يتجاوز سنه خمس عشرة سنة ميلادية كاملة، أما إذا تجاوز سنه خمس عشرة سنة فيمكن تطبيق العقوبات المالية عليه، وهذا أمر غير محمود على الاطلاق ويجب على المشرع المصري التدخل والنص صراحة بعدم جواز تطبيق العقوبات المالية على الطفل أياً كان عمره كما فعل المشرع الاماراتي.

ووفقا لنص الفقرة ٨ من نص المادة ١٥ من قانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي، فإن الإبعاد هو من بين التدابير التي يجوز اتخاذها في شأن الحدث. ويعد وجوبيا إذا عاد الحدث إلى إحدى حالات التشرّد أو الجنوح، وينفذ حكم الإبعاد خلال أسبوعين من تاريخ صدوره وذلك وفقا لنص المادة ٢٤ من القانون سالف الذكر. وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه "وحيث أن المتهمين حدثان وقد أتما السادسة عشر من العمر ولم يتما الثامنة عشر من العمر وكانت المادة ٨ من قانون الأحداث الجنائية قد نصت على أنه إذا ارتكب الحدث الذي أتم السادسة عشرة جريمة معاقبا عليها في قانون الجزاء جاز للقاضي اتخاذ مايراه من التدابير المنصوص عليها في هذا القانون من العقوبات المقررة، وكانت المادة ١٥ من ذات القانون قد عدت التدابير التي يجوز اتخاذها في شأن الحدث ومنها الإبعاد من البلاد، ومن ثم فإن المحكمة ترى اتخاذ تدبير الإبعاد وتحكم بإبعاد المتهمين عن البلاد" (١). ومن الجدير بالذكر أن عقوبة الإبعاد لا تطبق على الحدث الأجنبي الذي ليس له جنسية بلد معين يمكن إبعاده إليه (٢).

وبذلك نجد أن المشرع الإماراتي أقر صراحة بتطبيق تدبير الإبعاد على الحدث وهو أمر لا يخلو من نقد، فإذا كان هذا القانون هدفه توفير أكبر قدر من الحماية للطفل للحدث، فكيف يتم إبعاده عن البلاد وعن أسرته؟ هذه العقوبة ليست موجهة إلى الحدث بمفرده وإنما إلى أسرته أيضا، فمن المعلوم أن الحدث في مثل هذه السن لا يكون إلا بصحبة أسرته داخل الدولة، فهل يتم إبعاده وحده إلى موطنه الأصلي يعيش فيه منفردا وبالتالي تزداد إمكانية تشرده وجنوحه؟ أم سترحل معه أسرته وتتقطع سبل رزقهم داخل البلاد؟ إننا من هنا نناشد المشرع الإماراتي بإلغاء تدبير الإبعاد من ضمن التدابير الواردة بنص المادة ١٥، كما نناشده بإلغاء نص المادة ٢٤ كاملة.

(١) المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم ١٠٨ لسنة ٣٠ ق، جلسة ٢٠٠٢/٦/١٧ من دولة. والطعن رقم ١٨٣ لسنة ٢٣ ق، جلسة ٢٠٠٣/١/٢٥ شرعى. والطعن رقم ٢٩٧ لسنة ٢٩ ق، جلسة ٢٠٠٢/٢/١٨ من دولة.  
(٢) المحكمة الاتحادية العليا، طعن ٨٤ لسنة ٢١ ق، جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٠ شرعى.

ولكن ماهى العقوبة البديلة لعقوبتى الإعدام أو السجن؟

سوف نعرض للإجابة على هذا التساؤل في القانون المصرى، ثم الإماراتى، وذلك على النحو التالى:-

أولاً: في قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨.

نصت الفقرة الثانية من المادة ١١١ على مايلى " ومع عدم الإخلال بحكم المادة (١٧) من قانون العقوبات، إذا ارتكب الطفل الذي تجاوزت سنه خمس عشرة سنة جريمة عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد أو السجن المشدد يحكم عليه بالسجن، وإذا كانت الجريمة عقوبتها السجن يحكم بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر.

ويجوز للمحكمة بدلاً من الحكم بعقوبة الحبس إن تحكم عليه بالتدبير المنصوص عليه في البند (٨) من المادة ١٠١ من هذا القانون.

أما إذا ارتكب الطفل الذي تجاوزت سنه خمس عشرة سنة جنحة معاقبة عليها بالحبس جاز للمحكمة، بدلاً من الحكم بالعقوبة المقررة لها، أن تحكم بأحد التدابير المنصوص عليه في البنود (٥) و (٦) و (٨) من المادة ١٠١ من هذا القانون.

وفقاً لنص المادة ١١١ سالفه الذكر نجد أن المشرع فرق بين ما إذا كانت الواقعة التى ارتكبها الطفل في هذه المرحلة العمرية تشكل في القانون جنائية أو جنحة على التفصيل التالى: -

١- فى حالة ارتكاب الطفل الذى جاوز الخامسة عشرة من عمره ولم يتجاوز الثامنة عشرة سنة جريمة تشكل في القانون جنائية، يتبع ما يلى:-

١- فى جميع الجنائيات التى يرتكبها الطفل في هذه المرحلة العمرية لا يحكم عليه مطلقاً بالإعدام أو بالسجن المؤبد أو السجن المؤقت.

ب- اذا ارتكب الطفل جنائية مقرر لها في القانون عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد أو المشدد يحكم عليه بالسجن فقط، وعقوبة السجن لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس عشرة سنة وفقا لنص المادة ١٦ من قانون العقوبات.

ت- اذا كانت الجنائية التي وقعت من الطفل معاقب عليها بالسجن يحكم على الطفل بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر.

ث- يجوز للمحكمة في حالة ارتكاب الطفل لجنائية معاقب عليها بالسجن بدلا من ان تحكم عليه بالحبس الذي لا تقل مدته عن ثلاثة أشهر أن تحكم عليه بالتدبير المنصوص عليه في البند (٨) من المادة ١٠١ من هذا القانون (وهو تدبير الايداع في إحدى مؤسسات الرعاية الإجتماعية)<sup>(١)</sup>.

ج- لا يجوز مطلقا استبدال عقوبة الجنائية المعاقب عليها بالاعدام أو السجن المؤبد أو المشدد لبالحبس ولا بأحد التدابير وإنما بعقوبة السجن.

ح- جواز تطبيق نص المادة ١٧ من قانون العقوبات. ويرى البعض انه عملا لن يستفيد الطفل باستعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات الا في نطاق محدود وذلك لأنه إذا استعملها القاضي فنزل بعقوبة الاعدام إلى السجن المؤبد أو المشدد فإنه يظل ملزم بتوقيع عقوبة السجن دون الحبس أو استبداله بتدبير الايداع، ولا يتم اعمال هذه المادة الا اذا كانت الواقعة المعاقب عليها بالسجن المؤبد أو المشدد إذ يجوز استبدالها بعقوبة السجن وفقا للمادة ١٧ وبالتالي يجوز استبدالها مرة اخرى بالحبس أو تدبير الايداع وفقا لنص المادة ١١١ من قانون الطفل.<sup>(٢)</sup>

٢- ارتكاب الطفل الذي جاوز سنه خمسة عشرة سنة ولم يتجاوز الثامنة

عشرة سنة لجريمة تشكل في القانون جنحة، يتبع مايلي: -

(١) ومن الجدير بالذكر أن تدبير الايداع في إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية المنصوص عليه في المادة ١٠١ يعد عقوبة جنائية مقيدة للحرية ومن ثم لا يلزم ايداع الكفالة المنصوص عليها في المادة ٣٦ من قانون حالات وجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ والمعدلة بالمادة الخامسة من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢. "الطعن رقم ٢٣٩٦ لسنة ٦٢ ق - جلسة ١٩٩٨/١١/١ جنائي، وأيضاً الطعن رقم ١٢٨٤٨ لسنة ٦٦ ق - جلسة ٢٠٠٥/٥/٢١. (٢) مدحت الديبسي، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال (المكتب الجامعي الحديث، بدون تاريخ)، ص ٤٥.

ا- يكون للقاضي السلطة التقديرية إما أن يطبق عقوبة الحبس المنصوص عليها، وإما أن يستبدله بأحد التدابير المنصوص عليه بالبنود ٥، ٦، ٨ من المادة ١٠١ من هذا القانون وهى تدابير الاحتبار القضائي، أو العمل للمنفعة العامة بما لا يضر بصحة الطفل أو نفسيته وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون أنواع هذا العمل وضوابطها، أو الإيداع في احدي مؤسسات الرعاية الاجتماعية).

ب- اذا ما قدر القاضي توقيع عقوبة الحبس فإنه يوقعها كما تقضى به نموذجها القانوني بين حديها الأدنى والاقصى.

ت- اذا كانت الجنحة الذى ارتكبها الحدث معاقب عليها بالغرامة وحدها تطبق الغرامة ولايجوز استبدالها بأحد التدابير المنصوص عليها في المادة ١١١.

ولكن هل استعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات يرد على العقوبة الواردة في قانون العقوبات أو القوانين المكملة فقط، ام يمتد ليشمل العقوبة الواردة في قانون الطفل؟

أجابت محكمة النقض المصرية على هذا التساؤل بأن اعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات يقتصر على العقوبة الواردة في قانون العقوبات أو القوانين المكملة دون العقوبة الواردة في قانون الطفل. حيث جاء في حكمها أنه "لما كانت الفقرة الأخيرة من المادة ١١٢ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ تنص على انه (ولاتخل الأحكام السابقة بسلطة المحكمة في تطبيق أحكام المادة (١٧) من قانون العقوبات في الحدود المسموح بتطبيقها قانونا على الجريمة التى وقعت من المتهم) والتي تمت اضافتها عند مناقشة مشروع قانون الطفل قصد بها - على ما بين من مضبطة مجلس الشعب إعمالها على العقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات والقوانين المكملة لا على العقوبة المقررة للطفل في المادتين ١١١، ١١٢ من القانون ١٢ لسنة ١٩٩٦ وذلك حتى لا يكون الطفل في وضع أسوء من البالغ - ولا وجه للقول بأن عقوبة السجن التى وردت في قانون الطفل في المادتين المشار اليهما بالنسبة للجرائم التى عقوبتها الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة - هى التى

حات محل العقوبة الأصلية وعليها دون غيرها اعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات لأن ذلك مردود بأن صراحة نص الفقرة الأخيرة من المادة ١١٢ من قانون الطفل على أن استعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات إنما يرد على الحدود المسموح بتطبيقها على الجريمة لاعلى العقوبة المقررة للطفل في القانون ١٢ لسنة ١٩٩٦ ومع وضوح النص وصراحته لاوجه لتأويله لحمله على غير المعنى الظاهر من لفظه وعلى غير رغبة الشارع منه ولأنه لو أراد القانون تخفيفا فوق تخفيف العذر القانوني الوارد في قانون الطفل لما أعوز النص على ذلك كما فعل بالنسبة للطفل الذى بلغ خمسة عشرة سنة ولم يبلغ ستة عشرة سنة اذا ما ارتكب جريمة عقوبتها السجن فلقد نصت الفقرة الثانية للمادة ١١١ من القانون المار ذكره على أن للقاضى بدلا من النزول بالعقوبة إلى الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر - وهو نطاق اعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات - أجاز للقاضى أن يحكم بدلا من الحبس بإيداع الطفل إحدى المؤسسات ومن المعروف أن الإيداع هو تدبير أخف من عقوبة الحبس السالبة للحرية، ومما يؤكد أن استعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات إنما يرد على العقوبة الواردة في قانون العقوبات أو القوانين المكملة أن المادة ١١٢ من قانون الطفل لم تحدد عقوبة للجريمة التى عقوبتها السجن اذا ما ارتكبها طفل زاد سنه على ست عشرة سنة ميلادية ولم يبلغ الثامنة عشر سنة. وبالتالي لا يوجد ما ترد عليه المادة ١٧ من قانون العقوبات ولايصاغ القول بأن هذا الطفل غير معاقب على هذه الجريمة أو أنه محروم من موجبات الرأفة التى تسمح بها المادة ١٧ من قانون العقوبات، في حين أن الطفل الأصغر منه سنا عملا بالمادة ١١١ معاقب على الجريمة، واستعمل المشرع بالنسبة له حدود المادة ١٧ وزاد على نطاقها كما سلف ذكره، وعلى هذا النظر يتعين القول بأن المشرع عندما استبدل حد أدنى من السجن في المادة ١١٢ من قانون الطفل - بعقوبتى الاعدام والإشغال الشاقة المؤقتة في هذه المادة ولم يقض إلا بعقوبة السجن بالنسبة للطفل في المادة ١١١ من القانون ١٢ لسنة ١٩٩٦ اذا ما ارتكب جرائم عقوبتها الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إنما قصد المشرع

أن يحول بين الطفل وبين أقصى العقوبة المغلظة لعدم ملاءمتها تاركا ماسواها لنص العقاب الأصلي وما يرد عليه من تخفيف وفق المادة ١٧ من قانون العقوبات بدليل أن صدر نص المادتين ١١١، ١١٢ بعدم انزال هذه العقوبات المغلظة، ثم أعمل بعد ذلك مباشرة - بالنسبة للطفل الذي بلغ خمس عشرة سنة ولم يبلغ ست عشرة سنة - المادة ١٧ من قانون العقوبات وجوبيا وزاد تخفيفا عندما استبدل الإيداع بالحبس. وبالنسبة للمادة ١١٢ من قانون الطفل وضع العقوبة التي تحل محل أقصى العقوبة المغلظة تاركا الأمر فيما سواها للقواعد العامة. لذلك لم ينص على عقوبة اذا ما ارتكب الطفل في المادة ١١٢ جريمة عقوبتها السجن على السياق المتقدم. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه بالنسبة للطاعن الثالث - وهو طفل زاد سنه على ست عشرة سنة ميلادية كاملة ولم يبلغ الثامنة عشرة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة - قد قضى عليه بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة لمدة عشر سنوات وهي عقوبة ممنوعة بنص المادة ١٢٢ من قانون الطفل - واذا ما كانت الجرائم التي أثبتتها الحكم في حق هذه الطفل هي السرقة بالإكراه وهتك عرض المجنى عليها بتصويرها عارية بغير رضاها وأشد عقوبة لهذه الجرائم المرتبطة هي المعاقب عليها بالمادة ٣١٤ من قانون العقوبات الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة، بينما في قانون الطفل هي السجن فإنه يتعين تصحيح العقوبة المقضى بها على الطاعن الثالث بجعلها السجن لمدة ٣ سنوات وذلك عملا بحق محكمة النقض المقرر في المادة ٣٩ من قانون حالات واجراءات الطعن امام محكمة النقض مادام العوار الذي شاب الحكم لم يرد على بطلانه أو على بطلان في الإجراءات أثر فيه. (١)

ثانيا: في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ بشأن الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي نصت المادة العاشرة على مايلي "

(١) الطعن رقم ٥٢٣٣ لسنة ٦٨ ق، جلسة ٢٠٠٠/١٢/١٢

١. في الحالات التي يجوز الحكم فيها على الحدث بالعقوبة الجزائية تستبدل بعقوبتي الإعدام أو السجن المقررة للجريمة التي ارتكبها عقوبة الحبس مدة لا تزيد على عشر سنين.

٢. فإذا كانت الجريمة التي ارتكبها الحدث معاقبا عليها بالحبس، لايجوز أن تزيد مدة الحبس التي يحكم بها عليه نصف الحد الأقصى المقررة لها أصلا.

٣. وتنفذ عقوبة الحبس التي قد يحكم بها على الحدث طبقا لهذه المادة في أماكن خاصة تتوفر فيها وسائل الرعاية الإجتماعية والتربية والتعليم.

وبذلك نجد أن المشرع الإماراتي لم يقسم عمر الحدث إلى مراحل مختلفة -

كما فعل المشرع المصري - فالحدث ايا كان عمره يستفيد من نص هذه المادة، وهذا أمر محمود - وبحق - للمشرع الإماراتي.

وكذلك استقرت محكمة تمييز دبي على أنه لايجوز الجمع بين أحكام قانون

الأحداث وعذر حداثة السن المخفف للعقوبة الوارد بنص المادة ٩٦ من قانون العقوبات، حيث قضت في أحد أحكامها بأن " القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ (في شأن الأحداث الجانحين) قد حدد سن الحدث والعقوبات المقررة للجرائم التي يرتكبها ونوع العقوبات والتدابير الواجب إعمالها تبعاً لسن الحدث فمن ثم يكون هو القانون الواجب التطبيق على كل من يعد حدثاً طبقاً لهذا القانون، أما المقصود بعذر حداثة سن المجرم الذي يعتبر من الأعدار المخففة عملاً بالمادة ٩٦ من قانون العقوبات فهو المجرم الذي تجاوز سن الحدث أي من تجاوز سن الثامنة عشر ولا يجوز الجمع بين قانون الأحداث وعذر حداثة السن الوارد في قانون العقوبات لأن لكل مجال ونطاق لإعماله" (١).

**ولكن هل تسرى أحكام العود على الطفل أو الحدث؟**

لم يتضمن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة

٢٠٠٨ بشأن حماية الطفل المصري أي نص يجيب على هذا التساؤل. وبالرجوع إلى

(١) الطعن رقم ١/ ١٩٩٩ جزاء، جلسة ٢٧/ ٢٧/ ١٩٩٩، القاعدة رقم ٩، ع ١٠، س ١٩٩٩، ص ١١٦٣.

النصوص القانونية الخاصة بالعود الواردة بقانون العقوبات نجد أنها هي الأخرى لم تفرد للطفل نصا خاصا به، وعلى ذلك فوفقا لنص المادة (١٤٣) من قانون الطفل المصري تطبق الأحكام الواردة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد به نص في هذا الباب. ومن ثم نرى أن أحكام العود الواردة في قانون العقوبات المصري في المواد من ٤٩ إلى ٥٤ تطبق على الطفل.

أما المشرع الإماراتي فكان أكثر وضوحا وحسما لهذا الأمر، فقد نصت المادة ١١ من قانون الأحداث الجانحين والمشردين على أنه لا تسرى أحكام العود على الحدث.

وهل تطبق قواعد الإرتباط على الجرائم التي يرتكبها الطفل أو الحدث؟

نصت المادة (١٠٩) من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن حماية الطفل على أن " إذا ارتكب الطفل الذي لم يتجاوز سنه خمس عشرة جريمتين أو أكثر وجب الحكم بتدبير مناسب، ويتبع ذلك إذا ظهر بعد الحكم بتدبير ان الطفل ارتكب جريمة أخرى سابقة او لاحقة علي هذا الحكم".

ويفهم من المادة السابقة انها لم تشترط أن يكون هناك ارتباط بين الجرائم التي ارتكبها الطفل الذي لم يتجاوز سنه خمس عشرة سنة. ولكن لا يستفيد من هذه الميزة الطفل الذي تجاوز سنه الخامسة عشرة ولم يتجاوز الثامنة عشرة والتي تطبق في حقه القواعد الخاصة بالإرتباط بين الجرائم.

أما المشرع الإماراتي فقد كان أكثر وضوحا من المشرع المصري، فقد نصت المادة ١٢ من قانون الأحداث الإماراتي على مايلي "

- ١- اذا ارتكب الحدث أكثر من جريمة قبل الحكم عليه في إحداها وجبت محاكمته عنها كوحدة على أن يحكم بالعقوبة المقررة للجريمة الأشد.
- ٢- إذا تبين بعد الحكم على الحدث أنه ارتكب جريمة أخرى سابقة على صدور الحكم جاز للمحكمة الاكتفاء بالتدابير أو العقوبات التي قضى بها عليه.

وبذلك نجد ان الحدث - أيا كان عمره - يستفيد من المادة ١٢ سالفه الذكر، فإذا ارتكب أكثر من جريمة قبل الحكم عليه في احداها وجبت محاكمته عنها كوحدة واحدة، حتى ولو لم يكن هناك ارتباط بين الجرائم التي ارتكبها الحدث، ولكن يؤخذ في الإعتبار الحكم بالعقوبة المقررة للجريمة الأشد. كما أنه يكون من سلطة المحكمة الإكتفاء بالعقوبة او التدبير المحكوم بها على الحدث اذا تبين بعد الحكم عليه انه ارتكب جريمة أخرى. وناشد المشرع المصري بأن يحذو حذو نظيره الإماراتي في هذه المسألة.

### **المبحث الثالث**

#### **الحماية الجنائية الإجرائية للطفل**

##### **المطلب الأول**

##### **انقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح**

نصت المادة ١١٦ مكررا (ج) من قانون الطفل المصري على ان "تسري أحكام انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح أو التصالح، المقررة في قانون الإجراءات الجنائية أو أي قانون آخر، علي الجرائم التي يرتكبها الطفل. ولم يتضمن قانون الاحداث الاماراتي نص مشابه، ومن ثم تطبق القواعد العامة في هذا الصدد.

##### **المطلب الثاني**

##### **مدى جواز حبس الطفل احتياطيا**

نصت المادة ١١٩ من قانون الطفل المصري على ان " لا يحبس احتياطيا الطفل الذي لم يبلغ خمس عشرة سنة، ويجوز للنيابة العامة إيداعه احدي دور الملاحظة مدة لا تزيد علي أسبوع وتقديمه عند كل طلب إذا كانت ظروف الدعوى تستدعي التحفظ عليه، علي ألا تزيد مدة الإيداع علي أسبوع ما لم تأمر المحكمة بمدها وفقا لقواعد الحبس الاحتياطي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية.

ويجوز بدلا من الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة الأمر بتسليم الطفل إلي أحد والديه أو من له الولاية عليه للمحافظة عليه وتقديمه عند كل طلب، ويعاقب علي الإخلاء بهذا الواجب بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه".

ومن جانبنا نرى أن تحديد سن الطفل الذي لا يحبس احتياطيا بخمسة عشر سنة هو أمر غير محمود وليس له ما يبرره. فهذا القانون جعل كل من لا يجاوز عمره ثمانية عشرة سنة يعد طفلا، فلماذا هنا خص الطفل الذي لم يبلغ خمس عشرة سنة بهذه الميزة دون غيره من الاطفال الذين تجاوز عمرهم الخامسة عشرة ولم يتجاوزوا الثامنة عشرة؟ اليس من الأفضل ان يتمتع بهذه الميزة الطفل أيا كان عمره طالما لم يتجاوز الثامنة عشرة وهي السن الواردة بهذا القانون؟ ومن ثم نرى ضرورة تعديل هذه المادة لتصبح "لايجوز حبس الطفل احتياطيا.....".

أما في القانون الاماراتي، فالوضع أفضل حالا، حيث تدارك المشرع الاماراتي القصور الذي وقع فيه المشرع المصري، فقد نصت المادة ٢٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ في شأن الاحداث على انه " لايجوز حبس الحدث احتياطيا . على انه اذا كانت ظروف الدعوى تستدعي اتخاذ اجراء تحفظي ضده جاز للنياية العامة أن تأمر بإيداعه إحدى دور التربية المعدة لرعاية الأحداث على ألا تزيد مدة الإيداع على أسبوع مالم توافق المحكمة على مدها. ويجوز بدلا من إيداع الحدث دار التربية الأمر بتسليمه إلى أحد والديه أو إلى من له الولاية أو الوصاية عليه على أن يكون ملتزما بتقديمه عند كل طلب ."

وبذلك نجد المادة ٢٨ سالفه الذكر وضعت مبدأ عاما لا يتضمن أي إستثناءات

هو أنه لايجوز حبس الحدث احتياطيا.

## المطلب الثالث

### المحكمة المختصة بنظر قضايا الطفل

أولاً

#### في قانون الاحداث الجانحين والمشردين الاماراتي

لم يتضمن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ في شأن الاحداث الجانحين والمشردين الاماراتي نصا خاصا يشير الى وجود محاكم ونيابة وشرطة مختصة للأحداث، كما لم يشترط هذا القانون أن يعاون المحكمة خبير أو أكثر من الأخصائيين، كما لم ينص على تمثيل المرأة في تشكيل المحكمة، بالرغم من أن مشروع قانون الأحداث الذي تقدمت به الحكومة الاتحادية كان يتضمن النص على إنشاء محكمة خاصة لنظر قضايا الأحداث الجانحين والمشردين، إلا أن أعضاء المجلس الوطني الاتحادي عند عرض المشروع للمناقشة اعترضوا على إنشاء محاكم خاصة للأحداث واقترحوا بإحالة قضايا الأحداث أمام المحاكم الشرعية، وتقرر بالتالي حذف المادة من مشروع القانون الخاصة بإنشاء محكمة الأحداث والإبقاء على كلمة " محكمة او المحاكم " كما هو منصوص عليه في القانون الحالي. وترجع اسباب إحالة نظر قضايا الاحداث أمام المحكمة الشرعية وفقا لما إرتاه أعضاء المجلس الوطني الاتحادي في ذلك الوقت الذي تم فيه تقديم مشروع القانون المشار اليه في الجلسة المنعقدة يوم الثلاثاء الموافق ١٥ يوليو ١٩٧٦ الى ما يلي:-

١. أنه في حالة إنشاء محاكم خاصة للأحداث سيكلف الدولة مبالغ باهظة لانفاقها على الجهاز الادارى والقضائى والمنشآت الخاصة لمحاكم الاحداث.
٢. حالات الجنوح والتشرد في ذلك الوقت تكاد تكون غير موجودة بين الاحداث المواطنين في مجتمع الامارات بالرغم من وجود قلة قليلة من غير المواطنين المتورطين في الجنوح أو الجريمة ويمكن معالجة قضاياهم عن طريق المحاكم الجزائية الشرعية أو العادية.

٣. تقرير لجنة الشئون القانونية بالمجلس الوطنى الإتحادى والرأى الذى أبداه  
مستشار المجلس وقت مناقشة المشروع تضمن التوصية بعدم الحاجة الماسة  
في ذلك الوقت لانشاء محاكم خاصة لنظر قضايا الاحداث<sup>(١)</sup>.  
وإذا كانت الاسباب سالفة الذكر كان لها كان لها وجهتها في حينها، الا انه  
في الوقت الحاضر غير مبررة على الاطلاق، فلم تعد التكلفة المادية تمثل حاجز لدى  
دولة الامارات، كما أن نسبة جنوح الاحداث من المواطنين لم تصبح بالقليلة، ومن ثم  
يتوجب اعادة النظر في هذا الامر.

وحرصا على سد هذا النقص التشريعى الموجود في القانون رقم ٩ لسنة  
١٩٧٦، صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن اختصاص المحاكم الشرعية بنظر  
بعض الجرائم نص في مادته الاولى بتحويل المحاكم الشرعية بنظر قضايا الاحداث،  
كما نصت مادته الثانية على أن تطبق على الجرائم التى يرتكبها الحدث أحكام  
الشريعة الاسلامية سواء في جرائم الحدود أو الجرائم التى تعاقب تعزيرا، كما نصت  
مادته الرابعة على الغاء كل حكم يخالف او يتعارض مع احكام هذا القانون. ومن هذه  
الصيغة يتضح أن أحكام قانون الاحداث تعتبر شبه معطلة وان بعض مواده قد  
تتعارض فى التطبيق مع احكام الشريعة الاسلامية<sup>(٢)</sup>.

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا أنه " .. وعلى ماجرى به نص المادتين  
(١، ٢) من القانون رقم (٣) مفاد لسنة ١٩٩٦ بشأن اختصاص المحاكم الشرعية  
بنظر الجرائم أنه تختص المحاكم الشرعية دون غيرها بالاضافة الى اختصاصاتها  
الاخري بنظر. ... والجرائم التى يرتكبها الأحداث وتطبق على هذه الجرائم احكام  
الشريعة الاسلامية حدا أو تعزيرا على ألا تقل العقوبة التعزيرية عن الحدود الدنيا  
المقررة قانونا. .."<sup>(٣)</sup>

(١) أشار الى ذلك د/ محمد محمد سعيد الصاحي - محاكمة الاحداث الجانحين وفقا لاحكام قانون الاحداث الاتحادي في دولة  
الامارات - مكتبة الفلاح - ط١ - ٢٠٠٥ - ص ٢٧٩، ص ٢٨٠.  
(٢) د/ محمد محمد سعيد الصاحي - المرجع السابق - ص ٤٠.  
(٣) المحكمة الاتحادية العليا - طعن رقم ٥١، ٣١٤، ٤٤٨ لسنة ٢٦ ق - ٢٠٠٥/١٠/١ شرعى جزائى. والطعن رقم ٤٩٥  
لسنة ٢٥ ق - جلسة ٢٠٠٤/١/١٠ شرعى جزائى.

وبالرغم من المحاولة التي سعى إليها المشرع الاماراتي في نظر قضايا الاحداث امام المحاكم الشرعية، الا أنه يمكن القول أن الطبيعة القانونية لتلك المحاكم الشرعية القائمة فعلا هي محاكم جزائية وليست محاكم خاصة للاحداث. إذ أن المحاكم التي قصدها نص القانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ لم تقتصر على نظر جرائم الاحداث فقط بل تنظر كذلك جرائم الحدود والقصاص وجرائم المخدرات التي يرتكبها البالغين.

وحرصا - ايضا - من المشرع الاماراتي على تدارك القصور الوارد بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ أصدر عام ٢٠٠٣ القرار الوزاري رقم ١٦ في شأن إنشاء نيابات أحداث في عاصمة كل إمارة بدولة الإمارات العربية المتحدة والذي جاء النص في المادة الأولى من القرار الوزاري سالف الذكر بأن تنشأ في عاصمة كل إمارة نيابة أحداث عامة اتحادية. فضلا عن ذلك فقد نص القرار على الاختصاص النوعي في جرائم الاحداث ولم يفصل القرار ما إذا كان يشمل الجنايات والجناح والمخالفات، إذ أن القرار المشار إليه حول نيابة الأحداث كما جاء في المادة الثانية الإختصاص بالتحقيق والتصرف في الجرائم التي تقع من الاحداث طبقا للقانون.

ومن هنا فإننا نناشد المشرع الاماراتي بسرعة إنشاء محاكم خاصة للاحداث، فالنظر في دعاوى الاحداث اذا كان من اختصاص المحكمة الجزائية العادية - كما هو الحال في دولة الامارات - يهدر - بلا شك - الاهتمام والدراسة المرجوة لحالة الحدث في زحام العمل والقضايا العادية، فضلا عن الجو النفسي للمحاكمات العادية . أما إذا عينت محكمة خاصة للأحداث، وكان تشكيلها من أحد القضاة العاديين، فلن تكون الفائدة كبيرة لانتهاء التخصص المطلوب لتعرف الاسباب العديدة والبواعث المختلفة للجنوح أو التشرذم، والتي يمكن على أساسها تقرير أفضل التدابير الواجبة لحماية الحدث واصلاحه. (١)

(١) د/ حسن محمد ربيع - المرجع السابق - ص ٧٤.

ومن ثم ليس المقصود من ضرورة وجود محاكم خاصة للإحداث مجرد تخصيص قاعة أو مبنى أو قاضى منتدب من المحاكم الجزائية العادية لنظر قضايا الاحداث، وإنما المقصود التخصص الفعلى لمحكمة الاحداث باعتبار أن لها سلطة قضائية ورعائية. ولكى تحقق ذلك لابد وأن يكون قاضى الاحداث مؤهلا علما وخبرة في شئون الاحداث وبهمه شخصية الحدث قبل أن تهمة جسامه الجريمة، ويهتم بإيجاد التدبير المناسب وإصلاح سلوك الحدث أكثر من الاهتمام بتوقيع العقاب والإيلام الجسدى. (١)

ومن الجدير بالذكر أن الحدث في إمارة دبی لايجوز محاكمته أمام محكمة الجنایات الكبرى، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز بأن " القانون الواجب التطبيق على الأحداث هو القانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ الخاص بالأحداث الجانحين والمشردين وهو الذي يحدد التدابير التي تتخذ بشأنهم عملا بالمادة ١٥ منه كما يحدد الإجراءات اللازم اتباعها في محاكمتهم كما ينص في المادة التاسعة منه على أن "لا يحكم على الحدث بعقوبة الإعدام أو السجن أو العقوبات المالية"، كما ينص في المادة السابعة منه على انه إذا ارتكب الحدث الذي اتم السابعة ولم يبلغ السادسة عشرة من عمره جريمة معاقبة تحت طائلة قانون الجزاء أو أي قانون آخر يحكم القاضى باتخاذ ما يراه بشأنه من تدابير، وحيث أن هذه النصوص والإجراءات خاصة بفئة معينة من المتهمين مستنتاه من تطبيق النصوص العامة لاسباب واعتبارات معلومة فان الحدث الجانح لا يحاكم أمام محكمة جنایات كبرى. وبما أن المتهم حدث جانح فلا يجوز محاكمته أمام محكمة كبرى" (٢).

(١) د/ حسن محمد ربيع - المرجع السابق - ص ٧٣.  
(٢) محكمة تمييز دبی - الطعن رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٩ جزء - القاعدة رقم ١ الصادرة سنة ١٩٩٠ - العدد ١ - ص ٥٧١.

ثانياً : فى القانون المصرى رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن حماية الطفل

نصت المادة ١٢٠ على ان " تشكل فى مقر كل محافظة محكمة أو أكثر للأحداث، ويجوز بقرار من وزير العدل إنشاء محاكم للأحداث فى غير ذلك فى الأماكن، وتحدد دوائر اختصاصها فى قرار إنشائها. وتتولى أعمال النيابة العامة أمام تلك المحاكم نيابات متخصصة للأحداث يصدر بإنشائها قرار من وزير العدل".

وبذلك نجد أن محكمة الأحداث هى محكمة عادية وليست استثنائية وهى تطبيق لفكرة تخصص القاضى وليس تخصيص القضاء، وهى جزء من التنظيم القضائى للدولة.

ووفقاً لنص المادة ١٢١ تشكل محكمة الأحداث من ثلاثة قضاة، ويعاون المحكمة خبيران من الأخصائين أحدهما على الأقل من النساء، ويكون حضورهما إجراءات المحاكمة وجوبياً، وعلى الخبيران أن يقدمتا تقريرهما للمحكمة بعد بحث ظروف الطفل من جميع الوجوه وذلك قبل أن تصدر المحكمة حكمها. ويعين الخبيران المشار إليهما بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الشؤون الاجتماعية، وتحدد الشروط الواجب توافرها فى من يعين خبيراً بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية.

ويكون استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث أمام محكمة استئنافية تشكل بكل محكمة ابتدائية من ثلاثة قضاة، اثنان منهما على الأقل بدرجة رئيس محكمة، ويراعى حكم الفقرتين السابقتين فى تشكيل هذه المحكمة. وتنص المادة ١٢٢ تختص محكمة الأحداث دون غيرها فى أمر الطفل عند اتهامه فى إحدى الجرائم أو تعرضه للانحراف.

كما تختص بالفصل في الجرائم المنصوص عليها في المواد من ١١٣ إلى ١١٦ والمادة ١١٩ من هذا القانون ". ووفقا لهذه المادة فإن محكمة الاحداث تختص بالفصل في القضايا التي يكون فيها الحدث متهما فقط وليس مجنيا عليه.

كما أن الاختصاص يتعدّد لمحكمة الاحداث ليس فقط في حالة ارتكاب الحدث لجريمة، ولكن أيضا لمجرد تواجده في حالة من حالات الخطر، أي أن هذه المحكمة تتدخل في حالات غير اجرامية طبقا لنص القانون، وهذا بطبيعة الحال يخالف القواعد العامة المستقرة في الفقه الجنائي بعدم اختصاص المحاكم الا إذا ارتكبت جريمة معينة ". ومن ثم اذا حدث وتم محاكمة الطفل الحدث أمام محكمة الجناح العادية كان الحكم معدوما لانعدام ولاية القاضي الذي أصدره، ويتوجب على محكمة الاستئناف القضاء في هذه الحالة بإلغاء الحكم المستأنف لانعدام ولاية القاضي الذي أصدره، وبإعادة الاوراق الى النيابة العامة لإجراء شئونها. (١)

ولكن إذا تمت محاكمة الحدث أمام محكمة الجناح العادية وقضت بالبراءة على أساس عدم ثبوت الواقعة في حق الحدث، فلا يجوز - في هذه الحالة - للنيابة العامة الطعن على هذا الحكم لأنه لم يقض بعد الاختصاص، لأن الدفع بعدم اختصاص محكمة الجناح بمحاكمة الحدث وان كان يتصل بالنظام العام الا أنه لايجوز ابدأه لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كانت عناصر المخالفة ثابتة في الحكم المطعون فيه. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأنه " لاجدوى للنيابة - الطاعنة - من النعي على الحكم أنه لم يقضى بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى لكون المطعون ضده حدثا مادامت البراءة قد قامت على اساس عدم ثبوت الواقعة في حق المطعون ضده، هذا الى أن القول بعدم اختصاص محكمة الجناح بمحاكمة الاحداث وأنه وإن كان متصلا بالنظام العام إلا أنه لايجوز ابدأه لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كانت عناصر المخالفة ثابتة في الحكم المطعون فيه بغير حاجة الى اجراء تحقيق

(١) الطعن رقم ٧٠٤ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٨ - س ٢٨ - ص ٩٩٨، والطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٠/١٠/٢ - س ٣١ ق - ص ٨١٥.

موضوعي. ولما كانت مدونات الحكم المطعون فيه خالية مما ينتفى به موجب اختصاص المحكمة التي أصدرته.<sup>(١)</sup>

### الاستثناء الوارد على الاختصاص الولائي لمحكمة الطفل: -

هل تختص محكمة الاحداث بالنظر في كافة الجرائم التي يرتكبها الطفل؟  
الاجابة على هذا التساؤل ستكون بالنفي، حيث أن هذا الاختصاص ورد عليه ثلاثة استثناءات، الاول تم النص عليه في الفقرة الاخيرة من المادة ١٢٢ سالفه الذكر. والثاني تم النص عليه في قانون الاحكام العسكرية. والثالث ورد بالفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة، وفيما يلي عرض لهذه الاستثناءات:-

**الاستثناء الاول:** نصت الفقرة الاخيرة من المادة ١٢٢ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ على أنه " واستثناء من حكم الفقرة السابقة يكون الاختصاص لمحكمة الجنايات أو محكمة أمن الدولة العليا بحسب الأحوال - بنظر قضايا الجنايات التي يتهم فيها طفل جاوزت سنه خمس عشرة سنة وقت ارتكابه الجريمة متي أسهم في الجريمة غير طفل واقتضى الأمر رفع الدعوي الجنائية عليه مع الطفل، وفي هذه الحالة يجب علي المحكمة قبل أن تصدر حكمها أن تبحث ظروف الطفل من جميع الوجوه، ولها ان تستعين في ذلك بمن تراه من الخبراء ."

ومناط تطبيق الاستثناء سالف الذكر ضرورة توافر الشروط الأتية مجتمعة:

١. أن يتهم الحدث بجناية.
٢. وأن تكون سنه جاوزت خمس عشرة سنة وقت ارتكابه هذه الجناية.
٣. وأن يسهم معه في هذه الجناية شخص بالغ تجاوز الثامنة عشرة اسهاما اصليا أو تبعا.
٤. أن يقتضى الامر رفع الدعوى الجنائية على هذا البالغ.

(١) الطعن رقم ١٤١٣ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٠/٥/١٦ - س ٣١ ص ٨٠.

والغرض من هذا الاستثناء أن تنظر القضية أمام محكمة واحدة تفاديا لتمزق عناصرها وتناقض الاحكام. واختصاص محكمة الجنايات أو محكمة أمن الدولة العليا في هذه الحالة وجوبى، فلا يجوز لمحكمة الاحداث نظر جناية ارتكبها طفل جاوزت سنه - خمسة عشرة سنة واسهم معه شخص بالغ. كما لايجوز لمحكمة الجنايات او محكمة امن الدولة العليا طوارئ ان تنظر جناية ارتكبها حدث بمفرده او حدث لم يتجاوز سنه الخامسة عشرة من عمره ولو كان مع آخرين بالغين. وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض بأنه "... يكون الاختصاص لمحكمة الجنايات او محكمة أمن الدولة العليا بحسب الاحوال بنظر قضايا الجنايات التى يتهم فيها طفل جاوزت سنه خمس عشرة سنة وقت ارتكابه الجريمة متى اسهم في الجريمة غير طفل واقتضى الامر رفع الدعوى الجنائية عليه مع الطفل، لما كان ذلك وكان الطاعن لايمارى في انه تجاوز الخامسة عشرة سنة من عمره وقت ارتكاب الجريمة وانه قدم للمحاكمة امام محكمة الجنايات بتهمة السرقة الاكراه ومعه في هذه التهمة بالغين هما (الطاعنان الاول والثانى) فإن محكمة الجنايات التى عاقبته هى المختصة في صحيح القانون بمحاكمته في هذه الدعوى وبضحى ما قرره الحكم المطعون فيه عن ذلك صحيحا في القانون " (1)

وقضت كذلك بأنه " استثناء من هذا الأصل العام نص المشرع في المادة ١٢٢-٢ سالفه الذكر على اختصاص محكمة الجنايات بمحاكمة الطفل في حالة المساهمة الجنائية في الجريمة مع البالغين والغرض من هذا الاستثناء هو وجود ارتباط غير قابل للتجزئة بين اجرام الطفل واجرام المتهم البالغ أو شريكا له، والحكمة من إفراد هذا الإختصاص الاستثنائى لمحكمة الجنايات في محاكمة الطفل امامها تكمن في منع التضارب بين الاحكام التى تصدر من محكمة الجنايات في البالغين وتلك التى تصدر من محكمة الاحداث في محاكمة الاطفال في جريمة واحدة

(1) الطعن رقم ٥٢٣٣ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٠٠٠/١٢/١٢. وكذلك الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٤/١/١٤ - س ٢٥ - ص ٢٩.

ساهم فيها الطرفان، فما يؤدي العدالة أن تقضى محكمة الأحداث بإدانة المتهم الطفل باعتباره شريكا للمتهم البالغ بينما يحكم من محكمة الجنايات ببراءة المتهم البالغ باعتباره فاعلا أصليا بالمخالفة لما استقر عليه الفقه الجنائي من أن الشريك يستمد إجرامه من الفاعل الأصلي، لذلك فإنه لوحدة الواقعة وحسن سير العدالة خص المشرع محكمة الجنايات بمحاكمة المتهم الطفل - استثناء من أصل عام لايجوز التوسع فيه - بشروط أربعة حددها المشرع وهي: أن تكون الجريمة المسندة الى الطفل جنائية، ولن يكون الطفل قد جاوز خمس عشرة سنة من عمره وقت ارتكابه الجريمة، وان يكون قد أسهم في الجريمة غير طفل، وان يقتضى الأمر رفع الدعوى الجنائية على الطفل ومن أسهم معه في الجريمة من غير الأطفال، ومؤدى هذا الشرط أنه إذا قام بغير الطفل سبب يمنع من تحريك الدعوى الجنائية ضده أو انقضت الدعوى الجنائية لأى سبب من أسباب الإنقضاء بالنسبة له فلا ينطبق هذا الاستثناء لانتهاء حكمة المشرع من تقريره، إذ أن مثول المتهم الطفل بمفرده ومحاكمته امام محكمة الجنايات يتنافى مع قصد المشرع ويعصف بمبادئ العدالة الجنائية وضوابط المعاملة الجنائية للطفل التى رسم المشرع أبعادها وحدد نطاقها. لما كان ذلك، وكان الثابت من الإطلاع على المفردات أن المتهم الطفل قد تجاوز الخامسة عشرة سنة من عمره وقت ارتكابه جريمة القتل العمد، وقد أسهم معه في هذه الجريمة المتهمان البالغان. .... واللذان رفعت عليهما الدعوى الجنائية معه أمام محكمة الجنايات، فقد كان على هذه المحكمة ان تمضى في نظر الدعوى بالنسبة له، أما وقد خالفت هذا النظر وقضت بعدم اختصاصها بنظرها لكون المتهم طفل دون الثامنة عشرة، فإن حكمها يكون قد أخطأ صحيح القانون، مما كان يتعين معه تعيين هذه المحكمة للفصل في الدعوى، إلا أنه لما كان من الثابت من مطالعة الأوراق ومذكرة نيابة النقض الجنائي المرفقة أن محكمة جنايات القاهرة بعد أن قضت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى بالنسبة للمتهم الطفل استمرت في نظر الدعوى بالنسبة للمتهمين البالغين الى أن قضت بإدانة المتهم الأول وبراءة المتهم الثانية، وأن هذا

الحكم قد أصبح باتا بعدم الطعن فيه بطريق النقض من النيابة وبصدور حكم من محكمة النقض بعدم قبول الطعن المقدم من المحكوم عليه الاول شكلا، ومن ثم فإن حكمة المشرع المشار اليها آنفا من تقرير الإختصاص الاستثنائي لمحكمة الجنايات بمحاكم المتهم الطفل تكون قد انتفت بعد أن انقضت الدعوى الجنائية قبل المتهمين البالغين بصدور حكم بات في موضوعها. ومؤدى ذلك ورجوعا الى الأصل العام فإن محكمة الأحداث تكون هي المختصة وحدها بمحاكمة المتهم الطفل، ولما كانت محكمة الجنح المستأنفة قد قضت - على الرغم من ذلك - في الاستئناف المرفوع من هذا المتهم عن الحكم الصادر من محكمة اول درجة، بإلغائه وبعدم اختصاصها بنظر الدعوى، فإنها تكون قد تنكبت الطريق السليم. " (١)

### التنازع بين محكمة الجنايات ومحكمة الطفل.

إذا حدث تنازع سلبي بين محكمتين، فتحكم محكمة الاحداث أنها غير مختصة بنظر الدعوى لكون المتهم ليس حدثا، وتحكم محكمة الجنايات عدم اختصاصها بنظر الدعوى لكون المتهم حدثا، فإن محكمة النقض هي الجهة التي تملك تحديد الجهة المختصة بناء على طلب يقدم اليها من النيابة العامة<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأنه " لما كان مبنى الطلب الذي تصرفت به النيابة العامة هو أن كل من محكمة احداث.. ومحكمة جنايات.. قد قضت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وأقامت الأولى قضاءها على أن المتهمين أحدهما طفل والأخر غير طفل عملا بالمادة ١١٢ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ ومن ثم ينعقد الاختصاص لمحكمة الجنايات وانتهت الأخيرة الى أن كلا المتهمين طفل واستندت في تقدير سن المتهم غير الطفل بما انتهى اليه تقرير الطبيب الشرعي من أن سنه لم يبلغ بعد السابعة عشرة من عمره، ومن ثم فقد تخلت كل من المحكمتين

(١) الطعن رقم ١٧٣٢٠ لسنة ٦٧ ق - جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٢.  
(٢) الطعن رقم ٢٤٦٥٣ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠٠٢/١/٦، وقد قالت المحكمة في أسبابها أن "... وإذا كان مؤدى نص المادتين ٢٢٦، ٢٢٧ من قانون الإجراءات يجعل طلب تعيين المحكمة المختصة منوطا بالجهة التي يطعن أمامها في حكم المحكمتين المتنازعتين أو إحداهما، فإن الفصل في هذا الطلب المقدم من النيابة العامة بشأن التنازع السلبي القاتم إنما ينعقد لمحكمة النقض باعتبارها الجهة التي يطعن أمامها في أحكام كل منهما عندما يصح الطعن قانونا، لما كان ما تقدم فإنه يعين قبول طعن النيابة العامة وتعيين محكمة جنح أحداث. ... للفصل في الدعوى بالنسبة للمتهم المائل".

عن نظر الدعوى بقضائها بعدم الاختصاص بما يتوافر به التنازع السلبي على الاختصاص الذي يستوجب الركون الى محكمة النقض لتعيين المحكمة المختصة طبقاً لنص المادة ٢٢٧ من قانون الاجراءات الجنائية.<sup>(١)</sup>

ولكن هل يشترط أن يعاون محكمة الجنايات او محكمة امن الدولة خبيران من الاخصائيين احدهما على الاقل من النساء، كما هو الحال امام محكمة الطفل؟ اجابت محكمة النقض على هذا التساؤل بالنفي وقررت ان الاستعانة بخبيران يكون وجوبيا فقط امام محكمة الطفل ولايمتد الى محكمة الجنايات او محكمة امن الدولة، وفي هذا الصدد قضت بأنه " ... لايجوز ان ينصرف حكم هذا النص - نص المادة ١٢٧ - على كل المحاكم بما فيها محكمتى الجنايات وامن الدولة لأن المشرع في نصوص محاكمة الاحداث في المواد ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٦ انما كان يخاطب محكمة الاحداث باسمها وكذلك فعل في المادتين ١٢٩، ١٣٢، مما يفيد أن نص المادة ١٢٧ موجه الى محكمة الاحداث بحكم استصحاب المخاطب السابق على هذه المادة واللاحق عليها. ولو أراد المشرع إعمال حكم المادة ١٢٧ أمام محكمتى الجنايات وأمن الدولة العليا لما أعوزه النص لذلك صراحة في الفقرة الاخيرة من المادة ١٢٢، لكنه استثنى محكمتى الجنايات وأمن الدولة العليا من دور الباحث الاجتماعى ووجوب وضعه تقريراً عن الحدث كما فعل من قبل عندما عهد بمهمة الباحث الاجتماعى للنيابة العسكرية عند محاكمة الحدث أمام المحاكم العسكرية والذي تقرر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ .. " (٢)

**الاستثناء الثانى: الاستثناء الوارد على قانون الاحكام العسكرية.**

نصت عليه المادة ٨ مكرر من قانون الاحكام العسكرية رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٥ حيث ورد بها " استثناء من أحكام قانون الطفل يختص القضاء العسكرى - دون غيره - بالفصل في الجرائم التى تقع من الأطفال الذين تسرى في شأنهم أحكامه إذا وقعت

(١) الطعن رقم ٥٢٢٢ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٨، الطعن رقم ٣٣٧٨٤ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٠٠١/٥/١٧.

(٢) الطعن رقم ٥٢٣٣ لسنة ٦٨ ق - سابق الاشارة اليه.

الجريمة مع واحد أو أكثر من الخاضعين لاحكام هذا القانون، ويطبق على الطفل في هذه الاحوال احكام قانون الطفل عدا المواد ١١٨، ١٢٠، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٣٠، ١٣٢ منه، ويكون للنياحة العسكرية جميع الاختصاصات المنصوص عليها في قانون الطفل "

وقد بررت المذكرة الايضاحية هذا الاستثناء بقولها " ان هذا الاستثناء يجد تبريره في الضرورات العسكرية وما تقتضيه هذه الضرورات من الحفاظ على مصلحة القوات المسلحة أو أمن الدولة في عدم افشاء الاسرار العسكرية أو غير ذلك من الامور الخطيرة والهامة التي قد تضر بالصالح العام " وقد تعرض هذا الاستثناء لوجه نقد عديدة، منها ما يلي: -

١. من حق الحدث أن يحاكم أمام قاضيه الطبيعي، أى قاضى محكمة الاحداث، حيث تتوفر له اعلى الضمانات بخلاف الرعاية الاجتماعية اللازمة له، وهى غير متوفرة امام محاكم القضاء العسكرى، إذ أن تشكيلها واجراءات المحاكمة أمامها قد روعى فيها طبيعة الانضباط العسكرى الذى لايتسع لكثير من الضمانات القانونية، واخضاع الاحداث لهذا القضاء توظف لصرامة القواعد العسكرية في غير ما وضعت له. فضلا عن هذا كله فهل يستطيع أحد أن يشكك في مدى تفهم قاضى لاحداث مصالح الدولة ومصالح القوات المسلحة بدرجة لاتقل في حددا الأدنى عن تفهم قضاة المحاكم العسكرية لها؟ بالاضافة الى ذلك فإن محاكمة الحدث تتم في غير علانية وهذا في خج ذاته أمر يكفى للحفاظ على الاسرار العسكرية<sup>(١)</sup>.

٢. هذا الاستثناء يتعارض واتجاهات السياسة المعاصرة في معاملة الاحداث، إذ كيف ستقوم النياحة العسكرية باختصاصات المراقب الاجتماعى، وهى اختصاصات ذات طابع علمى. فالنياحة العسكرية ستمارس اجراءاتها بصورة

(١) مستشار / مدحت الديبسى - المرجع السابق - ص ١٤٤.

لاتختلف كثيرا عن ممارستها بالنسبة للبالغين، وبالتالي تنتفى الحكمة والقصد من قضاء متخصص للاحداث.

### الاستثناء الثالث :

ورد هذا الاستثناء في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة، والتي جعلت الاختصاص بالجرائم التي يرتكبها الاحداث الذين تزيد سنهم على خمسة عشرة سنة لمحاكم أمن الدولة وذلك في الجرائم المنصوص عليها في القسم الاول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات.

ونصت المادة ١٣٥١ مكرر من التعليمات القضائية على هذا الاستثناء، حيث ورد بها " تختص محكمة أمن الدولة العليا المنشأة بدائرة محكمة استئناف القاهرة دون غيرها - في دائرة أو أكثر - بنظر الجرائم المنصوص عليها في القسم الاول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات التي تقع من الاطفال الذين تزيد سنهم على خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة ويطبق على الطفل عند ارتكابه احدى هذه الجرائم أحكام قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ عدا المواد ١١٨، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٣٢ منه ويكون للنيابة العامة جميع الاختصاصات المخولة للمراقب الاجتماعى المنصوص عليها في قانون الطفل.

وإذا كان ما سبق يوضح لنا أن الاصل العام هو أن محكمة الاحداث هي المختصة بنظر كافة القضايا التي تتعلق بالطفل، والسؤال الذي يطرح نفسه هو أى محكمة أحداث تكون هي المختصة، هل التي وقعت في نطاقها المكانى الجريمة؟ أم المحكمة التي يسكن بدائرتها الحدث؟ أم غير ما سبق؟

أجابت على هذا التساؤل المادة ١٢٣ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ حيث نصت على انه " يتحدد اختصاص محكمة الأحداث بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة أو توافرت إحدى حالات التعرض

للانحراف أو بالمكان الذي ضبط فيه الطفل أو يقيم فيه هو أو وليه أو وصيه بحسب الأحوال.

ويجوز للمحكمة عند الاقتضاء أن تتخذ في إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية للأطفال التي يودع فيها الطفل.

وبذلك نجد - وفقاً لنص المادة ١٢٣ سالف الذكر - ان الاختصاص المكاني ينعقد لاي من المحاكم التالية، دون مفاضلة بينهم: -

١. المكان الذي وقعت فيه الجريمة أو توافرت إحدى حالات التعرض للانحراف.

٢. المكان الذي ضبط فيه الطفل.

٣. المكان الذي يقيم فيه هو أو وليه أو وصيه.

٤. إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية للأطفال التي يودع فيها للطفل .

ووفقاً لنص المادة ١٢٤ " يتبع أمام محكمة الأحداث في جميع الأحوال القواعد والإجراءات المقررة في مواد الجرح ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك". ويعنى ذلك استبعاد الإجراءات المقررة أمام محكمة الجنايات ولو كان الحدث متهماً بجناية.

#### رابعاً : تشكيل محكمة الطفل

وفقاً لنص المادة ١٢١ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ سالف الذكر تشكل محكمة الأحداث من ثلاثة قضاة، ويعاون المحكمة خبيران من الأخصائيين أحدهما علي الأقل من النساء، ويكون حضورهما إجراءات المحاكمة وجوبياً، وعلي الخبيران أن يقدموا تقريرهما للمحكمة بعد بحث ظروف الطفل من جميع الوجوه وذلك قبل أن تصدر المحكمة حكمها.

ويعين الخبيران المشار إليهما بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الشؤون الاجتماعية، وتحدد الشروط الواجب توافرها فيمن يعين خبيراً بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية.

ويلاحظ أن تشكيل محكمة الطفل من النظام العام بحيث يترتب على مخالفة قواعد التشكيل بطلان الإجراءات وهو بطلان مطلق. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأنه " يضم إلى تشكيل محكمة الأحداث اثنان من الخبراء أحدهما على الأقل من النساء وهما جزء من تشكيلها تبطل الإجراءات بعدم حضورهما. "(1)

كما قضت أيضا بان " البين من الإطلاع على محاضر جلسات محكمة أول درجة انها خلت مما يفيد تقديم تقرير الباحث الإجتماعى. كما خلا الحكم من ذلك أيضا. ومن ثم يكون قد لحق به البطلان ولايجزىء في ذلك ماجاء في الحكم من وجود إفادة بعدم الاستدلال على الحدث وأسرته بعنوانه لأن ذلك عمل غير جدى لايعنى عن وجوب تنفيذ القانون بوضع تقرير كتابى يصح أن يعول عليه القاضى في فهم الدعوى. " (2)

كما يتعين على محكمة الطفل الاستماع الى الإخصائى الاجتماعى في أثناء محاكمة الطفل ويعتبر ذلك اجراء جوهرى يترتب البطلان على عدم سماعه. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بان " عدم الاستماع الى المراقب الاجتماعى يكون قعودا على هذا الاجراء الجوهرى يترتب عليه البطلان....." (3)

#### المطلب الرابع

#### الطعن في الاحكام الصادرة ضد الطفل

أولاً: في قانون الاحداث الإماراتى

تنص المادة ٣٢ / ١ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ في شان الأحداث الجانحين والمشردين على أنه " يجوز استئناف الاحكام الصادرة على الأحداث عدا الحكم بالإبعاد أو بالتوبيخ أو بتسليم الحدث لوالديه أو الى من له الولاية أو الوصاية عليه. .. "

(١) طعن جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٢ سابق الإشارة اليه.

(٢) طعن رقم ٦٩٥١ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٠٠٠/٢/١٢.

(٣) طعن رقم ١١٨٤٧ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٠٠١/٩/٢٧.

ومن المادة سالف الذكر يتبين أن الاصل هو جواز استئناف الاحكام الصادرة على الحدث فيما عدا الاحكام الصادرة بالابعاد او بالتوبيخ او بتسليم الحدث لوالديه أو الى من له الولاية او الوصاية عليه. وطالما أن استئناف هذه الاحكام غير جائز فيترتب على ذلك بالتبعية عدم جواز الطعن بالنقض فيها لأن انغلاق باب الاستئناف لايجيز من بعد ولوج سبيل الطعن بالنقض.

وقد قررت المحكمة الاتحادية العليا أن الهدف من عدم جواز استئناف هذه الاحكام هو منع اطالة اجراءات المحاكمة. (١)

ولكن قاعدة عدم جواز استئناف الحكم الصادر على الحدث بتدبير الابعاد او التوبيخ او التسليم لاتسرى الا في حال كون هذا التدبير مستقلا، أما في حال ارتباطه بتدابير اخرى فجائز استئناف الحكم في هذه الحالة باعتبار جواز الحكم على الحدث بأكثر من تدبير (٢). وكذلك الحال اذا كان الحكم بأحد هذه التدابير تم كعقوبة تبعية لعقوبة أخرى (٣).

ثانياً : في قانون الطفل المصري

نصت المادة ١٣٢ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بالطفل على أنه " يجوز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث، عدا الأحكام التي تصدر بالتوبيخ وبتسليم الطفل لوالديه أو لمن له الولاية عليه، فلا يجوز استئنافها إلا لخطأ في تطبيق القانون أو بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر فيه.

ويرفع الاستئناف أمام دائرة تخصص لذلك في المحكمة الابتدائية."

(١) المحكمة الاتحادية العليا - طعن رقم ٧٩ لسنة ٢٦ ق - ٢٠٠٤/١٢/١١ - شرعي جزائي.  
(٢) وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه " لما كان نص المادة ١/٣٢ من ذات القانون انه يجوز استئناف الاحكام الصادرة على الاحداث عدا الحكم بالابعاد أو بالتوبيخ أو بتسليم الحدث الى والديه أو الى من له الولاية أو الوصاية عليه، فإن مفاد هذا النص أنه لايجوز استئناف الحكم الصادر على الحدث بتدبير الابعاد أو التوبيخ .. اذا كان هذا التدبير مستقلا، أما اذا كان تدبير الابعاد مرتبطا بتدبير آخر، فإن هذا النص لايتناول ذلك، ويبقى الحكم في هذه الحالة قابلا للاستئناف وفق القواعد العامة باعتبار أنه يجوز الحكم على الحدث بأكثر من تدبير متى اقتضت مصلحته ذلك عملاً بالمادة ٢٥ من هذا القانون. ولو لم يكن الاستئناف جائزاً إلا بالنسبة لبعض التدابير. " المحكمة الاتحادية العليا - طعن رقم ٥٩ لسنة ٢٤ ق - جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٥ شرعي جزائي.

(٣) المحكمة الاتحادية العليا - طعن رقم ٨٤ لسنة ٢١ ق - جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٠ شرعي.

وبذلك نجد أن المشرع المصري - هو الآخر - قرر عدم جواز الطعن بالاستئناف - ومن ثم النقض - في الاحكام الصادرة ضد الطفل بتسليمه لوالديه أو لمن له الولاية عليه أو بتوبيخه، إلا أنه اورد على ذلك استثناء مفاده جواز الطعن بالاستئناف - ومن ثم النقض - إذا كانت هذه الاحكام مشوبة بالخطأ في تطبيق القانون أو ببطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم، وهو ما لم ينص على المشرع الاماراتي في نص المادة ١/٣٢ سالف الذكر.

كما ان الطعن بإعادة النظر - وفقاً لنص المادة ١٣٣ - يكون من حق الطفل الذى أخطئ في تقدير سنه ويكون لديه الدليل على هذا الخطأ إما بشهادة رسمية تثبت صدق كلامه او بتقدير الخبير الذى أقر بذلك بعد النطق بالحكم.

### **المطلب الخامس**

#### **حق الاستعانة بمحام في قضايا الطفل**

نصت المادة ١٢٥ على انه "للطفل الحق في المساعدة القانونية، ويجب أن يكون له في مواد الجنايات وفي مواد الجرح المعاقب عليها بالحبس وجوباً محام يدافع عنه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، فإذا لم يكن قد اختار محامياً تولت النيابة العامة أو المحكمة نديه، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في قانون الإجراءات الجنائية". والنص سالف الذكر يؤكد ضمانه هامة هو وجوب أن يكون للطفل محامياً يدافع عنه سواء اختيارياً او فرضاً. ووجوب حضور محام عن الحدث أم يتعلق بالنظام العام يترتب على مخالفته بطلان إجراءات المحاكمة وبالتالي بطلان الحكم. ومن الجدير بالذكر أن قانون الاحداث الاماراتي جاء خالياً نص مماثل للنص سالف الذكر.

### **المطلب السادس**

#### **حق المحاكمة السرية**

إذا كان الاصل في المحاكمات الجنائية هو العلانية، إلا أن المشرع خرج عن هذا الاصل في محاكمات الاحداث وجعل الاصل هو السرية بغرض حماية الحدث

واسدال الستار على انحرافه دون تأثير من علانية الجلسات، فقد نصت المادة ١٢٦ من قانون الطفل المصري على انه " لا يجوز أن يحضر محاكمة الطفل أمام الأحداث إلا أقاربه والشهود والمحامون والمراقبون الاجتماعيون ومن تجيز له المحكمة الحضور بإذن خاص.

وللمحكمة أن تأمر بإخراج الطفل من الجلسة بعد سؤاله أو بإخراج أحد ممن ذكروا في الفقرة السابقة إذا رأت ضرورة لذلك، علي أنه لا يجوز في حالة إخراج الطفل أن تأمر بإخراج محاميه أو المراقب الاجتماعي، كما لا يجوز للمحكمة الحكم بالإدانة إلا بعد إتهام الطفل بما تم في غيبته من إجراءات، وللمحكمة إعفاء الطفل من حضور المحاكمة بنفسه إذا رأت أن مصلحته تقتضي ذلك، ويكتفي بحضور وليه أو وصيه نيابة عنه، وفي هذه الحالة يعتبر الحكم حضوريا ."

وبذلك نجد أن المشرع سمح بإمكانية إصدار الحكم في غيبة الحدث طالما حضر ممثله أو والديه، وهذا مخالف للقواعد العامة بخصوص الاحكام الغيابية.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " الاصل في الاجراءات أنها روعيت وكان البين من نص المادة ٣٤ من قانون الاحداث أنه حدد نطاق من يسمح لهم بحضور محاكمة الحدث ولم ينص على جعل الجلسات سرية على الاطلاق، وكان الطاعن لايدعى أن أحدا من غير من أجازت لهم المحكمة قد حضر ولاغيره في ذلك بما هو مدون بالنماذج المطبوعة لمحاضر الجلسات والاحكام علنية - كأصل عام - إذا لم يصادف واقع الحال في إجراءات نظر الدعوى"<sup>(١)</sup>

ونفس الامر نجده في قانون الأحداث الاماراتي، فقد نصت المادة ٢٩ منه على أن " تجري محاكمة الحدث في غير علانية ولايجوز أن يحضرها إلا متولى أمره والشهود والمحامون ومندوبو وزارة الشؤون الاجتماعية ومعاهد الأحداث ومن تأذن له المحكمة بالحضور.

(١) الطعن رقم ٥١٦٩ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٥/١/٢٩ - مجلة القضاء الفضية - السنة الثانية والعشرون - العدد الاول والثاني - يناير، ديسمبر سنة ١٩٩٦ - ص ٦٩٠.

والمحكمة إعفاء الحدث من حضور المحاكمة بنفسه وأن تقرر سماع الشهود في غير حضوره إذا رأت أن مصلحته تقتضى ذلك.

على أنه لايجوز الحكم بالأدانة إلا بعد إفهام الحدث بما تم في غيبته من إجراءات ويجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية. "

ويؤخذ على نص المادة ٢٩ من قانون الاحداث الاماراتي أنه لم يتعرض بالنص على من يمثل الحدث في حالة إعفائه من حضور المحاكمة بنفسه، وفي حالة سماع الشهود في غير حضوره، كما لم يشير الى نوع الحكم الذي ستصدره المحكمة في مثل هذه الحالة، إذ كان من المتعين أن ينص على أنه يكتفى بحضور وليه أو وصيه أو محاميه نيابة عنه وفي هذه الحالة يعتبر للحكم حضوريا<sup>(١)</sup>، كما فعل المشرع المصري في المادة ١٢٦ سائلة الذكر.

ومن الجدير بالذكر يجب التفرقة بين حضور الحدث المتهم بارتكاب جناية أو جنحة إجراءات المحاكمة والحدث المعرض للجنوح والذي تتوفر له حالة الخطورة الاجتماعية، فالنسبة للحدث المتهم بجناية أو جنحة فيفضل حضوره ومواجهته شفويا بسؤاله عن التهمة المسندة إليه، فقد يتمكن من نفيها أو على الأقل تحديد الجرم الذي اقترفه، الأمر الذي يساعد على تتطابق الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القضائية التي يعلنها الحكم القضائي الذي يصدر بشأن الحدث. أما بالنسبة للحدث المعرض للجنوح فلا ضرورة لهذا الاجراء، لأن حالته تتطلب دراسة العوامل الى أنت إلى وضعه في ظروف تنبئ بخطورته الاجتماعية، فهو يحتاج الى بحث أو تحقيق اجتماعي وليس تحقيقاً جنائياً.<sup>(٢)</sup>

وذهب رأى في الفقه الى القول بأن سرية جلسات محكمة الأحداث قاصرة على الحالات التي يحاكم فيها الحدث بمفرده، أما اذا كان مع الحدث متهم آخر بالغ

(١) د/ محمد محمد سعيد الصالحى - المرجع السابق - ص ٢٩٥، وكذلك د/ حسن محمد ربيع - المرجع السابق - ص ٨٢.  
(٢) د/ جودة حسين محمد جهاد - دور القضاء في مواجهة انحراف الاحداث - بحث مقدم الى ندوة انحراف الاحداث المنعقدة في ابو ظبى من ٢٠-٢١ مايو ١٩٩٥ - مجلس ابناء منطقة ابو ظبى التعليمية - ابو ظبى - ص ٣٤٤. أشار اليه د/ محمد الصالحى - المرجع سالف الذكر - ص ٣٩٦.

فيجب أن تكون الجلسة علنية ما لم تقرر المحكمة جعلها سرية لاعتبارات النظام العام. واستند هذا الرأي إلى أن سرية الجلسة هو استثناء فيجب أن يقاس بحدوده. (١)

وتعد قاعدة سرية الجلسات في قضايا الاحداث من النظام العام لأنها تمس حقوق الدفاع، وعليه فإن الجلسة التي يحضرها أحد غير الأشخاص الذين سمح لهم القانون حصرا وهم الحدث وأقاربه والشهود والمحامون والمراقبون الاجتماعيون ومن تجيز له المحكمة الحضور بإذن خاص فضلا عن ممثل النيابة العامة وكتاب الجلسة باعتبارهما من هيئة تشكيل المحكمة تعد جلسة علنية تستوجب نقض الحكم. كما أنه إذا أجرى القاضي المحاكمة في غرفة المشورة لكنه لم يشر في محضر الجلسة الى أنه اتخذ الإجراءات التي تؤمن سرية المحاكمة، أو لم يذكر في الحكم أن المحاكمة جرت بصورة سرية، يدل ذلك على أن المحاكم لم تكن سرية وهو ما يجعل الحكم جدير بالنقض.

وإذا كانت السرية مقصورة على جلسات محاكمة الاحداث إلا أنها لا تسرى على النطق بالحكم، فيجب أن يصدر في جلسة علنية ولو كانت الدعوى قد نظرت في جلسة سرية.

والواقع ان وجوب النطق بالحكم في جلسة علنية يتعارض مع مبدأ سرية محاكمة الاحداث والتي نصت عليها معظم قوانين الاحداث العربية والاجنبية والاتفاقيات الخاصة بحقوق الطفل. كما ان علانية النطق بالحكم يفوت العلة من سرية محاكمة الاحداث وهي المتمثلة في حماية حياة الحدث الخاصة وسمعته وسمعته اسرته، وبالتالي يكون ضرر علانية النطق بالحكم لا يقل عن ضرر علانية جلسات المحاكمة، ومن ثم كان من الاولى أن يسرى حظر السرية على النطق بالحكم اسوة بسرية جلسات واجراءات المحاكمة انسجاما للأهداف العامة والمتمثلة في الوصول الى تسهيل اجراءات معالجة الحدث وضمان حمايته ورعايته. (٢)

(١) اشار الى هذا الرأي د/ محمد الصالحى - المرجع السابق - ص ٢٩٨.

(٢) د/ محمد الصالحى - المرجع السابق - ص ٢٩٩.

## المطلب السابع

### عدم جواز التنفيذ بطريق الإكراه البدني

نصت المادة ٥١٢ من قانون الاجراءات الجنائية على أنه " لايجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدني على المحكوم عليهم الذين لم يبلغوا من العمر خمس عشرة سنة كاملة وقت ارتكاب الجريمة ". والعبارة في تقدير سن الحدث هي بوقت ارتكاب الجريمة وليست بالوقت الذي يراد فيه التنفيذ بالإكراه البدني.

كما نصت المادة ١٣٩ من قانون الطفل على انه " لا يجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدني علي المحكوم عليهم الخاضعين لأحكام هذا القانون الذين لم يتجاوزوا من العمر ثماني عشرة سنة كاملة وقت التنفيذ ".

ووفقا لنص المادة ١٣٤ يختص رئيس محكمة الأحداث التي يجري التنفيذ في دائرتها دون غيره بالفصل في جميع المنازعات وإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة علي أن يتقيد في الفصل في الإشكال في التنفيذ بالتواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية.

ويقوم رئيس محكمة الطفل أو من يندبه من قضاة المحكمة أو خبير بها بزيارة دور الملاحظة ومراكز التدريب المهني ومؤسسات الرعاية الاجتماعية والمستشفيات المتخصصة والمؤسسات العقابية وغير ذلك من الجهات التي تتعاون مع محكمة الطفل والواقعة في دائرة اختصاصها وذلك مرة علي الأقل كل ثلاثة أشهر، للتحقق من قيامها بواجباتها في إعادة تأهيل الطفل ومساعدته لإعادة إيمانه في المجتمع، ولرئيس محكمة الطفل إرسال تقرير بملاحظاته إلي اللجنة العامة لحماية الطفولة المختصة لأعمال مقتضاها.

كما نصت المادة ١٣٥ على انه " فيما عدا تدبير التوبيخ يتولي المراقب الاجتماعي الإشراف علي تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المواد من (١٠١) إلي (١٠٤) من هذا القانون وملاحظة المحكوم عليه بها وتقديم التوجيهات له وللقائمين

علي تربيته، وعليه أن يرفع إلي محكمة الأحداث تقارير دورية عن الطفل الذي يتولي أمره والإشراف عليه".

وعلي المسئول عن الطفل إخبار المراقب الاجتماعي في حالة موت الطفل أو مرضه أو تغيير سكنه أو غيابه دون إذن، وكذلك عن كل طارئ اخر يطرأ عليه.

### في القانون الاماراتي

بقراءة قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي، وقانون الاحداث الجانحين والمشردين نجد أنهما لم يتضمنا أى نص يحظر التنفيذ بطريق الاكراه البدنى على الحدث، وبالتالي يكون الحدث عرضة للتنفيذ بطريق الاكراه البدنى المنصوص عليه في المواد ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤ من قانون الاجراءات الجزائية، وهو أمر غير محمود في حق الحدث، ومن ثم يجب على المشرع الاماراتي تدارك هذا الامر ويحظر التنفيذ بطريق الاكراه البدنى على الحدث.

### المطلب الثامن

#### انهاء او تعديل او ابدال التدبير

إذا كان الاصل أن الحكم الجنائي متى استنفذ طرق الطعن فيه لايقبل التغيير، إلا أن المشرع في قانون الطفل خرج على هذا الاصل وأجاز إعادة النظر في أحكام التدابير الصادرة على الاحداث - عدا التوبيخ لقلته اهميته - ترجيحاً لقاعدة مقتضاها أن "التعديل يرد على التدبير بقدر ما يرد التطور على الخطورة التي يواجهها" فإذا ثبت أنه قد طرأ على شخصية الحدث تطور جعل التدبير الذي أخضع له غير ملائم لها وجب أن يعاد طرح أمره على المحكمة لنقرر تعديل التدبير بما يتفق مع هذا التطور، واستهدافاً لاصلاح الحدث وتقويمه بكل سبل ودون تقييد بشكليات معينة .

وقد ورد هذا الاستثناء في نص المادة (١٣٧) من قانون الطفل المصري، حيث ورد بها " للمحكمة فيما عدا التدبير المنصوص عليه في المادة (١٠٢) من هذا القانون أن تأمر بعد اطلاعها علي التقارير المقدمة إليها أو بناء علي طلب النيابة العامة أو الطفل أو من له الولاية أو الوصاية عليه أو من سلم إليه، بإنهاء التدبير أو

بتعديل نظامه أو بإيداله، مع مراعاة حكم المادة (١١٠) من هذا القانون، وإذا رفض هذا الطلب فلا يجوز تجديده إلا بعد مرور ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ رفضه، ويكون الحكم الصادر في هذا الشأن غير قابل للطعن "

ووفقا للمادة سالفة الذكر، فإن الحق في هذا الاجراء يكون لكل من:-

أولاً:- محكمة الطفل من تلقاء نفسها أثناء مباشرتها الرقابة على تنفيذ الاحكام الصادرة على الاحداث - وبعد الاطلاع على التقارير المقدمة اليها - فلها أن تأمر بإنهاء التدبير الخاضع له الحدث أو بتعديل نظامه أو بإيداله، فلها مثلا أن تأمر بإيداع الحدث في المؤسسة إذا ثبت من التقارير فشله في الاختبار القضائي، أو تأمر بإلحاقه بالتدريب المهني أو بتسليمه الى ابويه .

ثانياً:- النيابة العامة لها أن تطلب من محكمة الاحداث اصدار مثل هذا الامر

بناء على توافر دواعيه، وللمحكمة كامل الحرية في رفض هذا الطلب أو قبوله.

ثالثاً:- الحدث نفسه أو وليه أو من له الوصاية عليه او من تسلمه لهم الحق

في تقديم طلب الى المحكمة اصدار مثل هذا الاجراء.

وإذا رفضت المحكمة الطلب المذكور - أيا كان مقدمه - فلا يجوز تجديده

الا بعد مرور ثلاث اشهر على الاقل من تاريخ رفض الطلب، ولايجوز الطعن في الحكم الصادر بالرفض.

وهذا الاستثناء نجده - ايضا - في قانون الاحداث الاماراتي، فقد نصت

المادة ٣٥ من هذا القانون على أنه " للمحكمة من تلقاء نفسها بعد الإطلاع على التقارير التي تقدم اليها أو بناء على طلب الحدث أو من له حق الولاية عليه أو المسؤول عنه بحسب الأحوال تعديل التدابير المحكوم بها على الحدث أو وقفها أو إنهاؤها .

ويكون حكم المحكمة في جميع الاحوال غير قابل للطعن ولايجوز تجديده

الطلب قبل انقضاء ثلاثة أشهر على صدور الحكم المذكور "

و نلاحظ على المادة سالفه الذكر أن القانون لم يعطى للنيابة العامة حق تقديم طلب لتعديل التدابير المحكوم بها على الحدث.

ولا يلزم انقضاء مدة معينة من التنفيذ قبل ابداء هذا الطلب "ابتداء"، فرعاية الحدث تقتضى المبادرة بإعادة النظر في التدبير إذا طرأ موجبها.

وإذا رفضت المحكمة الطلب الذى يقدم اليها في هذا الخصوص، فإنه لايجوز تجديده إلا بعد مرور ثلاثة أشهر على صدور حكمها برفضه، ولايجوز الطعن في الحكم الصادر بالرفض.

ونطاق تطبيق نص المادة ٣٥ سالفه الذكر محصور في التدابير التى يحكم بها على الاحداث، وهذا يعنى استبعاد العقوبات الجائز الحكم بها على الاحداث من نطاق تطبيق هذا النص، فلايجوز انهاء او تعديل او ابدال هذه العقوبات.

### **المطلب التاسع**

#### **الفصل الاجتماعى للحدث**

نصت المادة ٣٠ من قانون الاحداث الاماراتي على أنه " يجب قبل الحكم على الحدث التحقق من حالته المادية والاجتماعية، ودرجة إدراكه والبيئة التى نشأ فيها والاسباب التى دفعته الى ارتكاب الجريمة او الى التشرذم والتدابير الناجعة في إصلاحه.

فإذا رأت المحكمة أن حالة الحدث الجسمية أو العقلية أو النفسية أو الإجتماعية تستلزم قبل الفصل في الدعوى ملاحظته ودراسته قررت وضعه في مركز للملاحظة أو في أى مكان أخر تعينه المحكمة وذلك للمدة التى تراها ويوقف السير في الدعوى الى أن تتم الملاحظة والدراسة "

والمادة سالفه الذكر توجب على المحكمة قبل الفصل في أمر الحدث الحصول على تحقيق اجتماعى يشتمل على كافة امور الحدث الشخصية والعائلية والاجتماعية والثقافية والمهنية، وما إلى ذلك من الأمور التى تمكنها من الوقوف على حقيقة المؤثرات التى خضع لها الحدث في تصرفه الذى أدى إلى عرضه عليها، ومن

ثم تمكينها من اتخاذ التدابير الأكثر ملاءمة لحالته على أساس من الواقع.<sup>(١)</sup> ونرى أن هذا لاجراء يعد من الاجراءات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان، لأن المشرع استخدم كلمة " يجب "، ومن ثم فإن الغرض من هذا الاجراء هو الالزام وليس مجرد الاشراف والتوجيه.

وبالرغم من أهمية التقرير الذي يعده المراقب الاجتماعي، الا ان الملاحظ في العمل أن تلك الاجهزة الاجتماعية في الوطن العربي عموماً تفقر الى وجود المتخصصين من الاطباء والمحللين النفسيين، وحتى في الاحتمصاصيين الاجتماعيين لدرجة أن التقرير الاجتماعي الذي يكتب عن حالة الحدث مجرد شكل لا يحتوى على مضمون، يكتب في بضع دقائق في جلسة المحكمة استيفاء لاجراءات قانونية شكلية لا أكثر<sup>(٢)</sup>. وتأكيداً لذلك فقد جاء في دراسة ميدانية على المحاكم التي تنتظر قضايا الاحداث في دولة الامارات العربية المتحدة ان فريق البحث قد لاحظ عدم اهتمام المحكمة بالتقرير الاجتماعي المقدم اليها، كما انها لا تنتظر اليه في معظم الاحوال - رغم أهميته - بل ويتم عملية محاكمة الحدث بصورة سريعة لاجل التحقق من الادانة من عدمه دون النظر الى اى اعتبارات بدوافع الجرم، أو الظروف المعيشية او البيئية التي تحيط بالحدث في حياته.<sup>(٣)</sup>

### في قانون الطفل المصري

نصت المادة (١٢٧) من قانون الطفل المصري على أن " ينشئ المراقبون المشار إليهم في المادة ١١٨ من هذة القانون لكل طفل متهم بجناية أو جنحة وقبل التصرف في الدعوي ملف يتضمن فحصاً كاملاً لحالته التعليمية والنفسية والعقلية والبدنية والاجتماعية ويتم التصرف في الدعوى علي ضوء ما ورد فيه.

ويجب علي المحكمة قبل الحكم في الدعوى أن تناقش واضعي تقارير الفحص المشار إليه فيما ورد بها أن تأمر بفحوص إضافية.

(١) د/ حسن محمد ربيع - المرجع السابق - ص ٨٣.

(٢) د/ حسن محمد ربيع - المرجع السابق - ص ٨٨.

(٣) د/ محمد هويدى - ظاهرة جناح الاحداث في مجتمع دولة الامارات - دراسة ميدانية تحليلية - دى - مطابع البيان - ١٩٨٦. أشار اليه د/ حسن محمد ربيع - المرجع السابق - هامش ص ٨٨.

كما نصت المادة (١٢٨) على أنه " إذا رأت المحكمة أن حالة الطفل البدنية أو العقلية أو النفسية تستلزم فحصه قبل الفصل في الدعوي قررت وضعه تحت الملاحظة في أحد الأماكن المناسبة المدة التي تلزم لذلك، ويوقف السير في الدعوي إلي أن يتم هذا الفحص".

ووفقا لنص المادة ١٢٧ سالفه الذكر فإن استماع المحكمة الى أقوال المراقب الإجتماعي قبل الحكم على الطفل المتهم بجناية او جنحة هو إجراء جوهرى يترتب على إغفاله بطلان الحكم<sup>(١)</sup>.

### المبحث العاشر

#### تعدد اماكن خاصة لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية

في الامارات:

نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٠ من القانون الاتحادي للإحداث على أن " تنفذ عقوبة الحبس التي قد يحكم بها على الحدث طبقا لهذه المادة في أماكن خاصة تتوافر فيها وسائل الرعاية الاجتماعية والتربوية والتعليم "

ويلاحظ أن نطاق تطبيق النص سالف الذكر محصورا بالضرورة في الاحداث الذين بلغوا من العمر السادسة عشرة، إذ من كانت سنه دون ذلك لا يحكم عليه بعقوبة.

وتنفيذا لحكم الفقرة السابقة، فقد نص المشرع الاماراتي في المادة ٣ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٢ في شأن تنظيم المنشآت العقابية على أن "المنشآت العقابية ثلاثة أنواع".

(١) الطعن رقم ٢٥٢٤٣ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٨/٥/١٨ جنائى. وقالت المحكمة في أسباب هذا الطعن بأنه " من المقرر بالنسبة الى المادة ٣٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث التي حلت محلها بنصها ذاته فيما عدا استبدال محكمة الطفل بكلمة (الحدث) المادة ١٢٧ من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ الذى جرت المحاكمة في الدعوى الماثلة في ظله، أن إيجاب المشرع على المحكمة قبل الحكم على الطفل في الحالات التي أوردها النص ذلك ومنها مواد الجنائيات على إطلاقها، الاستماع الى أقوال المراقب الإجتماعي بعد تقديمه تقريرا إجتماعيا يوضح العوامل التي دعت الطفل للانحراف أو التعرض له ومقترحات إصلاحه، هو - في تكييفه الحق ووضع الصحيح - إجراء من الإجراءات الجوهرية قصد به الشارع مصلحة المتهم الطفل، بما يتغيا من إحاطة محكمة الموضوع بالظروف الإجتماعية والبيئية والعوامل التي دفعت الطفل الى ارتكاب الجريمة أو نحت به الى الانحراف على وسائل إصلاحه، وذلك حتى يكون على بينة من العوامل تلك وما لها من أثر في تقدير العقاب وفي اختيار التدبير الجنائى الملائم للطفل بغية إصلاحه وأن عدم الاستماع الى المراقب الإجتماعي يكون فعودا عن هذا الإجراء الجوهرى يترتب عليه البطلان. .... "

١ - منشأة للرجال.

٢ - منشأة للنساء.

٣ - منشأة للأحداث المحكوم عليهم بالحبس، يراعى فيها فصل الجنسين.

كما أضاف المشرع الاتحادي في المادة ٥٤ من قانون المنشآت العقابية أن "الأحداث المحبوسين اذا تجاوزوا سن الثامنة عشرة تخصص لهم أماكن منفصلة عن الأحداث الذين لم يجاوزوا تلك السن".

في مصر

نصت المادة (١٤١) من قانون الطفل على أن "يكون تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية المحكوم بها علي الأطفال في مؤسسات عقابية خاصة يصدر بتنظيمها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية بالاتفاق مع وزير الداخلية. فإذا بلغ سن الطفل ثمانية عشر عاماً تنفذ عليه العقوبة أو المدة الباقية منها في أحد السجون العمومية، ويجوز مع ذلك استمرار التنفيذ عليه في المؤسسة العقابية إذا لم يكن هناك خطورة من ذلك وكانت المدة الباقية من العقوبة لا تجاوز ستة أشهر. (١)

في الإمارات

صدر القرار الوزاري رقم ٢٤٠ لسنة ٢٠١٠ بشأن استحداث لجنة عليا لحماية الطفل، وبموجب هذا القرار يكون رئيس اللجنة العليا لحماية الطفل ممثلاً لدولة الإمارات العربية المتحدة في القوة العالمية الافتراضية ( VGT) Virtual Global Taskforce . وتتولى هذه اللجنة ممارسة الإختصاصات التالية:

١. دراسة إنشاء مركز لحماية الطفل يعنى بكافة شؤون الجرائم التي يتعرض لها الأطفال، وجميع الظواهر التي تشجع على استغلالهم، ووضع الحلول والمبادرات التي تكفل الحماية لهؤلاء الأطفال.

(١) تم تعديل هذه المادة بموجب قرار بقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٥ والذي استبدل عبارة " الحادية والعشرين " التي كانت موجودة من قبل، بعبارة " ثمانية عشرة عاما " الموجودة حالياً.

٢. رصد ومراقبة جرائم الاستغلال التي تقع على الأطفال عبر شبكة الإنترنت، بما في ذلك الإساءات الجنسية، أو محاولات الاستغلال التي يتعرض لها مستخدموا الشبكة الإلكترونية من الأطفال والمراهقين.
  ٣. مراقبة التجاوزات التي ترتكب في مقاهي الإنترنت والشبكات العامة عن طريق توثيق هوية المستخدمين وسجل الاستخدام.
  ٤. نشر الوعي عن كيفية الاستخدام الأمثل لشبكة الإنترنت على مستوى الأسرة والفرد.
  ٥. تطوير وتعزيز دور الرقابة الأسرية على الأطفال حول مخاطر استخداماتهم السلبية لشبكة الإنترنت، وتو عيبتهم بالمخاطر التي قد يتعرضون لها.
  ٦. إعداد وتنفيذ الحملات الإعلامية والبرامج الأكاديمية والتدريبات المتخصصة لرفع درجة الوعي حول خطورة جرائم تقنية المعلومات، وخاصة المتعلقة باستغلال الأطفال جنسيا من خلال شبكة الإنترنت بالتنسيق مع الجهات المعنية.
  ٧. رصد المعاملات المشبوهة التي تتم في شبكة الإنترنت ذات الصلة باستغلال الأطفال، والتعرف على الأشخاص الذين يقومون بارتكاب جرائم الاستغلال الجنسي بحق الأطفال، أو بإنتاج أو توزيع أو حيازة هذا النوع من الملفات.
  ٨. الإشراف على إنشاء قاعدة معلومات متكاملة حول الجرائم المرتبطة باستغلال الأطفال جنسيا، وحول مرتكبي هذه الجرائم.
  ٩. دراسة سن وتنفيذ التشريعات المناسبة بما يتوافق مع التشريعات الدولية ذات الصلة.
  ١٠. الإشراف على إنشاء سجل بأسماء مرتكبي الجرائم الجنسية (خاصة جرائم الاستغلال الجنسي ضد الأطفال) ووضع آليات لضمان خصوصية وسرية ضحايا هذا النوع من القضايا.
- وبموجب هذا القرار الوزاري تم تشكيل خمس لجان فرعية:

**اللجنة الأولى:** اللجنة الفرعية لمتطلبات التطوير التشريعي والضوابط المنظمة. وتتولى هذه اللجنة وضع مسودة التشريعات المناسبة وتنفيذها من خلال المؤسسات القانونية والتشريعية والتنفيذية بما يتوافق مع التشريعات الدولية ذات الصلة.

**اللجنة الثانية:** اللجنة الفرعية للتوعية والإعلام والبحوث. وتتولى هذه اللجنة ممارسة التخطيط لوضع برامج توعوية وتدريبية لمكافحة استغلال الأطفال جنسيا.

**اللجنة الثالثة:** اللجنة الفرعية لمتابعة متطلبات العضوية في القوة العالمية

#### الإفتراضية الـ VGT .

**اللجنة الرابعة:** اللجنة الفرعية لدراسة تعديلات الهيكل التنظيمي وإنشاء مركز وزارة الداخلية لحماية الطفل. وتتولى هذه اللجنة دراسة وإنشاء مركز تخصصي لحماية ومكافحة استغلال الأطفال وممارسة الإختصاصات.

**اللجنة الخامسة:** اللجنة الفرعية الفنية والتقنية. وتتولى هذه اللجنة القيام بتقييم شامل لإجراءات اعتماد الموافقة على منح نظام رصد استغلال الأطفال "CETS" شامل لإجراءات اعتماد الموافقة على منح نظام رصد استغلال الأطفال "CETS" **Child Exploitation Tracking System** وتطبيقه.

في مصر :

ورد بمادة الاصدار الاولى في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المعدل بموجب القانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ انه " يعمل بأحكام قانون الطفل المرافق ويلغى كل حكم يتعارض مع أحكامه "، وبالتالي لامحل لتطبيق اي حكم من قانون الاحداث رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ ولو كان غير ظاهر التعارض مع احكام قانون الطفل لكون قد فسخ بصدور هذا القانون الاخير الذى نظم من جديد نفس موضوعه وهو المعاملة الجنائية للحدث ولان المادة ١٤٣ من قانون الطفل تحيل صراحة الى الاحكام العامة في قانون العقوبات لتكملة قانون الطفل. وقد قضت محكمة النقض بأن " قانون الطفل جاء ناسخا لقانون الاحداث المذكور وأنه قانون أصلح من قانون الاحداث بما أفصح عنه عن أعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات "(١).

(١) الطعن رقم ٧٤٠٨ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٦/١٠/١ .

## الخاتمة

بعد ان أنهينا هذه الدراسة وقد كان الهدف منها تحديد المقصود بالطفل وبيان مدى مسؤوليته الجنائية، ومدى الحماية الاجرائية المقررة له، وقد اتضحت لنا بعض النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها على النحو الآتي:

### النتائج:

أولاً: كافة التشريعات سعت جاهدة إلى توفير أكبر قدر من الحماية للطفل، سواء كان متهماً أو مجنياً عليه، وذلك بمنع توقيع عقوبات محددة عليه كالإعدام والسجن المؤبد واستبدالها بعقوبات أخرى .

ثانياً: القانون المصري يعتبر طفلاً كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة. في حين نجد أن القانون الإماراتي يعتبر طفلاً كل من لم يتم الثامنة عشرة سنة.

ثالثاً: لايجوز مطلقاً توقيع عقوبة الإعدام أوالسجن أو الغرامات المالية على الطفل المتهم، إنما تستبدل بعقوبات أخرى.

رابعاً: المشرع الإماراتي نص صراحة على جواز تطبيق عقوبة الإبعاد على الطفل المتهم، في حين خلا القانون المصري من هذا الأمر.

خامساً: تثبت السن وفقاً لقانون الطفل المصري وقانون الأحداث الإماراتي - سالف الذكر - " بوثيقة رسمية ". ويقصد بالوثيقة الرسمية تلك الأوراق الجديرة بالثقة، سواء أكانت معدة أصلاً لإثبات واقعة الميلاد، مثل شهادات الميلاد.

سادساً: العبرة في تحديد سن الطفل بالوقت الذي ارتكب فيه الفعل المكون للجريمة، أو الذي وجد فيه في إحدى حالات التعرض للانحراف، فلا عبرة بوقت رفع الدعوى. ويتم تحديد السن وفقاً للتقويم الميلادي.

### التوصيات:-

أولاً: نناشد المشرع الإماراتي بالتدخل لتعديل قانون الطفل بحيث يصبح طفلاً كل من لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره، وليس كل من لم يتم الثامنة عشرة من

عمره، فهذا التعديل يتفق مع التعريف الوارد في الإتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل سنة ١٩٨٩ م، وأيضا يتفق مع قانون الأحداث والجانحين.

ثانياً: نناشد المشرع الإماراتي بأن يعدل المادة السابعة من قانون الأحداث بحيث تصبح كالآتي " . . .حكم القاضى باتخاذ مايراه من التدابير المنصوص عليها في هذا القانون "

ثالثاً: كما نناشد المشرع الإماراتي بألا يعطى للقاضى السلطة في أن يختار بين تطبيق تدبير من التدابير المنصوص عليها في هذا القانون، وبين تطبيق العقوبات المقررة، وأن يجعل تطبيق التدبير وجوبيا وليس جوازيا.

رابعاً: نناشد المشرع الإماراتي بإلغاء توقيع تدبير الإبعاد على الطفل والوارد ضمن التدابير الواردة بنص المادة ١٥ من قانون الأحداث الجانحين والمشردين، كما نناشده بإلغاء نص المادة ٢٤ كاملة الواردة بالقانون سالف الذكر.

خامساً: نناشد المشرع المصري بأن يُقسم المسؤولية الجنائية للطفل من حيث المراحل العمرية له إلى ثلاثة مراحل، المرحلة الأولى تبدأ من عمر يوم إلى ما دون السابعة وفي هذه المرحلة لا يكون الطفل مسؤولاً جنائياً على الإطلاق. والمرحلة الثانية تبدأ من السابعة إلى ما دون الخامسة عشرة وفي هذه المرحلة تطبق على الطفل - إذا ارتكب جنائية أو جنحة - أحد التدابير المنصوص عليها في المادة ١٠١ من هذا القانون. والمرحلة الثالثة تبدأ من الخامسة عشرة إلى الثامنة عشرة، وفي هذه المرحلة تطبق على الطفل - إذا ارتكب جنائية أو جنحة - ما ورد بالمادة ١١١ من هذا القانون.

سادساً: كما نناشد المشرع المصري بأن يطبق تدابير ضد الطفل الذى يرتكب فعلا يعد جنائية أو جنحة و لم يتجاوز سن السابعة، وأن يحذو في ذلك حذو نظيره الاماراتى.

سابعاً: كما نناشد المشرع المصري هل بالنص على تطبيق قواعد الإرتباط على الجرائم التى يرتكبها الطفل أو الحدث، مثلما فعل المشرع الإماراتى.

## المصادر والمراجع

١. ابن منظور، لسان العرب، ج١٣.
٢. احمد فتحى سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، س ١٩٨٠.
٣. ادوارد غالى الذهبى، الجرائم الجنسية، القاهرة، مكتبة غريب، س ١٩٨٨.
٤. أنور الشرقاوى، انحراف الأحداث، دار الثقافة للطباعة والنشر، س ١٩٧٧.
٥. حسن محمد ربيع، الجوانب الاجرائية في معاملة الاحداث الجانحين والمشردين وفق أحكام القانون الاتحادى رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ لدولة الامارات، ١٩٩٣.
٦. رمسيس بهنام، علم الإجرام، الأسكندرية، منشأة المعارف، س ١٩٧٠، ج ١، ط ٣.
٧. عبد الحكم فوده، جرائم العرض في قانون العقوبات، الأسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧.
٨. عبد العزيز مخيمر عبدالهادى، حماية الطفولة في القانون الدولى والشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية س ١٩٩١.
٩. عبدالرؤف مهدى - القواعد العامة لقانون العقوبات - دار النهضة العربية - سنة ٢٠١١.
١٠. عبدالعزيز مندوه عبدالعزيز أبو خزيمة، الحماية الدولية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، الاسكندرية، دار الفكر الجامعى، س ٢٠١٠.
١١. عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة، بيروت، مؤسسة الرسالة، س ١٩٩٦.
١٢. عمرو عيسى الفقى، موسوعة قانون الطفل والاتفاقيات والمعاهدات والقوانين الصادرة بشأنه في الدول العربية، الاسكندرية، المكتب الجامعى الحديث، س ٢٠٠٥.

١٣. فاطمة بحرى، الحماية الجنائية الموضوعية للأطفال المستخدمين، الاسكندرية، دار الفكر الجامعى، س٢٠٠٧ .
١٤. فاطمة شحاته أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولى العام: (دار الخدمات الجامعية، س ٢٠٠٤ )
١٥. فتوح عبدالله الشاذلى، قواعد الامم المتحدة لتنظيم قضاء الاحداث الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، (١٩٩١).
١٦. محمد سعيد الصالحى، محاكم الأحداث الجانحين وفقاً لأحكام قانون الأحداث الإتحادى في دولة الإمارات، مكتبة الفلاح - ط١ - س ٢٠٠٥.
١٧. مدحت الديبسى، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، المكتب الجامعى الحديث، بدون تاريخ.
١٨. منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولى العام والإسلامى، دار الجامعة الجديدة، س ٢٠٠٧.
١٩. ناهده منير السوقى، إتفاقية حقوق الطفل، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، س ٢٠١٢.
٢٠. نهلة سعد عبدالعزيز، المسؤولية الجنائية للطفل، المنصورة، دار الفكر والقانون، س ٢٠١٣.
٢١. وائل أنور بندق، المرأة والطفل وحقوق الإنسان، الأسكندرية، دار الفكر الجامعى، بدون تاريخ.

**صلة القرابة وأثرها في العقوبات  
( دراسة مقارنة )**

دكتور

محمد السعيد القرعة

دكتورة في القانون الجنائي

كلية الحقوق - جامعة طنطا

## المقدمة

أولت الشريعة الإسلامية فضلاً عن القانون الوضعي اهتماماً بالغاً بالقرابة وصلة الرحم، وتضافرت نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة على الأمر بصلة الرحم، وهناك العديد من الأحكام الشرعية تبنى على صلة القرابة مثال ذلك (الميراث، النفقة، تحريم الزواج بالمحارم، عدم قبول الشهادة لبعض الأقارب .... إلخ) ولقد سجل القرآن الكريم نشأة الأسرة في آيات كثيرة من بين هذه الآيات قوله تعالى: "وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيِّنًا وَحَقِّدَةً"<sup>(١)</sup> وفي إطار هذا المفهوم الاجتماعي للأسرة نشأت بين الزوج والزوجة قرابة الزوجين وبين الأبناء ووالديهم قرابة النسب، وهناك العديد من النصوص الدالة على مدى حرص الشريعة الإسلامية على الأسرة وذلك باعتبارها النواة الحقيقية لأي مجتمع ففي إطار العلاقة بين الأصول والفروع فقد نظم الإسلام هذه العلاقة من خلال الأمر الصريح ببر الوالدين من خلال قوله تعالى: " وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ وَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (٢٣) وَخَفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا (٢٤) "<sup>(٢)</sup>، كما أن للأولاد على والديهم واجب الرعاية والتعليم والتربية.

أما فيما يتعلق برابطة الزوجية فقد رتب الشريعة الإسلامية على الزواج الصحيح حسن العشرة الزوجية واستمتاع كل من الزوجين بالآخر، وأمرت بالمعاشرة بالمعروف<sup>(٣)</sup> فقال تعالى: " وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ "<sup>(٤)</sup> كما أمرت الزوج بالإنفاق على زوجته حتى لو كانت موسرة، وأولى التشريع المصري أهمية كبيرة للقرابة وللروابط الأسرية، حتى أننا نجده يخرج عن القواعد العامة في بعض أحكامه ليقرر أحكاماً استثنائية مراعاة منه لصلة القرابة، ويرجع ذلك لأن القانون هو مرآة عاكسة للقيم

(١) سورة النحل الآية (٧٢).

(٢) سورة الإسراء؛ الآية: (٢٣ ، ٢٤).

(٣) فقه السنة، الشيخ سيد سابق، ط١، دار الفتح للإعلام العربي، ج٢، ١٩٩٤، ص ١١٤ وما بعدها.

(٤) سورة النساء الآية ١٩.

وعادات المجتمع فنجده مرة يقوم بتشديد العقاب على نوع معين من الجرائم لصفة معينة في الجاني كأن يكون أباً أو ابناً وتارة أخرى نجده يقوم بتخفيف العقاب لصفة خاصة في الجاني كأن يكون زوجاً، وفي هذه الصور تتجلى آثار القرابة على العقوبات المقررة في القانون.

#### ١- تعريف القرابة:

تتعدد وتتنوع تعاريف كلمة القرابة بين اللغوية والإصطلاحية وكذلك القانونية، من هنا استلزم الأمر عرض كل تعريف منفصلاً بشيء من التفصيل :  
أولاً- تعريف القرابة في اللغة:

القرابة في اللغة هي علاقة الرحم التي تربط بين الناس<sup>(١)</sup>، هي مأخوذة من مادة قرب، قرب شيء قريباً وقرباناً دنا منه وباشره، وفي القرآن " ولا تقربا هذه الشجرة " قرب الشيء قرابة وقرباً ومقربة. دنا فهو القريب ويقال قرب منه وقرب إليه والقرابة الدنو في النسب يقال هم ذوو قربي وذو قرابة منى، والقريب هو الداني في المكان والزمان أو النسب وفي القرآن الكريم " إن رحمة الله قريب من المحسنين " والجمع أقرباء، والقرايين ذات القرابة أو القرب<sup>(٢)</sup>.

#### ثانياً- القرابة في الاصطلاح:

لم يخرج معنى القرابة في الاصطلاح عن معناها في اللغة حيث عرفت بأنها: الرحم فيرث بها بعض الأقارب من بعض فرضاً وتعصيماً<sup>(٣)</sup> .

وجاء في تعريفها بأنها: يدخل فيها كل رحم من قبل الرجال والنساء محرم أو غير محرم<sup>(٤)</sup>، وجاء عن الإمام أحمد روايتان في بيان معنى القرابة الأولى: قصر القرابة على ما كان من جهة الأب فقط، الثانية: شمل كل ما كان من جهة الأب والأم

(١) مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥، ص ٢٢٠.

(٢) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٧، ص ٤٩٥.  
(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر، ص ٣٠.

(٤) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب؛ التاج والإكلیل لمختصر خليل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ-١٩٩٥/ج ٨، ص ٥٢٩، ٥٣٠.

معاً، بحيث يتسع لفظ القرابة لكل ما يقع تحت هذا الاسم<sup>(١)</sup> .

### ثالثاً- القرابة في القانون:

يقصد بالقرابة قانوناً مركز الشخص في أسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها قرابة نسب أو قرابة مصاهرة وهذا ما قرره أحكام المادة (٣٤) من القانون المدني المصري<sup>(٢)</sup>، والتي جاء فيها (تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك) وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الأسرة يضيق ويتسع وفقاً للقانون الذي ينظمها؛ فالأسرة في قانون العقوبات غير تلك التي توجد في قوانين الأحوال الشخصية.

وجاء في تعريفها بأنها: ( الصلة بين الأصول والفرع كالصلة بين الجد والأب والابن فالجد هو الأصل والأب هو الفرع للجد والابن هو الفرع للأب ... وهكذا، ويستوي في ذلك أن يكون الفرع عن طريق الذكور أو الإناث)<sup>(٣)</sup>، وتم تعريفها بأنها هي الصلة التي تجمع بين شخص وآخر أو تجمع مجموعة أشخاص، ويكون من شأنها وجود نوع من الارتباطات في نطاق ما يسمى بالأسرة<sup>(٤)</sup>.

### ٢- أنواع القرابة:

ينبغي لمعرفة أنواع القرابة الرجوع إلى أحكام القانون المدني والمادة (٣٤) منه والتي بينت أن للقرابة نوعان أما النوع الأول: فهو قرابة النسب والنوع الثاني قرابة المصاهرة وأن سبب كل من هاتين القرابتين يختلف عن الآخر وفيما يلي بيان ذلك:

### أولاً- قرابة النسب:

يقصد بقرابة النسب هي تلك الصلة القائمة على قرابة الدم، واشتراكهم في أصل واحد وتكون قرابة النسب مباشرة أو قرابة غير مباشرة كقرابة الحواشي.

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لشيخ الإسلام موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، ص ٢٧٢.

(٢) رقم (٣) لسنة ١٩٤٨ العدد رقم ١٠٨ مكرر (أ) الصادر ٢٩ يوليو ١٩٤٨

(٣) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية و النظرية العامة للقانون، و النظرية العامة للحق، المطبعة الجامعية، ١٩٨٨، ص ٦٢١ .

(٤) د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧. ص ٤١٦.

## أ- القرابة المباشرة:

يُقصد بها الصلة بين الأصول والفروع كالصلة بين الجد والأب والابن، فالجد هو الأصل والأب هو الفرع للجد والابن هو الفرع للأب.... وهكذا، ويستوي أن يكون الفرع عن طريق الذكور أو عن طريق الإناث، فالقرابة تقوم بين الجد وفروعه الذين ينحدرون عنه والجدة والفروع الذين ينحدرون عنها.

## ب- قرابة الحواشي:

هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، أي لا يتسلسل فيها أحد القريبين من الآخر وإن كانا يشتركان في أصل واحد، من ذلك مثلاً قرابة الأخ لأخيه فهي قرابة غير مباشرة أو قرابة حواشي، إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر، ولكن يجمعهما أصل مشترك هو الأب، وكذلك يعتبر من الحواشي الأعمام والعمات وفروعهم، والأخوال والخالات وفروعهم، والأصل المشترك في هذه الحالة هو الجد والجدة لأب في الحالة الأولى والجد والجدة لأم في الحالة الثانية<sup>(١)</sup>.

## ثانياً- قرابة المصاهرة:

تنشأ هذه القرابة نتيجة للزواج، والزواج ينشأ عنه نوعان من القرابة أحدهما قرابة زوجية وهي الصلة التي تجمع بين الشخص وزوجه وهي ترتب حقوق والتزامات على كل من الزوجين كالنفقة والطاعة... الخ، أما النوع الثاني من قرابة المصاهرة هي تلك الصلة التي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر وهذا ما قرره المشرع المصري في المادة (٣٧) من القانون المدني المصري حيث عرف قرابة المصاهرة بأنها ( أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر) فأخ الزوجة بالنسبة للزوج تكون قرابته كأخيه، والزوجة بالنسبة لأب الزوج تعتبر كابنته وهكذا ويلاحظ أن قرابة المصاهرة لا تقوم إلا بين كل من الزوجة وعائلة الزوج الآخر، فهي لا تقوم بين أفراد العائلتين<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عبد الله عبد الحفيظ عبد الله الحلاج، القرابة و أثرها على المسئولية الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠١٤، ص ٤.

(٢) د. نبيلة إسماعيل سلامة، د. محمد رفعت الصباحي، د. مصطفى أحمد أبو عمرو، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة النهضة، بدون سنة نشر، ص ٢٨٤.

### ٣- تعريف الأثر:

يراد بكلمة أثر في اللغة معان عدة منها:

يأتي الأثر بمعنى الخبر المروى ومنها قولهم " أثرت الحديث " أي نقلته، وحديث مأثور أي منقول، ومنه المأثور وهي: المكرمة وهي لأنها تنقل ويتحدث بها<sup>(١)</sup> ومنه قوله تعالى: (وَكَتَبُ مَا قَدَّمُوا وَأَثَارَهُمْ)<sup>(٢)</sup>، أي يكتب ما أسلفوا من أعمالهم ونكتب آثارهم، أي من سن سنة حسنة كتب له ثوابها ومن سنة سيئة كُتِب عليه عقابها وسنن النبي آثاره<sup>(٣)</sup>.

أما تعريف الأثر في الاصطلاح فيراد به ما يترتب على الشيء وهو المسمى بالحكم عندهم، كما إذا أضيف الأثر إلى الشيء فيقال أثر العقد وأثر الفسخ وأثر النكاح وغير ذلك<sup>(٤)</sup>.

### ٤- أثر القرابة في العقوبة:

يراد بالأثر في هذا البحث النتائج المترتبة على صلة القرابة من حيث تأثيرها في العقوبة فهل يخضع القريب لنفس قواعد العقاب المقررة لغيره أم أنها تختلف سواء من حيث التشديد أو التخفيف أو حتى الإعفاء من العقاب؟

باستقراء موقف المشرع المصري بشأن القرابة يتضح جلياً أنه اعتنق الرأي الذي يعترف بالقرابة سواء من ناحية النسب أو من ناحية المصاهرة متدرجاً بها وفقاً لنوع القرابة، ويُعد هذا التوسع أمراً محموداً لأنه يشكل توثيقاً لربط الأسرة بمفهومها الواسع، حيث إن هناك بعض التشريعات التي ضيقت القرابة مثل التشريع الكويتي الذي لم يعدد بقرابة المصاهرة ضمن أنواع القرابة<sup>(٥)</sup>.

### ٥- تقسيم:

يتناول هذا البحث "صلة القرابة وأثرها في العقوبات" من خلال ثلاثة مباحث،

(١) أحمد بن علي بن محمد القيومي المصري المصباح المنير، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٠ م، ص ٩.

(٢) سورة يس الآية ١٢.

(٣) لسان العرب، ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرريقي المصري، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٤٦.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي، الناشر المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر، ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠٢، ج ٢، ص ١٩٢، ١٩١.

(٥) د. عبد الله عبد الحفيظ عبد الله الحلاج، مرجع سابق، ص ٥.

تناولت في الأول: صلة القرابة كظرف مشدد للعقاب الذي بدوره انقسم إلى مطلبين الأول يتعلق بجريمة القتل بين الأصول والفروع، والثاني يتعلق بصلة القرابة وأثرها على جرائم الاتجار بالبشر. أما المبحث الثاني فقد جاء تحت عنوان القرابة وأثرها في تخفيف العقوبة والذي قسم إلى مطلبين أولهما: عذر الاستفزاز كسبب في تخفيف العقاب في جريمة القتل وفي الثاني قتل الأم لوليدها لدرء العار. وجاء المبحث الثالث تحت عنوان صلة القرابة كمانع للعقاب وانقسم إلى مطلبين دار الأول حول صلة القرابة وأثرها في العقوبة في جريمة السرقة في الفقه الإسلامي، والثاني صلة القرابة وأثرها في العقوبة في جريمة السرقة في التشريع المصري والتشريعات المقارنة، ثم أنهيت بحثي بخاتمة بينت فيها نتائج الدراسة وأهم التوصيات.

## المبحث الأول

### أثر القرابة في تشديد العقوبة

#### ٦- تمهيد وتقسيم:

قد تكون القرابة سبباً في تشديد العقوبة، ولكن ما هي الظروف التي تضاف إلى الجريمة بحيث إذا وجدت تلك الظروف تستوجب تخفيف أو تشديد العقوبة؟ عُرِفَت ظروف الجريمة بأنها: "عناصر ثانوية لا يكون لها أثر في نشأة أو تكوين الجريمة، ويقتصر أثرها على تشديد أو تخفيف العقوبة"<sup>(١)</sup>. أما الظروف المشددة للعقاب فجميعها من قبيل الظروف القانونية بمعنى أن الشارع هو الذي يستقل بتحديد الظروف التي يترتب على وجودها تشديد العقوبة، ومقدار هذا التشديد. على أن هذا لا يمنع من أن ثمة ظروف مشددة يمكن أن يستخلصها القاضي بنفسه من ظروف الحال<sup>(٢)</sup>.

لذا تم تعريفها بأنها "مجموعة من العناصر والصفات تلحق بالجريمة ذاتها أو بشخص مرتكبها، فتغير من وصفها وتخضع لنص قانوني، أو فقرة أخرى في ذات

(١) Robert Vouin: Manuel de Droit Criminel, 1949, n, 292

(٢) د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٥٩٠.

النص، كل منها يقرر حكماً يختلف عما كان يقرره للجريمة، وهي متجردة من هذا العنصر أو تلك الصفة<sup>(١)</sup>. فقد يجد القاضي من ظروف الجريمة أو المجرم ما يدعو إلى الأخذ بالشدّة فيرتفع بعقوبة الجريمة إلى حدّها الأقصى، ولا يقال عندئذ أن القاضي قد شدد العقاب؛ لأنّه لم يطبق إلا عقوبة الجريمة في إطار الحدين اللذين يحددهما القانون، والأمر متروك للسلطة التقديرية، ولكنّ المشرع قد ينص على تشديد عقوبة الجريمة عن الحد الأقصى المقرر لها في الأحوال العادية، وذلك بسبب توافر ظروف تتصل بوقائع الدعوى أو حالة المتهم، وقد يجعل القانون أحياناً من بعض هذه الظروف المشددة وجهاً لتغيير وصف الجريمة فتقلبها من جنحة إلى جناية، وقد يقتصر على رفع الحد الأقصى للعقوبة أو إضافة عقوبة أخرى لها، يتضح بذلك أن أسباب تشديد العقاب ما هي إلا ظروف يجب فيها على القاضي أو يجوز له أن يعاقب المجرم بعقاب أشد من العقاب المقرر أصلاً لجريمته، أي بعقاب أغلظ نوعاً، أو يتجاوز مقداره الحد الأقصى المقرر للجريمة في الأصل عند تجردها من مثل تلك الظروف<sup>(٢)</sup>.

و تنقسم الظروف المشددة إلى نوعين: ظروف مشددة عامة، وأخرى خاصة، الأولى منصوص عليها في قانون العقوبات (القسم العام) أما الأخرى فهي متفرقة في قانون العقوبات (القسم الخاص) وتنقسم تلك الظروف إلى ظروف موضوعية وأخرى شخصية، وأخذت العديد من التشريعات الجنائية سواء التشريع المصري أو التشريعات المقارنة بصلة القرابة واعتبرتها في بعض الأحيان ظرفاً مشدداً للعقاب في بعض الجرائم، وفيما يلي بيان ذلك بشيء من التفصيل من خلال:

**المطلب الأول: جريمة القتل بين الأصول والفروع.**

**المطلب الثاني: صلة القرابة وأثرها على جرائم الاتجار بالبشر.**

(١) د. أشرف رمضان عبد الحميد، نحو نظرية عامة لحماية الأسرة جنائياً، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨٠.

(٢) د. حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات المصري "القسم الأول"، الكتاب الأول المبادئ العامة للجريمة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٦١٨.

## المطلب الأول

### جريمة القتل بين الأصول والفروع

تعد جريمة القتل هي أول الجرائم المرتكبة على سطح الأرض، فتلك الجريمة قديمة قدم الإنسان ذاته، فأول جريمة قتل كانت بين الأخوين قابيل وهابيل حيث قام قابيل بقتل أخيه هابيل، وقد أورد القرآن الكريم بيان هذه القضية فقال تعالى: " فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ"<sup>(١)</sup> ومفاد ذلك أن القتل في نظام الأسرة قديم قدم الإنسان ذاته، واعترف المشرع بصلة القرابة وجعلها محل اعتبار في جرائم العدوان على النفس، لاسيما في تلك الجرائم المرتكبة بين أفراد الأسرة الواحدة، ويأتي ذلك في إطار حرص المشرع على روابط الرحم وعدم تفتيت عرى الأسرة، من هنا أخذت بعض التشريعات الجنائية بصلة القرابة واعتبرتها في بعض الأحيان من الظروف المشددة للعقاب في بعض الجرائم منها الواقعة على النفس، ومنها الواقعة على المال، واهتمت كافة التشريعات بحياة الناس وضمان سلامتهم؛ فنظمت نصوصاً لتجريم الأفعال التي من شأنها المساس بهم، وقررت عقوبات متفاوتة حسب جسامة الاعتداء أو النتيجة المترتبة عليه؛ فالاعتداء على الحياة أكثر جسامة من الإيذاء البسيط، والضرب المفضي إلى الموت أكثر جسامة من الجرح المؤدي إلى عاهة مستديمة<sup>(٢)</sup>.

وأخذت العديد من التشريعات بتشديد العقاب في جرائم القتل الواقعة بين الأصول والفروع، ويرجع ذلك إلى أن علاقة الأبوة محل تقدير واحترام في كافة الشرائع السماوية وبصفة خاصة الإسلام، ويظهر ذلك جلياً في قوله تعالى (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا)<sup>(٣)</sup>، فكافة الشرائع السماوية تأمرنا ببر الوالدين والإحسان إليهما، بل إن المولى عز وجل أمرنا بالبعد عن إيذائهما، حتى بقول ( أف )، فكيف بنا بمن يقوم بقتل أبيه أو أمه، كما أن لصلة القرابة التزام بين

(١) سورة المائدة الآية (٣٠).

(٢) د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ١٤٧.

(٣) سورة الإسراء، الآية ٢٣

الجاني والمجني عليه تفرض محبةً وعطفاً وأن من يقوم بخلاف ذلك ينم عن خطورة إجرامية كامنة في نفسٍ شريرة وصلت لحد إزهاق روح أحد أصوله مما يجعل تدخل المشرع بتشديد العقوبة في هذه الجريمة تدخلاً محموداً .

وبمطالعة التطور التاريخي الحديث لجريمة القتل بين الأصول والفروع نجد أن المشرع اعتبر جريمة القتل بين الأصول والفروع في مدونة قانون العقوبات الأهلي الصادر ١٨٨٣ جريمةً عادية فلم يفردها أي نص جنائي خاص. وسار على هذا النهج قانون العقوبات المختلط الصادر ١٩٠٤ ولم يقرر أية عقوبة مشددة لتلك الجريمة، وطبقت عليها القواعد العامة. وفي إطار قانون العقوبات الحالي الصادر ١٩٣٧ فقد حذا المشرع العقابي حذو سابقيه، وجاء خالياً من أي تنظيم لجريمة القتل بين الأصول والفروع، ومفاد ذلك أن المشرع المصري لم يعتد بالقرباة كظرف من الظروف المشددة للعقاب في جريمة القتل العمد بين الأصول والفروع.

أما بخصوص التشريعات المقارنة فقد اختلفت في شأن معالجة جريمة القتل بين الأصول والفروع؛ فبعض التشريعات أخضعتها للقواعد العامة بشأن جرائم القتل العمد، ولم تجعل لها أي خصوصية، ولم تعتد بالقرباة كظرف مشدد، بينما ذهبت تشريعات أخرى إلى اعتبار أن القتل الواقع بين الأصول والفروع ظرفاً مشدداً للعقاب، وذلك بالنظر إلى توافر صفة خاصة في الجاني والمجني عليه، ومن أبرز تلك التشريعات الفرنسي والجزائري<sup>(١)</sup>.

#### ٧- موقف التشريعات المقارنة من جريمة قتل الأصول:

قرر قانون العقوبات الفرنسي<sup>(٢)</sup> اعتبار قتل الابن لأبيه ظرفاً مشدداً للعقوبة في جريمة القتل العمد، وقرر المشرع الفرنسي لها عقوبة السجن المؤبد بعد إلغاء عقوبة الإعدام عام ١٩٨١، وفي عام ٢٠١١ وسع المشرع الفرنسي دائرة الأشخاص الذين يسكنون بصورة معتادة مع الأصول والفروع مع الإبقاء على ذات العقوبة المقررة

(١) د. حلمي علي أبو الليل، الروابط العائلية و أثرها في القانون الجنائي المصري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ٢٤٩.

(٢) الصادر في ١٩٩٤.

وهي السجن المؤبد إذا وقعت على:

١- ..... ٢- إذا وقعت على أحد الأصول القانونيين أو الطبيعيين أو على الأب أو الابن بالتبني.

٣- ..... ٤- إذا وقعت على أحد الزوجين الأصول والفروع، أو أي شخص يعيش بصورة معتادة مع الأشخاص المذكورين، أما فيما يتعلق بقتل الأصل لفرعه فقد اقتضت معالجة المشرع الفرنسي لجريمة قتل الأصل لفرعه في قانون العقوبات في جريمة مستقلة أطلق عليها جريمة قتل الطفل، ولكن اعتباراً من عام ١٩٩٤ ألغى المشرع الفرنسي جريمة قتل الطفل واستبدل بها جريمة القتل العمد على القاصر الذي لم يبلغ ١٥ عاماً ( المادة ٣/٢٢١ ) وتشكل جريمة قتل الطفل جريمة تستوجب توقيع أقصى عقوبة، وصغر السن هو الظرف المشدد المصاحب لهذه النوعية من الجرائم التي عاقب المشرع مرتكبها بعقوبة السجن المؤبد<sup>(١)</sup>.

أما فيما يتعلق بالمشرع الجزائري فقد اعتبر جريمة قتل الأصول ظرفاً مشدداً للعقوبة، وأدى إلى تشديد العقوبة لتصل إلى الإعدام؛ حيث إن القتل في صورته البسيطة معاقب عليه في قانون العقوبات الجزائري بالسجن المؤبد، وذلك طبقاً لما قرره المادة (٢٦٣ الفقرة الثالثة)، والتي جاء فيها: "... ويعاقب القاتل في غير ذلك من الحالات بالسجن المؤبد" في حين قرر قانون العقوبات الجزائري عقوبة الإعدام لكل من قام بقتل الأصول؛ حيث جاء في المادة (٢٦١): " يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول.."، وبالتالي فإن المشرع العقابي الجزائري قام برفع العقوبة المقررة لمن يقوم بقتل أحد أصوله من السجن المؤبد وهي العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد في صورته البسيطة حسبما جاء في المادة (٢٦٣ الفقرة الثالثة) إلى الإعدام وفقاً لما جاء في المادة (٢٦١) من قانون العقوبات الجزائري<sup>(٢)</sup>.

وعرفت المادة (٢٥٨) من قانون العقوبات الجزائري جريمة قتل الأصول

(١) د . عبد الله عبد الحفيظ عبد الله الحلاج، مرجع سابق، ص ٢٦٣ وما بعدها .  
(٢) الصادر في ٨ يونيو ١٩٦٦.

بأنها: "قتل الأصول هو إزهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين"، ومن مظاهر تشديد المشرع الجزائري للعقاب في تلك الجريمة، ما قرره في المادة (٢٨٢) بأنه: "لا عذر إطلاقاً لمن يقتل أباه أو أمه أو أحد أصوله، وبالتالي فإن من يقوم بمثل تلك الجريمة النكراء، فإنه لن يستفيد أبداً بأي من الأعدار القانونية المخففة للعقاب، وذلك حسبما قرره المنادة ٢٨٢، من قانون العقوبات الجزائري".

وقد أكدت المحكمة العليا على أن عنصر الأبوة ظرفاً مشدداً في جريمة القتل؛ حيث جاء في حكمها في الطعن رقم ٧٧١٠٣٤ بتاريخ ٢٩/٥/١٩٨٤ على أنه: "يكون عنصر الأبوة ظرفاً مشدداً في جنائية قتل الأصول وبهذه الصفة يجب أن يكون محل سؤال مستقل ومميز طبقاً لمقتضيات المادة (٣٠٥) من قانون الإجراءات الجزائية وإلا كان الحكم باطلاً"<sup>(١)</sup>.

لكن لإعمال هذا الظرف المشدد لأبد من شرطين يتحققان في جنائية قتل الأصول وهما:

#### ٨- الشرط الأول- أن يرتكب قتل عمدي:

يجب أن يكون في جريمة قتل الأصول قتل عمدي أو الشروع فيه، فإذا أفضى هذا الاعتداء إلى وفاة المجني عليه كانت جريمة القتل تامة. أما إذا لم تتوفى الضحية برغم الاعتداء عليها تكون الجريمة هي الشروع في جنائية قتل الأصول، وانفق الفقه والقضاء على أن الجريمة تقوم بغض النظر عن اقترانها بسبق الإصرار من عدمه لذلك لو فرضنا أن جنائية قتل الأصول كانت عن سبق إصرار فإن ذلك لا يؤثر على العقوبة<sup>(٢)</sup>. ولا يلزم لمحكمة الجنائيات بحث توفر هذا الظرف من عدمه؛ لأن الجريمة هي جنائية قتل الأصول المعاقب عليها بالإعدام، وبالتالي فلن يكون لهذا الظرف أثر في العقوبة.

(١) د. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد، ١٩٨٩، ص ٢٩٤.

(٢) د. حلمي علي أبو الليل، مرجع سابق، ص ٢٥١.

## ٩- الشرط الثاني أن يكون المجني عليه أحد أصول الجاني:

يجب أن يكون المجني عليه أحد أصول الجاني والمقصود بالأصل هنا الأصول الشرعيين أي الأب والأم والجد وإن علا والجددة وإن علت دون غيرهم مهما بلغت درجة قرابتهم للجاني، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يأخذ بالقرابة في قانون الأحوال الشخصية وفقاً للشريعة الإسلامية بمعنى أنه لا يوجد لديه أي أثر لما يسمى في التشريعات الأوروبية (القرابة بالتبني)<sup>(١)</sup>.

وينبغي هنا لإعمال الظرف المشدد في جريمة قتل الفرع لأصله أن تتحقق صلة القرابة بين المجني عليه والجاني بمعنى أوضح أن يكون المجني عليه أصلاً للفرع الجاني، ومرجع تحديد هذه الصلة هو قوانين الأحوال الشخصية وكذا الشريعة الإسلامية في الدول التي تعتبرها من مصادر تشريعها، علماً بأن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالبنوة غير الشرعية بين الأب وابنه، ولكنها تعترف بالبنوة بين الابن وأمه غير الشرعيين، وعليه يتوافر هذا الشرط إذا قتل الابن أمه، ولا يتوافر شرط التشديد إذا قتل الابن أباه بالتبني<sup>(٢)</sup>.

### و يُثار تساؤل حول الغلط في شخص المجني عليه في جناية قتل الأصول؟

هناك أحد فرضين الأول إذا قتل الشخص أحد أصوله نتيجة لغلط في شخص المجني عليه الذي كان يريد قتله أو أخطأ في التصويب في هذه الحالة لا يعتبر الظرف المشدد متوافراً وإنما يعاقب الفاعل على أساس جريمة قتل عمد.

أما الفرض الثاني: وقع الجاني في الغلط المعاكس بأن أطلق النار على أبيه ليقته فقتل هذا الشخص الغريب الذي لم يكن يقصده فهل هنا تشدد العقوبة؟ ساد اتجاه في التشريع الجزائري للأخذ برأي العلامة الفرنسي (غارسون) حيث إن الجاني الذي قصد قتل أحد أصوله فأصاب شخصاً غريباً وقتله لغلط في الشخص والتصويب إنما يعاقب بالعقوبة المقررة للقتل العمد، ولا سبيل للأخذ بالظرف المشدد الناجم عن صلة

(١) د . حلمي علي أبو الليل، مرجع سابق، ص ٢٥١.  
(٢) الشيخ / محمد أبو زهرة، شرح قانون الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المعارف، بدون طبعة و سنة نشر، ص ٢١٢ وما بعدها.

القرباة وبهذا تتطوي هذه الواقعة على جريمتين إحداهما القتل العمد الواقعة على الشخص الغريب المجني عليه، وجريمة الشروع في قتل الأصل وهي الجريمة الفاشلة التي كان يهدف الجاني إلى تحقيقها في الأصل<sup>(١)</sup>.

و يرى الباحث أنه ينبغي أن توقع على الجاني في هذه الحالة العقوبة المشددة (أي جناية قتل الأصول)؛ لأن العبرة هي بالقصد الجنائي الذي يظهر من أن الجاني قصد في هذه الحالة قتل أصله وإنما بغلط حدثت نتيجة أخرى؛ لأن قصد القتل وحتى وإن لم يقع فهو يعبر عن خطورة إجرامية كامنة في نفس شريرة دفعته إلى حد محاولة إزهاق روح أصله إلا أنها فشلت لغلط خارج عن إرادته. ولم يتعرض المشرع الجزائري إلا لجريمة قتل الفرع لأصله أي جريمة قتل الأصول تاركاً جريمة قتل الأصل لفرعه للقواعد العامة للقانون.

#### ١٠ - موقف المشرع المغربي:

وإذا توجهنا لقاء المشرع المغربي فنجد أنه قرر في القانون الجنائي المغربي<sup>(٢)</sup> تشديد العقاب على من قام بقتل أحد أصوله حيث جاء في الفصل ٣٩٦ "من قتل عمداً أحد أصوله يعاقب بالإعدام"، والظرف المشدد لجريمة القتل في هذا الفصل ظرف شخصي وهو صفة الجاني لكونه أحد فروع المجني عليه، ويقصد بالأصول الأب والأم والأجداد وإن علواً، ويلاحظ أن القانون العام في الأحوال الشخصية هو الشريعة الإسلامية وهي لا تعترف إلا بالقرباة الشرعية ولا تعترف بأي أثر لما يسمى في الشرائع الأوروبية بالتبني لذلك لا يطبق الظرف المشدد إلا في حالة القرباة الشرعية ولا يسرى على القرباة الطبيعية ولا قرباة التبني حتى ولو كان القاتل يخضع لقانون أحوال شخصية غير الشريعة الإسلامية نظراً لأن المبدأ العام في القانون الدولي الخاص هو عدم تطبيق أحكام القوانين الأجنبية التي تخالف النظام العام في القانون الداخلي وهذه القاعدة الشرعية متصلة بالنظام العام<sup>(٣)</sup>.

(١) د. حلمي علي أبو الليل، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

(٢) الصادر في ١٩٦٣.

(٣) د. توفيق محمد الشاري، تعليقات وشروح على مجموعة القانون الجنائي المغربي الجديد، دار الكتاب، الدار البيضاء، ص ٣١٣.

## ١١ - موقف المشرع الإماراتي:

عالج قانون العقوبات الإماراتي<sup>(١)</sup> جريمة قتل الأصول في المادة (٣٣٢) والتي جاء فيها " من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت، وتكون العقوبة الإعدام إذا وقع القتل مع القصد أو مسبقاً بإصرار أو مقترناً أو مرتبطاً بجريمة أخرى، أو إذا وقع على أحد أصول الجاني أو على موظف عام، أو على مكلف بخدمة عامة ..... " من خلال النص يتضح أن المشرع الإماراتي قرر عقوبة السجن المؤبد أو المؤقت كعقوبة على القتل البسيط ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات منها أن يكون المجني عليه أحد أصول الجاني. في هذه الحالة يتوافر ظرف مشدد يرتفع بالعقوبة من السجن المؤبد أو المؤقت إلى الإعدام، لعل هذا يبرز مدى حرص المشرع العقابي الإماراتي على توفير أكبر قدر من الحماية للروابط الأسرية .

## ١٢ - التشريعات التي عالجت القتل بين الأصول والفروع:

باستقراء النصوص القانونية سألغة البيان يتضح أن تلك التشريعات اهتمت بمعالجة جريمة قتل الفرع لأصله، ويعد ذلك مسلكاً محموداً لهذه التشريعات التي اهتمت بجرائم القتل الواقعة من الفرع على أصله، وكان يجدر التعرض لجريمة قتل الأصل لفرعه حتى يكون المشرع في تلك الدول قد ألم بشكل كامل بجرائم القتل بين ذوى القربى سواء الواقعة من الأصل على فرعه أو من الفرع على أصله إلا إن هناك تشريعات تناولت جرائم القتل بين الأصل والفروع سواء من حيث ناحية قتل الفرع لأصله أو العكس ومن تلك التشريعات :

## ١٣ - التشريع الليبي<sup>(٢)</sup>:

قرر قانون العقوبات الليبي جريمة القتل بين الأصول والفروع بالمادة (٣٧٢) الفقرة الثانية والتي جاء فيها: " إذا وقعت الجريمة ضد الأصول أو الفروع أو الزوج

<sup>(١)</sup>الصادر في ١٩٨٧، رقم ٣، لسنة ١٩٨٧.  
<sup>(٢)</sup>قانون العقوبات الليبي رقم ٤٨، لسنة ١٩٥٣.

أو الأخ أو الأخت أو كان الدافع لارتكابها أسباباً تافهة أو وضعية وارتكبت بغلظة وتوحش تكون العقوبة السجن المؤبد" من خلال النص يتضح أن المشرع العقابي الليبي قد عالج جريمة القتل الواقعة بين الأصول والفروع، بل إنه سلك مسلكاً محموداً وهو توسعة في نطاق تلك الجريمة ليشمل الزوج والأخ والأخت، لعل هذا يبرز مدى اهتمام المشرع العقابي الليبي بتلك الجرائم الواقعة داخل نطاق الأسرة.

#### ١٤ - التشريع العماني:

قرر قانون العقوبات العماني الملغي<sup>(١)</sup> عقوبة الإعدام لكل من قام بالقتل على أحد الأصول حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات العماني أنه: " يعاقب بالإعدام على القتل ١- على أحد أصول المجرم أو فروعه والنص مأخوذ من قانون العقوبات الفرنسي، ولكن في قانون الجزاء العماني الجديد قررت المادة (٣٠١) فقرة (ب) بأنه " يعاقب بالإعدام إذا توافرت في واقعة القتل إحدى الحالات الآتية:

أ- ..... ب - إذا وقع القتل على أحد أصول الجاني

يتضح من خلال قانون الجزاء العماني الجديد أنه أخذ مسلك التشريعات التي تكنفي بالنص على التشديد في جريمة قتل الأصول دون الفروع وعلّة ذلك عدم مخالفة الشريعة الإسلامية التي تقرر أن الأصل لا يقتص منه فيشترط في المقتول ألا يكون فرعاً للقاتل، فلو قتل الأب ولده فلا قصاص عليه، وتسري هذه القاعدة على الأصول وإن علو، وعلى الفروع وإن نزلوا.

#### ١٥ - عقوبة جريمة القتل الواقعة بين الأصول والفروع:

تشابهت غالبية التشريعات التي عالجت جريمة القتل بين الأصول والفروع حول العقوبة المقررة لهذه الجريمة وهي عقوبة (الإعدام) باستثناء المشرع الليبي الذي قرر عقوبة السجن المؤبد، أما بالنسبة للتشريعات التي عالجت جريمة قتل الفرع

(١) قانون الجزاء العماني رقم ٧ لسنة ١٩٧٤ ملغى بالمرسوم السلطاني رقم ٧ لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ١١ يناير ٢٠١٨ و نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٤ يناير ٢٠١٨ اعتباراً من ١٥ يناير ٢٠١٨.

لأصله دون جريمة قتل الأصل لفرعه فإنها تشابهت أيضاً حول العقوبة المقررة لتلك الجريمة وهي عقوبة الإعدام<sup>(١)</sup>. ويرى الباحث أن تشديد العقوبة لتصل إلى الإعدام في غالبية التشريعات التي تعرضت لجريمة قتل الأصول هو اتجاه محمود، وذلك نظراً لجسامة تلك الجرائم وما تمثله من خطورة على الأسرة والمجتمع، وإن كان يجدر على التشريعات العقابية التي لم تتعرض لجريمة قتل الأصل لفرعه التعرض لتلك الجريمة حتى تشمل كافة أطرافها، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بجريمة قتل الأصل لفرعه، وينبغي على المشرع العقابي المصري إدراج تلك الجريمة داخل نصوص قانون العقوبات المصري، لما لها من أهمية كبيرة في المحافظة على الروابط العائلية والأسرية في المجتمع.

### المطلب الثاني

#### صلة القرابة وأثرها على جرائم الاتجار بالبشر

يعد الاتجار في البشر ثالث أكبر تجارة غير مشروعة في العالم بعد تهريب السلاح والاتجار في المخدرات، حيث تقدر عوائد هذا النشاط الإجرامي ببلايين الدولارات سنوياً. وتعد هذه الممارسة شكلاً من أشكال الجريمة المنظمة عابرة الحدود التي اتسع نطاقها بشكل ملحوظ خلال الحقبة الأخيرة، والتي يتم بمقتضاها سنوياً نقل ملايين من البشر عبر الحدود الدولية أو داخل حدود الدولة بغرض الاتجار بهم، وتقوم فكرة الاتجار في البشر على مفهوم أساسي هو استغلال حاجة أو ضعف فئات معينة من الأفراد للاتجار بهم<sup>(٢)</sup>.

وهناك من يرى أن الاتجار بالبشر عبارة عن صورة مرادفة للعبودية التي لم تفلح البشرية في القضاء عليها رغم التقدم الحضاري الهائل الذي شهدته الإنسانية، فعلى الرغم من أننا في القرن الحادي والعشرين، إلا أن العبودية مازلت حاضرة في العديد من الدول، وإن اتخذت أشكالاً مغايرة عن العبودية بشكلها التقليدي. من تلك الأشكال (الاتجار بالبشر) الذي هو في حقيقة الأمر شكل حديث من أشكال العبودية

(١) د. حلمي علي أبو الليل، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

(٢) د. أحمد أبو العنين، دراسات في حقوق الإنسان، بدون دار نشر وتاريخ نشر، ص ٢٠٥.

ومظاهر مستحدثه من مظاهرها<sup>(١)</sup> وانطلاقاً من أن الاتجار بالبشر يعد إحدى الصور الخطيرة لانتهاكات حقوق الإنسان فقد حرصت العديد من الدول على إصدار تشريعات تجرم هذه الظاهرة، ويأتي ذلك لتزايد اهتمام الدول لتعزيز مبادئ ومعايير حقوق الإنسان.

## ١٦- مفهوم الاتجار بالبشر:

يختلف تعريف جرائم الاتجار بالبشر، وفقاً للنموذج القانوني المعروف لها، فتعريفها في القانون والمواثيق الدولية يختلف عن تعريفها وفقاً للنموذج القانوني الداخلي، وعلى ذلك فقد عرفها بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الأشخاص الذين يتاجرون بالبشر المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة العابرة للحدود بأنها: تجنيد أو نقل أو تحويل أو استلام الأشخاص عن طريق التهديد أو استخدام القوة أو أي نوع من أنواع الإكراه أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استخدام موقف ضعف أو إعطاء أو تلقي دفعات أو فوائد للحصول على موافقة شخص يتمتع بالسيطرة على شخص آخر بهدف الاستغلال. ويشمل الاستغلال في حده الأدنى استغلال الآخرين في الدعارة والأشكال الأخرى من الاستغلال الجنسي أو العمالة أو الخدمة العسكرية أو العبودية أو ممارسات مشابهة للعبودية أو العمل بالإكراه أو نقل الأعضاء<sup>(٢)</sup>.

## ١٧- تعريف الاتجار بالبشر في التشريعات الوطنية:

باستقراء التشريعات العربية يمكن القول أن المشرع الجنائي في غالبية الدول العربية عمد إلى تخصيص قانون مستقل لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، غير أن هناك بعض التشريعات المقارنة أدرجت جريمة الاتجار بالبشر ضمن قانون العقوبات ومن تلك التشريعات التشريع الفرنسي الذي عرف الاتجار بالبشر في المادة (٢٢٥-٤) بأنه " هو الفعل الذي يتم مقابل أجر أو أية منفعة أخرى، أو وعد بأجر، أو

(١) د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٣٠٢.

(٢) د. طارق عفيفي صادق أحمد عفيفي، النظام القانوني لحماية حقوق وضحايا الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والأنظمة الرضعية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٣٨.

منفعة على تجنيد شخص أو نقله أو ترحليه أو إيوائه أو استضافته بهدف وضعه تحت تصرف الغير ولو بدون تحديد هوية هذا الغير إما بهدف ارتكاب جرائم القوادة والاعتداءات الجنسية ضد هذا الشخص أو استغلاله في أعمال التسول أو فرض شروط عمل أو سكن مهينة لكرامته أو لإجباره على ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر يعاقب بالسجن سبع سنوات وغرامة ١٥٠.٠٠٠ مائة وخمسون ألف يورو<sup>(١)</sup>. أما بالنسبة التشريعات العربية التي أفردت قانوناً خاصاً بمكافحة الاتجار بالبشر، وقد جاء تعريف جرائم الاتجار بالبشر فيها على النحو التالي:

#### ١٨- تعريف الاتجار بالبشر في الإمارات العربية المتحدة:

كان المشرع الإماراتي سابقاً في التصدي لجرائم الاتجار بالبشر بإصداره القانون رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ الذي يعد أول التشريعات العربية الصادرة في هذا المجال. وطبقاً لهذا القانون فقد عرف المقصود بالاتجار بالبشر في مادته الأولى بأنه "تجنيد أشخاص، أو نقلهم أو ترحيلهم، أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالهم أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة الضعف أو بإعطاء أو تلقى مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

#### ١٩- تعريف الاتجار بالبشر في التشريع العماني:

طبقاً للمادة الثانية من القانون العماني بشأن مكافحة الاتجار بالبشر<sup>(٢)</sup> يُعد مرتكب جريمة الاتجار بالبشر كل شخص يقوم عمداً وبغرض الاستغلال

(١) سالم إبراهيم بن أحمد النقبلي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجيات مكافحتها على الصعيدين الدولي والإقليمي، الطبعة الأولى، دار المتحدة للطباعة، ٢٠١٢، ص ٤٤.

(٢) القانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٨.

١- استخدام شخص أو نقله أو إيوائه أو استقباله عن طريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة باستغلال الوظيفة أو النفوذ أو باستغلال حاله استضعاف أو باستعمال سلطة ما على ذلك الشخص، أو بأي وسيلة أخرى غير مشروعة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.

٢- استخدام حدث أو نقله أو إيوائه أو استعماله، ولو لم تستخدم الوسائل المنصوص عليها في البند السابق.

## ٢٠- تعريف الاتجار بالبشر في القانون المصري:

عرف المشرع المصري الاتجار بالبشر في القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر بأنه: " يعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما، أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء، أو الاستقبال أو التسليم سواء داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة أو الوعد بإعطاء أو تلقى مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه وذلك كله إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أيًا كانت صورة، بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة وسائر أشكال الاستغلال الجنسي واستغلال الأطفال في ذلك، وفي المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو التسول أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها<sup>(١)</sup>.

وإجمالاً فمن خلال التعاريف التي سبقت لبيان مفهوم الاتجار بالبشر نجد أنها تعرف الاتجار بالبشر بذلك التصرف المشروع أو غير المشروع الذي يحول الإنسان إلى مجرد سلعة بقصد الاستغلال في أنشطة غير مشروعة لذلك جاء في تعريفه " كافة التصرفات المشروعة وغير المشروعة التي تحيل الإنسان إلى مجرد سلعة أو

(١) د. طارق عفيفي صائق أحمد عفيفي، مرجع سابق، ص ٤٢، ٤٣

ضحية يتم التصرف فيها بواسطة وسطاء ومحترفين عبر الحدود الوطنية بقصد استغلاله في أعمال ذات أجر متدنٍ أو في أعمال جنسية أو ما شابه ذلك وسواء تم هذا التصرف بإرادة صحيحة أو قسراً عنه أو بأي صورة أخرى من صور العبودية<sup>(١)</sup>.

## ٢١- أقسام عمليات الاتجار بالبشر:

إجمالاً من خلال التعاريف التي سيقتم تقسيم عمليات الاتجار بالبشر إلى الأقسام التالية:

أ- استغلال البشر جنسياً بما يتم فرضه عليهم من ممارسات جنسية مباشرة أو غير مباشرة، مقابل أجر بالقوة أو بالخداع أو بالإكراه، أو أن يكون الشخص الذي أُجبر على القيام بذلك النشاط لم يبلغ الثامنة عشر من العمر، ويدخل في ذلك البغاء المقنع وزواج المتعة والزواج السياحي للقاصرات، والذي يتجه إليه الأثرياء للتمتع جنسياً بالقاصرات في مقابل حصول القاصرات أو وليها أو المسئول عنها على مقابل مادي مجزى.

ب- تجنيد أو إيواء، أو نقل أو توفير، أو امتلاك البشر من أجل العمل أو الخدمة عن طريق القوة أو الخداع أو الإكراه بهدف إخضاع لعبودية قسرية أو الاستغلال غير المشروع لضمان الدين والرق واستغلال العمالة الوافدة

ج- الاتجار بأحد الأعضاء أو الأنسجة البشرية، من خلال نزع أحد الأعضاء أو الأنسجة البشرية من خلال نزع أحد الأعضاء أو الأنسجة البشرية من شخص حي (أو من جثة شخص ميت) وبيعها.

د- إخضاع البشر الأحياء لأي نوع من التجارب الطبية<sup>(٢)</sup>، وأتصور أن تلك التقسيمات التي سيقتم لصور الاتجار بالبشر ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، فهذه التقسيمات وتلك الصور قابلة للتطوير وفي اتجاه تصاعدي لما

(١) د. سوزى عدل ناشد، الاتجار بالبشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، المكتبة القانونية القاهرة، ٢٠٠٥ ص ١٧.

(٢) د. طارق عفيفي صادق أحمد عفيفي، مرجع سابق، ص ٤٢، ٤٣.

يشاهده العالم من ثورة في الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات الأمر الذي يسمح بـبروز أنواع جديدة من الجرائم تتدرج تحت جرائم الاتجار بالبشر.

## ٢٢- أركان جرائم الاتجار بالبشر:

تقوم جرائم الاتجار بالبشر على ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي.

## ٢٣- الركن المادي:

يتمثل الركن المادي في السلوك غير المشروع الذي يشكل اعتداءً أو خطراً على المصالح التي يحميها القانون أو يسبب لها ضرراً، فلا جريمة من دون سلوك مادي ملموس؛ إذ من دون ذلك لا يحدث إخلال بنظام المجتمع أو المساس بالمصالح الجديرة بالحماية<sup>(١)</sup> وقد حدد المشرع المصري في المادة الثانية من القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر هو السلوك الإجرامي لجريمة الاتجار بالبشر، بقوله كل من يتعامل بأي صورة في شخص طبيعي، بالبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء<sup>(٢)</sup>.

## ٢٤- البيع والعرض للبيع أو الوعد بهما:

يعني هذا السلوك التعامل مع الضحية بقيام العصابة الإجرامية باتخاذ إجراءاتها في بيع الضحية للآخرين أو عرض الضحية للبيع أو شراء الضحية من متعاملين فيها، أو الوعد بالبيع أو الشراء، وكأن الإنسان أصبح مجرد سلعة يتعامل معها سواء كان مباشرة أو من خلال الوسائط الإلكترونية<sup>(٣)</sup>

## ٢٥- النقل:

يراد بالنقل هو تحريك شخص من مكان لآخر باستخدام وسيلة نقل أيًا كان نوعها، وهذا النقل بالنسبة للأشخاص محل التجارة هو تحريكهم سواء داخل أو خارج الدولة بطريق قانوني أو غير قانوني تمهيداً لاستغلالهم.

(١) د. إبراهيم محمد العناني، المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الثانية، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٩١.

(٢) د. عبد الهادي هاشم عبد الهادي محمد، الاتجار بالبشر بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ٩٩، ٩٨.

(٣) د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر في ضوء القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ١٦٧.

## ٢٦- الاستخدام:

يعني تطويع الضحية وإخضاعها للجاني، وتحقيق السيطرة عليها لاستخدامها كسلعة لعمليات الاستغلال<sup>(١)</sup>، والاستغلال هنا قد يعني الاستغلال الجنسي أو غيره من صور الاستغلال.

## ٢٧- الاستقبال:

يعني استلام الأشخاص الذين تم ترحيلهم أو نقلهم داخل الحدود الوطنية أو خارجها<sup>(٢)</sup>.

## ٢٨- الإيواء:

ويقصد به توافر مكان لإقامة المجني عليه، فالسلوك الإجرامي في الإيواء يتخذ صورة السكن للضحية<sup>(٣)</sup>.

## ٢٩- التسليم والتسلم:

ويقصد بالتسليم هو تسليم الضحية لأحد أطراف العصابة الإجرامية من جهة أخرى. أما التسلم هو تسلّم الطرف الثاني للضحية للتصرف فيه<sup>(٤)</sup>بناءً على ما تقدم يتضح أن الركن المادي لجرائم الاتجار بالبشر يتحقق بارتكاب الجاني أي صورة من صور التعامل في الشخص بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الوعد بهما الاستخدام - النقل - التسليم - الإيواء - الاستقبال - التسليم سواء كان داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية<sup>(٥)</sup>.

## ٣٠- الركن المعنوي:

جرائم الاتجار بالبشر جرائم عمدية يقوم ركنها المعنوي على توافر القصد الجنائي العام بالإضافة إلى قصد خاص، ويتوافر القصد الجنائي العام بتوافر العلم بعناصر جرائم الاتجار بالبشر، واتجاه إرادته إلى السلوك المكون لجرائم الاتجار

(١) د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ١٦٧.  
(٢) أ. ماجد حاوي علوان، خطر الاتجار بالبشر في القانون الدولي (دراسة مقارنة مع التشريعات الوطنية)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، ٢٠١٥، ص ١٦٤.  
(٣) د. عبد الهادي هاشم عبد الهادي محمد، المرجع السابق، ص ١٠١.  
(٤) د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ١٦٨، ١٦٩.  
(٥) د. أحمد أبو العنين، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

بالبشر في أي صورة من صور التعامل في الشخص الطبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الوعد بهما - الاستخدام - النقل - التسليم والإيواء أو الاستقبال التسليم. بينما يتحقق القصد الجنائي الخاص في جرائم الاتجار بالبشر باتجاه قصد الجاني إلى تحقيق غاية معينة من التعامل في البشر، وتتمثل تلك الغاية في الاستغلال - الاسترقاق - التسول - استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها. ففي جرائم الاتجار بالبشر تكون غاية الجاني من القيام بالأعمال المكونة للركن المادي هو استغلال الضحية، وهذا ما أشار إليه بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال في المادة الثانية فقرة (أ) "..... لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قهراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستبعاد أو نزع الأعضاء" وهذه المادة لم تعرف الاستغلال، بل تضمنت قائمة غير حصرية لصور الاستغلال، وقد سار على هذا الاتجاه أغلب القوانين الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر فنصت على اعتبار الباعث في جرائم الاتجار بالبشر هو استغلال الضحية<sup>(١)</sup>، وتبدو أهمية القصد في جرائم الاتجار بالبشر في أنه لازم لوجود الجرائم بالوصف المحدد في نص القانون، بحيث لو تخلف القصد الخاص يؤدي بالمقابل إلى تغيير الوصف القانوني للجرائم<sup>(٢)</sup>.

### ٣١- العقوبات المقررة لجرائم الاتجار بالبشر:

تنوعت العقوبات الواردة بالقوانين المعينة بمناهضة الاتجار بالبشر بين العقوبات السالبة للحرية والعقوبات المالية، فقد قررت المادة الخامسة من مكافحة الاتجار بالبشر المصري ٦٤ لسنة ٢٠١٠ عقوبة أصلية هي السجن المشدد، وعقوبة تكميلية وهي الغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه، أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر، فضلاً عن عقوبة المصادرة

(١) / ماجد حاوي علوان الربيعي، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢) / ماجد حاوي علوان الربيعي، مرجع سابق، ص ١٨١.

وهي مصادرة الأموال أو الأمتعة أو وسائل النقل أو الأدوات المتحصلة من الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها. وذلك مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية. وقد حرص المشرع المصري على عدم اعتبار العقوبات الواردة في القانون (٦٤ / ٢٠١٠) وجوبية للقاضي يلزم التقيد بها بل يجوز له طرح هذه العقوبات لتطبيق أي عقوبة أشد ترد في قانون آخر وذلك " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر.

وذات المسلك انتهجه كل من المشرع البحريني والعماني حيث قررت المادة الثانية من قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص البحريني رقم (١ / ٢٠٠٨) مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات، أو أي قانون آخر يعاقب بالسجن وبالغرامة التي لا تقل عن ألفي دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار كل من ارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص، وفي حالة الحكم الإدانة يلزم الجاني بدفع المصاريف بما فيها مصاريف إعادة المجني عليه إلى دولته إذا كان أجنبيًا، وتأمّر المحكمة في جميع الأحوال بمصادرة الأموال والأمتعة والأدوات وغيرها مما يكون قد استعمل أو أعد للاستعمال في ارتكاب الجرائم أو تحصل منها<sup>(١)</sup>.

أما فيما يتعلق بالمشرع العماني فقد قررت المادة الثامنة من القانون العماني رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر بأنه: " يعاقب كل من ارتكب جريمة الاتجار بالبشر بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف ريال ولا تزيد على مائة ألف ريال".

### ٣٢- صلة القرابة كظرف مشدد للعقوبة في جرائم الاتجار بالبشر:

باستقراء التشريعات العربية يسوغ القول إن المشرع الجنائي في غالبية تلك الدول جعل صلة القرابة ظرفاً مشدداً في العقوبة، ويعد هذا التوجه محموداً من جانب المشرعين لما تقتضيه صلة القرابة من ود وتراحم بين الأقرباء، إلا أننا في الوقت الحاضر أصبحنا نرى هؤلاء عديمي الضمير والإنسانية يتاجرون بأبنائهم أو زوجاتهم

(١) المادة الثانية من القانون رقم ١ / ٢٠٠٨ الخاص بمكافحة الاتجار بالأشخاص البحريني الصادر في ٩ يناير ٢٠٠٨

أو أي من أولى قرابهم غير عابئين إلا بالمال، من هنا كانت تلك التشريعات موقفة إلى حد كبير حينما قررت تشديد العقاب على الجناة من أولى القربى في جرائم الاتجار بالبشر فقد قرر المشرع الإماراتي<sup>(١)</sup> في المادة الثانية يعاقب بالسجن المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات كل من ارتكب أيًا من جرائم الاتجار بالبشر وقد حدد القانون هذه الجرائم في المادة الأولى من القانون ذاته وقد أورد حالات على سبيل الحصر تشدد فيها عقوبة الاتجار بالبشر فتصل إلى السجن المؤبد وهي ١- ٢..... ٣..... ٤..... ٥..... ٦..... إذا كان مرتكب الجريمة زوجًا للمجني عليه أو أحد أصوله أو فروع أو وليه أو كانت له سلطة عليه لأن مرتكب الجريمة هنا يكون قد استغل ماله من سلطة على المجني عليه ٧..... ٨....." (٢)

أما المشرع العماني فقد قرر تشديد العقوبة في جرائم الاتجار بالبشر إذا كان الجاني زوجًا للمجني عليه أو أحد أصوله أو فروع أو وليه أو له سلطة عليه هذا ما عبرت عنه المادة التاسعة من قانون مكافحة الاتجار بالبشر العماني (١٢٦ / ٢٠٠٨)، بقولها "يعاقب على جريمة الاتجار بالبشر بالسجن مدة لا تقل عن سبع سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف ريال ولا تزيد على مائة ألف ريال في أي من الحالات الآتية أ..... ب..... ج..... د..... إذا كان الجاني زوجًا للمجني عليه أو أحد أصوله أو فروع أو وليه أو كانت له سلطة عليه ....."

ويلاحظ أن المشرع العماني قد رفع الحد الأدنى والأقصى لعقوبة السجن إذا كان الجاني من أحد الأصول أو الفروع أو ولي أو له سلطة على المجني عليه من ثلاث سنوات إلى سبع سنوات، وكذا الأقصى من سبع سنوات إلى خمسة عشر عامًا، ورفع الغرامة في حده الأدنى من ٥٠٠٠ ريال عماني إلى ١٠٠٠٠ ريال عماني، لعل هذا يبرز مدى حرص المشرع العقابي العماني على مناهضة الاتجار بالبشر

(١) القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر  
(٢) أسماء احمد محمد الرشيد، الاتجار بالبشر وتطوره التاريخي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٧.

والضرب بقوة على كل الجناة وبصفة خاصة أقرباء المجني عليهم الذين نزعَت منهم المودة والرحمة تجاه أولى قريهم.

وإذا توجهنا لقاء المشرع البحريني فنجد أنه قرر في المادة الرابعة من القانون رقم (٢٠٠٨/١) بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص تشديد العقاب على جرائم الاتجار بالأشخاص، وجعل صلة القرابة ظرفاً مشدداً في العقاب حيث جاء نص المادة الرابعة كالتالي: "يعد ظرفاً مشدداً للعقوبة في جريمة الاتجار بالأشخاص ما يلي ١ ..... ٢ ..... ٣ ..... ٤ ..... إذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان المجني عليه خادماً عنده.

٥....." ويلاحظ أن المشرع البحريني قد شدد العقاب على الأصول دون الفروع، كما أنه لم يقصر التشديد على الأصول بل جعل متولى التربية والملاحظة أو من لهم سلطة على المجني عليه كالأصول في التشديد، ويحمد للمشرع البحريني تشديد العقاب أيضاً على من يقوم بالاتجار بالشخص الذي يعمل خادماً عند الجاني؛ لأن مُرتكب الجريمة في هذه الحالة يكون قد استغل ماله من سلطة على المجني عليه. أما فيما يتعلق بالمشرع المصري فقد شدد المشرع المصري عقوبة جرائم الاتجار بالبشر وفقاً للمادة السادسة، وجعلها السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل من مائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه في أي من الحالات الآتية أ.....ب.....ج..... إذا كان الجاني زوجاً للمجني عليه أو من أحد أصوله أو فروعه أو ممن له الولاية أو الوصاية عليه إذا كان مسؤولاً عن ملاحظته أو تربيته أو ممن له سلطة عليه....." تبرز هذه المادة حرص المشرع المصري على مناهضة الاتجار بالبشر، وذلك عبر تشديد العقاب على الجناة من أصول أو فروع المجني عليه، أو ممن له الولاية أو الوصاية أو المسؤولين عن الملاحظة والتربية، أو من له سلطة على المجني عليه؛ لأن هؤلاء لهم من السلطة على المجني عليه ما تمكنهم من القيام باستغلال المجني عليه حتى دون استعمال القوة أو العنف أو التهديد، لأنه في كنفهم ورعايتهم فإذا هم يقومون بمثل تلك الأفعال المشينة لذلك وجب التشديد.

## المبحث الثاني القراءة وأثرها في تخفيف العقوبة

٣٣ - تمهيد:

إذا كان للقاضي أن يستعمل سلطته التقديرية عند النطق بالعقوبة، إلا أنه دائماً يلتزم الحد الأدنى والحد الأقصى للعقوبة المقررين قانوناً، ومع ذلك قد يوجب المشرع القاضي أو يجيز له أن ينزل عن الحد الأدنى للعقوبة في حالات محددة، ويطلق على أسباب التخفيف التي يوجب المشرع على القاضي النزول عن الحد الأدنى للعقوبة الأعدار القانونية<sup>(١)</sup> والتي جاء في تعريفها بأنها: "أوضاع خصها المشرع بالنص الصريح، توجب تخفيف العقاب إلى أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً، متى توافرت أسباب أو وقائع أو صفات قانونية معينة"<sup>(٢)</sup>.

بمعنى آخر هي الظروف المنصوص عليها في القانون والتي تستلزم عند توافر شروطها تخفيف العقوبة المقررة قانوناً للجريمة، وهي بذلك تختلف عن الظروف المخففة التي يترك للقاضي فيها مطلق الحرية في تحديد أسبابها؛ لأن الأعدار المخففة محددة بنص القانون فهي تخضع لمبدأ الشرعية، فلا عذر مخفف إلا بنص ولا يقاس عليه<sup>(٣)</sup> معنى ذلك أن الأعدار القانونية واردة على سبيل الحصر، كما أن هناك فارق ثان بين كل من الأعدار القانونية والظروف المخففة يتمثل في أن التخفيف عند توافر العذر إلزامي للقاضي في حين أنه جوازي عند الظروف المخففة، ومعنى ذلك أن النوع الأول يعدل من نطاق سلطة القاضي باعتباره يستبدل بحدودها الأولى حدوداً جديدة، أما الظروف المخففة فيوسع من نطاق سلطة القاضي، باعتبار أن القاضي يظل محتفظاً بسلطته الأولى وهي أن يقضى بالعقوبة المقررة أصلاً، أو أن يقضى بعقوبة أخف تجاوز حدود هذه السلطة في حدها الأدنى<sup>(٤)</sup>.

و تقسم الأعدار القانونية إلى أعدار عامة وأخرى خاصة، أما الأعدار العامة هي التي يمتد أثرها إلى كل الجنايات حتى توافرت شروطها دون تمييز، ومثال ذلك

(١) د. أمين مصطفى محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٤٩١.  
(٢) د. عبد العزيز محسن، الأعدار القانونية المخففة من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ١٥.  
(٣) نقض جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٤٨، مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاماً رقم ٢٦ ص ٨٥٠.  
(٤) د. منحة عبد العزيز إبراهيم، قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للعقوبة و التدابير الاحترازية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٥٨.

عذر صغر السن فقررت المادة (١١١) من قانون الطفل<sup>(١)</sup> أن صغر السن هو ما بين الخمس عشرة سنة ولم يبلغ الستة عشرة سنة، وفي هذه الحالة إذا ارتكب الطفل جريمة عقوبتها السجن يحكم عليه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، ويجوز للمحكمة أن تقوم بإيداعه إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية مدة لا تقل عن سنة بدلاً من عقوبة الحبس، أما إذا ارتكب الطفل جنحة يجوز الحكم فيها بالحبس للمحكمة بدلاً من العقوبة المقررة أن تحكم بوضعه تحت الاختبار القضائي أو إيداعه إحدى دور الرعاية الاجتماعية، وترجع علة العذر المخفف في هذه الحالة إلى وجود قرينة قانونية للمسؤولية المخففة، ويرجع ذلك لحدائثة عمر الحدث وما يعتد به من نقص في الإدراك والخبرة<sup>(٢)</sup>.

أما الأعدار القانونية الخاصة وهي التي تتعلق بجريمة معينة ومثالها عذر الاستفزاز المنصوص عليه في المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري والتي جاء فيها " من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزنى بها، يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين (٢٣٤-٢٣٦) " بناءً على ما تقدم يتضح أن صلة القرابة قد تشكل عذراً قانونياً مخففاً يوجب على القاضي عند توافره تخفيف العقوبة، ولعل المثال الأبرز لذلك عذر الاستفزاز.

### المطلب الأول

#### العلاقة الزوجية وأثرها في تخفيف العقاب في جريمة القتل

القتل من أشنع الجرائم لما ينطوي عليه من إزهاق روح الإنسان، وما يمثله ذلك من اعتداء على أسمى حقوق الإنسان ألا هو حقه في الحياة، لذا أجمعت التشريعات السماوية والقوانين الوضعية على تجريم فعل القتل وتوقيع أقصى العقوبات على القاتل، وذلك عبر القصاص منه، كما هو الحال في الشريعة الإسلامية، لقوله تعالى: " وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ

(١) قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦.

(٢) نقض جلسة ١٠ مايو ١٩٥٣، مجموعة أحكام النقض، رقم ٦٦، ص ٤٦٢.

بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»<sup>(١)</sup> إلا أنه في حالات معينة تخفف بعض التشريعات العقاب على القاتل متى ارتكب جريمته هذه في ظروف تخفف من درجة عدوانه وقسوته، وتبرر بعض الشيء إقدامه على هذه الجريمة أو ما يدخل في نطاق البحث هو جريمة القتل التي تحدث بين الزوجين، فهناك قتل يحدث في ظروف غير عادية ومنها القتل حال التلبس بالزنا<sup>(٢)</sup>.

وتعد جريمة الزنا تطبيقاً واضحاً لعذر للاستفزاز، إذ إن العذر في تلك الجريمة هو الاستفزاز، وما يثيره في أعماق الفاعل من طعن في أعز ما يملك وهو شرفه، واعتباره، وهو ما يدفعه للرد على هذا العمل، فيكون له العذر في قتل زوجته ومن يزني بها<sup>(٣)</sup>.

#### ٣٤- موقف التشريع المصري والتشريعات المقارنة :

تعد أغلبية قوانين العقوبات العربية جريمة القتل المرتكبة من الزوج حال المفاجأة بالزنا مشمولة بالعذر المخفف من بين تلك التشريعات قانون العقوبات المصري في المادة (٢٣٧)، وقانون الجزاء الكويتي في المادة (١٥٣)، والفصل (٤١٨) من القانون الجنائي المغربي، والمادة (٢٧٩) من قانون العقوبات الجزائري.

#### ٣٥- التشريع المصري :

قررت المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات المصري<sup>(٤)</sup> بأنه: " من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها، يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين (٢٣٤-٢٣٦) " ومعنى ذلك أن من يقوم بمفاجأة زوجته وهي متلبسة بالزنا ويقوم بقتلها في الحال هي وشريكها أو أحدهما لا يعاقب عن جريمة القتل العمد، وهي جناية ولكن الجريمة رغم كونها قتلاً عمدياً إلا أنها مقترنة بعذر قانوني مخفف، وعليه يكون التخفيف هنا وجوبياً<sup>(٥)</sup>.

(١) سورة المائدة من الآية (٤٥).

(٢) د. محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية "دراسة مقارنة"، دار النيل للطباعة، بدون طبعة وتاريخ النشر، ص ١٤٨.

(٣) د. ماهر عيده شويش درة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الكتاب للطباعة و النشر، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٧٦.

(٤) المصادر ١٩٣٧

(٥) د. فتوح عبد الله الشانلي، الحقوق الإنسانية للمرأة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٩٤.

ولإيضاح الأثر المخفف لهذا الظرف يجب استعراض نص المادتين (٢٣٤، ٢٣٦) عقوبات المشار إليهما في المادة (٢٣٧ع)؛ حيث نصت المادة (٢٣٤ع) بأنه: " من قتل نفساً عمداً من غير سبق إصرار ولا ترصد يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد " وفقاً لهذه المادة فإن من قتل عمداً دون سبق إصرار ولا ترصد يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد كما نصت المادة (٢٣٦ع) بأنه " كل من جرح أو ضرب أحداً عمداً أو أعطاه مواد ضارة ولم يقصد من ذلك قتلاً ولكنه أفضى إلى الموت يعاقب بالسجن المشدد أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع"، وأما إذا سبق ذلك إصرار أو ترصد فتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن"، تتعلق هذه المادة بالضرب المفضي إلى موت حيث يعاقب الجاني بالسجن المشدد أو السجن، بينما وفقاً للمادة (٢٣٧ع) فإن الزوج رغم ارتكابه جريمة قتل عمداً، أو ضرب أفضى إلى موت، يعاقب بالحبس فقط (عقوبة الجنحة) وليس السجن المؤبد أو المشدد (عقوبة الجنائية) وهذا دون شك تخفيف للعقاب<sup>(١)</sup>.

يتضح من خلال نص المادة (٢٣٧) أن المشرع المصري اعتد بعذر الاستفزاز للزوج الذي يقتل زوجته حال تلبسها بالزنا هي ومن يزني بها، وذلك من خلال تخفيف العقوبة المفروضة عن تلك الجريمة بدلاً من العقوبات المنصوص عليها في جريمة القتل العمدي والإيذاء العمدي، ولكنه ميز في العقاب بين الزوج ووالد الزوجة أو أشقائها فهؤلاء يتأثرون بما يتأثر به الزوج من إحاق العار بهم أو المساس بشرفهم واعتبارهم ومع ذلك لم يقرر لهم المشرع العقابي المصري أي معاملة عقابية مختلفة.

ويثار تساؤل حول اشتراط صفة معينة في الجاني؟ تأتي الإجابة بالإيجاب في ظل قوانين العقوبات ( المصري، الكويتي، العراقي) حيث اشترطت هذه التشريعات أن يكون الجاني هو زوج المرأة التي فاجأها متلبسة بالزنا دون أن يمنح هذا الحق للزوجة، وبناءً على ذلك لو أقدمت الزوجة على قتل زوجها أو من يزني بها حال

(١) د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٥٠.

تلبسهما بالزنا تعتبر مرتكبة لجريمة قتل عمد، ويقرر لها العقاب المقرر لتلك الجريمة دون استفادة من العذر القانوني.

والواقع أن هذا الاتجاه تعرض إلى نقد حيث ذهب معارضوه إلى أن هذه التفرقة غير مبرره إطلاقاً، إذ يتعين على التشريعات التي تقصر هذا العذر على الزوج فقط أن تمدّه إلى الزوجة، ويعلل ذلك بأن الإهانة تلحق كلاً منهما لمجرد ارتكاب أي منهما لجريمة الزنا نتيجة للإخلال بعقد الزواج والأمانة المترتبة عليه<sup>(١)</sup>؛ لأن علة التخفيف هي الاستفزاز الذي يتعرض له الزوج حين يفاجأ بشريكة حياته متلبسة بالخيانة، والعلة ذاتها تتوفر لدى الزوجة التي تنفعل بشريك حياتها متلبساً بالزنا؛ لذلك كان من الملائم التسوية بين الزوجين في الاستفادة من عذر الاستفزاز في هذه الحالة<sup>(٢)</sup>.

ويحسب للمشرع المصري عدم مساواته بين الزوج وزوجته في إعمال هذا العذر القانوني المخفف؛ لأنه ربما تكون المرأة التي ضبطت مع زوجها هي الأخرى زوجته وهذا الزواج لم يعلن عند الزوجة الأولى، ويتصور هذا الأمر بشكل كبير في الدول التي تدين بالدين الإسلامي الذي يسمح بتعدد الزوجات، وليس معنى ما ننادى به هو وجود ثمة تفرقة بين الزوج والزوجة، وإنما نريد أن نبرر حالة واقعية متصور حدوثها خصوصاً في المجتمعات المسلمة.

### ٣٦- التشريع الكويتي:

قرر قانون الجزاء الكويتي مد الاستفادة من عذر الاستفزاز إلى غير الزوج حيث قررت المادة (١٥٣) من قانون الجزاء الكويتي<sup>(٣)</sup> بان ( من يفاجئ زوجته حال تلبسها بالزنا أو يفاجئ ابنته أو أمه أو أخته حال تلبسها بمواقعة رجل لها فيقتلها في الحال أو يقتل من يزني بها أو يقتلها معا يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وغرامة لا تجاوز ثلاثة آلاف روبية أو إحدى هاتين العقوبتين بدلا من العقوبة

(١) د. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٢) د. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص ٨٥.

(٣) قانون الجزاء الكويتي الصادر في ١٩٦٠.

المقررة لجريمة القتل العمد" يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الكويتي مد الاستفادة بهذا العذر لغير الزوج ( الأب- الابن - الأخ ).

### ٣٧- التشريع الإماراتي:

قررت المادة (٣٣٤) من قانون العقوبات الإماراتي<sup>(١)</sup> بأنه " يعاقب بالسجن المؤقت من فوجئ بمشاهدة زوجته أو ابنته أو أخته حال تلبسها بجريمة الزنا فقتلها في الحال أو قتل من يزني بها أو قتلها معاً ويعاقب بالحبس إذا اعتدى عليها أو عليها اعتداءً أفضى إلى موت أو عاهة، وتعاقب بالسجن المؤقت الزوجة التي فوجئت بمشاهدة زوجها حال تلبسها بجريمة الزنا في مسكن الزوجية فقتلته في الحال أو قتلت من يزني بها أو قتلتهما معاً وتعاقب بالحبس إذا اعتدت عليه أو عليها اعتداءً أفضى إلى موت أو عاهة، ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر ."

يتضح من خلال نص المادة (٣٣٤) من قانون العقوبات الإماراتي اختلافه عن قانون العقوبات المصري في العديد من الأوجه من هذه الأوجه تشديد المشرع الإماراتي العقوبة في حالة القتل حال التلبس بالزنا بأن جعل العقوبة هي السجن المؤقت وتكون العقوبة الحبس في حالة الضرب المفضي إلى الموت، ومعنى ذلك أن المشرع الإماراتي جعل عقوبة القتل حال التلبس بالزنا جنابية وتكون جنحة في حالة الضرب المفضي إلى موت أو عاهة مستديمة، ذلك عكس نظيره المصري الذي قرر في كل الأحوال عقوبة الجنحة سواء كان قتل عمد أو ضرب أفضى إلى موت أو عاهة مستديمة، ولم يقصر المشرع الإماراتي من ترتكب في شأنهم تلك الجريمة على الزوج أو الزوجة فحسب، بل قرر إمكانية الاستفادة من العذر في حالة وقوع تلك الجريمة على الابنة أو الأخت الزانية، وحسناً ما فعل المشرع الإماراتي من حظره حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر.

### ٣٨- التشريع السوري :

(١) رقم ٣ لسنة ١٩٨٧.

جاء في المادة (٥٤٨) من قانون العقوبات السوري<sup>(١)</sup> بأن: "المستفيد من العذر ..... من فاجأ زوجه أو أحد فروع أو أخته في جرم الزنا المشهود أو في صلات جنسية فحشاء مع شخص آخر فأقدم على قتلها أو إيذائها أو على قتل أو إيذاء أحدهما بغير عمد، ويستفيد مرتكب القتل أو الأذى من العذر المخفف إذا فاجأ زوجه أو أحد أصوله أو فروع أو أخته في حالة مريبة مع آخر " كما أن المشرع السوري وسع من نطاق المستفيدين من العذر فشمّل بجانب الزوج والزوجة أصول الجاني أو فروع أو أخته، واشترط للاستفادة من العذر .... من العقاب (المعفى) أن يكون القتل بغير عمد بمعنى أن يكون مجرد من الظروف المشددة كسبق الإصرار أو الترصد واشترطت كذلك وقوع فعل الزنا الفعلي وليس الحكمي لذلك استخدم لفظ الزنا المشهود أو صلات جنسية فحشاء، وهنا اختلف عن التشريع المصري الذي يستدل على وقوع الزنا بقرائن أو دلائل يغلب عليها الظن.

### ٣٩- التشريعات التي ألغت العذر في جريمة قتل الزوجة:

ألغت بعض قوانين العقوبات العربية العذر في جريمة قتل الزوجة أو إحدى المحارم عند تلبسها بالزنا نهائياً، ومن هذه القوانين قانون العقوبات التونسي الذي كان يقضى بأن الزوج القاتل لزوجته أو لمن وجدته معها، وهي بحالة الوقاع مشمول بالعذر المخفف في العقاب، وذلك في الفصل (٢٠٧) منه، وقد ألغى هذا الفصل نهائياً بموجب القانون (٧٢-٩٣) لسنة ١٩٩١؛ إذ صار الرجل الذي يقتل زوجته بعد هذا التعديل معرضاً لعقوبة الموت غير مشمول بالعذر المخفف للعقوبة، أما بالنسبة لقانون العقوبات اللبناني فقد ألغى المادة (٥٦٢) عقوبات وألغى العذر المخفف بموجب القانون رقم (١٦٢) في ١٧/٦/٢٠١١ وصارت جريمة القتل بدافع الشرف تخضع للأحكام المتعلقة بالقتل قصداً، بمعنى أن الجاني لم يعد له الاستفادة من العذر المخفف<sup>(٢)</sup>. كما ألغى المشرع الفرنسي الفقرة الثانية من المادة (٣٢٤) عقوبات

(١) قانون العقوبات السوري الصادر في ٢٢ حزيران ١٩٤٩.  
(٢) د. شاكر سليمان محمود، القتل بدافع الشرف في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ١٢٨.

فرنسي التي كانت تنص على عذر مفاجأة الزوجة متلبسة بالزنا وذلك بقانون الطلاق الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٥ وذلك تمثيلاً مع إلغاء تجريم الزنا وما دام الزنا غير مجرم فليس للزوج المخدوع أن يستفز أو يتألم<sup>(١)</sup>.

بناءً ما تقدم فإن التشريعات تباينت في العقوبة المقررة لجريمة القتل حال التلبس بالزنا، واختلف بين كون الاستفزاز عذر قانوني أو إخضاع الجاني للقواعد العامة لجريمة القتل، وبين رأى أن الاستفزاز عذر قانوني لأن من يفاجأ بزوجه أو إحدى محارمه في حالة تلبس بالزنا يكون فوجئ بما يؤذيه بأعز ما يملك في عرضه وشرفه واعتباره<sup>(٢)</sup> ويجدر بالمشرع المصري إجراء تعديل تشريعي يسمح بإضافة من يتوافر في حقهم عذر الاستفزاز كالأب والأخ دون أن يمنح هذا الحق للابن لأنه من غير المسموح للابن أن يقتل أمه شرعاً.

#### ٤٠ - شروط إعمال العذر المخفف

باستقراء المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري يتبين أنه لإعمال العذر الموجب لتخفيف العقوبة لابد من توافر شروط بعضها متعلق بصفة الجاني، والثاني متعلق بعنصر المفاجأة، والثالث بفعل الاعتداء الواقع من الزوج على زوجته وبيان ذلك فيما يلي:

#### ٤١ - صفة الجاني:

يتطلب القانون في مرتكب جريمة القتل حال التلبس بالزنا ليستفيد من العذر المخفف للعقاب أن يكون زوجاً للمرأة الزانية، سواء كان هذا الزواج رسمياً أو عرفياً ويقصد بالزوج هو الشخص الذي يرتبط بعلاقة زواج بامرأة تحل له شرعاً، ويرجع في ثبوت صفة الزوج أو نفيها إلى قوانين الأحوال الشخصية، فإذا كان الزواج فاسداً فلا يستفيد من نص المادة (٢٣٧) عقوبات مصري وذلك كمن تزوج بإحدى محارمه، ويلزم أن يكون عقد الزواج صحيحاً مستوفياً جميع أركانه، وهذا ما ذهبت إليه محكمة

(١) د. محمد عبد الشافي إسماعيل، عذر الاستفزاز في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢١.  
(٢) د. أحمد كامل سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، الدار البيضاء للطباعة، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٥٨.

النقض المصرية حيث قضت (يُشترط لقيام الزوجية أن يكون عقد الزواج صحيحاً فلا يقع الزنا إن كان العقد باطلاً) <sup>(١)</sup>، كما أنه يلزم أن تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الجاني والمجني عليه وقت ارتكاب جريمة القتل، ولا يختلف الحال إذا كان طرفا العقد مسلمين أو مسيحيين أو هو مسلم وهي من أهل الكتاب، المهم أن تكون علاقة الزوجية قائمة وقت ارتكاب جريمة القتل أو الاعتداء، ولهذا لا ينطبق العذر على الخطيب إذا فاجأ خطيبته حال تلبسها بالزنا، ولا الخليل إذا ضبط خليلته مستسلمة لوقاع غيره حتى لو كان ذلك في منزل أعده لها لأن في الحالتين ليس هناك عقد يسبغ على الجاني صفة الزوج، وكذلك الشأن في حالة انقضاء الزواج بالموت أو التفريق أو الطلاق البائن <sup>(٢)</sup>، أما الطلاق الرجعي فلا يفقد الرجل صفته حتى تكتمل عدة المرأة دون رجعتها <sup>(٣)</sup>.

ويعد هذا العذر شخصي في القانون المصري فلا يستفيد منه سوى الزوج الذي يفاجئ زوجته حال تلبسها بالزنا فقتلها هي ومن يزني بها <sup>(٤)</sup>، لذلك لا يسرى هذا العذر على أقارب الزوجة ولا أقارب الزوج ولا أصدقائه الذين قد يتأرون لشرفه في غيابها <sup>(٥)</sup>. بمعنى حصر نطاق المستفيد من عذر الاستفزاز على الزوج المطعون في شرفه واعتباره دون سواه. وعملاً بالقواعد العامة في المساهمة الجنائية والتي تقضي بأن الفاعل لا يتأثر بظروف الشريك ولو كان عالماً بها لأن الشريك يستمد إجرامه من إجرام الفاعل، وقاعدة أن الشريك لا يتأثر بالأحوال الخاصة بالفاعل إلا إذا كان عالماً بها، وقاعدة أن الأحوال الخاصة بأحد الفاعلين لا يتعدى أثرها إلى غيره منهم. وتطبيقاً لهذه القواعد في نطاق هذا العذر نجد أن الزوج إذا ارتكب القتل وساهم معه فاعل آخر فإن الزوج يستفيد من العذر المخفف، وأما الفاعل الآخر فلا يستفيد بل

<sup>(١)</sup> نقض ٣ فبراير ١٩٥٣، مجموعة أحكام النقض ٥٤، رقم ١٧٩، ص ٤٦٩

<sup>(٢)</sup> د. عوض محمد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مطبعة الثقافة الجامعية، ١٩٨٥، ص ٩٩.

<sup>(٣)</sup> د. محمد زكي عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٥٣٦. ص ٦٣٥.

<sup>(٤)</sup> الطعن رقم ١٥٠٢ جلسة ١٥ أكتوبر ١٩٤٣، حسن الفكهاني، عبد المنعم حسن، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، الإصدار الجنائي، ج ١٠، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٥١.

<sup>(٥)</sup> د. عبد المهيمن بكر سالم، القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الأشخاص والممتلكات، دار النهضة العربية، ١٩٧٠، ص ٩٩.

يسأل عن جنابة القتل العمدي، وفي حالة ما إذا ارتكب الزوج قتل زوجته وشريكها أو أيهما وساهم معه شخص آخر كشريك فالزوج يستفيد من العذر أما شريكه فلا يستفيد من العذر إلا إذا كان عالمًا بتوافر شروط العذر (١) .

أما إذا كان دور الزوج كشريك وأن الذي ارتكب القتل شخص آخر كفاعل فإن الزوج لا يستفيد من العذر لأن نص المادة ٢٣٧ عقوبات الذي يقرر العذر يفترض أن الزوج فاعل وليس شريكاً، كما أن الفاعل لا يستفيد من العذر المخفف لأنه لا يستمد إجرامه من إجرام الشريك بل على العكس كما أن الفاعل لا يتأثر بأحوال الشريك ولو كان عالمًا بها وفي الحالة الأخيرة تترتب نتيجة شاذة تأبأها العدالة وهي أن الزوج المخدوع إذا كان فاعلاً في القتل عوقب بالحبس وإذا كان مجرد شريك في القتل عوقب بالسجن المؤبد أو المشدد. لذلك نهيب بالمشرع التدخل لعلاج هذا الوضع الشاذ (٢) .

٤٢ - مفاجأة الزوجة حال تلبسها بالزنا:

ينقسم هذا الشرط إلى عنصرين:

الأول: المفاجأة.

الثاني: قيام حالة التلبس بالزنا.

(أ) المفاجأة: تتحقق المفاجأة حينما يكون الزوج واثقاً كل الثقة في نقاء سلوك زوجته واستثنائه بها لنفسه، وحينما يكون واثقاً من عفة محرمه عن ارتكاب الرذيلة ومع ذلك يفاجأ وهو غافل بوجود زوجته في حالة تلبس بالزنا، أو الوجود في فراش واحد مع الشريك (٣)، أما لو كان الزوج لديه مجرد شك في سلوك زوجته دون أن يصل إلى حد اليقين بخيانتها وارتكابها الزنا، وراقبها ليتأكد من سلوكها فإذا به يضبطها متلبسة بالزنا فيقتلها، فإنه يستفيد من العقوبة المخففة لتوفر المفاجأة لديه (٤).

(١) د. محمد عبد الرؤوف محمود أحمد، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٣٠.

(٢) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٤١٨.

(٣) درزوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٨٨.

(٤) دياسر للمعي، قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، بدون دار نشر، ص ٢٠٩.

معنى ذلك أنه لا تلازم بين عنصر المفاجأة وانتفاء سبق الإصرار، فالقاتل الذي يشك في سلوك زوجته ويصمم على قتلها إن هو ضبط أحدهما متلبساً بالزنا يستفيد من عذر التخفيف<sup>(١)</sup> إلا أن المفاجأة تنتفي حين يكون الزوج واتقاً من خيانة زوجته، فيتصنع الغفلة أو يعمل الحيلة فيسترجعها هي وعشيقتها حتى إذا ضبطتهما متلبسين بالزنا وقتلها أو قتل أحدهما ففي هذه الحالة يكون الدافع للقتل هو الانتقام وليس الانفعال، ولا يتطلب القانون أن يشاهد الزوج زوجته متلبسة بالزنا في منزل الزوجية، حتى يستفيد من العذر إذا قتلها، فهو يستفيد من العذر إن كان زناها في خارج منزل الزوجية وقتلها حين فاجأها بالزنا في المكان الذي ارتكب فيه<sup>(٢)</sup>.

### (ب) قيام حالة التلبس بالزنا:

يقصد بذلك أن يقوم الزوج بضبط زوجته حال تلبسها بالزنا هي ومن يزني بها، بمعنى أن تكون الزوجة في حالة تلبس بالزنا ولا يشترط لحالة التلبس أن يشاهد الزوج جريمة الزنا أثناء ارتكابها بالفعل أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة، وإنما يكفي أن يشاهد الزوجة وشريكها في ظروف تنبئ بذاتها وبطريقة لا تدع مجالاً للشك في أن الزنا قد وقع كحالة مشاهدة الزوج رجلاً متخفياً تحت السرير وخالِعاً لحذائه، وكانت زوجته عند قدومه لا شيء يستر جلد ما بين الثديين أو حالة دخول الزوج على الزوجة وشريكها فإذا هما بغير سراويل وملابسهما الداخلية بجوار بعض وحاول الشريك الهرب عند رؤيته<sup>(٣)</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه: " لا يشترط في التلبس الدال على الزنا أن يشاهد الزاني، وقد ارتكب الفعل أو عقب ارتكابه ببرهة يسيرة، بل يكفي لقيام التلبس أن يثبت أن الزانية وشريكها، قد شوهدا في ظروف لا تجعل مجالاً للشك عقلاً في أن الجريمة قد ارتكبت فعلاً"<sup>(٤)</sup>.

ويجدر التنويه بأن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة واسعة في تكييف الوضع

(١) المستشار / إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات، الطبعة الثانية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، المجلد الثالث، ٢٠٠٦، ص ٤١٢.

(٢) د. فتوح عبد الله الشانلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص ٨٨.

(٣) د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار المعارف، ١٩٥٨، ص ١٨٧، ١٨٨.

(٤) تقض ٩ ديسمبر ١٩٣٥، مجموعة القواعد القانونية، ج٣، رقم ٤٠٩، ص ٥١٣؛ تقض ١٩ مايو ١٩٤١، مجموعة القواعد القانونية، ج٥، رقم ٢٥٩، ص ٤٧١.

الذي فوجئت فيه الزوجة، وهل يعد تلبساً بالزنا من عدمه؟

#### ٤٣ - القتل في الحال:

يشترط في القتل الذي يقع من الزوج على زوجته أو على شريكها في الزنا أو كليهما أن يحدث في الحال بمعنى أن يقع القتل فور مفاجأته لزوجته (أو زوجها) متلبساً بالزنا وفقاً لمعناه في هذه الجريمة<sup>(١)</sup>. ولا يحول دون ذلك مرور فترة زمنية يبحث فيها الزوج عن سكن في منزل مجاور ليرتكب به جريمته طالما ظلت ثورته النفسية قائمة نتيجة لهول المفاجأة وفضاعة المشهد<sup>(٢)</sup>، أما إذا هدأت ثائرة الزوج وارتكب القتل بعد ذلك فلا محل لتمتعه بميزة التخفيف معنى ذلك أنه إذا شاهد الزوج فعل الزنا فصرف نظره عن إحداث القتل ولو مؤقتاً انتفى الشرط ونكون أمام جريمة قتل منتفى فيها الظرف المخفف، وقد أبرز المشرع ذلك المعنى بوضوح حيث قال " وقتلها في الحال هي ومن يزني بها " وذلك لأن سبب العذر وعلته هي حالة الانفعال الطارئة أثر المفاجأة<sup>(٣)</sup>، وتقدير حصول الفعل في الحال من عدمه هو مسألة متروكة لقاضي الموضوع وذلك في ضوء الظروف المطروحة.

#### ٤٤ - عقوبة جريمة القتل بعذر الاستفزاز:

باستعراض النصوص التشريعية سألفة الذكر فإنه يتبين أنه وإن كانت غالبية التشريعات قد عاقبت على الجريمة (القتل بعذر الاستفزاز) بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجنابة إلا أنها اختلفت في تقدير العقوبة<sup>(٤)</sup>.

### المطلب الثاني

#### قتل الأم لوليدها لدرء العار

عرفت الحضارة القديمة قتل الأطفال حديثي الولادة، ولم تكن تعاقب عليه أساساً، ففكرة قتل الأطفال حديثي الولادة ليست وليدة اليوم والأمس القريب، بل هي موعلة في القدم. فنجد أن الحضارات القديمة عرفت هذا النوع من القتل ولم تكن

(١) د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢) د. حسنين إبراهيم عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٨٨.

(٣) د. عبد المهيم بكر، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٤) د. عبد الله عبد الحفيظ عبد الله الحلاج، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

تعاقب عليه أساساً، ففي العصور القديمة كان الأب مالِكاً لأبنائه، فكان من حقه تقديمهم كقرابين للآلهة، كما كان من حقه قتل الضعفاء منهم، وهذا ما كان معمولاً به في إسبرطة، كما أقره فلاسفة اليونان حيث قضت تعاليمهم بوجود التخلص من العناصر الضعيفة في بدء حياتهم حتى يظل المجتمع قوياً الأمر الذي جعل هذا النظام سائداً في كل من روما وأثينا كما اتخذت فكرة قتل الأطفال حديثي الولادة كوسيلة لتنظيم النسل وحفظ التوازن بين السكان<sup>(١)</sup>.

واشتهرت لدى العرب قبل الإسلام ظاهرة وأد البنات، كما كانوا يُبدون الأبناء خشية الإملاق (الجوع)، ولكن مع ظهور الإسلام جرم تلك الأفعال المشينة، ونهى عن تلك الممارسات الوحشية ويدل على ذلك قوله تعالى "وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ \* بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ" <sup>(٢)</sup> وقوله تعالى "وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا" <sup>(٣)</sup> فقد فرضت الشريعة الإسلامية حماية حق الإنسان في الحياة عموماً، وبصفة خاصة الأطفال حديثي الولادة؛ لأن الطفل مخلوق ضعيف عاجز عن رد الاعتداء.

#### ٤٥ - ماهية جريمة قتل الأم لوليدها درءاً للعار:

قتل الأم لوليدها درءاً للعار في الأصل هو جريمة قتل، والقتل هو اعتداء على حياة إنسان بفعل يؤدي إلى وفاته<sup>(٤)</sup>، أما العار في الجريمة، هو الفضيحة التي تلحق بالأم بعد أن تجسدت لها هذه الفضيحة في صورة طفل، لا يعدو أن يكون الثمرة الدنيئة لعلاقة آثمة، وعليه يمكن تعريف جريمة قتل الأم لوليدها درءاً للعار بأنها "قيام الوالدة سواء أكانت متزوجة أو غير متزوجة بارتكاب سلوك إجرامي من شأنه إنهاء حياة وليدها غير الشرعي - الحديث الولادة - والذي حملت به سفاحاً (أي كان نتيجة علاقة جنسية غير مشروعة) وذلك لتجنب لعنة العار والفضيحة التي تلحقها

(١) د. هلالى عبد اللاه أحمد، الإجهاض و قتل الأطفال حديثي الولادة كأهم مظاهر إجرام النساء، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٢٨٠، ٢٨١.

(٢) سورة التكاوير، الآية ٨.

(٣) سور الإسراء، الآية ٣١.

(٤) د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢١٤.

بعد أن تجسدت لها في صورة طفل<sup>(١)</sup>.

٤٦ - موقف التشريعات العربية من جريمة قتل الطفل حديث الولادة درءاً للعار:

لم يتعرض المشرع العقابي المصري لجريمة قتل الأم لوليدها درءاً للعار، وإخضاعها للقواعد العامة لجريمة القتل، واعتبر المشرع المصري العدوان على حياة طفل حديث العهد بالولادة جريمة قتل عادية، ولم يجعل لصفة الأمومة في تلك الجريمة أي تأثير على العقوبة، إلا أن بعض التشريعات خففت من العقوبة المقررة لجريمة قتل الأم لوليدها درءاً للعار بما يجعلها غير متناسبة تماماً مع حجم الجريمة وما تمثله من إزهاق لروح إنسان، فقررت المادة (٥٥١) من قانون العقوبات اللبناني<sup>(٢)</sup> بأنه " يُعاقب بالاعتقال المؤقت الوالدة التي تقدم انقواءً للعار على قتل وليدها الذي حملت به سفاحاً " فالعقوبة لا تقل عن خمس سنوات إذا وقع الفعل عمداً أما المشرع السوري فقد قرر في المادة (٥٣٧) من قانون العقوبات السوري<sup>(٣)</sup>، بأنه تُعاقب بالاعتقال المؤقت الوالدة التي تقدم انقواءً للعار على قتل وليدها الذي حملت به سفاحاً، ولا تنقص العقوبة عن خمس سنوات إذا وقع القتل عمداً<sup>(٤)</sup>.

و إذا توجهنا لقاء المشرع الأردني فقد قرر في المادة (٣٣٢) من قانون العقوبات الأردني<sup>(٥)</sup> بأنه " تُعاقب بالاعتقال مدة لا تقل عن خمس سنوات الوالدة التي تتسبب انقواءً للعار بفعل أو ترك مقصود في موت وليدها من السفاح عقب ولادته "

أما المشرع الكويتي فقد قرر في المادة (١٥٩) من قانون الجزاء الكويتي<sup>(٦)</sup> بأنه: " كل امرأة تعمدت قتل وليدها فور ولادتها دفعاً للعار، تُعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين " من خلال نص المادة يتضح أن المشرع الكويتي أوجب أن يتم القتل فور الولادة، أو خلال مدة قصيرة من ولادته وأن يكون الدافع للقتل هو دفع العار أما

(١) د. شاكر سليمان محمود، مرجع سابق، ص ١٦٠

(٢) رقم ٤٣٠ لسنة ١٩٤٣

(٣) رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٩

(٤) د. علي محمد جعفر، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٧، ص ١٠٨.

(٥) قانون العقوبات الأردني ١٦ لسنة ١٩٦٠

(٦) الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠

المشرع الجزائري قد قرر في المادة (٢٦١) "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو ..... ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت قاتلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة" ويلاحظ أن المشرع العقابي الجزائري قصر الاستفادة من تخفيف العقاب على هذه الجريمة على الأم دون سواها من المساهمين أو من اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة.

#### ٤٧- شروط جريمة قتل الأم لوليدها لدرء العار:

يتعين لتطبيق العذر المخفف على الأم التي تقدم على قتل وليدها دراءً للعار توافر مجموعة من الشروط بعضها متعلق بصفة الجاني والأخرى متعلقة بالمجني عليه وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً- ارتكاب القتل العمد:

لابد من ارتكاب جريمة القتل بكل أركانها، وعليه فإن أعمال الضرب والجرح، وإن أدت للوفاة فهي غير خاضعة لأحكام العذر المخفف في هذه الحالة، وكذلك القتل الخطأ؛ فالأم التي تهمل في رعاية طفلها ويؤدي الإهمال إلى وفاة طفلها لا تقوم مسؤوليتها وفقاً لهذا النص، بل تسأل عن جريمة قتل خطأ؛ معنى ذلك أنه يشترط أن تكون هناك جريمة قتل عمدية، ولا فرق بين أن يكون السلوك المفضي إلى الوفاة إيجابياً كان أو سلبياً، فالأم التي تمتنع عن إرضاع وليدها بقصد قتله دراءً للعار تحقق مسؤوليتها<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً- صفة الجاني:

يشترط لقيام الجريمة صفة معينة في الجاني، وهي أن تكون أماً للمجني عليه، غير أن هناك تشريعات لم تقصر الاستفادة من التخفيف في العقوبة إذا كان الجاني

(١) د. ممدوح خليل البحر، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة والعلاقة البدنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، ٢٠٠٣، ص ٢١٨.

الأم فقط وإنما مدت الاستفادة إلى أشخاص آخرين، من ذلك ما قرره قانون العقوبات الليبي<sup>(١)</sup>، والذي جاء في مادته (٣٧٣) بأنه " يُعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سبع سنوات كل من قتل حفظاً للعرض طفلاً فور ولادته مباشرة أو قتل جنيناً في أثناء الوضع إذا كان القاتل هو الأم أو أحد ذوى القربى، ويكون عرضة للعقوبة ذاتها كل من اشترك في الفعل وكان قصده الأوحد مساعدة أحد الأشخاص المذكورين في حفظ العرض، وفي سائر الأحوال الأخرى فيعاقب من اشترك في الفعل مدة لا تزيد عن عشر سنوات " ويلاحظ أن المشرع الليبي قرر مد الاستفادة من التخفيف في العقاب إلى ذوى القربى فضلاً عن الأم، وكذلك لكل من اشترك في الفعل وكان قصده الأوحد هو مساعدة أحد الأشخاص في حفظ العرض.

### ثالثاً- صفة المجني عليه في جريمة قتل الأطفال حديثي العهد بالولادة:

لكي تستفيد الأم من العذر المخفف الناشئ عن قتلها لطفلها اتقاءً للعار لا يكفي أن يكون الطفل غير شرعي، بل يشترط أن يكون حديث عهد بالولادة، ويستوي أن يكون ذكراً أو أنثى مشوهاً أو كامل الخلق، فكل ما يشترط أن يكون الطفل حديث العهد بالولادة، ولكي يتوافر هذا الشرط - يجب إتمام عملية الولادة، فالحركة والتنفس والصراخ والبكاء في عملية الولادة كلها أمارات ودلائل على أن الوليد حي وانفصل عن أمه لتلقى الأثر الخارجي مباشرة بدون وساطة لأم<sup>(٢)</sup>، وكذلك لا بد أن يكون الطفل حديث العهد بالولادة قد ولد حياً، لأن الحياة صفة واجبة في كافة جرائم القتل، وعلى ذلك نستبعد الطفل الذي ولد ميتاً من نطاق الجريمة نخلص إلى أنه لا بد حتى نكون بصدد تلك الجريمة أن يكون هناك مولود حديث العهد بالولادة وأن يكون هذا المولود انفصل حياً، وهذا الأمر غاية في الأهمية؛ وذلك لتميز جريمة قتل الأم لوليدها لدرء العار عن جريمة الإجهاض، فحياة الطفل تبدأ منذ انفصاله حياً عن بطن أمه، إلا أن هناك اختلاف حول بداية الحياة لهذا الطفل، هل هي بالاستهلال أم بالرضاعة أو أي

(١) قانون العقوبات الليبي، رقم ٤٨ لسنة ١٩٥٣

(٢) د. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال في قانون العقوبات الأردني، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن، ١٩٨٧، ص ٧٠، ٧١

أمانة من الإمارات التي تعلم بها الحياة<sup>(١)</sup>.

رابعاً- أن يكون الحمل قد حصل سفاحاً:

يشترط أن تكون الأم قد حملت بالمولود سفاحاً، ويعنى ذلك أن يكون هذا الحمل ثمرة اتصال جنسي غير مشروع، وهو يشمل كل علاقة آثمة بين ذكر وأنثى سواء كانت تلك الأنثى متزوجة أو مطلقة أو أرملة أو بكراً، ويتصور أن تكون المرأة متزوجة وعلى ذمة رجل لكنها على علاقة غير شرعية مع عشيقها أو خليلها وحملت منه، فهذا يعنى أن الوليد غير شرعي سواء كان ثمرة الزنا أو السفاح أو الاغتصاب سواء كان بالرضا كالزنا أم بالإكراه كالإغتصاب<sup>(٢)</sup>.

ولابد أن تكون الأم أو أولى القربى في جميع الأحوال يستهدفون من وراء فعل القتل هذا إنقاذ سمعة الأسرة أو دفع العار عنها. لذا ينبغي للأم أن يكون دافعها دفاعاً عن شرفها وسمعتها، ويُعد هذا الباعث الحقيقي وراء موقف التشريعات التي جعلت من قتل الوليد حديث العهد بالولادة عذراً يخفف العقوبة، إذ يجب أن يكون الدافع إلى القتل في هذه الحالة انتقاء العار الذي يجلبه ميلاد الطفل إذا بقي على قيد الحياة؛ لأن الأم قد حملت به عن طريق اتصال جنسي خارج عن نطاق العلاقة الزوجية، بحيث إذا تخلف هذا الشرط امتنع تطبيق أحكام هذا العذر، فإذا وقع القتل بدافع العوز والفاقة أو أن يكون المولود مشوهاً أو مريضاً، أو أن الأم معروفة في محيطها الاجتماعي بممارسة البغاء، أو مجاهرتها علناً بحملها السفاحي فإنها لا تستفيد من هذا العذر<sup>(٣)</sup>.

يتضح أن الدافع وراء ارتكاب الأم هذه الجريمة النكراء هو الستر ودفع العار الذي تلصقه بها عملية الولادة.

#### ٤٨ - العقوبة:

باستقراء موقف التشريعات التي تبنت تخفيف العقاب على الأم التي تقتل

(١) د. عبد الفتاح بهيج عبد الدايم علي العواري، جريمة خطف الأطفال والأثار المترتبة عليها بين الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٣٣.

(٢) د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٢٦٨.

(٣) د. محمود نجيب حسنى، الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، دار غريب للطباعة، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ١٨١.

وليدها درءاً للعار فنجد أنها تبينت من حيث قصر الاستفادة من تخفيف العقاب على الأم ومن تلك التشريعات التشريع العقابي الجزائري (٢٦١) قصرت التخفيف على الأم دون غيرها من ذوي القربى أو المساهمين أو الشركاء في الجريمة، وهناك تشريعات وسعت من نطاق المستفيدين بالعدر المخفف لتشمل غير الأم أي شخص تربطه قرابة مباشرة كالزوج أو الأب أو الأخ متى كان قاصداً المساعدة في حفظ فقط العرض المادة (٣٧٣) قانون العقوبات الليبي.

### المبحث الثالث

#### صلة القرابة كمانع للعقاب

٤٩ - تمهيد:

جعل المشرع العقابي لصلة القرابة أثراً هاماً في استحقاق العقاب من عدمه فقد جعلها المشرع في حالات معينة مانعاً من العقاب متى كان الجاني أحد أولي القربى. ويقصد بموانع العقاب أسباب لا تمحو الجريمة وإنما ترفع العقاب ذلك أن في القانون حالات قدر فيها المشرع أن المصلحة الاجتماعية التي تبرر رفع العقوبة تعلقو على تلك التي توجب توقيعها. فسندها المنطقي إذن هو اعتبارات المنفعة الاجتماعية<sup>(١)</sup>، معنى ذلك أن موانع العقاب تفترض توافر أركان الجريمة واكتمال المسؤولية الجنائية عنها وبالتالي استحقاق العقاب غير إن المشرع يرى لاعتبارات تتعلق بحسن السياسة الجنائية إعفاء بعض الأشخاص من العقاب<sup>(٢)</sup> وترتب على ذلك أن الإعفاء من العقاب لا يمنع من المسؤولية المدنية إذا توافرت شروطها إذ لازال الفعل غير مشروع، فضلاً عن أن القواعد المانعة للعقاب واردة في القانون الجنائي على سبيل الحصر لذلك يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً حتى لا يجاوز النطاق الذي أراده المشرع الجنائي<sup>(٣)</sup>.

ومن بين الجرائم التي يعتد بصلة القرابة كمانع من العقاب جرائم السرقة بين

(١) د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات نظرية الجريمة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٣٢٧.

(٢) د. أحمد شوقي عمر أبو خضرة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٤٠.

(٣) د. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات القسم العام، الجزء الأول "النظرية العامة للجريمة"، بدون دار نشر، ١٩٩٤، ص ٣٠٢-٣٠٣.

الأصول والفروع والأزواج، وهذا مسلك العديد من التشريعات المقارنة ومن أبرزها التشريع الفرنسي الذي أخذ بهذا المانع كأثر تلك الرابطة الأسرية في قانون العقوبات الفرنسي المادة (٢/٣٨٠/عقوبات فرنسي) (١٢/٣١١ عقوبات فرنسي جديد) ويمتد هذا المانع إلى السرقة والنصب وخيانة الأمانة بين الأصول والفروع<sup>(١)</sup>، ولا يفوتنا ونحن بصدد عرض موقف التشريعات المقارنة التي قررت مانع العقاب على جريمة السرقة الواقعة بين الأصول والفروع والأزواج أن نتعرض لموقف الفقه الإسلامي لبيان أثر صلة القرابة على عقوبة السرقة وفيما يلي بيان ذلك من خلال.

### المطلب الأول

#### صلة القرابة وأثرها على العقوبة في جريمة السرقة في الفقه الإسلامي

قررت الشريعة الإسلامية حرمة المال وصيانتها من أن تمتد إليه يد الغير بدون وجه حق، وجاءت العديد من الأدلة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة لتؤكد على حرمة الأخذ من المال بدون وجه حق، وتجريم السرقة، واتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على أن لصلة القرابة بين السارق والمسروق منه تأثير في إسقاط الحد عن السارق، وإن اختلفوا في القرابة المسقط للحد وفيما يلي بيان ذلك بشيء من التفصيل:

#### ٥٠ - سرقة الوالد من ولده:

أجمع الفقه<sup>(٢)</sup> إلى أن الوالد لا يقطع بالسرقة من مال لولده، سواء كان الوالد أباً أم جدًا من قبل الأب أم من قبل الأم وإن علا. أم أما أم جده من قبل الأم أم الأب وإن علون، والدليل على ذلك قوله تعالى "لَيْسَ عَلَى النَّاعِمِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ"<sup>(٣)</sup> ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أنها رتبت القرابات فبدأت ببُيُوتِ الْأَبْنَاءِ

(١) Jean, Jarguier-droit pénal spécial, Dalloz-11-éd., 2000.p.262

(٢) بدائع الصنائع ج ٧، مرجع سابق، ص ١٧٠؛ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت، ج ٢، ص ٢٣٨؛ المهذب في فقه الإمام الشافعي أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت، ج ٢، ص ٢١٨؛ مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوبي الرحباني، المكتب الإسلامي دمشق، ١٩٦١، ج ٦، ص ٢٤٢.

(٣) سورة النور الآية ٦١.

والأزواج، ولم تذكرهم بل أن الآية الكريمة نقول: " من بيوتكم "فيدخل فيها بيت الابن وبيت الزوج فبيت الابن بيت لأبيه .وفى هذا دلالة على أن بيوت الأولاد كبيوت الشخص نفسه<sup>(١)</sup>.

وجاء في السنة النبوية المطهرة: "أن رجلاً جاء إلى رسول الله ( صلى الله عليه وسلم) فقال إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال (صلى الله عليه وسلم): أنت ومالك لأبيك" <sup>(٢)</sup>.

وهديا بما سبق من أدلة فإن القرابة التي بين الوالد وولده توجب على الولد الإنفاق على والده؛ ويظهر من خلال تلك الأدلة التي ساقها جمهور الفقهاء إن الوالد لا يقطع بسرقة مال ولده لوجود شبهه للملك للأصول في أموال فروعهم.

#### ٥١ - حكم سرقة الولد من والده:

اختلف الفقه:

الرأي الأول/ ذهب الحنفية<sup>(٣)</sup> والشافعية<sup>(٤)</sup> والحنابلة<sup>(٥)</sup> إلى أنه لا يقطع الولد بالسرقة من مال والده، ودليل هذا الرأي أن للابن شبهةً في مال الأب؛ لأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال<sup>(٦)</sup> وقوله تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"<sup>(٧)</sup> حيث أوجبت الآية الكريمة أن نفقة المولود الصغير المعسر واجبة على والديه، وهذا يثبت لهم حقاً في مال والديهم<sup>(٨)</sup>.

الرأي الثاني/ ذهب المالكية<sup>(٩)</sup> إلى أن الولد يقطع بسرقة مال والده.

و استدلووا لعموم قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما"<sup>(١٠)</sup> كذلك

(١) تفسير القرآن لابن كثير، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ ١٩٩٨، ج٣ ص٣٧١، في ظلال القرآن بن قطب، الطبعة الأولى، دار الشروق القاهرة، ١٤٢٥ - ٢٠٠٤، ج٤، ص ٣٥٣٣.

(٢) سنن ابن ماجة، أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، الشهير بابن ماجة، تخريج وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، بدون سنة نشر، ص٣.

(٣) بدائع الصنائع ج٧، مرجع سابق، ص ٧٥

(٤) المهذب ج٢، مرجع سابق، ص ٢٨١

(٥) مطالب أولى النهى، ج٦، مرجع سابق، ص ٢٤٢

(٦) المهذب، ج ٢، مرجع سابق، ص ٢٨١

(٧) سورة البقرة، الآية ٢٣٣

(٨) التفسير، الشيخ محمد على الصابوني، دار الصابوني للطباعة و النشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ ١٩٩٧، ص١٣٥

(٩) بداية المجتهد، مرجع سابق، ج٢، ص٣٣٨

(١٠) سورة المائدة، الآية ٣٨

فإن الابن إذا سرق من مال أبيه أو مال جده فإنه يقطع لضعف شبهته.

## ٥٢ - الترجيح:

يظهر لي أن الرأي الأول هو الأولي بالترجيح وذلك لقوة أدلتهم كما يظهر أن للولد شبهة في مال والده ، والحدود تدرأ بالشبهات.

## ٥٣ - حكم السرقة بين الأزواج:

ليبان أثر العلاقة الزوجية على جريمة السرقة في الفقه الإسلامي لابد أن نميز بين حالتين:

الأولى أخذ الزوجة من مال زوجها والثانية أخذ الزوج من مال زوجته وهل تؤثر تلك العلاقة الزوجية على وصف الفعل المكون لجريمة السرقة أم لا؟

## ٥٤ - حكم سرقة الزوجة من مال زوجها :

الأصل أن الزوج ملزم بالإئفاق على زوجته سواء كانت الزوجة موسرة أم فقيرة، وسواء كان الزوج موسراً أو معسراً، والدليل على ذلك ما جاء في قوله تعالى "أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهم تضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن" (١) وقوله تعالى "لينفق ذو سعة من سعته" ومعنى ذلك لينفق الزوج على زوجته وعلى ولده الصغير على قدر وسعة وطاقة، وهو أمر بأن ينفق كل واحد على مقدار حاله فلا يكلف الزوج ما لا يطيق ولا تضيق الزوجة، بل يكون الحال معتدلاً، وفي الآية دليل على أن النفقة تختلف باختلاف الناس (٢).

## ٥٥ - من السنة النبوية:

ما روى عن السيدة عائشة - رضي الله عنها - أن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجلٌ شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال "خذي ما يكفيك ولدك بالمعروف" (٣).

(١) سورة الطلاق، الآية ٦

(٢) صفوة التفاسير للصابوني، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٧٧، ٣٧٨

(٣) فتح الباري في شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، دار مصر للطباعة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م، ج ٩، ص ٥٧.

ويثار تساؤل هل يعد أخذ الزوجة من مال زوجها في حالة امتناعه عن الإنفاق عليها سرقة؟

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته مع يساره فأخذت من ماله في حدود النفقة الواجبة عليه على صورة السرقة المحرمة فلا يعد ذلك الأخذ سرقة محرمة، بل إن ذلك من الأمور التي تباح لها باتفاق الفقهاء؛ وذلك لأنها قد أخذت حقها الواجب شرعاً وقد امتنع الزوج عن أدائها، وفي منعها ضرر لها؛ لأن النفقة لا غنى عنها للزوجة ولا تقوم الحياة إلا بها، وأن امتناع الزوج عن الإنفاق عليها فيه هلاك للزوجة فيرخص لها في الأخذ من مال زوجها ولا جريمة في ذلك<sup>(١)</sup>.

لكن هل يختلف الوضع إذا لم يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فأخذت الزوجة من ماله في حدود النفقة الواجبة على صورة السرقة المحرمة؟

الرأي الأول/ ذهب إليه الحنفية أن أخذ الزوجة من مال زوجها إذا لم يكن ممتنعاً عن الإنفاق عليها على قدر النفقة الواجبة بغير علمه وبدون إذنه لا يعد سرقة لأنها أخذت حقاً مقرر لها شرعاً<sup>(٢)</sup>.

أما الرأي الثاني/ ذهب إليه جمهور الفقهاء حيث يرون أنه لا يجوز للزوجة الأخذ من مال زوجها إلا بإذنه، وأمر في حالة عدم امتناعه عن الإنفاق إلا الأكل بالمعروف فانه يجوز لها بدون إذنه للحاجة إليه، وأما الأخذ من ماله لغير حاجة الأكل بالمعروف فغير جائز، وإذا أخذت من ماله على صورة السرقة المحرمة بدون إذنه فان ذلك يعد جريمة موجبة الإثم<sup>(٣)</sup>.

(١) المغني للإمام، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى ٦٢٠هـ، وبهامشه الشرح الكبير، تأليف الإمام شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى ٦٨٢هـ، الناشر دار الغد العربي، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ج٧، ص ٥٦٢، حاشية السوقي على الشرح الكبير، الشيخ شمس الدين محمد بن عرفه السوقي على الشرح الكبير لأبي البركات، سيدي أحمد الدرور وبهامشه تقارير الشيخ عليش، الطبعة الأولى، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦، ج٣، ص ٤٧٨، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٦هـ ١٩٩٦، ج ١٠، ص ٥٤٤.

(٢) بدائع الصنائع ج٧، مرجع سابق، ص ٧٥  
(٣) المحلى بالآثار، الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر، ج ١٢، ص ٣٤٣؛ المغني، مرجع سابق، ج ٧، ص ٥٧٥، حاشية السوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٤٦.

ما حكم أخذ الزوجة من مال زوجها في غير النفقة الواجبة لها ؟

ذهب رأى من الفقه أن ما أخذته الزوجة في هذه الحالة يعد سرقة وتقطع به الزوجة، لأن النكاح عقد على غير منفعة فلا يؤثر في درء الحدود<sup>(١)</sup>.

ويرى المالكية أن الزوجة إذا أخذت من مال زوجها قدراً يزيد على النفقة الواجبة لها فإن هذا الأخذ يعد سرقة، وذلك إذا كان هذا المال محرراً في صندوق أو في مكان أغلق دونها أما إذا أخذت هذا القدر الزائد من مكان لم يحجز عليها الدخول فيه لا يعد سرقة وإنما خيانة أمانة<sup>(٢)</sup>.

٥٦ - حكم سرقة الزوج من زوجته:

يعد أخذ الزوج من مال زوجته برضاها " مباح " لا شيء فيه ولا جريمة فيه ولا يعتبر سرقة لقوله تعالى: " فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً " <sup>(٣)</sup>.  
ولكن ما هو حكم الزوج الذي يأخذ من مال زوجته بغير رضاها في صورة السرقة المحرمة ؟

ذهب المالكية إلى أن الزوج لو أخذ من مال زوجته من موضع حجر عليه أن يدخله أو يفتحه فإنه يعد سارقاً والعبرة بالغلق، وإذا أخذ من موضع لم يحجر عليه دخوله فإنه يعد خائناً وليس سارقاً ولا قطع عليه<sup>(٤)</sup>.

أما الأحناف ذهبوا إلى أن الزوج إذا سرق من مال زوجته حتى إن كان المال محرراً فإن ذلك لا يوجب القطع وإن كان يعد جريمة توجب الإثم واستدلوا بما عن روى عن عمر رضي الله عنه أنه أتى له بسلام سرق امرأة لامرأة سيده، قال ليس شيء على خادمكم سرق متاعكم فإذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى<sup>(٥)</sup>.

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق الشيخ/ علي محمد معوض، الشيخ/ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ج ٥، ص ٤٧٢.

(٢) حاشية النسوي ( ٣٤٦/ ٦ )

(٣) سورة النبا من الآية ٤

(٤) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للخطاب، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤١٩.

(٥) تبين الحقائق للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٣هـ - شرح كنز الدقائق للإمام أبي البركات حافظ الدين بن عبد الله بن أحمد النسفي، المتوفى ٧١٠هـ، ومعه حاشية الإمام الشيخ أحمد عزو، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ج ٤، ص ٣٨.

أما ابن حزم الظاهري فيرى القطع على كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه ما لم يبيع له أخذه، ولا فرق إذا سرق ما لم يبيع وهو محسن إن أخذ ما أبيع له أخذه من حرز أو من غير حرز<sup>(١)</sup>، نخلص إلى أن التشريع الإسلامي جعل لصلة القرابة به أثر كبير في مجال العقاب عموماً، وفي جريمة السرقة خصوصاً لما لصلة القرابة والرحم من مكانه عند الشارع الحكيم .

### المطلب الثاني

#### صلة القرابة وأثرها على العقوبة في جريمة السرقة

#### في التشريع المصري والتشريعات المقارنة

٥٧ - تمهيد:

كانت المادة (٣١٢) من قانون العقوبات المصري قبل تعديلها تنص على "لا يُحكم بعقوبة ما على من يسرق إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعهم" من خلال هذا النص يتضح أن تلك المادة كانت تقرر مانع من موانع العقاب في حالة السرقة التي تحدث بين الزوج والزوجة أو الأصول والفروع، وحكمة ذلك أن الشارع رأى أن يغتفر ما يقع بين أفراد الأسرة الواحدة من عدوان بعضهم على مال البعض الآخر؛ حرصاً على سمعة الأسرة، واستبقاء لصلات الود القائمة بين أفرادها<sup>(٢)</sup> ولكن هذا الأمر الذي أثار العديد من الانتقادات<sup>(٣)</sup>، وذلك لأنه شجع على ارتكاب العديد من السرقات بين الأصول والفروع والأزواج. لذلك استجاب المشرع لهذه الانتقادات وقام بتعديل المادة (٣١٢) عقوبات بموجب القانون رقم (٦٤) لسنة ١٩٤٧ وأصبح نصها على النحو التالي " لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعهم إلا بناء على طلب المجني عليه، وللمجني عليه أن يتنازل عن

(١) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١٢، ص ٣٤٣.

(٢) حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص ٢٩٩، ٣٠٠.

(٣) من تلك الانتقادات ما ساقه د. محمود مصطفى القلبي شرح قانون العقوبات في جرائم الأموال، ط ١، ١٩٣٩م ص ١٠١، وما بعدها " أن الأصلح من الوجهة التشريعية إلا يباح الإعفاء إطلاقاً، وإنما يجعل تحريك الدعوى ضد القريب متوقفاً على شكوى المجني عليه كما يجعل التنازل عن الشكوى سبباً في انتهاء الدعوى، فهو الذي يقدر خيراً من سواه ما إذا كان هناك محلاً للصفح أم لا، وأن ذلك كفيل بالضرب على أيدي من يستغلون تسامح القانون ويغتالون من مال أزواجهم أو لبناتهم ولا يراعون حرمة القريب كولد العاق الفاسد الذي يطرده والده من منزله ويقدم بالتعدي على مال أبيه كلما سحت له الفرصة، أو ماله زوج مضلل يقتال مال زوجته ثم يطلقها ففي مثل هذه الأحوال يكون من الضروري إلقاء باب العقاب مفتوحاً بلجاء إليه متى دعت أحوال، فليس في الدعوى المدنية وحدها الكفاية نقلاً عن د. حلمي على أبو الليل، مرجع سابق ص ٣٣٦

دعواه بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما له أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت شاء.

ويلاحظ أن المشرع المصري اختص جريمة السرقة بين الأصول والفروع والأزواج بأحكام وإجراءات خاصة تعد خروجاً على الأصل العام المقرر في قانون الإجراءات الجنائية فينص في المادة (٣١٢) من قانون العقوبات على أنه لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجني عليه، وللمجني عليه أن يتنازل عن دعواه في أي وقت يشاء فالأصل العام أن تحريك الدعوى الجنائية هو من حق النيابة العامة<sup>(١)</sup> إلا أنه في جريمة السرقة بين الأصول والفروع والأزواج فقد قيد المشرع حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية، وترك هكذا تحريك الدعوى الجنائية أو التنازل عنها للمجني عليه نفسه؛ وعلّة ذلك حرص المشرع على حفظ الروابط العائلية والعلاقات الأسرية التي يكون لها في تقديره أهمية تغلب توقيع العقاب على الجاني ويدخل نص المادة (٣١٢) عقوبات مصري ضمن هذه الحالات، فالمشرع يريد بذلك أن يحمي الصلات العائلية وأسرار الأسرة لذلك غلب الطابع الشخصي للجريمة على مصلحة المجتمع في توقيع العقاب على الجاني، فجعل للمجني عليه الحق في تقدير مصلحة الأسرة، والاختيار بين تحريك الدعوى الجنائية وعدم تحريكها<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ إن الإعفاء المنصوص عليه في المادة (٣١٢) عقوبات مصري ليس له من أثر في قيام الجريمة غاية الأمر أن من يشمله هذا القيد الإجرائي لا تحرك الدعوى الجنائية في مواجهته إلا بناءً على شكوى المجني عليه، أما سائر من قارفوها فللنيابة العامة أن تحرك الدعوى الجنائية ضدّهم دون قيد أو شرط، وذلك لا على أساس أنهم ارتكبوها وحدهم بل على أساس أنها وقعت منهم وهو معهم، إذاً فإذا كان وجوده معهم من شأنه أن يغير وصف الجريمة أو تشديد عقوبتها في ذاتها فإنهم

(١) د. حسنى أحمد الجندي، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص في جرائم الأموال) دار النهضة العربية ١٩٨٥، ص ١٤٤، ١٤٥.

(٢) د. فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص ٢٩١.

يعاملون على هذا الاعتبار، أي كما لو كان هو الآخر معاقباً لأن الإعفاء من العقوبة خاص فلا يستفيد منه غيره<sup>(١)</sup>؛ لأن القيد الذي قرره المادة (٣١٢) من قانون العقوبات هو قيد إجرائي، ليس من شأنه المساس بالصفة الإجرامية للفعل، وهذا ما قررت محكمة النقض بأن المادة ٣١٢ عقوبات لا يترتب عليها المساس بالصفة الإجرامية للفعل ويستفيد منه من أشارت إليه المادة سواء كانوا فاعلين أصليين أم شركاء دون من عداهم ممن يكونوا قد ساهموا معهم في الجريمة<sup>(٢)</sup>.

#### ٥٨ - موقف المشرع المصري:

عالج المشرع المصري جريمة السرقة بين ذوى القربى في المادة (٣١٢) من قانون العقوبات المصري، ويلاحظ أن النص قد قرر قيوداً إجرائياً يغل يد النيابة العامة عن تحريك الدعوى الجنائية، فيتعلق تحريك الدعوى الجنائية على إرادة المجني عليه، فإن هو أراد ذلك تقدم بطلبه، كذلك أعطى القانون للمجني عليه إمكانية إيقاف الدعوى الجنائية في أي لحظة. بل حتى قرر له الحق أن يوقف تنفيذ الحكم الجنائي، ويلاحظ أن هذا النص قابل للانطباق على السرقات بجميع أنواعها سواء كانت بسيطة أو مقترنة بظرف مشدد، ويشترط لانطباق هذا المبدأ أن تكون السرقة وقعت من الزوجة على زوجها أو العكس أو من الابن أو الحفيد على أبيه أو جده أو أمه أو جدته أو العكس، وأن يكون الشيء المسروق مملوكاً ملكية خاصة للمجني عليه يستوي في ذلك أن يكون الجاني فاعلاً أو شريكاً عالمياً بتلك القرابة أم غير عالم بملكية المجني عليه للمال ملكية خاصة أم لا<sup>(٣)</sup>

معنى ذلك أن هذا القيد لا يسري إلا إذا كانت السرقة العائلية قد اقتصر ضررها بالمتهم صلة الزوجين أو البنوة أو الأبوة وهو ما يفترض أن المال المسروق مملوك لمن تربطه بالمتهم تلك الصلة. يترتب على ذلك أن سرقة المال الشائع بين والد المتهم وغيره ممن لا تربطهم به هذه الحالة لا تكون واقعة إضراراً به، وتطبيقاً

(١) المستشار / مصطفى مجدي هرجة، جرائم السرقة في ضوء الفقه والقضاء المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧ ص ٢٩.

(٢) نقض ٨ أكتوبر ١٩٥١، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٧، ٢٧٣، ص ١٠٠١.

(٣) د. عبد الله عبد الحفيظ عبد الله الحلاج، مرجع سابق ص ٢٩٥.

كذلك لا يسري القيد على السرقة التي ترتكبها زوجة الموظف العام، أو ابنه على أموال كان زوجها أو أبوه قد حصلها باسم الدولة ولحسابها، أو كانت قد أودعت لديه بهذه الصفة، لأن هذه الأموال تعد مملوكة للدولة، والسرقة الواقعة عليها من الزوجة أو الابن لا تعد واقعه إضراراً بالزوج أو بالأب، ولو كانت موجودة في منزل الأسرة وقت سرقتها<sup>(١)</sup>.

فالفاعل يظل على وصفه غير المشروع من الناحية الجنائية، فيسأل عنه كل من ساهم في ارتكابه دون قيد أو شرط، ما لم يكن أحد المساهمين يرتبط بالمجني عليه في السرقة بالرابطه التي حددها القانون، ويعني ذلك أن الاستفادة من القيد تقتصر على من ذكرهم النص على سبيل الحصر فاعلين كانوا أو شركاء، فلا يستفيد منه غيرهم ممن ساهم معهم في الجريمة. يترتب على ذلك إذا تعدد المساهمون في السرقة، فلا يستفيد من القيد إلا من تربطه بالمجني عليه الصلة التي يتطلبها المشرع، فإذا ساهم مع الابن في سرقة مال أبيه شخص أجنبي عن الأب. اقتصرت الاستفادة من القيد على الابن وحده، وكان للنياحة العامة أن تحرك الدعوى الجنائية عن السرقة ضد المساهم مع الابن ولو كان الأب المجني عليه لم يقدم شكواه ضد الابن<sup>(٢)</sup>.

يظهر ذلك جلياً في استخدام المشرع المصري وغيره من التشريعات المقارنة عبارة: "من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعها" وهذا يعني أن أثر الحكم الخاص للسرقة قاصر على الزوج أو الزوجة أو الأصول والفروع متى ارتكبت جريمة سرقة إضراراً بالآخر وهذا يتطلب صفة خاصة في الجاني وكذلك المجني عليه<sup>(٣)</sup> يتجه الرأي السائد في القضاء إلى انطباق القيد الوارد بالمادة (٣١٢) في جرائم النصب وخيانة الأمانة لاتحاد العلة وهي فقط لروابط وأسباب الوثام بين أفراد الأسرة<sup>(٤)</sup> مع ذلك انتقد رأى من الفقه خروج المشرع على القواعد الخاصة في (٣١٢) عقوبات مصري والمتعلقة بجواز وقف تنفيذ الحكم

(١) د. فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٢) د. فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

(٣) د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٤) د. محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٨٢٤.

النهائي على الجاني في أي وقت ويرى أن ذلك حكم شاذ منتقد إذ أنه ينتهي إلى أن الكلمة الأخيرة في تحديد مقدار العقوبة للمجني عليه وليس للقاضي مع أن دور الأول ينبغي أن ينتهي عند صدور الحكم النهائي<sup>(١)</sup>.

وفي تقديري فإنني لا أنفق مع هذا الرأي بأن ما ذهب إليه المادة ٣١٢ عقوبات مصري هو حكم شاذ لأنه جعل الكلمة العليا للمجني عليه؛ لأن الحفاظ على الروابط الأسرية هي أهم مستهدفات أي نظام قانوني حتى النظم القانونية العلمانية تجعل لجرائم الأموال وبصفة خاصة السرقة بين أولى القربى خصوصية لا تقل عن التشريعات العربية التي تركز في بعض الأحيان إلى الشريعة الإسلامية التي هي أحد مصادر تشريعاتها وبالتالي فأني أتفق تمامًا مع ما قرره المادة ٣١٢ عقوبات مصري لإعلاء قيمة الروابط الأسرية.

#### ٥٩ - موقف المشرع الفرنسي:

مرت جريمة السرقة الواقعة داخل نطاق الأسرة في التشريع الفرنسي القديم بالعديد من المراحل أولها ما قرره المادة (٣٨٠) من قانون العقوبات الفرنسي القديم الصادر عام ١٨١٠ حيث إن المشرع الفرنسي لم يكن يجرم السرقة التي تقع في محيط الأسرة وجاء نص المادة كالتالي: "هناك جرائم يتم ارتكابها في إطار الأسرة ليس لها محل للتعويض عنها إذا تم ارتكاب هذه الجريمة خلال سريان الحياة الزوجية، ولم ينفصل الزوجان بعد"<sup>(٢)</sup> من خلال نص المادة يتضح أن المشرع الفرنسي لم يكن يجرم واقعة السرقة التي تقع في محيط الأسرة، ولم يكن يبيح التعويض عنها<sup>(٣)</sup>، إلا أنه تم تعديل المادة المذكورة ليقرر المشرع الفرنسي المسؤولية المدنية فقط عن جرائم السرقة التي تقع في محيط الأسرة المادة ٣٨٠/٣ لا يعاقب على جريمة السرقة إلا بالتعويض المدني متى ارتكبها أحد الأشخاص الآتية: الأزواج إضرارًا بزواجهم، والزوجات إضرارًا بأزواجهن " إلا أنه وفقاً للمادة الرابعة من

(١) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، بدون دار نشر، ص ٤١٨.

(٢) Henau-Hublet, H., L'immunité familiale en matière d, atteintes a la propriété, Revue de Droit pénal et criminologie 80, 2000, p.152.

(٣) Vouin, R., Droit pénal spécial, Dalloz, 1988, p.30.

نفس المادة إذا أخفى السارق الأشياء المسروقة فإنه يعاقب بعقوبة جريمة إخفاء الأشياء المسروقة المنصوص عليها في المادتين ( ٤٦١، ٤٦٠ عقوبات ) وفقاً لنص هذه المادة فإن الجاني يتمتع بالإعفاء من العقاب، وكل ما يقع عليه هو المسؤولية المدنية أي التعويض عن الأضرار التي لحقت المجني عليه<sup>(١)</sup>. وأخيراً قرر المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٩٢ والمطبق اعتباراً من أول مارس ١٩٩٤ حصانة إجرائية لجرائم الأموال الواقعة داخل نطاق الأسرة حيث جاء في المادة ( ٣١١ / ١٢ ) من قانون العقوبات الحالي بأنه ليس هناك محل للمحاكمة الجنائية على السرقة التي يرتكبها أي من الأشخاص التاليين ١- أحد أصول أو أحد الفروع ٢- الزوج والزوجة، إلا إذا انقضت علاقة الزوجية .

وقد حدد القانون الفرنسي فئتين فقط يمكنها الاستفادة من الحصانة الأسرية في السرقات وهما: الأزواج تسرى الحصانة الأسرية على الأزواج، وتلك الحصانة ناتجة عن علاقة الزوجية القانونية، فلا تسرى على العشيق أو العشيقة اللذين يعيشان معاً، وإن كانت محكمة باريس قد قضت في حكم قديم لها بعكس ذلك، فقالت بأنه يمكن أن تتمتع العشيقة بالحصانة الأسرية<sup>(٢)</sup> وتجدد الإشارة أنه تم تعديل المادة ( ٣١١ / ١٢ ) بالقانون ( ٣٩٩ ) لسنة ٢٠٠٦ الصادر في ٤ إبريل ٢٠٠٦ وقررت أنه لا تسرى أحكام المادة الحالية على جريمة السرقة التي تقع على الأشياء أو الوثائق الضرورية للحياة اليومية للمجني عليه، مثل الوثائق المتعلقة بالهوية الشخصية، بطاقة الإقامة في بلد أجنبي، ووسائل السداد ( بطاقات الائتمان )<sup>(٣)</sup>، ويستفاد مما تقدم أن المشرع الفرنسي عالج السرقة بين الأقارب في بداية الأمر وقرر إعفاءً كاملاً من العقاب مدنياً كان أو جنائياً غير أنه قصر نطاق المستفيدين من أعضاء الأسرة على الزوجين فقط، ثم بعد ذلك أجري تعديلاً بموجبه قصر المسؤولين عن تلك الجريمة على الدعوى

(١) د. عبد الله عبد الحفيظ عبد الله الحلاج، مرجع سابق، ص ٣٩٦-٣٩٧.

(٢) Rassat, M, Droit pénal spécial infraction des contre les particuliers, Dalloz, 2001, p.217. paris, 20dec.1946., 6p.1947.1.41, RSC.1947.231.

مشار إليه د. عبد الله عبد الحفيظ الحلاج، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(٣) د. عبد الله عبد الحفيظ الحلاج، مرجع سابق، ص ٤٠٠.

المدنية وأيضًا قصرها على الزوجين فقط، وتم تعديل المادة ( ٣١١ / ١٢ ) المقابلة للمادة ( ٣٨٠ / ١ ) من قانون العقوبات الفرنسي القديم ليمد نطاق المستفيدين من الحصانة العائلية عن جريمة السرقة لتشمل (الأبناء) بالإضافة إلى الزوجين إلا أنه استبعد إقرار هذه الحصانة العائلية عن جريمة السرقة بالنسبة للسرقة التي تقع على الأشياء أو الوثائق المتعلقة بالهوية الشخصية أو بطاقة الإقامة في بلد أجنبي أو بطاقات الائتمان، ويجدر التنويه أن استثناء سرقة بطاقة الهوية أو بطاقة الإقامة في بلد أجنبي أو بطاقات الائتمان بواسطة الزوج أو الزوجة أو شريك يرتبط بالمجني عليه من التمتع بالحصانة العائلية عن جريمة السرقة لاقى انتقادًا واسعًا من الفقه الفرنسي باعتبار أن المشرع جعل هذه الجريمة الخاصة لسرقة بطاقات الهوية وبطاقات الائتمان . . . الخ استثناء من حق الحصانة الأسرية في الوقت التي تؤدي فيه وظائف الأموال التي أخضعها المشرع للحصانة الأسرية عند حدوث السرقة بين الزوجين<sup>(١)</sup>

وأكدت أحكام القضاء الفرنسي أعمال مبدأ الحصانة الأسرية ولكنه مثلًا فيما يتعلق بجرائم السرقة بين الزوجين اشترطت أن تكون العلاقة الزوجية قائمة فلا تسرى هذه الحصانة بعد الطلاق<sup>(٢)</sup>

وقرر الاستفادة من هذا الإعفاء حتى لو كان الزوجان يعيشان منفصلين؛ حيث نقضت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف الذي أدان الزوجة بارتكابها واقعة سرقة من زوجها، واستندت في ذلك بأن الزوجان يعيشان منفصلين<sup>(٣)</sup>. واشترط القضاء الفرنسي أن تكون الرابطة بين الزوجين قانونية، حتى يمكن الاستفادة من الحصانة الأسرية في جريمة السرقة، ولذلك رفض القضاء الفرنسي ((منح الحصانة الأسرية للعشيق، حيث اشترط وجود علاقة زواج قانونية فلا يمكن للشركاء أو

(1) Viriot – Barrial, D., commentaire de la loi 14 avril 2006 renforçant La prévention et La répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineures, Recueil Dalloz, N.34, 2006, pp.2354.

(2) Cass crim.12 mai1970, bull Crim n.160, D.1970.

(3) Crim,14 dec. 1999, Bull Crim n.303.

العشيقين الاستفادة من الحصانة الأسرية في جريمة السرقة التي تتشابه مع الأزواج ، ولا يكفي أنهم يعيشوا معا في حياة مشتركة بدون علاقة زوجية ))<sup>(١)</sup>، وقضت محكمة النقض الفرنسية بعدم قبول دعوى السرقة بين الأزواج أمام القاضي الجنائي، بل إن عدم قبول الدعوى يجب أن تفصل فيه جهات التحقيق، إذ إن الزواج وصلة القربى تحول دون تقديم المتهم للقاضي الجنائي<sup>(٢)</sup> بمطالعة نصوص قانون العقوبات الفرنسي وأحكام القضاء الخاص بسرمان الحصانة الأسرية على الأزواج أو الأصول والفروع نجده أنه تبنى إقرار حصانة للأزواج أو الأصول والفروع لما ينجم عنها من جرائم إضرار بالمال.

#### ٦٠- موقف التشريعات العربية من جريمة السرقة:

قرر المشرع العراقي تعليق الدعوى الجزائية في جرائم السرقة وخيانة الأمانة والنصب والاحتيال التي ترتكب بين الأزواج والأصول والفروع على شكوى المجني عليه، وأباح للمجني عليه في تلك الجرائم التنازل عن الدعوى الجزائية قبل صدور حكم نهائي في الدعوى، وأعطى للمجني عليه الحق في وقف العقوبة حتى بعد صدور حكم بات في الدعوى الجنائية. حيث جاء نص المادة (٤٦٣) من قانون العقوبات العراقي<sup>(٣)</sup> كالتالي: (لا يجوز تحريك الدعوى أو أي إجراء ضد مرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفصول السابقة من هذا الباب الإضرار بالزوج أو الأصول أو الفروع الأبناء على شكوى المجني عليه، وتتقضي الدعوى الجزائية يتنازل المجني عليه عن شكواه قبل صدور حكم نهائي في الدعوى، ويوقف تنفيذ الحكم إذا حصل التنازل بعد صدور الحكم، ولا تسرى أحكام هذه المادة في حالة ما إذا كانت الأشياء محل الجريمة محجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً أو من جهة ذات اختصاص أو موضوعة تحت يد القضاء أو رهونة للغير أو مثقلة بحق انتفاع للغير).

(1) Cass crim. 12 mai 1970, bull Crim n. 160, D. 1970.

(2) Crim 21 mars 1984, Bull. Crim. 124.

(3) المصدر في ١٩٦٩.

يتضح من نص المادة أن المشرع العراقي علق مباشرة الدعوى على شكوى تقدم من المجني عليه، وأتاح له التنازل عن الدعوى الجزائية قبل صدور الحكم النهائي، بل أعطى له إمكانية إيقاف تنفيذ العقوبة حتى بعد صدور حكم بات. إلا أنه أوقف هذا القيد إذا كانت الأشياء محل الجريمة محجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً أو هو موضوعه تحت يد القضاء أو رهونة للغير أو مثقله بحق انتفاع للغير، ويفهم من ذلك أن المشرع العراقي عطل قيد تحريك الدعوى الجنائية لأن الإغفاء من العقوبة خاص به فلا يستفيد منه غيره إذا كان المال محل الجريمة محجوز عليه قضائياً أو إدارياً أو من جهة اختصاص أو هو تحت يد القضاء أو رهوناً للغير أو مثقله بحق انتفاع للغير. ويحمد للمشرع العراقي أنه وسع من نطاق التجريم محل القيد لتشمل بجانب جريمة السرقة جرائم مثل خيانة الأمانة والنصب والاحتيال ونطالب المشرع المصري بحذو مثل هذا الاتجاه وذلك لان العلة متحدة بين تلك الجرائم.

وأما المشرع الجزائري فقد سلك نفس المسلك حيث أبقى الزوج من العقاب إذا ارتكب جريمة السرقة إضراراً بزوجه، الآخر (المادة ٣٦٨ / ١ من قانون العقوبات الجزائري) أو جريمة النصب بين الزوجين (المادة ٣٧٣) كما قرر ذات الإغفاء بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة بين الزوجين (المادة ٣٧٧) (١).

#### ٦١- عقوبة جريمة السرقة بين ذوى القربى:

اتجهت معظم التشريعات المقارنة التي جرمت السرقة بين ذوى القربى اتجاهاً آخر، حيث علقت فيه تحريك الدعوى الجنائية على رغبة المجني عليه إن شاء قدم بلاغه وإن شاء لم يقدم، ليس هذا فقط بل أعطت تلك التشريعات رغبة المجني عليه سلطة التنازل عن الشكوى في أي مرحلة حتى صدور الحكم الجنائي، بل وأكثر من ذلك حيث لم تقتصر تلك التشريعات على ذلك حيث أعطت المجني عليه من ذوى القربى سلطة التنازل عن الحكم الجنائي الصادر ضد المتهم والإفراج عن المحكوم

(١) د. عبد الله عبد الحفيظ الحلاج، مرجع سابق، ص ٤٢٨.

ضده ،ومن تلك التشريعات المصري والعراقي<sup>(١)</sup>.

إلا أن هناك العديد من التشريعات جعلت من العلاقة بين الأصول والفروع مانعاً من العقاب في جرائم السرقة بين الأصول والفروع والأزواج ، ومن تلك التشريعات : قانون العقوبات الفرنسي (١٢/٣١١) ، وكذلك القانون الجنائي المغربي يقرر مانعاً من العقاب للأصل إذا سرق من حال الفرع بموجب الفصل ٢/٥٣٤ من القانون الجنائي المغربي، والمشرع الجزائري قرر منع العقاب في جرائم الاعتداء على الأموال بين الأصول والفروع وذلك لتشمل بجانب السرقة، النصب وخيانة الأمانة ، وذلك في المواد ( ٢٢١/٣٦٨ ، ٣٧٣ ، ٣٧٧ ) من قانون العقوبات الجزائري).

(١) د. إبراهيم الشباسي، شرح قانون العقوبات الجزائري، دار الشهاب، الجزائر، ١٩٩٨م، ص ٣٨٩ وما بعدها .

## الخاتمة

من خلال هذه الدراسة في تتبع صلة القرابة وأثرها في العقوبات، استطعت بحمد الله وتوفيقه أن أستخلص مجموعة من النتائج والتوصيات التي أناشد أن تصلح أساساً للتطبيق وفيما يلي بيان ذلك:

### أولاً- النتائج:

- القرابة هي الرابطة التي تربط شخصاً وآخر، سواء كانت هذه الرابطة رابطة نسب أو رابطة مصاهرة، وقرابة النسب هي الصلة القائمة على الدم، واشترآكهم في أصل واحد، أما قرابة المصاهرة فهي تنشأ نتيجة للزواج.
- وجدت أن لصلة القرابة دوراً بارزاً في قانون العقوبات سواء في قانون العقوبات المصري أو التشريعات المقارنة، فتارة يعتبرها المشرع سبباً لتشديد في العقاب وأخرى سبباً للتخفيف وأخيراً قد تكون مانعاً من موانع العقاب.
- بينت أثر القرابة في تشديد العقاب وذلك كما في جرائم القتل بين الأصول والفروع، وكذا كما في جرائم الاتجار بالبشر.
- أوضحت أثر القرابة كظرف مخفف للعقاب في جريمة القتل حال التلبس بالزنا، وبينت موقف التشريعات المقارنة من تلك الجريمة والشروط اللازم توافرها لإعمال العذر المخفف للعقاب، كما تطرقت إلى جريمة قتل الأم لوليدها درءاً للعار، وكيف أن بعض التشريعات المقارنة اعتدت بصلة القرابة بين الأم والوليد المجني عليه وجعلتها عذراً مخففاً للعقاب.
- تعرضت لموقف الشريعة الإسلامية لأثر صلة القرابة على جريمة السرقة، وموقف المذاهب الفقهية من تأثير القرابة بين السارق والمسروق منه على إقامة حد السرقة.
- بينت أثر القرابة على جريمة السرقة وعقوبتها في التشريع المصري والتشريعات المقارنة، حيث أن المادة (٣١٢) عقوبات مصري بينت أن القرابة بين الأصول والفروع والأزواج تعد مانعاً من موانع العقاب، وذلك لحرص

المشرع على سمعة الأسرة، واستبقاءً لصلات الود بين أفرادها.

ثانياً- التوصيات:

من خلال دراسة الباحث لأثر صلة القرابة على قانون العقوبات فقد أمكن

التوصل إلى عدد من التوصيات التي يمكن عرضها على النحو التالي:

١- إغفال المشرع المصري الاعتداد بصلة القرابة كظرف مشدد للعقوبة المقررة

لجريمة القتل بين الأصول والفروع، وكان يجدر به تشديد العقاب في مثل تلك

الجرائم؛ لأنها تتم عن نفس إجرامية خطيرة نزعت منهم الرحمة تجاه أقرب

الناس إليهم وأقترح أن يكون النص كالتالي:

" من قتل نفساً عمداً من غير سبق إصرارٍ ولا ترصدٍ يعاقب بالسجن المشدد أو

المؤبد، وإذا وقعت الجريمة ضد الأصول أو الزوج تكون العقوبة الإعدام أو السجن

المؤبد، ولست مع تشديد العقاب في حالة وقوع القتل من الأصل على فرعه

لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٢- يجدر بالمشرع المصري إجراء تعديل تشريعي يسمح بالتشديد على الجناة في

جرائم الاتجار بالبشر إذا كان المجني عليه خادماً عنده، وذلك على غرار نظيره

البحريني؛ لما يكون للجاني من سلطة على المجني عليه في تلك الحالة ليكون

النص كالتالي:

"يعاقب بالسجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز

خمسمائة ألف جنيه في أي من الحالات الآتية ..... إذا كان الجاني زوجاً

للمجني عليه أو من أحد أصوله أو فروعه أو ممن له الولاية أو الوصاية عليه إذا

كان مسئولاً عن ملاحظته أو تربيته أو ممن له سلطة عليه أو كان المجني عليه خادماً

عنده".

٣- يقترح الباحث ضرورة إجراء تعديل تشريعي يسمح بإضافة الأب والأخ إلى

المستفيدين من العذر المخفف في المادة ٢٣٧ عقوبات مصري؛ لتوافر علة

التخفيف في حقهم وهي الاستفزاز كما أن الأمر متعلق بشرفهم وعرضهم.

- ٤- إجراء تعديل تشريعي في المادة (٢٣٧ ع مصري) ليسمح للزوج بالاستفادة من العذر المخفف سواء كان فاعلاً أو شريكاً أو بأي صورة كانت؛ لأن نص المادة في وضعها الحالي يفترض أن الزوج فاعل وليس شريك فإذا كان فاعلاً استفاد بالعذر، وإذا كان شريكاً لا يستفيد، وهذه نتيجة لا تستقيم قانوناً.
- ٥- نهيب بالمشروع المصري إجراء تعديل تشريعي في المادة (٢٣٧ عقوبات مصري) ليشمل عدم جواز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر "ليكون نص المادة المقترح كالتالي".
- "من فاجأ زوجته أو ابنته أو أخته حال تلبسها بالزنا فقتلها في الحال هي ومن يزني بها أو أحدهما يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين (٢٣٤ - ٢٣٦)، ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر".
- ٦- ضرورة إعادة صياغة تشريعية تتضمن تعديلاً في المادة (٣١٢ من قانون العقوبات المصري) لتتضمن بالإضافة إلى جريمة السرقة كلاً من جرمي النصب وخيانة الأمانة؛ لإتحاد العلة وهي الحفاظ على الروابط الأسرية، ولعدم الترك بحال للاجتهاد حول جواز القياس لانطباق القيد الوارد في تلك المادة إذا كانت الجريمة المرتكبة نصب أو خيانة أو أمانة.

## الملخص

اعتد المشرع المصري والتشريعات المقارنة بصللة القرابة وتأثيرها على العقاب، فقد اعتبرها سبباً لتشديد العقاب كما في جريمة القتل بين الأصول والفروع وجريمة الاتجار بالبشر، وأيضاً اعتد بها كسبب مخفف للعقوبة كما في جريمة القتل حال التلبس بالزنا، جريمة قتل الأم لوليدها درءاً للعار. وأخيراً اعتد المشرع صلة القربى مانعاً من موانع العقاب وذلك في جريمة السرقة بين الأصول والفروع والأزواج، ويأتي هذا التوجه منسجماً إلى حد كبير مع ما قرره الشريعة الإسلامية من اهتمام بأمر القرابة، وتقرر أحكاماً استثنائية مراعاة لصلة القرابة؛ فالأسرة هي أول نظام اجتماعي على ظهر الأرض، وهي اللبنة الأولى في بناء المجتمعات والأمم؛ لذلك حظيت باهتمام كافة الشرائع السماوية فضلاً عن التشريعات الوضعية.

### Summary

The Egyptian legislator and the comparative legislations used kinship and its effect on punishment. It considered it a reason to intensify punishment, as in the crime of murder between assets and branches and the crime of trafficking in human beings, and also used it as a mitigating factor in the crime of murder.

Finally, the legislator became familiar with the relationship of kin in order to prevent punishment in the crime of theft between assets, branches and spouses. This approach is in large part consistent with the Islamic Shariah ruling on kinship and makes exceptional provisions for kinship; the family is the first social system on earth , Which is the first building block in societies and nations.

## المصادر والمراجع

القسم الأول: المراجع باللغة العربية.

أولاً- المعاجم والقواميس:

١. ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.
٢. أحمد بن علي بن محمد الفيومي المصري المصباح المنير، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٠.
٣. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥.
٤. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٧.

ثانياً- المصادر الشرعية:

١. ابن كثير، تفسير القرآن، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨.
٢. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت.
٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر.
٤. تبين الحقائق للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفي سنة ٧٤٣هـ، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
٥. حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، الشيخ شمس الدين محمد بن عرفه الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات، سيدي أحمد الدروير وبهامشة تقاريرات الشيخ عليش، الطبعة الأولى، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦.

٦. حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦.
٧. سنن ابن ماجة، أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، الشهير بابن ماجة، تخريج وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، بدون سنة نشر.
٨. سيد قطب، في ظلال القرآن، الطبعة الأولى، دار الشروق القاهرة، ١٤٢٥ - ٢٠٠٤.
٩. شرح كنز الدقائق للإمام أبي البركات حافظ الدين بن عبد الله بن أحمد النسفي، المتوفى ٧١٠ هـ، ومعه حاشية الإمام الشيخ أحمد عزو، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٠ هـ ٢٠٠٠م، ج ٤.
١٠. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق الشيخ/ علي محمد معوض، الشيخ/ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤.
١١. فتح الباري في شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، دار مصر للطباعة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١.
١٢. الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لشيخ الإسلام موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٣١هـ - ٢٠٠١.
١٣. المحلى بالآثار، الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر.
١٤. محمد علي الصابوني، تفسير الصابوني، دار الصابوني للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ، ١٩٩٧.

١٥. مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحباني، المكتب الإسلامي دمشق، ١٩٦١.
١٦. المغنى للإمام، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المتوفى ٦٢٠هـ، وبهامشه الشرح الكبير، تأليف الإمام شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامه المقدسي المتوفى ٦٨٢هـ، الناشر دار الغد العربي، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
١٧. المهذب في فقه الإمام الشافعي أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت.
١٨. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب؛ التاج والإكليل لمختصر خليل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ-١٩٩٥.
١٩. موسوعة الفقه الإسلامي، الناشر المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر، ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠٢.

### ثالثاً- المراجع القانونية:

- ١- إبراهيم الشباسي، شرح قانون العقوبات الجزائري، دار الشهاب، الجزائر، ١٩٩٨.
- ٢- إبراهيم محمد العناني، المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الثانية، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٣- أحمد أبو العنين، دراسات في حقوق الإنسان، بدون دار نشر وتاريخ نشر.
- ٤- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٥- أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- ٦- أحمد كامل سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، الدار البيضاء للطباعة، القاهرة، ١٩٨٨.

- ٧- أسماء احمد محمد الرشيد، الاتجار بالبشر وتطوره التاريخي، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٨- أشرف رمضان عبد الحميد، نحو نظرية عامة لحماية الأسرة جنائياً، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- ٩- أمين مصطفى محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦.
- ١٠- إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات، الطبعة الثانية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، المجلد الثالث، ٢٠٠٦.
- ١١- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للقانون، والنظرية العامة للحق، المطبعة الجامعية، ١٩٨٨.
- ١٢- توفيق محمد الشاوي، تعليقات وشروح على مجموعة القانون الجنائي المغربي الجديد، دار الكتاب، الدار البيضاء.
- ١٣- جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- ١٤- جلال ثروت، نظم القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- ١٥- جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات نظرية الجريمة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- ١٦- حسن الفكهاني، عبد المنعم حسن، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، الإصدار الجنائي، ج ١٠، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ١٧- حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨.

- ١٨- حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات المصري "القسم الأول"، الكتاب الأول المبادئ العامة للجريمة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- ١٩- حسنى أحمد الجندى، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص في جرائم الأموال) دار النهضة العربية ١٩٨٥.
- ٢٠- حسنين إبراهيم عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- ٢١- حلمي على أبو الليل، الروابط العائلية وأثرها في القانون الجنائي المصري والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠١٢.
- ٢٢- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر في ضوء القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠.
- ٢٣- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥.
- ٢٤- رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار المعارف، ١٩٥٨.
- ٢٥- سالم إبراهيم بن أحمد النقي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجيات مكافحتها على الصعيدين الدولي والإقليمي، الطبعة الأولى، دار المتحدة للطباعة، ٢٠١٢.
- ٢٦- سوزى عدل ناشد، الاتجار بالبشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، المكتبة القانونية القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٧- شاکر سليمان محمود، القتل بدافع الشرف في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠١٥.
- ٢٨- طارق عفيفي صادق احمد عفيفي، النظام القانوني لحماية حقوق وضحايا الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤.

- ٢٩- د. عبد الفتاح بهيج عبد الدايم علي العواري، جريمة خطف الأطفال والآثار المترتبة عليها بين الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٣٠- عبد العزيز محسن، الأعدار القانونية المخففة من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ٣١- عبد الله عبد الحفيظ عبد الله الحلاج، القرابة وأثرها على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠١٤.
- ٣٢- عبد المهيم بكر سالم، القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الأشخاص والممتلكات، دار النهضة العربية، ١٩٧٠.
- ٣٣- عبد الهادي هاشم عبد الهادي محمد، الاتجار بالبشر بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥.
- ٣٤- علي محمد جعفر، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٧.
- ٣٥- عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- ٣٦- عوض محمد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مطبعة الثقافة الجامعية، ١٩٨٥.
- ٣٧- فتوح عبد الله الشاذلي، الحقوق الإنسانية للمرأة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- ٣٨- فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٨.
- ٣٩- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

- ٤٠- ماجد حاوي علوان، خطر الاتجار بالبشر في القانون الدولي (دراسة مقارنة مع التشريعات الوطنية)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، ٢٠١٥.
- ٤١- ماهر عبده شويش درة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الكتاب للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠١٢ .
- ٤٢- محمد أبو زهرة، شرح قانون الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المعارف، بدون طبعة وسنة نشر.
- ٤٣- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- ٤٤- محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال في قانون العقوبات الأردني، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن، ١٩٨٧.
- ٤٥- محمد عبد الرؤوف محمود أحمد، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٤٦- محمد عبد الشافي إسماعيل، عذر الاستفزاز في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٤٧- محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات القسم العام، الجزء الأول "النظرية العامة للجريمة، بدون دار نشر، ١٩٩٤.
- ٤٨- محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية "دراسة مقارنة"، دار النيل للطباعة، بدون طباعة وتاريخ النشر.
- ٤٩- محمود مصطفى القللى شرح قانون العقوبات في جرائم الأموال، ط١، ١٩٣٩.
- ٥٠- محمود نجيب حسنى، الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، دار غريب للطباعة، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

٥١- مدحت عبد العزيز إبراهيم، قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

٥٢- مصطفى مجدي هرجة، جرائم السرقة في ضوء الفقه والقضاء المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧ .

٥٣- ممدوح خليل البحر، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة والعلاقة البدنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، ٢٠٠٣.

٥٤- نبيلة إسماعيل سلامة، محمد رفعت الصباحي، مصطفى أحمد أبو عمرو، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة النهضة، بدون سنة نشر.

٥٥- نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٥٦- هلاي عبد اللاه أحمد، الإجهاض وقتل الأطفال حديثي الولادة كأهم مظاهر إجرام النساء، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

٥٧- ياسر اللمعي، قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، بدون دار نشر.

#### رابعاً- القوانين:

١- قانون العقوبات المصري الصادر في ١٩٣٧.

٢- قانون العقوبات السوري الصادر في ٢٢ حزيران ١٩٤٩.

٣- قانون العقوبات الليبي رقم ٤٨، لسنة ١٩٥٣.

٤- قانون الجزاء الكويتي الصادر في ١٩٦٠.

٥- قانون العقوبات الأردني ١٦ لسنة ١٩٦٠.

٦- قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩.

٧- قانون العقوبات الإماراتي ٣ لسنة ١٩٨٧.

٨- قانون الجزاء العماني ٧ لسنة ٢٠١٨.

- ٩- قانون العقوبات الفرنسي الصادر ١٩٩٤.
- ١٠- القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر.
- ١١- القانون العماني رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٨.
- ١٢- قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص البحريني رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.
- ١٣- القانون المصري بشأن الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠.

#### القسم الثاني- المراجع باللغة الأجنبية:

1. Henau-Hublet, H.,L'immunité familiale en matière d, atteintes a la propriété, Revue de Droit pénal et criminologie 80. 2000.
2. Jean.larguier-droit pénal spécial, Dalloz-11-éd., 2000.
3. Rassat, M, Droit pénal spécial infraction des et contre les particuliers, Dalloz, 2001.
4. Robert Vouin: Manuel de Droit Criminel, 1949..
5. Viriot – Barrial, D., commentaire de la loi 14 avril 2006 renforçant La prevention et La répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineures, Recueil Dalloz, N.34, 2006.
6. Vouin, R.,Droit pénal spécial, Dallz, 1988.

# **الضمانات القانونية لاستقلال القضاء دراسة مقارنة**

د. سعيد بن علي بن حسن المعمرى  
أستاذ مساعد - كلية القانون - جامعة صحار  
سلطنة عمان

## المقدمة

تعد ولاية القضاء من أهم دعائم نظام الحكم في الدولة، فضلاً عن كونها من أشرف الولايات وأعظمها قدراً وأعلىها شأنًا، فهي تلعب دوراً هاماً في المجتمع تتجلى أهميته في إقامة العدالة والضمان الجوهري للحماية التي يقرها القانون للمصالح الاجتماعية، والحد من جور الظالمين ونصره المظلومين، وضربه على أيدي المفسدين والعاثين والمعتدين.

إذ لا يتصور تقرير "حق التقاضي" نصاً وتطبيقاً بدون تقرير استقلال القضاء، ذلك أن في قيام عدالة حقه بياشر في ظلها القاضي ولايته غير مستهد إلا بنصوص القانون ووحى ضميره لهو خير ضمان لأمن الأشخاص بعد حيدة القانون. ولا قيام لتنظيم قضائي سليم إلا بتحقيق الاستقلال للقضاء سواء في مواجهة المتقاضين أو في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية، لأن استقلال القضاء يجعل له مكانة سامية في نفوس الأشخاص ويثبت ركائز القانون ويسود الإحساس بالعدل والشعور بالاطمئنان والاستقرار. وفي المقابل أن أي اعتداء عليه من شأنه أن يؤدي إلى العبث بهيبة القضاء وجلاله وكل تدخل في عمل القضاء من جانب أية سلطة من السلطتين يخل بميزان العدل ويقوض دعائم الحكم<sup>(١)</sup>.

كما أن استقلال القضاء في جوهره وثيق الصلة بمبدأ "المساواة أمام القانون"، حيث يقع على عاتق القضاء المستقل عبء التطبيق الفعلي لهذا المبدأ بعدم الخضوع لغير أحكام القانون، ولا يقتصر دور الأعمال الفعلي لمبدأ سيادة القانون على حماية وتعزيز حقوق الإنسان المدنية والسياسية وتطويرها فحسب، بل السعي على تهيئة المناخ الاقتصادي والاجتماعي الذي من شأنه أن يتيح للإنسان تحقيق متطلباته وأمانه المشروعة في إطار التكافؤ والشعور بالرضا<sup>(٢)</sup>.

١ . د. حسن بسيوني، ضمانات فاعلية حق التقاضي، بحث منشور في مجلة القضاة، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، ١٩٨٩م، ص ١٧٧

٢ . د. حسن أمين، التخلف والديمقراطية واستقلال السلطة القضائية في الوطن العربي، بحث منشور في مجلة الحق، السنة الرابعة والعشرون، العدد الثالث، ١٩٩٣م، ص ١١١

وترتبط فكرة "القاضي الطبيعي" بمبدأ استقلال القضاة، لأن كل إنسان لا يأمن في اللجوء إلى القضاء - وبالتالي لا يكون أمام قاضيه الطبيعي - إلا إذا كان القاضي مستقلاً في أدائه لعمله، لأن الإنسان لا يأمن في مثوله إلى جهات التقاضي - على اختلاف أنواعها - إلا إذا كان على يقين بأن قاضيه المائل لديه مستقل ولا سلطان عليه لغير القانون والضمير، فالقضاء يمثل في نظر الأفراد الجهة الحيادية، فلا مجال لتدخل أية سلطة من أي نوع كانت في أعمال القاضي، ولو افتقر الشخص لهذا الشعور أو اختل إحساسه به انهارت لديه حقيقة العدالة كقيمة عليا من قيم تأدية القضاء<sup>(١)</sup>.

إن نجاح القضاء في أداء الدور المنوط به لا يمكن أن يتحقق على النحو المرجو إلا إذا كانت السلطة القضائية مستقلة كل الاستقلال عن غيرها من سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية ومحيدة عنها، فلا يمكن النظر إليها على أنها هيئة تابعة إلى أي جهة، وإنما يكون القضاء سلطة ثالثة تقف على قدم المساواة مع هذه السلطتين الأخيرتين، وتكون أحكامها واجبة الاحترام من الجميع، وحتى يتحقق ذلك وجب إقرار مبدأ استقلال القضاء عنها، بحيث يكون مصائر القضاة بيدهم، لا بيد غيرهم، وهو ما لا يتحقق إلا بتكامل عنصرين مجتمعين: أولهما أن تقوم على القضاء سلطة مستقلة عن غيرها من سلطات الدولة، وثانيهما أن يتمتع كل من أعضاء السلطة القضائية بالاستقلال الكامل في اتخاذ قراراته وإصدار أحكامه. وهو ما لا يتحقق إلا بقريره بالدستور.

إن المشرع الدستوري يضمن حماية استقلال السلطة القضائية عبر إقراره العديد من المبادئ الدستورية التي تؤكد على مبدأ الفصل بين السلطات وعدم تدخل السلطات في شؤون السلطة القضائية، مما يعد مصدراً لحماية هذا الاستقلال، إذ يستهدف منع استبداد سلطة بأخرى بحيث تتساوى كل سلطة مع غيرها من السلطات

<sup>١</sup> د. أحمد صبحي العطار، حق الإنسان في اللجوء إلى قاضية الطبيعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، يوليو ٢٠٠٢م، ص ٨

الأخرى، فما هو مبدأ سيادة القانون، وتحديد ولاية واختصاص القضاء، وعدم عزل القضاة، وكفالة حق التقاضي، وحق الأفراد في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، إلا جزء من هذه المبادئ الدستورية التي تصعد بالقضاء لبناء دولة قائمة على أسس دستورية حقيقية<sup>(١)</sup>.

كما أننا لا يمكن أن نتحدث عن استقلال القضاء من غير وجود قضاة مستقلين بموجب القوانين التي تختص بتنظيم السلطة القضائية. ولذلك تعد طريقة اختيار القضاة، وتقرير مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، ووضع قواعد خاصة بشؤونهم المالية والإدارية أثناء تأدية وظائفهم، بالإضافة إلى خضوعهم لقواعد خاصة بمسائلهم جزائياً وإدارياً، إنما يشكل أهمية بالغة القصوى بالنسبة لاستقلال القضاة، فهي تمكنهم من مقاومة كل التأثيرات التي قد تمارس عليهم سواء كان مصدرها السلطات أو الأفراد أو السلطة القضائية نفسها، فلا يكون هناك ثمة سلطان على القاضي في تكوين رأيه القضائي لغير القانون وضميره، ولا يوجد تأثير على رأيه بالترغيب أو الترهيب.

وبناءً عليه، تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على أحد الضمانات الأساسية للتقاضي ألا وهي استقلال القضاء في مصر وعمان، إذ إنه من السهولة تقرير استقلال القضاء كمبدأ دستوري، غير أن النصوص الدستورية لا تجد طريقها إلى التطبيق العملي، فمن المتصور أن تأخذ القوانين باليسار ما أكدته الدساتير باليمين، وحتى لا يغلق الدستور باباً من أبواب التدخل في شؤون القضاء، ثم يأتي القانون بعد ذلك ويفتح عدداً من النوافذ لهذا التدخل. هذا بالإضافة إلى قلة الكتابات المقارنة التي تعالج هذا الموضوع وبالأخص في السلطنة.

إشكالية الدراسة:

تشكل العدالة عصب الحياة بالنسبة للمجتمع الإنساني، فبدونها تنتشر الفوضى ويعم الظلم في المجتمع، لذلك حرصت شرائع جميعها على حد سواء على إيجاد

<sup>١</sup> د. د. دلير صابر خوشناو، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٨م، ص ٨

ركائز تؤسس لتحقيق هذه العدالة بين البشر، وقد كان من أهم أركانها التي لا تقوم بدونه هو إيجاد قضاة يعملون في سبيل تحقيق العدالة، فالعدالة تقتنر دائماً بالقضاء الذي يسهر رجاله عليها، ولما كان القضاء هم عماد القضاء وركيزته الأولى فإن الاهتمام انصب عليهم من أجل إيجاد أساس متين يمارس من خلاله القاضي دوره ومهمته على أحسن وجه وأكمله، ولما كان القاضي، وهو في سبيل تحقيق هذه الغاية، عرضه لأن تتدخل جهات مختلفة في عمله، ومحاولة التأثير فيه أو محاولة المساس بكرامته أو الإيقاع به والكيد له من خلال أساليب مختلفة. كما أن القاضي بحكم طبيعته البشرية عرضة لأن يقع في الخطأ عند ممارسته عمله القضائي، لذلك كان لزاماً أن يوفر للقاضي من النصوص التشريعية ما يكفل له أداء عمله القضائي وفق نصوص تهدف إلى إحقاق الحق وإيصاله إلى أصحابه، بالنحو الذي يمنع أي تأثير في القضائي ابتداء من عملية اختياره لمنصب القضاء، وأثناء ممارسته لعمله القضائي<sup>(١)</sup>.

وانطلاقاً مما سبق، فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الشأن، ما هو مدى فاعلية القواعد -التي أسميها بالضمانات- الدستورية والقانونية في سلطنة عمان في توفير الحماية الكافية لعمل القضاة على نحو مستقل وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات في ضوء المعطيات الموضوعية والواقعية، وتوفق المشرع في توفير إطار تشريعي لاستقلال القاضي في عمله الذي لا بد وأن يكون مجرداً عن أي تأثير أو ضغط من سلطات الدولة الأخرى ترهيباً وترغيباً، وهل بلغ هذا الاستقلال الغاية المنشودة التي تبعث الاطمئنان للقاضي والخصوم أيضاً؟  
منهج الدراسة:

لما كان الهدف من هذه الدراسة هو الاستفادة من تجارب الدول في مجال استقلال القضاء، وذلك في إطار الاستفادة المتبادلة بين الأنظمة القانونية المختلفة،

<sup>١</sup> د. عبدالقادر محمد القيسي، الحصانة القضائية ومبدأ استقلال القضاء في التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٧م، ص ١٠

فإنني رأيت أن أتناول دراسة الضمانات القانونية لاستقلال القضاء في سلطنة عمان وفقاً لقانون السلطة القضائية الحالي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩٠ وتعديلاته، ومن ثم مقارنتها مع قانون دولة ذات تجربة عريقة في هذا الشأن وهي مصر وفقاً لقانون السلطة القضائية المعمول به رقم ١٩٧٢/٤٦ وتعديلاته، وذلك من أجل لوقوف على مدى توفيق المشرع العماني في تحقيق الاستقلال المرجو للقضاة، بدءاً من كيفية اختيار القاضي لمنصب القضاء، وطوال فترة عمله حتى انتهائها، ولا أبالغ إذا قلت أن التجربة المصرية في مجال استقلال القضاء على المستوى القانوني على الأقل هي الأكثر ثراءً، ومن ثم فإن المقارنة معها يمكن أن تفيد في إبراز الكثير من مميزات ومثالب التنظيم القضائي. والوقوف على مدى توفيق المشرع العماني في توفير الإطار التشريعي الفعال لاستقلال القضاء.

**خطة التقسيم:**

لما سبق، سوف نعرض لموضوع الضمانات القانونية لاستقلال القضاء، ونعالجه على النحو الآتي:

- مبحث تمهيدي: ماهية استقلال القضاء وأهميته.
- الفصل الأول: الضمانات المتعلقة بتعيين القضاة.
- الفصل الثاني: الضمانات المتعلقة بالقضاة أثناء أداء وظائفهم.

## مبحث تمهيدي

### ماهية استقلال القضاء وأهميته

يرتكز المجتمع على أسس عديدة تساعد على الاستقرار العام في شتى مناحي الحياة، ويعتبر العدل أحد أهم هذه الأسس، فالعدل كما لا يخفى هو الغاية العامة والمقصد الأسمى لكل حكم ديموقراطي، والعدل في مجالنا القضائي يفترض وجود سلطة مستقلة عن غيرها من السلطات الأخرى في الدولة تتولى صيانة وحماية الحريات وضمان الأمن والاستقرار والاطمئنان والنماء، إعلاء سيادة القانون ودعماً للمشروعية. كما يفترض إيجاد ضمانات تكفل استقلال هذه السلطة وتضمن حصانة رجالها وتضمن حقوقهم وتصون كرامتهم. وإذا كان العدل في مقولة ابن خلدون هو أساس الملك فلا بد من التأكيد على أن استقلال القضاء هو أساس العدل وهذا يعني أن استقلال القضاء والقاضي مرتبط ارتباطاً عضوياً برسالة العدالة بحيث لا يمكن أن يكون القضاء قضاءً إلا إذا كان مستقلاً<sup>(١)</sup>.

إن العقد الاجتماعي الذي أبرمه أفراد المجتمع الواحد فيما بينهم لهو أول نواة لتأسيس الدولة، وأن الغرض من هذا العقد هو تنظيم حياة الإنسان في المجتمع من حقوق وحريات التي قد يختلف عليها الاثنان وتكون مصدر نزاع فيما بينهم. ولتحقيق هذا الأمر تحتاج الدولة وضع قواعد تحكم هذه العلاقة بهدف حماية تلك الحقوق والحريات في إطار قواعد قانونية عامة مجردة، وتنفذ من قبل جهة حاكمة تتميز عن غيره بالعدالة والاستقلال، والتي لها القدرة - بموجب العقد - في فض المنازعات، تلك هي الجهة القضائية<sup>(٢)</sup>.

لقد حظي استقلال السلطة القضائية على توالي الحقب والعصور باهتمام بالغ إدراكاً لخطورة رسالته في إعلاء سيادة القانون، وحماية الشرعية، وصيانة حقوق الإنسان، لدرجة أنه بات مؤكداً أن استقلال القضاء في الوقت الحاضر يعد مبدءاً من

١ . عبدالواحد الجراري، الضمانات الأساسية لاستقلالية القضاء بالمغرب، مجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية بالمغرب، العدد ٢٤، مارس ٢٠٠٢م، ص ٥

٢ . د. دلير صابر خوشنار، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٧١

المبادئ الدستورية لدى الدول المعاصرة<sup>(١)</sup>، بل وأجمعت كافة القوانين الأساسية السائدة في عالم اليوم (موثيق و دساتير وقوانين) على اعتبار السلطة القضائية هيئات قضائية لا تخضع في عملها سوى للقانون والضمير، وبالتالي يحظر على كافة الجهات الأخرى التشريعية منها والتنفيذية التدخل في عملها ضماناً لمبدأ حياد القاضي الذي يجسد استقلال القضاء، لذلك درجت الدول على تضمين قوانينها الضمانات الكفيلة باستقلال القضاء وحياد القاضي، وذلك من خلال منع التأثير على استقلاله في تأديته مهامه التي تتبلور بشكل جوهري في حسم المنازعات بين الحكومة والأفراد أو بين الأفراد أنفسهم<sup>(٢)</sup>.

وانطلاقاً مما تقدم، سوف نوضح من خلال هذا المبحث مفهوم استقلال القضاء ثم نبين مدى أهميته في مطلبين منفصلين على النحو التالي:

**المطلب الأول: مفهوم استقلال القضاء.**

**المطلب الثاني: أهمية استقلال القضاء.**

### **المطلب الأول**

#### **مفهوم استقلال القضاء**

**أولاً: تعريفه:**

يعتبر القضاء موطن العدل بمضمونه وفحواه، يلوذ به كل مضطر ليصون به حقاً أو يرد عنه باطلاً، وهو محور العدالة وضمآن الحريات، ومنع ما يقع من جور أو تطاول والحد من انتشاره، ويعني أن القضاء وحده هو الذي يستقل بالفصل في الخصومة وإنزال العقوبة على الخارجين على أحكام القانون<sup>(٣)</sup>.

إن استقلال القضاء يعني أن يكونوا أحراراً في البحث عن الحق والعدل دون أن يكون هناك تأثير في ممارستهم لعملهم من سلطة أو ضغط من حاكم أو تدخل من

<sup>١</sup> فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيبة السلطة القضائية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦م، ص١٧

<sup>٢</sup> د. هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية من منظور العدالة والمساواة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، العدد ١٣، ٢٠١٣م، ص١٣٥

<sup>٣</sup> فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيبة السلطة القضائية، مرجع سابق، ص٢٩

ذوى النفوذ وألا يخافوا في الله لومة لائم<sup>(١)</sup>. فليس لأحد عليه من سبيل في قضائه أي ألا يكون ثمة سلطان على القاضي في تكوين رأيه القضائي لغير القانون وضميره، فلا يوجد تأثير على رأيه بالترغيب أو التهيب<sup>(٢)</sup>. وبذلك فإن الاستقلال يعني تحرر سلطته وعدم خضوعها لأي من التأثيرات المختلفة بأشكالها المباشرة وغير المباشرة. لأنه طالما بقي القضاء على استقلالهم واستمروا في احترام حكم القانون في مواجهة القوة الباطشة وأنظمة الحكم المتصلبة، فإنهم سوف يضطرون إلى البقاء أقوىاء ويعملون ببسالة<sup>(٣)</sup>.

ولقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى القول بأن "استقلال السلطة القضائية وظيفياً يقوم على أساس أن تفصل السلطة القضائية فيما يعرض عليها من أفضية في موضوعية كاملة، وعلى ضوء الوقائع المطروحة عليها، ووفقاً للقواعد القانونية المعمول بها، ودون قيود تفرضها عليها أي جهة أو سلطة أخرى، ليكون لقضائها الكلمة النهائية في كل مسألة من طبيعة قضائية"<sup>(٤)</sup>.

إن استقلال القضاء يعتبر أحد الركائز الأساسية في الحفاظ على حقوق وحرية الأفراد، خاصة وأنه تكثر في العديد من الأنظمة السياسية في دول العالم الثالث ظاهرة تعيب سلطة القضاء وتحويل تلك السلطة لجهات أخرى لا تتمتع بالاستقلال، كما أنها ليس لديها الخبرة اللازمة لتولى ذلك المنصب<sup>(٥)</sup>.

وينظر إلى استقلال القضاء، بصفة عامة، باعتباره ضماناً مؤسسية للقضاء، وليس باعتباره حقاً أو امتيازاً مهنيّاً للقضاة الأفراد، ويشكل استقلال القضاء بهذه

١ . د. أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التناقض بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦م، ص ١٢٣

٢ . د. طلال خالد مرزوق الرشدي، استقلال السلطة القضائية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١١م، ص ٢٢٣

٣ . د. دلير صابر خوشنار، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٨٣.

٤ . دستورية عليا في مصر، جلسة ١٢/٧/١٩٩١م، رقم ٣١ لسنة ١٠ ق، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، ج ١/٥، ص ٥٧

٥ . د. هادي محمد عبدالله الشدوخي، التوازن بين السلطات والحدود الدستورية بينها، دراسة دستورية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م، ص ٢٨٤

المثابة سمة جوهرية للقضاء تتطلب إعمال مبادئ سيادة القانون، والفصل بين السلطات<sup>(١)</sup>.

ثانياً: حدوده:

يشكل الفصل بين السلطات أحد المكونات الأساسية لمفهوم استقلال القضاء، ويستند مبدأ الفصل بين السلطات إلى فكرة مؤداها، أن يقوم القضاء كسلطة على قدم المساواة مع بقية سلطات الدولة، إذ يجب أن تحرر سلطة القضاء من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم خضوع القضاة لغير القانون، فواجب القاضي في تطبيق القانون يقتضي منه معرفة إرادة المشرع على الوجه الصحيح، وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان كامل الحرية في استخلاص هذه الإرادة غير متأثر بفكرة معينة وغير خاضع لتدخل من هاتين السلطتين<sup>(٢)</sup>.

ولكن إذا كان مبدأ استقلال القضاء يعني تحصين السلطة القضائية من التدخل، فهل هذا يعني الانفصال التام للقضاء أو التحرر المطلق له عن باقي السلطات؟ ربما تسهل الإجابة إذا حددنا فيما إذا كان استقلال القضاء وسيلة أم غاية بحد ذاتها، فإذا ما قلنا أنها غاية - جلاً - فإننا قد نسمح بالتحرر المطلق أو الانفصال التام مما يندر باستبداد محتمل للقضاء أو ما يعرف بنشوء حكومة القضاة، أما إذا قلنا أن الاستقلال وسيلة تقود إلى هدف أنه نواة حكم القانون تعطي الثقة للمواطنين بأن القانون سوف يطبق بإنصاف ومساواة، وهو عنصر من عناصر دولة القانون بل يمكن القول بأنه من أهم عناصر هذه الدولة ولا يمكن بناؤها من غير وجود قضاء مستقل وعادل<sup>(٣)</sup>، فإن استقلال القضاء بهذا الوصف لا يتعدى حدود عدم التدخل بشؤونه من قبل باقي السلطات من دون أن يصل إلى إقامة فواصل قاطعة بين الوظائف الثلاث<sup>(٤)</sup>. وإنما إقامة تعاون ومشاركة في الاختصاص.

١. د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر والإمارات عمان وألمانيا، ٢٠١٤م، ص ١٤

٢. د. أحمد قحى سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخمسون ١٩٨٠، دار الينا للطباعة، ١٩٨٣م، ص ١١٥

٣. د. دلير صابر خوشناو، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ١١٢

٤. د. عبدالقادر محمد القيسي، الحصانة القضائية ومبدأ استقلال القضاء في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٢٧

ولعل أدق عبارة في استقلال القضاء هو حكم محكمة النقض المصرية حيث قالت بأن "مقتضى الفصل بين السلطات أن يكون بين السلطات الثلاث تعاون وأن يكون نظام الحكم قائماً على أساس السلطة تحد السلطة فتعمل كل سلطة في نطاق وظيفتها على وقف السلطة الأخرى عن تجاوز حدود سلطاتها القانونية فيؤدي ذلك إلى تحقيق حريات الأفراد وضمان حقوقهم واحترام القوانين وحسن تطبيقها تطبيقاً عادلاً وسليماً"<sup>(١)</sup>.

واستناداً لذلك فإن استقلال القضاء لا يلغي علاقة السلطة القضائية بغيرها من السلطات، فإذا كانت السلطة التشريعية هي التي تصدر القوانين التي تلتزم القضاة بتطبيقها والخضوع إليها، فإن السلطة القضائية تتولى عن طريق المحكمة الدستورية في مصر والمحكمة العليا في عُمان سلطة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح<sup>(٢)</sup>، وبالتالي يتوافر نوع من الموازنة بين السلطتين، وإذا كانت السلطة التنفيذية تملك تعيين القضاة وترقيتهم وإعارتهم وندبهم، فضلاً عن حق وزير العدل الإشراف الإداري على جميع المحاكم والقضاة، ففي المقابل تملك السلطة القضائية ممثلة في القضاء الإداري الحق في الرقابة على شرعية القرارات وإلغائها والتعويض عنها<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً: الأطر الدستورية لمبدأ استقلال القضاء:

لقد حمل القضاء أمانة العدل منذ فجر التاريخ، فهو قديم قدم الجماعة البشرية التي استشعرت دوماً بحاجاتها إلى الأمن والطمأنينة في النفوس. فالقضاء أمر لازم لقيام الأمم ولسعادتها وحياتها حياة طيبة، من خلال إقامة العدل ورفع الظلم، وحماية

١ . حكم محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٨٣/٢٧٧م، الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٤٦-٣٤، ص ٥٦١  
٢ . أخذت سلطنة عُمان بنظام مركزية الرقابة على دستورية القوانين بتحديد هيئة قضائية مستقلة تنظر في تنازع الاختصاص والرقابة على دستورية القوانين، فقد صدر المرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩٠ بإصدار قانون السلطة القضائية، وجاء في الباب الأول / الفصل الثاني - في ولاية المحاكم: (المادة ١٠): "تشكل بالمحكمة العليا - عند الحاجة - هيئة تتألف من رئيس المحكمة العليا وأقدم خمسة من نوابه، أو الأقدم فالأقدم من قضاة المحكمة، ينضم إليهم رئيس محكمة القضاء الإداري ونائبه، وأقدم ثلاثة من مستشاري المحكمة، تختص بالفصل في حالات تنازع الاختصاص الإيجابي والسلبي بين كل من المحاكم المنصوص عليها في هذا القانون، ومحكمة القضاء الإداري، وغيرها من المحاكم، كما تختص بتعيين الحكم الواجب التنفيذ في حالة تنازع الأحكام". وذكر القانون في (المادة ١١): تكون الهيئة المنصوص عليها في (المادة ١٠) هي الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه.  
٣ . د. أسامة الروبي و. د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ١٥

الضعيف وتهذيب القوي الظالم، الذي تدفعه قوته إلى الاعتداء على حقوق الآخرين<sup>(١)</sup>.

إن لا يستمد استقلال القضاء وجوده من إعلانات حقوق الإنسان أو القواعد الداخلية الواردة في نصوص الدساتير أو القوانين، فهو أسبق في الوجود من كل نص أو قانون، إذ يستمد من مبادئ العدالة ذاتها التي تكره التحيز وتأبى الظلم، فإذا نصت عليه أحكام الدستور أو القانون فإنما لتؤكد وتصوره، وإذا لم تنص عليه فلا يجوز إهداره أو إنكاره<sup>(٢)</sup>.

#### ١. الإطار الدستوري لضمان استقلال القضاء في مصر:

أدرك المشرع المصري أهمية استقلال السلطة القضائية، لذلك حرص على تأكيد استقلال القضاء في العديد من النصوص الدستورية الصريحة التي تؤكد على ضرورة ضمانته واحترامه لدى سائر مؤسسات الدولة والأفراد، فقد نصت المادة ٩٤ منه على أن "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات"، كما نصت المادة ٩٧ على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة".

وترسيخاً لمبدأ استقلال القضاء وضمان تحقيقه، فقد نصت المادة ١٨٤ على أن "السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها، والتدخل في شئون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم"، كما نصت المادة ١٨٥ على أن "تقوم كل جهة، أو هيئة قضائية على شئونها، ويكون لكل منها موازنة مستقلة، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها، وتدرج

١. د. دليور صابر خوشناو، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ١١٢  
٢. د. أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، مرجع سابق، ص ١٢٥

بعد إقرارها في الموازنة العامة للدولة رقماً واحداً، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المنظمة لثبوتها"، كما تنص المادة ١٨٦ على أن "القضاة مستقلون غير قابلين للعزل، لا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون، وهم متساوون في الحقوق والواجبات، ويحدد القانون شروط وإجراءات تعيينهم، وإعاراتهم، وينظم مساءلتهم تأديبياً، ولا يجوز ندهم كلياً أو جزئياً إلا للجهات وفي الأعمال التي يحددها القانون، وذلك كله بما يحفظ استقلال القضاء والقضاة وحيدتهم وبحول دون تعارض المصالح. ويبين القانون الحقوق والواجبات والضمانات المقررة لهم".

### ب. الإطار الدستوري لضمان استقلال القضاء في عُمان:

تضمن النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان العديد من النصوص التي تركز مبدأ استقلال القضاء وتؤكد على ضرورة احترامه من قبل جميع أفراد المجتمع وكافة مؤسسات الدولة، فقد نصت المادة ٥٩ منه على أن "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وشرف القضاء ونزاهة القضاة وعدلهم ضمان للحقوق والحريات"، كما نصت المادة ٢٥ منه على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة. ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق وتكفل الدولة، قدر المستطاع، تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا". ولقد حفظ النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان للقضاء استقلاله بصريح ما أورده في المادة ٦٠ بقوله "السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون". كما نصت المادة ٦١ على أن "لا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون. وهم غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون. ولا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة. ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون. ويحدد القانون الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء، وشروط وإجراءات تعيين القضاة ونقلهم وترقيتهم والضمانات المقررة لهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل وغير ذلك من الأحكام الخاصة بهم".

## المطلب الثاني أهمية استقلال القضاء

إن لاستقلال القضاء أهميته التي تبرز في مجالات عدة سواء أكانت متعلقة بالفرد أم بالدولة، وهو ما سوف نوضحه كل على نحو مستقل:  
أولاً: بالنسبة للفرد:

يعتبر استقلال القضاء ضرورياً لحماية سيادة القانون وتأكيدده، واستقلال القضاء يعتبر الأداة التي تساعد على تحقيق العدل وضبط المجتمع وصيانة حقوق الأفراد، كما أن وجود قضاء مستقل ومؤهل من شأنه أن يدعم الثقة بالدولة ومؤسساتها<sup>(١)</sup>.

ويقول أحد كبار القضاة الأمريكيين "ستوري Story": "لا توجد في الحكومات البشرية سوى قوتين ضابطين: قوة السلاح وقوة القوانين. وإذا لم يتولى القوانين قضاة فوق الخوف وفوق كل لائحة فإن قوة السلاح هي التي ستسود". وبذلك يأمن الضعيف ويطمئن إلى أنه أمام قضاء يأخذ بحقه مهما يكن خصمه قوياً بماله أو نفوذه أو سلطانه إذ يجب أن ترعى الجميع عين العدالة<sup>(٢)</sup>.

إن استقلال القضاء ونزاهته يتصل جزئياً بإقامة نظام للعدالة للحفاظ على حقوق الإنسان وحرياته، وبذلك تكمن أهمية استقلاله بأنه الضمان لحماية الأفراد وحرياتهم. فالقضاء سلطة عادلة، لا تستبد ولا تتحرف، تقيم العدل بين الناس وترفع الظلم والجور عنهم، وتتعقب كل عدوان على حياة الإنسان وحرية وماله، فالقوي ضعيف أمام القاضي والضعيف قوي بحقه الذي يجب أن يرد إليه<sup>(٣)</sup>.

كما أن أهمية استقلال القضاء تبدو جلية بالنسبة لأشخاص المتقاضين أنفسهم بإيجاد القاضي العادل الذي يحتكمون إليه، إذ تشيع في نفوسهم روح الثقة والاطمئنان في الجهاز القضائي المستقل الذي لا يخضع في أحكامه لأي سلطة أو لأي تأثير من

١. د. محمد علي عويضة، مظاهر استقلال السلطة القضائية وضماناتها، دراسة مقارنة، بدون جهة نشر، الطبعة الثانية، ٢٠١٨م، ص ١٨.

٢. د. أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، مرجع سابق، ص ١٢٥.

٣. د. نليل صابر خوشنوار، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ١١٣.

أي نوع، فيطمئن المتقاضون إلى أن القاضي الذي يختصمون إليه لن يقول إلا الحق، بعيداً عن كل الأهواء والمؤثرات<sup>(١)</sup>. كما أنها تؤدي إلى قيام القاضي بوظيفته حراً مستقلاً آمناً في حضره ومطمئناً على مستقبله<sup>(٢)</sup>.

إن صيانة استقلال القضاء والحفاظ عليه يعني الحفاظ على حق الإنسان في التقاضي، وبالتالي فإن المساس بهذا الاستقلال إنما يمثل اعتداء صارخ لهذا الحق، ولقد أدركت الدول هذه الأهمية، لذلك حرصت العديد منها على وضع النصوص الدستورية والقانونية الصريحة التي تكفل تحقيق هذا الاستقلال<sup>(٣)</sup>.

هكذا يتضح لنا مدى أهمية استقلال القضاء بالنسبة للأفراد كون القضاء يمثل سلاحاً بمقتضاه يستطيعون اللجوء إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة لعرض ظلاماتهم، بمعنى أن القضاء يمثل في نظر الأفراد الجهة الحيادية لذا فإن الإصرار والمناداة باستقلاله يعزز ثقة المواطنين بالدولة من جهة ومن جهة أخرى يولد الشعور بالأمان والطمأنينة والتفاؤل بوجود جهة مستقلة قادرة على حمايتهم سواء من الحكومة أو المؤسسات أو الأفراد أنفسهم<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: بالنسبة للدولة:

يشكل استقلال القضاء المبدأ الأول من المبادئ العامة التي تضبط أعمال السلطة القضائية ويشكل بذات الوقت الضمان الحقيقي لحكم القانون في الدولة، وذلك لخضوعها لمبدأ المشروعية "خضوع الدولة للقانون"، إذ يتوقف عليه الوجود الفعلي لبقية الركائز التي تعتمد عليها الدولة القانونية، فلا قيمة للدستور بدون استقلال القضاء، ولا قيمة لمبدأ الفصل بين السلطات أو أية ضمانات للحقوق والحريات، إلا بوجود هذه الرقابة القضائية معززة بقضاة مستقلون لا سلطة عليهم<sup>(٥)</sup>.

١. د. محمد وحيد عبدالقوي، استقلال القضاء، رؤية عصرية لقضية مصيرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ٢٨.

٢. د. أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، مرجع سابق، ص ١٢٥.

٣. د. هنا عبدالحميد إبراهيم بدر، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية من منظور العدالة والمساواة، مجلة الحقوق

والبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٣م، ص ١٥٩.

٤. د. عبدالقادر محمد القيسي، الحصانة القضائية ومبدأ استقلال القضاء في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٢٨.

٥. د. هادي محمد عبدالله الشدوخي، التوازن بين السلطات والحدود الدستورية بينها، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

ولهذا يجمع الفقهاء على أن استقلال القضاء هو الدعامّة الأساسيّة لحكومة ديمقراطية حقيقية، فإذا فقد هذا الاستقلال سيكون مجتمعاً محروماً من ضوابط القانون، وعندها سيكون الحديث عن الدستور والسلطة والحريّة والشرعية والسيادة وغير ذلك من مفاهيم دستورية هو عبث لا طائل من ورائه<sup>(١)</sup>.

فالدولة القانونيّة كما يعرفها البعض هي التي يخضع كل من فيها حكماً ومحكومين، وسلطات وأفراد للقانون بحيث يمكن أن تكون تصرفاتهم الإيجابية والسلبية في دائرة وحدود النظام القانوني المقرر في الدولة. وذلك بقصد حماية حقوق الأفراد وحرياتهم. ولتحقيق ذلك لا بد من جهة يلجأ إليها الأفراد إذا عسفت الهيئات العامة بحقوقهم أو صادرت حريتهم متجاوزة في ذلك القانون، وهو الأمر الذي يتوفر لدى القضاء كسلطة مستقلة بحيث يكفل لهم حق النقاضي<sup>(٢)</sup>.

وبذلك فإن وظيفة القضاء المستقل في تطبيق القانون هي من أهم أعمال الدولة وأخطرها بكونه الجهاز المشرف على ضمان تطبيق القوانين تطبيقاً يكفل الضمان المستمد من تدرج القواعد القانونيّة، فمن المعروف أن القواعد القانونيّة ليست في مرتبة واحدة من حيث القوة والقيمة. ففي الهرم القانوني توجد القواعد الدستورية التي تتبوأ المكانة الأعلى التي لا بد أن تخضع لها بقية القواعد القانونيّة سواء الصادرة من السلطة التشريعية على شكل قوانين، أو صادرة عن السلطة التنفيذية بشكل لوائح وتعليمات وصولاً إلى القرار الفردي، بهدف حماية الحقوق والحريات الفردية، وبالتالي تحقيق العدالة<sup>(٣)</sup>.

إن أهمية استقلال القضاء لا يتوقف عند ذلك الحد فحسب، بل تصل ضرورته حتى للسلطة التنفيذية ذاتها فاستقلال القضاء يضمن للسلطة التنفيذية اطمئنانها لسيادة مبدئي العدالة والمشروعية بين المواطنين والارتقاء في سبيل

١. د. محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مجلة القضاء، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ١٩٦٨م، ص ٢٥٧، د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، المركز العربي للطبوعات، بيروت، ٢٠١٣م، ص ٨

٢. د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، وفقاً لدستور ٢٠١٤، مؤسسة حورس الدولة، ٢٠١٥م، ص ٢٠٢

٣. د. دلير صابر خوشناو، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ١١٩

الوصول إلى دولة القانون. وبذلك فالنظام السياسي يخطئ إذا لم يكف عن التدخل في شؤون القضاء ليس من منطلق مخالفته للدستور فقط، بل من أجل المحافظة على مصالحه لأن القضاء في حقيقته هو صمام الأمان لأي نظام، وبدونه تفرع أجراس إنذاره عند أول خلل، فإن مخاطر احتراق النظام كله تكون متوقعة في أي لحظة<sup>(١)</sup>.

ويشير العميد عبدالرزاق السنهوري في هذا الصدد إلى أن "كل ديمقراطية ناشئة لم تتضح فيها المبادئ الديمقراطية، ولم تستقر هذه المبادئ عندها في ضمير الأمة، تكون السلطة التنفيذية فيها هي أقوى السلطات جميعاً وتتغول السلطة وتسيطر عليها، وتتحيف السلطة القضائية وتتقص من استقلالها، والدواء الناجح لهذا الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية فهي أدنى السلطات الثلاث إلى الإصلاح، إذ القضاء نخبه من رجال الأمة أشربت في أنفسهم احترام القانون وانغرس في قلوبهم حب العدل وهم بطبيعة وظيقتهم يؤمنون بمبدأ الشرعية ولا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ويدفع عنه الطغيان"<sup>(٢)</sup>.

فبدون قضاء مستقل لا قيمة لمبدأ سيادة القانون ولا الزعم بقيام دولة القانون والمؤسسات حتى لو توافرت لهذه الدولة وثائق يطلق عليها الدستور، فإذا كانت السلطة القضائية متحدة مع السلطة التشريعية فإن حياة وحرية الأفراد ستصبح بيد قضاة متحكمين، وإذا ما اتحدت مع السلطة التنفيذية أصبح القاضي طاغية مستبد، لذا وجب أن يكون القضاء مستقلاً<sup>(٣)</sup>.

## الفصل الأول

### الضمانات المتعلقة بتعيين القضاة

لا مجال للريبة في أن القاضي هو الركيزة الأساسية التي تقوم عليها خدمة العدالة في أي نظام قضائي ناجح، هذا النظام ينبغي أن يكفل ضمانات الحصول على طائفة من الأشخاص يستطيعون الاضطلاع بعبء القضاء الجسيم ومسؤولياته

١. ذات المرجع السابق

٢. د. فواد الطيار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٦٦م، ص ٩٩

٣. د. عبدالغني بسيوني، النظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠م، ص ٥٥٩

العظمى، والذي يقتضي العناية الشديدة والتدقيق في تعيينهم، إذ يجب أن يكون ذو علم بالقانون وثقافة واسعة وإطلاع عميق، وخبرة في الشؤون القضائية، ونزاهة تامة وحياد وتجرد، لأن القضاة هم القائمون بتوزيع العدل بين الأفراد، وأن ضمان تحقيق ذلك يتوقف أساساً على حسن وسلامة ودقة اختيار من يتولى القضاء ليتناسب مع جلال وهيبة هذا المنصب<sup>(١)</sup>.

إن جسامه الوظيفة القضائية وخطورة المهام الموكولة لشاغليها يستدعي أن يكون اختيار الممثلين بها من أصفى منابع وأنقى المواضع علماً ومعرفةً وخلقاً، وأن يكون اختيارهم وفق معايير موضوعية واضحة يتولى وضعها والتحقق من توافرها الجهاز القضائي نفسه حتى يكون أكثر استعداداً لحمل أمانة العدل وأعبائها. لذلك يأتي شغل الوظائف القضائية واختيار الممثلين بالقيام بأعبائها كأول أمر يفرض نفسه عند الحديث عن استقلال السلطة القضائية واستقلال رجالها، وما ينبغي توافره من مقومات و ضمانات لهذا الاستقلال، إذ إن الطريقة المتبعة في هذا الصدد يكون لها أبلغ الأثر طوال حياة شاغلي الوظائف القضائية من حيث استقلالهم أو تبعيتهم للسلطة القائمة على اختيارهم<sup>(٢)</sup>.

فلاريد في أن أسلوب اختيار القضاة يعد باباً من أبواب التأثير في القضاء كسلطة وفي القضاة أيضاً كأعضاء في هذه السلطة، فإذا ما تركت عملية الاختيار للأهواء والمؤثرات تسرب إلى رحاب العدالة غير الأكفاء الذين لا يقدرون خطورة الرسالة وتقل الأمانة وتبعات المسؤولية، وليس من شيء أضر بالعدالة من أن يقوم عليها من لا يدرك كبتها، أو لا يشعر بقدسيتها، ونتيجة لذلك يلزم الدقة في طريقة اختيار القضاة بشكل يكفل استقلال القضاء وحديثه في تطبيق القانون ومن ثم ضمان استقلال السلطة القضائية<sup>(٣)</sup>.

١ . د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢م، ص ٤١، د. سامي جمال الدين،

النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٢٩٤

٢ . د. محمد وحيد عبدالقوي أبو يونس، استقلال القضاء رؤية عصرية لقضية مصرية، مرجع سابق، ص ٤٣

٣ . د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٤١

في ضوء ما تقدم، سوف نبين من خلال هذا الفصل طرق اختيار القضاة ثم نعرض لموقف النظام المصري والعماني من هذه الطرق وذلك في بحثين وذلك على النحو الآتي:

### المبحث الأول: طرق اختيار القضاة.

المبحث الثاني: موقف المشرع المصري والعماني من طرق اختيار القضاة.

#### المبحث الأول

#### طرق اختيار القضاة

يعتبر القاضي هو حجر الزاوية في النظام القضائي ككل، فهو العنصر البشري المجدد للسلطة القضائية كسلطة ثالثة من سلطات الدولة الأخرى التشريعية والتنفيذية، ولا ينبغي الحديث عن أي استقلال لهذه السلطة عن غيرها من سلطات الدولة الأخرى بغير أن يكون القاضي نفسه هو محور هذا الحديث، فاستقلال القضاء واستقلال القضاة أمران لا غنى لأحدهما عن الآخر، ولا ينهض أي منهما بديلاً عن الآخر<sup>(١)</sup>.

لذلك فإن من مقتضيات استقلال القضاء حسن اختيار الأصلح لتولى مهام القضاء، فلا شك بأن أسلوب اختيار القضاة له دور بالغ الأثر في التأثير على القضاء، ونتيجة لذلك فإن الأمر يقتضي العناية الشديدة في أسلوب اختيار القضاة، ووضع الضوابط والشروط التي تكفل حسن هذا الاختيار على النحو الذي يكفل استقلال القاضي وحيادته في تطبيق القانون.

فلابد لضمان قضاء عادل من إحاطة عملية اختيار القاضي بشيء كبير من العناية والاهتمام، ذلك أن من المفروض أن غاية الدول من إيجاد مرفق القضاء هي إقامة العدل بين الناس، وتختلف الدول فيما بينها بطريقة اختيار القاضي لديها وهو أمر متعلق بتقاليدها وموروثها ونظامها السياسي والاجتماعي<sup>(٢)</sup>.

١. د. محمد وحيد عبدالقوي أبو يونس، استقلال القضاء رؤية عصرية لقضية مصرية، مرجع سابق، ص ٤٧  
٢. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ٢٠٠٩م، ص ١٣٣

لذلك فإن طريقة اختيار القضاة في كل زمان تتبع من الواقع الذي يعيشه المجتمع في ذلك الزمان، يدلنا على ذلك ما ترويه لنا صفحات التاريخ من اللجوء إلى طريقة شراء وظيفة القضاء، كغيرها من الوظائف العامة، كما قد تسود الطبقة في مجتمع من المجتمعات فتصيب آثارها طريقة اختيار القضاة، ولا شك من أن هذه النظرة هي نظرة خاطئة، لأنه لا يمكن التسليم بقضاء الطبقة، ولا يمكن الاعتراف بأن الوظيفة القضائية ميزة يتمتع بها أصحاب الجاه، أو سلطة تشتري بالمال. فهذا لا يتفق مع جوهر استقلال القضاء الذي يرمى إلى عدم خضوع القضاة لغير القانون<sup>(١)</sup>. هذا وقد استقرت التشريعات الحديثة في هذا المجال على طريقتين لاختيار القضاة، هما طريقة الانتخاب، وطريقة التعيين<sup>(٢)</sup>.

وسوف نبين في هذا الفصل هاتين الطريقتين كل في مبحث مستقل ثم نعرض لموازنة بينهما للوقوف على أيهما أكثر دعماً لاستقلال السلطة القضائية وتحقيقاً لحديتهما، وذلك على النحو الآتي:

**المطلب الأول : اختيار القضاة بالانتخاب.**

**المطلب الثاني : اختيار القضاة بالتعيين.**

**المطلب الثالث : المفاضلة بين طرق اختيار القضاة.**

### **المطلب الأول**

#### **اختيار القضاة بالانتخاب**

اتجهت بعض الدول إلى الأخذ بنظام الانتخاب على أساس أنه الوسيلة المثلى لاستقلال السلطة القضائية وإظهار القضاة نابعين مباشرة من الإرادة الشعبية الأمر الذي يعد أكثر اقتراباً من الضمير الاجتماعي الذي يحدد مضمون القوانين<sup>(٣)</sup>، ولقد

١ . في العهد القديم في فرنسا ينظر إلى القضاة بوصفهم طبقة مغلقة تتمتع باحترام بالغ، وتعتبر المناصب القضائية قاصرة على أصحاب الثروة ممن يدفعون ثمناً باهظاً للحصول على هذه المناصب وورثتهم، ضماناً لاستقلال القضاء في مواجهة الملك، وهي نظرة خاطئة، لأنه لا يمكن التسليم بقضاء الطبقة، ولا يمكن الاعتراف بأن الوظيفة القضائية ميزة يتمتع بها أصحاب الجاه، أو سلطة تشتري بالمال. فهذا لا يتفق مع جوهر استقلال القضاء الذي يرمى إلى عدم خضوع القضاة لغير القانون.

د. أحمد فتحي سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مرجع سابق، ص ١١٥

٢ . د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٨٢

٣ . د. صلاح محمد حسن إبراهيم، نظرية الفصل بين السلطات كضمانة لسيادة القانون في النظم السياسية المعاصرة والنظام السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ص ٢٠٠٣م، ص ١٢٩

أخذت تشريعات هذه الدول بتتبع أساليب مختلفة في تبني هذه الطريقة، فمنها من يأخذ بالانتخاب بواسطة السلطة التشريعية كونها تمثل ضمير الأمة ووجدانها، ومنها من جعل الانتخاب أو الاختيار عن طريق الاقتراع العام ليكون القضاة محل ثقة المتقاضين من ناحية، وتحقيقاً لمبدأ سيادة الشعب من ناحية أخرى، ومن التشريعات من نحا نحو ترك الاختيار عن طريق الانتخاب للسلطة القضائية بما أن رجال هذه السلطة أقدر من غيرهم على الدقة في الانتقاء والتحري في الاختيار والتعرف على الكفاءات المؤهلة والصالحة لمنصب القضاء<sup>(١)</sup>. وسوف نعرض لكل من هذه الأساليب على النحو الآتي:

#### أولاً: الانتخاب بواسطة السلطة التشريعية:

تلجأ بعض الدول في اختيار قضاتها إلى الانتخاب عن طريق السلطة التشريعية باعتبارها تمثل ضمير الأمة ووجدانها وأعضاؤها هم صفوة الشعب السياسي، وتعتبر الدول الشيوعية بصفة خاصة المثال البارز لتطبيق هذه الطريقة من طرق اختيار القضاة، ففي الاتحاد السوفيتي القديم يتم اختيار قضاة المحكمة العليا للاتحاد من قبل مجلس السوفييت الأعلى لمدة خمس سنوات وفي تشيكوسلوفاكيا تتولى الجمعية الوطنية انتخاب قضاة المحكمة العليا أما قضاة الأقاليم فيتم اختيارهم بالانتخاب عن طريق اللجان القومية والإقليمية، وفي الصين فإن دستور جمهورية الصين الشعبية الذي أقرته الدورة الخامسة للمجلس الوطني الخامس لنواب الشعب في ٤ ديسمبر ١٩٨٢م نجد أن اختيار رئيس المحكمة الشعبية العليا يتم عن طريق الانتخاب الوطني لنواب الشعب<sup>(٢)</sup>.

ولا يفوتنا الإشارة إلى أنه إذا كانت هذه الطريقة تحرر القضاة من الخضوع إلى جمهور الناخبين، إلا أنها تجعلهم في قبضة السلطة التشريعية، الأمر الذي

١. د. خالد عبد العظيم أبو غاية، طرق اختيار القضاة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٩م، ص ٩٣

٢. د. طلال خالد مرزوق الرشدي، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٣٥٠

يزعزع استقلالهم ويؤثر في سير العدالة في غالب الأحيان، إذ من المفروض أن يكون القضاء مستقلين في مواجهة السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية على التلياء (الانتخاب بواسطة الاقتراع العام:

تأخذ بعض الدول بأسلوب اختيار القضاة عن طريق الاقتراع العام المباشر على درجة واحدة أو درجتين ولمدة معينة تنتهي خدمة القاضي بانتهائها وبعدها إما أن يعاد انتخابه من جديد لمدة أو مدد أخرى، وإما يتم استبعاده كلية، وبذلك يكون لهيئة الناخبين حق اختيار الأشخاص الذين يقومون بمهمة القضاء، فالقاضي المنتخب يعبر عن إرادة الأمة ومشيئتها<sup>(٢)</sup>، وقد تم إقرار هذا النظام في فرنسا ١٧٩٠، ومن الدول المعاصرة التي تأخذ بهذا النظام سويسرا وبعض الولايات الأمريكية، وكان مطبقاً لدى الاتحاد السوفيتي سابقاً<sup>(٣)</sup>.

وقد ذهب لتجاه في الفقه يدافع عن هذا الأسلوب في طريقة اختيار القضاة مستنداً إلى حجج أهمها<sup>(٤)</sup>:

١. نظام الانتخاب يحقق سلطة الأمة في اختيار قضائها باعتبار أن الأمة مصدر السلطات.
٢. اختيار القضاة بالانتخاب يؤدي إلى تحقيق استقلال القضاة عن السلطتين الأخريين وفي هذا ضمان كبير للعدالة.
٣. يؤدي هذا الأسلوب إلى زيادة الصلة بين المحكمة والشعب وهذا يؤدي إلى بساطة وسهولة الإجراءات كما يؤدي إلى وجود الثقة المتبادلة بين الشعب وبين القضاة.
٤. إن تأقيت مدة انتخاب القضاة يتفق مع أسلوب الانتخاب ذاته كما يؤدي إلى منع أن يتحول القاضي إلى مجرد موظف إداري روتيني.

١. د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٩٥  
٢. د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٩٤  
٣. فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيئة السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ١٢٥  
٤. د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م، ص ٢٩٥، د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ١٢٦

وهذه الطريقة وإن اتسمت بالعديد من الإيجابيات - كما أشرنا- ألا أنها لا تخلو من بعض العيوب الجوهرية، فالقاضي إذا أراد تجديد انتخابه لا بد أن يعمل على إرضاء الناخبين، وذلك يتعارض مع ما يجب أن يتوافر في القاضي من حيادية واستقلال، ومن ناحية أخرى، أن هذا الأسلوب لن يؤدي إلى اختيار أفضل وأكفأ العناصر القادرة على أداء الوظيفة القضائية بكفاءة واقتدار<sup>(١)</sup>، إذ إن وظيفة القاضي إنما تتطلب أن يكون مؤهلاً ومتخصصاً ودارساً وملماً بمبادئ القانون الذي يحكم به. كما أن القاضي لمدة معينة، وهي مدة انتخابه من شأنه أن يجعل وظيفته مؤقتة مما يفقد القاضي استقراره، ويخل بحسن سير القضاء<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: الانتخاب بواسطة الهيئة القضائية:

لجأت بعض الدول إلى الأخذ بأسلوب مغاير للأسلوبين السابقين ويتلخص ذلك الأسلوب في أفضلية ترك من يرشح للعمل في القضاء لأعضاء الهيئة القضائية ذاتها وهذا الأسلوب نظرياً يؤدي إلى اختيار أفضل الكفاءات لممارسة مهنة القضاء، فلا شك أن هذه النظام يوكل أمر اختيار القضاة للجنة لديها الحس القانوني والقضائي بالإضافة إلى أن ذلك يؤدي إلى تحقيق استقلالية السلطة القضائية<sup>(٣)</sup>.

وعلى الرغم من المزايا التي لا يمكن إغفالها من خلال اتباع هذه الطريقة في اختيار القضاة، إلا أنها لا تخلو هي الأخرى من العيوب، لعل أهمها، عدم وجود أساس لهذا النظام من حيث أن تعهد الدولة في تولية القضاء إلى فريق خاص لا يملك تمثيل الأمة ولا الحكومة<sup>(٤)</sup>، كما أنه إذا كان اختيار القضاة بواسطة أعضاء الهيئات القضائية سيؤدي بدوره إلى سيطرة اتجاهات أعضاء هذه الهيئات على عملية الاختيار، فضلاً عن الخشية من استغلال أعضاء هذه الهيئات لحق الاختيار بقصره على الأقارب والأصدقاء، فيصير القضاء حكراً على طائفة معينة في معزل عن

١ . د. ماجد راغب الطلو، الدولة في ميزان الشرعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ٢٣٤

٢ . فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيئة السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ١٢٥

٣ . د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٩٠

٤ . د. عبدالقادر محمد القيسي، الحصانة القضائية ومبدأ استقلال القضاء في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٧٩

غيرها من الناس منغلقة على نفسها تجمعهم المحسوبة، وهذا قد يؤدي إلى إقامة حكومة للقضاء داخل الدولة<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### اختيار القضاة بالتعيين

تعتمد غالبية النظم القانونية الحديثة على نظام التعيين بواسطة السلطة التنفيذية كطريق لاختيار القضاة، حيث يتولى رئيس السلطة التنفيذية اختيار أعضاء السلطة القضائية وذلك باعتباره رئيساً للدولة ومسؤولاً عن تسيير المرافق العامة بها، التي من بينها بالضرورة مرفق القضاء، وبالتالي فالقضاء في نظر أنصار هذه الطريقة هو مرفق من مرافق الدولة العامة، وتقوم الدولة بتعيين القضاة حالهم كما حال سائر موظفي الدولة، وأن الأحكام التي تصدر عن جهة القضاء تصدر باسم الشعب والدولة ممثلة برئيسها هي ممثلة الشعب ومن ثم هي أصلح من يعين القضاة<sup>(٢)</sup>.

إلا أن هذه الطريقة تم انتقادها على أساس أنها في الحقيقة تعد مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ إنها تجعل الاختيار في يد السلطة التنفيذية، وهو أمر شديد الخطورة، لأنه لا يكفل استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية، ويؤدي إلى خضوع القاضي إلى الحكومة التي عينته<sup>(٣)</sup>. لذلك فإن تشريعات الدول المختلفة التي تأخذ بهذه الطريقة تحرص على وضع ضوابط و ضمانات معينة تكفل معها عدم استغلال السلطة التنفيذية لهذه الطريقة بالتأثير على القضاء وتهديد استقلالهم، ويتم ذلك عن طريق تقييد سلطة الحكومة في الاختيار والتعيين بوضع شروط معينة في الدستور، وفي القوانين المنظمة للسلطة القضائية، حيث يكفل توافرها بيان مدى صلاحية المرشح للتعيين في الوظيفة القضائية، فضلاً عن ذلك فإن معظم القوانين ومنها

١. د. ثروت بدوي، النظم السياسية، مرجع سابق، ص ٢٩٥

٢. د. دليز صابر خوشنوار، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٤١٧

٣. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٦٠

القوانين العربية توجب أن يكون تعيين القضاة من اختصاص أعلى الهيئات التنفيذية<sup>(١)</sup>.

ومع اتباع هذه الطريقة في معظم النظم القانونية للدولة، فقد أبدتها غالبية رجال الفقه مع الاختلاف في كيفية وإجراءات اختيار القضاة ومدى ضمانها لاستقلال السلطة القضائية.

إذ يرى جانباً من الفقه القانوني رداً على هذا النقد أيضاً بأنه على الرغم من العيوب التي وجهت إلى هذا النظام، إلا أن ذلك لا يقلل من وجاهته، وذلك من عدة اعتبارات من أهمها أن هذا النظام لا يخل بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن الفصل التام بينها يكاد يكون مستحيلاً<sup>(٢)</sup>.

كما أن جانباً آخر يرى أيضاً، أن هذه الطريقة تفضل عن الطريقة السابقة فهي تبعد القضاة عن الأحزاب ومشاكلها، وتقصمهم عن ميدان السياسة، كما أن فيها ضماناً لحسن اختيار القضاة، إذ يختارون من ذوي المؤهلات الخاصة والمستويات العلمية الرفيعة والسلطة التنفيذية أقدر من جانب الناخبين على التعرف على الكفاءات التي يجب توافرها فيمن يتولى منصب القضاء<sup>(٣)</sup>.

ويرى آخرون أن طريقة التعيين من قبل السلطة التنفيذية أدت علمياً إلى نتائج معقولة في الدول الديمقراطية؛ وعلّة ذلك راجعة إلى أن الاختيار يتم من قبل مؤسسة الحكومة وليس من قبل شخص واحد، إضافة إلى أن الحكومات بطبيعتها تأتي وترحل وهو ما يقلل من تبعية القضاة للحكومة التي عينتهم<sup>(٤)</sup>.

ويقول د. سليمان الطماوي في هذا الشأن "إن اختيار القضاة بواسطة السلطة التنفيذية هي أكثر الطرق انتشاراً، وأنجحها في العمل، وهي لا تتعارض مع استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية، لأن القانون يحدد الطرق التي يتعين على السلطة

١. د. عبدالقادر محمد القيسي، الحصانة القضائية ومبدأ استقلال القضاء في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٨٠

٢. فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كرسيلة لهيئة السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ١٢٨

٣. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٦٠

٤. د. دلير صابر خوشنار، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٤١٧

التنفيذية أن تراعيها وهي تعين القضاة، والشروط والمؤهلات التي يجب توافرها في المرشحين لمنصب القضاء"<sup>(١)</sup>.

إضافة إلى ما سلف فإن إنشاء مجالس للقضاء وتربعها على رأس الهيئات القضائية المختلفة فرض على النظم القانونية أخذ رأيها في تعيين القضاة، بل وفي أحيان كثيرة يتم عملية ترشيح الأشخاص لشغل منصب القضاء من قبل تلك المجالس القضائية والتي نجدها في النظام القضائي المصري وكذلك النظام القضائي العماني<sup>(٢)</sup>، وهو مما دفع السلطة التنفيذية للتراجع خطوة في تفردتها بتعيين القضاة في مصلحة استقلال السلطة القضائية وعدم التأثير على رجال تلك السلطة.

### المطلب الثالث

#### المفاضلة بين طرق اختيار القضاة

مما لا شك فيه من أن معيار المفاضلة بين الطرق الدارجة في الأنظمة القانونية في كيفية اختيار القضاة الانتخاب أو التعيين هو أيهما يؤدي إلى ضمان تحقيق الاستقلال التام للقضاة، وبالتالي تحقيق وتأمين العدالة في المجتمع. إن طريق اختيار القضاة بالانتخاب قد يكون أكثر ضماناً لاستقلال القضاة - من وجهة نظر القائلين به - والحد من سيطرة السلطة التنفيذية بل والسلطة التشريعية أيضاً على القضاء ورجاله، وذلك عندما يكون اختيار القضاة عن طريق الإرادة الشعبية، بل وتحقق هذه الضمانات فيما لو اقترن هذا الانتخاب ببعض الشروط التي يجب توافرها في المرشحين لشغل هذه الوظيفة، كالمؤهلات مثلاً، من أجل ضمان توافر قدر معين من الكفاءة والأصول الفنية لممارسة المهنة القضائية.

غير أن مما يخشى منه أن تؤدي هذه الطريقة إلى تبعية هؤلاء القضاة لسلطة من انتخابه، فيقيم وزناً في قضائه لجمهور الناخبين ورغباتهم وميولهم، تكسباً لأصواتهم أملاً في أن يبقى موضع نقتهم، وألا يصطدم بهم ليضمن نفسه في ولاية

<sup>١</sup> د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، الطبعة الخامسة، مزينة ومنقحة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٦م، ص ٣٣٠.  
<sup>٢</sup> المجلس الأعلى للقضاء الذي تم إنشائه بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/٩ ويهدف إلى ترسيخ قيم ومثل وأخلاقيات العمل القضائي ورعاية نظمه، إضافة إلى العمل على استقلال القضاء وتطويره في البلاد.

قضائية جديدة عند إعادة الانتخاب، فيفقد بذلك ويتجرد من الحيطة والنزاهة والاستقلال، لينزلق في برائن التبعية للناخبين.

أما الأخذ بأسلوب التعيين في اختيار القضاة عن طريق السلطة التنفيذية قد يتحقق معه الاستقلال المنشود للقضاة، خاصة في المجتمعات التي لا تحسن ممارسة الطرق الديمقراطية في اختيار الحكام، والتي يسيطر على عملية الانتخابات فيها أمور تجعلها وسيلة غير صالحة لاختيار القضاة أو غيرهم. مع ضرورة إقرار الضمانات الكافية له، وتقيد السلطة التنفيذية بها والتي تحول بطبيعة الحال دون استبدالها بهذا الاختيار، لما تملكه هذه السلطة من وسائل وأساليب متنوعة يمكن من خلالها التأثير على القضاة بشكل مباشر أو غير مباشر ترهيباً وغريباً<sup>(١)</sup>.

إلا أن ذلك لا يمكن تصوره إذا ما تم اللجوء إلى هيئة قضائية أو بالأحرى إلى أعلى هيئة قضائية في الدولة والمتمثلة في المجلس الأعلى للقضاء في اختيار القضاة، دون تدخل السلطة التنفيذية، وبالتالي يقتصر دور هذه الأخيرة على الموافقة على التعيين شكلياً فقط.

بالإضافة إلى ما سبق فإن الخشية من سيطرة الأهواء الشخصية عند تعيين القضاة، وإغفال السلطة التنفيذية لعنصري الكفاءة الفنية والخلفية، يمكن مواجهتها بأحد أمرين أو كليهما<sup>(٢)</sup>:

- أن يحدد القانون المنظم لشؤون السلطة القضائية مجموعة من الشروط الواجب توافرها في القضاة والتي لا يجوز إغفالها قط أو الالتفاف حولها أو التحلل منها أو انتقاصها.
- أن تشترك السلطة القضائية ذاتها مع السلطة التنفيذية في عملية اختيار القضاة عن طريق الاقتراح مثلاً أو الموافقة السابقة أو اللاحقة بحسب

<sup>1</sup> د. نليل صابر خوشناو، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٤٢٢  
<sup>2</sup> د. محمد وحيد عبدالقوي أبو يونس، استقلال القضاء رؤية عصرية لقضية مصيرية، مرجع سابق، ص ٦٠

الأحوال، بحيث تكون السلطة القضائية هي من تقوم فعلياً بعملية الاختيار وتقييم المرشحين، ويقتصر دور السلطة التنفيذية على إصدار قرار التعيين. فإذا ما توافرت تلك الشروط فإن اختيار القضاة بالتعيين بواسطة السلطة التنفيذية يحقق الاستقلال الحقيقي للقضاة الذي تتحقق معه العدالة المرجوة في المجتمع فالعدل شرط أساسي لترسيخ الديمقراطية في المجتمع وتحقيق دولة الحق والقانون، كما أن ذلك يكفل الحصول على قضاة يتوافر فيهم قدر معين من الكفاءة والأصول الفنية التي تؤهلهم لشغل هذه الوظيفة.

### المبحث الثاني

#### موقف المشرع المصري والعُماني من طرق اختيار القضاة

إن النظام المتبع في طريقة اختيار القضاة يعد من أهم الضمانات التي تكفل تحقيق استقلال القضاء، فلا بد من الاعتراف بحقيقة مفادها أن تعيين القضاة - كما رأينا - تعد مسألة جوهرية وحاسمة بالنسبة لاستقلال السلطة القضائية من الناحيتين الشخصية والموضوعية، إذ ينبغي أن يشعر القاضي بأنه ليس مديناً لشخص معين ولا لجهة معينة بمنصبه القضائي، بل إنه حصل عليه بفضل كفاءته وأهليته دون أن يكون هناك أي فضل لأحد عليه في ذلك<sup>(١)</sup>.

كما أن استقلال القضاء يتطلب إلى جانب هذه الضمانة ضمانات أخرى لا تقل أهمية عنها، وهي الضمانة المستقاة من القاضي نفسه وشخصيته وتكوينه العقلي والعلمي، لذا فإن المشرع يكون حريصاً في اختياره للقضاة وفي وضعه للشروط الواجب توافرها فيمن يتولى هذه الوظيفة الجليلة على انتقاء أفضل العناصر المؤهلة علمياً لشغل هذا المنصب<sup>(٢)</sup>.

وفي الواقع أن اختيار القضاة بالتعيين أو الانتخاب يتعلق بالأوضاع السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع وبالمعتقدات الدينية والمستوى الثقافي والعلمي والموروث الحضاري وبمفهوم كل دولة عن فكرة العدالة لذلك فإن ما يصلح

١. د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ١٢٦

٢. د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٦

لدولة قد لا يكون كذلك لدولة أخرى بل إن ما قد يصلح لدولة في وقت معين قد لا يصلح لها في وقت آخر<sup>(١)</sup>.

في ضوء ما تقدم سوف نتناول موقف كل من النظامين المصري والعماني من طرق اختيار القضاة والشروط التي تطلبها لتولى هذه الوظيفة، كل في مطلب مستقل وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول: موقف المشرع المصري من اختيار القضاة.**

**المطلب الثاني: موقف المشرع العماني من اختيار القضاة.**

### **المطلب الأول**

#### **موقف المشرع المصري من طرق اختيار القضاة**

لم يشر المشرع المصري إلى الطريقة المتبعة لاختيار القضاة، ولم يقض في نصوص الدساتير المصرية المتعاقبة من دستور ١٩٢٣ مروراً بدستوري سنة ١٩٣٠ وسنة ١٩٥٦، وصولاً إلى دستور سنة ١٩٧١، أن من بين اختصاصات رئيس الجمهورية تعيين القضاة، وإنما عهد تلك المهمة للسلطة التشريعية لإصدار قانون لتنظيمها.

ومع صدور دستور ١٩٢٣ أحال المشرع مسألة تعيين القضاة للقانون وذلك طبقاً لنص المادة ١٢٦ منه الذي أكد على أن تعيين القضاة يكون بالكيفية والشروط التي يقررها القانون.

وعند دراسة القوانين الصادرة وفقاً لنصوص الدستور نجد أن المشرع المصري قد أخذ منذ صدور أول قانون للسلطة القضائية في ظل دستور ١٩٢٣ وهو القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ بشأن استقلال القضاء، بطريقة تعيين القضاة عن طريق السلطة التنفيذية، وذلك بعد أخذ رأي أو موافقة مجلس القضاء الأعلى، إلا أن القضاء تمسك بحقه في المشاركة في اختيار القضاة وقد وصل الأمر إلى حد الأزمة بين المحاكم العليا والسلطة التنفيذية.

<sup>١</sup> . د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٤١

ثم تتابعت تلك التشريعات التي صدرت بشأن السلطة القضائية، كما أدركت تلك التشريعات العديد من التعديلات بدءاً بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضاء، والمرسوم بقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن استقلال القضاء، والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ بشأن السلطة القضائية، والقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٥٦ وانتهاءً بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٢ والنافذ حالياً والذي أدركته أيضاً العديد من التعديلات بالقوانين أرقام ٤٩ لسنة ١٩٧٣، و١٧ لسنة ١٩٧٦، و٣٥ لسنة ١٩٨٤، والتعديل الأخير جاء برقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦.

وقد اختار القانون المصري مبدأ التعيين بالنسبة للقضاة بواسطة الحكومة وهو ما قرره صراحة في نص المادة ٤٤/١ من قانون السلطة القضائية على أنه "يكون شغل الوظائف القضائية سواء بالتعيين أو بالترقية بقرار من رئيس الجمهورية".

وفي الواقع أن السلطة القضائية هي التي تهيمن على عملية اختيار القضاة من خلال إشرافها الكامل على كل الخطوات التي تسبق التعيين، ويقتصر دور السلطة التنفيذية على التصديق على الاختيار، وإصدار القرارات الجمهورية بتعيين من توافق فيه الشروط والمؤهلات التي يجب توافرها في المرشحين لمنصب القضاء، بالإضافة إلى اجتياز الاختبارات التي أجرتها وأشرفت عليها السلطة القضائية،<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت هذه النصوص قد كفلت استقلال القضاء فمن المؤكد كما ذكرت المذكرة الإيضاحية لقانون استقلال القضاء رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ بأن "أعظم ضمانات القاضي تلك التي يستمدّها من قرارة نفسه، لذا فقبل أن نفتش عن ضمانات القاضي يجب أن نفتش عن الرجل الذي يحمل وسام القضاء، فلن يصنع الوسام قاضياً، إن لم يكن بين جنبه نفس القاضي، وعزة القاضي، وكبرياؤه، وكرامة القاضي، وغضبه لسلطان القضاء، واستقلاله، فهذه الحصانة الذاتية هي أساس استقلال القضاء، وهي

<sup>١</sup> . فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيبة السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ١٣٠

حصانة لا تخلفها النصوص ولا تقرها القوانين، وإنما تقرر القوانين الضمانات التي تعزز هذه الحصانة الذاتية للقاضي"<sup>(١)</sup>.

والحق أن القضاء - كما يقول البعض - فن من نوع خاص ليس يغني عن الفكر والذوق السليم والمعرفة اللذان تقوم عليهما المهن الفنية الأخرى، بل يلزم لمن يضطلع به أن تتوافر فيه فوق ذلك صفات أخلاقية ومواهب عقلية ونفسية، فمن الصفات الأخلاقية الاستقامة والنزاهة والاستقلال في الرأي والقدرة على تنكب المؤثرات التي تحيط به أو التي تخرج من باطن نفسه"<sup>(٢)</sup>.

من هنا تأتي أهمية الحديث عن الشروط والضوابط الواجب مراعاتها عند اختيار أعضاء السلطة القضائية، فاستقلال القاضي وحياده ونزاهته يركز على شخصه أكثر منه على القانون، وهو ما يحتم الإصرار على الصفات الخلقية المطلوبة فيمن يمارس وظيفة القضاء.

#### - شروط تعيين القضاء في مصر:

نص الدستور المصري الحالي لعام ٢٠١٤م<sup>(٣)</sup> في المادة ١٨٦ على أن "...يحدد القانون شروط وإجراءات تعيينهم، وإعاراتهم، وتقاعدهم، وينظم مساءلتهم تأديبياً، ولا يجوز ندهبهم كلياً أو جزئياً إلا للجهات وفي الأعمال التي يحددها القانون، وذلك كله بما يحفظ استقلال القضاء والقضاة وحيديتهم...".

وقد نظم قانون السلطة في المادة ٣٨ الشروط اللازمة فيمن يتولى وظيفة القضاء، فقد اشترطت فيمن يولى القضاء:

١. أن يكون متمتعاً بجنسية جمهورية مصر العربية وكامل الأهلية المدنية.
٢. ألا تقل سنة عن ثلاثين سنة إذا كان التعيين بالمحاكم الابتدائية وعن ثمان وثلاثين سنة إذا كان التعيين بمحاكم الاستئناف وعن ثلاث وأربعين سنة إذا كان التعيين بمحكمة النقض.

١ . المذكورة الإيضاحية لقانون استقلال القضاء رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ الصادر في العاشر من يوليو ١٩٤٣

٢ . حسن نجيب بك، منكرات في استقلال القضاء، بدون دار نشر، ١٩٤٥م، ص ٩٥

٣ . وهو ما نص عليه الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١م في المادة ١٧٦ منه على "أن يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم".

٣. أن يكون حاصلًا على إجازة الحقوق من إحدى كليات الحقوق بجامعة جمهورية مصر العربية أو على شهادة أجنبية معادلة لها وأن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان المعادلة طبقاً للقوانين واللوائح الخاصة بذلك.

٤. ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو مجالس التأديب لأمر مغل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره.

٥. أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.

## المطلب الثاني

### موقف المشرع العماني من اختيار القضاة

نصت المادة (٦١) من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٦/١٠١ على أن "...يحدد القانون الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء، وشروط وإجراءات تعيين القضاة ونقلهم وترقيتهم والضمانات المقررة لهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل وغير ذلك من الأحكام الخاصة بهم".

يتضح لنا من خلال ذلك بأن المشرع قد أحال مسألة تعيين القضاة إلى القانون بالكيفية والشروط التي يقررها في هذا الصدد.

وطبقاً لهذه الإحالة فقد صدر في ١٩٩٩/١١/٢١ قانون السلطة القضائية بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٠) فكان نقلة حضارية في مدارج التطور القضائي، وأرسى هذا القانون مسمى القضاء بـ (السلطة القضائية)، وبيّن أنواع المحاكم وترتيبها، وأنشئت المحكمة العليا، والمكتب الفني بالمحكمة العليا، ونص على شروط الولاية القضائية، فكان تحولاً لافتاً وجوهرياً، وأجرى عليه لاحقاً تعديلاً في ٢٠٠١ م، وصارت المحاكم بالترتيب الذي عليه الآن، علاوة على ما اتسمت به هذه المرحلة بنهضة شاملة وواسعة في القضاء بإنشاء المجلس الأعلى للقضاء، ثم استقلال القضاء واعتماد اختصاصات الأمانة العامة لمجلس الشؤون الإدارية للقضاء وهيكلها التنظيمي ذلك بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/٥٤<sup>(١)</sup>.

<sup>١</sup> د. محمد خليفة حامد، مؤسسة العدالة في الإسلام (بين التاريخ والتطورات المعاصرة)، ندوة تطور العلوم الفقهية، من الموقع الإلكتروني الذي تمت زيارته في ٢٥ ديسمبر ٢٠١٨ م على الرابط: <http://soo.gd/8Xvl>

وقد أخذت السلطنة بأسلوب التعيين في اختيار القضاة، ومقتضاه أن تقوم السلطة التنفيذية أو الحكومة بتعيين القضاة، وبما أن القضاء مرفق عام من مرافق الدولة، فيبدو طبيعياً أن تعين الحكومة القضاة كما تعين باقي الموظفين، فتعيين القضاة بواسطة السلطة التنفيذية هو أكثر الطرق اتفاقاً والأكثر انتشاراً وأنجعها في العمل مع المفهوم الحديث لسيادة الدولة، كما أن نظام التعيين يتفق وطبيعة الوظيفة القضائية التي تقتضي الدوام، الأمر الذي يكفل للقاضي استقراره ويؤدي بدوره إلى حسن سير القضاء، إذ تسمح طول الخبرة في العمل القضائي بحسن تطبيق القانون<sup>(١)</sup>، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع العماني حيث أوجبت المادة ٣٢ من قانون السلطة القضائية على أن "يكون التعيين في الوظائف القضائية بمرسوم سلطاني، بناءً على ترشيح مجلس الشؤون الإدارية، وذلك فيما عدا وظيفة قاضي مساعد فيمكن التعيين فيها من قرار وزير العدل بعد موافق المجلس".

وعلى الرغم من انتقاد البعض لهذه الطريقة كونها تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات والذي يقتضي في أبسط معانيه عدم تدخل أي سلطة في شؤون سلطة أخرى، إذ الخشية بعد ذلك خضوع القضاة للسلطة التنفيذية التي تولت تعيينهم مما يؤثر في استقلالهم وحيادهم انطلاقاً من حريتها في اختيارهم<sup>(٢)</sup>، إلا أن هذا التعارض يمكن تفاديه من خلال عدم إطلاق يد السلطة التنفيذية في عملية الاختيار وذلك بتقييدها بقيود تحول دون تفرداها أو استبدادها بعملية التعيين رداءً لسوء استعمالها لهذا الحق ووصولاً إلى اختيار قضاة أكفاء غير خاضعين لأي تأثير وذلك بضرورة توافر شروط موضوعية دقيقة يجب توافرها فيمن يعين في القضاء<sup>(٣)</sup>.

وتطبيقاً لذلك فقد حرص المشرع العماني على النص في قانون السلطة القضائية على عدة شروط لتعيين القضاة في السلطة بواسطة السلطة التنفيذية.

١. د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م، ص ٦١.  
٢. د. جابر فهمي عمران، استقلال القضاء، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥م، ص ٣٦.  
٣. د. محمود عاطف البناء، النظم السياسية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٩٨٥م، ص ٤٣٧.

## - شروط تعيين القضاة في عُمان:

نصت المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية العماني رقم ٩٩/٩٠ على أن

يشترط فيمن يولى القضاء أن يكون:

١. مسلماً، عماني الجنسية: اشترط القانون أن يكون القاضي مسلماً طبقاً لأحكام

الشريعة الإسلامية، وهو تطبيقاً لما نص عليه النظام الأساسي للدولة في

مادته الثانية إذ جاء فيها "دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية هي أساس

التشريع، وكذلك المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية. كما اشترط القانون

فيمن يولى القضاء أن يكون متمتعاً بالجنسية العمانية، ونظراً لعدم توافق

العدد الكافي من القضاة العمانيين فقد نصت المادة ٢٢ من ذات القانون على

أن "استثناءً من حكم الفقرة (أ) من المادة ٢١ والفقرة الأولى من المادة

(٤٨)، يجوز أن يولى القضاء من ينتمي بجنسيته إلى إحدى الدول العربية

من المسلمين، إذا لم يوجد عماني".

٢. كامل الأهلية: يشترط في المرشح أن يكون كامل الأهلية، أي أن يكون بالغاً

رشيداً وفقاً لأحكام القانون، ودون أن يلحق به عارض من عوارض الأهلية

الجنون والعتة والغفلة والسفه.

٣. محمود السيرة حسن السمعة: وفائدة هذا الشرط ظاهرة، فالقاضي يطبق

القانون، وأساس القانون هو الأخلاق، وبما أنه يقال أن العدل أساس القانون

أيضاً، فالعدل هو مجرد تعبير مختلف عن فكرة الأخلاق، فلا بد أن يكون

القاضي حسن الأخلاق حتى يكون لقضائه الاحترام اللازم والثقة الواجبة<sup>(١)</sup>.

٤. ألا تكون قد صدرت ضده أحكام جزائية أو تأديبية لأسباب ماسة بالذمة

والشرف، ولو كان قد رد إليه اعتباره.

٥. أن يجتاز الاختبارات والمقابلات التي تعقد لهذا الغرض.

<sup>١</sup> د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص ٦٣

٦. أن يكون حاصلًا على شهادة في الشريعة الإسلامية أو القانون من إحدى الجامعات أو المعاهد العليا المعترف بها: وقد أجازت المادة ٢٥ من قانون السلطة القضائية تولى الوظائف القضائية التالية لمن اشتغل بتدريس الشريعة الإسلامية أو القانون في الجامعات والمعاهد العليا المعترف بها، أو مارس المحاماة مدة لا تقل عن:

- أ- ثلاث سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاض.
- ب- ست سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية ثان منها بالنسبة للمحامين سنتان أمام المحاكم الابتدائية.
- ج- ثمان سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية أول، منها بالنسبة إلى المحامين ثلاث سنوات أمام المحاكم الابتدائية.
- د- اثني عشر سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة استئناف، منها بالنسبة للمحامين سنتان أمام محاكم الاستئناف.
- هـ- سبع عشر سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي المحكمة العليا، منها بالنسبة إلى المحامين سنتان أمام المحكمة العليا.

كما أجازت المادة ٢٦ من قانون السلطة القضائية التعيين في إحدى الوظائف القضائية التالية من مضى على اشتغاله بأعمال قانونية نظيرة، مدة لا تقل عن:

- أ- خمس سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاض.
  - ب- ثماني سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية ثان.
  - ج- عشر سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية أول.
  - د- أربع عشرة سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة استئناف.
  - هـ- تسع عشرة سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي المحكمة العليا.
- ووفقاً لنص المواد من ٢٨ إلى ٣٠ من قانون السلطة القضائية مع مراعاة الأقدمية، يكون اختيار نواب رئيس المحكمة العليا من بين قضاتها (م٢٨). واختيار رؤساء محاكم الاستئناف من بين قضاة المحكمة العليا، أو قضاة محاكم الاستئناف

الذين شغلوا هذه الوظيفة مدة ست سنوات على الأقل (م ٢٩). كما يتم اختيار رؤساء المحاكم الابتدائية من بين قضاة محاكم الاستئناف، أو القضاة الذي شغلوا وظيفة قاضي محكمة ابتدائية مدة أربع سنوات على الأقل (م ٣٠).

كما يجوز وفقاً للمادة ٣٨ من ذات القانون نقل أعضاء الادعاء العام إلى القضاء في الوظائف المعادلة، بمرسوم سلطاني أو بقرار حسب الأحوال، بناءً على توصية مجلس الشؤون الإدارية.

يتضح وفقاً لهذه الشروط أن وضع تلك الضوابط الموضوعية تعد ضماناً لعدم تعسف السلطة التنفيذية، وتقييد سلطاتها في هذا الشأن<sup>(١)</sup>. وإن كنا نرى بضرورة تحديد المركز القانوني للقاضي بعناية فائقة في عملية التعيين، خصوصاً فيما يتعلق بمستوى الصفات الخلقية والمعرفية التي يتحلى بها، نظراً لخطورة الوظيفة التي يقوم بها.

ونشير في هذا الشأن إلى ما تضمنه الخطاب السامي لمولانا جلالة السلطان قابوس بن سعيد المعظم - حفظه الله و رعاه - بمناسبة انعقاد مجلس عمان لعام ٢٠١١م و الذي جاء فيه "...فدعمنا للقضاء واستقلاله واجب التزامنا به واحترام قراراته بلا محاباة أمر مفروغ منه فالكل سواسية أمام القانون..." لهو أصدق ترجمة على ذلك، و بناءً على ذلك تم إصدار المرسومين الساميين ٩/١٠ و ٢٠١٢/٢٠١٢ بخصوص استكمال منظومة استقلال القضاء إدارياً ومالياً.

## الفصل الثاني

### الضمانات المتعلقة بالقضاة أثناء أداء وظائفهم

يتمتع القضاة بعدد من الضمانات الهامة التي تكفل استقلالهم أثناء أداء وظائفهم، يأتي على رأسها ضمانات عدم القابلية للعزل وتقرير قواعد خاصة بشؤونهم المالية والإدارية وبنقلهم وترقيتهم وندبهم وإعارتهم. إضافة إلى خضوعهم لقواعد

<sup>١</sup> د. رمضان إبراهيم عبدالكريم علام، مبدأ استقلال القضاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ١٠٢

خاصة بمسائلهم جزائياً وإدارياً، وهي الضمانات التي نناقشها تفصيلاً كل في مبحث مستقل وذلك على النحو الآتي:

**المبحث الأول: ضمانات عدم قابلية القضاة للعزل.**

**المبحث الثاني: تقرير قواعد خاصة بالثئون المالية والإدارية للقضاة وبنقلهم وترقيتهم وندبهم وإعارتهم.**

**المبحث الثالث: وضع قواعد خاصة بمساءلة القضاة جزائياً وأديباً.**

### **المبحث الأول**

#### **ضمانات عدم قابلية القضاة للعزل**

يعد مبدأ عدم القابلية للعزل من أهم المقومات الأساسية لاستقلال القضاء، وأحد القواعد الهامة التي يعتمد عليها القاضي في حكمه بين الناس مما له بالغ الأثر في مجال التقاضي، فطبيعة العمل القضائي تقتضي أن يضع القاضي حكمه بعيداً عن أية مؤثرات أو ضغوط خارجية يمكن أن تفرض عليه آراء مسبقة أو مدفوعة بمصالح أخرى غير مصلحة النظام القانوني وقواعد العدالة واستقلال القاضي يحول دون وجود أية عوامل خارجية تؤثر في تلك القواعد<sup>(١)</sup>.

ولبيان هذا المبدأ والوقوف على مختلف جوانبه، نقسم هذا المبحث إلى عدة مطالب نبين في الأول منها مفهوم هذا المبدأ ومدى علاقته باستقلال القضاء، وفي الثاني سنتطرق فيه لأهم ضماناته، وفي الثالث نبين موقف المشرع المصري والعماني من مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، وذلك على النحو الآتي:

**المطلب الأول: مفهوم مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل.**

**المطلب الثاني: ضمانات مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل.**

**المطلب الثالث: موقف المشرع المصري والعماني من ضمانات عدم العزل.**

<sup>١</sup> .د. جابر فهمي عمران، شرح قانون السلطة القضائية في سلطنة عمان، مرجع سابق، ص ١٥٩

## المطلب الأول

### مفهوم مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل

أولاً: تعريفه:

يعني مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل أنه "لا يجوز فصل القاضي أو وقفه عن العمل أو نقله إلى وظيفة غير قضائية أو إحالته إلى المعاش مبكراً قبل السن المحددة دون مراعاة الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون"<sup>(١)</sup>. أو "عدم جواز إبعاد القاضي عن منصبه القضائي سواء بطريق الفصل أو الإحالة إلى المعاش أو الوقف عن العمل أو النقل إلى وظيفة أخرى. فالقاضي الذي يخشى على منصبه لا يحكم بالعدل"<sup>(٢)</sup>.

كما يمكن أن ينصرف مفهوم هذا المبدأ لدى البعض الآخر إلى "عدم جواز فصل القاضي أو وقفه أو إحالته للمعاش إلا في الأحوال وبالقيد التي يقرها القانون، على أن يفسر مدلول العزل بكل إبعاد للقاضي عن مباشرة أعمال وظيفته في دائرة اختصاصه"<sup>(٣)</sup>.

لذلك حرصت الأنظمة على اختلاف نظمها السياسية والاجتماعية والاقتصادية وتباين فلسفاتها وقيمتها وتقاليدها على النص عليه في دساتيرها<sup>(٤)</sup> وإن تفاوتت فيما بينها في طرق إيضاح معالمه وبيان حدوده وكيفية تنظيمه، إذ يمثل من الناحية النظرية إحدى النتائج الجوهرية لمبدأ الفصل بين السلطات، وتمثل من الناحية العملية الرمز الظاهر للموس لوجود سلطة قضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية<sup>(٥)</sup>.

١ . د. علي الشحات الحبيدي، القضاء والقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول القضاء، أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧م، ص ٨٩، د. صلاح محمد حسن إبراهيم، نظرية الفصل بين السلطات كضمانة لسيادة القانون في النظم السياسية المعاصرة والنظام السياسي الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٢٩

٢ . د. أحمد فتحي سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مرجع سابق، ص ١٣

٣ . د. محمد وحيد عبدالقوي أبو يونس، استقلال القضاء رؤية عصرية لقضية مصيرية، مرجع سابق، ص ١٤٧

٤ . تنص أغلب الدساتير في العالم على ضمانات عدم قابلية القضاة للعزل ومنها بطبيعة الحال الدساتير العربية على سبيل المثال: المغرب الفصول من ٧٦ إلى ٨٠، ٨٥، ٨٧ وتونس فصل ٥٣ ولبنان المادة ٢٠ وسوريا المواد من ١٢٦ و١٦٣ والأردن المادة ٩٧ والعراق المادتين ٦٠، ٦١ والجزائر المادتين ٦٠، ٦٢ والإمارات المادة ٩٧

٥ . د. نجيب أحمد عبدالله، ضمانات استقلال القضاء، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٧م، ص ٤٢

تلك هي أهم ضمانات، لأن استقلال القضاء لا يمكن أن يكتمل إلا إذا ضمن  
القضاة أنهم لن يعزلوا أو تغير مراكزهم لأسباب مقبولة وبعد اتباع إجراءات معينة،  
إذ يجب أن يطمئن القاضي إلى بقاءه في وظيفته وأنه لن يملك أحد إقصائه عنها أو  
حرمانه منها بغير جرم أتاه وبغير الطرق التي رسمها القانون لذلك<sup>(١)</sup>، إذ يقول  
strong: "إنه على الرغم من اختلاف الدول الدستورية في الاتجاه القانوني وفي  
التطور التاريخي، فإنها لا تختلف كثيراً من حيث الحقوق النهائية التي يكفلها القضاء  
للمواطنين، فكل هذه الدول تكفل حيطة القاضي بوضعه فوق تغييرات الأحزاب،  
وبكفالة حقه في الاستمرار في شغل الوظيفة، دون أن تجعل من المستحيل عزله إذا  
ارتكب جريمة أو فساداً"<sup>(٢)</sup>.

ويقول كذلك: "إنه وإن كانت السلطة التنفيذية - أو جزء منها - هي التي  
تعين القضاة في معظم الحالات، إلا أن عزلهم بوجه عام هو في يد المشرع أو بالأقل  
يخرج عن نطاق السلطة التنفيذية"<sup>(٣)</sup>.

#### ثانياً: أهمية مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل:

لقد كانت الحاجة ماسة إلى هذه الضمانة عبر التاريخ بصفة خاصة في  
الأوقات التي تدخلت فيها الحكومة في أعمال القضاة فقد كان عزل القضاة أداة أو  
وسيلة في يد الحكومة لمعاقبة كل من يجرؤ على مخالفتها، لذلك فإن هذه الضمانة أو  
ذلك المبدأ هو جوهر استقلال القضاة في ظل الدولة القانونية المعاصرة ضد الحكومة  
ودرعاً واقياً من تعسفها واستبدادها ضدهم وذلك للتأثير عليه حتى يصدروا أحكاماً  
على وجه معين لا يرتضيه القانون<sup>(٤)</sup>.

من هنا يبدو جلياً مدى أهمية هذا المبدأ، فهو بذلك لا يعد امتيازاً للقضاة بقدر  
ما هو ضمانات إلى حسن توزيع العدالة بين الناس وحماية مصلحة المتقاضين، لأن  
القاضي يجب أن يجد في استقلاله ومركزه الثابت القوة والشجاعة الأدبيين اللتين

١. د. محمد علي عريضة، مظاهر استقلال السلطة القضائية وضماناتها، مرجع سابق، ص ٢٥٧

٢. د. محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٣٧٠

٣. ذات المرجع السابق

٤. د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٦٧م، ص ٥٧١

يقاوم بهما التزلف والرجاء، والتهديد والوعيد، فينطلق مقيماً للعدل بغير خوف أو رهبة، ولا يسمع لتأدية وظيفته غير نداء الذمة والقانون<sup>(١)</sup>، وهو ما لا يتحقق إلا بعاملين : أولهما حسن اختيار رجال القضاء - على نحو ما سبق بيانه- والثاني والأهم هو تثبيت استقلال القضاء وضمان صيانتها، ولقد أبرز برلمان باريس هذا المعنى في سنة ١٧٧٤ حين أصدر قانوناً بتقرير حق عدم قابلية القضاة للعزل في قوله: "إن هذا الحق ليس للقضاة بمثل ما هو في مصلحة المتقاضين وشرفهم وأرواحهم وأموالهم إذ الحارس الأول لها جميعها هو استقلال القضاء"، وكما عبرت عنه ديباجة قانون ١٥ فبراير سنة ١٨١٥ بأنه "هو الذي يمكن القاضي من أن يعلو فوق كل أسباب المخاوف وألا يصغى في قضائه إلا إلى لصوت الواجب والضمير"<sup>(٢)</sup>.

مؤدى ذلك أنه لا يمكن تحقيق تلك الغاية من غير هذه الضمانة، وبالتالي لا تعلق كلمة القانون في مواجهة الحكومة بدونها، فينصف فيها مظلوماً، أو يحيى منها صاحب حق، فهي تصب في مصلحة استقلال القضاء وهو بدوره أمر يعني المواطن قبل أن يعني القضاء، ومن هنا جاء تحديد الهدف من استقلال القضاء وحصانته وحيدته بأنه يتمثل في حماية حقوق وحرريات المتقاضين وذلك بإعلاء مبدأ سيادة القانون الذي هو أساس الحكم في أي مجتمع ديمقراطي<sup>(٣)</sup>.

غير أن ضمانات عدم قابلية القضاة للعزل هي في الحقيقة ليست مطلقة بل لها أحكامها الخاصة، ذلك أن استقلال القاضي لا يستدعي بقاء القاضي في وظيفته طوال حياته وإنما تأمينه من خطر التتكيل به، فهناك أحوال يجب أن تنزع منه فيها وظيفته مراعاة للمصلحة العامة، كما إذا ارتكب القاضي ما يخل بشرف القضاء، وحكمت عليه المحكمة بالعزل أو الاستقالة، أو أمضى المدة القانونية أو مرض، أو أحيل إلى المعاش حسب القانون، وهذا الامتياز ليس كافياً في الحقيقة من الوجهة النظرية

١ . د. محمد علي عويضة، مظاهر استقلال السلطة القضائية وضماناتها، مرجع سابق، ص ٢٥٧

٢ . حسن نجيب بك، منكرات في استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ١٧١

٣ . د. دليز صابر خوشنار، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٢٢٤

بالنسبة للقضاة كافة فإنه إن صح مع من بلغوا حداً معلوماً من السن فإنه لا يكفي مع الشبان الذين يأملون في الرقي من درجة إلى أخرى، أو في الانتقال إلى وظائف أخرى أكثر ربحاً من القضاء، لذلك قيل "من يملك الترقية يملك الموظف"، ومع ذلك فقد يكون مبدأ عدم قابلية العزل ضرر محقق إذا تبين أن القاضي ليس قاضياً كفواً، ثم أن مراعاة توزيع الأعمال القضائية، واختلاف الأقاليم من حيث المناخ قد تتناظر مع عدم قابلية نقل القاضي<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### ضمانات مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل

إن مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل ليس معناه عدم المساس بالقضاة حتى ولو كان غير أكفاء أو سلخوا مسلماً يخل بشرف منصب القضاء أو ينقص من كرامته أو عند ثبوت عجزهم عن القيام بأعباء وظيفتهم، فليس الهدف منه الإبقاء على قضاة عاجزين عن مزولة القضاء أو غير صالحين لهذا المنصب، لذلك فإن قانون السلطة القضائية لا بد أن ينص على بعض الحالات المحددة على سبيل الحصر والتي لا تتعارض مع مبدأ عدم القابلية للعزل، بحيث تمنع العناصر غير الصالحة في الاستمرار في منصب القضاء، مع ضرورة إحاطتها بضمانات تشريعية وأخرى إجرائية تكفل أمر تطبيقها على نحو سليم<sup>(٢)</sup>.

فلا يجوز إبعاد القاضي عن منصبه القضائي سواء أكان عن طريق الفصل أم الإحالة إلى التقاعد، أم الوقوف عن العمل إلا في الأحوال وبالكيفية المنصوص عليها في القانون، فإذا جرى عزله بغير اتباع هذه الطرق كان ذلك اعتداء على ضمانات عدم قابلية العزل<sup>(٣)</sup>.

١. د. محمد علي عويضة، مظاهر استقلال السلطة القضائية وضماناتها، مرجع سابق، ص ٢٥٧.  
٢. د. علي الشحات الحبيدي، القضاء والقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٩٠.  
٣. د. نجيب أحمد عبدالله، ضمانات استقلال القضاء، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، مرجع سابق، ص ٤٢.

علاوة على ما تقدم فإنه لغرض ألا يكون مبدأ العزل شعارات نظرية وتقريرات كلامية، وحتى نبعد مواطن الشبهات ومواطن الشهوات، فلا بد أن يحاط هذا المبدأ بجملة ضمانات، وذلك على النحو الآتي:

أولاً : يستمد المبدأ من نص دستوري:

يمثل هذا المبدأ إحدى النتائج الجوهرية لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعتبر لب استقلال السلطة القضائية، ومن ثم فإنه لا بد من وجود سند دستوري يدعم هذا المبدأ ويحدد الضمانات الكفيلة والكافية لحمايته، وأن يحدد الإدارة التي ينظم بمقتضاها. وتكون نتيجة تحديد أداة عزل القضاة دستورية، وهي أن يتم عزل القضاة بمقتضى هذه الأداة وحدها، بحيث لا يجوز لأية أداة أدنى من التي حددها الدستور أن تخالف أحكامه، أو تتعالى على ما رسمه من مبادئ وضوابط، وإلا كانت تشكل في عدم دستورتها وتخالف مبدأ المشروعية<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تحديد حالات العزل بقانون:

إن القوانين هي الأداة الثانية بعد الدستور لتنظيم المبادئ والأحكام التي نص عليها الدستور، وأن الأداة التي تنظم مبدأ عدم عزل القضاة هي القانون، ومن البديهي أنه عندما يحدد الدستور الأداة التشريعية التي يتم بموجبها تنظيم أمر من الأمور يجب أن يتم هذا التنظيم بمقتضى هذه الأداة وحدها دون غيرها، فلا يجوز تنظيمه بأداة أدنى مرتبة من القانون، لأن الاختصاص ليس حقاً قابلاً للنقل<sup>(٢)</sup>.

وإذا فرضنا أن عزل القضاة تم وفقاً لقانون صادر من السلطة التشريعية فإن ذلك يتطلب أن يشمل القانون المنظم للعزل على قواعد عامة مجردة تبين الحالات التي يجوز فيها عزل القضاة<sup>(٣)</sup>.

١ . د. دليو صابر خوشناو، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٢٢٦

٢ . د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٣٥

٣ . د. أحمد فتحي سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مرجع سابق، ص ١٧

### ثالثاً: القضاء هو الجهة المختصة بعزل أعضائها:

من المسلم أن مبدأ عدم قابلية القضاء للعزل لا يعني بقاء القاضي في وظيفته مدى الحياة واستحالة عزله، لأنه لو كان الأمر كذلك لاحتمى في ظل هذا المبدأ القضاء غير الأكفاء والقضاة الذين يخالفون السلوك المفروض عليهم، وكذا الذين يخالفون واجبات ووظائفهم القضائية، وهو ما لا يجوز قبوله، كما أن هذا المبدأ لا يتعارض مع إمكانية إحالة القاضي للتقاعد لبلوغه سن المعاش المعتبرة قانوناً، أو ثبوت عجزه صحياً عن القيام بأعباء وظيفته، كما لا يتعارض هذا المبدأ مع إمكانية مساءلة القضاء تأديبياً عما يقع منهم من مخالفات وتوقيع الجزاء عليه الذي قد يكون العزل أو النقل إلى وظيفة أخرى<sup>(١)</sup>.

وبما أن إقرار هذا المبدأ دستورياً حماية للوظيفة القضائية وضمان لاستقلال السلطة القضائية، كان لا بد من أن يعهد الاختصاص في عزل القضاة إلى جهة قضائية تقوم بمحاكمة القاضي وفق قواعد محددة في القانون، حتى يحقق القضاء استقلاله كسلطة قائمة على شؤون أعضائه وهيئاته، ويبعد شبح الخوف عليهم<sup>(٢)</sup>.

ويتم عزل القضاة في أغلب الأنظمة القضائية المعاصرة وفقاً لحالات محددة في القانون، بواسطة جهة قضائية أو مجلس قضائي مستقل عن السلطة التنفيذية، الذي يعود له الحق في تقدير ما بدر من القاضي من أفعال تستوجب العزل. فعزل القاضي مقيد بقيدتين: الأولى: أن تتوافر حالة من الحالات التي تستوجب العزل بموجب القانون، والقيد الثاني: أن يتم العزل من قبل جهة قضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية وخصوصاً في حالة تعيين القضاة من قبل هذا الأخير<sup>(٣)</sup>.

### رابعاً: عدم استخدام بدائل أخرى للعزل:

إن مفهوم العزل يجب أن يستمد ليشمل كل صور إبعاد القاضي عن عمله أو عن مباشرة أعمال وظيفته في دائرة اختصاصه، فيحظر كل إقصاء للقاضي عن

١. د. محمد علي عويضة، مظاهر استقلال السلطة القضائية وضماناتها، مرجع سابق، ص ٢٦١

٢. د. دلير صابر خوشناو، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٢٢٧

٣. د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٣٥

وظيفته تحت أي مسمى. فقد يقع هذا العدوان على شكل إعادة تنظيم الجهاز القضائي، وبمناسبة تستبعد الحكومة القضاة الذين ضاقت بهم سواء كان ذلك لصلابتهم في الحق وفي حماية الحريات أو لدورهم القيادي بين جماعة القضاة المدافعين عن استقلالهم عند التدخل أو محاولة التدخل في العمل القضائي وتوجيه السياسة القضائية نحو إصدار الأحكام على نحو معين<sup>(١)</sup>.

ويترج هذا العدوان إلى ما دون ذلك من الصور، وليس هذا وفقاً على بلد دون آخر ففي كل بلد بغير شك أمثلة من تاريخه القضائي البعيد والقريب للون أو أكثر من ألوان ذلك العدوان<sup>(٢)</sup>.

ولاشك أن وجود النصوص القانونية عامة والدستورية بصفة خاصة من شأنه أن يرسم الإطار الشرعي الذي يعد الخروج عنه عدواناً على استقلال القاضي كما أن استكمال هذا الإطار عن طريق الإصلاح الدستوري التشريعي من شأنه أن يحكم الحماية القانونية لهذا الاستقلال.

١ . إبراهيم أمين النفياني، مبادئ التنظيم القضائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ١٤٣  
٢ . ونذكر من التاريخ القضائي عدة أمثلة لهذا العدوان:

- أ- ففي فرنسا عطلت تلك الضمانة عدة مرات أولها في ١٢ أكتوبر سنة ١٨٠٧ بإعادة تنظيم المحاكم، وفي أول أغسطس ألغيت محاكم النواحي وعزل قضاةها. وفي سبتمبر من ذات العام صدر مرسوم بإعادة التنظيم القضائي نتيجة لإلغاء تلك المحاكم، وفي كل من هذه المرات وقع عدوان على ضمانة عدم القابلية للعزل.
- ب- وفي الأرجنتين أعيد تنظيم القضاء بعد سقوط "بيرون" وعزل بعض القضاة بحجة أنهم كانوا تحت تأثير بيرون وفي أول مايو سنة ١٩٥٨ لجأت الحكومة لأسباب سياسية إلى العفو عن بعض أنصار بيرون فعزلت بعض القضاة الذين حكموا ضد هؤلاء وكان العزل عن طريق إحالتهم إلى المعاش غير أن القضاة تصدوا للدفاع عن استقلالهم وأعلنت المحكمة العليا عطلة قضائية بالنسبة لمحاكم العاصمة وتبعتها محاكم أخرى حتى اضطرت الحكومة إلى إعادة جميع القضاة المعزولين وانتهى الإضراب وعزل رئيس المحكمة العليا الدكتور "الفريد أورجاز" عن استقالته بناء على رجاء من رئيس الجمهورية وأعلن انتهاء هذا النزاع بانتصار القضاة في ١٦ يوليو ١٩٥٨.
- ج- وفي لبنان عطلت الضمانة وعزل بعض القضاة في ديسمبر سنة ١٩٦٥ ثم تكرر ذات العدوان في فبراير من العام التالي.
- د- وفي مصر وقع عدوان على قضاة مجلس الدولة باسم التطهير عام ١٩٥٥ وعزل منه من أزر الدكتور السنهوري في محنة عام ١٩٥٤. وفي عام ١٩٦٩ وقع ما سمي - بحق - منذبحة القضاة، فقد أعيد تشكيل القضاء واستبعد من التشكيل الجديد أكثر من مائة قاض كان من بينهم جميع أعضاء مجلس إدارة نادي القضاة وأغلب أعضاء مجلس إدارة النادي الفرعي لقضاة الإسكندرية ومعظم أعضاء مجلس القضاء الأعلى بما في ذلك رئيس محكمة النقض، وكان السبب الحقيقي من وراء ذلك هو تزعم هؤلاء لزملائهم في رفض سيطرة التنظيم السياسي الوحيد في البلاد في ذلك الوقت (الاتحاد الاشتراكي العربي) وفي أعقاب صدور أحكام بعض قيادات ذلك التنظيم وأجهزة الأمن السياسي.

د. محمد حسام الغرياني، استقلال القاضي، بحث منشور في مجلة الحق، السنة ٢٢، العدد ١، ١٩٩١م، ص ٧٣

## المطلب الثالث

### موقف المشرع المصري والعُماني من ضمانه عدم العزل

نظراً لأهمية هذا المبدأ فقد حرصت معظم دول العالم على اختلاف نظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ومعتقداتها الدينية على النص عليه في دساتيرها، وإن كانت قد اختلفت في تقرير نطاق تطبيقه من خلال تحديد الإجراءات التي يمكن بها عزل القضاة<sup>(١)</sup>. وسوف نشير إلى موقف كل من النظامين المصري والعُماني من هذا المبدأ وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: موقف النظام المصري من مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل:

يشير استقراء النصوص الدستورية والتشريعية في مصر إلى أنها تقر - بصفة عامة - عدم قابلية القضاة للعزل، فقد بدأ هذا التأكيد منذ الدستور المصري سنة ١٩٢٣، حيث درجت معظم الدساتير المصرية على ترك بيان حدود ذلك المبدأ وكيفية تطبيقه للقوانين المنظمة للسلطة القضائية عدا دستور ١٩٧١<sup>(٢)</sup>، الذي أعد عدم جواز عزل القضاة مبدأ عام ولم يترك تحديد حدوده وكيفيته للقانون المنظم للسلطة القضائية، بل جعل تنظيم مساعلة القضاة تأديبياً من حيث حدودها وكيفيتها طبق القانون، وباستقراء النصوص التشريعية المختلفة أيضاً نجد أنها درجت على تأكيد مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل<sup>(٣)</sup>.

كما حرصت كافة قوانين السلطة القضائية بدء من قانون استقلال القضاة رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ على التأكيد على هذا المبدأ مع التدرج في تفعيله، حتى شمل كل

١ . اتجه البعض إلى إجازة توجيه الاتهام إلى القضاة من المستويات العليا عن طريق السلطة التشريعية، وجواز عزل القضاة بناء على طلب هذه السلطة بغير السلطة القضائية، وقد يتم العزل بقرار من السلطة التشريعية بناء على اتهام مجلس النواب القاضي "بسوء السلوك" ثم إحالته إلى مجلس الشيوخ الذي يصدر قرار بعزله ويعرف هذا الأسلوب باسم "impeachment" ولقد عرفت الولايات المتحدة الأمريكية بعض أساليب عزل القضاة وقد أخذت به ٤٣ ولاية أمريكية. كما قد يتم العزل بواسطة المحاكم بناء على طلب أحد مجلسي السلطة التشريعية أو الاثنين معاً، وذلك "السوء السلوك الوظيفي" ويعرف هذا الأسلوب اسم "address" وقد أخذت به ٢٩ ولاية أمريكية. وهناك أسلوب ثالث للعزل حيث يتم بواسطة الناخبين من خلال إجراءات ذات طابع سياسي، ولا يتوقف هذا العزل على أسباب محددة، وإنما يكفي أن يفقد القاضي ثقة واعتبار الناخبين، ولو لم يصدر منه خطأ معين أو يفقد أهليته القضائية. وقد عرف هذا الأسلوب باسم "recall" وأخذت به ٦ ولايات أمريكية. واتجهت بعض الدول الأخرى إلى عدم جواز عزل القضاة إلا بناء على قرار من محكمة عليا، أو بواسطة الجهة التي انتخبته أو طبقاً لقرار قضائي حسب الأحوال في الدول المختلفة.

٢ . د. أحمد فتحي سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مرجع سابق، ص ١٣

٣ . فقد نصت المادة ١٦٨ منه على أن "القضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مساعلتهم تأديبياً".

٣ . د. محمد إبراهيم درويش، الإدارة القضائية للعدالة، دراسة مقارنة بين الدستور المصري والأمريكي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ٥٨٣

القضاة وأعضاء النيابة العامة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ المعدل لبعض أحكام قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، ليصبح كل رجال القضاء وأعضاء النيابة العامة - عدا معاونو النيابة - غير قابلين للعزل. وفقاً لما جاء بالمادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية، وتأكيداً لما ورد بالمادة ١٦٨ من دستور ١٩٧١، وما جاء بالإعلان الدستوري لعام ٢٠١٢ في المادة ٤٧، وما جاء بالمادة ١٧٠ من دستور ٢٠١٢ التي تقرر: أن القضاة مستقلون غير قابلين للعزل، لا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون...".

وأخيراً فقد أكد الدستور المصري الحالي لسنة ٢٠١٤ في المادة ١٦٨ منه على أن "القضاة مستقلون غير قابلين للعزل، لا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون، وهم متساوون في الحقوق والواجبات، ويحدد القانون شروط وإجراءات تعيينهم، وإعاراتهم، وتقاعدهم، وينظم مساءلتهم تأديبياً، ولا يجوز نديبهم كلياً أو جزئياً إلا للجهات وفي الأعمال التي يحددها القانون، وذلك كله بما يحفظ استقلال القضاء والقضاة وحيدتهم، ويحول دون تعارض المصالح، ويبين القانون الحقوق والواجبات والضمانات المقررة لهم".

وقد حدد قانون السلطة القضائية المصري الحالات التي يمكن فيها إنهاء خدمة القضاة وعزلهم وهي:

- بلوغ القاضي سنة التقاعد، وهي بلوغ سن السبعين (مادة ٦٩ معدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧، ويلاحظ في هذا الشأن أن القاضي الذي بلغ سن التقاعد خلال السنة القضائية يستمر في عمله حتى نهاية السنة القضائية (المادة ٢/٦٩).
- استقالة القاضي، يعتبر القاضي مستقياً إذا انقطع عن عمله مدة ثلاثين يوماً متصلة بدون إذن أو عذر مقبول (المادة ٣/٧٧).

- إحالة القاضي للتقاعد لأسباب صحية لا تمكنه من أداء وظيفته على الوجه المناسب، وتتم الإحالة بقرار جمهوري يصدر بناء على طلب وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (المادة ٩١).

- عزل القاضي أو إحالته إلى التقاعد أو نقله من وظيفته القضائية إلى وظيفة غير قضائية (المادة ١٠٨، ١١١)، كجزاء يوقع عليه من مجلس التأديب<sup>(١)</sup> (المادة ٦٨ السلطة القضائية)، وذلك في حال إخلال القاضي بواجبات وظيفته أو بشرفها، أو سلوكه سلوكاً يحط من قدرها أو كرامتها، أو يظهر في أي وقت أنه فقد الصلاحية لمباشرة أعمال وظيفته لأسباب غير صحية. ويجب في جميع الأحوال أن يصدر بالعزل أو بالإحالة إلى التقاعد أو بالنقل إلى وظيفة غير قضائية كجزاء قرار جمهوري (المواد ١١١ وما يليها).

يتضح مما سلف أن النظام القانون المصري قد إهتم من الأحكام المتعلقة بمبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، فهو ليسوا كغيرهم من موظفي الدولة، حيث يخضعون في أعمالهم إلى قوانين خاصة تمكنهم من أداء رسالتهم القضائية على نحو يبعث الثقة في نفوسهم، ضماناً لعدم النيل منهم أو للكيد لهم، وهو أمر يدل على مدى حرص المشرع المصري على الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، ضماناً هيبة القضاة في المجال الوظيفي<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: موقف النظام العماني من مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل:

حرص المشرع العماني على النص على هذا المبدأ في المادة ٦١ من النظام الأساسي للدولة للسلطنة، ليحقق الاستقلال والحماية للقضاء بقوله "لا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون، وهم غير قابلون للعزل إلا في الحالات التي يحددها

١ . يشكل مجلس التأديب في القانون المصري - طبقاً لنص المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية معدلة بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ - من أقدم رؤساء محاكم الاستئناف من غير أعضاء مجلس القضاء الأعلى رئيساً، وعضوية أقدم قاضيين بمحكمة النقض وأقدم نائبين محكمة استئناف. وعند غياب الرئيس أو أحد الأعضاء أو وجود مانع لديه يحل محله الذي يليه في الأقدمية. د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٥٠.

٢ . د. أحمد خليفة شراوي أحمد، هيبة القضاة ضمانات لاستقلال القضاء، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ٨٨.

القانون، ولا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة، ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون. ويحدد القانون الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء، وشروط وإجراءات تعيين القضاة ونقلهم وترقيتهم والضمانات المقررة لهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل وغير ذلك من الأحكام الخاصة بهم".

وقد حدد قانون السلطة القضائية العماني رقم ٩٩/٩٠ الحالات التي يمكن

فيها إنهاء خدمة القضاة وعزلهم وهي :

- بلوغ سن التقاعد، وهي بلوغ سن الخامسة والستين ( المادة ٤٨ )، ويلاحظ في هذا الشأن أن القاضي الذي بلغ سن التقاعد خلال السنة القضائية يستمر في عمله حتى نهاية السنة القضائية (المادة ٤٨/١).
- استقالة القاضي، يعتبر القاضي مستقياً إذا انقطع عن عمله مدة ثلاثين يوماً متصلة بدون إذن أو عذر مقبول (المادة ٥٧/٣).
- إحالة القاضي للتقاعد لأسباب صحية لا تمكنه من أداء وظيفته على الوجه المناسب، وتتم الإحالة بمرسوم سلطاني بعد موافقة مجلس الشؤون الإدارية (المادة ٤٩).
- عزل القاضي أو إحالته إلى التقاعد أو نقله من وظيفته القضائية إلى وظيفة غير قضائية (المادة ٨٣)، كجزاء يوقع عليه من مجلس خاص يسمى مجلس المساءلة<sup>(١)</sup>، وذلك في حال إخلال القاضي بواجبات وظيفته أو بشرفها، أو سلوكه سلوكاً يحط من قدرها أو كرامتها، أو يظهر في أي وقت أنه فقد الصلاحية لمباشرة أعمال وظيفته لأسباب غير صحية (المادة ٨٥). ويجب في جميع الأحوال أن يصدر بالعزل أو بالإحالة إلى التقاعد أو بالنقل إلى وظيفة غير قضائية كجزاء مرسوم سلطاني (المادة ٨٣).

<sup>١</sup> . يشكل مجلس المسائلة المنصوص عليه في المادة ٧٤ من قانون السلطة القضائية العماني رقم ٩٩/٩٠، والذي يتولى مساءلة جميع القضاة بكافة درجاتهم، برئاسة رئيس المحكمة العليا وعضوية أقدم أربعة من نوابه. وفي حالة غياب الرئيس أو وجود مانع لديه يحل محله الأقدم فالأقدم من نوابه. وفي حالة غياب أحد الأعضاء أو وجود مانع لديه يحل محله الأقدم فالأقدم من نواب الرئيس في قضاة المحكمة.

والغاية من ذلك كله ألا تتخذ مسائل النقل والترقية والعزل وغيرها ستاراً لترغيب القضاة أو ترهيبهم فتتأثر استقلالية القضاة في علمهم، وهذا تخوفاً من المس باستقلالهم وحيادهم ونزاهتهم في أداء رسالتهم السامية. فمع اطمئنان القاضي على مستقبله الوظيفي واستقراره في وظيفته يتحقق للقاضي كفرد استقلالاً شخصياً كبيراً، يكون سنداً له على قول الحق وحده، والقضاء بالعدل دون غيره<sup>(١)</sup>.

يتضح مما سلف أن النظام القانون المصري ونظيره العماني قد أوليا اهتماماً خاصاً بالأحكام المتعلقة بمبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، فهو ليسوا كغيرهم من موظفي الدولة، حيث يخضعون في أعمالهم إلى قوانين خاصة تمكنهم من أداء رسالتهم القضائية على نحو يبعث الثقة في نفوسهم، ضماناً لعدم النيل منهم أو للكيد لهم، وهو أمر يدل على مدى حرص المشرع المصري على ضمان هيبة القضاة في المجال الوظيفي<sup>(٢)</sup>.

## المبحث الثاني

### تقرير قواعد خاصة بالشئون المالية والإدارية للقضاة

#### وينقلهم وترقيتهم وندبهم وإعارتهم

لا يكفي مجرد تعيين القضاة وفقاً ل ضمانات معينة تكفل استقلال القضاء، ما لم يخضع القضاء في مناصبهم لنظام إداري ومالي يكفل تمتعهم بحياة كريمة، يستطيعون بها مقاومة الضغوط التي قد تمارس عليهم، ويحول دون وقوعهم أسرى لمصالحهم الشخصية، ويتم تحقيق هذا المعنى عن طريق تقرير معاملة إدارية ومالية خاصة تضمن استقلالهم<sup>(٣)</sup>.

إذن واجب القاضي نحو الدولة والمجتمع أن يحسن أداء رسالته في إقرار العدل، والحفاظ على الحقوق والحريات. فطبيعة وظيفته تلقى على عاتقه أعباء ومسؤوليات ضخمة، فضلاً عن ذلك فإن رسالة القضاء تتطلب من القاضي أن

١ . د. جابر فهمي عمران، شرح قانون السلطة القضائية في سلطنة عمان، مرجع سابق، ص ٢١٠

٢ . د. أحمد خليفة شرقاوي أحمد، هبة القضاة ضماناً لاستقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٨٨

٣ . د. أحمد فتحي سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مرجع سابق، ص ١١٨

يتصف بالاستقامة والنزاهة والحياد، وأن ينهج في حياته النهج الذي يحفظ للقضاء سموه ومكانته، ومقابل هذه المهمة السامية التي يقوم بها القضاء، فإن هناك واجباً يقع على الدولة تجاه القاضي، بأن يهيئ له أسباب الحياة الكريمة، اللاتقة بمركزهم الأدبي والاجتماعي الذي يساعده على النهوض بواجبه المقدس بثقة واطمئنان<sup>(١)</sup>.

لذلك حرص المشرع المصري ونظيره العماني على وضع مبدأ عام في هذا الصدد ليحقق الاستقلال والحماية للقضاء نصت عليه المادة ١٨٦ من الدستور المصري الحالي التي تنص على أن "القضاة مستقلون غير قابلين للعزل، لا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون، وهم متساوون في الحقوق والواجبات، ويحدد القانون شروط وإجراءات تعيينهم، وإعاراتهم، وتقاعدهم، وينظم مساءلتهم تأديبياً، ولا يجوز نديبهم كلياً أو جزئياً إلا للجهات وفي الأعمال التي يحددها القانون، وذلك كله بما يحفظ استقلال القضاء والقضاة وحيديتهم، ويحول دون تعارض المصالح. ويبين القانون الحقوق والواجبات والضمانات المقررة لهم. وكذلك المادة ٦١ من النظام الأساسي للدولة للسلطنة، بقولها "... ولا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا أو في شئون العدالة، ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون. ويحدد القانون الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء، وشروط وإجراءات تعيين القضاة ونقلهم وترقيتهم والضمانات المقررة لهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل وغير ذلك من الأحكام الخاصة بهم".

وتطبيقاً لذلك فقد حرصت القوانين على وضع نظام خاص بهم يختلف عن نظام باقي موظفي الدولة، وهو ما سوف نوضحه في هذا المبحث كل في مطلب مستقل، وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول: إنشاء مجلس أعلى من القضاة يهيمن على شؤونهم الإدارية.**

**المطلب الثاني: الضمانات الخاصة برواتب القضاة.**

**المطلب الثالث: تقرير قواعد خاصة بنقل القضاة وترقيتهم وندبهم وإعارتهم.**

<sup>١</sup> . د. عبدالقادر محمد القيسي، الحصانة القضائية ومبدأ استقلال القضاء في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٩١

## المطلب الأول

### إنشاء مجلس أعلى من القضاة يهيمن على شؤونهم الإدارية

ليس من السهولة بمكان الحديث عن استقلال القضاء ما لم يكن صاحب التشكيل مجلس مختص بالهيئات القضائية، سواء كان هذا المجلس يسمى بمجلس الهيئات القضائية أو مجلس القضاء الأعلى أو مجلس القضاء أو مجلس الشؤون الإدارية، بشرط أن يكون رئيسه ونوابه وأعضاؤه من رجال القضاء، بعيداً عن تدخل السلطة التنفيذية أو وزارة العدل أو أية جهة غير قضائية<sup>(١)</sup>.

إن وجود مجلس خاص بالقضاء يعتبر من مقومات استقلال السلطة القضائية، ودلالة قاطعة على هذا الاستقلال، بل ويعتبر من الضمانات التي قررها المشرع للقاضي حتى تساعده على تأمين مقومات حياته، حيث أن وجود مجلس تكون له الهيمنة والسيطرة على جميع المسائل المتعلقة بشؤون القضاة من نقل وندب وإعارة وترقية، ومن الناحية المالية وتأديبهم بحيث يقتصر دور الإدارة أو السلطة التنفيذية على التصديق على ما يتخذه هذا المجلس من قرارات، فإن ذلك يعد تأكيداً لاستقلال القضاء وتحقيقاً لحيدته<sup>(٢)</sup>.

لذلك يلاحظ أن إنشاء المجالس القضائية أصبح آلية شائعة للإصلاح في معظم الدول، وتؤدي المجالس القضائية أدواراً متعددة، حيث يمكن أن يناط بها تأدية العديد من الوظائف التي قد تزيد أو تنقص من دولة وأخرى، ولعل أبرز هذه الوظائف<sup>(٣)</sup>:

١. ضمان استقلال القضاء من خلال وضع سلطة تعين القضاة في يد قضاة آخرين.
٢. وضع ميزانية كافية للسلطة القضائية.
٣. معالجة المسائل الإدارية.
٤. وضع نظام لتأديب القضاة الذين ينتهكون أخلاقيات العمل القضائي.

١. فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كرسيلة لهيئة السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٤٢.  
٢. د. عادل محمد شريف، حماية القاضي وضمانات نزاهته، دار الكتب القانونية، ٢٠١١م، ص ١٨١.  
٣. د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٥٤.

وتعد من الضمانات الهامة التي يكفلها المشرع في مصر وعمان إنشاء مجلس خاص بهم يتمثل في مجلس القضاء الأعلى في مصر وهو يعادل في النظام القانون العماني مجلس الشؤون الإدارية. وإلى جانب هذا الأخير، يوجد مجلس أعلى للقضاء تم إنشاؤه بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩٣، وهو يشكل برئاسة جلالة السلطان وعضوية كل من: ١- وزير العدل نائباً للرئيس. ٢- المفتش العام للشرطة والجمارك. ٣- رئيس المحكمة العليا. ٤- رئيس محكمة القضاء الإداري. ٥- المدعي العام. ٦- أقدم نائب رئيس المحكمة العليا. ٧- رئيس دائرة المحكمة الشرعية بالمحكمة العليا. ٨- نائب رئيس محكمة القضاء الإداري. ٩- أقدم رئيس محكمة استئناف. ومن أهم اختصاصات هذا المجلس هو رسم السياسة العامة للقضاء وبما يكفل استقلاله وتطويره.

ومهمة المجلس الخاص النظر في كل ما يتعلق بعمل القضاة من تعيين وترقية وندب وإعارة وسائر أمورهم الوظيفية، كما يختص باقتراح مشروعات القوانين المتعلقة بالقضاء، فكل قرار يصدر من وزير العدل يتعلق بشأن من الشؤون الوظيفية للقضاة مقيد بموافقة مجلس القضاء الأعلى في مصر ومجلس الشؤون الإدارية في السلطنة، فقد نصت المادة ٧٧ مكرراً ٢ من قانون السلطة القضائية المصري على أن "يختص مجلس القضاء الأعلى بنظر كل ما يتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة رجال القضاء والنيابة العامة وكذلك سائر شئونهم على النحو المبين في هذا القانون" والتي تقابلها المادة (١٧) من قانون السلطة القضائية العماني التي نصت على أن "يختص مجلس الشؤون الإدارية في كل ما يتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة القضاة وسائر شؤونهم الوظيفية وغير ذلك من الاختصاصات التي يقررها القانون".

وبما أن هذا المجلس يمثل الهيئات القضائية، فمن الطبيعي أن يشكل هذا المجلس من أعضاء يمثلون هذه الهيئات، لذلك فإن مجلس القضاء الأعلى يشكل في القانون المصري برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية كل من: رئيس محكمة استئناف

القاهرة، النائب العام، أقدم اثنين من نواب رئيس محكمة النقض وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى (مادة ٧٧ مكرراً ١ سلطة قضائية). بينما يتشكل مجلس الشؤون الإدارية في النظام القانوني العماني من رئيس المحكمة العليا رئيساً، وعضوية أقدم ثلاثة من نوابه، والمدعي العام، وأقدم رئيس محكمة استئناف وأقدم رئيس محكمة ابتدائية. وعند خلو وظيفة رئيس المجلس أو غيابه أو وجود مانع لديه يحل محله أقدم الأعضاء، وعند غياب أحد أعضاء المجلس أو وجود مانع لديه يحل محله من يليه في الجهة التي يمثلها (مادة ١٦ سلطة قضائية).

ومع ذلك فإن شبهة خضوع المحاكم تحت إشراف وزارة العدل إدارياً ومالياً تظل قائمة مما يعكس صفو الاستقلال المرجو للقضاء نظراً لأنهم يمثلون السلطة التنفيذية. فقد صدر في السلطنة المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/١٠م بشأن تنظيم شؤون القضاء والذي استقل فيه القضاء استقلالاً تاماً، وذلك بنقل تبعية المحاكم والإدارة العامة للتفتيش القضائي والإدارة العامة للمحاكم وموظفيها والاعتمادات المالية المقررة لها من وزارة العدل إلى مجلس الشؤون الإدارية المنصوص عليه في قانون السلطة القضائية، على أن يكون لرئيس المجلس الاختصاصات والصلاحيات المعقودة لوزير العدل بموجب القوانين والمراسيم السلطانية النافذة على أصول وحقوق وسجلات وموظفي تلك الجهات<sup>(١)</sup>.

وبهذا أصبح القضاء مستقلاً استقلالاً تاماً دون خضوعه لأي جهة إدارية أو تنفيذية، وتبعاً لذلك تم تعديل تشكيل المجلس الأعلى للقضاء بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/٩م، حيث أصبح تشكيله برئاسة جلالة السلطان المعظم وعضوية كل من: ١- رئيس المحكمة العليا نائباً للرئيس. ٢- رئيس محكمة القضاء الإداري. ٣- المدعي العام. ٤- أقدم نائب رئيس بالمحكمة العليا. ٥- رئيس دائرة

<sup>١</sup> د. هلال بن محمد الراشدي، استقلالية القضاء في سلطنة عمان، ورقة عمل في المؤتمر السادس لرؤساء المحاكم العليا للدول العربية، ص ١٧، متاح على الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة العدل: <https://moj.gov.om/Documents/MOJChart.pdf>

المحكمة الشرعية بالمحكمة العليا. ٦- نائب رئيس محكمة القضاء الإداري. ٧- أقدم رئيس محكمة استئناف.

من خلال ذلك، يتبين لنا أن السلطنة شهدت مراحل متعددة ونقله كمية ونوعية بصورة متدرجة ومتطورة في كافة المجالات ولا زالت تخطو خطوات متأنيئة مدروسة تجعلها تتماشى مع متطلبات كل فترة تبعاً للحاجة لها ومن أبرزها التطوير القضائي، وصولاً إلى أرقى وسائل التحديث والتطوير. وإن كانت النهضة العمانية قد بدأت متأخرة مقارنة بالأغلب من الدول العربية والإسلامية، إلا أن نظامها القضائي تخطى الكثير من تلك الأنظمة القضائية حديثاً وتطويراً، وقد حصلت السلطنة على المركز الأول عربياً في نزاهة القضاء.

## المطلب الثاني

### الضمانات الخاصة برواتب القضاة

لما كان منصب القضاء يفرض على شاغله أن ينأى بنفسه عن مواطن الشبهة، وأن يتفرغ لعلمه، وكان بيد القضاء ميزان العدل، فإن الدول تجرى عادة على أن تخصص للقضاة مرتبات مجزية لما لها من تأثير مباشر على حياتهم المعيشية، فضلاً عما تضيفه على مركز القاضي من مكانة سامية. ولا يتسع الدستور عادة لمثل هذه التفاصيل، بل تترك للتشريعات العادية لتنظم بقوانين خاصة حسب الظروف<sup>(١)</sup>.

فما لا شك فيه أنه ينبغي أن تكون مرتبات القضاة كافية لحماية من المصاعب الاقتصادية. كما يتعين الزيادات في مرتباتهم استناداً إلى معايير موضوعية والبت فيها بطريقة شفافة تماماً. وإن كنا نرى بضرورة مراجعة مرتبات القضاة خلال كل سنة مالية على أقل تقدير، وتحديثها بصورة تتواءم مع ما يطرأ من تغيرات أو تقلبات اقتصادية.

لذلك تحرص معظم النظم القانونية الحديثة على توفير مقومات الحياة الكريمة للقضاة إلا أن هذا الحرص ليس مبعثه أو مرده تقرير ميزات شخصية للقضاة بذواتهم

<sup>١</sup> د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث، مرجع سابق، ص ٣٣١

وإنما الهدف منه النأي بهم مما قد يتعرضون له أثناء عملهم من مغريات مالية من شأنها التأثير على عفتهم ونزاهتهم.

ويقول قاضي القضاة MARSHALL منذ وقت بعيد: "من أجل الخير العام، ولكي نجعل القاضي مستقلاً أوفى الاستقلال وأكمله، وحتى لا يؤثر فيه أو يسيطر عليه سوى ربه وضميره، يجب أن يحمي مرتبه من أن ينتقص في أية صورة سواء صورة ضريبية أو غيرها، ويجب أن يكفل له مرتبه بكامله لمعاونته"<sup>(١)</sup>.

وتحرص أغلب دول العالم على توفير المزايا المالية المناسبة للقضاة لضمان الأمن المالي لهم، بمعنى إعطاء الهيئة القضائية الأجور الملائمة لمكانتهم ووضعهم، من أجل توفير الحياة الكريمة لهم ولأسرهم والنأي بهم عما قد يتعرضون له أثناء عملهم من مغريات مالية. خصوصاً مقابل ما هو مقرر من حظر اشتغال القضاة بأعمال لا تتفق ومنصب القضاء كالتجارة أو غيرها من المهن<sup>(٢)</sup>. ويشير الأستاذ RUSSELL في هذا الصدد، إلى الحاجة إلى تبني هيكل صحيح للقضاء ودخل ملائم وحماية لهم من أجل تفادي خضوعهم لتأثير المنظمات السياسية والشركات التجارية والرشاوى التي تعرض عليهم<sup>(٣)</sup>.

من أجل ذلك حرص المشرع المصري على وضع جدول خاص برواتب وامتيازات ومعاشات القضاة بحيث يتميزون في ذلك عن باقي العاملين المدنيين في الدولة (المادة ٦٨ إلى ٧٠ من قانون السلطة القضائية) الذين يخضعون في غالبيتهم لنظام موحد في الرواتب والدرجات المالية. وهو ذات ما انتهجه نظيره العماني من تخصيص رواتب وامتيازات خاصة للقضاة تختلف عن الرواتب والامتيازات التي تمنح للعاملين المدنيين فقد نصت المادة ٤٥ من قانون السلطة القضائية على أن "تحدد

١ . د. محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٣٦٩

٢ . تنص المادة ٧٢ من قانون السلطة القضائية المصري على أنه "لا يجوز للقاضي القيام بأي عمل تجاري كما لا يجوز له القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته، ويجوز لمجلس القضاء الأعلى أن يقرر منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها". كما تنص المادة ٥١ من قانون السلطة القضائية العماني على أن "يحظر على القاضي القيام بأي عمل تجاري، كما يحظر عليه القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته. ويجوز لمجلس الشؤون الإدارية منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها، واستقلال القضاء وكرامته".

٣ . د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٥٤

رواتب القضاة وعلاواتهم والبدلات التي تمنح لهم وفقاً للجدول الذي يصدر به مرسوم سلطاني...".

### المطلب الثالث

#### تقرير قواعد خاصة بنقل القضاة

#### وترقيتهم وندبهم وإعارتهم

لكي يتحقق الاستقلال الكامل للقضاء لابد من توفير الأسباب التي تكفل أكبر قدر من الاستقرار والطمأنينة لرجال القضاء، والتي تهيب لهم ظروف الحياة والنزاهة التامة في أداء عملهم وينعكس ذلك على كثير من القواعد التي تتعلق بشئون القضاء وبأداء العمل القضائي سواء فيما يتعلق بنقل القضاة أو ترقيتهم وندبهم وإعارتهم، والتي نناقشها بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

#### أولاً: ترقية القضاة:

من الضمانات الهامة التي تؤدي إلى الفصل بين السلطات، عدم ترك ترقية القضاة في يد الحكومة لأن الحكومة تستطيع أن تحول دون ترقية من لا ترغب في ترقيته من القضاة، وترقي من ترغب في ترقيته، ولا شك أن مثل هذا التصرف يضر باستقلال القضاة وانشغالهم بمحاولة رد حقهم القانوني المهدر جراء تدخل السلطة التنفيذية في شؤونهم الوظيفية<sup>(١)</sup>.

فلا شك في أن انتظار القاضي لترقيته من درجة إلى درجة أعلى يسبب له قلقاً يتأرجح فيه بين الأمل في الترقية وبين الخوف من الحرمان منها، فإذا كانت الترقية بيد السلطة التنفيذية كان ذلك عدواناً على استقلال السلطة القضائية وتأثيراً على القضاة<sup>(٢)</sup>.

وتفادياً لذلك فقد وضع المشرع المصري في نظامه القانوني مجموعة من القواعد التي تحكم ترقية القضاة، حيث تجري ترقية القضاة وفقاً لمعيار الأقدمية

<sup>١</sup> د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٦٥  
<sup>٢</sup> د. محمد حسام الغرياني، استقلال القاضي، مرجع سابق، ص ٧٦

والكفاءة. ويتم ذلك - في غير حالات الضرورة - مرة واحدة كل سنة خلال العطلة القضائية ( المادة ٤٨ سلطة قضائية).

وتطبيقاً لنص المادة ٤٩ من قانون السلطة القضائية المصري "يكون اختيار قضاة المحاكم الابتدائية من الفئة (ب) بطريق الترقية من بين أعضاء النيابة على أساس الأقدمية من واقع أعمالهم وتقارير النفيس عنهم. وتكون ترقية القضاة من الفئتين (أ ، ب) والرؤساء بالمحاكم الابتدائية من الفئتين (ب ، أ) على أساس الأقدمية مع الأهلية.

ويجوز ترقيتهم للكفاية الممتازة ولو لم يحل دورهم في الترقية متى امضوا في وظائفهم سنتين على الأقل وبشرط ألا تزيد نسبة من يرقى منهم لهذا السبب على ربع عدد الوظائف الخالية في كل درجة خلال سنة مالية كاملة، ويكون اختيارهم بترتيب الأقدمية بينهم.

ويعتبر من ذوي الكفاءة الممتازة القضاة والرؤساء بالمحاكم الحاصلون في آخر تقديرين لكفائتهم على درجة كفاء أحدهما على الأقل عن عملهم في القضاء وبشرط ألا تقل تقديراتهم السابقة جميعها عن درجة فوق المتوسط. وفيما عدا ذلك يجرى الاختيار في الوظائف الأخرى على أساس درجة الأهلية وعند التساوي تراعى الأقدمية".

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "ترقية القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية أساسها الأقدمية مع الأهلية (م ٤٩) سلطة قضائية، وتقدير درجة الأهلية ليس بعناصر الكفاية الفنية وحدها، بل بجميع العناصر الأخرى الواجب توافرها لتحقيق الأهلية ودرجاتها، فإن قام بالقاضي من الأسباب ما يدل على انتقاص أهليته للصفات التي تتطلبها طبيعة وظيفته، فإن جهة الإدارة نزولاً على مقتضيات المصلحة العامة أن تتخطاه في الترقية إلى من يليه"<sup>(١)</sup>.

١. جلسة ١٩٩٩/٥/٤م، مجلة القضاة، ص ٦٣١ العدد الأول والثاني، يناير وديسمبر، ١٩٩٩، ص ٣٤٣

كما نصت المادة ١/٥٠ من قانون السلطة القضائية المصري على أن تقرر  
أقدمية القضاة بحسب تاريخ القرار الجمهوري الصادر بتعيينهم أو ترقيةهم ما لم  
يحددها هذا القرار من تاريخ آخر بموافقة مجلس القضاء الأعلى.

وفي السلطنة نصت المادة ٣٣ من قانون السلطة القضائية على أن تكون  
الطريقة بطريق التعيين في وظيفة:

- أ- قاضي محكمة ابتدائية ثان، من بين القضاة الذين شغلوا هذه الوظيفة مدة سنتين على الأقل.
- ب- قاضي محكمة ابتدائية ثان، من بين القضاة الذين شغلوا وظيفة قاضي محكمة ابتدائية ثان مدة أربع سنوات على الأقل.
- ج- قاضي محكمة استئناف، من بين القضاة الذين شغلوا وظيفة قاضي محكمة ابتدائية أول مدة أربع سنوات على الأقل.
- د- قاضي المحكمة العليا، من بين القضاة الذين شغلوا وظيفة قاضي محكمة استئناف مدة ست سنوات على الأقل.

كما نصت المادة ٣٤ من قانون السلطة القضائية العماني على أن "تجرى الترقية إلى وظائف قضاة المحكمة العليا وما دونها على أساس الأقدمية وتقارير التفيش. وفي جمع الأحوال، لا تجوز الترقية إلى الوظيفة الأعلى إلا إذا ثبت حصول المرشح على درجة كفاية لا تقل عن فوق المتوسط في التقريرين السابقين على الترقية". كما نصت المادة ٣٥ على أن "تحدد أقدمية القضاة عند الترقية اعتباراً من تاريخ ترشيح مجلس الشؤون الإدارية".

يتضح مما تقدم بأن ترقية القضاة في مصر وعمان مرهونة بموافقة المجلس الأعلى للقضاء في مصر، ومجلس الشؤون الإدارية في السلطنة، وأساس الترقية هو التوفيق بين الأقدمية والكفاءة.

## ثانياً: نقل القضاة:

تقوم معظم الأنظمة القضائية في العالم على مبدأ تعدد المحاكم وانتشارها في مختلف المدن والمراكز في الدولة، وتتفاوت هذه المدن من حيث توافر أسباب العيش، والطقس، ودرجة البعد عن العاصمة مما تكون معه مدن يطمح القضاة إلى العمل فيها وأخرى لا يرغبون في العمل بها<sup>(١)</sup>. ولو ترك أمر النقل بيد السلطة التنفيذية لاتخذت منه وسيلة للبطش بالقاضي بنقله من محكمته إلى محكمة أخرى تقع في أماكن نائية، أو باستمالة البعض الآخر بإيقائه في العاصمة أو المدن القريبة، فيلجأ الفريق الأول إلى الاستقالة بينما يتمادى الفريق الثاني في الخضوع، وفي الحالتين يتأثر القضاء<sup>(٢)</sup>.

وانطلاقاً من ذلك وحرصاً على مبدأ المساواة بين القضاة كان لابد من وضع ضوابط محددة تنظم نقل القضاة فهي أشد ما تكون اتصالاً بطمأنينة القاضي وعدم تهديده بالنقل من حين لآخر ولما قد يولد هذا الإجراء في نفسه من المرارة أو الشعور بأنه متصل بقضائه أو مترتب عليه<sup>(٣)</sup>.

لذلك نجد أن المشرع المصري حرص على أن يجرّد الحكومة أو وزير العدل من سلطة نقل القاضي، وجعلها في يد مجلس القضاء الأعلى، كما أنه وضع ضوابط محددة لنقل القضاة نص عليها قانون السلطة القضائية وذلك على النحو الآتي:

- ينقل القاضي أو الرئيس بالمحكمة إذا أمضى خمس سنوات في محاكم القاهرة والإسكندرية والجيزة وبنها، وأربع سنوات في محاكم بني سويف والفيوم والمنيا وباقي محاكم الوجه البحري، وستين في محاكم أسيوط وسوهاج وقنا وأسيوط. ويجوز بناءً على طلب القاضي أو الرئيس بالمحكمة وموافقة مجلس القضاء الأعلى ألا ينقل إلى محاكم المنطقة الأولى ليبقى في المنطقة الثانية أو الثالثة، وألا ينقل إلى محاكم المنطقة الثانية ليبقى في المنطقة الثالثة. ويستثنى من قيد المدة بالنسبة لمحكمتي القاهرة والإسكندرية القضاة

١. د. عبدالقادر محمد القيسي، الحصانة القضائية ومبدأ استقلال القضاء في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٢٢

٢. د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص ٧٦

٣. د. طلال خالد مرزوق الرشدي، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٦٢١

والرؤساء بالمحاكم الحاصلون في آخر تقدير لكفائتهم على درجة كفاء بشرط أن يكون تقديرهم السابق بدرجة فوق المتوسط (م ٥٩).

- كما نصت المادة ٥٣ من ذات القانون على أن يكون نقل الرؤساء والقضاة بالمحاكم الابتدائية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى يحدد فيه المحاكم التي يلحقون بها ويعتبر تاريخ النقل من تاريخ التبليغ بالقرار (م ٥٣).

- لا يجوز نقل رؤساء محكمة استئناف القاهرة وقضااتها إلى محكمة أخرى إلا برضاؤهم وبموافقة مجلس القضاء الأعلى، أما قضاة محاكم الاستئناف الأخرى فيكون نقلهم إلى محكمة استئناف القاهرة تبعاً لأقدمية التعيين بمراعاة أن يكون النقل من محكمة استئناف فنا إلى محكمة استئناف أسبوط ثم إلى بني سويف ثم إلى الإسماعيلية ثم إلى المنصورة ثم إلى طنطا ثم إلى الإسكندرية. ومع ذلك يجوز بقاء رئيس الدائرة أو القاضي في المحكمة التي يعمل بها بناءً على طلبه وبموافقة مجلس القضاء الأعلى. ويكون النقل في هذه الأحوال بقرار من رئيس الجمهورية ويعتبر تاريخ النقل من تاريخ التبليغ بالقرار (م ٥٤).

- لا ينقل قضاة محكمة النقض إلى محاكم الاستئناف أو النيابة العامة إلا برضاؤهم (م ٦٧).

وكذلك الحال بالنسبة للسلطنة، فقد حرص المشرع العماني على لا يترك أمر نقل القضاة لمطلق تقدير السلطة التنفيذية، حتى لا تتخذة ستاراً للضغط على القاضي مما قد يؤثر في استقلالهم ونزاهتهم، فجعل نقل القضاة في يد مجلس الشؤون الإدارية وفق قواعد ثابتة وبالكيفية التي يبينها قانون السلطة القضائية العماني وذلك على النحو الآتي:

- يصدر في بداية كل سنة قضائية قرار من وزير العدل، بعد موافقة مجلس الشؤون الإدارية، باختيار رؤساء محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية

والحاق القضاة بالمحاكم. ويكون نقلهم من محكمة لأخرى خلال السنة القضائية بقرار من وزير العدل، بعد موافقة المجلس، ويعتبر تاريخ النقل من تاريخ التبليغ بالقرار (م ٣٧).

- يجوز نقل القضاة إلى الادعاء العام، ونقل أعضاء الادعاء لعام إلى القضاء في الوظائف المعادلة، بمرسوم سلطاني أو بقرار، بحسب الأحوال، بناءً على توصية مجلس الشؤون الإدارية (م ٣٨).

- ولا ينقل أو يندب أي من قضاة المحكمة العليا إلا بموافقة (م ٢/٨٦).

ومما يؤخذ عليه - كما يرى البعض<sup>(١)</sup> - أن المشرع العماني اشترط موافقة قضاة المحكمة العليا على مسألة نقلهم، وهو أمر محل نقد لأن أخذ رأي القضاة يتيح لهم إظهار ما قد يكون لديهم من ظروف قد تقف عائقاً دون إتمام عملية النقل، مما يضمن لهم الاستقرار في عملهم. وفي جانب آخر أيضاً أجاز المشرع العماني نقل القضاة خلال السنة القضائية وهو ما يتعارض مع تحقيق الاستقرار للقضاة في عملهم فضلاً عن الإخلال بسير العدالة، لأنه قد يترتب على إجراء النقل خلال العام القضائي تعاقب القضاة على نظر دعوى واحدة مما يعطل بلا شك الفصل في الدعاوى.

### ثالثاً: ندب القضاة:

يقصد بندب القضاة "تكليفهم بأداء إما عملهم الأصلي، وإما عمل يختلف عن عملهم الأصلي في مكان آخر"<sup>(٢)</sup>، ونظراً لأن الندب يشبه نقل القضاة، فلا بد أن يخضع الندب لقواعد تكفل استقلال القضاة.

فمن هذا المنطق ومنعاً للتحايل على قواعد ندب القضاة واستخدامها كوسيلة للضغط على القضاة وإرغامهم على عدم إحقاق الحق وإقرار العدالة فقط نظم قانون السلطة القضائية في مصر قواعد خاصة لندب القضاة وهي على النحو الآتي:

<sup>١</sup> . د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٥٤  
<sup>٢</sup> . د. أحمد ماهر زغلول، أصول قواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، بند ٥٠، ص ١٠٧

- يجوز لوزير العدل عند الضرورة أن يندب مؤقتاً للعمل بمحكمة النقض أحد مستشاري محكمة الاستئناف ممن تتوافر فيهم شروط التعيين في وظيفة مستشار بمحكمة النقض لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد لمدة أخرى وذلك بعد أخذ رأي الجمعية العامة للمحكمة التابع لها والجمعية العامة لمحكمة النقض وموافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٥٥).
- يجوز لوزير العدل عند الضرورة أن يندب أحد مستشاري محكمة الاستئناف للعمل في محكمة استئناف أخرى غير التابع لها ولمدة ستة أشهر قابلة للتجديد وذلك بعد أخذ رأي الجمعية العامة التابع لها وموافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٥٦).
- يجوز لوزير العدل أن يندب أحد قضاة محاكم الاستئناف مؤقتاً للعمل بالنيابة العامة لمدة لا تجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد لمدة أخرى، وذلك بعد أخذ رأي الجمعية العامة للمحكمة التابع لها بموافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٥٧).
- يجوز لوزير العدل عند الضرورة نذب الرؤساء والقضاة بالمحاكم الابتدائية لمحاكم غير محاكمهم لمدة لا تجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد لمدة أخرى بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٥٨).
- لا يجوز أن تزيد مدة نذب القاضي لغير عمله على ست سنوات، باستثناء النذب لوظائف مساعد أول الوزير للتفتيش القضائي وللتنشيع والمكتب الفني للوزير، وكذلك النذب لإدارتي التفتيش القضائي والتنشيع (م ٦٦ سلطة قضائية المعدلة بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦)، وتعتبر المدة متصلة إذا تتابعت أيامها، أو فصل بينها فاصل زمني يقل عن خمس سنوات (م ٦٦).
- لا يجوز أن يندب القاضي بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى ليكون محكماً في الحكومة أو إحدى الهيئات العامة متى كان طرفاً في نزاع يراد فضه بطريق التحكيم ويتولى المجلس تحديد المكافأة التي يستحقها القاضي (م ٦٣).

وفي السلطنة اهتم المشرع العماني بمسائل نذب القضاة، وإحاطته بالضمانات التي تكفل أن يتم للمصلحة العامة ووفقاً لضوابط محددة تحول دون أن يكون أداة للضغط على القضاة وإرهابهم، ضمنها المواد ٣٩ - ٤٤ من قانون السلطة القضائية العماني وذلك على النحو الآتي:

- يجوز لوزير العدل - عند الضرورة - بعد موافقة مجلس الشؤون الإدارية، نذب القضاة لمحاكم غير محاكمهم لمدة لا تجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد لمدة أخرى واحدة (م ٣٩).
- في حالة خلو وظيفة رئيس المحكمة أو غيابه أو قيام مانع لديه، يقوم بمباشرة اختصاصه الأقدم فالأقدم من القضاة. وفي حالة غياب أحد القضاة أو وجود مانع لديه يندب رئيس المحكمة من يحل محله، ويراعى أن يكون النذب بطريق التناوب بين القضاة (م ٤٠)
- تجوز إعاره القضاة وندبهم للقيام بأعمال قانونية في الجهات الحكومية، أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو الشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها أو لدى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية، وذلك بقرار من وزير العدل، بعد موافقة مجلس الشؤون الإدارية وبشرط موافقة القاضي، على أن يتولى المجلس - في حالة النذب - تحديد ما قد يستحقه من مكافأة (م ٤١). ولا يجوز أن تزيد مدة نذب القاضي لغير عمله طبقاً للمادة ٤١ على ثلاث سنوات متصلة (م ٤٢)، وتعتبر المدة متصلة إذا تتابعت أيامها، أو فصل بينها فاصل زمني يقل عن خمس سنوات (م ٤٣).
- لا يجوز نذب القاضي بغير موافقة المجلس ليكون محكماً عن الحكومة، أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة، أو الشركات التي تساهم فيها الدولة، متى كانت طرفاً في نزاع يراد فضه بطريق التحكيم. ويصدر بالنذب قرار من وزير العدل، بعد موافقة القاضي، ويتولى مجلس الشؤون الإدارية تحديد المكافأة التي يستحقها القاضي (م ٤٤).

ونرى لحسن سير العدالة أن يحظر نذب القاضي لغير العمل القضائي أو أن يشغل أي وظيفة عامة فلا يجوز نذب القاضي لأي عمل له تأثير على حسن قيامه بمهام القضاء.

#### رابعاً: إعاره القضاة:

يقصد بالإعارة إيفاد القضاة إلى الحكومات الأجنبية والهيئات الدولية لمدة زمنية محددة، ولقد أجازت معظم التشريعات إعارة القضاة للعمل لدى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية<sup>(١)</sup>.

فقد أجاز المشرع المصري بموجب المادة ٦٥ من قانون السلطة القضائية بعد تعديلها بموجب القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦، إعارة القضاة إلى الحكومات الأجنبية والهيئات الدولية بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي الجمعية العامة للمحكمة التابع لها القاضي أو النائب العام بحسب الأحوال وموافقة مجلس القضاء الأعلى. أو فصل بينها فاصل زمني يقل عن خمس سنوات (م٦٦).

وفي السلطنة أجاز المشرع العماني أيضاً إعارة القضاة للقيام بأعمال قانونية لدى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية، وذلك بقرار من وزير العدل، بعد موافقة مجلس الشؤون الإدارية، وبشرط موافقة القاضي (م٤١). ولا يجوز أن تزيد مدة الإعارة على أربع سنوات متصلة (م٤٢). وتعتبر المدة متصلة إذا تتابعت أيامها، أو فصل بينها فاصل زمني يقل عن خمس سنوات (م٤٣/١).

كما أجاز المشرع - في كل من القانونين المصري والعماني - شغل وظيفة المعار إذا كانت مدة الإعارة لا تقل عن سنة، فإذا عاد المعار إلى عمله قبل نهاية مدة الإعارة يشغل الوظيفة الخالية المعادلة لوظيفته، أو يشغل وظيفته الأصلية بصفة شخصية على أن تسوى حالته على أول وظيفة تخلو معادلة لوظيفته (م٤٢/٢).

وهذا يؤكد على أن القانون حرص على ألا يكون سلاح الإعارة وسيلة للتخلص من بعض القضاة الذين لا ينالون إعجاب السلطة التنفيذية أو أي سلطة أخرى في

<sup>١</sup> .د. أحمد ماهر زغول، أصول قواعد المرافعات، مرجع سابق، بند ٥٠، ص ١١٢  
٩٣٥

الدول، فجعل الإعارة لا تتم إلا بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء والجمعية العامة للمحكمة التابع لها القاضي بالنسبة لمصر، وموافقة مجلس الشؤون الإدارية والقاضي نفسه في السلطنة، وهو ما يؤكد على حرص القانون على تأكيد استقلال القضاء وحيدته.

### المبحث الثالث

#### وضع قواعد خاصة بمسألة القضاة جزائياً وأدبياً

يفترض أن القضاة وهم يمارسون وظيفتهم أنهم يعملون على أداء هذه الوظيفة على أحسن وجه وبعيداً عن أي خطأ يوجب المسؤولية الجزائية أو التأديبية، غير أن الصحيح هو أن القضاة شأنهم في ذلك شأن سائر الموظفين العموميين، فقد يقعون أثناء ممارسة أعمالهم في أخطاء توجب تحقق هذه المسؤولية، مما يتطلب معه إيجاد ضمانات قانونية حرصاً على عدم الكيد والنكايه بهم<sup>(١)</sup>.

ومن الضمانات المقررة في التشريعات حرصاً على استقلال القضاء وحفاظاً على هيبة قضاته وكرامتهم وضع نظام خاص لمسئولتهم جزائياً وتأديبياً، وهو ما سوف نوضحه بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

المطلب الأول: ضمانات المسؤولية الجزائية.

المطلب الثاني: ضمانات المسؤولية التأديبية.

#### المطلب الأول

##### ضمانات المسؤولية الجزائية

حرصت معظم التشريعات بإحاطة الإجراءات الجنائية التي تتخذ ضد القضاة بضمانات، حتى لا تتخذ من إجراءات الاتهام والمحاكمة وسيلة للنيل من القاضي والتأثير على حيادته واستقلاله، لذلك فإن هذه الضمانات تستهدف الحفاظ على هبة القضاة ولكن مع ذلك ليس وضع القاضي على مستوى يعلوه عن سائر المواطنين، وإنما هو توفير الاحترام للسلطة التي ينتمي إليها<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> د. عبدالقادر محمد القيسي، الحضانة القضائية ومبدأ استقلال القضاء في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٨٧.

<sup>٢</sup> ذات المرجع السابق.

وعليه كان من الضرورة أن يتمتع القضاة بنظام خاص للمسئولية عن الجرائم التي يرتكبها القاضي، سواء ارتكبها أثناء قيامه بعمله أم خارج نطاق العمل، وهي تشمل جميع الجرائم من جنائيات وجنح ومخالفات، وإن كانت بعض التشريعات تخرج المخالفات من نطاق الحصانة بسبب بساطتها وعدم مساسها بكرامة القاضي، وتمتد هذه الحصانة إلى جميع مراحل الدعوى الجزائية<sup>(١)</sup>.

وانطلاقاً من ذلك وحفاظاً على القضاة من إمكانية التنكيل والتأثير على حيادهم واستقلالهم، فقد قرر المشرع في قوانين السلطة القضائية المصري ونظيره العماني عدداً من الضمانات التي سوف نتناولها كما يأتي:

#### ١. ضمانات القبض والحبس:

لا يجوز القبض على القاضي أو حبسه احتياطياً إلا بعد الحصول على إذن من مجلس القضاء الأعلى في مصر (م ٩٤<sup>(٢)</sup> و ٩٦) ومن مجلس الشؤون الإدارية في عُمان (م ١/٨٧)، وأورد استثناء عليه هو حالة التلبس بالجريمة التي جوز فيها القبض على القاضي وحبسه احتياطياً على أن يرفع الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى (م ٣،٢/٩٦ مصري) والى مجلس الشؤون الإدارية (م ٢/٨٧ عماني)، وذلك خلال مدة الأربع وعشرين ساعة التالية. وللمجلس أن يقرر، بعد سماع أقوال القاضي، إما الإفراج عنه بكفالة أو بغير كفالة، وإما استمرار حبسه لمدة يحددها. ولهذه اللجنة مع مراعاة الإجراء السابق الحق في تجديد هذه المدة.

ويوقف القاضي بقوة القانون عن مباشرة وظيفته بمجرد حبسه بناءً على حكم أو أمر مدة حبسه إلا أنه لا يترتب على الوقف حرمان القاضي من مرتبه خلال هذه المدة، إلا إذا قرر المجلس الأعلى للقضاء حرمانه من نصف مرتبه فيها (م ٣/٩٧ مصري). وكذلك الحال في السلطنة إذ إنه لا يترتب على الوقف حرمان القاضي من مرتبه أو جزء منه ما لم ينص على ذلك صراحة في أمر الوقف (م ٩٠ عماني).

<sup>١</sup> د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٣٥٥.  
<sup>٢</sup> معدلة بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦.

أما عن أماكن توقيف وحبس القضاة فقد نص المشرع في مصر وعمان على  
يكون حبس القضاة وتنفيذ العقوبات السالبة للحرية في أماكن مستقلة عن الأماكن  
المخصصة للمتهمين أو السجناء (م ٥/٩٦ مصري) و (٨٩ عماني).

#### ب. ضمانات التحقيق والمحاكمة:

نص المشرع في قانون السلطة القضائية بأنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء من  
إجراءات التحقيق مع القاضي أو رفع الدعوى الجنائية عليه في جنابة أو جنحة إلا  
بإذن من مجلس القضاء الأعلى بناءً على طلب النائب العام (م ٤/٩٦ مصري). ومن  
مجلس الشؤون الإدارية بناءً على طلب المدعي العام (٨٨ عماني).

نخلص من ذلك أن المشرع في مصر وعمان قد قرر ضمانات في كل  
الأدوار التي تمر بها الدعوى الجزائية ابتداء من رفع الدعوى ومروراً بإجراءات  
القبض والحبس وانتهاء بالتحقيق والمحاكمة.

### المطلب الثاني

#### ضمانات المسؤولية التأديبية

يتمتع القاضي بكامل الاستقلال في مجال إيداء رأيه في الدعوى، وإذا كان  
هناك خطأ ما فإنه يمكن إلغاء حكمه بإحدى طرق الطعن، من غير أن يعرضه  
للمساءلة التأديبية.

وبما أن القاضي بشر، فإن احتمال وجود أخطاء منه أو انحراف عن السلوك  
المفروض عليه، أو إخلاله بأي من التزاماته المفروضة عليه أو ارتكاب أي من  
المخالفات المحظورة هو أمر وارد ومتوقع، لذلك ينبغي خضوعه للقانون ومحاسبته  
على خطأه، إلا أنه نظراً لخصوصية الوظيفة القضائية وسمو رسالته<sup>(١)</sup>، فإن المشرع  
قرر لتأديب القضاة نظاماً وأحكاماً خاصة تحفظ لهم كرامتهم وتضمن عدم المساس

١ . وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٦٢م إلى القول بأن "المدعي ليس موظفاً  
عادياً وإنما هو في درجة مستشار فينبغي أن توزن صلاحيته للبقاء في وظيفته بحسب أرفع مستويات الأخلاق والسلوك التي  
تتطلبها".

- مشار إليه لدى : د. طلال خالد مرزوق الرشيد، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق ، هامش ص ٥٩٣

باستقلالهم<sup>(١)</sup>. وإن كنا نرى قبل ذلك بضرورة وضع نظام خاص يتولى الرقابة على أداء عمل القضاة من ناحية وسلوكهم من ناحية أخرى لقياس مؤشر أدائهم بصورة دورية ودقيقة، والعمل على إعادة تأهيلهم بما ينتهي إليه ذلك التقييم، من أجل رفع مستواهم العلمي والمهني باستمرار. فلاشك من أن ذلك مدعاة للتقويم الذاتي للقضاة. وانطلاقاً من ذلك فقد قرر المشرع في قوانين السلطة القضائية المصري ونظيره العماني عدداً من الضمانات وهي على النحو الآتي:

**الضمانة الأولى:** أن أهم الأمور التي يجب أن تقرر في شأن المسؤولية التأديبية أن تضطلع بها السلطة القضائية نفسها، وهو أمر متبع في معظم الدول، لذلك منح المشرع الاختصاص بتأديب القضاة بجميع درجاتهم لمجلس مساءلة يتشكل من القضاة أنفسهم، حيث يرأسه في القانون المصري أقدم رؤساء محاكم الاستئناف من غير أعضاء مجلس القضاء الأعلى ومعه أقدم قاضيين بمحكمة النقض وأقدم نائبي محكمة استئناف كأعضاء (م ٩٨ سلطة قضائية)، أما في السلطنة فيرأس هذا المجلس رئيس المحكمة العليا ومعه أقدم أربعة من نوابه كأعضاء (م ٧٤ سلطة قضائية).

**الضمانة الثانية:** هناك من الأخطاء التي يرتكبها القاضي لا تستوجب مساءلته تأديبياً ويكتفى فيها بمجرد التنبيه، ويجوز للقاضي طبقاً لقانون السلطة القضائية المصري التظلم إلى مجلس القضاء الأعلى خلال أسبوعين<sup>(٢)</sup> من تاريخ تبليغ القاضي بالتنبيه (م ٩٤ سلطة قضائية)، في حين يقدم التظلم في القانون العماني إلى مجلس المساءلة من أي تنبيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بالتنبيه (م ٧٥ سلطة قضائية).

ويكون لمجلس القضاء الأعلى الحق في إجراء تحقيق عن الواقعة التي كانت محلاً للتنبيه ليقرر إما تأييد التنبيه أو اعتباره كأن لم يكن، على أنه لا يجوز لمن أصدر التنبيه أن يشترك في نظر الاعتراض<sup>(٣)</sup> (م ٩٤ مصري، م ٧٥ عماني) وطبقاً

١. د. عبدالعزيز عامر، شرح قانون المرافعات الليبي، دار الغريب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٧٦م، ص ٧٤.

٢. كانت مدة الاعتراض أسبوع فقط ثم تم تعديلها إلى أسبوعين عند تعديل قانون السلطة القضائية بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦.

٣. كان مقرراً في المادة ٩٤ من القانون المصري حق وزير العدل في تنبيه الرؤساء بالمحاكم الابتدائية وقضااتها إلى ما يقع منهم مخالفات لواجبات وظيفتهم ومقتضيات عملهم، وهو ما كان اعتداءً كبيراً على استقلال القضاة، وكان سلاحاً خطيراً بيد وزير العدل يملك به التأثير على القضاة، وقد طالب القضاة كثيراً بسلب هذا الاختصاص من وزير العدل، دعماً لاستقلال القضاة في

لنص المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية العماني يعتبر قرار المجلس في هذا الشأن نهائياً غير قابل للطعن فيه بأي وسيلة من وسائل الطعن.

الضمانة الثالثة: جعل المشرع المصري الاختصاص برفع الدعوى التأديبية طبقاً للمادة ٩٩ من قانون السلطة القضائية (بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦) موكولاً إلى النائب العام من تلقاء نفسه أو بناءً على اقتراح من وزير العدل أو رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي. كما أنها تقام في القانون العماني من المدعي العام بطلب من وزير العدل من تلقاء نفسه أو بناءً على اقتراح من رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي وذلك طبقاً للمادة ٧٧ من قانون السلطة القضائية.

وتقام هذه الدعوى بعريضة تشتمل على التهمة أو التهم الموجهة إلى القاضي والأدلة المؤيدة لها (م ١٠٠ مصري، م ٧٧ عماني). ولا يجوز إقامة الدعوى التأديبية إلا بناءً على تحقيق يتولاه في القانون المصري أحد نواب رئيس محكمة النقض أو رئيس محكمة الاستئناف يندبه وزير العدل أو رئيس المحكمة بالنسبة إلى القضاة ومن يعلوهم محكمة النقض أو بمحاكم الاستئناف، أو يتولاه قاضي من محكمة النقض أو من محكمة الاستئناف من إدارة التفتيش القضائي بالنسبة إلى الرؤساء بالمحاكم الابتدائية وقضااتها (م ٩٩). ويقوم بهذا التحقيق في القانون العماني، أحد أعضاء التفتيش القضائي، والذي ينبغي أن يكون أقدم من القاضي المحال للتحقيق (م ٢/٧٧).

وهذا التحقيق لا شك في أنه ضمانة للاستيثاق من وجود الخطأ التأديبي المنسوب للقاضي، وتجميع الأدلة حوله قبل البدء في المحاكمة، فضلاً عن إعطاء الحق لمجلس التأديب في إجراء تحقيق تكميلي قبل القضاء بالإدانة. لذلك يجوز لمجلس التأديب (مجلس المساعلة) أن يجري ما يراه مناسباً من التحقيقات، وله أن يندب أحد أعضائه لذلك (م ١٠١ مصري، م ٧٧ عماني). ويكون للمجلس أو لعضوه

---

علمهم، فضلاً عن أن ذلك النص يسوي بين رئيس المحكمة وكل القضاة العاملين فيها وبين موظفي المحاكم وباقي العاملين فيها في الخضوع إلى سلطة وزير العدل في التنبية، وهو ما لا يجوز قبوله بأي حال من الأحوال، وقد استجاب تعديل قانون السلطة القضائية عام ٢٠٠٦ لهذه النداءات حيث تم تعديل المادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية.

- للمزيد من التفصيل: انظر: د. محمد وحيد عبدالقوي، استقلال القضاء، رؤية عصرية لقضية مصيرية، مرجع سابق، ص ١٨٠.

المنتدب لإجراء التحقيق نفس سلطة المحكمة فيما يختص بدعوة الشهود الذين يرى فائدة من سماع أقوالهم (م ١٠٥ مصري، ٧٧ عماني).

وتقام دعوى المساءلة في القانون العماني ضد رئيس المحكمة العليا من وزير العدل، ويمثله المدعي العام في اتخاذ جميع الإجراءات الخاصة بهذه الدعوى (م ٧٨ سلطة قضائية). في حين أن المشرع المصري لم يعالج هذه الحالة<sup>(١)</sup>.

الضمانة الرابعة: إذا رأى مجلس التأديب (مجلس المساءلة) وجهاً للسير في إجراءات المحاكمة ضد القاضي عن جميع التهم أو بعضها، عندئذ يعلن القاضي بعريضة الدعوى ويكلف بالحضور أمامه قبل أسبوع على الأقل، ويكون إعلان القاضي وتكليفه بالحضور عن طريق رئيس المحكمة التي يتبعها (م ١٠٢ مصري، ٧٩ عماني).

وبالنسبة لوقف القاضي عن العمل أثناء محاكمته تأديبياً فقد جاء في المادة ١٠٣ سلطة قضائية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ ما يفيد اعتبار القاضي في إجازة حتمية عند تقرير السير في إجراءات محاكمته تأديبياً، وتصرف له كافة مستحقاته المالية، وذلك حتى تنتهي المحاكمة. في حين أنه يجوز للمجلس وفقاً للقانون العماني عند تقرير السير في الدعوى أن يأمر بوقف القاضي عن العمل أو اعتباره في إجازة إلى أن تنتهي الدعوى. وللمجلس الحق دائماً في إعادة النظر في قراره الصادر بالوقف عن العمل أو الإجازة، ولكن لا يترتب على ذلك حرمان القاضي من راتبه أو بدلاته. وهذا يعني أن المشرع المصري سلب من مجلس التأديب سلطة الاختيار بين وقف القاضي أو استمراره في عمله أثناء المحاكمة، وجعله في إجازة حتمية أثناء المحاكمة، في حين أن المشرع العماني جعلها مسألة جوازية بالنسبة للمجلس.

الضمانة الخامسة: جعل المشرع جلسات المحاكمة التأديبية سرية حفاظاً على هيبة القضاة وكرامتهم، وخصوصية شؤونهم. ويحكم المجلس في الدعوى بعد سماع طلبات الادعاء العام ودفاع القاضي، ويجيز القانون للقاضي أن يحضر بنفسه لتقديم دفاعه، وأن يتقدم به مكتوباً، أو أن ينيب عنه في ذلك أحد رجال القضاء الحاليين أو السابقين.

<sup>١</sup> د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٧٧

وللمجلس الحق في طلب حضور القاضي بشخصه، فإذا لم يحضر أو لم ينب عنه أحد أجاز الفصل في الدعوى التأديبية في غيبته بعد التحقق من صحة إعلانه (م ١٠٦ سلطة قضائية مصري، م ٨٠ سلطة قضائية عماني). ولا نعتقد بأن هناك مبرر في عدم السماح للقاضي بتكليف الغير مهمة الدفاع عنه كالمحاميين مثلاً، فليس هناك ما يخشى منه فيما لو وقف ذات المحامي المدافع عن القاضي أمام هذا الأخير في ساحات العدالة وكبيراً عن غيره من الخصوم في قضية مطروحة أمامه، نظراً لأن المشرع تصدى لكل حساسية أو حرج من شأنه التأثير على سير العدالة، وفي هذه الحالة نجد أن المشرع نظم التحفي الوجوبي والتتحي الاختياري، لذلك نرى بضرورة منح القاضي حق الاستعانة بالغير ممن يشاء أن يتولى مهمة الدفاع عنه أمام مجلس التأديب احتراماً لحق الدفاع.

الضمانة السادسة: تتقضي الدعوى التأديبية بوفاء القاضي أو بتقديمه لاستقالته أو بإحالة للتقاعد. مع ملاحظة أن انقضاء الدعوى التأديبية لا يؤثر بأي حال من الأحوال على الدعوى العمومية أو الدعوى المدنية التي قد تنشأ عن نفس الواقعة. فقد تقضي الدعوى التأديبية إذا لأحد الأسباب السابقة وتبقى مع ذلك الدعوى المدنية. كما قد تظل الدعوى العمومية قائمة رغم انقضاء دعوى المساءلة التأديبية، إلا في حالة الوفاة حيث تتقضي كل من الدعويين (م ١٠٤ سلطة قضائية مصري، و م ٨١ سلطة قضائية عماني).

الضمانة السابعة: يجب أن يكون الحكم الصادر في دعوى المساءلة وفقاً للقانون المصري مشتملاً على الأسباب التي بني عليها، وتكون تلاوة منطوق الحكم في جلسة علنية، كما أجازت - من زاوية أخرى - للنائب العام وللقاضي المحكوم عليه الطعن في هذا الحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره أمام مجلس تأديب أعلى يشكل برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف، وأحدث ثلاثة نواب لرئيس محكمة النقض (م ١٠٧ سلطة قضائية بعد تعديلها بموجب القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦).

غير أن المشرع العماني أوجب أن يصدر الحكم في دعوى المساءلة مشتملاً على أسبابه، وأن تتلى الأسباب التي بني عليها عند النطق به في جلسة سرية (م ٨٢ سلطة

قضائية) حفاظاً على هيبة وكرامة القضاء، وما في ذلك من اعتداء على مبدأ هام من مبادئ التقاضي، وهو مبدأ العلانية. وهو ما نأمل تداركه بتعديل النص بحيث تصدر الأحكام بموجبه في جلسات علنية وإلا كانت باطلة لتعارضها مع مبدأ هام من مبادئ التقاضي وهو مبدأ العلانية.

كما أن المشرع العماني لم ينظم وسيلة للطعن في حكم مجلس التأديب مما يعني أن أحكامه باتة لا سبيل للطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن أمام أي جهة، مما يعد خروجاً على مبدأ التقاضي على درجتين وهو من المبادئ التي تحكم التنظيم القضائي. ذلك أن حرمان القضاة من أن يكون نظر شؤونهم على درجتين أمر منتقد، نظراً لضرورة المراجعة القضائية - كما يقول البعض<sup>(١)</sup> - في كل نظام قضائي متحضر، إذ إنها تمنع استقرار الخطأ الذي لا يعصم منه أحد، وتعيد الحق إلى نصابه عندما يختل ميزانه لأي سبب كان، واقعياً أو قانونياً في يد المحكمة التي تنظر قضية ما، كما يلزم أن يخضع كل حكم قضائي لمراجعة تثبت صوابه، إن كان كذلك، وتكشف عوراه، وتصحح ما قضي به، إن شابهته شائبة من شوائب الخطأ في النظر أو التقدير أو التقرير". لذلك نرى - كما يرى البعض<sup>(٢)</sup> - بضرورة تعديل المادة ٨٢ سلطة قضائية عمانية، وذلك بإضافة حق الطعن في الحكم الصادر من مجلس التأديب لكل من المدعي العام والقاضي المحكوم عليه، وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين.

الضمانة الثامنة: يتولى وزير العدل تنفيذ الأحكام الصادرة من مجلس التأديب، فإذا حكم على القاضي بالعزل أو النقل إلى وظيفة غير قضائية، فإنه يقوم بإبلاغ القاضي بمضمون الحكم الصادر خلال ثمان وأربعين ساعة من تاريخ صدوره، وتزول ولاية القاضي من تاريخ إبلاغه بالفصل أو النقل إلى وظيفة أخرى غير قضائية (م ١١٤ سلطة قضائية مصري و ٨٤ سلطة قضائية عماني). ويصدر بهذا الجراء قرار جمهوري (م ١١٣ سلطة قضائية مصري) وأمر سلطاني (م ٨٤ سلطة قضائية عماني).

١. د. محمد سليم العوا، القاضي والسلطان، الأزمة القضائية المصرية، دار الشروق، ٢٠٠٦م، ص ٩٦.  
٢. د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٨٠.

## الخاتمة

تناولنا في دراستنا الماثلة الضمانات القانونية لاستقلال القضاء واستعرضنا في بدايتها التعريف باستقلال القضاء، ونطاقه، والأطر الدستورية لهذا المبدأ في دول المقارنة التي شملتها الدراسة، ومدى أهمية هذا المبدأ سواء أكان بالنسبة للفرد أم الدولة، ثم تناولنا بعد ذلك الضمانات القانونية التي تكفل هذا الاستقلال بدءاً من طرق اختيار القضاة، بالإضافة إلى تلك الضمانات المرتبطة بأداء عمله، حتى يتمكن من إصدار أحكامه وقراراته وفقاً للقانون دون أن يتأثر برغبة أو رهبة، فلا يكون هناك ثمة سلطان على القاضي في تكوين رأيه القضائي لغير القانون وضميره.

وفي هذه الخاتمة نلخص أهم النتائج والتوصيات التي استخلصناها من هذه الدراسة وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١. إذا كان العدل - كما يقال - هو أساس الملك فلا بد من التأكيد على أن استقلال القضاء هو أساس العدل وهذا يعني أن استقلال القضاء والقاضي مرتبط ارتباطاً عضوياً برسالة العدالة بحيث لا يمكن أن يكون القضاء قضاءً إلا إذا كان مستقلاً. ذلك أن استقلال القضاء يعد ضماناً للمحاكمة العادلة، و ضمانات الحقوق هي حقوق لازمة لها بدونها تكون الحقوق فارغة من مضمونها.

٢. لقد حظي مبدأ استقلال القضاء بعناية بالغة على مر العصور نظراً للدور الذي يضطلع به في اعلاء سيادة القانون، وترسيخ مبدأ المشروعية، صيانة لحقوق الأفراد، فقد شملت هذه العناية كافة القوانين السائدة من ميثاق دولية أو دساتير وطنية أو قوانين، وكذلك المختصين في الحقل القانوني بشقيه العام والخاص، واتفقت جميعها على ما يجب أن يحاط به من ضمانات بحيث يصبح القضاة مستقلين لا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون والضمير،

ومن ثم الحظر على كافة الجهات الأخرى التشريعية والتنفيذية التدخل في عملها ضمناً لمبدأ حياد القاضي الذي يجسد استقلال القضاء.

٣. إن القضاء في النظام القانوني المصري ونظيره العماني سلطة مستقلة عن باقي السلطات، فلا سلطان على القضاة في قضائهم إلا للقانون، يأتي ذلك نتيجة لاعتناق هذين النظامين لمبدأ الفصل بين السلطات شأنهم في ذلك شأن الدول الحديثة والديمقراطية في العالم المعاصر، حيث أن السلطة القضائية فيها تقف على قدم المساواة مع غيرها من السلطات الأخرى في الدولة. وإقرارهما العديد من الضمانات التي تكفل هذا الاستقلال.

٤. اعتنقت مصر وعمان أسلوب التعيين في اختيار القضاة، ومقتضاه أن تقوم السلطة التنفيذية أو الحكومة بتعيين القضاة، هو الأسلوب الأكثر اتفاقاً وانتشاراً وأنجعها في العمل مع المفهوم الحديث لسيادة الدولة، وعلى الرغم من انتقاد البعض لهذه الطريقة كونها تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن هذا التعارض تم تفاديه بتقييد حق السلطة التنفيذية بقيود تحول دون تفرداها أو استبدالها بعملية التعيين، وذلك بضرورة توافر شروط موضوعية دقيقة يجب توافرها فيمن يعين في القضاء.

٥. أقرت النصوص الدستورية في مصر وعمان - بصفة عامة - مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، وتركت ترك بيان حدود ذلك المبدأ وكيفية تطبيقه للقوانين المنظمة للسلطة القضائية، فالقضاة ليسوا كغيرهم من موظفي الدولة، حيث يخضعون في أعمالهم إلى قوانين خاصة تمكنهم من أداء رسالتهم القضائية على نحو يبعث الثقة والطمأنينة في نفوسهم، ضمناً لعدم النيل منهم أو للكيد لهم.

٦. من الضمانات الهامة أيضاً، إنشاء مجلس خاص بهم، وهو مجلس القضاء الأعلى في مصر الذي يعادله في النظام القانون العماني مجلس الشؤون الإدارية. ومهمة هذا المجلس النظر في كل ما يتعلق بعمل القضاة من تعيين

وترقية وندب وإعارة وسائر أمورهم الوظيفية، كما يختص باقتراح مشروعات القوانين المتعلقة بالقضاء، فكل قرار يصدر من وزير العدل يتعلق بشأن من الشؤون الوظيفية للقضاة مقيد بموافقة مجلس القضاء الأعلى في مصر (م ٧٧ مكرراً ٢ سلطة قضائية مصري)، ومجلس الشؤون الإدارية (م ١٧ سلطة قضائية عماني).

٧. رغم وجود مجلس الشؤون الإدارية في السلطنة، ورغم ما أوكل به من اختصاصات- كما أشرنا في هذه الدراسة- إلا أن شبهة خضوع المحاكم تحت إشراف وزارة العدل إدارياً ومالياً، قد يعكر صفو الاستقلال التام للقضاء نظراً لأنهم يمثلون السلطة التنفيذية. فقد صدر في السلطنة المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/١٠م بشأن تنظيم شؤون القضاء والذي استقل فيه القضاء استقلالاً تاماً، وذلك بنقل تبعية المحاكم والإدارة العامة للتفتيش القضائي والإدارة العامة للمحاكم وموظفيها والاعتمادات المالية المقررة لها من وزارة العدل إلى مجلس الشؤون الإدارية المنصوص عليه في قانون السلطة القضائية، على أن يكون لرئيس المجلس الاختصاصات والصلاحيات المعقودة لوزير العدل بموجب القوانين والمراسيم السلطانية النافذة على أصول وحقوق وسجلات وموظفي تلك الجهات. وبهذا أصبح القضاء مستقلاً استقلالاً تاماً دون خضوعه لأي جهة إدارية أو تنفيذية.

٨. حرص المشرع المصري على وضع جدول خاص برواتب وامتيازات ومعاشات القضاة بحيث يتميزون في ذلك عن باقي العاملين المدنيين في الدولة الذين يخضعون في غالبيتهم لنظام موحد في الرواتب والدرجات المالية. وهو ذات ما انتهجه نظيره العماني من تخصيص رواتب وامتيازات خاصة للقضاة تختلف عن الرواتب والامتيازات التي تمنح للعاملين المدنيين، وهذا الحرص ليس مبعثه أو مرده تقرير ميزات شخصية للقضاة بذواتهم،

وإنما الهدف منه هو ضمان عفتهم ونزاهتهم وتأكيد حيديتهم وتجردهم، وهو ما يجعل القاضي مستقلاً أوفى الاستقلال وأكمله.

٩. حفاظاً على هيبة القضاء وحرصاً على استقلاله فقد حرص المشرع في مصر وعمان وضع نظام خاص لمساءلة القضاة جزائياً وتأديبياً في حالة انحرافهم عن أداء الواجب أو السلوك المتناقض مع مقتضيات الوظيفة سواء أكان أثناء قيامه بعمله أم خارج نطاق العمل حمايةً لهم من تبعات هذه المسؤولية، وذلك من أجل ألا تتخذ من إجراءات الاتهام والمحاكمة وسيلة للنيل من القضاة والمساس باستقلالهم.

١٠. شهدت السلطنة مراحل متعددة ونقله كمية ونوعية بصورة متدرجة ومتطورة في كافة المجالات ولا زالت تخطو خطوات متأنية مدروسة تجعلها تتماشى مع متطلبات كل فترة تبعاً للحاجة لها ومن أبرزها التطوير القضائي، وصولاً إلى أرقى وسائل التحديث والتطوير. وإن كانت النهضة العمانية قد بدأت متأخرة مقارنة بالأغلب من الدول العربية والإسلامية، إلا أن نظامها القضائي تخطى الكثير من تلك الأنظمة القضائية حديثاً وتطويراً، وقد حصلت السلطنة على المركز الأول عربياً في نزاهة القضاء.

#### التوصيات:

١. ضرورة مراجعة مرتبات القضاة خلال كل سنة مالية على أقل تقدير، وتحديثها بصورة تتواءم مع ما يطرأ من تغيرات وتقلبات اقتصادية.
٢. يجب تحديد المركز القانوني للقاضي بعناية فائقة في عملية التعيين، خصوصاً فيما يتعلق بمستوى الصفات الخلقية والمعرفية، نظراً لخطورة الوظيفة التي يقوم بها.
٣. ضرورة وضع نظام خاص يتولى الرقابة على أداء عمل القضاة من ناحية وسلوكهم من ناحية أخرى، لقياس مؤشر أدائهم بصورة دورية ودقيقة،

والعمل على إعادة تأهيلهم بما ينتهي إليه ذلك التقييم، من أجل رفع مستواهم العلمي والمهني باستمرار. فلاشك من أن ذلك مدعاة للتقويم الذاتي للقضاة.

٤. لحسن سير العدالة يجب أن يحظر نذب القاضي لغير العمل القضائي أو أن يشغل أي وظيفة عامة فلا يجوز نذب القاضي لأي عمل له تأثير على حسن قيامه بمهام القضاء.

٥. ضرورة منح القاضي حق الاستعانة بالغير ممن يشاء يتولى مهمة الدفاع عنه أمام مجلس التأديب احتراماً لحق الدفاع. فلا يوجد مبرر في عدم السماح للقاضي بتكليف الغير مهمة الدفاع عنه كالمحامين مثلاً، وليس هناك ما يخشى منه فيما لو وقف ذات المحامي المدافع عن القاضي أمام هذا الأخير في ساحات العدالة وكيلًا عن غيره من الخصوم في قضية مطروحة أمامه، نظراً لأن المشرع تصدى لكل حساسية أو حرج من شأنه التأثير على سير العدالة، وفي هذه الحالة نجد أن المشرع نظم التنحي الوجوبي والتنحي الاختياري، لذلك نرى بضرورة منح القاضي حق الاستعانة بالغير ممن يشاء يتولى مهمة الدفاع عنه أمام مجلس التأديب احتراماً لحق الدفاع.

٦. ضرورة النص على وسيلة للطعن في حكم مجلس التأديب في السلطنة، تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، إذ إن حرمان القضاة من ذلك هو أمر منتقد، نظراً لضرورة المراجعة القضائية في كل نظام قضائي متحضر، فهي - كما يرى البعض<sup>(١)</sup> - تمنع استقرار الخطأ الذي لا يعصم منه أحد. وهو ما يتطلب بضرورة تعديل نص المادة ٨٢ من قانون السلطة القضائية في عمان بإضافة حق الطعن في الحكم الصادر من مجلس التأديب لكل من المدعي العام والقاضي المحكوم عليه، وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين.

<sup>١</sup> د. أسامة الروبي ود. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٨٠.

٧. أوجب المشرع العماني أن يصدر الحكم في دعوى المساءلة مشتملاً على أسبابه، وأن تتلى الأسباب التي بني عليها عند النطق به في جلسة سرية (م ٨٢ سلطة قضائية) حفاظاً على هيبة وكرامة القضاء، وما في ذلك من اعتداء على مبدأ هام من مبادئ التقاضي، وهو مبدأ العلانية. وهو ما نأمل تداركه بتعديل النص أسوة بالمشرع المصري بحيث تصدر الأحكام بموجبه في جلسات علنية وألا كانت باطلة لتعارضها مع مبدأ هام من مبادئ التقاضي وهو مبدأ العلانية<sup>(١)</sup>.

---

<sup>١</sup> . ذات المرجع السابق، ص ٧٨

## المراجع

أولاً: المراجع العامة:

- إبراهيم أمين النفيانوي، مبادئ التنظيم القضائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م.
- د. أحمد ماهر زغلول، أصول قواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.
- د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م.
- د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، وفقاً لدستور ٢٠١٤، مؤسسة حورس الدولة، ٢٠١٥م.
- د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، الطبعة الخامسة، مزيدة ومنقحة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٦م.
- د. عبدالعزيز عامر، شرح قانون المرافعات الليبي، دار الغريب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٧٦م.
- د. عبدالغني بسيوني، النظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠م.
- د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م.
- د. علي الشحات الحديدي، القضاء والنقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول القضاء، أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧م.
- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ٢٠٠٩م.

- د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٦٦م.
- د. ماجد راغب الحلو، الدولة في ميزان الشرعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- ثانياً: المراجع المتخصصة:
- حسن نجيب بك، مذكرات في استقلال القضاء، بدون دار نشر، ١٩٤٥م.
- د. أحمد خليفة شرقاوي أحمد، هيئة القضاة ضماناً لاستقلال القضاء، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣م.
- د. أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦م.
- د. جابر فهمي عمران، استقلال القضاء، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥م.
- د. خالد عبدالعظيم أبو غاية، طرق اختيار القضاة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٩م.
- د. دلير صابر خوشناو، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٨م.
- د. رمضان إبراهيم عبدالكريم علام، مبدأ استقلال القضاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
- د. عادل محمد شريف، حماية القاضي وضمانات نزاهته، دار الكتب القانونية، ٢٠١١م.
- د. عبدالقادر محمد القيسي، الحصانة القضائية ومبدأ استقلال القضاء في التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٧م.

- د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، المركز العربي للمطبوعات، بيروت، ٢٠١٣م.
- د. محمد إبراهيم درويش، الإدارة القضائية للعدالة، دراسة مقارنة بين الدستور المصري والأمريكي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م.
- د. محمد سليم العوا، القاضي والسلطان، الأزمة القضائية المصرية، دار الشروق، ٢٠٠٦م.
- د. محمد علي عويضة، مظاهر استقلال السلطة القضائية وضماناتها، دراسة مقارنة، بدون جهة نشر، الطبعة الثانية، ٢٠١٨م.
- د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢م.
- د. محمد وحيد عبدالقوي، استقلال القضاء، رؤية عصرية لقضية مصيرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٣م.
- د. نجيب أحمد عبدالله، ضمانات استقلال القضاء، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٧م.
- د. هادي محمد عبدالله الشدوخي، التوازن بين السلطات والحدود الدستورية بينها، دراسة دستورية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.

### ثالثاً: الرسائل العلمية:

- د. صلاح محمد حسن إبراهيم، نظرية الفصل بين السلطات كضمانة لسيادة القانون في النظم السياسية المعاصرة والنظام السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ص ٢٠٠٣م.
- د. طلال خالد مرزوق الرشيدي، استقلال السلطة القضائية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١١م.

- د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٦٧م.
- فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيئة السلطة القضائية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦م.

#### المقالات:

- د. أحمد صبحي العطار، حق الإنسان في اللجوء إلى قاضية الطبيعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، يوليو ٢٠٠٢م.
- د. أحمد فتحي سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخمسون ١٩٨٠، دار الهنا للطباعة، ١٩٨٣م.
- د. أسامة الروبي و د. وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء، دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر والإمارات عمان وألمانيا، ٢٠١٤م.
- د. حسن أمين، التخلف والديمقراطية واستقلال السلطة القضائية في الوطن العربي، بحث منشور في مجلة الحق، السنة الرابعة والعشرون، العدد الثالث، ١٩٩٣م.
- د. حسن بسيوني، ضمانات فاعلية حق التقاضي، بحث منشور في مجلة القضاة، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، ١٩٨٩م.
- د. محمد حسام الغرياني، استقلال القاضي، بحث منشور في مجلة الحق، السنة ٢٢، العدد ١، ١٩٩١م.
- د. محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مجلة القضاء، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ١٩٦٨م.

- د. هنا عبدالحميد إبراهيم بدر، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية من منظور العدالة والمساواة، مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٣م.

- د. هناء عبدالحميد إبراهيم بدر، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية من منظور العدالة والمساواة، مجلة الحقوق والبحوث القانونية الاقتصادية، العدد ١، ٢٠١٣م.

- عبدالواحد الجراري، الضمانات الأساسية لاستقلالية القضاء بالمغرب، مجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية بالمغرب، العدد ٣٤، مارس ٢٠٠٢م.

#### رابعاً: المواقع الإلكترونية:

- د. محمد خليفة حامد، مؤسسة العدالة في الإسلام (بين التاريخ والتطورات المعاصرة)، ندوة تطور العلوم الفقهية، من الموقع الإلكتروني الذي تمت زيارته في ٢٥ ديسمبر ٢٠١٨م على الرابط : <http://soo.gd/8Xvl>

- د. هلال بن محمد الراشدي، استقلالية القضاء في سلطنة عمان، ورقة عمل في المؤتمر السادس لرؤساء المحاكم العليا للدول العربية، على الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة العدل:

<https://moj.gov.om/Documents/MOJChart.pdf>

**النظرية المعيارية في الدور السياسي للقاضي الدستوري  
دراسة نقدية تأصيلية مقارنة في النظامين المصري والأمريكي**

دكتور

حسين أحمد مقدد

أستاذ مساعد القانون العام

كلية الحقوق - جامعة حلوان

يقول الله تعالى في محكم التنزيل:

وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ  
إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ  
مَسْئُولًا.

الإسراء: ٣٦.

ليس بخافٍ على أحد من فقهاء القانون العام، ما جابهته فكرة رقابة الدستورية من عقباتٍ كئود، لا أقول حجّت من صلاحيات قضاتها أو ضيّقت من نطاق قانونيتها فحسب، بل أعاقت ظهورها من الأساس لحقّب زمنية مديدة؛ حيث فكرة السيادة التشريعية المطلقة التي طالما كُرّس لها وقتئذٍ بمقولة حق أريد بها باطل؛ فاتخذ منطقُ انبثاق إرادة البرلمان عن إرادة الأمة، وهو منطق صوري ثبت خطؤه لاحقاً، نُكئةً لتسويغ تصرفاته تذرّعاً بأن إرادة ممثليه إنما تعكس إرادة الجماعة التي استخلفتهم، في محاولةٍ لإضفاء القدسية على أعمال سلطة التشريع. لتولد رقابة الدستورية ولادة متعثرة، إن جاز التعبير، في أجواءٍ ملبدةً بفكرٍ مناهضٍ لها، ساهم بنصيبٍ كبيرٍ في تضيق نطاقها، وتحجيم صلاحيات قضاتها، بل وفي إثارة الشكوك حول فعاليتها وجدواها، سيّما من قبل المناوئين لـ"قانونيتها". فهذه الأجواء التي صيغت فيها "قانونية" رقابة الدستورية، صياغةً غير واضحة، غلب عليها تضيق النطاق المحجوز لسلطانها إلى الحد الذي قُصرت معه ابتداءً على المناحي الشكلية فقط.

وليس أكثر دلالة على وصف البيئة السياسية التي ولدت فيها فكرة رقابة الدستورية، مما يقوله المفكر الكبير "ألبرت فين دايسي" إذ يقول في كتابه الشهير: "ودوري في هذا الفصل هو - في المقام الأول - شرح طبيعة السيادة البرلمانية، وإظهار أن وجودها حقيقة قانونية، معترف بها تماماً في قانون إنجلترا، ثم إثبات عدم وجود أي من القيود القانونية المزعومة على سيادة البرلمان"<sup>(1)</sup>.

(1) إذ يقول ما نصه:

"My aim in this chapter is, in the first place, to explain the nature of Parliamentary sovereignty and to show that its existence is a legal fact, fully recognized by the law of England; in the next place, to prove that none of the alleged legal limitations on the sovereignty of Parliament have any existence"; Albert Venn Dicey: Introduction to the study of the law of the constitution, Reprint. Originally published: 8<sup>th</sup> edition, Macmillan, London, England, 1915, p. 3.

فقد أخذ السيد "دايسي"، وهو أحد أبرز مفكري القرن العشرين، على عاتقه مهمة التكريس لفكرة السيادة البرلمانية المطلقة، حتى ساد الاعتقاد في صدق هذه الفكرة؛ سياسياً وقانونياً، ما كان سبباً في تقليص فكرة الرقابة إلى أدنى مستوياتها ممثلة في المقابلة الحرفية فحسب، بل وفي إنكار البعض فكرة الرقابة من حيث الأصل وعدم استساغتها، ما دام أن محلها عمل المشرع الذي تعكس سيادته سيادة الجماعة التي فوضته في التعبير عن إرادتها، ومن ثم لنا أن نتصور النظرة الأولى إلى فكرة رقابة الدستورية، وخير شاهد لما نقول كم الاعتراضات التي ووجهت بها المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية حينما أقرت لنفسها بأحقية رقابة الدستورية؛ إذ وُصِف عملها وقتئذ لا بانضوائه على دور سياسي فحسب، بل بكونه خروجاً على طبيعة الوظيفة القضائية التي أنيطت بها دستورياً<sup>(١)</sup>.

وفي المقابل، فقد انبرى الفقهاء الأوائل دفاعاً عن "قانونية" اختصاص الرقابة على الدستورية، حتى كتب لصورتها القضائية الأفضلية على نظيرتها السياسية؛ لما لها من طابع معياري، تفتقر إليه الثانية التي عادة ما تتسلل اعتبارات السياسة إلى منبرها، فتصير بوقاً مسموعاً للسلطة السياسية. وما أن بلغ القاضي الدستوري أشده واستوى في مواجهة السلطة التشريعية؛ أصلية كانت أو استثنائية، فأخذ يجابه العديد من انحرافات التشريع التي طالما قصرت يده عن الوصول إليها تذرّعاً بأفكار عتيقة ثبت خطأها لاحقاً. فقد راح ثلثة من الباحثين يؤصلون لفكرة جد خطيرة تنافي فلسفة الرقابة على الدستورية في صورتها القضائية، ألا وهي فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، غير مكرئين بمغبة التكريس الفقهي لهذه المسألة عبر أطروحات بحثية!

موضوع البحث:

نتخذ محلاً لبحثنا المتواضع هذا، واحدة من أدق المسائل التي أعييت كثيراً من الباحثين الجدد في مجال القانون الدستوري؛ ردّاً إلى اعتبارات عديدة؛ أهمها: وقوف

(١) انظر:

Wilson C. Freeman: Marbury v. Madison Returns! The Supreme Court Considers the Scope of "Judicial" Power, Legislative Attorney, Congressional Research Service, Paper for Members and Committees of Congress, January 16, United States, 2018, p. 1.

جل الباحثين عند ما حوته أدبيات القانون الدستوري "التقليدية" بشأنها من آراء فقهية في مراحلها الأولى، وكأنها مسلمات لا تقبل النقاش ولا تجري عليها سنة التغيير، وانطلاق بعض الباحثين في معالجتها من مقدمات خاطئة، وعدم تربيته البعض الآخر في دراستها على الوجه الذي تستحق، ألا وهي فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري الوطني؛ إذ افتقرت جل الأدبيات والأطروحات البحثية التي عالجتها إلى المنهج المعياري الذي يناسب طبيعة الدراسات القانونية، ما يتسع معه المجال لبحث هذه المسألة من منظور معياري، تؤخذ فيه خصوصية القضاء الدستوري في الاعتبار.

هذا، وتعد مسألة الدور السياسي للقاضي الدستوري، واحدة من أكثر المسائل القانونية إثارة للجدل، والجدل حولها قديم متجدد وليس بمنته؛ إذ تطارد شبهة التسييس، رقابة الدستورية في صورتها القضائية منذ ظهورها، بل سبقتها ظهوراً؛ إذ رُوِّج لها قبل ظهور رقابة الدستورية إلى حيز الوجود؛ بغرض الحيلولة دون دخول القضاء بمعياريته معترك الحياة السياسية، فيحول دون تحكم السلطة السياسية بفرعها التشريعي والتنفيذي في المشهد السياسي.

### إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في مسألة الدور السياسي للقاضي الدستوري، في غموض مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، وتعلُّل الباحثين الجدد في نسبة الدور السياسي، على ما يكتنف مفهومه من غموض، إلى العديد من أحكام الدستورية التي لم يكن عمل القاضي فيها سوى إنفاذاً لإرادة المشرع؛ دستورياً كان أوعادياً، هذه الإشكالية الدقيقة نردها في الأساس إلى تداخل الكثير من الاعتبارات التي تحيط بألية الرقابة على الدستورية في صورتها القضائية، وأهمها:

كـ تقليدية مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية فضلاً عن غموضه:

تعد قلة الوالجين إلى طريق التكريس لتطور مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، إحدى الإشكاليات التي تواجه دراسة مسألة الدور السياسي للقاضي الدستوري من

زاويتين؛ أولاهما: تهيب ولوج طريقها لوعورتها؛ وثانيتها: تعرض كل محاولة إلى بحثها لانتقادات لازعة بمنطق النظرية التقليدية.

وبغض الطرف عن الأسباب التي تقف من وراء احتجاب جمهور الفقه عن التكريس لتطور مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، ومن ثم اتساع نطاقها، سواء تمثلت في الخشية من تسلل اعتبارات السياسة إلى منصة الدستورية إزاء التكريس المتزايد لنظرية التقييد الذاتي لسلطة الرقابة على الدستورية، أو لما لكلمة "سياسي" من عمومية تجعلها تنطلي على ما ليس منها؛ سيما وأن عمل القاضي الدستوري يقع على الحد الفاصل بين السياسة والقانون، هذا الحد الذي طالما عزّ رسمه على الكثيرين، أو الاعتقاد في عدم جدوى التفرقة بين دلالات مصطلح "سياسي" في الواقع العملي؛ ما دام أن الآثار المترتبة على أحكام الدستورية نافذة حتمًا لا محالة بحكم نهائيتها، فإن واقع العمل يشي بوجود فجوة كبيرة بين ما تحمله أحكام الدستورية من تقدمية، وما تحويه أدبيات الفقه التقليدية في صدد مفهوم هذه "القانونية"، وهو ما نعدّه سببًا مباشرًا من وراء اعتقاد كثير من الباحثين في الدور السياسي للقاضي الدستوري.

**كـ تزايد دور القاضي الدستوري في مواجهة سلطة التشريع "المنتخبة":**

لا مرأى في أن دور القاضي الدستوري المعاصر قد تزايد في مواجهة السلطة المنتخبة، مقارنة بما حيز له من صلاحيات محدودة للغاية في مراجعة أعمالها في أول عهده بمباشرة اختصاصه الرقابي؛ حتى كادت الأسس الفكرية أو النظرية التي كرّست لها أدبيات السابقين من فقهاء القانون العام في مقام التأصيل لقانونيتها لا تقوى على تسويغ ما أحدثه مؤخرًا في أمر رقابة الدستورية وآلياتها، من تطوير غير متوقع — وقتئذٍ — لا فقها ولا قضاء؛ فلم يكُ يخطر بخلد أكثر المتفائلين لرقابة الدستورية وقت نشوئها أن بساطها سيتسع ليشمل ما أسماه الفقه انحرافًا تشريعيًا، أو ما أسماه القاضي الدستوري إغفالًا تشريعيًا. فما من شك أن هذا الدور المتزايد هو ما حدا الكثيرين من باحثي القانون العام إلى الاعتقاد في دور سياسي للقاضي الدستوري. بيد أن هذا الدور المتزايد، يعد أثرًا بدهيًا لكثرة الصراعات السياسية والحزبية، فضلًا عن

تدني نوعية عمل المجالس التشريعية في العقود الأخيرة؛ حتى ظهرت ما تعرف بظاهرة التضخم التشريعي، والتي حدثت إلى التكريس لتطبيق جديد من تطبيقات مبدأ الأمن القانوني، هو مبدأ جودة التشريع؛ وضوحًا وتحديدًا؛ فعادة ما ينشط القاضي الدستوري ويظهر دوره الإيجابي بوضوح في أوقات الأزمات السياسية، سيما في أوقات الانقسام بين سلطتي التنفيذ والتشريع The divide between the executive and legislature, providing the perfect opportunity for court activism<sup>(1)</sup>؛ باعتبار أن منصبه هي الموئل الآمن لتسوية النزاعات السياسية بعيدًا عن عنف الشارع وتبعاته غير المأمونة، وهو الأمر الذي عادة ما يجعل أعماله عرضة لشبهة الدور السياسي، كلما طُلبت عدالة الدستور لديه في كل خصومة سياسية أو ذات طابع سياسي.

وعليه، فلا ينبغي أن يُحمل تطور وظيفة الرقابة الدستورية طورًا بعد طور، على أن قاضيها يمارس دورًا سياسيًا، لمجرد أن يقصر منطق البعض عن تفسير تقدمية مسلكه في قضية ما، في حقبة زمنية ما، سيما وأن العلاقة الطردية بين اختصاصه الرقابي واختصاص سلطة التشريع، حاصلها كثرة اللجوء إليه كلما كثر خروج الثانية على مقتضى الدستور، وفي المقابل تتحسر ولايته شيئًا فشيئًا عن أعمالها كلما أخلصت للدستور في انتساج معايير "القانونية" على منواله؛ فالعبرة في توافر الدور السياسي في جانب القاضي، لا بازدياد نفوذه في مواجهة السلطة المنتخبة أو بحثه في مسائل جدلية بطبيعتها إذ تقع على التماس بين القانون والسياسة، بل بمدى التزامه حدود دوره القانوني؛ هذا الدور الذي يتحدد بوضوح مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية.

فما كتبت الأفضلية لرقابة الدستورية في صورتها القضائية، على صورتها السياسية، سوى لمعيارية عمل سلطة القضاء واستقلاليتها التي جُبِلَ أعضاؤها عليها،

(1) انظر:

Nathan J. Brown and Julian G. Waller: Constitutional Courts and Political Uncertainty: Constitutional Ruptures and the Rule of Judges, Oxford University Press and New York University School of Law, United States, 2017, p. 825.

حتى إن انتفت هاتان الصفتان عنها، وجدنا أنفسنا أمام الصورة السياسية لها ولو اكتسى رجالها حلة القضاء، وهو ما يتحقق من طريق التكريس لفكرة الدور السياسي؛ لما له من عظيم الأثر على نزاهة القاضي الدستوري ومصادقته في الوفاء بالتزامه الدستوري في الحفاظ على الدستور<sup>(١)</sup>.

### أهداف البحث وأهميته:

نهدف من وراء البحث في هذه المسألة الشائكة، إلى تحقيق عدة أهداف جوهرية، لها من الأهمية البالغة ما يجعلها جديرة بالبحث والدراسة المعمّقين، منها:  
أولاً: بلورة نظرية فقهية متكاملة حول مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري ومعيار نسبه إلى أحكام الدستورية؛ تسهم في الحد من دعاوى المناوئين لرقابة الدستورية "القضائية" تسيّس منصبها، ومن ثم تحفظ ثقة الجماعة في محكمة الدستورية، وقد أخذت تشرعن لاختصاصاتها في صلب الدستور، بما ينعكس إيجاباً على مباشرة الحق الدستوري في التقاضي أمام القاضي الدستوري "الطبيعي" من ناحية، ويحفظ لرقابة الدستورية، وهي ركيزة أساس لدولة القانون، مكانتها في نفوس المتقاضين لديها من ناحية أخرى.

ثانياً: جذب أنظار الباحثين في مجال القانون الدستوري، إلى أخذ تطور أدوات الرقابة على الدستورية إذ تعمّقت في أغوار التشريع، في الاعتبار حال الحديث عن الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ فقد اعترف للقاضي الدستوري المعاصر ببسط رقابته على كثير من جوانب التشريع التي كانت تصنّف في عداد ما يمتنع على غير المشرع النظر فيها، في أول عهده برقابة الدستورية؛ كذلك التي تبحثها رقابة التناسب أو رقابتا الانحراف والإغفال التشريعيين.

ثالثاً: جذب انتباه الباحثين الجدد إلى خطورة التكريس لمشروعية الدور السياسي للقاضي الدستوري، على غير معيار موضوعي يحتمك إليه في نسبة الدور

(١) للمزيد حول كيفية الوفاء بهذا الالتزام؛ راجع حسين مقداد: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التوافق بينهما؛ دراسة تأصيلية مقارنة في النظامين المصري والأمريكي، دار النهضة العربية، ٢٠١٨، ص ٨٠ وما بعدها.

السياسي إلى عمل القاضي؛ حتى لا يكرسوا لما ينافي فلسفة الرقابة على الدستورية في صورتها القضائية، ويقدمون السند الفقهي لتسييس منصة الدستورية، طالما تيقن قضاتها في أن أحكامهم موصومة لا محالة بالدور السياسي.

فلو طلبنا من باحثين أكثر ممن نسبوا الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، أن يضعوا تعريفاً محدداً لمصطلح "سياسي" في مجال رقابة الدستورية، لما أمكنهم ذلك، وقد يعذروا لاستعصاء الفكرة على القولية التعريفية، بيد أنهم لا يعذرون في التسرع في نسبة هذا الدور إلى محكمة الدستورية، لمجرد أن لا تسعفهم قرائحهم في تفسير مسلكها؛ لما يترتب على ذلك من إضعاف ثقة المواطنين في قضاء الدستورية وهو ركيزة أساس لدولة القانون.

رابعاً: التأكيد على ضرورة التفرقة، في نسبة الدور السياسي إلى حكم الدستورية، بين إرادة المشرع؛ دستورياً أو عادياً، وإرادة القاضي الدستوري؛ فأكثر ما تؤتى منه منصة الدستورية، باب الخلط بين إرادة المشرع وإرادة قاضيها؛ فلربما اعتقد الكثيرون في أن الدور السياسي لقاضي الدستورية، يكمن في الأثر المترتب على حكمه، دون تعويل على ما إذا كان معزواً إلى إرادة الشارع؛ دستورياً كان أو عادياً، أو مره إرادة المستقلة، حتى إن قضاة الدستورية عادة ما يبهتوا بما لم يكونوا ليقصدوا إليه، لو كان لهم الخيرة من أمرهم.

خامساً: جذب انتباه الباحثين الجدد في مجال القانون الدستوري إلى خصوصية فكرة المعيارية في عمل القاضي الدستوري، وعدم قياسها على معيارية عمل قضاة القانون الخاص؛ فكما أن صفة "القانونية" لا تنتفي عن قواعد القانون الدستوري؛ لعدم وضوح فكرة الجزاء بمفهومه المادي الذي يميز قواعد القانونين الجنائي والمدني، على الراجح فقهاً، فإن المعيارية لا تنتفي في جانب عمل القاضي الدستوري؛ لعدم التزام حرفية النصوص في الفروض التي لا تفي فيها بمراد الجماعة؛ فمعايير المشروعية الدستورية ليست كمعايير المشروعية القانونية؛ كما أثبتت التجربة، بمعنى أن تقدير المصالح التي تتنازع حماية الدستور، والذي يستقل قاضي الدستورية به في

ضوء المعطيات والملابس التي تثير مسألة الدستورية كما يستقر على ذلك جمهور الفقه، لا ينبغي أن يقاس البتة على تقدير المصالح الجديرة بحماية القانون الذي يطبقه القاضيان العادي والإداري، ومن ثم فلا ينبغي أن يُصرف هذا التقدير إلى الدور السياسي، وإلا لاستسيغ مد بساطه إلى كل تقدير يجريه قضاة المحاكم الأخرى.

سادساً: التأكيد على أهمية وصول محكمة الدستورية إلى جمهور الدستوريين من طريق الترخيص القانوني الجيد لحكم الدستورية، وما له من عظيم الأثر في بلورة الاعتقاد في دورها السياسي، سيما لدى الباحثين الجدد؛ فكم من نتيجة صحيحة ترتبها أحكام الدستورية، وحيثياتها غير مقنعة لجمهور الفقه الدستوري، كانت سبباً من وراء نسبة الدور السياسي إليها، ، ويكأن تطور "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية الذي نكرس له، يوجب على المحكمة تطوير اللغة المستخدمة في عرض المبدأ الدستوري الذي تكرر له في حكمها.

سابعاً: إلحاق وصف الانحراف بالسلطة إلى الدور السياسي للقاضي الدستوري، طالما اشترطنا لتوافر الأخير في جانب عمل القاضي الدستوري، توافر عنصر القصد إلى مخالفة الدستور في جانب إرادة القاضي؛ رغبة في الحد من تعجّل البعض — سياسيين كانوا أو قانونيين — في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي، إلا أن يحوز دليلاً قاطعاً وبرهاناً ساطعاً، وإلا عُدَّ قاذحاً في نزاهته واستقلاله.

### منهج البحث:

نزواج في بحث هذه المسألة المتداخلة اعتباراتها، بين عدة مناهج؛ أولها: المنهج التحليلي، وثانيها: المنهج الاستقرائي، وثالثها: المنهج المقارن؛ سعيًا إلى بلورة نظرية معيارية في الدور السياسي للقاضي الدستوري، قوامها النقد والتأصيل والمقارنة في النظامين المصري والأمريكي.

هذا، ويتمثل دور المنهج التحليلي بعملياته الثلاث؛ التفسير والنقد والاستنباط، في تفسير ظاهرة تعجّل العديد من الباحثين في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي

## المبحث الأول

### موقف الفقه الدستوري من

### مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم:

كان لغياب دور الراسخين في علم القانون العام في التكريس لتطور مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية واتساع نطاقها؛ كأثر طبعي لتطور أدواتها، فضلاً عن تغيير العديد من الأفكار القانونية والفلسفية العتيقة التي عاصرت نشأتها وكانت سبباً مباشراً من وراء تضيق نطاقها؛ كفكرة السيادة البرلمانية المطلقة Absolute Parliamentary Sovereign التي لاقت رواجاً كبيراً في القرن العشرين على يد المفكر السياسي الشهير "ألبرت ديسي"<sup>(١)</sup>، كان له عظيم الأثر في تعثر جُل من ولجوا طريق فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ ينقبون عن تطبيقاتها في عمل القاضي الدستوري الوطني.

فكيف كان لموقف جمهور فقه القانون العام من مفهوم ونطاق "قانونية" رقابة الدستورية، أثره الواضح في بلورة الاعتقاد في الدور السياسي للقاضي الدستوري؟ هذا ما نعرض له بشيء من التفصيل من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: غياب التحديد الفقهي لمفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري.  
المطلب الثاني: جمود نظرة الفقه الدستوري إلى "قانونية" رقابة الدستورية.

## المطلب الأول

### غياب التحديد الفقهي

### لمفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري

باديء ذي بدء، لقد افتقرت جل الأطروحات البحثية التي تناولت مسألة الدور السياسي بالدراسة، إلى بيان المقصود بالدور السياسي ومعياري الاستدلال عليه؛ سواء لعدم تعرض بعضها من الأساس لدراسة ماهية الدور السياسي، أو لاقتصار البعض

(١) انظر تفصيلاً:

⌘ A. V. Dicey: Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8<sup>th</sup> edition, Macmillan, London, England, 1915, p. 3, 4.

الأخر على ذكر أوصاف عامة لما يعد دوراً سياسياً؛ إذ اكتفى جل الباحثين بذكر التطبيقات التي رأوا فيها خروجاً على المؤلف لهم في مباشرة اختصاص رقابة الدستورية ذي الطبيعة القانونية "التقليدية"، من دون التوقف ملياً أمام مفهوم هذا الدور ومعيار نسبه إلى عمل القاضي الدستوري<sup>(١)</sup>، وكأنهما قد باتا من الوضوح والتحديد بما لا حاجة معه إلى التعرض لهما تحاشياً لرتابة التكرار؟! ومن ناحية أخرى، جاءت المحاولات الفقهيّة التي تناولت هذه الفكرة غير كافية لتحديد هذا المفهوم بدقة ووضوح.

فالقول، على سبيل المثال، بأن حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية "تسريع العزل السياسي"، أحد تطبيقات دورها السياسي، يشيء بخلط بين إرادة القاضي الدستوري والإرادة المفترضة للمشرع الدستوري؛ إذ ألبيت المحكمة حلة الهيئة ذات الاختصاص القضائي للجنة العليا للانتخابات الرئاسية؛ فقبلت إحالتها فيما يتعلق بمدى دستورية الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ والمضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢م، المعروف بقانون "العزل السياسي". وكما هو معلوم أن المحكمة الدستورية — بل كل محكمة — تستقل بالتكليف القانوني للوقائع في ضوء النطاق التقديري المخول لها قانوناً؛ وإذ لم تخالف المحكمة في تكييفها للجنة الانتخابات الرئاسية على أنها هيئة ذات اختصاص قضائي، نصاً دستورياً أو قانونياً صريحاً، بل اجتهدت رأيها ولم تأل، وهو ما ينفي عن عملها شبهة الدور السياسي كما نرى لاحقاً في مقام الحديث عن معيار الدور السياسي<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر على سبيل المثال:

كرد. أحمد محمد حسب النبي الشوري: الدور السياسي للقضاء الدستوري؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٧.

كرد. ميسون طه حسين: الدور السياسي للقضاء الدستوري؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٥.

كرد. أشرف تامر محمد علي: الدور السياسي للقضاء الدستوري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسبوط، ٢٠١١.

كرد. محمد صلاح عبد البديع السيد: الدور السياسي للقاضي الدستوري - دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام ذات الصبغة السياسية: دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

كرد. عاطف سالم عبد الرحمن: دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٠.

(٢) انظر ما يلي: ص ٩٣ وما بعدها.

وكذا يتم إيراد حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية "تصويت العسكريين"، في سياق الحديث عن دورها السياسي، عن خلط بين إرادة القاضي الدستوري وإرادة المشرع الدستوري الصريحة، في عزو الآثار السياسية المترتبة على قرار الدستورية في هذه القضية؛ إذ أعملت المحكمة مقتضى القاعدة الأصولية المستقرة فقهاً أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة؛ فلم يك في وسعها إلا أن تنزل عند مقتضى الإرادة الصريحة للمشرع، وإلا كان عملها هذا عين الدور السياسي؛ كما نرى لاحقاً<sup>(١)</sup>.

وما الخلط في المثالين المذكورين، وغيرهما، إلا لخطأ المقدمات التي انطلق منها لتناول مسألة الدور السياسي بالبحث والدراسة؛ فلمجرد أن يقصر فهم المقيم لحكم الدستورية عن تفسيره قانوناً، وفق المفهوم التقليدي لـ"قانونية" رقابة الدستورية الذي يستفاد بالكاد من أدبيات القانون الدستوري العامة- هذا المفهوم الذي يعكس المعنى الحرفي أو الشكلي لاعتبارات القانون كما نرى لاحقاً، يبادر الباحث إلى الجزم بتوافر الدور السياسي في جانب المحكمة، وكأن فهمه قد أصبح معياراً للحكم على دستورية عمل القاضي الدستوري!!

وعلى الجانب الآخر، أخذ جانب من الفقه يكرسون لعدم مشروعية الدور السياسي للقاضي الدستوري<sup>(٢)</sup>؛ كونه ينافي فلسفة الرقابة الدستورية في صورتها القضائية، ويعيدها إلى نقطة انطلاق صورتها السياسية، بل ويزيد من خطورتها إذ تتحول إلى أداة شرعنة بيد السلطة السياسية أو معول هدم لسياساتها. بيد أن هذا الطرح الفقهي، وقد تعجل الكثير من الباحثين في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري الوطني، أضحي بحاجة إلى قراءة تفصيلية جديدة، تقوم على تبني معيار موضوعي واضح للاستدلال على الدور السياسي.

(١) انظر ما يلي: ص ٩٦ وما بعدها.

(٢) انظر:

ك. د. علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ٢١٧ وما بعدها؛

ك. م. د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٥٤٧ وما بعدها.

فوصف الدور السياسي، مثلاً، بأنه "تجاوز حدود رقابة الدستورية من المشروعية إلى الملائمة، وتجاوز حدود مرجعية الرقابة من الدستور إلى المبادئ العليا"<sup>(١)</sup>، وهو قول وجيه بلا أدنى شك كقاعدة عامة أو كأصل عام من الأصول المرعية في مباشرة اختصاص رقابة الدستورية في جل النظم الدستورية حول العالم، يأخذنا إلى رسم الحدود الفاصلة بين رقابتي المشروعية والملائمة، وكذا تعيين الحدود الفاصلة بين مبادئ الدستور والمبادئ العليا، وهما ليستا من الوضوح بما يقطع في نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري! كما أن القول بأن التزام حدود "قانونية" رقابة الدستورية، ومن ثم الابتعاد عن المجال السياسي، مناطه ألا نكون بصدد جهة قضاء سياسي"، وأن يلتزم القاضي الدستوري "حدود الدستور" في مباشرة اختصاصه"<sup>(٢)</sup>، يحدونا إلى تحديد مفهوم "القضاء السياسي"؛ أهو قضاء التبعية السياسية أم قضاء التأثير بالمتغيرات الاجتماعية والسياسية؟! وكذا تحديد نطاق "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية؛ أفانونية اعتبارات القانون "المجردة" هي، أم قانونية "مقاصد القانون" التي تتكيف معياريتها مع ما تتحقق به هذه المقاصد"<sup>(٣)</sup>؟! وهما الإشكاليتان اللتان احتجبتا بياناً وتفصيلاً عن جل الأطروحات البحثية التي عالجت فكرة الدور السياسي، كما سبق أن أشرنا.

ليبدو واضحاً جلياً، احتجاب جمهور الفقه الدستوري عن الخوض في غمار مسألة "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية بشيء من التفصيل المناسب، وإن كان قد انتصر لها على حساب قرينتها "السياسية" في متافنة الجدل حول الطبيعة القانونية لرقابة الدستورية، وهو ما يرد — في تقديرنا — إلى سكون حالة الجدل الذي أثير حول "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، بعدما حازت صورتها القضائية على قبول واستحسان الأغلبية الساحقة من مشرعي الدساتير حول العالم"<sup>(٤)</sup>، وأخذوا يكرسون لها في أصلاب الدساتير غير تاركينها لتقدير المشرع العادي إذ تحكم الأغليات

(١) انظر:

كح د. علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٩؛

كح م. د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ص ٥٤٨ وما بعدها.

(٢) انظر د. علي السيد الباز: المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٣) انظر ما يلي: ص ١٠٤ وما بعدها.

(٤) انظر على سبيل المثال:

في أصلاّب الدساتير غير تاركينها لتقدير المشرع العادي إذ تتحكم الأغليات الحزبية في قراره، ما جعل جمهور الفقه يأنس لقانونيتها "التقليدية" طالما لم يتجدد الجدل حول طبيعة عمل قاضيتها، على الأقل في العقود الخمسة التي سبقت اندلاع ثورات الربيع العربي؛ حيث كانت دعاوى الدور السياسي لقاضي الدستور، محصورة في نطاق ضيق.

أما وقد كثر الحديث عن الدور السياسي لقاضي الدستور، متمثلاً في تزايد دعاوى السياسيين والحزبيين من ناحية، وتزايد الأطروحات التي حملت عنوان الدور السياسي للقاضي الدستوري من ناحية أخرى، فقد وجب على جمهور الفقه أن يتخذ موقفاً واضحاً تجاه فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، طالما كان غموض مفهومها وعدم وضوح نطاقها، باباً خلفياً لنسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، لمجرد أن يخالف اجتهاد القاضي، توقعات بعض السياسيين والحزبيين أو يناهض مصالح البعض الآخر.

وكما نعرض لاحقاً في موضعه، سنرى أن وجه القصور في معالجة فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، يكمن في عدم التفرقة بين ما يُنسب من آثار أحكام الدستورية إلى إرادة المشرع الدستوري أو العادي، وتلك التي تُعزى إلى إرادة القاضي الدستوري، هذا الخلط بين الإرادتين الذي أفسح المجال لإتقال كاهل القاضي الدستوري بـ"شبهة" الدور السياسي في كثير من المناسبات التي لم يكن عمله فيها، سوى ترجمة لإرادة المشرع؛ دستورياً كان أو عادياً<sup>(١)</sup>.

---

⌘ Gustavo Fernandes de Andrad: Comparative Constitutional Law: Judicial Review, Journal of Constitutional Law(United States), Vol. 3:3, May 2001, p. 978 and next;  
⌘ Barry Friedman: The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 90, New York University School of Law, (or) University of Cincinnati Law Review(United States), Vol. 72, 2004, p. 1257;  
⌘ Robert Badinter: The Nature and Function of Judicial Review, No Publisher, No Date, p. 9 and next.

(١) انظر ما يلي: ص ٧٢ وما بعدها، ص ٨٦ وما بعدها.

## المطلب الثاني

### جمود النظرة الفقهية إلى

#### للمقانونية لاختصاص رقابة الدستورية

باديء ذي بدء، فرغبة في النأي بالصورة القضائية لرقابة الدستورية — في مراحلها الأولى — عن كل شبهة قد تحوم حول إمكانية تحولها إلى رقابة سياسية، لا يجيدها قضاة الدستورية بحكم تأثرهم باعتبارات القانون الجامدة، أو تلافيا لاصطدام سلطة الرقابة بالسلطة السياسية وما قد يستتبعه من تقليص لصلاحياتها أو ربما سعيها إلى التخلص منها كلية وقت أن كانت سلطة تقرير اختصاصها مخولة لسلطة التشريع العادي، قبل انتقالها إلى سلطة التشريع الدستوري، سيما في ظل دعاوى بعض السياسيين بل وبعض القانونيين المناوئة لها، فقد راح جمهور الفقه يؤصل لـ"قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، في حدود ضيقة للغاية<sup>(١)</sup>، لا أحسبني مبالغا في القول بأنها لم تكن تفي بالعلة من تقريرها أو لتحقيق غايتها وقتئذ، فضلا عما آلت إليه أدواتها التقدمية مؤخرا.

وزيادة في التفصيل، فقد قيس دور قضاة الدستورية في تطبيق الدستور، على دور قضاة المحاكم العادية في تطبيق القانون، وفق ما عرفت قديما بنظرية العدالة التقليدية، والتي تجعل من القضاة — على حد تعبير السيد "مونتسيكيو" — مجرد أبواق ينفخ فيها المشرعون؛ فقيل بأن دورهم لا يتجاوز دائرة البحث عن إرادة المشرع الكامنة في النصوص، ومن ثم فقد عومل الدستور كقانون قياسا على التشريعات التي تطبقها محاكم القانون العام، فيما أسماها الفقه الأمريكي "الحقبة الشكلية"<sup>(٢)</sup>، كأثر طبيعي لاقتصار وظيفة الدستور على الحد من عنفوان السلطة

(١) للمزيد؛ راجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التوافق بينهما؛ مرجع سابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

(٢) فالتأثر بالنظرية التقليدية إلى فكرة العدالة، والتي تنظر إلى مفهوم تطبيق القانون نظرة مادية، ورث اعتقادا في أن تطبيق القانون عملية حرفية أو شكلية لا مكان فيها لإرادة القاضي، وأن دور القاضي، أي قاض، ينحصر فقط في البحث عن إرادة واضع القانون، ولو كان ذلك بالمخالفة لما آلت إليه أفكار الجماعة في حاضرها، وإلا كان مقترفا لعمل تشريعي يقتحم به النطاق المحجوز لسلطة التشريع، ولعل ذلك ما يفسر عزوف الكثير من بلدان أوروبا الشرقية عن استجلاب التجربة الأمريكية في رقابة الدستورية خشية أن ينتقل إليها فيروس حكومة القضاة؛ على حد تعبير لحد الكئاب، ما ولد حالة واقعية لدى جمهور الفقه مؤداهما تأطير إرادة القاضي بإطار محدد، لا يتسنى لها تجاوزه، هذه النظرة الفقهية تأثرت أيضا بالبطء النسبي لتطور أوضاع الجماعة وتغير ظروفها، حيث كان القانون متمعا بقدر كبير من الثبات والاستقرار، على خلاف أوضاع الشعوب الآن؛

وطغيانها في مواجهة الحرية الفردية وقتئذ، ولمّا لم يُكْمَلِ الفقه مسيرة الانتصار لها من طريق التكريس لتطورها ومن ثم اتساع نطاقها، وإن كان قد أقر بعض التطبيقات التي تعكس هذا التطور ضمناً؛ كرقابتي الانحراف وإغفال التشريعيين، فقد ظلت على مفهومها "التقليدي"، حتى قصرت هذه القانونية "التقليدية" عن استيعاب تقدمية مسلك القاضي الدستوري في بعض المناسبات التي فرضتها المتغيرات الاجتماعية<sup>(١)</sup>، فقد نجم عن ذلك — مع استمرار جل الباحثين الجدد في النقل الحرفي عن أدبيات الفقه التقليدي — أن اتسعت الفجوة بين ما تقوى عليه رقابة الدستورية من أسس فكرية في معتقد قضاتها إذ أولتها الدساتير مكانة رفيعة، وما يستفاد مما هو مسطور في أدبيات الفقه التقليدي، هذه الفجوة التي حدت الكثيرين من الباحثين، إلى الاعتقاد في فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري.

فهذه النظرة التي وإن كان لها الفضل في توطيد أواصر الصورة القضائية لرقابة الدستورية، في مهبط ربح المعارضات السياسية والانتقادات الفقهية التي اكتفتها في سابق عهدها، فإن جمودها وعدم مسايرتها لتطور دور القاضي الدستوري المعاصر؛ متمثلاً ذلك في انقطاع جمهور الفقه عن تناول فكرة "القانونية" وتطبيقاتها الحديثة تناولاً مباشراً، بما يقطع الطريق على كثير من المشككين في مسألة هي جدلية بطبيعتها، قد ألقى بظلاله على قناعة المحدثين من باحثي القانون العام بشأن حقيقة

---

إذ لا يكاد المشرعان الدستوري والعدلي يقويان على التصدي لمواكبة المستجدات التي يموج بها العصر الراهن؛ للمزيد؛ انظر على التوالي كلاماً من:

- ⌘ Montesquieu: De l'esprit des lois, Flammarion, Paris, 1979, p. 301;
  - ⌘ Goodwin Liu and Others: Keeping Faith with the Constitution, op. Cit, p. 23;
  - ⌘ R. Randall Kelso: Separation of Powers Doctrine on the Modern Supreme Court and Four Doctrinal Approaches to Judicial Decision-Making, Pepperdine Law Review, Volume 20, Issue 2, Article 6, United States, 1993, p. 532;
- ⌘ وراجع للباحث: المللول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التوافق بينهما، مرجع سبق، ص ٩٠ وما بعدها.
- (١) للمزيد حول هذه المتغيرات؛ انظر:

- ⌘ Bui Ngoc Son: Globalization of Constitutional Identity, Washington International Law Journal Association, U.S.A, 2017, p. 466 and next;
- ⌘ Ran Hirschl: From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies, Oxford University Press and New York University School of Law, Volume 11, 2013, p. 4 and next;
- ⌘ Thomas E. Kellogg: Constitutionalism with Chinese Characteristics? Constitutional Development and Civil Litigation in China, Oxford University Press and New York University School of Law, Volume 7: 215, Number 2, 2009, p. 242 and next.

الدور القانوني للقاضي الدستوري، وعلى وجه الخصوص مع تزايد دوره في مواجهة سلطة التشريع "المنتخبة"؛ جراء تدني نوعية عملها في العقود الأخيرة ومن ثم كثرة اللجوء إليه طلباً لعدالة الدستور، فراح بعض الباحثين يكرسون لفكرة الدور السياسي، وهم أسارى حيرة الجمع بين ما تكرر له أدبيات الفقه التقليدي وما تحويه أحكام الدستورية<sup>(١)</sup>.

هذا، وقد ساهم في بلورة هذه النظرة التقليدية، أن محاكم ومجالس الدستورية حول العالم، قد درجت في أول عهدها بمباشرة اختصاصها الرقابي، على انتهاج سياسة تحفظية قوامها التدرج في بسط رقابتها على أعمال سلطة التشريع؛ خشية الاصطدام بالسلطة المنتخبة في الوقت الذي لم يكن المشرع الدستوري قد أنزلها منزلتها، حتى استطاع قضاتها أن يحوزوا ثقة الشعوب، فأخذ مشرعو الدساتير حول العالم يكرسون لها في أصلاب الدساتير، غير تاركينها لتقدير الأغلبية البرلمانية وتباين أيديولوجياتها تجاه فكرة القضاء الدستوري.

فكان بدهيا أن تلتزم محاكم ومجالس الدستورية نهجاً تحفظياً في بسط مظلة الرقابة على أعمال السلطة المنتخبة التي طالما نودي في الناس بأنها المتحدثة باسم الجماعة والمتصرفة لصالحها؛ حفاظاً على بقاء سلطتها في مهب ريح السلطة السياسية التي كان لسان حالها يشي بغير ما ينطق به لسان مقالها تجاه فكرة الرقابة ذاتها، سيما وأنها كانت تملك الحد من صلاحيات سلطتها أو التخلص منها، أو بحكم محدودية صلاحياته بحسب الأصل، ومن ثم ظهور رقابة الدستورية في مظهر التابع للسلطة السياسية، باعتبار أن عامة الجماعة معنيون بالنتائج التي تخافها أحكام الدستورية، ولا طاقة لهم بالتخريج القانوني لها.

(١) فعلى سبيل المثال، قد يعد البعض استقرار المحكمة الدستورية العليا على أن مفاهيم الحقوق والحريات الأساسية للإنسان "الوطني"، إنما تتحدد بأعلى ما وصلت إليه الديمقراطيات المعاصرة في تطبيقها، دوراً سياسياً، وفقاً لما يستفاد من الأدبيات التقليدية؛ رداً إلى أنها تتجاوز حدود الدستور كوثيقة وطنية، إلا أن يتسع مفهوم "قانونية" اختصاصها الرقابي ليشمل ما أدخل على مفهوم الدستور من تطور بفعل ظاهرة العولمة وما أحدثته من طفرة هائلة في الخروج بمبادئ والأفكار التي تحويها الدساتير من حيز "المحلية" الضيق إلى أفاق "العالمية" الرحبة.

يضاف إلى ما تقدم، أن جهود الفقه الداعمة لـ"قانونية" رقابة الدستورية، قد أخذت في التراجع في المرحلة التي اشتد فيها عود القاضي الدستوري في مواجهة سلطة التشريع؛ أصلية كانت أو استثنائية، هذا التراجع الذي نعزوه في الأساس إلى تراجع حركة الكتابة في مجال رقابة الدستورية واعتماد جل الباحثين الجدد على النقل "الحرفي" من أدبيات الفقه "التقليدية"؛ حتى إن أحدث أطروحاتهم ما زالت ترداد آراء السيد "بيردو" الراضية لـ"قضائية" رقابة الدستورية من الأساس<sup>(١)</sup>، هذه الأخيرة التي ربما استُسيغت — جدلاً — في مراحلها الأولى؛ حيث الخشية مما كانت لتفرضه معطيات البيئة السياسية من تصور انحياز سلطتها إلى السلطة السياسية أو عرقلتها مستقبلاً. بينما لا نستطيع ترديد هذه الآراء في هذه المرحلة المتقدمة من مراحل الرقابة، والتي تختلف معطياتها جد الاختلاف عنها في مراحلها الأولى؛ إذ أُقرَّ قاضيها — فقهاً وقضاءً — على مد مظلة الرقابة إلى كافة أركان التشريع؛ الخارجية منها والداخلية، كما لو كان موجهاً لصناعة التشريع— إن جاز التعبير، فضلاً عما أظهره من جسارٍ في مناهضة إساءة استعمال سلطة التشريع، وتقديمه في استخلاص معنى الدستور، توحيان باستقلالية حقيقية عن السلطة السياسية ودراية عميقة بمراد الجماعة.

فكل ما سبق، قد أسهم بطريقة مباشرة وغير مباشرة في بلورة نظرة تقليدية جامدة حول مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، ومن ثم إلى مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ باعتبار أن وضوح ملامح الأولى ونطاقها، يعكس مفهوم الثاني وفق مفهوم المخالفة؛ فكل ما تستوعبه "قانونية" رقابة الدستورية، لا يدخل في مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري.

هذا، ولم يكن الجمود حكرًا على نظرة الفقه الدستوري إلى مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، بل خيمَ بظلاله على فقه القاضي الدستوري ذاته في المراحل الأولى لها؛ فهذه المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية تنتظر إلى التشريعات الاقتصادية

(١) راجع تفصيلاً: د. أشرف تامر محمد علي: الدور السياسي للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ٥٠٩ وما بعدها.

وتشريعات الرعاية الاجتماعية "التقدمية وقتئذ" التي تبنتها حكومة السيد روزفلت، بذات المنطق التقليدي الذي طالما تبنته في استخلاص معنى الدستور، في فترة زمنية كانت أدعى إلى تبني معايير جديدة للدستورية، وآية ذلك أن هذه التشريعات والتي أقرتها المحكمة بتشكيلها الجديد، كانت سبباً في تجاوز الأزمة الاقتصادية الطاحنة التي واجهتها الولايات المتحدة آنئذ؛ فقد التزمت المحكمة حرفية معايير الدستورية المعتمدة وقتئذ، في وزن مشروعية تشريعات تحريرية، وهو ما حدا السيد "قرانكلين روزفلت" إلى ترشيح قضاة تقدميين<sup>(١)</sup>، أمثال السيد "بلاك" (في عام ١٩٣٧م)، والسيد "دوغلاس" (في عام ١٩٣٩م)؛ رغبة منه في الاعتماد على قضاة معارضين للفلسفة التقليدية — أو لفقته الدستورية التقليدي إن جاز التعبير — التي أعاقت تنفيذ الأجندة التشريعية التقدمية التي تبناها الكونجرس ابتداء من العام ١٩٠٥، ما مؤداه أن "القانونية" التقليدية لرقابة الدستورية وفق منظور القاضي الدستوري الأول، كانت من وراء التدخل في تشكيل هيئة الرقابة على الدستورية ذاتها<sup>(٢)</sup>.

كما تقدير موقف فقه القانون العام من مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري:

باديء ذي بدء، وحتى لا نُغْمَط رجالات الفقه الدستوري كل فضل لهم، يمكنني القول بأن التكريس الفقهي لرقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري<sup>(٣)</sup>، ورقابة الانحراف التشريعي<sup>(٤)</sup>، ورقابة الإغفال التشريعي<sup>(٥)</sup>، هو إقرار ضمني بتطور

(١) للمزيد؛ راجع:

⌘ Judge Glock: Unpacking the Supreme Court: Judicial Retirement and the Road to the 1937 Court Battle, No Publisher, March 2017, p. 20 and next.

(٢) انظر:

⌘ Robert P. George: Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review, Fordham Law Review, Fordham University School of Law, Volume 69, Issue 6, Article 1, United States of America, 2001, p. 2271.

(٣) انظر: د. جورج شفيق ساري: رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢١ وما بعدها.

(٤) انظر: م. د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٦١٣.

(٥) انظر:

⌘ Denise Teixeira d'Oliveira: Le Contrôle Juridictionnel des Omissions Législatives Inconstitutionnelles au Brésil: Voie de Démocratie Continue, Instrument in achevé de Contre-Pouvoir?, IXe Congrès Français de Droit Constitutionnel, AFDC, Lyon, France, Jun 2014, p. 1 et suiv.;

⌘ Michel Melchior et Claude Courtoy: L'Omission Législative dans la Jurisprudence Constitutionnelle, Rapport établi pour la Cour Constitution-nelle de Belgique, (4 décembre 2007), p. 10 et suiv.

مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، ومن ثم اتساع نطاقها، وإلا لما كان للقاضي الدستوري المعاصر أن يبحث في مسائل طالما صنفت في بداية عهده باختصاصه الرقابي على أنها من صميم الأعمال التي يستقل المشرع بتقديرها دون غيره، بل إن الدور الإيجابي لقاضي الدستور الذي يُكرّس له مؤخرًا<sup>(١)</sup>، والذي أوشكت معه فكرة سيادة القضاء الدستوري أن تحل محل فكرة السيادة التشريعية، لا مسوِّغ له إلا أن يكون تطور مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي، ومن ثم اتساع نطاقها في مواجهة أعمال سلطة التشريع!!

وفي الفقه الدستوري الأمريكي، نرى أن التكريس لتعديل الدستور من طريق مقاصده ومعانيه، عبر قناة التفسير<sup>(٢)</sup>، كطريق بديل لتعديله مادياً أو رسمياً بواسطة سلطة التأسيس الفرعية، من دون أن تثار مسألة الدور السياسي للمحكمة العليا الاتحادية لكونها قد عدلت عن نهجها "التقليدي" في استخلاص معنى الدستور من منظور أصولي "متزمت"، إلى منظور علمي "تقدمي"، لهو عين التكريس، ولو من طريق غير مباشر، لتطور مفهوم ومن ثم اتساع نطاق "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية في النظام الأمريكي.

كما أن المحكمة العليا ذاتها، والتي أقرت دستورية التشريعات التي تقر الفصل المكاني بين الرعايا السود والرعايا البيض استناداً إلى أن التعديل الرابع عشر لا يفهم

---

بحر م. د. عبد العزيز محمد سالمان: رقابة الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٥٤ وما بعدها.  
(١) للمزيد؛ راجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطبيق بينهما، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

(٢) فلم يعد الفقه المقارن يقصر معنى التعديل على دلالاته المادية التي تنصرف إلى تعديل قوالب الدستور من طريق السلطة التأسيسية الفرعية *revision by means of the formal amendment*، بل توسع في معنى التعديل ليشمل دور القاضي الدستوري في تحديث معنى الدستور من طريق التفسير *revision by means of judicial interpretation*، وهو ما يقال له فقها تعديل الدستور من دون تعديل نصوصه *Change of Constitution without Changing the Text*، أو التعديل غير الصريح *Implicit*، ليبدو الأمر داخلاً في اختصاص القاضي، وليس ثم اجترأ من جانبه على اختصاص سلطة التأسيس الفرعية؛ انظر:

✎ Rosalind Dixon: Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective, Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 347, May 2011, p. 96;

✎ Bjørn Erik Rasch: Foundations of Constitutional Stability: Veto Points, Qualified Majorities, and Agenda-Setting Rules in Amendment Procedures, Paper for presentation at the ECPR Joint Sessions of Workshops Rennes, France, April 11-16, 2008, p. 36.

بحر وللمزيد؛ راجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطبيق بينهما، مرجع سابق، ص ٤٨ وما بعدها.

منه غير ذلك، هي التي دحضت قرينة الدستورية في جانب جميع التشريعات التي تضمنت صوراً نمطية للتمييز على أساس الجنس أو النوع، ولم يرمها أحدٌ أو ينعتها بأنها قد باشرت دوراً سياسياً لكونها عدلت عن مسلكها القديم<sup>(١)</sup>؛ فقد أبطلت المحكمة — في قضية Weinberger v. Weisenfeld — قانوناً يقرر أحقية الأم الأرملة في الاستفادة من معاش الضمان من دون الأب الأرملة؛ رغبة منها إسدال الستار على كافة مظاهر التمييز على أساس الجنس، الذي خيم بظلاله على المجتمع الأمريكي لعقود طويلة.

بل إن جمهور الفقه الأمريكي يعتبر من حكمها في قضية Brown v. Board of Education الشهيرة<sup>(٢)</sup> نقطة فاصلة في تاريخ القضاء الدستوري الأمريكي، ويعدّه جانب كبير من الفقه بمثابة ركيزة التصحيح في مسار الدستورية الأمريكية في تاريخها الحديث<sup>(٣)</sup>، بل ويذكرها جانب من الفقه المقارن على أنها واحدة من المحطات الرئيسية في تاريخ القضاء الدستوري الدولي.

هذا، ونخلص مما تقدم، إلى نتيجة جوهرية قوامها أن "قانونية" رقابة الدستورية، بحاجة ماسّة إلى تضافر الجهود لإعادة تخليقها بما يُظهر بريقها الآني في ضوء ما آلت إليه أدوات الرقابة من تطور، لا بما يعيد الذاكرة إلى وميضها القديم؛

(١) للمزيد راجع أحكام المحكمة العليا الاتحادية في القضايا التالية:

⌘ Weinberger v. Weisenfeld, 420 U.S. 636 (1975), at 643 (internal quotation marks and citation omitted);

كما أبطلت المحكمة قانون إحدى الولايات لكونه يلزم الأبوين بتقديم الدعم المالي للأولاد الذكور حتى سن الحادية والعشرين، في حين يقصره في حق الإناث على سن الثامنة عشرة؛ لكونه يعد انعكاساً للمفاهيم التمييزية القديمة التي كانت تفيد بأن الإناث ولدن فقط من أجل تربية الأسرة، بينما يولد الذكور ليكونوا عوناً للدولة والأسرة؛ انظر حكمها في قضية:

⌘ Stanton v. Stanton, 421 U.S. 7, 14-15 (1975) (internal quotation marks omitted);

كما قضت بأن من يدافع عن التمييز في العمل العام على أساس النوع، عليه أن يبرهن على موقفه بمبرر مقنع تماماً؛ انظر حكمها في قضية:

⌘ United States v. Virginia, 518 U.S. at 531 [quoting Hogan, 458 U.S. at 724 (internal quotation marks omitted)].

(٢) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية:

⌘ Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954); Legal Information Institute (LII).

(٣) انظر:

⌘ Pamela S. Karlan: What Can Brown Do For You?: Neutral Principles and the Struggle Over the Equal Protection Clause, Duke Law Journal, [Vol. 58:1049, 2009] p. 1049;

⌘ Jack M. Balkin: What Brown teaches us about Constitutional Theory?, Virginia Law Review, [Vol. 90, Number 6, October 2004], p. 1537;

يرجى وراجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التوافق بينهما، مرجع سابق، ص ١٢٤ وما بعدها.

فقد صار تجديد الخطاب القانوني بشأن هذه الـ"قانونية"، مطلباً جوهرياً، بل ضرورة ملحة؛ لتطوير لغتها، ورفع مستوى تأثيرها وفعاليتها؛ فليس لمجرد أن يقصُر فهم المتناول لحكم الدستورية بالتقييم أو التحليل عن تفسير مسلك المحكمة في ضوء المفهوم التقليدي المستقر في الأذهان حول قانونية الرقابة، تكون النتيجة البديهية أن المحكمة قد أتت دوراً سياسياً!

## المبحث الثاني

### مغبة التكريس الفقهي

#### لمشروعية الدور السياسي للقاضي الدستوري

#### تمهيد وتقسيم:

باديء ذي بدء، ما يجذب الانتباه ويثير القلق، أن ثمَّ اتجاه فقهي أخذ في التكوين يكرس لمشروعية الدور السياسي للقاضي الدستوري، من طريق مباشر قوامه التصريح بمشروعية هذا الدور<sup>(١)</sup>، ومن طريق غير مباشر قوامه التكريس لمنافذ أو قنوات هذا الدور؛ كمن يقولون مثلاً بمشروعية رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، أو من يقولون برقابة الإغفال التشريعي "الكلي". فهلاً أدرك المكرِّسون لمشروعية هذا الدور، تبعات إقرار القاضي الدستوري على مثل هذا الدور؛ من خروج على فلسفة الصورة القضائية لرقابة الدستورية، ومن ثم إضعاف حجتها في مواجهة مناصري قرينتها السياسية، فضلاً عن تقديم السند القانوني لعدم محاسبة أعمال القاضي الدستوري ما دام أن فكرة المعيارية التي فضلت الأولى على الثانية، ستغيب عن عمل القاضي؟! فما هي الآثار التي يُخلفها التكريس الفقهي لفكرة الدور السياسي؟ هذا ما نعرض له بشيء من التفصيل من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: التكريس الفقهي للدور السياسي إحياءً لفكرة السيادة التشريعية "العتيقة".

المطلب الثاني: التكريس الفقهي للدور السياسي قوينة لتسييس رقابة الدستورية.

(١) من قبيل ذلك، ما يقرره أحد الكُتاب عن المحكمة الدستورية السودانية إذ يقول ما نصه: "قد يستغرب البعض الحديث عن دور سياسي للقضاء الدستوري، وهو عندي أحد ركائز العملية الديمقراطية، وإن بدا منذ الرحلة الأولى كقضية قانونية بحتة...؛ انظر: د. محمود شعرائي: حول الدور السياسي للقضاء الدستوري: الحق في التقاضي تصادده السلطة أم يسلبه القاضي؟، مقل منشور بصحيفة "الراكوبة" السودانية، بتاريخ ٢١ مارس ٢٠١٤م، متاح عبر الرابط التالي: <https://www.alrakoba.net/articles-action-show-id-47206.htm>

## المطلب الأول

### التكريس للدور السياسي

#### إحياء لفكرة السيادة البرلمانية للواقععية

إن التكريس للدور السياسي للقاضي الدستوري، بما يستتبعه من تحلل القاضي من فكرة المعيارية التي كانت سبباً مباشراً من وراء تفضيل الصورة القضائية لرقابة الدستورية على صورتها السياسية، من شأنه إعادة تخليق فكرة السيادة التشريعية العتيقة التي طالما سوّغت تعسف الأغليات البرلمانية في استعمال سلطة التشريع؛ احتمالاً في إرادة الجماعة التي لا تدرك عامتها خفايا التشريع<sup>(1)</sup>، بما قد يعيدنا إلى حقبة ما قبل رقابة الدستورية، بل ويزيد عليه أن تصبح أداة الرقابة سيفاً مسلواً على إرادة الجماعة التي لم تك لتفنع بها وتنزلها منزلة المسائل الجديرة بتنظيمها في وثيقة الدستور، بل وتجعل من اجتهاد قضاتها مرجعاً لتفسير واحد من النصوص الدستورية الحاكمة، لو كانت لتدرك أنها ستتحول إلى أداة شرعنة بيد الأغليات الحزبية أو التكتلات السياسية.

فقد وقتت الخشية من استمرارية هيمنة بعض القوى السياسية على عملية تحديد المدلول النهائي لفكرة الدستورية الشعبية<sup>(2)</sup>، وتحديداً بعدما بدت جلية إساءة استعمال سلطة التشريع من قبل الأغليات الحزبية التي توالى على المجالس التشريعية المتعاقبة، من وراء مشايعة جمهور الفقه وكثير من رجالات السياسة الصورة القضائية لرقابة الدستورية، على حساب صورتها السياسية، ما دام أن سلطة الرقابة

(1) إذ يقرر أحد الكتاب أن إنشاء المحاكم الدستورية في معظم بلدان القارة الأوروبية بعد الحرب العالمية الثانية - باستثناء النمسا - كان بمثابة رد الفعل على الأنظمة الاستبدادية التي هيمنت على القارة حتى وقت قريب؛ ابتداء من إيطاليا سنة 1948م وألمانيا سنة 1949م، ومروراً بالأنظمة ما بعد الفاشية في جنوب أوروبا في نهاية السبعينيات، وانتهاءً بأنظمة ما بعد انهيار الإمبراطورية السوفياتية في عام 1989م؛ حيث ضمنت جميع بلدان أوروبا الوسطى والشرقية دستورها الجديدة، نصوصاً تخول محاكم الدستورية النظر في مدى مطابقة أعمال البرلمان للدستور؛ راجع:

⌘ Pasquale Pasquino: The New Constitutional Adjudication in France; The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model, Centre de Théorie et Analyse du Droit - Paris EHESS, No Date, p. 3;

(2) جدير بالذكر أن مفهوم الدستورية يتحدد باجتماع عدة عناصر، منها النصوص التي تختزن إرادة الجماعة (الكتلة الدستورية)، ومدى تعبيرها عن الإرادة الحاضرة للجماعة في الوقت الذي تطلب فيه عدالة الدستور (مدى التطابق بين مدلولي الدستور؛ القانوني والسياسي)، والظروف والملايسات التي تحيط بالمسألة محل النزاع الدستوري؛ سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية، ومدى إلمام الهيئة المنوط بها استخلاص معنى الدستور، بواقع الجماعة واستشفاف إرادتها الضمنية، وتجردها من الأيديولوجيات الحزبية والنزعات الشخصية، فضلاً عن إحاطتها علماً بمبادئ ومعايير الدستورية؛ الوطنية منها والعالمية.

على الدستورية في صورتها السياسية، لن تعدو كونها هيئة سياسية تضيف المشروعية الدستورية على أعمال الأغلبية الحاكمة، كما حدث في النظام الفرنسي قبيل استقلال قرار المجلس الدستوري مؤخرًا.

فقد مكث المجلس الدستوري الفرنسي، كما هو معلوم، أربعة عقود تقريبًا لم يدحض فيها قرينة الدستورية سوى في جانب بعض التشريعات التي تكفي أصابع اليد الواحدة لعددها، وما ذلك — في تقديرنا — إلا لاعتقاد أعضائه، فضلًا عن تبعيتهم الفكرية للسلطة السياسية، في أن فهم البرلمان للدستور المتجسد في التشريعات التي يقرها، يعكس فهم الجماعة الكامن في نصوص الدستور. ولعل ذلك ما كان سببًا مباشرًا من وراء استقرار جمهور الفقه على تكييف المجلس الدستوري على أنه هيئة سياسية تابعة لرئيس الجمهورية أكثر منه محكمة conceived of as a political body subservient to the President more than as a court، ولعل السبب الرئيس في ذلك هو — وكما يقرر أحد الكتاب<sup>(١)</sup> — أن إنشاء المجلس الدستوري بموجب دستور ١٩٥٨م، لم يكن مكرسًا عن رغبة حقيقية في إنشاء "محكمة دستورية" أسوة بالوضع في ألمانيا وإيطاليا في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية؛ عزوًا إلى الظروف والملابسات التي عاصرت نشأة هذا المجلس الذي ولد محاطًا بالاعتقاد السائد آنذ في أن "البرلمان لا يمكن أن يخطئ Parliament cannot do wrong؛ باعتباره الهيئة المنتخبة شعبيًا، والتي تعد رمزًا للديمقراطية في فرنسا، مع ما تزامن معه من اعتقاد في أن الرقابة على دستورية التشريعات من قبل محكمة مزودة بقضاة معينين، لا تعدو كونها سلاحًا موجهًا ضد البرلمان a cannon directed against the Parliament؛ حتى استطاع المجلس أن يكتسب سلطة قضائية حقيقية، ساهمت بشكل ملحوظ في ترسيخ فكرة رقابة الدستورية ذات اللون القضائي لا في النظام الفرنسي فحسب، وإنما في النظام الأوروبي بأسره<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع:

⌘ Pasquale Pasquino: The New Constitutional Adjudication in France..., op. Cit, p. 3.

(٢) للمزيد؛ راجع كلام من:

حتى إنه ليتمكنني القول بأن المكانة المتواضعة التي احتلها المجلس لعقود طويلة قبيل استقلال قراره والتي جعلت منه مضرباً للمثل على الدور السياسي، كانت هي الدافع لتحول عمله إلى طريقة عمل المحاكم ولو ظل على هيئته السياسية؛ فأرسي العديد من المبادئ الدستورية التي تناقلتها وتناقلها عنه المحاكم الدستورية في مختلف الأقطار؛ كإسهامه في التكريس لفكرة المبادئ ذات القيمة الدستورية، والتي تستلهم من جماع النصوص القانونية ذات الصلة بمضمون المبدأ؛ دستورية كانت أو عادية أو دولية، وكذا نظرية الموجهات الدستورية الجديدة التي تقيد إرادة المشرع العادي ومن تطبيقاتها فكرة "الغايات ذات الطبيعة الدستورية"، أو ما تسمى بـ"الأهداف الدستورية للتشريع"<sup>(١)</sup>.

وفي المقابل، يعد التكريس لمشروعية الدور السياسي، تكريساً لحلول نظرية سيادة القضاء الدستوري محل نظرية السيادة التشريعية المطلقة؛ ما دام أن عمل القاضي سيتحلل من معيارية عمل القضاء التي سبقت الإشارة إليها، فكما اتخذت الأغلبية الحزبية والتكتلات السياسية من البرلمان منبراً لإعلاء كلمتها باسم الجماعة، فحتماً ستتخذ سلطة الرقابة على الدستورية من محكمتها منبراً لإعلاء كلمتها هي أو كلمة السلطة السياسية باسم الجماعة أيضاً.

ولعلني أعزو تراجع الدعم الفقهي لـ"قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، في جانب منه، إلى خشية الفقه من إحلال نظرية السيادة القضائية — ممثلة في سيادة القضاء الدستوري<sup>(٢)</sup> — محل نظرية السيادة البرلمانية "العتيقة"؛ إذ

⌘ Xavier Philippe: Constitutional Review in France: The Extended Role of the Conseil Constitutionnel Through the New Priority Preliminary Rulings Procedure (QPC), University Paul Cézanne (Aix-Marseille III), No Date, p. 65;

⌘ Paolo Passaglia: Rights-Based Constitutional Review in Italy, Report held at the Society of Legal Scholars Annual Seminar 2013, held in Dublin on 2 and 3 July 2013, Consulta Online, p. 1, 2.

(١) راجع: د. وجدي ثابت غبريال: أكنوية القضاء المسيس وحقيقة الفقه المغيب، مقال منشور بجريدة "وطني" الإلكترونية، بتاريخ ١٦ مارس ٢٠١٣م؛ الرابط التالي:

<http://www.wataninet.com/2013/03/>

(٢) انظر:

⌘ Kermit Roosevelt III: Judicial Supremacy, Judicial Activism: Cooper v. Aaron and Parents Involved, Saint Louis University School of Law, Vol. 52:1191, p. 1191 and next.

يتزايد دور القاضي الدستوري يوماً بعد يوم في مواجهة سلطة التشريع "المنتخبة"، وبالتالي اتساع المجال لإعادة تخليق فكرة تغول إحدى السلطات على نظيرتها، وحتى لا يكون مبدأ توازي السلطات وتساويها الذي طالما كرّس له القاضي الدستوري الوطني؛ تخلصاً من هيمنة سلطة ما على نظيرتها، ستاراً لهيمنة خفية من قبل سلطة القضاء ممثلة في القاضي الدستوري.

## المطلب الثاني

### التكريس الفقهي للدور

#### السياسي قونة لتسييس رقابة الدستورية

إذا كان القائلون بالدور السياسي، جزأفاً، لم يخلصوا إلى معيار واضح ومحدد للوقوف على ما يعد دوراً سياسياً لقاضي الدستور، بما يستتبعه ذلك من احتكام عملية تحليل وتقييم أحكام الدستورية لتقديرات شخصية واعتبارات متباينة، تختلف باختلاف الأيديولوجية الفكرية لمتناوليها، ومدى عمق درايتهم بالاعتبارات والملابسات التي تحكم عملية استخلاص معنى الدستور<sup>(١)</sup>، فإن القول بالدور السياسي يعد شرعنة لتسييس منصة الدستورية، حتى إنه ليصدق على دعاوى تسييسها، ما يسوقه القائلون بفكرة الدور السياسي من تأثر صناعة القرار الدستوري باعتبارات شخصية أكثر منها موضوعية.

فطالما تخلفت المعيارية عن عمل القاضي الدستوري، بفضل التكريس لدوره السياسي، فلن تتسنى معيرة أعماله وفق معيار موضوعي منضبط؛ فأعمال الساسة والحزبيين، كما هو معلوم، معيارها غائي، مبررة وسائلها، ويكأننا بذلك نقدّم صك

---

⌘ Veit Bader: Parliamentary Supremacy versus Judicial Supremacy, How can adversarial judicial, public, and political dialogue be institutionalized?, Utrecht Law Review, Volume 12, Issue 1, 2016, p. 160 and next;

⌘ Tabatha Abu El-Haj: Linking the Questions: Judicial Supremacy as a Matter of Constitutional Interpretation, Washington University Law Review, Volume 89, Issue 6, 2012, p. 1316.

(١) للمزيد حول هذه الاعتبارات؛ انظر:

⌘ Brandon J. Murrill: Modes of Constitutional Interpretation, Congressional Research Service, March 15, 2018, p. 17 and next;

⌘ Malcolm Langford: Why Judicial Review?, Oslo Law Review, Issue 1, 2015, P. 38 and next;

عدم المحاسبة لأحكام الدستورية، ما دما قد أقررنا قضائتها على إتيان ما هو من جنسها- هذا من ناحية أولى، ولتظفر الأغلبية البرلمانية بوجود هيئةٍ ظاهرها القضاء بقدسيته ووقاره، وباطنها السياسة بغائيتها وتلوثها؛ تضيي المشروعية على أعمالها- وهذا من ناحية أخرى؛ ففتحول رقابة الدستورية من كونها ركيزة أساس لدولة القانون، إلى "خدعة" سياسية للانتفاف على الإرادة العامة، كما كان يشاع عنها في مراحلها الأولى.

وقد سبق أن أوردنا أن المفكر الكبير السيد "ألبرت دايسي" قد لعب دوراً محورياً في قوننة السلطة المطلقة للبرلمان جرّاء التكريس الدؤوب لنظرية السيادة البرلمانية المطلقة بدعوى انبثاق البرلمان عن إرادة الأمة؛ حتى ساد الاعتقاد القانوني، وليس السياسي فحسب، في أن البرلمان لا يخطيء؛ وإلا لانسحب القول بتخطئة مسلكه إلى إرادة الأمة التي يتصور نسبة الخطأ إليها.

فما دما قد أقررنا - جذاً - بمشروعية الدور السياسي؛ تذرّعاً بأن مرجعية الرقابة على الدستورية تجمع بين القانون والسياسة<sup>(١)</sup>، أو لغير ذلك مما يُطرح من آراء في هذا الصدد، فستحضر آلية الرقابة على الدستورية من فكرة المعيارية التي كانت من وراء ترجيح كفة الصورة القضائية لها على صورتها السياسية، لنجد أنفسنا أمام هذه الأخيرة ولو بوشرت بين جنبات المحاكم!!

إن قوننة فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، أمرٌ في غاية الصعوبة؛ عزوا إلى صعوبة ملاحقة أحكام الدستورية قانوناً؛ حيث امتناع الطعن فيها، ما مؤداه أن السعي إلى قوننة هذه الفكرة لا يعود على فكرة رقابة الدستورية، إلا بتقديم السند القانوني لقضاياها أن يأتي دوراً سياسياً آمناً، طالما تشكلت لديه قناعة بأن عمله موصوم لا محالة بانضوائه على دور سياسي!

(١) انظر:

Michael Hein: Constitutional Conflicts between Politics and Law in Transition Societies: A Systems-Theoretical Approach, Studies of Transition States and Societies(STSS), vol. 3, Issue 1, No Date, p. 7, 8;

Dr. Miro Cerar: The Relationship Between Law and Politics, Annual Survey of International & Comparative Law, Volume 15, Issue 1, Article 3, 2009, p. 24 and next.

فقد يعكف القاضي الدستوري على مباشرة اختصاصه الرقابي وقد تأسست قناعته على أن أحكامه عادة ما تُرمى بـ"شبهة" الدور السياسي، فتصير قناعته هذه أحد الاعتبارات التي تؤثر في بناء حكم الدستورية، وهو ما يناهز فلسفة الصورة القضائية لرقابة الدستورية إذ تتأسس على فكرة المعيارية؛ فالإقرار له بدور سياسي "مشروع"، بما يستتبعه هذا الدور من إمكانية محاياة السلطة السياسية أو معاداتها، على غير ما يفهم بالضرورة من نصوص الدستور، ولا يشي بتوجه حقيقي للجماعة في حاضرها، يحول دون إمكانية خضوع أحكام الدستورية لفكرة المعيارية في وزن مشروعيتها، لتستعصم سلطة القضاء الدستوري بالدور السياسي احتجاباً عن كل تجريح أو تقييم!!

وتطبيقاً لذلك، أقول جازماً بأن المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية لم تعد تبالي بما توصف به من قبل البعض بأنها هيئة سياسية تضي الشرعية على أعمال الأغلبية الحاكمة؛ كرد فعل طبعي لكثرة تناول أحكامها على أنها بمثابة الموجه للسياسة الأمريكية في مناسبات عديدة؛ إذ أيقن قضاتها أن أعمالهم لن تسلم من الطعن فيها بتهمة "السياسة" من ناحية، وأخذوا يدّعون لأعمالهم بما يكرسه البعض من مشروعية هذا الدور السياسي من ناحية أخرى. وآية ذلك ما تشهد به أدبيات الفقه الدستوري الأمريكي من تحول في منهج المحكمة العليا الاتحادية، جرّاء تكريس الفقه لفكرة أنها تباشر دوراً سياسياً، حتى بات مسلماً في الفقه الدستوري الأمريكي، بل وفي فقه المحكمة ذاتها أنها واحدة من أهم المؤسسات السياسية في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(١)</sup>.

وهذا المسلك يوشك أن ينتقل إلى المحكمة الدستورية العليا، بل نظنه انتقل إليها؛ فلم تعد المحكمة تعباً بتعليقات كثير من القانونيين إذ درجوا على تناول أحكامها

(١) انظر:

⌘ Lee Epstein and Others: the Supreme Court as a Strategic National Policymaker, Emory Law Journal, Vol. 50, Emory University School of Law, Georgia, USA, 2001, p. 595 and next;

⌘ Mauro Zamboni: 'Markers' vs. 'Makers': Are Constitutional Courts Legal or Political Actors?, University of Groningen, Netherlands, Holland, No Date, p. 71.

على غير ما معيار واضح في تحديد مدلول الدور السياسي للقاضي الدستوري، ما ظهرت معه فجوة كبيرة بين ما تكرر له أدبيات الفقه وأحكام الدستورية في مناسبات عديدة؛ أهمها ما يتصل بقضية مرجعية مبادئ الشريعة الإسلامية للتشريع؛ إذ تواترت كتابات الفقهاء على انتقاد مسلك المحكمة في التخريج القانوني لرفضها الحكم بعدم دستورية التشريعات التي تحوي مخالفات لنصوص شرعية قاطعة في ثبوتها ومعناها، في الوقت الذي درجت فيه المحكمة الدستورية العليا جيلا بعد جيل على تضمين أحكامها ما قد يفهم منه أنها تقر البرلمان على تخليه عن التزامه الدستوري بتحقيق التطابق بين إرادة الجماعة الحاضرة وما أفرغته من إرادتها سلفا في نصوص هذه التشريعات التي تحوي مخالفات صريحة لمبادئ الشريعة الغراء!!

وثم تنويه لازم إلى أن إنكارنا لقوننة فكرة الدور السياسي، عبر أدبيات فقهية أو بحثية تكرر لمشروعيته، لا هو من باب إضفاء القداسة على أعمال المحكمة الدستورية العليا، ولا هو من قبيل التملق لقضاتها، بل محض طرح موضوعي يستهدف حفظ مكانة رقابة الدستورية "القضائية" بين ركائز دولة القانون، من دون إفراط في نسبة "التسييس" إلى قضاتها، أو تفريط في وصف ما ينافي صحيح الدستور من أعمالها، بأنه محض مخالفة دستورية تستوجب نقضها ولو شعبياً؛ فعمل القاضي إما أن يكون داخلاً في نطاق دوره "القانوني"، وإما أن يكون مجاوزاً حدود اختصاصه وهو ما يندرج في عداد مخالفة الدستور، ولا مجال لاختلاق فرض ثالث يتأرجح بعمل القاضي بينهما بين مؤيد ومعارض.

## الفصل الثاني

### نحو مفهوم معياري

#### للدور السياسي للقاضي الدستوري

##### تمهيد وتقسيم:

تقدم القول، أن افتقار الأطروحات البحثية التي تناولت فكرة الدور السياسي، إلى الدراسة المعيارية التي تُعنى بما ينبغي أن يكون لا بما هو كائن فقط؛ كما الدراسة الوصفية، كان سبباً من وراء تخلف الدلالة الواضحة والمحددة لهذا الدور. لنجد أنفسنا أمام فكرة جدلية من الأساس مجزوم بصحتها ابتداءً، من دون وقوف على المقدمات التي انطلق منها إلى اعتماد هذه النتيجة، بل قد يوصد باب البحث في هذه المسألة لكثرة الولوجين إلى طريقها.

وهو الأمر الذي يحدونا إلى ضرورة الوقوف على مفهوم "معياري" للدور السياسي لقاضي الدستور؛ مفهوم واضح ومحدد يمكن من حسم الجدل الذي طالما أثير — ولا يزال يثار — حول أحكام المحكمة الدستورية العليا، وهو ما يقتضي الوقوف أولاً على الدلالات المختلفة لمصطلح "سياسي" في مجال رقابة الدستورية، ثم التمييز بين ما نعتقه مفهومًا معيارياً للدور السياسي وما قد يتداخل معه من المفاهيم ذات الصلة، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: دلالة مصطلح "سياسي" ودورها في بلورة مفهوم الدور السياسي.

المبحث الثاني: المفهوم المعياري للدور السياسي وتمييزه عن المفاهيم ذات الصلة.

#### المبحث الأول

##### دلالة مصطلح للسياسي

##### ودورها في بلورة مفهوم الدور السياسي

##### تمهيد وتقسيم:

يعد تحديد مدلول كلمة "سياسي" في مجال رقابة الدستورية، واحدة من أدق الإشكاليات التي أعيت كثيراً من الباحثين في الوقوف على أبعادها؛ إذ لم تخل جل المحاولات البحثية التي عالجت فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، من الخلط

بين الدلالات المختلفة لكلمة "سياسي". وربما يرد هذا الخلط في شق منه إلى التعبيرات المجازية التي يستعملها كُتَّاب القانون الدستوري في التعبير عن "الإيجابية القضائية أو القوة الخلاقة لرقابة الدستورية Judicial Activism"؛ إذ عادة ما يصرفه البعض إلى معنى السياسات الدستورية Constitutional Politics أو حكومة القضاة Government of Judges أو القضاء السياسي Judicialization of Politics<sup>(١)</sup>.

فما هي أهم الدلالات التي تعكسها لفظة "سياسي" في فقه القاضيين الدستوري المصري والأمريكي؟ هذا ما نعرض له بشيء من التفصيل عبر التقسيم التالي:

المطلب الأول: معنى "سياسي" في فقه المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية.

المطلب الثاني: معنى "سياسي" في فقه المحكمة الدستورية العليا المصرية.

### المطلب الأول

#### معنى لفظة للسياسي لله

#### في فقه المحكمة العليا الأمريكية

في دراسة قيِّمة لعلاقة مصطلح "سياسي" بعمل المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية، يخلص أحد الكُتَّاب إلى أن دلالة مصطلح "سياسي" في مناقشات المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية، يمكن الاستدلال عليها من ستة وجوه مختلفة، نادرًا ما تُرسم الحدود بينها بدقة فقهيًا أو قضاءً Six different notions of 'political' are commonly used in discussions of the US Supreme Court. All six are familiar, but the distinctions among them are seldom carefully drawn وهي<sup>(٢)</sup>:

(١) انظر:

Mauro Zamboni: 'Markers' vs. 'Makers': Are Constitutional Courts Legal or Political Actors?, op. Cit, p. 71.

(٢) انظر:

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, British Journal of Political Science, Vol. 22, No. 1, Cambridge University Press, United Kingdom, Jan., 1992, p. 1.

## [١] الدلالة المفهومية المحضة Purely definitional:

ومقتضى هذه الدلالة أن المحكمة العليا، وباعتبارها الدرجة الأخيرة في سُلْم القضاء، تستقل بتحديد المفاهيم النهائية للقيم المجتمعية the Supreme Court, as an appellate court of last resort inevitably authoritatively allocates values، هذه الأخيرة التي تجعلها عرضة للدور السياسي، طالما كانت هي "المفسر الأخير للنصوص الدستورية".

فكما هو معلوم، أن المحكمة العليا الاتحادية، تعرض عليها المسائل الخلافية في المجتمع، والتي لا تصل إليها إلا لكونها — في جل الأحيان — من المسائل المثيرة للجدل سواء أكانت سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي، ولا مجال لتغيير أو تلافي مغبة النتائج التي تترتب على أحكامها إلا بتدخل سلطة التشريع في حدود ما لها من صلاحيات دستورية، أو أن تعدل المحكمة ذاتها عن قضائها، سواء لتغيير الظروف المحيطة بالموضوع أو لتغيير في تشكيلها<sup>(١)</sup>.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن وقوع المحكمة العليا في نهاية السُلْم القضائي، ومن ثم استئثارها بتحديد أو بلورة مفاهيم القيم المجتمعية، لا يعني أن اختصاص المحكمة في هذا الصدد طليق من كل قيد، بل تحكمه الأصول المرعية في قضاء الاستئناف، فضلا عن أن دورها هذا — والذي لا يعني بالضرورة أن له صبغة سياسية — داخل في اختصاصها طالما التزمت مقتضى هذه الأصول.

وما نود التأكيد عليه في هذا المقام، أن هذه الدلالة لا ينبغي أن يفهم منها قيام المحكمة العليا بدور سياسي لمجرد أنها باشرت اختصاصها كمحكمة آخر درجة في سلم الاستئناف، بل ينبغي أن تتجه إرادتها إلى إحداث الأثر السياسي الذي يترتب على

(١) انظر في نفس المعنى:   
بحر أ. د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ١٠٧ وما بعدها.   
بحر م. حسام فرحات أبو يوسف: من قضاء المحكمة العليا الأمريكية في العام القضائي ٢٠٠٧/٢٠٠٨، د. ن، د. ت، ص ٢.

حكمها، والذي لا تسوغه اعتبارات القانون من أي وجه؛ كما نعرض لاحقاً لمعيار نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري<sup>(١)</sup>.

ولنا أن نستأنس في هذا الصدد بما يقرره أحد الكتاب من أن قضاة المحكمة العليا، بعد أن يتقلدوا مناصبهم، يتحررون من ضرورة مسaire الأمزجة الشعبية؛ إذ يتحولون إلى الاعتقاد في أنهم الحكام النهائيون للقانون الأساسي للدولة، لا توجد محكمة أعلى لتصحيح أخطائهم، وأنهم يعكسون في أحيان كثيرة معانٍ جديدة لما ينبغي لعبارات الدستور أن تحققه وما يتعين عليها أن تعنيه<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: الدلالة التجريبية أو التطبيقية Empirical definitional:

ومقتضى هذه الدلالة، أن المتقاضين عادة ما يتخذون من المحكمة ونهاية أحكامها منفذاً لتحقيق أغراضهم السياسية the litigants use the Court to try to achieve their political purposes<sup>(٣)</sup>، باعتبار أن لياذ الفرقاء السياسيين بمنصة الدستورية، لحسم الجدل حول مسألة خلافية، بما قد يضررونه من رغبات سياسية يطمحون إلى تحقيقها من وراء اللجوء إليها، يلزم منه إتيان المحكمة دوراً سياسياً، سيما في ضوء الاعتقاد القديم المتجدد في أن إنشاء القضاء الدستوري كان مبعثه رغبة الأنظمة الحاكمة في الابتعاد بالأزمات السياسية مع المعارضة عن عنف الشارع، وما يصاحب هذا الاعتقاد من سيطرة السلطة السياسية — برلمانية كانت أو تنفيذية — على قضاة الدستورية، باعتبارها المتحكمة في اختيارهم أو تعيينهم.

والحقيقة — في تقديرنا — أن مجرد تصدي محكمة الدستورية للفصل في مسألة مختلف عليها، وبغض الطرف عن المآرب التي حدثت إلى اللجوء

(١) انظر ما يلي: ص ٨٤ وما بعدها.

(٢) انظر: فيليبيا ستروم: دور القضاء المستقل في ترسيخ الديمقراطية، معهد الإمام الشيرازي الدولي للدراسات، واشنطن، الرابط التالي:

http://www.siironline.org/alabwab/derasat(01)/216.htm

(٣) انظر:

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 2.

إليها، لا يمثل في ذاته دوراً سياسياً، إلا أن تحديد المحكمة عن صحيح حكم الدستور، وفق المبادئ والقواعد المستقر عليها فقهاً وقضاءً في مجال رقابة الدستورية.

فالعبارة في هذا الفرض لا بتعرض المحكمة لبحث مسألة سياسية أو ذات بعد سياسي، ومن ثم حتمية الحكم على عملها بانضوائه على دور سياسي كما يعتقد البعض ويشيع عن قضاة الدستورية، بل بمدى التزامها النطاق المحجوز لها دستورياً في وزن ملاسبات هذه المسألة ومعطياتها؛ حتى إذا ما التزمت حدود اختصاصها، كان عملها هذا داخلياً ولايتها ولو رتب أثراً سياسياً يثير ضغائن البعض ويدفعه إلى رميها بتهمة الدور السياسي.

ونورد في هذا السياق، ما يشير إليه أحد الباحثين المصريين من أن المحكمة الدستورية العليا المصرية — وتحديداً في العقود الثلاثة المنصرمة — كانت بمثابة صمام أمان يدفع القوى السياسية المعارضة إلى ساحات القضاء بدلاً من الشارع، فالواقع أن جزءاً كبيراً من الصراعات السياسية في الثمانينيات والتسعينيات قد حُسم في ساحات المحاكم بدلاً من حسمه بطرق أخرى قد تكون أكثر كلفة على نظام الحكم؛ فقوانين الإجراءات والانتخابات والضرائب وغيرها كانت مجالاً للطعن في ساحات المحاكم خلال تلك السنوات، مشيراً أيضاً إلى أن نظام الحكم القائم وقتئذ كان يولي أحكام الدستورية احتراماً لا يوليه لأحكام محكمة أخرى، حتى ولو كانت النقض أو الإدارية العليا<sup>(١)</sup>.

**ثالثاً: دلالة البحث عن النفوذ أو الظهور Influence Seeking**  
**:Definitional**

ومؤدى هذه الدلالة أن قضاة المحكمة العليا، عادة ما يأتون دوراً سياسياً؛ تحت تأثير طبيعة النفس البشرية؛ كونها تحب الظهور والثناء، وإثبات الذات أمام الآخرين<sup>(٢)</sup>؛ إذ تُكتب الآراء المخالفة لرأي الأغلبية في متن الحكم كما هو معلوم.

(١) انظر: أحمد عبد الفتاح وآخرين: المحكمة الدستورية العليا: تاريخ من القضاء والسياسة، مقال منشور بجريدة المصري اليوم، بتاريخ ٣٠ يوليو ٢٠١٢م، متاح على الرابط التالي:

http://m.almasryalyoum.com/news/details/151535

(٢) انظر:

بمعنى أن القضاة لديهم رغبة طبيعية أو جبليّة في الانتصار لأرائهم ومجادلاتهم داخل المحكمة، سيما المنتمون إلى تيارات فكرية أو أيديولوجيات مختلفة، ما يعد نافذة تطل منها لفظة "سياسي" إلى أعمالها.

ولعل هذه الدلالة تجد لها شاهدًا فيما يقرره بعض الكتاب<sup>(١)</sup> من أن ثم فرض أساسي وبدهي قوامه أن القضاة بشر، وعلى هذا النحو فهم من الممكن — على غرار السياسيين أو النشطاء أو المدراء — أن يكونوا مدفوعين إلى تفضيلات معينة، تجعلهم يتصرفون بطريقة هادفة وتطلعية، وهو ما يخلق مجالًا لبحث ما إذا كانت السياسة تتحكم في توجيه مسار العمل القضائي أم لا؟

والحقيقة أن هذا الاعتبار وإن منطقيًا في جانب قضاة المحكمة العليا الأمريكية؛ إذ يُتوقع حدوثه، فإنه لا يؤخذ كأساس لعمل هؤلاء القضاة، أو لطريقة إصدار أحكام هذه المحكمة العريقة، وإلا لما كتب لها البقاء أو لتجربتها الانتشار في نظم قانونية أخرى، أو لما نادى البعض بنقل تجربتها إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية، كما أن هذه الدلالة ترددها موضوعية القضاة وحيدتهم، إذ يفترض فيهم الحياد إلى أن يثبت عكسه، فموضوعية القاضي هي رأس ماله المؤسسي، وحياده وتجرده هو شرفه واعتباره الوظيفي.

يضاف إلى ذلك، أنه لا إشكالية من حيث المبدأ في اعتزاز كل قاض بما يكتب من رأي، ما دام أن له مسوغه من الناحية الدستورية؛ فإظهار الرأي إلى حيز الوجود، مظنة الاعتزاز به، ولو لم يفاخر به صاحبه، بينما تبدو الإشكالية متى تحوّل الاعتزاز إلى مفاخرة عادة ما تحمل إلى مجازاة توقع المتابعين ولو بالتكر لمقتضى

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 2.

(١) انظر:

Cindy G. Buys: Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation, Brigham Young University Journal of Public Law, Volume 21, United States, n. d, p. 9;

Pablo T. Spiller and Rafael Gely: Strategic Judicial Decision Making, NBER working paper series, Working Paper No. 13321, National Bureau of Economic Research, Cambridge, England, August 2007, p. 1.

الموضوعية الدستورية حفاظا على ثقة هؤلاء المتابعين. ولعل هذا ما يحدونا إلى مخالفة رأي القائلين بنقل تجربة المحكمة العليا الأمريكية إلى المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بكتابة الرأي المخالف وإعلانه ضمن حيثيات حكمها؛ سيما في ظل ضعف ثقافة الدستورية في مصر.

فالقاضي الشهير "هولمز"، على سبيل المثال، كان يُضرب به المثل للقاضي المتمرد على أغلبية المحكمة العليا في جُل أحكامها، ما جعل له شهرةً وصيتاً خاصاً بين قضااتها؛ إذ ما برح يذكر إلى الآن كواحد من أبرز قضاة المحكمة العليا على مر تاريخها<sup>(١)</sup>، ولكن التساؤل هو هل هذه الشهرة مردها إلى رغبته في الظهور، أم أن ظهوره هذا جاء كأثر طبيعي لأرائه المختلفة والمميزة، في حقب كانت تحتاج إلى أن تُفتح آفاق المحكمة أكثر فأكثر؟!

وإذا كان اعتبار "حب الظهور" لدى قضاة الدستورية، من خلال آرائهم، متصور في عمل قضاة المحكمة العليا الأمريكية، جدلاً، وإن كنا لا نشايح هذا القول لما يتوافر لهؤلاء القضاة من مؤهلات علمية وفكرية تكفل خشيتهم من المغامرة بمكانتهم من أجل ثناء شعبي أو سياسي على رأي يكتبونه، فإن هذا الاعتبار غير متصور في عمل قضاة المحكمة الدستورية العليا المصرية، باعتبار أن التجربة الأمريكية في صياغة حكم الدستورية لم تلق رواجاً لها لدى المشرع المصري، بل إن تسطير الآراء المخالفة يزيد من مسئولية القضاة في صياغتها صياغة عقلية منطقية من الناحية الدستورية والقانونية.

#### [٤] دلالة الاحتياط أو التحسب Prudential Definitional:

ومقتضى هذه الدلالة أن قضاة المحكمة العليا عادة ما يتحسبون النتائج أو التبعات التي قد ترتبها قراراتهم the justices frequently consider the

(١) انظر:

George E. Hamilton: Oliver Wendell Holmes; His pioneer Stereoscope and the later Industry, Central Pacific Railroad Photographic History Museum, USA, 1949, p. 13 and next;

Oliver Wendell Holmes, Jr.: The Path of the Law, Harvard Law Review, Vol. 10, 1897, p. 457 and next.

probable consequences of their decisions<sup>(1)</sup>)، فيعتدوا في صناعة قرار الدستورية، بما قد يترتب عليه من آثار في واقع الجماعة، مع ما يستتبعه هذا الاعتداد من إجراء "موازنات" هي من جنس عمل الساسة، ووفقا للمعنى العام لمصطلح "سياسة"، وهو ما يأخذنا إلى إشكالية اعتداد القاضي الدستوري بمآلات حكمه في مرحلة صنع قرار الدستورية، مع الأخذ في الاعتبار أن اعتداده بمآلات حكم الدستورية، يعده البعض تجسيدا لفكرة الدور السياسي؛ باعتبار أنه يدخله في دائرة الموازنات والمواءمات بحسب ما يراه محققا للمصلحة الجديرة بالحماية، وهو ما يلبس على البعض أنه من جنس الأعمال السياسية التي تخرج عمل القاضي عن دائرة القانون، ما مؤداه أن شبهة الدور السياسي ستظل تطارد القاضي في هذا الفرض؟!!

والحقيقة أن اعتداد محكمة الدستورية، بل وغيرها من المحاكم العادية والإدارية، بما قد يترتب على حكمها من آثار في محيطها الاجتماعي، هو أمر مندوب لها، بل وواجب عليها أحيانا كثيرة، بل قد يكون بناء الحكم السليم قانوناً، مرتباً باعتبار هذه الآثار، ما دام أن استخلاص المعنى القانوني أو السند القانوني الذي يقوى عليه الحكم المعتد في بنائه بما قد يترتب عليه من آثار، سائغ قانوناً؛ أي يقبله أحد الوجوه التي يمكن حمل النصوص عليه منطقاً. وعليه، فإن اعتداد محكمة الدستورية بمآلات حكمها في صناعة هذا الحكم، لا يمثل في ذاته دوراً سياسياً، طالما كان استخلاص معنى الدستور في هذا الحكم سائغاً قانوناً، وذلك على النحو الذي نعرض له لاحقاً في موضعه<sup>(2)</sup>.

### [٥] دلالة السياسة الموجهة Policy-Oriented definitional:

ومقتضى هذه الدلالة — المقيتة — أن قضاة الدستورية قد يستغلون سلطة الرقابة بما لها من امتيازات لتحقيق مآربهم الشخصية وأهدافهم الخاصة أو

(1) انظر:

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 4.

(2) انظر ما يلي: ص ١٠٧ وما بعدها.

الحزبية<sup>(١)</sup> the justices are said to use the Court and the law as a cover for pursuing their own policy and other goals مؤداه أن قرار الدستورية يكون غير مستقل، يفتقر إلى موضوعية القضاء وحيدته، وتغلب عليه تبعية حزبية مقبلة، ديدها الولاء لسلطة التعيين، أو مناهضة مصالح المخالفين، من غير توفير لمقام الدستورية.

وتجد هذه الدلالة شاهداً لها فيما يؤكداه القاضي "بوسنر" إذ يقرر أن قضاء الدستورية عادة ما يقبلون ببعض القيود الذاتية على سلطتهم لإيهام الناس بأنهم يحتكمون إلى القانون ويعملون به، في الوقت الذي تسيطر فيه أيديولوجياتهم الفكرية وتفضيلاتهم السياسية على صناعة القرار الدستوري<sup>(٢)</sup>.

هذا، وينقل بعض الكتاب عن الفقه الأمريكي استقرار عقيدته على أن آراء المحكمة العليا الاتحادية ليست قانوناً خالصاً، بل تتأثر إلى حد كبير بأيديولوجية القضاء not purely legal but, to some degree, reflect the ideology of the Justices، وأن التغيير في مسار أحكامها، عادة ما يُرد إلى تغيير سلوكيات قضائتها؛ كأثر بدهي لطريقة اكتساب عضويتها المعلومة<sup>(٣)</sup>.

بيد أنني أرى، أن تغيير قرارات الدستورية بتغيير قضائتها، والذي يرد البعض إلى اعتبارات شخصية لدى القضاء، هو في حقيقته مسألة جدلية لا تقل تعقيداً عن

(١) انظر:

Frank B. Cross: The Ideology of Supreme Court Opinions and Citations, Iowa Law Review, Vol. 97, University of Iowa College of Law, U.S.A, 2012, p. 695, 696;

Christopher E. Smith: The Impact of New Justices: The U.S. Supreme Court and Criminal Justice Policy, n. p, n. d, p 2.

(٢) انظر:

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 5.

(٣) انظر:

Edmund Ursin: How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly, and Roger Traynor on Judicial Lawmaking, Buffalo Law Review, Vol. 57, USA, 2009, p. 1280.

(٤) انظر:

Frank B. Cross: The Ideology of Supreme Court Opinions and Citations, Iowa Law Review, University of Iowa College of Law, Vol. 97, United States, 2012, p. 695, 696;

Christopher E. Smith: The Impact of New Justices: The U.S. Supreme Court and Criminal Justice Policy, n. p, n. d, p 2.

مسألة تحول المعارضة السياسية عن كثير مما كانت عليه في موقع المعارضة لمجرد أن تعتلي سدة الحكم، ما قد يوقع مؤيديها في حيرة شديدة، ثم تأخذ الاتهامات تتهايل عليهم طعنا في نواياهم، دون توقف أمام الاعتبارات التي حدثهم إلى تغيير كثير من أو بعض قناعاتهم التي كانوا عليها بالأمس؟!!

ونزولا عند مقتضى قرينة الصحة المفترضة في جانب أحكام الدستورية، كغيرها من أعمال السلطة العامة، أقول بأن التغيير في مواقف قضاة الدستورية، مرده في الأساس إلى طبيعة المادة الدستورية ذاتها التي تقبل القولية فيما توضع فيه من قوالب؛ فالأفهام متباينة، والثقافات متفاوتة، والحصافة نسبية تختلف من شخص لآخر، وبالتالي لا ينبغي أن يحمل التغيير في مواقف القضاة على أنهم يبيعون إخلاصهم للدستور بعرض من إرضاء السلطة السياسية، سيما وأن لديهم من الضمانات ما يحدهم إلى التعبير عن قناعاتهم بمصادقية.

وهو ما يؤكد أحد الباحثين إذ يقرر أن عدداً لا بأس به من قضاة المحكمة العليا سرعان ما غيروا مواقفهم الموالية للسلطة التي عينتهم بعد عملية التعيين؛ مستشهداً بموقف القاضي "إيرل وارن" و "برينز"، من السيد "أيزنهاور"، وموقف القاضي "ستوري" من الرئيس "ماديسون"، وموقف القاضي "توم كلارك" من الرئيس "هاري ترومان"، وغيرهم؛ إذ سرعان ما تغيرت أفكارهم وتوجاهتهم مع توالي المتغيرات المجتمعية، كما صرح بذلك "إيرل وارن" بعد استقالته من رئاسة المحكمة العليا لمدة ستة عشر عاماً<sup>(١)</sup>.

## [٦] الدلالة الآلية أو التلقائية Systemic:

بمعنى أن قرارات المحكمة العليا، وبحكم الواقع، عادة ما ترتب نتائج لكافة

الأطراف في النظام السياسي، بما فيها هؤلاء الذين لم يلجأوا إليها متقاضين

the Court's decisions frequently, as a matter of fact, have consequences for other parts of the American political system.<sup>(١)</sup>

(١) انظر د. هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، مرجع سابق، ص ١٢٤، ١٢٥.

(٢) انظر:

وهذه الدلالة هي ما تعكس الآثار التي تترتب على حكم الدستورية؛ سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية، بحكم الظروف التي تزامن عملية الفصل في مسألة الدستورية أو تعقبها مباشرة، ولا يملك لها القاضي تكييفاً ولا اعتباراً؛ إما لعدم اتساع بساط القانونية لها، وإما لحدوثها بُعيد صدور حكم الدستورية. ومن ثم لا مجال لنسبتها إلى إرادة القاضي ولا حتى إلى إرادة المشرع.

وفي ختام استعراض هذه الدلالات الست، نثمن للسيد " Richard H. Williams" هذا الجهد الكبير في استخلاص المعاني التي يرمز إليها مصطلح "سياسي" في مجال رقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية؛ إذ يفيد في استظهار الأحوال التي يمكن لكلمة "سياسة" أن تتسلل فيها إلى عمل المحكمة العليا. بيد أننا نأخذ عليه عدم تعرضه لفكرة القصد إلى إحداث الآثار السياسية التي ترتبها أحكام الدستورية أو تلك التي تترتب عليها بحكم السير الطبيعي للأمر، ما قد يفهم منه أن محكمة الدستورية تؤخذ بجريرة ما لم تتصرف إليه إرادتها، فترمى منصبها بإتيان دور سياسي كلما توافرت إحدى هذه الدلالات لعملها، حتى ولو لم تتصرف إرادتها إلى إحداثها، ولعل هذا أحد أسباب الخلط بين هذه الدلالات في تقييم أحكام الدستورية.

## المطلب الثاني

### معنى لفظة للسياسي لله

### في فقه المحكمة الدستورية العليا

في حوار صحفي أجرته إحدى الجرائد المصرية "العريقة"، يجيب أحد رؤساء المحكمة الدستورية العليا — لم تسمه الجريدة — على تساؤل قوامه هل تمارس المحكمة دوراً سياسياً، قائلاً: إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على تحديد المقصود بالدور السياسي، فإذا كان منصباً على العمل الحزبي، فإن المحكمة الدستورية ليس لها أي دور سياسي ولا حزبي ولا شأن لها بالسياسة بحكم نصوص

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 6.

الدستور والقانون والتقاليد القضائية، أما إذا كان الدور السياسي منصرفاً إلى إدارة الحياة اليومية سواء للأفراد أو الناس جميعاً، فيتسنى القول مجازاً بأن للمحكمة الدستورية بذلك المعنى دور سياسي<sup>(١)</sup>. وهو ما يحدونا إلى التفرقة بين المعنى العام والخاص لمصطلح "سياسة".

### [١] المعنى العام لمصطلح "سياسي":

أقصد بالمعنى العام لمصطلح "سياسي"، انصرافه إلى أعمال السلطة العامة بثلاثيتها التقليدية؛ التشريع والتنفيذ والقضاء؛ إذ تقوم مجتمعةً على تدبير أمور الجماعة بأسرها وإشباع حاجاتها وتحقيق تطلعاتها؛ فالتشريع في حقيقته "سياسة"، والإدارة في حقيقتها "سياسة"، والقضاء وهو جزء من الولاية العامة كما هو ثابت في الفقه الإسلامي، "سياسة"، فما دمنا قد صرفنا معنى السياسة إلى تدبير أمور الجماعة، فبهدي القول بأن كل ما يدخل في دائرة تدبير أمور الجماعة من تشريع وإدارة وقضاء، يدخل في مفهوم السياسة "العام".

فالسبب في مفهومها العام تتطلي على كل ما تأتيه السلطة العامة بسلطاتها الثلاث وهيئاتها وأجهزتها المتفرعة عنها، طالما ابتغي به تحقيق مصلحة عامة، أي كل ما يتحقق به معنى "تدبير أمور الدولة والقيام عليها بما يصلحها"<sup>(٢)</sup>. لا فرق في ذلك بين سلطة للتشريع وأخرى للتنفيذ وثالثة للقضاء؛ فكل منها متفرعة عن سلطة واحدة هي السلطة العامة التي هي انعكاس لفكرة السيادة الشعبية، هذه الأخيرة التي بموجبها يفوض الشعب بعض أفراده في مباشرة مظاهرها؛ لتحقيق معنى حكم الشعب بالشعب لصالح الشعب.

وعليه، فلو صح القول بأن القضاء الدستوري يمارس دوراً سياسياً-كونه منفرعاً عن سلطة القضاء التي تنفرع بدورها عن السلطة العامة، لكان المنطقي هو عدم إمكان التفرقة بين عمل التشريع وعمل الإدارة وعمل القضاء، ما دامت هذه

(١) حوار رئيس المحكمة الدستورية العليا لجريدة الأهرام بتاريخ ٩ نوفمبر ٢٠٠٢، العدد ٤٢٣٤١، الموقع الإلكتروني: [www.ahram.org.eg](http://www.ahram.org.eg)

(٢) انظر في نفس المعنى: قاموس المعاني "الجامع" الإلكتروني؛ الرابط التالي: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/>

الأعمال متفرعة عن أصل واحد، ولما كان ثم مجال للفصل بين السلطات، بل ولما كان ثم مجال للتمييز بين هذه الأعمال في صدد ولاية القضاء بنظر المنازعات الناشئة عنها؛ فليس ثم مجال حينئذ للقول باختصاص لقاض معين بالرقابة على أعمال سلطة التشريع، وآخر بالرقابة على أعمال الإدارة العامة، بل ولما كان ثم مجال للقول برقابة القضاء من الأساس طالما امتنعت رقابة القضاء على الأعمال السياسية؛ فحائز تكون جميع أعمال السلطة العامة أعمالاً سياسية، وستضحى التفرقة بين أعمال السلطة العامة وفق نظرية الفصل بين السلطات عديمة الجدوى، ما دام أن النشاط الذي تباشره هذه السلطات الثلاث متفرع عن جنس واحد وفقاً للمعنى العام لمصطلح "سياسة".

فعمل القاضي داخل في المعنى العام لمصطلح "سياسي"، ولو التزم حدود دوره القانوني، باعتبار أن الدستور والقوانين ما هي إلا سياسات ألبست ثوب القانون لتجمد نسبياً، فنقرّ عين الجماعة بقوتها الإلزامية، هذا من ناحية، ونظراً إلى أن القاضي الدستوري متفرغ عن سلطة القضاء التي تتفرع بدورها عن السلطة العامة المنوط بها رسم السياسة العامة وتنفيذها ومراقبتها، كل ذلك من خلال تشريعات، سواء قيل لها دستوراً أو تشريعاً عادياً أو حتى تشريعاً لائحياً.

لنخلص مما سبق إلى أن هذا المعنى لا يثير إشكالية في مقام الحديث عن المفهوم الخاص أو المعنى الفني للدور السياسي للقاضي الدستوري؛ فهو لا يدخل في إطار ما نكرّس له من دور سياسي "غير مشروع" يقدر في موضوعية القضاء المفترضة في عمل القاضي الدستوري، والتي تعد دعامة أساس لرقابة الدستورية؛ فهذا المفهوم لا يعبر بالضرورة عن تبعية أو مناهضة القاضي الدستوري لسلطة التشريع أصلية كانت أو استثنائية، بل هو تعبير "مجازي" عن تضامن مجالات السلطة العامة جميعاً بما فيهم قاضي الدستورية لمجابهة المخاطر التي قد تتهدد مصالح الدولة العليا، فهذه غاية القانون عموماً؛ والدستور فرعه، بيد أن الوسيلة إليها تتباين بحسب الدور المنوط بكل سلطة من سلطات الدولة الثلاث، بل بحسب كل سلطة

متفرعة عن إحدى هذه السلطات؛ فالقاضي الدستوري وهو فرع لأصل سلطة القضاء تختلف أدواته عن غيره من القضاة وإن تشابهت كثيراً مع قاضي المشروعية الإدارية.

وعليه، فإن اعتماد المعنى العام لمصطلح "سياسة" في تقدير أعمال القاضي الدستوري، يخلص بنا إلى نتيجة بدهية منطقتها صوري، مؤداها أن القاضي الدستوري يأتي دوراً سياسياً لا في المسائل السياسية بطبيعتها أو ذات الطابع السياسي فحسب، بل في شتى المسائل التي يفصل فيها. بل والأكثر من ذلك أن قضاة المحاكم العادية والإدارية يأتون دوراً سياسياً في حل المسائل التي يفصلون فيها؛ باعتبار أنهم متفرعون عن سلطة القضاء التي تنفرع بدورها عن السلطة العامة، وهو ما لا يمكن التسليم به البتة لا عقلاً ولا قانوناً!!

## [٢] المعنى الخاص لمصطلح "سياسي":

في محاولة قيمة لتحديد معنى "سياسي"، يقول السيد كارل شميت: "نادراً ما نجد مفهوماً واضحاً لكلمة "سياسي" Political<sup>(١)</sup>، مقررًا أنه عادة ما يستخدم استخداماً سلبياً، على عكس العديد من الأفكار الأخرى التي يسهل تعريفها" One seldom finds a clear definition of the political. The word is most frequently used negatively, in contrast to various other ideas وهو ما يؤكد بعض الباحثين إذ يقرر أنه لا يوجد تعريف متفق عليه — على نطاق واسع — لما هو سياسي there is no widely agreed upon definition of what is political<sup>(٢)</sup>.

ومفاد ما تقدم، أن المعنى الخاص لمصطلح "سياسي" في مجال العلوم السياسية ذاتها، لم يستدل بعد على معيار قاطع يحتكم إليه في بلورته وتحديده. وما دام أن

(١) انظر:

Carl Schmitt: the Concept of the Political, the University of Chicago Press, Chicago and London, United States of America, 1997, p, 20.

(٢) انظر:

Amitai Etzioni: What is political?, No Publisher, No Date, p. 89.

مفكري ومتخصصي العلوم السياسية "أنفسهم"، مختلفون حول معنى "سياسي"، فكيف لمن ينسبون الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري لمجرد أن تقصر قرائحهم عن تقديم تفسير سائغ لمسلكه، أن يجاهروا غير مترددين بإتيانه دورًا سياسيًا مما يفسد عليه نزاهته، ويضعف ثقة الجماعة به؟!

وإزاء هذا الاختلاف، وحتى لا نسهب في عرض آراء متباينة حول معنى "سياسي"، لن يجدي عرضها كثيرًا في هذا المقام، ما دام أن المسألة محل خلاف، ومن ثم سيظل الخلاف ديدنها، فإن ما نخلص إليه من حقيقة هذا الخلاف، أن الخلاف الفقهي حول ما يدخل في مفهوم الدور السياسي من أعمال القاضي الدستوري، سيظل مستمرًا ومحتدمًا، وأن استمرارية هذا الخلاف تجعل منه شكًا يُفسر لصالح القاضي أو شبهة لا ترقى إلى مرتبة اليقين؛ فأعماله محمولة على قرينة الصحة كغيرها من أعمال السلطة العامة؛ كما هو معلوم.

وأخذًا بمفهوم المخالفة لامتناع النظر في أعمال السيادة على القاضي الدستوري<sup>(١)</sup>؛ لسياسيتها المحضة، فإن أفضل ما يستدل به على معنى "سياسي" في مجال الرقابة على الدستورية، هو مفهوم الأعمال السياسية التي يتمتع على القاضي الدستوري النظر فيها وفقًا لنظرية أعمال السيادة؛ فهذه الأعمال هي التي تجسد المعنى الفني أو الخاص لمصطلح "سياسي"، باعتبار أن امتناع النظر فيها مرده في الأساس إلى طبيعتها الخاصة التي تأبى الخضوع لمعيارية عمل القضاء. وعليه، فإن وصف عمل القاضي الدستوري بـ"السياسي"، مناطه التماثل بين عمل القاضي والأعمال السياسية التي يتمتع عليه النظر في دستورتها، وإلا فالأصل في عمله "القانونية".

أي أن يماثل عمل القاضي عمل السلطة السياسية في كيفية مباشرة الأعمال التي تحتجب عنها رقابة القضاء، هذه الأخيرة التي دائمًا ما تفتقر إلى خصوصية

(١) للمزيد؛ انظر:

ج. أ. د. وحيد رافت: رقابة القضاء لأعمال الدولة، القاهرة، ١٩٤٢، ص ١٤٠.  
ج. أ. د. عثمان خليل: مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، ط ٤، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٤٠، ١٤١؛  
ج. أ. د. محمود محمد حافظ: القضاء الإداري، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٥٠؛  
ج. ح. ك. محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦؛ مثبت في: م. حمدي ياسين عكاشة: القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٩٥.

العمل القضائي الذي جُبِلَ عليها قاضي الدستور باعتباره متفرعاً عن سلطة القضاء باستقلاليتها ومعياريتها، ما مؤداه أن الصعوبة المثارة في الاستدلال على الأعمال السياسية التي تمتع عنها رقابة القضاء، تظل قائمة في صدد الاستدلال على الأعمال السياسية للقاضي الدستوري-هذا من ناحية. ومن ثم، فإن صعوبة الاستدلال على معنى "سياسي" في جانب عمل القاضي الدستوري، سيما في ظل قرينة الصحة المفترضة في أعماله كغيرها من أعمال السلطة العامة، هي ما تجعل من فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، فرضاً نادر الحدوث أو تقف عند حد الشبهة التي تحوم حول عمله<sup>(١)</sup>.

فعملية التقدير التي يجريها القاضي بهدف الترويج بين المصالح المتباينة الجديرة بحماية الدستور؛ وصولاً إلى أيها أجدر بهذه الحماية، وإن اشتركت مع عمل السياسيين فما يجرونه من موازنات، فإن هذا الاشتراك لفظياً فحسب؛ أي يقتصر على وحدة اللفظ دون المعنى، وآية ذلك أن تقدير القاضي تحكمه فكرة المعيارية التي كانت سبباً من وراء رُجْحان كِفَّة الصورة القضائية لرقابة الدستورية بكِفَّة صورتها السياسية، وإلا لاستُسيغ القول بحجب سلطة التقدير عن القاضي الدستوري، بل وعن غيره من القضاة، ما دام أن عملية التقدير هذه ستصرف أعمالهم من دائرة "القانونية" إلى دائرة "السياسية"!!

ويشاركنا الرأي في ذلك، أحد الكُتَّاب إذ يقرر أنه: "ورغم أنه ثم حساسية تشوب دائماً الحديث عن أي دور أو وظيفة سياسية للقضاء؛ إلا أن هذا القول غير سديد على إطلاقه، إذ أن السياسة بمعنى التوازنات بين السلطات والفصل بينها، وضرورة رفع القيود عن حريات المواطنين أو إزالة غموض التشريعات وتناقضها وتراكماتها الإزدواجية في تنظيم المراكز القانونية، وانتهاك سلطتي التشريع والتنفيذ

(١) وعلّة استعمالنا لفظة "شبهة"، ليس لعدم تصور أن يقوم القاضي بعمل سياسي، أو دفاع محاباة عن عمل القاضي الذي قد تتسلل إليه اعتبارات سياسية أحياناً، بل لأن ما يباشره القاضي من اختصاص الرقابة، ينبغي أن يتم في إطار فقهي محدد قوامه الاحتداد بطبيعة اختصاص الرقابة ذي الطبيعة القانونية، وعدم الخروج على صحيح الدستور وصريحه.

للحقوق والحريات العامة الأساسية للمواطنين، هي أمور تبدو في ظاهرها سياسية، إلا أنها في الوقت ذاته أمور دستورية أيضاً<sup>(١)</sup>.

وبالتالي فليست ثمة صلة في الأساس بين المفهوم الخاص لمصطلح "سياسي"، وعمل المحكمة الدستورية العليا لا من قريب ولا من بعيد؛ فعمل قضاتها ولو اتفق مع الأعمال السياسية في فكرة التقدير أو الموازنات، فإنه يختلف عنها جد الاختلاف في غاياتها ووسائلها على السواء؛ فـ"معيارية" القضاء تنافي "غائية" السياسة، ووازع القاضي لا يقارن البتة بوازع السياسيين. ومن ثم فإن القول بأن القضاء يلعب دوراً حاسماً وغير معترف به حتى الآن في تشكيل السياسات العامة the Judiciary plays a critical and heretofore unrecognized role in the shaping of public policies، لا ينتقل بمصطلح "السياسة" أو "سياسي" من دلالاته العممة المجازية، إلى الدلالة الخاصة أو الفنية لمصطلح الدور السياسي الذي نقصده من وراء القول بالمفهوم المعياري، بل يتعين أن يوضع في سياق التقريب بين آثار التصرفات التي تأتيها سلطات الدولة الثلاث بما فيها سلطة القضاء التي تنفرع عنها سلطة القضاء الدستوري. وآية ذلك أن السلطة السياسية عادة ما ترتضي إسهام القاضي في صنع السياسة العامة متى أُمِنَت الآثار المحتملة لعمله The political authority will accept the contribution only if it is effectively secured with a given probability threshold<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإذا كانت فكرة "الإيجابية القضائية" في مجال رقابة الدستورية، مدخلا لوصف عمل القاضي بالدور السياسي، فإنها لا تقتصر على محكمة الدستورية فقط، بل تباشرها كافة المحاكم على اختلاف درجاتها The 'creative' interpretation, or judicial activism, of legal texts is a phenomenon generally characterizing all courts in a legal system, from the lowest county court to the highest court<sup>(٣)</sup>، فهل يتصور القول بأن جميع المحاكم تباشر دوراً سياسياً؟!

(١) د. محمود رضا أبو قمر: القضاء والواقع السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٧٥.  
(٢) انظر:

Giuseppe Albanese & Marco M. Sorge: The Role of the Judiciary in the Public Decision Making Process, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, Germany, 2010, p. 19.

(٣) انظر:

## المبحث الثاني

### المفهوم المعياري للدور

#### السياسي وتمييزه عن المفاهيم ذات الصلة

تمهيد وتقسيم:

إن القول بوجود نوع من الخلط بين دلالات مصطلح "سياسي" أو "سياسة"، يقتضي التفرقة بين هذه الدلالات فيما يُدخَلُ صفة السياسي منها على عمل القاضي الدستوري، وفق معيار موضوعي يحسم كثيرا من الجدل المثار حول العديد من أحكام الدستورية، وكذا التمييز بين ما نستقر عليه كمفهوم للدور السياسي وما قد يختلط به من المفاهيم ذات الصلة برقابة الدستورية؛ لتتعمق منصفها — وهي ركيزة أساس لدولة القانون الحديثة لا ينبغي التوهين من قيمة أعمالها ومكانتها في النظام القانوني لكل دولة — بمناخ قانوني وسياسي آمن في تناولها وتحليلها؛ بما يحفظ ثقة الجماعة في قضائتها<sup>(١)</sup>.

فما المقصود بالدور السياسي للقاضي الدستوري من منظور معياري؟ وما هي أوجه التمييز بينه وبين ما قد يتداخل معه من مفاهيم؟ هذا ما نعرض له من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: التصور المقترح لمفهوم الدور السياسي من منظور معياري.

المطلب الثاني: تمييز مفهوم الدور السياسي عن المفاهيم ذات الصلة.

#### المطلب الأول

##### التصور المقترح لمفهوم الدور

##### السياسي للقاضي الدستوري من منظور معياري

باديء ذي بدء، وقبيل الإفصاح عما نعتقده مفهوماً لما يسمى — جدلاً — الدور السياسي للقاضي الدستوري وفقاً للنظرية المعيارية التي نكرس لها في بحثنا هذا، علينا أن نسوق عدة حقائق تسهم كثيراً في حسم الجدل حول هذه الفكرة الجدلية.

⌘ Mauro Zamboni: 'Markers' vs. 'Makers': Are Constitutional Courts Legal or Political Actors?, op. cit, p. 73.

(١) انظر في نفس المعنى:

⌘ Commission to Promote Public Confidence in Judicial Elections: "Without public confidence, the judicial branch could not function", Final Report to the Chief Judge of the State of New York, New York, USA, 2003, p. 47.

أولاً: أننا بصدد مفهوم اصطلاحى للدور السياسى للقاضى الدستورى، لا يتطابق البتة مع ما يفهم من المعنى العام لمصطلح "سياسة"؛ سالف البيان، هذا المعنى العام الذى اعتقد فى مطابقته لمفهوم الدور السياسى للقاضى الدستورى دون محاولة الوقوف على أبعاده وتبعاته، هو ما نعدّه سبباً مباشراً من وراء الخلط بين دلالات مصطلح "سياسى" فى نسبة الدور السياسى إلى القاضى الدستورى وإثقال كاهله بأوزار ليست بأوزاره. بينما ينبغى أن ينصرف المفهوم الاصطلاحى للدور السياسى إلى عمل مناف لطبيعة اختصاص رقابة الدستورية تنصرف إليه إرادة القاضى؛ كما نعرف لاحقاً.

ثانياً: أن الدور السياسى، هو خروج على فكرة "المعيارية" فى عمل القاضى الدستورى. ما مفاده أن القاضى بإتيان هذا الدور يتنكب علة إسناد اختصاص الرقابة إليه تفضيلاً له على هيئة سياسية، هذه الأخيرة التى لو سلمنا له بإتيان دور يشبه أدوار الساسة، لكانت أولى منه باختصاص الرقابة؛ فكما هو معلوم ومسلم به لدى جمهور الفقه أن القضاة لا يجيدون السياسة.

ثالثاً: وقياساً على أن الدور القانونى لقاضى الدستور، ينطلق من حقيقة درج جمهور الفقه الدستورى — قديمه وحديثه — على إثباتها فى جانب اختصاصه الرقابى، مؤداها "قانونية" هذا الاختصاص. فإن القول بالدور السياسى يرتب نتيجة حتمية مؤداها "سياسية" رقابة الدستورية، أى أنها ذات طبيعة سياسية فى الأساس؛ كما قال بعض المناوئين لهذه القانونية قديماً، ما يصطدم بما استقر عليه جمهور الفقه منذ أن سطع نجم رقابة الدستورية، ويتطلب إثبات انتماء رقابة الدستورية إلى اختصاصات السلطة السياسية، ليصطدم ذلك مع نهوض هيئة قضائية بمباشرة اختصاص ذى طبيعة سياسية على فرض التسليم — جدلاً — بـ"سياسيته"، هذا من ناحية أخرى.

رابعاً: أن التكريس لوجود دور سياسى "مشروع" لقاضى الدستور، يفسح المجال لتسلل اعتبارات السياسة إلى منصة الدستورية، ما دام أن الفقه سيأخذ على

عانتقه مهمة التّأصيل لمشروعية هذا الدور، هذا من ناحية، وما دام أن قاضي الدستور قد كوّن قناعاته في استخلاص معايير الدستورية في ظل ما يُروّج عن عمله خلافًا لحقيقته؛ أي أن قاضي الدستور قد لا يعبأ أحيانًا، بل كثيرًا بتقييم الفقه لأعماله، طالما نُسب إليه الدور السياسي على غير بينة.

خامسًا: إن القول بـ"الدور السياسي" يفتح بابًا عظيمًا من الجدل حول وجهة أحكام الدستورية، في كل مناسبة لا يروق فيها حكم الدستورية نوي الشأن، ليحاط عمل القاضي بأجواء ملبدة باتهامات مسبقة، ولتنتظره بيئة غير ممهدة لقبوله، على الأقل ممن لا يرتضونه، لتفقد آلية الرقابة على الدستورية كثيرًا من قدسيّتها في نفوس الأفراد والمؤسسات، سيما في أوقات الأزمات السياسية والانقسامات الحزبية، الأمر الذي يتهدد مكانة الدستور في وجدان المخاطبين به.

سادسًا: إن إثبات القاضي الدستوري دورًا سياسيًا، وفقا للمعيار الذي نعرض له لاحقا، يرتب في حقه جُرمًا أشد من جُرم إنكار العدالة، ألا وهو الانحراف بسلطة الرقابة على دستورية التشريعات؛ طالما تتكبّ عمله فلسفة صورتها القضائية. هذا في الوقت الذي يسعى فيه الفقه الدستوري الحديث جاهدًا إلى تكريس دوره الإيجابي في الوفاء بالتزامه الدستوري بالحفاظ على الدستور<sup>(١)</sup>.

كم المفهوم المعياري المقترح للدور السياسي للقاضي الدستوري:

باديء ذي بدء، إذا كان المجال يتسع لأن أدلي بدلوي في هذه المسألة التي لا أزعم تفرّدي بالقاء كلمة الفصل فيها، فإن جهد المُقلّ هذا لا يعدو كونه محاولة جادة لإجلاء كثير مما يكتنف هذه المسألة الدقيقة من غموض وإيهام. وبالتالي فإن الباحث يرى تعريف الدور السياسي للقاضي الدستوري بأنه:

"انصراف إرادة القاضي الدستوري، في فرض لا تقدير

له فيه، إلى ترتيب أثر ما على حكم الدستورية؛ سياسيًا كان أو ذا بعد

(١) انظر:

Goodwin Liu & Others: Keeping Faith with the Constitution, op. cit, p. 13.

سياسي، على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتمًا؛  
محاباةً للسلطة السياسية أو معاداةً لها".

وإظهارًا لما يختزنه هذا القالب التعريفي من معانٍ ومفاهيم، أورد الآتي:

أولاً: أن عبارة "انصراف إرادة القاضي إلى..."، مؤداها انتفاء الدور السياسي عن عمل القاضي في الفروض التي تعزى فيها آثار حكم الدستورية، إلى إرادة المشرع؛ دستوريًا كان أو عاديًا، أو إلى الظروف المحيطة بالمسألة المطروحة عليه ولا تسعها فكرة القانونية تأويلًا.

ثانياً: أن عبارة "انصراف إرادة القاضي..."، تستتبع ضرورة إقامة الدليل القاطع على توافر القصد إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية، بما يثيره هذا الشرط من ضرورة ألا يكون الأثر المترتب على الحكم معزواً إلى إرادة المشرع، دستوريًا كان أو عاديًا، أو معزواً إلى الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بالمسألة المطروحة على القاضي. مع الأخذ في الاعتبار أن إقامة الدليل على توافر القصد لدى القاضي يثير إشكالية البحث في خفايا نفس القاضي، وهي من الأمور التي يصعب الخوض فيها، كما هو مستقر عليه في فقه الإثبات!! ما يقلل من فرص توجيه تهمة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري إلى حد الندرة.

ثالثاً: أن عبارة "في فرض لا تقدير له فيه..."، حاصلها أن نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري لا تصح في الفرض الذي يخول فيه سلطة تقديرية بحكم عمومية نصوص الدستور؛ باعتبار أن الأعمال التقديرية لا مجال للتعقيب عليها، ما التزمت الأصول المرعية في مباشرة اختصاص الرقابة على الدستورية، وإلا انتفت العلة من وراء تخويله سلطة التقدير.

والفرض الذي لا تقدير للقاضي فيه هو الفرض الذي يكون حكم الدستور فيه واضحًا صريحًا لا يقبل صرفاً ولا تحويلاً؛ أي الفرض الذي تكون فيه نصوص الدستور قاطعة في دلالتها، وهي قليلة مقارنة بالنصوص التي تقبل حملها على

وجهين أو أكثر. وهو ما يترتب عليه عدة نتائج جوهرية؛ الأولى: أن يضيق نطاق نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري إلى حد الندرة تقريباً؛ ما دنا قد أقررنا بأن فروض الاختصاص المقيد لا تنذكر إلى جوار فروض السلطة التقديرية لقاضي الدستور، والثانية: أن يُحصر الدور السياسي للقاضي الدستوري في الفرض الذي يمثل فيه عمل القاضي مخالفة صريحة للدستور، وهو فرضٌ نادر الحدوث أيضاً، والثالثة: أن كل ترجيح يجريه القاضي الدستوري بين بدائل أو مصالح مشروعة في الفرض الذي تتنازع فيه حماية الدستور مصلحتان أو أكثر جديرة بحماية الدستور، لا يعد دوراً سياسياً، طالما استثنى فرض التقدير من الخضوع لحكم الدور السياسي. مع ملاحظة أن تجاوز القاضي حدود سلطته التقديرية قد يشكل في ذاته دوراً سياسياً؛ باعتبار أن السلطة المخولة له ليست طليقة من كل قيد، وإنما تحكمها الأصول الدستورية والقانونية المرعية في مجال الرقابة على الدستورية.

رابعاً: أن عبارة "ترتيب أثر ما على حكم الدستورية..."، مؤداها استبعاد أعمال القاضي الدستوري "غير القضائية" من دائرة الدور السياسي؛ كالتعبير عن الرأي في المسائل العامة عبر مننديات اجتماعية تقليدية أو إلكترونية أو ما شابهها؛ فهذا ليس من قبيل الدور السياسي الذي نقصده في مقامنا هذا.

خامساً: أن عبارة "سياسياً كان أو ذا بعد سياسي..."، مفادها أن الدور السياسي للقاضي الدستوري، على فرض ثبوته، لا يقتصر على المسائل السياسية بطبيعتها، وإنما يتسع نطاقه ليشمل المسائل ذات البعد السياسي؛ أي تلك التي تثير اهتمام الرأي العام ومتابعته ولو لم تكن سياسية بطبيعتها.

والأثر السياسي أو ذو البعد السياسي، يحكمه ما أوردناه في مقام الحديث عن المفهوم الخاص لمصطلح "سياسي"؛ إذ يقتصر على ما يمكن تصنيفه على أنه من جنس الآثار السياسية التي تخلفها الأعمال السياسية التي لا تطلها ولاية القضاء؛ كأن يتقل القاضي النصوص التي تحكم النزاع بما لا تطبق من معانٍ؛ تلبية لرغبة السلطة السياسية أو تحقيقاً لمصالحها، أما ما عدا ذلك من آثار سياسية ينطبق عليها المعنى أو

المفهوم العام لمصطلح "سياسي"؛ كأن يتوسع القاضي في تفسير النصوص؛ تحقيقاً لمصلحة الجماعة، فهذا لا يدخل في مفهوم الدور السياسي الذي يفسد عمل القاضي؛ نزولاً عند مقتضى فكرة "الدستورية المتجددة"، وتمشيًا مع فكرة "تحديث الدستور" من طريق مقاصده ومعانيه التي يكرس لها الفقه الحديث، وإلا لأمكن مد بساط الدور السياسي إلى أحكام الدستورية في كل مناسبة يطوّر فيها القاضي معاني النصوص حتى تلبّي تطلعات الجماعة، فتترتب عليها آثار سياسية مما تدخل في المعنى العام لمصطلح "سياسي"، ولما استطاع القاضي الدستوري أن يجتهد رأيه ولا يألو في إظهار معنى الدستور متصلًا ومتجددًا.

سادسًا: أن عبارة "على غير مقتضى الدستور"، مؤداها ضرورة استخلاص معنى الدستور في المسألة المطروحة على القاضي، استخلاصًا سائغًا قانونًا في ضوء الأصول المرعية في مجال الرقابة على الدستورية؛ وطنيًا وعالميًا، مع ما تثيره عملية تفسير الدستور من إشكاليات؛ أهمها: تحديد معنى الدستور في الوقت الذي تطلب فيه عدالة الدستور لدى قاضيه الطبيعي؛ أيركن فيها إلى ما انصرفت إليه إرادة واضعي الدستور وقت إقراره؛ حتى لا يعد متجاوزًا لدوره في تطبيق الدستور؛ فيتهم بالرجعية أو الأصولية تارة، وبالشكلية أو الحرفية أو الجمود تارة أخرى، أم يأخذ بعين الاعتبار ما آلت إليه إرادة الجماعة الحاضرة من أفكار وتطلعات فرضتها المتغيرات الاجتماعية، والتي قد لا تستفاد بالضرورة من صراحة النصوص؛ فيرمى بإحلال إرادته محل إرادة الشارع الدستوري؛ فيوصف بالمشرع العرضي تارة، وبالقاضي البراجماتي تارة ثانية، ويرمى بالدور السياسي تارة ثالثة؟!!

سابعًا: أن عبارة "على غير ما يفهم من نصوصه حتمًا"، مؤداها أن نصوص الدستور غير القاطعة في دلالتها، تحتكم في تفسيرها واستخلاص معنى الدستور منها بحسب السياق الدستوري<sup>(١)</sup>، وهو ما يثير قضية تأويل نصوص الدستور في الفرض

(١) انظر في نفس المعنى:

Robert C. Post: Theories of Constitutional Interpretation, Faculty Scholarship Series, Paper 209, Yale Law School, Yale Law School Legal Scholarship Repository, United States, 1990, p. 35;

الذي تقصر فيه النصوص — وما أكثره — عن تقديم حلول صريحة ومحددة للمسألة المطروحة على القاضي؛ أيلتزم في تأويلها "اعتبارات القانون/ الدستور" المجردة؛ فيقضي بما قد لا تستسيغه الجماعة في حاضرها، أم يتوسع في مفهومها لتسع اعتبارات الواقع، ملتزمًا في ذلك نهجًا إيجابيًا لم يقره عليه جمهور الفقه التقليدي؛ فتبدو "إيجابيته" هذه وكأنها دورًا متزايدًا في مواجهة سلطة التشريع؛ أصالية كانت أو استثنائية؟!

ثامنًا: أن عبارة "محابةً للسلطة السياسية أو معاداةً لها..."، مؤداها ضرورة انصراف إرادة القاضي إلى مطابقة توجهها أو مخالفته على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتمًا. وعليه، فإن التطابق بين الاتجاه الذي يستفاد من حكم الدستورية وتوجه السلطة السياسية، لا يمثل في ذاته دورًا سياسيًا، إلا أن يكون على خلاف ما يستفاد صراحة من نصوص الدستور، وكذا التضاد بينهما. والمقصود بالسلطة السياسية في هذا المقام، هي سلطة التشريع؛ أصالية كانت أو استثنائية، والأصلية كما هو معلوم هي سلطة التشريع المنتخبة، والاستثنائية هي رئيس الجمهورية في فرضي التفويض والضرورة.

## المطلب الثاني

### تمييز مفهوم الدور السياسي

#### للقاضي الدستوري عن المفاهيم ذات الصلة

قلنا آنفاً، أن المدقق في الأطروحات البحثية التي تناولت فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، يخلص إلى تداخل مفهوم الدور السياسي مع مفاهيم أخرى، قد يشترك معها في تجاوز القاضي حدود اختصاصه الرقابي ذي الطبيعة القانونية، بيد أنه يختلف معها جد اختلاف في حقيقة العمل ذاته، وما يرتبه من آثار قانونية قد تكون بعيدة كل البعد عن إرادة القاضي الدستوري. وهو ما يحدونا إلى استعراض أوجه التقارب أو التناظر بين مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري وبعض المفاهيم

⌘ Brandon J. Murrill: Modes of Constitutional Interpretation, Cong-ressional Research Service, United States of America, March 2018, p. 5 and next.

التي قد يعتقد خطأً في تداخلها معه؛ علماً تسهم في إجلاء الغموض الذي يكتنف هذا المفهوم.

أولاً: الدور السياسي للقاضي الدستوري والوجه السياسي لرقابة الدستورية:

يقصد بالوجه أو البعد السياسي لرقابة الدستورية، أن اختصاصها واقع على الحد الفاصل بين اعتبارات القانون ومقتضيات السياسة<sup>(١)</sup>؛ إذ يبحث قاضيها في مسائل سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي، تجعله عرضة للتأثر باعتبارات السياسة، بل إن الرافضين للصورة القضائية لرقابة الدستورية ومن ثم "قانونية" اختصاصها، لا يقنعون بغلبة الوجه القانوني لرقابة الدستورية، وإنما يعتقدون في غلبة البعد السياسي لها على بعدها القانوني، بل ربما اعتقد بعض أنصار صورتها السياسية في "سياسيتها" الخالصة<sup>(٢)</sup>.

ولعل ذلك ما كان سبباً في بلورة الاعتقاد لدى بعض الباحثين ممن عالجوا فكرة الدور السياسي، في منطقية العلاقة بين الدور السياسي واختصاص الرقابة على الدستورية، بل وفي حتميتها؛ حتى ولو كانت طبيعة عمل القاضي "المعيارية" تأبى ذلك، وغضاً للطرف عما إذا كان هذا الاختصاص يتسع تكيفاً ليسع أعمال القاضي التي تحوم حولها شبهة الدور السياسي. فقد سبق أن أشرنا إلى أن العبرة في الحكم بتوافر الدور السياسي في جانب عمل القاضي، هي بمدى انصراف إرادته إلى إحداث الآثار التي يخلفها حكم الدستورية على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتماً.

فهل يلزم من تعرض القاضي الدستوري لبحث مسائل سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي، أن يأتي دوراً سياسياً مما يقدح في نزاهته ويطعن في موضوعيته؟

(١) انظر:

Dieter Grimm: Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: between law and politics, National University of Juridical Sciences Law Review (NUJS), Vol. 15, Kolkata, West Bengal, India, 2011, p. 15, 16.

(٢) انظر:

Barry Friedman: The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review, University of Cincinnati Law Review, Vol. 72, New York University School of Law, Unites State of America, 2004, p. 1272 and next.

بالطبع لا، وإلا لامتنع على القاضي أن ينظر في أية مسألة مما تدخل في اختصاصه؛ فكما هو معلوم أن أغلب المنازعات التي يختص بالفصل فيها إما أنها سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي، وطالما التزام القاضي حدود اختصاصه المقرر دستورياً، فلا مسوغ البتة لوصف عمله بالدور السياسي. فالأصل في عمل القاضي "القانونية" لا "السياسية" إلى أن يثبت عكس ذلك بالدليل القطعي لا الظني، وإلا وقفت فكرة الدور السياسي عند حد الشبهة التي لا ترقى إلى رتبة اليقين؛ كما أشرنا في موضع سابق.

وعليه، فلا ينبغي أن تنتهي بنا جدلية الوجه السياسي لرقابة الدستورية، وفق منطق صوري مجرد، إلى حتمية قيام قاضيتها بدور سياسي؛ فكما أن وقوع عمل القاضي على الحد الفاصل بين القانون والسياسة، قد يفهم منه إمكانية إتيان دور سياسي، ففي المقابل أيضاً، يفهم منه إمكانية التزام حدود القانونية، وهذا هو الأقرب إلى المنطق طالما أقررنا بـ"قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، ونزولاً على مقتضى قرينة الصحة المفترضة في عمل القاضي الدستوري كغيره من أعمال السلطة العامة؛ تشريعية كانت أو تنفيذية<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: الدور السياسي للقاضي الدستوري والأثر السياسي لأحكام الدستورية:**

إن أكثر ما ما توتى منه محكمة الدستورية وأعمالها، باب الخلط بين الدور السياسي لها والأثر السياسي لأحكامها؛ فربما اعتقد الكثيرون في أن الدور السياسي لسلطة الرقابة على الدستورية، يكمن في الأثر المترتب على حكمها، من دون التفرقة بين ما إذا كان هذا الأثر معزواً إلى إرادة الشارع؛ دستورياً كان أو عادياً، أو مرده إلى إرادتها هي ذاتها، حتى إن قضاة الدستورية غالباً ما يبهتوا بما لم يكونوا ليقصدوا إليه، لو كان لهم من الأمر شيئاً.

(١) للمزيد حول مقتضى هذه القرينة؛ انظر: د. عيد أحمد الحسبان: قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٨، أكتوبر ٢٠١١، ص ١٧٢ وما بعدها.

فقد يُعتقد في الترادف بين الدور السياسي والأثر السياسي الذي يصاحب حكم الدستورية عادة، على غير ما بينة مما بينهما من بون شاسع يجعل من الخطأ البين، الخلط بينهما؛ فأحكام الدستورية ترتب آثاراً مختلفة، من بينها آثارٌ سياسية، سواء أكان الحكم صادراً في مسألة سياسية بطبيعتها أو في مسألة ذات بعد سياسي، بيد أن هذه الآثار وتحديدًا السياسية منها لا ترد بالضرورة إلى عمل القاضي الدستوري، بل ترد في الأساس إلى إرادة الشارع الذي قصد إلى ترتيب مثل هذه الآثار من وراء النصوص القانونية القائمة، ما دام أن القاضي قد التزم حدود اختصاصه في إسقاط مراد الشارع دستورياً كان أو عادياً على الوقائع التي تثير اختصاصه الرقابي، دون إفراط أو تفريط؛ فكما هو معلوم أن الأصل في عمل القاضي أنه مطبّق للقانون لا منشئاً له.

ما يجعل القول بحتمية التلازم بين الدور السياسي للقاضي الدستوري، والآثار السياسية التي تترتب على أحكامه، محل نظر لدينا؛ فثمة آثار سياسية يرتبها حكم الدستورية أو قد تترتب عليه بحكم الواقع، تستمد مصدريتها من إرادة الشارع أو تعزى إلى بعض المستجدات أو المتغيرات التي تتزامن مع صدور الحكم أو تلي صدوره مباشرة؛ لانقفاء توسط إرادة القاضي بين هذه الأخيرة والوقائع التي أثارته اختصاص الرقابة على الدستورية، لطالما اقتصر دور القاضي على تطبيق الدستور؛ فليس ثمَّ عمل خلاق أو إبداعي ينسب إلى إرادته، وإنما اقتصر دوره على الكشف عن مراد الشارع؛ أي أنه التزم حدود دوره في تطبيق الدستور كقانون، وبالتالي فلا ينسب الأثر السياسي إلى إرادته، وإنما إلى إرادة المشرع، فالقاعدة الراسخة "أنه لا ينسب لساكت قول".

ثالثاً: الدور السياسي والدور المنشئي أو الخلاق للقاضي الدستوري:

قد يفهم من قول بعض البراجماتيين بأن القاضي الدستوري، مشرع عرضي<sup>(١)</sup>؛ إذ يرد عمل سلطة التشريع بدعوى "عدم الدستورية"، فضلاً عن قولهم

(١) انظر:

بأنه يأتي عملاً من جنس أعمال التشريع إذ يضفي صفة القاعدية على قيمة ما أو مبدأ فلسفي ما، فيصير بمثابة القاعدة الدستورية، أن الدور المنشئي للقاضي الدستوري، يعد داخلياً في مفهوم الدور السياسي، ما دام أن عمله سيتجاوز دائرة التطبيق؛ حيث دوره الطبيعي في تطبيق الدستور كقانون، إلى دائرة التقرير؛ حيث المجال المحجوز لسلطة التشريع؛ دستورية كانت أو عادية.

وإذ ينصرف مفهوم الدور المنشئي أو الخلاق للقاضي الدستوري، إلى دور القاضي في مواجهة الفروض التي ينقطع فيها معنى الدستور، حقيقة؛ لغياب النص أو النصوص الصريحة التي تحكم المسألة المطروحة عليه، أو حكماً؛ لغموض النصوص القائمة؛ إذ يتعين عليه وقتئذٍ المسارعة إلى جبر القصور الذي يعتور الدستور أو القانون عبر قناة التفسير التي أخذ جمهور الفقه مؤخراً يكرس لشرعيتها كأداة رسمية لتحديث الدستور من طريق المقاصد والمعاني<sup>(١)</sup>؛ فكما هو معلوم أن تخلف النص الصريح أو افتقار النص القائم إلى الوضوح، لا يعفيه من مسئولية تقديم العدالة الدستورية؛ وإلا عدّ منكرًا لها.

وعليه، فلا مجال للخلط بين مفهوم الدور المنشئي أو الخلاق ومفهوم الدور السياسي، ما لم تتصرف إرادة القاضي في مواجهة هذه الفروض إلى ترتيب ما لا يقره الدستور من آثار على حكم الدستورية؛ فحالئذٍ يكون عمله الخلاق هذا داخلياً في مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي ذي الطبيعة القانونية، ولو اتخذ صورة التفسير لغامض أو التكملة لناقص، إذ لا افتئات من جانبه على اختصاص تشريعي محجوز، بل ينهض بما توجبه عليه طبيعة التزامه الدستوري بالحفاظ على الدستور "متجدداً"،

⌘ Eivind Smith: Constitutional Courts as "Positive Legislators"--Norway, International Academy of Comparative Law, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, D.C., July 25-31, 2010, p. 5, 6;

⌘ Edmund Ursin: How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly, and Roger Traynor on Judicial Lawmaking, op. cit, p. 1331.

(١) للمزيد؛ راجع:

⌘ V. R. Jayadevan: Judicial Creativity in Constitutional Interpretation, Thesis of Doctorate of Philosophy, School of Legal Studies, Cochin University of Science and Technology, Kerala, India, 1999, p. 1 and next;

وأعلى مدارج الحفاظ على الدستور، الحفاظ على اتصال معناه على الدوام، ولو قصرت دلالاته الصريحة عن إظهاره متصل المعنى، وذلك من طريق مقاصده ومعانيه عبر قناة التفسير<sup>(١)</sup>.

وقد يعترض على هذا الطرح، بدعوى أن الدور المنشئ للقاضي الدستوري، تنتج عنه معايير ومبادئ لها قيمة دستورية أقرب ما تكون إلى القواعد الدستورية التي تحويها وثيقة الدستور، بل وتصير جزءاً من الكتلة الدستورية التي يركن إليها القاضي لاحقاً في وزن أعمال سلطة التشريع، وهو ما يفتح المجال لفكرة الدور السياسي إذ يباشر القاضي عملاً من جنس أعمال التشريع.

وردًا على هذا الاعتراض، أقول بأن معايير الدستورية التي يتوصل إليها القاضي في عملية إسقاط معنى الدستور الكامن في النصوص التي تغلب عليها العمومية على الوقائع المحددة التي تثير اختصاص رقابة الدستورية، لا تماثل البتة عملية التشريع التي يقوم بها المشرعان الدستوري والعادي. بل هي معايير فرعية أو ضوابط محددة لا تستقيم عملية استخلاص معنى الدستور في المسألة المتنازع عليها بدونها، ولا يقدح في ذلك صيرورتها مبادئ أو قواعد دستورية فيما بعد، بفضل نهائية أحكام الدستورية وامتناع التعقيب عليها<sup>(٢)</sup>؛ فهذه المعايير الفرعية للدستورية عادة ما تختلف باختلاف الملبسات التي تحيط بكل منازعة، ما يفقدها صفة العمومية التي تميز التشريع عن عمل القاضي، بل ويفقدها صفة التشريع أيضاً صفة الجهة التي تنشئها وفقاً للمعيار الشكلي.

فلو صح القول بأن بلورة معايير الدستورية هي من جنس أعمال التشريع، ومن ثم سياسية العملية الفكرية أو الذهنية التي يتوصل بها إليها من طريق القاضي

(١) انظر في نفس المعنى:

⌘ Rosalind Dixon: Updating Constitutional Rules, the University of Chicago Press, U.S.A, 2010, p. 322;

⌘ Goodwin Liu and Others: Keeping faith with the constitution, op. Cit, p. 26.

(٢) انظر للباحث: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٢ وما بعدها.

الدستوري<sup>(١)</sup> إذ يخصص معنى الدستور في الفرض الذي ينقطع فيه معنى الدستور حقيقة أو حكماً، لصح القول ذاته على أعمال المحاكم العادية والإدارية؛ العليا منها والدنيا؛ إذ تخصص معنى القانون في الفرض الذي يتخلف فيه الحكم الصريح؛ ذلك أنها تستخلص معايير قانونية من النصوص التي تحكم النزاع؛ لتتاسب الوقائع التي عقدت اختصاصها، ما حاصله أنها تقوم بدور إيجابي في الاستدلال على إرادة المشرع<sup>(٢)</sup>، ولا يتسنى القول بأن اجتهادها هذا يمثل دوراً سياسياً؛ لطلوها محل المشرع في تعديد المعايير الفرعية التي تحكم المسألة المعروضة عليها، فما بال القاضي الدستوري؟!

إن عمل القاضي في استخلاص معايير الدستورية، عبر عملية ذهنية ينتقل فيها القاضي من الإطار النظري الذي تحكمه نصوص عديدة مبعثرة في صحيفة الدستور وأكواد القوانين المكمل له، إلى إطار التطبيق، والتي تحكمها أصول راسخة في مباشرة اختصاص الرقابة على الدستورية، وحتى لو أضيفت عليها صفة القاعدية بحكم نهائية أحكام الدستورية وامتناع التعقيب عليها، لا تدخل في دائرة التشريع ولو تشابهت معه في بعض الأوصاف<sup>(٣)</sup>. فعمل القاضي داخل في اختصاصه سواء أكان تفسيراً لغامض أو إكمالاً لناقص، والعبارة في وصف عمله بالدور السياسي، بخروجه على مقتضى الدستور.

(١) انظر:

Michael J. Perry: The Constitution in the Courts: Law or Politics?, Oxford University Press (OUP), United Kingdom, 1994, p. 4.

(٢) انظر في نفس المعنى:

د. دمجدي نسوفي محمود: المبادئ العامة للقانون والمشروعية الداخلية للقرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٨١ وما بعدها؛

Michael Kirby: Judicial Activism; Authority, Principle and Policy in the Judicial Method, Published by Sweet & Maxwell Limited, London, England, 2004, p. 10 and next;

Charles E. Clark: The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition, Yale Law Journal, vol. 71: 255, Faculty Scholarship Series, Yale Law School, USA, 1961, p. 267 and next;

Benjamin N. Cardozo: the Nature of the Judicial Process, Lecture I; Introduction. the Method of Philosophy, Journal of Law, Volume 1, Issue 1, The Green Bag, Inc, 2011, p. 331 and next.

(٣) انظر في نفس المعنى: م. د. عصام سليمان: تفسير الدستور وأثره على المنظومة الدستورية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد السادس، ٢٠١٢، ص ٢٧.

بل إن القاضي الجنائي، وعلى ما لعمله من خطورة بالغة؛ إذ يقرر تقييد أو سلب الحرية المكفولة دستورياً، وربما يقرر الذهاب بالحياة ذاتها، يترك له المشرع هامش تقدير ليراعي التناسب بين الجرم المرتكب والعقاب المستحق، وكذا القاضي الإداري في تقدير التناسب بين الذنب الإداري والجزاء التأديبي، ولا يتسنى — بكل تأكيد — وصف عمل أي منهما بأنه عمل سياسي لمجرد انضوائه على تقدير أو ترجيح بين مصالح جديرة بحماية القانون!! ومن ثم، ومن باب أخرى، فلا يستساغ القول بـ"سياسية" عمل القاضي الدستوري في الترجيح بين المصالح الجديرة بحماية الدستور لمجرد أن ينطوي عمله على تقدير، إلا أن يكون تقديره ظاهر الخروج على مقتضى الدستور.

رابعاً: الدور السياسي للقاضي الدستوري ورقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري:

قد يختلط مفهوم الدور السياسي للقاضي، بمفهوم رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري؛ لدقة التفرقة بين الأخيرة ورقابة الملائمة أحياناً، وقد ذكرنا حال الحديث عن موقف الفقه من مفهوم الدور السياسي، أن جانباً من الفقه مستقر على توافر وصف الدور السياسي لعمل القاضي متى تجاوز دائرة المشروعية إلى دائرة الملائمة<sup>(١)</sup>. غير أن ما يسوقه جانب من الفقه في مقام أوجه التمايز بين رقابتي التناسب والملائمة في مجال الدستورية، كفيل بإظهار التباين بين مفهوم الدور السياسي متى تجسد في بحث ملائمة التشريع، ومفهوم رقابة التناسب؛ فالقاضي لا يتعرض لمدى التناسب بين الآثار التي يربتها التشريع وظروف إصداره؛ زماناً ومكاناً، وإنما يبحث في مدى اتساق هذه الآثار مع الوقائع المادية والقانونية التي دعت إلى إصداره<sup>(٢)</sup>.

وعليه، فليس ثم وجه للخلط بين مفهوم رقابة التناسب ومفهوم الدور السياسي؛ إذ يتسع نطاق "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية ليسع الأول، بينما يضيق عن

(١) راجع ما سبق: ص ١٦.  
(٢) انظر: د. جورج شفيق ساري: رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري؛ دراسة تحليلية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٣.

استيعاب الثاني؛ إذ تخرج الآثار التي يخالفها حكم الدستورية على مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتماً، وهو ما لا تطيقه فكرة "القانونية".

#### خامساً: الدور السياسي ورقابتي الانحراف والإغفال التشريعيين:

قد يتداخل عمل القاضي الذي يعكس دوره السياسي، بعمله في الرقابة على الانحراف والإغفال التشريعيين؛ إذ يتعرض القاضي في الثائنتين إلى بحث أعمال كانت تصنف من قبيل القاضي الدستوري ذاته — في أول عهده باختصاصه الرقابي<sup>(١)</sup> — على أنها كنه الاختصاص التقديري المحجوز لسلطة التشريع، فضلاً عن أنها تقع على التماس من فكرة الملائمة التي تعكس دوره السياسي. بيد أنه ثم تمايز بين بينهما؛ إذ يقتصر عمل القاضي — في رقابتي الانحراف والإغفال — على بحث منطقية العلاقة بين غاية التشريع محل الرقابة والغاية المحددة له دستورياً؛ في الأولى، وبحث منطقية العلاقة بين كفاية التنظيم التشريعي للمسألة موضع التشريع ومقتضيات فكرة الضمانة الدستورية لتحقيق هذه الكفاية كما ونوعاً؛ في الثانية، وهو ما يعد داخلاً في مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي، طالما أن بلوغه غاية المشرع الدستوري من وراء تقرير اختصاص الرقابة على الدستورية، ومن ثم استقامة فكرة الرقابة، مرتين بغوصه في أغوار التشريع وعدم اقتصره على البحث في مناحيه الشكلية؛ تحسباً لمهارة المشرع في إخفاء عيوب التشريع بين ثناياه.

#### سادساً: الدور السياسي للقاضي الدستوري والرقابة السياسية على دستورية التشريعات:

قديمًا، كان مصطلح الدور السياسي مرادفًا لمصطلح الرقابة السياسية على دستورية التشريعات؛ إبان ظهورها في النظام الفرنسي؛ إذ ساد الاعتقاد — لدى

(١) إذ يقرر جانب من الفقه الأمريكي أن المحكمة العليا - الحديثة على حد قوله - "the modern Supreme Court" قد بدأت منذ ١٩٢٥؛ حيث اتسع نطاق سلطتها التقديرية إلى حد بعيد، مقارنةً بسابق عهدها؛ لمزيد من التفاصيل راجع:

♦ Amanda L. Tyler: Setting the Supreme Court's Agenda: Is There a Place for Certification?, The George Washington Law Review, Vol. 78:1310, U.S.A, 2010, p. 1327, 1328.

كما يرصد جانب من الفقه المصري تطور نوعية عمل المحكمة الدستورية العليا، فيقول: "...، وكانت الرقابة في بدايتها حانية رفيقة، ثم أدركتها سنة التطور، فأصبحت جسورة جادة، وقد تتابعت هذه الثروة القضائية، حتى ملأت الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وحدها، أربعة مجلدات كاملة..."؛ انظر: د. مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري المصري ورقابة دستورية القوانين، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤، ص "ج"، "د".

السياسيين بالطبع — في عدم قدرة القضاة على الوفاء بغايتها وقتئذ، ما كان له أكبر الأثر في طريقة اكتساب عضوية المجلس الدستوري التي يغلب عليها الطابع السياسي، وقد بدأ المجلس بداية لا تتفق مع فلسفة دوره الرقابي، جعلت منه كياناً سياسياً يضفي الشرعية الدستورية على عمل الأغلبية الحاكمة<sup>(١)</sup>. أما في ظل ما أثبتته المجلس مؤخراً، من فطنة في التدرج في فرض "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية على سلطة التشريع؛ حتى غدا مفهومها ومن ثم نطاقها لا يختلف كثيراً في النظام الفرنسي عنه في النظام الأمريكي<sup>(٢)</sup>، فقد بات المجلس كياناً دستورياً من الطراز الأول، لا يقل دوره أهمية في توجيه محاكم ومجالس الدستورية حول العالم، عن دور المحكمة العليا الأمريكية.

وهو ما يؤكد أحد الكتاب إذ يقرر أن المجلس الدستوري الفرنسي قد تجاوز التصور الأولي الذي كان سائداً وقت نشأته، والمتمثل في أنه حام للبرلمان le conseil constitutionnel est le gardien du Parlement، حتى أصبح حامياً حقيقياً للدستور gardien du Constitution، بل وبالرغم من خصوصية الطبيعة القانونية للمجلس إذ لا يتخذ هيئة المحكمة، هذه الهيئة التي عادة ما تجنح معها الهيئات القضائية إلى توسيع اختصاصاتها، فإنه قد نحا نحوها في تدعيم أوامر اختصاصه الرقابي<sup>(٣)</sup>.

سابعاً: الدور السياسي للقاضي الدستوري ومواكبة المستجدات في مجال رقابة الدستورية:

لم تعد فكرة "وطنية" مبادئ الدستورية، والتي سادت لحقب زمنية مديدة وقت أن ساد الاعتقاد في فكرة السيادة "التقليدية" قبل انتشار ظاهرة العولمة، لم تعد تصلح

(١) انظر:

⤵ Martin A. Rogoff: A Comparison of Constitutionalism in France and the United States, Maine Law Review, University of Maine School of Law, Vol. 49: 21, United States, 1997, p. 83.

(٢) انظر:

⤵ Pasquale Pasquino: The New Constitutional Adjudication in France; The Reform of the Referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model, Centre de Théorie et Analyse du Droit - Paris EHESS, France, p. 8 and next.

(٣) انظر في نفس المعنى: د. معتز القرقوري: في امتداد اختصاص القاضي الدستوري عند التعهد بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (الرقابة السابقة)، مقال منشور بجريدة المغرب الإلكترونية، بتاريخ ١٣ أكتوبر ٢٠١٧؛ الرابط التالي:

<http://ar.lemaghreb.tn/%D9%82>

أساساً لعمل القاضي الدستوري في استخلاص معنى الدستور، وقد فرضت ظاهرة العولمة على العديد من الدول حول العالم، سيما الآخذة في النمو السياسي، أن تعيد صياغة وثائقها الدستورية في ضوء ما تحويه وثائق الدساتير في دول "الهيمنة"؛ غشه وثمينه، حتى إن البعض قد يربط بين تأثير صناعة الدساتير بهذه الظاهرة كمسار إجباري التزمته هذه الدول، والتوجه السياسي للحكومات والتي عادة ما تضطرها أيضاً فكرة الهيمنة إلى التزام مسارات إجبارية، الأمر الذي قد يولد حالة من الشك حول عمل القاضي الدستوري في حال الرجوع إلى موطن الأفكار والقيم التي نقلت إلى دستوره الوطني؛ ليقف على منهج قاضيها الدستوري في استجلاء مفاهيمها ومعانيها.

فقد ساد الاعتقاد قديماً في وطنية المبادئ الدستورية "الخالصة"، وأن الدستور وقوانينه المكملة إنما يجسدان هوية الجماعة ويعكسان سيادتها بمفهومها "التقليدي"، ثم راح القاضي الدستوري الوطني يستقي دلالات النصوص من تطبيقات القضاء الدستوري المقارن التي بلغت شأواً من التقدمية؛ يصعب التكرار لها أو القضاء بأقل منها، الأمر الذي حدا البعض إلى الاعتقاد في "سياسية" عمله إذ لا يألو جهداً في استيراد أرقى المعاني؛ لتكون حلة عصرية لنصوص الدستور؛ ظنا منهم في أن ذلك يخرجهم عن طابعه الوطني.

وحتى لا يختلط الأمر على البعض، أقول بأنه طالما كان القاضي متقيداً في اطلاعه على تجارب الدستورية المقارنة، بثوابت النظام الدستوري الوطني، فلا مسوغ لنعت عمله بالدور السياسي؛ باعتبار أن طبيعة اختصاص الرقابة على الدستورية إذ يرد على حقوق وحرريات لها طابع عالمي، يفرض عليه ذلك<sup>(١)</sup>؛ إذ لا يعقل أن يظل القاضي الوطني عاكفاً على تطبيقات مستويات متدنية من المفاهيم والمعاني التي ينبغي أن تكتسيها النصوص الدستورية، في الوقت الذي يطبق فيه

(١) انظر في نفس المعنى:

⌘ Bui Ngoc Son: Globalization of Constitutional Identity, Washington International Law Journal Association, Vol. 26, No. 3, U.S.A, 2017, p. 464 and next.

نظرائه مستويات أعلى وأرقى، سيما وأن الفكرة الحقوقية مردها إلى فكرة "الإنسانية"، لا إلى فكرة "الجنسية". وعليه فقد بات مستقرًا لدى جمهور الفقه الدستوري أن للقاضي الدستوري الوطني أن يستعين باجتهد محاكم ومجالس الدستورية المقارنة في استخلاص معنى الدستور.

### الفصل الثالث

#### معييار الدور السياسي

#### ودوره في الحد من دعاوى تسييس رقابة الدستورية

#### تمهيد وتقسيم:

باديء ذي بدء، كثيرًا ما تنهم محاكم ومجالس الدستورية حول العالم بتسييس عملها، لمجرد أن يقصر فهم المتناول لأحكامها بالتقييم والتحليل عن تفسير ما تحويه من مبادئ في ضوء النظرية التقليدية لرقابة الدستورية. وعليه، فإن اعتماد معيار موضوعي للاستدلال على الدور السياسي للقاضي الدستوري، يحد كثيرًا من دعاوى التسييس التي طالما نالت من مكانة المحكمة في نفوس المتقاضين لديها، سيما في فترات الأزمات السياسية والانقسامات الداخلية؛ إذ عادة ما تدفع محكمة الدستورية ضريبة باهظة جراء لجوء الفرقاء السياسيين إليها؛ إذ تختص بالفصل في مسائل سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي. وهو الأمر الذي يستتبع اعتماد معيار موضوعي للاستدلال على الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ رغبة في دحض كثير من دعاوى التسييس الكيدية التي لا تقوى على أسس موضوعية تسوغها.

فمتى يُنسب الدور السياسي إلى أعمال القاضي الدستوري ووفقا لمعيار موضوعي؟ وما أثر هذا المعيار على مكانة رقابة الدستورية كركيزة أساسية لدولة القانون إذ يحد كثيرًا من دعاوى تسييسها؟ وهو ما نتناوله من طريق التقسيم التالي:

المبحث الأول: ضوابط نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري.

المبحث الثاني: دور المفهوم المعياري في الحد من دعاوى تسييس رقابة الدستورية.

## المبحث الأول

### ضوابط نسبة الدور

### السياسي إلى عمل القاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم:

إن القول بالدور السياسي، له من الخطورة ما يدعو إلى التحسب له والتريث في الإقرار بتوافره في جانب عمل القاضي الدستوري؛ لما له من عظيم الأثر في إضعاف ثقة المتقاضين في رقابة الدستورية كركيزة أساس لدولة القانون، وما يستتبعه ذلك من إضعاف ثقة الجماعة في الدستور شيئاً فشيئاً على إثر فقدان الثقة المطلوبة في الهيئة التي تقوم على أمر حمايته وصونه<sup>(١)</sup>.

وبناء عليه، لا يصح القول بتحقق الدور السياسي للقاضي الدستوري، إلا وفق ضوابط واضحة ومحددة تماماً، يمكن من طريقها الاستدلال على توافر هذا الدور حقيقة لا ظناً؛ فحالئذ فقط يتسنى الإقرار به. فما هي ضوابط نسبة هذا الدور إلى عمل القاضي الدستوري؟ هذا ما نعرض له تفصيلاً من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: انصراف إرادة القاضي إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية.

المطلب الثاني: انقطاع الصلة بين الأثر المترتب على حكم الدستورية واعتبارات "الدستورية".

### المطلب الأول

#### انصراف إرادة القاضي

#### إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية

باديء ذي بدء، ذكرنا آنفاً في مقام الحديث عن المفهوم المعياري للدور السياسي، أن وصف الدور السياسي لا يتوافر لعمل القاضي الدستوري، إلا أن

(١) للمزيد؛ انظر:

⌘ Jessica Conser: Achievement of Judicial Effectiveness through Limits on Judicial Independence: A Comparative Approach, north Carolina journal of international law and commercial regulation, Volume 31, Number 1, Article 5, Fall 2005, p. 314 and next.

تتصرف إرادته إلى ترتيب الآثار التي يربتها حكم الدستورية، على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم حتما من نصوصه؛ أي أن تتحرك إرادته في حيز محجوز بحسب الأصل لسلطة التشريع؛ دستورية كانت أو عادية؛ فحالئذ تنكسر فكرة المعيارية التي يقتضيها سمو الدستور كقانون أعلى من ناحية<sup>(١)</sup>، وتحتما طبيعة الصورة القضائية لرقابة الدستورية من ناحية أخرى.

وعليه، فإن توافر القصد لدى القاضي الدستوري إلى ترتيب الأثر السياسي الذي يخلفه حكم الدستورية، يعد عنصراً جوهرياً، لا يتسنى نسبة الدور السياسي إلى عمله إلا به. ويتوافر عنصر القصد في جانب القاضي باختياره أحد البدائل التي لا تفهم بالضرورة من الدستور، في الوقت الذي كان بإمكانه توجيه حكم الدستورية في مسار آخر يقبله منطق تأويل النصوص وتفسيرها؛ كما نعرف لاحقاً، وعليه، فإن خطأ القاضي في التأويل أو التفسير لا يتوافر به عنصر القصد، ومن ثم لا تتوافر به شواهد الدور السياسي الذي يقدح في نزاهته، والعبرة في ذلك بملاسات عمل القاضي ومدى دلالتها على عنصر القصد.

ولعل هذا العنصر الجوهري، هو ما يوسع من دائرة قانونية اختصاص الرقابة الدستورية، أي يضيق إلى حد كبير من دائرة الدور السياسي الذي يمكن أن ينسب إلى القاضي؛ فهو له بمثابة المعايير لمن أراد براءة من الكذب<sup>(٢)</sup>.

وحيث إن الأصل في مرجعية الآثار التي تترتب على كل حكم قضائي؛ دستورياً كان أو غيره، هي إرادة المشرع؛ باعتبارها التي تعكس إرادة الجماعة التي يُشرع باسمها ولصالحها، ورداً إلى أن دور القاضي هو تطبيق القانون لا إنشائه، كما هو مستقر فقهاً وقضاً، وبالتالي فإن الأصل في أية آثار تترتب على أحكام

(١) للمزيد؛ انظر:

⌘ Pavlos Eleftheriadis: The Constitution as Higher Law, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 04, United Kingdom, 2008, p. 6 and next.

(٢) المعايير هي التورية بالشيء عن الشيء؛ وفي المثل: "إن في المعايير لمنذوحة عن الكذب"؛ أي سعة؛ للمزيد؛ طالع شبكة الألوكة؛ الرابط التالي:

<http://www.alukah.net/sharia/0/77584/>

الدستورية أنها تنسب إلى إرادة المشرع؛ دستورياً كان أو عادياً. وهو ما تؤكد فكره الكاشفية التي تجعل من حكم القاضي، سواء بالدستورية أو بعدمها، كاشفاً عن وضع قانوني صحيح أو خاطيء، وليس منشأ لهذا الوضع، وهذا ما عليه جمهور الفقه والقضاء الدستوريين<sup>(١)</sup>.

وعليه، فإذا كان عمل القاضي محض عمل كاشف عن تعارض حقيقي بين نصوص التشريع المقضي بعدم دستوريته ونصوص الدستور، لا سبيل معه إلى التوفيق بينهما، كانت الآثار المصاحبة لحكم الدستورية معزوة في الأساس إلى إرادة الشارع، أما إذا كان التعارض بينهما ظاهرياً بما مؤداه إمكانية الجمع بينهما من طريق التفسير القضائي للدستور، ورغم ذلك آثرت المحكمة دحض هذه القرينة، ردت هذه الآثار إلى إرادتها، وأضحى القول سائغاً بأنها قد مارست دوراً سياسياً مما يُحظر عليها إتيانه، يعرض عملها للنقد والتجريح.

وعليه، فإن فكرة "القصد القضائي" إلى إحداث الأثر السياسي المترتب على حكم الدستورية، لا مجال لها في الفروض التي يكون معنى الدستور فيها متصلاً؛ لوجود النص الدستوري الصريح ووضوحه، إلا أن تزامم إرادة القاضي إرادة المشرع بالمخالفة لحكم الدستور، صراحة أو ضمناً.

وثم تساؤل دقيق يطرح في هذا الصدد، قوامه هل يفترض توافر القصد في جانب القاضي الدستوري، باعتبار أن البناء الفني لحكم الدستورية وتقدير ما يترتب عليه من آثار في واقع الجماعة حاضرًا ومستقبلاً، من المسائل الجوهرية التي تتطلب بذل عناية خاصة في تخريج حكم الدستورية قانوناً ومنطقاً، وبالتالي لا يمكنه القول بعدم انصراف إرادته إلى إحداث هذه الآثار، سيما وأن إثبات السبب الأجنبي غير متصور في عمل القاضي الدستوري؟!!

(١) إذ تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا في غير ما مرة على أن: "الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح..."؛ انظر حكمها في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق. د، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ م.؛ مكتبة حقوق الإنسان (الرقمية) جامعة منيسوتا الأمريكية.

والحقيقة أن ما يتوافر لأحكام الدستورية، من ضمانات جوهرية؛ عضويًا ووظيفيًا؛ أهمها: أن من يعكف على صياغتها وحبك صنعتها، قضاة متخصصون مهرة؛ جُبلوا على معيارية عمل القضاء<sup>(١)</sup>، يقلل من احتمالية تسلل الخطأ إليها، سيما بعد الذي أحرزه القاضي الدستوري المعاصر من تقدم غير مسبوق على طريق المشروعية الدستورية؛ نوعًا وكماً، وهو ما يقوى من وجاهة القول بافتراض عنصر القصد في جانب القاضي الدستوري. غير أن ما تحتمه الصفة البشرية لقضاة الدستورية من احتمالية أن يطرأ الخطأ على أعمالهم، وما تستتبعه قرينة الصحة التي تتمتع بها أحكام الدستورية كغيرها من أعمال السلطة العامة، إلى أن يثبت عكسها بالدليل القاطع، يقللان من وجاهة القول بافتراض عنصر القصد في جانب قضائتها؛ فهم حماة الدستور على الحقيقة. وعليه، فيتعين على من يقول بتوافر القصد في جانب القاضي الدستوري، ومن ثم اقترافه دورًا سياسيًا، أن يبرهن على ذلك بدليل قاطع، وإلا فالأصل في أحكام الدستورية، الصحة؛ أي "القانونية" لا "السياسية".

أما الفروض التي ينقطع فيها معنى الدستور، إما حقيقة أو حكمًا<sup>(٢)</sup>؛ حقيقة؛ لغياب النص الصريح الذي يفصل في المسألة محل النزاع، وحكمًا؛ لعدم وضوح النص القائم، وإذ يتسع المجال رحبا لإرادة القاضي، سواء بتفسير الغامض أو بتكملة الناقص، فإن التساؤل يثار حول طبيعة عمل القاضي في هذه الفروض؛ أيمتنع عن أعمال إرادته حتى لا يحل محل المشرع؛ فيتهم بإنكار العدالة، أم يتدخل لجبر قصور التشريع؛ دستوريا كان أو عاديا، فيتهم بإتيان دور سياسي مما ينافي فلسفة الصورة القضائية لرقابة الدستورية؟!

(١) للمزيد؛ انظر:

⊗ Sarang Vijay Damle: Specialize the Judge, Not the Court: a Lesson from the German Constitutional Court, Virginia Law Review, Vol. 91, U.S.A, 2005, p. 1291 and next.

⊗ Michael E. Solimine: the Fall and Rise of Specialized Federal Constitutional Courts, Journal of Constitutional Law, Vol. 17:1, U.S.A, p. 128 and next.

(٢) للمزيد حول فروض انقطاع معنى الدستور ودور القاضي الدستوري في إظهار الدستور متصل المعنى؛ حفظا لثقة الجماعة به؛ انظر للباحث: الملل السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطبيق بينهما، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

قلنا آنفاً، أن وصف الدور السياسي يتوافر لعمل القاضي الدستوري في الفروض التي لا تقدير له فيها؛ تلك التي يقتصر دوره فيها على إنفاذ إرادة المشرع؛ متى كانت واضحة صريحة لا لبس فيها ولا غموض، ومن ثم نسبة الأثار التي يرتبها حكم الدستورية إلى هذه الإرادة. أما الفروض التي يتسع فيها المجال لتقدير القاضي، إما بموجب النص الصريح أو لطبيعة النصوص التي تحكم المسألة محل النزاع؛ تلك التي ينقطع فيها معنى الدستور إلا أن يجتهد القاضي رأيه ولا يألو في جبر قصور النصوص؛ حتى لا يبدو الدستور، وهو القانون الأعلى والرمز الأسمى في نفوس الجماعة<sup>(1)</sup>، عاجزاً عن تلبية تطلعاتها، فإن ما يترتب على أحكام الدستورية من آثار في هذه الفروض، لا يدخل في المفهوم المعياري للدور السياسي، ولو نسبت هذه الآثار إلى الإرادة المباشرة للقاضي؛ فالأصل أن مردها إلى الإرادة المفترضة للمشرع في اللحظة التي يفصل فيها القاضي في المسألة محل النزاع، ولو كان القاضي هو من يرسم ملامحها، إلا أن يتجاوز حدود السلطة التقديرية المخولة له قانوناً، ووازع القاضي في الاستدلال عليها ملاسبات كل حالة على حده، ما انضبط عمله بالأصول المرعية في مباشرة اختصاص الرقابة على الدستورية.

فإرادة المشرع؛ دستورياً كان أو عادياً، على صورتين؛ صورة صريحة وهي التي تبدو جلية في أعمال الاختصاص المقيد للقاضي، وصورة ضمنية تكمن فيما تتحقق به مصلحة الجماعة في اللحظة التي تُطلب فيها عدالة الدستور لدى قاضيها الطبيعي؛ أي ما يفترض أن تتجه إليه إرادة المشرع لو أُتيحت له الفرصة للتشريع في اللحظة التي يفصل فيها القاضي في مسألة الدستورية.

ولا يقدر في وجهة طرحنا هذا، النقد الموجه إلى منطق مدرسة الشرح على المتن، كونها تجعل الدستور أو القانون مصدراً وحيداً للقاعدة الدستورية أو القانونية، وما يترتب على ذلك من تحكُّم عمل المشرع في إرادة القاضي إلى الحد الذي يجعل

(1) للمزيد؛ راجع:

Blerton Sinani: a Critical-Legal Overview of the Concept of Constitution as the Highest Legal-Political Act of the State in the Light of Constitutional-Juridical Doctrine, Faculty of Law of the South East European University, Republic of Macedonia, No Date, p. 2443.

منه مجرد آلة صماء لا إدراك لها<sup>(١)</sup>، أو مجرد بوق ينفخ فيه المشرع كما كان يكرس لذلك السيد "مونتسكيو" في وقت سابق؛ فقولنا بالإرادة المفترضة للمشرع في هذا المقام، لا يمثل إحياءً لفقّه هذه المدرسة، التي طالما وجّهنا له سهام النقد في دراستنا التأسيسية لدور القاضي الدستوري في تحقيق التوافق بين مدلولي الدستور<sup>(٢)</sup>؛ إذ تكرّس لتقديس النصوص وإلغاء إرادة القاضي<sup>(٣)</sup>، وسندنا في ذلك أن الإرادة المفترضة التي نقصدها ليست إرادة المشرع المفترضة وقت صدور الدستور أو التشريع، بل إرادته وقت طلب عدالة الدستور لدى قاضيها؛ فما دام أن شخصية المشرع دستوريًا كان أو عاديًا مستمرة باستمرارية شخصية الجماعة التي تنبثق عنها، فالبدهي أن إرادة المشرع مستمرة ومتأهبة لمواجهة مستجدات الجماعة؛ ردًا إلى أن قالب التشريع دستوريًا كان أو عاديًا، يفترض فيها أن تحمل في طيها مادة عصرية تعكس الإرادة الحاضرة للجماعة؛ أي أننا نكرس لمفهوم جديد لفكرة الإرادة المفترضة للمشرع؛ اتساقًا مع مقتضى نظرية "الدستورية الحية" التي يكرس لها فقّه الدستورية المعاصر<sup>(٤)</sup>.

ومن أمثلة الفروض التقديرية، في النظام الأمريكي، سلطة المحكمة العليا الاتحادية، في إيداء كلمة الدستورية في مدى مشروعية الوسيلة المستخدمة لتنفيذ أحكام الإعدام؛ إذ لم يصرح الدستور بعقوبة الإعدام ولم يحظرها في الوقت ذاته،

(١) للمزيد؛ راجع:

ج. د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨١، ص ٦٠؛  
ج. د. عصمت عبد المجيد بكر: مجلس الدولة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ت، ص ٢٠٥، ٢٠٦.

(٢) انظر للباحث: المدلول السياسي والقانوني للمستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التوافق بينهما، مرجع سابق، ص ١٠٢ وما بعدها.

(٣) حول الانتقادات التي وجهها جمهور الفقّه القانوني إلى فقّه المدرسة النصية، انظر:

ج. د. جميل الشرفاوي: مبادئ القانون، د. ن، ١٩٧٢، ص ٢٠٠؛

ج. د. عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، د. ن، ١٩٧٩، ص ٢٧٩؛

ج. د. سمير تناغر: النظرية العامة للقانون، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٧٥٤ وما بعدها؛

ج. د. علي حسين نجيدة: الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٨٢ وما بعدها.

(٤) للمزيد؛ انظر:

Jack M. Balkin: Framework Originalism and the Living Constitution, Northwestern University School of Law, Vol. 103, No. 2, U.S.A, 2009, p. 583 and;

Vicki C. Jackson: Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors, Fordham Law Review, Volume 75, Issue 2, Article 21, Harvard University's DASH Repository, England, 2006, p. 927 and next.

ومن باب أخرى لم ينظم كيفية تنفيذها؛ مكنفياً بإقرار مبدأ عام يحكم سلطة مشرعي الولايات في تحديد العقوبة المناسبة ووسيلة تنفيذها؛ فحظر — في التعديل الثامن<sup>(١)</sup> — "إنزال عقوبات قاسية وغير مألوفة بأي مواطن" *Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*، وهو الفرض الذي يتسع فيه مجال التقدير لإرادة المحكمة العليا في إقرار العقوبات التي يقرها مشرعو الولايات ووسائل تنفيذها<sup>(٢)</sup>، وقيد سلطتها التقديرية في هذا الفرض، هو معيار قسوة العقوبة وكونها غير مألوفة للمجتمع.

وعليه، فإن انتهاء المحكمة العليا<sup>(٣)</sup> إلى أن تنفيذ عقوبة الإعدام بـ "الحقن المميت"<sup>(٤)</sup>، وإن تسبب في الشعور بالألم، سواء بمحض الصدفة أو كنتيجة حتمية للموت، فإنه لا يشكل في حد ذاته خطر الإيذاء الذي لا يطاق، ومن ثم عدم ارتقاء هذه الوسيلة إلى مستوى العقوبة القاسية أو غير العادية المحظورة بموجب التعديل الثامن للدستور<sup>(٥)</sup><sup>(٦)</sup>. فلئن كان هذا التقدير يجسد إرادة قضاتها، على الحقيقة، فإنه لا

(١) إذ ينص على أن:

*"Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted"*.

(٢) جدير بالذكر أن المحكمة ذاتها كانت قد أقرت طريقة "الرمي بالرصاص" كوسيلة لتنفيذ حكم الإعدام في ولاية أخرى، في وقت سابق.

(٣) في قضية *Baze v. Rees*، والتي تتلخص وقائعها في أن السيدين *Ralph Baze & Thomas K. Bowling* المدرجين في قائمة الانتظار في تنفيذ عقوبة الإعدام بواسطة الحقنة المميتة في ولاية كنتاكي، كانا قد دفعا بأن طريقة "الحقن المميت" التي تستعملها ولاية كنتاكي تمثل انتهاكا لحقوقهم الدستورية المضمونة بالتعديل الثامن للدستور، استناداً إلى ما خلصت إليه دراسة علمية من أن المحقون حقناً مميتاً قد يشعر بالألم يفوق طاقته، بيد أنه لا يستطيع الإفصاح عنه تحت وطأة التركيبة الكيميائية المستعملة؛ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في:

♦ *Case of Baze v. Rees, U. S. (07-5439), January 7, 2008; Cornell University Law School, Legal Information Institute.*

(٤) مودى هذه الطريقة — المعتمدة في ست وثلاثين ولاية أمريكية — أن يحقن المحكوم عليه بالإعدام بتركيبة كيميائية ثلاثية العناصر، أولها مخدر، والثاني يوقف عمل عضلات الجسم عدا القلب، والثالث يوقف عضلة القلب فتحدث الوفاة.

(٥) انظر:

⤵ *Harvey Gee: Eighth Amendment Challenges After Baze v. Rees: Lethal Injection, Civil Rights Lawuits, and the Death Penalty, Boston College Third World Law Journal, Vol. 31:217, United States, 2011, p. 217;*

⤵ *Carol S. Steiker & Jordan M. Steiker: Miller v. Alabama: Is Death (Still) Different?, OHIO State Journal of Criminal Law, Vol 11:1, United States, 2013, p. 37.*

(٦) جدير بالذكر أن تنفيذ بعض حالات الإعدام بواسطة "الحقن المميت"، وتحديدًا في ولايتي كاليفورنيا وفلوريدا، استغرق ما يزيد على نصف الساعة تقريباً حتى تحدث الوفاة، وهو ما حدا إلى دراسة هذه الطريقة من الناحية الفنية، فأنهى الباحثون إلى أن الكمية التي يحقن بها المحكوم عليه، ربما لا تكون كافية للحيلولة دون شعوره بالألام الناجمة عن استعمالها، وربما تحول كمية المخدر دون صراخ المحكوم عليه، الذي يعاني ألماً شديداً وقاسية ولكنه لا يستطيع الإفصاح عنها، وقد أثير جدل واسع بين الحقوقيين حول الأثر الطبي لكمية المخدر المستعملة في هذه الطريقة، كان سبباً من وراء تقرير المحكمة العليا وقف تنفيذ عقوبة الإعدام بطريقة الحقن المميت إلى أن تثبت آثارها الحقيقية، للتثبت مما إذا كانت تعد عقوبة قاسية وغير مألوفة يحظرها التعديل الثامن للدستور من عدمها.

ينطوي على دور سياسي؛ رداً إلى أن هذا التقدير داخل في حدود اختصاصها الرقابي، وهو ما يحمل على الإرادة المفترضة للمشرع.

ومن الفروض التقديرية، في النظام القانوني المصري، سلطة المحكمة الدستورية العليا في إيداء كلمة الدستورية في مفهوم "الهيئة ذات الاختصاص القضائي" التي يجوز لها — إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع الذي تفصل فيه — أن توقف نظر الدعوى وتحيل الدعوى إليها للفصل في المسألة الدستورية<sup>(١)</sup>؛ إذ لم يحدد المشرع العادي ماهية الهيئة ذات الاختصاص القضائي، وهو ما يفسح مجال التقدير لإرادة المحكمة في تحديده؛ حتى إذا ما قُدِّرت أن هيئة ما ذات اختصاص قضائي، بناء على معايير موضوعية مستساغة لدى جمهور الدستوريين، كان عملها "قانوني" ولو انطوى على تقدير تُنسب آثاره إلى إرادتها على الحقيقة؛ فالأصل — كما أسلفنا — أن آثار هذا التقدير تنسب إلى الإرادة المفترضة للمشرع الدستوري.

وعليه، فإن انتهاء المحكمة الدستورية العليا، في قضية "قانون العزل السياسي" الشهيرة<sup>(٢)</sup>، إلى أحقية اللجنة العليا للانتخابات الرئاسية، باعتبارها "هيئة ذات اختصاص قضائي"، في الإحالة إليها للفصل في مدى دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢م إذ تقرر وقف مباشرة الحقوق السياسية لكل من عمل رئيساً للجمهورية أو نائباً لرئيس الجمهورية أو رئيساً للوزراء، خلال العشر سنوات السابقة على ١١ فبراير ٢٠١١م، وذلك لمدة عشر سنوات تالية لهذا التاريخ؛ كونها حقيقة بهذا الوصف<sup>(٣)</sup>، فإن عمل المحكمة في هذه القضية لا يتسنى

(١) إذ تنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة ١٩٧٩م على أن: "تولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وعلى الوجه التالي: (١) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الدعوى بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية...".

(٢) القضية رقم ٥٧ لسنة ٣٤ ق. د، جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢م؛ إذ حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بشأن تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، ويسقط نص مادته الثانية.

(٣) إذ تقرر المحكمة ما نصه: "وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية، وبين غيرها من الأعمال التي تلتبس بها، إنما يقوم على مجموعة من العناصر، قد لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعي، ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائي ولما يُعد جهة قضاء، ومن بينها: أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين، يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محدداً بقانون، وليس بأداة تشريعية أخرى، وأن

وصفه بالسياسي، ولو كان هذا التكييف ينسب إلى الإرادة المباشرة لهيئة المحكمة، إلا أن يعد استخلاصها لهذا الوصف غير مستساغ لدى جمهور الدستوريين.

والحقيقة، في تقديرنا، أن عمل المحكمة في هذا الفرض لم يخرج عن حدود "قانونية" اختصاصها الرقابي؛ فقانون العزل السياسي بما يتضمنه من عقوبات تشريعية مقنعة<sup>(١)</sup>، يخالف الدستور مخالفة صريحة إذ يقر مبدأ المحاكمة العلنية العادلة والمنصفة، واللجنة العليا للانتخابات الرئاسية، بقاماتها القضائية الكبيرة، جدرة بوصف الهيئة ذات الاختصاص القضائي في ضوء ما استقر عليه الاجتهاد القانوني من توافق هذا الوصف في جانب لجان أخرى، قد لا يتوافق لها ما لهذه

يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذي يلزم أن تتوفر في أعضائه ضمانات الكفائية والحيدة والاستقلال، وأن يُعَد إليها بسلطة الفصل في خصومة، بقرارات حاسمة، لا تخضع لمراجعة أية سلطة غير قضائية، دون إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها، والتي تقوم في جرورها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق نفع أطرافها وتمحيص ادعاءاتهم، على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية، مبلوراً لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها. وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠، قد أفصح عن الطبيعة القانونية للجنة الانتخابات الرئاسية، بما نص عليه في صدر الفقرة الأولى من المادة (٢٨) من أن "تتولى لجنة قضائية عليا، تسمى لجنة الانتخابات الرئاسية، الإشراف على انتخابات رئيس الجمهورية، بدءاً من الإعلان عن فتح باب الترشيح وحتى إعلان نتيجة الانتخاب". وفضلاً عن ذلك فقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ذاتها بيان تشكيل تلك اللجنة، بقصره على العناصر القضائية - على خلاف ما كان عليه الأمر في المادة (٧٦) من دستور سنة ١٩٧١ المعطل العمل بأحكامه - إذ نصت على أن: "تشكل اللجنة من رئيس المحكمة الدستورية العليا رئيساً، وعضوية كل من رئيس محكمة استئناف القاهرة، وأقدم نواب رئيس المحكمة الدستورية العليا، وأقدم نواب رئيس محكمة النقض، وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة". وهو ما رددته أيضاً الفقرة الأولى من المادة (٥) من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية، المعدل بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢. وهكذا، تكون قد توافرت في هذا التشكيل ضمانات الكفائية والحيدة والاستقلال، لكونه مضموراً على عناصر قضائية خالصة، تم اختيارها ليس على أساس شخصي، وإنما بحكم مناصبهم الوظيفية. ومن جانب آخر، فإن اختصاصات تلك اللجنة - الإدارية منها والقضائية - فصلتها مواد القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ المشار إليه، كما وأن اللجنة تتمتع في ممارسة جميع اختصاصاتها بالاستقلال، ولها شخصية اعتبارية عامة، وموازية خاصة تدرج ضمن الموازنة العامة للدولة، وذلك على نحو ما نصت عليه المادة (٦) من القانون ذاته. وتبت اللجنة في الأئزعة القضائية التي تدخل في اختصاصها، ممثلة في التظلم المقدم ممن لم تقبل أوراق ترشيحه، والطعون المقدمة من المرشحين في قرارات اللجان العامة، وفقاً لنص البند (١١) من الفقرة الأولى من المادة (٨)، والفقرة الثانية من المادة (١٦)، والفقرة الثانية من المادة (٣٦) من القانون المشار إليه، وذلك بعد سماع أقوال المتظلم أو الطاعن، أو إخطاره للمثول أمامها وتخليه عن الحضور، بما يوفر الضمانات القضائية الرئيسية، من خلال إتاحة الفرص المتكافئة للمرشحين في التظلم والطعن، وتحقيق دفاعهم أمام اللجنة، على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً، ليكون قرار اللجنة على هذا النحو مؤكداً للحقيقة القانونية، مبلوراً لمضمونها في مجال موضوع التظلم أو الطعن المعروف عليها. وترتيباً على ما تقدم، فإن لجنة الانتخابات الرئاسية في خصوص اختصاصها القضائي يتوافق فيها المعياران الشكلي والموضوعي لما يُعد هيئة ذات اختصاص قضائي، على النحو الذي عناه المشرع في نص المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المشار إليه، وقد استوفى قرارها الصادر بأجالة الأوراق إلى هذه المحكمة اللص في دستورية النص المحال، سائر الشروط الشكلية المقررة لاتصال الدعوى المعروضة بالمحكمة الدستورية العليا، فكان اتصالها بها متوافقاً والأوضاع المعمول بها أمامها؛ حكمها في الدعوى رقم ٥٧ لسنة ٣٤ ق. د، جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢؛ سالف الذكر.

(١) فالنص الطعن، وإذ يرتب الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية لمدة عشر سنوات لكل من شغل منصباً سياسياً في الوظائف التي حددها، يكون قد تضمن جزءاً جنائياً يوقع تلقائياً، دون حكم قضائي، بما يمثل افتتاتاً تشريعياً على الاختصاص المحجوز لسلطة القضاء، بالمخالفة لنص المانتين ١٩، ٤٦ من الإعلان الدستوري المعمول به وقتئذ؛ إذ تنص مادته التاسعة عشرة في فقرتها الثانية على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي،..."، وتنص مادته السادسة والأربعون على أن: "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون"، وهو ما ينطوي على إهدار لأصل هذه الحقوق، ويمثل اعتداء عليها، بجوارز حدود دائرة تنظيم الحقوق التي يملكها المشرع، الأمر الذي يضحى معه ذلك النص، وما تضمنه من أحكام، مصادماً لنصوص الإعلان الدستوري؛ انظر في نفس المعنى؛ حكم المحكمة سالف الذكر.

اللجنة<sup>(١)</sup>). وعليه، فإن المحكمة لم ترتب آثاراً تنسب إلى إرادتها على غير مقتضى الدستور، ولكن الظرف السياسي الدقيق الذي صدر الحكم في ظله، هو ما حد الكثيرين من السياسيين إلى توجيه تهمة الدور السياسي إلى هيئة المحكمة؛ ويكأن لسان حالهم كان يخاطب المحكمة أن تأتي دوراً سياسياً صريحاً بأن تقضي بغير ما يفهم حتماً من نصوص الدستور!!

كما أن انتهاء المحكمة الدستورية العليا، في القضية الشهيرة بـ"تصويت العسكريين" في الانتخابات النيابية<sup>(٢)</sup>، إلى أحقية رجالات الجيش والشرطة في مباشرة الحق الدستوري في المشاركة في عملية الاقتراع العام؛ عزواً إلى عمومية النص الدستوري الذي لم يستثن طائفة أو فئة ما من مباشرة الحق المفترض لكل مواطن في الإدلاء بصوته في اختيار ممثلي الشعب، لا يمكن حمله — قانوناً — على أنه دور سياسي، ولو كانت هيئة المحكمة تبطن خلاف ذلك وقتئذ؛ فقد سبق أن أشرنا إلى امتناع الخوض في خفايا النفس، طالما كان التخريج القانوني لحكم الدستورية مستساغاً لدى جمهور الدستوريين.

وبعيداً عن الجدل السياسي الذي أثير حول هذا القرار فور صدوره، فلو لم تثر المحكمة مسألة أحقية العسكريين في التصويت، على ما لها من آثار جد خطيرة آنئذ، لكان الأثر المترتب على قرار الدستورية في هذه الحالة معزواً إلى إرادة قضاتها؛ باعتبار أن إرادة الجماعة منصرفة في العموم إلى تمكين كافة شرائحها من مباشرة الحق في المشاركة في عملية الاقتراع العام، إلا أن تقيدها، عبر قناة التشريع الدستوري، ومن ثم فإن إعفاء أي فئة من مباشرة هذا الحق؛ عسكرية كانت أو مدنية أو غيرها، على غير مبرر موضوعي؛ دائم أو مؤقت، يمثل انتقاصاً لحق دستوري أصيل لم يرد الشارع الدستوري تقييده. وعليه فإن الأثر المترتب على هذا القرار، والذي حدا الكثيرين من السياسيين وبعض القانونيين إلى وصف عمل المحكمة

(١) فالقرارات التي تصدرها اللجنة - وفقاً لصريح نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٨) من الإعلان الدستوري، والفقرة الثانية من المادة (٨) من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بشأن تنظيم الانتخابات الرئاسية والمعدل بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢م - نهائية ونافذة بذاتها، غير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أية جهة، كما لا يجوز التعرض لقراراتها بوقف التنفيذ أو الإلغاء. (٢) قرارها رقم ٢ لسنة ٢٥ قضائية "رقابة سابقة"، الجريدة الرسمية، العدد ٢١ مكرر (أ)، بتاريخ ٢٦ مايو سنة ٢٠١٢م.

بـ"الدور السياسي"، معزو في الأساس إلى إرادة المشرع الدستوري، لا إلى إرادة قضاة الدستورية، ولو كانت هيئة المحكمة تضم شيناً ما في بواطنها؛ ما دامت العبرة بقدرة النصوص على حمل التأويل الذي أولته المحكمة، وهو ما يعد متوفراً في هذه القضية.

وهو ما يأخذنا إلى نقطة دقيقة للغاية، طالما تردد الكثيرون في إبداء رأي صريح فيها، وأخطأ الكثيرون من الباحثين الجدد في إصدار أحكام جزافية على عمل القاضي فيها، ألا وهي "الموازنات" أو "المواءمات" التي يجريها القاضي الدستوري<sup>(١)</sup>؛ ترجيحاً بين المصالح التي تتنازع حماية الدستور، في الفروض التي يلتزم فيها القاضي حدود السلطة التقديرية المخولة له دستورياً؛ إذ يعتقد الكثيرون في "سياسية" عمل القاضي في كل مناسبة يفاضل فيها بين بدائل مشروعة؛ جديرة كلها بحماية الدستور، ويكأن لسان حالهم ينطق بأن القاضي قد خرج على طبيعة عمله الآلي الذي لا تقدير له فيه!!

فالأصل أن عمل القاضي في فروض السلطة التقديرية أو الاختصاص التقديري، داخل في مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي، وإلا كان تخويله سلطة التقدير، بحكم طبيعة النصوص الدستورية أو لامتناع المشرع عن تقييده، درباً من العبث، نربأ بسلطة التشريع عنه؛ دستورية كانت أو عادية، ولكان رجال الإدارة إذ يباشرون أعمالاً تقديرية، ولا ينسب إليها الدور السياسي، أفضل من قضاة الدستورية، أو لأضحت أعمال الإدارة التي تحوز وصف القرارات الإدارية وتخضع لرقابة القضاء الإداري، حقيقة بوصف الدور السياسي، ولاستسيغ القول — جديلاً — بامتناع رقابة القضاء عليها؛ كونها ذات طبيعة سياسية<sup>(٢)</sup>!!

وعليه، فلا توجس ولا حرج، البتة، في القول بأن الموازنات التي يجريها القاضي الدستوري، بغرض الترجيح بين المصالح المتداخلة أو المتعارضة، والجديرة

(١) فقد انعكست النظرة التقليدية إلى معيارية عمل القاضي الدستوري، وقياسها على معيارية أعمال قضاة المحاكم العادية، وقت أن قيس الدستور على القوانين العادية في الحقبة الشكلية، على تكيف بعض الباحثين الجدد لهذه الموازنات أو الترجيح بين الدلائل على أنها دور سياسي؛ باعتبار أنها من جنس الأعمال التي تنهض بها السلطة السياسية.

(٢) راجع تفصيلاً التفرقة بين المعنى العام والمعنى الخاص لمصطلح "سياسي"، ص ٥٤ وما بعدها.

بحماية الدستور، لا يتوافر بها وصف الدور السياسي للقاضي الدستوري، طالما التزم القاضي حدود الاختصاص التقديرية المخول له دستورياً.

أما وصف الدور السياسي، وفقاً للمعيار الذي نكرس له، فيتوافر لعمل المحكمة الدستورية العليا في قضية "الخصخصة" الشهيرة<sup>(١)</sup>؛ إذ انصرفت إرادتها واضحة جلية إلى ترتيب آثار سياسية لا يفتضيهما الدستور ولا تفهم حتماً من نصوصه. وهو الأمر الذي يؤكد جمهور الدستوريين إذ يقررون أن ما يفهم من نصوص الدستور القائم وقتئذٍ، هو انصراف إرادة المشرع الدستوري إلى إقرار الاشتراكية كنهج اقتصادي<sup>(٢)</sup>. غير أن المحكمة تبنت تأويلاً غير سائغ قانوناً أو منطقاً؛ قوامه الربط بين غاية الدستور وغاية النظام الاقتصادي الذي لم يكرس له صراحة، متجاهلة النهج التي يقره الدستور لبلوغ هذه الغاية، وأن بلوغها مرتين باتباع هذا النهج، وإلا فليس ثم وجه للفرقة بين الرأسمالية والاشتراكية من الأساس، طالما أن كلا منهما محققة أهداف الأخرى!!

وعليه فإن الأثر السياسي المترتب على هذا الحكم، والذي حدا الكثيرين من السياسيين والقانونيين إلى وصف عمل المحكمة — بحق — بالدور السياسي<sup>(٣)</sup>، معزواً في الأساس إلى إرادة قضاة المحكمة لا إلى إرادة المشرع الدستوري.

وجدير بالذكر أن الأثر المترتب على حكم الدستورية، قد لا يكون معزواً لا إلى إرادة المشرع، ولا إلى إرادة القاضي، وإنما تقف من ورائه ظروف وملابسات لم يتسن للأول التحسب لها حال التشريع، ولا يستساغ للثاني الاعتداد بها بالمخالفة للأصول المرعية في مباشرة اختصاص الرقابة على الدستورية؛ كأن يصدر حكم

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق. د، بجملة ١ نوفمبر ١٩٩٧؛ الجريدة الرسمية، العدد ١٧ (تابع)، بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٩٧ م.

(٢) إذ تنص المادة الرابعة من الدستور على أن:

"الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي الديمقراطي القائم على الكفائية

والعدل، بمن يحول دون الاستغلال ويؤدي إلى تقريب الفوارق بين الدخول،...".

(٣) انظر في نفس المعنى:

كـ د. محمد محمد عبد اللطيف: الرقابة على دستورية قوانين الخصخصة، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٨، ص ١٥٣؛

كـ د. محمد محمد عبد اللطيف: النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٦؛

كـ د. جابر جاد نصار: عقود البوت B. O. T. والتطور الحديث لعقد الائتزام؛ دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الائتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٧٤ وما بعدها.

الدستورية، سواء بإقرار قرينة الدستورية في جانب التشريع الطعين أو بنفيها عنه، تزامناً مع بعض الظروف السياسية التي من شأنها أن تجعل منه حدثاً مثيراً للجدل من قبل الخاصة والعامة على حد سواء.

والمثال الأشهر على ذلك، حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية "قانون العزل السياسي" التي أشرنا إليها آنفاً؛ إذ حدا الظرف السياسي القائم وقتئذٍ كثيراً من السياسيين، بل والقانونيين أيضاً، إلى توجيه اللوم إلى مسلك المحكمة كونها التزمت الأصول المرعية في استخلاص معنى الدستور، وراح نفر من غير المتخصصين يكرسون لما أسموها — وقتئذٍ — بـ"الشرعية الثورية"، مطالبين المحكمة باعتمادها مرجعاً لرقابة الدستورية في هذا الظرف. ولو فعلت المحكمة وأقرت تشريعاً يحمل عقوبات مقنعة، لوقر في ضمير الدستوريين تجاه مسلكها، ما يقر في الضمير الجمعي للدستوريين حول العالم تجاه مسلك المحكمة العليا الأمريكية في الحقبة الشهيرة بـ"حكومة القضاة"<sup>(١)</sup>.

ويبدو هذا المعنى بجلاء تام في القضية الشهيرة بقضية "حل برلمان ما بعد الثورة"<sup>(٢)</sup>؛ فالظرف السياسي الدقيق الذي صدر فيه الحكم بعدم دستورية بعض نصوص المرسوم بقانون رقم ١٠٨ لسنة ٢٠١١م، والمرسوم بقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠١١م، والمرسوم بقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠١١م، وما ترتب عليه من بطلان تشكيل البرلمان، هو ما أحدث الضجة الكبرى التي أثرت حول هذا وجهة هذا الحكم؛ وآية ذلك أن المحكمة قد قضت بأحكام مماثلة في وقائع سابقة<sup>(٣)</sup>، ولم يحدث ما حدث عقب صدور هذا الحكم الأخير من تشويه لمكانة المحكمة الدستورية واتهامها بالتسييس!! فما جريرة القاضي الدستوري في أن الدولة تعاني ظرفاً دقيقاً؛ أكان الناس

(١) انظر في نفس المعنى:

John Ferejohn: Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence, Southern California Law Review, Vol. 72, U.S.A, 1999, p. 354 and next.

(٢) القضية رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق. د، جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢م؛ الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ تابع (أ)، بتاريخ ١٤ يونيو ٢٠١٢م.

(٣) فقد حل البرلمان قبل هذا التاريخ ثلاث مرات؛ في الأعوام ١٩٨٤ و ١٩٨٧ و ١٩٩٠؛ كإثر لأحكام عدم الدستورية.

يُتوقَّون إلى أن تخالف المحكمة مسلكها المتواتر فيكون عملها محض تجسيد لفكرة الدور السياسي التي انتقدت من طريقها؟!)

وعليه، فإن القول بحتمية التلازم بين الدور السياسي للقاضي الدستوري، والأثر السياسي لأحكامه، محل نظر؛ فثمة آثار سياسية تترتب على حكم الدستورية بحكم الواقع أو الظروف التي تزامن صدوره، لا تستمد مصدريتها من إرادة المشرع؛ صريحة كانت أو ضمنية، حقيقية كانت أو مفترضة، ولا من إرادة القاضي؛ لانقضاء توسط إرادته بين إرادة المشرع والوقائع التي أثارت اختصاص رقابة الدستورية، واقتصار دوره على تطبيق الدستور، وانقضاء القوة الخلافة في جانب عمله<sup>(١)</sup>؛ إذ ليس ثم عمل إبداعي ينسب إلى إرادته، ومن ثم فمن البدهي أن لا ينسب الأثر السياسي إلى إرادة القاضي.

وخلاصة ما سبق، أن عزو آثار أحكام الدستورية سواء المستندة إلى أعمال الاختصاص المقيد أو إلى أعمال السلطة التقديرية للقاضي، إلى إرادة المشرع؛ دستوريا أو عاديا، صريحة كانت أو مفترضة، ينفي شبهة الدور السياسي للقاضي الدستوري، ما التزم حدود اختصاصه الرقابي؛ مقيِّدًا كان أو تقديريًا. ما مؤداه أن فروض الدور السياسي للقاضي الدستوري تنحصر في الحالات التي يخرج فيها القاضي عن حدود اختصاصه ذي الطبيعة "القانونية"، وهو ما يؤيد قولنا بأن نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري، سيصبح فرضا نادر الحدوث وفقا للمعيار الذي نكرس له في بحثنا هذا، وهو ما يتضح أكثر فأكثر حال الحديث عن الشرط الثاني لنسبة هذا الدور إليه.

(١) بيد أن هذا القول لا يصدق إلا إذا أقرنا بأن عملية الرقابة الدستورية هي عملية شكلية قوامها المضاهاة بين نصوص القانون الأدنى ونصوص القانون الأعلى؛ بغية الانتصار للأخيرة على حساب الأولى، وذلك في الأحوال التي تتطلب فيها دلالاتي الدستور القانونية والسياسية، والتي لا تدخل في إطار بحثنا، باعتبار أنه ليس من المستساغ أن نبحث في مسألة لا تثير مشكلة بحس الأصل، لطالما أن نصوص الدستور تنطق بالإرادة الحقيقية للجماعة الحالية.

## المطلب الثاني

### انقطاع الصلة بين اعتبارات

### للمدستورية لله والأثر السياسي لحكم الدستورية

تقدم القول أن نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، مرتبهة بانحسار بساط "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية عن الآثار التي يخلفها حكم الدستورية مما لم تتصرف إليها إرادة المشرعين الدستوري والعادي، فتبدو هذه الآثار وكأنها وليدة إرادة القاضي الدستوري وحدها، ولا تمت بصلة لمراد المشرعين الدستوري والعادي الكامن في نصوص الدستور والقانون. فقد أسلفنا أن توافر القصد الذي يتوافر به الدور السياسي في جانب القاضي الدستوري، لا يثبت إلا بثبوت انقطاع الصلة بين هذا المراد وتلك الآثار<sup>(١)</sup>.

غير أن القول بانحسار بساط "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية عن الآثار التي يخلفها حكم الدستورية ولا يمكن عزوها إلى إرادة المشرع، ليس بالقول الواضح، وإنما يحتاج إلى بيان وافٍ وتفصيل شافٍ؛ فمتى تضيق "قانونية" رقابة الدستورية ذرعاً بالآثار التي يخلفها حكم الدستورية، سيما ونحن نقول في بحثنا هذا بتطور مفهوم هذه "القانونية" ومن ثم اتساع نطاقها؟!

هذا هو ما يأخذنا إلى فكرة "اعتبارات القانون الدستوري"، أو "اعتبارات القانون" في مجال رقابة الدستورية، أو بعبارة أخرى "اعتبارات الدستورية"؛ حيث الوقوف على المقصود باعتبارات "الدستورية"، ومدى إسهام القاضي الدستوري في بلورة مفهومها، ولو كان له ثمَّ إسهام له في ذلك، فهل يعد عمله هذا داخلًا في مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي أم يعد مقترفاً لعمل من جنس أعمال التشريع فيكون حقيقاً بوصف الدور السياسي؟؟

وردًا على الشق الأول من هذا التساؤل، أقول بأديء ذي بدء، بأن مفهوم "اعتبارات القانون" في مجال رقابة الدستورية، لا يختلف كثيرًا — في عموميته

(١) إذ تنص المادة ١٨٦ من دستور ٢٠١٤م على أن: "القضاة مستقلون غير قابلين للعزل، لا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون،...؛" وتنص المادة ١٩٥ على أن: "...، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

واستعصائه على التحديد الدقيق — عن مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية الذي عرضنا له آنفاً، بل لو كان لنا أن نقف على مدلول واضح ومحدد لهذه "القانونية"، لكان من اليسير الوقوف على المعنى المباشر لمصطلح "اعتبارات القانون الدستوري" أو "اعتبارات الدستورية". بيد أن إقرارنا بهذا لا يحول دون محاولة وضع تصور لما قد يرمز إليه هذا المصطلح!

فالمفهوم البدهي لاعتبارات القانون، والدستور فرعاً، وفق المفهوم الواسع للقانون، هو أن يتقيد القاضي في تطبيق القانون/الدستور بمراد المشرع الكامن في النصوص، من غير مخالفة أو تعديل أو تعطيل؛ فلا ينسب إلى إرادة المشرع ما ليس منها ولا ينتقصها شيئاً يفهم من النصوص بالضرورة.

غير أن الاحتكام في تحديد مفهوم "اعتبارات الدستورية"، أو "اعتبارات القانون الدستوري"، إلى مفهوم "اعتبارات القانون" العادي، قد يعيدنا كرة أخرى إلى الحقبة الشكلية Formalist Age<sup>(١)</sup> التي نُظر فيها إلى القواعد الدستورية من منظور محاكم القانون العام إلى القواعد التي تطبقها<sup>(٢)</sup>. ومن ثم، فما ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار، أن مفهوم اعتبارات القانون في مجال رقابة الدستورية، أوسع منه في مجال رقابة القضاء على أعمال الإدارة<sup>(٣)</sup>؛ باعتبار أن مسألة الدستورية اعتباراتها أكثر تبايناً وتداخلاً وتعاضاً منها في مسائل الإدارة، فضلاً عما تتسم به النصوص الدستورية من عمومية وإيهام.

وكما يقرر أحد الكتاب أن التساؤلات حول دور القاضي الدستوري، وعلى حسب ما فهمها المفكر الكبير السيد Dahl في دراسته القيمة حول دور القاضي

(١) للمزيد؛ انظر:

⌘ R. Randall Kelso: Separation of Powers Doctrine on the Modern Supreme Court and Four Doctrinal Approaches to Judicial Decision-Making, Pepperdine Law Review, Volume 20, Issue 2, Article 6, United States, 1993, p. 532.

(٢) للمزيد؛ انظر:

⌘ Richard S. Kay: Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation, Northwestern University Law Review, Vol. 103, No. 2, United States, 2009], p. 408.

(٣) انظر في نفس المعنى:

⌘ Dieter Grimm: Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: between law and politics, op. cit, p. 17.

الدستوري في صناعة السياسة، لم تكن فلسفية أو فقهية فحسب، بل أيضا تجريبية؛ أي يختبر دوره من خلال التاريخ والحقائق Dahl understood that questions about the role of the Court were not only philosophical and jurisprudential, but also empirical, to be tested by historical and factual examination<sup>(١)</sup>، وبالتالي فإن اعتبارات القانون الدستوري "المجردة" — قياسًا على اعتبارات القانون المجردة — لا تصلح للقول بحاكميتها لفكرة "قانونية" رقابة الدستورية، بل تتسع هذه الاعتبارات ومن ثم نطاق هذه القانونية لتستوعب اعتبارات الواقع أو متغيراته بما يجعل من نصوص الدستور قابلة لاستيعاب كافة الفروض التي لم يك في استطاعة السلطة التأسيسية الأصلية أو المنشأة التحسب لها في مرحلة وضع الدستور أو تعديله. ولعل هذا التفسير هو ما يتفق مع فكرة "الدستورية التجدة" التي يُكرس لها حديثًا.

وكما قلنا سلفًا بأن مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، قد تأثر سلبًا بالنظرة التقليدية إلى رقابة الدستورية في مراحلها الأولى والتي ساد فيها الاعتقاد في كونها لا تعدو سوى مقابلة حرفية بين الدستور والتشريعات التي تدنوه، وما استتبعه ذلك من تضيق نطاقها، فإن مفهوم "اعتبارات القانون" قد تأثر أيضًا بهذه النظرة؛ فوجدنا كثيرًا من الباحثين يختزلون مفهومها في اعتبارات القانون المجردة؛ أي تلك التي تستفاد من ظاهر النصوص، والتي كانت هي الأخرى من وراء جمود فقه الدستورية في أحيان كثيرة تأثرًا بجمود القانون.

وعليه، فإن ما ينبغي أخذه بعين الاعتبار في تحديد مفهوم "اعتبارات الدستورية"، الاتجاه المتزايد للقاضي الدستوري المعاصر إلى التوسع في مفهوم الكتلة الدستورية Bloc constitutionnel<sup>(٢)</sup>؛ كأثر طبيعي لتطور أدوات الرقابة على

(١) انظر:

Gerald Rosenberg: The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, Journal Articles Faculty Scholarship, University of Chicago Law School, USA, 2001, p. 617.

(٢) انظر: د. برفوق عبد العزيز: مقارنة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي برباح ورقلة، الجزائر، العدد التاسع، جوان ٢٠١٣، ص ٢ وما بعدها.

الدستورية، وهو ما يرتب نتيجتين جوهريتين؛ أولاهما: أن كثيراً مما ينسب إلى القاضي من إتيان دور سياسي وفقاً للنظرة التقليدية التي كانت تختزل مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية في مجرد المقابلة الشكلية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع الأدنى، قد بات محل نظر؛ فقد اتسع نطاق "قانونية" اختصاصه الرقابي ليسع كثيراً مما حُظر عليه في أول عهده به؛ بدعوى انبثاق إرادة البرلمان عن إرادة الأمة؛ كما سبق أن أشرنا، والثانية: أن هذه الطفرة التي أحدثها القاضي الدستوري في مجال رقابة الدستورية إذ استحدث العديد من الأدوات الرقابية على عمل سلطة التشريع؛ حتى أوشكت نظرية سيادة القضاء الدستوري أن تحل محل نظرية السيادة البرلمانية<sup>(١)</sup>، بفعل نهائية أحكام الدستورية وامتناع التعقيب عليها، هي ما تقف من وراء الفجوة بين ما يستفاد من أدبيات الفقه التقليدية وما تحمله أحكام الدستورية "المبادئية" من تقدمية في كثير منها، والتي تقف بدورها من وراء بلورة الاعتقاد لدى بعض الباحثين الجدد في فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري.

فالدستورية كصفة تلحق بالتشريع فيصير قانوناً، ليست مفهوماً مجرداً، يسهل إسقاطه على الوقائع التي تثير اختصاص الرقابة على الدستورية، ولكن تحيطها اعتبارات عديدة تبلور مفهومها؛ منها ما هو متداخل ومنها ما هو متباين، ومنها ما هو متعارض تعارضاً ظاهرياً يتسنى الجمع بينها. الدستورية هي ثلثة من الاعتبارات القانونية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والدينية والثقافية، على المستويين الداخلي والخارجي، منها ما تحويه وثيقة الدستور، ومنها ما آلت إليه إرادة الجماعة الحاضرة التي ربما لم تك حاضرة ملايسات وضع الدستور.

ورداً على التساؤل الذي طرح حال الحديث عن دلالة التحسب أو الاحتياط كواحدة من دلالات مصطلح "سياسي"<sup>(٢)</sup>، حول مدى اعتداد القاضي بمآلات حكم

(١) للمزيد؛ انظر:

Veit Bader: Parliamentary Supremacy versus Judicial Supremacy, How Can Adversarial Judicial, Public, and Political Dialogue be Institutionalised?, Utrecht Law Review, Utrecht University School of Law, Volume 12, Issue 1, Utrecht, Holland, 2016, p. 179 and next.

(٢) راجع ما سبق: ص ٤٩، ٥٠.

الدستورية في صناعة هذا الحكم، أقول — وقياساً على دور المجتهد في الفقه الإسلامي كما هو ثابت فقهاً<sup>(١)</sup> — إن نظر القاضي في مآلات حكمه، التزام قانوني وضرورة واقعية؛ فالقاضي — في مقام الاجتهاد — لا ينزل حكم الدستور على الوقائع التي أمامه إلا بعد التمعّن فيما يؤول إليه حكمه من آثار في واقع الجماعة، وإلا لكان عمله محض تجسيد لفكرة اعتبارات القانون المجردة. إذ يتعين أن يكون أثر إنزال حكم الدستور من النص إلى الواقع في تحقيق المصلحة التي يراها القاضي الأجدر بحماية الدستور، أرجح منه في غيرها؛ فلا ينبغي أن تنحصر مهمته في إنزال حكم الدستور إنزالاً آلياً مجرداً من اعتبار المآلات والتبعات؛ فالاجتهاد الدستوري لا يقف عند حد معرفة حكم الدستور في الوقائع أو المستجدات التي تطرأ على واقع الجماعة فحسب، بل في إدراك ما مدى التناسب بين ما يستفاد من النصوص وما تستهضه الوقائع من اعتبارات في تفسير هذه النصوص، ما دام أن عملية الإدراك هذه تحكمها ضوابط مباشرة اختصاص رقابة الدستورية وأصولها المستقرة تشريعاً وقضاءً وفقهاً.

وإذا كان الاجتهاد الاستصلاحي أو الاجتهاد بالمصلحة أحد معالم مرونة الفقه الإسلامي؛ إذ يعكس استجابته لقضايا العصر وحاجياته<sup>(٢)</sup>، فلا غرو البتة في أن في اعتماد هذا النهج في الاجتهاد الدستوري سيما في ضوء ما يكرس له الفقه الدستوري الحديث من اعتماد معيار المصلحة الأجدر بحماية الدستور<sup>(٣)</sup>، دون الخشية من نسبة الدور السياسي إلى قاضي الدستورية، ما التزم أصول وضوابط مباشرة اختصاصه الرقابي كما أشرنا سابقاً.

فالمحكمة العليا الأمريكية، على سبيل المثال، ما كانت لتدحض قرينة الدستورية في جانب التشريعات التحريرية لحكومة السيد "روزفلت"، إلا تأثراً بمسلكها المتواتر في استخلاص مفهوم "اعتبارات الدستورية" استخلاصاً حرفياً في الحقة

(١) للمزيد؛ انظر: د. محمد بنعمر: من الاجتهاد في النص إلى الاجتهاد في الواقع (نحو مساهمة في تأصيل فقه الواقع)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ت، ص ١٧ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ص ٩٥.

(٣) انظر للباحث: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٦ وما بعدها.

الشكلية، وما كانت لتتحول إلى حظر كافة أشكال التمييز العنصري<sup>(١)</sup>، إلا لقناعتها التامة بأن "اعتبارات الدستورية المجردة"، لا تفي البتة بالتزامها الدستوري بالحفاظ على الدستور كوثيقة متجددة نابضة بواقع الجماعة وحاضرها. ليبود جليا أن منهجها في تحديد مفهوم "اعتبارات القانون الدستوري"، قد اختلف مؤخراً عنه في الحقبة الشكلية.

فقد بات هذا النظر، محل نظر، سيما في ضوء التطورات الهائلة التي طرأت على أدوات رقابة الدستورية، بل وعلى الحياة السياسية التي يعمل فيها القاضي الدستوري المعاصر؛ حيث تغير العديد من الأفكار الفلسفية والقانونية التي حدت إلى بلورة الاعتقاد في أن رقابة الدستورية إنما تنصرف إلى المقابلة الحرفية بين القانون الأعلى (الدستور) والتشريعات التي تنفرع عنه، والتي ساهمت في خلق مرحلة جديدة من الرقابة على أعمال السلطة المنتخبة.

(١) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية:

☞ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

حيث قررت ما نصه:

"نحن لا يمكننا إعادة عقاب الساعة إلى الوراء؛ حيث الوقت الذي اعتمد فيه التعديل في سنة ١٨٦٨م، أو حتى في سنة ١٨٩٦م، عندما كتب الرأي في قضية "بليسي ضد فيرجسون" *Plessy v. Ferguson*. بل يجب علينا النظر إلى مضمون هذا التعديل في ضوء التغير الجذري لمكانة التعليم العام وأهميته في نفوس أبناء الأمة الأمريكية. فبهذه الطريقة فقط يمكننا تحديد ما إذا كان الفصل العنصري في المدارس العامة يحرم هؤلاء المدعين من المساواة في حماية القوانين. إن "فصل هؤلاء التلاميذ - السود - عن غيرهم من نفس الفئة العمرية والقدرات الشخصية، فقط بسبب عرقهم، إنما يولد لديهم الشعور بدونية وضعهم بين أبناء المجتمع، ما يؤثر حتماً في تنشئتهم ونكوبتهم الفكري بطريقة سيئة، من غير المرجح على الإطلاق معالجتها مستقبلاً".

☞ ثم درجت المحكمة على إيراد هذا المعنى في جميع القضايا اللاحقة لقضية "براون"؛ ومنها:

☞ *Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955) (per curiam) (beaches, bath-houses, and swimming pools);

☞ *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955) (per curiam) (golf courses);

☞ *Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956) (per curiam) (buses).

☞ وللמיד حول هذا التطور في مسلك المحكمة وأثره في بلورة مفهوم جديد للدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية، انظر:

☞ Pamela S. Karlan: What Can Brown Do For You?: Neutral Principles and the Struggle Over the Equal Protection Clause, *Duke Law Journal*, Duke University School of Law (United States), Vol. 58, 2009, p. 1049;

☞ Jack M. Balkin: What Brown teaches us about Constitutional Theory?, *Virginia Law Review*, The Virginia Law Review Association (United States), Vol. 90, Number 6, October 2004, p. 1537;

☞ Goodwin Liu and Others: Keeping Faith with the Constitution, op. Cit, p. 47.

لنخلص مما سبق إلى تعريف "اعتبارات الدستورية"، بأنها المسائل الجديدة بالاعتبار<sup>(١)</sup> في عملية الاستدلال على مراد الجماعة الكامن في الدستور، عملية الاستدلال هذه التي يؤخذ فيها بعين الاعتبار ما آلت إليه إرادة الجماعة الحاضرة، ويقوم القاضي من خلالها بتحقيق التوافق بين مدلولي الدستور؛ القانوني والسياسي، ملتزمًا في ذلك الأصول المرعية في استخلاص معنى الدستور<sup>(٢)</sup>.

وردًا على الشق المتعلق بما إذا كان القاضي الدستوري يسهم في بلورة مفهوم "اعتبارات الدستورية"، أقول بأن مضمون فكرة اعتبارات "الدستورية" لا يتحدد بصناعة تشريعية خالصة، بل يتسع مجال تحديدها لإرادة القاضي الدستوري في ضوء الأصول المرعية في مجال الرقابة على الدستورية، وبما تقتضيه ملابسات المسألة المطروحة عليه، هذه الإرادة التي تتجسد فيما يعرف بمعايير الدستورية<sup>(٣)</sup>، وهذا هو وجه القول بأن قضاة الدستورية ليسوا بآلات صماء لا إدراك لها ولا تقدير، بل خبراء ذوي عقول واعية وإدراك عميق لمعطيات الواقع ومقتضيات النصوص، ومن ثم فلا ينبغي أن يفهم من القول بأن دور القاضي هو إنفاذ إرادة المشرع، وهو قول سديد من حيث المبدأ، أن المشرع سواء أكان دستورياً أو عادياً، يقوى على بيان الحكم التفصيلي لكل حالة يثار فيها الخلاف حول حكم الدستور فيها، وإلا لصمدت مقولة "مونتسكيو" الشهيرة، سائلة الذكر، إلى وقتنا هذا. بل إن ما خلفه القاضي الدستوري المعاصر من تراث قضائي فريد في مجال الدستورية، ليؤكد طرحنا بأن إرادة القاضي تزامم إرادة المشرع في تحديد المعايير التي تبلور فكرة الدستورية،

(١) وبالرجوع إلى معاجم اللغة، نجد أن لفظة "اعتبار"، تعني النظر في حقائق الأشياء وجهات دلالاتها؛ ليعرف بالنظر فيها شيء آخر من جنسها، ومنها "ياخذ بعين الاعتبار"، أي يراعي أو يقدّر؛ انظر معقلموس المعالي "الإلكتروني".

(٢) راجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التوافق بينهما، مرجع سابق، ص ٤٤ وما بعدها.

(٣) للمزيد حول معايير الدستورية؛ راجع:

⌘ Attila Vincze: What Role for Constitutional Courts in a Multi-Level Constitutionalism?, contribution delivered at the International Workshop on Human Rights Enforcement Mechanisms held at the ELTE University, Budapest, November 24-25th, p. 55 and next;  
⌘ Thomas Kleinlein: Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law, Nordic Journal of International Law, Vol. 81, Germany, 2012, p. 111 and next.

ولكنها تنسب في نهاية المطاف إلى إرادة المشرع الذي خوَّله سلطة التقدير في مثل هذه المسائل؛ كما سبق أن أشرنا.

وأية ذلك أن رقابتي الانحراف والإغفال التشريعيين، على سبيل المثال، وهما دليلان على مزاحمة إرادة القاضي الدستوري إرادة المشرع؛ إذ أقرهما القاضي الدستوري لنفسه على غير سند تشريعي صريح، يمكن حملهما على الإرادة المفترضة للمشرع؛ الدستوري أو العادي<sup>(١)</sup>؛ ردًا إلى أن استقامة أمر الرقابة على الدستورية، ومن ثم تحقيق الغاية منها، مرتهنة بإقرارهما في كثير من المسائل، وهي الغاية التي يفترض أن إرادة المشرع منصرفة إليها.

هذا، ويتغيّر مفهوم "اعتبارات الدستورية" بتغيّر المكان والزمان والظروف؛ فما يمكن اعتباره منها في مكان أو حقبة ما قد لا يكون داخلًا في مفهومها في مكان أو حقبة أخرى، والعكس صحيح، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى تحكمها المصالح التي تتنازع حماية الدستور، والجديرة بهذه الحماية في اللحظة التي تطلب فيها عدالة الدستور لدى قاضيه، وهو الأمر الذي يتسع فيه المجال لإرادة القاضي الدستوري باعتباره المؤتمن على حفظ ثقة الجماعة بوثوقيتها الأسمى، فضلا عن كونه الأجدر بالترجيح بين المصالح المتداخلة أو المتعارضة ظاهريًا، وحتى لا يفضي بنا القول بخلاف ذلك إلى تغليب حرفية النصوص على المصالح التي شكّلت قوالب الدستور من أجل تحقيقها، ومن ثم العودة إلى مرحلة تقديس النصوص على حساب المصالح المجتمعية المعتبرة؛ كما فعلت المحكمة العليا الأمريكية في قضايا الفصل العنصري بين ذوي البشرة البيضاء وذوي البشرة السمراء، لرقابة الخمسين عاما أو يزيد!!

(١) فقد ساءت المحكمة العليا الأمريكية حججًا في ذات السياق؛ إثباتًا وتوكيدًا لأحقيتها في الرقابة على دستورية التشريعات، وقما موريت في شرعية صلاحياتها في ذلك، وكذلك فعلت محكمة القضاء الإداري العريقة حينما سطرت واحدًا من أهم الأحكام التمهيدية لفكرة الرقابة على الدستورية في مصر؛ للمزيد؛ راجع:

Alvin B. Rubin: Judicial Review in the United States, Louisiana Law Review, the LSU Law Center, Louisiana State University, Volume 40, Number 1, U.S.A, 1979, p. 68 and next.

Decision of Supreme Court, Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

وأية قولنا بتطور مفهوم اعتبارات القانون، انتقال فقه القانون العام من مرحلة التكريس لفكرة اعتبارات الواقع إلى مرحلة التكريس إلى مبدأ الأمن القانوني في مجالي الإدارة والتشريع<sup>(١)</sup>، بل وفي مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين<sup>(٢)</sup>، هذا المبدأ الذي فرضته اعتبارات كثيرة أهمها تدني نوعية العاملين الإداري والتشريعي في العقود الأخيرة، ما هو إلا قنونة لاعتبارات الواقع التي طالما نفذت منها سهام الدور السياسي إلى أعمال القاضي الدستوري، فقد أن لغايات الدستور كقانون أعلى؛ العدالة، الأمن القانوني، التقدم الاجتماعي، أن تـجـدـن سـبـيلـهن إلى منصة الدستورية، من دون أن يتهم عمله أو شخصه بإتيان دور سياسي؛ فقد أقر الفقه الدستوري الحديث بأن ثمة موازنتين لفكرة العدالة الدستورية هما الأمن القانوني والتقدم الاجتماعي.

هذا، وقد يرد الاعتقاد في توافر الدور السياسي، لا إلى انقسام الآثار التي يـرتبها حكم الدستورية عن اعتبارات الدستورية، وإنما لضعف الترخيج القانوني لحكم الدستورية؛ إما لعدم كفايته دلالةً، وإما لعدم منطقيته تدليلاً، وهذا هو مؤدى القول بعبارة "ما يفهم حتماً من نصوص الدستور"؛ فقد تكون النتيجة التي يـرتبها حكم الدستورية مقبولة في ظل الملابسات التي تحيط بالمسألة المطروحة على القاضي إذ يسعها مفهوم "اعتبارات الدستورية"، ولكن يقصر تخريجه القانوني عن نفي شبهة الدور السياسي عن مسلكه.

(١) للمزيد من التفاصيل حول مبدأ الأمن القانوني وتطبيقاته في مجال الإدارة ومجال التشريع؛ انظر على سبيل المثال:  
⊗ Brahim Dalil: Le Droit Administratif Face au Principe de la Sécurité Juridique, Thèse de Doctorat en Droit, Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense, France, 2015, p. 92 et suivant;

⊗ Martin Nadeau: Perspectives pour un Principe de Sécurité Juridique en Droit Canadien: les Pistes du Droit Européen, Mémoire de Maîtrise, Université de Sherbrooke, Non Publié, Quebec, Canada, 2009, p. 511 et suivant;

⊗ M. Olivier Dutheillet de Lamotte: La Sécurité Juridique; Le point de Vue du Juge Constitutionnel, exposé fait à L'Occasion de L'Accueil de Hauts Magistrats Brésiliens, le 20 Septembre 2005, France, p. 2 et suiv;

⊗ Anne-Laure Valembos: La Constitutionnalisation de L'exigence de Sécurité Juridique en Droit Français, Cahiers du Conseil Constitutionnel, N° 17, Prix de Thèse, France, Mars 2005, p. 4 et suiv.

(٢) انظر للباحث: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢ وما بعدها.

فلو افترضنا — مثلاً — أن المحكمة الدستورية العليا قد حكمت بعدم دستورية إجراءات الخصخصة، أكان ينسب أثر حكمها بمخاطره الجمة — التي أشارت إليها المحكمة في حيثيات حكمها — إلى إرادتها؟ بالطبع لا؛ فالتأويل المنطقي للمجرد لنصوص الدستور يرتب هذا الأثر<sup>(١)</sup>، بل إن هذا الأثر ذاته — الذي حملها إلى مخالفة الدستور — هو الذي حدا بجمهور الدستوريين إلى توجيه اللوم إلى مسلكها؛ لا فيما يتعلق بالنتيجة المترتبة على حكمها؛ إذ أبقّت على استقرار النظام الاقتصادي للدولة، بل فيما يتعلق بكيفية استخلاص معنى الدستور إذ راحت تؤصل لمنطقية العلاقة بين الخصخصة وهي تطبيق رأسمالي، والاشتراكية التي يكرس لها الدستور صراحة، على خلاف ما يستقر عليه وازع علماء الاقتصاد والمالية العامة إذ يفرقون بين نهجين متباينين في فلسفتهما<sup>(٢)</sup>.

فأكثر الدستوريين على أن المحكمة، وإن كانت قد وفقت في الانتصار لضرورات الواقع على حساب جمود النصوص، فإنها لم تحسن استخلاص معنى الدستور في هذا الفرض استخلاصاً موضوعياً سائغاً، يقوى على عمْد تحمله من الشرعية الدستورية، بل وأصبح حكمها هذا مضرِباً للمثل على دورها السياسي؛ حيث كان بإمكانها أن ترتب ذات الأثر من طرق أكثر منطقية<sup>(٣)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن التساؤل البدهي قد يثار، بل لم يهدأ الحديث، البتة، حول التكيف القانوني لعمل المحكمة الدستورية العليا في تقرير الإبقاء على التشريعات التي أصدرها البرلمان، المعيب تشكيله، في الحقبة السابقة على صدور حكم

(١) إذ يرى أستاذنا الدكتور/ يحيى الجمل؛ رحمه الله، أن المحكمة لم تفسر الدستور، بل خالفته، وكذلك يعترض أستاذنا الدكتور/ فتحي فكري على مسلك المحكمة رداً إلى أنه يمثل تعديلاً صريحاً للدستور؛ انظر التحقيق الصحفي الذي أجرته جريدة العالم اليوم الأسبوعية بعنوان: "في ظل وجود قوانين الاشتراكية، هل من الممكن الحكم على الخصخصة بعدم الدستورية؟"، بتاريخ ٣٠ يناير ٢٠٠٦م، الرابط التالي:

[http://www.gn4me.com/alalamalyoum/inner.jsp?edition\\_id=1168&art\\_id=1532574](http://www.gn4me.com/alalamalyoum/inner.jsp?edition_id=1168&art_id=1532574)

(٢) للمزيد حول أوجه التباين بين الرأسمالية والاشتراكية؛ انظر:  
 Oswald Garrison Villard: A Public Debate "Capitalism vs. Socialism"; Prof. Edwin R. A. Seligman vs. Prof. Scott Nearing, the Fine Arts Guild, Inc, New York, U. S. A., p. 9 and next.

(٣) للمزيد؛ انظر:

د. محمد سعد أبو عامود: المحكمة الدستورية والنظام السياسي المصري، المؤتمر الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٨، ص ٣٦٢ وما بعدها؛

د. يسري محمد العصار: دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٢٢ وما بعدها.

الدستورية ببطلان التشريع الذي أجريت انتخابات هذا البرلمان بناء عليه؛ أيدخل ذلك في حدود دورها القانوني أم يعد من قبيل الدور السياسي "البين"؟

وردًا على هذا التساؤل، أقول بأن مسلك القاضي الدستوري، في مثل هذه القضايا، كان واقعًا في حرج شديد، قبل ظهور فكرة الأمن القانوني وتحولها من إطار الدراسة الفلسفية إلى مصاف الدراسات القانونية؛ حتى أصابتها نفحة من جمود القانون، فأضفيت على تطبيقاتها قيمة دستورية، جعلتها بمثابة القيود على سلطة القاضي الدستوري في استخلاص معنى الدستور. فكانت — ولا تزال — أحكام المحكمة الدستورية العليا برد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ تشكيل البرلمان واعتباره كأن لم يكن، وحجبه عن التشريعات التي صدرت عن هذا البرلمان ذي التشكيل المعيب دستوريًا، مضرًا للمثل على توافر وصف الدور السياسي لعمل المحكمة. ولعل ذلك مرده إلى التخريج القانوني "التقليدي" الذي طالما افتقر إلى أساس قانوني نظري أو فلسفي يسوغه لدى جمهور الدستوريين؛ إذ لم يكن القول بالانزول عند مقتضى اعتبارات الواقع كافيًا لتسوية مسلك القاضي، إلا من طريق فقه المدرسة البراجماتية النفعية<sup>(١)</sup>، الأمر الذي كان يضع القاضي الدستوري في حرج الخروج على مقتضى النصوص الصريحة، ومن ثم مخالفة الدستور من منظور الفقه التقليدي. فكانت المحكمة بين خيارين، كلاهما يجلب إليها تهمة الدور السياسي؛ إما أن تلتزم حرفية النصوص، فيضطرب الواقع إلى الحد الذي قد تنتفي معه غاية الجماعة الكبرى من وراء مساندة حركة "التدوين" أو "التقنين" الدستوري، وإما أن تتوسع في تفسير النصوص إلى الحد الذي يفرغها من مضمونها؛ فتكسر معيارية الدستور كقانون أعلى، فيصبح التقنين وعدمه سواء.

(١) للمزيد حول فقه المدرسة البراجماتية؛ انظر:

⌘ Daniel A. Farber: Legal Pragmatism and the Constitution, Minnesota Law Review, University of Minnesota Law School(United States), Vol. 72, 1987, p. 1334 and next;

⌘ Thomas C. Grey: Judicial Review and Legal Pragmatism, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Stanford Law School(United States), Research Paper No. 52, 2003, p. 5 and next.

غير أن اتجاه الفقه الدستوري الحديث إلى التكريس لمبدأ الأمن القانوني في أعمال السلطة العامة بثلاثيتها؛ تشريعاً وإدارةً وقضاءً، كما أشرنا سابقاً، كان بمثابة طوق النجاة لمسلك القاضي من الوقوع في شرك تهمة الدور السياسي في مثل هذا الفرض؛ فعين الأمن القانوني، الحد من آثار رجعية الحكم بعدم الدستورية، حتى إذا ما صرحت المحكمة باحتجاب الأثر الرجعي عن التشريعات التي أصدرها البرلمان المعيب تشكيهه، كان عملها داخلاً في نطاق قانونية اختصاصها.

بل ولو قلنا بفكرة الإرادة المفترضة للمشرع، على النحو سالف البيان، لكفي المحكمة مؤونة نفي الدور السياسي عن مسلكها؛ فالمنطق القانوني السليم منصرف إلى أنه إذا أتحت الفرصة للشارع الدستوري أن يشرع لهذا الفرض، فلن يتردد البتة في الإبقاء على هذه التشريعات وما ترتب عليها من آثار، ولو ترتب انصراف أثر بطلان تشكيل البرلمان إلى تاريخ صدور التشريع المقضي بعدم دستوريته؛ فليس من المنطق في شيء أن تتصرف إرادة المشرع، دستورياً كان أو عادياً، ومن باب أخرى إرادة القاضي الدستوري، إلى إحداث هزة عنيفة في النظام القانوني برمته، جراء الفراغ الدستوري الذي يخلفه تقرير إلغاء هذه التشريعات وما ترتب عليها من مراكز قانونية؛ منشئة كانت أو معدلة أو ملغاة. وهو ما لا يتوافق به العنصر الأول من عناصر معيار نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري؛ فأثر الحكم معزواً إلى إرادة الشارع حكماً.

أما عن انصراف إرادة المحكمة إلى إبطال تشكيل المجلس بكامله، وعدم قصره على الثلث الفردي فقط؛ حيث قررت أن مزاحمة المنتمين للأحزاب السياسية للمستقلين غير المنتمين لأي منها في الانتخاب بالنظام الفردي، كان له أثره وانعكاسه الأكيد والمتبادل مع نسبة الثلثين المخصصة للقوائم الحزبية المغلقة، إذ لولا مزاحمة المنتمين للأحزاب للمستقلين في الثلث الباقي لحدث إعادة ترتيب داخل القوائم

الحزبية، بمراعاة الأولويات المقررة داخل كل حزب<sup>(١)</sup>، فإن هذا التخريج لا يخل من وجهة، بل هو سائق دستورياً، ولو كانت الظروف المحيطة تدعو إلى تجنب الخزانة العامة كلفة باهظة، فضلاً عن تعطيل مرافق الدولة وأجهزتها في إعادة انتخابات كاملة مرة أخرى، فهذا لا يقوى سنداً موضوعياً<sup>(٢)</sup>، وفقاً للمعيار الذي نكرس له، لنسبة الدور السياسي إلى عمل المحكمة في هذا الفرض، بل ولو كانت المحكمة قد رتبت هذا الأثر لحاجة في نفسها.

فقد قلنا آنفاً، ونعيد التأكيد ثانية، أن العبرة باتساق التخريج القانوني لحكم الدستورية مع اعتبارات الدستورية التي يفهمها جمهور الدستوريين، ولو كانت البدائل والخيارات متعددة لدى المحكمة، فاختارت أحدها فرتب هذا الأثر، فلا يتوافر وصف الدور السياسي لعملها؛ لأن الاختيار داخل في نطاق قانونية اختصاصها الرقابي إذ تباشر اختصاصاً تقديرياً. وعليه، فإن ما انصرفت إليه إرادتها يعد داخلياً في نطاق التفسير الدستوري "المستساغ"، وهو عملية قانونية محجوزة لها فقهاً وقضاءً<sup>(٣)</sup>، ما تتقفي معه شبهة الدور السياسي في جانبها؛ حيث اتساع معنى الدستور ليشمل ما

(١) وتستطرد المحكمة مقررة أن: "مؤدى عبارات هذا النص - المادة ٣٨ من الإعلان الدستوري، مارس ٢٠١١م - في ضوء مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، وقواعد العدالة، أن حصر التقدم للترشيح لعضوية مجلس الشعب فيما يتعلق بنسبة الثلثين المخصصة للانتخاب بنظام القوائم الحزبية المغلقة في المنتخبين للأحزاب السياسية، يقابله قصر الحق في التقدم للترشيح لنسبة الثلث الباقي المحدد للانتخاب بالنظام الفردي على المستقلين غير المنتخبين للأحزاب السياسية، وقد اعتنق المشرع الدستوري هذا التقسيم هادفاً إلى إيجاد التنوع في التوجهات الفكرية والسياسية داخل مجلس الشعب، ليصير المجلس بتشكيله النهائي معبراً عن رؤى المجتمع، وممثلاً له بمختلف أطيافه وتياراته وتوجهاته ومستوعباً لها، لتضطلع بدورها الفاعل في أداء المجلس لوظيفته الدستورية، وما يناقض تلك الغاية ويصادمها ذلك النهج الذي سلكه المشرع بالنصوص المطعون عليها، فقد أتاح لكل من مرشحي الأحزاب السياسية إحدى فرصتين للفوز بعضوية مجلس الشعب، إحداهما بوسيلة الترشيح بالقوائم الحزبية المغلقة، والثانية عن طريق الترشيح للنظام الفردي، بينما جاءت الفرصة الوحيدة المتاحة أمام المرشحين المستقلين غير المنتخبين لتلك الأحزاب مقصورة على نسبة الثلث المخصصة للانتخاب بالنظام الفردي، يتنافس معهم ويراحمهم فيها المرشحون من أعضاء الأحزاب السياسية، الذين يتمتعون بدعم مادي ومعنوي من الأحزاب التي ينتمون إليها، من خلال تسخير كافة الإمكانيات المتاحة لديها لدعمهم، وهو ما لا يتوافر للمرشح المستقل غير المنتمي لأي حزب، الأمر الذي تضمن مساساً بالحق في الترشيح في محتواه وعناصره وتكافؤ الفرص، دون أن يكون هذا التمييز مبرراً بقاعدة موضوعية ترتد في أساسها إلى طبيعة حق الترشيح وما تقتضيه ممارسته من متطلبات، والتي تتحقق بها ومن خلالها المساواة وتكافؤ الفرص"؛ انظر حكمها في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق، د، جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢م؛ سالف الذكر.

(٢) إذ اتفق أستاذنا الدكتور محمد حسين عبد العال مع أستاذنا الدكتور إبراهيم دوريش في القول بأن صدور حكم من المحكمة الدستورية بقبول الطعن وعدم دستورية نص المادة الخاصة بالسماح للمرشحين عن الأحزاب السياسية بالترشيح على المقاعد الفردية، فإن ذلك يرتب عليه بطلان تشكيل المجلس، وحله، مشيراً إلى أنه سبق أن أصدرت المحكمة الدستورية حكيمين بطلان تكوين مجلس الشعب عامي ١٩٨٧ و ١٩٩٠، بسبب عدم دستورية إحدى مواد قانون الانتخابات البرلمانية، كما صدر حكم ثالث في آخر الدورة البرلمانية عام ٢٠٠٠م بالبطلان، وأنه في هذه الحالة يقوم المجلس العسكري بإصدار قرار بحل المجلس؛ انظر أ. إبراهيم قاسم. "سيناريو ما بعد حكم الدستورية حول البرلمان والعزل"، مقال منشور بجريدة المصري اليوم بتاريخ ٨ يونيو ٢٠١٢.

(٣) انظر في نفس المعنى: د. عبد العزيز محمد سالم: رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٤، ص ١٨٤ وما بعدها.

انصرفت إليه إرادتها. أما وقد ضاق معنى الدستور عن استيعاب ما خلصت إليه في قضية "الخصخصة"؛ إذ ليس ثم مسوّغ لاستخلاص معنى الدستور في هذه المسألة من طريق فكرة الشرعية الدستورية بهذه الكيفية التي بدا عليها إطلاقاً، لتبدو إرادة المحكمة واضحة في توجيه معنى النص بما لا يحتمل قلبه، فإن الأثر الذي رتبته، فوق أنه ينسب إلى إرادة المحكمة، منبت الصلة باعتبارات القانون، ومن ثم فإن وصف عمل المحكمة الدستورية بالدور السياسي في هذا الفرض، لا يعد غبناً لها.

ونخلص مما سبق، إلى أن ما يتوصل إليه القاضي الدستوري من حلول للمسألة المطروحة عليه من طريق اجتهاده، لا يمكن حمله على أنه دور سياسي، إلا إذا كان منقطع الصلة بفكرة الشرعية الدستورية التي تتأسس عليها معيارية الرقابة الدستورية في صورتها القضائية، أما إذا كان حكم الدستورية ملتصقاً إلى فكرة الشرعية الدستورية أو فكرة القانونية بمعناها العام، فلا مسوغ البتة لخلع وصف الدور السياسي على عمل القاضي في هذه الحالة.

## المبحث الثاني

### دور المفهوم المعياري

#### في الحد من دعاوى نسيب رقابة الدستورية

#### تمهيد وتقسيم:

باديء ذي بدء، أنه إلى أن القول بمفهوم معياري للدور السياسي للقاضي الدستوري، لا يستهدف إطراء قضاة الدستورية أو التماس العذر لهم في المواطن التي لا يحسنون فيها استخلاص معنى الدستور استخلاصاً سائغاً يقره المنطق القانوني، قصدوا إلى ذلك أو لم يقصدوا، وإنما نستهدف التكريس لنظرية واضحة أساسها فلسفة الرقابة القضائية على دستورية التشريعات، ابتغاء الحد من محاولات النيل من مكانة محكمة الدستورية، سواء أكانت عن قصد من قبل المناوئين لصورتها القضائية أو غيرهم من السياسيين والحزبيين ممن لا تروقهم أحكام الدستورية، أو عن غير قصد ممن أعيتهم حيرة التوفيق بين تقدمية أحكام الدستورية وتقليدية أدبيات الفقه الدستوري

في كثير من الأحيان؛ فراحوا يلتمسون السند للقاضي الدستوري من طريق التكريس لما أسموه دوراً سياسياً تارة، ورقابة على الملائمة تارة أخرى، وما ذلك كله من عمل القاضي الدستوري في شيء، إلا أن يخرج على فلسفة اختصاصه الرقابي من الأساس!

لذا، فالمفهوم المعياري للدور السياسي للقاضي الدستوري، يسهم في الحد من دعاوى الدور السياسي التي طالما تثار حول أحكام الدستورية في أحيان كثيرة، سيما إذا اعتبرنا أن هذا الدور "غير المشروع" هو بمثابة الانحراف بسلطة الرقابة على الدستورية، كما نبين ذلك تفصيلاً من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: الدور السياسي فرض نادر الحدوث وفقاً للمفهوم المعياري المقترح.

المطلب الثاني: الدور السياسي انحراف بسلطة الرقابة على الدستورية.

### **المطلب الأول**

#### **الدور السياسي فرض**

#### **نادر الحدوث وفقاً للمفهوم المعياري المقترح**

قلنا آنفاً، أن نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، مرتبهة بانصراف إرادة القاضي إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتماً، وفق التفصيل الذي أوردنا.

والحقيقة أن المعنى في الأوصاف التي يتطلبها معيار نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، يخلص إلى صعوبة توافرها مجتمعة، إلى الحد الذي يجعل من "تهمة" الدور السياسي، فرضاً نادر الحدوث في أعماله. وآية ذلك؛ أن الآثار التي يخلفها حكم الدستورية ترد في الأصل إما إلى إرادة المشرع؛ دستورياً أو عادياً، صريحة كانت أو مفترضة، وإما إلى ملابسات الواقع.

فإذا كان فقه القانون العام قد استقر وازعه على أن قصدية الانحراف بالسلطة تجعل من الصعوبة بمكان إثبات هذا العيب في جانب الإدارة أو المشرع، ومن ثم تأخير البحث فيه إلى ما بعد الاستيثاق من صحة بقية أركان القرار الإداري أو

التشريع<sup>(١)</sup>، فأولى بهذا المعنى أن ينطلي على عمل القاضي الدستوري ذاته؛ إذ كيف للقائين بالدور السياسي للقاضي الدستوري أن يقيموا الدليل على انصراف إرادته إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية على غير مقتضى الدستور، بغير الأوصاف التي ذكرنا آنفاً، ومن ثم صعوبة إضافة هذا الأثر إلى إرادته؟!.

وإذا كان فقه القانون العام، أيضاً، قد دأب على التكريس لضرورة توسع قاضي القانون العام، الإداري والدستوري، في أعمال مقتضى قرينة الصحة المفترضة في أعمال السلطة العامة؛ إدارة كانت أو برلماناً<sup>(٢)</sup>، فأولى بمن يتناول أحكام الدستورية بالتقييم أن يتخذ من قرينة الصحة المفترضة في أعماله منطلقاً ومردداً؛ فحفظ ثقة المتقاضين في قضاء الدستورية أدعى إلى حمل عمل قضاتها على الصحة، ولو كانت الشبهة التي لا دليل قطعي عليها، تحوم حوله.

وقد يقول قائل، إن التعليق على أحكام الدستورية شيء واحترامها شيء آخر، وهو محق في ذلك تماماً؛ باعتبار أن احترام الأحكام لا ينبغي أن يتخذ تكلئة أو وليجة لغل يد المتخصصين من التعليق عليها. ولكن ما أقصده أن يُنطلق في التعليق على أحكام الدستورية واستشفاف توجه قضاتها من منطلق أن الأصل في عمل القاضي "القانونية"، وما لم يقدّم الدليل القاطع على انتفاء هذه القرينة المفترضة، فلا مسوغ البتة لإشاعة الحديث عن شبهة الدور السياسي.

ولو كان لي من أمر التقرير شيئاً، لقلت بأنه لا مجال للقول بفكرة الدور السياسي من الأساس؛ رداً إلى أن عمل القاضي الدستوري في إحداث التوازن بين المصالح الجديرة بحماية الدستور، حتى ولو اشترك مع أعمال الساسة في فكرة

(١) للمزيد؛ راجع: به د. سليمان محمد الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة"، دراسة مقارنة، ط ٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٣٣٦ وما بعدها؛ به د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دراسة فقهية مدعمة بأحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٤٤ وما بعدها.

(٢) للمزيد؛ راجع: به أ. خالد ماهر صالح: أثر قرينة الصحة وسلامة القرار الإداري في إجراءات دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٧، ص ١٩ وما بعدها؛ به د. عبد أحمد الحسين: قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ١٧٩ وما بعدها.

الموازنة أو الموازنة، إما أن يكون داخلًا في النطاق المحجوز له دستوريًا، ومن ثم لا يصح الادعاء بأن هذا العمل يحمل في طيه دورًا سياسيًا، وإما أن يكون مناهضًا لصحيح الدستور - صريحه وضمنيه، ووقتئذ لا يصح نعتُه بأنه دور سياسي، بل مخالفة صريحة للدستور، توجب رد عمل القاضي، ولو شعبيًا. لذا، نقترح على الباحثين في مجال القانون الدستوري، أن يترئثوا في نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري، بل أن يرجعوا البصر كرتين إلى فكرة "الدور السياسي" في مجال الدستورية، لينقلب البصرُ نافيًا لهذا الدور من طريق المفهوم المعياري لهذا الدور، الذي نُوصل له على وجل وروية.

وتم تنويه لازم، إلى أنني لا أكرس لعصمة قضاة الدستورية؛ فهم بشر في نهاية المطاف، وقد تخالد الشكوك ظنون البعض حول بعض تأويلاتها، وهم وإن كانوا من خيرة الدستوريين، فإنهم لا يحتكروا علم القانون الدستوري، بل يوجد من القانونيين والسياسيين من يحوزون ملكة التأويل وبراعة التفسير. ولكن ما لا مرأى فيه أيضا أن افتقار هذه الظنون إلى ما يرقبها إلى درجة اليقين، وفق ما ألمحنا إليه في صدد الحديث عن أوجه الطعن في حكم الدستورية، يجعل منها محض حديث نفس، لا ينبغي أن يخرج إلى حيز الوجود؛ حتى لا تصير أحكام الدستورية عرضةً للتشكيك فيها على غير سند!

ولا أدل على وجهة طرحنا هذا، من الاستشهاد بما يؤكدُه أحد الكُتَّاب الأمريكيين إذ يقول: "...، لم يسر قرار المحكمة العليا الاتحادية — في قضية جور ضد بوش" — كل الأطراف بأي حال من الأحوال (١)، ولكن كان هناك شبه إجماع على أنه من اللازم قبول هذا القرار. وبينما أثرت التساؤلات حول الميول السياسية لبعض القضاة، لم يشك أحد في أن المحكمة قد اتخذت قرارها باستقلالية تامة عن

(١) إذ يرى البعض أن ما قضت به المحكمة لا أساس له من القانون، بل مرده إلى تفضيلات أغلبية المحكمة وقناعاتها؛ انظر: Jack M. Balkin: Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics, The Yale Law Journal, The Yale Law Journal Company, Inc. (United States), Vol. 110, may 2001, p. 144;

Michael J. Klarman: Bush v. Gore through the Lens of Constitutional History, California Law Review (United States), Vol. 89, Issue 6, Article 2, December 2001], p. 1764.

كافة الفرقاء السياسيين، ...<sup>(١)</sup>). وهذا في شأن من؟! في شأن المحكمة العليا الأمريكية التي لا يختلف اثنان على دورها السياسي البارز<sup>(٢)</sup>؛ فالتأثير الحقيقي للقضاء، كما يقرر أحد الكتاب، مرتهن بأن يستمد القاضي سلطته من القبول العام لدوره المؤسسي Public's Acceptance of its Institutional role؛ حتى في الوقت الذي قد تكون قراراته مثيرة للجدل<sup>(٣)</sup>.

وهو ما ينبغي أن يسود في مصر طالما ألفت محكمة الدستورية كلمة الفصل في مسألة الدستورية؛ إذ لا عائد من وراء التشكيك في أحكامها إلا الذهاب بهيبة قضائتها في نفوس الجماعة أفرادًا ومؤسسات. بل وكما يقول أحد الكتاب أن الإقرار بسعة اختيار المحكمة الدستورية في التفسير، لا ينبغي بحال أن يفهم منه حتمية خروج المحكمة على القانون، لا سيما في المسائل ذات البعد السياسي؛ لأن القول بغير ذلك من شأنه التشكيك في عمل المحكمة، ومن ثم يضعف من قدرتها على الأداء بين مؤسسات الدولة وأجهزتها<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الثاني

### الدور السياسي لقاضي الدستور

#### انحراف بسلطة الرقابة على دستورية التشريعات

حينما أظهر العلامة السنهوري خواطره القانونية حول فكرة الانحراف بسلطة التشريع إلى العلن، في واحد من أشهر البحوث التي أثارت جدلا بين رجالات الفقه والقضاء آنئذ<sup>(٥)</sup>، جوبه بانقادات عديدة، كادت أن تنفذ إلى شخصه، ولعلها سمة كل تطور؛ فما دأب عليه جمهور الفقه من التكريس لعلو مكانة السلطة المنتخبة على

(١) انظر: فيليبيا ستروم: دور القضاء المستقل في ترسيخ الديمقراطية، مقال سبقت الإشارة إليه.  
(٢) للمزيد؛ انظر:

Lee Epstein and Others: the Supreme Court as a Strategic National Policymaker, Emory Law Journal, Emory University School of Law (Georgia, United States). Vol. 50, p. 587 and next.

(٣) انظر:

Goodwin Liu and Others: Keeping Faith with the Constitution, op. Cit, p. 24.

(٤) انظر في نفس المعنى:

Vicki C. Jackson: Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors, Fordham Law Review (United States), Vol. 75, 2006, p. 960.

(٥) العلامة السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري، بحوث ومقالات مختارة، ١٩٥٢، ص ٩ وما بعدها.

نظيرتها كونها تنبثق عن إرادة الأمة وتشرع باسمها ولصالحها، كان جديرًا برد كل محاولة بحثية قد يكون من شأنها المساس بهذه المسلمة؛ حتى ولو كان صاحبها فقيه كبير لا يبارى ولا يجارى في تخصصه.

ولعلني أخشى أن أجابه في هذا الطرح، وأنا "التلميذ" إلى جوار فقهاؤنا وأعلامنا في فقه القانون العام، إذ أقول بنقل أحكام نظرية الانحراف بالسلطة إلى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، بصورة جزئية قوامها تفريع الدور السياسي للقاضي الدستوري على نظرية الانحراف بالسلطة في مجال الرقابة على الدستورية؛ ردًا إلى أن انصراف إرادة القاضي الدستوري إلى إحداث أثر ما لم تنصرف إليه إرادة المشرع دستوريا كان أو عاديا، حقيقية كانت او مفترضة، ينبىء عن تعمد القاضي الخروج على مقتضى الدستور أو ما يفهم حتما من نصوصه، وهو ما يتحقق به وصف الانحراف بالسلطة في مجالي الإدارة والتشريع.

والحقيقة أن قبول نظرية الانحراف بالسلطة في مجال التشريع، في حق السلطة المنتخبة، والتي ظلت لقرون عديدة تتمتع بحصانة انبثاقها على الإرادة الشعبية، يحدونى إلى الجزم بأن نظرية الانحراف بالسلطة في مجال الرقابة على الدستورية، ستجد سبيلها إلى كتابات فقهاء وباحثي القانون العام، ولو بعد حين.

فقد باتت معايير الدستورية قضائية الصنع، بمثابة القانون الموضوعي الذي يحكم عملية استخلاص معنى الدستور، جنبًا إلى جنب مع معايير الدستورية التشريعية الصنع، لا يقدح في ذلك ارتكازها على نظرية التقيد الذاتي لسلطة الرقابة على الدستورية، ولا تتل منها نهائية أحكام الدستورية وامتناع التعقيب عليها؛ فمعيارية عمل القاضي الدستوري موازنة الأولى، وآليات البرلمان في مجابهة آثار أحكام الدستورية "غير الدستورية"، هي موازنة الثانية.

فعلى سبيل المثال، إذا كان افتقار التشريع إلى صفة العمومية والتجريد وجهاً لتجريده من قرينة الدستورية المفترضة في جانبه؛ كونه يخاطب أشخاصًا محددين بنواتهم، فإن القضايا المتماثلة التي تعرض على القاضي الدستوري لها حكم العمومية

والتجريد في التعامل معها<sup>(١)</sup>؛ حتى إذا ما موزع بينها على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه، كان عمل القاضي حقيقاً بوصف الدور السياسي، وفي الوقت ذاته بوصف الانحراف بسلطة الرقابة على الدستورية.

وهو ما يثار معه التساؤل عن الفرض الذي تعدل فيه المحكمة عن قضاء سابق لها؟ إذ المنطقي وقد اشترطنا معاملة المثل للقضايا المتماثلة، أن يتصف مسلك المحكمة بالعمومية والتجريد، ألا تعدل المحكمة عن قضاء سابق لها، أخذاً في الاعتبار ما يترتب على ذلك من أن عدولها هذا يمثل دوراً سياسياً، ينزل بعملها إلى رتبة الانحراف بسلطة الرقابة على الدستورية، وأن يتحول قضاء الدستورية الوطني إلى فكرة "السوابق القضائية" التي تميز النظام الأنجلوأمريكي؛ فتجمد معايير الدستورية إلى الحد الذي يعكس فكر المدرسة الأصولية، كما مسلك المحكمة العليا الأمريكية في حقبة الفصل العنصري.

بيد أن إمعان النظر، يخلص بنا إلى أن التماثل الذي يحظر العدول، لا يؤخذ في تقديره بالظاهر، وإنما يقدره القاضي في ضوء الملابسات المحيطة بالمسألة المعروضة عليه؛ فقد تقف المتغيرات المجتمعية الجديرة بالاعتبار، سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية أو غيرها من وراء حتمية العدول، وهو ما حدث بالفعل في مسلك المحكمة العليا الأمريكية بعد حكمها في قضية "براون ضد الولايات المتحدة" سالفة الذكر؛ حيث تبنت مفهومها مختلفاً لاعتبارات الدستورية؛ فعدلت عن العديد من السوابق التي كرّست لتطبيقات الفصل العنصري.

وتجدر الإشارة إلى أن استقرار فقه القانون الدستوري وقضاؤه حديثاً على أن الدستور وثيقة تقدمية متجددة، ينبغي تفسيرها وفق معطيات كل عصر<sup>(١)</sup>، بما

(١) وأقصد بـ"التجريد" في صدد معايير الدستورية، أن تُقر هذه المعايير مجردة عن واقعة بعينها، أي لا يكون الدافع إلى تقرير معيار ما، هو تجريد تشريع ما من قرينة الدستورية المفترضة في جانبه، أو إقرار تشريع ما غير حقيق بها على قرينته هذه؛ فمعايير الرقابة الدستورية ليست فحاشاً تُصَبّ خلسة لإيقاع التشريعات في شركها، بل ضوابط واضحة محددة يمكن التنبؤ معها بنتائج ولوج سبيل الطعن بعدم الدستورية. كما أن ما تتحقق به المساواة ويتجسد به تكافؤ الفرص، أن ينسحب معنى المساواة وتكافؤ الفرص على القضايا التي تنظرها محكمة الدستورية، فكما هو معلوم أن المساواة والتكافؤ لا يرتبطان بأشخاص، بل بمراكز وأوضاع يوجد هؤلاء الأشخاص فيها، هذه المراكز والأوضاع التي تنتفي في جانبها المساواة وتكافؤ الفرص، في الأحوال التي تمايز فيها محكمة الدستورية بين قضيتين متماثلتين على غير مسوغ من الدستور؛ راجع للباحث: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

يستتبعه ذلك من ضرورة استجابة قلم الدستورية لتطورات العصر، إضافة إلى القول بضرورة تحقيق التوازن بين غايات الدستور الثلاث في بلورة معايير الدستورية، حاصلهما أن اعتداد القاضي الدستوري بمقتضى فكرة "التطور الاجتماعي"، وهي الغاية الثالثة، سيحدوه حتماً إلى تجديد اجتهاده المستقر.

ومما يترتب على القول بأن الدور السياسي للقاضي الدستوري، انحراف بسلطة الرقابة على الدستورية، نتيجتان جوهريتان؛ أولاهما: أن يربأ قضاء المحكمة الدستورية العليا بمكانة المحكمة السامية عن إتيان هذا الدور؛ فيكون ذلك سبباً للحد من دعاوى تسييس رقابة الدستورية، وثانيتهما: أن يتحسب القائلون بالدور السياسي في نسبته إلى أحكام الدستورية حتى لا يرموا المحكمة بما لا يقووا على إقامة الدليل عليه، فتوشك جريمة إهانة القضاء أن تطالهم وقتئذ، وهو أيضاً ما يسهم في الحد من دعاوى تسييس رقابة الدستورية.

---

(١) للمزيد؛ انظر:

⌘ David A. Strauss: The Living Constitution, Oxford University Press, 2010, p. 1 and next;  
⌘ Catherine L. Langford: The Living Constitution: Origins and Rhetorical Implications of the Constitution as Agent, Communication Law Review, Volume 15, Issue 1, No Date, p. 4 and next;

⌘ David A. Strauss: Do We Have a Living Constitution?, Law School Journal, University of Chicago, United States, 2011, p. 973 and next.

## خاتمة البحث

نحو مفهوم واضح محددٍ للدور السياسي للقاضي الدستوري، ومعياري موضوعي لنسبته إلى أحكام الدستورية، بما يحدُّ من دعاوى تسييس رقابة الدستورية ذات اللون القضائي...

جاءت ببحتنا هذا تحت عنوان: "النظرية المعيارية في الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ دراسة نقدية تأصيلية مقارنة في النظامين المصري والأمريكي"؛ مقسماً إلى ثلاثة فصول رئيسة، بكل منها مبحثان، فمطلبين، ثم الخاتمة.

حمل أولها عنوان: "فكرة الدور السياسي بين غموض المفهوم ومغبة التكريس الفقهي لها"؛ ليوضح موطن الخلل في معالجة مسألة الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ حيث غياب المفهوم الواضح المحدد لفكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري وجمود نظرة الفقه إليها؛ كما وضح في المبحث الأول المعنون له بـ "موقف الفقه الدستوري من مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري"، وتعجّل باحثين كثير في نسبة هذا الدور إلى عمل القاضي الدستوري على ما لهذه المسألة من خطورة وتبعات غير محمودة؛ كما بيّن في المبحث الثاني تحت عنوان: "مغبة التكريس الفقهي لفكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري".

وعنون لثانيتها بـ "نحو مفهوم معياري للدور السياسي للقاضي الدستوري"؛ ليستعرض الدلالات المختلفة لمصطلح "سياسي" ودورها في بلورة مفهوم معياري واضح للدور السياسي للقاضي الدستوري؛ كما ورد في المبحث الأول الذي عنوانه: "دلالة مصطلح 'سياسي' ودورها في بلورة مفهوم الدور السياسي"، ويُميّز بين المفهوم المعياري المقترح للدور السياسي وما قد يتداخل معه من المفاهيم ذات الصلة؛ كما ورد في المبحث الثاني تحت عنوان: "المفهوم المعياري للدور السياسي وتمييزه عن المفاهيم ذات الصلة".

وجيء بثالثها تحت عنوان: "معياري الدور السياسي ودوره في الحد من دعاوى تسييس رقابة الدستورية"؛ ليفصل الخطاب في ضوابط نسبة الدور السياسي إلى عمل

القاضي الدستوري من طريق شرطين جوهريين؛ أولهما: انصراف إرادة القاضي الدستوري إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية، والثاني: انقطاع الصلة بين هذا الأثر واعتبارات الدستورية، وهذا في مبحثه الأول تحت عنوان: ضوابط نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري"، ثم يظهر ثمرة التكريس الفقهي لهذا المعيار الموضوعي وانعكاساته الإيجابية على مكانة منصة الدستورية وقضاتها في نفوس المتقاضين لديها؛ فرادى ومؤسسات؛ حيث الحد من دعاوى تسييس رقابة الدستورية التي طالما أطلقت جزافاً، وذلك في مبحث الثاني تحت عنوان: " دور المفهوم المعياري للدور السياسي في الحد من دعاوى تسييس رقابة الدستورية".

وقد خلصنا من البحث في هذه المسألة الدقيقة حقاً، إلى ثلة من النتائج والتوصيات التي نراها جديرة بطرحها على مائدة فقهائنا وأساتذتنا من رجالات القانون الدستوري؛ منظرين كانوا أو مطبقين؛ علما تحوز قناعةً واستحساناً.

أولاً: نتائج البحث:

١. افتقار جل الأطروحات التي عالجت فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، إلى معيار موضوعي يحتكم إليه في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، فضلاً عن افتقارها إلى مفهوم واضح ومحدد لمفهوم هذا الدور، وهوما يضعف من القيمة العلمية لهذه الأطروحات التي قد تتخذ ككئة للتغول على مكانة منصة الدستورية الراسخة في وجدان الجماعة.

٢. أن "تقليدية" الطرح الفقهي لمفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، وأقصد بالتقليدية القَدَم وتغيُّر الظروف فحسب، والذي تأثر بمعطيات البيئة السياسية والقانونية التي عاصرت نشأتها، من ناحية، وتعجُّل جل الباحثين في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، على غير إمام بفقهِ رقابة الدستورية، واقتصارهم على النقل الحرفي من أطروحات السابقين من الفقهاء، دون اعتبار لما آلت إليه رقابة الدستورية من تطور غير مسبوق أوشكت معه نظرية سيادة القضاء الدستوري أن تحل محل نظرية السيادة

التشريعية، كانا سببين أساسيين في إشاعة الحديث عن الدور السياسي للقاضي الدستوري في العديد من المناسبات على غير الحقيقة من عمل القاضي، سيما في أوقات الأزمات السياسية والانقسامات الحزبية الداخلية.

٣. تطور مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، ومن ثم اتساع نطاقها، عما كانت عليه في مراحلها الأولى؛ إذ تأثر مفهومها ومن ثم نطاقها بمعطيات البيئة السياسية والقانونية التي عاصرت نشأتها، والبرهان الساطع على ذلك هو إقرار جمهور الفقه أدوات الرقابة التقدمية مثل رقابة الانحراف التشريعي والتي يتعرض القاضي من خلالها لبحث العلاقة بين إلى غاية التشريع والغاية التي تستخلص من الكتلة الدستورية التي يستمد شرعيته منها، ورقابة الإغفال التشريعي التي يتصدى من خلالها لبحث العلاقة بين كفاية التنظيم التشريعي ومقتضى الضمانة الدستورية التي تقرها الكتلة الدستورية التي تؤطره، هذه الأدوات التي كانت لو طرحت على محمل التخيُّل فقط في المراحل الأولى لرقابة الدستورية، لما كان لهذه الأخيرة أن توجد من الأساس. فهذا إقرار ضمني من جمهور الفقه بتطور مفهوم هذه القانونية ولو لم يصرح بذلك.

٤. أن التكريس لفكرة الدور السياسي، هو بمثابة إحياء لفكرة السيادة البرلمانية العتيقة من ناحية؛ إذ تتحول محكمة الدستورية إلى بوق مسموع تنفخ فيه سلطة التشريعة أصلية كانت أو استثنائية، وذلك على فرض أنها ستحتاز إلى جانب السلطة السايسية، بينما تمثل إحلالاً لنظرية سيادة القضاء الدستوري محل محل نظرية السيادة البرلمانية بما تستتبعه من تحكُّم قضاة الدستورية في مفهوم الدستورية على غير مراد الدستور، فنتحول إلى حكومة قضاة كما المحكمة العليا في حقبتها الشهيرة تاريخياً، وذلك على فرض معاداتها لها.

٥. أن دلالة مصطلح "سياسي"، مختلف عليها بين فقهاء ومتخصصي العلوم السياسية أنفسهم، مع ما يستتبعه ذلك من تأثر مفهوم الدور السياسي في

مجال الدستورية بهذا الاختلاف، وهو الأمر الذي لا يقطع في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري في كثير من الأحيان؛ إذ الخلاف مظنة الشبهة لا اليقين كما هو معلوم، ومن ثم يقف القول بالدور السياسي للقاضي في مناسبات عديدة، عند حد الشبهة التي لا ترقى إلى رتبة اليقين الذي ينفي عن حكم الدستورية قرينة الصحة المفترضة في جانب كغيره من أعمال السلطة العامة.

٦. أن الدور السياسي بالمفهوم الفني، وفقاً للمفهوم المعياري، لا يتوافر لعمل القاضي الدستوري، إلا بثبوت انصراف إرادته إلى إحداث ما ترتب على حكم الدستورية من آثار، على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم حتماً من نصوصه، وهو القيد الذي يرتب نتيجتين جوهريتين؛ الأولى: أنه ينفي شبهة الدور السياسي عن العديد من أحكام الدستورية، والثانية: أنه يرتقي بعمل القاضي في حال ثبوت هذا الوصف في جانبه إلى رتبة الانحراف بسلطة الرقابة على الدستورية؛ طالما كان القصد إلى مخالفة الدستور شرطاً لتوافر هذا الوصف.

٧. أن الدور السياسي استثناءً على الأصل العام في عمل القاضي ذي الطبيعة القانونية، لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، ومن ثم فالأصل في عمل القاضي "القانونية" إلى أن يثبت بالدليل القطعي انصراف إرادة القاضي إلى ترتيب آثار على حكم الدستورية على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم حتماً من نصوصه.

٨. أن فروض نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، وفقاً للمعيار الموضوعي المقترح، ستنحصر في أضيق نطاق لها، قد تصل معه إلى حد الندرة؛ لصعوبة إقامة الدليل على توافر عنصر القصد إلى مخالفة الدستور في جانب القاضي من ناحية، ولصعوبة رد آثار حكم الدستورية إلى غير مقتضى الدستور أو ما يفهم حتماً من نصوصه؛ لسعة مفهوم الكثرة

الدستورية، ومن ثم اتساع نطاق "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية من ناحية أخرى.

ثانياً: توصيات البحث:

ثمة توصيات أو مقترحات، نضعها أمام أساتذتنا وزملائنا من فقهاء ومتخصصي القانون الدستوري من المنظرين والمطبقين، علماً تحز إقراراً وتطبيقاً؛ منها:

١. أن أعمال السلطة العامة بثلاثيتها المعلومة؛ تشريعاً وتنفيذاً وقضاءً، داخلية في المعنى العام لمصطلح "سياسي"؛ رداً إلى أنها جميعاً ليست مقصودة لذاتها، بل لتدبير أمور الجماعة والقيام على مصالحها، أما أعمال كل سلطة داخل النطاق المحجوز لها، فتدخل في المعنى الفني لاختصاصها؛ فالتشريع قانون، والإدارة قرارات أو عقود، والقضاء أحكام، وكل منها يخضع في مباشرته لضوابط و ضمانات تتفق مع طبيعة الاختصاص الموكل إلى كل سلطة من الثلاث، وعليه، فإن عمل القاضي الدستوري وهو متفرع عن سلطة القضاء ومجبور على منهجها واستقلاليتها، لا يدخل في مفهوم السياسية "الخاص"، وإن كان داخلاً في مفهومها "العام" على النحو سالف البيان.

٢. نهيب بجمهور الفقه الدستوري أن يترجم إقراره لأدوات الرقابة الحديثة؛ كرقابة التناسب، ورقابة الانحراف، ورقابة الإغفال، أن يترجم إقرار هذه الأدوات في الإقرار بتطور مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية واتساع نطاقه ليسع كثيراً من أعمال القاضي التي لا تحملها القانونية التقليدية، والتي قد توحى للمحدثين من الباحثين بأن ثم دوراً سياسياً لقاضيها.

٣. ينبغي لمتناولي فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، أن يتخذوا من "قانونية" اختصاص الرقابة على الدستورية، منطلقاً ومردداً في تفسير أعمال القاضي، نزولاً على مقتضى قرينة الصحة المفترضة في أعمال السلطة

العامّة؛ باعتباره متفرعاً عن سلطة القضاء التي تتفرع بدورها عن السلطة العامّة. حتى إذا ما تخلف الدليل القاطع على "سياسية" عمله، افتُرضت "قانونيته".

٤. يتعيّن الحذر في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، سيما في أوقات الأزمات السياسية والانقسامات الحزبية؛ لما يحدثه ذلك من زعزعة لثقة الجماعة في منصة الدستورية، هذه الثقة التي تعد الضمان الحقيقي لرقابة الدستورية التي هي الضمان الحقيقي لدولة القانون والمؤسسات، فضلاً عن إن نهائية أحكام الدستورية وامتناع التعقيب عليها تقلل من عائد التكريس لهذه الفكرة إلا أن ينعكس سلباً على مكانة المحكمة كما أسلفنا.

٥. ينبغي للقاضي الدستوري الوطني، أن يلتزم نهجاً تقدمياً في تخريج أحكامه دستورياً، بما يواكب تقدميته في استخلاص معنى الدستور؛ لسد الفجوة بين ما تكرّس له أدبيات الفقه التقليدي وما يستفاد من أحكامه؛ حتى لا يقع المحدثون من الباحثين في حيرة الجمع أو التوفيق بين التطبيق القضائي والتنظير الفقهي الذي يحمله. فاستخدام اللغة القانونية الفنية أو المعقدة في صياغة أحكام الدستورية في كثير من الأحيان، قد بات يوحى لبعض الباحثين بانضواء أحكام الدستورية على ما يخشى قضائتها إظهاره من دور سياسي، وهو ما لم يكن ليُعتقد فيه لو كانت لغتها من الوضوح بما يقطع الشك والريبة حول مقاصدها.

## المصادر والمراجع

القسم الأول: باللغة العربية:

أولاً: المؤلفات العامة:

د. جورجي شفيق ساري:

١. رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري؛ دراسة تحليلية مقارنة لبعض

الأنظمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة:

٢. الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دراسة فقهية مدعمة

بأحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

د. محمد صلاح عبد البديع السيد:

٣. الدور السياسي للقاضي الدستوري - دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام ذات

الصبغة السياسية: دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

د. محمد محمد عبد اللطيف:

٤. النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

د. محمود رضا أبو قمر:

٥. القضاء والواقع السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

ثانياً: البحوث المتخصصة:

د. برقوق عبد العزيز:

٦. مقارنة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية،

مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي

برباح ورقلة، الجزائر، العدد التاسع، جوان/يونيو ٢٠١٣.

م. حسام فرحات أبو يوسف:

٧. من قضاء المحكمة العليا الأمريكية في العام القضائي ٢٠٠٧/٢٠٠٨، دون

ناشر، دون تاريخ.

د. حسين مقداد:

٨. المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق

التطابق بينهما؛ دراسة تأصيلية مقارنة في النظامين المصري والأمريكي، دار

النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨.

٩. مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار

النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري:

١٠. مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة

مجلس الدولة المصري، بحوث ومقالات مختارة، ١٩٥٢.

د. عيد أحمد الحسبان:

١١. قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون،

جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٨، أكتوبر ٢٠١١.

د. محمد سعد أبو عامود:

١٢. المحكمة الدستورية والنظام السياسي المصري، المؤتمر الأول لكلية الحقوق،

جامعة حلوان، ١٩٩٨.

م. د. عصام سليمان:

١٣. تفسير الدستور وأثره على المنظومة الدستورية، الكتاب السنوي للمجلس

الدستوري اللبناني، المجلد السادس، ٢٠١٢.

محمد محمد عبد اللطيف:

١٤. الرقابة على دستورية قوانين الخصخصة، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق،

جامعة حلوان، ١٩٩٨.

ثالثاً: رسائل الدكتوراه:

د. أحمد كمال أبو المجد:

١٥. الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم

المصري(رسالة دكتوراه)، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ١٠٧ وما بعدها.

د. أحمد محمد حسب النبي الشورى:

١٦. الدور السياسي للقضاء الدستوري؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٧.

د. أشرف تامر محمد علي:

١٧. الدور السياسي للقضاء الدستوري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠١١.

د. سليمان محمد الطماوي:

١٨. نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة"، دراسة مقارنة(رسالة دكتوراه)، ط ٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.

د. عاطف سالم عبد الرحمن:

١٩. دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٠.

د. عبد العزيز محمد سالم:

٢٠. رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٤.

د. علي السيد الباز:

٢١. الرقابة على دستورية القوانين؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٨.

د. محمد ماهر أبو العينين:

٢٢. الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر(رسالة دكتوراه)، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

## رابعاً: المقالات العلمية:

د. محمود شعراني:

٢٣. حول الدور السياسي للقضاء الدستوري: الحق في التقاضي تصادره السلطة أم يسلبه القاضي؟، مقال منشور بصحيفة "الراكوبة" السودانية، بتاريخ ٢١ مارس ٢٠١٤م.

د. معتز القرقوري:

٢٤. في امتداد اختصاص القاضي الدستوري عند التعهد بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (الرقابة السابقة)، مقال منشور بجريدة المغرب "الإلكترونية"، بتاريخ ١٣ أكتوبر ٢٠١٧م.

القسم الثاني: باللغة الانجليزية:

أولاً: المؤلفات العامة:

Albert Venn Dicey:

1. Introduction to the study of the law of the constitution, Reprint. Originally published: 8<sup>th</sup> edition, Macmillan, London, England.

Amitai Etzioni:

2. What is political?, No Publisher, No Date.

Blerton Sinani:

3. A Critical-Legal Overview of the Concept of Constitution as the Highest Legal-Political Act of the State in the Light of Constitutional-Juridical Doctrine, Faculty of Law of the South East European University, Republic of Macedonia, No Date.

Brandon J. Murrill:

4. Modes of Constitutional Interpretation, Cong-ressional Research Service, United States of America, March 2018.

Carl Schmitt:

5. the Concept of the Political, the University of Chicago Press, Chicago and London, United States of America, 1997.

Christopher E. Smith:

6. The Impact of New Justices: The U.S. Supreme Court and Criminal Justice Policy, No Publisher, No Date.

David A. Strauss:

7. The Living Constitution, Oxford University Press, 2010.

Giuseppe Albanese & Marco M. Sorge:

8. The Role of the Judiciary in the Public Decision Making Process, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, Germany, 2010.

Judge Glock:

9. Unpacking the Supreme Court: Judicial Retirement and the Road to the 1937 Court Battle, No Publisher, March 2017.

Mauro Zamboni:

10. 'Markers' vs. 'Makers': Are Constitutional Courts Legal or Political Actors?, University of Groningen, Netherlands, Holland, No Date.

Michael Hein:

11. Constitutional Conflicts between Politics and Law in Transition Societies: A Systems-Theoretical Approach, Studies of Transition States and Societies (STSS), vol. 3, Issue 1, No Date.

Michael J. Perry:

12. The Constitution in the Courts: Law or Politics?, Oxford University Press (OUP), United Kingdom, 1994.

Michael Kirby:

13. Judicial Activism; Authority, Principle and Policy in the Judicial Method, Published by Sweet & Maxwell Limited, London, England, 2004.

Nathan J. Brown and Julian G. Waller:

14. Constitutional Courts and Political Uncertainty: Constitutional Ruptures and the Rule of Judges, Oxford University Press and New York University School of Law, United States, 2017.

Pablo T. Spiller and Rafael Gely:

15. Strategic Judicial Decision Making, NBER working paper series, Working Paper No. 13321, National Bureau of Economic Research, Cambridge, England, August 2007.

Paolo Passaglia:

16. Rights-Based Constitutional Review in Italy, Report held at the Society of Legal Scholars Annual Seminar 2013, held in Dublin on 2 and 3 July 2013, Consulta Online.

Pasquale Pasquino:

17. The New Constitutional Adjudication in France; The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model, Centre de Théorie et Analyse du Droit - Paris EHESS, No Date.

Pasquale Pasquino:

18. The New Constitutional Adjudication in France; The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model, Centre de Théorie et Analyse du Droit - Paris EHESS, No

Date.

Ran Hirschl:

19. From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies, Oxford University Press and New York University School of Law, Volume 11, 2013.

Robert Badinter:

20. The Nature and Function of Judicial Review, No Publisher, No Date.

Xavier Philippe:

21. Constitutional Review in France: The Extended Role of the Conseil Constitutionnel Through the New Priority Preliminary Rulings Procedure (QPC), University Paul Cézanne (Aix-Marseille III), No Date.

ثانياً: البحوث المتخصصة (المجلات والدوريات العلمية):

**Alvin B. Rubin:**

22. Judicial Review in the United States, Louisiana Law Review, the LSU Law Center, Louisiana State University, Volume 40, Number 1, U.S.A, 1979.

**Amanda L. Tyler:**

23. Setting the Supreme Court's Agenda: Is There a Place for Certification?, The George Washington Law Review, Vol. 78:1310, U.S.A, 2010.

**Barry Friedman:**

24. The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 90, New York University School of Law, (or) University of Cincinnati Law Review (United States), Vol. 72, 2004.

**Barry Friedman:**

25. The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review, University of Cincinnati Law Review, Vol. 72, New York University School of Law, United State of America, 2004.

**Benjamin N. Cardozo:**

26. the Nature of the Judicial Process, Lecture I; Introduction. The Method of Philosophy, Journal of Law, Volume 1, Issue 1, the Green Bag, Inc, 2011.

**Bui Ngoc Son:**

27. Globalization of Constitutional Identity, Washington International Law Journal Association, Vol. 26, No. 3, U.S.A, 2017.

**Carol S. Steiker & Jordan M. Steiker:**

28. Miller v. Alabama: Is Death (Still) Different?, OHIO State Journal of Criminal Law, Vol 11:1, United States, 2013.

**Catherine L. Langford:**

29. The Living Constitution: Origins and Rhetorical Implications of the Constitution as Agent, Communication Law Review, Volume 15, Issue 1, No Date.

**Charles E. Clark:**

30. The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition, Yale Law Journal, vol. 71: 255, Faculty Scholarship Series, Yale Law School, USA, 1961.

**Cindy G. Buys:**

31. Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation, Brigham Young University Journal of Public Law, Volume 21, United States, No Date.

**Daniel A. Farber:**

32. Legal Pragmatism and the Constitution, Minnesota Law Review, University of Minnesota Law School (United States), Vol. 72, 1987.

**David A. Strauss:**

33. Do We Have a Living Constitution?, Law School Journal, University of Chicago, United States, 2011.

**Dieter Grimm:**

34. Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: between law and politics, National University of Juridical Sciences Law Review (NUJS), Vol. 15, Kolkata, West Bengal, India, 2011.

**Edmund Ursin:**

35. How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly, and Roger Traynor on Judicial Lawmaking, Buffalo Law Review, Vol. 57, USA, 2009.

**Frank B. Cross:**

36. The Ideology of Supreme Court Opinions and Citations, Iowa Law Review, University of Iowa College of Law, Vol. 97, United States, 2012.

**Frank B. Cross:**

37. The Ideology of Supreme Court Opinions and Citations, Iowa Law Review, Vol. 97, University of Iowa College of Law, U.S.A, 2012.

**Gustavo Fernandes de Andr ad:**

38. Comparative Constitutional Law: Judicial Review, Journal of Constitutional Law (United States), Vol. 3:3, May 2001.

**Harvey Gee:**

39. Eighth Amendment Challenges After Baze v. Rees: Lethal Injection, Civil Rights Lawsuits, and the Death Penalty, Boston College Third World Law Journal, Vol. 31:217, United States, 2011.

**Jack M. Balkin:**

40. Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics, The Yale Law Journal, The Yale Law Journal Company, Inc. (United States), Vol. 110, May 2001.

**Jack M. Balkin:**

41. What Brown teaches us about Constitutional Theory?, Virginia Law Review, The Virginia Law Review Association (United States), Vol. 90, Number 6, October 2004.

**Jessica Conser:**

42. Achievement of Judicial Effectiveness through Limits on Judicial Independence: A Comparative Approach, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Volume 31, Number 1, Article 5, Fall 2005.

**John Ferejohn:**

43. Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence, Southern California Law Review, Vol. 72, U.S.A, 1999.

**Lee Epstein and Others:**

44. The Supreme Court as a Strategic National Policymaker, Emory Law Journal, Vol. 50, Emory University School of Law, Georgia, USA, 2001.

**Malcolm Langford:**

45. Why Judicial Review?, Oslo Law Review, Issue 1, 2015.

**Martin A. Rogoff:**

46. A Comparison of Constitutionalism in France and the United States, Maine Law Review, University of Maine School of Law, Vol. 49: 21, United States, 1997.

**Michael E. Solimine:**

47. The Fall and Rise of Specialized Federal Constitutional Courts, Journal of Constitutional Law, Vol. 17:1, U.S.A, No Date.

**Michael J. Klarman:**

48. Bush v. Gore through the Lens of Constitutional History, California Law Review (United States), Vol. 89, Issue 6, Article 2, December 2001.

**Miro Cerar:**

49. The Relationship Between Law and Politics, Annual Survey of International & Comparative Law, Volume 15, Issue 1, Article 3, 2009.

**Oliver Wendell Holmes, Jr.:**

50. The Path of the Law, Harvard Law Review, Vol. 10, 1897.

**Pamela S. Karlan:**

51. What Can Brown Do For You?: Neutral Principles and the Struggle Over the Equal Protection Clause, Duke Law Journal, Duke University School of Law(United States), Vol. 58, 2009.

**R. Randall Kelso:**

52. Separation of Powers Doctrine on the Modern Supreme Court and Four Doctrinal Approaches to Judicial Decision-Making, Pepperdine Law Review, Volume 20, Issue 2, Article 6, United States, 1993.

**Richard Hodder-Williams:**

53. Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, British Journal of Political Science, Vol. 22, No. 1, Cambridge University Press, United Kingdom, Jan., 1992.

**Richard S. Kay:**

54. Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation, Northwestern University Law Review, Vol. 103, No. 2, United States, 2009.

**Robert C. Post:**

55. Theories of Constitutional Interpretation, Faculty Scholarship Series, Paper 209, Yale Law School, Yale Law School Legal Scholarship Repository, United States, 1990.

**Robert P. George:**

56. Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review, Fordham Law Review, Fordham University School of Law, Volume 69, Issue 6, Article 1, United States of America, 2001.

**Sarang Vijay Damle:**

57. Specialize the Judge, Not the Court: a Lesson from the German Constitutional Court, Virginia Law Review, Vol. 91, U.S.A, 2005.

**Tabatha Abu El-Haj:**

58. Linking the Questions: Judicial Supremacy as a Matter of Constitutional Interpretation, Washington University Law Review, Volume 89, Issue 6, 2012.

**Thomas E. Kellogg:**

59. Constitutionalism with Chinese Characteristics? Constitutional

Development and Civil Litigation in China, Oxford University Press and New York University School of Law, Volume 7: 215, Number 2, 2009.

**Thomas Kleinlein:**

60. Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law, Nordic Journal of International Law, Vol. 81, Germany, 2012.

**Veit Bader:**

61. Parliamentary Supremacy versus Judicial Supremacy, How Can Adversarial Judicial, Public, and Political Dialogue be Institutionalised?, Utrecht Law Review, Utrecht University School of Law, Volume 12, Issue 1, Utrecht, Holland, 2016.

**Vicki C. Jackson:**

62. Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors, Fordham Law Review, Volume 75, Issue 2, Article 21, Harvard University's DASH Repository, England, 2006.

ثالثاً: رسائل الدكتوراه:

**V. R. Jayadevan:**

63. Judicial Creativity in Constitutional Interpretation, thesis submitted to the cochin university of science and technology for the award of the degree of doctor of philosophy, school of legal studies, cochin university of science and technology, Kerala, India, 1999.

رابعاً: الأوراق البحثية والتقارير العلمية:

**Attila Vincze:**

64. What Role for Constitutional Courts in a Multi-Level Constitutionalism?, Contribution Delivered at the International Workshop on Human Rights Enforcement Mechanisms held at the ELTE University, Budapest, November 24-25<sup>th</sup>.

**Bjørn Erik Rasch:**

65. Foundations of Constitutional Stability: Veto Points, Qualified Majorities, and Agenda-Setting Rules in Amendment Procedures, Paper for presentation at the ECPR Joint Sessions of Workshops Rennes, France, April 11-16, 2008.

**Commission to Promote Public Confidence in Judicial Elections:**

66. "Without public confidence, the judicial branch could not function", Final Report to the Chief Judge of the State of New York, New York, USA, 2003.

**Eivind Smith:**

67. Constitutional Courts as "Positive Legislators"—Norway, International Academy of Comparative Law, XVIII International Congress of Comparative law, Washington, D.C., July 25-31, 2010.

Pavlos Eleftheriadis:

68. The Constitution as Higher Law, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 04, United Kingdom, 2008.

Rosalind Dixon:

69. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective, Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 347, May 2011.

70. Updating Constitutional Rules, the University of Chicago Press, U.S.A, 2010.

Thomas C. Grey:

71. Judicial Review and Legal Pragmatism, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Stanford Law School (United States), Research Paper No. 52, 2003.

Wilson C. Freeman:

72. Marbury v. Madison Returns! The Supreme Court Considers the Scope of "Judicial" Power, Legislative Attorney, Congressional Research Service, Paper for Members and Committees of Congress, January 16, United States, 2018.

القسم الثالث: باللغة الفرنسية:

أولاً: رسائل الدكتوراه والماجستير:

73. Brahim Dalil: Le Droit Administratif Face au Principe de la Sécurité Juridique, Thèse de Doctorat en Droit, Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense, France, 2015:

Martin Nadeau:

74. Perspectives pour un Principe de Sécurité Juridique en Droit Canadien: les Pistes du Droit Européen, Mémoire de Maîtrise, Université de Sherbrooke, Non Publié, Quebec, Canada, 2009:

ثانياً: الأوراق البحثية والتقارير العلمية:

Anne-Laure Valembois:

75. La Constitutionnalisation de L'exigence de Sécurité Juridique en Droit Français, Cahiers du Conseil Constitutionnel, N° 17, Prix de Thèse, France, Mars 2005.

Denise Teixeira d'Oliveira:

76. Le Contrôle Juridictionnel des Omissions Législatives

Inconstitutionnelles au Brésil: Voie de Démocratie Continue, Instrument in achevé de Contre-Pouvoir?, IXe Congrès Français de Droit Constitutionnel, AFDC, Lyon, France, Jun 2014:

M. Olivier Dutheillet de Lamothe:

77. La Sécurité Juridique; Le point de Vue du Juge Constitutionnel, exposé fait à L'Occasion de L'Accueil de Hauts Magistrats Brésiliens, le 20 Septembre 2005, France.

Michel Melchior et Claude Courtoy:

78. L'Omission Législative dans la Jurisprudence Constitutionnelle, Rapport établi pour la Cour Constitutionnelle de Belgique, 4 décembre 2007.

# **الإطار الدستوري للحق في النسيان**

دكتور

خليفة ثامر الحميده

أستاذ القانون العام المساعد في قسم القانون العام

كلية الحقوق في جامعة الكويت

## المخلص

يتعرض البحث بالدراسة لأحد أنواع الحقوق والحريات والتي نشأت في ظل الاستعمال الحديث للإنترنت والبحث الإلكتروني. ويتمحور هذا البحث تحديداً في حق الفرد بمسح مع يتعلق بشخصه من بيانات ومعلومات وجدت على صفحات الإنترنت وما يحيل إليها من روابط في محركات البحث الإلكتروني. وترجع إشكالية الحق محل هذا البحث إلى حقيقة بقاء تلك البيانات وهذه المعلومات على الإنترنت إلى زمن طويل بحيث يصبح وجودها غير مجد؛ أو فاقداً للغاية منه؛ أو ضاراً بمركز صاحبها أو سمعته. فبينما التساؤل حول مدى جواز إتاحة المجال لهذا الفرد في التقدم للمتحمك في الصفحة الإلكترونية أو لمحرك البحث الإلكتروني بطلب إزالة تلك البيانات أو ذلك الرابط المؤدي إليها. ولم يكن اختيار موضوع الحق في النسيان نابعاً من دراسة نظرية بحتة، بل لقد ثار الموضوع ابتداءً كمتطلب عملي أثير أمام القضاء المقارن في كل من أسبانيا والولايات المتحدة الأمريكية. وبرغم صدور الحكم في كل من الدولتين في ذات اليوم، إلا أنهما اتخذتا موقفاً متبايناً في الاعتراف بالحق في النسيان للأفراد من عدمه. ولقد أتى هذا البحث ليسلط الضوء على تعريف هذا الحق ثم أساس تبنيه أو رفضه بالنسبة إلى نظرية الحقوق والحريات، وموقف القضاء المقارن منه، والتنظيم الأوربي لهذا الحق، ومختتماً بدراسة مدى إمكان تبنيه في الكويت.

### Abstract

#### The Constitutional Framework of the Right to be Forgotten

The article studies one of right and freedoms that evolved as a result of the new use of the internet. It specifically focuses on the right of individuals in erasing his or her personal data and information, that was published on the web sites and links referring to it by the internet search engines. The problem of this right goes back to the fact the such data and information are supposed to stay on the internet for a long time regardless of becoming an old information or irrelevant to the internet of its subjects. The article raises the question of the scope of the right of individuals to apply for the erasure of their data. In studying this subject, the article discusses the courts' decisions in both EU Court of Justice and US Supreme Court. It points out the differences of the outcome of these decisions. In its conclusion, the article studies the EU legislation where the right of forgotten is stated, and presents the possibility of the adoption of this right in the Kuwaiti Legal system.

كانت الحقوق والحريات ، وما تزال، محورا للتشريعات الوطنية<sup>1</sup> والاتفاقيات الدولية<sup>2</sup>، والتي عنت في إحاطتها بقواعد وأحكام تضمن تمتع الأفراد بها من جهة، وتحول دون التعسف في استعمالها من جهة أخرى. كما أضحت موضوعات الحقوق والحريات عاملا مؤثرا في العلاقات الدولية، ومحركا للحركات التحريرية الوطنية. ولذلك فقد زخرت المراجع المتخصصة بالموضوعات الدستورية بالعديد من الدراسات التي تبحث في الحقوق والحريات. إذ تشكل هذه الحقوق وتلك الحريات أحد أهم موضوعات المؤلفات الدستورية. فهي تنصدر تلك الدراسات لما تثيره من تساؤلات شائكة حول مفهومها، وما تتضمنه من امتيازات تمنحها للأفراد، وما تستلزمه من ضرورة تحديد نطاق التمتع بها<sup>3</sup>.

ومع شيوع استعمال التكنولوجيا الحديثة وما تبعها من إتساع سبل التواصل عبر الانترنت<sup>4</sup> ازدادت أهمية البحث فيما ينتج عن هذه العلاقات الافتراضية *virtual relationships* من مشكلات قانونية مختلفة<sup>5</sup>. ومما ترتب على استعمال التكنولوجيا الحديثة في التواصل بشكل عام وفي نقل الأخبار على سبيل الحصر أن

<sup>1</sup> أنظر في شرح مثل هذه التشريعات الدكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، دار الشروق، ١٩٩٩، ص ٣٥٥ حيث يسلط الضوء على الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في نطاق قواعد قانون العقوبات. وكذلك أنظر في تطور هذه التشريعات المنظمة للحقوق والحريات في الولايات المتحدة تحديدا:

Charles F. Abernathy, *Civil Rights: Cases and Materials*, West Publishing Co., 1979.

<sup>2</sup> أنظر في شرح مثل هذه الاتفاقيات الدكتور عبد العزيز سرحان، الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص ٣٢٤ حيث يشرح موقف الاتفاقية الأوروبية على الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية.

<sup>3</sup> أنظر على سبيل المثال

Professor David Morgan, *Privacy and Personality in Irish and UK and European Convention*,

بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٢٢. حيث يناقش الحدود القانونية لتدخل سلطات الدولة في حقوق الأفراد وحرياتهم.

<sup>4</sup> الأستاذ الدكتور مصطفى موسى، مخاطر تهدد الحق في الخصوصية عبر التقانات الالكترونية الرقمية، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ١٠، يونيو ٢٠١٥، ص ٤٤٠ حيث يتعرض الباحث للمخاطر المختلفة التي تهدد الحق في الخصوصية من استعمال وسائل التقنية الحديثة. و الدكتورة شيماء عبدالغني عطا الله، تراجع الحق في الخصوصية في مواجهة الاتصالات الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ١٠، يونيو ٢٠١٥، ص ٥٠٣ حيث يلقي الضوء على تهديد التسجيل الإلكتروني على الحق في الخصوصية تحديدا.

<sup>5</sup> لعل إحدى الإشكاليات التي أثارها تكنولوجيا الانترنت ما نتج عن استعمال برنامج شركة Uber والذي من بواسطته يرتبط سائق سيارة بتوصيل عميل بسيارته الخاصة، فقد استتبع هذه العلاقة بين سائق السيارة والشركة المذكورة حول مدى اعتبار العلاقة بينهما علاقة عمل تخضع لقانون العمل في القطاع الأهلي.

أخذت المعلومات المتداولة بعدا جديدا على صعيد النشر<sup>1</sup>. فقد أصبحت في متناول اليد وسهولة الوصول من خلال الصفحة الالكترونية. بل لقد أثار بقاء هذه الأخيرة لفترة طويلة من الزمن وبما تحتويه من بيانات ومعلومات وإن كانت صحيحة السؤال حول مدى إمكان المطالبة بإزالتها من ذوي الشأن متى أصبحت قديمة أو غير مجدية<sup>2</sup>.

ويأتي هذا البحث ليلقي الضوء على هذا الحق والذي يطلق عليه الحق في النسيان<sup>3</sup> Right to be Forgotten حيث يخول - إن أقر بوجوده - من كان اسمه محلا للتداول على مثل تلك الصفحات الالكترونية المطالبة بإزالة الخبر أو الرابط الموصل إليه من محركات البحث الالكترونية<sup>4</sup>. وعلى الرغم من ظهور هذا الحق تشريعا في نص المادة ١٧ من التشريع الأوربي بشأن الحماية العامة للبيانات General Data Protection Regulation والصادر في ١٤ أبريل ٢٠١٦ ودخوله حيز النفاذ في ٢٥ مايو ٢٠١٦، إلا أنه من الأهمية بمكان التأكيد على أن هذا النص يعد ثمرة ما تداولته المحكمة الأوروبية للعدالة The Court of Justice of the European Union منذ عام ٢٠١٠ في قضية أثارها الإسباني كونزالس، ومطالبها فيها شركة جوجل بإزالة الرابط الذي يشير إلى بيع عقار له بالمزاد العلني تحصيلاً لديون ضريبية في ذمته. ففي سعيها إلى الفصل في القضية لجأت المحكمة إلى تفسير نصوص ما كان ساريا في تلك الفترة من تشريع أوربي صدر في عام ١٩٩٥.

<sup>1</sup> يشار إلى أنه في عام ٢٠١٢ بلغ عدد سكان الانترنت الافتراضي ٢.١ مليار نسمة، وفي كل دقيقة من ذلك عام أرسلت ٢٠٤،١٦٦،٦٦٧ رسالة بريدية؛ وأجريت عدد ٢،٠٠٠،٠٠٠ عملية بحث على جوجل؛ وتداولت عدد ٦٨٤،٤٧٨ مستند عبر الفيسبوك؛ وأرسلت عدد ١٠٠،٠٠٠ تغريدة. أنظر في ذلك:

Meg Leta Jones, Ctrl +z: Right to be Forgotten, New York University Press, 2016, p. 3.  
<sup>2</sup> منذ عام ١٩٦٧ فقد أصدر مؤتمر دول الشمال الأوربي توصية يطالب فيها ضرورة استحداث قواعد قانونية لحماية عناصر الحياة الخاصة نظرا لعجز القواعد الموجودة آنذاك عن مسيرة التطور التكنولوجي. أنظر في ذلك ٢- الدكتور محمود عبدالرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، غير محدد مكان الطبع، ص ٩٠.

<sup>3</sup> Right to be Forgotten. وكذلك يطلق عليه الحق في المسح Right to Erase والحق في الشطب Right to De-list.

<sup>4</sup> حول أثر الاعتراف بالحق في النسيان على نطاق الحق في الخصوصية تحديدا أنظر:

Meg Leta Jones, Supra , p. 81.

وعلى الرغم من هذا الاتجاه الواضح لدى المحكمة الأوروبية في إثبات وجود الحق في النسيان لمواطني الاتحاد الأوروبي، فإن المحكمة الأمريكية، على صعيد آخر، لم تذهب إلى ذات المنحى حيث رفضت في مطالبة المدعي في قضية مماثلة الاعتراف بالحق في النسيان، وبين هذين الحكمين المتعارضين والصادر من شطري المحيط الأطلسي يثور التساؤل حول الأسباب التي أدت إلى قبول الحق في النسيان أو رفضه. كما أن مواجهة مثل هذه المطالبات لا يتصور أن تكون بعيدة عن قضائنا الوطني نظرا لاحتمال تحقق وقائع وظروف هاتين القضيتين أمامه.

وبذلك تأتي هذه الدراسة لإلقاء الضوء على الحق في النسيان تعريفاً؛ وتكييفاً؛ ومصيراً. فتشرع هذه الدراسة في تحديد ما يصدق عليه مصطلح الحق في النسيان. كما ستبحث في موطن هذا الحق بين مجموعات الحقوق والحريات المقررة دستورياً. ثم ستناقش الدراسة مدى إمكان تبني القضاء الكويتي للحق في النسيان على هدى مما يقره الاتجاه التشريعي في ذلك.

وقبل الشروع في هذه الدراسة ينبغي التنويه إلى المقصود بمصطلحي محل البيانات والمتحكم بها. ففي نطاق استعمالهما في هذه الدراسة يقصد بهما ما يلي:  
محل البيانات Subject of Data : الفرد الذي تتضمن البيانات معلومات خاصة به.

المتحكم بالبيانات Data Controler : مالك الموقع الإلكتروني أو مديرها والذي بناء على إرادته توضع البيانات على الموقع، وتتسأ الروابط الإلكترونية المؤدية إليها.

وبناء على ذلك ستقسم الدراسة البحث إلى قسمين رئيسيين هما:

المبحث الأول: الحق في النسيان في ضوء مبادئ الحقوق والحريات.

المبحث الثاني: التنظيم الأوروبي للحق في النسيان ومدى إمكان تبني الحق في النسيان في الكويت.

## المبحث الأول

### مفهوم الحق في النسيان في ضوء مبادئ الحقوق الدستورية

ستركز الدراسة في هذا المبحث على الحق في النسيان في شقه النظري والمتمثل في بيان تعريفه ومنشأه في القضاء المقارن. كما سيبحث في موقع هذا الحق في ضوء نظرية الحقوق والحريات حيث وقع الحق في النسيان بين حقي الخصوصية والإطلاع.

## المطلب الأول

### مفهوم الحق في النسيان ونشأته

ينبغي قبل الخوض في دراسة الحق في النسيان كمحل لهذا البحث بيان ما يصدق عليه هذا المصطلح تعريفاً. كما يتطلب حسن دراسته رسم معالم هذا الحق من خلال سرد ما يتطلبه وجوده من عناصر. وعلاوة على هذا وذلك فإن تمام بيان تعريف الحق في النسيان يقتضي ختم هذا الجزء من البحث بتسليط الضوء على نشأته. وبناء على ذلك سيكون البحث في هذا المطلب في صياغة تعريف للحق في النسيان، واستخلاص عناصر هذا الحق. كما يشمل نشأة هذا الحق في الأنظمة القانونية المقارنة.

## الفرع الأول

### مفهوم الحق في النسيان

سيبحث هذا الفرع في تعريف الحق في النسيان ومتطلبات وجوده.

## الفصل الأول

### تعريف الحق في النسيان

نظراً لحدثة نشأة الحق في النسيان لم يرسم المشرع ولا القضاء تعريفاً له. وإنما بحثه القضاء الأمريكي فأفكر وجوده، بينما تبناه القاضي الأوروبي كما سيبين ذلك في طيات هذه الدراسة. وحتى عندما جاء المشرع الأوروبي ليعلن عن ولادة هذا الحق، فإنه اكتفى بالنص عليه؛ وسرد ما يرد عليه من استثناءات عليه، ودون أية محاولة منه لوضع تعريف تشريعي له. وفي سبيل وضع التعريف الإصطلاحي للحق

في النسيان الجامع المانع، فإننا نرى بتعريفه إلى أنه مكنة قانونية تخول الفرد إزالة بيانات إلكترونية متعلقة به بطلب يقدمه إلى المتحكم فيها لمسوخ قانوني.

ومن هذا التعريف يمكن القول بأن الحق في النسيان كيان قانوني يمكن الأفراد من مسح ما يتعلق بهم من بيانات ومعلومات وجدت على صفحات الإنترنت والمواقع الإلكترونية. فما كان لهذا الحق أن ينشأ لولا ما يفترض بمثل هذه المواقع أو تلك الصفحات الإلكترونية من بقاء لمدة من الزمن لا يكاد يبين له نهاية. ذلك أن الطباعة الورقية لتلك الصفحات ومهما طال أمد وجودها فهي في نهايتها ستزول صراحة بفقد ما كتبت عليه من أوراق؛ أو ضمنا بأن يتقلص ظهورها المادي في مايكروفيلم. ويتعين على من يرغب بالحصول على تلك المعلومة القيام بجهد أكبر للبحث عنها فيها. بينما لا يتطلب استعمال صفحات الانترنت ومواقعها سوى إلى جهد ضئيل للبحث عن ماضي الفرد أو ما سبق وارتكبه فيما مضى من حياته. فيكفي جهاز يربطه بالإنترنت ومحرك بحث واسم الفرد المراد كشف ماضيه، ثم لا تلبث المعلومات وتظهر على الشاشة عما سبق وأن كتب عنه أو كتبت هو. بل إن القارئ قد يخدع بوجود مثل هذه البيانات والتي قد تظهر في أعلى الصفحة فيخيل لأول أنها حديثة الوقوع، بينما هي في حقيقتها كان قد مضى عليها أمد ليس بالقريب منذ ظهرت أول مرة.

وبالرجوع إلى التعريف المقترح للحق في النسيان يمكن استخلاص العناصر التالية:

١. أن الحق في النسيان ما هو سوى مكنة قانونية. فهو سلطة تنشأ فيما يسطره المشرع من نصوص؛ أو ما يقرره القاضي في قضائه. وبذلك فإن قيام هذا الحق للأفراد يتطلب اعتراف من المشرع أو القاضي به. على أن هذا لا يحول دون تمكين السلطة التنفيذية ذات العلاقة في اختصاصها بالإنترنت أو بالرقابة على صفحات المواقع الإلكترونية من فرض هذا الحق بمناسبة قيامها بتلك الرقابة.

٢. أن الحق في النسيان يخول الفرد تحديداً دون غيره فرض النسيان على ما يتعلق ببياناته المنشورة على صفحات الإنترنت. فهذا الحق يعترف به لمصلحة الفرد الذي يكون محلاً لتلك البيانات. فله الصفة في المطالبة بمسحها؛ وله المصلحة في إزالتها. وبذلك فهذا الحق لا يعمل به ما لم يتمسك به الفرد محل البيانات. على أن هذا القول لا يمنع الجهات الرقابية - كما بينا - من فرض قرارها بحظر نشر بيانات معينة إلى مواقع الانترنت بداعي حماية الأمن العام أو فرض احترام النظام العام والآداب العامة في الدولة؛ وبواسطة استعمالها لأدوات الضبط الإداري<sup>1</sup>. كما لا حاجة إلى القول بتفويض ولي القاصر والقيم عليه في التمسك بالحق في النسيان لما فيه من مصلحة لهذا القاصر<sup>2</sup>.

٣. يتحصل مضمون الحق في النسيان بإزالة بيانات إلكترونية منشورة على صفحات الانترنت. فهو لا يتجاوز طلب مسح تلك البيانات أو إزالة الروابط الإلكترونية تؤدي بالضرورة إلى ظهورها أمام مستعمل الانترنت. ويستوي في ذلك أن يكون سبب نشر هذه البيانات خيراً عن الفرد المتمسك بحقه في نسيانها؛ أو رأي أوردته المحكمة في الصفحات الإلكترونية التي تضمنت تلك البيانات. فالفرضية هنا أن استمرار بقاء هذه البيانات، وإن صح ما تخبر به، يضر بالفرد محل هذه البيانات. ويكون هذا الإضرار واقعاً لا محالة عندما لا يعود لبقائها جدوى؛ أو عندما تذكره بماض كان منه ما كان فيه لنزوة أو سوء تقدير منه.

<sup>1</sup> أنظر في الضبط الإداري كل من الدكتور عبدالرؤف بسبوني، نظرية الضبط الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، ص ١٩ حيث يشرح تعريف الضبط الإداري وأهدافه. والدكتور عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٥، ص ٣٧٤ حيث يتناول الحدود القانونية للضابط الإداري. والدكتور مندوح عبدالحميد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، شركة مطابع الطوبجي التجارية، ١٩٩٢، ص ١٩٥ حيث يتناول حدود الضبط الإداري في الأحوال الاستثنائية. والدكتور حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩، ص ١٨١ حيث يبسط بالشرح للطرق المختلفة للرقابة إلى الضبط الإداري.

<sup>2</sup> أنظر تنس المادة ١٠ من الدستور الكويتي على أن: "تحمي الدولة النشئ وتحميه من الاستغلال. وتقيه الإهمال الأبني والجسماني والروحي"، وكذلك القانون الكويتي رقم ٢١ لسنة ٢٠١٥ في شأن حقوق الطفل والذي صدر إعمالاً لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل الموقعة عام ١٩٨٩.

٤. أن الحق في النسيان ينشأ كحق للفرد فيما مواجهة بيانات متعلقة به شخصياً. فما عدا ما سبق بيانه بالنسبة إلى القاصر، لا يملك الفرد أن يطالب بإزالة البيانات المنشورة عنه إلكترونياً ما لم يثبت علاقته به بشكل أو آخر. ويستوي في ذلك ما إذا كان الفرد سبق وأن أبدى موافقته على نشر مثل تلك البيانات، ثم بدى له ضرورة إزالتها لما ترتبه من أضرار تمسه أو تمس من يقوم على رعايتهم. كما يستوي في ذلك إن كان حصول المتحكم على هذه البيانات بعلم من كان محلها أو بشكل عرضي<sup>1</sup>.

٥. يمارس الفرد محل البيانات والتي يطمح إلى إزالتها من على صفحات الانترنت الحق في النسيان بطلب يقدمه إلى المتحكم فيها. فيظل هذا الأخير إما مالكا للصفحة الإلكترونية التي نشرت على موقعها تلك البيانات أو مديراً لها أو حتى منشئاً للرابط التي يحيل إليها. فالحق في النسيان يؤدي في وجوده إلى التزام على المتحكم في صفحة الانترنت أو الرابط الإلكتروني بإزالة ما يتضمنه أي منهما من دلالة على البيانات المراد مسحها.

٦. أن الحق في النسيان ينبغي أن يرجع في وجوده إلى غاية قانونية تشفع للفرد محل البيانات المراد مسحها المطالبة بإزالتها. فلأجل التمسك بهذا الحق يتوجب على الفرد إثبات المسوغ القانوني الذي يبرر المبادرة إلى إزالة البيانات. ويظهر هذا السبب القانوني في ضرر يصيب الفرد لا يتناسب مع المصلحة من بقاء تلك البيانات في متناول العامة من الأفراد<sup>2</sup>. ونرى بأن مصلحة الفرد محل البيانات في محو هذه الأخيرة لا تقتصر في تبريرها على

<sup>1</sup> تعاقب المادة ١ مكرراً من القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠١ بشأن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الهاتفية وأجهزة التنصت كل من النقط صورة أو مقطعاً لفيديو لشخص دون علمه ودون رضاه منه بالحبس سنتين وبالغرامة التي لا تتجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. وتزداد هذه العقوبة جساماً عند نشر هذه الصورة أو ذلك المقطع على الملأ.

<sup>2</sup> يذكر في هذا الشأن أن المادة ٣٠ من المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المنني الكويتي تورد كمثل على إساءة استعمال الحق عندما ينحرف في استعماله عن الغرض منه أو عن وظيفته؛ أو يقرب عليه مصلحة غير مشروعة؛ أو إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير؛ أو إذا كانت المصلحة المترتبة على استعماله لا تتناسب مع الضرر يصيب الغير جراء هذا الاستعمال؛ أو إذا كان سيقرب على استعمال الحق ضرراً بالغير فاحشاً غير مألوف.

أضرار تحيط بالفرد، وإنما تتجاوز ذلك لتكون الحيلولة دون الإضرار بأسرته ومن له سلطة الولاية عليه سببا كافيا كذلك في التمسك بهذا الحق<sup>1</sup>.

## الفصل الثاني

### متطلبات الحق في النسيان

يتطلب ممارسة الحق في النسيان عددا من الشروط التي ترتبط ارتباطا وثيقا بمضمون هذا الحق والغاية من وجوده. فما يعد صالحا لأن يكون محلا للحق في النسيان هي البيانات والمعلومات التي ترتبط بشخص الفرد المتمسك بهذا الحق، والتي يجب أن تكون منشورة إلكترونيا على شبكة الانترنت العنكبوتية، والتي تتحقق بمحوها غاية مشروعة. وبناء على ذلك ينبغي تحقق ثلاثة شروط في البيانات محل الحق في النسيان هي:

**أولا: أن تكون البيانات والمعلومات متعلقة بالحياة الخاصة للفرد:**

يتطلب ممارسة الحق في النسيان أن ترتبط المعلومات المراد محوها بالحياة الخاصة للفرد المتمسك به. أو لمن يخضع لولايته أو وصايته. فعدم وجود مصلحة للغير في الاستمرار برؤية مثل هذه البيانات هو ما يبرر منح هذا الحق لذلك الفرد. كما أن على المتمسك بهذا الحق أن يثبت أن في مثل هذا الاستمرار ما يشكل اقتحاما على حياته الخاصة. فالأصل هنا أن مثل هذه البيانات لا جدوى من إطلاع الناس عليها، لكونها لا ترتبط بحقوقهم؛ ولا تتعلق بالتزاماتهم.

**ثانيا: أن تكون البيانات والمعلومات منشورة على صفحات الانترنت ومواقعها الإلكترونية:**

إن الحق في النسيان يفترض أن يكون نشر البيانات المراد محوها منشورة إلكترونيا في صفحة موقع إلكتروني أو محال إليها برابط في أحد محركات البحث. فمثل هذه البيانات ستبقى موجودة على الانترنت مهما مضى عليها من زمن، وسهولة الوصول إليها من قبل الأفراد. أما إذا كانت هذه البيانات منشورة ورقيا، فإن هذا

<sup>1</sup> تنص المادة 9 من الدستور الكويتي على أن: " الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانه، ويقوي أوصرها، ويحمي في ظلها الأمانة والطفل".

الحق لا يتصور فعاليتته عندئذ. فلا يملك الفرد في هذه الحالة سوى حق الرد في ذات المكان الذي نشرت فيه من الصحيفة إذا كان لذلك مقتضى. وفي جميع الأحوال فإن مصير النشر الورقي الاندثار ما لم تحفظ نسخ من الصحيفة في الأرشيف. وبذلك يلاحظ صعوبة وصول الأفراد لهذا الأرشيف بالمقارنة مع سهولة وصولهم لما يرد في النشر الإلكتروني وبقائها عليه إلى أمد طويل بالمقارنة مع النشر الورقي.

ثالثاً: أن تكون الغاية من مسح البيانات والمعلومات مشروعة:

ينبغي أن يرجع التمسك بالحق في النسيان إلى سبب أو أسباب مشروعة تبرر محوها. فلا يصح أن يستعمل هذا الحق بغرض إتاحة المجال لإزالة ما مضى من جرائم ارتكبتها بغية إضفاء الثقة عليه مرة أخرى ليتمكن من ارتكاب غيرها. من جهة أخرى يعد سببا مشروعاً طلب محو بيانات خاصة ليس للغير أي مصلحة أو فائدة تترجى في علمه بها. كما يعد سببا مشروعاً طلب محوها متى ما زال عنها سبب وجودها، أو فقدت جدوى بقاءها، أو أن الفرد محلها يتضرر من الاستمرار في بقاءها ضرراً لا يتناسب مع المصلحة المترتبة على بقاءها.

### الفرع الثاني

#### نشأة الحق في النسيان

جاء البحث في الحق في النسيان في أروقة القضاء المقارن؛ وتحديداً في الولايات المتحدة الأمريكية ومحكمة العدل الأوروبية. أما تشريعياً فقد جاء تنظيم هذا الحق بشكل صريح في التشريع الأوروبي للحماية العامة للبيانات. وهذا ما سيكون محلاً للبحث في هذا القسم من الدراسة.

### الفصل الأول

#### موقف القضاء الأمريكي من الحق في النسيان

سنحت الفرصة للقضاء الأمريكي للإدلاء برأيه في الحق في النسيان من خلال القضية التي رفعت أمام الدائرة السادسة لمحكمة الاستئناف الفيدرالية<sup>1</sup>. وتعود وقائع

<sup>1</sup> Corey Clark; Jaered Andrews v. Via Com International, Inc. 3:12-0675, 14-5709, 2015.

هذا الطعن إلى فترة تصوير البرنامج التلفزيوني أميركان أيدول American Idol في عام ٢٠٠٢. وقد كان ذلك بخصوص موضوع السيدين Andrews و Clark كطاعنين أمام المحكمة المذكورة. إذ نجح كل منهما في الوصول إلى الأدوار النهائية لهذا البرنامج، والذي تتمحور فكرته حول تنافس المشاركين فيه للفوز بالمركز الأول. إلا أنه وأثناء تصوير البرنامج ألقى القبض على السيد Clark بتهمة العنف الأسري لمشاجرة وقعت بينه وبين أخته. الأمر الذي حدا بالشركة المنتجة إلى إنهاء مشاركته في بقية حلقات البرنامج نظرا لما ترتب على هذا الإتهام من فقدانه لشرط حسن السمعة المطلوبة في جميع المشاركين.

أما السيد Andrews فقد ألغيت مشاركته قبل البدء بالمراحل النهائية نظرا لما تشير إليه صفحات الانترنت من سبق لكونه مشتبهًا به في جريمة قتل حيث كان هو واثنين آخرين ممن أحاطوا بالمجني عليه. ورفع كل منهما هذه الدعوى ضد الشركة Via Com باعتبارها الجهة التي نشرت هذه الأخبار أمام محكمة ولاية تينيسي Tennessee، مطالبينها بإزالة هذا الخبر من صفحاتها الإلكترونية. فقضت هذه المحكمة برفض الدعوى بناء على تقادم الحق برفع الدعوى ضد الشركات والمؤسسات الإعلامية بعد مرور سنة على نشر الخبر محل الطعن<sup>1</sup>. وقد استندت في قضائها إلى القول بأن انقضاء فترة السنة تحول دون قيام الحماية القانونية لسمعة لفرد محل الخبر وفقا لما يقرره التشريع المعني وبغض النظر عما قد يسببه نشر هذا الخبر من أذى على الطاعنين.

فطعن كلاهما بالحكم الصادر من محكمة الولاية أمام الدائرة في المحكمة الاستئنافية الفيدرالية. وقد كان منطلق هذا الطعن قائما على حجتين. الأولى وتتمحور حول طبيعة النشر حيث يمثل خطأ مستمرا، بما يعنيه من الحيلولة دون انقضاء السنة المرتبة للتقادم. أما الحجة الأخرى فتتحصل في انقطاع فترة السنة باستمرار الشركة المطعون عليها Via Com في نشر هذه التهم.

<sup>1</sup> Tenn, Code s. 28-3-104 (a) (1).

ولقد انتهت المحكمة الإستئنافية الفيدرالية إلى رفض الطعن، ومعلنة بأن التعويض عن الخطأ عن النشر تنتهي بتقادم ارتكابه، وإن استمر في ترتيب نتائجه السلبية باستمرار تمكن الأفراد من قراءة محل النشر<sup>1</sup>. ومنتهية إلى رفض الطعن كذلك لسببين. الأول لانقضاء مدة التقادم عن الخطأ في النشر، فلقد كان الطاعنين متأخرين في رفع دعواهما، إذ نص القانون صراحة على تقادم جرائم النشر بمضي سنة على هذا النشر<sup>2</sup>. أما السبب الثاني فاستندت فيه المحكمة إلى مبدأ عدم جواز المطالبة بأية تعويضات عن نشر معلومات صحيحة<sup>3</sup>.

والحقيقة أن القضاء الأمريكي ظل - وما يزال - محكوما بفرض حمايته على حريتي التعبير والصحافة. فقد حظر التعديل الأول لدستورها صراحة والذي صدر في ١٧٩١/١٢/١٥ وضع أي قيد على هاتين الحريتين<sup>4</sup>.

### الفصل الثاني

#### موقف القضاء الأوروبي من الحق في النسيان

من جهة أخرى أظهر القضاء الأوروبي اعترافه في الحق في النسيان في معرض إصدار حكمه في قضية جوجل إسبانيا ضد هيئة حماية البيانات الإسبانية

<sup>1</sup> تشير المحكمة هنا إلى ما قرره من مبادئ في قضية

Duke of Brunsmick v. Harmar (1849) 14 Q. B. 185, 117 Eng.

حيث قررت تجدد مدد التقادم بتجدد النشر، معلنة بأن هذا التقادم لا يمكن أن يستمر لما سيترتب عليه من مواجهة دور النشر والإعلان لآلاف بل وملايين الدعاوى. ويزداد الوضع سوء مع التطور التكنولوجي في الصحف الالكترونية والتلفاز.

<sup>2</sup> بغرض المقارنة يلاحظ ما نصت عليه المادة ٢٥ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ بشأن المطبوعات والنشر الكويتي بأن: "تسقط الدعوى الجزائية عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إذا لم يتم إبلاغ النيابة العامة عنها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ النشر، وتسقط دعوى التعويض إذا لم يتم رفعها خلال سنة من تاريخ النشر ما لم تكن الدعوى الجزائية قائمة فيبدأ ميعاد السقوط من تاريخ انقضائها أو صدور حكم نهائي فيها".

<sup>3</sup> الجدير بالذكر أن المحكمة العليا الفيدرالية العليا كانت قد استعملت معيار القيمة المنخفضة Low - value speech لتمييز نطاق أعمال الحق في التعبير. فاشتطرت لاعتبار المضمون مخالف لحرية التعبير أن يكون الكلام قد انطوى على ضرر حقيقي وواضح. أنظر في شرح هذا المعيار:

Jeffrey M. Shaman, Constitutional Interpretation, Greenwood Press, 2001, p. 173.

أنظر كذلك: William Lockhart, Yale Kamisar, Jesse Choper, Constitutional Rights and Liberties, West Publishing Co., 1981, p. 470.

حيث ناقش الموظفون أثر السمعة في حماية الحق في الخصوصية ومبينين التطور القضائي الأمريكي في بسط الحماية على هذا الأخير حماية للأولى.

<sup>4</sup> ينص هذا التعديل على أن:

"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances".

والسيد ماريو كوستيا كونزالس<sup>1</sup>. والتي قضت فيها محكمة العدالة للاتحاد الأوروبي<sup>2</sup> في مايو ٢٠١٤. فقد تركزت وقائع القضية في مطالبة المدعي وهو السيد كونزالس بإزالة البيانات الشخصية عنه، والتي ظل المدعي عليه وهو شركة جوجل كأحد محركات البحث يشير إليها عند البحث في اسم المدعي. ولقد تلقت المحكمة المذكورة هذه المطالبة في هذا الحكم بالبحث والتمحيص انتهاء منها بإصدار حكمها بإعلان نشوء ما أصبح يعرف بالحق في النسيان<sup>3</sup>.

وتعود وقائع القضية إلى عام ١٩٩٨ حين نشرت جريدة لافانجارديا الإسبانية (La Vanguardia) إعلاناً في نسختها المطبوعة يتناول بيع عقارين بالمزاد العلني قسراً تحصيلاً لديون تتعلق بالتأمين الاجتماعي عجز مالكيها عن سدادها في مواعيد استحقاقها، وقد كان السيد ماريو كوستيا كونزالس مالكا لأحد هذين العقارين. وقد كان هذا الإعلان تنفيذاً لأمر صادر من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، وهدف إلى استقطاب أكبر شريحة ممن يتوقع مشاركتهم في المزاد. وتبعاً للنسخة المطبوعة فقد نشرت الجريدة المذكورة ذات الإعلان على نسختها الإلكترونية مما جعل ظهوره على صفحات مواقع البحث الإلكتروني أكثر سهولة.

وفي نوفمبر من عام ٢٠٠٩ تفاجأ السيد كونزالس ببقاء الإعلان موجوداً على صفحات الإنترنت، وذلك في معرض كتابته لاسمه في محرك البحث الإلكتروني جوجل Google. الأمر الذي حدا به إلى التقدم بطلب إلى الجريدة الإسبانية لإزالة هذا الإعلان معللاً ذلك بمضي فترة زمنية طويلة على حدوث وقائع الإعلان مما يفقد هذا الأخير السبب الذي صدر لأجله. رفضت الجريدة الاستجابة لهذا الطلب متمسكة بالأمر الصادر إليها من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية.

<sup>1</sup> Judgement of the Court in Case C-131/12 (Costeja), Google Spain SL and Google Inc. y. AEPD and Mario Costeja Gonzales.

<sup>2</sup> COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (CJEU).

<sup>3</sup> انظر في مناقشة هذا الحكم

George Brock, The Right to be Forgotten, I. B. Tauris Press, p. 3.

حيث ينتقد المؤلف هذا الحكم لكونه أغفل عدة عناصر يتطلبها الاعتراف بهذا الحق كإغفال تحديد نطاق ممارسته في مواجهة الحق في التعبير والحق في الإطلاع.

وفي فبراير من عام ٢٠١٠ تقدم السيد كونزالس بطلب مماثل إلى محرك البحث جوجل إسبانيا، والتي أحالت الموضوع إلى شركة جوجل العالمية والمسجلة في كاليفورنيا في الولايات المتحدة. وفي ذات الوقت تقدم السيد كونزالس برفع شكوى أمام هيئة حماية البيانات الإسبانية. وفي يوليو من ذات العام أصدر رئيس الهيئة المذكورة قرارا برفض طلبه بالنسبة لإجبار الجريدة على إزالة الإعلان، ولكنه أصدر كذلك أمرا إلى شركة جوجل بفرعيها العالمي والإسباني بإزالة الرابط المؤدي إلى الإعلان في محركي بحثهما، مما يجعل الوصول إلى الإعلان غير متاح للعامة.

وفي مواجهة قرار رئيس الهيئة المذكورة فقد سارعت شركة جوجل بفرعيها إلى التقدم بطلب إلى المحكمة الوطنية العليا الإسبانية لإلغاء هذا الأمر، وذلك بمقولة أن شركة جوجل العالمية لا تخضع لقانون الاتحاد الأوروبي والمتعلق بحماية المعلومات<sup>1</sup>؛ وأن شركة جوجل إسبانيا ليست مسؤولة عما تصدره نظيرتها العالمية في محركات بحثها. كما تمسكت بعدم وجود ما يمكن أن يطلق عليه معلومات شخصية؛ فضلا عن عدم إمكان اعتبار أي من الشركتين متحكمتين في تلك المعلومات، وأن السيد كونزالس ليس له الحق بطلب مسح المعلومات التي نشرت وفقا للقانون.

وتمهيدا لإصدار قرارها في الموضوع، قررت المحكمة الإسبانية وقف سير النظر بالدعوى إلى حين استصدار قرار تفسيري من محكمة العدل في الإتحاد الأوروبي في شأن بيان نطاق تطبيق القانون الأوروبي لحماية المعلومات؛ والوضع القانوني لمحرك البحث؛ ومدى إمكان اعتباره متحكما بالمعلومات التي يتوصل إليها الأفراد من خلال روابطه؛ وما إذا كان القانون المذكور قد تبنى ما يسمى بالحق في النسيان<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ويقصد به القانون رقم EU Directive 95/46/EC.  
<sup>2</sup> للمزيد في شرح وقائع النزاع أنظر:

Artemi Rallo, The Right to be Forgotten on the Internet: Google v. Spain, the EPIC Bookstore, 2014, p. 164.

وبحسب الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الأوروبية المذكورة فقد قدمت حكومات النمسا واليونان وإيطاليا وأسبانيا وبولندا والمفوضية الأوروبية بالإضافة إلى المحامي العام في المحكمة والذي يرجع بجنسيته إلى فنلندا رأيهم الاستشاري في الموضوع محل البحث. ولقد تضمن رأي هذا الأخير تأكيداً على صدور القانون الأوروبي والمتعلق بحماية المعلومات في تاريخ سابق على إنشاء شركة جوجل كمحرك بحث إلكتروني<sup>1</sup>. أما في معرض رده على ما أثارته المحكمة الإسبانية من استقهادات فقد ذهب المحامي العام إلى خضوع شركتي جوجل العالمية والإسبانية تحت طائلة نصوص القانون الأوروبي المذكور. إلا أنه سرعان ما أكد على تمسكه بعدم اعتبارهما متحكمتين في المعلومات التي يتوصل إليها من خلال روابطهما. فبحسب رأيه ينبغي لمن يعتبر متحكماً في المعلومات أن يدرك محتوياتها. وبناء على ذلك يرى عدم جواز مساءلتها عما قد توصله محركاتها البحثية من معلومات أو بيانات. وانتهى في رأيه إلى أن حرية الوصول إلى المعلومات والتعبير تستلزم عدم الاعتراف بالحق في النسيان لما قد يؤدي ذلك من طمس لكثير من الروابط الإلكترونية من محركات البحث بصورة يصعب السيطرة عليها.

أما المحكمة الأوروبية فبدورها سارعت إلى بيان موقفها من العناصر المختلفة محل البحث. فقد قضت بأن محرك البحث مسؤول عن المعلومات التي يتوصل إليها من خلال روابطه وإن كانت موضوعة على الانترنت من قبل طرف ثالث. كما أنها رأت في محرك البحث متحكماً في تلك المعلومات حيث يظل مبقياً عليها وميسراً في الوصول إليها. أما فيما يتعلق بالنطاق المكاني لنصوص القانون الأوروبي فقد قررت المحكمة خضوع شركة جوجل العالمية لأحكامه من خلال شركتها المنبثقة عنها وهي شركة جوجل أسبانيا. كما رأت في ذلك ترسيخاً لحماية الأفراد بموجب نصوص

<sup>1</sup> صدر القانون المشار إليه في عام ١٩٩٥ وقد كان يفترض استبداله بقانون حماية المعلومات العامة والذي كان يفترض صدوره في عام ٢٠١٨. ولقد ترتب على هذه القضية تعليق إصدار هذا الأخير إلى حين الفصل فيها.

القانون من خلال فرض أحكامه على ما يؤثر على الإقليم الأوروبي؛ وذلك بالتعامل مع كلا الشركتين كذمة مالية واحدة<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لموضوع البحث وهو مدى الاعتراف للأفراد بالحقوق في النسيان فقد أكدت المحكمة على ما أورده الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان في المادة ٧ منه تطلب مشروعية النشر الإلكتروني والذي يستدعي ضرورة إيجاد التوازن بين ذوي الشأن أصحاب المعلومات والمتحكمين في تلك المعلومات من محركات البحث وذلك حماية للحياة الخاصة والعائلية. كما بينت أن المادة ٨ من ذات الميثاق توجب بسط الحماية القانونية على المعلومات والبيانات الخاصة. كما أعلنت المحكمة أن المادة ١٤ من القانون الأوروبي والمتعلق بحماية المعلومات تتيح لذوي الشأن الاعتراض على نشر تلك المعلومات متى كان اعتراضهم قائماً على تبريرات معتبرة قانوناً، وعلى أن يكون هذا الاعتراض لدى المتحكم بالمعلومات. والذي عليه أن يدرس الحالة بما يحقق التوازن بين الحق في الخصوصية والحق في التعبير. وعند رفض هذا الأخير لطلب ذوي الشأن، جاز لهؤلاء التظلم أمام الجهة الإدارية المعنية.

كما ذهبت إلى القول بأنه وعلى الرغم من الرأي الاستشاري لكل من جوجل إسبانيا وجوجل العالمية واليونان والنمسا وبولندا والمفوضية الأوروبية فيما ذهبوا إليه من عدم وجود مثل هذا الحق، إلا أن المحكمة سارعت إلى الاعتراف بوجوده متى ما كانت المعلومات والبيانات المراد إزالتها من الشبكة العنكبوتية غير صحيحة أو غير ملائمة أو متطرفة بما يجعلها تتعارض مع نصوص القانون الأوروبي مما يتعين مسحها<sup>2</sup>. ولقد ترتب على هذا الحكم أن أجبرت شركة جوجل العالمية على

<sup>1</sup> ينتقد البعض من الفقه هذا التوجه من المحكمة المذكورة متمسكا بأن القانون المذكور لا ينطو صراحة ولا ضمناً لما أصبح يعرف فيما بعد بالحقوق في النسيان. أنظر هذا الرأي لدي:

Artemi Rallo, *Supra*, p. 184.

<sup>2</sup> أنظر في نقد الحكم المذكور

George Brock, *Supra*, p. 42.

إذ ينتقد الحكم بمقولة أنه لم يشر إلى الحقوق الأخرى والتي تصطدم بالحقوق في النسيان أو حتى تتعارض معه، كما أن المحكمة لم تبحث فيه ما سبق للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وأن أصدرته من حكم اعترفت فيه بحقوق التعبير والإطلاع. وينتهي المؤلف من نقده الحكم السيد كوزالس بالتخوف من أنه سيفتح الباب واسعاً لصدور أحكام تضيق من الحق في التعبير.

إزالة روابط ذلك الإعلان محل النزاع<sup>1</sup>. كما أنها ما لبثت إلا أن اعترفت لمواطني الاتحاد الأوروبي بالحق في النسيان والذي يسمح لكل منهم طلب إزالة الروابط التي تتعلق ببيانات غير صحيحة أو غير ملائمة متى تعلقت بشؤون حياتهم<sup>2</sup>.

ويمكن تلخيص أهم ما أن يثيره الحكم المذكور بما قررتة المحكمة الأوروبية من مسؤولية تقع على عاتق محركات البحث الإلكتروني عن كافة ما المعلومات التي تظهر على صفحة الانترنت والمتعلقة بمعلومات شخصية للأفراد. الأمر الذي يعني بقبول طلبات الأفراد والمتضمنة رغبتهم في إزالة مثل تلك المعلومات متى ما كانت غير صحيحة أو غير دقيقة أو لمجرد كونها قديمة قد انقضى تأثيرها أو الغاية من نشرها أصلاً. أما في حالة رفض محرك البحث الاستجابة لهذا الطلب يستطيع الفرد اللجوء إلى الجهات الإدارية المعنية لبحث الطلب من جهتها تمهيدا لإصدار أمر لمحرك البحث بإزالة تلك المعلومات<sup>3</sup>.

وعلى الرغم أن الحكم لم ينص صراحة على ما أطلق عليه لاحقاً بالحق في النسيان إلا أنها لجأت إلى الاستناد إلى المادة ٧ والمتعلقة باحترام الحياة الخاصة والعائلية<sup>4</sup>؛ والمادة ٨ والمتضمنة حماية البيانات الشخصية<sup>5</sup> من الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان<sup>6</sup>. وعلى إثر صدور هذا الحكم سارع الاتحاد الأوروبي إلى إصدار

<sup>1</sup> يشير البعض إلى أن هذا الحكم أتاح لما يقارب ٧٠ ألف مواطن أوروبي الطلب من شركة جوجل إزالة ما مجموعه ٢٥٠ ألف رابط بحثي. انظر في هذه الإحصائيات:

Meg Leta Jones Supra,, p. 27.

<sup>2</sup> ينوه البعض إلى انطواء هذا الحكم على ما يعد قيود على الحكم في النسيان، وذلك متى كان النشر يتعلق بأحد المشاهير؛ أو بحقق منفعة عامة؛ أو لأغراض صحفية بحثية. انظر في هذه الاستثناءات:

Artemi Rallo, Supra, p. 198.

<sup>3</sup> يعلق البعض على الحكم المذكور بالقول أنه أدى إلى إعادة صياغة البروتوكولات التي تسيّر عليها محركات البحث الإلكترونية وطبيعة الخدمات التي تقدمها المواقع الإلكترونية. انظر ما ترتب على هذا الحكم من آثار:

Artemi Rallo, Supra, p. 188.

<sup>4</sup> تنص هذه المادة على حق كل فرد في احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه واتصالاته. يمثل هذا النص جاء القانون الكويتي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧ بشأن الإعلام المرئي والمسموع حيث حظر في المادة ١١ منه المساس بالحياة الخاصة للأفراد عموماً، وبالحيات الخاصة للموظفين العموميين تحديداً. انظر في شرح هذا القانون الأستاذة لطيفة صلاح العززان، جرائم الإعلام المرئي والمسموع في القانون الكويتي، رسالة ماجستير مقدمة أي كلية الدراسات العليا بجامعة الكويت، ٢٠١١، ص ١١٨.

<sup>5</sup> تنص هذه المادة على حق كل فرد في حماية بياناته الشخصية، ووجوب استعمال هذه البيانات بعدالة ولأسباب محددة وبموافقة صاحب الشأن، وحق هذا الأخير في الوصول إلى البيانات المتعلقة به وطلب تصحيحها.

<sup>6</sup> أنقذ توجه المحكمة لإعمال الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان للوصول إلى الاعتراف بالحق في النسيان وما ترتب على ذلك من إعلاء لحماية البيانات على حساب المصلحة الاقتصادية المجردة لمحركات البحث والمتمثلة في الاعتماد عليها كأساس للحصول على البيانات؛ وعلى المصلحة المتحققة لمستخدمي محركات البحث في الحصول على مثل تلك البيانات، انظر في هذا النقذ:

Artemi Rallo, Supra, p. 194

قانون حماية المعلومات العامة والذي نصت المادة ١٧ منه صراحة على الحق في النسيان<sup>١</sup>. كما تجدر الإشارة إلى تشكيل شركة جوجل مجلسا استشاريا من مجموعة من المختصين للتعامل مع حالات طلبات محو البيانات استنادا للحق في النسيان.

### المطلب الثاني

#### الحق في النسيان في ميزان الحقوق الدستورية

يتنازع الحق في النسيان حقان. الأول هو الحق في الخصوصية، والذي يؤثر إيجابا في تبني الحق في النسيان ابتداء، كما أنه يؤدي إلى توسيع نطاق تبني هذا الحق. فالحق في النسيان يمثل أحد أعمدة بناء الحق في الخصوصية. بيد أن هناك حق آخر يؤثر في نطاق الاعتراف بالحق في النسيان، ويضيق من نطاق الاعتراف بهذا الأخير، وهو الحق في الإطلاع. وعلى الرغم من حداثة الحق في الإطلاع تشريعيا مقارنة في الحق في الخصوصية، إلا أنه - أي الحق في الإطلاع - كان لوجوده أثر مباشر على تهذيب الحق في النسيان، ورسم معالمه.

بعبارة أخرى يمكن القول بأن تبني المشرع للحق في النسيان يتباين في وجوده ونطاقه بحسب مقدار تبني المشرع للحقين الخصوصية والإطلاع. فإذا تبني الأول، منكر الأخر، فإنه سيبتني الاعتراف في الحق في النسيان على نحو واسع. في حين سيكون موقف المشرع سلبيا تجاه الحق في النسيان متى ما اعترف بالأخير وأهمل الأول. أما إذا قرر المشرع تبني كلا الحقين فإن ذلك يعني تبني الحق في النسيان من حيث المبدأ، وإن كانت الحدود التشريعية لهذا الحق سوف تتوسع أو تضيق بحسب ترجيح المشرع وميله للحق في الخصوصية أو للحق في الإطلاع. وتفصيل ذلك فيما يلي.

<sup>١</sup> تشير شركة جوجل Google في إحصائياتها إلى أنها تلقت طلبات لمحو ٥٣٩،٣٨٤ برنامجا إلكترونيا، و١،٦٥٢،٤١٧ عنوانا إلكترونيا من مواطني الاتحاد الأوروبي فقط. أنظر في هذه الإحصائيات George Brock, *Supra*, p. 15. كما يشير المؤلف إلى أن الغالبية لهذه الطلبات أتت لمحو بيانات تتعلق بجرائم جنسية ضد الأطفال وجرائم نصب.

## الفرع الأول

### الحق في النسيان في ميزان الحق في الخصوصية

في سبيل تعريف ما يصدق عليه مصطلح الحق في الخصوصية<sup>1</sup> Right to Privacy يمكن القول بأن المشرع أولاً تحاشى وضع تعريف محدد المعالم؛ واضح المعاني لهذا الحق. ويرجع هذا الموقف للمشرع تجاه الحق في الخصوصية إلى ما استقر في وجدان هؤلاء من نسبية مكنونه<sup>2</sup>. إذ يتغير ما يشمل هذا الحق من دولة إلى أخرى، ويتغير في الدولة الواحدة من إقليم إلى آخر، ويتغير في الإقليم الواحد من زمن إلى آخر، ويتغير في الزمن الواحد من ظرف إلى آخر<sup>3</sup>. ولذلك ظهر في الدساتير عند إشارتها إلى تبني الحق في الخصوصية اتجاهان. الأول وينص فيه على الحق في الخصوصية دون بيان إلى معناه ولا إشارة إلى ما ينطوي عليه من عناصر. أما الاتجاه الآخر لهذه الدساتير فتغفل ذكر هذا الحق مستعيضة عن ذلك بسرد مجموعة من الحقوق والتي تشكل مكنونا له.

وإذا كان الدستور المصري لعام ٢٠١٤ يعد مثالا على الاتجاه الأول بما نص عليه في المادة ٥٧ منه حيث قرر بأن: " للحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس"، ثم أكد على حرمة المراسلات البريدية والبرقية والإلكترونية. فإن الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢ جاء معبرا عن الاتجاه الآخر. فلم يزد عن تبني حرمة المراسلات والمسكن والبرقيات دون ذكر صريح للحق في الخصوصية<sup>4</sup>. وإن كان

<sup>1</sup> يقصد بالخصوصية لغة يقال الخصوص هو " ما يخص الشيء، ويقال بخصوص أي فيما يتعلق، وخص وخصوصا وخصوصية أثره على غيره وأفراده به"، المعجم الوجيز، الطبعة الأولى، طبعة دار إحياء التراث العربي، غير محدد سنة الطبع، ص ٢٢٤.

<sup>2</sup> الأستاذ الدكتور عماد الدين جابر، دور قوانين النشر وموائيق الشرف الإعلامية في حماية الحق في الخصوصية - دراسة حالة على النموذج الإعلامي في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٤٢، حيث يشير إلى طبيعة هذه النسبية للحق في الخصوصية ومدى تأثيرها وتوثرها في حرية النشر.

<sup>3</sup> الأستاذ الدكتور عبد الحميد البعلق، الحق في خصوصية الهوية الإسلامية والأمة والتحديات المعاصرة، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٢٣، حيث يشير الباحث إلى ما يعده تمييزاً بين الخصوصية الفرديّة والخصوصية الجماعية. فيرى وجود هذه الأخيرة بوجود عدد من الأولى لمجموعة من الأفراد بصورة تشابه مع بعضها البعض. ولعل في ذلك ما يبرر مص الدستور الكويتي في المادة ٢ منه على سبيل المثال على كون بين الدولة الإسلام، حيث لا يتجاوز ذلك الإعلان عن الخصوصية الجماعية لكيان هذه الدولة.

<sup>4</sup> انظر المادتين ٢٨ و ٣٩ من الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢.

ذلك لم يمنع المحكمة الدستورية الكويتية - وكما سنرى لاحقاً- من اعتبار نص المادة ٣٠ بأن: " الحرية الشخصية مكفولة"، صورة أخرى للحق في الخصوصية.

أما بالنسبة للفقهاء فقد حاول رسم ما يصدق عليه مصطلح الحق في الخصوصية من خلال وضع تعريفات مختلفة. فقد قصر الفقه الأمريكي الحق في الخصوصية بأنه: " الحق في الخلو" "be let alone" أي أن يترك لوحده دون اقتحام لخلوته هذه<sup>1</sup>. وإن كانت المحكمة الفيدرالية العليا الأمريكية في حكم، أعتبر أقرب ما يكون إلى تعريف الحق في الحق في الخصوصية كانت قد ربطت هذا الحق بما يحفظ الكرامة الإنسانية human<sup>2</sup> dignity. من جانبه فقد حاول البعض من الفقه القانوني العربي تعريف الحق في الخصوصية بأنه بأنه " :حق الشخص في أن نتركه يعيش وحده، فيعيش الحياة التي يرتضيها مع أدنى حد من التدخل من جانب الغير ". وجاء آخرون بتعداد لما يكتنفه الحق في الخصوصية أكثر من تعريفه بقولهم أنه " :القدرة على أن يعيش الإنسان حياته كما يريد مع أقل حد ممكن من التدخل. ويعتبر من الحياة الخاصة الحياة العائلية، والحياة داخل منزل الأسرة، وما يتعلق بسلامة الجسم، والشرف والاعتبار، وإعطاء صورة غير صحيحة عن الشخص، والكشف عن وقائع غير مفيدة أو من شأنها أن تسبب الحيرة والحرع للشخص، ونشر الصور الفوتوغرافية دون إذن الشخص"<sup>3</sup>.

كما عرفه البعض بأنه " :ذلك الجانب من حياة الإنسان الذي يجب أن يترك فيه لذاته ينعم بالألفة والسكينة بعيداً عن نظر الآخرين، وبمناى عن تدخلهم، أو

<sup>1</sup> انظر في تعريف الفقه الأمريكي للحق في الخصوصية:

Madeline Schachter, Law of Internet Speech, second edition, Carolina Academic Press, 2002, p. 389.

<sup>2</sup> انظر في ذلك حكمها:

Griswold v. Connecticut, 381 US, 479, 484 (1965).

بل لقد بلغ في القضاء الأمريكي أن اعتبرت الحق في الخصوصية أهم حق يعترف به للفرد من بين الحقوق المختلفة. انظر في هذا الاتجاه قضاء المحكمة الفيدرالية العليا الأمريكية في قضية:

Almstead v. US, 277, US, 438, 478, (1928).

<sup>3</sup> انظر في هذه التعريفات الأستاذ الدكتور حسام الدين الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، غير محدد سنة الطبع، ص ٩٤.

رقابتهم بدون مسوغ مشروع<sup>1</sup>، ولعل هذا التعريف أقرب لبيان مضمون الحق في الخصوصية من تعريفه. كما أن هناك من يميز في التمييز بين تعريفات الحق في الخصوصية بين تعريفات إيجابية وهو ما تبناه الفقه الفرنسي بأنه "حق الفرد بأن يترك في هدوء وسكينة" والأمريكي كما بينا آنفا بأنه "حق الفرد بأن يترك لوحده"، وتعريفات سلبية والتي تتمثل في ذكر حالات تعد انتهاكا في ذاتها للحق في الخصوصية<sup>2</sup>.

ولقد أرجع البعض الحق في الخصوصية في مضمونه إلى ثلاثة أبعاد<sup>3</sup> هي:

١. البعد المكاني: ويقصد به ما يرتبط بالفرد مكانيا، والمسكن الخاص يعد مثالا عليه.

٢. البعد الشخصي: ويقصد به جسد الفرد وسمعته.

٣. البعد المعلوماتي: ويقصد به مع يحوم حول الفرد من بيانات ومعلومات خاصة تفترض خضوعها بشكل كامل للحماية القانونية من الإفشاء وترتبط بشكل أساسي بكرامته الإنسانية.

وأمام إغفال المشرع لوضع تعريف للحق في الخصوصية<sup>4</sup>، فإننا نرى تعريف هذا الأخير على أنه حماية قانونية يخولها التشريع للفرد ليتمكن من إحاطة ما يتعلق به من عناصر مادية ومعنوية بالسرية. ومن هذا التعريف يمكن استخلاص عناصر هذا الحق على النحو التالي:

١. أن هذا الحق يتحصل في حماية يسبغها التشريع على ما يتعلق بالفرد وممتلكاته. وبهذه الحماية يحول الفرد بين هذه العناصر واكتشافها أمام غيره

<sup>1</sup> أنظر في هذا التعريف الدكتور عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية ومسئولية الصحفي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، ص ٥٢.

<sup>2</sup> أنظر في هذا التمييز في تعريف الحق في الخصوصية بين الإيجابية والسلبية الدكتور أشرف صيام، الحق في الحياة الخاصة في القانون الأساسي الفلسطيني: المفهوم والتحديات، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ١٨٥.

<sup>3</sup> الدكتور صالح ناصر العتيبي، الحق في الخصوصية في مواجهة التشريعات الوطنية: حماية حياة العامل الخاصة في قانون العمل الكويتي، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٢٢٩.

<sup>4</sup> أنظر في الطبيعة الشرعية والقانونية للحق في الخصوصية الدكتور عماد حمدي حجازي، مرجع سابق، ص ٥٣.

من الأفراد<sup>1</sup>. ومن خلال هذه الحماية يتحقق للفرد هدفي الحقوق والحريات وهما حفظ الكرامة الإنسانية وتمتعه بحياته في ظل فسحة من الزمان والمكان كافية للقيام بتصرفات قد يجد في معرفة الناس لها منقصة له.

٢. أن هذا الحق، وإن كان القانون هو الذي يفصل في نطاقه، فإنه يجد أساسه في الدستور ذاته. فهو حق دستوري المنشأ؛ قانوني التنظيم. فعلى الرغم من اعتبار المسكن الخاص مما يتعلق الحق في الخصوصية إلا أن الدستور أوجد قيوداً على هذه الحماية بما يحدده المشرع من أحوال تسمح للدخول إلى المساكن الخاصة برغم عدم الحصول على موافقة مالكيها أو حتى رفضه لذلك<sup>2</sup>.

٣. أن مناط اعتبار ما يشمل هذا الحق من الحماية للعناصر المادية والمعنوية هو إرادة الفرد صاحب الشأن. فهذه الحماية مقررة بحسب الأصل لمصلحة الفرد، فله أن يتنازل عنها أو يتمسك بها<sup>3</sup>. فبينما يعني تمسكه بهذا الحق حرمان غيره من الإطلاع على مضمونه؛ فإن تنازله عنه يتيح لهم الدخول إلى حياته الخاصة، ومعرفة ما يمر بها من ظروف وأحوال. وبرغم هذا القول فإننا نسارع إلى القول بأن هذا الخيار للفرد بين التمسك بالحق في الخصوصية أو تنازله عنه ليس مطلقاً في ذاته. فلا يصح مثلاً أن يترتب على هذا الخيار ما لا يكون مشروعاً ولا قانونياً<sup>4</sup>.

٤. أن عناصر الحق في الخصوصية إما أن تكون مادية تظهر في شكل مسكنه ومراسلاته البريدية وبرقيات الورقية، أو أن تظهر في صورتها المعنوية

<sup>1</sup> يميز البعض في مفهوم الحياة الخاصة للفرد بين حياته الخاصة وحياته الوظيفية، حيث يعترف لرب العمل بالحق في الرقابة على الحياة الخاصة للعامل في إطار الرقابة على بيئة العمل، للمزيد أنظر الأستاذ الدكتور غنام محمد غنام، مدى حق العامل في حرمة حياته الخاصة في أماكن العمل، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٢٥٣.

<sup>2</sup> تنص المادة ٣٨ من الدستور الكويتي على أن: " للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها، إلا في الأحوال التي يعينها القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه".

<sup>3</sup> من ذلك ما نص عليه القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي في المادة ٧٩ منه بقولها: " لا يجوز تفتيش الأشياء ذات الحرمة دون موافقة صاحب الشأن، إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، وبالشروط المقررة فيه".

<sup>4</sup> تنص المادة ٤٩ من الدستور الكويتي على أن: " مراعاة النظام العام احترام الآداب العامة واجب على جميع سكان الكويت".

كمعلومات وبيانات تتعلق بشخصه وحالته الجسمانية ومعتقداته الفكرية. وتجدر الإشارة إلى أن هذه العناصر وإن تطلبت الحماية القانونية التي يقيمها الحق في الخصوصية، إلا أنها ليست على صعيد واحد في درجة هذه الحماية، حيث تختلف بحسب طبيعتها؛ وما تنطوي عليه من بيانات؛ ومدى التصاقها بالحالة الشخصية للفرد.

٥. أن أصل الحق في الخصوصية ومناطق وجوده يعود إلى فرض السرية على عناصره المختلفة. فالخصوصية في هذا الحق تعني حرمة انتهاك هذه السرية فيما يعد من حياة الفرد الخاصة بعناصرها المادية والمعنوية، والحيولة دون هتك سريتها.

وما من شك في أن حماية الحق في الخصوصية وإن كانت مطلوبة في شكل الحياة التقليدية للفرد، إلا أنها أضحت لازمة مع صيرورة الحياة الإلكترونية أساساً في الحياة الحديثة. فلم يعد يخشى على الفرد من اقتحام سكنه والبحث في مكوناته المادية، وإنما تجاوز ذلك، مع وسائل الحياة المعاصرة من دخول الإنترنت، إلى كل حيز في حياة الأفراد. فكلما اعتمد الفرد على الإنترنت ومحتويات الشبكة العنكبوتية، كلما زادت المعلومات المتحصلة عن حياته الخاصة<sup>1</sup>. مما يعني وجوب التوسع في حماية حياته الإلكترونية الخاصة<sup>2</sup>. وأياً ما كان الأمر فإن الحق في الخصوصية يشكل بحق أهم ما يعترف به للفرد من الحقوق والحريات التي تضمنتها الدساتير له.

<sup>1</sup> Peter Birks, Privacy and Loyalty, Clarendon Press, 1997, p. 93.

حيث يناقش أثر التطور التكنولوجي على الحق في الخصوصية. فبرغم تحقق هذا التطور وظل الحماية الدستورية للحقوق والحريات مطلوبة لمواجهة مراقب يخترق الحق في الخصوصية من خروقات من قبل الغير.  
<sup>2</sup> من ذلك ما تبثته صفحات الإنترنت التي يزورها الفرد من بيانات على جهاز الحاسب الآلي أو هاتفه الذكي الذي يستعمله والذي يسهل على تلك الصفحات تتبع ما يبحث عنه من معلومات لتكون في متناول يده كلما زارها مرة أخرى. ويطلق على هذات البيانات بالكوكيز cookies. ويمكن القول بأنه وعلى الرغم من هدف هذه الأخير بتيسير تصفح الفرد لتلك المواقع الإلكترونية في كل مرة يزورها، إلا أنها تشكل تهديداً لخصوصية ما يطالعها. حيث تسهل تتبع ما مر عليه من بيانات ومعلومات كذلك الحال باستعمال الخرائط الإلكترونية والتي تحتفظ لنفسها ببيانات ما سلكه الفرد في يومه، مما يسهل معه تتبع تنقلاته.  
للمزيد حول الحق في الخصوصية وتطوره أنظر الأستاذ الدكتور محمود عبدالرحمن، التطورات الحديثة لمفهوم الحق في الخصوصية: الحق في الخصوصية المعلوماتية، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ١٠٣ حيث يشير إلى تطور معنى الحق في الخصوصية من المعنى المادي إلى المعنوي ليشمل أحاسيس الفرد وقوته العقلية، كما زاد وقع التطور على هذا الحق بظهور الإنترنت والازدياد المطلق للاستعمال الأفراد لشبكة الإنترنت الإلكترونية.

وفي الكويت فإن الدستور الكويتي وإن لم ينص على الحق في الخصوصية بين أروقة نصوصه إلا أنه تضمن عدد من المواد التي يفترض بها أن تخلص إلى حماية هذا الحق. فمن المادة ٣٠ والتي كفلت الحرية الشخصية إلى المادة ٣٨ والتي أقامت حرمة المسكن إلى المادة ٣٩ والتي جاءت بحرمة المراسلات البريدية فضلا على المادة ٣١ والتي حمت الفرد في جسمه والمادة ٣٤ والتي أنشأت قرينة البراءة في مصلحته. ولقد سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية الكويتية للإعلان عن رأيها في الحق في الخصوصية<sup>1</sup>. إذ كان ذلك في معرض فصلها في طعن دستوري على القانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية<sup>2</sup>.

ويعود أساس هذا الطعن إلى ما يفرضه القانون المطعون عليه من التزام على الأفراد بتقديم عينتهم البيولوجية للحصول على بصمتهم الوراثية<sup>3</sup>، كما أوجب على وزارة الداخلية إنشاء قاعدة بيانات لحفظ هذه البصمات الوراثية للأفراد، حيث شابته نصوص هذا القانون ما اعتبره الطاعن فضفاضا وواسعا إلى درجة يجعلها غير منضبطة صياغة. كما رأى فيه مخالفة لما نص عليه الدستور من كفالة للحرية الشخصية<sup>4</sup>. وأخيرا استند الطعن كذلك على مخالفة القانون لكون الأصل في الإنسان البراءة<sup>5</sup>. حيث أزم جميع الأفراد مواطنين ووافدين بتقديم دليل براءتهم من خلال عينتهم البيولوجية. واستشهد الطاعن على صحة طعنه بما قرره محكمة حقوق الإنسان الأوروبية من حكم أصدرته وأمرت به وزارة الداخلية البريطانية بمحو قاعدة

<sup>1</sup> في دور المحاكم في تطور مفهوم الحق في الخصوصية أنظر الدكتور عاصم خليل والأستاذة نوار بدير، دور المحاكم الدستورية والمحاكم العليا في تحديد ملامح الحق في الخصوصية وضمان احترامه من قبل باقي سلطات الدولة، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ١٤٦ والذي ذكرنا فيه أن محكمة التمييز الكويتية اعترفت بحرمة المسكن لكل ما كان ميورا بحائظ أو بغيره وكان معدا للاستعمال كماوى، و ص ١٥٣ حيث يشير إلى حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من اعتبار المحادثات الهاتفية مراسلات شقوية.

<sup>2</sup> أنظر حكم المحكمة الدستورية في الطعنين رقم ٦ و ٩ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٢٠١٧/١٠/٥.

<sup>3</sup> تعرف المادة ١ من القانون المذكور البصمة الوراثية بأنها: " خريطة الجينات البيولوجية الموروثة والتي تدل على شخصية الفرد وتمييزه عن غيره، وتمثل السمات البيولوجية أو الخط الجيني للمواقع غير المشفرة عالية التباين في الحمض النووي الكروموزومي التي تنتج من تحليل الحمض النووي بالعينات البيولوجية". أنظر الأستاذ الدكتور أشرف توفيق شمس الدين، الخصوصية الجينية في الإجراءات الجنائية: دراسة مقارنة مع الإشارة إلى قانون البصمة الوراثية القطري لسنة ٢٠١٣ والكويتي لسنة ٢٠١٥، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ١٠، يونيو ٢٠١٥، ص ٧٧٢ حيث يشرح الحق في الخصوصية الجينية تحديدا.

<sup>4</sup> تنص المادة ٣٠ من الدستور على أن: " الحرية الشخصية مكفولة".

<sup>5</sup> تنص المادة ٣٤ من الدستور على أن: " المنه بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع. ويحظر إيداء المتهم جسمانيا أو معنويا".

البيانات التي أنشأتها ووضعت فيها البصمة الوراثية لأشخاص غير مدانين بارتكاب جريمة.

وبعد فحص القانون المذكور أكدت المحكمة الدستورية على كفالة الحرية الشخصية في الدستور الكويتي، فقد اعتبرت ذلك بمثابة إعلان بأن الحرية الشخصية تمثل أساسا لما سواها من حقوق وحرقات عامة أخرى. كما قررت بأن الحرية الشخصية حق أصيل للإنسان، كما أنها أسبغت ذات الأهمية على كافة الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية بدونها، والتي " من بينها حق الفرد في صون كرامته والحفاظ على خصوصياته التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها بعدم إمتئانها وانتهاك أسرارها فيها، إعمالا لحقه في احترام مناطق خصوصيته". وخلصت المحكمة من ذلك بأن الحق في الخصوصية يمثل عنصرا للحرية الشخصية المكفولة دستوريا.

أما موقفها من الحق في الخصوصية على وجه الخصوص فقد أظهرته في قولها بأنه: " ثمة مناطق وجوانب خاصة بالفرد تمثل أغوارا لا يصح النفاذ إليها، وينبغي دوما ألا يقتحمها أحد ضمانا لسريتها وصونا لحرمتها. فكل ما يتعلق بخصوصية الفرد هو جزء من كيانه، لا يجوز لأحد أن يناله أو يطلع عليه إلا بإذنه الصريح"<sup>1</sup>. كما أعلنت المحكمة بأنه وإن كان للمشرع أن ينظم الحقوق والحرقات بما له من سلطة تقديرية، فله في ذلك أن ينظم الحرية الشخصية، إلا أنها بينت بأن استعمال هذا الاختصاص لنقض الحق أو الانتقاص منه أو إفراغه من مضمونه مما لا يجوز دستوريا. وقد عابت على القانون المطعون عليه انتهاكه للحق في الخصوصية دون رضا من صاحبه؛ وعدم تحديد الحد الأدنى من المعلومات المطلوبة للوصول إلى الغاية التي يبتغيها القانون؛ وعدم تنظيم كيفية حماية البيانات

<sup>1</sup> قارن ذلك مع ما قرره المشرع المصري في المادة ٣٦ من قانون حق المؤلف من جواز نشر الصورة دون إذن صاحبها عندما يكون ذو شخصية مشهورة أو ذو منصب في وظيفة عامة أو لضرورات الأمن أو العدالة أو تحقيقا للمصلحة العلمية أو الثقافية أو الأدبية أو ترتبط بحوادث وقعت في مكان عام. أنظر شرح مفهوم الشخصية المشهورة الأستاذ الدكتور حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٢٩.

المتحصلة من البصمة الوراثية؛ وعدم بيان مصيرها بعد وفاة صاحبها. كل ذلك أدى بالمحكمة إلى إعلان عدم دستورية قانون البصمة الوراثية<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أن قرارا تفسيريا من هذه المحكمة سبق أن أصدرته قبل حكمها هذا، وأكدت فيه على أهمية الحق في الخصوصية إلى درجة اعترفت به كقيد يرد على حق أعضاء مجلس الأمة بتوجيه الأسئلة البرلمانية إلى رئيس مجلس الوزراء والوزراء حول ما يقع ضمن نطاق اختصاصاتهم<sup>2</sup>. ويعود قرار التفسير هذا إلى طلب تقدم به وزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء إلى المحكمة الدستورية متسائلا عن مدى تحقق المخالفة الدستورية في سؤال وجهه أحد أعضاء مجلس الأمة إلى وزير الصحة طالبا إياه تزويده بأسماء المرضى الكويتيين الذين أرسلوا للعلاج في الخارج وقرين اسم كل منهم المرض الذي أرسل بسببه للعلاج<sup>3</sup>. وقد كان مرد طلب التفسير هذا ما رأى فيه الوزير من وجود شبهة مخالفة الدستور بتجاوزه على حق للأفراد في الخصوصية<sup>4</sup>.

وقد انتهت المحكمة في منطوق قرارها التفسيري إلى إعلان أن: " حق عضو مجلس الأمة في توجيه السؤال - وفق أحكام المادة ٩٩ من الدستور - ليس حقا مطلقا وإنما يحده حين ممارسته حق الفرد الدستوري في كفالة حرية الشخصية بما

<sup>1</sup> في التعليق على هذا الحكم أنظر الدكتور عبداللطيف حاجي العوضي، انتهاك الخصوصية في إثبات وتطبيق قانون البصمة الوراثية الكويتي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٥ ومعالجة قصوره في الشريعة والقانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ٤٢، العدد ٤، ديسمبر ٢٠١٨، ص ١١٩، حيث يؤيد المحكمة فيما ذهب إليه من تعارض القانون محل الطعن على الحق في الخصوصية.

<sup>2</sup> القرار التفسيري للمحكمة الدستورية رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ بتاريخ ١٩٨٢/١١/٨، منشور في موسوعة المحكمة الدستورية، المجلد ١، القرارات الصادرة في طلبات التفسير في الفترة من ١٩٨٢/١١/٨ حتى ٢٠٠٣/٢/٢، إصدارات وزارة العدل الكويتية، ٢٠٠٣، ص ٣١٣.

<sup>3</sup> أنظر في الأسئلة البرلمانية في النظام الدستوري الكويتي الأستاذة عواطف عبدالقادر العثمان، الأسئلة البرلمانية في الكويت، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة الكويت، غير محددة سنة الطبع، ص ٢٤، حيث أشارت الباحثة إن أصل نشأت هذا الحق وتنظيمه في التشريع الكويتي. وكذلك أنظر في الحدود الدستورية للسؤال البرلماني الأستاذ الدكتور عادل الطبطيني، الطب الحكومي بتفسير المادة ٩٩ من الدستور والمواد المرتبطة بها، وموقف المحكمة الدستورية منه، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ٣٠، العدد ١، مارس ٢٠٠٦، ص ٦٦. ولقد اعتبرت المحكمة من حق أعضاء الحكومة رفض الإجابة على السؤال البرلماني إذا تضمن ما يضر بمصالح الدولة أو يقضي إلى كشف أسرارها. في شرح أسرار الدولة تعريفا وتبديرا أنظر Ameerah Alqayem, The Limitations of Confidentiality in Government,

بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٤١

<sup>4</sup> أنظر في شرح الإشكاليات التي أثارها السؤال الموجه إلى وزير الصحة وما تبعه من استجواب الأستاذ الدكتور عثمان عبدالملك الصالح، تطبيق على الاستجواب الموجه إلى وزير الصحة وما أثاره من مشكلات، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ٦، العدد ١، مارس ١٩٨٢، ص ١٤٥.

يقتضيه من الحفاظ على كرامته واحترام حياديته الخاصة بعد انتهاك أسرارهِ فيها، ومنها حالته الصحية ومرضه، بما لا يصح معه لمن استودع السر الطبي - ومنهم وزير الصحة - أن يكشف سر المريض بما في ذلك اسمه دون إذنه أو ترخيص من القانون<sup>1</sup>.

وبذلك فقد رأت المحكمة في الحالة الصحية جزءاً من الحق في الخصوصية<sup>2</sup>، والتي اعتبرتها متممة للحرية الشخصية التي كفلها الدستور. ونظراً لأهمية ما صاغته المحكمة في قرارها التفسيري هذا من شرح لطبيعتك الحق في الخصوصية وأهميته، فإننا نورد ما تضمنه قرارها التفسيري نصاً، حيث قضت بأنه:

" وحيث أن الدستور قد كفل حق المواطن في حرّيته الشخصية في المادة ٣٠ من الدستور بما يقتضيه ذلك من صون كرامته والحفاظ على معطيات الحياة التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها بعدم امتئانها وانتهاك أسرارهِ فيها، إعمالاً لحقه في احترام حياته الخاصة، بما يقف معه الحق في الخصوصية قلعة يحتمي فيها الفرد ضد تعكير صفو حياته الخاصة. ومرد ذلك أن كل ما يتعلق بالحياة الخاصة للإنسان هو جزء من كيانه المعنوي فلا يجوز لأحد أن يناله أو ينشر عنه شيئاً إلا بإذنه الصريح أو وفقاً للقانون، ومن ذلك حالته الصحية وما يعانیه من أمراض، فلكل شخص الحق في أن يحجب أسرارهِ عن أعين الناس وأسماعهم حتى لا يصبح مضغّة في أفواههم وحديثاً من أحاديثهم في مجالسهم الخاصة والعامة. بل ذهب الفقه والقضاء المقارن إلى أن الحق في الخصوصية لا يخص حياة الشخص وحده فقط وإنما يخص أسرته التي تتأثر بلا ريب في كشف سره. وقد قضى بأن تصوير الطفل المريض في سريره في المستشفى لا ينطوي على مساس بحق الطفل فقط في الخصوصية وإنما من شأنه أن يمس حق الأم في الخصوصية. فلا غرابة إذن إن كان

<sup>1</sup> لعل المحكمة تقر في ختام هذا المنطوق لقرارها بحق مجلس الأمة في إصدار قانون يجعل من السؤال البرلماني استثناء على السر الطبي مما يلزم معه وزير الصحة بالكشف عن أسماء المرضى وأمراضهم.  
<sup>2</sup> أنظر الأستاذ الدكتور يسري العصار، الاتجاهات الحديثة للقضاء الدستوري بشأن حماية الحق في الخصوصية: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المنة ٣، العدد ١٠، يونيو ٢٠١٥، ص ٥٨ حيث تناول بالشرح توسع القضاء الدستوري في تفسير الحق في الخصوصية.

المشرع الدستوري بحرصه على الحفاظ وصون الحرية الشخصية بمقوماتها قد رفع الحق في الخصوصية إلى مصاف الحقوق الدستورية باعتباره من الحقوق اللازمة لصفة الإنسان وأكد هذا المعنى فيما أورده في المواد ١١ و ٢٩ و ٣٠ و ٣١ و ٣٩ من الدستور<sup>١</sup>.

وبالعودة إلى موضوع هذه الدراسة فيمكن القول بوجود علاقة طردية بين الحق في الخصوصية والحق في النسيان. فكلما وضع المشرع الأول نصب عينيه ووقرت أهميته في وجدانه، كلما سارع - أو هكذا ينبغي أن يكون- إلى الاعتراف بالحق في النسيان. وبهذا فإن كل منهما يؤثر بالآخر ويتأثر به. فبينما يظهر الاعتراف بالحق في النسيان كنتيجة لتبني الحق في الخصوصية، يأتي الأول ليحيط هذا الأخير بالحماية القانونية من خلال محو ما يعد انتهاكا للبيانات الخاصة والمعلومات. وإذا كانت هذه البيانات تظهر ثم لا تلبث إلا وتتسى وتزول من الصفحات الورقية، فإن أهمية الحق في النسيان كحام للحق في الخصوصية تزداد بيانا في نطاق الانترنت وما نجم عنه من حفظ لتلك البيانات إلى أجل غير محدد ولا معلوم. فبمجرد ظهورها على صفحات الانترنت تظل باقية إلى أن يأتي الحق في النسيان ليفرض على المتحكم بها أو بالروابط التي تحيل إليها إزالتها وإنهاء وجودها.

## الفرع الثاني

### الحق في النسيان في ميزان الحق في الإطلاع

وفي طريق متواز مع الحق في الخصوصية والذي يعزز من حق الأفراد في النسيان، يأتي الحق في الإطلاع Freedom of Information ليجذب الحق في النسيان إلى الطرف الثاني من المعادلة، حيث يرتبط به ارتباطا عكسيا. فكلما زاد المشرع في تبني الحق في الإطلاع، كلما تقلص نطاق الحق في النسيان. فكما أسلفنا

<sup>١</sup> نصت المادة ١١ على أن: "تكفل الدولة المعونة للمواطنين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز. كما توفر لهم خدمات التأمين الاجتماعي والمعونة الاجتماعية والرعاية الصحية". ونصت المادة ٢٩ على أن: "للفناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين". ونصت المادة ٣٠ على أن: "الحرية الشخصية مكفولة". ونصت المادة ٣١ على أن: "لا يجوز القرض على إنسان أو حبسه أو تقييده أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون. ولا يعرض أي إنسان للتعذيب أو المعاملة الحاطة بالكرامة". ونصت المادة ٣٩ على أن: "حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية مصونة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة الرسائل، أو إفشاء سريتها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالإجراءات المنصوص عليها فيه".

فإن الحق في النسيان يتجاوزه حقي الخصوصية والإطلاع على نحو يمثلان الحدود الدنيا والقصى لنطاقه، ومدى تمكن الأفراد من إعماله. وإذا كان الحق في الخصوصية قد سبغ وجوده في أغوار التاريخ، فإن الحق في الإطلاع لم يكن له وجود تشريعي إلا حديثاً مقارنة بالأول.

ويقصد بالحق في الإطلاع أن يسمح المشرع بجمع بيانات ومعلومات معينة عن الفرد، وأن يتيح له وغيره الإطلاع عليها لغاية محددة. وبذلك يمكن تعريف هذا الحق بأنه تخويل تشريعي بعرض بيانات محددة ومعلومات معينة عن الفرد بعد تجميعها بطرق مشروعة ولغاية معلومة. ومن هذا التعريف يمكن استخلاص أهم عناصر الحق في الإطلاع على الوجه الآتي:

١. أن مضمون هذا الحق هو إتاحة كشف بيانات الفرد على الأفراد.
٢. أنه تخويل تشريعي، إذ بدون مثل هذا التخويل ستقوم مسؤولية من قام بكشف هذه البيانات على الملأ باعتباره هاتكا لسريتها.
٣. أنه يفترض ابتداء الحصول على تلك البيانات بطريق مشروع، فلا يصح أن يستفيد من خالف القانون من مخالفته.
٤. أنه يعلق إطلاع الغير على هذه البيانات بأسباب قانونية وفقاً لمقتضيات منطقية. ولذلك فلا يتصور أن يسري هذا الحق البيانات المرتبطة بالحالة الشخصية للفرد أو بما لا يتعلق بمصلحة معينة يقتضي ضمانها كشف مثل هذه البيانات على الملأ.

ويقوم الحق في الإطلاع على ركنين أساسيين ونطاق واحد. أما الركن الأول فهو أن يكون الحصول على المعلومات والبيانات عن الفرد قد تم بصورة مشروعة. وغالباً ما يكون الحصول على تلك البيانات بمناسبة علاقة ما تتم مع الفرد، كما لو فتح حساب بنكي؛ أو حصل على قرض؛ أو باع أو اشترى؛ أو أنشأ شركة أو ما إلى ذلك. أما الركن الثاني فيقوم على مبدأ مشروعية الغاية من تلك البيانات والمعلومات جمعاً واستعمالاً. فلا بد من أن يكون الوسيلة التي بها جمعت تلك البيانات مشروعة

في إحدى الصور التي ذكرت آنفاً أو غيرها من العلاقات المشروعة التي يدخل فيها الفرد لتحقيق غايات هي بدورها مشروعة كذلك، وإن عد ذلك تطفلاً على الحرية الخاصة وتعدياً على السرية المفروضة على مثل تلك البيانات بموجب قانون أو عقد. كما يجب أن تستعمل تلك البيانات لغايات مشروعة وإلا عد ذلك من الابتزاز Blacklisting غير المشروع. أما نطاق الحق في الإطلاع فينبغي أن يفتقر إلى بيانات الفرد ومعلوماته المؤثرة في علاقاته مع الغير. أي تلك البيانات التي يفترض أن يستفيد منها من سيدخل في علاقات معينة مع الفرد. وبذلك فيخرج عن إطار ممارسة الحق في الإطلاع نشر المعلومات الشخصية. إذ لا يستقيم القول بهذا الحق للإطلاع على ما يخفيه الفرد من حالة صحية أو فكر عقائدي أو علاقة خاصة مع أسرته.

ويمكن إرجاع الغاية من وراء تبني الحق في الإطلاع إلى أسباب مختلفة. فبادئ ذي بدء قد يكون حق الفرد بالإطلاع على ما يكتب عنه من بيانات للتأكد من صحتها، ولإتاحة الفرصة له لتصحيح ما قد يعترضها من نقص أو خطأ<sup>1</sup>. كما قد يُعطى الأفراد الحق في الإطلاع على بيانات الغير لأسباب متعلقة بفرض حماية الائتمان في الدولة<sup>2</sup>. من جهة أخرى قد يكون سبب تبني الحق في الإطلاع حماية الأفراد حسني النية من ماضي الفرد الإجرامي باعتبار أنه من المتصور عودة هذا

<sup>1</sup> من أمثلة ذلك مع حصل مع السيد Deberon من تسجيله ضمن قائمة المختلين عقلياً وذلك بمناسبة منازعة قضائية، فطعن أمام مجلس الدولة بتمكينه من الإطلاع ما يكتب عنه في سجلات الجهة الحكومية، وانتهى مجلس الدولة إلى إثبات حق الفرد في مثل هذا الإطلاع حتى ولو لم يوجد نص يبيح له مثل هذا الحق.

C. E. 13 février 1976, Req. N. 97197.

<sup>2</sup> ولعل هذا السبب يكون أول ما نشأ الحق في الإطلاع بسببه. حيث ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية في صورة بيانات تظهر مدى إلزام الفرد بسداد ما عليه من ديون والتزامات مالية، حيث تستعملها بشكل أساسي شركات الائتمان، وعلى الأخص البطاقات الائتمانية لتقرير مدى استحقاق هذا الفرد للائتمان من عدمه. كما ينشأ للفرد درجة للائتمان بمجرد فتح حساب بنكي. أما المقصود بدرجة الائتمان فيقصد به قدرة الفرد على الاقتراض ومقرته على تحمل الالتزامات والوفاء بمبلغ الدين وفوائده. للمزيد أنظر

Jamaine Burrell, How to Repair Your Credit Score Now, Atlantic Publishing Group, 2007, p. 55.

وأنظر كذلك

Josh Laure, Creditworthy: A History of Consumer Surveillance and Financial Identity in America, Columbia University Press, 2017, 1st chapter.

حيث يشير إلى أن مصطلح إئتمان ظهر أول ما ظهر في الولايات المتحدة كان في عام ١٨٣٧، وبالتحديد في كتاب بعنوان الأمريكيين The Americans.

الجاني إلى الفعل الإجرامي<sup>1</sup>. وأخيرا قد يكون الهدف من وراء الأخذ في الحق في الإطلاع إشاعة الثقة بين الأفراد، وفرض الرقابة الذاتية على من تسول له نفسه ارتكاب ما لا يرغب في إطلاع الناس عليه، بل قد يكون بداعي ضمان مبادئ الشفافية<sup>2</sup>.

ولقد بادرت العديد من الدول إلى تبني الحق في الإطلاع من خلال تشريعات مختلفة تعود بالنهاية إلى ضبط المعادلة بين حق الفرد بالاحتفاظ لنفسه ببياناته الشخصية ومعلوماته الخاصة، وحق غيره من الأفراد في الإطلاع على شيء منها لتكوين قناعة محددة تمكنهم من اتخاذ القرار المناسب في الدخول مع محل هذه البيانات في رابطة قانونية ما من عدمه. ولقد كان المشرع الفرنسي من بين من تبني تنظيم الحق في الإطلاع بتشريع صريح<sup>3</sup>. فبعد أن أقر إنشاء اللجنة الوطنية للمعلومات والحريات<sup>4</sup>، ونظم حقوقها والتزاماتها، بادر في المادتين ٣٨ و ٣٩ من التشريع المذكور إلى الاعتراف للأفراد الطبيعيين بحق الاعتراض المطلق على أي من البيانات المتعلقة بهم بشرط أن يكون هذا الاعتراض قائما على أسباب مشروعة، كما منحهم الحق باستجواب المتحكم بالبيانات للتأكد من مشروعية وسيلة الحصول عليها واستعمالها<sup>5</sup>. كما أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٨٠١ لسنة ٢٠٠٤ لحماية الأفراد عند معالجة بياناتهم الشخصية<sup>6</sup>، والذي عدل به قانون عام ١٩٧٨

<sup>1</sup> من ذلك ما شاع في الولايات المتحدة على المستوى الفيدرالي وعلى نطاق الولايات من مراكز لتسجيل أسماء من تم إدانتهم بجرائم جنسية وأماكن إقامتهم ومنح الأفراد الحق في الإطلاع على هذه المعلومات ضمانا لهم ولأسرهم. انظر في ذلك المركز القومي للابناء المفقودين والمستغلين

National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC).

ولقد سمح للحكمة التي تقضي بهذه الإدانة أن تأمر بتسجيل اسم الجاني في مثل هذه السجلات، أسر على سبيل المثال *People v. Turner formally People of the State of California v. Brock Allen Turner* (2015).

حيث قضت بتسجيل اسم المدان في جريمة جنسية بوضع اسمه على جداول المدانين في جرائم جنسية مدى الحياة.  
<sup>2</sup> من ذلك ما اعتبرته المادة ١٢ من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٢ " من كون " حصول الناس فعليا على المعلومات " كأحد العوامل في مكافحة هذه الآفة.

<sup>3</sup> Loi N 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>4</sup> La Commission Nationale de l'informatique et des libertés. CNIL.  
<sup>5</sup> اشرح مستفيض لهذا القانون وما سبقه من تطورات تشريعية أدت إلى صدوره أنظر الدكتور شريف يوسف خاطر، حق الإطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٢٩٢.

<sup>6</sup> Loi N 2004-801 du 6 août 2004 relative à La Protection des Personnes Physiques à L'égard des Traitements de Données à Caractère Personnel et Modifiant la Loi N 78-17 du 6 janvier 1978 relative à L'informatique aux Fichiers et aux Libertés.

ليضيف المزيد من الضمانات على طريقة معالجة المتحكم بالبيانات لما تتضمنه من معلومات شخصية<sup>1</sup>.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>2</sup> فقد تجاوز الحق في الاطلاع مجرد إتاحة المجال للغير لكشف بعض أسرار الفرد إلى أن يصبح سوطا مسلطا على من أدين في جرائم إعتداءات جنسية. فقد استهل المشرع الأمريكي تبني الحق في الإطلاع بالسماح في الإطلاع على سجلات الدوائر الحكومية في قانون الحق في المعلومات<sup>3</sup> Freedom of Information Act عام ١٩٦٦، حيث أتاح للفرد الإطلاع على هذه التسجيلات لغايات مشروعة<sup>4</sup>. في حين أصدر قانون الخصوصية<sup>5</sup> عام ١٩٧٤ والذي اعتبر القانون الأول استثناء عليه. بل إن هذا المشرع لم يكتف بذلك، وإنما توسع في مفهوم الحق في الإطلاع توسعا اقتضاه رغبته في حماية الأفراد من عود المدانين في ارتكاب الجرائم الجنسية. ذلك أن قانون آدم ويلش للحماية والأمان Adam Walsh أوجب الاحتفاظ بسجلات عن المدانين بارتكاب الجرائم الجنسية ضد الأطفال وأماكن تواجدهم وتنقلاتهم<sup>6</sup>. وتطبيقا لهذا القانون أنشأ الموقع الوطني

<sup>1</sup> الدكتور سامح عبدالواحد التهامي، ضوابط معالجة البيانات الشخصية: دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الكويتي، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٤٠١ حيث يشرح المؤلف القانون الفرنسي لعام ٢٠٠٤، كما يقارن بينه وبين القانون الكويتي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الالكترونية. فيشير إلى قيد أورده الأول دون الأخير في وجوب عدم الاستمرار بالاحتفاظ بالبيانات لمدة تتجاوز الفترة اللازمة لتحقيق الغاية من بقائها.  
<sup>2</sup> انظر في المقارنة في وقف المشرعين الأوربي بشكل عام والأمريكي بشأن مدى تأثير الحق في الخصوصية بتبنيهما الحق في الإطلاع:

Meg Leta Jones, *Supra*, p. 19.

<sup>3</sup> The Freedom of Information Act 5 U. S. C. S 552.

<sup>4</sup> جاء على هذا القانون مجموعة من الإعفاءات عن نطاق تطبيقه؛ بالإضافة إلى عدد من الاستثناءات. وتختصر الإعفاءات المذكورة في البيانات المصنفة على إنها جزء من الأمن القومي بموجب القرار التنفيذي رقم ١٢٩٥٨، والبيانات المصنفة على أنها من التعميمات الداخلية التي تخص تنظيم العمل الجهة الإدارية، والبيانات المحمية بتشريع محدد، والبيانات المحمية لارتباطها بالأسرار التجارية والمعلومات المالية والتي من شأن إفشائها الإضرار بقواعد المنافسة، والبيانات المحمية بموجب الإجراءات التشريعية والتي تشترط سريتها، والبيانات التي تشكل تهديدا غير مضمون على المعلومات الخصوصية، والبيانات المحمية لأهداف الضبط القضائي، والبيانات المحمية لارتباطها بإجراءات الرقابة الإدارية على المؤسسات المالية، والبيانات المحمية لارتباطها بمعلومات جغرافية ذات علاقة بالأبار المائية. أما الاستثناءات فتنجسد في البيانات المرتبطة بارتكاب الجرائم؛ والمرتبطة بمعلومات سرية تنص تلك الجرائم؛ وتلك المرتبطة بمعلومات بحوزة مكتب المباحث الفيدرالي.

<sup>5</sup> The Privacy Act of 1978, 5 U. S. C. S. 552a.

<sup>6</sup> صدر هذا القانون كردة فعل على اختطاف الطفل آدم ويلش بعمر ٧ سنوات عام ١٩٨١ من أحد المجمعات التجارية واكتشاف جثته بعد ١٦ يوماً مقتولا بعد وقوعه ضحية لجريمة جنسية. فصدر هذا القانون رقم Pub.L. 109-248 لمواجهة احتمال عود المدان في جريمة جنسية بارتكابها.

## للمدانين في جرائم جنسية National Sex Offender Public Website

لضمان إطلاع الأفراد على أماكن تواجد المدانين بارتكاب هذه الجرائم<sup>1</sup>.

أما المشرع الكويتي فقد اكتفى مؤخرا بسن قانون تنظيم تبادل المعلومات الائتمانية<sup>2</sup> كتطبيق للحق في الإطلاع في الكويت. والذي أنشأ به نظاما ائتمانياً يكون حصيلة تجميع بيانات الأفراد فيه تحديد القدرة الائتمانية للفرد، وفقاً لسلوكه الائتماني بإثبات مدى التزامه بسداد ما سبق وأخذه من قروض؛ ومقدار ملاءته المالية لسد ما استحق من تلك القروض. ولعل أهم ما ورد في هذا القانون إنشاؤه لشركة المعلومات الائتمانية، والتي يقع على عاتقها جمع البيانات والمعلومات الائتمانية، كما ألزم البنوك العاملة في الكويت وشركات الاستثمار وشركات التمويل وغيرها من الشركات التي تمنح تسهيلات الائتمانية بتقديم ما يخص الأفراد من بيانات بشأن هذه التسهيلات. والجدير بالذكر أن الشركة ملزمة بتقديم هذه البيانات إلى من يطلبها من المرخص لهم بشرط الحصول قبل ذلك على موافقة الفرد محل تلك البيانات.

أما بالنسبة إلى المحكمة الدستورية الكويتية فلقد سبق بيان موقفها الحازم من الحق في الخصوصية، حيث اعتبرته أصل الحقوق والحريات ومناطق الحفاظ على الكرامة الإنسانية للأفراد. بيد أن هذه المحكمة لم تتردد في إظهار الطبيعة المقيدة للحق في الخصوصية بما يعنيه من انحسار تمتع الأفراد به في مواضع محددة ومواطن معينة. وقد كان ذلك في معرض إصدارها لقرارين تفسيريين بناء على طلبين قدمهما مجلس الوزراء متسائلاً فيهما حول حق مجلس الأمة في تشكيل اللجان التحقيقية البرلمانية وفقاً للمادة ١١٤ من الدستور<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> يشار كذلك إلى أن هذه الصفحة [www.nsopw.org](http://www.nsopw.org) كانت قد أنشأت كردة فعل على اغتصاب دروسيدون Dru Sjodin

وقتلها عام ٢٠٠٤. وقد كان ذلك على يد مدان بجريمة اغتصاب كان قد خرج للتو من السجن.

<sup>2</sup> نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية كويت اليوم السنة ٦٥، العدد ١٤٣١، بتاريخ ٢٠١٩/٢/١٠.

<sup>3</sup> تنص هذه المادة على أنه: " يحق لمجلس الأمة في كل وقت أن يولف لجان تحقيق أو يندب عضواً أو أكثر من أعضائه للتحقيق في أي أمر من الأمور الداخلة في اختصاص المجلس، ويجب على الوزراء وجميع موظفي الدولة تقديم الشهادات والوثائق والبيانات التي تطلب منهم". وإعمالاً لذلك فقد نظمت عمل هذه اللجان المواد ١٤٦ إلى ١٥١ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٢ في شأن اللجان الداخلية لمجلس الأمة.

أما الطلب الأول فقد تقدم به مجلس الوزراء إلى المحكمة الدستورية بموجب قراره بتاريخ ٢٣/٣/١٩٨٦. وقد تضمن السؤال حول ما إذا كان حق مجلس الأمة في تشكيل لجان التحقيق حق مطلق أم يحده حدود دستورية وقانونية، والتي منها أن الرقابة السياسية لمجلس الأمة يجب ألا تؤدي إلى كشف السرية التي يقرها القانون. ذلك أن مجلس الأمة قد أصدر قراره بتشكيل لجنة تحقيق للبحث في أوراق البنك المركزي الكويتي، وهو يخضع للقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي والذي يفرض السرية على كافة أعمال هذا البنك. وقد انتهت المحكمة في قرارها التفسيري هذا إلى الاعتراف بأن الحق في الخصوصية للأفراد لا يجوز أخذه على إطلاقه، وإنما يفيد الحق الدستوري الوارد في المادة ١١٤ من الدستور. مما يجعل هذا الأخير هو الأولى في الرعاية والتطبيق مع التأكيد على عدم جواز المساس بأسماء المتعاملين مع البنك المركزي ولا النيل من مراكزهم القانونية<sup>١</sup>.

بينما جاء طلب التفسير الثاني إلى المحكمة الدستورية بناء على القرار الصادر منه بعد شهر من الأول بتاريخ ٢٣/٤/١٩٨٦. حيث طلب منها تفسير المادة ١١٤ من الدستور في ضوء الحق في الخصوصية تحديداً، وما إذا كان حق هذا المجلس بتشكيل لجان التحقيق البرلمانية حق مطلق في مواجهة حق الأفراد في الخصوصية. فقد تركز هذا الطلب بشكل أساسي على سؤال حول مدى جواز الإطلاع على أسرار عملاء البنوك فيما يتعلق بمعاملاتهم وقروضهم من البنوك الكويتية؛ والتي بحكم طبيعتها أمور محظور على البنوك والحكومة إفشاء سريتها لشديد ارتباطها بالحق في الخصوصية وعدم المساس بمراكزهم المالية. أما سبب تقديم هذا الطلب فيرجع إلى صدور قرار من مجلس الأمة بتشكيل لجنة تحقيق لبحث موضوع قرض بلغ مقداره مائة وخمسون مليون دينار، والذي منحه البنوك المحلية لمدينين

<sup>١</sup> القرار التفسيري للمحكمة الدستورية الكويتية رقم ١ لسنة ١٩٨٦ بتاريخ ١٤/٦/١٩٨٦، منشور في موسوعة أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، المجلد ١، القرارات التفسيرية الصادرة في الفترة ١١/٨/١٩٨٢ حتى ٢٠٠٣/٢/٢٠٠٣، إصدار وزارة العدل الكويتية، ٢٠٠٣، ص ٣٣٩.

أحالهـم بنك الكويت الصناعي كدائن لهم إلى مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل.

ولقد اعترفت المحكمة الدستورية في قرارها التفسيري بحق مجلس الأمة بإنشاء لجان التحقيق البرلمانية وفقا للمادة ١١٤ من الدستور في كل ما يدخل ضمن اختصاص هذا المجلس ومنه حقه في إخضاع نشاط مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل إلى هذه اللجان. كما أكدت المحكمة في القرار المذكور على أن حق مجلس الأمة الرقابي على أعمال السلطة التنفيذية ينبغي ألا يحده عقد قرض بين بنك ومدينه. فكما وصفته المحكمة بأنه " عقد القرض وإن كان ملزما لطرفيه إلا أنه لا يمكن بأي حال أن يقيم جدارا من السرية في مواجهة الحق الدستوري"<sup>1</sup>.

وبالمقارنة بين تمسك المحكمة الدستورية في الحق في الخصوصية في معرض ممارسة مجلس الأمة حقه في توجيه الأسئلة البرلمانية؛ وإفساحها المجال لنشئ من الحق في الإطلاع بمناسبة تشكيل المجلس المذكور للجان التحقيق البرلمانية يبدو أنه يرجع إلى الطبيعة القانونية لكلا الأداتين من جهة؛ ولموضوع الحق محل هاتين الأداتين من جهة أخرى. ذلك أنه من المعروف بأن السؤال البرلماني يتميز في إجراءاته كأصل عام بالعلانية. فيطرح السؤال علانية في الجلسة؛ ويجب عليه رئيس مجلس الوزراء أو الوزير في جلسة أخرى علانية كذلك. وغالبا ما يقترن الجواب الشفهي من الوزير بإجابة مكتوبة ومدعمة بالمستندات الدالة على صحة الإجابة وصدقها. في حين يتسم أسلوب لجنة التحقيق البرلمانية وطبيعتها بالسرية في مناقشاتها ومداولاتها ومواجهاتها لذوي الشأن.<sup>2</sup> وبهذا فلا عجب أن تقف المحكمة

<sup>1</sup> لقرار التفسيري للمحكمة الدستورية الكويتية رقم ٢ لسنة ١٩٨٦ بتاريخ ١٤/٦/١٩٨٦، منشور في موسوعة أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، المجلد ١، القرارات التفسيرية الصادرة في الفترة ١/٨/١٩٨٢ حتى ٢٠٠٣/٢/٢٠٠٣، إصدار وزارة العدل الكويتية، ٢٠٠٣، ص ٣٥٧.

<sup>2</sup> انظر في إجراءات السؤال البرلماني ولجان التحقيق البرلمانية في الكويت كل من الأستاذ الدكتور عادل الطيباني، النظام الدستوري الكويتي، الطبعة الخامسة، غير محدد مكان الطبع، ٢٠٠٩، ص ٩١٦. والأستاذ الدكتور محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الطبعة الثانية، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، ٢٠٠٨، ص ٤٢٤. والأستاذ الدكتور عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الثانية، مؤسسة دار

حاجزا بين السؤال البرلماني وما يشكل من أخص خصوصيات الفرد، بينما تتيح للجنة التحقيق كشف المستور فيما يدخل في اختصاصها لسريتها هي ذاتها. من جهة أخرى يمكن تأويل إتجاه المحكمة في قراراتها التفسيرية بين فرض الحق في الخصوصية والتمكين من حق في الإطلاع كذلك بحسب نوع الحق محل البحث. فبينما ارتبط السؤال البرلماني بحق ستر أمراض الفرد مما لا يعني غيره؛ ولا يصح كشفه، كان السر المصرفي أساس لجنة التحقيق وبما يعنيه تمكين مجلس الأمة من فرض رقابته إلى أسلوب إدارة الحكومة للاقتصاد المصرفي في الدولة. فلهذا الأخير الأثر المباشر في حسن ترتيب القواعد القانونية المنظمة للحالة الإئتمانية في الدولة، مما يبرر إتاحة المجال لأعضاء لجنة التحقيق فحص أسماء المدنيين وحجم مديونياتهم. بينما لا يخل عدم علم مجلس الأمة بأسماء المرضى ونوع مرضهم من الرقابة على وزارة الصحة وما يستتبعها من أجهزة إدارية أو طبية مرتبطة بها.

### المبحث الثاني

#### التنظيم الأوربي للحق في النسيان ومدى إمكانية تبنيه في الكويت

جاء التشريع الأوربي رقم ٢٠١٦/٦٧٩ على النص صراحة على الحق في النسيان<sup>1</sup>، مبينا نطاق تحققه لمصلحة الفرد وما يرد عليه من إستثناءات. من جهة أخرى لا يكتمل هذا البحث دون محاولة الإجابة على تساؤل حول مدى إمكانية تبنّي الحق في النسيان في ظل القانون الكويتي. كل ذلك سيكون محلا للدراسة في هذا الجزء من البحث.

الكتب، ٢٠٠٣، ص ٧١٠. والدكتور عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، ١٩٦٨، دار النهضة العربية، ص ٣٦٤.

<sup>1</sup> فيما أحدثه هذا التشريع بعد صدوره من قواعد جديدة، وأثر الفصل في قضية السيد جونزاليس على صياغته أنظر:

Mira Burri and Rahel Schär, The Reform of the EU Data Protection Framework: Outlining Key Changes and Assessing Their Fitness for a Data-Driven Economy, Journal of Information Policy, vol. 6, 2016. P. 488.

## المطلب الأول

### التنظيم الأوربي للحق في النسيان

قبل الخوض في التنظيم الأوربي للحق في النسيان تجدر الإشارة إلى أن القضاء الأوربي كان قد اتخذ موقفا متباينا بشأن الاعتراف في الحق في النسيان لمواطنيه<sup>1</sup>. ففي حكم سبق صدور حكم السيد كونزالس بسنتين، طعن أحد السياسيين الإيطاليين على رفض صحيفة إيطالية وكذلك رفض هيئة حماية البيانات الإيطالية Italian Data Protection Authority إزالته من الموقع الإلكتروني للصحيفة كان قد نشر عام ١٩٩٣ متضمنا اتهامات وجهت إليه بالفساد. أما في إسبانيا فقد ذهب البعض من الفقه إلى القول سبق اعتراف محكمة العدل للاتحاد الأوربي بالحق في النسيان أن اعترفت به المحكمة الإسبانية العليا. وقد كان ذلك بتاريخ ٢٠ نوفمبر ٢٠٠٧، وفي معرض تأييدها لقرار هيئة حماية البيانات الإسبانية بإلزام شركة جوجل محو بيانات معينة تضمن اسم طالب المحو<sup>2</sup>.

وكان أساس الطعن هذا قائما على بقاء هذا الخبر منشورا على الموقع الإلكتروني للصحيفة برغم مضي مدة طويلة على وقوع أحداثه من جهة، وعدم تضمينه ما صدر لاحقا في حق الطاعن من تبرئة له من هذه التهمة من جهة أخرى. ولقد أصدرت المحكمة العليا الإيطالية حكمها لصالح الطاعن ملزمة الصحف باستكمال ما يتم نشره على مواقعهم من معلومات ووقائع<sup>3</sup>. من جانب آخر قضت المحكمة الدستورية العليا الألمانية في عام ٢٠٠٩ بعدم الاعتراف بمثل هذا الحق متمسكة بعدم فرض الإلتزام المؤبد على المواقع الإلكترونية بإعادة التأكد من البيانات التي تتضمنها أرشيفاتها. كما ذهبت إلى ذات الاتجاه المحكمة الأوربية لحقوق

<sup>1</sup> لشرح مسهب حول موقف النظام القانوني في الدول الأوربية من الحق في النسيان وأثره على الحق في الخصوصية انظر: Meg Leta Jones, *Supra*, p. 30.

حيث يسلط المؤلف الضوء على الموقف في كل من إنجلترا؛ وألمانيا؛ وإيطاليا؛ وإسبانيا.  
<sup>2</sup> يرجع سبب طلب المحو إلى ما تضمنته تلك البيانات من اسم من وقعت عليه عقوبة التبول في الأماكن العامة. انظر في هذه القضية:

Artemi Rallo, *Supra*, p. 47.

<sup>3</sup> انظر في إشارة إلى هذا الحكم لدى:  
George Brock, *Supra*, p. 27.

الإنسان<sup>1</sup>. أما على صعيد التشريع وفي خضم مداولات سن التشريع الأوروبي الحديث للحماية العامة للبيانات، فقد أشار البعض إلى خلو المسودة الأولية لنصوصه مما يتيح لمحل البيانات الرجوع على من ينشرها إلى في إطار ضيق<sup>2</sup>.

وسيسلط هذا المطلب الضوء على ما يعد أحد أعمدة الحق في النسيان، وهو التشريع الذي يدين بوجوده إلى ما قضت به محكمة العدل الأوروبية سابق الذكر. وفي سبيل ذلك سيكون بيان النص التشريعي المنشئ للحق في النسيان أولاً، ثم مناقشة ما ورد فيه من استثناءات تحول دون حق الفرد في التمسك بالحق في النسيان لطمس ماضيه.

## الفرع الأول

### نطاق الحق في النسيان

جاء النص صراحة على تمتع الأفراد بالحق في النسيان<sup>3</sup> في المادة 17 من التشريع الأوروبي<sup>4</sup> رقم 2016/679. فقد وقعت هذه المادة تحت عنوان الحق في المحو ( الحق في النسيان )<sup>5</sup>. وقد تضمنت الفقرة الأولى من هذه المادة حق محل

<sup>1</sup> Timothy Garton Ash, Free Speech: Ten Principles for a Connected World, Atlantic Books, 2016, p. 16.

<sup>2</sup> غني عن البيان أن هذا الرأي صدر قبل إصدار محكمة العدالة للاتحاد الأوروبي حكمها المشار إليه والذي تبنت فيه صراحة الحق في النسيان أو كما أسمته الحق في المحو. أنظر في هذا الرأي:

Jacob M. Victor, The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy, The Yale Law Review, vol. 123, No. 2 November 2013, p. 516.

أنظر كذلك للمقارنة بين مشروع التشريع الأوروبي والقانون الأمريكي لحماية البيانات الخاصة:

Franz-Stefan Gady, EU/US Approaches to Data Privacy and the "Brussels Effect": A Comparative Analysis, Georgetown Journal of International Affairs, international Engagement on Cyber IV 2014, p. 15.

وللرأي الذي ينتقد التشدد في حماية تلك البيانات بحسب هذا المشروع أنظر:

Ann Covoukian, Data Minding: A Response to " Privacy Pragmatism", Foreign Affairs, vol. 93, No. 5, September/October 2014, p. 175.

وفيما تضمنته المسودة تحديداً من عدم بسط المشروع للحماية القانونية على النشر بأسماء مجهولة، ونقد هذا التوجه

أنظر:

W. Gregory Voss, European Union Data Privacy Law Development, The Business Lawyer, vol. 70, No. 1, winter 2014, p. 253.

<sup>3</sup> أنظر في مراحل الإعداد لهذا التشريع:

Meg Leta Jones, Supra, p. 10.

<sup>4</sup> صدر هذا التشريع عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 27 أبريل 2016. وقد جاء بعنوان التشريع الأوروبي للحماية المعلومات العامة

General Data Protection Regulation (GDPR)

<sup>5</sup> Right to Erasure ( Right to be Forgotten ).

البيانات<sup>1</sup> بالحصول من المتحكم<sup>2</sup> بهذه الأخيرة على البيانات الخاصة به، وحقه كذلك بطلب محو تلك البيانات. وأوجبت هذه الفقرة على المتحكم بالبيانات تنفيذ هذا الطلب بالمحو دون تأخير. وفي سبيل بيان ما يعد من البيانات الخاصة؛ تلك التي لا تتعلق بمهنة محلها أو نشاطه التجاري.

وتضيف هذه المادة تحديدا الالتزام بإجراء محو البيانات متى طلبها من كان محلها دون تأخير على وجه الخصوص في الحالات التالية:

أولا: إذا لم تعد للبيانات الخاصة ضرورة بالنسبة للغاية التي جمعت من أجلها:

ولعل هذا ما كان مناط قبول طلب إزالة الإعلان عن بيع عقار بالمزاد العلني لعجز مالكة من الوفاء بما عليه من دين. فمثل هذا الإعلان يلجأ إليه لاستقطاب أكبر شريحة من المهتمين بشراء العقار محل بيع لما قد يترتب على ذلك من المضاربة في السعر والوصول به إلى أعلى سعر ممكن.

ثانيا: إذا سحب محل البيانات موافقته على نشر هذه البيانات وفقا لما تتطلبه المادة ٦ من الفقرة ١ من البند أ من هذا التشريع:

والذي بحسب المادة المذكورة يعد النشر للبيانات الخاصة قانونيا متى ما أعطى محل هذه البيانات موافقته على نشرها لأسباب معينة. فترتبا على ذلك ينبغي على المتحكم بهذه البيانات المبادرة إلى محوها تلك إذا عاد من كان محلها وسبق أن أعطى موافقته على نشرها وألغى هذه الموافقة.

ثالثا: إذا كان ذلك التزاما وقع عليه بمقتضى المادة ٩ من الفقرة ٢ من البند أ من هذا التشريع، والذي يقرر إجراءات معينة لنشر أنواع محددة من البيانات الخاصة:

فيحظر هذا البند نشر البيانات الشخصية ذات العلاقة بعرق محل البيانات أو ديانتها أو معتقداتها أو حياتها الجينية أو بياناته البيولوجية ما لم يصدر عن محل تلك البيانات موافقة صريحة وواضحة على النشر ولغاية محددة.

<sup>1</sup> محل البيانات هو الشخص الذي تضمنت البيانات المراد محوها على معلومات خاصة به.  
<sup>2</sup> المتحكم بالبيانات هو صاحب الصفحة الالكترونية أو محرك البحث والذي يمثل مكان تواجد تلك البيانات أو منشأ الرابط الالكتروني لها.

رابعاً: إذا رفض محل البيانات النشر استناداً إلى حقه بمقتضى الفقرة ١ من المادة ٢١ منه:

وهي التي تتيح لمحل البيانات الاعتراض على نشر هذه البيانات لأسباب خاصة به، ما لم يتمسك المتحكم بها لأسباب قانونية مشروعة ترجح على الاعتراض المقدم من محل البيانات.

خامساً: إذا رفض محل البيانات النشر استناداً إلى الفقرة ٢ من المادة ٢١ منه:

وهي التي تتيح له دائماً الاعتراض على هذا النشر متى كانت الغاية من النشر تعود لأسباب تجارية أو تسويقية.

سادساً: إذا كانت البيانات غير صحيحة، أو إذا تم نشرها بإجراءات غير قانونية.

سابعاً: إذا كان محو البيانات تنفيذاً لالتزام قانوني بحسب قانون الدولة العضو في الاتحاد الأوروبي.

ثامناً: إذا كان المتحكم بالبيانات قد تحصل على هذه الأخيرة من خلال ما يقوم به من خدمات إجتماعية توجب تقديم مثل تلك البيانات له وفقاً للمادة ٨ من الفقرة ١ منه:

وهي التي تشترط موافقة الطفل غير البالغ لنشر تلك البيانات، ما لم يكن عمره أقل من ١٦ سنة حيث يتعين الحصول على موافقة وليه القانوني على هذا النشر<sup>١</sup>.

وبذلك يمكن إرجاع الحالات التي تسمح لحمل البيانات التمسك بحقه في النسيان إلى فقدان جدوى بقاء تلك البيانات منشورة عنه، وإلغاء محلها لموافقته السابقة على النشر، وتلك البيانات التي يتحصل عليها بطرق غير مشروعة.

ومن الجدير بالذكر أن المادة ١٧ من التشريع الأوروبي وبعد أن حددت نطاق أعمال الحق في النسيان أو الحق في المحو، عادت وأكدت على وجوب قيام المتحكم

<sup>١</sup> أجزأت المادة المذكورة أن ينقص قانون الدولة العضو في الاتحاد الأوروبي السن التي يكتفى بها بموافقة الطفل بشرط ألا ينقص عن عمر ١٣ سنة. إذ عندها يتوجب الحصول على موافقة الولي القانوني له.

بالبينات بالخطوات المناسبة لوضع هذا الحق موضع التنفيذ مع الأخذ بعين الاعتبار في ذلك التكنولوجيا المتاحة ومصاريف هذا التنفيذ. كما لم تقف هذه المادة في تنفيذ الحق في النسيان بإلزام المتحكم بالبينات بالمحو، وإنما فرضت عليه إعلام غيره من المتحكمين بالبينات بوجوب محوهم لتلك البينات كذلك، وإزالة ما يتعلق بها من نسخ أو روابط إلكترونية.

## الفرع الثاني

### الاستثناءات الواردة على الحق في النسيان

من زاوية أخرى لم تقتصر المادة ١٧ من التشريع الأوربي على الاعتراف للأفراد بالحق في النسيان، وإنما سارعت إلى وضع عدد من الاستثناءات عليه لكي لا يفهم من النص عليه أنه حق مطلق. فقد حصرت الفقرة ٣ من هذه المادة حالات الاستثناء من الحق في النسيان، والتي تعني عدم جواز مطالبة محل البينات بمحو هذه الأخيرة فيها. فنقرر هذه الفقرة عدم شمول الحق في النسيان للحالات التالية:

أولاً: عندما يكون نشر تلك البينات ممارسة للحق في التعبير، أو إعمالاً للحق في الإطلاع:

فقد سبق بيان العلاقة العكسية بين الحق في النسيان والحق في الإطلاع. فكلما تمسك المشرع بهذا الأخير، كلما قيد حق الأفراد في التمتع بالأول. ولاشك في أن مثل هذا الاستثناء جاء في صياغة عامة حيث يصعب في كثير من الأحيان التمييز بين ما يمكن اعتباره حقاً في الإطلاع، وذلك النشر المجرد الذي لا يهدف من ورائه سوى إلى كشف ما مستورا عن محل البينات.

ثانياً: عندما يكون نشر البينات خضوعاً لالتزام قانوني بموجب قانون الدولة العضو في الاتحاد الأوربي:

كأن يلزم القانون مثلاً بنشر أسماء من أدينوا بارتكاب أفعال معينة في وسائل الإعلام المختلفة. ويبقى هنا التساؤل حول مدى جواز التمسك بهذا الاستثناء لجعل هذه البينات مؤيدة في وجودها الإلكتروني فلا يحدها حد زمني ولا قيد موضوعي.

ثالثًا: عندما تستدعي نشر تلك البيانات المصلحة العامة:

وتظل هذه الحالة غامضة في مكوناتها؛ مبهمة في نطاقها. إذ يظل التساؤل حول الجهة المختصة بتحديد مدى تحقق المصلحة العامة في الحيلولة دون محو بيانات خاصة لفرد ما. كما يصعب حصر مدى تحقق المصلحة العامة في هذا المنع من إزالة مثل تلك البيانات. ولعل خير ما يمكن وضعه كمعيار في هذا الشأن الإحالة إلى ما منع المشرع محوه من بيانات. فبحسب طبيعة التشريع تظل تهدف إلى المصلحة العامة فيما تتضمنه من قواعد وأحكام. وفي جميع الأحوال فيمكن القول بأن ما لا يؤثر في حقوق الغير يمكن اعتباره بحسب الأصل مما لا يعد من المصلحة العامة الإبقاء على نشره.

رابعًا: عندما يكون نشر البيانات تنفيذًا لما يتمتع به المتحكم بها من سلطة قانونية يمنحها له القانون:

ولعل مرد هذه الحالة إنشاء هيئة أو كيان قانوني يخول بمقتضى النصوص القانونية تجميع البيانات الخاصة للأفراد، ثم وضعها تحت يد ذوي الشأن تيسيرًا لهم في اتخاذ قرارات معينة تتعلق في معاملات لهم مع محل تلك البيانات.

خامسًا: عندما يكون نشر البيانات محققًا للمصالح العام فيما يتعلق بالصحة العامة على وجه الخصوص بحسب ما قرره المادة ٩ في الفقرة ٢ من البندين ح و ط من هذا التشريع:

فأما البند ح فيتعلق بنشر البيانات لأسباب صحية وقائية كبيان لأعراض أمراض معينة. بينما يتعلق البند ط بالحماية من الأمراض التي تنتقل عبر الحدود الدولية. ولاشك في أن حماية المجتمع من الأمراض والأوبئة مما يعد من المصلحة العامة تحقيقه.

سادسا: عندما تكون البيانات في يد المتحكم الذي يلتزم بما ورد في الفقرة ٣ من المادة ٩ من هذا التشريع:

والتي تتيح التحكم بالبيانات الخاصة للأفراد، متى كان المتحكم يمثل جهة يكفل لها القانون السرية ويلزمها بذلك. فوجه الاستثناء هنا أن القانون يفرض جمع المتحكم لهذه البيانات أولا، كما يلزمه في جميع الأحوال إسباغ السرية التامة على ما تتضمنه من معلومات.

سابعا: عندما يكون التحكم بالبيانات متطلب لأسباب أرشيفية بغرض حماية الصالح العام:

ومن أمثلة هذه الحالات التعرف على ماضي تلك البيانات أو استخلاص معلومات إحصائية منها وفقا لما تقرره الفقرة ١ من المادة ٨٩، والتي تتيح التحكم بالبيانات الخاصة بالأفراد لدواعي الأرشيف أو لاستخلاص معلومات تاريخية أو إحصائية يتطلبها الصالح العام مع وجوب إحاطة مثل هذه البيانات بالحماية اللازمة. إذ أن في مثل هذه الإحصائيات والمعلومات النمطية ما يسمح بإجراء الدراسات المختلفة، والتي تهدف إلى تطوير المجتمع والارتقاء بخدمات المرافق العامة.

ثامنا: عندما يكون نشر البيانات لازما لممارسة دعوى قضائية؛ ومتطلباً للدفاع فيها:

ذلك أن الحماية الخاصة للبيانات يجب ألا تحول دون اقتضاء الحقوق أمام المحاكم. فيحق بموجب هذا الاستثناء للقاضي طلب الكشف عن بيانات محددة يتطلبها حسن سير العدالة القضائية، وعدالة ما سيصدره من حكم في منازعة معروضة أمامه.

ومما يمكن استنتاجه من تبني التشريع الأوربي للحق في النسيان وما رتبته عليه من استثناءات، أن هذا الحق يمثل أساسا في حماية الأفراد في بياناتهم الشخصية من مهب الصفحات الالكترونية دون سبب قانوني. من جهة أخرى فقد أقام التشريع المذكور استثناءات تمكن الأجهزة المعنية من الإبقاء على تلك البيانات في متناول أيديها، وتتيح للأفراد الإطلاع على تلك المعلومات متى كان لذلك مقتضى قانوني. ولعل في استعمال

هذه البيانات وغيرها مما يمكن الأجهزة المعنية من رسم السياسات الحكومية، ويساعد في رسم الخطط المستقبلية للنهوض بمرافق الدولة المختلفة ما يبرر السماح بالاحتفاظ في هذه البيانات. كما أن في ممارسة الحق في الإطلاع لأسباب يقتضيها إعمال مبدأ الشفافية<sup>1</sup> مثلا ليعد سببا كافيا للقول بعدم سريان الحق في النسيان في مواجهتها.

وأيا ما كان الأمر فقد ترتب على الإعلان الأوربي عن الحق في النسيان أن ثار النقاش حوله بين مؤيد له ومعارض بحسب ترجيح أي من الحقين الخصوصية والإطلاع.<sup>2</sup> فقد سارع المشرع الفرنسي إلى الاعتراف بالحق في النسيان، حينما أجبر المتحكم بالبيانات على محوها بناء على طلب من كان محلها. بل إنه أعطى مهلة شهر للقيام بذلك قبل أن يسمح لهذا الأخير باللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتدخل لإجراء هذا المحو، فضلا عن تقرير غرامة تصل إلى ما مقداره ٤٪ من الأرباح التي تحصل عليها المتحكم بالبيانات في اليوم الذي نشر فيه البيانات المراد محوها<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني

### مدى إمكان تبني الحق في النسيان في الكويت

بعد دراسة التشريع الأوربي المقرر للحق في النسيان وما تلاه من استثناءات عليه، سيكون البحث هنا في بيان مدى توفر شرطي تبني الحق في النسيان أولا، ثم تسليط الضوء على ما قد يكون مدخلا لاستعمال هذا الحق في أروقة المحكمة الدستورية الكويتية.

<sup>1</sup> أنظر في الشفافية

Helmet John, Transparency, Birkouser Press, 1996.

حيث يناقش مبدأ الشفافية كضرورة لمحاربة الفساد.  
<sup>2</sup> للمزيد حول تلك المناقشات أنظر:

George Brock, Supra, p. 63.

وأنظر كذلك ذات المرجع بشأن التعليق على تبني المشرع الفرنسي للحق في النسيان صفحة ٧٣.

<sup>3</sup> أنظر في التشريع الفرنسي المتضمن للحق في النسيان:

Artemi Rallo, Supra, p. 208.

## الفرع الأول

### تحقق متطلبات تبني الحق في النسيان في التشريع الكويتي

يمكن إرجاع وجود الحق في النسيان إلى متطلبين اثنين، هما: أن نكون أمام نشر إلكتروني؛ وأن يعترف القانون في حق الفرد في تصحيح ما ارتكبه مما قد يمس سمعته أمام أقرانه في المجتمع. وبالعودة إلى الحالة الكويتية، يمكن القول بتحقيق كلا المتطلبين.

## الفصل الأول

### النشر في الجريدة الرسمية للكويت اليوم له كمتطلب أول لتبني الحق في النسيان

تبني المشرع الكويتي النشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم كوسيلة يتحقق بها الإعلان عن مختلف ما يصدر في شأن الأفراد مما يتوجب عليهم علمهم به. ومع دخول هذه الجريدة إلى الأفاق الإلكترونية وفضاء الانترنت الرحب فقد واجه الأفراد، ممن انطوت النسخة الإلكترونية من هذه الجريدة على ما يخص شئونهم السلوكية وما يرتبط بنشاطهم التجاري، معضلة بقاء تلك المعلومات على الانترنت إما بصورة مباشرة من خلال الدخول إلى موقع الجريدة الإلكترونية الرسمي<sup>1</sup>، أو بصورة غير مباشرة من خلال استعمال محركات البحث المختلفة والتي يأتي جوجل في مقدمتها<sup>2</sup>. ويمكن إرجاع الحالات التي ألزم المشرع الكويتي فيها الجهة الإدارية المختصة بنشر ما يخص الأفراد الذين تتعامل معهم في الجريدة الرسمية إلى ست حالات هي:

### أولاً: نشر الأحكام الجنائية الغيابية في الجريدة الرسمية:

استوجبت المادة ١٨٨ من المرسوم رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية الكويتي نشر الأحكام التي تصدر من المحاكم الجزائية بالإدانة في الجريدة الرسمية متى صدرت في غياب المحكوم عليه، ولم يكن في محل إقامة المحكوم عليه أحد ليستلم إعلان الحكم، أو رفض من تواجد في محل إقامته استلامه.

<sup>1</sup> <http://kuwaitalyawm.media.gov.kw/>

<sup>2</sup> [www.google.com](http://www.google.com)

أما مضمون النشر فيتمثل في بيان وصف الجريمة أو الجرائم التي أتهم فيها المحكوم عليه، وإدانة المحكمة المختصة له بإثبات ارتكابه لها، والعقوبة المحكوم بها عليه. وغني عن الحاجة إلى بيان أن في مثل هذه الأحوال، وبقاء هذه المعلومات على صفحات الانترنت في موقع الجريدة الرسمية أو ما يشير إليها من روابط إلكترونية من بقاء التأثير السلبي على من صدر هذا النشر في حقه، حتى وإن استطاع إثبات براءته لاحقا سواء بمعارضة أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم<sup>1</sup>، أو بأحكام لاحقة من المحاكم الأعلى درجة.

ثانيا: نشر الأحكام القضائية الصادرة ببيع العقارات بالمزاد العلني اقتضاء لـديون على المحكوم عليهم:

رسمت المادتان ٢٦٦ و ٢٦٨ من المرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي إجراءات بيع عقارات المدين بالمزاد العلني سدادا لما وقع في ذمته من ديون عجز عن سدادها. أما الأولى من هاتين المادتين فقد استلزمت تحديد سعر أساسي أولي ليبدأ المزاد به، كما أنها لم تكثف بنشر الإعلان عن المزاد في الجريدة الرسمية وإنما استوجبت أن يتزامن مع ذلك نشر آخر للمزاد في صحيفة يومية أو أكثر بحسب ما يراه قاضي البيوع. أما المادة الأخرى فقد حددت البيانات التي يجب أن يتضمنها هذا النشر للمزاد كأسماء الدائن الحاجز؛ والمدين؛ والحائز للعقار محل المزاد؛ أو الكفيل العيني ومهنته وموطنه ومحل إقامته. كما اشترطت هذه المادة وصف العقار بشكل واضح نافيا للجهالة كما ورد في طلب الحجز عليه.

كما سمح القانون المذكور لكل هؤلاء المذكورين استصدار الإذن من قاضي البيوع لنشر هذا الإعلان في صحف ووسائل إعلام أخرى لأسباب ترجع لأهمية العقار أو طبيعته وما شابهما من ظروف. ويكمن سبب هذا الإعلان في محاولة

<sup>1</sup> انظر في أحكام المعارضة المواد ١٨٧-١٩٨ من المرسوم رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية الكويتي حيث أفسح المجال أمام المحكوم عليه غيابيا للطعن على الحكم الغيابي بالمعارضة قبل التوجه لاستئنافه أمام محكمة الاستئناف.

جذب أكبر قدر ممكن من المزايدين المستثمرين مما يفترض أنه يؤثر إيجاباً على المزاو بقيام المنافسة بينهم فيرتفع المبلغ الذي سيرسي عليه العقار تبعاً لذلك. ويتضح أن في هذه الحالة تحديداً تتحقق الظروف التي أحاطت في قضية السيد ماريو كوستيا كونزالس الإسبانية والتي من خلالها استطاع القاضي الأوروبي في محكمة العدل الأوروبية الإعلان عن قناعته بالسماح للمدعي بممارسة الحق في النسيان والحق في مسح البيانات الخاصة ببيع عقار له بالمزاو العلني متى لم يكن لها حاجة أو انقضى الهدف المنشود من وراء نشرها أو حتى أصبحت دون جدوى.

### ثالثاً: نشر الأحكام القضائية الصادرة بإعلان إفلاس التاجر:

جاء في المادة ٥٥٥ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ تعريف حالة إفلاس التاجر بكونه كل من عجز عن الوفاء بديونه التجارية. ومع ذلك فقد حظر القانون اعتبار التاجر مفلساً بمجرد تحقق هذا العجز عن الوفاء بالديون، وإنما اشترطت المادة ٥٥٦ من هذا القانون صدور حكم قضائي بإعلان هذا الإفلاس. أما المادة ٥٧٥ من ذات القانون فقد رتبت نتائج محددة لصدور حكم بالإفلاس حيث حظرت على من كان محلاً له من ممارسة الحقوق السياسية من انتخاب وترشيح للمجالس النيابية أو المجالس المهنية، كما حظرت عليه شغل وظيفة عامة أو أداء مهمة عامة، أو أن يكون مديراً أو عضواً في مجلس إدارة أية شركة. ويستمر هذا الحظر إلى أن تعود إليه هذه الحقوق عندما يصدر القاضي حكماً آخر يعلن فيه التأكد من تمام سداد المفلس للديون التي في ذمته.

بينما استلزمت المادتان ٦٥٨ و٦٥٩ كإجراء إلزامي للإعلان عن إجراءات التقلية أن يتم دعوة دائني التاجر المفلس عبر نشر اسمه وبياناته الشخصية في الجريدة الرسمية كويت اليوم؛ تمهيداً للسماح لهم بتقديم ما لديهم من مستندات تمهيداً لحصرهم. كما أوجبنا على مدير التقلية بعدد إعادة نشر قائمة بأسماء الدائنين للتاجر المفلس وما قدموه من مستندات في الجريدة الرسمية مرة أخرى. ومع الانتهاء من إجراءات التقلية وسداد التاجر ما كان عليه من ديون وعودة حالته القانونية

لطبيعتها، يظل ذلك النشر باقيا بين طيات صفحات الانترنت ومذكرا هذا التاجر وغيره من أفراد المجتمع بما وقع عليه من ظروف أدت إلى اضطراب معاملته المالية ومن ثم فقده لحقوقه السياسية وتزعزع سمعته التجارية.

رابعاً: نشر غياب عضو مجلس الأمة عن جلسات مجلس الأمة ولجائه بدون عذر:

في خطوة تمثل ضغطاً على أعضاء مجلس الأمة المنتخبين<sup>1</sup>، ألزمت المادة ٢٥ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣ في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة نشر حالات غياب الأعضاء في الجريدة الرسمية؛ بالإضافة إلى نشرها كذلك في صحيفتين يوميتين، وعلى نفقة العضو الغائب متى لم يصادف عذره قبولا لدى رئيس مجلس الأمة<sup>2</sup>. وبرغم اشتراط المادة المذكورة غياب العضو بغير عذر مقبول لعدد معين من جلسات المجلس لاعتباره مستقيلاً<sup>3</sup>، إلا أن مناط فقده لهذه العضوية لهذا السبب يعود إلى تقدير المجلس، والذي عليه أن يصدر قراراً بذلك. مما يعني تصور استمرار تمتع العضو بالعضوية على الرغم من تحقق النصاب المطلوب لاعتباره مستقيلاً، وبرغم ذلك يظل ما نشر عنه قائماً في صفحات الجريدة الرسمية والصحف اليومية الالكترونية. ولاشك في أن العضو قد يكون لديه عذر لم يلتق قبولا من رئيس مجلس الأمة، وقد يحسن عمله قبل اعتباره مستقيلاً، بيد أن في بقاء هذا النشر على صفحات الانترنت ما قد يكون عاملاً مؤثراً سلباً ضده في القادم من الحملات الانتخابية.

خامساً: نشر ما يصدر عن المحكمة الدستورية من طعون دستورية:

استوجبت المادة ١٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية الكويتية نشر ما تصدره هذه المحكمة في الطعون الدستورية على القوانين واللوائح والمراسيم بقوانين في الجريدة الرسمية. ويهدف هذا النشر إلى إشاعة الوعي القانوني بإلغاء ما خالف من هذه التشريعات للدستور؛ واستبقاء لما

<sup>1</sup> استئنفت هذه المادة صراحة الوزراء من الخضوع لهذه الإجراءات.

<sup>2</sup> بحسب إجراءات النشر نرى بأن المختص بقبول العذر عن الغياب أو رفضه هو رئيس مجلس الأمة حيث رتبته المادة المذكورة على رفض العذر النشر تلقائياً في الجريدة الرسمية، فإذا ما اكتمل نصاب عدد الغياب المحدد والمنشئ لحق المجلس باعتباره مستقيلاً، فعندئذ يكون للمجلس القرار باعتباره كذلك.

<sup>3</sup> يمكن اعتبار العضو مستقيلاً متى غاب بدون عذر عن خمس جلسات متتالية أو عشر جلسات متفرقة في دور الانعقاد الواحد.

توافق منها مع هذا الأخير. إلا أن ما قد يعود بالآثار السلبية لهذا النشر هو ما ينطوي عليه من بيانات الطاعن عندما يكون الطعن الدستوري قد وصل إلى المحكمة الدستورية بطريق الدفع الفرعي. فقد يكون الطاعن متهما في دعوى جزائية أمام المحاكم الجزائية بارتكاب ما يقره قانون الجزاء من جرائم، إلا أنه يبادر إلى الطعن على دستورية المادة المتهم بمخالفتها، فعندئذ سيكون الحكم الدستوري مقررًا إما لدستورية المادة السابقة أو خلافه وشاملا في الحكم وقائع الطعن الدستوري وما سبقه من اتهام موجه للطاعن. ففي مثل هذه الحالة وأيا ما كان الحكم يظل باقيا على صفحات الانترنت للجريدة الرسمية وما تشير إليه الروابط المختلفة والمؤدية إليه. مما يعني بقاء تلك الوقائع في متناول الأفراد بعض النظر على ما فات عليها من زمن، ودون بيان ما انتهى إليه الطاعن فيما يتعلق بتبرئته من التهم التي كانت تحيط به إما لعدم ارتكابه للفعل المجرم، أو تنفيذًا لحكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص المجرم، مما يضحى هذا الأخير لاغيا.

سادسا: نشر القرارات التأديبية التي تصدر من مجلس تأديب<sup>1</sup> هيئة أسواق المال على صفحتها الإلكترونية:

أنط القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ في شأن هيئة أسواق المال بمجلس التأديب التحقيق مع المتهمين بمخالفة أحكامه من قبل الخاضعين لرقابة هذه الهيئة، ومنتهيا بحصر العقوبات التي لها أن توقعها على من خالف تلك الأحكام. وقد جرى عمل الهيئة المذكورة على النشر على صفحتها الإلكترونية ما يصدره هذا المجلس من قرارات تتضمن عقوبات تأديبية يوقعها على المرخص لهم متى ما خالفوا في نشاطهم الخاضع لرقابة الهيئة قانونها أو لوائحته التنفيذية أو القرارات والتعميمات الصادرة عن مجلس مفوضيها<sup>2</sup>. أما مضمون هذا النشر فيشتمل على إسم الشركة محل القرار؛

<sup>1</sup> حول تشكيل هذا المجلس واختصاصاته أنظر المواد ١٤٠-١٤٦ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بإنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية.

<sup>2</sup> ومن أمثلة مثل هذه القرارات المنشورة على صفحة هيئة أسواق المال ما صدر من قرار لمجلس التأديب في المخالفة رقم ٢٠١٨/٧٩ والمتضمنة تعزيم شركة معينة مبلغ ألف دينار وتجدد هذه الغرامة شهريا جزاء لتقاعسها عن تقديم بياناتها المالية إلى الهيئة في المواعيد المحددة. وقد تضمن هذا القرار شرحا مفصلا للمخالفة. وكذلك قرار مجلس التأديب في المخالفة رقم ٢٠١٨/٧٦ ضد شركة أخرى بتعزيمها ألف دينار وتجدد هذه الغرامة شهريا لعدم تعيين هذه الشركة لمسئول إدارة مخطر فيها.

والعقوبة الموقعة عليها؛ والأسباب التي المبررة لتوقيع هذه العقوبة. ويتضح جلياً ما سياتر على بقاء هذه البيانات من شبهات تمس مركزها المالي، وتهز سمعة مجلس إدارتها والقائمين عليها. وتظل هذه الشبهات قائمة حتى بعد تعديل الشركة لأوضاعها القانونية بسبب بقاء تلك المعلومات على الصفحة الإلكترونية للهيئة وإحالة محركات البحث إليها.

والخلاصة من مجموع هذه الحالات هو بيان ما قد يواجهه الأفراد من تأثير سلبي عليهم على مختلف جوانب حياتهم لنشر ما قد يمس بيانات شخصية خاصة بهم أو ذات علاقة بتعاملاتهم التجارية، وسواء ورد هذا النشر الإلكتروني في الجريدة الرسمية كويت اليوم أو كما هو الحال في الحالة الأخيرة حيث كان النشر عبر الموقع الإلكتروني لهيئة أسواق المال.

وينبغي في هذا المقام التأكيد مجدداً على أن هذا النشر ما كان ليثير الإشكالات القانونية فيما لو اقتصر صدوره على شكل المحرر المطبوع حيث يصعب - إن لم يستحل - مسح ما يرد فيها بعد توزيعه وإطلاع الأفراد عليه. كما أن مثل هذه المحررات المطبوعة لا تلبث إلا وتفقد وجودها المادي بمضي الأيام، عدا ما يكون محفوظاً منها في الأرشيف وأفلام المايكروفيلم والذي يحتاج من المرء جهداً لاستخراج مكنونها. فلا يكون أمام محل البيانات والحال هكذا إلا المطالبة بالتعويض وباستعمال الحق في الرد. فالتساؤل بشأن الحق في النسيان ينصب أساساً على النسخ الإلكترونية للجريدة الرسمية كويت اليوم، وكذلك ما ينشر على الصفحة الإلكترونية لهيئة أسواق المال من معلومات تظل باقية بعد تنفيذ ما يرد فيها من محل.

---

وقرار مجلس التأديب رقم ٢٠١٨/٧٥ بتبنيه وجهه إلى شركة ثالثة لتقاعسها عن إعداد دليل السياسات والإجراءات المتعلقة بالرقابة الشرعية فيها. وقرار مجلس التأديب رقم ٢٠١٨/٨٢ بتغريم شركة رابعة مبلغ خمسة آلاف دينار لمخالفتها لقواعد الإفصاح. كما نشرت هيئة أسواق المالك على صفحتها الإلكترونية قرارها رقم ١٤٧ لسنة ٢٠١٨ بإلغاء ترخيص أنشطة الأوراق المالية وشطب اسم الشركة من سجل المرخص لهمولدى الهيئة. وخلاصة ذلك كله أن هذه القرارات وغيرها ستبقى على صفحة الهيئة الإلكترونية، كما سيشار لها في محركات البحث من خلال الروابط المختلفة التي تنشؤها هذه المحركات.

## الفصل الثاني

### تصحيح الحالة القانونية للفرد كمتطلب ثان لتبني الحق في النسيان

علاوة على استعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة من صفحات إلكترونية ومحركات بحث لنشر البيانات الشخصية وتسهيل الوصول إليها؛ يتطلب الاعتراف بالحق في النسيان إتاحة المجال تشريعياً أو واقعياً لمن كان محلها لتصحيح ما تضمنته من إساءة تصرف منه. فارتكاب الفرد لجريمة ما لا يعني بالضرورة وجوب الاستمرار بتحمل تبعاتها طوال ما بقي من عمر له، عدا أن يرتكب جريمة تبلغ في شاعتها أن جعل لها المشرع الحبس مدى الحياة. ذلك أن أنظمة العقاب الحديثة لا تعترف بالقضاء على حياة الإنسان القانونية ولا تحول دون تمتعه ببقية حياته بعد أن يستوفي ما عليه من عقاب.

وبناء على ذلك لا يكفي النشر على صفحات الانترنت للاعتراف بالحق في النسيان، وإنما ينبغي أن يتيح المشرع لمحل البيانات فرصة تصحيح حالته القانونية لتعود إليه فرصته الطبيعية في اكتساب ثقة أقرانه في المجتمع. وبالرجوع إلى التشريع الكويتي نجد عدم ترده في أكثر من موضع في الاعتراف بحق من كان محلًا لمثل ذلك النشر بتصحيح الحالة القانونية التي كانت محلًا لذلك النشر. ولقد كان ذلك في عدة تشريعات نسوق منها ما يلي:

أولاً: رد الاعتبار كوسيلة لتصحيح الحالة الجنائية للمحكوم عليه:

يتحقق في رد الاعتبار<sup>1</sup> اتجاه نية المشرع الى إتاحة المجال أمام المحكوم عليه لتصحيح ما مضى من سلوك شائن يتجسد في ارتكاب الجريمة الذي صدر العقاب عليه بسببه. فبعد أن يستوف تنفيذ العقوبة المقررة وما قد يستتبعها من عقوبات تبعية أو تكميلية<sup>2</sup> تعود له كافة حقوقه، ويسمح له ذلك بالمضي قدماً في حياته تاركاً هذه الواقعة خلفه ندبة في جبين ماضيه. فبتبني المشرع الكويتي لأحكام رد الاعتبار

<sup>1</sup> انظر في أحكام رد الاعتبار المواد ٢٤٤-٢٥٠ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية الكويتي.  
<sup>2</sup> عرفت المادة ٦٧ من القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الجزاء الكويتي على أن: "تعد العقوبة تبعية إذا كان القانون يقضي بها كإثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية، وتعد تكميلية إذا كان توقيعها متوقفاً على نطق القاضي بها، سواء أوجب القانون عليه ذلك أو أجاز له".

يصح الجاني ماضيه فيما ارتكبه من جريمة ليعود بعدها إلى ممارسة حياته العادية، وليتمتع بكافة حقوقه وحرياته التي سلبت منه. والجدير بالذكر أن رد الاعتبار وإن كان يكفي لوحده لتصحيح الحالة القانونية للجاني المحكوم عليه، والذي نشر حكمه في الجريدة الرسمية كويت اليوم وعلى صفحتها الالكترونية لغيابه عن جلسات المحاكمة، إلا أن ذلك يقتضي اقترائه بتمكينه من إزالة هذا النشر، ومحو ما سيظل باقياً مما يرشد أفراد المجتمع إلى سبق ارتكابه للجريمة المدان فيها، وببقيه ذاكرة لفعلة تلك. فيأتي الحق في النسيان عندئذ ليحقق هذا الهدف المنشود ممن صلح سلوكه؛ ونفذ عقوبته ليستكمل به إعادة اندماجه مع المجتمع مرة أخرى.

### ثانياً: تقادم العقوبات الجزائية كأساس للحق في النسيان:

تبنى المشرع الجزائي الكويتي مبدأ تقادم العقوبات الجزائية<sup>1</sup>، كنتيجة لعدم تمكن أفراد الضبطية القضائية من القبض على المتهمين في ارتكاب الجرائم تمهيداً لتقديمهم للمحاكمة، أو عجزهم عن إمساكهم لتنفيذ الأحكام القضائية الجزائية عليهم. ويثور التساؤل حول جدوى الأخذ بهذا التقادم مع حقيقة أن ما ورد من أحكام غيابية في جنابات أو جنح تظل باقية على الصفحة الالكترونية للجريدة الرسمية الكويت اليوم، وبما ينشأ من روابط إليها من محركات البحث المختلفة. فحتى يأتي التقادم أكله والفائدة من ورائه، فإن منح المتهم الحق بالمطالبة بمسح تلك المعلومة كنتيجة يستتبعها هذا التقادم لمن الأهمية بمكان. إذ تظل تلك العقوبات ثلثة في ماضي الفرد يجب أن تزال مادياً بتقادمها؛ ومعنويًا بمحو ما قد يشير عليها على صفحات الانترنت.

<sup>1</sup> حدد المشرع في قانون الجزاء الكويتي مواعيد تقادم الجرائم في القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الجزاء في المواد ٦٠-٣ منه. حيث بين أن الدعوى الجزائية تسقط بمضي عشر سنوات من يوم وقوع الجريمة. أما العقوبة المحكوم بها في جنابة فتسقط بمضي عشرون سنة من يوم صيرورة الحكم نهائياً، عدا عقوبة الإعدام حيث تسقط بمضي ثلاثون سنة. أما في الجنح فتسقط الدعوى الجزائية فيها بمضي خمس سنوات من يوم وقوع الجريمة، بينما تسقط العقوبة المحكوم بها في الجنح بمضي عشر سنوات من صيرورة الحكم نهائياً.

ثالثاً: انتهاء جدوى الإبقاء على إعلان بيع العقارات بالمزاد العلني المنشورة على صفحات الجريدة الرسمية:

تمثل هذه الحالة أساس نشأة فكرة الحق في النسيان في صياغته التشريعية حين طالب المواطن الإسباني شركة جوجل بإزالة الرابط الإلكتروني الذي يقود إلى الإعلان عن بيع عقار مملوك له بالمزاد العلني. فكما سبق بيانه اعترف القاضي الأوربي بعدم جدوى هذا الإبقاء للإعلان ومانحا للمدعي الإسباني الحق بمحوه لعدم جدوى بقاءه. فلذات السبب يمكن إرجاع أعمال حق الفرد في النسيان في الكويت، ومطالبته بمحو الإعلان الذي لا يزال معروضا على الصفحة الإلكترونية لجريدة كويت اليوم، بعدم وجود جدوى الإبقاء عليه خصوصا؛ بعد وفاء مالكة بما عليه من ديون وتحسن مركزه المالي. ففي بقاء ذلك الإعلان على الانترنت وما يتعلق به من روابط ما يزعزع من مكانة مالك ذلك العقار، ويحول دون إعادة الثقة له في علاقاته بالغير. وما يعنيه ذلك من فقدانه لفرص تجارية أو مالية كانت ستتحقق له لولا بقاء ما يشير إن سبق فقدانه القدرة على الوفاء بما عليه من ديونه مما ترتب عليه بيع عقار له بالمزاد العلني.

رابعاً: عودة الأهلية القانونية للتاجر المفلس:

قررت المادة ٥٧٥ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بأن: " تسقط حقوق المفلس السياسية بشهر إفلاسه، فلا يجوز له أن يكون مرشحا أو ناخبا في المجالس السياسية أو المجالس المهنية ولا أن يقوم بوظيفة أو مهمة عامة ولا أن يكون مديرا أو عضوا في مجلس إدارة أية شركة وذلك كله إلى أن تعاد إليه حقوقه وفقا للقانون". أما المادة ٧٤٢ من ذات القانون فتتص على أنه: " فيما عدا حالة الإفلاس بالتدليس، تعود جميع الحقوق السياسية التي سقطت عن المفلس بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ انتهاء النفيسة".

وبناء على ذلك تعود للتاجر الذي أعلن إفلاسه جميع كافة حقوقه التي كان يتمتع بها قبل الحكم عليه بالإفلاس. مما يتضح معه أن استعادته لحقوقه ما كانت

لتكتمل مع حقيقة الإبقاء على ما يدل على ضياعها بإعلان تفليسته في الجريدة الرسمية، وبقاء هذه الإشارة حتى بعد انقضاء التفليسة ورجوع حقوقه القانونية المختلفة على صفحة الانترنت وما يحيل إليها من روابط إلكترونية. فيأتي هنا الحق في النسيان ليعزز إجراءات استكمال عودة الحقوق للتاجر المفلس من خلال إزالة ما يشير إلى ما مر به من إجراءات التفليسة من على الصفحة الإلكترونية.

**خامسا: تصحيح الحالة القانونية لعضو مجلس الأمة في غيابه عن جلسات المجلس بدون عذر مقبول:**

بعد أن أنشأ المشرع الالتزام على أعضاء مجلس الأمة بحضور جلساته؛ ومع تطلبه نشر هذا الغياب في الجريدة الرسمية بالإضافة إلى صحيفتين يوميتين، إلا أنه لم يجبر المجلس على التصويت على الاستقالة كما سبق بيانه. فهو لم يرتب الاستقالة التلقائية على هذا الغياب، بل جعل للمجلس الخيار في ذلك. مما يعني إمكان تصور عدم إصدار المجلس للقرار المذكور لما يظهر على العضو المتغيب من حسن سلوك والتزام بحضور ما تبقى من جلسات للمجلس. ولعل من نافلة القول أن حسن السلوك هذا وإن كان يتيح للعضو تحاشي صدور قرار من المجلس باعتباره مستقيلا، إلا أنه يفقد هذا الأثر الإيجابي مع بقاء ما يشير إلى سبق تخلفه عن حضور الجلسات سواء في الصفحة الإلكترونية لجريدة كويت اليوم أو على الموقع الإلكتروني للصحيفتين اليوميتين اللتين نشر فيهما خبر تغيبه. فتبقى هذه المواقع مذكرة جموع الناخبين بتخلفه عن حضور الجلسات برغم ما بدر منه بعدئذ من التزام في ذلك الحضور يشفع له الاستمرار في عضويته في المجلس. وبذلك يظل عضو اليوم ومرشح الغد واقعا تحت وطأة ذلك التقاعس في الحضور مما قد يؤثر سلبا على نجاح حملته الانتخابية.

**سادسا: تمكين المخالف من تصحيح المخالفة تفاديا لتوقيع العقوبات التأديبية عليه من مجلس تأديب هيئة أسواق المال:**

أشرنا أعلاه إلى حق مجلس التأديب في هيئة أسواق المال بتوقيع مجموعة من العقوبات التأديبية على المرخص لهم من قبل هذه الهيئة بحسب نوع ما يقع منهم من

مخالفات وجسامتها<sup>1</sup>. فقد جاءت المادة ١٤٧ من قانون هيئة أسواق المال رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بالسماح لمن وقعت عليه إحدى تلك العقوبات بالمسارعة إلى التظلم منه. فتمكن هذا الأخير من إلغاء العقوبة المقررة عليه بنظلمه لا يزيل الإشارة إلى توقيعها عليه على الصفحة الالكترونية للهيئة المذكورة. كما تظل الإشارة إلى هذه العقوبة على هذه الصفحة حتى بعد تنفيذ المخالف للعقوبة وتصحيح ما وقع منه من مخالفة. وبذلك يأتي الحق في النسيان ليزيل هذه العقوبة عن ملفات المرخص له الموجودة في الهيئة، كما يزيل آثارها السلبية والتي تظل باقية على صفحاتها الالكترونية. فبقاء هذه البيانات على تلك الصفحة ليؤثر سلباً على مركزها المالي وثقة الأفراد في الدخول بعلاقات تجارية معها.

وخلاصة القول في هذا المقام أن تبني المشرع الكويتي لما يتيح للأفراد تصحيح مخالفاتهم وسوء سلوكهم لا يكتمل بتأثيره الإيجابي ما لم يقترن بإزالة ما وقع منهم من هفوات وأخطاء، حيث سمح المشرع لهؤلاء بتصحيح وضعهم وإعادة الحقوق لمن ضاعت منه بسببها، وتمكينهم من إعادة ترميم علاقاتهم مع الغير على نحو يتعزز به الثقة والائتمان وحسن النية. كل ذلك ما كان ليتحقق بشكله التام ما لم يتيح المشرع للحق في النسيان، ليمحو به من أخطأ وحسن سلوكه ما يشير إلى ذلك الخطأ أو المخالفة أو الجريمة أو العجز من الوفاء بالالتزامات والديون.

### الفرع الثاني

#### تصور تطبيق المحكمة الدستورية الكويتية للحق في النسيان

ويظل التساؤل حول مدى إمكان تبني المحكمة الدستورية على وجه الخصوص للحق في النسيان. وفي محاولة للإجابة على هذا التساؤل يمكن النظر إلى ما استحدثته هذه المحكمة، في معرض الفصل في طعن انتخابي على نتائج انتخابات أعضاء مجلس الأمة، مما أسمته بشرط السمعة الحسنة. وبما يرتبه هذا الأخير من نتائج تتحصل أهمهما في الحيلولة دون ممارسة الفرد لحقه في الترشيح لعضوية هذا المجلس.

<sup>1</sup> أنظر المادة ١٤٦ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بإنشاء هيئة أسواق المال حيث خولت مجلس التأديب خمس عشرة عقوبة يستطيع توقيعها على المخالفين من المرخص لهم.

## الغصن الأول

### السمعة الحسنة كشرط مفترض للحق في الترشح

لم يكن للسمعة الحسنة أي ظهور كشرط منطلَب<sup>1</sup> واجب التحقق فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس الأمة الكويتي قبل ٢٠٠٨/٧/١٦. ففي هذا اليوم أصدرت المحكمة الدستورية حكمها في طعن انتخابي رفعها الطاعن على نتائج الانتخابات لقرار أصدرته الإدارة العامة للانتخابات، والتي تظلمت بتنظيم العملية الانتخابية بدءاً من تلقي الترشيحات، برفض ترشيحه على سند من القول بعدم استحقاقه لنيل العضوية في مجلس الأمة لما في تاريخه الجنائي من مجموعة أفعال توصمه بتخلف ما يجب أن يكون في المرشحين لهذا المنصب من حسن سيرة ودمائة خلق. فما كان من الطاعن إلا الانتظار إلى حين إجراء الانتخابات التي حرم من الترشيح فيها للتقدم بطعنه أمام المحكمة الدستورية، ومنتهياً إلى هذا الطعن والذي طلب فيه من المحكمة إبطال العملية الانتخابية لحرمانه من الترشح فيها.

أما المحكمة الدستورية فقد قضت في هذا الطعن<sup>2</sup> بتأكيد ما على الحق في الترشح لعضوية مجلس الأمة باعتباره حق أصيل متى توافرت الشروط فيمن المرشح، كما أكدت على ما نصت عليه المادة ٨٢ من الدستور وما أورده القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٢ بشأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة من شروط في المرشح. إلا أنها عادت وأعلنت عن وجود ما يسمى بشرط السمعة الحسنة كأحد المتطلبات لهذا الترشح<sup>3</sup>. فنقول في ذلك:

" وإن كان قانون الانتخاب لم يورده ضمن الشروط اللازمة للترشيح إلا أن هذا الشرط تفرضه طبيعة الوظيفة النيابية لعلو شأنها وأهمية مسئوليتها وخطورة واجباتها".

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن شرط السمعة الحسنة فيمن يترشح لعضوية مجلس الأمة لم ينص عليه الدستور الكويتي ولا أي تشريع نظم بشكل أو آخر انتخابات العضوية في هذا المجلس.

<sup>2</sup> الطعن رقم ٨ لسنة ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٠٠٨/٧/١٦.

<sup>3</sup> انظر في الرأي المؤيد لشرط السمعة الحسنة الدكتور علي الظفيري، حسن السمعة كشرط مقترض في المرشح للبرلمان: دراسة مقارنة الكويت ومصر، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٤، العدد ١٣، مارس ٢٠١٦، ص ١٦٣.

وتضيف بأن هذا الشرط يعتبر " وفق ما هو مستقر عليه - من الأصول العامة في التوظيف وتقلد المناصب النيابية والتنفيذية ولا يحتاج إلى نص خاص يقرره".

أما تعريف شرط السمعة الحسنة فتبينه المحكمة بأنه: " شرط يتعلق بالسلوك الشخصي للمرشح، ويقصد به ألا يكون قد اشتهرت فيه قالة السوء أو الترددي فيما يشين". بينما تفصح المحكمة عن سبب تطلبها استحداث هذا الشرط غير المنصوص عليه في الدستور ولا القوانين بقولها: " صونا لكرامة السلطة التشريعية وحفظا لهيبتها وضمانا لتمثيل الأمة في مجلسها النيابي بتأخير من ينوب عنها أحسن تمثيل".

ونثيا بشرط السمعة الحسنة من أن يختلط بشرط منصوص عليه في المادة ٢ من قانون الانتخاب المذكور والمتمثل بالألا يكون المرشح لعضوية مجلس الأمة محكوما عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، فتؤكد المحكمة على ضرورة التمييز بين كلا الشرطين بقولها أن: " هذا الشرط مستقل بذاته عن الشرط الوارد في المادة ٢ من القانون سالف الذكر، فلا يلزم لسوء السمعة صدور أحكام في جرائم مخلة بالشرف أو الأمانة ضد المرشح، كما لا يتصور الاستدلال على سوء السمعة بمحض اتهام يقوم على مظنة الإدانة".

وإعمالا لهذا الشرط المستحدث بهذا الحكم استتدت المحكمة في رفض هذا الطعن الانتخابي على فقدان الطاعن له لأنه: " سبق أن قُدم إلى المحاكم الجنائية أكثر من مرة في جرائم نصب وتزوير وإساءة استعمال الهاتف، وصدرت فيها أحكام قضائية إما بتقرير الامتناع عن النطق بالعقاب أو الإعفاء منه". من جهة أخرى لم تتردد محكمة التمييز الكويتية في تبني شرط السمعة الحسنة في قضائها كذلك<sup>1</sup>. فقد أعلنت بأنه: " ولئن كان دستور دولة الكويت والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٢ في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة قد وردا خلوا من شرط حسن السمعة ضمن الشروط المتطلبة فيمن يرشح لعضوية مجلس الأمة، إلا أن ذلك لم يكن مقصودا لذاته، بحسبان أن حسن السمعة لا يعدو أن يكون أمرا أوليا مفترضا فيمن يتبوء مقعد مجلس الأمة.

<sup>1</sup> الطعن بالتمييز رقم ٢٤١ لسنة ٢٠٠٩ إداري/١ بتاريخ ٢٠١٣/٣/١٣.

وأنه وإن كان هذا الشرط هو شرط مكمل للشروط اللازمة للترشيح لعضوية المجلس، إلا أنه لا يعدو أن يكون شرطا مستقلا بذاته عن الشرط المتطلب في الناخب بألا يكون قد حكم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، باعتبار أن عضو المجلس لا يمثل ناخبيه فقط وإنما يمثل الأمة بأسرها، ويمارس وظيفته بالنظر لعلو شأنها وأهمية مسئوليتها وواجباتها".

وبدورها فقد عرفت محكمة التمييز شرط السمعة الحسنة بأنه: "مجموعة من الصفات والخصائص التي يتحلى بها الشخص فتكسبه الثقة والاحترام بين الناس وتجنبه قالة سوء أو ما يمس الخلق. ومن ثم فهي لصيقة بشخصه ومتعلقة بسيرته، وهي صفات وخصائص أوجب وألزم ما ينبغي أن يتصف بها كل مرشح لعضوية مجلس الأمة". بل لقد اعتبرته "من المبادئ السامية والمثل العليا التي تواضع الناس على إجلالها وإعزازها في ضوء ما تفرضه قواعد الدين ومبادئ الأخلاق والقانون السائدة في المجتمع"<sup>1</sup>.

وبهذا فيكون حاصل شرط السمعة الحسنة ما تواتر الناس على وصف المرء به من صفات وأحوال تشكل في خلاصتها انطباعهم عنه، وتحدد في نهايتها موقفهم منه. والحقيقة أن سؤالاً يثار في هذا المقام ويتعلق في وسيلة إثبات سوء السمعة. فعلى الرغم من الآثار الشديدة التي رتبها المحكمة على فقده من حرمان صاحبه من ممارسة الحق في الترشيح لعضوية مجلس الأمة حتى لو توافرت بقية الشروط، فيصعب تحديد الإجراء القانوني المطلوب لإثبات سوء السمعة أخذاً بعين الاعتبار أنها

<sup>1</sup> على الرغم من أن التعليق على ما ذهب إليه الحكمين الصادرين عن المحكمة الدستورية ومحكمة التمييز الكويتيتين من استحداث شرط لم ينص عليه الدستور أو القانون مما يخرج عن نطاق هذه الدراسة إلا أننا ذلك لم يمنع من إبداء وجهة نظر الباحث في اعتبار هذا الشرط مثبثاً لشبهة عدم الدستورية على سند من القول يرتكز على حجتين. الأولى وتتجسد فيما يثيره الشرط من تساؤل حول مدى جواز استحداث شروط على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحررياتهم بأحكام قضائية بعد أن سكت عن النص عليه في التشريعات المختلفة. ووجه هذا التساؤل هو إثارته للاستفهام الدستوري باعتبار أن مثل هذه الإضافة تشكل بحق تعديلاً للنص التشريعي بدون اتباع الإجراءات التي حدها الدستور في ذلك. فهو تزييد على النص فيما لم يرد فيه نص على غرار فيما لو تقاعست المحكمة عن تطلب شرط استوجبه النص التشريعي، حيث تعد مخالفة في ذلك للنص بالحدف. أما الحجة الأخرى فتتصل في ما قد يشكله هذا الشرط من أبدية فقده. فمما لا جدال فيه أن المرء مهما كان ما ارتكبه من جريمة يظل في سعة من أمره حيث تعود له الحقوق السياسية برد اعتبارها. أما بالنسبة إلى شرط السمعة الحسنة فيثور معضلة تصحیح هذه السمعة متى ما اقتنعت المحكمة بسوئها. فيكون السؤال حول السبيل المتاح لمن فقدها بإثبات رجوعها إليه. وبذلك نكرر بأن هذا الشرط وإن سلمنا بوجود اختيار الأصلح لتمثيل الأمة، إلا أن ذلك منوط بجموع الناخبين بعد أن استوفى المرشحين الشروط التي ذكرت حصراً في النصوص ذات العلاقة.

شرط منفصل عن شرط عدم سبق الحكم على المرء في جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة. كما يظل السؤال قائماً فيما إذا كان شرط السمعة الحسنة متطلب كذلك في من يتولى منصب الوزارة، حيث يشترط في هذا الأخير ذات الشروط المتطلبة في عضو مجلس الأمة<sup>1</sup>.

## الفصل الثاني

### الحق في النسيان كوسيلة ضبط لشرط السمعة الحسنة

خلصنا في الفصل السابق من هذه الدراسة إلى ما استحدثته المحكمة الدستورية الكويتية أولاً، ومحكمة التمييز بعد ذلك، من افتراض لشرط السمعة الحسنة في المرشحين لعضوية مجلس الأمة. ويثور التساؤل في هذا المقام عن وسيلة قانونية تمكن من فقد هذا الشرط من تصحيح وضعه، واسترجاع حسن سمعته تمهيداً لإعادة ممارسته للحق في الترشح. ولمواجهة عدم تحديد أي من المحكمتين لهذه الوسيلة بعد أن فرضتا هذا الشرط فإننا نقول بالحق في النسيان كمهذب لذاك الشرط. فمن خلال الاعتراف بهذا الحق، يلجأ المتقدم للترشح لإزالة ما تعلق بسمعته من أدران وشوائب حالت، حتى وقت قريب<sup>2</sup>، دون إمكان ترشيح نفسه لتلك العضوية. وبوساطة التمسك به يتمكن طالب الترشح من إثبات عدم جدوى التمسك بماضيه السيء، ويطلب بعدم الاكتراث بما شمله هذا الماضي بمقولة أنه لم يصدر عنه مثل تلك التصرفات منذ فترة ليست بالقصيرة، أو أن تلك السلوكيات لم تكن سوى نزوات عابرة ولا تمثل ديدنا لسلوكه.

فما لاشك فيه أن بقاء تلك النزوات على الصفحات الإلكترونية يوحى بالاستمرار في ارتكاب ما ترتبه من سلوكيات، وتحول دون إفساح المجال لمضي الزمن عليها مما يوهم بقرب وقوعها. فالحق في النسيان، متى ما أعترف به، يكفل لمن ورد اسمه في تلك الصفحات الحق في المطالبة بمحو تلك البيانات متى ما مضى

<sup>1</sup> تشترط المادة ١٢٥ من الدستور في الوزير ذات الشروط التي تطلبها في عضو مجلس الأمة. وقد جاءت المادة ٨٢ لتبين الشروط الواجب تحققها في عضو مجلس الأمة.

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن ما يعرض على صفحات الانترنت يبدو وكأنه حدث في وقت ليس ببعيد، ما لم يبادر المتصفح إلى البحث عن تاريخ نشره أو زمن وقوع أحداثه.

عليها فترة منطقية من الزمن تبرر ذلك لاعتبارات تتعلق في عدم جدوى بقاء مثل تلك البيانات في الوقت الحاضر؛ أو في تحسن سلوكه طوال تلك الفترة. وفي هذا تمهيد لعودة حسن السمعة إليه؛ ومنه يستطيع أن يطوِّر صفحة الماضي ويفتح صفحة جديدة في التعامل مع مجتمعه.

وعلى الرغم من ترجيحنا لتبني الحق في النسيان لما له من مزايا، فإننا نسارع إلى التأكيد على وجوب الحذر من إساءة استعماله بصورة يتمكن من خلالها من امتهين الكذب والحيلة من التواري وراء ماضيه بعد طمس معالم ما سطره فيه من سلوك مشين وغير لائق. فثنتان بين السماح لمن ساء سلوكه في ظروف معينة ولم يلبث إلا وتاب عن فعله ثم عاد إلى جادة الصواب، ومن كان الكذب والحيلة والإدعاء المزيف وارتكاب ما يشين السلوك أساسا في إيهام الناس بما ليس فيه لتحقيق مصالح غير مشروعة. فإذا كان يتصور أن يستعمل الأول الحق في النسيان للمبادرة إلى تصحيح وضعه وسلوكه، فإن استعمال الأخير لهذا الحق ليمثل بداية لاستعمال صورته المحسنة بفعل الحق في النسيان لارتكاب المزيد مما شاب عليه من سلوك.

وبناء على ذلك، وكما هو الحال مع غالبية الحقوق والحريات المقيدة<sup>1</sup>، ينبغي المبادرة إلى رسم معالم الحق في النسيان بما يتمكن معه من حسن فعله حقيقة من التمسك به، في حين يظل الماضي السيء دالا على من لم يرغب في ممارسة هذا الحق إلا التمويه وبغية إعادة ارتكاب ما مارسه في الماضي من سوء سلوك. ولعل مما يمكن معه التمييز بين الحالتين بمعرفة ظاهر الحال، والإمام بمدى حداثة الفعل السيء، وتحديد مدى جدوى بقاء تلك المعلومات، واثبات أفعال حسنة تتسخ ما مضى من أفعال سيئة.

<sup>1</sup> تنقسم الحقوق والحريات إلى حقوق مطلقة لا تقبل التقييد بأي حال وأخرى مقيدة يقترض لا تقبل الإطلاق في ممارستها وإنما لابد ان يقيد بشكل أو آخر. ومثال ما اشتمل عليه الدستور الكويتي ما ورد في المادة ٣٥ منه على كون الحق في الاعتقاد مطلق؛ وكذلك ما قرره المادة ٢٨ منه على عدم جواز إبعاد الكويتي ولا منعه من العودة للكويت. بينما يعد من شاكلة الأخرى في هذا الدستور بقية الحقوق والحريات كحرية الصحافة والتي قررتها المادة ٣٧ منه على أنها مكفولة وفقا للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، وما قرره المادة ٣٨ من اعتبار حرمة المساكن فلا يصح دخولها بإذن أهلها إلا في الأحوال وبالكيفية التي يحددها القانون.

## الفصل الثالث

### الحق في النسيان والوائع الكويتي

وأخيرا تجدر الإشارة إلى حقيقة أن القضاء الكويتي لم يكن بعيدا بشكل كامل عن موضوع الحق في النسيان، وإن لم يمسه بالشكل الذي واجهه به القضاة الأمريكي والأوروبي تحديدا، وإن لم يتطرق إليه صراحة<sup>1</sup>. فقد كان ذلك في حالة لجوء أحد الأفراد إلى المحكمة الإدارية للمطالبة باستصدار حكم بإلزام وزارة الداخلية بمحو ما ورد في سجلاتها المتعلقة بحالته الجنائية من سبق اتهامات وجهت إليه سرعان ، بحسب إدعائه، ما قضي فيها بالبراءة أو صدر قرار بحفظها لعدم اكتمال أركانها. كما أن السلطة الإدارية في الكويت واجهت ما يقترب كثيرا من حالة إعمال الحق في النسيان. فقد تمحورت هذه الحالة حول طلب قدم إلى هيئة تنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات الكويتية من إحدى السيدات للمطالبة بإصدار قرار لإغلاق تطبيقات على الهواتف الذكية Smartphones والتي تضمنت حفظ أرقام وهواتف الأفراد وما سجلوه في هواتفهم من أسماء لتلك الأرقام. وقد كان أساس هذه المطالبة ما تضمنته إحدى تلك التطبيقات من اسم مشين لرقم هاتف مقدمة الطلب. وبيان كل من الحالتين فيما يلي:

#### أولا: الحق في المحو في قضاء المحكمة الإدارية الكويتية:

رفضت المحكمة الإدارية الاعتراف بحق مسح البيانات التي كتبت عن المدعي في صحيفة حالته الجنائية. فقد جاء في هذه الأخيرة ما يشير إلى إتهام وجه إلى المدعي في تهمة الاعتداء بالضرب فكان الحكم فيها بتسليمه لوالده على أن يلتزم بحسن بحسن رعايته وتربيته، وكذلك الحكم عليه بتهمة أخرى بالاعتداء بالضرب. ف جاء الحكم هذه المرة بوضعه تحت الاختبار القضائي، وأيضا الحكم ببراءته من تهمة بارتكابه لجريمة السرقة. والحكم عليه كذلك بتهمة دخول مسكن بدون إذن حائزه؛ فكان الحكم الغرام عشرين دينار، وكذلك تهمة توقيع أذى بليغ على المجني عليه،

<sup>1</sup> لعل عدم مناقشة الحق بالنسيان في المحاكم الكويتية والجهات الإدارية المختصة تحديدا يرجع إلى حداثة هذا الحق على صعيد النظام القانوني الكويتي.

فحكم فيها عليه بقبول عفو المجني عليه، والحكم عليه بالبراءة من تهمة حيازة سلاح وذخيرة وإتلاف مركبة.

وفي معرض تبرير طلب محو هذه البيانات التي وردت في صحيفة حالته الجنائية والتي تحتفظ بها وزارة الداخلية، تمسك المدعي بقدوم الأحداث التي جاء سردها في هذه البيانات، وأن معظمها جاءت بالبراءة. كما كان لورود هذه البيانات في تلك الصحيفة الأثر المباشر في رفض طلبه الذي تقدم به للالتحاق في دورات علمية تقيمها وزارات الداخلية أو الدفاع أو الحرس الوطني أو أي وظيفة أخرى. وفي سبيل القضاء في هذه الدعوى أكدت المحكمة المذكورة على ما ورد في قضاء محكمة التمييز من تعريف للقرار الإداري بأنه: " ذلك الذي تفصح به جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكن وجائز وقانونا وكان الباعث عليه مصلحة عامة".

وانتهت المحكمة في قضائها إلى اعتبار أن وجود المعلومات والبيانات المتعلقة بتلك الأحداث التي ارتكبتها المدعي أو أتهم بارتكابها عن جهاز الحاسب الآلي لوزارة الداخلية لا يعد من قبيل القرارات الإدارية. فهي - بحسب رأي المحكمة الإدارية - لا تنشئ مركزا قانونيا جديدا لمن كان محلا له، وإنما تثبت ما ورد في دفاتر الجهات الحكومية وسجلاتها عنه للرجوع إليها عند الحاجة. فهو أمر وثيق الصلة بالمصلحة العامة. واختتمت قضاءها بالحكم بإعلان أن " البيان الذي يثبت في الوثائق والمحركات الحكومية تعبيراً عما حدث يصبح من الواقع الذي لا يمحي، فإن أمكن أن تزول آثاره فعلا أو قانونا فإن معابنته ودلالاته تظل باقية لتنبئ عنه". وانتهت إلى اعتباره مجرد عملا ماديا لا يرقى ليعد من القرارات الإدارية مما ينبغي رفض الدعوى<sup>1</sup>.

وفي حكم آخر ليس بعيدا في وقائعه عن وقائع الحكم آنف الذكر أكدت المحكمة الى ذات النهج، وأضافت بأن: " الجهة الإدارية صاحبة المحرر أو غيرها

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية الكويتية رقم ٢٠١٤/٤٣٢٨ إداري ١٠ بتاريخ ٢٠١٥/٣/٥، حكم غير منشور.

من الجهات أو ممن يكون له مصلحة قانونية مشروعة في الحصول على أي بيانات أو معلومات وهو أمر وثيق الصلة بالمصلحة العامة التي تعلق على غيرها من المصالح الشخصية الأخرى<sup>1</sup>. ومما يلاحظ على هذا الحكم إعلان المحكمة عن شرط استوجبه في الإبقاء على هذه المعلومات، كما بينت علة هذا الإبقاء. فقد اشترطت مشروعية سبب الحصول على المعلومة من جهة، كما رجحت كفة المصلحة العامة في الإبقاء على هذه البيانات في متناول اليد في مواجهة مصلحة الفرد الخاصة بمحوها وطمس معالم مضمونها من جهة أخرى.

كما عادت المحكمة الإدارية إلى تبني ذات القضاء في حكم ثالث، ومضيفاً عليه ما قرره القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧١ في شأن عدم إثبات السابقة الجزائية الأولى<sup>2</sup>. فقد قضت بعدم جدوى محو ما جاء في صحيفة الحالة الجنائية للمدعي فيما أوردته أجهزة الحاسب الآلي لوزارة الداخلية لكونها أن محتواها لا يتجاوز الإشارة إلى صدور حكم عليه بالامتناع عن النطق بالعقاب، وهو ما اعتبرته هذه المحكمة بأنه من قبيل البراءة. فلا يصح بحسب القانون المشار إليه الاستناد عليه ليشكل سابقة أولى تجيز للوزارة الاعتداد بها في إثبات ما يليها من حكم جنائي<sup>3</sup>. وبدورها لم تتردد محكمة التمييز من تبني ذات القضاء لاحقاً حيث قضت بعدم جدوى محو البيان المتعلق بالحكم على الطاعن بالامتناع عن الحكم نظراً لعدم تأثر مركزه القانوني بها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية الكويتية رقم ٢٠١٧/٥٥٧٤ إداري ١٢ بتاريخ ٢٠١٧/١١/٢٢. حكم غير منشور.  
<sup>2</sup> حدد هذا القانون الأحكام التي لا تثبت بها السابقة الأولى على الفرد نفيًا به عن ترتيب آثارها عليه كما لو حرم من التعيين في الوظائف العامة لسبق صدور حكم جنائي عليه. وهذه الأحكام هي:

١- الأحكام التي رد الاعتبار عنها قضاء.  
٢- الحكم الصادر في أية جريمة بالغرامة أو بالحبس أو بهما معاً، أو بالوضع تحت مراقبة الشرطة وذلك بشرط عدم صدور حكم آخر بأية عقوبة سابقة على هذا الحكم مما يحفظ عنه في صحيفة قلم السوابق بإدارة تحقيق الشخصية، وأن تكون العقوبة قد نفذت ما لم تكن قد سقطت بمضي المدة أو بالعفو عنها. ويستثنى من ذلك الشهادات التي يطلبها راغبو الترشيح لعضوية المجالس النيابية أو المجالس البلدية أو لوظيفة الوزير أو للوظائف القيادية في الدولة أو لوظيفة المختار، فثبتت في هذه الأخيرة جميع الأحكام.

<sup>3</sup> حكم المحكمة الإدارية الكويتية رقم ٢٠١٥/١٩٩٩ إداري ٤ بتاريخ ٢٠١٦/٤/٣. حكم غير منشور.

<sup>4</sup> حكم المحكمة التمييز رقم ٢٠١٧/٥٥٧٤ إداري ١٢ بتاريخ ٢٠١٨/٨/٧. حكم غير منشور.

ثانياً: الحق في المحو في قرارات هيئة تنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات الكويتية<sup>1</sup>:

من جهتها واجهت هذه الهيئة حالة تقترب بها من الحق في النسيان، وذلك حينما تقدمت إحدى السيدات بطلب إلغاء تطبيقات applications على الهواتف الذكية والتي تسمح للمستخدمين بها معرفة اسم من يتصل على أرقام لا يعلمون سلفاً أصحابها. فما كان من الهيئة المذكورة إلا إصدار قرار بإلغاء مثل تلك التطبيقات استجابة لهذا الطلب. وتعود وقائع الطلب إلى تطبيقات محددة تمثل قاعدة بيانات لحفظ أرقام الهواتف المختلفة وأسماء أصحابها. وتقوم فكرتها على وجوب سماح المستخدمين فيها بدخولها على بيانات هواتفهم واستخلاص نسخة مما حفظوه على هذه الهواتف من أرقام وأسماء وجمعها في هذه القاعدة. وفي المقابل يستطيع كل مشترك استعمال هذه القواعد للبحث عن اسم رقم هاتف معين. ويتضح من ذلك أن هذه التطبيقات لا تسجل هذه الأسماء وتلحقها بتلك الأرقام، وإنما يقتصر دورها على جمعها من هواتف المستخدمين أنفسهم<sup>2</sup>.

وفي معرض بحث مقدمة طلب إلغاء هذه التطبيقات عما ورد من أسماء مقابل رقم هاتفها، تفاجأت بورود ما لا يليق من أوصاف على هذا الرقم. وقد رأت هذه السيدة في مثل هذه الأوصاف ما يمثل انتهاكا لسمعتها في المجتمع، ويشكل حرجاً لها في علاقاتها الاجتماعية المختلفة. فلم يكن منها إلا أن تقدمت إلى الهيئة المذكورة طالبة محو تلك التطبيقات لإلغاء ما ورد فيها من إساءة لها. ولما كان محو تلك البيانات لا يتأتى إلا بإلغاء هذه التطبيقات، فلم تتردد الهيئة من مطالبة أصحابها بوجوب إلغاء هذه التطبيقات ومحو قاعدة البيانات هذه<sup>3</sup>. ولم ير أصحاب هذه التطبيقات مفراً من الاستجابة إلى قرار الهيئة، والمساعدة إلى إلغاء تلك التطبيقات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> تأسست هذه الهيئة في عام ٢٠١٤ وفقاً للقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٤ بإنشاء هيئة تنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات.

<sup>2</sup> انظر فيما كتبه صحيفة التطبيقات العربية بتاريخ ٢٠/١٠/٢٠١٧ حيث أشارت إلى هذا التطبيق بما له من مزايا تخول من يتواجد في الكويت ميزة البحث السهل عن الأفراد سواء كان ذلك بأسمائهم أو بأرقام هواتفهم ومعرفة مناصبهم وأهم ما يتميزون به. انظر [www.arabapps.org](http://www.arabapps.org)

<sup>3</sup> في بيان صحفي صدر عن هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات اعتبرت وحود مثل هذه التطبيقات انتهاكاً للحق في الخصوصية، وسبباً لفقد الأفراد الحماية القانونية لبياناتهم الخاصة. بل لقد اعتبرت تجميع هذه البيانات من أرقام هواتف وأسماء أفراد دون

ولاشك في اقتراب هذه الحالة كثيرا من مفهوم السماح للفرد بالمطالبة بمسح بيانات معينة من القواعد الالكترونية نظرا لما يترتب عليها من آثار سلبية تقتضي كرامته الإنسانية إزالتها من تلك القواعد أو الحيلولة دون وصولها للأفراد. أما على صعيد الحق في النسيان، فإن هذا الأخير أوسع نطاقا منه، حيث أنه يتيح لمن يرى تحرجا من بقاء بيانات معينة على الانترنت بالمطالبة بإزالتها وإن لم يترتب عليها أثر مباشر وحال. وأيا ما كان الأمر فقد صدر القانون الكويتي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الالكترونية<sup>2</sup>. والذي أورد، تحت باب الخصوصية وحماية البيانات، مجموعة من الضوابط التي يفترض أنها تحول بين جمع البيانات المختلفة عن الأفراد وإساءة إستعمال مثل تلك البيانات. كما جعل القانون للجهة الإدارية التي تتحكم بتلك البيانات الحق في الموافقة على طلب مقدم إليها للحصول على تلك البيانات من قبل أطراف آخرين، أو رفض هذا الطلب. كما حظرت على الجهات الحكومية وغيرها جمع مثل تلك البيانات بطريقة غير مشروعة، أو استعمالها لغير الأغراض التي جمعت من أجلها. كما حصر القانون السماح لمحل البيانات التقدم بطلب محوها إذا كانت غير صحيحة أو عدم تطابقها مع الواقع<sup>3</sup>.

تعديل أو حذف ودون مسؤولية من أصحاب هذه التطبيقات ليعود مخالفة ينبغي إنهاؤها. انظر في هذا البيان جريدة الوطن الصادرة بتاريخ ٢٠١٨/٨/١٢.

<sup>1</sup> لعل استجابة أصحاب التطبيقات المذكورة لقرار إلغاء هذه الأخيرة يعود لجنسيتهم الكويتية ولتواجدهم في الكويت. وبذلك يثور التساؤل حول مدى فعالية مثل هذا القرار فيما لو كان مصدر تلك التطبيقات خارج الكويت.

<sup>2</sup> صدر هذا القانون ليحل محل القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٨٢ بشأن المعلومات المننية حيث كان يقتصر هذا الأخير على تنظيم المعلومات المدنية المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي.

<sup>3</sup> انظر نص المادة ٣٦ من القانون المنكور.

كان الحق في النسيان محور الدراسة في هذا البحث. فقد ناقش هذا الحق من حيث تعريفه وموقف القضاء المقارن منه، والذي تعرض له بمناسبة دعاوى طالب فيها المدعون بشطب بيانات معينة من المتحكم بها على صفحات الإنترنت أو بإلغاء ما أقامه من روابط إلكترونية تحيل إليه. فكان ذلك إعلاناً بنشأته في النظام القانوني الأوروبي ترجيحاً للحق في الخصوصية، بينما أعلن رفضه في الولايات المتحدة بترجيح للحق في الإطلاع والتعبير. ولذلك عرج البحث بعد معرفة موقف القضاء في شطري المحيط الأطلسي إلى بحث كلا الحقين المذكورين الخصوصية والإطلاع. فكان البحث في تعريفهما؛ وتحديد نطاقهما؛ ثم بيان تأثيرهما على الأخذ بالحق في النسيان محل هذه الدراسة. وفي هذا توصلت الدراسة إلى أن هذا الأخير يرتبط بعلاقة طردية مع الحق في الخصوصية، بينما تربطه علاقة عكسية مع الحق في الإطلاع.

ثم انتقل البحث في قسمه الثاني إلى تسليط الضوء على التشريع الأوروبي الذي تكفل بشكل صريح في تنظيم الحق في النسيان بإثبات قواعده، وتعداد ما يرد عليه من استثناءات. كما ناقش البحث في هذا القسم مدى إمكانية تبني الحق في النسيان في واقع النظام القانوني الكويتي حيث أشار إلى توافر مستلزماته بتبني المشرع للنشر في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" بنسختها الإلكترونية، وما يستتبع ذلك من حقيقة بقاء هذا النشر لأمد غير محدد، مما يجعله من المناسب - بل و من الضروري - بحث تبني الحق في النسيان في الكويت لتحقيق ما يرتبه المشرع الكويتي من حالات يزيل بها الآثار السلبية المترتبة على هذا النشر. واختتم البحث هذا القسم ببيان سبيل إعمال الحق في النسيان في الكويت بشكل عام، وفي نطاق المحكمة الدستورية على وجه الخصوص، وذلك لمواجهة أبدية ما استحدثته من فقدان شرط السمعة الحسنة المانع بحسب قضاء هذه المحكمة من ممارسة الحق في الترشيح لعضوية مجلس الأمة الكويتي.

وأخيراً فقد أشار البحث إلى حالتين اقترب فيهما الحق في النسيان من النظام القانوني الكويتي. وهما موقف المحكمة الإدارية الكويتية من طلب محو بيانات لدى وزارة الداخلية عن المدعي؛ وإعمال هيئة تنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات في الكويت لسلطتها في جبر تطبيقات معينة على الهواتف الذكية نظراً للتأثير السلبي الذي ترتب على ما ورد فيها من بيانات على سمعة المتقدمه بطلب فرض هذا الإلغاء. وفي الختام نعيد التذكير بسؤالين كانت الإجابة عليهما محور الدراسة في هذا البحث. ويتمثل الأول في التساؤل حول مدى الحاجة إلى تبني الحق في النسيان في الكويت ابتداءً. ونجيب على هذا التساؤل بالإيجاب. وذلك على هدي من الاعتراف باستمرار ما يكتب عن الفرد من بيانات ومعلومات على صفحات الانترنت إلى أجل غير معلوم. فيظل الفرد في ذلك خاضعاً لما يرد فيها من معلومات تتناول حياته الخاصة، أو مهنته، ومذكراً إياه وغيره بها. وتظل هذه الحقيقة برغم مسارعه إلى تصحيح سلوكه، بل وحتى لو ثبتت براءته فيما بعد.

أما التساؤل الثاني والذي يترتب بقبول تبني الحق في النسيان فيتجسد في الاستفهام عن ما يجب أن يحدد لهذا الحق من نطاق. ولعل في التأكيد على ما هدف إليه تبني هذا الحق ما يمكن أن يكون نطاقاً له. فينبغي ألا ينظر إلى الحق في النسيان بكونه حقاً مطلقاً. وإنما فرصة لاستكمال تصحيح سلوك الفرد بأن تمحى ما كتب عنه على صفحات الانترنت متى ما ثبت حسن سلوكه حقيقة أو حكماً. ويكون حقيقة بصدور ما يبرئ ذمته من القضاء. بينما يكون ذلك حكماً بتقويمه لسلوكه وتحاشي الوقوع بما سبق وأن ارتكبه مما يؤثر سلباً في علاقاته بالغير. وبذلك فإننا نحث المشرع على المبادرة برسم معالم هذا الحق تمكيناً لاستعماله استعمالاً غير مغل.

## المراجع

أولاً: الكتب:

١. الدكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، دار الشروق، ١٩٩٩.
٢. الأستاذ الدكتور حسام الدين الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، غير محدد سنة الطبع.
٣. الدكتور حلمي القدوق، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩.
٤. الدكتور عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٥.
٥. الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، النظام الدستوري الكويتي، الطبعة الخامسة، غير محدد مكان الطبع، ٢٠٠٩.
٦. الدكتور عبدالرؤف بسيوني، نظرية الضبط الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧.
٧. الدكتور عبدالعزيز سرحان، الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، ١٩٦٦.
٨. الدكتور عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، ١٩٦٨، دار النهضة العربية.
٩. الأستاذ الدكتور عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتاب، ٢٠٠٣.
١٠. الدكتور عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية ومسئولية الصحفي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨.

١١. الأستاذ الدكتور محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الطبعة الثانية، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، ٢٠٠٨.

١٢. الأستاذة عواطف عبدالقادر العثمان، الأسئلة البرلمانية في الكويت، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة الكويت، غير محددة سنة الطبع.

١٣. الأستاذة لطيفة صلاح العزران، جرائم الإعلام المرئي والمسموع في القانون الكويتي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة الكويت، ٢٠١١.

١٤. الدكتور محمود عبدالرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، غير محدد مكان الطبع.

١٥. الدكتور ممدوح عبدالحميد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، شركة مطابع الطوبجي التجارية، ١٩٩٢.

١٦. المعجم الوجيز، الطبعة الأولى، طبعة دار إحياء التراث العربي، غير محدد سنة الطبع.

#### ثانياً: المقالات والدوريات القانونية:

١. الأستاذ الدكتور أشرف توفيق شمس الدين، الخصوصية الجينية في الإجراءات الجنائية: دراسة مقارنة مع الإشارة إلى قانون البصمة الوراثية القطري لسنة ٢٠١٣ والكويتي لسنة ٢٠١٥، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ١٠، يونيو ٢٠١٥، ص ٧٥٩-٨٣٦.

٢. الدكتور أشرف صيام، الحق في الحياة الخاصة في القانون الأساسي الفلسطيني: المفهوم والتحديات، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ١٧٧-٢٢٥.

٣. الدكتور سامح عبدالواحد التهامي، ضوابط معالجة البيانات الشخصية: دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الكويتي، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٣٩٥-٤٤٤.
٤. الدكتور شريف يوسف خاطر، حق الإطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٢٧٩-٣٩٣.
٥. الدكتورة شيماء عبدالغني عطا الله، تراجع الحق في الخصوصية في مواجهة الاتصالات الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ١٠، يونيو ٢٠١٥، ص ٤٩٩-٥٦٢.
٦. الدكتور صالح ناصر العتيبي، الحق في الخصوصية في مواجهة التشريعات الوطنية: حماية حياة العامل الخاصة في قانون العمل الكويتي، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٢٢٧-٢٤٢.
٧. الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، الطلب الحكومي بتفسير المادة ٩٩ من الدستور والمواد المرتبطة بها، وموقف المحكمة الدستورية منه، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ٣٠، العدد ١، مارس ٢٠٠٦، ص ١٥-٧٨.
٨. الدكتور عاصم خليل والأستاذة نوار بدير، دور المخاكم الدستورية والمحاكم العليا في تحديد ملامح الحق في الخصوصية وضمان احترامه من قبل باقي سلطات الدولة، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ١٣٣-١٧٥.

٩. الأستاذ الدكتور عبدالحميد البعلي، الحق في خصوصية الهوية الإسلامية والأمة والتحديات المعاصرة، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ١٩-٣٨.

١٠. الدكتور عبداللطيف حاجي العوضي، انتهاك الخصوصية في إثبات وتطبيق قانون البصمة الوراثية الكويتي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٥ ومعالجة قصوره في الشريعة والقانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ٤٢، العدد ٤، ديسمبر ٢٠١٨، ص ٩٥-١٢٨.

١١. الأستاذ الدكتور عثمان عبدالملك الصالح، تعليق على الاستجواب الموجه إلى وزير الصحة وما أثاره من مشكلات، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ٦، العدد ١، مارس ١٩٨٢، ص ١٤٥-١٥٥.

١٢. الدكتور علي سعود الظفيري، حسن السمعة كشرط مفترض في المرشح للبرلمان - دراسة مقارنة الكويت ومصر، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٤، العدد ١٣، مارس ٢٠١٦، ص ١٦٣-٢١٩.

١٣. الأستاذ الدكتور عماد الدين جابر، دور قوانين النشر وموثيق الشرف الإعلامية في حماية الحق في الخصوصية - دراسة حالة على النموذج الإعلامي في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٣٩-١٠٠.

١٤. الأستاذ الدكتور غنام محمد غنام، مدى حق العامل في حرمة حياته الخاصة في أماكن العمل، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ٢٤٣-٢٧٧.

١٥. الأستاذ الدكتور محمود عبدالرحمن، التطورات الحديثة لمفهوم الحق في الخصوصية: الحق في الخصوصية المعلوماتية، بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص ١٠١-١٣٣.

١٦. الأستاذ الدكتور مصطفى موسى، مخاطر تهدد الحق في الخصوصية عبر التقانات الالكترونية الرقمية، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ١٠، يونيو ٢٠١٥، ص ٤٢١-٤٥٥.

١٧. الأستاذ الدكتور يسري العصار، الاتجاهات الحديثة للقضاء الدستوري بشأن حماية الحق في الخصوصية: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ١٠، يونيو ٢٠١٥، ص ٣٥-٨٠.

#### ثالثاً: المراجع الأجنبية:

- 1- Ameera Alqayem, The Limitations of Confidentiality in Government, 34-47. بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص 34-47.
- 2- Ann Covoukian, Data Minding: A Response to " Privacy Pragmatism", Foreign Affairs, vol. 93, No. 5, September/October 2014, p. 175-176.
- 3- Artemi Rallo, The Right to be Forgotten on the Internet: Google v. Spain, the EPIC Bookstore, 2014.
- 4- Charles F. Abernathy, Civil Rights: Cases and Materials, West Publishing Co., 1979.
- 5- Professor David Morgan, Privacy and Personality in Irish and UK and European Convention, بحث مقدم إلى مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٣، العدد ٩، مارس ٢٠١٥، ص 15-34.
- 6- Franz-Stefan Gady, EU/US Approaches to Data Privacy and the "Brussels Effect": A Comparative Analysis, Georgetown Journal of International Affairs, international Engagement on Cyber IV 2014, p. 14-23.
- 7- George Brock, The Right to be Forgotten, I. B. Tauris Press.

- 8- Jacob M. Victor, *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, *The Yale Law Review*, vol. 123, No. 2 November 2013, p. 513-528.
- 9- Helmet John, *Transparency*, Birkouser, 1996.
- 10- Jamaine Burrell, *How to Repair Your Credit Score Now*, Atlantic Publishing Group, 2007.
- 11- Jeffrey M. Shaman, *Constitutional Interpretation*, Greenwood Press, 2001.
- 12- Josh Laure, *Creditworthy: A History of Consumer Surveillance and Financial Identity in America*, Columbia University Press, 2017.
- 13- Madeline Schachter, *Law of Internet Speech*, second edition, Carolina Academic Press, 2002.
- 14- Meg Leta Jones, *Ctrl+Z: Right to be Forgotten*, New York University Press, 2016.
- 15- Mira Burri and Rahel Schär, *The Reform of the EU Data Protection Framework: Outlining Key Changes and Assessing Their Fitness for a Data -Driven Economy*, *Journal of Information Policy*, vol. 6, 2016. P. 479-511.
- 16- Peter Birks, *Privacy and Loyalty*, Clarendon Press, 1997.
- 17- Timothy Garton Ash, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, Atlantic Books, 2016.
- 18- W. Gregory Voss, *European Union Data Privacy Law Development*, *The Business Lawyer*, vol. 70, No. 1, winter 2014, p. 25–260.
- 19- William Lockhart, Yale Kamisar, Jesse Choper, *Constitutional Rights and Liberties*, West Publishing Co., 1981.

# **التحكيم في العقود الإدارية بين الرفض والقبول دراسة تحليلية مقارنة في مصر والكويت**

أ.د/ جورجى شفيق سارى

أستاذ القانون العام الزائر بكلية الحقوق - جامعة الكويت

## تمهيد وتقسيم:

أثار - وما زال يثير - موضوع التحكيم في العقود الإدارية جدلاً كبيراً حول مدى جواز اللجوء إليه في منازعات هذا النوع من عقود الإدارة، واختلف الوضع في كثير من الدول - سواء من حيث مواقف التشريعات وأحكام القضاء وآراء الفقه فيها - ما بين الرفض والقبول أو بين المعارضة والتأييد، واستند كل موقف منها إلى العديد من الأسانيد والحجج، ومن بين هذه الدول مصر والكويت.

وفي هذا البحث نتناول بالدراسة التحليلية المقارنة بين الوضع في مصر والكويت، فنعرض لكل من الاتجاه الرافض للتحكيم في العقود الإدارية، والاتجاه المؤيد له وحجج وأسانيد كل منهما، في كل من البلدين سواء على مستوى التشريع أو القضاء أو الفقه، مستخلصين من هذه الدراسة النتيجة النهائية وهي مدى إمكانية اعتبار اعتماد التحكيم كطريقة لحل المنازعات والخلافات التي تنشأ عن عقود القانون العام - وعلى وجه الخصوص العقود الإدارية - مثل غيرها من عقود القانون الخاص، دون اللجوء للطريق المعتاد وهو قضاء الدولة المختص بنظر كافة المنازعات والقضايا والدعاوى التي تثور في المجتمع، أي كانت طبيعة أطرافها أو صفة الخصوم فيها.

ودراسة موضوع التحكيم في العقود الإدارية يحتاج منا التعرض أولاً لفكرة التحكيم بصفة عامة، من حيث التعريف والأنواع والطبيعة القانونية والتمييز، ومبررات اللجوء إليه.

وعلى ذلك فسوف نبحث موضوع دراستنا من خلال الخطة التالية:

الفصل الأول: التحكيم بصفة عامة

الفصل الثاني: الاتجاه الرافض للتحكيم في العقود الإدارية وحججه وأنصاره في مصر والكويت.

الفصل الثالث: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية وحججه وأنصاره في مصر والكويت.

## الفصل الأول

### التحكيم بصفة عامة

(التعريف - الطبيعة - التبرير)

أصبح التحكيم يحتل مكانة ملحوظة وهامة في مجال القانون وفي نطاق المنازعات القانونية.

ويثور التساؤل حول ماهيته وطبيعته، وحول تبريرات اللجوء إليه وشروط ذلك.

وفي هذا الفصل نعرض هذه النقاط وذلك في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالتحكيم وأنواعه

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه

المبحث الثالث: مبررات اللجوء إلى التحكيم

### المبحث الأول

#### التعريف بالتحكيم وأنواعه

نعرض في هذا المبحث تعريف التحكيم ثم أنواعه.

أولاً: التعريف بالتحكيم:

نتناول في هذا العرض التعريف اللغوي ثم التعريف الفني.

(أ) المعنى اللغوي للفظ التحكيم:

كلمة تحكيم arbitrage في اللغة الفرنسية وهي من فعل حَكَمَ وهي من الأصل اللاتيني من كلمة arbitrer وتعني التدخل والحكم بصفة حكم، والتحكيم في خلاف أو نزاع والفصل فيه. فالتحكيم في اللغة الفرنسية يعني تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر الذي أو الذين قرر الأطراف - باتفاق مشترك بينهم - أن يخضعوا أو ينصاعوا له أو يتقبلوه<sup>(1)</sup>.

(1) Dictionnaire Le Petit ROBERT 1, Paris 1978, p. 93. "Règlement d'un différend ou sentence arbitrale rendue par une ou plusieurs personnes, auxquelles les parties ont décidé, d'un accord commun, de s'en remettre".

Lexique des termes juridiques, Dalloz 2010. Laurence Kiffer, L'arbitre: L'avocat et le juge, Dalloz2009, p.184. Roger Parrot, Institutions judiciaires, 10e éd. Montchrestien 2002, p.57. Jean-Baptiste, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ 1999, p.2. Charles Jarosson, La notion de l'arbitre, LGDJ Paris 1987, p.101.

وفي اللغة العربية فإن أصل الكلمة من مصدر الفعل وهو حَكَمَ وهي من الحكمة، والحكمة عبارة عن معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم. ومنها الحكم بمعنى العلم والفقه، ومنها الحكم والحاكم والحكومة. ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكمًا، لأنه يمنع الظالم من الظلم وقال الأصمعي: أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم. وحكمت وأحكمت وحكمت بمعنى منعت ورددت. والحكم مصدر قولك حكم بينهم يحكم أي قضي، وحكم له وحكم عليه. الأزهري: الحكم القضاء بالعدل. وحكّمه بينهم: أمره أن يحكم. ويقال: حكّمنا فلانًا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا. وحكمه في الأمر فاحتكم: جاز فيه حكمه.

والمحكّم بفتح الكاف هو الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة، والحكمة هي العدل، ورجل حكيم: عدل حكيم. وأحكم الأمر أتقنه<sup>(1)</sup>.  
(ب) المعنى الفني أو الاصطلاحي للتحكيم:

تعددت تعريفات التحكيم وتتنوع تحديدها في فروع القانون المختلفة حسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم، وإن كانت جميعها تدور حول جوهر واحد له وتعبّر عنه.

فقد عرفه البعض بأنه عبارة عن إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناء عليه المنازعات من جهات القضاء المعتادة، لتحل أو لتحسم ويتم الفصل والبت فيها بواسطة أفراد يُخولوا أو يُمنحوا أو يقلدوا- في هذه الحالة- مهمة القضاء والفصل فيها.

On entend par l'arbitrage l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de Droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> راجع لسان العرب، المحيط: للعلامة ابن منظور، إعداد وتصنيف يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، المجلد الأول، من الألف إلى الزاء، ص ٦٨٨-٦٩٠.

Jean ROBERT, L'Arbitrage, Droit interne, Droit international privé, Dalloz, Paris, 6e édition 1993, p. 3.

ويقترّب من هذا التعريف تعريف H.MOTULSKY، بأنه عبارة عن قضاء أو عدالة خاصة ذات أصل عادة اتفاقي. "Justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle". Henri MOTULSKY, Ecrits, Tome II., Etudes et Notes sur l'arbitrage, DALLOZ, Paris, 1974. p. 6.

وقد عرفه البعض بأنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته، للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً.

"L'arbitrage constitue une procédure par laquelle les parties en litige conviennent de soumettre leurs différends à un arbitre et s'engagent à accepter la sentence arbitrale et à la considérer comme obligatoire"<sup>(1)</sup>

وعرفه البعض بأنه عبارة عن نظام بمقتضاه يقوم طرف ثالث بفض نزاع

بين طرفين أو أكثر، وذلك بممارسة المهمة القضائية التي عهدوا بها إليه.

"L'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci"<sup>(2)</sup>

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي

يُعرف بها لطرف ثالث، والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم.

"L'arbitrage se caractérise par le pouvoir de décision reconnu au tiers"<sup>(3)</sup>, et il reconnaît un caractère juridictionnel à la décision de l'arbitre."<sup>(4)</sup>

وعرفته المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه عبارة عن: "عرض نزاع

معين بين طرفين على محكم من الأعيان، يعين باختيارهم أو بتفويض منهما، أو في ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحايل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"<sup>(5)</sup>.

(1) انظر:

J.M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, LGDJ. Paris 1975, Tome I, P. 28, No 14., J.M Auby, l'Arbitrage en matière administrative, AJDA. 1955, I. Doctrine, p. 81.

(2) انظر: Charles, JARROSSON, La Notion de l'arbitrage, op.cit.

(3) انظر على سبيل المثال: CE.19 Mai 1893, Ville d'Aix-Les-Bains, Rec. Leb. p. 442, CE 22 Janv. 1904, Ducataing, Rec. Leb. p. 45.

(4) انظر على سبيل المثال أيضاً:

CE 21 Avril 1943, Sté des ateliers de construction du Nord de la FRANCE, Rec.Leb. p.107, CE. Ass. 4 Janv, 1957, Lamborot, AJDA. 1957, p. 108, Concl. CHARDEAU.

(5) راجع حكمها بتاريخ ١٢/١٧/١٩٩٤، قضية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق وكذلك حكمها بتاريخ ١/١٦/٢٠٠١، قضية رقم ٦٥ لسنة ٢١.

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه: "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"<sup>(١)</sup>. وقد تعرضت بعض النصوص التشريعية لتعريف التحكيم.

من ذلك مثلاً التشريع الفرنسي، حيث تنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ بشأن التحكيم، على أن التحكيم هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم.

"L'arbitrage est un procédé privé de règlement de certaines catégories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juger en vertu d'une convention d'arbitrage"<sup>(٢)</sup>.

وبعض النصوص تتعرض في أحكامها لبيان فحوى اتفاق التحكيم من ذلك مثلاً المادة العاشرة من القانون الصادر في ١٨ ابريل سنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية في مصر، حيث تنص في فقرة (١) على أن: اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"<sup>(٣)</sup>.

وكذلك المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم<sup>(٤)</sup>، حيث تنص في الفقرة (١) منها على أنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في ضرورة شرط التحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

(١) راجع حكمها بتاريخ ١٨/١١/١٩٩٤، طعن رقم ٨٨٦، لسنة ٣٠ ق. وكذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ ١/٧/١٩٨٩، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥ حتى آخر ديسمبر ١٩٩٥، ص ١٢٨، ص ١٤٣. راجع:

Loi No 93-42 du 26 Avril 1993, portant promulgation du Code de l'arbitrage. Revue de l'Arbitrage, 1993, 4, Document, p. 721.

وذاذ المفهوم في قانون المرافعات المدنية الصادر عام ١٩٧٥، في المادة ١٤٤٢ منه المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١.

(١١) القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.  
(١٢) وثيقة الأمم المتحدة ٤٠/١٧، أ، المرفق الأول، القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢١ حزيران/يونيو ١٩٨٥.

وجدير بالذكر أن القانون الكويتي لم يتضمن تعريفاً للتحكيم، سواء في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، أو في القانون المدني الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، أو حتى في قانون التحكيم القضائي ذاته رقم ١١ لسنة ١٩٩٥.

وتدور تعريفات الفقه المصري في جميع فروع القانون المختلفة حول معنى التحكيم السابق بيانه.

فيعرفه البعض بأنه نوع من العدالة الخاصة والذي يتم وفقاً له إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها<sup>(١)</sup>. ويعرفه البعض بأنه يُمثل أهم وسيلة بمقتضاها يستغني الأطراف عن قضاء الدولة. فكما أن الأفراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة<sup>(٢)</sup>.

ويعرفه البعض الآخر بأنه حق يقرره القانون أو مكنة يقررها القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة نزاع ينشأ بينهم بالفعل إلى واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص<sup>(٣)</sup>. ورغم تعدد وتنوع هذه التعريفات، وسواء تم تعريف التحكيم بأنه إجراء أو نظام أو اتفاق أو وسيلة أو حق أو مكنة قانونية. فإن الجميع هذه التعريفات تدور

(١٣) راجع د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣/١٩٧٤، ص ٤ بند رقم ٨. د. ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٥، ص ١٠٢، بند رقم ٤٩. د. عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٨٨، ص ٥٩، بند رقم ٣٣. د. عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٠، ص ١١، بند رقم ١. د. عاشور مبروك: النظام القانوني لمساعدة غير القادرين على دفع المصروفات القضائية، دراسة تأصيلية مقارنة، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٨٩، بند رقم ١٢ وما بعده، ولذات المؤلف، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ١، بند رقم ١، وانظر الجريدة التي أشار إليها في تعريف التحكيم في هامش رقم (١) في ذات الصفحة.

(١٤) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٧، بند رقم ١٩.  
(١٥) انظر: د. عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، ص ٩١٨، بند رقم ١٣٦٤. د. أحمد زغول، أصول التنفيذ لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٢٥، بند رقم ١٢٥.

حول جوهر واحد وتعبّر عن مضمون ومعنى واحد، وهو أن التحكيم عبارة عن طريقة خاصة وأسلوب خاص لتسوية النزاعات دون الحاجة إلى اللجوء إلى السلطة الرسمية المختصة أصلاً لتسوية وفض النزاعات، أي دون الحاجة إلى اللجوء إلى السلطة القضائية على اختلاف جهاتها وتنوع محاكمها وتعدد درجاتها وتباين اختصاصاتها.

### ثانياً: أنواع التحكيم:

يمكن تقسيم التحكيم عدة تقسيمات حسب المعيار الذي يؤخذ كأساس للتقسيم، أو حسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم. فمن زاوية طبيعة الأطراف يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم محلي وتحكيم دولي. وإذا أخذنا نطاق التحكيم كمعيار للتقسيم يمكننا التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي.

أما إذا نظرنا إلى موضوع التحكيم ذاته، فإننا نستطيع الحديث عن التحكيم التجاري والتحكيم المصرفي والتحكيم المدني<sup>(١)</sup>، والتحكيم الضريبي والجمركي، والتحكيم العمالي والتحكيم في مسائل الأحوال الشخصية والتحكيم الإداري... الخ. وإذا أخذنا في الاعتبار وقت الاتفاق على التحكيم ومدى ارتباطه بالاتفاق الأصلي، فيمكن التمييز بين التحكيم السابق أو المسبق والتحكيم اللاحق، وبين التحكيم الملحق أو المرتبط والتحكيم المستقل أو المنفصل، ولكن في جميع هذه الأحوال يكون الاتفاق على التحكيم سابق على نشوء الخلاف أو النزاع، ولذلك يسمى بشرط التحكيم Clause Compromissoire. وقد يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء الخلاف أو النزاع وليس قبله، ويسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم Compromis<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع د. عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥.

(٢) راجع:

André DE LAUBADERE, Traité théorique et pratique des contrats administratifs. Tome III, LGDJ. Paris, 1956, p. 283, No 1206.

على أن أهم تقسيمات التحكيم هو التقسيم الذي يميز بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.

## التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري: Arbitrage Facultatif et Arbitrage Forcé

معيار التمييز بين هذين النوعين من التحكيم هو مدى حرية أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم لتسوية خلافاتهم أو مدى إلزامية اللجوء إليه.

فإذا كانت إرادة الطرفين حرة في اختيار اللجوء إلى هذا الطريق من عدمه<sup>(١)</sup> - بمعنى أنهم غير ملزمين أو غير مضطرين أو غير مجبرين للجوء إلى التحكيم، أي غير مفروض عليهم بنص أو وفق نظام معين في حالة خلافاتهم - كان التحكيم اختيارياً. وهذا هو الأصل في التحكيم وهو الغالب، فعندما عرف الإنسان القديم التحكيم كان الالتجاء إليه اختيارياً، بل وقد كان تنفيذ حكم التحكيم الصادر متروك أمره للمتنازعين<sup>(٢)</sup>.

وعلى النقيض من ذلك إذا لم يكن للأطراف حرية في اللجوء إليه، وكانوا ملزمين باللجوء إليه في حالة نشوء خلاف بينهم، بناء على نص يفرض عليهم هذا الطريق، ففي هذه الحالة يكون التحكيم إجبارياً. فتعين على الأطراف سلوك طريق التحكيم في حالة وجود خلاف بينهم، فلا يكون لهم ولا لإرادتهم اختيار في ذلك،

---

ويعرّف قانون الإجراءات المدنية في فرنسا المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، ففي الكتاب الرابع من هذا القانون بعنوان التحكيم L'ARBITRAGE، في الباب الأول منه في المادة ٤٤٢ ينص على أن شرط التحكيم هو عبارة عن اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين بلخضاع المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد للتحكيم.

"La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat".

وفي الباب الثاني من ذات القسم والكتاب بعنوان مشاركة التحكيم Le compromis تنص المادة ١٤٤٧ على أن مشاركة التحكيم هي عبارة عن اتفاق يخضع بمقتضاه الأطراف في نزاع معين نشأ بالفعل للتحكيم شخص أو عدة أشخاص.

"Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou de plusieurs personnes".

أما قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في مصر، فيعرّف اتفاق التحكيم في الباب الثاني منه في المادة العاشرة منه في فقراتها الثلاث. ففي الفقرة (١) تتعرض لبيان ماهية اتفاق التحكيم بصفة عامة. وفي الفقرة (٢) تنص على جواز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان الاتفاق مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين. كما يجوز أن يتم الاتفاق بعد قيام النزاع. وفي الفقرة (٣) من هذه المادة ينص المشرع على اعتبار اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وذلك إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

(١) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ٣٨.

(٢) د. صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٧٩.

فاللجوء إلى التحكيم تفرضه قاعدة تشريعية، ولا يستند إلى إرادة الأطراف ولا يرجع إلى عقد أو اتفاق من أي نوع<sup>(١)</sup>.

وفي كثير من الأحيان يدق التمييز والتفرقة بين هذا النوع من التحكيم والقضاء الرسمي خاصة بالنسبة للقضاء الاستثنائي. وإن كان من الصعب وجود معيار واضح للتمييز والتفرقة، إلا أنه يمكن تقرير الفروق التالية<sup>(٢)</sup>:

- إن القضاء الرسمي للدولة يختص بالنظر في جميع المنازعات أيًا كانت طبيعة المسائل المتعلقة بها، إلا ما استثنى من ذلك، مثل طائفة الأعمال المسماة بأعمال السيادة. في حين أن هناك بعض المسائل التي لا يجوز اللجوء إلى التحكيم فيها، ومثال ذلك المسائل التي تتعلق بالنظام العام، أو بالحالة المدنية أو الشخصية للفرد.

- إن القضاء الرسمي سواء العادي أو الاستثنائي يتكون من أشخاص دائمين، في حين أن هيئات التحكيم تشكل بمناسبة نشوء المنازعات.

- إن أعضاء القضاء الرسمي لا يختارون بواسطة أطراف الخصومات أو النزاعات أو الدعاوى أو القضايا التي تعرض عليهم، ولا يملكون عزلهم أو تنحيهم عن نظر النزاع اللهم إلا عن طريق نظام رد القضاة أو مخاصمة القضاة، في حين أن أعضاء هيئات التحكيم يختارون أو يحددون أو يختار ويحدد بعضهم على الأقل من قبل الأطراف. كما يملكون عزلهم أو تنحيهم عن نظر نزاعهم<sup>(٣)</sup>.

- إن أحكام القضاء الرسمي قد يكون لها حجية مطلقة أو عامة يحتج بها أمام الكافة، أما قرارات المحكمين فلا تتعدى قوتها الإلزامية أطراف النزاع.

(١) انظر: د. عادل فخري: التحكيم بين العقد والاختصاص القضائي، مجلة المحاماة السنة ٥١، العدد الأول، ص ٥١ وما بعدها، وانظر أيضا: د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الرابعة ١٩٨٣، ص ٥١ وما بعدها، ولنفس المؤلف أيضا: التحكيم الاختياري، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العددان الأول والثاني، صفحة ١ هامش رقم

(٢) راجع في ذلك: د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٣٨، د: زكي محمد النجار: الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٧٣، ٢٧٧.

(٣) وعلى ذلك يمكن القول بأن القاضي صاحب ولاية مستمدة من ولي الأمر، أما المحكم فولايته خاصة مستمدة من اتفاق المحكمين". د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

- إن قرارات أو أحكام القضاء الرسمي سواء العادي أو الاستثنائي تحوز بذاتها القوة التنفيذية، في حين أن قرارات هيئات التحكيم يكون الأصل فيها أنها لا تحوز القوة التنفيذية إلا إذا كانت شاملة أمر التنفيذ.
  - إن أحكام القضاء الرسمي تصح حتى ولو لم يرض بها أو يقبلها الأطراف، أما قرارات التحكيم فيشترط لصحتها رضا وقبول الأطراف.
- والتحكيم يكون إجبارياً إذا كانت تفرضه قاعدة تشريعية كما قلنا حالاً، وصفة الإلزام أو الإلزام باللجوء إلى التحكيم الذي تفرضه القاعدة التشريعية تتخذ صورة من صورتين أو شكل من شكلين:

- إما أن يحدد المشرع حالات معينة يمنع فيها اللجوء إلى القضاء بصفة مطلقة (١). فلا يكون أمام الأطراف في حالة نشوء نزاع أو خلاف بينهم إلا اللجوء إلى التحكيم. لأنه لا يكون أمامهم في هذه الحالات سوى سلوك هذا الطريق.

وقد تكون هذه الصورة من المنع أو التحريم المطلق للالتجاء إلى القضاء قليلة أو نادرة، لما قد تتطوي عليه من مصادرة لحق التقاضي واللجوء إلى القاضي الطبيعي، وهو أحد الحقوق الأساسية للإنسان المنصوص عليها في إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية والديساتير (٢).

- وإما أن يقرر المشرع في حالات معينة عدم جواز الالتجاء إلى القضاء إلا بعد مراعاة وجوب طرح النزاع على هيئة تحكيم.
- واللجوء إلى التحكيم في مثل هذه الحالات يعتبر شرط لازم من شروط قبول الدعوى أمام القضاء المختص (٣). فعدم اللجوء إلى التحكيم أو لا في هذه الحالات يؤدي إلى عدم قبول الدعوى لتخلف شرط لازم أو إجراء وجوبي لذلك.

(١) انظر: د. عاشور مبروك: النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، سابق الإشارة إليه، ص ٥، بقية هامش (٣).  
(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة (٦٨) من الدستور المصري الصادر في ١١ ديسمبر ١٩٧١ على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا.....".  
(٣) انظر: د. شمس مرغني: التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٣ ص ١٠.

ومن أمثلة النصوص التي تفرض التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء في مصر، التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية والذي تنص عليه وتنظمه المواد من ٦ إلى ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠<sup>(١)</sup>، والتحكيم في منازعات العمل، والذي تحكمه المواد من ٩٣ إلى ١٠٦ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١<sup>(٢)</sup>. والتحكيم المنصوص عليه في قانون الضريبة العامة على المبيعات، وهو القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١. والتحكيم الجمركي في القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٩٤ الخاص بإنشاء بورصة البضاعة الحاضرة للأقطان.

ورغم وجود مثل هذه النصوص التي تفرض التحكيم بشكل إجباري في بعض الحالات، إلا أن التجربة أثبتت في بعض الأنظمة القانونية فشل أو على الأقل عدم ملائمة فرض اللجوء إلى التحكيم بشكل إلزامي إجباري، بنص تشريعي<sup>(٣)</sup>. ولذلك نجد أن بعض القوانين قد ألغت النصوص التي كانت تتضمن فرض اللجوء إلى التحكيم، أي التي كانت تنص على التحكيم الإجباري.

من ذلك، نذكر على سبيل المثال لا الحصر في مصر، القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ والخاص بقطاع الأعمال العام، والذي حل محل القطاع العام سابقا، والذي ألغى التحكيم الإجباري في منازعات قطاع الأعمال، وأصبح اللجوء إليه اختياريا<sup>(٤)</sup>.

ويشجع بعض الفقه اتجاه المشرع إلى إلغاء هذا النوع من التحكيم نظرا لسلبياته وما ينطوي عليه من مثالب كثيرة تفوق إيجابياته أو حسناته المحدودة المعدودة<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: د. إسماعيل الأسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بالقاهرة، ص ٢٢٥ وما بعدها. د. عبد الحميد عثمان: التحكيم عند شافق الزوجين، مجلة الحق، العددان الرابع والخامس، ١٩٩١، ص ٣٧. د. عبد الفتاح مراد: شرح قوانين التحكيم، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ٣٣.

(٢) انظر: د. محمد عزمي البكري: مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد، المكتبة القانونية بالقاهرة، الجزء الثاني، ١٩٨٦، ص ٦٣٩ وما بعدها. وانظر: د. عبد القادر الطورة: قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ٦٢ وما بعدها.

(٣) راجع: د. صلاح الدين الناهي: مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٨٢، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٤) راجع: د. عزيزة الشريف: التحكيم الإداري في القانون المصري، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢/١٩٩٢، ص ١٠٥. د. محمد عبد الخالق عمر: نظام التحكيم في منازعات القطاع العام، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٨، العدد الثاني، ص ٢٠١ وما بعدها.

(٥) انظر: د. فتحي والي: منازعات التنفيذ، بعض المشكلات العملية في قانون المرافعات، مركز السنهوري للدراسات القانونية، جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص ١١٦ وما بعدها.

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه

يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للتحكيم، وحول تمييزه عما قد يختلط أو يتشابه معه من أفكار أو وسائل قانونية أخرى.

ونعرض في هذه الفصل الطبيعة القانونية للتحكيم ثم تمييزه عن غيره، وذلك

في مطلبين:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم.

### المطلب الأول

#### الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقه - الذي تناول التحكيم بالدراسة والبحث - حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

ويمكننا التمييز بين اتجاهين للفقه في هذا الصدد. اتجاه ذهب إلى أن التحكيم ذو طبيعة اتفاقية تعاقدية، واتجاه ثان ذهب إلى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية. وقد ساق كل اتجاه بعض الحجج والأسانيد يدعم بها وجهة نظره ورأيه<sup>(١)</sup>.

### الاتجاه الأول: الطبيعة الاتفاقية التعاقدية للتحكيم: **Caractère contractuel de l'Arbitrage**

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التحكيم له طبيعة اتفاقية تعاقدية<sup>(٢)</sup>. وقد استند هذا الرأي إلى الحجج والأسانيد التالية:

١. أن الأساس في تحديد هذه الطبيعة هو رغبة الطرفين في وجود محكم يفصل في النزاع القائم بينهما ورغبتهما في الامتثال لقراره. فإرادة الطرفين واتفاقهما على اختيار المحكم وامتثالهما لقراره هي العنصر الهام في تحديد

<sup>(١)</sup> راجع في هذا الخلاف: Jean ROBERT: L'ARBITRAGE, Droit interne Droit international privé, DALLOZ, 5 éd. No 201, Note 2

<sup>(٢)</sup> انظر: Ibrahîm NAGUIB SAAD: La sentence arbitrale, Thèse Paris, 1969, p. 503 et ss. وراجع كذلك د. وجدي راغب: النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات، القاهرة، طبعة ١٩٧١، ص ١٢٠، هامش رقم (٢). ولنفس المؤلف: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، القاهرة، طبعة ١٩٧٢، ص ٣٨٢.

طبيعة التحكيم. في حين أن القضاء يفترض عدم إرادة أحد الطرفين - وهو بالطبع الظالم أو المعتدي وفي الغالب يكون هو المدعي عليه - الامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي الطرف الآخر في مواجهته. وهو المظلوم أو المعتدى على حقه، وفي غالب الأحيان يكون هو المدعي أو المطالب بالحق.

٢. التحكيم لأنه ذو طبيعة اتفاقية تعاقدية فإنه يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف الاتفاق أو العقد، أما القضاء فيهدف إلى تحقيق مصلحة عامة هي إقامة العدل.

٣. إن التحكيم يقوم على اتفاق ضمني على تنازل أطرافه عن الدعوى القضائية. كما أن المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف واتفاقهم، وبالتالي فللمحكم سلطة خاصة بالنزاع المحال إليه من الأطراف وتقتصر عليه وتتحصر فيه. وهو بذلك لا يعتبر قضاء، لأن القضاء له سلطة عامة.

٤. إن التحكيم لأنه ذو طبيعة اتفاقية، فيمكن أن يكون المحكم مواطناً أو أجنبياً طالما اتفق عليه الأطراف، في حين أنه من المعروف أن القضاء الرسمي للدولة لا يمارسه إلا قضاة مواطنون.

٥. لأن التحكيم ليس من طبيعة قضائية، فإن امتناع المحكم عن الفصل في النزاع المعروف عليه لا يعتبر منكراً للعدالة ولا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة *Déni de Justice*. ولذات السبب فإن المحكم إذا أخطأ في حكمه أو قراره فلا يخضع لقواعد مخاصمة القضاة.

٦. لأن التحكيم ليس قضاء فإنه لا يمكن رفع دعوى بطلان أصلية ضد الحكم الصادر فيه على خلاف حكم القضاء.

٧. إن المذكرة الإيضاحية لمجموعة المرافعات المصرية قد أشارت صراحة إلى أن "حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً".

## الاتجاه الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم: **Caractère juridictionnel de l'arbitrage**

على خلاف الاتجاه السابق، ذهب جانب كبير من الفقه إلى القول بأن التحكيم من طبيعة قضائية وليست اتفاقية أو تعاقدية<sup>(١)</sup>.

وقد رد أنصار هذا الاتجاه على بعض الحجج والأسانيد التي ساقها أنصار الاتجاه الأول، ثم قدموا الحجج والأسانيد التي تدعم وتؤيد وجهة نظرهم.

### أ) الرد على حجج وأسانيد الاتجاه الأول:

تتمثل أهم هذه الردود فيما يلي:

١. إن القول - للتدليل على الطبيعة التعاقدية للتحكيم - بأن التحكيم يرتبط بإرادة الطرفين في اختيار المحكم والامتنال لقراره، لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم، ذلك لأنه يحدث كثيرا أن يتفق الطرفان في عقود كثيرة على تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشأ بينهما من نزاع حول هذا العقد، ومثال ذلك عقود البيع والإيجار.

وذات الشيء بالنسبة لرغبة الأطراف في الامتنال لقرار التحكيم، فالامتنال مفترض في جميع الأحوال، سواء الامتنال لحكم المحكمين أو لحكم القضاء، ففي جميع الأحوال يعتبر امتثال لحكم القانون. فالمحكم يطبق - هو أيضا - حكم القانون على النزاع المعروض عليه. وعلى هذا تنص المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية في مصر. التي تنص على أن حكم المحكمين يكون ".... على مقتضى قواعد القانون".

٢. لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم القول بأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة

(٣٣) راجع: Jacqueline DEVICHI, Rubellin, L'arbitrage Nature juridique, Thèse, Pans, 1965, p. 15 No 11.

وراجع كذلك د. عبد المنعم الشرفاوي: المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، ١٩٥٠، ص ٦٣٣ بند رقم ٤٦٤. د. محمد كامل ليلة: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ص ٥٨٤، هامش رقم (١). د. احمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ١٩٦٥، ص ٣٧، بند رقم ١٣. د. رمزي سيف: قواعد تنفيذ الأحكام: القاهرة، ١٩٦٩، ص ٦٦، بند رقم ٤٦، ص ٩٨، بند رقم ٩٥. د. فتحي والي: سابق الإشارة إليه، ص ٤٠ وما بعدها. د. زكي محمد النجار: سابق الإشارة إليه ص ٢٨٤ وانظر: A. DE LAUBADERE, Op. Cit. T. III, p. 284 et ss., No 7 à 12. Jean ROBERT, op.cit. 6. éd, p. 170. No 201.

خاصة، فهذه الأخيرة يهدف إليها اتفاق التحكيم، أما قرار التحكيم فهو يهدف في النهاية - كحكم القضاء - إلى تطبيق القانون، ومن خلال ذلك تتحقق المصلحة الخاصة والعامة، لأن تطبيق القانون يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة أيضا وفي كل الأحوال.

٣. إن الأشخاص عندما يتفقون على التحكيم فإنهم لا يتنازلون عن الدعوى القضائية، وإنما يتنازلون في حقيقة الأمر عن اللجوء أو الالتجاء إلى القضاء الرسمي للدولة باللجوء أو الالتجاء إلى قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم، وهم المحكمون.

٤. كون أن التحكيم يمكن أن يقوم به محكم مواطن أو أجنبي على خلاف القضاء الرسمي الذي لا يتولاه إلا قضاة من المواطنين، هذا لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم، وذلك لأن القضاء الرسمي هو مظهر من مظاهر السيادة، ولهذا فلا يتولاه سوى مواطنو الدولة، أما التحكيم فهو نوع من القضاء الخاص، ولذلك لا تطبق عليه كل المبادئ ولا القواعد ولا الضوابط التي تطبق على القضاء العام أو الرسمي للدولة، ومن هذه المبادئ مبدأ إقليمية اختصاص قضاء الدولة. فكل دولة تقيم قضاها على إقليمها، أما التحكيم - خاصة التحكيم الدولي والخارجي - فيمكن أن يتعدى حدود إقليم الدولة. بالإضافة إلى أن بعض البلاد العربية تستعين في قضائها الرسمي بقضاة من بعض البلاد العربية الأخرى، مثل دول الخليج العربية.

٥. وذات الرد على الحجة الخامسة للاتجاه الأول، فعدم تطبيق قواعد إنكار العدالة على المحكم في حالة امتناعه عن نظر النزاع والفصل فيه، وكذلك عدم تطبيق قواعد مخاصمة القضاء عليه في حالة ارتكابه لأخطاء معينة، يرجع إلى أنه نوع من القضاء الخاص فلا تنطبق عليه كل المبادئ والقواعد والضوابط التي تطبق على القضاء العام أو الرسمي للدولة.

## ب) حجج وأسانيد الاتجاه الثاني:

تتمثل أهم هذه الحجج والأسانيد فيما يلي:

١. إن جوهر القضاء هو الفصل في نزاع معروض وتطبيق حكم القانون عليه، وهذا ما يفعله التحكيم.

٢. إن الدولة تعترف بالتحكيم كنوع من أنواع القضاء والفصل في بعض المنازعات، كما يعترف القانون الداخلي في حالات معينة وبشروط معينة بالأحكام الصادرة من القضاء الأجنبي، أو من بعض السلطات الدينية غير سلطة الدولة (كما كان في مصر بالنسبة للمجالس المليية، التي كانت تفصل في بعض قضايا الأحوال الشخصية لبعض الطوائف المسيحية). فإن كان القضاء هو مظهر من مظاهر السيادة للدولة (فلا يتعين بالتالي أن يقوم به غير الدولة)، إلا أن "الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة في صورة التحكيم في نطاق معين (١)".

٣. وجود بعض الفروق بين القضاء والتحكيم لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم. فكون أن المحكم لا يستطيع استدعاء شاهد وإلزامه بالحضور والمثول أمامه، ولا يستطيع إلزام خصم بتقديم ما يحوزه من مستندات، كما أن القرار الصادر منه في النزاع لا ينفذ جبراً، إلا بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة على خلاف القضاء الرسمي للدولة، فهذا لا يعد دليلاً أو حجة أو سنداً لإنكار الصفة القضائية للتحكيم، لأن ذلك لو صح يعني أن الحكم الأجنبي أيضاً لا يعد قضاءً، لأنه ينطبق عليه ذات الشيء، وهو ما لم يقل به أحد (٢).

٤. إن القرار الصادر في التحكيم والفاصل في النزاع، يحوز حجة الأمر المقضي به *L' autorité de la chose jugée*، ومن المعروف أن هذه

(٣٤) د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٤١.  
(٣٥) ذات المرجع السابق.

الحجية لا تتمتع بها إلا القرارات القضائية.

وينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى القول:

"الخلاصة إذن أن التحكيم يعتبر قضاء، وحكم المحكمين يعتبر عملا قضائيا. على أنه يلاحظ أننا إذا اعتبرنا حكم المحكمين عملا قضائيا فإن هذا العمل القضائي لا تنطبق عليه جميع قواعد قضاء الدولة. وبعبارة أخرى، إذا كان حكم المحكمين حكما فهو ليس كغيره من الأحكام، ذلك أنه لا يمكن عزله عن الاتفاق على التحكيم الذي كان سببا له. وهذا الاتفاق هو عقد من عقود القانون الخاص"<sup>(١)</sup>.

وفي ذات الاتجاه يقول **Jean ROBERT**:

أنه حتى في ظل النصوص السابقة، ووقت أن كنا نستفيض في الشرح حول الصفة القضائية أو التعاقدية أو المختلطة لقرار التحكيم، فإن الرأي كان بالفعل يميل إلى الصفة القضائية لقرار التحكيم.. هذه الصفة تتأكد بشكل أوسع في نصوص قانون الإجراءات المدنية الجديد، فمن ناحية، فهو يكون فاصلا بشكل صريح في النزاع فالمادة ١٤٧٦ من هذا القانون تنص على أن القرار منذ صدوره يحوز حجية الشيء المقضي به. ومن ناحية أخرى فإن القرار يتعين أن يتم المداولة عليه بشكل واضح وصريح (المادة ١٤٦٩) وأن يكون مسببا (المادة ١٤٧٢)، وهذه أمور تخص القرار القضائي. ثم عندما يحتفظ الأطراف بالحق في الاستئناف (المادة ١٤٨٢)، فإن هذا الأخير يمكن أن يحول مباشرة إلى محكمة الاستئناف منذ صدور القرار (وقبل أمر التنفيذ إذن) (المادة ١٤٨٦). وأخيرا فإنه تقبل معارضة الطرف الثالث في هذا القرار أمام القضاء الصادر (المادة ١٤٨١).

"Sous l'empire de la législation précédente, on a beaucoup épilogué sur le caractère juridictionnel, contractuel ou mixte de la sentence. Mais déjà l'opinion se faisait plutôt sur le caractère juridictionnel. Aujourd'hui le caractère juridictionnel de la sentence s'affirme beaucoup plus largement dans le nouveau texte. **D'une part**, tranchant franchement la querelle, l'article 1476 dispose que la

(٣٦) د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٤٢. وانظر كذلك: د. احمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، ١٩٧٨، ص ١١٩ وما بعدها. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، طبعة ١٩٥٦، ص ٦٥٠.

sentence a (dès qu'elle est rendue) l'autorité de la chose jugée. **D'autre part**, La sentence doit expressément être délibérée (art.1469), être motivée (art. 1471), ce qui est le propre d'une décision juridictionnelle. Ensuite lorsque les parties ont réservée l'appel (art.1482), celui-ci peut être porté directement devant la Cour d'appel dès le prononcé de la sentence (et donc avant exequatur) (art. 1486). Enfin, elle est susceptible de tierce opposition devant la juridiction de droit commun (art. 1481 al. 2<sup>(1)</sup>)".

فهذا الاتفاق على مبدأ التحكيم أو على نظام التحكيم كأسلوب لتسوية النزاع بين الأطراف هو عقد بالمعنى الصحيح والدقيق.

أما عمل التحكيم ذاته، أي عمل المحكم أو المحكمين - من حيث نظرهم للنزاع والفصل فيه - فإن هذا العمل في جوهره هو عمل قضائي، تتوافر فيه كل سمات العمل القضائي، من حيث بحث موضوع النزاع ونظره وسماع أطرافه وإعمال أحكام القانون فيه وتطبيق القواعد القانونية عليه، والبت فيه بقرار يحوز حجية الشيء المقضي به، فهو عمل تتوافر فيه كل عناصر العمل القضائي ما عدا صدوره من هيئة قضاء خاصة، وليس من القضاء الرسمي للدولة.

فعمل التحكيم هو من الناحية الموضوعية وفي جوهره ومضمونه وفحواه ومؤداه عمل قضائي، حتى ولو كان من الناحية الشكلية غير ذلك.

ولهذا فقد قال البعض أنه لا فرق بين وظيفة القاضي ووظيفة المحكم. الفارق الوحيد هو الأصل أو المصدر. فالوظيفتان متطابقتين.

"La fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule diffère son origine<sup>(2)</sup>".

ومن هذه الناحية فقد عرّف البعض التحكيم بأنه عبارة عن قضاء خاص اتفاقي عادة.

Une "justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle"<sup>(3)</sup>.

أو هو نظام يقوم بمقتضاه طرف ثالث بتسوية خلاف بين طرفين أو أكثر،

(1) انظر: Jean ROBERT, op. cit. 6 éd. P. 170 No 201.

(28) انظر: Charles JARROSSON, La Notion d'arbitrage, LGD.J. Paris, 1987 p.101.

(29) انظر على سبيل المثال:

CE. 21 Avril 1943, Sté des Ateliers de construction du Nord de la France, Rec. p. 107, C.E. Ass. 4 Janvier 1957, Lamborot, AJDA. 1957, p. 107. Concl. J. CHARDEAU.

ممارسا في ذلك مهمة القضاء التي عهد بها إليه من قبل هؤلاء.

"L'institution par laquelle un tiers régie le différent qui oppose deux ou plusieurs parties exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci"<sup>(1)</sup>

ومجلس الدولة في فرنسا يعترف منذ زمن طويل بالصفة القضائية لقرار المحكم.  
Il reconnaît un caractère juridictionnel à la décision de l'arbitre<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني

#### تمييز التحكيم

قد يختلط التحكيم مع أفكار قانونية أخرى، وقد يتشابه مع وسائل أخرى لتسوية النزاعات بغير الطريق القضائي.

وأهم هذه الأفكار والوسائل، اتفاقات التسوية وعقود الصلح أو المصالحات والوساطة<sup>(3)</sup>.

#### أولاً: التحكيم واتفاق التسوية La Transaction:

يتشابهان في أن كليهما يوجد خلاف أو نزاع أو خصومة بين الأطراف، وسواء كان هذا الخلاف أو النزاع أو الخصومة قد نشأ بالفعل أو يمكن أن ينشأ.

كما إن كل منهما يتمتع بصفة الشيء المقضي La qualité de la chose jugée بنص القانون في فرنسا، فاتفاق التسوية يتمتع بهذه الصفة وفقاً للمادة (2052c) من القانون المدني، والتحكيم يتمتع بها وفقاً للمادة (1476 NCPC).

أما الفارق بينهما فيتمثل أساساً في الطريقة التي يتم وفقاً لها حل النزاع أو تسوية الخصومة.

(٤٠) انظر: Ch. JARROSSON, op.cit. p.372.

(٤١) انظر على سبيل المثال:

CE. 21 Avril 1943, Sté des Ateliers de construction du Nord de la France, Rec.p.107, CE. Ass. 4 Janvier 1957. Lamborot, AJDA. 1957, p.107 Concl. J. CHARDEAU.

، وتمثل هذه أهم ..90,91,93,94. Conciliation, Transaction, Arbitrage en Matière administrative, La Documentation française 1993, pp. (Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits: راجع)<sup>3</sup> وسائل حل النزاعات بغير الطريق القضائي وهناك طرق أخرى، مثل: التفاوض المباشر، والتوفيق، والمحكمة المصغرة، راجع د/ أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية (نماذج عقود الفيديك)، ٢٠٠٥ بدون ناشر، ص ٧٠.

وقد عرّفت المادة ٢٠٤٤ من التقنين المدني الفرنسي اتفاق التسوية بأنه عبارة عن عقد ينهي به الأطراف خلاف موجود أو يتداركوا به خلاف يمكن أن ينشأ.  
"La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître".

ونستطيع حصر مظاهر الفارق بين التحكيم واتفاق التسوية فيما يلي:

#### ١- من حيث من يقوم بنظر النزاع:

نجد أن من يقوم بنظر النزاع والفصل فيه في التحكيم هو عنصر ثالث هو المُحكّم، سواء كان فرداً واحداً أو عدة أفراد يكونون هيئة التحكيم.  
أما في اتفاق التسوية، فالذي يقوم بنظر النزاع وتسويته هم أطراف النزاع أنفسهم. ففي التحكيم يكون تسوية النزاع من فعل الغير أما في اتفاق التسوية فهي من فعل الأطراف أنفسهم.

"Dans l'arbitrage, le règlement du litige est le fait d'un tiers, alors que dans la transaction il est l'oeuvre des parties elles mêmes<sup>(١)</sup>".

وعادة يتم تحديد من يقوم بحل النزاع في الاتفاق الأصلي ذاته، سواء عن طريق التحكيم أن عن طريق اتفاقية تسوية<sup>(٢)</sup>. أي أن أطراف الاتفاق هم أنفسهم الذين يحددون من يقوم بفض نزاعهم، سواء تم اتفاقهم هذا في العقد الأصلي بينهم أو في اتفاق مستقل، وسواء كان ذلك معاصراً للعقد الأصلي أو لاحقاً له، وسواء كان ذلك قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه.

#### ٢- من حيث مضمون الفصل في النزاع:

في التحكيم يمكن ان يتم الفصل في النزاع عن طريق التسليم بكل ادعاءات أو طلبات أحد الطرفين دون الطرف الآخر.

أما في اتفاق التسوية، فهي تتم عامة عن طريق تخلي كل طرف عن جزء

<sup>(١)</sup> انظر: J.M. AUBY: L'Arbitrage en matière administrative, AJDA. 1955.I.Doctrine, p.81. وعن الصلح في نطاق القانون الإداري انظر:

Arnaud Lyon-CAEN, Sur la transaction en Droit Administratif A.JDA. 1997, Nol, 20 Janvier Dossier, p.48.

<sup>(٢)</sup> انظر في هذا المعنى حكم محكمة باريس الصادر في ٢٤ مايو ١٩٥٤: JCI.1954. IL 8232, et sur pourvoi Civ.18 Juin 1958 Revue de l'Arbitrage, 1958, p.91.

من طلباته، أي عن طريق التنازلات المتبادلة، فلن يكون هناك اتفاق على التسوية إذا  
أصر كل طرف على موقفه وتمسك بكل طلباته دون تنازل.

"Un nouvel élément de distinction s'établit entre les deux notions, en ce qu'il est généralement admis qu'il n'y a pas transaction sans un abandon réciproque des prétentions par les parties en cause, tandis qu'à l'inverse, la sentence arbitrale peut, comme toute décision juridictionnelle, consacrer, la totalité des prétentions de l'une des parties<sup>(1)</sup>".

٣- من حيث أداة إنهاء النزاع:

في التحكيم ينتهي النزاع بقرار تحكيمي Décision أو يحكم تحكيمي  
Sentence arbitrale.

أما في اتفاق التسوية فإن النزاع ينتهي باتفاق بين الطرفين أي عن طريق  
عقد يتم بينهما.

"L'essence de la distinction tient en effet à ce que, dans la transaction, la contestation est tranchée au moyen d'un contrat (art. 2044 C. Civ.), tandis que dans l'arbitrage, elle est au moyen d'un acte de nature juridictionnelle<sup>(2)</sup>".

٤- من حيث القوة التنفيذية:

القرار التحكيمي أو الحكم التحكيمي يصدر مشمولاً بأمر التنفيذ ويكون قابلاً  
للتنفيذ مباشرة.

أما اتفاق التسوية فهو غير قابل للتنفيذ في حد ذاته، وإنما يحتاج إلى صدور  
حكم يقره ويأمر بتنفيذه.

وفي ذلك يقول J. ROBERT:

"Les deux notions se distinguent enfin en ce que la transaction n'est

(٤٥) انظر: Jean ROBERT. op. cit. p.9., Charles JARROSSON: La Notion de l'arbitrage, LGDJ. Paris, 1987, No 398.  
والتنازلات المتبادلة في اتفاق التسوية هي ما تميزه عن بروتوكول الصلح أو اتفاق المصالحة كما سنرى.  
"La transaction doit comporter des concessions réciproque ce qui permet de la distinguer d'un protocole de conciliation". Laurent RICHER, Les modes alternatives de règlement des litiges et le Droit administratif, AJDA. 1997, No 1. 20 Janvier, p. 6. Voir également Charles JARROSSON, La Notion de l'Arbitrage, LGDJ. Paris, 1987, p.185 et les Arrêts de la Jurisprudence y cités.

(٤٦) انظر: J.ROBERT: op.cit. p. 9.

pas exécutoire en elle-même sans faire l'objet d'un jugement qui la reconnaisse et en ordonne l'exécution. A L'inverse, la sentence arbitrale revêtue de l'exequatur est directement exécutoire<sup>(1)</sup>."

### ثانيا: التحكيم والصلح أو المصالحة: La Conciliation:

ينشابه التحكيم والصلح أو المصالحة في أن في كل منهما يوجد طرف ثالث<sup>(2)</sup> أو طرف آخر يقوم بعملية التحكيم أو بعملية الصلح ويسمى في التحكيم المحكم Arbitre، ويسمى في الصلح المُصلح أو المُصلح Conciliateur. ومن هذه الزاوية يختلف التحكيم والصلح عن اتفاق التسوية، حيث لا يوجد في هذا الأخير طرف ثالث.

ورغم ذلك فهناك فروق هامة بين عملية التحكيم وعملية المصالحة، تتمثل أساسا في دور هذا الطرف الآخر وسلطاته، والنتيجة التي يصل إليها. فالمصالحة في تعريفها هي عبارة عن إجراء غير رسمي يسعى فيه طرف ثالث إلى اقتياد الأطراف إلى اتفاق، وذلك عن طريق تخفيف حدة التوتر بينهم، وتحسين الاتصال، وإعطاء تفسيره لنقاط الخلاف المتنازع عليها، وتقديم المعاونة الفنية لهم، والبحث عن تسوية غير رسمية يتم التفاوض عليها أو من خلال وساطة لاحقة. وهذا هو التعريف الذي ورد في معجم مصطلحات المعهد القومي لحل المنازعات، في التقرير من أجل اللائحة الخاصة بحل المنازعات والسياسة العامة، أكتوبر ١٩٨٣.

La conciliation est une "Procédure informelle dans laquelle un tiers s'efforce d'amener les parties à un accord en apaisant les tensions, en améliorant la communication, en donnant son interprétation sur les points litigieux, en fournissant une assistance technique, en recherchant les voies d'un règlement négocié informel ou à travers une médiation subséquente<sup>(3)</sup>".

(1) انظر: J.ROBERT, op.cit.p.10: (٤٨) بعض الفقه يرى أنه من الممكن أن يتم الصلح بين أطراف النزاع دون تدخل طرف ثالث، وبهذا يقترب الصلح من اتفاق التسوية.

انظر: Ch. JARROSSON, op.cit. p.184. راجع في موضوع الصلح: AJDA.1997, Frédérique MUNOZ, Pour une logique de la conciliation, No 1,20 Janvier, Dossier, p.41.

(٤٩) راجع:

وقد عرفه البعض بأنه طريقة للتسوية الودية للمنازعات، يستدعى بواسطتها الأطراف - مختارون أو مجبرون- طرفا ثالث، بقصد تقريب وجهات نظرهم، والاقتراح عليهم بالاستناد إلى القانون وأيضا إلى اعتبارات العدالة- بتسوية يكونون أحرارا في قبولها أو رفضها.

"Un mode de règlement amiable des litiges, par lequel les parties font appel, d'une manière facultative ou obligatoire à une tierce instance, afin de rapprocher leurs points de vue et de leur proposer, en se fondant sur le droit mais aussi éventuellement sur des considérations d'équité, un règlement qu'elles sont libres d'accepter ou non<sup>(1)</sup>".

فالفارق الأساسي إذاً يكمن في دور ومهمة وسلطة الطرف الثالث في كل من

التحكيم والصلح.

#### ١- من حيث دور الطرف الثالث:

في التحكيم يقوم الطرف الثالث أو المحكم بإعمال القواعد القانونية على النزاع المعروض أمامه، فيمنح الحق لصاحبه وفقا لهذه القواعد.

أما في الصلح فإن دور الطرف الثالث - وهو المصلح أو المصالح- يقتصر على تهدئة الأمور بين الطرفين، ومحاوّل تقريب وجهات النظر وإزالة أسباب النزاع وتخفيف حدة التوتر.

#### ٢- من حيث سلطة الطرف الثالث:

في التحكيم يتمتع المحكم بسلطات كبيرة نسبيا، في مواجهة الطرفين. أما في الصلح فإن الطرف الثالث ليست له أي سلطات في مواجهة الطرفين، وإنما مجرد مساعي من جانبه ومحاوّل مساعدة طرفي النزاع على الوصول إلى اتفاق صلح أو مصالحة، أو تصالح بينهما.

---

National Institute for Dispute Resolution, Report of the ad hoc Panel on Dispute Resolution and Public Policy, October 1983.

(٥٠) انظر:

Bénédicte DELAUNAY, in "L'amélioration des rapports entre Administration et les administrés. LGDJ. Bibliothèque du Droit public, Tome 172, p.697.

### ٣- من حيث النتيجة النهائية:

في التحكيم يصل المحكم إلى قرار أو حكم تحكيمي يكون ملزماً للطرفين ويتمتع بحجية في مواجهتهما.

أما في الصلح فإن أقصى ما يصل إليه الطرف الآخر هو عقد اتفاق مصالحة conciliation Protocole de بين الطرفين، وينتهي دوره عند هذا الحد. وينطبق على هذا الاتفاق ما ينطبق على كل الاتفاقات الأخرى من قواعد ومبادئ، من أهمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين.

### ثالثاً: التحكيم والوساطة: La Médiation

يتشابه التحكيم والوساطة - ومعهما الصلح أيضاً- في وجود طرف ثالث. ويسمى في الوساطة الوسيط Médiateur.

ومع ذلك فهناك فروق بين التحكيم والوساطة، تتمثل أساساً في دور الوسيط وطبيعة مهمته والنتيجة التي يصل إليها من خلال وساطته.

فالوساطة في تعريفها هي عبارة عن إجراء مُعد يقوم الوسيط فيه بمساعدة الأطراف بغرض الوصول إلى اتفاق بعد التفاوض. وهي عادة سياق إرادي يفرض إلى توقيع اتفاق يحدد ويبين التصرف المستقبلي للأطراف. ويلجأ الوسيط إلى العديد من الوسائل والأساليب المتنوعة لمساعدة الأطراف للوصول إلى اتفاق، دون أن تكون له سلطة القرار أو التقرير.

وهذا التعريف ورد أيضاً في التقرير القومي لحل المنازعات. فقد

جاء فيه:

La médiation est une "Procédure structure dans laquelle le médiateur assiste les parties en vue de parvenir à un accord négocié. La médiation est habituellement un processus volontaire qui débouche sur la signature d'un accord définissant le comportement futur des parties. Le médiateur recourt à une variété de moyens et techniques pour aider les parties à parvenir à un accord mais il n'a pas le pouvoir de décider<sup>(1)</sup>".

(١) راجع تقرير المعهد القومي لحل المنازعات، سابقة الإشارة إليه.

ومن هنا تبدو الفروق بين التحكيم والوساطة فيما يلي:

#### ١- من حيث دور الطرف الثالث:

في التحكيم ينظر المحكم إلى النزاع من الناحية القانونية والموضوعية، ويقوم بإعمال حكم القواعد القانونية عليه.

أما في الوساطة فإن الوسيط يقوم بمعاونة الأطراف بغرض الوصول إلى اتفاق بينهم.

#### ٢- من حيث سلطة الطرف الثالث:

في التحكيم يتمتع المحكم بسلطات كبيرة في مواجهة أطراف النزاع.

أما في الوساطة فهو لا يملك سوى مساعدتهم واستخدام الوسائل التي تؤدي إلى توقيع الأطراف اتفاق معين.

#### ٣- من حيث زمن حل موضوع النزاع:

في التحكيم يصل المحكم إلى حل لموضوع نزاع نشأ بين الأطراف بالفعل في الماضي، فيقوم بفض هذا النزاع.

أما في الوساطة، فالوسيط يساعد الأطراف للوصول إلى توقيع اتفاق يحدد تصرفات الأطراف في المستقبل.

#### ٤- من حيث أداة حل النزاع:

في التحكيم يتم حل النزاع بقرار ملزم يصدر من المحكم.

أما في الوساطة فيكون حل النزاع بالتوصل إلى توقيع اتفاق بين الأطراف، ولا يملك الوسيط سلطة القرار في ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد يبدو من ذلك أن هناك بعض الشبه بين الوساطة والصلح، ويظهر ذلك من حيث وجود طرف ثالث ودوره وسلطته وأداة حل النزاع.

أما في الفارق بينهما فيتعلق أساساً في الزمن الذي يُحمل عليه حل النزاع، فبينما ينصرف الحل في الوساطة إلى تحديد سلوك الأطراف في المستقبل، نجد أن الحل في الصلح ينصرف إلى فض نزاع ومعالجة آثار ونتائج حدثت بالفعل.

(٥٢) انظر : Ch. JARROSSON, op.cit. p.186 et ss.

وثمة فارق آخر بين الوساطة والصلح يتمثل في حدود دور وسلطة كل من الوسيط والمصلح. فبينما يستطيع الوسيط تقديم اقتراح بحل للنزاع على الأطراف وعدم الإقتصار على مجرد التوفيق بينهم، نجد أن المصلح ينحصر دوره في تقريب وجهات نظر أطراف النزاع دون أن يصل إلى حد تقديم اقتراح بحل عليهم، فإن فعل ذلك تحول إلى وسيط<sup>(١)</sup>.

كما أن البعض يرى أن الصلح أو المصالحة يمكن - في بعض الأحوال - أن تتم مباشرة بين الأطراف دون تدخل طرف ثالث، على خلاف الوساطة التي تقتضي في كل الأحوال وجود الطرف الثالث<sup>(٢)</sup>.

هذه أهم الوسائل غير القضائية والتي تتشابه مع التحكيم وتختلف معه. وتجدر الإشارة إلى أن هذه ليست كل الوسائل غير القضائية لفض المنازعات، فهناك وسائل أخرى عديدة ومتنوعة وقد تختلف هي أيضاً بالتحكيم. ونذكر من أهمها وبإيجاز ما يلي:

#### \*\* الاستعانة بالخبرة أو بالخبراء: Le Recours à l'expertise ou aux experts

والمقصود هنا بالطبع الاستعانة بالخبرة أو الخبراء كإجراء ودي L'expertise amiable وليس كإجراء رسمي قضائي L'expertise judiciaire. والفارق بين الخبرة الودية والخبرة القضائية واضح. فالخبرة الودية يتفق عليها الأطراف ويختارون من يقوم بها. أما الخبرة القضائية فهي إجراء قانوني يلجأ إليه القاضي، ويقرره<sup>(٣)</sup>. وأحياناً يصف البعض خطأ اللجوء إلى الخبرة بأنه تحكيم<sup>(٤)</sup>.

C'est à tort que la mission d'expertise confiée à un expert est parfois qualifiée d'arbitrage<sup>(5)</sup>.

(53) انظر:

A. BAUDOIN-MAZAND, La Conciliation et la médiation: Deux Modes amiables de règlement des différends commerciaux, Petites Affiches. 6 Août 1993. p.31, No 94. Michèle GUILLAUME-HOFNUNC. La Médiation. AJDA. 1997. No 120 Janvier, p.30.

(54) انظر:

Bernard COUETTE, Régler les litiges sans le juge, le Moniteur des travaux publics et du Batiment (MTPB), No 4879, 30 Mai 1997, Marchés, p.56.

(55) لراجع: ROBERT, op.cit. p.10 et 11.

(56) انظر مثلاً:

CE, 11 Juillet 1930, Sté d'éclairage et de distribution de l'eau, Rec. p.7.

(57) انظر:

J.M.AUBY, L'Arbitrage en matière administrative, AJDA.1955. I. Doctrine, p.81, Note 2.

وقد بيّن مجلس الدولة الفرنسي بشكل واضح بأن الخبير ليس حكماً  
L'expert n'est pas un arbitre<sup>(1)</sup>، وأن إخضاع النزاع لرأي خبير لا يمثل  
لجوءاً للتحكيم.

Le fait de soumettre un litige à l'avis d'un expert ne constituait pas un  
recours à l'arbitrage<sup>(2)</sup>.

### **\*\*الاستعانة بما يعرف بإجراء التسهيل: Facilitation**

وهو عبارة عن إجراء للتعاون يستخدم لمساعدة مجموعة من الأفراد أو  
الأطراف في حالة اختلافهم مع بعضهم البعض، لإدراك وتحقيق هدف معين أو  
الاضطلاع بمهمة معينة للوصول إلى الرضاء المتبادل للمشاركين.  
فالمُسهِّل يتصرف كخبير محايد ويتحاشى تقديم اقتراحات جوهرية. ومهمته  
مساعدة الأطراف للوصول إلى الاتفاق بخصوص صعوبات متعددة ومركبة ومعقدة.

وفي ذلك يقول تقرير المعهد القومي لفض المنازعات:

La Facilitation est une "Procédure de collaboration utilisée pour aider  
un groupe d'individus ou de parties en désaccord à atteindre un but ou  
à réaliser une tâche à la satisfaction mutuelle des participants. Le  
facilitateur se comporte comme un expert neutre et évite de faire des  
propositions substantielles. Sa tâche est d'aider les parties à parvenir  
à un accord sur des difficultés complexes<sup>(3)</sup>.

\*\* إلى جانب هذه الطرق والوسائل فهناك وسائل أخرى مثل:

اللجوء إلى جهات الفتوى والرأي والمشورة، وتقديم التظلمات<sup>(4)</sup>، ولجان التسوية  
والصلح أو التصالح، والتنازل عن الخصومة في الدعوى.

واللجان التحكيمية للتقدير في مجال نزاع الملكية

Les Commissions arbitrales d'évaluation en matière d'expropriation.

(58) انظر: CE. 5 Juillet 1929, Ville de Béziers. Rec.p 678.

(59) انظر: CE. 6 Décembre 1935, Ville de Bergerac, S.1936. III, p.65 Note  
ALIBERT.D.1936. III. p.49, Note A.H., CE.10 Juillet 1936, Ville de Boulogne-sur-Mer,  
Rec..p.764.

(3) انظر تقرير المعهد القومي لفض المنازعات، سابق الإشارة إليه.

(11) انظر: زكي محمد النجار: الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، الناشر دار النهضة العربية، 1993، ص  
٣٠ وما بعدها.

والقضاء التحكيمي في مجال الخسائر والأضرار الناجمة عن الحروب

Les juridictions arbitrales en matière de dommage de guerre<sup>(1)</sup>.

وكما هو واضح فإنه بالنسبة لهذه الطرق فإن تسوية النزاع تكون عن طريق هيئات لها صفة الرسمية، ويتم تعيينها أو تشكيلها وتحديد مهمتها بقرارات من سلطة عامة، ولا يرجع لإرادة أو لاختيار الأفراد، حتى ولو كان بعضها يشتمل في تشكيله على ممثلين للأفراد، كلجان تقدير الخسائر والأضرار الناجمة عن الحرب والتي تتكون من ممثلين عن الإدارة إلى جانب ممثلين عن الملاك أو المضارين.

Représentants de l'Administration et Représentants des propriétaires ou sinistrés<sup>(2)</sup>.

### المبحث الثالث

#### مبررات اللجوء إلى التحكيم

هناك عدة أسباب والعديد من المبررات التي تدعو إلى اللجوء إلى التحكيم، بل وإلى الوسائل الأخرى البديلة للجوء إلى القضاء لتسوية المنازعات. وهناك تعبير بليغ لأحد واضعي دستور الثورة الفرنسية قاله خلال المداومات والمناقشات التحضيرية لقانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠ الخاص بتنظيم القضاء، ويعبر هذا القول ببلغة عن جوهر ومضمون مبررات اللجوء إلى التحكيم والوسائل الأخرى غير القضائية لتسوية المنازعات، ويلخص أسباب هذا اللجوء. فقد قال:

" إن إقامة العدل ما هو إلا الدين الثاني على المجتمع، أما منع الدعاوى فهو الدين الأول. يتعين على المجتمع أن يقول للخصوم أنه: حتى يمكن الوصول إلى معبد العدل، ينبغي المرور بمعبد الوثام أو الألفة أو المودة، وأتمنى أنه بمروركم على هذا

(١) انظر: J.M. AUBY, L'Arbitrage en Matière administrative AJDA. 1995, I Doctrine, p. 82. والبعض يدخل في هذه الطرق الطعن الموازي Le Recours Parallèle. انظر:

J. ROBERT, op.cit. p. 5., Arnaud LYON-CAEN, Sur la Transaction en Droit Administratif, AJDA. 1997, No 1, 20 Janvier, Dossier, p.48.

ومن هذه الطرق أيضاً ما كان معروفاً في الماضي بنظام الوزير القاضي Le Ministre-Juge الذي كان يفصل في بعض المنازعات التي كانت تخص وزارته، حتى تم هجر هذه الطريقة بالقانون الصادر عام ١٨٧٢، والذي منح القاضي الإداري ولاية كاملة وسلطة نهائية للفصل في المنازعات دون الحاجة إلى تصديق من سلطة أخرى.

انظر كذلك حكم مجلس الدولة الشهير في قضية Cadot الصادر في ١٣ ديسمبر ١٨٨٩  
(٢) انظر: J.M.AUBY, Op. Cit. p. 82.

المعبد سوف تتراضون وتتوافقون وتتصالحون".

"Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société; empêcher les procès est la première. Il faut que la société dise aux parties que, pour arriver au temple de la justice, il faut passer par celui de la concorde; j'espère qu'en y passant vous transigerez<sup>(1)</sup>"

وقد صدر بالفعل هذا القانون ونص في المادة الأولى من الكتاب الأول منه،

على حق كل الأشخاص الذين لهم حرية ممارسة حقوقهم وتصرفاتهم في تعيين حكم أو أكثر للنظر والبت في مصالحهم الخاصة، بدون استثناء.

"Toutes personnes, ayant le libre exercice de leurs droits et actions, pourront nommer un ou plusieurs arbitres, pour prononcer sur leurs intérêts privés, sans exception".

ثم توالى النصوص التي تفرض اللجوء إلى الوسائل الأخرى قبل اللجوء إلى

القضاء. حتى أصبح ضرورة اللجوء إلى محاولة الصلح أو التصالح مفروضاً قبل

اللجوء إلى القضاء، ووضع كمبدأ أساسي نصت عليه جميع الدساتير التي تعاقبت منذ

دستور عام ١٧٩٥ إلى دستور السنة الثامنة.

"La conciliation, préalable obligatoire à la saisine du juge a été posée par toutes les Constitutions qui se sont succédés de 1795 à l'an VIII comme un principe fondamental<sup>(2)</sup>".

وأيضاً النصوص التي تلت ذلك.

ويمكننا أن نجمل أسباب ومبررات اللجوء إلى التحكيم في المزايا والفوائد العديدة

والمتنوعة التي يمتاز بها التحكيم عن اللجوء إلى القضاء.

ويتمثل أهم هذه الأسباب والمبررات أو الفوائد والمزايا فيما يلي:

١ - البساطة والسهولة والمرونة والسرعة:

يمتاز التحكيم ببساطة وسهولة اللجوء إليه إذا ما قورن باللجوء إلى

القضاء. فإجراءات اللجوء إلى التحكيم لا تنطوي على التعقيد الذي ينطوي عليه

اللجوء إلى القضاء.

(١) راجع: PRUGNON, Archives parlementaire. Tome XVI, p. 739.  
(٢) راجع: Arnaud LYON-CAEN, Op. Cit. p. 48.

كما أن التحكيم يتسم بقدر كبير من المرونة La souplesse في نظر  
المنازعات التي تطرح عليه. ويؤدي إلى القيام بعمل مواعيد وتوقيات Des  
accommodements من خلال القوانين والعادات السائدة، خاصة في مجال  
التجارة<sup>(١)</sup>.

وتبدو المرونة أيضا في مواعيد عقد جلسات التحكيم، فتمت غالبا في الأوقات  
المناسبة لظروف الأطراف.

ومن مزايا التحكيم كذلك السرعة في نظر المنازعات. نظرا لتقييد المحكمين  
بمدة معينة يلتزمون بإصدار حكمهم أو قرارهم وحسمهم النزاع المطروح خلالها<sup>(٢)</sup>.  
وذلك على خلاف القضاء الرسمي الذي لا يلتزم غالبا بمدد معينة لإصدار أحكامه،  
وغالبا ما يرتبط ذلك بعدد المنازعات أو الدعاوى والقضايا المعروضة عليه<sup>(٣)</sup>.  
مثال ذلك نظام تحكيم الغرفة التجارية في باريس، حيث تنص الفقرة الأولى  
من المادة الثامنة عشر منه على وجوب صدور الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ  
توقيع المستندات أو الوثائق المحددة في المادة الثالثة عشر من هذا النظام<sup>(٤)</sup>.

وكذلك لائحة مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري التي تنص في المادة  
السابعة منها على أنه يتعين على هيئة التحكيم أن تصدر قرارها خلال مدة أقصاها  
سنة أشهر من تاريخ تسلم المهمة، ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول<sup>(٥)</sup>.  
وهذه الميزة تشجع أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم. بل وتمثل في  
بعض الحالات ضرورة لا غنى عنها، ومن ذلك مثلا علاقات التجارة الدولية التي لا

(١) انظر: René CHAPUS, Droit Administratif Général. Tom 1, première édition, Montchrestien, p. 340 No. 525.

(٢) انظر: B. HANOTIAU, Arbitrage, Mediation, Conciliation, Approches d'Europe continentale et Common Law, Revue de Droit des Affaires internationales, 1996. 2. p. 203. وانظر: د. عبد المنعم بدر: التحكيم في علاقات التأمين، ورقة عمل مقدمة إلى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري، بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٩٥.

(٣) انظر: د. أحمد الشلقاني: التحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة إدارة قضايا الحكومة (والتي تسمى قضايا الدولة حاليا)، السنة العاشرة، العدد الرابع، ص ٧.

(٤) انظر: د. جورج حزبون: النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، مجلة حقوق الكويت، السنة الحادية عشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٧، ص ١٨٧.

(٥) لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لسنة ١٩٩٣. د. عاشور مبروك: المرجع السابق، ملحق ٩، ص ٥٩٢.

تتحمل بما تقتضيه من سرعة ومرونة، بطئ وتعقيدات إجراءات التقاضي أمام المحاكم الداخلية لدولة معينة. حيث يعتبر عامل السرعة من العوامل الهامة في تنفيذ المعاملات الدولية التي تتأثر بتقلبات أسعار مواد الصرف<sup>(١)</sup>."

## ٢- توفير الجهد والوقت والمال:

من أهم وأخطر عيب ينسب إلى طريقة الالتجاء إلى القضاء هو إضاعة الجهد والوقت والمال.

فمن المعروف أن اللجوء إلى القضاء يحتاج إلى جهد كبير، ويكلف نفقات كثيرة من رسوم قضائية وأتعاب محاماة وغيرها، ويستغرق وقتاً طويلاً<sup>(٢)</sup>.

هذه العيوب لا توجد - غالباً - في حالة اللجوء إلى التحكيم، أو لا توجد - على الأقل - بذات الدرجة وذات المقدار الموجود في طريقة اللجوء إلى القضاء.

فبالنسبة لمصروفات اللجوء إلى التحكيم فهي تعتبر قليلة بالمقارنة بمصروفات وتكاليف اللجوء إلى القضاء، ومما يقلل من هذه النفقات والمصروفات أن التحكيم يكون في الغالب من درجة واحدة على خلاف اللجوء إلى القضاء الذي تتعدد درجاته وطرق الطعن في الأحكام الصادرة منه، وكل درجة وكل طعن يحتاج إلى نفقات ومصروفات ورسوم وأتعاب<sup>(٣)</sup>.

وحتى في حالة المنازعات التي يكون فيها عنصر أجنبي وتحتاج للانتقال من دولة إلى أخرى، أو تحتاج إلى الذهاب إلى مراكز التحكيم المتخصصة - كغرفة التجارة الدولية في باريس - وبالتالي تحمل نفقات الانتقال الكبيرة غالباً، ففي مثل هذه الحالة تكون قيمة الصفقات أو العقود وحجم وأهمية النزاع المعروض على التحكيم تكون كبيرة نسبياً، مما يجعل نفقات اللجوء إلى التحكيم أفضل نسبياً بالنظر إلى نفقات اللجوء إلى القضاء الرسمي، خاصة إذا أخذ في الحسبان المزايا الأخرى للجوء إلى

(١) د. احمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة ١٩٩٣، ص ٢٣.

(٢) د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٣٧.

(٣) انظر: p.13 etsH. ROLAND, L. BOYER, Intitution judiciaire, Hermès, LYON, 1979. وانظر: د. فحطان الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٨٥، ص ٣١ وما بعدها. د. حسين عبد الغفار: التحكيم نعم أو لا، دبي، الطبعة الأولى، ص ١٥.

التحكيم. وعلى كل حال فهذه كلها أمور يقدرها الأطراف، قبل اختيار الطريق الذي يفضلونه في حالة نشوء نزاع بينهم<sup>(١)</sup>.

### ٣- المحافظة على العلاقات الطيبة بين أطراف النزاع:

إن الطريقة التي يلجأ إليها الخصوم لحل منازعاتهم تعبر عن حقيقة المشاعر التي يحملها كل منهم تجاه الآخر، كما أن نوع وطبيعة هذه الطريقة له تأثير ملحوظ على نفسية كل خصم.

ومن هذه الزاوية نستطيع أن نقرر أن اللجوء إلى التحكيم يختلف تمامًا عن اللجوء إلى القضاء. فالأول - أي اللجوء إلى التحكيم - هو تعبير عن المشاعر الطيبة التي يكنها كل طرف تجاه الطرف الآخر، وحرص كل منهما على الاحتفاظ بالعلاقات الحسنة بينهما، في حين أن الثاني - أي اللجوء إلى القضاء - هو في الغالب تعبير عن مشاعر البغضاء والكراهية التي يحملها كل خصم تجاه الآخر، ومحاولة كل منهما تحقيق النصر على الآخر وهزيمته بالنيل منه ومن حقوقه أيا كان تأثير ذلك على مشاعره أو على العلاقات بينهما.

ففي اللجوء إلى التحكيم يتفق الأطراف مقدما على اختيار هذه الطريق، وعلى تحديد المحكم أو المحكمين بينهم، ويقبلون قرار التحكيم ويرتضون به. أما في اللجوء إلى القضاء، فلا يتفق عادة الأطراف على اللجوء إلى هذا الطريق، وحتى في الحالات التي يتفق فيها الأطراف على المحكمة المختصة لنظر نزاعهم في حالة نشوبه فإنهم يلجئون إلى هذا الطريق في ظل مشاعر العداة ومحاولة كل طرف الكيد للآخر والنيل منه، حتى ولو كان ذلك على حساب الحق والحقيقة. ويكون الأطراف قد وصلوا إلى طريق مسدود أو طريق الالعودة في العلاقات بينهم. لأنهم يلجئون إلى هذا الطريق وداخل كل منهم مخزون كبير من الحقد والمقت يكون داخلهم من خلال ما تم بينهم من علاقات ومعاملات، وما وقع من أحداث. ولذلك قال البعض إن الأطراف يلجأون إلى القضاء وهم ينظرون إلى الخلف

(١) انظر: د. محي الدين علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٠.

بينما يلجئون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام<sup>(١)</sup>.

وقال البعض أيضا بان التحكيم هو نظام للسلام والوثام بين الأطراف<sup>(٢)</sup>.

وقد عبر عن ذلك بدقة وببلاغة الدكتور محسن شفيق بالقول: "إن القضاء العادي هو صاحب العلاقات المحطمة، يحتكم إليه الخصمان فيغلب ادعاء أحدهما على ادعاء الآخر ثم يصرفهما غريمين، هذا رابحا فرحا وذلك خاسرا محسورا، بينما التحكيم هو قضاء العلاقات المتصلة، يجئ إليه الخصمان والعلاقات قائمة بينهما، وينصرفان من حضرته ولا تزال العلاقات قائمة وقد انقشع ما أسدل عليهما من خلاف.. حقيقة ليس من وظيفة المحكم السعي إلى الصلح بين الخصوم ولكنه يعلم بخبرته ودرايته أن قضاء يرضى عنه الخصمان خير من قضاء يرضى أحدهما ويثير الآخر ولو كان أسلم من الناحية القانونية. وتفسر هذه الحقيقة ما هو مشاهد الآن في العمل من أن قرارات المحكمين تجئ عن غير قصد منهم حلوياً وسطاً أو أقرب إلى الوسط ولو كان الحق كله في جانب أحد الخصمين دون الآخر<sup>(٣)</sup>.

#### ٤ - المحافظة على أسرار أطراف النزاع:

هناك مبدأ عام وقاعدة أساسية في القضاء هو مبدأ علانية الجلسات *La publicité des audiences*، وتعتبر هذه العلانية ضماناً من الضمانات القانونية لضمان حياد ونزاهة وموضوعية القضاء، وتسهيل رقابة الرأي العام على حسن أداء مرفق العدالة لدوره واطمئنانه على اضطلاعهم بمهمته المقدسة على أكمل وجه.

ولهذا السبب فقد نص على علانية جلسات القضاء ضمن حقوق وحريات الفرد في إعلانات حقوق الإنسان وفي المواثيق والاتفاقات والمعاهدات الدولية وفي دساتير الدول، والقوانين المنظمة للقضاء.

من ذلك مثلاً ما نصت عليه الدساتير المصرية وآخرها دستور عام ٢٠١٤

(١) انظر: احمد قمحة وعبد الفتاح السيد: التنفيذ علماً وعملاً، مطبعة النهضة، مصر ١٩٤٢، ص ٦٣٧، بند رقم ٦٣٧. د. كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص ٦٨.

(٢) د. ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٥، ص ١٠٦.  
(٣) د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دروس لطلاب دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، حقوق القاهرة، العام الجامعي ١٩٧٣، ص ٢٠ وما بعدها.

الذي نص في المادة ١٨٧ منه على أن: "جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام، أو الآداب، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علني". وما نص عليه الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢، في المادة ١٦٥ منه حيث جاء نصها كالتالي: "جلسات المحاكم علنية، إلا في الأحوال الاستثنائية التي يبيّنها القانون".

وكذلك نص المادة ١٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية في مصر والصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨<sup>(١)</sup>. ونص المادة ٦٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية في الكويت الصادر بالمرسوم رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠. وإذا كانت العلانية تمثل ضماناً في اللجوء إلى القضاء، فإنه على النقيض فإن السرية تمثل الميزة في اللجوء على التحكيم.

فالعلاقات والمعاملات خاصة التجارية والدولية تحتاج إلى السرية، حيث إن العلانية تنطوي على مخاطرة بل وأضرار وخسائر مؤكدة في كثير من الأحوال، مثل الصفقات السرية لبيع الأسلحة، التي تبرم بين أحد مصانع الأسلحة وإحدى الدول. فلو نشأ نزاع بين طرفي هذه الصفقة وعرض بشكل علني فسوف يضر ذلك بمصالح الدولة، خاصة إذا كانت في حالة عداوة أو نزاع مسلح مع دولة أخرى<sup>(٢)</sup>.

فأطراف النزاع يفضلون اللجوء إلى التحكيم لما يحققه لهم من سرية ومن حفاظ على أسرارهم. والبعد عن القضاء لعدم التعرض للعلانية في عرض نزاعهم<sup>(٣)</sup>.

#### ٥- توفير الثقة والطمأنينة والخبرة والتخصص:

يوفر التحكيم الثقة ويحقق الطمأنينة لدى أطراف النزاع. وينبع ذلك من طبيعة التحكيم ونوعية القائمين عليه وكيفية قيامهم به.

فالمحكّمون يُختارون من قبل أطراف النزاع أنفسهم، وهم عادة يختارون من

(١) المنشور في الجريدة الرسمية في ١٩٦٨/٥/٩، العدد رقم ١٩.

(٢) انظر: E. BERTRAND, Confidentialité de l'Arbitrage, Evolution ou Mutation après l'Affaire: Esso/BHP/V Plowman, Revue de Droit des Affaires Internationales, 1996, 2. p.169

وانظر: د. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٤، ص ٣.

(٣) د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٣٧.

يثقون في حكمهم، والمحكمون تتوافر فيهم الخبرة والتخصص والعلم ليس من الناحية القانونية فحسب وإنما أيضا- وهو الأهم هنا- من الناحية الفنية حسب طبيعة ونوعية موضوع النزاع.

فيقوم بالتحكيم غالبا متخصصون وخبراء ومستشارون في الاقتصاد أو في التجارة الدولية أو في الاستثمار أو في الصناعة أو في البترول أو في العلاقات الدولية أو في الزراعة أو في الإلكترونيات أو غيرها من مجالات التخصص والخبرة المختلفة.

كما يحقق التحكيم الطمأنينة في مواجهة التعديلات التشريعية المفاجئة<sup>(١)</sup>. فالشركات الكبيرة التي تعمل في مجال المشروعات العملاقة - كالبحث عن البترول أو الاستثمار في المشروعات التجارية الضخمة - تحتاج إلى تأمين أموالها والمجهودات الضخمة التي تبذلها في قيامها بنشاطها واستثماراتها، ضد التقلبات والتغيرات غير المتوقعة في التشريعات، خاصة في الدول النامية، والتحكيم يحقق لها مثل هذه الطمأنينة وهذا التأمين<sup>(٢)</sup>.

وتحقق بعض حالات التحكيم كذلك، الطمأنينة في مواجهة احتمال احتجاج بعض الدول الأطراف في منازعة ما بمبدأ السيادة. بل ومن الطعن ضد القرار الصادر فيه بأي طريقة من طرق الطعن، من ذلك مثلا التحكيم الذي يتم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، فنظام هذا المركز يشترط لصحة عرض النزاع على المركز ضرورة تقديم موافقة كتابية من الطرفين غير قابلة للعدول عنها إلا باتفاقهما أي كانت طبيعة أطراف النزاع، فيصبح طرفا النزاع متساويين، ولا تستطيع الدولة طرف النزاع التمسك بمبدأ السيادة أو بالحماية الدبلوماسية. والحكم الصادر من هذه المركز نهائي وغير قابل للطعن فيه بأي طريق وتلتزم الدول بتنفيذه تلقائيا دون إتباع أي إجراء آخر، وذلك بمجرد تقديم نسخة الحكم

(١) انظر: د. محمد طلعت الغنيمي: شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، مجلة حقوق الإسكندرية، السنة العاشرة، العددان الأول والثاني، ص ٥٢.

(٢) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة: شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، ص ١٣٥.

المصدق عليها من الأمين العام للمركز<sup>(١)</sup>.

والتحكيم يحقق الطمأنينة من ناحية أخرى، وهو أنه قد يكون الطريق الوحيد المفتوح أمام أحد الأطراف إذا كان اللجوء إلى القضاء غير ممكن بالنسبة له لفوات ميعاد رفع الدعوى مثلاً<sup>(٢)</sup>.

وكل أو اغلب هذه المزايا قد لا يحققها اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة، لأن القضاة الرسميين متخصصون فقط في القانون، وعندما تعرض عليهم مسألة فنية غير قانونية، فإنهم غالباً ما يحيلونها إلى خبير لإبداء الرأي فيها وتقديم تقرير بذلك إلى القاضي لإصدار حكمه. كما أن القاضي الرسمي يطبق قوانين بلده بكل تعديلاتها، وقد يخضع في نظره النزاع لتأثير الدوافع الوطنية، وكل هذا لا يحقق الطمأنينة لأطراف النزاع في مجال التجارة والاستثمار والعلاقات الدولية<sup>(٣)</sup>. ولذلك فإنهم يفضلون تعيين مُحكم محايد للفضل في نزاعهم.

وتوافر صفة الخبرة والتخصص في المحكمين يحقق - إلى جانب الثقة والطمأنينة - السرعة في الفصل في النزاع وحسمه في اقل وقت ممكن. فهاتان الصفتان تساعدان القائمين على التحكيم في فهم موضوع النزاع في وقت قصير، وعدم إضاعة الوقت في فهم الجوانب الفنية فيه، وعدم استغراق وقت طويل في بحث ودراسة الموضوع من هذه الجوانب.

## ٦- تجنب المنازعات قبل وقوعها:

يرى بعض الفقه انه من مزايا التحكيم أيضاً قيامه بدور وقائي وليس علاجي فقط. حيث لا يقتصر دوره على فض المنازعات بعد نشوبها، بل أصبح - خاصة في مجال التجارة الدولية - وسيلة فعالة يمكن استخدامها لتفادي قيام المنازعات أثناء إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتصنيع أو نقل التكنولوجيا أو المشروعات المشتركة<sup>(٤)</sup>.

(١) د. جلال محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة حقوق الإسكندرية، عدد تذكاري بمناسبة اليوبيل الذهبي ١٩٤٢-١٩٩٢، الجزء الثاني، ص ٦٨٨، ٦٨١.

(٢) د. عبد الرحمن القاسم: مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٧٣، ص ٤٦٣.

(٣) د. جورج حزبون: النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٩.

(٤) انظر: د. أبوزيد رضوان: قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي، دراسة فكرة "Lex Mercatoria"، مجلة الأمن والقانون، دبي، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٩٣، ص ٢٢٢.

هذه هي أهم مزايا وفوائد التحكيم مما شجع الكثيرين على اللجوء إليه كطريق بديل للجوء للقضاء الرسمي للدولة. وقد ترتب على ذلك الكثير من النتائج العملية والإيجابية في ذات الوقت أهمها:

أ. تخفيف العبء عن كاهل القضاء الرسمي الذي أصبح ينوء من كثرة القضايا والمنازعات المعروضة عليه. وكما قال البعض أن السبب الرئيسي للجوء إلى الوسائل الأخرى غير القضائية لتسوية المنازعات هو أن القضاء طُفح به الكيل *La justice est débordée* (1).

ب. تشجيع التجارة بين الدول أو الأفراد التابعين لدول مختلفة. وكذلك دفع عمليات الاستثمار الدولي إلى الأمام خاصة في بلدان العالم النامي (2). وقد دفعت الفوائد والنتائج السابقة والمترتبة على التحكيم كثير من المنظمات الدولية والدول إلى الاهتمام به كوسيلة لتسوية المنازعات، وحاولت تنظيمها من خلال تشريع خاص به.

من ذلك مثلا اهتمام لجنة القانون التجاري الدولي المنبثقة عن الأمم المتحدة بالتحكيم، خاصة التحكيم التجاري الدولي، وقد ظهر هذا الاهتمام جليا، من خلال وضع قواعد خاصة بهذا التحكيم عرفت باسمها يونسترال (UNCITRAL)، وذلك في عام ١٩٧٦ للاسترشاد بها في حل منازعات عقود التجارة الدولية (3). وكذلك إعداد قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي أقرته اللجنة في ٢١ يونيو ١٩٨٥ (4). وقد كتب هذا القانون بالست لغات الرسمية للأمم المتحدة وهي الإنجليزية والفرنسية الروسية والصينية والإسبانية والعربية.

(1) انظر: Laurent RICHER, *Les Modes Alternatifs de Règlement des litiges et le Droit administratif*, AJDA, 1997, No1, 20 Janvier, p3

وانظر: د. الحبيب مالوشي: لمحات عن التطور الحديث للتحكيم التجاري الدولي، محاضرة بغرفة تجارة وصناعة دبي في مارس ١٩٩٦، منشورة في جريدة البيان، بنبي، العدد ٥٧٦١ بتاريخ ٢٧ مارس ١٩٩٦، ص ٥. وانظر: التحقيق المنشور في جريدة الأهرام بعنوان: لماذا لا تطبق وزارة العدل نظام المحكمين لحل المنازعات وتخفيف عن القضاء، مقال منشور في جريدة الأهرام القاهرية، العدد ٣٩٨٢٨، بتاريخ ٢ يناير ١٩٩٦، ص ٣.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩، ص ٢٠٤.

(3) د. أكرم الخولي: بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي، ورقة مقدمة في الندوة حول التعريف بنظام التوفيق والتحكيم التجاري بالغرفة، المنعقدة يومي ٢٩، ٢٨ مايو ١٩٩٥، ص ١، بند رقم ١.

(4) انظر: د. حسن عبد الغفار، التحكيم نعم أو لا، سابق الإشارة إليه، ص ٥١.

وقد أوصت الجمعية العمومية للأمم المتحدة بقرارها الصادر في ١١ ديسمبر ١٩٨٥ كافة الدول بدراسة هذا القانون النموذجي، بهدف محاولة توحيد قوانين إجراءات التحكيم.

وبالفعل فقد اشتقت من أحكام هذا القانون كثير من أحكام قوانين التحكيم في معظم الدول التي شرعت قانونا خاصا بالتحكيم، مثل كندا وأستراليا وقبرص ونيجييا ومصر وتونس والجزائر والكويت وولاية كاليفورنيا... الخ<sup>(١)</sup>.

كما استفادت من أحكام هذا القانون النموذجي الكثير من المنظمات والجمعيات والفرق المهمة بشئون التحكيم، وأدخلت بعضها ضمن لوائح ونظام التحكيم الخاصة بها<sup>(٢)</sup>.

ورغم كل هذه المزايا والفوائد والنتائج الإيجابية للتحكيم، إلا أن البعض قد أظهر بعض العيوب والمثالب والنتائج السلبية للتحكيم.

ومن أهم هذه العيوب والسلبيات التي ذكرها البعض ما يلي:

#### ١- ارتفاع نفقات التحكيم:

يرى البعض أن التحكيم باهظ التكاليف، خاصة إذا تعلق بنزاع به عناصر أو أطراف تنتمي لدول متعددة.

وتتمثل هذه التكاليف في المقابل الذي يحصل عليه المحكمون وأتعاب المحامين والمستشارين والممثلين القانونيين والخبراء والمتخصصين، وغيرهم. إلى جانب نفقات الانتقال بالطائرات من دول إلى أخرى. ونفقات الإقامة، وغيرها من المصروفات الأخرى.

كل هذا يجعل التحكيم مرتفع التكاليف والنفقات بدرجة كبيرة جدا إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء الرسمي.

(١) انظر: د. فوزي سامي: التحكيم التجاري الدولي، عمان، الطبعة الثانية، ص ٢٥ وما بعدها.  
(٢) انظر  
J. THIBAUT, Le Centre d'Arbitrage commercial national et international du Québec et son Règlement général d'arbitrage commercial, Revue d'Arbitrage, 1994, 1, p.69.

وفي نظر هذا البعض فإن القول بأن من مزايا التحكيم توفير المال هو قول بعيد عن الواقع والحقيقة<sup>(١)</sup>.

ولكن يُرد على هذا، بأن ارتفاع تكليف التحكيم لا يكون في كل الأحوال، وإنما في حالات معينة- وهي غالبا النزاعات ذات عناصر أو أطراف تنتمي إلى دول متعددة- وفي هذه الحالات تكون قيمة الصفقات أو العقود فيها كبيرة جدا، فلا تمثل تكاليف التحكيم إلا نسبة قليلة منها<sup>(٢)</sup>.

أما في القضاء الرسمي فإن بطء الإجراءات وعدم التخصص في المسائل الفنية محل النزاع والعيوب الأخرى المنسوبة إلى هذا الطريق، قد تؤدي إلى إصابة أطراف النزاع بخسائر وأضرار تفوق نفقات وتكاليف التحكيم، فيما لو كانوا قد لجأوا إليه وسلخوا هذا الطريق.

## ٢- عدم توفر الضمانات القضائية في التحكيم:

ذهب البعض إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم يحرم الأطراف من كثير من الضمانات التي أحاط بها القانون العمل القضائي.

من ذلك مثلا التكوين العلمي والقانوني<sup>(٣)</sup>، فالمحكّمون يكونون غالبا من رجال الأعمال والمتخصصين في موضوعات معينة، وخبرتهم أو ثقافتهم القانونية تكون ضحلة في غالب الأحيان مما لا يساعد على تحقيق العدالة المطلوبة<sup>(٤)</sup>.

كما ان اللجوء إلى التحكيم لا يجبر لمن صدر قرار التحكيم في غير صالحه رفع دعوى جديدة أمام القضاء، بل وفي كثير من نظم التحكيم لا يجيز له الاعتراض على قرار التحكيم إلا فقط عن طريق دعوى بطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر، فيحرمه بذلك من ميزة وضمانة هامة بل وحق أساسي وهو حق اللجوء إلى

(١) انظر: A. POUILLE, Le pouvoir judiciaire et les Tribunaux, Paris, 1985, p. 143. وانظر أيضا: د. أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة في مصر، دراسة علمية ونظرية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ص ٤١٠.  
(٢) انظر: د. عبد المنعم خلاف: مشكلات التحكيم في التجارة الخارجية والنقل البحري، مجلة روح القوانين، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة طنطا، العدد ١٩٩٠، العدد الثاني، ص ١٩٠. وانظر أيضا: اقتصاديات التحكيم الدولي: مقال بجريدة الأهرام الاقتصادي القاهرة، العدد ١٢٧٨ في ١٢ يوليو ١٩٩٣، ص ٥٥.

(٣) مرزوق فكري: ماذا عن كثافة القوانين، مقال منشور بجريدة الأهرام القاهرة، بتاريخ ١٥ يناير ١٩٩٦، ص ١٠.  
(٤) د. احمد مليجي: تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٩، ص ١٨٣.

القضاء والطعن في الأحكام<sup>(١)</sup>.

هذا العيب المنسوب إلى التحكيم يمكن الرد عليه، بأنه بالرجوع إلى حالات التحكيم الهامة والتي نشرت قراراتها، نجد أن من تولوها كانوا أساتذة القانون وكبار رجال القضاء. كما أن نظم التحكيم تحدد الاستعانة بالخبراء والمتخصصين والمستشارين في جميع المجالات سواء الفنية أو القانونية<sup>(٢)</sup>.

وقد نظمت قوانين بعض الدول نوع من التحكيم، يعرف بالتحكيم القضائي Arbitrage Judiciaire وهو تحكيم يقوم به القاضي المختص أصلاً بنظر النزاع وفق القواعد العادية، وذلك في حالة ما إذا طلب منه الخصوم نظر نزاعهم ليس بصفة قاضٍ إنما بوصفته حكماً أو مُحكماً بينهم<sup>(٣)</sup>.

كما إن عدم اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى ابتداء بعد صدور قرار التحكيم، وعدم إمكان الطعن فيه إلا بدعوى بطلان، لا يمثل في حقيقة الأمر عيباً، لأنه أولاً يتفق مع الهدف الأساسي للجوء إلى طريق التحكيم وهو عدم رغبة الأطراف في اللجوء إلى طريق القضاء الرسمي. ولأنه ثانياً يتفق مع رغبة الأطراف وإرادتهم في إنهاء النزاع بهذا الطريق بأسرع وقت ممكن، ويقبلون ذلك ويرتضونه باعتبار قرار التحكيم قراراً نهائياً وقابلاً للتنفيذ الفوري بعد صدوره دون إمكان الطعن فيه بأي طريق. حتى لا يستخدم طرق الطعن القضائية العادية كوسيلة لتعطيل تنفيذ القرار الصادر في التحكيم باتباع الإجراءات القضائية الطويلة والعقيدة والمعقدة، مما يفرغ التحكيم من معناه ومن هدفه، ويسلبه مزاياه وفوائده الأصلية والحكمة الأساسية من وراء اللجوء إليه، واختياره كطريق لتسوية المنازعات بين الأطراف.

### ٣- عدم حسم التحكيم للنزاع في بعض الحالات:

(١) د. مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٦، بند رقم ٢.  
(٢) انظر: (P. GERARD, M. KERCHOVE, F. OST, Fonction de juger et pouvoir judiciaire, BRUXELLES, 1983, p. 437

وانظر: د. بهاء دسوقي: قانون التجارة الحدد، دراسة تحليلية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٠٠ وما بعدها.  
(٣) انظر: (Nouveau Code de procédure Civile (NCP) Commenté dans l'ordre des articles, L.J.N.T. Paris, Tome 1, article 209)

يرى البعض ان هناك حالات لا يتمكن فيها التحكيم من حسم النزاع ووضع نهاية له. وهذا يؤدي إلى اضطراب الأطراف سلوك الطريق العادي وهو اللجوء إلى القضاء وعرض نزاعهم عليه، مما يزيد من عبء القضاء المتقل أصلاً بكم المنازعات المعروضة عليه والمطلوب منه الفصل فيها.

وكل هذا يزيد من النفقات ويؤدي إلى ضياع للوقت والجهد<sup>(١)</sup>.

ويُرد على هذا أن مثل هذه الحالات التي لا يصل فيها التحكيم إلى حسم أو وضع نهاية قاطعة لها، هي حالات قليلة بل نادرة.

٤- عدم تسبب قرارات التحكيم وعدم نشرها وفق بعض مدارس التحكيم:

ينسب البعض إلى التحكيم عيب عدم تسبب أحكامه وعدم نشرها وفق اتجاه بعض مدارس التحكيم، وبناء على طلب بعض الأطراف بعدم نشر الحكم التحكيمي الصادر في النزاع، وينتج عن هذا بعض النتائج السلبية.

فعدم التسبب لا يساعد على التعرف على الأسباب التي بني عليها الحكم أو القرار. وعدم التسبب وعدم النشر لا يساعدان على وجود اتجاه عام في التحكيم يمكن الاسترشاد به فيما بعد، ولا على تكوين سوابق يمكن الاستعانة بها في التنبؤ بقرار المحكمين، أو حتى في تفادي وقوع منازعات في المستقبل في منازعات مماثلة.

ولكن يُرد على هذا العيب بأنه منذ أن وُضِع القانون النموذجي للتحكيم التجاري عن طريق لجنة القانون التجاري الدولية التابعة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦، وإقرار الجمعية العامة وتوصيتها للاسترشاد به عام ١٩٨٥، فإن الاتجاه ينحو نحو تلافي هذا العيب، بضرورة تسبب القرارات خاصة من الناحية الفنية والقانونية، ونشر الأحكام والقرارات الصادرة دون الكشف عن هوية أطراف النزاع<sup>(٢)</sup>.

٥- التأثير السلبي للتحكيم على اقتصاديات الدول النامية:

يرى البعض أن اللجوء إلى التحكيم له آثار سلبية على الاقتصاد الوطني

(١) انظر: (A. POUILLE, op.cit.p.143, et GERARD, KERCHOVE, OST,op.cit.p.437.

(٢) انظر: د. حسين عبد الغفار: التحكيم نعم ام لا، سابق الإشارة إليه، ص ١٥ وما بعدها.

للدول النامية. وذلك في ظل العلاقات الدولية غير المتوازنة بين هذه الدول والدول المتقدمة.

وغالبا ما يكون اللجوء إلى التحكيم في غير صالح الدولة النامية أو الضعيفة حيث يفرض عليها الكثير من التضحيات والأعباء والتنازلات لصالح الدول القوية التي تملك وسائل القوة الاقتصادية، في شكل نقل واستخدام التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية مع تحميل هذه الدول التكلفة الباهظة لمثل هذه العمليات، وهي تكافة تذهب إلى الدول القوية فيزداد اقتصادها قوة بينما ينوء اقتصاد الدول الضعيفة من تحمل مثل هذه التكاليف. وتاريخ التحكيم في هذا المجال يؤيد ذلك.

ومثال ذلك قرار المحكم الإنجليزي الصادر في ٢٨ أغسطس عام ١٩٥١، في نزاع التحكيم بين أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة، والذي صدر في صالح الشركة الأجنبية، وكذلك قرار التحكيم الصادر في ٩ فبراير ١٩٧٧ في النزاع بين حكومة ليبيا وشركتين للبترول، والذي صدر في صالح الشركتين.

فمثل هذه القرارات تعبر بشكل ملحوظ عن أن قرارات المحكمين، ما هي في الواقع إلا تكريس لمفاهيم قوانين الدول المتقدمة، وإعمال لقانون الأقوى<sup>(١)</sup>.

وقد يكون بالفعل للتحكيم بعض الآثار السلبية على اقتصاد بعض الدول النامية، ولكن هذا لا ينفي أنه في حالات أخرى ليست بقليلة، كانت قرارات التحكيم إنصاف لموقف هذه الدول.

ورغم كل العيوب التي نسبها البعض إلى التحكيم، فإن هذا لم يمنع ولم يوقف الدول ولا المشرعين بها من النص عليه وتنظيمه، نظرا لأن مزاياه تفوق عيوبه. كما أن هذه العيوب يمكن تلافيها والتقليل من آثارها غير المرغوب فيها.

(١) انظر: د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٩٤ وما بعدها.

## خاتمة الفصل الأول

نخلص من هذا الفصل إلى أن التحكيم هو عبارة عن وسيلة أو طريق لتسوية وفض المنازعات بشكل ودي أو دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة. هذه الطريقة في حقيقتها وطبيعتها هي - من حيث كيفية إتباعها ووسيلة اللجوء إليها - تعاقدية اتفاقية، حيث إنها تخضع لإرادة الأطراف ويتم الاتفاق عليها بينهم سواء في العقد الأصلي المبرم بينهم أو في اتفاق ملحق أو منفصل ومستقل عنه، وسواء كان هذه الاتفاق قبل قيام الخلاف بينهم، وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم *La clause compromissoire*، أو بعد نشوب الخلاف أو النزاع، وهو ما يسمى مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم *Le compromise*<sup>(١)</sup>.

وقد بينت ذلك ونصت عليه المادة العاشرة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الخاص بالتحكيم في مصر. وذلك في الفقرة (١)، (٢) منها.

فالفقرة (١) منها تنص على أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

والفقرة (٢) منها تنص على أنه: "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع..".

وهذه الطريقة في حقيقتها وطبيعتها أيضا - من حيث جوهرها وطبيعة عمل المحكم أو المحكمين - هي قضائية، من زاوية إن طبيعة عمل المحكمين هي الفصل في نزاع معروض وهو من هذه الناحية يعتبر قضاء.

ونظرا للمزايا والفوائد العديدة للجوء إلى التحكيم فاتجهت الأنظمة والمنظمات

- سواء الدولية أو الإقليمية أو المحلية - إلى التشجيع على اللجوء إلى هذه الوسيلة.

(١) انظر في تفصيل ذلك: J. ROBERT, Op. Cit. chapitre 3, les Conventions d'Arbitrage, p. 46, section 1: La clause compromissoire, p.47, section 2: Le compromis, p. 76.

وكما رأينا فقد وضعت لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة قانوناً نموذجياً للتحكيم في عام ١٩٧٦، وقد أوصت الجمعية العامة في المنظمة الدولية في عام ١٩٨٥، الدول الأعضاء بالاسترشاد بهذا القانون النموذجي لتنظيم اللجوء لهذه الوسيلة في قوانينها الداخلية.

وبالفعل استفادت كثير من الدول - ومنها مصر - من أحكام هذا القانون، في القانون الذي أصدرته عام ١٩٩٤ والخاص بالتحكيم.

بل إن بعض الدول الأخرى - مثل فرنسا - قد فرضت في حالات معينة اللجوء إلى التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء.

ولكن السؤال المهم الذي يثور الآن هو: ما هو موقف القانون العام بصفة عامة والقانون الإداري بصفة خاصة من هذه الوسيلة، بل ومن غيرها أيضاً من الوسائل الودية أو غير القضائية لحسم النزاعات؟.

والسؤال الأهم هو: هل يجوز للجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية؟

## الفصل الثاني

### الاتجاه الرافض للتحكيم في العقود الإدارية وحججه وأنصاره في مصر والكويت

ذهب اتجاه إلى عدم إمكان اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية. فوفقاً لهذا الاتجاه، لا تصلح هذه النوعية من المنازعات لأن تكون حقلاً أو مجالاً أو نطاقاً للتحكيم.

ونجد تأييداً لهذا الاتجاه في مصر والكويت، سواء في الفقه أو في القضاء أو حتى في التشريع.

ونعرض الحجج والأسانيد التي يعتمد عليها هذا الاتجاه في رفضه للتحكيم في مجال العقود الإدارية، ثم نعرض أبرز أنصار هذا الاتجاه، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: حجج وأسانيد الاتجاه الرافض للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الثاني: أنصار الاتجاه الرافض للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

## المبحث الأول

### حجج وأسانيد الاتجاه الرافض

#### للجوء إلى التحكيم العقود الإدارية

١. اصطدام نظام التحكيم بمبدأ سيادة الدولة والاختصاص الأصيل لقضائها:

أثناء مناقشة مشروع قانون لإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في مجلس الشعب - حتى يشمل التحكيم في العقود الإدارية - قال أحد أعضاء المجلس، وهو العضو سامح عاشور المحامي: "إن دخول الدولة مجال التحكيم هو إسقاط لسيادتها.. إن سلطة الدولة تمارسها من خلال القرار الإداري أو العقد الإداري، فإذا نزلت إلى مجال التحكيم فإنها تتنازل عن سيادتها بما يشكل مساساً بالنظام القانوني وسلطات الدولة، وهناك مدارس قانونية عديدة ترفض طرح العقود الإدارية للتحكيم إلا في حالات استثنائية محدودة، لذا فإنني أرفض المشروع"<sup>(١)</sup>.

٢. انطواء اللجوء إلى التحكيم على اعتداء على اختصاص القضاء الإداري وعلى خروج على مبادئ التفويض:

فالقضاء الإداري هو المختص الأصيل - وفقاً للنظام اللاتيني - بنظر المنازعات الإدارية. وإحالة أي من هذه المنازعات إلى التحكيم يعد سلباً لاختصاص القضاء الإداري بها، وإخلاقاً بتوزيع الاختصاصات القضائية على جهات القضاء المختلفة<sup>(٢)</sup>.

ويرى البعض أن اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة يعد خروجاً، بل ويشكل مخالفة لمبدأ أساسي في التفويض وهو مبدأ "لا تفويض في التفويض"، فإذا كان الوزير ذاته يستمد سلطته بناء على تفويض، فلا يجوز أن يقوم هو بدوره بتفويض غيره في ذلك.

(١) انظر: مضبطة مجلس الشعب، الفصل التشريعي السابع، دور الانعقاد العادي، الجلسة الستين المنعقدة يوم ٢٣ أبريل ١٩٩٧، ملحق رقم ٢، ص ٨٢ وما بعدها.

(٢) انظر: د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الاتجاه إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ جلسة ١٩٩٠/٢/٣٠، مجلة العلوم الإدارية ١٩٩١ العدد ٢٢، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٠٩-٣٤٥.

وقد قال البعض إنه: " تطبيقا لقاعدة أن التفويض لا يرد على تفويض، فإن العقد الإداري يرد في نطاق الاختصاص المعين للجهة العامة المتعاقدة فلا يجاوز هذا الاختصاص، ومن ثم فليس لجهة عامة أن تفوض غيرها في شأن لم يجز لها التفويض فيه صراحة، إذ أن جهة الإدارة العامة مقيدة في تعاقدها.. باعتبار أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تتصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، وإن لجوء أي جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجؤها في ذلك إلى التحكيم، فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة، ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتفويض صريح يرد من عمل تشريعي<sup>(١)</sup>.

وقد نص على هذا المعنى التعديل التشريعي بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، والذي أضاف فقرة ثانية إلى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

فقد حدد المختص بإجازة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وهو الوزير المختص، ولم يجز تفويض سلطته في ذلك.

٣. اصطدام التحكيم بالأسس والمبادئ الجوهرية التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري:

L'Arbitrage se heurte aux normes et aux principes fondamentaux des contrats administratifs

تستخدم الإدارة عدة وسائل وهي بصدد الاضطلاع بمسئولياتها وقيامها بواجباتها وتحقيق مهامها، ومن بين هذه الوسائل وسيلة التعاقد مع الغير، والتعاقد هو تصرف قانوني يصدر من جانبين أو طرفين acte juridique bilatéral ومن المعروف أن هناك فئتين من العقود التي تستطيع الإدارة إبرامها:

(١) د. البيومي محمد بيومي، مدى جواز شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، منشور بجريدة الأهرام، ٧ يونيو ١٩٩٧، ص ٢٩.

الفئة الأولى: عقود قانون خاص *contrats du Droit privé*، وتتعلق عادة بأموالها الخاصة، ويطبق على هذه ذات النظام القانوني الذي يطبق على عقود الأفراد العاديين، فتسرى عليها قواعد وأحكام القانون الخاص سواء المدني أو التجاري أو العمالي حسب نوع وطبيعة العقد المبرم، وفق الضوابط التي تنظم وتحكم عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة.

الفئة الثانية: عقود إدارية *contrats administratifs*، وهي مجموعة العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير كسلطة عامة وتمثل المصلحة العامة، وتجريها الإدارة غالباً لقيامها بنشاطها الإداري الأساسي وهو إشباع الحاجات العامة للمواطنين والمجتمع. وهذه الفئة من العقود لها نظامها القانوني المتميز والذي ينطوي على اختلافات جوهرية عن النظام الذي تخضع له عقود القانون الخاص، سواء فيما يتعلق بإجراءات وطرق اختيار المتعاقد معها وإبرام العقد، أو الآثار المترتبة عليه أو تنفيذه، أو انتهائه.

ومن أبرز هذه الاختلافات ما يتعلق بالآثار المترتبة على العقد الإداري وتنفيذه وإنهائه وسلطات الإدارة في كل ذلك<sup>(١)</sup>، ومن هذه الزاوية تظهر جليا وبشكل واضح خصوصية وذاتية العقود الإدارية وتميزها، بل واختلافها بشكل جوهري عن العقود المدنية. فبينما نجد أن العقود المدنية بحكمها مبدأ المساواة *Le principe d'égalité* بين طرفيها، فلا تمييز لأحدهما في مواجهة الآخر، نجد أنه في العقود الإدارية لا تطبق مبدأ المساواة، أو على الأقل لا يطبق بذات المعنى ولا القدر المعروف بهما في القانون الخاص، وإنما يكون لأحد طرفي العقد وهو الإدارة وضع متميز بل وفي مركز الأقوى في مواجهة الطرف الآخر.

وبينما نجد أن العقود المدنية تقوم أساساً على التوازن *L'équilibre* بين الحقوق والالتزامات الناشئة عنه بالنسبة للطرفين، نجد أنه في العقود الإدارية لا يتحقق هذا التوازن بذات القدر المعروف به في عقود القانون الخاص، وإنما ترجح

(١) راجع: د. سعاد الشرقاري، العقود الإدارية، الجزء الثاني، تنفيذ العقد الإداري، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨.

غالباً كفة أحد طرفي العقد وهو الإدارة على حساب كفة الطرف الآخر المتعاقد معها بل ولها في مواجهته سلطات كبيرة.

وبينما تقوم عقود القانون الخاص على مبدأ أن العقد شرعية المتعاقدين *contrat est la loi des parties* نجد أنه في العقود الإدارية، لا يطبق هذا المبدأ بذات القدر، حيث إن أحد الطرفين - وهو الإدارة - يستطيع إدخال تعديلات على العقد من جانب واحد، حتى ولو اعترض الطرف الآخر ولم يوافق على مثل هذه التعديلات، وذلك في حدود معينة ووفق شروط وضوابط محددة مع الالتزام بتعويض الطرف الآخر مقابل ما يتحملة من مجهود أو تكاليف لتنفيذ التعديلات التي أجرتها الإدارة من جانبها فقط<sup>(١)</sup>. وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته أو تقاعسه عن تنفيذ ما أتفق عليه، وأهم هذه الجزاءات هي: الغرامات المالية والتهديدية *les astreintes* والتنفيذ على الحساب في حالة امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه، والفسخ *la résiliation* إذا أخل المتعاقد مع الإدارة إخلالاً جسيماً بأحد التزاماته الجوهرية. وسلطة الإدارة في إنهاء العقد من طرف واحد حتى دون إخلال من جانب المتعاقد معها، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، مع تعويض المتعاقد معها لما أصابه من أضرار نتيجة لذلك.

وفي المقابل فإن المتعاقد مع الإدارة يتمتع ببعض الحقوق والمزايا الغريبة عن نظام العقود في القانون الخاص، مثل حقه في الحصول على تعويضات معينة والتوازن المالي في عقده في حالات معينة *Indemnisation et équilibre financier*<sup>(٢)</sup> مثل وجود صعوبات مادية غير متوقعة<sup>(٣)</sup>، ولم يكن من الممكن توقعها وقت إبرام العقد، ولم يتم الاتفاق على أن يتحملها المتعاقد مع الإدارة، ومثل ما يعرف بفعل الأمير *le fait de prince*، وكذلك الظروف الطارئة *l'imprévision*. بل وتمتعه في بعض العقود باستخدام بعض امتيازات القانون العام، كما هو الحال في عقد امتياز

(١) انظر د. عصمت عبدالله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، ١٩٩٧، ص ١٥٠.

(٢) انظر: د. سعاد الشرفاوي، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها.

(٣) انظر: د. أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، عدد سبتمبر/أكتوبر ١٩٧٨، ص ٨٢٣.

## أو التزام المرفق العام Concession de service public.

وكل هذه الآثار والأحكام والقواعد لا يوجد مثيل لها في نطاق عقود القانون الخاص.

ووفق حجة الاتجاه المعارض لتطبيق التحكيم في مجال العقود الإدارية، فإن اللجوء إلى التحكيم يتعارض - بل ويصطدم بشدة - مع الأسس التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية والنظام القانوني الذي تخضع له. وذلك لأن التحكيم يقوم على أساس المساواة بين أطراف النزاع وعدم تمييز أحدهما على الآخر، فطرفا النزاع يقفان على قدم المساواة أمام التحكيم أيا كانت طبيعة كل طرف، أي حتى ولو كان أحد الطرفين هو الدولة ذاتها أو إحدى سلطاتها العامة، فهي أمام المحكم تتساوى مع الطرف الآخر حتى ولو كان فرد عادي أو شركة خاصة، فليس لها أمام هيئة التحكيم أي وضع متميز أو أي امتيازات في مواجهة الطرف الآخر.

والتحكيم يطبق - عادة - القواعد المتعارف عليها في كل التعاقدات والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها العقود الخاصة، وأهم هذه المبادئ والأسس هي؛ مبدأ المساواة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وهي مبادئ وأسس لا تتفق مع طبيعة العقد الإداري، ولا مع الأسس والمبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد الإدارة المعروفة والثابتة في القانون الإداري.

ومؤدى أعمال التحكيم في مجال العقود الإدارية انهيار النظرية التي تقوم عليها هذه العقود برمتها، لأن التحكيم لن يعترف بحق الدولة في الإشراف على تنفيذ العقد ومتابعته، ولا بحقها في إمكان إدخال تعديلات من جانب واحد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا بحقها في توقيع جزاءات في حالة إخلال المتعاقد معها بأحد التزاماته، ولا بفسخ العقد من جانب واحد إذا أخل المتعاقد معها بأحد التزاماته الأساسية، أو حتى دون إخلال من جانبه وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة إنهاء العقد.

ولن يعترف أيضاً بحق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويضات وتحقيق

التوازن المالي في عقده في حالات مثل الصعوبات المادية وفعل الأمير والظروف الطارئة.

غالباً ما تطبق هيئات التحكيم القواعد العادية المتعارف عليها في العقود، وهي غالباً ما تنتمي إلى نظرية العقود المدنية والتجارية وليست إلى نظرية العقود الإدارية، مما لا يتفق مع الوضع المتميز الذي يتعين أن تكون فيه الدولة باعتبارها تمثل المصلحة العامة، وليس المصلحة الخاصة كما هو الحال في عقود القانون الخاص.

ومن الأمثلة التي تؤكد ذلك، النزاع الذي عرض على هيئة التحكيم الدولية في باريس، والذي عُقدت جلساتها بخصوصه في الفترة من ١٥ وحتى ١٨ نوفمبر ١٩٩٩، وكان بين الشركة الإنجليزية (وينا) ضد الحكومة المصرية.

وكان موضوع النزاع يتمثل في أن الحكومة المصرية (ممثلة في شركة الفنادق المصرية) كانت قد تعاقبت مع شركة (وينا) الإنجليزية لتطوير وتحديث فندق النيل والأقصر، وكان قد تم الاتفاق على تحديد مدة معينة تقدم خلالها الشركة الإنجليزية خططها لتطوير هذين الفندقين، وانقضت المدة المتفق عليها، ولم تقدم الشركة الإنجليزية خطة التطوير، كما لم تقدم أي دلالة على بدء العمل، مما دفع الحكومة المصرية ممثلة في شركة الفنادق المصرية بفسخ العقد المبرم بينها وبين الشركة من جانب واحد، فقامت الشركة الإنجليزية بمطالبة الشركة المصرية بتعويض قدره ٥٨ مليون جنيه إسترليني وكانت قد نظرت أولاً أمام مركز تحكيم منازعات الاستثمار بواشنطن.

وقد قدم رئيس هيئة قضايا الدولة المستشار إبراهيم رفعت مذكرة أوضح فيها أن الحكومة المصرية لم تخطئ في فسخ العقد المبرم بين الشركة الإنجليزية وشركة الفنادق المصرية نظراً لإخلال الشركة الإنجليزية بالتزامها الأساسي والجوهري بتقديم خطة التطوير المتفق عليها، بل ولم تقم بتنفيذ التزامها خلال المدة المتفق عليها، مما يعد إخلالاً بالعقد المبرم، ولا يحق لها المطالبة بالتعويض عن هذا الفسخ من

جانب واحد<sup>(١)</sup>.

هذه هي أهم الحجج التي أستخدم عليها الاتجاه المعارض لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

## المبحث الثاني

### أنصار الاتجاه المعارض

#### إمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

نستطيع أن نضع في هذا الاتجاه: أولاً بعض القضاء الإداري في مصر والقضاء في الكويت، ثم ثانياً بعض الفقه في مصر كل من مصر والكويت، وثالثاً وأخيراً الموقف السلبي للتشريع في مصر قبل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، وفي الكويت قبل النصوص التي سمحت به.

ونعرض لأنصار هذا الاتجاه بالترتيب السابق بيانه.

أولاً: بعض القضاء في مصر والقضاء في الكويت:

سنبحث هنا بعض القضاء الرافض للجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

في مصر، ثم القضاء في الكويت.

(١) بعض أحكام القضاء الإداري وفتاوى مجلس الدولة في مصر:

رفضت بعض أحكام القضاء الإداري في مصر لجوء أشخاص القانون العام

إلى التحكيم في العقود الإدارية.

كما نحت إلى ذات الاتجاه بعض فتاوى مجلس الدولة.

١- بعض أحكام القضاء الإداري:

قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة

١٩٩٧، قضت المحكمة الإدارية العليا بعدم إمكان لجوء أشخاص القانون العام

للتحكيم في مجال العقود الإدارية التي تبرمها، وقضت ببطلان الاتفاق على التحكيم

في هذه العقود.

(١) منشور في جريدة الأهرام القاهرية، بتاريخ ٢٩ أكتوبر ١٩٩٩، ص ٢٩.

وأُسست المحكمة حكمها على الحجة القائلة بأن قضاء مجلس الدولة هو المختص دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وفقاً للقانون. ووضح ذلك في حكمها الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٩٠<sup>(١)</sup>، في قضية بين الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية ووزير الإسكان والمرافق وآخرين.

وكانت القضية تتلخص في أن عقد امتياز بخصوص هضبة المقطم كان قد أبرم بين الشركة والوزارة، وكان ينص في بنده الخامس على أن أي خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الاتفاقات بينهما وشروط التنازل يُفصل فيه عن طريق التحكيم، وكان العقد قد حدد تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، مُحكَّم يختاره كل طرف، ومحكم ثالث يختاره المحكمان الآخران، ونص على أن تكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن فيها أمام المحاكم المصرية بالطرق التي رسمها القانون.

ولما حدث خلاف بين الشركة والوزارة، طالبت الشركة بإحالة الخلاف إلى هيئة التحكيم المنصوص عليها في العقد واختارت مُحكَّم من طرفها كما ينص العقد، ولكن الوزارة امتنعت عن اختيار مُحكَّمها وعن إحالة الخلاف إلى هيئة التحكيم المتفق عليها.

فرفعت الشركة دعوى إلى محكمة القضاء الإداري مطالبة بالحكم بإلزام وزير الإسكان بصفته بتعيين محكم من الوزارة في هيئة التحكيم المنصوص عليها في العقد. وقضت لها بالفعل محكمة القضاء الإداري بما طلبت، فطعنت الوزارة في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، التي حكمت بإلغاء الحكم.

لأن قانون مجلس الدولة نص: "على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره من المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والإشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر، ومن ثم فإنه ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق المشار إليه بما لا يهدم خصائص العقد الإداري ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر

(١) المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٠، طعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ قضائية.

المنازعات المتعلقة بذلك العقد، إذ أن اختصاص المجلس ورد في قانون موضوعي أي كقاعدة عامة.. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون»<sup>(١)</sup>.

وقد سارت أحكام القضاء الإداري بعد هذا الحكم على نهج المحكمة الإدارية العليا في رفض التحكيم في العقود الإدارية.

من ذلك مثلا حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٩٠، والذي رفضت فيه الدفع بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لاختصاص هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد موضوع النزاع.

واستندت المحكمة في ذلك إلى أن قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد نص في المادة العاشرة منه على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: (أولاً) ..... (حادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر، ومفاد ذلك أن محاكم مجلس الدولة هي الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وهذا الاختصاص وارد كقاعدة عامة في قانون موضوعي، وعلى ذلك فلا يجوز أن يخالف العمل الإداري أحكام القانون، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا. وعليه فلا يحق للجهة الإدارية أن تأتي وتضمن العقد الإداري الذي تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم. إذ يتعين الالتفات عن هذا النص وإعمال أحكام القانون التي أناطت الاختصاص بذلك إلى مجلس الدولة دون غيره»<sup>(٢)</sup>.

وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٩١، في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي المقام أسفل قناة السويس، والتي كانت رفعتها وزارة التعمير ضد الشركة التي قامت بتنفيذ المشروع بعد ظهور عيوب وتشققات في النفق أدت إلى تسرب مياه قناة السويس إلى النفق، وكان مهدداً بالانهيار مما دعي الحكومة إلى غلقه لحين ترميمه

(١) المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٠، طعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٣٢ قضائية، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٣.

(٢) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٩، طعن رقم ٥٨٣٧ لسنة ٤٤ قضائية.

وإصلاح العيوب به. وفي هذه القضية دفع محامي الشركة بعدم اختصاص القضاء المصري بنظر مثل هذا النزاع، وذلك لوجود شرط تحكيم متفق عليه في العقد، فالمختص بنظر هذا النزاع هو هيئة التحكيم المتفق عليها وليس القضاء الإداري بمصر.

وقد قضت المحكمة برفض الدفع وباختصاصها بنظر الدعوى وببطلان شرط التحكيم المتفق عليه في العقد، لأنه يسلب اختصاص قضاء مجلس الدولة، المختص الأصل دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية كما نص القانون<sup>(١)</sup>.

## ٢- بعض فتاوى مجلس الدولة:

ذهبت بعض الفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة في مصر - حتى بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - إلى عدم جواز لجوء الإدارة للتحكيم في عقودها الإدارية، وذلك لأن القضاء هو صاحب الولاية العامة لنظر النزاعات الناشئة عن هذه العقود، ولجوء الإدارة إليه هو استعمال طبيعي لحق التقاضي.

من ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة في ١٨ ديسمبر عام ١٩٩٦.

وكانت تتعلق بمشروع عقد مزعم إبرامه بين المجلس الأعلى للآثار وشركة جانتسير سلفر نايت البريطانية، للقيام بالأعمال التكميلية لأعمال إعداد الموقع الخارجي لمتحف آثار النوبة بأسوان، وكذلك مشروع عقد استكمال بعض الأعمال الخاصة بالمتحف ذاته.

وكان مشروعاً هذين العقدين قد عُرضاً على إحدى لجان الفتوى المختصة - وهي اللجنة الثانية بقسم الفتوى بمجلس الدولة - لمراجعة بنودهما وإيداء الرأي فيهما كما ينص القانون.

وعند مراجعة اللجنة لمشروع العقدين في جلستها المنعقدة في ٣٠ أكتوبر ١٩٩٦، وجدت أن هناك بنداً في كل عقد - وهو البند السادس عشر من العقد الأول

(١) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٩١/١/٣٠، دعوى رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ قضائية.

والبند الثاني والعشرون من العقد الثاني - ينص على اللجوء إلى مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي لفض أي منازعات قد تنشأ عن العقد.

وقد كانت اللجنة ترى ضرورة حذف مثل هذا البند، اتساقاً مع اتجاه القضاء الإداري في ذلك الذي قضى بعدم جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، ولما كان مثل هذا الرأي لا يتسق مع ما ارتأته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتاوى سابقة لها، رأت اللجنة أنه من الأنسب والأكثر ملاءمة عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لإصدار فتوى في الموضوع.

وبالفعل درست الجمعية العمومية الموضوع من جميع جوانبه وأصدرت فتواها بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، والآخذ في الاعتبار موقف القضاء الإداري الراض للجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، وبعد مراجعة فتواها السابقة، وبعد استعراض أحكام قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وأقامت فتواها على أساس تنافي طبيعة العقد الإداري مع اتفاق التحكيم، على خلاف العقود المدنية التي تواءم طبيعتها مع مثل هذا الاتفاق.

فإذا كانت إرادة الأطراف في العقود المدنية حرة - وهذا هو الأصل فيها - فإن الإرادة في مجال القانون العام - سواء بالنسبة لإصدار القرارات الإدارية أو إبرام العقود الإدارية - فهي مقيدة وهذا هو الأصل فيها.

وحتى تستكمل الإرادة في مجال القانون العام شروط صلاحيتها، يتعين أن يكون هناك تفويض وفق مسوغ تشريعي يجيز لها إجراء مثل هذه التصرفات.

ولم يرد مثل هذا التفويض حتى في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الذي صدر أساساً ليعالج المسائل المدنية والتجارية.

ونظراً لأهمية هذه الفتوى في موضوع مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإننا نورد بعض المقطعات منها:

".. إن لجوء جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجورها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد

الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها، وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي... ويظهر مما سبق جميعه مدى التباين والتنافي بين العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية وبين اتفاق التحكيم... والحاصل أن التحكيم كما تشير المادة الرابعة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ هو اتفاق بين طرفي نزاع "بإرادتهما الحرة" والأصل حرية الإرادة في العقود المدنية، ولكن الأصل هو تقييد الإرادة في مسائل القانون العام؛ قرارات كانت أو عقود إدارية.

والإرادة تستكمل حريتها بتوفر شرائطها.. وإرادة الجهات العامة إنما تجرى كلها تفويضا وفق مسوغ تشريعي مجيز ولا بد من توافره لإعمال الولايات العامة.

وفيما يتعلق بالمسألة المثارة أن مشروعا أعد أصلا لينظم التحكيم في المنازعات الدولية ثم ورد استحسانا أن يتضمن تنظيما عاما للتحكيم في المنازعات الدولية والداخلية ليحل محل مواد قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم، فالقانون أساسا صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية، وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم المنظم بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، إن هذا القانون في أي من مراحل إعداده وحتى صدوره لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية له<sup>(١)</sup>.

#### ب) قضاء التمييز في الكويت:

حسنت محكمة التمييز مسألة الاختصاص في منازعات العقود الإدارية، وذلك في أحكامها المتواترة المستقرة على عدم (الاختصاص الولائي) بهذه المنازعات لهيئات التحكيم القضائي، واختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها بها،

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، بتاريخ ٢٢ فبراير ١٩٩٧، ملف رقم ١٦٠/٣٣٩/٥٤، المختار في فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسين عاما، إصدار المكتب الفني، مجلس الدولة، بمناسبة العيد الذهبي للمجلس ١٩٤٧-١٩٩٧، ص ٧٨٩.

وذلك لتعلق هذا الاختصاص بهذا النوع من المنازعات بالنظام العام<sup>(١)</sup>.

ثانياً: بعض الفقه في مصر والكويت:

نعرض بعض الآراء في مصر ثم في الكويت.

(أ) في مصر:

في مصر فإننا نجد هناك بعض الآراء التي تعارض التحكيم في العقود الإدارية.

يأتي على رأس هذا الاتجاه الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - رحمه الله - حيث يرى أن الاتفاق على التحكيم في مجال العقود الإدارية يؤدي إلى تعديل في قواعد الاختصاص المنظمة للولاية القضائية لمجلس الدولة، وهذه القواعد قد وردت في قانون فلا يجوز تعديلها إلا بقانون مثله وليس بقرار أو بعقد<sup>(٢)</sup>، أي لا يجوز أن يتم مثل هذا التعديل إلا بأداة قانونية المقولين في القوة والمرتبة للأداة التي نظمت اختصاص محاكم مجلس الدولة<sup>(٣)</sup>.

فطبقاً للمبادئ العامة للتحكيم - سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العام - فإنه من المسلم أن المشرع إذا لم ينص على جواز التحكيم وجواز تنفيذ حكم المحكمين فإن إرادة الخصوم وحدها لا تكفي لخلقها، لأن من أخص واجبات الدولة إقامة العدل بين الأشخاص، والفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم، والدولة من ناحية أخرى لها وحدها حق فرض هذه العدالة، فلا يملك أحد أن يرفض تدخلها أو أن يتحرر من سلطانها، لأن القضاء هو مظهر سيادتها. وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن التحكيم الاختياري يقوم على أساسين يتعين توافرها معاً لمشروعيتها، هذا الأساسان هما: إرادة الخصوم من ناحية وإقرار المشرع لهذه الإرادة من ناحية أخرى، بحيث إذا تخلف أي من هذين

(١) راجع في ذلك على سبيل المثال: حكمها الصادر بتاريخ ١٥/٣/١٩٩٨ في الطعن رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧ تجاري، مجلة القضاء والقانون السنة ٢٦، الجزء الأول ص ١٩٩، وبتاريخ ٢٠٠٥/٢/٥، في الطعن رقم ٤٣١ لسنة ١٩٩٩ تجاري/إداري، مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٨، الجزء الأول، وبتاريخ ١٣/١٠/٢٠٠٢ في الطعن رقم ٧٨٢ لسنة ٢٠٠١ مجلة القضاء والقانون السنة ٣٠ الجزء الثاني ص ١٢٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٨٤، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٣) د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢، جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٠، مجلة العلوم الإدارية ١٩٩١، العدد ٣٣، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٣٢، ٣٣٩.

الأساسيين أضحى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم الاختياري مفتقداً لشرعيته<sup>(١)</sup>.

ب) في الكويت:

يرى البعض أن اللجوء إلى التحكيم العادي لفض منازعات العقود الإدارية غير جائز لتعلق ذلك بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز فيها الصلح، كما لا يجوز فيها التحكيم بالتبعية.

وأبرز حجج وأسانيد هذا الرأي تتمثل فيما يلي:

١. إن المسائل المتعلقة بالنظام العام لا تدخل في نطاق اختصاص التحكيم، نظراً لاختصاص قضاء الدولة بكل ما يتعلق بهذا النظام، ولا يجوز أن يُسند حل المنازعات المتصلة به إلى محكمين من الأفراد العاديين. ذلك أن:

• المادة ١٧٣ من المرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تنص في الفقرة الثالثة منها على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح...".

• المادة ٥٥٤ من المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني التي تنص على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها".

٢. إن المختص الأصيل والوحيد بنظر المنازعات الإدارية هو الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، ذلك أن المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء هذه الدائرة، قد حددت المسائل التي تختص بها ونصت على أن تختص هذه الدائرة "دون غيرها" بهذه المسائل.

ويرى البعض أن سند هذا الاختصاص الحصري هو المادة ١٦٩ من الدستور

(١) د. محمد منير كمال، المرجع السابق، ص ٣٢٥، وفي ذات المعنى، د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة ١٩٨٣، ص ١٦.

الكويتي التي تنص على أن: "ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة، يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري، شاملا ولاية الإلغاء والتعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون". وبناء عليه فلا يجوز للمشرع العادي تقييد اختصاص الدائرة الإدارية ونزع بعض الاختصاصات منها ومنحها لجهة أخرى سواء كانت قضائية أو غير قضائية<sup>(١)</sup>.

ويرى البعض الآخر عدم اختصاص هيئات التحكيم القضائي في المنازعات الإدارية، نظرا للاختصاص الحصري بها المحجوز للدائرة الإدارية وفقا لحكم المادة ١٦٩ من الدستور والمادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء الدائرة الإدارية<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: التشريع في مصر والكويت:

نعرض الموقف السلبي للتشريع في مصر قبل القانون رقم ٢٧ لسنة

١٩٩٤ وتعديله بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، ثم موقف التشريع في الكويت

(أ) الموقف السلبي للتشريع المصري:

نستطيع أن نقرر أنه في نطاق القانون الإداري - وقبل صدور قانون التحكيم العام رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ - لم تتعرض النصوص في مصر لموضوع التحكيم في العقود الإدارية، فلم ترد نصوص تحرمه أو تبيحه.

أما في نطاق القانون الخاص، فقد نظم موضوع التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨<sup>(٣)</sup>، في الكتاب الثالث منه بعنوان: إجراءات وخصومات متنوعة، في الباب الثالث منه بعنوان: التحكيم.

ثم أصدر المشرع قانونا خاص بموضوع التحكيم وهو القانون رقم ٢٧ لسنة

(١) راجع د/ عثمان عبد الملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين - دراسة مقارنة، مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٦ ص ٢٧.

(٢) راجع د/ عزيزة الشريف، تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، ١٩ العدد الثاني.

(٣) المنشور في الجريدة الرسمية في العدد ١٩ منها، الصادر في ١٩٦٨/٥/٩ المواد من ٥٠١ حتى ٥١٣.

١٩٩٤، وقد أُلغى به المواد من ٥٠١ حتى ٥١٣ الخاصة بالتحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ولم تتعرض هذه النصوص للتحكيم في العقود الإدارية.

وقد استقر الرأي في ظل هذه النصوص على عدم تطبيقها على العقود الإدارية، وإنما تطبق فقط على عقود القانون الخاص.

وظل الوضع كذلك حتى حسمها القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وأخضع العقود الإدارية للتحكيم، كما سنرى تفصيلاً في الفصل الثاني.

#### ب) موقف التشريع في الكويت:

وضع مجلس الوزراء الكويتي المبدأ العام في موضوع التحكيم في عقود الجهات الحكومية والمؤسسات العامة والشركات المملوكة بالكامل للدولة، وذلك عام ١٩٨٨ بقراره رقم ١١ الصادر في اجتماعه رقم (٨٨/١٤)، المعدّل بالقرار رقم ٤٢٤ الصادر في اجتماعه رقم (٩٠/٢٠)، حيث قرر عدم جواز النص في العقود التي تبرمها الجهات الحكومية والمؤسسات العامة والشركات المملوكة للدولة ملكية كاملة مع المقاولين الأجانب لتنفيذ المشاريع المحلية، على اللجوء إلى التحكيم الدولي أو التحكيم المحلي، واشترط أن يُنص صراحة في شروط هذه العقود على اختصاص القضاء الكويتي بالفصل في أي نزاع ينشأ عنها، وأن القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات.

ولم يستثن من حظر النص على التحكيم في هذه العقود سوى حالة (الضرورة القصوى)، كما أحاط هذا الاستثناء بعدة شروط وقيود وضوابط، تختلف حسب ما إذا كان العقد ذا طابع محلي أو دولي، على النحو التالي:

أ) في حالة العقد ذي الطابع المحلي الداخلي، نفرق بين نوعين من التحكيم:

١. التحكيم العادي: لا يجوز اللجوء إليه في هذا النوع من العقود، حيث إن الاختصاص بالمنازعات المتعلقة به محجوز حصرياً للدوائر الإدارية في القضاء الرسمي للدولة.

٢. التحكيم القضائي: فإنه يجوز اللجوء إلى هيئات التحكيم القضائي فيما يدخل في اختصاصها، وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية، والقانون رقم ١٠٢ لسنة ٢٠١٣، المعدّل للمادة الثانية وغيرها من تشريعات تشجيع الاستثمار والشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولكن بشرط موافقة الوزير المعني، ووجود نص يجيز له ذلك.

(ب) في حالة العقد ذي الطابع الدولي:

يجوز اللجوء إلى التحكيم وفق الحدود والضوابط والقيود، التي تضمنها قرار مجلس الوزراء رقم ١١ الصادر في جلسته رقم (١٨٨/١٤) المعدّل بالقرار رقم ٤٢٤ الصادر في اجتماعه رقم (٩٠/٢٠)، والتي من أبرزها ما يلي:

١. أن يتعلق الأمر بمشاركة تحكيم وليس بشرط تحكيم.
٢. أن تكون هناك حالة ضرورة قصوى، تنشأ عن طبيعة العقد وظروفه، وتفرض على الجهة الحكومية قبول التحكيم الدولي.
٣. ضرورة تقديم الجهة الحكومية المعنية مذكرة مشفوعة برأي إدارة الفتوى والتشريع إلى مجلس الوزراء.
٤. موافقة مجلس الوزراء على مشاركة التحكيم. وبالطبع فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية لمجلس الوزراء، سواء بالموافقة أو بالرفض أو بوضع شروط أو قيود أو حدود لإدراج شرط التحكيم في العقد المطروح.
٥. عدم جواز تفويض اختصاص مجلس الوزراء في هذا الشأن<sup>(١)</sup>.

إذاً فحتى الآن ليس هناك مبدأ عام يسمح لأشخاص القانون العام في الكويت باللجوء إلى التحكيم في تعاقدها الإدارية. بل إن ذلك يمثل استثناءً على المبدأ العام وهو الحظر.

(١) انظر د/ عبد الله حباب الرشيد، العقود الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ٥٣٣.

## الفصل الثاني

### الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم

#### في مجال العقود الإدارية وحججه وأنصاره في مصر والكويت

على نقيض الاتجاه السابق، فقد ذهب اتجاه آخر إلى إمكان لجوء أشخاص القانون العام إلى الاتفاق على التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية التي تبرمها. وقد استند هذا الاتجاه إلى عدة حجج وأسانيد. كما أن لهذا الاتجاه أنصار سواء في القضاء أو في الفقه أو حتى على مستوى النصوص التشريعية سواء في مصر أو في الكويت.

وسنعرض في هذا الفصل حجج وأسانيد هذا الاتجاه، وأنصاره المؤيدين له وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: حجج وأسانيد الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المبحث الثاني: أنصار الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

## المبحث الأول

### حجج وأسانيد الاتجاه المؤيد

#### إمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

إلى جانب المزايا والفوائد العديدة للتحكيم التي تساق بصفة عامة، مثل البساطة والسهولة والمرونة والسرعة، وتوفير الجهد والوقت والمال، والمحافظة على العلاقات الطيبة بين أطراف النزاع والمحافظة على أسرارهم، وتوفير الثقة والطمأنينة والخبرة والتخصص، وتجنب المنازعات قبل وقوعها، بالإضافة على تخفيف العبء عن كاهل القضاء الداخلي، والتي أستند إليها كثير من المؤيدين للجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، فقد أستند أنصار الاتجاه المؤيد للتحكيم إلى بعض الحجج والأسانيد الخاصة بالقانون العام أو الإداري والعقود الإدارية بالتحديد.

وتتمثل أهم هذه الحجج فيما يلي:

أولاً: عدم وجود مصدر أو أصل لرفض التحكيم في العقود الإدارية.

ثانياً: عدم وجود تنافر بين التحكيم والقانون العام، حيث ذهب البعض إلى القول بأنه لا يوجد تعارض أو تنافر جذري بين التحكيم والقانون العام. وإن كان الاثنان يكونان معاً بحسب العادة زواجاً سيئاً.

## المبحث الثاني

### أنصار الاتجاه المؤيد

#### إمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

نجد تأييداً لهذا الاتجاه في القضاء والفقهاء والتشريع سواء في مصر أو في الكويت.

أولاً: في نطاق القضاء:

نجد تأييداً للجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية في أحكام القضاء العادي وبعض قرارات مجلس الدولة في مصر أو القضاء في الكويت.

(أ) القضاء في مصر:

نعرض موقف القضاء العادي ثم موقف مجلس الدولة.

#### ١ - بالنسبة للقضاء العادي:

يطبق القضاء العادي أساساً قواعد القانون الخاص على المنازعات التي تعرض عليه.

وبخصوص التحكيم فإنه يطبق قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية في هذا الشأن.

وقد سنحت للقضاء العادي فرصة النظر في قضية طرفها شخص من أشخاص القانون العام، وكانت تتعلق بالتحكيم.

وقد أصدر هذا القضاء حكمه بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد، رغم وجود شخص عام كطرف في العقد.

وقد صدر هذا الحكم - بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - من

محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧ في القضية رقم ٦٤ لسنة ١١٣ قضائية<sup>(١)</sup>.

وتتلخص واقعات هذه القضية في أن المجلس الأعلى للآثار، كان قد أبرم عقداً مع إحدى شركات المقاولات الإنجليزية للقيام ببعض الأعمال والإنشاءات، واتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء أي نزاع حول العقد، ولما حدث نزاع بينهما رفعت الشركة الأمر إلى هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد، وأصدرت هذه الهيئة حكماً لصالح الشركة، فطعن المجلس الأعلى للآثار في هذا الحكم بدعوى بطلان أقامها أمام المحكمة المختصة وهي محكمة استئناف القاهرة، وأسس المجلس دعواه على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين لعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

فأصدرت المحكمة حكمها الشهير الذي أثار جدلاً كبيراً برفض دعوى البطلان التي أقامها المجلس الأعلى للآثار، بل وقد وضعت مبدأ عاماً في ذلك، وهو صحة شرط التحكيم الذي تدرجه الدولة أو الأشخاص العامة سواء في عقودها المدنية أو الإدارية.

وقد أثار هذا الحكم جدلاً ونقاشاً كبيرين وردود أفعال حادة، نظراً لأن محكمة الاستئناف قد سارت في هذا الحكم في اتجاه معاكس لاتجاه القضاء الإداري الذي سبق وعرضناه، وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة، خاصة الفتوى الصادرة عنها في الشهر السابق مباشرة على صدور هذا الحكم، وهي الفتوى الصادرة في ٢٢ فبراير ١٩٩٧. والتي انتهت فيها الجمعية إلى بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية اتساقاً مع قضاء المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن.

وقد أسست محكمة استئناف القاهرة حكمها على الأسانيد التالية:

١. أن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تقضى صراحة

(١) وكانت هيئة المحكمة مشكلة من المستشار د. برهان أمر الله رئيس المحكمة والمستشارين حسن سلامة وأحمد جمال الدين عضوين.

بجواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع، وإن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ومذكرة اللجنة المشتركة من الشئون الدستورية والتشريعية والاقتصادية يقطع في الدلالة على قصد المشرع جواز اشتراط التحكيم في العقود الإدارية، وإن ذلك يتفق مع حكمة التشريع، وهي مواكبة الجهود الكبيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار وجذب رؤوس الأموال المستثمرة وإعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين العرب والأجانب، عن طريق تنظيم قواعد التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضاها.

٢. إن المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة تعترف ضمنا بشرط التحكيم والصالح في العقود الإدارية، وإنه لا يجوز الاستناد إلى نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة للقول بغير ذلك. لأن هذه المادة لم تقض بحظر شرط التحكيم في العقود الإدارية، وأن المقصود منها هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي، فضلا عن أن المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التحكيم قضت بإلغاء أي نص يخالف أحكامه.

٣. إن الوضع في التشريع المصري الذي يبيح التحكيم في العقود الإدارية يختلف عن الحال في دول أخرى، كفرنسا مثلا حيث يوجد نص تشريعي في قانونها المدني يحظر التحكيم الداخلي في بعض العقود الإدارية، بينما يقضى قانون فرنسي آخر صدر في ١٩ أغسطس ١٩٨٦ بإجازة التحكيم إذا تعلق الأمر بعلاقة الأشخاص العامة الفرنسية بشركات أجنبية بشأن مشروعات قومية.

٤. إن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في أحد العقود الإدارية، فضلا عن انعدام سنده القانوني، يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات

بحسن نية الذي لا يميز بين عقود مدنية وإدارية. كما يخالف المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي، من عدم جواز تحلل الدول أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استناداً إلى أي قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية.

وأخيراً، إن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في العقد المبرم من طرف أجنبي بدعوى عدم جواز شرط التحكيم في العقود الإدارية، من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الأشخاص العامة في مصداقيتها، ويرتب أبلغ الأضرار بفرص الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية.

وقد أثار هذا الحكم منذ صدوره جدلاً كبيراً وخلافاً حاداً في الرأي وردود فعل متباينة بين مؤيد ومعارض له.

فكرد فعلى فوري وحاد أصدرت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة<sup>(١)</sup> في الشهر التالي للشهر الذي صدر فيه هذا الحكم أي في شهر أبريل من عام ١٩٩٧، أصدرت فتوى أكدت بمقتضاها أن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ عن تنفيذ العقود الإدارية، وإنه لا يسوغ الاحتكام إلى محكمة غير مختصة بنظر المنازعات التي تنشأ في مجال العقود الإدارية، حيث إن هذا الاختصاص يعد اختصاصاً أصيلاً لمجلس الدولة دون غيره، وليست هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل في شيء من هذه المنازعات.

كما أنه من المقرر قانوناً أن حجية الأمر المقضي لا تثبت إلا أن يكون لجهة القضاء الولاية في الحكم الذي تصدره، فإن انتفت ولايتها لم يحز حكمها تلك الحجية. وانتهت اللجنة إلى وجوب تبصير الجهات الإدارية بفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الذي صدر مؤخراً بعدم صحة اشتراط التحكيم في العقود الإدارية، وضرورة التنبيه بعدم إدراج شرط التحكيم الاختياري في العقود أو الالتجاء إلى جهات غير مختصة لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية.

(١) برئاسة المستشار مصطفى الشامي.

وعلى النقيض من ذلك فقد اتجهت بعض الآراء إلى تأييد حكم محكمة الاستئناف ومدحه لدرجة أن أحد المحامين الفرنسيين أستند إلى هذا الحكم في مقال له نشره في مجلة التحكيم في فرنسا، وطالب بضرورة تعديل التشريع الفرنسي ليصبح على غرار القانون المصري (بعد صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي نص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية) الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم في هذه العقود سواء كان داخليا أو خارجياً<sup>(١)</sup>.

## ٢- بالنسبة لمجلس الدولة:

في مجلس الدولة المصري نجد هناك ظل لتأييد الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية في بعض الأحكام وبعض الفتاوى، رغم قلة، بل وندرة بل وحتى وحدانية الأحكام أو الفتاوى التي سارت في هذا الاتجاه.

## \*\* القضاء:

هناك حكم لمحكمة القضاء الإداري أقر بالتحكيم في العقود الإدارية.

وقد صدر هذا الحكم بتاريخ ١٨ مايو ١٩٨٦.

وتتلخص واقعات القضية التي صدر فيها هذا الحكم في إنه كان قد أبرم عقد امتياز هضبة المقطم بين إحدى الشركات (وكانت شركة أجنبية ثم آل الامتياز إلى شركة مصرية<sup>(٢)</sup>) وبين وزارة الشؤون البلدية والقروية (والتي حلت محلها وزارة التعمير والإسكان).

وكان البند خامساً من هذا العقد ينص على أن "كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الأحكام التي تضمنها الاتفاق وشروط قبول التنازل، يُفصل فيه عن طريق التحكيم وتؤلف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء يختار كل من الطرفين عضواً عنه، ويتولى هذان العضوان اختيار العضو الثالث، وتكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن فيها أمام المحاكم المصرية بالطرق التي رسمها القانون".

(١) انظر: Revue de l'Arbitrage, Décembre 1997

(٢) كان العقد الأصلي قد أبرم بين الشركة الأجنبية في ٩ نوفمبر ١٩٥٤ وفقاً للقانون رقم ٥٦٥ لسنة ١٩٥٤، ثم آل هنا الامتياز إلى الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات بمقتضى القانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٥٥، فأبرم اتفاق آخر بين هذه الشركة والوزارة ممثلة للحكومة في ١٤ أبريل ١٩٥٥.

ثم ثار نزاع حول هذا العقد، فطلبت الشركة من الوزارة عرض موضوع النزاع على هيئة التحكيم وتعيين محكم ممثل للحكومة المصرية في هيئة التحكيم طبقاً للبند خامساً من العقد المبرم بينهما، وقامت الشركة بتعيين المحكم الذي يمثلها في هيئة التحكيم.

فالتزمت الوزارة الصمت حيال هذا الطلب، وبعد مرور الميعاد القانوني الذي كان يتعين على الوزارة الرد فيه على طلب الشركة. اعتبرت الشركة أن سكوت الإدارة هو قرار ضمني بالرفض، كما تقضى القواعد القانونية، فتقدمت بطلب إلى محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ القرار السلبي للوزارة بالامتناع عن إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم وعن تعيين محكم ممثل للحكومة المصرية في هيئة التحكيم.

فأصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها بتاريخ ١٨ مايو ١٩٨٦ بوقف تنفيذ القرار السلبي<sup>(١)</sup>.

ويعنى هذا الحكم أن محكمة القضاء الإداري قد اعترفت وأقرت بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد الإداري<sup>(٢)</sup>.

### \*\* الفتوى:

ذهبت بعض فتاوى مجلس الدولة إلى جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، حتى قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

من ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة في ١٧ مايو ١٩٨٩<sup>(٣)</sup>.

في هذه الفتوى استعرضت الجمعية العمومية النصوص التي تتعلق باختصاص

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٨٦/٥/١٨، دعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ قضائية.  
(٢) وقد رأينا أن إدارة قضايا الدولة قد طعنت في هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، وأن هذه المحكمة قد قضت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري وقررت عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك في حكمها الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٩٠، وأن محكمة القضاء الإداري قد التزمت في قضائها اللاحق لهذا الحكم بالمبدأ الذي قرره المحكمة الإدارية العليا، مثال ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي دعوى رقم ٥٤٢٩ لسنة ٤٢ قضائية.  
(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧ ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤.

مجلس الدولة سواء في الدستور (دستور ١٩٧١) وبالتحديد المادتين ١٦٧، ١٧٢<sup>(١)</sup>، أو في قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وبالتحديد المادتين ١٠، ٥٨ منه. والمادة العاشرة تنص في البند حادي عشر منها على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر، والمادة ٥٨ في الفقرة الثالثة منها تنص على أنه: "ولا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

وبعد استعراض هذه المواد انتهت الجمعية العمومية إلى القول بأن الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ تقطع صراحة بجواز التجاء الإدارة إلى التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها سواء كانت إدارية أو مدنية. لأنه لو كان التحكيم أمراً محظوراً على الإدارة ما كان المشرع ألزمها باستفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة في الحالات التي حددتها الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ والتي من بينها التحكيم وتنفيذ قرار المحكمين.

بل وذهبت هذه الفتوى إلى أبعد من ذلك، وهو أنه إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فإنه يتعين في ذلك الرجوع إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتي لا تتعارض مع الروابط الإدارية<sup>(٢)</sup>.

وقد أعقبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فتواها هذه بفتوى أخرى صادرة بتاريخ ٧ فبراير ١٩٩٣<sup>(٣)</sup>.

(١) وفقاً لنص المادة ١٦٧ من دستور ١٩٧١: "يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها، وينظم تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم"، ونص المادة ١٧٢ منه: "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى". وفي دستور ٢٠١٤ وردت النصوص الخاصة بالسلطة القضائية في المواد من ١٨٤ إلى ١٩٠ وهذه المادة الأخيرة تخص مجلس الدولة،

GAZIER, Conclusions, sur l'arrêt du Conseil d'État du 13 Décembre 1957, dans l'affaire de la société nationale de vente des surplus.D.1958, p.517

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، صادرة بتاريخ ١٩٩٣/٦/٧، ملف رقم ٣٠٧/١/٥٤.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، صادرة بتاريخ ١٩٩٣/٢/٧، ملف رقم ٣٠٧/١/٥٤.

والفتوى الثانية كانت تتعلق بعقد كان قد أبرم بين وزارة الأوقاف ومركز الأهرام للتنظيم والميكروفيلم، وتضمن بندا كان نصه كالتالي: "اتفق الطرفان على أن أي إخلال ينشأ أثناء تنفيذ هذا العقد - لا قدر الله - يبت فيه بالطرق الودية، فإن تعذر لجأ الطرفان إلى التحكيم".

وأكدت الجمعية في هذه الفتوى على فتواها السابقة والصادرة بتاريخ ١٧ مايو ١٩٨٩ والتي انتهت فيها بجواز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، على أساس أن التحكيم هو اتفاق على عرض النزاع أمام مُحكّم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم.

ولكنها اشترطت في الفتوى الثانية لصحة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، عدم استبعاد أعمال القواعد الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية عند نظر المنازعة المطروحة أمام التحكيم<sup>(١)</sup>.

(ب) إدارة الفتوى في الكويت:

١- إدارة الفتوى والتشريع:

باستطلاع آراء وفتاوى إدارة الفتوى والتشريع في الكويت نجد إنها تميل منذ بداية عهدنا إلى إجازة صحة شرط التحكيم العادي لنظر وفض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية<sup>(٢)</sup>، رغم صدور قرار مجلس الوزراء رقم ١١ الصادر عام ١٩٨٨ في اجتماعه رقم (٨٨/١٤) المعدّل بالقرار الصادر عام ١٩٩٠ رقم ٤٢٤ الصادر في اجتماعه رقم (٩٠/٢٠)، الذي حظر إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية على النحو السابق بيانه.

وقد استمر رأي الفتوى والتشريع بإجازة التحكيم في العقود الإدارية، بعد صدور

(١) وقد رأينا أن الجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة، قد عدلت عن رأيها بجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك في فتواها الصادرة في ٢٢ فبراير ١٩٩٧، التي قررت فيها عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، اتساقاً مع اتجاه القضاء الإداري في ذلك، وذلك قبل صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

(٢) انظر على سبيل المثال: الفتوى الصادرة بتاريخ ١٩٦٥/١/٤ رقم ف ت/٤١٨، مجموعة المبادئ التي قررتها الفتوى والتشريع خلال عشر سنوات من ١٥ سبتمبر ١٩٦٠ إلى ١٤ سبتمبر ١٩٧٠، ص ٤٨. والفتوى الصادرة بتاريخ ١٦ مارس ١٩٧٤، رقم ف ت/١٩٢٧/٢، مجموعة المبادئ التي قررتها خلال خمس سنوات من ١٥ سبتمبر ١٩٧٠ حتى ١٤ سبتمبر ١٩٧٥، المجموعة الثانية - ص ٧٢.

قانون المرافعات المدنية والتجارية بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، وقانون إنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١، الذي نص على اختصاص هذه الدائرة وحدها بمنازعات العقود الإدارية، وبعد صدور قانون التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، الذي نص في المادة ٢ منه على تختص هيئة التحكيم بـ: "٢- الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وبين الشركات التي تملك الدولة رأسمالها بالكامل، أو فيما بين هذه الشركات. ٣- الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم، وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء، وتنتظر الهيئة المنازعات التي تعرض عليها بغير رسوم".

ووفقا للفتوى الصادرة في ١٩٩٥/٧/٢٩<sup>(١)</sup>، عن إدارة الفتوى والتشريع، فإنها لا ترى تعارضا بين ورود شرط التحكيم في عقد إداري وبين الاختصاص القضائي سواء المنصوص عليه في قانون الدائرة الإدارية أو قانون التحكيم القضائي: "٢- ذلك أن اختصاص محكمة دون غيرها بنوع معين من المنازعات لا علاقة له بجواز التحكيم من عدم جوازه، فالمشرع عندما يحدد الاختصاص فإن الأمر لا يعني سوى أن محكمة من محاكم الدولة أكثر ملاءمة من غيرها لحل النزاع، أما عندما يلجأ الخصوم إلى المحكمين فإنهم لا يفضلون محكمة من محاكم الدولة على غيرها ولكنهم يودون حل النزاع بعيدا عن هذه المحاكم، وبالتالي لا يُعد ذلك منهم استبعادا اتفاقيا للاختصاص". وخلص رأي الفتوى إلى انه يجوز في عقود الأشغال العامة المبرمة بين الإدارة والمقاولين أن يلجأ الطرفان إلى التحكيم الوارد في نصوص العقد وطبقا للقواعد والإجراءات المبينة بالشروط العامة لهذه العقود، لحل النزاعات والخلافات

(١) رقم ١٨٠٠-٩٥/١٥٠/٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع في الفترة من يناير ١٩٩٠ حتى ديسمبر ٢٠٠٢، الجزء الأول، يناير ٢٠٠٥، ص ٣٩٩.

المتصلة بتفسير العقد الموقع منهما أو التي تنشأ عن تنفيذه.

ثانياً: في نطاق الفقه:

باستثناء بعض الآراء التي سبق عرضها في المبحث الثاني من الفصل السابق، فإن الفقه في مجموعه سواء في مصر أو الكويت، يؤيد إمكان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم للنظر والفصل في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية.

(أ) في مصر:

في مصر يتجه الرأي إلى تأييد إمكان لجوء الإدارة إلى التحكيم في عقودها الإدارية.

فالبعض عبر عن حيرته ودهشته من موقف الإدارة والمشرع في هذا الشأن. "حيرة تأتي من موقف الدولة والأشخاص العامة حين تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد - وكانت تستطيع أن ترفض ذلك، ويبقى للطرف الآخر في هذه الحالة إما قبول العقد دون شرط التحكيم أو عدم إبرام العقد - ثم بعد ذلك تنقض ما سبق ووافقت عليه، وبذلك ينطبق عليها القاعدة الأصولية التي تقول (من سعى إلى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه).

والدهشة من تقاعس المشرع عن التدخل واتخاذ موقف حاسم تجاه التحكيم في العقود الإدارية أيا كانت صورة هذا الموقف"<sup>(١)</sup>.

ففي الحالات التي عرضت على القضاء الإداري، كانت الإدارة قد قبلت بإرادتها شرط التحكيم في العقود الإدارية، وعند حدوث النزاع لجأت للقضاء والذي قضى باختصاصه بنظر النزاع<sup>(٢)</sup>.

والبعض حرص على الرد على الأسانيد التي استند إليها بعض المعارضين للتحكيم في العقود الإدارية، خاصة بعض نصوص الدستور وقانون مجلس الدولة.

(١) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٥٧ و٥٨، وهذا الرأي يتكلم عن المرفق قبل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، والذي نص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية كما سنرى.

(٢) د. جابر جاد نصار، ذات المرجع السابق، ص ٥٧ هامش (٢).

وتتمثل أهم ردود هذا البعض في النقاط التالية<sup>(١)</sup>:

١- أن المشرع لم يقصد سواء في النص في الدستور على استقلال مجلس الدولة وباختصاصه بالفصل في المنازعات الإدارية، أو في المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص في البند الحادي عشر منها على اختصاص المجلس بالفصل في منازعات العقود الإدارية، لم يقصد استبعاد التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وإنما قصد مجرد استبعاد اختصاص محاكم القضاء العادي بالفصل في تلك المنازعات.

والعبارة التي استهل بها المشرع نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة، وهي عبارة "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية (ومن بينها المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية) هذه العبارة تعني أن الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إنما ينعقد لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها من المحاكم العادية.

ومما يؤكد ذلك أن قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ نص في المادة ١/١٥ منه على أنه: "قيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا ما أسنتنى بنص خاص".

وواضح أن المادة ١/١٥ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ هما وجهان لعملة واحدة، ومن ثم يجب أن تفسر كل منهما في ضوء الأخرى، خاصة أن القانونين المذكورين صادران في تاريخ واحد (أول أكتوبر ١٩٧٢) ومنشوران في الجريدة الرسمية في العدد ذاته (العدد ٤٠ الصادر في ٥ أكتوبر ١٩٧٢)، مما يؤكد أن هاتين المادتين ترسمان معا حدود الاختصاص القضائي لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي، دون أن تتعرضا من قريب أو بعيد

(١) انظر: د. حبيب سليمان، تعقيب الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية جائز، منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٧/٦/١٤، صفحة ٩، باب "مع القانون".

لحظر التحكيم سواء في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي تختص بها محاكم مجلس الدولة بالفصل فيها، أو في غيرها من المنازعات التي تدخل في اختصاص المحاكم العادية.

٢- إن التحكيم باعتباره وسيلة أقرها المشرع وأجاز لطرفي العقد استثناء الاتفاق عليها للفصل فيما يثور بينهما من منازعات هو في الواقع - وبتعبير محكمة النقض في العديد من أحكامها - "سلب لهذا الاختصاص القضائي" المعهود سواء لمحاكم مجلس الدولة أو لمحاكم القضاء العادي. وهو بتعبير المحكمة الدستورية العليا بمثابة عزل المحاكم جميعاً من نظر المسائل التي يتناولها التحكيم استثناء من خضوعها أصلاً لها (حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥١٥ بجلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ منشور في الجريدة الرسمية العدد ٢ تاريخ ١٢ يناير ١٩٩٥).

وتأسيساً على ذلك فإنه يترتب على وجود شرط تحكيم في أي عقد من العقود سواء كان مدنياً أو إدارياً استبعاد الاختصاص القضائي للمحاكم بجميع أنواعها (محاكم القضاء العادي إذا كان العقد مدنياً ومحاكم مجلس الدولة إذا كان العقد إدارياً).

٣- أجاز المشرع صراحة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية منذ صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وهو ما يستفاد من المادة الأولى منه ومن مذكرته الإيضاحية، كما أكدته عبارات قاطعة تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية والاقتصادية عن مشروع القانون المذكور.

ويضيف البعض الآخر ردود وحجج أخرى، نذكر من أهمها<sup>(١)</sup>:

٤- أثبتت التجارب العملية نجاح دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية ومساهمته في تقليل المنازعات التي عرضت على المحاكم، وذلك في أثناء فترة تطبيق القانون رقم ١٢٥ الصادر في ٢٨ سبتمبر ١٩١٢ في فرنسا، والذي كان يجيز التحكيم في العقود الإدارية.

(١) أحمد صالح مخلوف، التحكيم جائز في منازعات العقود الإدارية، مقال منشور بجريدة الأهرام، في ١٩٩٧/٦/٢١ ب"ب مع القانون".

٥- أن هناك جانبا من العقود الإدارية يتسم بالطابع الدولي، وهي التي تكون مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، وتلك العقود تتضمن مصالح عديدة للإدارة، ويتحتم فيها شرط التحكيم إذ يتمسك به المتعاقد الأجنبي، حتى لا تكون الإدارة خصما وحكما في آن واحد *Partie et juge à la fois*، ولا ينبغي التضحية بمصالح الإدارة في هذه الحالة لمجرد رفض شرط التحكيم.

٦- إن اصطلاح العقود الإدارية الذي تعرفه مصر نقلا عن فرنسا لا يوجد في كثير من دول العالم، فالتشريعات الأنجلو سكسونية تعامل فيها العقود الإدارية والعقود المدنية على قدم المساواة، وكلاهما يخضع للأحكام ذاتها من الخضوع للتحكيم. "فالتحكيم هو أسلوب لفض المنازعات يقوم أساسا على إرادة الأطراف، ولا يمكن أن يفرض على الإدارة جبرا عنها، وإنما تلجأ إليه الأخير بمحض إرادتها، وهي إن فعلت ذلك تكون قد مارست حريتها التعاقدية، ومن ثم يتمتع عليها أن تتذرع فيما بعد بحصانيتها القضائية أو تتمسك بأي حجة أخرى".

وبعد فيجب النظر إلى التحكيم باعتباره أسلوبا يساعد القضاء في مهمة تحقيق العدالة، وليس باعتباره نظاما عدائيا له، ففي الأصل كان التحكيم، وشريعتنا الغراء قد دعت إلى الأخذ به فضلا عن ارتباط مصر بمعاهدات دولية في مجال تنفيذ أحكام التحكيم<sup>(١)</sup>.

(ب) في الكويت:

بالنسبة للبعض فإن التحكيم - وفقا للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي - يشمل منازعات العقود الإدارية، لأن المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية لم يتضمن نصا صريحا يمنع من ذلك<sup>(٢)</sup>.

ثالثا: في نطاق التشريع:

أجازت النصوص اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، ولكننا نستطيع

(١) أحمد صالح مخلوف، ذات المقال سابقة الإشارة إليه.  
(٢) د/سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، وفقا للقانون الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٧، ص ١٥٢.

أن نقرر وجود اختلاف في طريقة معالجة المشرع لهذا الموضوع في كل من مصر والكويت.

فبينما تطور التشريع في مصر من الصمت المطلق في موضوع التحكم في العقود الإدارية إلى السماح الكامل باللجوء إلى التحكم في مجال هذه العقود، مع بعض الضوابط البسيطة.

نجد أن التشريع في الكويت قد تطور من الحظر المطلق للجوء إلى التحكم في العقود الإدارية إلى الحظر النسبي، أي مع السماح باستثناءات خاصة تتقرر بنصوص صريحة وفي الحدود وبالشروط التي تضعها هذه النصوص فقط.

فبينما مازال المبدأ الأساسي أو القاعدة العامة المعمول بها في الكويت فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية هو عدم جواز اللجوء إلى التحكم فيها إلا بنص صريح وفي حدود ما يقرره هذا النص فقط، نجد أنه في مصر أصبح المبدأ أو القاعدة العامة هو جواز اللجوء إلى التحكم في مجال العقود الإدارية. ونعرض فيما يلي موقف المشرع في كل من مصر والكويت.

#### أ) التشريع في مصر:

التشريع المتعلق بالتحكيم في مصر تناوله المشرع على مرحلتين:

- ١- تنظيم جزئي ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية في الباب الثالث من الكتاب الثالث منه، في المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣.
- ٢- تنظيم كلي بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، وبهذا التنظيم ألغيت المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وأصبح بذلك هو القانون العام للتحكيم في مصر.

وبعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ثار التساؤل حول ما إذا

كان هذا القانون يسمح باللجوء إلى التحكم في العقود الإدارية أم لا.

واختلف الرأي حول الإجابة عن هذا التساؤل.

فهناك رأى ذهب إلى أن هذا القانون لا ينطبق على العقود الإدارية.  
وذهب رأى آخر على النقيض من ذلك أن هذا القانون ينطبق على العقود  
الإدارية.

وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام  
الاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا  
القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص  
أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم  
يجرى في مصر، أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجرى في الخارج واتفق أطرافه  
على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

وقد استند البعض<sup>(١)</sup> - كما سبق وعرضنا - إلى هذه المادة للقول بأن  
المشرع قد أجاز صراحة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية.  
وفى رأينا أن هذا الرأي تعوزه الدقة، لأن نص هذه المادة لا تجيز صراحة  
اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية كما ذهب هذا الرأي، وإنما تنص فقط على  
سريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو  
القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع.  
فالمادة لا تتعرض لمسألة جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود  
الإدارية، وإنما تقضى بسريان أحكام هذا القانون على التحكيم في حالة سبق  
الاتفاق عليه وفى حالة اللجوء إليه.

وبعد صدور حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧ -  
والذي أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية - أثار هذا الحكم جدلاً كثيراً  
كما رأينا وردود أفعال كبيرة، خاصة رفض مجلس الدولة متمثلاً في قضائه أو في  
إفتائه لمثل هذا الحكم، مما دفع الحكومة إلى تقديم مشروع قانون لتعديل قانون

(١) من ذلك حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧، سبق الإشارة إليه، د. حبيب سليمان، المقال المنشور في  
جريدة الأهرام في ١٤ يونيو ١٩٩٧.

التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ للنص صراحة على التحكيم في مجال العقود الإدارية، حسماً للخلاف ووضع حد للجدل الذي ثار بهذا الخصوص. وبالفعل تقدمت الحكومة بمشروع قانون في هذا الموضوع عارضه البعض، ولكن وافق عليه مجلس الشعب وصدر به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتاريخ ١٣ مايو ١٩٩٧<sup>(١)</sup>، الذي أضاف فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وقد نص قانون إصدار التعديل رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ في مادته الأولى على أن "تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية نصها كالتالي: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

ويرى البعض أنه بهذا النص قد حسم المشرع الأمر بشكل قطعي فسمح باللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، ولكنه اشترط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الاتفاق على التحكيم ولم يجز التفويض في ذلك.

ورغم هذا فقد ذهب البعض أن هذا (التعديل بالإضافة) قد يفتح الباب أمام إمكانية الطعن عليه بعدم الدستورية، وذلك لمخالفته للدستور التي تنص على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية، والتي من بينها بالطبع منازعات العقود الإدارية<sup>(٢)</sup>.

(١) منشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٠ تابع بتاريخ ١٥ مايو ١٩٩٧.  
(٢) انظر: د. بيومي محمد بيومي، جريدة الأهرام ١٩٩٧/٦/٧، ص ٢٩.  
وجدير بالذكر هنا أن المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت في ٦ نوفمبر ١٩٩٩ أول حكم بعدم دستورية نص من نصوص قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وهو نص المادة ١٩ (١) منه والذي كان يمنح الاختصاص بنظر طلب رد المحكمة إلى هيئة التحكيم ذاتها التي يكون المحكم عضواً فيها، وذلك لعدم جواز أن يكون القاضي أو المحكم خصماً وحكماً في ذات الوقت وعلى إثر هذا الحكم قام مجلس الشعب بنظر تعديل هذا النص، بحيث يحال الطلب إلى محكمة الاستئناف المختصة إذا لم ينتج المحكم المطلوب رده خلال ١٥ يوم من تقديم طلب الرد (انظر جريدة أخبار اليوم ٤ ديسمبر ١٩٩٩ ص ٧).

ويرفض البعض وجهة النظر هذه بالقول بأن التنويه بالطعن بعدم دستورية هذه الفقرة بدعوى مخالفتها للدستور هو طعن في غير محله، إذ لا يتعارض بين ما قررته هذه المادة من الدستور باعتبار أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة وبين اللجوء إلى التحكيم، وذلك لأن الاستقلال المقصود للمجلس هو تجاه غيره من الهيئات القضائية الأخرى، أما التحكيم فهو أسلوب لفض المنازعات يقوم أساسات على إرادة الطرفين، ولا يمكن أن يفرض على الإدارة جبراً عنها، وإنما تلجأ إليه الأخيرة بمحض إرادتها، وهي إن فعلت ذلك تكون قد مارست حريتها التعاقدية، ومن ثم يمتنع عليها أن تتذرع فيما بعد بحصانتها القضائية أو أن تتمسك بأي حجة أخرى<sup>(١)</sup>.

وأياً ما كان الجدل والخلاف فإن المشرع المصري قد أقر قاعدة إمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، فأصبحت قاعدة عامة يجوز اللجوء إليها في جميع العقود الإدارية بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه. ولا يستثنى من هذه القاعدة العامة إلا إذا لم يوافق الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على قبول شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم في عقد إداري معين. إذن فليست هناك عقبة تشريعية أمام اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في مصر.

وقد تأكد اتجاه التشريع في مصر إلى إمكان اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وذلك في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات والذي ألغى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣، فقد نص هذا القانون في الباب الرابع منه في المادة ٤٢ على أنه "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

وبهذا النص يرد المشرع على حجة البعض بعدم تطبيق قانون التحكيم رقم ٢٧

(١) أحمد صالح مخلوف، سابق الإشارة إليه، د. حبيب سليمان، سابق الإشارة إليه.

لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، على أساس أن هذه القوانين وردت أساساً لتنظيم التحكيم في المواد المدنية والتجارية، فلا تصلح للتطبيق على العقود الإدارية.

وكان التطور التشريعي قد أدى في مصر إلى تقرير القاعدة العامة بقبول الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، والتأكيد عليها في كل النصوص التي وردت بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، على خلاف التشريع في فرنسا الذي مازال يأخذ بالقاعدة العامة وهي الحظر إلا في حالات استثنائية معينة كما سبق وأن رأينا.

#### ب) التشريع في الكويت:

مر التشريع في الكويت بتطور هام، وقد تمثل هذا التطور في عدة مراحل. ورغم هذا التطور وهذه المراحل فإننا نستطيع أن نقرر أن المبدأ المعمول به والقاعدة الأصلية العامة، هي عدم جواز لجوء الأشخاص الاعتبارية للقانون العام إلى التحكيم إلا بنص صريح.

ورد النص على التحكيم في دولة الكويت في عدة نصوص وتشريعات سواء القديمة منها أو الحديثة، من ذلك مثلاً:

- لعل باكورة هذه النصوص نظام التجارة الداخلي الصادر سنة ١٩٣٨<sup>(١)</sup>.
- ثم ورد النص على التحكيم القضائي في المادة ٣٩ من المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩.
- ووفقاً للمادة الخامسة من المرسوم الأميري بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ بتنظيم إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٥، لا يجوز لأي دائرة أو مصلحة أو هيئة حكومية أخرى أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم في موضوع تزيد قيمته على

(١) انظر د/ يعقوب يوسف صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي مقارنة بما ورد في اتفاقيات التحكيم الصادرة في رحاب الأمم المتحدة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، سبتمبر/١٩٨٠.

(٧٥٠٠٠ د.ك) خمس وسبعون ألف ديناراً كويتياً بغير استثناء هذه الإدارة.

■ ثم جاء قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ انفصت المادة ١٧٣ منه على انه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين".

وفي ظل هذه النصوص أبرمت الحكومة الكويتية عدة عقود إدارية في صورة عقود امتياز مع بعض الشركات المتخصصة للتنقيب عن النفط وتكريره وإنتاج مشتقاته، وتضمنت هذه العقود النص على شرط التحكيم لحل الخلافات والنزاعات بين أطرافها سواء بشأن تفسير أي بند من بنودها أو بشأن تنفيذها<sup>(١)</sup>.

وصدرت عدة تشريعات - خاصة في نطاق التشريعات الاقتصادية - تحيز للجوء على التحكيم ففض بعض منازعات العقود الإدارية. من هذه التشريعات على سبيل المثال:

■ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٥ بشأن المناطق الحرة الذي نص صراحة في المادة ١٤ منه على ان: "يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات التي تنشأ بين المشروعات المقامة بالمناطق الحرة أو بينها وبين الجهة التي تتولى إدارة تلك المناطق أو غيرها من السلطات والأجهزة الإدارية ذات الصلة بنشاط العمل بطريق التحكيم"

■ وقد بين هذا التشريع كيفية تشكيل هيئة التحكيم، ونص على إنها تضع قواعد الإجراءات الخاصة بها دون التقيد بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية إلا ما يتعلق بالضمانات والمبادئ الأساسية للنقاضي، وكيفية إصدار قراراتها وتكون قراراتها ملزمة شأنها شأن الأحكام النهائية.

■ القانون الصادر عام ٢٠١٣ بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت

(١) راجع د/ يوسف يعقوب صرخوه، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٢٩.

الذي نص في المادة ٢٦ منه على المبدأ العام وهو اختصاص المحاكم الكويتية وحدها بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار والغير أيا كان، ثم نص بعد ذلك على جواز الاتفاق على اللجوء في هذا النزاع على التحكيم.

■ ذات الأمر القانون الصادر عام ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث نصت المادة ٢٩ منه على اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات التي تنشأ العقود المبرمة وفقاً لأحكام هذا القانون، مع جواز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ بين أطراف العقد بشرط موافقة اللجنة العليا<sup>(١)</sup>.

---

(١) وهناك تشريعات أخرى صدرت بشأن الموافقة على اتفاقيات تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى، انظر في ذلك، د/ عبد الله حباب الرشدي، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، مؤسسة دار الكتب - الكويت - الشرق، ص ٥١٥ حاشية رقم (١).

## خلاصة البحث

ففي القديم كان المبدأ السائد هو عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعاتها مع الغير .

وكان أهم الأسانيد أو المبررات لهذا الحظر هو أنه لا يجوز أن تمثل الدولة أو أشخاص القانون العام إلا أمام القضاء الذي تنشئه وفقاً لقوانينها، ولا يجوز أن يُحكم على الدولة إلا بواسطة القاضي الرسمي.

وعرف هذا المبدأ شيئاً من التطور الذي اختلفت درجته ومداه في التشريع عن القضاء عن الفقه، سواء في مصر أو الكويت.

ففي مصر، نستطيع أن نقرر أن التطور كان ملحوظاً في هذا الشأن في القضاء والتشريع، أما في الفقه فلم تتح الفرصة لكبار فقهاء القانون العام في مصر للتعبير عن رأيهم في هذا الموضوع رغم أهمية موضوع التحكيم، والمساحة الكبيرة التي يحتلها سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي، ورغم كثرة المنازعات التي تحال إلى التحكيم في الوقت الحالي.

أما القضاء فنستطيع أن نميز بين موقف القضاء الإداري متمثلاً في مجلس الدولة، والقضاء العادي متمثلاً في حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في ١٩ مارس ١٩٩٧.

فبالنسبة للقضاء الإداري، ففي القضايا التي عرضت عليه وكانت تتمثل في طعون بالبطلان من جانب الإدارة في شروط تحكيم كانت وافقت عليه في عقود إدارية أبرمتها مع الغير، في هذه القضايا كان القضاء الإداري يقبل الطعن ويحكم ببطلان شرط التحكيم الوارد في هذه العقود مطبقاً للمبدأ السائد وهو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ولم يخرج عن هذا التوجه للقضاء الإداري إلا حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٨ مايو ١٩٨٦ والذي كان لصالح شرط التحكيم، وقد ألغت المحكمة الإدارية العليا هذا الحكم بحكمها الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٩٠، وأكدت على مبدأ عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وعادت

محكمة القضاء الإداري وسارت على ذات الدرب فيما بعد، ومثال ذلك حكمها في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي الصادر في ٣٠ يناير ١٩٩١.

وبالنسبة للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، فأيضاً قد مر موقفها بتطور، فبعد أن أصدرت فتوى بتاريخ ١٧ مايو ١٩٨٩ أجازت فيها اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، عادت واشترطت عدم استبعاد القواعد الموضوعية التي تطبق على منازعات العقود الإدارية عند نظر منازعة التحكيم، وذلك في فتواها الصادرة في ٧ فبراير ١٩٩٣.

ثم عدلت عن رأيها وقررت عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، وذلك في فتواها الصادرة بتاريخ ٢٢ فبراير ١٩٩٧، وسارت إدارات الفتوى على هذا المبدأ وتم التنبيه على الإدارات المختلفة بعدم إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية أو الالتجاء إلى جهات غير مختصة لفض المنازعات التي تنشأ عنها.

كل ذلك اتساقاً مع اتجاه القضاء الإداري في هذا الشأن.

أما بالنسبة للقضاء العادي، فقد عبّرت عنه محكمة استئناف القاهرة في حكمها الشهير الصادر في ١٩ مارس ١٩٩٧ والذي قضت بمقتضاه بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وبصحة شرط التحكيم الذي يرد فيها. وهو الحكم الذي أثار جدلاً ولغطاً كبيرين، وردود أفعال شديدة وعكسية خاصة من قبل مجلس الدولة وإدارات الفتوى فيه.

وبالنسبة للتشريع، فقد كان المشرع ينظم التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد من ٥٠١ حتى ٥١٣. وكان الرأي مستقراً على أن هذه النصوص تسري على العقود المدنية والتجارية ولا تسري على العقود الإدارية.

ثم صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذي ألغى نصوص قانون المرافعات السابقة المتعلقة بالتحكيم ووضع تنظيمياً عاماً للتحكيم.

وفى ظل هذا القانون ثار الخلاف أيضاً حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية وفقاً لأحكام هذا القانون.

فذهب رأى إلى جواز ذلك، وذهب رأى على النقيض من ذلك بعدم جواز ذلك على أساس أن هذه النصوص قاصرة على التحكيم في العقود المدنية والتجارية ولا تسري على العقود الإدارية.

ثم أدخل تعديل على هذا القانون بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، الذي أضاف فقرة ثانية لنص المادة الأولى منه خاصة بمنازعات العقود الإدارية، والتي اشترطت أن يكون الاتفاق على التحكيم فيها بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولم يجز التفويض في ذلك.

وحتى نشر هذا البحث لم يرد لعلنا تعرض القضاء الإداري في مصر لهذه المسألة حتى نعرف ما إذا كان قد عدل عن قضائه السابق الرافض للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية تطبيقاً لأحكام القانون الجديد، أم أنه مازال على موقفه السابق وهو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود.

وفى اعتقادنا أن قضاء مجلس الدولة المصري سوف يظهر - كعادته دائماً - قدر كبير من المرونة في هذا الشأن، حتى لا يعيق حركة الاستثمار الكبيرة التي تشهدها مصر في هذه الحقبة الهامة من تاريخها، وحاجتها إلى التعاقد مع شركات ومستثمرين أجانب وعرب ومصريين أيضاً، والذين يفضلون اللجوء إلى التحكيم لفض ما قد ينشأ من منازعات حول تفسير أو تنفيذ العقود التي تربطهم بالإدارة العامة في مصر والتي يمثلها أشخاص القانون العام<sup>(١)</sup>.

أما في الكويت فبالنسبة للتشريع كان المبدأ هو عدم جواز لجوء الجهات

(١) وكما يقول إيف جودمييه: إن التطوير يبقى ممكناً ومأمولاً حالياً ويتوقف فقط على إرادة القاضي الإداري، راجع: aujourd'hui et relève de la - Yves GAUDEMET, l'évolution "reste possible-et souhaitable seul volonté du juge administratif." Revue de l'Arbitrage 1992, p. 255. Voir également Gérard TEBoul, p.26. Les perspectives d'évolution.

العامّة إلى التحكيم إلا بنص خاص ووفق ضوابط معينة.  
ثم صدر العديد من النصوص الخاصة التي تسمح لبعض الجهات العامّة،  
وفى بعض العقود باللجوء إلى التحكيم.  
وبالنسبة للفقّه فإن البعض يؤيد لجوء الجهات العامّة إلى التحكيم في عقودها  
الإدارية.

وليس من المعقول أن نستصدر قانوناً لكل حالة للإذن للإدارة بالاتفاق على  
التحكيم فيها.

**ونستطيع أن نلخص الموقف في الكويت بالقول:**

أولاً: إن المبدأ المعمول به هو: عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى  
التحكيم في العقود الإدارية، سواء المحلية أو الدولية، وسواء كان التحكيم عادياً  
أو قضائياً، وسواء كان التحكيم داخلياً أو خارجياً.

ثانياً: إن الاستثناء على حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية تحكمه عدة  
قواعد وضوابط وقبود، تختلف حسب ما إذا كان العقد ذا طابع محلي أو دولي،  
كما سبق الشرح التفصيلي.

فالتحكيم في التعاقدات الإدارية في الكويت يمثل استثناءً على المبدأ العام  
وهو الحظر.

بالإضافة إلى أن التحكيم يقلل من كم الدعاوى والمنازعات التي ترفع إلى  
القضاء الرسمي للدولة، وهو الأمر الذي يساعد هذا القضاء على سرعة الفصل  
في القضايا المعروضة عليه، مما يحقق العدالة الناجزة.

والتوجه الغالب - سواء على مستوى التشريع أو الفقه في مصر والكويت  
- هو تشجيع اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود  
الإدارية، لما لذلك من فوائد كثيرة سبق شرحها.

وفي ختام هذه الدراسة البحث نشير إلى ما يلي:

أ) إن الخلاف الذي نثار يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية، ولا يتعلق بغيره من

الطرق الأخرى البديلة للقضاء لفض المنازعات، مثل اتفاقات التسوية والصلح<sup>(١)</sup> والوساطة والتفاوض ومنح التسهيلات واللجوء إلى الخبرة الخاصة. فليس هناك ما يحول دون لجوء الإدارة إلى أي من هذه الطرق.

ب) إن الخلاف يتعلق باللجوء الاختياري إلى التحكيم ولا يتعلق بالتحكيم الإلزامي أو الإلزامي، فإذا فرض نص قانوني على الإدارة اللجوء إلى التحكيم، فلا يكون أمامها إلا الإذعان لذلك، ويكون تصرفها في هذه الحالة صحيحا ومطابقا لحكم القانون.

من ذلك مثلا في حالة الخلاف بين جهتين من الجهات الحكومية أو العامة في الكويت، فوفقا للمرسوم الأميري رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ بقانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع، يتعين في هذه الحالة الاحتكام إلى إدارة الفتوى والتشريع ويكون رأيها ملزما للطرفين<sup>(٢)</sup>.

ج) إن مشكلة لجوء الإدارات العامة إلى التحكيم تتعلق فقط بالعقود الإدارية، وليس بعقود القانون الخاص - سواء العقود المدنية أو التجارية - التي تبرمها، فعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارات العامة وتتعلق بالأموال الخاصة أو الدومين الخاص Le Domaine privé المملوك للإدارة، لا تنثر مشكلة بصدها،

(١) فاللجوء إلى الصلح جائز في مجال العقود الإدارية، خاصة إذا تعلق الأمر بحقوق أو التزامات مالية. وفي ذلك مثلا تقول المحكمة الإدارية العليا إنه: "لا يقدح في اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانها ما أثير من أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومن ذلك الاتفاقات الحاصلة على كيفية المحاسبة بشأن تنفيذ العقود الإدارية، ذلك أن القول لا يصدق على حقوق الجهة الإدارية المالية المترتبة على العقود الإدارية إلا إذا كانت مصبوبة بصفة نهائية وليست محلا للنزاع، فعندئذ لا يجوز التنازل عنها إلا طبقا لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ في شأن قواعد التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة، أما إذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر الدعوى، فلا تثريب عليها إذا لجأت لفض هذا النزاع عن طريق الصلح". حكمها بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٨٦، في الطعن رقم ٨٠٢ لسنة قضائية، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثامن عشر، قاعدة رقم ٥٥٧، ص ٨٧.

(١٥٢) وكمثال ذلك في فرنسا انظر Philippe COUZINET, Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire: La conciliation sportive précontentieuse, Revue française de Droit administratif, 13e année, 1997, Mars-Avril, p.365-373.

Françoise DUCAROUGE, Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: Transaction, médiation, conciliation et arbitrage en Droit public français, Revue française de Droit administratif, (RFDA), 12 Année 1996, No 1, Janv.-Févr. p.89

لأنه ينطبق عليها ذات القواعد التي تطبق على عقود الأفراد العاديين أي قواعد القانون الخاص سواء المدني أو التجاري، مع مراعاة انه حتى بالنسبة لعقود الإدارة الخاصة هناك بعض القواعد ذات الطبيعة المختلفة عن تلك التي تطبق على عقود القانون الخاص المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، وذلك نظرا لكون الإدارة طرفاً فيها.

رابعاً: إن التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا يمنح المحكم سلطات مطلقة في النزاع، فهناك قواعد وحدود بل وقيود على هذه السلطات المحكم، ولعل أبرز أمثلتها أن المحكم لا يختص بالبت في مسألة مشروعية أي قرار إداري له علاقة بالعقد موضوع النزاع، فلا تحكيم في المشروعية.

Le contentieux de la légalité échappe totalement à l'arbitrage.

فهذه تدخل في صميم الاختصاص الحصري للقاضي الإداري، وعلى من يثيرها اللجوء إلى هذا القاضي للفصل فيها وحسمها، وليس إلى التحكيم.

ونحن نرى إنه في حالة ما إذا كان الفصل في النزاع المعروض على التحكيم، يتوقف على حسم مسألة مشروعية قرار إداري، فإن ذلك يعتبر مسألة أولية يجب معها وقف نظر التحكيم، ولجوء صاحب الطعن في مشروعية هذا القرار إلى القاضي الإداري للبت فيها، ثم العودة إلى التحكيم لاستئناف إجراءات نظر نزاع التحكيم والفصل فيه في ضوء حكم القاضي الإداري الصادر في مسألة مشروعية القرار.

وخلاصة دراستنا، أننا لا نرى أي مانع دستوري أو قانوني يحول دون لجوء الإدارة إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

ولا يعد ذلك تعد على اختصاصات جهات القضاء بالدولة، لاسيما جهة القضاء الإداري، فالتحكيم في منازعات العقود الإدارية له قواعد بل وقيود خاصة به:

- سواء من حيث لجوء الإدارة إليه، مثل ما فعله القانون المصري<sup>(١)</sup>، حيث اشترط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الاتفاق على التحكيم في مثل هذه العقود، ولم يجز تفويض سلطته في ذلك.

ومثل ما فعله قرار مجلس الوزراء بالكويت - سابق الإشارة إليه - الذي لم يجز النص على اللجوء إلى التحكيم العادي - الدولي أو المحلي - في العقود التي تبرمها الجهات الحكومية والمؤسسات العامة والشركات المملوكة للدولة مع المقاولين الأجانب للقيام بأعمال المشاريع المحلية، وأجاز فقط اللجوء إلى مشاركة التحكيم في حالة الضرورة القصوى التي تنشأ عن طبيعة العقد وظروفه، والتي تفرض شرط التحكيم الدولي على الجهات الحكومية، وبعد تقديم مذكرة من الجهة الحكومية في ذلك، مشفوعة برأي إدارة الفتوى والتشريع، للعرض على مجلس الوزراء، ليقرر ما يراه في هذا الشأن<sup>(٢)</sup>. وبالنسبة للجوء إلى التحكيم القضائي فوفقاً لأحكام قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، والقانون رقم ١٠٢ لسنة ٢٠١٣ المعدل لنص المادة الثانية وغيرها من تشريعات تشجيع الاستثمار والشراكة بين القطاعين العام والخاص، يجوز التحكيم في العقود الداخلية، بشرط موافقة الوزير المعني في حالة وجود نص يسمح له بذلك،

- سواء فيما يتعلق بمدى سلطات المحكم، حيث لا يملك - على سبيل المثال - بحث مسألة مشروعية القرارات التي تصدرها الإدارة بشأن هذه العقود.

- سواء في إعطاء القوة التنفيذية *La force exécutoire* أو حجية الشيء المقضي به *l'autorité de la chose jugée* بناء على أمر تنفيذ *exéquatur* من القاضي المختص.

فالتحكيم لا يخلو من المزايا، وقد اعترف بذلك مجلس الدولة الفرنسي الذي

(١) في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، الذي أضاف الفقرة الثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.  
(٢) قرار مجلس الوزراء بدولة الكويت، رقم ١١ الصادر في الاجتماع رقم (٨٨/١٤) عام ١٩٨٨، والمعدل بالقرار رقم ٤٢٤ الصادر بالاجتماع رقم (٩٠/٢٠) الصادر عام ١٩٩٠.

يعتبر أبرز الرفضين للتحكيم في العقود الإدارية- حيث أقر بإن التحكيم قد يشكل طريق أكثر مرونة من اللجوء إلى القاضي الإداري.

“L'arbitrage .... peut constituer une alternative plus souple à la saisine du juge administratif<sup>(1)</sup>”.

كما يعترف بقوة قرار التحكيم وبالصفة القضائية له<sup>(2)</sup>.

فالتحكيم هو - كما يؤكد قانون ٢٦ و ٢٤ أغسطس ١٧٩٠ - في فرنسا - المتعلق بالتنظيم القضائي في المادة الأولى من القسم الأول منه - الوسيلة الأكثر تعقلاً لإنهاء المنازعات.

C'est “Le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations ..”. Article 1 Titre I de la Loi des 24 et 26 Août 1790, sur l'organisation judiciaire.

فلا نرى سبباً قوياً يمنع من التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية، بل إن فوائد اللجوء أكثر من مثالبه، خاصة مع اتجاه الدول - لاسيما العربية - إلى تشجيع الاستثمار بها<sup>(3)</sup>.

والتوجه العام في غالبية الأنظمة نحو تبني وسائل أخرى - أبرزها التحكيم - لفض وتسوية المنازعات، كطرق بديلة للجوء إلى القضاء الرسمي للدولة<sup>(4)</sup>، وذلك في فروع القانون المختلفة<sup>(5)</sup>.

---

:انظر (1) Etudes sur la prévention du Contentieux, 1986, Etudes et Documentations de Conseil d'Etat No 39, p.54.

:المثال: CE.21 Avril 1943, Sté des Ateliers de Construction du Nord de La France, Rev. p.107. CE.4 Janvier 1957, Lamborot, précité.

(3) راجع الملحق السنوي بالأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، المنعقد بالمملكة المغربية، في الفترة من ٢٦-٢٨ يناير ٢٠١٨، تحت عنوان “التحكيم في العقود الإدارية والاستثمار”.

(4) انظر (B.OPPETIT, Justice étatique et justice arbitrale, In Etudes offertes à Pierre BELLET, Paris, LITEC,1991,p.415. P.J.CARRIER, New Policy Regarding Arbitration of Gouvernement Procurement Disputes in the United States, Procurement law Review 1996, CS. p. 74.

(5) انظر (Bernard PACTEAU, Arbitrage, Arbitrages spéciaux, Arbitrages administratifs, Revue de l'Arbitrage,5.1990, Fascicule 1048, p.I. Gérard TEBOUL, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif, Droit et pratique du Commerce international, l'Etat commerçant II,1996, Vol.22, No 2, p. 200

Gérard TEBOUL, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, p.26.- J.CLERE, l'arbitrage révolutionnaire, apogée et déclin d'une institution, Revue de l'Arbitrage, 1981, p.3 et s.

## مراجع البحث

أولاً: المراجع العربية:

أ) المراجع العامة والخاصة:

- د. إبراهيم محمد على و د. جمال عثمان جبريل، العقود الإدارية ١٩٩٦/٩٥. بدون ناشر.
- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة ١٩٨٣.
- د. أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية فيالدول العربية (نماذج عقود القيدك)، ٢٠٠٥، بدون ناشر.
- د. جابر جاد نصار التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧.
- د. خالد فلاح العنزلي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧.
- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، الجزء الثاني، تنفيذ العقد الإداري، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨.
- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الرابعة ١٩٨٤.
- د. سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، وفقاً للقانون الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٧، ص ١٥٢.
- د. صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٧.
- د. عبدالله حباب الرشيد، العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، الطبعة الأولى ٢٠١٧، مؤسسة دار الكتب - الكويت - الشرق.
- د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، ١٩٩٧.

- د. يوسف يعقوب صرخوه، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٢٩.

### ب) المجلات العلمية:

- د. أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، عدد سبتمبر/ديسمبر ١٩٧٨.

- د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ جلسة ١٩٩٠/٢/٣٠، مجلة العلوم الإدارية ١٩٩١ العدد ٢٢، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٠٩-٣٤٥.

- د. يعقوب يوسف صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي مقارنة بما ورد في اتفاقيات التحكيم الصادرة في رحاب الأمم المتحدة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، سبتمبر/١٩٨٠.

- د/ عثمان عبد الملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين - دراسة مقارنة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٦ ص ٢٧.

- د/ عزيزة الشريف، تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، ١٩ العدد الثاني.

### ج) المقالات:

- د. البيومي محمد بيومي، مدى جواز شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، منشور بجريدة الأهرام، ٧ يونيو ١٩٩٧، ص ٢٩.

- د. حبيب سليمان، تعقيب الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية جائز، منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٤/٦/١٩٩٧، صفحة ٩، باب "مع القانون".

- جريدة الأهرام القاهرية، بتاريخ ٢٩ أكتوبر ١٩٩٩، ص ٢٩.

## د) الدوريات ومجموعات المبادئ والأحكام والفتاوى:

- أحكام المحكمة الدستورية العليا.
  - المختار في فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسين عاما، إصدار المكتب الفني، مجلس الدولة، بمناسبة العيد الذهبي للمجلس ١٩٤٧-١٩٩٧، ص ٧٨٩.
  - الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثامن عشر، قاعدة رقم ٥٥٧، ص ٨٧٠.
  - مجموعات المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة بمصر.
  - مضبطة مجلس الشعب، الفصل التشريعي السابع، دور الانعقاد العادي، الجلسة الستين المنعقدة يوم ٢٣ أبريل ١٩٩٧، ملحق رقم ٢، ص ٨٢ وما بعدها.
  - (هـ) الملتقى السنوي بالأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، المنعقد بالملكة المغربية، في الفترة من ٢٦-٢٨ يناير ٢٠١٨، تحت عنوان " التحكيم في العقود الإدارية والاستثمار.
  - الجريدة الرسمية بمصر.
- ثانيا: المراجع الأجنبية:

### A) Ouvrages généraux, spéciaux et Articles:

- A.DE LAUBADERE, F.MODERNE, P.DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, LGDJ. Paris, 1984, 2e éd.T.II.
- Arnaud LYON-CAEN, Sur la transaction en droit administratif, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, Les modes alternatifs de règlement des litiges, p.48.
- Bernard PACTEAU, Arbitrage, Arbitrage spéciaux, Arbitrages administratifs, Revue de l'Arbitrage,5.1990, Fascicule 1048, p.I.
- B.OPPETIT, Justice étatique et justice arbitrale, In Etudes offertes à Pierre BELLET, Paris, LITEC,1991,p.415.
- Charles JARROSON, Remarques sur la Circulaire de 6 Février 1995, Relative au Développement de la Transaction en Matière Administrative, Revue de l'Arbitrage, 1995, No 3, p.435-439.
- Charles JARROSON, L'Arbitrage en Droit public, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, p.16.

**التعليق على حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ  
٢٠١٩/٣/١٧ بشأن دعوى التعويض المقامة ضد الحكومة الليبية  
والمرتبة على نزع ملكية عقارات لمدين مصريين  
قراءة نقدية للحكم  
في ضوء قواعد القانون الدولي الخاص المعاصر**

دكتور

حسام أسامة شعبان

أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك

كلية الحقوق - جامعة المملكة - البحرين

## الوقائع - تقسيم

في تاريخ ٥-٦-١٩٦١ اشترى مورثي المدعين المصريين الجنسية أرضاً غير مستصلحة مساحتها ١٩٠ هكتار كائنة في طريق سواني بن ادم العريزية بدولة ليبيا، وذلك بموجب سند تملك مسجل برقم ٤٨١٤ مسلسل ١٩٣٧٩ من الملكية الليبية ولاية طرابلس باعتبار ان الملكية جميعها ٢٠٠ حصة موزعة على المورثين، وبعد ان استصلحوا تلك الأرض وأقاموا على جزء منها مزرعة دواجن وعلف ومزرعة قامت ثورة الفاتح من سبتمبر، وصدر القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٧٠ والذي بموجبه قامت الحكومة الليبية بوضع يدها على الارض سالفة الذكر وماعليها من مزارعات ومنشآت.

وفي تاريخ ١٩-٨-١٩٧٠ تقدم المالكون الى المؤسسة العامة للاستصلاح الزراعي بإقرار بالموجودات الثابتة والمنقولة التي كانت بالأرض وقت نزع ملكيتها، تلك الأراض التي قدرت بمبلغ أربعة وعشرون مليون وواحد واربعون ألف وثمانمائة وعشرون دينار ليبي، بينما قدرت قيمة الموجودات الثابتة والمنقولة باثنين مليون ومائتي وستة وسبعين الف وثمانمائة وستين دينار ليبي، وكان المدعون يستحقون فوائد عن هذا المبلغ تقدر ب ٤% سنوياً.

أقام المدعون وهم ورثة الملاك الأصليين دعواهم أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في تاريخ ٩-٧-٢٠١٨، مختصمين الدولة الليبية كمدعى عليه تاسع مطالبين اياها بسداد هذه التعويضات كما اختصموا في نفس الدعوى كمدعى عليهم من الأول إلى الثامن عدداً من الشركات الليبية الموجودة على الأراضي المصرية، وبعض البنوك المصرية التي لديها أموال للحكومة الليبية، وبعض الشركات المصرية التي للحكومة الليبية أسهم بها، وذلك من أجل توقيع الحجز التحفظي على أموال الدولة الليبية لديها.

وقد دفعت الدولة الليبية بعدم اختصاص المحاكم المصرية نظراً لتمتع الدولة الليبية بحصانتها القضائية أمام المحاكم المصرية، كما دفعت بوجود تطبيق القانون الليبي على الدعوى، بينما رفضت محكمة جنوب القاهرة الدفيعين في حكمها الصادر بتاريخ ٨/١٠/٢٠١٨، حيث قضت بعدم قبول الدفع بالحصانة استناداً إلى أن الدعوى تتعلق بالتعويضات المدنية فقط ولا علاقة لها بسيادة الدولة الليبية، كما رفضت المحكمة

الدفع بتطبيق القانون الليبي على الدعوى وطبقت القانون المصري بناء على أن مصر هي محل وقوع الضرر لأنه امتد إلى المدعين في ذمتهم المالية في مصر<sup>١</sup>. وفي تاريخ ٢٠١٩/٣/١٧ أيدت محكمة استئناف القاهرة الحكم الابتدائي السابق، واستندت إلى ذات الأسانيد التي أوردها هذا الحكم، حيث رفضت وجود حصانة قضائية للدولة الليبية لأن الدعوى تتعلق بتعويضات مدنية لا تمس السيادة الليبية، وبالتالي لا يمكن قبول الدفع بالحصانة، كما أيدت توجه المحكمة الابتدائية في تطبيق القانون الليبي بوصفه قانون محل وقوع الضرر، حيث امتد الضرر إلى الورثة في ذمتهم داخل الأراضي المصرية<sup>٢</sup>.

وعلى هذا النحو يثير الحكم ثلاث اشكاليات رئيسية تعتبر من أهم مباحث القانون الدولي الخاص، وهي بالترتيب أولاً الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بنظر هذا النزاع، ثانياً الحصانة القضائية للدولة الليبية أمام المحاكم المصرية، ثالثاً القانون الواجب التطبيق على الدعوى. وعلى ذلك سنقسم تعليقنا على النحو التالي:

المبحث الأول: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بنظر الدعوى

المبحث الثاني: الحصانة القضائية للدولة الليبية أمام المحاكم المصرية

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على الدعوى

## المبحث الأول

### الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بنظر الدعوى

لم تتعرض المحكمة لمسألة اختصاصها بالنظر في دعوى التعويض المترتبة على قيام الحكومة الليبية بنزع ملكية ممتلكات المدعين على الأراضي الليبية، ويبدو لنا من مطالعة الحكم أن المحكمة قد سلمت باختصاصها القضائي في نظر دعوى التعويض وهو ما يثير التساؤل حول مدى توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية.

بادئ ذي بدء يجب أن ننوه إلى أن معظم قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد مبنية فقط على مصلحة الخصوم، وبالتالي لا تتعلق بالنظام العام ولا تطبقها المحكمة إلا حيث يتمسك بها أصحاب المصلحة، ومن ذلك قاعدة الاختصاص المقرر

١ راجع حكم مني كلي جنوب القاهرة في الدعوى رقم ٢٢٣٦ لسنة ٢٠١٨ والصادر في تاريخ ٢٠١٨/١٠/٨  
٢ انظر حكم محكمة استئناف القاهرة في الدعوى رقم ١٠٩٥٤ لسنة ١٣٥ قضائية والصادر في تاريخ ٢٠١٩/٣/١٧

للمحاكم المصرية بناء على جنسية المدعى عليه المصرية، أو لوجود موطن أو محل إقامة للمدعى عليه الأجنبي في مصر، أو تعلق الدعوى بعقد أبرم أو نفذ أو كان واجب النفاذ في مصر، فإذا خولقت تلك القواعد فلا تقضي المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، بل يجب أن يدفع الخصوم بعدم الاختصاص قبل الكلام في الموضوع<sup>١</sup>.

ويترتب على ما سبق أنه يجوز لإرادة الخصوم مخالفة القواعد السابقة والاتفاق على سلب الاختصاص من المحاكم المصرية ومنحه لمحكمة دولة أخرى<sup>٢</sup>، كما يجوز لهم بالعكس رغم عدم توافر ضابط من تلك الضوابط أن يتفقوا على منح الاختصاص للمحاكم المصرية سواء صراحة أو ضمناً، وعلى هذا النحو فإذا لم يكن المدعى عليه مصري الجنسية وليس له موطن أو محل إقامة في مصر ولم يكن الالتزام قد نشأ أو نفذ في مصر، ولجأ أحد الخصوم إلى القضاء المصري ومثل خصمه أمام المحكمة دون أن يدفع بعدم الاختصاص، فهذا معناه قبول ولاية القضاء المصري ضمناً<sup>٣</sup>.

ويشترط في هذه الحالة الأخيرة أن يتوافر رابطة بين النزاع وبين الإقليم المصري<sup>٤</sup>، كأن يكون المدعي مصرية أو متوطناً في مصر، أو أن يكون المال محل النزاع موجود على الأراضي المصرية، ذلك أن قبول القضاء المصري الاختصاص بناء على اتفاق الخصوم يجب أن يبنى على وجود صلة مع الإقليم المصري تجعل من المحكمة المصرية التي تنظر النزاع المحكمة الأكثر ملائمة، وعليه يجب أن تستوثق المحكمة التي تنظر النزاع من عدم وجود محكمة دولة أخرى أكثر ملائمة منها للفصل في النزاع، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حكمها الرائد الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤<sup>٥</sup>، فلا يكفي مجرد توافر ضابط من ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية أو حتى قبول الخصوم الصريح أو الضمني

<sup>١</sup> انظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٩٥ وما بعدها وراجع أيضاً أستاذنا الدكتور هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ١٥٥ وراجع في ذلك الدكتور هشام صادق: القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، ص ١٥٤ وما بعدها.

<sup>٢</sup> انظر نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري والتي نصت على أنه "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولولم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً". وراجع أيضاً أستاذنا الدكتور حفيفة الحداد: القانون القضائي الخاص الدولي، الإسكندرية، ١٩٩٣، فقرة ١٢٧، وانظر أيضاً

الدكتور هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ١٥٨ وما بعدها.

<sup>٥</sup> انظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٥٨٠٧ و ١٥٨٠٨ لسنة ٨٠ قضائية والصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤، وانظر في التعليق على هذا الحكم الدكتور أحمد صادق القشيري: النزول عن الاختصاص القضائي الدولي في منازعات المعاملات المالية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٥، ص ١٢ وما بعدها، وراجع أيضاً تعليق الدكتور هشام صادق: مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، التعليق على حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٥، ص ٢٨

اللجوء إلى القضاء المصري، بل يجب على المحكمة أن تستوثق من عدم وجود محكمة أخرى أكثر ملائمة منها للفصل في النزاع.

وبخصوص الدعوى محل التعليق، فلم يتوافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، فمكان نشأة الالتزام لم يكن مصر، بل أن الفعل الضار المتمثل في واقعة الاستيلاء على أراضي المدعين وقع على الاقليم الليبي، كما أن الضرر تحقق بشكل أساسي في الاقليم الليبي، حيث لحق بذمة المورثين أو الملاك الأصليين وقت حدوث واقعة الاستيلاء على الأرض في ليبيا، ولا يصح الادعاء هنا بأنه امتد إلى ذمة الورثة في الاقليم المصري، ذلك أن الضرر الذي يعتد به هو الضرر المباشر الذي تحقق وقت حدوث الفعل الضار وفقاً لاتجاهات محكمة العدل الأوروبية في حالة تعدد أماكن الضرر<sup>1</sup>.

يضاف إلى ما تقدم أن المدعى عليه ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، فالمدعى عليه الأصلي في الدعوى هو المدعى عليه التاسع وهو الحكومة الليبية، والحكومات لا موطن لها إلا في إقليمها، وبالتالي فإن الحكومة الليبية موطنها هو الاقليم الليبي، فلا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار مقر السفارة أو البعثة الدبلوماسية الليبية في القاهرة موطناً للحكومة الليبية أو محلاً لإقامتها في مصر، فقد استقر الفقه وكذلك

<sup>1</sup> انظر حكم محكمة العدل الأوروبية رقم C-12/15 والصادر في تاريخ ٢٠١٦/٦/١٦، ففي قضية تتلخص وقائعها في أن شركة يونيفرسال ميوزيك الهولندية في تاريخ ١٩٩٨ اشترت ٧٠% من شركة تشيكية وهي شركة بي ام للتسجيلات، وقد صاغت لهما شركة محاماة تشيكية شرطاً في العقد يمنح الشركة الهولندية الحق بشراء ال ٣٠% الباقية من الشركة خلال فترة معينة، وعندما تقدمت الشركة الهولندية للشراء في ٢٠٠٣ اكتشفت أن صياغة الشرط التي تمت بمعرفه شركة المحاماة التشيكية قد جعلها تدفع ثمناً يصل إلى خمس أضعاف الثمن الذي أرادت الشراء به، وبالفعل دخلت في نزاع مع ملاك ال ٣٠% الباقية من شركة بي ام التشيكية حول السعر، وانتهى النزاع بحكم صادر من محكمة التحكيم التشيكية بالزام الشركة الهولندية بدفع خمس اضعاف الثمن الذي أرادت الشراء به، ومن ثم اقتصمت شركة يونيفرسال ميوزيك شركة المحاماة التشيكية أمام القضاء الهولندي مطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابها من جراء الصياغة المعيبة لشرط الثمن، وقد استخلصت المحاكم الهولندية أن العلاقة ليست علاقة عقدية بين الطرفين ذلك أن شركة المحاماة التشيكية كانت تقدم خدماتها لشركة بي ام وليس للشركة الهولندية، ومن ثم قامت شركة المحاماة التشيكية بصياغة عقد البيع وأرسلته لشركة بي ام . وكانت الشركة الهولندية قد طالبت باختصاص المحاكم الهولندية استناداً إلى أن الضرر تحقق في هولندا والمتمثل في افتقار ذمتها المالية في الاقليم الهولندي، وانها حولت الثمن ومصاريف التحكيم من حسابها في هولندا إلى حسابات البائعين في الإقليم التشيكي، على أن المحاكم الهولندية حكمت بعدم اختصاصها لعدم وقوع الفعل الضار في الاقليم، وعندما وصل الأمر إلى المحكمة العليا في هولندا قررت حالتها لمحكمة العدل الأوروبية، وفي يونيو ٢٠١٦ أشارت محكمة العدل الأوروبية إلى أن المادة السابعة الفقرة الثانية من تشريع بروكسل بشأن الاختصاص القضائي الدولي نصت على اختصاص محكمة الدولة التي وقع فيها الفعل الضار، وهي إما الدولة التي تحقق الفعل الذي أدى للضرر على إقليمها، أو الدولة التي تحقق الضرر على إقليمها، وفي تفسير هذا النص رأت المحكمة أنه لا يمكن الاعتداد بالمكان الذي تحقق فيه افتقار المضرور أو خسارته المادية، طالما أن الضرر قد تركز في دولة أخرى بشكل أولي ثم لحق بذمة المضرور في دولته التي يتوطن بها، حيث تحقق الضرر بشكل مباشر في الاقليم التشيكي منذ صياغة الشرط المعيب هناك ومنذ صدور حكم التحكيم في التشيك بالزام الشركة الهولندية بسداد الثمن، وما افتقار ذمة الشركة الهولندية في الاقليم الهولندي إلا أثر لاحق على الضرر المباشر الذي تحقق في التشيك، وهذا معناه الاتجاه نحو اعتماد فكرة الضرر المباشر في تقدير مكان حدوث الضرر وعدم الاعتداد بواقعة افتقار الذمة المالية للمضرور في دولته كأساس لمكان تحقق الضرر.

وفي حكم آخر لمحكمة العدل الأوروبية صدر في يوليو ٢٠١٨ في قضية FlyLAL أكدت المحكمة على ذات المبدأ السابق بوضوح وقالت أن العبارة في تفسير مكان حدوث الضرر هو بالضرر المباشر الذي تحقق وليس الأضرار اللاحقة أو المترتبة على الضرر الأصلي، راجع حكم محكمة العدل الأوروبية رقم C-27/17 والصادر في تاريخ ٢٠١٨/٧/٥

القضاء الدولي على أن موطن الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة يقع داخل اقليم تلك الدولة حتى لو كان لها ممثلين أو فروع في الخارج<sup>١</sup>.

وربما تكون المحكمة قد استخدمت نص المادة ٢٩ من قانون المرافعات فمنحت لنفسها الاختصاص بناء على حالة تعدد المدعى عليهم ووجود موطن أو محل إقامة لأحدهم في مصر<sup>٢</sup>، ويشترط لحدوث ذلك أن يكون هناك وحدة في الطلبات الموجهة للمدعى عليهم جميعاً، ولما كان المدعى عليهم الأول وحتى الثامن هم من الشركات والبنوك التي لها موطن في مصر واختصاصهم في الدعوى كان بغرض توقيع الحجز التحفظية على المال الذي لديهم والمملوك للمدعى عليه التاسع وهو الحكومة الليبية، بينما كان الطلب من المدعى عليه التاسع ( الحكومة الليبية ) هو إلزامه بسداد التعويض عن نزع الملكية، وعلى ذلك فلا يوجد وحدة في الطلبات المقدمة ضد المدعى عليهم، مما لا يتوافر معه مفترضات منح الاختصاص بناء على تعدد المدعى عليهم ووجود موطن لأحدهم في مصر.

وقد كان من الممكن الاعتداد بإرادة الأطراف الضمنية في قبول اختصاص المحاكم المصرية<sup>٣</sup>، ذلك أن المدعين المصريين لجأوا إلى المحاكم المصرية، بينما لم يدفع الطرف الليبي المدعى عليه بعدم وجود ضابط من ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، وبالتالي كان يمكن اعتباره قد قبل ضمناً للجوء للمحاكم المصرية، لكن دفعه بعدم اختصاص تلك المحاكم استناداً إلى حصانة الدولة الليبية رغم أنه دفع خاطئ من حيث المسمى<sup>٤</sup>، إلا أنه يستخلص منه عدم توافر القبول الضمني للطرف الليبي على اللجوء للقضاء المصري، مما قد يتعذر معه القول بوجود اتفاق ضمني على منح الاختصاص للقضاء المصري.

وعلى هذا النحو يبدو لنا أن المحكمة قد منحت لنفسها الاختصاص دون البحث في سند ذلك، فقد سلمت بأنها مختصة دون وجود أي ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي، ودون وجود قبول ضمني باللجوء إليها كما سبق وأوضحنا، بينما لم تكلف نفسها عناء البحث في مسألة مدى ملائمة نظرها للنزاع، أو وجود محكمة

<sup>١</sup> راجع في ذلك الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ٢٢٤

<sup>٢</sup> أنظر نص المادة ٣٠ الفقرة ٩ من قانون المرافعات المصري، ولمزيد من التفاصيل راجع الدكتور هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ١٨٢ وما بعدها

<sup>٣</sup> راجع نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري السابق الإشارة له في الهامش رقم ٥  
<sup>٤</sup> حيث استقر الفقه على اعتبار الدفع بالحصانة القضائية من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى وليس عدم الاختصاص، ذلك أن القضاء قد يكون مختصاً بنظر النزاع لكن وجود الدولة كطرف من أطراف النزاع يعتبر مانعاً من نظر الدعوى، راجع في ذلك تفصيلاً أستاذتنا الدكتورة حفيظة الحداد: القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص ١٩٨ ومبجدها.

أخرى أكثر ملائمة للفصل في النزاع. و بالنظر إلى أن الدعوى هي دعوى تعويض مدني مقامة في مصر ضد الدولة الليبية، ورغم عدم اعتبارها دعوى متعلقة بعقار واقع في الخارج، حيث يتعلق نطاقها بتعويض مدني عن فعل ضار ارتكبته الدولة الليبية على أراضيها و هو الاستيلاء على عقار مملوك للمدعين، فهو ليس منازعة لتقرير حق عيني أو المطالبة بحق شخصي مرتبط بهذا العقار، إلا أنها تتعلق بحق الدولة الليبية السيادي في تقدير التعويض عن التأميم أو الاستيلاء وفقاً لما استقرت عليه أحكام القضاء الدولي<sup>1</sup>، وعلى ذلك تعتبر المحاكم الليبية هي المحاكم الأكثر ملائمة للفصل في هذا النزاع.

ويمكن استخلاص أن المحاكم الليبية هي الأكثر ملائمة للفصل في النزاع من خلال بعض المؤشرات مثل كون ليبيا هي مكان وقوع الفعل الضار، ومكان تحقق الضرر المباشر للمدعين أو المكان الذي تركز فيه الضرر بشكل أساسي حتى لو امتد فيما بعد لذمة الورثة في الأراضي المصرية. كما أن المحاكم الليبية ستكون هي الأكثر قدرة على اتخاذ إجراءات تحقيق الموضوع برمته وتقدير قيمة التعويض عن الأراضي المنزوع ملكيتها، كما أن حكمها سيكون قابلاً للنفذ بسهولة على الحكومة الليبية.

ومن جانبنا نرى أنه كان يتعين على المحكمة أن تبحث في فكرة المحكمة الأكثر ملائمة من تلقاء نفسها دون انتظار لدفع من جانب الخصوم، ذلك أن وجود محكمة أخرى أكثر ملائمة للفصل في النزاع هي مسألة تتعلق بتصميم النظام العام لكل من الدولة المصرية والدولة الليبية على السواء. فمما لا شك فيه أن اختصاص المحاكم المصرية بالنزاع رغم وجود محكمة أخرى أكثر ملائمة وهي المحاكم الليبية، سببته عليه صدور حكم مصر غير قابل للنفذ في الأراضي الليبية، وهو ما يمس السيادة المصرية والنظام العام المصري، كما أنه يسلب الاختصاص من المحاكم

<sup>1</sup> أكدت ذلك أحكام محكمة العدل الدولية منذ حكمها الصادر عام ١٩٢٦ في قضية مصنع كورزو بين ألمانيا وبولونيا، وكذلك في حكمها الصادر عام ١٩٥٢ في قضية تأميم شركة النفط الأنكلو/إيرانية، فقد ذهبت المحكمة إلى أن التأميم هو حق لكل دولة ذات سيادة، ويتم تنظيمه بموجب القانون الداخلي للدولة التي باشرت إجراءات التأميم، حيث لا يتدخل القانون الدولي إلا في حال وجود نزاع حول أداء تعويض عادل ومناسب. ويؤخذ بعين الاعتبار في تقدير التعويض مدى قدرة الدولة على النفع الفوري أو الأجل أو بالتقسيم؛ على أن يتم سداد التعويضات خلال فترة معقولة. باختصار تعتبر الدولة التي تلجأ إلى تطبيق إجراءات التأميم مسئولة عن تقدير التعويض وفق ظروفها وإمكانياتها المالية والاقتصادية، وعلى ذلك فإن تحديد قيمة التعويض وطريقة سداه يدخلان في نطاق سيادة الدولة صاحبة قرار التأميم، راجع في ذلك بالتفصيل الدكتور محمد طلعت الغنيمي: الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، ١٩٩٩، ص ٢٩٧ وأنظر أيضاً لمزيد من التفاصيل أستاذنا الدكتور هشام صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، ١٩٧٧، ص ١٢٠ ومابعدهما، وراجع أيضاً في الإشارة إلى قواعد القانون الدولي العام التي تؤسس لحق الدولة السيادي في تقدير التعويضات وفقاً لقانونها الداخلي أستاذتنا الدكتورة حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٤٤١ ومابعدهما

الليبية في مسألة تدخل في نطاق اختصاصها السيادي وبالتالي يقدح في النظام العام الليبي أيضاً.

ومن ذلك كله نستخلص أن المحكمة المصرية قد جانبها الصواب في منح الاختصاص لنفسها، وكان الأجدر بها أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص لوجود محكمة دولة أخرى أكثر ملائمة منها للفصل في النزاع وهي محاكم الدولة الليبية.

### المبحث الثاني

#### الحصانة القضائية للدولة الليبية أمام المحاكم المصرية

تقوم فكرة الحصانة القضائية للدولة على قاعدة من قواعد القانون الدولي العام العرفي، والتي تجد أساسها في فكرة السيادة المتساوية لكل دولة، حيث ترتب على تساوي الدول في السيادة عدم خضوع أي دولة للولاية القضائية لدولة أخرى، وبالتالي حق كل دولة في التمسك بحصانها القضائية في مواجهة الدول الأخرى<sup>1</sup>.

وبعد استقرار قاعدة الحصانة القضائية للدولة كقاعدة عرفية على النحو المتقدم، تحولت فيما بعد إلى قاعدة قانونية مكتوبة من قواعد القانون الدولي العام، فقد دشنت الأمم المتحدة في عام ٢٠٠٤ اتفاقية لحصانة الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، ورغم عدم التصديق عليها أوفناؤها في جمهورية مصر العربية، إلا أن قواعدها المتعلقة بالحصانة هي مجرد تقنين لأعراف القانون الدولي العام بشأن الحصانة القضائية بحسب ما ورد في ديباجتها<sup>2</sup>.

وقد تواترت أحكام محكمة العدل الدولية على وصف تلك الأعراف المتعلقة بالحصانة القضائية بأنها من القواعد الأمرة (*Jus Cogens*) في القانون الدولي العام<sup>3</sup>، ولما كانت قواعد هذا القانون تندمج في النظام القانوني الداخلي المصري، حيث تعتبر مصدراً من مصادر القانون المصري فيما خلا من نصوص وطنية، وهو

<sup>1</sup> راجع الدكتور هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها، وكذلك الدكتور هشام صادق والدكتورة حفظة الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٨، ص ٤٣٧ وما بعدها وأنظر كذلك الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص ٣٩٤ وما بعدها.

<sup>2</sup> انظر نص الاتفاقية في JDI 2005. 1045

وراجع في أصول فكرة الحصانة القضائية في القانون الدولي العام بالتفصيل:

Ian Brownlie: Principles of public international law, Oxford University Press, 2001, p328

وأنظر في أصول الفكرة في القانون الدولي الخاص:

Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières: Droit International Privé, Dalloz, 10e, 2013, p 745 ets.

<sup>3</sup> راجع في موقف محكمة العدل الدولية من قضية الحصانة بالتفصيل:

Daniel Scherr: Jurisdictional immunities of the state ( Germany V Italy: Greece intervening): A case note, New Zealand Yearbook of international law, Vol 10, 2012, p 144

ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية، والتي أشارت في أكثر من حكم لها إلى التزام المحاكم المصرية بتطبيق قواعد القانون الدولي العام العرفي باعتبارها جزءاً من النظام القانوني الداخلي<sup>1</sup>.

وبهذه المثابة لا يمكن أن نتصور صدور حكم من المحاكم المصرية يتعلق بالحصانة القضائية دون أن يتبع أحكام القانون الدولي العام العرفي التي قننتها اتفاقية حصانات الدول من الولايات القضائية لعام ٢٠٠٤، وهو ما يدفعنا للبحث في أحكام تلك الاتفاقية بخصوص الدعوى محل التعليق أولاً. كما أنه من غير المتصور ألا تراعي المحاكم المصرية موقف محكمة العدل الدولية من الحصانة القضائية وبصفة خاصة تفسيرها لنطاق هذه الحصانة، ذلك أن الدولة المتمسكة بحصاناتها القضائية أمام القضاء المصري قد ترفع الأمر فيما بعد لمحكمة العدل الدولية، مما قد يضع النظام القانوني المصري في اشكالية قانونية في حال عدم القدرة حينها على تنفيذ حكم تلك المحكمة<sup>2</sup>، وهو ما يوجب علينا ثانياً أن نتصدى للكشف عن المواقف الحديثة لمحكمة العدل الدولية بشأن الحصانة القضائية للدول.

أولاً: وجوب تطبيق القواعد الآمرة للقانون الدولي العام العرفي والتي قننتها اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية المبرمة في عام ٢٠٠٤.

انتصرت الاتفاقية المذكورة للتفرقة الشهيرة التي أسستها الأعراف الدولية بين الحصانة القضائية للدولة والمترتبة على أعمال السيادة وهي حصانة مطلقة يجوز للدولة أن تحتج بها أمام محاكم الدول الأخرى، وبين حصانتها القضائية المترتبة على أنشطتها المدنية أو التجارية وهنا تفقد الدولة حصانتها القضائية، حيث ينتفي الغرض

<sup>1</sup> دون الخوض في نظرية وحدة النظامين القانونيين الداخلي والدولي أو نظرية ازدواج النظامين القانونيين الداخلي والدولي والتي تحتاج كل منهما إلى تفاصيل قد تخرج عن موضوع البحث، يكفي الإشارة هنا إلى أن أحكام محكمة النقض المصرية قد استقرت على تطبيق قواعد القانون الدولي العام العرفي باعتبارها جزءاً من النظام القانوني المصري فيما خلا من نصوص، وبصفة خاصة الأعراف المتعلقة بالحصانة القضائية للدولة الأجنبية، تلك الحصانة التي اعتد بها القضاء المصري استناداً إلى أنها من قبيل الأعراف الدولية المستقرة، راجع في ذلك مثلاً حكم محكمة النقض المصرية في الطعون أرقام ١٤١٢ و ١٤٨٦ و ١٤٩٥ لسنة ٥٠ قضائية والصادر بتاريخ ١٩٨٦/٤/٢٩، حيث قضت المحكمة بأن "قواعد القانون الدولي المتمثلة في العرف الدولي والواجبة التطبيق باعتبارها مندمجة في القانون الداخلي لمصر فيما لا يخلل فيه بنصوص وإن استقرت على أن الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما يبنى عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى"

<sup>2</sup> حيث قد يترتب على صدور حكم من المحاكم المصرية وتنفيذه على الدولة اللبينة عدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور هذا الحكم مما قد يثير مسؤولية مصر الدولية، انظر في مسؤولية الدولة في حال الامتناع عن تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية الدكتور محمد طلعت الغنيمي: قانون الأمم في زمن السلم، التنظيم الدولي، منشأة المعارف ٢٠٠١ ص ٣١٤ ومابعدهما وراجع أيضاً الدكتور محمد سامي عبد الحميد: التنظيم الدولي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ١٨٠ ومابعدهما، وانظر في المسؤولية الدولية بصفة عامة:

من اكساب الدولة حصانة في تلك الحالة نظراً لتخليها عن سيادتها وارتدائها ثوب التاجر أو الشخص العادي<sup>1</sup>.

وعلى هذا النحو، فننت الاتفاقية قاعدة الحصانة القضائية للدولة فنصت على تمتع الدولة فيما يتعلق بنفسها وممتلكاتها بالحصانة من ولاية محاكم دولة أخرى<sup>2</sup>، فأوجب على الدول جميعها أن تمتنع عن ممارسة الولاية القضائية في دعوى مقامة أمام محاكمها ضد دولة أخرى. وفي سبيل تأكيد الطبيعة الأمرة لقواعد الحصانة القضائية ألزمت محاكم الدول أن تحكم من تلقاء نفسها باحترام حصانة الدول القضائية<sup>3</sup>.

غير أن الاتفاقية وهي بصدد وضع استثناءات على قواعد الحصانة القضائية، استندت أيضاً إلى الأعراف الدولية المستقرة في هذا الصدد، ففقت بذلك الاستثناء الخاص بالتعويض عن الأضرار التي ترتبها دولة ما في إقليم دولة أخرى، حيث نصت في مادتها ١٢ على أنه ".... لا يجوز للدولة أن تحتج بالحصانة من الولاية القضائية أمام محكمة دولة أخرى تكون من جميع الوجوه الأخرى هي المحكمة المختصة في دعوى تتصل بالتعويض النقدي عن وفاة شخص أو عن ضرر لحقه أو عن الإضرار بممتلكات مادية أو عن ضياعها، نتيجة لفعل أو امتناع يدعى عزوه إلى الدولة، إذا كان الفعل أو الامتناع قد وقع كلياً أو جزئياً في إقليم تلك الدولة الأخرى، وكان الفاعل أو الممتنع موجوداً في ذلك الإقليم وقت حدوث الفعل أو الامتناع".

ومن الواضح أن النص السابق يتحدث عن تصرفات الدولة والتي تسبب أضراراً للأشخاص أو الممتلكات، فيقر بعدم أحقية الدولة في التمسك بحصانها القضائية أمام محكمة دولة أخرى بخصوص المسؤولية عن تلك التصرفات، ولكن بشروط، أولها وهو أن يكون النزاع متعلقاً بتعويض مدني عن وفاة أو إصابة أشخاص أو ائتلاف

<sup>1</sup> وقد استقر القضاء المصري على الأخذ بهذه التفرقة في مجال الحصانة القضائية، ففي تاريخ ١٩٩١/٤/٢٨ قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٦٤١ و٦٦٨ لسنة ٦٠ قضائية بأنه " إلا أنه لما كانت الحصانة غير مطلقة وإنما تقتصر على الأعمال التي تبشرها الدول الأجنبية بما لها من سيادة فلا تندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات مما تتحسر عنه هذه الحصانة". انظر في هذا الاتجاه كذلك الدكتور هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ٢٩ وما بعدها، وانظر أيضاً الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص ٣٩٤ وما بعدها، وانظر أيضاً الدكتور فؤاد رياض والكوتورة سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٣٨٨

<sup>2</sup> أنظر نص المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية والتي نصت على أنه " تتمتع الدولة فيما يتعلق بنفسها وبممتلكاتها بالحصانة من ولاية محاكم دولة أخرى وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية"، راجع بصفة عامة في قواعد الحصانة المتعلقة بهذه الاتفاقية الدكتور حسني موسى رضوان: حصانات السيادة الأجنبية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، إشارة خاصة للقانون الأمريكي العدالة ضد رعاة الإرهاب "جانستا"، مجلة مصر المعاصرة، يونيو ٢٠١٨

<sup>3</sup> راجع نص المادة ٦ فقرة ١ من الاتفاقية والتي نصت على أنه " تطبق الدولة حصانة الدول المنصوص عليها في المادة ٥ بالامتناع عن ممارسة الولاية القضائية في دعوى مقامة أمام محاكمها ضد دولة أخرى وتضمن لهذه الغاية أن تقرر محاكمها من تلقاء نفسها احترام حصانة تلك الدولة الأخرى بموجب المادة ٥"

ممتلكات تسببت به الدولة بسلوكها، وثانيها أن تكون محكمة الدولة المنظور أمامها النزاع مختصة بنظره، ثالثها وهو أن يكون الفعل أو التصرف المسبب للضرر قد وقع كله أو جزء منه على الأقل في محكمة تلك الدولة، ورابعها أن يكون المضرور متواجداً في إقليم دولة المحكمة المنظور أمامها النزاع وقت حدوث الفعل المسبب للضرر.

وبإعمال النص السابق على الوقائع الماثلة أمامنا هنا سنجد أن مفترضات اعمال النص السابق غير متوافرة، فالنزاع يتعلق بدعوى تعويض عن أضرار لحقت بأموال مملوكة لمواطنين مصريين بسبب سلوك الدولة الليبية وهو ما يدخله في نطاق تطبيق نص المادة السابقة وفقاً للشرط الأول، لكن بقية الشروط غير منطبقة، حيث لا يتحقق الشرط الثاني المتعلق بكون المحكمة المنظور أمامها النزاع مختصة بنظره، فسبق ووضحنا أن المحاكم المصرية لا تختص بنظر هذه الدعوى وكان يجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص.

أما الشرط الثالث المتعلق بوقوع الفعل أو التصرف المسبب في الضرر في إقليم دولة المحكمة المنظور أمامها النزاع، فهذا الشرط غير متحقق أيضاً، ذلك أن واقعة الاستيلاء على الأراضي المملوكة للمدعين المصريين حدثت في الإقليم الليبي، ولا يصح الادعاء هنا بأن الأضرار امتدت إلى ذمتهم المالية في الإقليم المصري، حيث المعيار في النص المتقدم هو حدوث الفعل أو السلوك المسبب للضرر وليس الضرر ذاته، كمل أن الشرط الرابع للنص غير متحقق أيضاً، فقد تطلب هذا الشرط تواجد المضرور في إقليم دولة المحكمة وقت حدوث الفعل المسبب للضرر، وهو ما لم يثبت من الوقائع فقد كان المضرور الأصلي في النزاع وهو مورث المدعين مقيماً في الإقليم الليبي وقت حدوث الفعل المسبب للضرر ألا وهو واقعة الاستيلاء على الأراضي.

وعلى هذا النحو، لا يسري النص السابق في القضية التي أمامنا، وتبقى للدولة الليبية حصانتها القضائية أمام المحاكم المصرية وفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة للحصانات، والتي وإن كانت لم يتم التصديق عليها ولم تنفذ بعد في مصر، إلا أنها تعتبر من قبيل قواعد القانون الدولي العام العرفي الآمرة (*Jus Cogens*) والتي يجب على القاضي المصري أن يطبقها باعتبارها جزءاً من النظام القانوني المصري.

ثانياً: وجوب الرجوع لأحكام محكمة العدل الدولية عند التصدي لبحث مسألة الحصانة القضائية :

يجب عند تفسير قواعد الحصانة القضائية النظر إليها من خلال قواعد القانون الذي نشأت في رحابه أي قواعد القانون الدولي، بل والنظر إليه بكل مصادره بما فيها أحكام محكمة العدل الدولية والتي استقرت على التمسك بحصانة الدولة القضائية أمام محاكم الدول الأخرى في أغلب أحكامها<sup>1</sup>.

ففي مجال الحصانة القضائية أصدرت محكمة العدل الدولية في عام ٢٠١٢ حكماً هاماً في قضية (Ferrini) والتي كان أطرافها هم ألمانيا وإيطاليا، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن مواطناً إيطالياً كان قد تم اقتياده من قبل القوات الألمانية المحتلة لإيطاليا إبان الحرب العالمية الثانية وتم نقله إلى ألمانيا للعمل هناك قسراً، ومن ثم طالب هذا الشخص بتعويض مدني عن الأضرار التي أصابته أمام المحاكم الإيطالية، وادعت الدولة الألمانية بحصانتها القضائية أمام القضاء الإيطالي، الذي رفض هذا الدفع بدوره مستنداً إلى عدة حجج أولها أن اتفاقية الأمم المتحدة للحصانات القضائية أسقطت حق الدولة الألمانية هنا في الحصانة نظراً لأن السلوك المتسبب في الضرر وقع في جزء منه على الأراضي الإيطالية والتي تنظر محاكمها النزاع، وثانياً لأن الدولة الألمانية سلوكها المتسبب في الضرر شكل خرقاً خطيراً (Gravity of Breaches) لقواعد أمره في القانون الدولي العام وبالتالي تفقد حقها في الحصانة عن ذلك<sup>٢</sup>.

على أن محكمة العدل الدولية عندما عرض عليها الأمر تمسكت بحق ألمانيا في الحصانة القضائية استناداً إلى أن تلك الحصانة هي من قواعد القانون الدولي العام العرفي، كما ذهبت المحكمة إلى أن لم يثبت من خلال الاتفاقيات أو قواعد القانون الدولي العام العرفي أو أحكام القضاء الدولي وجود قاعدة تمنع الدولة من حصانتها في حالة الحرب أو النزاع المسلح، فالاتفاقيات وأحكام القضاء الدولي أسست لاسقاط الحصانة عن الدعاوى المدنية في حالات العمل غير المشروع التقليدي خارج إطار

راجع في تاريخ أحكام محكمة العدل الدولية بشأن فكرة الحصانة القضائية:1

Rachel Fox: The law of state immunity, Oxford University Press, 2008, p 569

راجع في تفاصيل تلك القضية والتعليق على الحكم:

Daniel Scherr: Op.cit, p 140

الحرب أو النزاع المسلح<sup>١</sup>، لكنها لم تؤسس لسقوط تلك الحصانة في ظروف الحرب أو النزاع المسلح.

ويبدو لنا من خلال الحكم السابق أن محكمة العدل الدولية تسلم بوجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العام العرفي تمنح الدولة الحق في الحصانة القضائية بصفة عامة، وتسلم أيضاً بوجود قاعدة أصبحت مكتوبة من قواعد هذا القانون تسقط حصانة الدولة القضائية في حالة المطالبة المدنية عن تصرفات ضارة ارتكبتها الدولة في حق الأشخاص أو الممتلكات، وبشرط أن يكون التصرف الضار كله أو جزء منه قد وقع على إقليم دولة المحكمة المنظور أمامها النزاع، لكنها ترفض الإقرار بوجود قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي العام تسقط حصانة الدولة القضائية عن تصرفاتها في حالة ما إذا كان التصرف المسبب للضرر قد وقع في ظرف غير اعتيادي كحالة الحرب أو النزاع المسلح، حيث لم يتشكل عرف دولي يسمح بإسقاط الحصانة القضائية عن الدولة أمام محاكم الدول الأخرى في حالة المسؤولية عن تصرفاتها خلال الحرب أو النزاع المسلح<sup>٢</sup>.

وامتثالاً لنفس النهج الذي سارت عليه محكمة العدل الدولية، لا يمكن أن نكشف عن وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العام العرفي تسمح بسقوط حصانة الدولة القضائية في حال استخدامها لحقها السيادي المشروع في نزع الملكية للمنفعة العامة، بل على العكس فقد استقر العرف الدولي على حق الدولة السيادي في التأميم ونزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل<sup>٣</sup>، وقد استقر أيضاً على تمتع الدولة بحقها السيادي في تقدير قيمة التعويض المترتب على نزع الملكية، وبذلك تتفرد الدولة

<sup>١</sup> استقر العرف الدولي على الاعتداد بالحصانة القضائية للدولة بحسب نوع النشاط الذي تقوم به، حيث تغير معيار اكتساب الدولة للحصانة من المعيار الشخصي (*ratione personae*) الذي يمنح الحصانة للدولة بناء على صفتها كدولة بغض النظر عن طبيعة النشاط أو العلاقة محل النزاع إلى المعيار الموضوعي (*ratione materiae*) والذي يأخذ في الاعتبار طبيعة العلاقة أو النشاط محل النزاع بغض النظر عن أن أحد أطرافه هو الدولة، وقد قصر هذا المعيار الحصانة على العلاقات التي تتعلق بأعمال مارستها الدولة بصفتها سلطة صاحبة سيادة على إقليمها أو حتى خارج إقليمها مثل حالة الحرب أو النزاع المسلح، بينما تسقط حصانتها إذا كان النشاط محل النزاع تجارياً، وقد تشكل هذا العرف الدولي من خلال موقف المحاكم والتشريعات الوطنية مثل المادة ٣ من التشريع الإنجليزي لحصانة الدولة الصادر في ١٩٧٨، وكذلك موقف الاتفاقيات الدولية مثل المادة ٧ من الاتفاقية الأوروبية لحصانات الدول ١٩٧٢ ومن بعدها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حصانة الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية عام ٢٠٠٤، راجع في كل ذلك تفصيلاً:

Ian Brownlie: Op.cit, p3434

وانظر أيضاً أسدانقا الدكتور حفيظة الحداد: القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق ص ١٩٨ وملاحظها، حيث انتصرت لفكرة نسبية الحصانة وعدم إطلاقها في كافة منازعات الدولة، ووجوب النظر إلى موضوع النزاع أولاً قبل أشخاصه لتقرير ثبوت الحصانة من عدمه.

<sup>٢</sup> راجع:

Daniel Sherr: Op.cit, p 143

<sup>٣</sup> انظر في ذلك الدكتور محمد طلعت الغنيمي: الوسيط في قانون السلام، مرجع سابق، ص ٢١٤، وراجع أيضاً الدكتور هشام صاوق: النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية مرجع سابق، ص ١٢٠ وابعدها

وحدها- دون أي ولاية قضائية عليها من دولة أخرى- بتقدير التعويضات المترتبة على نزع الملكية من الأفراد<sup>1</sup>. وبهذه المثابة تتمتع الدولة الليبية وفقاً لقواعد القانون الدولي العام العرفي بحصانتها القضائية أمام محاكم الدول الأخرى فيما يتعلق بالتعويض المترتب على نزع ملكية المدعين .

ومن اللافت للنظر حقاً أن المحكمة المصرية وهي بصدد البحث في مسألة الحصانة القضائية قد وقعت في خطأ فادح عندما فصلت بين حق الدولة السيادي في نزع الملكية والتي يبدو أنها تسلم لها فيه بحصانتها القضائية المطلقة، وبين حقها في تقدير التعويضات المدنية المترتب على نزع الملكية<sup>2</sup>، والذي رأت المحكمة وجوب سقوط حصانة الدولة فيه نظراً لأنه مطالبة مدنية لا تتعلق بسيادة الدولة، فقد سبق ورأينا كيف استقرت أحكام القضاء الدولي وقواعد القانون الدولي العام العرفي على حق الدولة السيادي في تقدير قيمة التعويض عن نزع الملكية دون أي ولاية قضائية من محكمة دولة أخرى، وبالتالي تدخل مسألة التعويضات المدنية المترتبة على نزع الملكية ضمن أعمال السيادة التي تحتفظ فيها الدولة بحصانتها أمام محاكم الدول الأخرى.

ولعل مما يؤيد اعتبار مسألة التعويضات المدنية في هذا النزاع من قبيل أعمال السيادة، أن الحكومة الليبية قد قررت التعويض وآلية الحصول عليه بمقتضى تشريع وهو القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٧٠، وبذلك أصبحت مسألة التعويضات المدنية عن نزع ملكية الأراضي داخلة في اختصاص السلطة التشريعية للدولة، وهو ما يجعلها من صميم أعمال السيادة .

وعلى ذلك فمن حق الدولة الليبية أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام المحاكم المصرية في النزاع حول التعويضات المترتبة عن نزع الملكية، وكان يتعين على المحكمة المصرية أن تقبل الدفع بالحصانة القضائية للدولة الليبية وتحكم بعدم قبول الدعوى، بل كان يتوجب عليها الحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى استناداً إلى

١ راجع ما تقدم في الإشارة لذلك الهامش رقم ٧

٢ هذا النهج الذي انتهجته المحكمة في الفصل بين مصدر الالتزام وأثره يبدو غريباً ولا سند له من النصوص التشريعية المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي بصفة خاصة، فقد دأبت تلك النصوص على وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي بحيث تشير إلى مصدر الالتزام بينما هي تقصد أثره، ومن ذلك قاعدة الاختصاص التي تشير إلى أنه في مسائل الفعل الضار تختص محاكم الدولة التي وقع فيها الحدث الضار، بالتأكيد يقصد من تلك القاعدة أن المحكمة المذكورة تختص بالفصل في وجود مصدر الالتزام وهو الفعل الضار وكذلك تقرير أثره وهو التعويض.

الحصانة القضائية، وذلك وفقاً لما استقر عليه العرف الدولي وقتنته اتفاقية الحصانات القضائية من أن الدولة تلتزم بالحكم بذلك دون حاجة إلى دفع من جانب الخصوم<sup>1</sup>.

### المبحث الثالث

#### القانون الواجب التطبيق على الدعوى

يبدو لنا أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الدعوى قد تتخذ أحد منهجين، المنهج الأول هو منهج قاعدة الاسناد أو تطبيق القاضي الاعتيادي لقاعدة الاسناد المصرية في مسائل الالتزامات غير التعاقدية، تلك القاعدة التي تقوم على ضابط اسناد هو قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام<sup>2</sup>، وبالتالي سيقصر بحثنا فيها على تفسير المقصود بمكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام في هذه الدعوى، أما المنهج الثاني فهو المنهج الأحادي المباشر والذي يتغاضى فيه القاضي عن قاعدة الاسناد الوطنية لأنه يرى أن هناك قواعد قانونية منتمية لدولة ما من الدول المرتبطة بالنزاع، وهذه القواعد على صلة وثيقة بالنزاع تجعلها تريد الانطباق بالأولوية على كافة القواعد الأخرى، وتعرف تلك القواعد بالقواعد ذات التطبيق الضروري<sup>3</sup>، ولتفسير ذلك نعرض لهذين المسارين على التوالي في الفقرات التالية.

<sup>1</sup> راجع ما أشرنا إليه من قبل في الهامش رقم ١٤ بشأن المادة السادسة من تلك الاتفاقية.  
<sup>2</sup> أنظر نص المادة ٢١ من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه "١- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

<sup>3</sup> انتقد الفقه الحديث منهج قاعدة الاسناد السافينية، وكانت أبرز تلك الانتقادات هو عدم قدرتها على مواجهة طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، حيث إنها تسند المسائل إلى قانون وطني لدولة ما، الأمر الذي قد يؤدي إلى تطبيق قانون لم يصمم لمواجهة مثل تلك العلاقات ذات الطبيعة الدولية، بل صمم لحسم المنازعات الوطنية فقط مما قد يسبب عدد كبير من الاشكاليات في الحياة الخاصة الدولية وبصفة خاصة التجارة الدولية. ونتيجة لتلك الأزمة والتي أسماها البعض بأزمة قاعدة الإسناد، فقد تكون بشكل تدريجي- بواسطة القضاء والتشريعات والاتفاقيات الدولية مجموعة من القواعد الموضوعية المصممة خصيصاً لمواجهة العلاقات الخاصة الدولية، تلك القواعد سميت بالقواعد المادية أو القواعد الموضوعية والتي تسري بشكل مباشر على النزاع وتتعاضد بجانب منهج الإسناد. يضاف إلى ما تقدم أن قاعدة الإسناد الوطنية إذا أشارت إلى قانون وطني لدولة ما، فهي تراعي فقط النظام العام في دولة القاضي المنظور أمامه النزاع، دون أن تحمي قواعد النظام العام في الدول الأخرى المرتبطة بالنزاع، والتي من الممكن أن يكون الحكم سوف ينفذ فيها، وهو ما يثير العديد من الإشكاليات في العمل، لذلك فقد طور القضاء صورة أخرى من صور المنهج المباشر وهي تعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري، أي القواعد المنتمية لقانون دولة أخرى غير القانون المسند إليه، والتي بلغت حداً من الأهمية يجعلها واجبة التطبيق على النزاع. وعلى ذلك فقواعد البوليس ذات التطبيق الضروري هي القواعد التي تنتمي إلى قانون دولة ثالثة غير دولة القاضي ودولة القانون المختص، والتي بلغت حداً من الأهمية بحيث يجب على القاضي أن يطبقها مباشرة على النزاع، تلك القواعد تطبق بشكل مباشر على النزاع وبالأولوية على قاعدة الاسناد الوطنية، ولذلك يتعاضد منهج قاعدة الاسناد مع المنهج المباشر في القانون الدولي الخاص المعاصر. راجع في ذلك تفصيلاً: الدكتور هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، ١٩٩٤، ص ٥١٧ وما بعدها، وانظر أيضاً الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢٦٩، وراجع أيضاً كتابنا الوجيز في القانون الدولي الخاص البحريني، جامعة المملكة، ٢٠١٦، ص ٢٢ وما بعدها، وانظر الدكتور محمود ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٢٢٧ وما بعدها، وراجع في الفقه الفرنسي:

Marie-Laure Niboyet, Gérard de Geouffre de la Pradelle: Droit international privé, 3e édition, LGDJ, 2011, p 224

## أولاً: منهج الإسناد أو التطبيق الاعتيادي لقاعدة الإسناد المصرية في مسائل الالتزامات غير التعاقدية:

نصت المادة ٢١ من القانون المدني المصري على أنه "١-يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام". وقد ثار الخلاف في الفقه حول حالة تفرق عناصر الواقعة المنشئة للمسئولية بين أكثر من دولة، بحيث يحدث الخطأ في دولة، ويتحقق الضرر في دولة أخرى، كما هو الحال في قضية تتعلق بصحفي تونسي قام بسبب شخصية عامة مصرية على صفحات جريدة تطبع في تونس وتوزع في مصر وسائر الدول الأخرى، فهنا الخطأ تحقق في تونس والضرر تحقق في مصر، ولذلك سيثور التساؤل حول الاعتداد بمحل وقوع الخطأ أم محل وقوع الضرر؟ هذا التساؤل الذي شكل موضوعاً للجدل الفقهي في مصر بشأن ضابط الإسناد الذي تبناه المشرع المصري في مجال الالتزامات غير التعاقدية، والتي أخضعها لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، حيث اختلف الفقه في تحديد المقصود بمحل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، استناداً إلى أنه من الممكن أن يكون هو محل وقوع الخطأ أو محل وقوع الضرر، لأن كلاهما تقوم به المسئولية عن العمل غير المشروع<sup>١</sup>.

وكان الفقه المصري ومن قبله الفرنسي قد اجتهدا في حسم تلك المسألة، فمنهم من فضل تطبيق قانون محل وقوع الخطأ على أساس أن هذا المكان هو الذي خولفت أحكامه وبالتالي هو الأولى بالتطبيق<sup>٢</sup>، بينما اتجه البعض الآخر إلى تفضيل قانون محل وقوع الضرر على أساس أنه بدون الضرر لا تقوم المسئولية، كما أن الهدف من المسئولية هنا هو جبر الضرر<sup>٣</sup>، وهذا هو الاتجاه الذي أقره تشريع روما الأوروبية لعام ٢٠٠٧ والذي نص على قاعدة إسناد تقضي بخضوع مسائل العمل

<sup>١</sup> راجع في ذلك الدكتور هشام صادق والدكتورة حفيظة الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٧٢، وانظر أيضاً الدكتور هشام صادق: تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، ١٩٧٤، ص ٧٣٥ وما بعدها.

<sup>٢</sup> من هذا الفقه الدكتور عز الدين عبدالله: القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ١٩٥٥، والطبعة السادسة ١٩٦٩، ص ٥٠٥ وما بعدها.

<sup>٣</sup> راجع في ذلك الدكتور شمس الدين الوكيل: دروس في القانون الدولي الخاص (على الألة الكاتبة) ملقاة على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ١٩٦٢، ص ١٦٧ وما بعدها، بينما ذهب أستاذنا الدكتور هشام صادق إلى موقف متوازن بين الاتجاهين، حيث كان يرى أنه يجب تحويل الضرر الحق في الاختيار ما بين قانون محل الخطأ أو قانون محل الضرر أيهما يتفق ومصالحته، وذلك استناداً إلى أن الفرض من المسئولية المدنية هنا جبر الضرر الذي تعرض له المضرور، راجع في ذلك الدكتور هشام صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٤٠.

الضار أو غير المشروع لقانون محل وقوع الضرر<sup>1</sup>، وهو ما نرجحه أيضاً استناداً إلى أن محل وقوع الضرر هو غالباً نفس دولة محل إقامة المضرور، وهو المكان الذي تحققت آثار الفعل غير المشروع فيه، وبالتالي سيكون هو المكان الذي يجب جبر هذا الضرر فيه، لذلك فمن الأفضل خضوع المسؤولية عنه لقانون تلك الدولة.

وقد اختارت المحكمة في الدعوى محل التعليق تطبيق القانون المصري بوصفه قانون الدولة التي وقع فيها الضرر، نظراً لأن الضرر امتد إلى ذمة المدعين في الاقليم المصري، حيث ذهبت إلى أن الدعوى الماثلة هي دعوى تعويض مدني عن الأضرار التي وقعت للمدعين المصريين الجنسية والمقيمين داخل القطر المصري ومن قبلهم مورثيهم والتي امتدت آثارها إلى ذمتهم داخل الأراضي المصرية بما تكون معه الأضرار التي أصابتهم قد وقعت داخل جمهورية مصر العربية وعلى مواطنين مصريين وهي متعلقة بحق شخصي بما يكون معه القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري.

ويبدو لنا أن المحكمة قد أصابت في تطبيق قانون محل وقوع الضرر بوصفه محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، وذلك استجابة للاتجاهات التشريعية الحديثة التي ترى الإسناد إلى محل وقوع الضرر، كما أنها لم يكن بوسعها أن تطبق قانون محل الخطأ نظراً لأن الفعل الذي ارتكبته الحكومة الليبية كان مشروعاً في دولة حدوث ذلك الفعل أي ليبيا، مما ينفقي معه وجود دولة تحقق فيها الخطأ.

على أن المحكمة قد جانبها الصواب في تحديد مكان الضرر بالاقليم المصري، فمن المثير للدهشة أن المحكمة وهي بصدد استخلاص هذا المكان قد استخدمت منهجاً يخرج عن آلية تطبيق قاعدة الإسناد<sup>2</sup>، فقد عدت بعض مؤشرات ارتباط النزاع

<sup>1</sup> انظر في موقف التشريع الأوروبي تفصيلاً الدكتور محمد الروبي: تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية- دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفقاً لمشروع التنظيم الأوروبي روما<sup>2</sup> بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وعلم تنازع القوانين والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ١١١ وما بعدها، وراجع في الفقه الفرنسي: Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières: Op.cit, p 624 وانظر أيضاً:

Marie-Laure Niboyet, Géraud de Geouffre de la Pradelle: Op.cit, p 84

<sup>2</sup> كان من الممكن أن تصل المحكمة إلى تطبيق القانون المصري عبر منهج الإسناد لكن ليس من خلال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية، وإنما من خلال قاعدة اسناد أخرى تقضي بتطبيق قانون القاضي على مسألة التعويضات كفكرة مسندة مستقلة عن فكرة المسؤولية، ففي رسالة من أهم رسائل الدكتوراة الفرنسية على الإطلاق ذهبت الأستاذة *Olivera Boskovic* إلى وجوب فصل مسألة التعويضات المترتبة عن الإخلال بالالتزام عن فكرة المسؤولية وبصفة خاصة في مجال الالتزامات التعاقدية، حيث رأت أن اصلاح الضرر عن طريق التعويض هو مسألة تخرج عن مضمون الالتزام العقدي، وذلك بالنظر إلى أن التعويض ليس هو محل الالتزام المذكور في العقد، بل هو التزام يفرضه القانون نتيجة للاخلال بالالتزام العقدي، وهكذا فضلت الأستاذة تخصيص فكرة مسندة مستقلة للتعويض بعيداً عن الفكرة المسندة الخاصة بالمسؤولية التعاقدية، واختارت اسناد مسألة التعويض إلى قانون القاضي المنظور أمامه النزاع، باعتبار أن التعويض مسألة اجرائية تنحل في صميم النظام القانوني لجبر الضرر في دولة القاضي، وهو الاتجاه الذي يسانه بالفعل القانون الانجليزي. وعلى الرغم مما نالت به الأستاذة الفرنسية

بالاقليم المصري، وبدأت بفكرة امتداد الضرر إلى ذمة الورثة المقيمين في مصر ثم جنسيتهم المصرية وتعلق الدعوى بحق شخصي لمدين مقيمين في مصر، ليقتررب منهجها في ذلك مع نظرية نقاط الاتصال التي يستخدمها القضاء الأمريكي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية عن الفعل الضار، حيث يعمد القاضي إلى احتساب عدد الصلات التي يرتبط بها النزاع مع كل دولة ليكشف عن القانون الأكثر صلة بالنزاع ويطبقه<sup>١</sup>.

بينما كانت الآلية الصحيحة هي تطبيق المحكمة لقاعدة الاسناد المصرية التي تقضي بخضوع تلك المسألة لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، وهو فقط المكان أو النطاق الجغرافي الذي تحقق فيه الضرر دون أي اعتبار لنقاط اتصال أخرى، ورغم أن المحكمة اعتدت فعلاً بمكان حدوث الضرر، إلا أنها لم تطبق المعايير القانونية التي انتهى إليها الفقه والقضاء الدوليين في هذا الاطار، فقد غاب عنها أن مكان حدوث الضرر يجب أن يتحدد - وفقاً لحكمة قاعدة الاسناد - بوقت حدوث الفعل الضار من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب أن يتحدد بمكان حدوث الضرر المباشر المترتب على الفعل الضار، وليس على آثاره اللاحقة التي حدثت أو امتدت فيما بعد<sup>٢</sup>.

---

من وجوب فصل مسألة التعويضات واعتبارها فكرة مسندة مستقلة عن المسؤولية، فإنها عادت واعترفت بصعوبة هذا الفصل وبصفة خاصة في مسائل المسؤولية التصريحية نظراً لأن الالتزام التصريحي يفرضه القانون كما يفرض أيضاً التعويض عن الاخلال به، وبالتالي فإن مضمون الالتزام والتعويض عن الاخلال به لهما نفس المصدر وهو القانون، وقد علق الفقيه الكبير Paul Lagarde في تقديمه للرسالة على تلك النقطة، عندما ذكر أن فصل التعويض عن المسؤولية قد يؤدي إلى نتائج شاذة، ومنها مثلاً أن يتعارض القانون المطبق على المسؤولية مع القانون المطبق على التعويض، فيما لو كان قانون التعويض يقرر تعويضاً على فعل لا يعتبر خطأ في قانون المسؤولية أو يعتبره خطأ لكن لا يقرر له تعويضاً معادلاً للضرر، راجع تفصيلاً كل ما سبق في النسخة المطبوعة للرسالة المذكورة :

Olivera Boskovic: La réparation du préjudice en droit international privé, L.G.D.J., 2003  
وتعقيباً على الاتجاه الذي أشارت له الأستاذة الفرنسية في هذه الرسالة من تطبيق قانون القاضي على مسألة التعويضات باعتبار أنها مسألة اجرائية تتعلق بالنظام العام في دولة القاضي، يجب أن ننوه هنا إلى أن استأفنا الدكتور هشام صادق كان قد رفض اعتبار قواعد التعويض عن الضرر المترتب على المسؤولية التصريحية من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام في دولة القاضي، وبالتالي رفض سيادته استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص لمجرد اختلاف تقديره للتعويض عما يقضي به القانون المصري في هذا الشأن، " وإنما يجوز استبعاد القانون الأجنبي في الأحوال التي يتعارض فيها تطبيقه مع المبادئ الأساسية في القانون المصري، أي مع النظام العام وفقاً للمعنى المحدد له في القانون الدولي الخاص. وعلى ذلك يجوز استبعاد القانون الأجنبي في مصر إذا كان يحرم المضرور من التعويض أو يقرر له تعويضاً ضئيلاً لا يتناسب البت مع ملحق به من ضرر"، انظر الدكتور هشام صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٧٧١

<sup>١</sup> راجع في أسس المنهج الأمريكي في التنازع بصفة عامة :

David Cavers: The choice of law process, Ann ARBOR, The university of Michigan Press, 1965

وانظر في فكرة نقاط الاتصال لدى القضاء الأمريكي :

Brainerd Currie: Selected essays on the conflict of laws, DURHAM, Duke University Press, 1963, p 120

<sup>٢</sup> راجع في ذلك نص المادة ٤ فقرة ١ من التشريع الأوروبي روما ٢ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، والتي نصت على أن " القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن عمل غير مشروع هو قانون الدولة التي حدث فيها الضرر، وذلك أيًا كانت الدولة التي حدث فيها الفعل المسبب للضرر وأياً كانت الدولة أو الدول التي حدث فيها النتائج غير المباشرة للضرر...". ويبدو من النص السابق أنه يستبعد صراحة الدولة التي امتدت إليها الأضرار غير المباشرة

وعلى هذا النحو فإن مكان حدوث الضرر المباشر وقت حدوث الفعل الضار هو الإقليم الليبي وليس المصري، ذلك أن واقعة نزع ملكية أراض المدعين قد وقعت داخل القطر الليبي في عام ١٩٧٠، وكان ملك تلك الأراضي مقيمين داخل ليبيا في ذلك التوقيت، وتقدموا إلى مؤسسة الإصلاح الزراعي الليبية باقرار بالموجودات الثابتة والمنقولة التي كانت بالأرض، وعلى ذلك فإن الضرر المباشر الذي أصاب ذمتهم المالية وقع على الإقليم الليبي، مما يتعين معه تطبيق القانون الليبي على النزاع، فلا يصح الاعتداد بأماكن امتداد الضرر اللاحق وترك مكان تحقق الضرر المباشر، فهذا التفسير الذي انتهجته المحكمة يتضمن تأويلاً لفكرة محل وقوع الضرر بشكل لا يتفق و المنطق القانوني القويم.

ثانياً: المنهج المباشر واعمال القواعد ذات التطبيق الضروري بالأولوية على القانون الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد المصرية:

تتجه معظم التشريعات والتوجهات الفقهية الحديثة إلى التزام القاضي الوطني بتطبيق القواعد المنتمية إلى نظام قانوني آخر غير الذي أشارت له قاعدة الاسناد الوطنية، وذلك في حال ما إذا كانت تلك القواعد بلغت حداً من الأهمية بحيث لا يقوى القاضي على استبعادها، وتعرف تلك القواعد بالقواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس<sup>١</sup>.

وبهذه المثابة فإن القاضي وعلى الرغم من تطبيقه للقانون الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد الوطنية، فإنه قد يجد أمامه قاعدة تريد الانطباق وتنتمي لقانون آخر غير القانون المسند إليه، ويكشف القاضي عن إرادة تلك القاعدة في الانطباق من خلال الصلة العقلانية بين مضمونها وأهدافها من ناحية، وبين نطاق تطبيقها كما حدده المشرع الأجنبي الذي وضعها<sup>٢</sup>.

ولا يمكن حصر القواعد ذات التطبيق الضروري بل أنها تتحدد في كل قضية على حدة، ومن بين تلك القواعد مثلاً القواعد التي تحقق حماية للمستهلك في دولة ثالثة

---

أو التابعة للضرر المباشر، لمزيد من التفاصيل حول فكرة الاعتداد بمكان الضرر المباشر دون مكان الأضرار اللاحقة أو التابعة أنظر الدكتور محمد الروبي: المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها راجع في قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري بالتفصيل: <sup>١</sup>

Pascal De Vareilles-Sommières: Lois de police et politiques législatives, *Rev.crit.DIP*, 100 (2) avril-juin 2011, p 207

<sup>٢</sup> راجع الدكتور هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٦٢٢، وأنظر أيضاً الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٥١١ وما بعدها

من الدول المرتبطة بالنزاع، أو القواعد التي تحمي حقوق العامل في دولة تنفيذ عقد العمل، والقواعد التي تنظم الرقابة على النقد وأسعار الصرف وعمليات البنوك وقيود الاستيراد والتصدير، فكل تلك القواعد لا يقوى القاضي على استبعادها لأنها قواعد مرة أولاً، كما أنها ثانياً حددت نطاق تطبيقها بوضوح من قبل المشرع التي وضعها، وكان هذا النطاق يشمل النزاع المعروض أمام القاضي<sup>1</sup>.

ويعتبر من أهم معايير الكشف عن قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري معيار مصلحة الدولة، والذي يعتبر كافة القواعد التي وضعت من أجل حماية مصالح الدولة الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري<sup>2</sup>، فهي قواعد وضعتها الدولة لتنظيم مراكز قانونية معينة تحقق مصالحها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، وبالتالي تسري بشكل مباشر على تلك المراكز أيضاً كان القضاء المختص بنظر النزاع<sup>3</sup>.

ولعل من أبرز أنواع القواعد التي تحمي مصالح الدولة السياسية أو الاقتصادية هي تلك القواعد التي تنتمي إلى قوانين التأميم أو نزع الملكية، والتي تم سنها بصفة

أنظر الدكتور محمود ياقوت: المرجع السابق، ص ١٧١<sup>1</sup>  
<sup>2</sup> معيار مصلحة الدولة هو المعيار الذي تبناه التشريع الأوروبي روما ١ لعام ٢٠٠٨ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في أوروبا، فقد نصت المادة التاسعة منه على أن " القواعد ذات التطبيق الضروري هي القواعد التي يعتبر احترامها واجباً من قبل الدولة التي سنتها من أجل حماية مصالحها العامة مثل ما يتعلق بتنظيمها السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي، وذلك إلى الحد الذي يجعلها تطبيقاً على أي موضوع يدخل في نطاق تطبيقها بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد...". ويذكر أن أول ما أشار إلى معيار مصلحة الدولة هو الأستاذ الفرنسي الراحل فرنسكاكي، راجع في ذلك: Francescakis, Ya-t-il du nouveau en matière d'ordre public, Travaux du comité français de droit international privé, 1971, p 149  
وعلى الرغم من أن النزاع المعروض يدخل في نطاق تطبيق الالتزامات غير التعاقدية إلا أن تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري الذي ورد في تشريع روما بشأن الالتزامات التعاقدية يمكن تطبيقه هنا للكشف عن وجود تلك القواعد، وهذا ما يراه جانب من الفقه الفرنسي الذي انتقد وبحق قواعد التشريع الأوروبي روما ٢ لعام ٢٠٠٧ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لعدم نصه على قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري والمنتمية لقانون آخر غير قانون القاضي، حيث اكتفى التشريع فقط بالإشارة إلى تطبيق تلك القواعد إذا كانت منتمية لقانون القاضي المعروض عليه النزاع وذلك إما كان القانون الواجب التطبيق، راجع في ذلك:

Pascal De Vareilles-Sommières: Op.cit, p ٢٤٥

راجع في ذلك بالتفصيل أستاذتنا الدكتورة حفيدة الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ٤٤١ وما بعدها، حيث ذهبت إلى خضوع مسألة التعويضات عن التأميم بشكل كامل ومطلق للقانون الداخلي للدولة المؤممة، وذلك بالنظر إلى أن قواعد القانون الدولي العام نفسها أشارت إلى حق الدولة السيادة في تقدير التعويضات المترتبة على نزع الملكية بشكل عادل، وبالتالي فإن القانون الداخلي للدولة المؤممة يجب أن يسري على مسألة التعويضات استجابة لقواعد القانون الدولي. ويبدو لنا أن سريان قواعد القانون الداخلي استناداً إلى قواعد القانون الدولي العام التي أشارت لذلك هو أمر يستأجر تلك القواعد من القواعد ذات التطبيق الضروري، ذلك أن منطوق سريانها وفقاً للقانون الدولي العام هو مبدأ سيادة الدولة. ومن اللافت للنظر حقاً أن محكمة استئناف باريس في حكم حديث لها صدر في ٢٠١٨/١/١٦ أقرت نفس الاتجاه الذي ساندته استناداً للدكتورة حفيدة فقد اعتبرت المحكمة أن تطبيق قواعد القانون الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار والمتعلقة بحماية مواردها الطبيعية وكيفية استثمارها هو مسألة متعلقة بالنظام العام الدولي، وبالتالي لا يجوز لمحكمة التحكيم أن تتجاهل تطبيق تلك القواعد، وقد أسست المحكمة توجهها السابق بناء على المبدأ الذي نادى به المواثيق الدولية وهو مبدأ حق الدولة في استغلال مواردها الطبيعية وحماية ثروتها وإدارة استثماراتها وفقاً لسيادتها، وبذلك يعتبر تطبيق قوانين الدولة الداخلية على المسائل المتعلقة بإدارة ثروتها من المسائل التي تدخل في صميم النظام العام الدولي، انظر حكم استئناف باريس رقم ٢٠١٧/١٥ و٢٠١٨/١/١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١/١٦.

خاصة في اطار توجه أيدولوجي معين يستهدف توظيف الملكية في سبيل تحقيق الصالح العام، فتلك القوانين تظل سارية على المراكز القانونية التي أنشأتها مهما اختلف المكان أو الزمان. وعلى هذا النحو فإن قواعد القانون الليبي رقم ١٣٥ لسنة ١٩٧٠ التي قررت نزع الملكية وحددت آلية تقدير التعويض المترتب عليه تعتبر من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروي ، فقد نصت المادة ٢ من هذا القانون على تشكيل لجنة تقدير التعويض المترتب على نزع الملكية، كما نصت المادة الثالثة من القانون على طريقة سداد التعويض من خلال سندات اسمية على الدولة الليبية تستهلك خلال خمس عشرة سنة، وأسندت المادة أمر اصدار تلك السندات إلى مجلس الوزراء الليبي.

ولا يصح الفصل هنا بين على القواعد التي قررت نزع الملكية الواردة في القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٧٠، وبين القواعد الأخرى المنتمية لهذا القانون والتي قررت التعويض والية سدادها، واعتبار الأولى فقط من القواعد ذات التطبيق الضروي نظراً لأنها هي من قررت تحقيق مصلحة الدولة السياسية، بينما تظل الثانية قاعدة اعتيادية ليست من قواعد التطبيق الضروي نظراً لأنها تتعلق بالحقوق المالية فقط للمنزوع ملكية أراضيهم، ذلك أن تلك القواعد الأخيرة استهدفت هي الأخرى حماية مصالح الدولة السياسية والاقتصادية بتقريرها آلية تحديد التعويض المترتب على نزع الملكية من خلال لجنة مشكلة خصيصاً لهذا الغرض، كما حددت أيضاً آلية سدادها عن طريق السندات الاسمية. فمسألة التعويضات المترتبة على نزع الملكية تتحدد في ضوء امكانيات الدولة وقدراتها الاقتصادية، مما يجعل القواعد التي تقرها من قبيل القواعد التي تحمي مصالح الدولة السياسية والاقتصادي، وبالتالي تسري كقواعد ذات تطبيق ضروري على المراكز القانونية التي تدخل في نطاقها أيأ كان القضاء المختص بنظر النزاع<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> ومن الجدير بالذكر هنا أن اعتبار تلك القواعد من قبيل قواعد البوليس ذات التطبيق الضروي سيترتب عليه أثر كبير في مجال الاختصاص القضائي الدولي بنظر هذا النزاع، ذلك أنه وفقاً للاتجاهات الفقهية الحديثة فإن قاعدة البوليس ذات التطبيق الضروي لديها قدرة على جلب الاختصاص القضائي الحضري لمحاكم الدولة التي تنتمي إليها تلك القاعدة، خاصة إذا ما كانت قاعدة البوليس تلك مقررّة لحماية المصالح السياسية والاقتصادية للدولة التي سنتها، فالأمر هنا بالتاكيد سيرتبط بسيادة تلك الدولة مما يجعل محاكمها مختصاً حصرياً بالمنازعات التي تدخل في نطاق تطبيق تلك القاعدة. وعلى هذا النحو فإن وجود قاعدة بوليس منتمية للنظام القانوني الليبي ستجعل من المحاكم الليبية مختصة حصرياً بنظر هذا النزاع، ويبدو لنا أن هذه التوجهات تتفق مع نتائج فكرة المحكمة الأكثر ملائمة التي طرحناها في بداية هذا التعليق عند الحديث عن المحكمة المختصة بنظر النزاع، راجع في ذلك وفي أثر قاعدة البوليس ذات التطبيق الضروي على الاختصاص القضائي الدولي:

ولقد حددت تلك القواعد المنتمية للقانون الليبي نطاق تطبيقها بوضوح ألا وهو التعويضات الناشئة عن نزع ملكية المدعين، هذا النطاق الذي يتماثل مع نطاق النزاع المعروف أمام القضاء المصري والذي يدور حول التعويضات المترتبة على نزع ملكية الحكومة الليبية لأراضي المدعين، وعليه فقد كان يتعين على القاضي المصري أن يطبقها مباشرة على النزاع باعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري ودون حاجة لاستخدام قاعدة الاسناد المصرية.

ويبقى التساؤل حول الأساس القانوني الذي سيستند له القاضي المصري في استخدام المنهج المباشر والحال أن النصوص القانونية في مصر لم تتبنى هذا المنهج، ونرى أن نص المادة ٢٤ من القانون المدني المصري الذي سمح للقاضي بالرجوع لمبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في القانون المصري قد يصلح سنداً لأعمال المنهج المباشر<sup>١</sup>، نعم يوجد نص في المسألة يقرر قاعدة اسناد في مجال الالتزامات غير التعاقدية كما سبق وأوضحنا، إلا أن المنهج المباشر يبقى منهج مستقل وخارج عن إطار منهج قواعد الاسناد حيث يجد القاضي الوطني أمامه نصوصاً منتمية لقانون أجنبي لا يقوى على استبعادها، وبالتالي فإن تقرير تطبيقها من عدمه هو مسألة لم يرد بشأنها نص في القانون المصري، مما يبيح للقاضي اللجوء لمبادئ القانون الدولي الخاص لحسم تلك المسألة، ولقد استقرت تلك المبادئ على أعمال المنهج المباشر في حالة القواعد ذات التطبيق الضروري والمنتمية لنظام قانوني أجنبي<sup>٢</sup>.

**خاتمة : حكم محكمة استئناف القاهرة ابتعد عن التطبيق الصحيح لقواعد القانون الدولي الخاص المعاصر:**

رأينا فيما سبق أن الحكم محل التعليق لم يكن موفقاً في تطبيق قواعد الاختصاص القضائي الدولي المصرية، ولا قواعد الحصانة القضائية المستقرة في القانون الدولي العام العرفي، كما خالف التوجهات الفقهية والتشريعية المعاصرة في تحديد القانون

<sup>١</sup> تنص المادة ٢٤ من القانون المدني المصري على أنه " تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص"، راجع في مفهوم تلك المبادئ الدكتور هشام صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق ص٩٩.

<sup>٢</sup> انظر في الاستناد إلى نص المادة ٢٤ لأعمال المنهج المباشر الدكتور هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٧٦٩، حيث يقول استناداً " وليس في القانون المصري ما يمنع القضاء من اعتناق هذا النظر، ذلك أن تعاليم كل من منهج التنازع والمنهج الأحادي أو المباشر قد أصبح حقيقة تؤكد المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص المعاصر، والتي يتعين على القضاء المصري اتباعها عملاً بالمادة ٢٤ من قانوننا المدني".

الواجب التطبيق على مسائل الالتزامات غير التعاقدية، وأهم ذلك الاعمال المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية للقانون الليبي.

وإن جاز لنا أن نتلمس رابطاً نظرياً بين الأخطاء التي وقعت فيها المحكمة في الثلاثة موضوعات السابقة، فلن نجد سوى اهمالها لفكرة التشريع السياسي أو التشريع المتعلق بحماية مصالح الدولة، وهو ذلك التشريع الذي تصدره الدولة بهدف تحقيق مصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية معينة. فقد سبق وانتهينا إلى اعتبار قوانين التأميم ونزع الملكية من قبيل التشريعات السياسية نظراً لأنها تستهدف تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وسياسية للدولة التي أصدرتها، الهدف الاقتصادي لها هو التحول إلى اقتصاد الدولة أو نظام الملكية العامة، وهدفها الاجتماعي هو إعادة توظيف الملكية بحيث تحقق أهداف اجتماعية ومنها تذويب الفوارق بين الطبقات، أما الهدف السياسي فهو التحول إلى المذهب الاجتماعي في كافة جوانب النظام السياسي للدولة.

وترتبط تلك الأهداف السابقة كلها بسيادة الدولة التي ترغب في تحقيقها، نظراً لأنها تتعلق بتغييرات هيكلية في تنظيم الدولة ككيان. وعلى هذا النحو فإن اعتبار قانون نزع الملكية الذي أصدرته الدولة الليبية من قبيل التشريع السياسي جعل من النزاع بكافة عناصره مرتبطاً بسيادة تلك الدولة، وهو الأمر الذي يمنحها الحصانة القضائية من الخضوع لقضاء دولة أجنبية بشأن أي نزاع يثور حول آثار تطبيق هذا القانون، وكذلك يمنح محاكم الدولة الليبية الاختصاص الحصري بنظر كافة المنازعات الناشئة عن تطبيق تلك التشريعات، أو بعبارة أخرى يجعل من المحاكم الليبية المحاكم الأكثر ملائمة لنظر تلك المنازعات، كما أنه يمنح الاختصاص التشريعي لقواعد القانون الليبي بناء على اعتبارها من قبيل قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري.

## المراجع

أولاً: المراجع العربية :

١. الدكتور أحمد صادق القشيري: النزول عن الاختصاص القضائي الدولي في منازعات المعاملات المالية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٥
٢. الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠
٣. الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩
٤. الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨
٥. دكتور حسام شعبان: الوجيز في القانون الدولي الخاص البحريني، جامعة المملكة، ٢٠١٦
٦. الدكتور حسني موسى رضوان: حصانات السيادة الأجنبية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، إشارة خاصة للقانون الأمريكي العدالة ضد رعاة الارهاب " جاستا"، مجلة مصر المعاصرة، يونيو ٢٠١٨
٧. الدكتورة حفيظة الحداد: القانون القضائي الخاص الدولي، الاسكندرية ١٩٩٣
٨. الدكتورة حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٦
٩. الدكتور شمس الدين الوكيل: دروس في القانون الدولي الخاص ( على الآلة الكاتبة) ملقاء على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية، ١٩٦٢
١٠. الدكتور عز الدين عبدالله: القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ١٩٥٥، والطبعة السادسة ١٩٦٩
١١. الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨

١٢. الدكتور محمد الروبي : تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية- دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفقاً لمشروع التنظيم الأوروبي روما ٢ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وعلم تنازع القوانين والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣
١٣. الدكتور محمد سامي عبد الحميد: التنظيم الدولي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤
١٤. الدكتور محمد طلعت الغنيمي: قانون الأمم في زمن السلم، التنظيم الدولي، منشأة المعارف ٢٠٠١
١٥. الدكتور محمد طلعت الغنيمي : الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، ١٩٩٩
١٦. الدكتور محمود ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤
١٧. الدكتور هشام صادق والدكتورة حفيظة الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٨
١٨. الدكتور هشام صادق: مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، التعليق على حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤، مكتبة الوفاء القانونية
١٩. الدكتور هشام صادق: القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥
٢٠. الدكتور هشام صادق : تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢
٢١. الدكتور هشام صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، ١٩٧٧
٢٢. الدكتور هشام صادق: تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، ١٩٧٤

## ثانياً: المراجع الأجنبية :

- 1- rainerd Currie: Selected essays on the conflict of laws, DURHAM, Duke University Press, 1963
- 2- Daniel Scherr: Jurisdictional immunities of the state ( Germany V Italy: Greece intervening): A case note, New Zealand Yearbook of international law, Vol 10, 2012
- 3- David Cavers: The choice of law process, Ann ARBOR, The university of Michigan Press, 1965
- 4- Francescakis, Ya-t-il du nouveau en matière d'ordre public, Travaux du comité francais de droit international privé, 1971
- 5- Ian Brownlie: Principles of public international law, Oxford University Press, 2001
- 6- Marie-Laure Niboyet, Géraud de Geouffre de la Pradelle: Droit international privé, 3e édition, LGDJ, 2011
- 7- Olivera Boskovic: La réparation du préjudice en droit international privé, L.G.D.J, 2003
- 8- ascal De Vareilles-Sommières: Lois de police et politiques législatives, Rev.crit.DIP, 100 (2) avril-juin 2011
- 9- Rachel Fox: The law of state immunity, Oxford University Press, 2008
- 10- Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières: Droit International Privé, Dalloz, 10e, 2013

## ثالثاً: الأحكام القضائية:

- ١- حكم مدني كلي جنوب القاهرة في الدعوى رقم ٢٢٣٦ لسنة ٢٠١٨ والذي صدر في تاريخ ٢٠١٨/١٠/٨
- ٢- حكم محكمة استئناف القاهرة في الدعوى رقم ١٠٩٥٤ لسنة ١٣٥ قضائية والذي صدر بتاريخ ٢٠١٩/٣/١٧
- ٣- حكم محكمة النقض المصرية في الطعنين رقم ١٥٨٠٧ و ١٥٨٠٨ لسنة ٨٠ قضائية والصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/٢٤
- ٤- حكم محكمة العدل الأوروبية رقم C-12/15 والصادر في تاريخ ٢٠١٦/٦/١٦
- ٥- حكم محكمة العدل الأوروبية رقم C-27/17 والصادر في تاريخ ٢٠١٨/٧/٥
- ٦- حكم استئناف باريس رقم ٢١٧٠٣/١٥ والصادر بتاريخ ٢٠١٨/١/١٦