



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

---

مجلة علمية فصلية محكمة

---

العدد الثاني 2019

المجلد الثالث

## هيئة التحرير

رئيس مجلس إدارة النشر العلمي:

- الأستاذ الدكتور / أمين مصطفى

أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي ( عميد الكلية )

رئيس التحرير :

- الأستاذ الدكتور / جابر عبدالهادي الشافعي

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية

وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

مجلس النشر العلمي :

- الاستاذ الدكتور/ محمد حامد دويدار.

- الاستاذ الدكتور/ محمد فريد العرينى.

- الاستاذ الدكتور/ فتوح عبدالله الشاذلى.

- الاستاذ الدكتور/ محمد حسين منصور.

- الاستاذ الدكتور/ حفيظه السيد الحداد.

- الاستاذ الدكتور/ احمد عوض هندى.

- الاستاذ الدكتور/ محمد باهي ابويونس.

- الاستاذ الدكتور/ امين مصطفى محمد.

- الاستاذ الدكتور/ فايز محمد حسين.

- الاستاذ الدكتور/ إبراهيم احمد خليفة.

- الأستاذ الدكتور / جابر عبدالهادي الشافعي



## مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي :

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي -

الإسكندرية جمهورية مصر العربية

تليفون : 4863964 - 4846616

فاكس : 4876611

البريد الإلكتروني : [Alexlaw-journal@yahoo.com](mailto:Alexlaw-journal@yahoo.com)

رقم التصنيف الدولي 1901-1687

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

## قواعد النشر

مجلة كلية الحقوق مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية منذ عام 1943 ، يقبل النشر فيها باللغة العربية و الفرنسية و الإنجليزية، وهى تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين العلم القانوني و الاقتصادي ومن ذلك:

- البحوث والدراسات. - التعليق على احكام قضائية.
- ملخصات الرسائل العلمية - التقارير عن الندوات والمؤتمرات.

### وذلك وفق القواعد التالية:

- 1- التعهد من الباحث بان البحث او الدراسة لم يسبق نشرها.
- 2- ان يتسم البحث بالعمق والاصالة و الإضافة الجديدة الى المعرفة.
- 3- الالتزام باصول البحث العلمى و قواعده العامة ، و مراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- 4- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- 5- ألا يكون البحث او الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه الماجستير التي تقدم بها الباحث او جزء من كتاب سبق نشره .
- 6- ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 100 صفحة ويجوز في بعض الحالات التغاطي عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- 7- لن ينشر البحث الا بعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها و عرض البحث عليها.
- 8- لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق الا بعد الحصول على اذن كتابى بذلك من رئيس التحرير.
- 9- أصول البحوث التي تصل الى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت او لم تنشر
- 10- ان يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.
- 11- ان يرفق الباحث ملخصا عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية و الإنجليزية.
- 12- يجب ان يقد البحث مطبوعا على ان يرفق به القرص المدمج CD المحتوى على البحث على ان يكتب على هيئة كتاب (بنط 14 - الهامش 12 - طول الكتابة

بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة 12.5)

13- يرفق بالبحث بيانات عم البحث الاسم/ العنوان/ التلّفون/ E-mail / السيرة الذاتية.

14- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلا من بحثه.

15- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير مجلة الحقوق شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.

Alexlaw- journal@yahoo.com

## محتويات العدد الثاني 2019

### مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

#### "المجلد الثالث"

#### • أبحاث في القانون العام:

1-The Case of S. Al Obaid v. Ministry of Justice The Legal Impact of Discharging 560 Employees from the Department of Expertise of the Ministry .of Justice (DEMJ)

د/ أحمد سليمان العتيبي .

2- النظام القانوني لسحب القرارات الإدارية ( دراسة مقارنة ) .

د/ عمر محمد عبدالله أبو عوف .

3- المصالح الاستراتيجية وطرق ادارتها بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم دراسة تحليلية في الدستور الاتحادي دستور 2005 العراقي ( انموذجا ) .

د/ سمير داود سلمان، د/ رافد خيون دبيسان.

#### • أبحاث في القانون الجنائي:

4- المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي (دراسة مقارنة) .

د/ عماد الدين حامد الشافعي .

5-Lumières sur l'incrimination française du mensonge en matière de sociétés

د/ أحمد لطفي السيد .

#### • أبحاث في القانون الدولي:

6- مدخل إلى القانون الدولي الإنساني "دراسة تاريخية مقارنة في حقوق الأسير في التنظيم الدولي والداخلي".

د/ أحمد علي ديهوم .

7- الوضع القانوني لاستخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي .  
د/ كريم محمد رجب الصباغ .

● أبحاث في القانون التجاري:

8- دور إعادة الهيكلة في انقاذ المشروعات والشركات التجارية في قانون الافلاس العماني  
(دراسة تحليلية مقارنة) .

د/ سالم بن سلام بن حميد الفليتي .

9- النظام القانوني لملكية العلامة التجارية (دراسة مقارنة) .

د/ عايض راشد المري .

10- النظام القانوني للمؤشرات الجغرافية .

د/ محمد عبد المقصود غانم .

● أبحاث في المرافعات المدنية والتجارية:

11- استنفاد ولاية الفصل في الدعوى بين النظرية والتطبيق (في مجالي القضاء والتحكيم)  
دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة في القانون المصري والنظام السعودي .

د/ محمود علي عبدالسلام وافي .

12- سلطة القاضي المدني في تحقيق إدعاء التزوير الإلكتروني دراسة تحليلية مقارنة بين  
القانون المصري والفرنسي" .

د/ مجدى عبدالغنى خليف .

● أبحاث في الشريعة الإسلامية:

13- أثر اللبن الثائب من غير حمل في نشر الحرمة بالرضاع (دراسة فقهية معاصرة) .

د/ الفت سعد إسماعيل عبيد





# أبحاث في القانون العام

**The Case of S. Al Obaid v. Ministry of Justice**

**The Legal Impact of Discharging 560**

**Employees from the Department of Expertise**

**of the Ministry of Justice (DEMJ)**

Dr. Ahmad S. Al-Otaibi

Assistant Professor of Public Law

Kuwait International Law School (KILAW)

Doha City, Kuwait

## **Abstract**

This paper examines the impact of the Court of Cassation's judgment to dismiss several decisions taken by the Ministers of Justice (DEMJ) on the grounds that the employment procedures were unlawful. The ruling had a great impact on the fate of 560 employees that were appointed according to procedures executed by the DEMJ. The judgment started intense discussions between legal experts in regards to the legal status of the dismissed experts, the legality of their actions, the responsibility for the stated violations, as well as other important aspects in connection with the court jurisdiction. This study sheds light on this unprecedented decision, answers vital questions, and offers legal solutions.

## **Keywords**

Court of Cassation – Ministry of Justice – Administrative  
Courts – Responsibility of Public Employees – Ministerial Trial  
– De Facto Employee

## **1 Introduction**

On the 19<sup>th</sup> of November 2019, the Court of Cassation in Kuwait declared that several decisions made by two Ministers of Justice were null and void. The judgment was founded on the grounds that the employment procedures taken by the Department of Expertise in the Ministry of Justice (DEMJ) were unlawful. This ruling was unprecedented as it concerns the fate of 560 employees appointed according to the alleged procedures. The court decision was very harsh, yet necessary to deliver the administration a strict message in order to correct its path in how to establish and execute legitimate procedures to choose between candidates.

The case goes back to 2015, when the DEMJ announced the need for Experts in Accounting and Engineering. One of the candidates was Miss S. Al Obaid who had a degree in accounting and had passed the competition and the following required procedures. Accordingly, a decision No. 2012/2016

was taken by the Minister of Justice Mr. Yaqub Al Sanea<sup>1</sup> to appoint Al Obaid among others in the required posts. Unfortunately, the decision was retreated by the new Minister of Justice Mr. Faleh Al Azab.<sup>2</sup> On the 12<sup>th</sup> of December 2017, Al Obaid raised a case against the Minister of Justice<sup>3</sup> requesting the elimination of the following decisions: a) Decision No. 2597/2016, b) decisions No. 53–283/2017, and c) decisions No. 595,687,785,814,822/2017 to appoint other candidates due to the harm caused to her, as they passed Al Obaid in rank and position.

The Court of First Instance accepted the case, however it refused to respond to the first and second requests on the grounds of lack of direct personal benefit for the litigant to

---

<sup>1</sup> Minister of Justice decision No. 2012/2016 on 11<sup>th</sup> Oct 2016.

<sup>2</sup> Decision No. 2597/2016.

<sup>3</sup> Court of Cassation, Administrative Branch No 2, 19<sup>th</sup> Nov 2019. The case included the Minister of Justice, Deputy Minister of Justice, Manager of Department of Expertise, and the Head of Civil Service Diwan Council).

eliminate the previous decisions, because in practice, neither she nor the other applicants, in fact, held the post in concern. Nonetheless, the court decided to terminate decisions No. 595,687,785,814,822/2017 on the grounds that the plaintiff was found more qualified than the other candidates.<sup>1</sup> Therefore, the court decided that the department should appoint the litigant in the required post.<sup>2</sup>

The judgment was challenged by the administration before the Court of Appeal on the 23<sup>rd</sup> of December 2018. The court accepted the case and came to the same conclusion as that

---

<sup>1</sup> According to records, the grads were the following: The litigant Miss S. Al Obaid, 60 on the writing test WT, 70.2 on the personal interview PI, overall, 65.1%. Mr. M. Al Huraigy, 36 WT, 55,2 PI, overall, 45.6%. Mr. M. Al Reshidi, 56 WT, 72 PI, overall, 64%. Mr. H. Alhimidi, 32 WT, 36 PI, overall, 34%. Mr. A. Al Tiwigiri, 42 WT, 83 PI, overall, 62.5%. Mr. S al Nashman no grades were found).

<sup>2</sup> Court of First Instance, Administrative Branch No 2, court decision in case No. 1063/2017, on 28<sup>th</sup> Dec 2017.

of the Court of the First Instance.<sup>1</sup> The administration also challenged the previous decision before the highest court in the system; the Court of Cassation. Surprisingly, due to unlawful procedures taken by the DEMJ, the Court of Cassation decided to eliminate all the decisions that were taken by both ministers.

In order to attain a better understanding about the case in concern, it is of importance to examine the Judiciary system in Kuwait, in addition to the structure of Administrative Courts in the Judiciary.

## **2 The Judiciary System in Kuwait**

The judiciary power is autonomous. The Kuwaiti Judicial System is based on the Egyptian model; it is a combination of Islamic law, English Common law, and the Ottoman Civil Code, in addition to the presence of French jurisprudence in

---

<sup>1</sup> Court of Appeal, Administrative Branch No 3, Public employees Petition, court decision in case No. 37/2019, on 17<sup>th</sup> Mar 2019.



terms of administrative law. The judicial system is divided into two categories: the Constitutional Court<sup>1</sup> and the ordinary courts. The two lowest ordinary courts are the Traffic Court and the Summary Court. Above the Summary Court is the Court of First Instance, then the Court of Appeal, and the highest of them all, the Court of Cassation<sup>2</sup>. It is necessary to

---

<sup>1</sup> The Kuwaiti Constitution, issued at Al-Seef Palace on the 14<sup>th</sup> of Jumada al-Thani, 1382, corresponding to the 11 of November 1962, Art.173. declaring, “Law shall specify the judicial body competent to decide upon disputes relating to the constitutionality of laws and regulations and shall determine its jurisdiction and procedure”. The tribunal that has jurisdiction to decide these cases is the Constitutional Court in Kuwait).

<sup>2</sup> Amiri Decree No. 23 of 1990, Regulation of the Judiciary Law, Kuwait Al-Yaum News Paper, 18<sup>th</sup> Mar 1990, No.1867), p 4–23. For more information see; Brown, N. J., *The Rule of Law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf*. Cambridge Middle East Studies, Cambridge University Press, USA, New York, 1997), pp 157–187, Kuwait’s court system is unified. The civil courts have three levels. Initially, Courts of First Instance consist of Summary Courts (Juz’i) and General Courts (Kullli), takes cases according to their gravity. The next level is the Court of Appeals (Esteanaf) which has jurisdiction over the

emphasise that among this system, there are special circuits (i.e. chambers) that deal with administrative litigations.

## **2.1 Administrative Courts in the Judiciary System**

The Kuwaiti Administrative system was derived from the Egyptian practice. The latter was strongly influenced by the French; therefore, it is not surprising that the Kuwaiti Constitution contains a number of principles similar to those in the French Constitution. Most importantly is Article 169 of the Kuwaiti Constitution, which deals with ‘Administrative Jurisdiction,’ that states the following:

“The law regulates the settlement of administrative suits by means of a special Chamber or Court, and prescribes its organization and the manner of assuming administrative

---

appealed rulings of the Court of First Instance in pursuance of law. Nonetheless, Courts of Cassation (Mahkamat al-Tamyiz) stands at the apex of the system and considered as the supreme court of all Kuwait courts and contributes to establishing legal rules and unifying, interpreting and applying laws).

jurisdiction including the power of both nullification and compensation in respect of administrative acts contrary to law.”<sup>1</sup>

Rather than establishing a separate court system like the existing one in France, Kuwait has generally favoured a unified approach. The legislature opted to construct circuits (i.e. chambers) in the existing court system for administrative disputes. These circuits are within the body of Al-Mahkamah Al-Koleyah (the General Court).<sup>2</sup> Moreover, as an attempt to correspond with the French Council of State (Conseil de Etat), Article 171 of the Kuwaiti Constitution determined that:

“A Council of State (Majlis Dawla) may be established by law to assume the functions of administrative jurisdiction,

---

<sup>1</sup> Article 169, of the Kuwaiti Constitution, supra note 7.

<sup>2</sup> Amiri Decree No 20 of 1981, amended by Amiri Decree No 61 of 1982 regarding the establishment of the Administrative Court.

rendering legal advice, and drafting bills and regulations, mentioned in the preceding two Articles.”<sup>1</sup>

In this regard, we can begin by confirming that the Administration can choose to act as a private entity, particularly when it is necessary to run Public Utilities and State-Owned Enterprises with a commercial or industrial nature. This type of action is governed by the civil law and falls within the ordinary court’s jurisdiction.

It has long been accepted that a public authority may confer a private character upon some of its acts or activities,

---

<sup>1</sup> Kuwaiti Constitution, *supra* note 7. Art.171. Article 170 of the Constitution, declaring the “Law shall organize the body which shall render legal advice to ministries and public departments and shall draft bills and regulations. Laws shall also regulate the representation of the State and other public bodies before the Courts”).

since engaging in commercial or industrial enterprises is normally subject to the civil law.<sup>1</sup>

Similarly, a public authority may own what is deemed as private property (*domaine prive*) as distinct from its public property (*domaine public*), and legal questions concerning private property will be governed by Civil Law (*droit civil*), which is decided in the ordinary courts. Property is regarded as private when it is managed and exploited by public authority in the manner of a private owner.<sup>2</sup> However, the general principle is that the acts of public authorities are

---

<sup>1</sup> Brown, **L. N. and Garner, J. F.**, *French Administrative Law*, 5<sup>th</sup> ed, Clarendon Press, Oxford 1998) at pp 141–202, Tribunal des Conflits in TC 22 January 1921; ‘BAC D’ ELOKA’).

<sup>2</sup> Nicholas, B., *French Law of Contract*, 2<sup>nd</sup> ed, Oxford, 1992), p 27, Tribunal des Conflits in TC 25 June 1973; Conseil de Etat in CE 28 November 1975, OFFICE NATIONAL DES FORETS, GIUDICELLI Conseil de Etat in CE 3 November 1950), holding that the forest fire-fighting service was held to remain a public service subject to the jurisdiction of the administrative courts).

normally subject to the droit administratif<sup>1</sup> and fall within Administrative Court's jurisdiction.<sup>2</sup>

Although Administrative Courts in Kuwait have the power to review executive actions, some actions and decisions are immune to court revision. These exceptions are: (a) the Sovereign acts (i.e. the acts of the Executive (government) in correlation with the Legislator (parliament) and the acts related to foreign affairs) and (b) the executive decisions in regards to

---

<sup>1</sup> Ibid. at, 27; See, also, **Brown and Garner**, *supra* note 12, at 141–202, The rules on administrative contracts have a number of peculiarities compared with private law contracts. These concern the formation, content and performance of contracts. The rules stem from the underlying need to recognize the predominance of the public interest. The public interest must prevail to extent of overruling the express terms of the contract. The French regard an administrative contract as an arrangement between unequal parties. It is characteristic of the whole of administrative law that the administration has the privilege of execution d' office. It can take whatever steps necessary to enforce or supervise the contract without invoking the assistance of the administrative courts. The administration is never the plaintiff).

<sup>2</sup> **Brown and Garner**, *supra* note 12, at 141.

citizenship, licensing places for religious worship, and the residence and deportation of foreigners.<sup>1</sup> However, in terms of reviewing matters related to citizenship, administrative courts have developed new meanings of intervention.

### **3 The Legal Grounds for the Court's Judgment**

In the case in concern (S. Al Obaid v. Ministry of Justice), the Court of Cassation built up its judgment on a number of interesting legal justifications. At the beginning, the court confirmed that rule of law and legality of actions is a fundamental source for judgment. The court affirmed that the administration must adhere to this doctrine in every action when executing its responsibilities. Rule of law means fairness and equal opportunity between citizens. Accordingly, the administration holds legal obligation to establish and execute objective procedures to fulfill the connotation of the this principle. In this regard, the Administrative Court has full

---

<sup>1</sup> Amiri Decree No 20 of 1981, supra note 10.

competence to examine the legality of the actions and decisions of the administration. Accordingly, the court scrutinizes the decisions in concern and observes whether it fulfills the legal principles or not<sup>1</sup>.

The court confirmed that the rule of law acquires fairness and equal opportunity between citizens. In this regard, the court referred to article 21 of the Universal Declaration for Human Rights, which states the following:

---

<sup>1</sup> It's of importance to point out that according to administrative law administrative decision requires the existence of four main elements :a) Competence (la Compétence): to be issued by a competent authority according to law, b) the Form (la Forme): should match the form and procedures determined by laws and regulations. c) Motive (Le Motif): the legal or factual incident behind releasing the decision, for example the motive behind administrative disciplinary decision is the offense committed by a public employee, d) Object (L'objet): the administrative decision should achieve a legal effect that is possible and in accordance to law. e) Goal (Le But): any given decision must target public interest (L'intérêt public); P. Delvolvé: L'acte administratif. Collection de droit public Sirey Paris 1983. P.9 et ss; Suliman Al Tamawi. The General Theory of Administrative Decisions, 5<sup>th</sup> ed, 1984.p284.



“(1) Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.  
(2) Everyone has the right of equal access to public service in his country.”<sup>1</sup>

The court also recalled article 25 of the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948 (General Assembly resolution 217 A). <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

<sup>2</sup> Which state the following: “Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions:

1. To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives;
2. To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors;
3. To have access, on general terms of equality, to public service in his country”. The International Covenant

Moreover, the court drew attention to the norms established in articles 7, 8, 26, 29, and 41 of the Kuwaiti Constitution.<sup>1</sup> For example, article 7 affirms:

“Justice, Liberty and Equality are the pillars of Society; co-operation and mutual help are the firmest bonds between citizens.”

---

on Civil and Political Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49.

[https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_2200AXXI\\_civil.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_2200AXXI_civil.pdf).

<sup>1</sup> Kuwaiti Constitution, *supra* note 7. Art. 8. “The State safeguards the pillars of Society and ensures security, tranquility and equal opportunities for citizens”. Art. 29. “All people are equal in human dignity, and in public rights and duties before the law, without distinction as to race, origin, language or religion”. Art. 41. “Every Kuwaiti has the right to work and to choose the type of his work. Work is a duty of every citizen necessitated by personal dignity and public good. The State shall endeavor to make it available to citizens and to make its terms equitable”.

Furthermore, the court stated the terms and conditions in laws and regulations related to this case, specifically Law No. 15 of 1979 on Civil Service, Amiri Decree on Civil Service Order of 1979, Law Decree No. 40 of 1980 on Expertise Order amended by Law No. 14 of 1995, and the Civil Service Council Decision No. 6 of 1993.

After recalling all these doctrines, the court stated that given the facts presented in this case, the administration had failed to establish and execute the objective measures necessary to fulfill the connotation of fairness and equal opportunity. The methods implemented by the administration to favor between candidates witnessed serious violations. The violations were stretched over the whole process whether in regards to the procedures that were taken in the era of the earlier Minister of Justice or the following procedures taken by his successor. A fact-finding committee was established by the Minister of Justice in 2016 to investigate the claims raised by the rejected candidates about the unlawful procedures

taken by the department of his predecessor.<sup>1</sup> On the 25<sup>th</sup> of December 2016, the committee delivered a report with the subsequent findings: there were 21 errors on grades related to the written exam and the committee had reported 13 errors on grades related to the personal interview. The following tables demonstrate examples of these errors.

**Examples on the Errors Related to the Written Exam:**

Candidate Name	Registered Grade	Correct Grade upon Revision
A. Al Qahtani	47%	74%
M. Qassim	24%	42%
F. Al Mutiri	32%	42%

---

<sup>1</sup> Minister of Justice Decision No. 513/2016.

B. Al Azmi	22%	47%
S. Al Dirbas	23%	79%
F. Al Otaibi	24%	50%
M. Al Misbah	25%	51%
M. Al Otaibi	50%	40%
A. Al Difiri	47%	73%

**Examples on the Errors Related to the Personal Interview:**

Candidate Name	Registered Grade	Correct Grade upon Revision
M. Al Quod	80%	88%
A. Al Awadi	26.3%	40.3%
F. Al Hajeri	34%	44%
B. Al Azmi	22%	47%

Moreover, in terms of calculating the final grades, the committee noticed variations in 18 cases as follows:

**Examples on the Errors Related to Calculating the Final Grades:**

Candidate Name	Registered Grade	Correct Grade upon Revision
S. Al Harban	51.6%	77.5%.
K. Al Otaibi	42.4%	96.4%
F. Al Azemi	33.2%	48.2%
H. Abdulnabi	69%	78.5%
D. Hamzah	58.7%	45.2%.
F. Al Ajmi	38.2%	53.2%

Even more seriously, the committee remarked alterations made on the original evaluation documents. For instance, many grades on the original evaluation documents were modified using a corrector with no signature or evidence declaring who had made the changes. In regards to the personal interview, some grades were scratched with a pen and changed to higher grades. These modifications altered the status of many applicants and undoubtedly eliminated many of a chance to be selected. These modifications signify forgery and should be investigated accordingly.<sup>1</sup> Those responsible for such crime should be brought to justice. Unfortunately, instead of taking this indispensable legal action, the Minister of Justice merely decided to retreat the alleged decision<sup>2</sup>. However, it appears that the Minister's response to these allegations was in committing more violations. After

---

<sup>1</sup> The Kuwaiti Panel Cod No. 16 of 1960. Art. 257.

<sup>2</sup> Minister of Justice' Decision on 18<sup>th</sup> Dec 2016 to retreat the decision of the former Minister of Justice No. 2012/2016 in regards to appointing experts in the DEMJ.



retreating the later decision due to the reported abuses, the Minister decided to appoint a number of engineers and accountants (as experts and assistant experts) in the required posts. Some of them did not pass the required exams and some had scored very low grades in the evaluation process.

For example, the final grade for M. Al Huraijy, appointed according to decision No. 595/2017 was 45.6%, the final grade for H. Al Humaidi appointed according to decision No. 814/2017 was 34%, and the final grade for A. Altuwajiri appointed by the latter decision was 62.5%. Moreover, in terms of engineering skills, some of the candidates did not pass the tests and yet they were appointed for the job as the case of A. Al Najim, F. Al Saife, and B. Burasl. The Minister of Justice had also violated article 28 of Law Decree No. 40 of 1980 on Expertise Order by assigning several people through a direct order and without engaging any

examinations.<sup>1</sup> Finally, as reported by the Administrative Court of Appeal,<sup>2</sup> the Minister of Justice decided to transfer M. Al Mutairi from his previous job, as an administrative personal, to occupy an engineering expert position without undergoing any examination. It is necessary to assert that according to article 28 of Law Decree No. 40 of 1980, appointment in the DEMJ requires the following: a) a public announcement to illustrate the job description, the conditions, and the required qualifications, and b) executing objective measures by a qualified impartial committee to favor between candidates.

The administration's breach of conduct did not stop at that level, the Court of Cassation affirmed that the administration disobeyed a direct order from the Court of First Instance to deliver the documentation in relation to the appointment

---

<sup>1</sup> As in the cases of S. Al Namshan appointed by decision No. 785/2017, A. Al Dihani, D. Hamadah, and M. Al Ajmi.

<sup>2</sup> Administrative Court of Appeal, court judgment in Appeal No. 1474/2018.

process and the candidates' evaluation procedure.<sup>1</sup> Moreover, the administration failed to deliver the alleged documentation before the Court of Appeal. The Court of Cassation defined such action as evidence of misconduct and abuse of power on the behalf of the administration.

In the light of these violations, the Court of Cassation declared that the administration had breached a constitutional principle, i.e. fairness and equal opportunity, had violated the laws and regulations in concern, and misused its power. Therefore, the Court decided to declare all the alleged decisions in relation to the appointments in the DEMJ made by both Ministers, beginning from the 26<sup>th</sup> of October 2014 to the 24<sup>th</sup> of December 2017, null and void. Accordingly, the court ordered the administration to release a new announcement to fill the posts and open the door for candidates who meet the terms and conditions.

---

<sup>1</sup> According to the Administrative letter directed to the Technical Office, Ministry of Justice, on 27 Mar 2016.

The court recognized the implications of its decision, especially in regards to the dismissal of 560 employees appointed a few years back, and the complexity involving this matter. The court also acknowledged the consequences of this judgment on the status of the dismissed individuals. Nonetheless, the court clearly confirmed that justice is a fundamental principle that accepts no remedies. In this harsh yet necessary decision, the court sought to deliver a strong message to the administration in order to adhere to the rule of law and put an end to the corruption and misuse of power. Undoubtedly, this judgment sheds light on all the alleged violations and exploitation of power in the contemporary administration.

#### **4 Responsibility for the Violations**

One of the most appealing questions in the current case is about the responsibility for the violations in concern. In this regard, it is of importance to discuss the responsibility of the public employees, the administration, and its ministers.

## 4.1 The Accountability of Public Employees

Article 26 of the Kuwaiti constitution verifies the following:

“Public office is a national service entrusted to those who hold it. Public officials, in the exercise of their duties, shall seek public interest.”

Accordingly, public employees are obliged to defend public interest. In Administrative Law, a public employee (fonctionnaire public) can be defined as “a person who is appointed or elected by a legitimate authority to serve, in a permanent manner, in a public utility<sup>1</sup> directed and governed

---

<sup>1</sup>According to Administrative Law, Public Utilities Service Public) can be defined as: “Public activities that are governed and supervised by the administration in order to deliver public services”. G.Vedel. Droit Administratif 7<sup>ed</sup> Themis Paris 1980 p. 1020 et S. Referred to on Mahmoud Hafiz, the Theory of Public Utilities, Egypt, Cairo University Law School, 1963–1946, p16. Generally, Public Utilities can be defined as: “The provider of a service to the public such as transport, energy, telecommunications, waste disposal, or water and any other public goods and services”.

by the administration”.<sup>1</sup> This definition, however, may vary according to the law in concern. For example, the Penal Code establishes a broad meaning for public employees in order to expand more protection on public funds and public office.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Est Fonctionnaire public tout individu “qui occupe Volontairement et a titre professionnel un employ dans les cadres permanents de services publics”. Jean De Soto, Droit administrative, 1973, P24. Referred to on Dr. Azizah Al Shareef, The Responsibility of the Public Employee in Kuwait, Kuwait University, school of Law 1997, p13); Majed Al Helo, Administrative Law, 1983, p 210); Taemah Al Garf, Administrative Law and General Principles for Regulating Public Authorities, 1978, Dar Al Nahdah Al Arabia, 4<sup>th</sup> Ed, p 662); Addel Al Tabatabae, The New Civil Service Law, Kuwait University, 1983, p 32); Yousri Al Assar, Principles Established by Constitutional Supreme Court in regard to Public Office, School of law, University of Cairo, 2011.

<sup>2</sup> The Kuwaiti Panel Cod No. 31 of 1970 modifying law No. 16 of 1960 determine: “According to the provisions of this law public employees include the following: a) Employees, servants, and workers of utilities owned by the government or falls within government supervision. B) Elected or appointed members of public and local councils. c) Arbitrators, experts, prosecutors, liquidators, and judicial guards. d) persons who are in charge of a public services. e) Members of the board, managers, employees, servants, of any institution, company,

Be that as it may, public employees are responsible for their actions during service, and hence, their accountability is determined according to the nature of the committed violation. Accordingly, a public employee is accountable before the administration and before Administrative Courts for administrative violations. In addition, he/she will also be accountable before the Criminal Court when the committed violation is a crime in nature. Besides, the accountability before the Civil Courts for compensating against the harm caused by their actions. However, in some cases, a single violation may comprise of all the responsibilities mentioned above. In this regard, the Kuwaiti Administrative Legislation and Consultation Department (ALCD) affirmed the following:

“According to the conditions of the committed violation, an act of vandalism, theft, or loss of school’s tools, machineries, or other appliances should entail administrative, criminal, or civil

---

society, or establishment that the government or public authorities share in its capital.”

responsibility. Nonetheless, one of these actions might embark all these responsibilities at the same time.”<sup>1</sup>

According to article 31 of the Civil Service Law, leaving office for any reason shall not parish responsibility for actions committed during service.<sup>2</sup>

#### **4.1.1 The Nature of Administrative Violation**

It is necessary to indicate that the nature of the violation in the administrative legal system differs from the violation in the criminal legal system. In the latter system, crimes and violations are determined by law. Hence, the general principle is “Nullum Crimen, nulla poena sine lege,” which means no punishment may be imposed except for crimes determined by law. While in the administrative legal system, due to the

---

<sup>1</sup> Administrative Legislation and Consultation Department (ALCD), Consultation Decision No.2/2160 on 3<sup>rd</sup> May 1975, 2<sup>nd</sup> collection, p 294.

<sup>2</sup> Law No. 15 of 1979 on Civil Service, published in Kuwait Gazette (Kuwait Al Youm), Year 7, 274.



distinctive nature of responsibilities in public utilities, it is difficult to decide all the duties of public employees.<sup>1</sup> Hence, any action by a public employee that disrupts the regular functioning of a public utility or violates his duties represents an administrative violation.<sup>2</sup> In this regard, article 23 establishes a general principle that “public employees should defend the honor of their profession, and maintain decency in their actions”.<sup>3</sup> In addition, article 28 determines that “any employee that violates his duties or perform contrary to decency, required in this post, shall subject to disciplinary

---

<sup>1</sup> However, some duties were mentioned in general in articles 23–26 of the Kuwaiti Civil Service Law. Public employees are required to: a) Accomplish work with care and dignity, obey and respect the orders of superiors, refrain from engaging other professions, maintain the confidentiality of information in concern, and uphold the dignity of their position. Ibid.

<sup>2</sup> Mustafa M. Afifi, *The philosophy and purpose of Administrative disciplining*, PhD thesis, a comparative study, 1976, p 158.

<sup>3</sup> Civil Service Law, *supra* note 31. Art. 23.

penalties”.<sup>1</sup> Accordingly, the alleged violation is determined by the public employee’s superiors, with the fact that such decision can be challenged before the competent authority and fall within the Administrative Courts’ jurisdiction. Although it is difficult to define the duties of public employees, the penalties that apply are clearly verified in the Civil Service Law. There are two types of penalties that apply to public employees: a) penalties that are applied on public employees occupying general positions, which include: 1) note of warning, 2) salary deduction, no more than 15 days for a single penalty, and no more than 90 days in 12 months, 3) salary reduction, 25% of the salary no less than 3 months and no more than 12 months for a single penalty, 4) degrading, for the previous grade in order, and 5) discharge of service. b) Penalties that apply on those who are in leadership positions as for ‘Deputy Minister’ and ‘Assistant Deputy Minister’, these

---

<sup>1</sup> Ibid., Art. 28.

penalties include: 1) ministerial warning letter, 2) censure note, and 3) discharge of service.<sup>1</sup>

Moreover, committing certain offenses would end the career of a public employee. According to articles 68, 70, and 71 of the Penal Code, being sentenced to confinement for committing a felony, or crimes that breach the code of honour and decency would cause end of service.<sup>2</sup> Since neither laws nor jurisprudence provide a clear definition for crimes that breach the code of honour and decency, it is decided by the competent court according to case in concern. Nonetheless, the ALCD tried to provide some examples for such crimes as for “rape<sup>3</sup>, forgery<sup>4</sup>, and theft or dishonesty”<sup>1</sup>. It also asserted

---

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Penal Code, supra note 29.

<sup>3</sup> LCD, supra note 30, Consultation Decision No.2/2460 on 13<sup>th</sup> Jun 1976, 3<sup>nd</sup> collection, p 83.

<sup>4</sup> Ibid, Consultation Decision No.2/3689 on 24<sup>th</sup> Jun 1980, 6<sup>th</sup> collection, p 136.

that these types of crimes “diminish person’s recognition and question his integrity and decency. Hence, such person should not attain public office”.<sup>2</sup> In this manner, it is of essence to declare that according to the Civil Service Order, an “applicant charged of imprisonment for committing a felony, or crimes that breach the code of honour and decency, unless in case of rehabilitation, shall not be accepted for public office”.<sup>3</sup> This condition is required not only for primary appointment in post but also for continuation in public office. Nonetheless, an exception was made from this condition, as the first precedent (i.e.sentence) will not be counted.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Ibid., Consultation Decision No.2/403 on 24<sup>th</sup> Sep 1964, 1<sup>st</sup> collection, p 305.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Decree on Civil Service Order of 1979 on 9<sup>th</sup> Sep 1979, article 1.

<sup>4</sup> Penal Code, supra note 27.

#### **4.1.2 No Accountability for Actions**

According to article 27 of the Civil Service Act, a public employee shall be immune from any disciplinary penalties if proven that the alleged action was taken according to a written order from his superior after notifying him that such action violates laws or regulations, and the responsibility in this case will be on the person who issued the order.<sup>1</sup> However, if the alleged action is considered a crime, then a public employee should refrain from executing such order or he/she will be held responsible for his/her actions.

In addition, according to the Civil Law system, a public employee is also exempt from responsibility for the actions that he performs according to the authority given by law, or by executing orders that law obliged him to follow, or for

---

<sup>1</sup> Civil Service Act, supra note 29. Art. 31, part2.

legitimate reasons, of which he believed that has the authority to take such an action, or follow such an order.<sup>1</sup>

## **4.2 Responsibility of the Administration**

A legitimate question can be raised in regard to the responsibility of the administration in terms of compensation for the harm caused by public employees. After all, they are appointed by the administration, carry out its mission, and work under its supervision. The general principle in this regard is the following,

“Public employees are responsible for the actions they carry out based on Personal Error. While the administration is responsible in case of Administrative Error. A personal error can be envisaged in cases involving serious violations, or committing the violation for personal motivations, like the act of vengeance in order to harm the establishment or others, or

---

<sup>1</sup> The Kuwaiti Civil Law No. 67 of 1980. Issued at Al Seef Palace on 1<sup>st</sup> Oct 1980. Art. 237.

even seek personal benefit for himself or others known to him.”<sup>1</sup>

An administrative error can be found when there is a flaw in the system or when the administration applies improper procedures to deliver the service. Hence, the harm caused by a public employee following the system, or applying the alleged procedures, or using administrative equipment to deliver the service in good intentions is considered administrative error.<sup>2</sup> In this sense, it is rational to declare that the Ministry of Justice is responsible before the Ministry of Finance for the financial funds that were spent to fund the candidates’ contest and the entire qualification process.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> General Court, Administrative Branch, court decision No. 108/8 on 15<sup>th</sup> Nov 1988.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> It is of importance to reveal that on 22<sup>nd</sup> Nov 2017 the Ministry of Justice Faleh Al Azab announced that the ministry has asked the Government for 11.6 million KD as an additional fund to supply the appointment of 550 experts, online at:

### 4.3 Responsibility of the Ministers

According to article 130 of the Kuwaiti Constitution: “Every Minister supervises the affairs of his ministry and executes therein the general policy of the Government. He also formulates directives for the ministry and supervises their execution.”<sup>1</sup>

The judgment in concern revealed many violations committed by the administration, therefore one might question

---

<https://www.aljarida.com/articles/1511288993824916000/>, accessed 18<sup>th</sup> Apr 2020, 9:25 pm.

<sup>1</sup> Kuwaiti Constitution, *supra* note 7. Art. 130. In addition, article 131 of the Constitution determine: “While in office, a Minister may not hold any other public office or practice, even indirectly, any profession, or undertake any industrial, commercial, or financial business. Furthermore, he may not participate in any concession granted by the Government or by public bodies or cumulate the ministerial post with membership of the board of directors of any company. In addition, during the said period, a Minister may not buy or otherwise acquire any property of the State even by public auction, nor may he let, sell, or switch any of his property to the Government.” *supra* note 7.



the responsibility of the minister on such breach, especially that this violation revealed that both ministers have practiced misuse of power. The question that should be raised at this point is the following: Do ordinary courts have the jurisdiction to put to trial ministers on such violations?

Article 132 of the Constitution answers this question as follows:

“A special law defines the offences which may be committed by Ministers in the performance of their duties, and specifies the procedure for their indictment and trial and the competent authority for the said trial, without affecting the application of other laws to their ordinary acts or offences and to the civil liability arising therefrom.”

Accordingly, law No. 88 of 1995 concerning the Trial of Ministers established a special court to examine crimes

committed by ministers.<sup>1</sup> The court includes five Kuwaiti judges (consultants) chosen by the Judiciary Supreme Council, in addition to two as substitutes. The court shall commence its sessions at the Court of Cassation or any other place deemed appropriate for the court master. According to article 1, ministers shall be held accountable before the court on crimes committed during public service.<sup>2</sup> Leaving office for any reason shall not parish responsibility.<sup>3</sup> The crimes in

---

<sup>1</sup> Law No. 88 of 1995 concerning Trial of Ministers, amended by Law No 29 of 2014 Issued at Al Seef Palace on 17<sup>th</sup> April 2014. Kuwait Gazette, Yr 60, No. 1181), 27<sup>th</sup> Apr 2014.

<sup>2</sup> Azizah Al Shareef, *supra* note 28, at 411–456.

<sup>3</sup> Besides the accountability before the Ministerial Court Ministers are accountable before the Amir as the Head of State, and before the National Assembly (parliament). In regards to the Amir article 65 of the Constitution sustain:

“The Amir, after the traditional consultations, appoints the Prime Minister and relieves him of office. The Amir also appoints Ministers and relieves them of office upon the recommendation of the Prime Minister....”, Ministers are also accountable before the National Assembly in this Article 99 determines that :“Every member of the National Assembly

concern include, among others, those stated in the Panel Code, crimes specified in law No. 31 of 1970 on National Security<sup>1</sup>, and last but not least, crimes identified in Law No. 1 of 1993 on the Protection of Public Funds.<sup>2</sup> The Public Prosecutor shall refer the indictments to a special committee that comprises of Three Consultant Judges from Court of Appeal. The members are chosen by the Court's General Assembly for two years to examine and investigate the charges. The committee has the full competence to proceed with the case or drop the charges by a unanimous specified

---

may address to the Prime Minister and to Ministers interpellations with regard to matters falling within their competence.....Subject to the provisions of Articles 101 and 102, an interpellation may lead to the question of no-confidence being put to the Assembly". Kuwaiti Constitution, supra note 7.

<sup>1</sup> law No. 31 of 1970 on National Security modifying Penal Code No 16 of 1960. The crimes stated on this law are the following; Misconduct of public office, Mistreatment of individuals, Homeland Security crimes, Embezzlement of Amiri funds, and Treachery.

<sup>2</sup>Public Funds Protection Law No. 1 of 1993, issued at Al Seef Palace on 7<sup>th</sup> Feb 1993. Crimes and Punishments Art.9-23.

decision. Moreover, search warrants, arrest, confinement, or any other procedure taken against the accused minister shall be determined by the committee on a unanimous decision. During trial, the prosecuted minister shall be on a compulsory leave from public office and should not exercise any work related to his post. According to article 8 of law No. 88 of 1995, the Ministerial Court has the competence to judge the accused minister standing as a prime suspect or a partner. The court also has the power to trial other suspects in relation to the crime in concern. In terms of appeal and according to article 11 of the same law, the Ministerial Court judgments shall be appealed before the Court of Cassation. According to article 3 of the law in concern, any person shall have the right to inform the Public Prosecutor about the alleged crime.<sup>1</sup>

On the 30<sup>th</sup> of November 2019, both Ministers, Al Sanea and Al Azzab, were referred to the Ministerial Court. The

---

<sup>1</sup> law No. 88 of 1995 concerning Trial of Ministers, supra note 50, Art. 3.

indictment was made by private attorney Mohammed Al Anssari.<sup>1</sup>

In addition to the procedures taken in accordance to the previous law, it is important to reveal that according to Law No.2 of 2016 on the Establishment of the Anti-Corruption Authority, the authority shall have the competence to receive and examine the reports, complaints and information submitted to concerning corruption offences.<sup>2</sup> When an alleged offence constitutes a suspicion of a crime, such reports shall be referred to the competent investigative body.<sup>3</sup> The provisions of the this law shall apply, among many others,

---

<sup>1</sup> Al Anba Newspaper, online at: <https://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news/incidents-issues/939699/09-12-2019>. also, Al Qabas newspaper, online at: <https://alqabas.com/article/5730315>, both accessed 18<sup>th</sup> Apr 2020, 9:15 pm.

<sup>2</sup> Law No.2 Of 2016 Establishing Anti-Corruption Authority and the Provisions of Disclosure of Assets and Liabilities, issued at Al Seef Palace on 24<sup>th</sup> Jan 2016, Art 2.

<sup>3</sup> Ibid., Art. 5, section 2.

to Ministers and experts at the Ministry of Justice.<sup>1</sup> As an encouragement to deliver information about any case of

---

<sup>1</sup> Ibid., Art. 2. “The Provisions of this Law shall apply to: 1. The Prime Minister, deputies of the Prime Minister, the Ministers and whoever holds an executive office at the ministerial rank. 2. The speaker, deputy-speaker and members of the National Assembly. 3. The president and members of the Supreme Judicial Council, president and justices of the Constitutional Court and the Technical Department of the Court, judges, members of the Public Prosecution, the president and members of the Fatwa and Legislation Department, the Director General and members of the General Administration of Investigations at the Ministry of Interior, the Legal Department of Kuwait Municipality, arbitrators, experts at the Ministry of Justice, liquidators, receivers, agents of creditors, notaries and the registrar at the Departments of Real Estate Registration & Authentication at the Ministry of Justice . 4. The Chairman and vice-chairman and members of the Municipal Council. 5. The chairman and members of boards, authorities and committees which undertake executive functions, which a law, decree or resolution is issued by the Council of Ministers on the formation thereof or appointment of their members. 6. The Chief of the Finance Controllers Body, his deputy and heads of sectors and finance controllers. 7. The Leaders are as follows:

- Holders of the group of leading positions in the general schedule pay scale Senior ranked positions / Undersecretary / Assistant Undersecretary).
- Members of Boards of Directors and general

---

managers and their deputies or assistants and secretaries-general and their deputies or assistants in the public bodies or institutions or any government agency. ● The equivalent of a leader, such as heads of departments or administrative units and their deputies or members entrusted to the public bodies and institutions. ● Directors of the departments and the equivalents, such as heads of the organizational units, which depend in the structures thereof on a level of management or higher. ● The provision of the above two paragraphs apply to the military personnel, diplomats and civilians in the ministries, governmental departments, public bodies and institutions and the agencies with independent or supplementary budget whenever they undertake the responsibilities or enjoy the privileges prescribed for the office, whether they hold the office regularly or temporarily. The Authority shall, 16 Law No. 2 of 2016 and the Provisions on Disclosure of Assets and Liabilities in coordination with the concerned agencies on a regular basis, define and update the holders of these offices under the provisions of this law.

8. The chairman, vice-chairman, members of the Board of Trustees, the Secretary General, Assistant Secretaries-General, directors and the technical staff of the Kuwait Anti-Corruption Authority. 9. The chairman, vice-chairman, deputies, directors and the technical staff of the State Audit Bureau of Kuwait. 10. Representatives of the State in the membership of the Boards of Directors of the companies in which the State or one of the governmental agencies, public bodies or institutions or other public legal entities directly contribute in a proportion not less

corruption, the whistleblowers shall be protected.<sup>1</sup> Among the objectives of the authority is a) implementing the United Nations Convention against corruption, approved by the Law No. 47 of 2006 and any anti-corruption international conventions and treaties approve, b) combat corruption, prosecute its perpetrators, confiscate and recover funds and proceedings resulted from the practice thereof, and c) Protecting the State's agencies from bribery, exploitation and abuse of power in order to achieve personal benefits and prevention of mediation and nepotism.<sup>2</sup>

In accordance to the previous provisions, on the 30<sup>th</sup> of November 2019, MP Abdullah Al Kandiri reported the

---

than %25 of the capital. 11. The members of the boards of directors of the cooperative societies and sports authorities”.

<sup>1</sup> Ibid., section 4.

<sup>2</sup> Ibid., Art. 4.



violations committed by both Ministers Al Sanea and Al Azzab to the Anti-Corruption Authority.<sup>1</sup>

## **5 The Validity of the Discharged Employees' Actions**

One of the most important questions that can be raised when discussing this case is about the validity of the actions of the 560 dismissed experts. The general principle in terms of the legality of administrative activities is that “administrative activities are considered valid when practised by a competent authority.” The Court of Cassation determined that the procedures to appoint the experts in the DEMJ were illegal, and hence, they are not recognised as public employees.<sup>2</sup> Accordingly, one can argue that actions taken by those

---

<sup>1</sup>Al Qabas newspaper, online at: <https://alqabas.com/article/5730025->, accessed 18<sup>th</sup> Apr 2020, 9:40 pm.

<sup>2</sup> The Egyptian Administrative Supreme Court ruled that: “One of the basic elements in recognizing a public employee is to be appointed by legal procedures”. Court Decision on 19<sup>th</sup> May 1969, Appeal No. 983, year 9.

experts during service are not valid because it came from a non-competent authority. The theory of the De Facto Employee may answer this question.

### **5.1 The Theory of the De Facto Employee (Fonctionnaire de Fait)**

Administrative Law includes a range of theories and principles to preserve the continuity and consistency of public utilities. The necessity of this matter lies within the fact that it provides basic services and fulfills public needs<sup>1</sup>. A critical theory that applies in this case is the “Theory of the De Facto Employee.” In simple words, the de facto employee is a person who works in a public utility without being appointed by

---

<sup>1</sup> The French Council of State (Conseil de Etat) considered that the regular functioning of public utilities as a fundamental principle since the Winkell case decision on 7th August 1909; Abu Zaid, Mohamed Abdulhamid, The permanent functioning of public utilities, comparative study, third edition, Dar Al Nahda Al Arabiyah, margin 219,2002, p13); Shehara, Tewfiq, The Principles of the Administrative Law, Part 1,1955, p.507.

a competent authority, or there has been an omission in his appointment.<sup>1</sup> The French Council of State (Conseil de Etat) established the de facto employee theory to be applied in ordinary conditions in order to protect the rights of individuals of good faith, dealing with a person who appears to be a public employee but is not. In extraordinary conditions, in addition to the previous goal, the theory is used to operate public utilities if left by workers in extraordinary circumstances.<sup>2</sup> The same theory applies in the administrative

---

<sup>1</sup> Majdi Yousef, The legal grounds of the De Facto Employee theory, 1988.

<sup>2</sup> A. De Laubadere ouvrage cite No 1285 P. 334. According to extraordinary conditions, France had to apply “The De Facto Employee Theory” for the first time during the Allies invasion of France. When the mayor and members of the Municipal Council of one the cities had to leave their posts, a group of individuals formed a de facto council which seized the goods and food and supplied it to the residents. The Council of State Conseil de Etat) ruled that their actions were justified, and the implicit mandate was also found among the theory applications in extraordinary conditions. CE.5 Mars 1948, marion et autres, Rec P. 113 S. 1948,3.53.

legal system in Kuwait. As in extraordinary conditions, one can argue that this theory was applied during the invasion of the Iraqi forces to Kuwait on the 2<sup>nd</sup> of August 1990. At that critical time, many workers left their posts in public utilities. Consequently, many others volunteered to fill the gap to maintain such public services.

Under ordinary conditions, this theory applies on the case in concern. The Court of Cassation determined that the procedures to appoint 560 experts in the DEMJ were illegal, and hence, they are not recognised as public employees. However, during their work, they surely dealt with many public and private entities requiring their service. In addition, numerous consultations and expert reports were delivered, especially in cases required by the courts. Applying the de facto theory means to recognize the activities of these employees in order to protect the rights and the legal status of

the people who have dealt with them.<sup>1</sup> Accordingly, these activities are considered valid as long as they were performed in compliance with laws and regulations. It is necessary to state that the de facto employee adheres to certain laws and regulations that govern public employees. For example, the activities and decisions of the de facto employee are scrutinized by the administration, as he/she subjects to the authority of their superiors. In addition, the previous activities fall within the domain of the administrative court. Moreover, in terms of civil and criminal responsibilities, the de facto employee is responsible for his/her actions before the court in concern. However, the de facto employee is not eligible for the benefits of the public post. Hence, he/she has no right to request the administration for reappointment, nor demand remuneration or pensions in case of discharge. Nonetheless,

---

<sup>1</sup> In France the Court of Cassation ruled that: “the marriage contract that was issued by a public employee, who works in the Mayor’s office, is valid even when he lacks the authority to do so”. Cass. civ.7 août 1883 Affaire de mariages de Montrouge S. 5/1/1884.

the de facto employee is surely eligible for a reward in return for his/her service.<sup>1</sup> In terms of the benefits he/she has received while being in service, complying to the general principle of “labor for money,” the de facto employee is not obliged to return what he/she has earned as he/she received it in return for service.

## **6 Jurisdictions of the Court of Cassation**

The Court of Cassation is the supreme Court in the Judiciary System. The Court has the authority to examine the decisions made by the Court of Appeal. The Court of Cassation was established according to Law No. 23 of 1990, and it is consisted of the president, vice president, and a sufficient number of judges (consultants) who are appointed by Amiri Decree.<sup>2</sup> Each chamber of the said court shall

---

<sup>1</sup> Azizah AlShareef, *supra* note 28, at 38.

<sup>2</sup> Law Decree No. 23 of 1990 Establishing the Court of Cassation. Art. 4. Before the establishment of this court the jurisdiction to examine the appeals on the decisions made by the Court of Appeal was given to

consist of five judges who will deliver a verdict on a majority base.<sup>1</sup> The court shall commence its sessions in the quarters of Court of Cassation or any other place deemed appropriate for the court master.<sup>2</sup> The main role of the court is to examine whether the Court of Appeal and the Court of First Instance has proper understanding to laws and provisions governing the case. This means that the court shall scrutinize the findings of the previous courts and check whether the decision was based on a sound legal provision or if there was a lack of interpretation that may affect the judgment.<sup>3</sup> Accordingly, the court shall not examine any new evidence that was not

---

special branches of the Court of Appeal. Amiri Decree No 19 of 1959, and Law No. 40 of 1972 concerning the Judiciary System.

<sup>1</sup> Ibid:

<sup>2</sup> Accordingly, a decision will be made by the Minister of Justice.

<sup>3</sup> Court of Cassation, Civil Affairs Branch, court decision on appeal No. 1/148 on 23<sup>rd</sup> Apr 1984.

brought forward before the previous courts.<sup>1</sup> As a supreme court, it delivers final and conclusive decisions that cannot be challenged.

An appealing question that was raised in regards to this case was the following: Did the court exceed its functions and ruled beyond its jurisdiction?

One of the harshest responses towards the judgment in concern was the statement of the Guild of Experts of the Ministry of Justice. On the 28<sup>th</sup> of November 2019, the Union released a statement declaring that the Court of Cassation has exceeded constitutional and legal doctrines. It affirmed that the judgment was defective and unjust toward the experts in the DEMJ, on the grounds that the court should have only terminated the decision related to the litigant Al Obaid and should not have discussed the decisions connected to other

---

<sup>1</sup> Court of Cassation, Commercial Affairs Branch, court decision on appeal No. 60 and 68/84 on 27<sup>th</sup> Mar 1985. In addition to decisions number; 9/5 labor, 3<sup>rd</sup> Jun 1985, 10/85 labor, 10<sup>th</sup> Jun 1985.



employees as they are not among the parties of the litigation. Hence, the syndicate determined that the court has exceeded its function and ruled beyond its jurisdiction, that is beyond the demands of the litigants.<sup>1</sup>

The Court of Cassation is not compelled by the demands of the appellant; it has the power to examine the whole administrative process in order to stand on the legality of the alleged decisions. The legality of actions is a cornerstone in protecting the Public Order. In this case, the court found serious violations and came to a conclusion that the whole process was invalid and so were the decisions based upon it. The judgment reflects the prolonged illegal behavior of the administration, the scale of violation and authority abuse. Therefore, the court was rational to determine such judgment regardless of who it may affect.

---

<sup>1</sup> Statement of the Guild of Experts of the Ministry of Justice, 28<sup>th</sup> Nov 2019.

Finally, it is worth noting that the court judgment included an unexplained decision in regard to the discharged employees. The court decided to exclude the employees from applying to the posts in the DEMJ. I, among many others, would certainly question why the court would take such a harsh decision.

Indeed, the findings revealed many administrative violations in the qualification procedures, in addition to some violations in the appointment process. Therefore, one might argue that the candidates may have used personal influence to be accepted for the job. However, the court did not discuss any allegation in this regard and there was no evidence on such claims. In fact, even if this was the case for some candidates, why should others, those who did not commit any violation, be excluded from applying to the DEMJ posts? Since the Court of Cassation has not provided an adequate answer to this question, the discharged employees should

have the right to apply for the posts and participate in the qualifications.

It is of importance to reveal that on the 9<sup>th</sup> of March 2020 and in compliance with the previous court judgment, the Minister of Justice issued a decision to discharge the alleged employees and begin an application process for the vacant posts. However, contrary to the decision of the court, an official announcement was made exclusively for those who applied for the previous announcement, that is from the 8<sup>th</sup> to the 26<sup>th</sup> of November 2015 (exclusively for the same employees who were discharged by the court).<sup>1</sup> Of course, this serious defiance to the decision of the highest court in the judiciary system is a solid evidence of the prolonged illegal conduct of the administration. Undoubtedly, this biased and illegal decision will be challenged before the court of law and

---

<sup>1</sup> Ministry of Justice website, Monday 8<sup>th</sup> Mar 2020, online at: <https://www.moj.gov.kw/AR/pages/DisplayAnn.aspx?ItemID=772>, accessed 18<sup>th</sup> Apr 2020, 9:50 pm.

will be terminated, and the members of the administration who participated in such a decision, along with the Minister, shall be held responsible for such actions, as revealed in the course of this study.

## **7 Conclusion**

The case in concern sheds light on the role of the judiciary in protecting principles of equity, justice, and legality of actions when applying to public office. In this unprecedented harsh yet necessary judgment, the Court of Cassation attempted to deliver a clear message that the administration should adhere to law and stop violating and abusing the power invested in them to appoint public employees.

It is of necessary to assert that the decisions of this court, as a supreme court, are respected from lower courts in the judiciary system. The judgment of the Court of Cassation is considered as a principle and set guidance to lower courts.

Accordingly, the Court of First Instance and the Court of Appeal should apply its principles and examine the whole administrative process in order to establish sound judgment. In this regard, one might argue that this judgment will set the foundation for similar judgments in the near future.

One of the most interesting observations to the studied case is that the court considered the administration's denial of providing the required documents, which were ordered by the Court of First Instance, as evidence to the illegality of actions and authority abuse.

The violations studied in this paper were very serious and stretched over the whole process of employing experts in the DEMJ. The violations occurred in the era of two Ministers of Justice, some violations have established a case of forgery, in addition to the fact of misuse of power. This establishes the responsibility of the ministers before the Ministerial Court and the responsibility of public employees before the Administrative and Criminal Courts in concern, along with the

responsibility of both sides before the Civil Courts in case of compensation. Moreover, the DEMJ is responsible as a whole before the Ministry of Finance for the financial funds that were used to fund the candidates' contest and the entire qualification process.

Essential discussion was created about the legality of actions made by the discharged employees during service. Therefore, the theory of De Facto Employee was presented to guarantee the legality of these actions as long as it adheres to law and regulation. The French Council of State (Conseil de Etat) established this theory in order to protect the legal rights of the persons who dealt with the alleged employees during service. It was determined that the same theory applies in the Kuwaiti Legal System and to the case in concern.

Although the Court of Cassation made a sound judgment to terminate all the administrative decisions in concern based on illegality of action and authority abuse, it was unsuccessful in its judgment to exclude all the discharged employees from

applying to the DEMJ posts. The court did not provide any reason for such decision, and therefore, a firm legal explanation is required.

## **Bibliography**

1. Abu Zaid, Mohamed Abdulhamid, The permanent functioning of public utilities, comparative study, third edition, (Dar Al Nahda Al Arabiyah, margin 219,2002).
2. Addel Al Tabatabae, The New Civil Service Law, Kuwait University, 1983).
3. Azizah Al Shareef, The Responsibility of the Public Employee in Kuwait, Kuwait University, school of Law 1997).
4. Brown, L. N. and Garner, J. F., French Administrative Law, 5<sup>th</sup> ed, (Clarendon Press, Oxford 1998).
5. Brown, N. J., The Rule of Law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf. (Cambridge Middle East Studies, Cambridge University Press, USA, New York, 1997)

6. G.Vedel. Droit Administratif 7<sup>e</sup>ed, (Themis Paris 1980)  
– Nicholas, B., French Law of Contract, 2<sup>nd</sup> ed, (Oxford, 1992).
7. Jean De Soto, Droit administrative, (1973).
8. Mahmoud Hafiz, the Theory of Public Utilities, Egypt, (Cairo University Law School,1963–1946).
9. Majdi Yousef, The legal grounds of the De Facto Employee theory, (1988).
10. Majed Al Helo, Administrative Law, 1983, p 210).
11. Mustafa M. Afifi, The philosophy and purpose of Administrative disciplining, (PhD thesis, a comparative study, 1976).
12. P. Delvolvé: L'acte administratif. (Collection de droit public Sirey Paris 1983).
13. Shehara, Tewfiq, The Principles of the Administrative Law, (Part 1,1955).



14. Suliman Al Tamawi. The General Theory of Administrative Decisions, (5<sup>th</sup> ed, 1984)
15. Taemah Al Garf, Administrative Law and General Principles for regulating Public Authorities, (Dar Al Nahdah Al Arabia, 4<sup>th</sup> Ed, 1978).
16. Yousri Al Assar, Principles Established by Constitutional Supreme Court in regard to Public Office, (School of law, University of Cairo, 2011).



النظام القانوني لسحب القرارات الإدارية  
دراسة مقارنة

دكتور

عمر محمد عبدالله أبو عوف

دكتوراه في القانون العام

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

## مقدمة

تعد القرارات الإدارية إحدى أهم التصرفات القانونية الصادرة عن الإدارة بإرادتها المنفردة، وتتمارس من خلالها جل نشاطها وينتج عنها آثاراً قانونية. تعدل أو تنتشأ مراكز قانونية بما ترتبه من حقوق وتفرضه من التزامات.

وقد يحدث أن تصدر الإدارة قراراً إدارياً معيباً، مخالفاً للقانون أو متعارضاً مع المصلحة العامة، أو متنافياً مع ما استقر عليه من مبادئ قانونية استقرت في القضاء أو أعراف إدارية ثابتة تعد مصدر من مصادر المشروعية، مما يستدعي إعادة النظر فيه حيث يسمح للإدارة بغير طعن سابق، ودون حكم لاحق سحبه أو إلغائه.

وتتردد سلطة الإدارة في سحب القرارات الإدارية بين إطلاق وتقييد. فمن ناحية تبدو دلائل الإطلاق في أنه إذا ثبت عدم مشروعية قرار إداري فإن ذلك يمنح الإدارة الحق في سحبه، بل يرتب عليها التزام بذلك. كل ما هنالك أنها مقيدة زمانياً في ذلك، حيث يلزم اتخاذها قرار السحب خلال مدة محددة لا يمكن تجاوزها. أما مظاهر التقييد في سلطة الإدارة. فتكمن في عدم قدرة الإدارة على سحب القرارات المشروعة إلا طبقاً لبعض الاستثناءات.

وعلى ذلك، فإن سلطة الإدارة بشأن السحب تضيق، كما أن سلطتها في رحابه تتسع في حالات أخرى، وبين حالات الانطباق، وهذا الضيق والسعة ترتسم معالم السحب، وتتجلى ضوابط إعماله.

وعلى قدر أهمية السحب في إحداث أثره المنهني للقرار الإداري، فإن المشرع لم يعره بالنص اهتماماً، سائراً في ركاب حال القوانين في فرنسا، والتي مضت صامته حيناً عن تفصيل أحكامه، وظل القضاء يبتدع شروطه وأحكامه. حتى تلقف المشرع هذه السوابق القضائية وأصدر المرسوم رقم 1341 في 23 أكتوبر عام 2015م حيث قنن بموجبه السحب والإلغاء الإداري. ولم يدخل حيز التنفيذ إلا في الأول من يونيو عام 2016م. والذي بمقتضاه أضيف الباب الرابع من الكتاب الثاني<sup>1</sup> من قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة بعنوان: خروج القرارات الإدارية من حيز التنفيذ. ويشمل المواد من 240 إلى 243.

على خلاف هذه الحال. كان الوضع في مصر. فهو إن تماثل في البدء من حيث النشأة القضائية. إلا أنه مازال على حاله قضائياً. لم ينل حظاً من التقنين صراحة.

إذن يتأسس السحب في فرنسا على نص مرجعه القضاء، ويستقر في مصر، على قضاء بغير نص. هو إذن في الحاليين قضائي النشأة، ولعلنا في غير حاجة لتعقب

---

<sup>1</sup> حيث جاء الكتاب الثاني من القانون بعنوان: القرارات التي تصدر عن جهة الإدارة بإرادتها المنفردة.

هذه النشأة. فذاك مما لا نفع منه يرجى، مادام قد استقر وجوده بالنص في فرنسا، وبما تواتر عليه القضاء الإداري في مصر.

ورغم نبل الاعتبارات التي قام عليها السحب حين قام، إلا أنه قد تتخذ الإدارة ذريعة للنيل من حقوق الأفراد بسحبها لقراراتها الإدارية، مما يجعله صدعاً كبيراً في صرح سيادة القانون، وسيجاً وأقياً لامتياز مستتر لإهدار حقوق الأفراد. ونظراً لما لهذا الموضوع من أهمية في إنهاء القرار الإداري وما يثيره من التوفيق بين حق الإدارة في إصلاح ما ينطوي عليه قرارها من مخالفة قانونية، وبين وجوب استقرار الأوضاع القانونية المترتبة عليه وعدم المساس بالحقوق المكتسبة وإشاعة الثقة والطمأنينة في نفوس الأفراد. مما يجعله جديراً بالدراسة نظراً لما يثيره من مشكلات قانونية وعملية تتطلب الحسم.

### ماهية سحب القرارات الإدارية

يمكن تجلية هذه الماهية، من خلال الوقوف علي مفهوم القرار الإداري الذي يكشف عن سماته من ناحية، ثم نلج للحديث عن مفهوم سحب القرارات الإدارية من ناحية أخرى.

### أولاً: تعريف القرار الإداري

أفضى الفراغ التشريعي في تحديد مفهوم القرار الإداري، إلى أن يجتهد الفقه والقضاء الرأي في المسألة. فاجتهد الفقه ليضع مفهوماً للقرار الإداري، يعين

القاضي علي تلمس الخطي في أعمال الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة، واجتهد بدوره مجلس الدولة أيضا في وضع أطر آتية لهذا المفهوم. بما يستلزمه ذلك من أعمال الرقابة القضائية ليتكون من خلال ذلك تصور لما يعنيه القرار الإداري، وما يستتبط منه، من عناصر يستدل من توافرها علي توافره. فيقتضي الوقوف علي مفهوم القرار الإداري أن نحدد بداية آراء الفقهاء، وما استقر عليه قضاء مجلس الدولة بشأن تعريفه.

ويري بعض الفقه في مصر<sup>1</sup> بأن القرار الإداري هو إفصاح عن إرادة منفردة يصدر من سلطة إدارية بسند قانوني ويرتب آثاراً قانونية ويعرفه البعض الآخر<sup>2</sup> بأنه هو تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد إحداث أثر قانوني معين وأخيراً يري بعض الفقه<sup>3</sup> أن القرار الإداري هو عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة .

---

<sup>1</sup> د/ ماجد راغب الحلو - دعاوي القضاء الإداري - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2020م - ص 54 .

<sup>2</sup> د/ محمود سامي جمال الدين - الدعاوي الإدارية والإجراءات أمام القضاء - الإسكندرية - منشأة المعارف - 1990م - ص 49 .

<sup>3</sup> د/ محمد رفعت عبدالوهاب - مبادئ القضاء الإداري - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2019م - ص 23

وقد استقر قضاء مجلس الدولة علي أن القرار الإداري هو إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضي القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني ابتغاء تحقيق مصلحة عامة يتغيهاها القانون<sup>1</sup> .

وفي فرنسا، أبدى الفقيه الفرنسي فيدال رأيه<sup>2</sup> حيث عرف القرار الإداري علي أنه عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة من قبل الإدارة ويكون من شأنه تعديل الأوضاع القانونية بما يفرضه من التزامات وما يمنحه من حقوق ، كما عرفه بونار<sup>3</sup> بأنه كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة .

ورغم تعدد التعريفات للقرار الإداري إلا أنها تقضي إلى ذات المعني أو المفهوم، كما أنها تكشف عن السمات الأساسية للقرار الإداري وخصائصه، وهو أن القرار

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1 نوفمبر 2003م - الطعن رقم 441 لسنة 41 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - من أول أكتوبر سنة 2003م إلى آخر سبتمبر 2004م - السنة 49 ق - ص 77 .

وقد انتقد بعض الفقه هذا التعريف ووصفه بأنه معيب وتتقصه الدقة ويعيبه أمران أولهما أنه يدخل في تعريف القرار الإداري شروط صحته التي يجب أن تخرج عن ماهية القرار في ذاته .  
والآخر أن هذا التعريف يقصر أثر القرار أو محله فقط علي إحداث مركز قانوني . انظر د/ محمد رفعت عبدالوهاب - مبادئ القضاء الإداري - المرجع السابق - ص 23.

<sup>2</sup> Vedel G : Droit administratif, P.U.F.Paris, 1968, P33 .

<sup>3</sup> مشار إليه د/ حمدي ياسين عكاشة - القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - الإسكندرية - منشأة المعارف - 1987م - ص 170 .



الإداري يجب أن يكون عمل قانوني والذي يتمثل في الإفصاح أو التعبير عن الإرادة بقصد ترتيب أثر قانوني معين، وهو ما يعني أن أعمال الإدارة المادية سواء كانت إرادية أم لا إرادية لا تعتبر قرارات إدارية، كما يجب أن يصدر القرار الإداري عن سلطة إدارية سواء كانت مركزية أم لا مركزية، فضلا عن أن القرار الإداري يصدر بالإرادة المنفردة وهو في ذلك يتميز عن العقد الإداري الذي ينشأ عن تلاقي إرادة الإدارة مع إرادة أخرى بشروط معينة .

### ثانيا: تعريف سحب القرارات الإدارية

احتدم الجدل في الفقه عند البحث عن معيار يمكن من خلاله الاهتداء إلى مفهوم سحب القرارات الإدارية، ولعل ما ساهم في إنكفاء هذا الخلاف تعدد الزوايا التي ينظر منها كل منهم إلى موضوع السحب، فبعضهم ينظر إلى السحب من خلال السلطة مصدرة القرار بغض النظر عن طبيعة القرار نفسه، والبعض الآخر ينظر إلى الطبيعة القانونية دون إغفال السلطة مصدرة القرار الإداري<sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> د/ سالم بن سلمان الشكيلي - نظرية سحب القرارات الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2016م - ص 48 .

يري بعض الفقه<sup>1</sup> في مصر أن سحب القرار الإداري هو إعدام آثار القرار بالنسبة للماضي والمستقبل بحيث يعتبر القرار كأنه لم يولد إطلاقاً . كما يذهب البعض الآخر<sup>2</sup> أن السحب هو إنهاء أو تجريد للقرارات الإدارية من قوتها القانونية بالنسبة للماضي والمستقبل بأثر رجعي . ويتبين من هذه التعريفات إغفالها تحديد الجهة التي يحق لها سحب القرار الإداري سواء كانت قاصرة علي الجهة مصدرة القرار أم تشمل الجهة الرئاسية لها أيضا .

في حين يذهب بعض الفقه<sup>3</sup> إلى تعريف السحب أنه عملية قانونية تمكن السلطة الإدارية من إعادة النظر في القرار الذي أصدرته بالنسبة للماضي والمستقبل بأثر رجعي . وهذا التعريف يقصر سحب القرار الإداري علي السلطة المصدرة له .

وأخيرا يري بعض الفقه<sup>4</sup> أن السحب هو رجوع الإدارة سواء مصدرة القرار أو السلطة الرئاسية لها في قرار أصدرته بالمخالفة للقانون ويكون السحب بأثر رجعي

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - القاهرة - دار الفكر العربي - 2006م - ص 653 .

<sup>2</sup> د/ طعيمة الجرف - القانون الإداري - دون ذكر للناشر - طبعة 1963 ، 1964م - ص 387 .

<sup>3</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1964م - ص 36 .

<sup>4</sup> د/ حسني درويش عبدالحמיד - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - دون ذكر للناشر - طبعة ثانية مزيّدة ومنقحة - 2008م - ص 278 .

. وبالنظر إلى هذا التعريف نجد أنه اتسع ليشمل السحب سواء من الجهة مصدرة القرار أو السلطة الرئاسية لها.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا أن السحب هو إعدام القرار الإداري وإهدار قيمته القانونية وكأنه لم يصدر بداءة<sup>1</sup> . كما ذهبت بمناسبة الحديث عن التظلم إلى أن الحكمة من التظلم الوجوبي السابق علي رفع دعوي الإلغاء، هي إتاحة الفرصة لجهة الإدارة لمراجعة مشروعيتها قراراتها، سواء أكان التظلم قد رفع إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أم إلى الجهة الرئاسية التابعة لها، ان كانت هي التي تملك سحبه أو الرجوع فيه<sup>2</sup> .

ومن كل ما تقدم نخلص إلى أن التعريفات السابقة وان استخدمت اصطلاحين كل منهما مغاير للآخر - السحب والرجوع - إلا إنها جميعا تتفق في المعني حيث ساققت مفهوما يحقق النتيجة ذاتها. وما يعكسه من أن السحب هو رجوع الإدارة فيما أصدرته من قرار بحيث يزول منذ صدوره بأثر رجعي .

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 13 يناير 1993م - الطعن رقم 1446 لسنة 32 ق .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 5 مارس 1966م - الطعن رقم 1301 لسنة 7 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة الخمسة عشر عاما من 1965 حتى 1980م - الجزء 2 - 1982م - البند 60 - ص 1189 .

وفي فرنسا. ثمة رأي يري<sup>1</sup> السحب بأنه العمل الذي ينهي القرار من قبل الجهة الإدارية التي أصدرته واعتباره كأن لم يكن ، ويقول البعض<sup>2</sup> أنه محو القرارات الإدارية الفردية المعيبة بأثر رجعي إلى تاريخ صدورها بواسطة الإدارة المختصة . ويعلق البعض الآخر<sup>3</sup> قائلاً أن السحب هو محو القرارات الفردية المعيبة بأثر رجعي عن طريق مصدرها . وقد عرف قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة في المادة 1/240 البند 2 منها أن سحب القرار هو محوه بالنسبة للماضي والمستقبل<sup>4</sup>

ووضع تعريف محدد للسحب على هذا النحو يفضي إلى وضع حد لاستخدام تعبير السحب في الأحكام القضائية أو في النصوص القانونية في جميع الظروف بما في ذلك التصرفات التي يمكن أن يطلق عليها إبطال، كما أنه يضع حد لاستخدام

---

<sup>1</sup> Bounard–Rouger : precis de droit administratif, librairie général de droit, Paris, 1943, P275.

<sup>2</sup> Vedel G : droit administratif, T1. P.U.F. ed8. Themis. Paris, 1982, P272.

<sup>3</sup> André de Laubadere, Gaudem et yves et venezia jean–claude, Traité de droit administratif, 13 édition, Paris, 1994, P375–294.

<sup>4</sup> Article L240–1: 2° Retrait d'un acte : sa disparition juridique pour l'avenir comme pour le passé.

تعبيرات أخرى للإشارة إلى سلطة الإدارة في سحب قرار معين حيث أن بهذه التعريفات تم وضع حد للنطاق الزمني لإنهاء القرار الإداري من قبل الإدارة<sup>1</sup>.

ونخلص مما سبق أن سحب القرارات الإدارية سواء في مصر أو فرنسا هو قرار إداري يصدر عن الجهة الإدارية التي أصدرت القرار المعيب أو الجهة الرئاسية التي تعلوها للرجوع في القرار بأثر رجعي منذ تاريخ صدوره، واعتباره كأن لم يكن وإزالة كافة الآثار المترتبة عليه في الماضي والمستقبل.

### ذاتية سحب القرارات الإدارية

لسحب القرار الإداري سمات تعكس طبيعته الذاتية، وتكشف عن معالم تميزه عن غيره من الوسائل القانونية المنهية للقرارات الإدارية، سواء كانت هذه الوسائل تجريها الإدارة، كالإلغاء الإداري والقرار المضاد، أم كانت قضائية، كحكم الإلغاء، وهم يفترون عن السحب في بعض الأمور، ويوافقونه في بعضها الآخر.

لنري، إذن، من نبأ ذلك، ما يمكن معه تلمس أوجه تمايز السحب عنهم. تجلية لما له من ذاتية. تعكس في ذات الآن. خصائصه.

---

<sup>1</sup> Gweltaz Eveillard: La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux, AJDA, N 44 – 2015, p.2475.

## أولاً: السحب والإلغاء القضائي

من المعلوم، بداية، أن حكم الإلغاء هو إعدام قرار إداري مخالف للقانون يصدر من المحكمة المختصة بناء على دعوى قضائية يرفعها صاحب الشأن أمام القضاء الإداري.

ويطابق السحب والإلغاء في مواضع، ويغايره في أخرى. فمن الناحية الأولى يتمثل الاثنان في أمران. أولهما: الأثر. لما يؤدي إليه كل منهما من إنهاء للقرار الإداري بأثر رجعي علي نحو لا يرتب أي آثار بالنسبة للماضي أو المستقبل. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا مقتضي تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري إعدام القرار ومحو آثاره من وقت صدوره<sup>1</sup>.

والآخر. يماثل السحب حكم الإلغاء في الميعاد. إذ أنه يجوز سحب القرار أو رفع دعوى الإلغاء خلال ستون يوماً في مصر. وبانقضاء موعده يصير القرار نهائياً لا يجوز بعدها سحبه أو الطعن عليه بالإلغاء. وأثر هذا الأخير لا يعني غير النزول عن حق الطعن وقبول صاحب الشأن للقرار.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2014/10/12م - الطعن رقم 205 لسنة 25ق - مجلة هيئة قضايا الدولة - السنة 2016م - العدد الرابع - ص 132 ، وجلسة 1966/1/21م - الطعن رقم 1520 لسنة 7ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة خمسة عشر عاماً 1965-1980م - الجزء 3 - 1984م - البند 31 - ص 2074 .

ولكن هذه المماثلة في الأثر والميعاد، لا تعني المطابقة في الذاتية. فمن ناحية أولي، قرار السحب هو قرار إداري يصدر عن الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها ، بينما حكم الإلغاء هو حكم قضائي يصدر عن جهة قضائية في خصومة قائمة.

ومن جهة ثانية، إذا كان السحب، كالإلغاء، يفضي إلى إنهاء القرار الإداري، فإنه يحقق هذا الأثر بناء علي تظلم يقدم إلى السلطة الإدارية، أو تم بمبادرة منها كنوع من الرقابة الإدارية الذاتية علي أعمالها<sup>1</sup>. فلها حرية إجراء السحب في ضوء ما تراه بينما حكم الإلغاء يحقق هذا الأثر كجزء لعدم مشروعية القرار الإداري ويكون بناء علي طعن مقدم من صاحب المصلحة وبمجرد صدوره فإن الإدارة لا تملك دفعا لهذا الحكم.

ومن جهة ثالثة. القاضي الإداري يراقب مشروعية القرار، أما سحب القرار فهو أكثر اتساعا. إذ تراقب فيه الإدارة المشروعية والملاءمة علي حد سواء<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة - الإسكندرية - منشأة المعارف - 2007م - ص 297.

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 274 .

ومن جهة رابعة لم يكن ميعاد سحب القرار الإداري في مصر من نشأة المشرع، وإنما كان من صنعة القضاء، في حين أنه جاء نص المادة 24 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م ليحدد ميعاد رفع دعوي الإلغاء. وأخيراً حكم الإلغاء كغيره من الأحكام يكتسب حجية الشيء المقضي به، أما السحب الإداري لا يكتسب حجية الشيء المقضي به<sup>1</sup>.

### ثانياً: السحب والإلغاء الإداري

الإلغاء الإداري هو عمل قانوني يصدر عن جهة الإدارة بإرادتها المنفردة بقصد إنهاء آثار قرار إداري بالنسبة للمستقبل دون المساس بآثاره في الماضي.

ويتفق قرار السحب وقرار الإلغاء، في بعض الأمور. أولها. أن كليهما يتماثلان في صدورهما من الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها، ويتطابقان في أن كل منهما قد يكون كلياً أو جزئياً. صريحاً أو ضمناً.

والآخر. يماثل قرار السحب قرار الإلغاء إذ أنهما يفضيان في حال تمامهما إلى إنهاء القرار. وعدم إعمال أثره.

---

<sup>1</sup> د/ عدنان عمرو - القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها - الإسكندرية - منشأة المعارف - الطبعة 2 - 2004م - ص 129 .



والثالث. أن كلا القرارين يصدران لتصحيح وضع مخالف للقانون ويخضعان للقاعدة العامة القائمة علي عدم الزام الجهة الإدارية بتسبب قراراتها الإدارية ما لم يلزمها القانون بذلك صراحة<sup>1</sup>.

وأخيرا قرار السحب يلزمه ميعاد معين يتم فيه. هو ذاته ميعاد قرار الإلغاء، ويجري عليه ما يجري من أحكام علي ميعاد الطعن<sup>2</sup>، ولما كان هذا الأخير له ميعاد - أربعة أشهر في القانون الفرنسي وستون يوماً في القانون المصري - فان حاصل ذلك تقيد السحب والإلغاء بذات الميعاد والا كانوا غير مقبولين لتحصل القرار، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري أما القرارات الفردية الإدارية فلا يجوز سحبها ولو كانت مشوبة بعبب إلا خلال سنتين يوماً من تاريخ صدورها بحيث إذا انقضي هذا الميعاد اكتسب القرار حصانة نهائية تعصمه من الإلغاء أو التعديل<sup>3</sup>.

بيد أن مواطن الاتفاق السابقة، لا تحجب مظاهر المغايرة بينهما. إذ أنهما يفترقان في عدة أمور. من أهمها الأثر. إذا كان السحب كالإلغاء، يفضي إلى إنهاء القرار

---

<sup>1</sup> د/ عبدالفتاح حسن - التسبب كشرط شكلي في القرار الإداري - مجلة العلوم الإدارية - العدد 2 - 1966م - ص 169 .

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 528 .

<sup>3</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 12 ديسمبر 1954م - القضية رقم 814 لسنة 6 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة التاسعة - البند 94 - ص 120 .

الإداري وعدم إعمال أثره فالسحب يرتد بأثره إلى الماضي. فيلغي ما قد نفذ من القرار، كما يمتد أثره إلى المستقبل أيضا. وعلي خلاف ذلك قرار الإلغاء الذي لا يكون له غير أثر مستقبل. بمعنى أنه لا تأثير له علي الماضي. أي ما جري من تنفيذه قبل إصداره. فلا يسري بأثر رجعي. وهو ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري حيث قضت بأنه ان قرار وزير الصحة بإلغاء قيد المدعي علي الدرجة الثاني لا يعتبر سحبا لقرار القيد فان السحب لا يرد إلا علي قرار باطل وأثره يستند إلى الماضي، أما هنا فقرار القيد صدر صحيحا وإلغاء الوزير لهذا القرار يقتصر أثره علي المستقبل<sup>1</sup>.

وفي فرنسا قد فرقت المادة 1/240 من قانون العلاقة بين الإدارة والجمهور بين الإلغاء والسحب حيث عرفت الأول بأنه محو القرار بالنسبة للمستقبل بينما الثاني هو محو القرار بالنسبة للماضي والمستقبل<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 20 ديسمبر 1949م - القضية رقم 652 لسنة 2 ق - السنة الرابعة - ص 90.

<sup>2</sup> Article L240-1: 1° Abrogation d'un acte : sa disparition juridique pour l'avenir ;

2° Retrait d'un acte : sa disparition juridique pour l'avenir comme pour le passé.

والآخر. يتعلق بالمبادئ القانونية التي تحكم كلا التصرفين حيث أن القواعد التي تحكم السحب تختلف عن تلك التي تحكم الإلغاء إذ بينما يحكم الإلغاء مبدأ عدم جواز المساس بالمراكز الفردية المكتسبة فإن قواعد السحب يحكمها إلى جانب المبدأ السابق الذي يتعلق بالمستقبل مبدأ آخر يتعلق بالماضي إلا وهو مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية<sup>1</sup>.

والأخير يتجلى في نطاق ممارسة الإدارة لسلطتها. إذ لا يقتصر أعمال الإلغاء على المصلحة العامة فحسب وإنما قد يشمل أيضاً تغيير الظروف أو انتفاء الحاجة إلى استمرار تطبيق قرار معين، فنطاق الإلغاء أوسع من السحب.

فالإلغاء القرار الإداري مسألة أقل تعقيداً من السحب لما يتطلبه ذلك من محو آثاره بالنسبة للمستقبل فقط، ودون أن يمس الآثار المتولدة في الماضي، وبالتالي يكون في منأى من الاصطدام بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية<sup>2</sup>.

### ثالثاً: السحب والقرار المضاد

---

<sup>1</sup> د/ ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية - القاهرة - دار النهضة العربية - 2007م - ص 118 ، 119 .

<sup>2</sup> د/ حسام مرسي - أصول القانون الإداري - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - 2012م - ص 579 .

القرار المضاد هو إجراء إداري يتم بمقتضاه إلغاء أو تعديل قرار سليم بالنسبة للمستقبل<sup>1</sup>، ويعرفه البعض<sup>2</sup> أنه عبارة عن قرار إداري ينصب علي قرار إداري فردي سليم فيحدث فيه تعديلاً لبعض بنوده أو تغييراً له بأكمله ويقتصر أثره علي المستقبل فقط .

ويلتقي قرار السحب والقرار المضاد في أمرين أولهما من حيث كونهما قراراً إدارياً وثانيهما. ان كليهما يفضي إلى إنهاء قرار سابق.

غير أنهما يفترقان في أوجه عديدة. أولها أن القرار المضاد نظمته المشرع وحدد له الإجراءات الواجب اتباعها عند إصداره، بينما قرار السحب لم يكن من نشأة المشرع وإنما كان من صنعة القضاء<sup>3</sup>.

والآخر هو أن نطاق تطبيق القرار المضاد مقصور علي القرارات الإدارية السليمة إما إلغاءً أو تعديلاً، دون أن يكون في مواجهة المبادئ القانونية ومنها مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية، في حين أن قرار السحب يتسع نطاق

---

<sup>1</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 605 .

<sup>2</sup> د/ عبدالعليم عبدالمجيد مشرف - الوجيز في القانون الإداري - دون ذكر للناسر - 2001م - ص 241 .

<sup>3</sup> Paul isoart : manual et de droit public et administratif, L.G.D.J Paris, 1971, P224.

تطبيقه ليشمل القرارات غير المشروعة والمنعدمة والصادرة بناء علي غش وهو بذلك أوسع نطاقا من القرار المضاد<sup>1</sup> .

**والثالث.** قيد المشرع سلطة الإدارة وحدد نطاقها بنصوص قانونية حال إصدارها للقرار المضاد فان حادت عنها اتصف قرارها بعدم المشروعية لكون القرار المضاد قرار جديد ومستقل، بيد أن هذا التقييد لا يجري إعماله علي سلطة الإدارة وهي تسحب القرار الإداري فسلطتها أوسع نطاقا لكون القرار الأول غير مشروع أو غير ملائم أو المصلحة العامة اقتضت الرجوع عنه.

**والرابع** ان كان القرار المضاد ينهي قرارا صحيحاً، إلا انه يقتصر أثره الإنهائي علي المستقبل، دون أن يرتد إلى الماضي، أي إلى وقت صدوره ، فالقرار الصادر بفصل الموظف لا أثر له علي كافة الأعمال التي قام بها الموظف قبل قرار الفصل، وتظل هذه الأعمال سليمة وملزمة للموظف الذي يعين خلفا له وللإدارة كلها. والقرار الصادر بإلغاء الترخيص بفتح محل عام لا يمس العلاقات التي تكون

---

<sup>1</sup> د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي - الكتاب الثالث - دون ذكر للناسر - ص 90 ، 91 .

قد تمت قبل صدور القرار الأخير<sup>1</sup>. وذلك علي خلاف قرار السحب الذي ينصرف أثره علي الماضي والمستقبل.

**والأخير.** القرار المضاد تحكمه قاعدة تقابل الأشكال وتوازي الاختصاصات التي صدر بها القرار الصحيح المراد إنهاء أثره أو كما يذهب بعض الفقه<sup>2</sup> أن هذه القاعدة يجب إعمالها علي الأقل في شقها المتعلق بتوازي الاختصاصات<sup>3</sup>. أما قرار السحب فيرى جانب من الفقه أنه يصدر باستقلالية عن شروط وإجراءات القرار المعيب. فلا ينتقيد بقاعدة تقابل الأشكال أو توازي الاختصاصات وفي ذلك يقول بعض الفقه<sup>4</sup> أن قاعدة تقابل الأشكال ليس من اللازم توافرها إلا عند إصدار التصرف المقابل أي القرار المضاد وليس في حالة سحب القرار. وفي فرنسا يذهب " أندريه " <sup>5</sup> إلى أن سحب القرار لا يخضع لشكلية معينة سبق أن

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 692 .

<sup>2</sup> د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 91 .

<sup>3</sup> غير أن مجلس الدولة الفرنسي ألزم الإدارة باتباع هذه القاعدة بالنسبة للقرارات التنظيمية.

<sup>4</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 123 .

<sup>5</sup> مشار إليه د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 91 .

تطلبها القرار المسحوب، ويكفي أن تعلن السلطة المختصة قرار السحب بصورة واضحة لا لبس فيها .

أما من حيث التسبب فإن القاعدة العامة في مصر لكلا التصرفين هي لا الزام علي الإدارة بتسبب قراراتها بغير نص قانوني، وهناك بعض النصوص التي تشترط تسبب بعض القرارات الإدارية والتسبب في هذه الحالة يعد عنصرا شكليا جوهريا من عناصر القرار الإداري، إذا اشترط تسبب قرار السحب ولم تسببه الإدارة. كان القرار معيبا بعبء الشكل<sup>1</sup>، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد خرج علي هذه القاعدة فأوجب تسبب القرار المضاد وذلك كضمانة وحماية للأفراد<sup>2</sup>. حيث أن القرار المضاد يلغي قرارا مشروعاً، فالغالب في القرار المضاد هو تلتزم الإدارة بتسببه<sup>3</sup>. كما أن قانون العلاقة بين الإدارة والجمهور ألزم الإدارة صراحة بتسبب قرارات السحب حيث تكون الإدارة ملزمة ببيان الأسباب التي حدثت بها إلى

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1973/5/2م - القضية رقم 713 لسنة 26 ق ، و جلسة 1973/6/27م - القضية رقم 937 لسنة 26ق - مشار إليهم د/ حمدي ياسين عكاشة - القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - المرجع السابق - ص 513 .

<sup>2</sup> انظر د/ محمد ماهر أبو العينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 92 ، د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 692 .

<sup>3</sup> د/ عصمت عبدالله الشيخ - مبادئ ونظريات القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1998م - ص 142 .

الرجوع في القرار المنشئ لحق. ومن ثم يترتب على عدم الالتزام به تعيب القرار مما يؤدي إلى إلغائه قضائياً.

### أهمية السحب

تبدو أهمية سحب القرارات الإدارية في أن القرار الصادر من الإدارة قد يكون مخالفاً للقانون أو مبدأ المشروعية ويفضي ذلك إلى أن يضر بحق من حقوق الأفراد. فتنفيذ هذا القرار قد يكون من شأنه المساس بحق مكتسب أو مركز قانوني للفرد وهنا يحدث التعارض بين تنفيذ القرار الإداري وبين حقوق الأفراد واجبة الاحترام.

لذلك فتحقيقاً للصالح العام والرغبة في حماية الحقوق المكتسبة يتطلب الأمر إباحة الطعن ضد قرارات الإدارة المعيبة حماية من جور وتعسف الإدارة أو الاعتراض عليها والتظلم منها بهدف سحبها أو تعديلها.

في ضوء ذلك تبرز أهمية سحب القرارات الإدارية في أنها تعتبر وسيلة لرقابة الإدارة على أعمالها كما أنها وسيلة لتجنب الطعن بالإلغاء وذلك على النحو التالي:

### أولاً: السحب وسيلة لرقابة الإدارة لأعمالها

الرقابة قد تكون عن طريق تظلم صاحب الشأن، وقد تكون رقابة ذاتية تراقب فيها الإدارة نفسها بنفسها، وكل ما تتقيد به الإدارة في هذا الشأن هو اتخاذ قرار السحب



خلال المدة المحددة للطعن بالإلغاء في مصر. فالأولى يتم فيها تقديم تظلم أو شكوى إما إلى الجهة مصدرة القرار أو إلى السلطات الرئاسية لهذه الجهة وذلك بقصد إعادة النظر في القرار الإداري الذي أضر بهم.

وقد نصت المادة 24 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م في معرض حديثها عن ميعاد رفع الدعوى بأن ينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية، ويجب أن يبت في التظلم قبل ستين يوماً من تاريخ تقديمه. وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً، ويعتبر مضي ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه. ويكون ميعاد رفع الدعوى بالطعن في القرار الخاص بالتظلم ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً المذكورة .

والأصل أن التظلم يكون اختياري لصاحب الشأن أن يقدمه أو يطعن مباشرة في القرار أمام القضاء غير أنه توجد بعض الحالات قد يكون التظلم فيها إجبارياً على صاحب الشأن تقديمه قبل رفع دعوى الإلغاء وعدم تقديمه يفضي إلى الحكم بعدم قبول الدعوى<sup>1</sup>.

وبالرغم من أن هذا الطريق يمكن من خلاله حل كثير من المنازعات بطريقة ودية دون تدخل القضاء. ومن ثم سحب الإدارة لقرارها أو تعديله. إلا أنه من الوجهة

---

<sup>1</sup> د/ ماجد راغب الحلو - دعاوى القضاء الإداري - المرجع السابق - ص 99 .

المقابلة هذا معناه أن الإدارة في شأن السحب تكون خصماً وحكماً في آن واحد، وذلك أمر أظهر من أن ندلل على قدر خطورته، ومدى عدم فاعليته. ثم ما الذي يحول دون اعتساف الجهة الإدارية أو الجهة الرئاسية لها في الفصل في الشكوى أو التظلم فلا تعبأ بها ولم تلق لمقدمها بالاً؟.

**والأخرى** أن تقوم الإدارة بإعمال رقابتها الذاتية أو التلقائية على ما تصدره من قرارات من تلقاء نفسها فتقوم بسحب قراراتها غير المشروعة أو إلغائها أو تعديلها، على النحو الذي يمليه القانون ويقتضيه، وهذه الرقابة قد تكون من الموظف مصدر القرار كما قد تكون من رئيسته. فمبادرة الإدارة إلى سحب القرار المطعون فيه يعتبر تصرفاً يكشف عن حسن نيتها ويبعدها عن إساءة استعمال السلطة<sup>1</sup>.

هذا ويلاحظ أن رقابة الإدارة لأعمالها عن طريق التظلم كانت أو من تلقاء نفسها على السواء. تكون شاملة لمشروعية القرارات وملاءمتها لمقتضيات المصلحة العامة، وذلك يفضي إلى أن الإدارة إذا أصدرت قرار غير مشروع أو غير ملائم لها الحق بإلغائه أو سحبه أو تعديله حسب الأحوال<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1979/3/29م - القضية رقم 271 لسنة 32 ق - السنة 33 - غير منشور .

<sup>2</sup> د/ إبراهيم عبدالعزيز شيجا - القضاء الإداري - الإسكندرية - دون ذكر للناسر - 2019م - ص 231 .

## ثانياً: السحب وسيلة لتوقي الطعن بالإلغاء

قد يسلك ذو الشأن طريق القضاء حيث يكون له الحق في الطعن على القرار الصادر بقصد إلغاءه. وما يترتب عليه من آثار. متقدياً بذلك الضرر الذي قد يلحقه. لما كان ذلك كذلك، فقد أبيع لجهة الإدارة سحب قراراتها وأن تصحح بنفسها خطأها حتى تتجنب أن يقوم القضاء بهذه المهمة. وفي ذلك توفير لجهد القضاء. إذ به نتقادي إشغال القضاء وتكدس الدعاوى، ويحمل القاضي أخيراً ما لا ينوء بحمله. وتديلاً على ذلك تقول محكمة القضاء الإداري أن للإدارة الحق في سحب أو إلغاء قرارها الباطل مادام ميعاد الطعن القضائي بإلغائه ممن له مصلحة في ذلك قائماً<sup>1</sup>. كما قضت أيضاً بأن القرار المعيب قد يكون قابلاً للإبطال، إما عن طريق الطعن فيه بالإلغاء خلال المواعيد المقررة قانوناً، أو بقيام جهة الإدارة بسحبه خلال الميعاد تقديماً للطعن فيه قضاءً...<sup>2</sup>. وذكرت أنه إن الحكمة في تجويز سحب القرارات، هي أن القرار المخالف يبقى فترة من الزمن معرضاً للإلغاء بالطريق القضائي، فمن المنطق أن يكون لجهة الإدارة التي أصدرت هذا القرار أن

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1952/11/4م - القضية رقم 41 لسنة 6 ق - السنة 7 - ص 8 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري الدائرة الاستئنافية - جلسة 1977/11/26م - الطعن رقم 244 لسنة 7 ق - السنة 9 - غير منشور .

تتجنب حكم القضاء بإلغائه فتسبق هي القضاء وتصلح بنفسها شوائب القرار وعيوبه<sup>1</sup>.

ولا يستتبع القول بأن السحب وسيلة لتفادي الإلغاء القضائي أنه يجب لإمكان السحب أن يكون القرار مهدداً بإلغاء قضائي<sup>2</sup>.

### - خطة البحث

القاضي الإداري بحكم اتصاله المستمر بمنازعات الإدارة يكون أقدر على أن يتصدى بحكم ملائم لما قد يستجد من واقعات. فالقاضي الإداري بما له من دور إنشائي يساهم به مع المشرع في صياغة نظام السحب وذلك من خلال أحكام مجلس الدولة الصادرة- كما هو الحال في فرنسا حيث أن قانون السحب والإلغاء ما هو إلا تقنين للسوابق القضائية - قد شيد نظاماً للسحب. جدير بالبحث والتمحيص. مهمة البحث تجليته بعد خفاء، وجمعه من شتات، وإعمال الرؤى فيه. قدر منال الجهد وسعة الطاقة. لتقديم تصور آني لما عليه حال سحب القرارات الإدارية. حيث وضع من الضوابط ما خصص به عمومها، وقيد مطلقه، تخصيصاً يجلو جانباً من شروط انطباقه، وتقيداً يبين عن معالمه الإجرائية. وتحقيق عددًا

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1951/12/13م - السنة 4 ق - ص 153 .

<sup>2</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 8 .

من الاعتبارات مستهدفاً بذلك سيادة القانون وحماية حقوق الأفراد وألا تسئ الإدارة بسلطتها إلى القرارات الإدارية فتهدر ما تقرره من مراكز قانونية.

وإن شئنا - استهزاءً بذلك جميعه - أن نضع تنظيمياً يلملم شعث تفرق هذا النظام على نحو يبسر البحث فيه، فإنه يمكن القول بأن أصوله تتضامم إلى بعضها في نسق يمكن من خلاله تصنيفها إلى نوعين: شروط لازمة لسحب القرارات الإدارية، وإجراءات واجبة الإلتباع لتمامه وتنفيذه.

لنرى إذن تفصيل ما قد سلف من خلال الفصلين التاليين:

1- شروط سحب القرارات الإدارية.

2- إجراءات سحب القرارات الإدارية.

## الفصل الأول

### شروط سحب القرارات الإدارية

تعكس هذه الشروط، ما ينبغي أن يكون عليه القرار المسحوب حتي يمكن سحبه، وما يجب توافره في قرار السحب ليرتب آثاره، ويصح إعماله لنتأجه. من هذا المنظور، إذن، ثمة نوعين من الشروط. شروط تتعلق بالقرار المسحوب. وهو ما سنعرض له في مبحث أول. وأخري تتصل بقرار السحب ذاته. وهو ما نفصل حديثه في مبحث ثاني.

## المبحث الأول

### الشروط المتعلقة بالقرار المسحوب

وفق منطق هذه القرارات. ليس كل قرار إداري يمكن سحبه، لهذا وجب أن نحدد شروطاً وأوصافاً لهذه القرارات استجابة من ناحية لما نقصده من هذا النظام، وتحوطاً من ناحية أخرى من الإسراف في الالتجاء إليه. بشكل يصرف القاضي عن إفراغ الجهد في خصومات أولي بعنايته من جهة، ويمثل حائلاً دون السير المنتظم للنشاط الإداري من جهة ثانية.

في ضوء ذلك، نفصل الحديث عن سحب القرارات المعيبة، في مطلب أول. ثم ننهي بالحديث عن سحب القرارات المشروعة. وذلك في مطلب ثان.

## المطلب الأول

### سحب القرارات الإدارية غير المشروعة المعيبة

ليس اتصاف القرار المسحوب بوصف غير المشروع أو المعيب، كافياً لاعتباره من القرارات القابلة للسحب. وإنما يجب حتي يكون من بينها، أن يواجه القرار الإداري المسحوب معائب تنال من صحته. أو يعارض فيه مثالب تقدح في سلامته. حتي يمكن سحبه.

في ضوء هذا التصوير، يثير القرار الإداري غير المشروع تساؤلين، يدور أولهما حول ماهيته، ويبين الثاني عن الحالات التي يمكن فيها سحبه. وهو ما نعرض له في فرعين متتالين.



## الفرع الأول

### ماهية القرارات الإدارية غير المشروعة

تتبدى ماهية القرارات غير المشروعة من خلال التعرف علي مفهومها من جهة. وبيان الأساس الذي يرتكز عليه دورها الهام في تحديد نطاق السحب. من جهة ثانية.

#### أولاً: مفهوم القرار الإداري غير المشروع

المقصود بعدم مشروعية القرار هو أن يعيب القرار عيب من العيوب التي يترتب عليها الحكم بإلغائه عن طريق القضاء، وهي عيوب عدم الاختصاص والشكل والمحل وعيب الانحراف بالسلطة، وهي المعروفة بأوجه الطعن في القرارات الإدارية غير المشروعة.

والمتأمل في النظام القانوني للسحب، فيما يصاغ له من أحكام نصاً وقضاءً. يتبدى منه، ان الأصل في سحب القرارات الإدارية. أن السحب لا يصح إلا إذا كان القرار المسحوب معيباً. فالقاعدة بالنسبة لهذه القرارات، وخلافاً للقرارات الإدارية السليمة،

أنه يحق للإدارة سحبها متى أدركت بنفسها وجه عدم المشروعية فيها وذلك احتراماً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون<sup>1</sup>.

وبإنعام النظر في قضاء مجلس الدولة، ندرك قدر رسوخ القاعدة. إذ يعتبرها المجلس واحدة من الأصول الجامعة في مجال السحب. تحتجب خلفه الجهة الإدارية في سحبها للقرارات غير المشروعة. ولعلنا نستبين قدر ذلك، مما ذكرته المحكمة الإدارية العليا في أحكامها قائلة انه ان قضاء هذه المحكمة جري علي أن حق الإدارة في سحب القرارات الإدارية غير المشروعة وتصحيح الأوضاع المخالفة للقانون أصل مسلم به احتراماً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون<sup>2</sup> كما قضت بأن القرارات الباطلة لمخالفتها القانون يجوز للإدارة الرجوع فيها وسحبها بقصد إزالة آثار البطلان وتجنب الحكم بإلغائها قضائياً<sup>3</sup>. وهو ما سارت عليه

---

<sup>1</sup> د/ محمد فؤاد عبدالباسط - الأعمال الإدارية القانونية - الكتاب الأول - القرار الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 2012م - ص 776 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1991/12/1م - الطعن رقم 1941 لسنة 33ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - قاعدة 366 - ص 1053 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1967/12/17م - الطعن رقم 1556 لسنة 8 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2067 ، وجلسة 1968/3/2م - الطعن رقم 268 لسنة 11 ق - ص 2069.

محكمة القضاء الإداري حيث قضت بأن السحب لا يرد إلا على قرار باطل وأثره يستند إلى الماضي<sup>1</sup>.

وقد ذهب البعض<sup>2</sup> إلى أن أول شروط تطبيق نظرية سحب القرارات الإدارية هو أن يكون القرار المراد سحبه مخالفاً للقانون أو موصوماً بعيب عدم المشروعية.

فتمكن الإدارة من سحب هذه القرارات المعيبة بهدف إلى احترام سيادة القانون ، فجهة الإدارة تتدخل وتصحح الوضع متى استبان لها مخالفة القرار للقانون. وتعتبر المحكمة الإدارية العليا عن أن إتاحة إمكانية السحب للإدارة لتعيد سيادة القانون إلى التطبيق السديد ولكي تعيد بالتالي الحقوق إلى نصابها الصحيح<sup>3</sup>. فبالسحب إذن - سببياً مقصوداً به مفاداة الإلغاء القضائي<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 20 ديسمبر 1949م - القضية رقم 652 لسنة 2 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة الرابعة - 1951م - البند 28 - ص 90 .

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 296 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1992/4/26م - الطعن رقم 553 لسنة 34ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - قاعدة 367 - ص 1056، 1057 .

<sup>4</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1959/5/21م - الطعن رقم 58 لسنة 4 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات - الجزء 2 - ص 1766 .

## ثانياً: أساس اعتبار القرار الإداري غير مشروعاً قابلاً للسحب

يعكس عدم مشروعية القرار الإداري، كإطار لنطاق سحب القرارات الإدارية، أسباباً، تفسر سبب قابليته للسحب. فأسباب الطعن بالإلغاء هي نفس الأسباب التي تبرر سحب القرار من قبل الإدارة في خلال المواعيد المقررة للسحب قانوناً وهي عيوب عدم الاختصاص أو عدم اتباع الشكل المقرر قانوناً أو انعدام السبب أو أن يكون القرار شابه عيب في المحل أو الانحراف بالسلطة.

وهذه العيوب يمكن أن تحظى بحديث مفصل. إلا أننا نجتزئ من نبأه ما يفي بغرضه<sup>1</sup>.

**1- عيب عدم الاختصاص:** يشوب القرار عيب عدم الاختصاص إذا صدر من موظف ليس له سلطة إصداره طبقاً للقوانين أو اللوائح النافذة. أو صدوره من موظف يمتلك تلك السلطة إلا أنه خالف مقتضاها من حيث موضوع القرار أو نطاق تنفيذه المكاني والزمني<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> نود أن نشير إلى أننا لا نعرض في هذا المقام لتفصيل العيوب أو الأسباب التي تلحق بالقرار الإداري غير المشروع.

<sup>2</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - القاهرة - دار الفكر العربي - 1984م - ص 283 .

**2- عيب الشكل:** وهو يعني صدور القرار الإداري دون مراعاة الإدارة للشكليات أو الإجراءات التي نص عليها القانون سواء أن الإدارة تجاهلت تماماً تلك الشكليات أو الإجراءات أو أنها نفذتها بطريقة ناقصة وغير مكتملة<sup>1</sup>.

**3- عيب السبب:** يكون القرار معيباً في سببه متى لم تتم حالة واقعية أو قانونية تستند إليها الإدارة في إصداره وتبرر هذا الإصدار.

**4- عيب المحل:** محل القرار الإداري هو الأثر القانوني الذي يحدثه القرار أو هو التغيير الذي يحدثه القرار في المراكز القانونية ولا بد لصحة القرار الإداري في محله أن يكون الأثر المقصود إحداثه بهذا القرار ممكناً من الناحية الواقعية وجائزاً من الناحية القانونية.

**5- عيب إساءة استعمال السلطة:** يكون القرار معيباً بعبء إساءة استعمال السلطة إذا استهدفت الإدارة من إصدار قرارها غاية بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة أو إذا استهدفت غاية أخرى تختلف عن الغاية التي حددها القانون لقرارها<sup>2</sup>.

ولا يلزم في القرار غير المشروع، أن تتعدد الأسباب أو العيوب التي تجيز للإدارة سحبه، وإنما يكفي سبب أو عيب واحد أو أكثر من بينها لسحبه. وهو ما انتهت

---

<sup>1</sup> د/ محمد رفعت عبدالوهاب - مبادئ القضاء الإداري - المرجع السابق - ص 159 .

<sup>2</sup> د/ محمد رفعت عبدالوهاب - مبادئ القضاء الإداري - المرجع السابق - ص 207 .

إليه المحكمة الإدارية العليا فيما قضت به من أنه يكون القرار الإداري غير مشروع لعيب من العيوب المنصوص عليها<sup>1</sup>.

والقرارات غير المشروعة تتنوع بالنظر إلى جسامة مخالفة الجهة الإدارية للقواعد القانونية المقررة، إلى قرارات تنطوي علي عيب يصل لدرجة الانعدام وأخري تنطوي علي عيب بسيط لم يصل لدرجة الانعدام.

ولعلنا نستبين تلك التفرقة، مما ذكرته الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بقولها لما كان عيب عدم الاختصاص الذي شاب القرار، اقتصر علي مخالفة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة العامة، بممارسة سلطة أعلي لاختصاص سلطة أدني، فإن هذا العيب ليس من الجسامة بحيث يصل إلى اغتصاب السلطة الذي يؤدي إلى انعدام القرار وإنما عيب اختصاص بسيط، يتحصن القرار المشوب به ضد السحب والإلغاء بمضي ستين يوماً علي صدره<sup>2</sup>.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث له أنه إذا كان لابد من اتخاذ إجراءات إدارية وفقاً للشكل والإجراءات المنصوص عليها في القوانين واللوائح فإن

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 14 يونيو 1964م - الطعن رقم 1529 لسنة 6ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة التاسعة - 1965م - البند 115 - ص 1238 .

<sup>2</sup> فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع رقم 95 - ملف رقم 714/4/86 في 1980/1/20 - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع من أكتوبر 1979م إلى سبتمبر 1980م - ص 116 .

العيب الذي يؤثر على إجراء إداري سابق ليس من شأنه أن يصم القرار بعدم المشروعية إلا إذا كان من الممكن أن يؤثر على معنى القرار أو يحرم الأطراف المعنية من حقوقهم أو ضماناتهم ويترتب على ذلك أن القرار الذي أنشأ حقوقاً وأفسده عيب لم يكن يؤثر على معناه ولم يحرم الأطراف المعنية من ضماناتهم، لا يمكن اعتباره غير قانوني أو غير مشروع، ولا يمكن بالتالي سحبه أو إلغاؤه من قبل الإدارة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب طرف ثالث حتى في غضون أربعة أشهر التالية لصدور القرار<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>C.E 7 février 2020, N° 428625.

## الفرع الثاني

### حالات سحب القرارات الإدارية غير المشروعة

يمكن تصنيف القرارات الإدارية تبعا لمحل أو موضوع القرار الإداري وتقسم فيه القرارات إلى فردية وأخرى تنظيمية أو لائحية.

#### أولاً: سحب القرارات الإدارية الفردية غير المشروعة

يقصد بالقرار الفردي هو القرار الذي يتعلق بشخص بذاته أو الذي يواجه حالة بعينها، يستنفذ قوته بمجرد تطبيقه عليها<sup>1</sup>. ويثور التساؤل عن مدى جواز سحب القرارات الفردية التي لا تولد حقوقاً؟ وهل يختلف الوضع في هذا الشأن، تبعاً لما إذا كانت هذه القرارات تولد حقوقاً أو مركزاً شخصياً؟ ليس ثمة منكر بأن صدور القرار الفردي معيباً يجيز لجهة الإدارة سحبه. تحقيقاً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون. سواء ترتب علي هذا القرار حقوقاً للأفراد أو لم يترتب عليه أي حقوق لهم. وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بقولها للجهة الإدارية سحب القرارات

---

<sup>1</sup> د/ محمد باهي أبويونس - الوجيز في أصول الإدارة العامة - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة  
- 1995م - ص 133 .



الإدارية التي صدرت منها أو إلغاؤها إذا شابها مخالفة قانونية، حتى ولو ترتب علي هذه القرارات حق للغير ..<sup>1</sup>.

غير أن هذا لا يعني الترخيص لجهة الإدارة سحب القرار الإداري وقتما تشاء، بغير اعتداد بميعاد معين، فالقرارات المعيبة ليست صالحة للسحب أو قابلة له دون التقيد بميعاد. إذ أن صلاحيتها له ترتب أن يتم السحب خلال الفترة التي يجوز فيها الطعن بالقرار.

وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا .... القرارات الفردية غير المشروعة فالقاعدة فيها عكس ذلك إذ يجب علي جهة الإدارة أن تسحبها التزاماً منها بحكم القانون إلا أن دواعي المصلحة العامة تقتضي أنه إذا صدر قرار فردي معيب من شأنه أن يولد حقاً فإن هذا القرار يجب أن يستقر بعد فترة معينة من الزمن بحيث يسري عليه ما يسري علي القرار الصحيح الذي يصدر في الموضوع ذاته وقد اتفق علي هذه الفترة بستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري أو إعلانه، بحيث إذا انقضت هذه الفترة اكتسب القرار حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1948/11/17م - القضية رقم 163 لسنة 2ق - السنة 3 - البند 11 - ص 59 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 14 مارس 1992م - الطعن رقم 256 لسنة 34 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة 37 - العدد الثاني من أول مارس 1992م إلى آخر

كما قضت ان الترقيات التي تتم بناء علي القواعد التي تضمنتها قرارات الرسوب الوظيفي، هي ترقيات تتم بقرار من السلطة المختصة تترخص فيها بسلطتها التقديرية، وفقا للقواعد المقررة قانونا في هذا الشأن، وبالتالي فإنها تتحصن بفوات مواعيد السحب والإلغاء<sup>1</sup>.

وفي فرنسا وفقاً لنص المادة 1/242 من قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة بشأن السحب والإلغاء فإنه<sup>2</sup> لا يجوز للإدارة إلغاء أو سحب أي قرار يتولد عنه حقوق سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الغير، إلا إذا كان القرار غير مشروع، وكان الإلغاء أو السحب تم خلال أربعة أشهر تالية على صدور القرار . وتشمل هذه المادة جميع القرارات التي تنشئ حقوق سواء كانت صريحة أم ضمنية<sup>3</sup>.

---

سبتمبر 1992م - ص 1030 . وجلسة 2004/2/25م - الطعن رقم 465 لسنة 49ق -  
الدائرة السادسة .

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1979/1/21م - الطعن رقم 407 لسنة 23ق - السنة 24  
- المبدأ 50 .

<sup>2</sup> Article L242-1 : L'administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que si elle est illégale et si l'abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision.

<sup>3</sup> Gweltaz Eveillard: Op, Cit, p.2479.

وتتنص المادة 3/242 على أنه<sup>1</sup> وبناء على طلب المستفيد من القرار فإن الإدارة تلتزم بسحب الأحوال بإلغاء أو سحب قرار منشأ لحقوق إذا كان غير مشروع وأن يتم السحب أو الإلغاء خلال مدة أربعة أشهر تالية لصدور القرار

كما نصت في المادة 3/243 على أنه<sup>2</sup> لا يجوز لجهة الإدارة سحب القرارات اللائحية أو غير اللائحية الغير منشأة لحقوق الغير إلا إذا كانت غير مشروعة، وأن يصدر قرار السحب خلال مدة الأربعة أشهر التالية على صدوره .

يتبين من ذلك أنه يشترط لسحب أي قرار إداري أن يكون غير مشروع وأن يتم السحب خلال مدة الأربعة أشهر التالية لصدور القرار المراد سحبه سواء ترتب على ذلك القرار حقوقاً للغير أم لم يترتب وسواء كان هذا السحب بناء على طلب المستفيد من القرار أو من الغير أو أن تقوم به الإدارة من تلقاء نفسها.

---

<sup>1</sup>Article L242-3 : Sur demande du bénéficiaire de la décision, l'administration Est tenue de procéder, selon le cas, à l'abrogation ou au retrait d'une décision créatrice de droits si elle est illégale et si l'abrogation ou le retrait peut intervenir dans le délai de quatre mois suivant l'édition de la decision.

<sup>2</sup>Article L243-3 : L'administration ne peut retirer un acte réglementaire ou un acte non réglementaire non créateur de droits que s'il est illégal et si le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant son édition.

غير أن المادة 1/243<sup>1</sup> من القانون المشار إليه أجازت لجهة الإدارة عدم التقيد بميعاد معين وذلك عند إلغائها وليس سحبها للقرارات اللائحية وغير اللائحية التي لم يتولد عنها حقوق حيث يجوز لها دون التقيد بأي شرط متعلق بالمدد أن يتم تعديلها أو إلغاؤها وذلك وفقاً للإجراءات الواردة في المادة 6/221.

وقد يعن للبعض أن يتساءل عن مدى إلزام جهة الإدارة بسحب القرار غير المشروع؟ جرياً علي ما استقر عليه الفقه والقضاء. لم يقف سحب القرارات الإدارية غير المشروعة عند مجرد اعتباره حقاً للإدارة يجوز لها ممارسته ، بل تعدي ذلك إلى جعله واجباً والتزاماً علي الإدارة بسحبها<sup>2</sup>. وهو ذاته ما جاءت أحكام مجلس الدولة، تؤكد. من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنه من المقرر أن القرارات المخالفة للقانون يجب علي الإدارة الرجوع فيها بقصد إزالة آثار المخالفة

---

<sup>1</sup>Article L243-1 : Un acte réglementaire ou un acte non réglementaire non créateur de droits peut, pour tout motif et sans condition de délai, être modifié ou abrogé sous réserve, le cas échéant, de l'édition de mesures transitoires dans les conditions prévues à l'article L. 221-6

<sup>2</sup> انظر د/ محمد فؤاد عبدالباسط - الأعمال الإدارية القانونية - المرجع السابق - ص 777 ، د/ سالم بن سلمان الشكيلي - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 80 ، د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 695 .

وتجنب الحكم بإلغائها قضائياً<sup>1</sup>. كما قضي أيضاً ... وأنه بخصوص هذه القرارات يجب علي جهة الإدارة أن تسحبها التزاماً منها بحكم القانون وتصويباً للأوضاع المخالفة له<sup>2</sup>. وذكرت أنه ... وبذلك يجب علي جهة الإدارة نزولاً علي أحكام القانون أن تتدخل وتصحح الوضع متي استبان لها مخالفة قرار التعيين للقانون ...<sup>3</sup>. وتقول في حكم آخر القرارات الفردية غير المشروعة يجب علي جهة الإدارة أن تسحبها التزاماً منها بحكم القانون وتصحيحاً للأوضاع المخالفة له<sup>4</sup> وهذا يترتب عليه أن عملية سحب القرار غير المشروع لا تتوقف علي تظلم ذوي الشأن، وعلي ذلك يكون لجهة الإدارة صاحبة الاختصاص الحق في سحب القرار غير المشروع متي استبان لها عدم مشروعيته وهذا ما تعبر عنه المحكمة الإدارية

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1991/2/31م - الطعن رقم 134 لسنة 34ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - قاعدة 268.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1989/12/17م - الطعن رقم 444 لسنة 26ق - قاعدة 257 - ص 1021 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1969/4/19م - الطعن رقم 924 لسنة 12 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة 14 - الجزء 2 - ص 610 .

<sup>4</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 23 مارس 1985م - الطعن رقم 1586 لسنة 28 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة 30 - العدد الثاني من أول مارس 1985م إلى آخر سبتمبر 1985م - ص 837 ، ولمزيد من الأحكام جلسة 1999/12/19م - الطعن رقم 1756 لسنة 43 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة 45 - ص 293، وجلسة 2001/9/5م - الطعن رقم 6450 لسنة 45 ق - السنة 46 - الجزء 3- البند 332 - ص 2848 .

العليا بقولها .... ذلك أنه لمصدر القرار المشوب أن يسحبه من تلقاء نفسه دون انتظار لتظلم ذي الشأن<sup>1</sup>.

### ثانيا: سحب القرارات التنظيمية اللوائح غير المشروعة

ليس ثمة خلاف في الفقه، علي أن اللوائح يمكن إلغاؤها في كل وقت لأنها تضع قواعد عامة مجردة<sup>2</sup>، فاللائحة طائفة من قواعد عامة ومجردة، لا تنشأ حقوقاً مكتسبة لأحد تقضي إلى الاحتجاج بها قبل الإدارة<sup>3</sup>. وهو ذاته ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أن القرارات التنظيمية ذات طابع تشريعي، تتضمن قواعد عامة ملزمة تطبق علي عدد غير محدد من الأفراد، معينين بأوصافهم لا بذواتهم، كثر هذا العدد أو قل - تولد هذه القرارات مراكز قانونية عامة مجردة ...<sup>4</sup>. ويثور التساؤل عن مدي جواز سحب اللوائح المعيبة؟

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1948/11/17م - الطعن رقم 163 لسنة 2 ق .

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 330 .

<sup>3</sup> د/ محمد فؤاد عبدالباسط - القانون الإداري - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - 1998م - ص 769.

<sup>4</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/1/26 - الطعن رقم 4532 لسنة 47 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ربع قرن من 1991/10/1م إلى 2016/9/30م - مجموعة 2002/1 - 2002/3 - المبدأ رقم 70 - ص 64 .

علي نحو ما استقر عليه في الفقه والقضاء ، سواء في مصر أم فرنسا ، يجوز سحب اللوائح المعيبة. في مصر لا خلاف في الفقه<sup>1</sup> علي أن الإدارة تستطيع أن تسحب اللائحة المعيبة في خلال مدد التقاضي، فتعدمها بأثر رجعي، أما إذا انقضت تلك المدد، وطبقت اللوائح تطبيقات فردية، فإنه يسري عليها ما يسري علي اللوائح السليمة، من حيث جواز إلغائها بالنسبة إلى المستقبل في كل وقت. ويضيف البعض الآخر<sup>2</sup> أن اللوائح المعيبة التي لم تطبق علي حالات فردية، فلجهة الإدارة ولاية إلغائها في أي وقت وبالنسبة للمستقبل ويقول أن هذا القول يتفق مع المنطق القانوني والواقع العملي أيضا.

وبإنعام النظر في أحكام محكمة القضاء الإداري، يتبين أنه في أوليات أحكامها، قد استقر قضاؤها وجرت أحكامها علي قبول السحب دون التقيد بميعاد معين، وآية ذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري، إذ تقول: بأن للإدارة الولاية الكاملة

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 694 . وانظر أيضا د/ صلاح الدين فوزي - المبسوط في القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 2010م - ص 706.

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 332 .

في سحب قراراتها التنظيمية الباطلة في أي وقت وهذا السحب يرجع بأثره إلى تاريخ صدور تلك القرارات<sup>1</sup>.

وفي قضاء آخر لذات المحكمة عدلت عن ما استقر عليه سابقا وتواترت الأحكام بعد ذلك مؤكدة تقييد السحب بميعاد معين، حيث ذهبت إلى أنه إذا كان المقصود رفع درجة وظيفة مدير مستشفى السويس نفسه بصرف النظر عن شخص شاغلها أي قرار تنظيمي عام ومن ثم فلا صحة لما يتزعمه المدعي من ان إلغاء قرار رفع الدرجة الوظيفية التي يشغلها قد أهدر حقاً ذاتياً اكتسبه برفعها لأنه لم يكن قد اكتسب حقاً بعد، ولأن الوزارة عندما تبين لها خطأ توزيع درجات التعزيز طبقاً للقاعدة التنظيمية العامة التي وضعتها، بادرت بتصحيح هذا الخطأ خلال السنتين يوماً التي يجوز لها فيها الرجوع عن قرارها الخاطئ<sup>2</sup>.

وفي فرنسا استقر الفقه علي جواز سحب القرارات التنظيمية المعيبة وتقييدها بميعاد معين حيث ذهب Romeuf إلى القول إن أثر الإلغاء ينصب علي المستقبل ولا

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1953/1/27م - السنة 7 - ص 379 ، ولمزيد من الأحكام في هذا المعني انظر حكم محكمة القضاء الإداري جلسة 1949/5/4م - السنة 3 - ص 715 ، وجلسة 1950/4/11م - السنة 4 - ص 564 .

<sup>2</sup> مشار إليه د/ شريف يوسف حلمي خاطر - القرار الإداري - المنصورة - دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع - 2011م - ص 103 .



ينسحب علي الماضي، إلا في حالة سحب اللائحة المعيبة في خلال المدة المقررة للطعن بالإلغاء القضائي<sup>1</sup>.

وهو ذاته ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي في قضية ponnard حيث قرر برأي قاطع حق الإدارة في سحب لوائحها المعيبة وإهدار آثارها بأثر رجعي، وقيد سلطة الإدارة بالسحب في هذا الشأن بالمواعيد المقررة للطعن بالإلغاء القضائي، فإذا لم ينقض ميعاد الطعن القضائي، فلجهة الإدارة حق سحب اللائحة، أما إذا انقضت تلك المواعيد فإنه يتمتع علي جهة الإدارة سحبها<sup>2</sup>.

وهذا الاتجاه على نحوه، تردد أصدائه في قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة بشأن السحب والإلغاء حيث أن المادة 3/243 منه قيدت حق الإدارة حتي في حالة

---

<sup>1</sup> مشار إليه الباحث / إبراهيم طارق شهاب - مدي تقييد حرية الإدارة في الرجوع في قراراتها - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - 2018م - ص 110 .

<sup>2</sup> C.E 14 Nov 1958, R.D.P. 1959, P348 .

ولمزيد من الأحكام

Déc 1953, Confédération nationale des associations de famille, Rec,  
C.E 12 P545 . C.E 5 Mars 1954 Union national caissiers centraux des  
cases centraux de la mutualité Agricole Rec, P725

مشار إليهم د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 330 .

سحب القرارات اللائحية أو غير اللائحية التي لم ينشأ عنها حقوق للغير بأن تكون غير مشروعة وأن يتم السحب خلال أربعة أشهر تالية لصدور القرار .

نخلص مما سبق، أنه يجوز سحب القرارات التنظيمية اللائحية المعيبة، غير أن ذلك مقيد بميعاد معين، يجب أن يجري فيه حتى يرتب آثاره ويصح إعماله لنتائجه، فيلزم أن يتم السحب في المدد المقررة للطعن بالإلغاء القضائي في مصر، وخلال أربعة أشهر تالية لصدور القرار في فرنسا، أما إذا انقضت تلك المدد فإنه يسري عليها ما يسري علي اللوائح السليمة من أحكام، ولا سبيل سوي إلغائها - والسحب ليس كالإلغاء وفق ما سبق بيانه - بالنسبة إلى المستقبل في كل وقت.

## المطلب الثاني

### سحب القرارات الإدارية المشروعة السليمة

الأصل أنه لا يجوز سحب القرار الإداري المشروع أو السليم. فهو باعتباره صدر مطابقاً للقانون فلا سبيل لسحبه. وهو أصل تأسس علي مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وحماية الحقوق المكتسبة<sup>1</sup>. مفاده لزوم انصراف القرار الإداري السليم للمستقبل وعدم انصرافه للماضي - والسحب يمتد بآثاره للماضي - وعدم الإخلال بما رتبه من مراكز قانونية وحقوق مكتسبة. ومرد هذا الأصل إلى أن مشروعية سحب القرارات الإدارية تقدم أساساً علي تمكين الجهة الإدارية من تصحيح خطأ وقعت فيه وذلك يقتضي أن يكون القرار المراد سحبه قد صدر مخالفاً للقانون. أما إذا قام القرار علي سبب صحيح مستوفياً شرائطه القانونية، فإنه يمتنع علي الجهة الإدارية سحبه<sup>2</sup>.

غير أن هذا لا يعني أن جميع القرارات السليمة لا يمكن سحبها. فقد ورد علي هذا الأصل عدة استثناءات تقتضيها العدالة.

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 372 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1968/6/29م - الطعانان 1492 و 1494 لسنة 13 ق - مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2057 .

تبيان ذلك، يقتضي إذن، أن نعرض لماهية القرار المشروع بداية، ثم نلج إلى الحديث عن الحالات التي يمكن فيها سحبه ثانية.

## الفرع الأول

### ماهية القرارات الإدارية المشروعة السليمة

يمكن تجلية ماهية القرارات المشروعة، من خلال الوقوف علي معناها، وأساسها.

#### أولاً: مفهوم القرار الإداري المشروع

القرار الإداري المشروع أو السليم هو ذلك الذي يصدر من السلطة المختصة ويكون مستوفياً لأركانه، وليس مشوباً بأي من العيوب التي جعلها مبرراً لإلغاء القرار الإداري.

وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن قاعدة مشروعية القرار الإداري وأنه يفترض فيه أن يكون مشروعاً وعللت ذلك بأن القرار الإداري يفترض فيه أن به ضمانات تعين علي ذلك، كحسن اختيار الموظفين الذين يساهمون في إعداده وفي إصداره، وتسليط الرقابة الرئاسية عليهم في ذلك، ولأن القرار الإداري قد يجتاز مراحل تمهيدية قبل أن يصبح نهائياً<sup>1</sup>.

والعبرة في تحديد مشروعية القرار الإداري بتاريخ صدوره، أي أن القاعدة العامة في هذا الشأن أن مشروعية القرار الإداري وعدمها تقدر وقت إصداره، وعلى القاضي

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1958/12/14م - الطعن رقم 1768 لسنة 2 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1987/1986م - الطبعة الأولى - الجزء التاسع عشر - القاعدة رقم 318 - ص 511 .

الإداري أن يراجع تاريخ إصدار القرار ليتحقق من توفر عيب من عيوبه في ذلك التاريخ.

وعلى ذلك متي صدر القرار صحيحاً مشروعاً - وفق ما سلف - لا يجوز لجهة الإدارة أن تسحبه. وهو ما تؤكدته محكمة القضاء الإداري بقولها أن القرارات الصحيحة لا يجوز سحبها أو تعديلها<sup>1</sup> وتقول في حكم آخر من قواعد الفقه الإداري أن القرارات الصحيحة المحدثه لأثرها القانوني تبقى نافذة بمجرد صدورها ولا يجوز سحبها بأي حال من الأحوال<sup>2</sup> وذكرت أنه السحب يقع باطلاً إذا انصب علي قرار صحيح لا يجوز سحبه<sup>3</sup> كما قضت أيضاً في حكم حديث لها ... إذ أنه من المقرر أن القرارات الإدارية التي تولد حقاً أو مركزاً شخصياً للأفراد لا يجوز سحبها في أي وقت متي صدرت سليمة<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> مشار إليه د/ حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري - القاهرة - دار الفجر للطباعة - 2010م - ص 1682 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1951/2/20م - القضية رقم 340 لسنة 3 ق - السنة الخامسة - 1951م - ص 613 .

<sup>3</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1951/12/12م - القضية رقم 1425 لسنة 5 ق - السنة 8 - ص 1349 .

<sup>4</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 2010/2/15م - الطعن رقم 23 لسنة 10 ق - مجموعة المبادئ القانونية 2010/2009م - المكتب الفني - ص 198 . وانظر أيضاً جلسة

وهو ما أيدته المحكمة الإدارية العليا بقولها ان القرار الإداري السليم لا يجوز سحبه إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ذلك أن القرار الساحب - فيما لو أبيع سحب القرارات الإدارية السليمة - سيكون رجعيّاً من حيث إعدامه لآثار القرار المسحوب من تاريخ صدور هذا القرار الأخير، احتراماً لما يرتبه القرار الصحيح من مركز قانوني أصبح حقاً مكتسباً لمن صدر القرار في شأنه الأمر الذي يمتنع علي آية سلطة إدارية المساس به<sup>1</sup>. كما قضت في حكم حديث لها أنه لا يجوز للجهة الإدارية سحب أو إلغاء القرار الإداري الصادر وفق صحيح حكم القانون ...

2

---

2005/3/26م - الطعن رقم 31 لسنة 4 ق - مجموعة المبادئ القانونية 2006/2005م - المكتب الفني - ص 112 .

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1992/4/11م - الطعن رقم 1464 لسنة 33 ق - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - المجموعة 37 - الجزء 2 - المبدأ 132 - ص 1224.

واستظهرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة في فتاها رقم 773 بتاريخ 28/10/1995م جلسة 1995/10/4م - ملف رقم 471/6/86 أن القرار الساحب متي وقع علي قرار صحيح يتأبي قانوناً علي السحب، يكون موصوما القرار الساحب بعيب في محله، وهذا العيب علي درجة من الجسامة من شأنها إهدار ركن المحل بالقرار، وهو من الأركان التي ينعدم القرار بفقدانها.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2015/5/27م - الطعن رقم 19764 لسنة 55 ق - المجموعة 60 - الجزء 2 - المبدأ 91/د - ص 945 ، وجلسة 2000/1/20م - الطعن رقم

وعلي هذا الرأي سار الفقهاء سيرة مجلس الدولة، بالقول أن الرجوع في القرار الإداري غير المخالف للقانون هو ذاته قرار إداري مخالف للقانون يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإداري بطريق الإلغاء بل يجوز الرجوع في هذا القرار من الجهة الإدارية التي صدر منها الرجوع الأول<sup>1</sup>.

خلاصة القول إذن، أن القرار الإداري متي استجمع مقوماته وسماته وصدر مستوفياً أركانه يعد نافذاً من تاريخ صدوره ولا يجوز لجهة الإدارة سحبه.

### ثانياً: أساس اعتبار القرار الإداري مشروعاً - إحالة

الأصل أن كل عمل إداري يهدف إلى تحقيق غاية معينة والقرار الإداري ما هو إلا وسيلة لتحقيق هذه الغاية التي يجب أن تكون مصلحة أو منفعة عامة. فحتي يبلغ القرار الإداري مدارج المشروعية، لابد أن تتوافر فيه عدة عناصر وأركان هي أساس وجوده وصحته، وجماعها يصبح قائماً وصحيحاً، وبتخلف إحداها يكون معيباً غير مشروعاً.

---

1299 لسنة 44 ق - المجموعة الأولى 2001/2000م - الجزء الأول - المبدأ 34 - ص 238 .

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - القاهرة - مطبعة جامعة عين شمس - 1986م - ص 621 ، د/ هاني علي الطهراوي - قواعد وآثار سحب القرار الإداري - مجلة الحقوق جامعة الكويت - العدد الثالث - السنة الثامنة والعشرون - 2004م - ص 94 ، م/ عبده محرم - مجلة مجلس الدولة - السنة الأولى - يناير 1950م - ص 16.



فيجب أن يصدر القرار ممن هو مختص بإصداره مستنداً لسبب مشروع يراعي الشكليات والإجراءات المتطلبة، يهدف إلى الصالح العام، وأن يكون محل القرار ممكناً من الناحية القانونية والواقعية، وذلك وفق ما سبق بيانه.

## الفرع الثاني

### حالات سحب القرارات المشروعة السليمة

ذكرنا أن لا خلاف في الفقه، ولا في قضاء مجلس الدولة علي عدم جواز سحب القرارات المشروعة، غير أنه يثور التساؤل عن مدى كفاية وصف القرار بالسليم للقول بعدم جواز السحب أم يستلزم ذلك كونه ولد حقاً، وهل تدق المسألة حال التمييز بين القرارات الإدارية تبعاً لمحل ما ترد عليه، فالسحب يرد علي قرار قد يكون فردياً، وقد يجئ لائحياناً؟

في ضوء ذلك. اجتهد الفقه ليضع معياراً يمكن من خلاله التقرير بجواز السحب من عدمه، واجتهد بدوره الخلاق مجلس الدولة أيضاً في وضع أطر آنية للحكم بصحة السحب من عدمه، وهو ما يمكن أن نتبينه من خلال الحديث عن مدي جواز سحب القرار الفردي السليم، والكلام عن مدي جواز سحب القرار التنظيمي السليم.

#### أولاً: مدي جواز سحب القرارات الفردية المشروعة

الأصل أنه لا يجوز سحب القرار الفردي السليم متي ترتب عليه مراكز قانونية، فإن كان القرار الفردي قد صدر مطابقاً للقانون ومولداً لحقوق معينة، اكتسب تبعاً لذلك حصانة بمجرد صدوره ضد السحب.

ويذهب بعض الفقه<sup>1</sup> إلى أنه في حالة القرارات الفردية يستحيل الرجوع سواء كان القرار سليم أم غير مشروع وذلك تأسيساً على أن الحالة القانونية للفرد تتمتع بصفة كبيرة جداً من الاستقرار، وآثارها في المستقبل لا يمكن إيقافها إلا بصعوبة، والآثار المتولدة في الماضي لا يمكن المساس بها فالقرار الفردي المشروع لا يمكن الرجوع فيه أو المساس به. وهذه الحصانة يحكمها بالإضافة إلى مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية، وهذا المنع المفروض على الجهة الإدارية، والحصانة التي يتمتع بها القرار الفردي السليم، لا يقتضيها التطابق مع المنطق فقط، بل تفرضها الضرورة الطبيعية، فقرار تعيين أحد الموظفين بصورة مشروعة يترتب عليه منح هذا الموظف كافة القدرات المشروعة التي يتضمنها قانون الوظيفة، ولا يمكن بالتالي استبعاد هذا الموظف من الخدمة إلا بالطرق القانونية المحددة في القانون كالفصل أو الإحالة على التقاعد طبقاً لفكرة القرار المضاد، أما الرجوع بهذا القرار فيعتبر تصرف غير مشروع يجب إلغاؤه.

---

<sup>1</sup> د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 196، 197. وفي هذا المعنى انظر د/ حمدي ياسين عكاشة - القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - المرجع السابق - ص 685.

ويقول البعض الآخر<sup>1</sup> إن احترام المراكز الخاصة التي تنشأ من القرارات الفردية، هو من الأسس التي تقوم عليها الدولة القانونية كاحترام المشروعية سواءً بسواء. ويذهب البعض<sup>2</sup> إلى القول إنه إذا صدر قرار مطابق للقانون لا يجوز سحبه إذا ترتبت عليه مزية، وهذه المزية لا تترتب إلا من القرار الفردي. ويضيف البعض<sup>3</sup> ان كان القرار الإداري صحيحاً امتنع سحبه سواء أكان منتجاً لآثار قانونية أم غير منتج أي إن رتب حقوقاً أم لم يرتب أي حق سواء كان صادراً بناءً علي سلطة مطلقة أم سلطة مقيدة.

وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن ذلك بقولها القاعدة المستقرة هي أن القرارات الإدارية التي تولد حقا أو مركزا شخصيا للأفراد لا يجوز سحبها في أي وقت متي صدرت سليمة، وذلك استجابة لدواعي المصلحة العامة التي تقتضي استقرار تلك

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 663 .

<sup>2</sup> رأي المستشار/ عبده محرم - مشار إليه ا/ محمود عيد علي الزبيدي - مدي سلطة الإدارة في سحب قراراتها الإدارية المشروعة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة المستنصرية - 2008م - ص 143.

<sup>3</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 238،239 . وفي هذا المعني انظر د/ محمود حلمي - سريان القرار الإداري من حيث الزمان - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1962م - ص 359 .

الأوامر<sup>1</sup>. كما قضت أيضاً إن القرارات الإدارية التي تولد حقا أو مركزا شخصيا للأفراد لا يجوز سحبها في أي وقت متي صدرت سليمة ...<sup>2</sup>. كما قررت أنه إذا ما خالفت الإدارة هذه القاعدة وقامت لسحب القرار الإداري السليم ولو خلال الستين يوما التالية لصدوره، فإن قرارها الساحب قد جاء علي خلاف المبادئ القانونية المقررة مشوباً بالبطلان حقيقاً بالإلغاء<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1985/3/23م - الطعن رقم 1586 لسنة 28 ق - السنة 30 - الجزء 2 - البند 126 - ص 842.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2004/2/25 - الطعن رقم 465 لسنة 46 ق - الدائرة السادسة .

ولمزيد من الأحكام انظر المحكمة الإدارية العليا - جلسة 5 سبتمبر 2001م - الطعن رقم 6450 لسنة 45 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة 46 - الجزء الثالث من يونيه سنة 2001م إلى آخر سبتمبر 2001م - ص 2843 ، وجلسة 11 إبريل 1992م - الطعن رقم 1464 لسنة 33 ق - السنة 37 - العدد الثاني من أول مارس 1992م إلى آخر سبتمبر 1992م - ص 1224 ، وجلسة 14 مارس 1992م - الطعن رقم 256 لسنة 34 ق - السنة 37 - العدد الثاني من أول مارس 1992 إلى آخر سبتمبر 1992م - ص 1030 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1993/3/2م - الطعن رقم 1230 لسنة 35 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة 362 - ص 1044، 1045 ، وجلسة 18 إبريل 1965م - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة العاشرة - العدد الثاني من أول فبراير 1965م إلى آخر مايو 1965م - ص 1080.

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد إلى القول إذا ما استنفدت الجهة الإدارية سلطتها التقديرية في إصدار القرار ولم يتضمن ما يشوب إصداره امتنع عليها بعد ذلك الرجوع فيه، فالقرار يعتبر صحيحاً ومطابقاً للقانون ومن ثم يمتنع سحبه<sup>1</sup>.

وفي فرنسا استقر الفقه والقضاء الفرنسي علي عدم جواز سحب القرارات الإدارية السليمة وعبر عن ذلك البعض<sup>2</sup> أن امتداد آثار سحب هذه القرارات إلى الماضي يتضمن مساساً بحقوق الأفراد المكتسبة ويخالف مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية. ويقول آخر<sup>3</sup> ان القرار الإداري متي صدر سليماً امتنع علي الإدارة الرجوع فيه وبالتالي لا يمكن المساس بالحالة الفردية القانونية، والقرار الذي ينشئها يكون بمنأى عن الرجوع، والرجوع في هذا القرار باطل وغير منتج لأي أثر.

وهو ما قضت به المحكمة الإدارية لباريس في قضية Syndicat général du autres livre et وأكده مجلس الدولة الفرنسي حيث قضى بأن قرار المحافظ في مديرية جروندي القاضي بإيقاف أحد العمد عن العمل لمدة شهر بسبب إهماله وعدم القيام بواجباته في أثناء فترة الانتخابات. هذا القرار كان سليماً، ولذلك لا

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1970/3/26م - القضية رقم 1332 لسنة 21 ق - ص 281.

<sup>2</sup> De Laubadère : Traité de droit administratif, T.I, 1973, P323 .

<sup>3</sup> Jeze G : Du retrait des actes juridiques RDP, 1913, P265 .

يمكن الرجوع فيه لأسباب خارجة عن مشروعيته، وبالتالي يكون قرار المحافظ بالرجوع في القرار الأول حرياً بالإلغاء<sup>1</sup>. كما قضى بأن القرارات المنشئة لحقوق ومزايا لا يجوز سحبها إلا لعيب عدم المشروعية<sup>2</sup>. وفي حكم آخر يقول أن الإدارة لا تستطيع الرجوع في القرار لأنه ولد حقوقاً لصاحب الشأن أولاً، ولأنه كان سليماً ثانياً<sup>3</sup>. وهو ما نصت عليه المادة 1/242 بشأن السحب والإلغاء من قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة من عدم جواز سحب أي قرار ينشأ عنه حقوق إلا إذا كان غير مشروع.

ولئن كان الأصل أنه لا يجوز سحب القرار الفردي السليم، إلا أنه قد ورد عليه عدة استثناءات تقتضيها قواعد العدالة واعتبارات إنسانية أولى بالرعاية. وفق ما يفصل تباعاً.

---

<sup>1</sup> CE 10/11/1916 Ader R.441 – CE 29/6/1945 Dame Vv. Corby R.144.

<sup>2</sup>C.E 12 janv 1977 agence national pour l'amélioration de l'habitat c/Dalobs, P19 T.A de Paris 7 juin 1977, Rec, P590 – 23 juill 1974, A.I.D.A, P546.

<sup>3</sup> CE 13/11/1981 Commune de Houilles, N° 27805 . AJDA, 1982, P100.

ولمزيد من الأحكام :

CE 22 Juillet 1953 Boyer R.388 – CE 7/10/1960 Delle Jacob R.521.

## 1- مدي جواز سحب القرارات الإدارية السليمة التي لا تولد حقوقاً

الأصل، كما ذكرنا، أن الجهة الإدارية حال سحبها للقرارات الإدارية، تلتزم بالخضوع لما استقر عليه الفقه والقضاء، خضوعاً يوجب عليها عدم سحب القرارات الإدارية السليمة المولدة حقوقاً، غير أنه قد يصادف أن القرار الإداري المراد سحبه لم يتولد عنه أي حقوق. وهنا يثور التساؤل، هل يمكن سحب هذه القرارات؟

من الفقهاء من صح عنده أنه يجوز دائماً سحب القرارات الفردية التي لا تولد حقوقاً لأحد<sup>1</sup>، ويبرر البعض<sup>2</sup> ذلك بقوله أن اتساع الرجوع في القرار السليم لم يتقرر إلا حماية للحقوق التي يكتسبها الأفراد من القرار السليم الذي صدر. لذلك فإن هذا الامتناع يفقد حكمته إذا لم يكن للسحب مساس بمثل هذه الحقوق، وقد ذهب البعض الآخر<sup>3</sup> إلى أن الإدارة إذا كانت لا تملك حرية الرجوع في القرار المشروع الذي اكتسب حقاً استناداً إلى مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية فإنه لا يستثني من ذلك - في حال لم يولد القرار حقاً - إلا ما يتعلق بالجزاءات التأديبية. ويقول

---

<sup>1</sup> د/ طعيمة الجرف - القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1985م - ص 194 ، وفي ذات المعنى انظر ا/ محمد طاهر عبدالحميد - أثر نظرية تغير الظروف في القرارات الإدارية - مجلة مجلس الدولة - السنة الثانية عشرة - 1964م - ص 173 ، د/ محمد مدني - مسئولية الدولة عن أعمالها المشروعة - رسالة دكتوراه - 1952م - ص 288 ، د/ فؤاد العطار - مبادئ القانون الإداري - الطبعة الثالثة - دون ذكر للناشر - 1976م - ص 629.

<sup>2</sup> د/ عبدالفتاح حسن - القانون الإداري الكويتي - دون ذكر للناشر - 1969م - ص 425 .

<sup>3</sup> د/ توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - الطبعة الأولى - 1954/1955م - ص 698 .



البعض<sup>1</sup> أن القرارات الفردية قد تنشأ عنها مزايا أو مراكز أو أوضاع قانونية، وهذه الحالة لا يجوز للإدارة سحبها، لأن القيود لا تفرض علي الإدارة في سحب القرارات، إلا إذا أنشأت هذه القرارات أوضاعاً لمصلحة الأفراد، لا يمكن حرمانهم منها.

ومن الفقهاء من ذهب مخالفاً لما ارتآه أنصار الرأي الأول بمقولة انه لا يجب التوسع في سحب القرارات التي من هذا النوع، ففكرة عدم رجعية القرارات الإدارية لا تستند إلى مجرد فكرة احترام الحقوق المكتسبة والمراكز الشخصية، بل تقوم علي اعتبارات أخرى تتعلق بممارسة الاختصاصات الإدارية في حدود القانون، وأن ممارسة الاختصاص إنما تكون بالنسبة إلى المستقبل، ولو فتحنا هذا الباب علي مصراعيه، فإننا نخشي المحسوبة، بأن يجيء في أي وقت من الأوقات رئيس إداري أو هيئة إدارية تكون لها وجهة نظر معينة، فتسحب مثلاً العقوبات الموقعة علي موظف لمجرد تمكينه من الترقية رغم ما تكون تلك العقوبات قد قامت عليه من أسباب جدية تبررها وانتهى صاحب هذا الرأي إلى أن عدم إباحة الرجعية في هذه الحالات إلا في أضيق الحدود. ويكفي لإصلاح الأثار التي تترتب علي القرار

---

<sup>1</sup> د/ محمود حلمي - سريان القرار الإداري من حيث الزمان - المرجع السابق - ص 194 .  
وفي ذات المعني م/ عبده محرم - سحب القرارات الإدارية الفردية - مجلة مجلس الدولة - السنة الأولى - 1950م - ص 106 ، د/ محمد كامل ليلة - نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1962م - ص 537 .

المراد سحبه إصدار قرار جديد وفقاً للأوضاع القانونية السليمة، وبأثر مبتدأ في الحالات التي يجوز فيها ذلك.

وذهب البعض الآخر<sup>1</sup> بمناسبة حديثه عن مدي جواز سحب الجزاءات التأديبية إلى أنه لا يجوز سحب الجزاءات التأديبية متى صدرت صحيحة سواء رتبت حقوقاً أو أوضاعاً قانونية أو لم يترتب عليها شيء من ذلك، يتمتع علي الإدارة أن تتنازل منها بالسحب والإلغاء، غير أنه أباح السحب في حالة صدور الجزاء معيباً مخالفاً للقانون.

ويري البعض<sup>2</sup> أن مبدأ عدم الرجعية يمنع السحب بأثر رجعي، يستوي في ذلك القرار الفردي والقرار التنظيمي، والقرار المنشئ للحق وغير المنشئ لها.

وقد استقر مجلس الدولة علي جواز سحب القرارات الإدارية السليمة التي لا تولد حقاً حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن وزارة الداخلية سارت منذ عهد بعيد علي قاعدة منح رتب محلية لضباط البوليس ممن يؤدون إعمالاً ممتازة أو بسبب ندبهم للقيام بإعمال وظائف أعلى من الوظائف المقررة لرتبتهم الأصلية، فتمنح

---

<sup>1</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 305 .

<sup>2</sup> رأي الدكتور/ ثروت بدوي مشار إليه د/ محمد ماهر أبوالعنينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 234 . وفي ذات المعني د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 238، 239 .

الفريق الأول من الضباط رتبة محلية تشجيعاً لهم علي المثابرة في القيام بإعمالهم ومكافأة لهم علي ما يقومون به من إعمال ممتازة للأمن، وتمنح الفريق الثاني رتبة محلية نتيجة لندبهم للقيام بإعمال وظائف أعلي من وظائفهم، وفي كلتا الحالتين لا يكسب منح الرتب المحلية للضباط أي حق في الترقية قبل حلول دورهم الطبيعي في الترقية ولا يتحتم في منح الرتب المحلية لضباط البوليس مراعاة أقدمية الضباط في رتبة أو تمنح الرتب المحلية دون التقيد بالأقدمية ويبقي الضابط بها إلى أن يحل دور ترقيته الطبيعي، وللوزراء سلطة سحب الرتب المحلية من الضباط في أي وقت تشاء فطالما أن هذه الرتب شرفية جري العرف الإداري علي منحها فلا تكسب صاحبها ولا يستفيدون منها غير المظهر، وبالتالي يمكن سحبها في كل وقت<sup>1</sup>

وفي مجال القرارات التأديبية قضت محكمة القضاء الإداري بأن القرارات الإدارية الفردية التي لا تنشئ مزايا أو مراكز أو أوضاعاً قانونية بالنسبة للغير، هذه القرارات يكون من حق جهة الإدارة سحبها في أي وقت لأن القيود التي تفرض علي جهة

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1954/6/9م - القضية رقم 1691 لسنة 6 ق - المجموعة الثانية - ص 1506 . وقد انتقد بعض الفقه هذا الحكم باعتبار أن هذه الرتب تعتبر مزية من حيث المظهر رغم عدم ترتيبها أي آثار من حيث الأقدمية أو الترقية ، فأصحاب الشأن استفادوا مزايا معنوية، والحق لا يقيم مادياً فقط لذلك لا يكون الرجوع في مثل هذه الرتب الشرفية مطلقاً، إلا لو كان هناك أسباب أدت إلى ذلك كارتكاب أعمالاً تحط من قدر الوظيفة. انظر د/ محمد ماهر أبو العينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص

الإدارة في سحب القرارات الفردية إنما تكون في حالة ما إذا أنشأت هذه القرارات مزايا أو أوضاعاً أو مراكز قانونية لمصلحة فرد من الأفراد لا يكون من المناسب حرمانهم منها، ولا شبهة في أن القرار الصادر بتوقيع جزاء علي الموظف، لم تتعلق به مصلحة لأحد الأفراد، كما أنه لم يتولد عنه لجهة الإدارة مركز ذاتي يتمتع عليها بوجوده سحبه إذا رأت عدم مشروعيتها، ورأت من المصلحة عدم إقرار ما وقع علي الموظف من ظلم إذ ليس بسائغ القول بأن جهة الإدارة ترتب لها مركز ذاتي في الإبقاء علي عقوبة توقعت بغير سبب قانوني، ومن ثم يجوز للإدارة سحب هذا القرار في أي وقت دون التقيد بميعاد<sup>1</sup>.

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا ذات القضاء في أحكامها حيث قضت بمناسبة تصديها لطعن علي قرار فصل أحد الموظفين بأن القرار الإداري الذي يصدق عليه هذا الوصف - الذي يتمتع سحبه - هو الذي ينشئ مركزاً ذاتياً يتعلق به حق ذي الشأن فيه<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 10 إبريل 1955م - القضية رقم 4392 لسنة 8 ق - السنة التاسعة - ص 404 ، و جلسة 25 فبراير 1957م - السنة 11 - ص 233 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 28 ديسمبر 1957م - الطعن رقم 547 لسنة 3 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثالثة - العدد الأول من أول أكتوبر سنة 1957 إلى آخر يناير سنة 1958 - ص

ويتبين من ذلك أن الاتجاه السائد في قضاء المحكمة الإدارية العليا هو جواز سحب القرارات الإدارية التي لا تولد حقاً واعتبرت من بينها القرارات التأديبية.

غير أن المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها خرجت عن المستقر وذهبت إلى القول بأن مشروعية سحب القرارات التأديبية تقوم أساساً على تمكين جهة الإدارة من تصحيح خطأ وقعت فيه، ويقضي ذلك أن يكون القرار المراد سحبه قد صدر مخالفاً للقانون، أما إذا قام الجزاء التأديبي على سبب صحيح مستوفياً شرائطه القانونية فإن جهة الإدارة يمتنع عليها سحبه لتوقيع جزاء أشد منه<sup>1</sup>.

---

وانظر جلسة 1983/4/13م - الطعن رقم 894 لسنة 27 ق - مشار إليه د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 658 .  
<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 29 يونيه 1968م - الطعن رقم 1492 و 1494 لسنة 13 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة 13 - العدد الثاني من منتصف فبراير 1968م إلى آخر سبتمبر 1968م - ص 1137 .

وفي ذات المعنى ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع حيث أفتت أن مشروعية سحب القرارات التأديبية التي تصدر من وكلاء الوزارات ورؤساء المصالح - في فهم القانون الإداري - تقوم أساساً على تمكين جهة الإدارة من تصحيح خطأ وقعت فيه، ويقضي ذلك أن يكون القرار المراد سحبه قد صدر مخالفاً للقانون، أما إذا قام الجزاء التأديبي على أسباب صحيحة مستوفياً شرائطه القانونية فإنه يمتنع على جهة الإدارة أن تنال منه سواء بالسحب أو الإلغاء أو التعديل لانتفاء العلة التي شرعت من أجلها قواعد السحب وذلك احتراماً للقرار واستقراراً للأوضاع، وتحقيقاً للمصلحة العامة التي تتطلب أن يكون الجزاء التأديبي زجراً لمن وقع عليه، وعبرة لغيره من الموظفين الفتوي رقم 173 لسنة 1955 - مجموعة الفتاوي السنة العاشرة ، غير أن قسم الرأي لم يلتزم بهذا المذهب باستمرار حيث ذهب إلى أن لما كان الأصل في القرارات

ويتبين من ذلك أن المحكمة الإدارية العليا حين قيدت سلطة الإدارة في سحب القرار التأديبي كان في حالة توقيع جزاء أشد منه أما غير ذلك من أحكام صدرت عنها فيفهم منه أنها أجازت سحب القرار التأديبي في أي وقت دون التقيد بميعاد محدد.

وفي فرنسا ذهب الفقه المؤيد إلى جواز سحب القرار الإداري غير المولد للحقوق أو غير المولد لمزية لشخص ما أو مركزاً قانونياً لأن سحبه لن يمس حقاً لأحد وستكون رجعية القرار مجرد رجعية ظاهرية وشكلية ليست حقيقة<sup>1</sup>. وفي معرض تعليقه علي أحد الأحكام ذهب الفقيه " فالين " إلى القول أن القرارات التأديبية لا تنشئ حقوقاً أو مزايا للغير، للجهة الإدارية سحبها دائماً وفي أي وقت لعدم المشروعية ولا اعتبارات الملاءمة بمحو آثارها بأثر رجعي<sup>2</sup>. ويضيف البعض أنه

---

التأديبية أنها لا تنشئ مزايا أو مراكز أو أوضاعاً بالنسبة إلى الأفراد، فإنه يجوز سحبها في أي وقت دون التقيد بميعاد معين، إلا إذا ترتب علي هذه القرارات في حالات استثنائية نادرة مزية أو مركز لأحد الأفراد فلا يجوز سحب القرار التأديبي إلا خلال ميعاد رفع دعوي الإلغاء. فإذا رفعت الدعوي جاز السحب طوال مدة التقاضي في حدود طلبات الخصم في دعوي الإلغاء الفتوي رقم 416 الصادرة 1957/8/8 - السنة 11 - ص 93 - وهذا المسلك هو الذي يعتقه القضاء الإداري وتؤيده المحكمة الإدارية العليا مشار إليهم د/ حسني درويش عبدالحמיד - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 302.

<sup>1</sup> Paul Isoart : manual et de droit public et administratif, I.g.d.j Paris, 1971, P224.

<sup>2</sup> C.E. 29/11/1974, Barras, R.D.P. 1975, P1124, note Waline.

يمكن سحب هذه القرارات في كل وقت ولأي سبب من قبل جهة الإدارة<sup>1</sup>، كما قرر البعض<sup>2</sup> أن القرار الفردي إذا لم يولد حقوقاً، يمكن سحبه في كل وقت دون النظر فيما إذا كان هذا القرار مشروعاً أم لا.

وقد انتقد بعض الفقه هذا الاتجاه وأسس الغالبية فيه مذهبهم علي أن الرجوع في القرار بحجة أنه غير منشئ لحق. يؤدي إلى إفراغ مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية من جزء من محتواه أو مفهومه<sup>3</sup>.

ومجلس الدولة الفرنسي لا تخلو أحكامه من اضطراب وتردد فتارة يقرر جواز سحب القرارات التأديبية التي لا تنشئ حقوقاً أو مزايا للغير، ويجوز للإدارة سحبها

---

<sup>1</sup> Rivero J : Droit Adm. 1977, P107 .

<sup>2</sup> Louis-Locas : le retrait des actes Adm, D.1952 Chron, P107 Soto-Kloss E: L'Application des Actes adm. Dans le temps thèse Paris 1968, P285.

<sup>3</sup> Demichel M: droit adm. 1978, P113 .

Zalma-Gilles : l'autorité adm. Liée par ses propres actes unilatéraux RDP 1980, P1141.

Peiser G: droit adm, 1979, P39 .

في أي وقت<sup>1</sup>، وهذا يعني أن القرارات التأديبية التي قد تترتب عليها مزايا أو أوضاع قانونية تنطبق في شأنه القواعد المقررة في شأن سحب القرارات الإدارية.

وتارة أخرى أقر المجلس بعدم قابلية القرار التأديبي للرجوع إلا إذا كان غير مشروع، فإذا ما أصدر المحافظ قرار بمجازاة أحد العاملين، وكان هذا القرار سليماً فإن الرجوع فيه سيكون خروجاً عن مبدأ المشروعية ويوجب الإلغاء<sup>2</sup>. وهو ما قضى به المجلس في أحكام أخرى<sup>3</sup>.

وقد ميز قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة فيما يتعلق بالسحب والإلغاء بين القرارات التي لا تنشئ حقوقاً أو مزايا للغير بصورة عامة وبين القرارات التأديبية التي لا تنشئ حقوقاً أو مزايا للغير حيث نص على عدم جواز سحب الأولى إلا إذا كانت غير مشروعة وفي مدة الأربعة أشهر التالية لصدور مثل تلك القرارات حيث تنص المادة 3/243 منه على أنه لا يجوز لجهة الإدارة سحب القرارات اللائحية أو غير اللائحية التي لم تنشأ حقوقاً للغير إلا إذا كانت غير مشروعة، على أن يكون قرار السحب تم خلال مدة الأربعة أشهر التالية على صدوره .

---

<sup>1</sup> C.E 6/2/1948, Delle mollet, Rec, P62 .

C.E. 23 juill 1974, Ministre de l'intérieur c/Cay, A.I.D.A, 1974, P534.

<sup>2</sup> C.E 10/11/1916 Maler. R.442 .

<sup>3</sup> C.E 31/1/1936 Bouzy R.148 – C.E 23/4/1948 Veillard R.175.



وقد أجاز سحب الثانية كاستثناء من هذه المادة حيث أجاز سحب القرارات التأديبية أو الإجراءات والتدابير الجزائية أو العقابية الصادرة عن جهة الإدارة في أي وقت وذلك وفقاً لنص المادة 4/243<sup>1</sup>. وعلى ذلك يجوز لجهة الإدارة سحب القرارات التأديبية سواء كانت مشروعة أم غير مشروعة، ودون التقيد بميعاد محدد.

وجدير بالذكر أن سحب القرارات التي لا تولد حقاً وفقاً لنص المادة 3/243 أصبح يخضع لنفس قواعد القرارات التي تنشئ حقوق من ناحية ضرورة عدم شرعيتها، و أنه يجب أن يكون قرار السحب في خلال أربعة أشهر التالية لصدور القرار. هذا من ناحية أخرى. لذلك أصبح التمييز بين القرارات التي تنشئ الحقوق وتلك التي لا تنشئ حقوقاً بلا جدوى حيث أن نفس القواعد قابلة للتطبيق من حيث المبدأ على جميع القرارات<sup>2</sup>.

والباحث من جانبه يؤيد الرأي القائل بعدم جواز سحب القرارات التأديبية السلمية لأن في إطلاق يد جهة الإدارة في سحب القرارات التأديبية كيفما تشاء قد يفضي إلى أن يساء استغلال ذلك فضلاً عن أنه سيؤدي إلى الانحراف في استعمال السلطة وتتغلغل المحسوبية والمحاباة فلو تم سحب القرارات لاعتبارات شخصية

---

<sup>1</sup> Article L243-4 : Par dérogation à l'article L. 243-3, une mesure à caractère de sanction infligée par l'administration peut toujours être retirée.

<sup>2</sup> Gweltaz Eveillard: Op, Cit, p.2480.

حسب الأهواء والرغبات الذاتية والتحكم سينتشر الفساد الإداري ويتم فقد الثقة بفاعلية العقوبة التأديبية التي تعتبر الوسيلة المناسبة لمواجهة التسبب والقصور داخل الجهات الإدارية بما يفضي ذلك إلى الإخلال بحسن سير المرفق بانتظام واضطراد وفقد الثقة بالقرار الإداري الذي يقصد منه بالأساس تحقيق مصلحة عامة وليست ذاتية، خاصة أنه يمكن سلوك طريق إلغاء هذا القرار لو كان مخالفاً عن طريق التظلم أو الطعن فيه بالإلغاء في خلال المواعيد المحددة، حيث أتاح القانون الطريق لإلغاء مثل هذه القرارات .

## 2- قرارات فصل الموظفين

كاستثناء علي الأصل العام في عدم جواز سحب القرارات السليمة، أجاز مجلس الدولة المصري والفرنسي سحب قرارات فصل الموظفين السليمة - ولاسيما المعيبة - فهذا الاستثناء يتأسس في فرنسا ويستقر في مصر علي اعتبارات إنسانية تقوم علي العدالة والشفقة إذ يمكن، وعلي حد تعبير محكمة القضاء الإداري، سحب القرار الصادر بفصل المدعي سواء كان صحيحاً أو غير صحيح، فهو جائز في كلتا الحالتين حيث نقول ان قرار الفصل إذا اعتبر مطابقاً للقانون فالسحب جائز استثناء، مع أن الأصل في السحب أنه لا يتم إعمالاً لسلطة تقديرية، إلا أنه من الجائز إعادة النظر في قرارات فصل الموظفين وسحبها لاعتبارات تتعلق بالعدالة، لأن المفروض أن تنقطع صلة الموظف بالوظيفة بمجرد فصله وأنه يجب لإعادته إلى الخدمة صدور قرار جديد بالتعيين، ولكن قد يحدث خلال فترة الفصل أن تتغير

شروط الصلاحية للتعيين، وقد يغدو أمر التعيين مستحيلًا، أو قد يؤثر الفصل تأثيرًا سيئًا في مدة خدمة الموظف أو في أقدميته، ومن جهة أخرى قد تتغير الجهة التي تختص بالتعيين فتصبح غير تلك التي فصلت الموظف، وقد لا يكون لديها الاستعداد لإصلاح الأذى الذي أصاب الموظف بفصله أو غير ذلك من اعتبارات العدالة التي توجب علاج هذه النتائج الضارة<sup>1</sup>.

ودلالة علي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا جري قضاء هذه المحكمة علي جواز إعادة النظر في قرارات الفصل من الخدمة، سواء اعتبر قرار الفصل صحيحًا أو غير صحيح، فسحبه جائز لاعتبارات إنسانية تقوم علي العدالة والشفقة، إذ المفروض أن تنفصم صلة العامل بالوظيفة بمجرد فصله، ويجب لإعادته إلى الخدمة أن يصدر قرار جديد بالتعيين، كما يجب حساب المدة التي قضاها خارج الوظيفة في أقدميته، وأن يتم كل ذلك وفقاً للقيود والأوضاع التي فرضها القانون<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1953/1/7 - القضية رقم 472 لسنة 5 ق - السنة 7 - البند 175 - ص 282 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1970/3/21م - الطعان رقم 430 و 914 لسنة 13 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2058 ، وجلسة 1964/3/1 - الطعن رقم 1136 لسنة 7 ق - ص 742 ، وجلسة 1959/5/23 - الطعن رقم 587 لسنة 4 ق - مجموعة المحكمة في عشر سنوات - الجزء 2 - ص 1766 ، وجلسة 1974/2/3م - الطعن رقم 157 لسنة 16 ق - ص 129 .

ولعل ثمة تساؤلاً جدير بالطرح. مفاده مدي جواز سحب قرار الفصل في حالة ترتب حقوقاً ومراكز قانونية للغير، أو عينت الإدارة موظفاً جديداً محل الموظف المفصول؟ يجب أن نفرق بين أمرين: أولهما يجري وفق أصل واستثناء يرد عليه. أما الأصل فهو ان قرارات فصل الموظفين لا ترتب مراكز أو أوضاع قانونية للغير وتبعاً لذلك يجوز سحبها دون التقيد بميعاد سواء كانت هذه القرارات سليمة أم معيبة وهو ما انتهى إليه القضاء الإداري وهذا الفرض لا يثير أي مشكلة. والاستثناء ما إذا ترتب علي هذه القرارات حقوقاً أو مراكز قانونية للغير. نقول ان الحقوق التي ترتبت في خلال تلك الفترة تعد من قبيل الحقوق الاحتمالية فإذا لم يتم سحب هذه القرارات من قبل الإدارة أو إلغائها من جانب القضاء خلال مواعيد الطعن بالإلغاء اتصفت بالنهائية، وهذا الحق يصبح مكتسباً كما أن في تجريده من هذه المزايا زعزعة للمراكز القانونية فيشترط عدم المساس بأي مركز قانوني قد تحقق لأي شخص. فإذا تم السحب خلال مواعيد الطعن بالإلغاء فلا يجوز للغير التمسك بميزة ترتبت له من قرارات الفصل. وذلك وفق ما هو مسلم به في شأن سحب القرارات التأديبية السليمة.

والآخر في حالة تعيين موظف آخر محل الموظف المفصول. علي نحو المستقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وما تواترت عليه أحكامه واضطرت أنه يشترط لإعادة الموظف إلى وظيفته، ألا تكون الإدارة قد عينت في الوظيفة الشاغرة موظفاً آخر تعييناً سليماً. فما هو الوضع في مصر؟ أصدرت الجمعية العمومية لقسمي

الفتوي والتشريع فتوي تتعلق بسحب قرار فصل معيب وهو ما يمكن أن نقيس عليه ونطبقه في حالة سحب قرار الفصل السليم استجابة لنفس الاعتبارات الإنسانية التي أجاز القضاء من شأنها سحب قرار الفصل كاستثناء وهذه الفتوي جاء فيها إن تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار الفصل هو إعادة الموظف بإلغاء قرار فصله إلى ذات وظيفته السابقة، إلا إذا كانت الوظيفة مشغولة بآخر، فإن تنفيذ الحكم في هذه الحالة يقتضي إعادة المحكوم لصالحه إلى وظيفة مماثلة لوظيفته السابقة من حيث المستوي والمرتب دون أن يكون له الحق في التمسك بإعادته لوظيفته الأولى، أساس ذلك أن اختصاصات الوظيفة ليست حقاً شخصياً للموظف يخضع للمطالبات القضائية أو غيرها، ذلك أن من حق الجهة الإدارية نقل الموظف في أي وقت طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة<sup>1</sup>.

وجدير بالذكر أن المحكمة الإدارية العليا نحت غير ذات المنحى، فرفضت التوسع في هذا الاستثناء وقياس الاستقالة عليه وتديلاً علي ذلك قضت بأنه لا يسوغ لجهة الإدارة سحب القرار الصادر بإنهاء الخدمة استناداً إلى الاستقالة الصريحة أو الضمنية ولا يجوز في هذه الحالة القياس علي ما هو مقرر بالنسبة للقرارات الصادرة بالفصل. ذلك أن إعادة الموظف المفصول إلى الخدمة إنما هو استثناء من أصل. فلا يجوز التوسع في هذا الاستثناء وقياس الاستقالة عليه. هذا

---

<sup>1</sup> الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع - الفتوي رقم 248 في 1975/5/8م - ملف رقم 20/3/86 - السنة 29 - ص 122 وما بعدها.

بالإضافة إلى وضوح الفارق بين الاستقالة والفصل، فالاستقالة صريحة كانت أو ضمنية إنما تستند إلى إرادة الموظف الصريحة أو الضمنية. والقرار الإداري الصادر بإنهاء خدمة الموظف استناداً إلى الاستقالة الصريحة إنما يصدر بناء على طلب صريح من الموظف برغبته في إنهاء خدمته، وهذه الرغبة الصريحة تمثل ركن السبب في القرار الإداري الصادر بإنهاء الخدمة. كما أن الاستقالة الضمنية والتي فرضها المشرع بسبب الانقطاع عن العمل تعبر هي الأخرى عن إرادة الموظف الضمنية في إنهاء خدمته، وهذه الإرادة تمثل ركن السبب في قرار إنهاء الخدمة، ومن ثم لا يجوز سحبه لأن مبناه في الحالتين إرادة الموظف في إنهاء خدمته. أما الفصل فيتم بإرادة الجهة الإدارية وحدها ويكون سحبه استثناء من الأصل<sup>1</sup>.

والحق أن مجلس الدولة الفرنسي كان أسبق إلى الانتهاء إلى هذا الاستثناء من نظيره المصري. فقد سبق لمجلس الدولة أن قضى بذلك. ففي إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها بأن صدر قرار بفصل السيد/ فرانكو لعدم رضائه عن وظيفته وغيابه ثم عاود الندم ورجا إعادته إلى وظيفته ثانية، الأمر الذي دعا الإدارة إلى

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1970/3/21م - الطعان رقما 430 و 914 لسنة 13 ق - وفتوى قسم الرأي مجتمعا في 1951/11/17م - السنة 2 - ص 164 مشار إليه د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 221 ، 222 .

سحب قرار فصله وبعده عن الوظيفة، وبعد ذلك صدر مرسوم جديد مستحدثا شروطا جديدة للتعيين لم تكن مقررة من قبل وبالتالي لا تنطبق تلك الشروط علي حالته، فطعن بعض أقرانه من موظفي الكادر الذي ينتمي إليه في قرار السحب، والنعي عليه باعتباره قرار تعيين صادرا بغير توافر الشروط المتطلبة وفقا للمرسوم المنوه به، إلا أن المجلس قضي برفض الطعن واستند في ذلك إلى أن المدعو فرانكو يجب اعتباره في وظيفته لم يتركها في أية لحظة وأن مدة خدمته متصلة غير منقطعة، ومن مقتضى ذلك أن إعادته إلى وظيفته إنما كان سحبا لقرار الفصل الذي اعتبر بسحبه كأن لم يكن<sup>1</sup>.

غير أن المجلس وقد أباح سحب قرار الفصل السليم دون التقيد بميعاد معين إلا أنه أورد علي ذلك شرط وهو ألا تكون الإدارة قد عينت موظف آخر محل الموظف المفصول، وخلاف ذلك يعني فصل الموظف الذي عين عقب قرار فصل الموظف الأول وهو ما لا يجوز لمساسه الحقوق المكتسبة للموظف الجديد والإخلال بحسن سير المرفق العام، إلا أن المجلس قد تشدد في حالة سحب قرار الفصل المعيب

---

<sup>1</sup> C.E. 23/2/1908 Franco, P178 .

C.E. 12/3/1909 Sauquet P270, R.D.P, 1909, P52.- 4 janv 1928, Belleon, Rec, P60 – 10 mai 1957, Metivier, Rec, P303. – 4 mai 1949 Sieur Maunier R.196 .

وقرر لزوم إعادة الموظف لوظيفته أو وظيفة مماثلة<sup>1</sup> حتى لو أفضى ذلك إلى استبعاد الموظف الذي عين مكانه وطرده من وظيفته<sup>2</sup>.

### 3- سحب التراخيص السليمة

يصادف المتأمل في نظام التراخيص، نوعين من صنوف التراخيص: تراخيص دائمة، وأخري مؤقتة. فأما عن التراخيص الدائمة، كممارسة إحدى المهن كالطب والمحاماة أو فتح محل تجاري<sup>3</sup> وبناء منزل، فهي تخضع للقواعد في سحب وإلغاء القرارات الإدارية من لزوم احترام الحقوق المكتسبة وعدم رجعية آثار القرارات الإدارية. وهذا ما تؤكد المحكمة الإدارية العليا بقولها ان الموافقة علي موقع المحل تصدر بقرار إداري نهائي في موضوعه من الجهة الإدارية المختصة، بما لها من سلطة بمقتضى القانون بالموافقة علي طلب الترخيص وتستتبع هذه الموافقة

---

<sup>1</sup> C.E. 10/11/1967, ministre de l'éducation nationale c/ Delle Robdeau, A.I.D.A, 1968, P470 ets – 8/2/1961, Rousset, P85 – 13/3/1957 Mégre, P318 .

<sup>2</sup> C.E. 18/2/1955, Duboucher D, 1955, P224.

<sup>3</sup> حيث قضي بعدم سريان الاشتراطات بأثر رجعي علي المحال الصادر لها رخصة دائمة انظر حكم المحكمة الإدارية العليا – جلسة 2008/2/16 – الطعن رقم 1593 لسنة 49 ق – الدائرة الخامسة – المكتب الفني لمجلس الدولة – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في السنة الثالثة والخمسون – الجزء الأول – من أول أكتوبر 2007 إلى آخر مارس 2008 – ص 627.



إعلانه بالاشتراطات الواجب توفرها في المحل وذلك لتنفيذها في المواعيد المقررة قانوناً بحيث إذا أتمها صرف إليه الترخيص، ولما كان الأمر كذلك وكان من شأن القرار الصادر بالموافقة علي موقع المحل أن ينشئ مركزاً قانونياً ذاتياً لطالب الترخيص يكسبه حقاً لا يجوز المساس به إلا في حدود القانون فإن تنكرت جهة الإدارة لهذا الحق والمساس به بقرار لاحق دون مقتضي من قانون يعتبر اعتداء غير مشروع يببر طلب إلغائه لمخالفته للقانون والتعويض عن الأضرار التي تنجم عنه<sup>1</sup>.

وأما عن التراخيص المؤقتة، فإن في سحبها شأناً آخر. فهي تعد من التصرفات الوقتية بحكم كونها لا ترتب حقاً ثابتاً كحق الملكية، بل تخول المرخص له مركز قانوني مؤقت يرتبط حقه في التمتع به وجوداً وهدماً بأوضاع وظروف وشروط وقيود يترتب علي تغييرها أو انقضائها أو الإخلال بها أو مخالفتها جواز تعديل أوصاف هذا الترخيص أو سقوط الحق فيه بتخلف شرط الصلاحية للاستمرار في الانتفاع به أو زوال سبب منحه أو انقضاء الأجل المحدد له، أو تطلب المصلحة العامة إنهاؤه وهو بهذا يفترق الترخيص عن القرار الإداري، الذي يكتسب حصانة عامة، ولو كان خاطئاً، حصانة معصومة من السحب أو الإلغاء متي صار نهائياً بمضي وقت معلوم واستقر به مركز قانوني أصبح غير جائز الرجوع فيه أو

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1969/4/12م - الطعن رقم 1126 لسنة 10ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء العاشر - ص 839.

المساس به، وأنه إذا كان المال العام قد أعد بطبيعته لينتفع به الأفراد انتفاعاً خاصاً بصفة مستقرة وبشروط معينة - فإن الترخيص به يتم من الجهة الإدارية المنوط بها الإشراف علي المال العام ويحكم الترخيص في هذه الحالة الشروط الواردة فيه والقواعد القانونية التي تنظم هذا النوع من الانتفاع وهي ترتب حقوقاً للمنتفع من المال العام تختلف في مداها وقوتها بحسب طبيعة الانتفاع وطبيعة المال المقررة عليه في نطاق الغاية المحددة من الترخيص بأن يقوم المنتفع بالوفاء بالالتزامات الملقاة علي عاتقه وتلتزم الإدارة باحترام حقوق المرخص له في الانتفاع وذلك ما لم تتم اعتبارات من المصلحة العامة تقتضي إنهاء تخصيص المال لهذا النوع من الانتفاع ودون إخلال بها للجهة الإدارية من حقوق في اتخاذ الإجراءات التي تجدها كفيلة لصيانة الأمن والنظام في أي وقت ولو تعارض ذلك مع المصلحة الشخصية للمنتفعين<sup>1</sup>.

وعليه فهذه التراخيص تعد ذات طابع مؤقت لا ترقى لأن تؤسس لمركز قانوني ذاتي دائم ولا تعطي للأفراد حقاً مكتسباً في التمسك باستمرارها، فاستمرارها وإلغائها أو سحبها رهن بالصالح العام وللإدارة إلغائها متى شاءت، ولعل ذلك ما أكدته

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1993/4/11م - الطعون أرقام 1233 ، 1242 ، 1243 لسنة 38 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثامنة والثلاثون - الجزء الثاني - من أول مارس سنة 1993 إلى آخر سبتمبر 1993م - ص 927.

المحكمة الإدارية العليا بقولها قرار وزير التموين بحرمان أحد الأفراد من توزيع المواد التموينية بإحدى المناطق وهو قرار صادر في حدود اختصاصه، وسبق صدور ترخيص لا يمنع وزير التموين من سحبه إذا توفرت الأسباب المبررة لذلك وأساس ذلك اختلاف الترخيص عن القرار الإداري وجواز سحب الترخيص تبعياً في أي وقت<sup>1</sup>

كما أنه يلزم أن تتوافر ثمة شروط تكون مسوغاً لمنحها - التراخيص - وإسباغ المشروعية على إصدارها، شأنها في ذلك شأن القرارات الإدارية. ولا تعدو هذه الشروط أن تكون سبلاً للاستدلال علي استمرار العمل بها. فسحبها يجب أن يخضع لضمانات السحب ذاتها في القرارات الإدارية، بأن يكون السحب وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة التي لا ينبغي الخروج عنها والمتمثلة في حماية النظام العام وتحقيق المنفعة العامة، فعدم توافر ذلك يكون مسوغاً لإلغاء السحب بالطعن عليه أمام القضاء، بما انطوي عليه من انحراف في استعمال السلطة.

فالترخيص لا يمكن الرجوع فيه إلا لأسباب محددة هي: عدم تنفيذ الشروط الواردة في الترخيص، وحفظ الطريق العام وتحقيق المصلحة العامة، وتنفيذ أشغال عامة<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1963/12/21 - الطعن رقم 1022 لسنة 7 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء العاشر - ص 897 .

<sup>2</sup> د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 202 .

. وتدليلاً علي ذلك قضي بأن سلطة الإدارة في الرجوع في الترخيص ليست مطلقة، والقضاء يراقب صحة الأسباب التي تستند إليها الإدارة في الرجوع في الترخيص وأن تكون المصلحة العامة رائدها في ذلك لا غير. فإذا ما خلت أوراق الدعوي من أي دليل يؤيد أن المدعي ممن يتجرون في المخدرات ولا تعدو الأسباب التي تذرعت بها الحكومة أن تكون قولاً مجرداً من الدليل، وبالتالي تكون هذه الأسباب غير صالحة كأساس للقرار الصادر بسحب الترخيص، بإحراز السلاح الممنوح للمدعي<sup>1</sup>. وهذا ما حرصت علي تأكيده المحكمة الإدارية العليا حيث ذكرت أنه جرى قضاء هذه المحكمة علي أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير اعتبارات المصلحة التي تبرر منح أو رفض أو سحب الترخيص، أساس ذلك أن الانتفاع مؤقت وقابل للإلغاء في أي وقت وهو مرهون وجوداً وعدمياً بالمصلحة العامة التي لا تتوازى مع المصالح الفردية بأي حال من الأحوال ولا يحد من سلطة جهة الإدارة في هذا الشأن إلا قيد إساءة استعمال السلطة<sup>2</sup>.

ويثور التساؤل عن مدى قيام مسئولية الإدارة عن الأضرار التي تحدث من سحبها للتراخيص؟ يجب أن نفرق بين أمرين. أولهما أن يتم سحب الترخيص للإخلال

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 15/5/1956م - القضية رقم 789 لسنة 7 ق - المجموعة العاشرة لأحكام محكمة القضاء الإداري - ص 333 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 16/4/1983 - الطعن رقم 967 لسنة 27 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء العاشر - ص 799 . وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري - جلسة 27/1/1970م - القضية رقم 507 لسنة 21 ق - ص 209 .

بشروط إصداره فلا يفضي ذلك إلى تحمل الإدارة أي مسؤولية أو تعويض لصاحب الشأن. والآخر ما إذا تم السحب وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة فيترتب علي ذلك قيام مسؤولية الإدارة وتعويض صاحب الشأن<sup>1</sup>. وتجدر الإشارة إلى انه يمكن سحب التراخيص لأسباب تقتضيها الصحة العامة<sup>2</sup>.

صفوة القول إذن ، أنه يجوز سحب التراخيص السليمة وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، أو مخالفة صاحب الشأن لشروط إصدار الترخيص. وهو ما استقر عليه القضاء. وفق ما سبق حديثه.

#### 4- مدى جواز سحب القرارات الإدارية السليمة لاعتبارات عدم الملاءمة الخطأ في التقدير

بانعام النظر في أحكام مجلس الدولة. نلاحظ أن محكمة القضاء الإداري ترفض سحب القرارات الإدارية لعيب عدم الملاءمة أو الخطأ في التقدير. من ذلك ما

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1969/1/4م - الطعن رقم 598 لسنة 12ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الرابعة عشرة - العدد الأول من أول أكتوبر سنة 1968 إلى منتصف فبراير سنة 1969 - ص 212 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1999/8/1م - الطعن رقم 249 لسنة 42 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة 44 - من أول أكتوبر 1998م إلى آخر سبتمبر 1999م - ص1067.

قضت به من أن القرار الإداري المطابق للقانون ليس لجهة الإدارة سحبه بحجة أنها أخطأت في تقدير الظروف التي أدت إلى إصداره، وأن سلطة السحب لا تكون إلا بالنسبة للقرارات المخالفة للقانون<sup>1</sup>. وذكرت في حكم آخر أن ... للوزير تقدير أثر الجزاء في التخطي في الترقية، فإن ارتأى أن للتخطي محلاً أصدر به قراراً، فإذا ما أصدر قراراً بترقية الموظف دون نظر للجزاءات السابقة علي قرار الترقية، فإنه يكون قد استنفد السلطة المخولة ولم يجز له بعد ذلك سحب الترقية استناداً إلى هذه الجزاءات السابقة إذ أن السحب لا يكون إلا بالنسبة للقرارات المخالفة للقانون، وليس لجهة الإدارة أن تسحب قراراً مطابقاً للقانون بحجة أنها أخطأت في تقدير الظروف التي أدت إلى إصداره<sup>2</sup>.

فالسطة التقديرية للإدارة، تتوقف عند حد إصدار القرار، ولا تتجاوز هذا المدي. لتجيز لها سحبه، ودلالة علي ذلك قضي إن كانت م 49 من لائحة البعثات تنص علي عدم مجاوزة سن الطالب 28 سنة في أكتوبر التالي لاختياره، فإن للجنة البعثات حق الاستثناء في ذلك، وقد أعلنت اللجنة فعلاً حقها في الاستثناء باختيار المدعي بقرارها رغم كبر سنه ومن ثم لا يجوز لها أن تسحب ذلك القرار أو تعدل

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1954/3/1م - القضية رقم 9120 لسنة 6 ق - السنة 8 - ص 799 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - القضية رقم 118 لسنة 6 ق - السنة 6 - ص 122 ، وفي هذا المعني انظر حكم محكمة القضاء الإداري - جلسة 1970/3/26م - القضية رقم 1332 لسنة 21 ق - السنة 21 ق - ص 281.

فيه أو تلغيه، مادام أنه لم يجد من الأسباب الجوهرية ما يدعو إلى العدول عن هذا الاختيار<sup>1</sup>.

وتؤيد المحكمة الإدارية العليا هذا النظر حيث قضت بأنه إن خطأ الإدارة وهي بصدد استعمال اختصاص تقديري لا يمكن أن يكون مبرراً لها بسحب القرار<sup>2</sup>. ولعل ذلك ما حرصت علي تأكيده في حكم حديث لها<sup>3</sup>.

وعلي هذا الرأي سار الفقهاء سيرة مجلس الدولة بالقول أن الإدارة تملك سحب القرار غير المشروع لتلافي الطعن والإلغاء القضائي وتصحيح الأخطاء وإن كان الأمر كذلك فإنها تحل محل التصحيح القضائي للأوضاع وبالتالي يتمتع عليها ما يتمتع علي القاضي الإداري الذي يفحص المشروعية دون الملاءمة فإن اكتشفت الإدارة إنها أخطأت في وزن ملابسات الموضوع أو أخطأت في توقيت القرار أو

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1953/6/1م - القضية رقم 192 لسنة 6 ق - السنة 7 - ص 1391 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1974/6/25م - الطعن رقم 834 لسنة 16 ق - السنة 20 - ص 422 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2015/5/13م - الطعن رقم 57258 لسنة 60 ق - المجموعة 60 - الجزء 2 - المبدأ 85/د - ص 884 . وفي هذا الحكم أكدت المحكمة ذات المبدأ الذي سبق وإن استقرت عليه .

اختيار مناسبته فإنها لا تملك الرجوع عنه لهذه الأسباب<sup>1</sup>. إضافة إلى أن السحب ما أجاز للإدارة إلا بالنسبة للقرار الباطل، لأنه لا ينشئ حقاً لأحد فسحبه هو إعلان انعدام أثره، ويملك من أصدره الرجوع فيه، أما إذا كان القرار صحيحاً وظهر للإدارة إنها أخطأت في تقدير الظروف التي أدت إلى صدور القرار، فإنها لا تستطيع سحبه اعتماداً علي هذا السبب وهو خطأها في تقدير الظروف، إذ لا يصح أن تسعى بنفسها إلى نقض ما تم علي يدها، شأنها في ذلك شأن المتعاقد الذي يكون طرفاً في عقد صحيح قانوناً<sup>2</sup>.

وفي فرنسا علي نحو المستقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي من إعماله لذات المبدأ. ان جهة الإدارة ليس لها سلطة سحب القرار لعيب عدم الملاءمة أو بحجة أنها أخطأت في التقدير. أو علي نحو ما أعلنه صراحة في حكم Depienne بإلغاء قرار السحب المستند إلى اعتبارات الملاءمة اعتباراً بان القرار الساحب قد شابه عيب تجاوز السلطة<sup>3</sup>. ولقد لاقى هذا الاتجاه قبولاً من الفقه. أخصها ما ذكره البعض قولاً بأن قيام السحب علي اعتبارات التقدير والملاءمة يشكل تجاوزاً للسلطة حقيقةً بالإلغاء. وهو ذاته ما ذهب إليه البعض الآخر معبراً أن سلطة الإدارة

---

<sup>1</sup> د/ محمود سامي جمال الدين - الرقابة علي أعمال الإدارة - الإسكندرية - منشأة المعارف - دون سنة نشر - ص 223 .

<sup>2</sup> م/ عبده محرم - سحب القرارات الإدارية الفردية - المرجع السابق - ص 115 .

<sup>3</sup> C.E. 19/2/1971 Depienne, Rec, P145 .



مقصورة علي سحب قراراتها المعيبة، أي المخالفة لوجه القانون والمشروعية وليس علي مجرد اعتبارات التقدير والملاءمة<sup>1</sup>. ويضيف البعض أن عدم الملاءمة ليست سببا كافية لممارسة سلطة الرجوع في القرار<sup>2</sup>.

غير أنه متي وجد نص قانوني يعطي للإدارة الحق في سحب القرار الإداري. إذن يمكن الاستناد إليه وسحب القرار لعدم الملاءمة. فالمرسوم الصادر في 1959/1/7م المادة الرابعة منه أعطت لوزير العمل سلطة إنهاء أو تعديل قرارات مفتش العمل سواء تم ذلك بناء علي تظلم مقدم أمامه، أو مبادرة منه بشرط أن يتم ذلك خلال أربعة أشهر. وتطبيقا لذلك سمح مجلس الدولة الفرنسي بأن ترجع الإدارة في قراراتها في حالة عدم الملاءمة. مستندا في ذلك لبعض النصوص القانونية التي تجيز للإدارة ذلك<sup>3</sup>.

نخلص إلى القول إلى أنه لا يجوز لجهة الإدارة سحب القرارات الإدارية السلمية والمطابقة للقانون لعدم الملاءمة أو لخطأ في التقدير عند إصدار القرار، فالقرار لا

---

<sup>1</sup> مشار إليه د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 325

<sup>2</sup> مشار إليه د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1986م - ص 308 .

<sup>3</sup> C.E. 29/3/1968 Manufacture francaise des pneumatiques michelin AJDA, P336 .

يجوز سحبه إلا لعدم مشروعيتها. وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا وهو ما تم تقنينه في فرنسا وفق ما سبق بيانه. غير أنه يجوز السحب بناء علي نص قانوني وفق ما سبق بيانه، والباحث من جانبه يري أنه يمكن سحب القرارات بناء علي التظلم من صاحب الشأن، فالجهة الإدارية استنفدت سلطتها بصدور القرار ولا وسيلة لها لتتظر فيه سوى التظلم شريطة أن يتم البت في القرار وإصدار قرار السحب خلال المواعيد المقررة لذلك.

#### 5- سحب القرار السليم بناءً علي رغبة صاحب الشأن التنازل

استثناء آخر علي عدم جواز سحب القرارات السليمة، أتى به مجلس الدولة، يقتضي الحديث عنه التعرض لمسألتين: الأولى ما إذا كان التنازل ورد علي الحقوق المقررة قانوناً وقبول مزايا أدني، والأخرى. التنازل عن الحقوق الناشئة عن التعيين في إحدى الوظائف. فإن كانت الحالة الأولى فوقاً لما هو مستقر من أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تحكمها القوانين واللوائح، ومركز الموظف من هذه الناحية هو مركز قانوني عام<sup>1</sup>. قطع فيها مجلس الدولة برفض التنازل سواء كان صريحاً عن طريق إقرار يقدم للجهة الإدارية بالموافقة علي طلبها أو ضمناً من خلال القبول بما عرض علي الموظف، لأن هذا التنازل لم يتم بمحض إرادة

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1977/6/12م - الطعن رقم 575 لسنة 17 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما 1980/1965م - ص 2294.

الموظف بل كان إكراهاً لحاجة واستغلالاً فهو وليد إكراه معنوي. واستدللاً علي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري إشارة إلى عدم الاعتداد بالتنازل عن الحق المقرر للموظف قانوناً أنه لا يجب التمسك من قبل الإدارة بما يجري عليه من تنازل بشأنه، ذلك أن هذا التنازل صدر بدون مقابل أو سبب مشروع، وأن واجب الحكومة العمل علي وصول الحق لصاحبه لا المساومة عليه<sup>1</sup> كما قررت في حكم آخر لها أن قبول العامل التعيين في وظيفة أدني وكتابة إقرار بذلك لا يعتبر تنازلاً عن حق قرره له القانون<sup>2</sup>.

فالمستفيد من القرار وحده هو الذي يملك التنازل ويدعو الإدارة إلى أن تمارس دورها في الرجوع في القرار سواء أكان هذا التنازل دون قيد أو شرط أم كان هذا التنازل قد تم بشرط الحصول علي ميزة أكثر، غير أنه لا يجوز الرجوع في القرار إذا كان ذلك سيفضي إلى إصدار قرار آخر يقرر ميزة أقل أو إجراءات أشد، لذلك قضى المجلس بعدم مشروعية القرار الجديد إذا كان أكثر قسوة علي صاحب الشأن الذي تقدم بطلب للحصول علي ميزة أكثر<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1954/2/22م - الطعن رقم 380 لسنة 6 ق - السنة 8 - ص 755 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1973/2/21م - القضية رقم 1258 لسنة 4 ق .

<sup>3</sup> C.E. 1/3/1974 Cozette, P507.

وفي فرنسا فقد نصت المادة 4/242 من قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة على أنه<sup>1</sup> بناء على طلب المستفيد، لجهة الإدارة بحسب الأحوال ومن دون التقيد بمدة معينة إلغاء أو سحب أي قرار منشأ لحقوق حتى وإن كان مشروعاً إذا كان إلغائه أو سحبه لا يترتب عليه المساس بحقوق الغير ويكون استبداله بقرار آخر ذو مصلحة أكبر للمستفيد . وعلى ذلك فإنه يجوز لصاحب الشأن طلب سحب القرار ولو كان مشروعاً شريطة أن يكون في ذلك منفعة له بأن يصدر قرار آخر أكثر منفعة أو ذو مصلحة أكبر له، وألا يترتب على ذلك السحب المساس بحقوق الغير.

أما عن الحالة الخاصة بالتنازل عن الحقوق والمزايا الناشئة عن التعيين من خلال رفض صاحب الشأن. فإذا كان من المسلم به، أن للإدارة دور متميز في إصدار القرارات الإدارية في نطاق العلاقات التي تنشأ في مجال القانون العام، غير أن من القرارات ما لا يكون نافذاً إلا بقبول الأفراد لها كالتعيين في الوظائف. فإرادة الشخص لا يمكن إهمالها، وأن قبول الشخص المعين للوظيفة شرط جوهري ليبدأ المركز القانوني الجديد في السريان، إذ أن أحداً لا يلزم رغم إرادته أن يكون موظفاً

---

<sup>1</sup>Article L242-4 : Sur demande du bénéficiaire de la décision, l'administration peut, selon le cas et sans condition de délai, abroger ou retirer une décision créatrice de droits, même légale, si son retrait ou son abrogation n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits des tiers et s'il s'agit de la remplacer par une décision plus favorable au bénéficiaire.

عموماً<sup>1</sup>. وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري أن التعيين في الوظيفة العامة يعتبر عملية مركبة تتحلل إلى صدور قرار بالتعيين وقبول المعين للوظيفة وتسليمه أعمال الوظيفة فعلاً، ويعتبر عدم قبوله الوظيفة شرطاً فاسخاً، يسقط قرار التعيين بأثر رجعي، من وقت صدوره تطبيقاً لنظرية الشرط الفاسخ<sup>2</sup>. فرضاء الموظف يلزم لتنفيذ القرار فقط ولا ينهض ركنا في إنشاء المراكز العامة<sup>3</sup>. فقرار التعيين يعتبر منتجا لأثره، ويولد حقوقاً من تاريخ صدوره<sup>4</sup>.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بذلك، حيث ذكر في أحد أحكامه أن الوزير يملك حرية الرجوع في قرار التعيين إذا ما رفض الموظف الالتحاق بالعمل<sup>5</sup>، كما أن

---

<sup>1</sup> د/ عبد الحميد حشيش - دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي - 1977م - ص 74 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1979/11/22م - القضية رقم 2101 لسنة 22 ق - ص 34.

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1959/12/12م - الطعن رقم 709 - ص 94 مشار إليه د/ محمد ماهر أبو العيينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 226 .

<sup>4</sup> C.E. 19/12/1952, Mattei, P594 .

<sup>5</sup> C.E 18 mai 1917 Rutali, R.401

إفصاح أحد الأشخاص صراحة عن رغبته بعدم قبول التعيين يؤدي ذلك إلى الرجوع في قرار التعيين تنفيذاً لرغبته<sup>1</sup>.

فقرار التعيين لا يسقط تلقائياً، بل يتم من خلال تدخل الإدارة لإنهاء قرار التعيين الذي لم يقبله صاحب الشأن، وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها أن سحب قرار تعيين المدعي هو إعدام القرار بأثر رجعي، وبإعدام هذا القرار تعتبر صلته بوظيفته منقطعة، ويعتبر في حكم من لم يصدر قرار تعيينه<sup>2</sup>.

إن، هذا الاستثناء يقتصر تطبيقه على ما إذا كان التنازل في صالح الموظف كحصوله على ميزة أكثر من تلك الموجودة في القرار المتنازل عنه، ولا يعتد بأي تنازل خلاف ذلك يؤدي بالإضرار بالموظف وحقوقه.

## 6- مدى جواز سحب القرارات الإدارية أثراً لتغير الظروف

تعني أن الوقائع المادية أو القانونية التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار قد تغيرت عما كانت عليه من وقت إصدار القرار. ومن المسلم به أن أي قرار إداري إنما يستند في إصداره وتحديد مضمونه إلى مجموعة من الظروف القانونية والواقعية والتي تعتبر المعيار للوقوف على مدى مشروعية القرار. ولعل ثمة تساؤلاً يثيره أثر

---

<sup>1</sup> C.E 20/2/1924 Brandestetter, R. 194.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1965/2/23م - الطعن رقم 1259 لسنة 7 ق - مجموعة أبو شادي - الجزء الأول - ص 373.

تغير هذه الظروف. مفاده مدي جواز سحب القرارات الإدارية الفردية السليمة نتيجة تغير ظروف إصدار هذه القرارات؟ ومن الوجهة المقابلة، هل يختلف الوضع عما إذا كانت هذه الظروف واقعية أم قانونية؟

جرباً علي الأصول العامة، في مصر وفرنسا، لا تكون للظروف اللاحقة أثراً علي مشروعية القرار الإداري، وتبعاً لذلك لا يمكن إبطال قرار قد صدر صحيحاً، أو تصحيح قرار قد صار باطلاً بفعل هذه المتغيرات، فالعبرة في تقدير صحة القرار هي وقت صدوره. دون أثر للظروف اللاحقة المستحدثة<sup>1</sup>.

غير أن هذا لا يعني أن هذا الأصل يؤخذ علي إطلاقه، فالظروف المستحدثة تلعب دوراً هاماً في استمرار القرار الإداري ووضع نهاية له، فآثرها لا يكمن في الابتداء وإنما في البقاء.

وفق هذا التصوير، نعرض لأثر تغير الظروف الواقعية من جهة، والقانونية من جهة أخرى. علي مشروعية القرارات الإدارية وما تعكسه من مدى جواز سحبها.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1962/11/10م - الطعن رقم 914 لسنة 6 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة السابعة - العدد الثالث من أول مايو سنة 1962 إلى آخر سبتمبر سنة 1962 - ص 1054

## أ- أثر تغير الظروف الواقعية علي مشروعية القرارات الإدارية

يقصد بها أن مجموعة الأعمال المادية والواقعية الحالية والمستقبلية التي يشترط القانون توافرها حتى تتمكن الإدارة من إصدار القرار الإداري ملائماً للظروف المحيطة<sup>1</sup>.

وعلى نحو ما مضى الحديث. المستقر فقهاً وقضاءً. في مصر وفرنسا أن القرار الفردي متى صدر صحيحاً مشروعاً ورتب حقوق للغير لا يجوز لجهة الإدارة سحبه كأثر لتغير الظروف. غير أن المتأمل في قضاء مجلس الدولة يلاحظ من أحكامه ما انتهى فيها إلى القضاء، بإعطاء الحق للإدارة في سحب قراراتها الفردية المشروعة بناء علي تغير الظروف الواقعية. مثل ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري أن مديرية الرقابة والنشر قد أجازت نشر كتاب الدين والضميم بعد أن راجعت الكتاب قبل نشره بكامل صفحاته وختمته وبناء علي هذا القرار تم طبع الكتاب ووزع علي المكتبات، وما أن وزع حتي أحدث رد فعل قوي قامت الإدارة بمصادرته مستهدفة المصلحة العامة لحماية العقائد السماوية التي هي من النظام العام وحماية الآداب العام وتمضي المحكمة تبريراً لتصرف الإدارة في سحبها للقرار إلى القول انه يجب التفرقة بين نوعين من القرارات الخاصة بالنشر ابتداء وتتمثل

---

<sup>1</sup> د/ محمود سامي جمال الدين - القضاء الإداري والرقابة علي أعمال الإدارة - الإسكندرية - منشأة المعارف - 2004م - ص 107 .



في التصريح بالنشر من عدمه وقرارات خاصة بالمصادرة، ولكل من النوعين مجاله، فإذا ما صرحت الرقابة بالنشر ابتداءً ثم ارتأت الحكومة أن الكتاب ماس بالأديان السماوية التي هي أحد عناصر النظام العام فلا يوجد ما يمنعها من تقرير مصادرته تحقيقاً للمصلحة العامة التي ترعاها وتحرص عليها، ولا يعتبر ذلك سحاً للقرار الأول أو عدولاً عنه. ومن ناحية أخرى فإن ملائمة كتاب للنشر وصلاحيته للتداول هي مسألة واقع تختلف باختلاف الظروف ولا تقيد سلطة الدولة العليا وسيادتها في تقدير هذه الملائمة، وتلك الصلاحية سابقة لصدور التصريح بطبع مثل هذا الكتاب ذلك أن النظام العام في مجال الضبط الإداري يشمل الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، وللحاكم أن يتدخل في كل وقت بسلطاته الكاملة طبقاً للقانون ولحفظ النظام العام في أي عنصر من عناصره الثلاثة تدخلا فورياً دون قيد على حريته في سبيل تحقيق هذه المصلحة العامة<sup>1</sup>.

وفي حكم آخر أكثر حداثة لإحدى القضايا تتلخص وقائعها في أن جهة الرقابة على المصنفات الفنية قد وافقت على الترخيص بالمعالجة السينمائية بموضوع أحد الأفلام بتاريخ 1983/7/19م، ورخصت للسيد " م " بعرض الفيلم، وقد تم عرضه في دور العرض اعتباراً من 1983/8/3م، وبتاريخ 1983/8/23م، أصدرت الرقابة على المصنفات قراراً بالرجوع عن الترخيص، مستندة في ذلك إلى نص

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1963/6/9م - القضية رقم 837 لسنة 14 ق - مجموعة مبادئ أحكام القضاء الإداري لخمس سنوات - ص 219.

المادة 9 من قانون رقم 430 لسنة 1955، والتي أجازت بالرجوع عن الترخيص بعد منحه إذا طرأت ظروف جديدة، تستدعي ذلك، وقد عللت الجهة الإدارية بأن هذه الظروف الجديدة قد تحققت بالانطباع السيئ، وموجة السخط العام لدى الجماهير في الداخل وفي الخارج بعد عرض الفيلم. وقد أكدت محكمة القضاء الإداري حق الإدارة في سحب القرار بقولها إن الترخيص بعرض الأفلام هو قرار إداري نظم القانون رقم 430 لسنة 1955م شروطه وإجراءاته، وحدد أسبابه وغاياته، فإذا كان قد استقر في القانون الإداري مبدأ عدم جواز الرجوع عن القرار الإداري الصحيح فإن القانون رقم 430 لسنة 1955 قد أفرد حكماً خاصاً في المادة 9 للرجوع عن الترخيص بقرار مسبب إذا طرأت ظروف جديدة تدعو لذلك فلم يحدد النص تلك الظروف، ترك للإدارة سلطة تقديرها، وقد تحققت لدى جهة الإدارة ظروف استدعت الرجوع في قرار ترخيص الفيلم وهي موجة الاستياء العام لدى الجماهير بعد عرض الفيلم<sup>1</sup>.

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا النظر حيث ذهبت إلى أن الحكم الصادر بمنع عرض الفيلم قد جاء متفقاً وأحكام القانون بعد أن لاحظت الرقابة على المصنفات استياء جمهور المشاهدين مما احتواه الفيلم من مشاهد فاضحة وعبارات

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1983/12/13م - مشار إليه / محمود عيد علي حميد الزبيدي - مدى سلطة الإدارة في سحب قراراتها الإدارية المشروعة - المرجع السابق - ص 98 .

سيئة، الأمر الذي جعل منه معولاً لهدم القيم الأصلية للمجتمع، وبذلك يكون قد تحقق لجهة الإدارة مبرر للرجوع عن قرارها للترخيص<sup>1</sup>.

هذه الأحكام جاءت تعبر صراحة عن أثر تغير الظروف على القرارات الإدارية الفردية السليمة والمولدة للحقوق، بما ينعكس ذلك علي إقرار حق الإدارة في سحب قراراتها.

وفي فرنسا، يعمل مجلس الدولة الفرنسي أثر تغير الظروف اللاحقة على صدور القرار الفردي السليم، فأقر في حالات نادرة واستثنائية لجهة الإدارة حق إعادة النظر في القرار الفردي السليم بسبب المتغيرات حيث ذهب في قضية تتلخص وقائعها في أن نصيب السيد " بكدو " قد تحدد في النفقات اللازمة لصيانة المجرى المائي بمقدار 150 فرنكاً في السنة علي أن يعاد النظر في التقدير كل ثلاثين سنة وذلك بموجب المرسوم الصادر في 1907/12/3م، وما إن قامت الحرب العالمية الأولى حتي تدهورت قيمة الفرنك الفرنسي وعندها أصدرت الحكومة مرسوماً بتاريخ

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1984/5/21م - الطعن رقم 751 لسنة 30 ق - كذلك تقرير مفوض الدولة في هذه القضية الذي ذهب إلى أن تطهير المنبع قبل المصب هو المبدأ الذي يجب أن يحكم عمل الرقابة وإذا وجدت هذه الجهة أن ترخيصها بعرض الفيلم في 1983/7/19م لا يمس الآداب العامة فمن غير المعقول القول بأن الظروف تغيرت بعد شهر وأصبح الترخيص يسيء إلى الآداب العامة بتاريخ 1983/8/28م . مشار إليه د/ حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص152 .

1924/14/4م أعادت بموجبه النظر في قيمة ما يدفعه السيد " بكدو " من نفقات وأن يعاد النظر في هذه القيمة كل خمس سنوات. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي قرار الحكومة الأخير بقوله أن صدور القرار الأول قبل اشتعال الحرب لا يعني عدم احتفاظ الحكومة بحقها في تعديله إذا ما ظهرت حالة جديدة تبرر إجراء هذا التعديل وهو ما تحقق بظروف الحرب.

وقد أشار الفقه على أننا بصدد قرار إداري فردي سليم ذي طبيعة مالية وقد أنشأ حقوقاً لصالح السيد " بكدو " وبالتالي يحظر علي الجهة الإدارية المساس به تعديلاً أو رجوعاً، وإذا ما أشار المجلس إلى إمكانية الرجوع أو التعديل قبل انتهاء المدة المقررة بسبب المعطيات الجديدة وحتى تكون المبالغ الجديدة متناسبة فعلاً مع القيمة الحقيقية للأعمال التي تؤديها الدولة لخدمة المجري، فإن ذلك لا يمكن أن يكون إلا استثناء من النظرية التقليدية في عدم جواز الرجوع في القرار الفردي السليم، ولا يمكن إسناد ذلك إلى نظرية الظروف الطارئة<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد قضى أيضا مجلس الدولة الفرنسي بأن تغير الظروف الواقعية أو القانونية أو تغير المركز المالي تعتبر مبرراً لرجوع الوزير في موافقته علي الأشكال النمطية الخاصة بالتحصيل والتي تعتبر قراراً غير تنظيمي أنشأ حقوقاً لصالح

---

<sup>1</sup> C.E 10/2/1928 Pechdo, Sirey, 1929, note Alpier, P113.

الاتحاد وذلك في قضية الاتحاد المتعلق بتحصيل أقساط الضمان الاجتماعي والإعانات العائلية<sup>1</sup>.

والباحث من جانبه يرى أنه إذا كانت هناك من الأحكام ما خرج بها مجلس الدولة في مصر وفرنسا عن الأصل المستقر وهو عدم جواز سحب القرارات الإدارية السليمة التي تنشئ حقوقاً. فإن ذلك يبقى في إطار ضيق تحقيقاً للمصلحة العامة وتعتبر من قبيل الاستثناءات.

#### ب - أثر تغير الظروف القانونية على مشروعية القرارات الإدارية

يقصد بتغير الظروف القانونية هو بحث أثر تغير القوانين على مشروعية القرارات الإدارية النافذة بموجبها، وإن القرارات الإدارية يجب أن تكون متفقة مع القانون عند إصدارها وأن تظل كذلك طوال مدة سريانها، وإلا فلإدارة سحبها أو إلغائها لمخالفتها أهم الأسس التي تقوم عليها الدولة القانونية. فصدور تشريع جديد أحكامه تكون متعارضة مع قرار سابق سيؤدي إلى إنهاء القرار بالسحب أو الإلغاء ولو

---

<sup>1</sup>C.E 8/1/1971, union pour le recouvrement de catisation de securite,P14 .

بصورة ضمنية. وقد تكون الظروف القانونية مصدرها دستور أو قانون أو عرف أو مبدأ من مبادئ القانون العامة أو قاعدة تنظيمية<sup>1</sup>.

وكان في فكرة تغير الظروف القانونية أثرها في أحكام مجلس الدولة حيث قضت محكمة القضاء الإداري في قضية تتلخص وقائعها في أن وزارة المعارف قد أصدرت قرارا بتاريخ 1947/8/2م بمنح علاوة الماجستير للسيد " ع " ومقدراها ثلاثة جنيهاً واستمر الصرف حتى 1948/12/31م حين صدور قرار بالرجوع في العلاوة وتحصيل ما سبق صرفه بعد أن تبين للوزارة أن المدعي رقي إلى الدرجة الخامسة اعتباراً من 1946/5/1م عملاً بقواعد التنسيق بمقتضى القرار الوزاري الصادر في 1947/11/17م وأصبح معدوداً من وقت حصوله على الماجستير بتاريخ 1947/4/10م في درجة أعلى من الدرجة المقررة لمؤهله الدراسي الأمر الذي يترتب عليه عدم استحقاقه لعلاوة الماجستير المذكورة طبقاً للقواعد الواردة بكتاب وزارة المالية الدوري في 1947/10/4م والتي يجري نصها بأنه إذا حصل الموظف علي دبلوم ممتاز أو شهادة إضافية وهو في درجة أعلى من الدرجة المقررة لشهادته فلا يمنح العلاوة الإضافية.

---

<sup>1</sup> د/ عصام عبدالوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية والرقابة القضائية - القاهرة - دار النهضة العربية - 1971م - ص 259.

ومن حيث انه يخلص مما تقدم أن القرار الصادر بتاريخ 1947/8/2م بمنح العلاوة وإن كان وقت صدوره مطابقاً للقانون إلا أن ترقية المدعي بعد ذلك في القرار الصادر في 1947/11/17م أي الدرجة الخامسة اعتباراً من 1946/5/1م قد انشأ له مركزاً قانونياً جديداً لم يكن له وقت صدوره. ذلك القرار من شأنه أن يجعل للحكومة الحق في تسوية حالته على ضوء المركز الجديد طبقاً للقواعد المالية المعمول بها، وهي تقضي بعدم استحقاقه لعلاوة الماجستير التي منحت له نتيجة لذلك المركز القانوني الذي أنشأته تلك الترقية التي نالها، ولا يصح أن يوصف قرارها في ذلك بأنه سحب غير جائز للقرار الصادر بمنح تلك العلاوة، ذلك أنه ليس كل إلغاء أو عدول من جانب الحكومة عن قراراتها الإدارية النهائية بعد فوات ميعاد الطعن فيها بالإلغاء يعتبر سحباً غير جائز قانوناً، إذ عدم جواز السحب مقصور على تلك الحالات التي لا يجد فيها لأصحاب الشأن في تلك القرارات مراكز قانونية جديدة تقتضي تعديلاً في حالتهم بما يطابق القانون، ففي تلك الحالات لا يجوز للحكومة أن تنقض قراراتها السابقة بعد فوات مواعيد الطعن فيها بالإلغاء لما في ذلك من إخلال في الحقوق المكتسبة لأصحاب الشأن فيما يعد مخالفة قانونية، أما إذا ترتبت لهؤلاء مراكز قانونية جديدة تقتضي حسب القانون تعديل ما كسبوه منها بمقتضى قرارات إدارية سابقة فإن ذلك لا يعد سحباً لتلك القرارات وإنما هو تصرف إنشائي تجريه الحكومة على ضوء الوقائع الجديدة في حدود القانون فهي إذا ألغت القرار الصادر بمنح المدعي علاوة الماجستير لم تسحب القرار الصادر بمنحها إليه وإنما طبقت عليه القانون تطبيقاً صحيحاً على

ضوء المركز القانوني فانعدم أساسه وأصبح باطلا وهي إذا فعلت ذلك لم تجانب القانون في شيء ويكون قرارها صحيحا لا غبار عليه<sup>1</sup>.

وفي حكم آخر طبقت محكمة القضاء الإداري القاعدة العامة ورفضت إعمال فكرة تغيير الظروف وأيدت قرار إبعاد أحد الأجانب من البلاد بسبب ارتكاب أفعال جنائية مجرمة بسبب تعامله مع قوات الاحتلال وما لبثت الدولة أن عقدت اتفاقاً مع دولة الاحتلال، مما يترتب عليه اعتبار تلك الأعمال المجرمة غير معاقب عليها قانوناً، وبالتالي أصبح القرار الصادر بالإبعاد غير مشروع، في ظل الأوضاع القانونية الجديدة، إلا أن المحكمة التزمت بصحة القرار وقت صدوره وأقرت الإدارة علي إبعاد الأجنبي<sup>2</sup>.

خلاصة القول إذن. ان كانت هناك تطبيقات قضائية في كل من مصر وفرنسا نقر فكرة تغيير الظروف إلا أنه ليس اتجاها استقر أو مبدأ سار عليه القضاء، فهو استثناء من الأصل العام.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 15/6/1950م - القضية رقم 349 لسنة 3 ق - مجموعة عاصم السنة السابعة والثامنة والتاسعة - 1950 ، 1951م - ص 536.

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 16/10/1956م - القضية رقم 506 لسنة 9 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري لخمس عشرة سنة 1946 / 1961م - ص 2314 .



## ثانياً: مدى جواز سحب القرارات التنظيمية اللائحية المشروعة

يمثل سحب هذه القرارات نقطة بحث هامة في نطاق نظام السحب، إذ بطبيعتها يترتب عليها طائفة من القرارات الفردية المتخذة تطبيقاً للائحة والصادرة بناء عليها. وبإنعام النظر في أحكام مجلس الدولة. يتبين أن قضاءه متردد، فتارة يجيز سحب القرارات التنظيمية عن طريق إطلاق حرية الإدارة في سحبها لهذه القرارات. وهذا الاتجاه يتسم بالغموض وعدم الوضوح كما أنه لا يخلو من الارتباك. وهذا ما يستشف مما قالته محكمة القضاء الإداري بأنه يجوز للإدارة سحب القرارات التنظيمية العامة سواء بالإلغاء أو التعديل في أي وقت حسبما تقتضيه المصلحة العامة ...<sup>1</sup>. وهذا الاتجاه هو ما اعتنقه قسم الرأي بمجلس الدولة من

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1949/5/4م - القضية رقم 672 لسنة 2 ق - السنة الثالثة - الجزء الأول - ص 715 .

ولمزيد من الأحكام انظر محكمة القضاء الإداري - جلسة 1948/1/21م - القضية رقم 305 ، وجلسة 1954/12/12م - القضية رقم 814 - المستشار / حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري - الجزء 3 - ص 1704 ، وجلسة 1950/4/11م - السنة الرابعة - ص 564 .

خلال فتواه حيث ورد فيها أن هناك نوعين من القرارات منها التنظيمية العامة وهذه قابلة للسحب في كل وقت تبعاً لمشيئة السلطة التي أصدرتها<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من تنوع مواطن الاقتراق بين السحب والإلغاء، وتباين الحدود الفاصلة بينهما، إلا أنه مازالت شائبة من خلط بينهما قائمة في جانب من أحكام القضاء سألغة الذكر. ولعل ذلك يتبدى من قول المحكمة بجواز الرجوع... سواء بالإلغاء أو التعديل فالسحب ليس كإلغاء من حيث الأثر. فالأول يسري بأثر رجعي والآخر يكون أثره إلى المستقبل فقط ولا يتعدى إلى الماضي.

ومن الفقهاء من نحى هذا النحو، مؤيداً إطلاق حرية الإدارة في سحب القرارات التنظيمية، ويؤسس مذهبه على أن القرارات التنظيمية لا تولد حقوقاً وبالتالي فيحق للإدارة سحبها - أي القرارات التنظيمية المشروعية - في أي وقت ويستند في ذلك لفكرة الصالح العام<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة - رقم 2043 - جلسة 1950/12/5 - المكتب الفني - مجموعة مجلس الدولة لفتاوى قسم الرأي السنيتين الرابعة والخامسة - أكتوبر 1949 - سبتمبر 1951 - ص 998 .

<sup>2</sup> د/ طعيمة الجرف - القانون الإداري دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة - القاهرة - دون ذكر دار نشر - 1973م - ص 511 .

Auby : L'abrogation des acts administratifs, A.J.D.A, 1967, P131.

وقد انتقد البعض<sup>1</sup> هذا الاتجاه حيث ذهب إلى أن القرار التنظيمي السليم لا يخرج الأمر بالنسبة إليه عن أحد فرضين: الأول: أن تكون اللائحة قد طبقت تطبيقاً فردياً وبالتالي استمد الأفراد في ظلها حقوقاً شخصية أو مراكز شخصية سليمة لا يجوز المساس بها، وحينئذ لا يمكن سحب اللائحة السليمة، أي لا يجوز سحبها بأثر رجعي، لأن السحب معناه إعدام اللائحة من يوم صدورها، وبالتالي يتعين إعدام القرارات الفردية التي صدرت تطبيقاً لها، وهو ما لا يجوز بلا خلاف. والآخر: ألا تكون اللائحة قد طبقت، ويكون أثرها مقصوراً على مجرد إنشاء مراكز قانونية عامة لم يستفد منها الأفراد، وحينئذ يكون من غير المفهوم سحبها بأثر رجعي، إذ لا تظهر فائدة الرجعية، ويكون السحب بمثابة الإلغاء بالنسبة للمستقبل، ولهذا نقول باستحالة سحب اللوائح السليمة، أي بمنع سحبها بأثر رجعي، ويكون حق الإدارة في تعديل اللوائح السليمة وفي إلغائها، واستبدالها مقصوراً على المستقبل ولا ينسحب إلى الماضي.

وهذا النقد السابق ساندته بعض الفقه<sup>2</sup> حيث يقول إن الإدارة تتمتع أحياناً بحرية كاملة فيما يتعلق بسحب قراراتها التنظيمية لأنها بحكم طبيعتها لا تنشئ مراكز

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 663 .

<sup>2</sup> د/ محمد كامل ليلة - الرقابة علي أعمال الإدارة - القاهرة - دار الفكر العربي - 1973م - ص 140 .

قانونية ذاتية بل عامة وليس من شأنها أن ترتب حقوقاً مكتسبة لأحد وعلى ذلك فإنه من حق الإدارة السحب في أي وقت وفقاً لمقتضيات الصالح العام، ولكن يلاحظ إن سحب مثل هذه القرارات يكون أمراً نظرياً في الواقع في حالة صدور قرارات فردية استناداً إليها وتنفيذاً لها، لأننا نخرج في هذه الحالة من دائرة السحب في القرار التنظيمي إلى نطاق سحب القرارات الفردية وللسحب في هذا النطاق أحكامه الخاصة، وينتهي الأمر بالنسبة للوائح إلى اقتصار أثر السحب على المستقبل، أي من تاريخ صدور قرار السحب بحيث لا يشمل إلغاء الآثار الماضية التي نشأت عن اللائحة فلا يكون للسحب أثر رجعي في هذه الحالة.

وتارةً أخرى لم يجز سحب القرارات التنظيمية صراحة أو عن طريق تقييد المجلس حرية الإدارة في سحب القرارات التنظيمية بعدم المساس بالحقوق المكتسبة. وتبعاً لذلك عدم إمكانية الرجوع في القرار التنظيمي. حيث قضت محكمة القضاء الإداري أن الجهة الإدارية وقد أصدرت قراراً إدارياً نهائياً باختيار موقع الوحدة المجمعة هو من القرارات العامة التي لا يترتب عليها مراكز ذاتية ويجوز تعديلها في كل وقت دون التقييد بميعاد محدد أو وجود عيب كلما كانت هناك مصلحة تقتضي ذلك، غير أن المحكمة ترى في خصوصية هذه الدعوى قد ترتب على قرار اختيار الوحدة المجمعة بأرض المدعي بعد تبرعه بالأرض ومبلغ من المال مركز ذاتي لا يجوز المساس به وجوهر ذلك المركز هو الشرف الذي يناله المدعي من قبول تبرعه لدى مواطنيه فيرفع مكانته ونفوذه بينهم، ومن ثم ما كان يجوز للجهة

الإدارية أن تعدل عن قرارها المذكور مادام قد صدر صحيحاً وترتب عليه مركز ذاتي للمدعي<sup>1</sup>. كما ذكرت أنه من المقرر قانوناً أن الجهة الإدارية إذا وضعت قاعدة تنظيمية، فإن من حقها أن تلغيها أو تعدلها بقاعدة تنظيمية أخرى في سبيل المصلحة العامة، علي ألا تسري هذه القاعدة الجديدة إلا من تاريخ صدورها<sup>2</sup>.

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا هذه القاعدة بقولها أن قرارات مجلس الوزراء التي أغفل القانون رقم 371 لسنة 1953م الخاص بالمعادلات الدراسية النص على إلغائها، هي قرارات تنظيمية عامة، تتضمن مزايا مالية وأدبية للموظفين وقد تحققت لهم في ظلها مراكز قانونية ذاتية، فلا يمكن إهدارها بأثر رجعي من وقت صدور القرارات التنظيمية العامة التي تحققت في ظلها تلك المراكز القانونية إلا بنص خاص في قانون يقرر ذلك<sup>3</sup>. وقضت أيضاً بأنه إذا كانت علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تحكمها القوانين واللوائح، ومركز الموظف من هذه الناحية هو مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت فإن كل تنظيم جديد مستحدث لا يسري على الموظف إلا بأثر حال ومباشر من تاريخ العمل به، ولا يسري بأثر رجعي فيما

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1959/10/27م - القضية رقم 613 لسنة 9 ق - مجموعة أحكام القضاء الإداري للسنة الرابعة عشر - ص 114 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1949/11/22م - القضية رقم 65 لسنة 2 ق - السنة 4 - البند 9 - ص 31

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1957/6/1م - السنة الثانية - ص 1098.

من شأنه إهدار المراكز القانونية الذاتية التي تكون قد تحققت لصالح الموظف نتيجة لتطبيق التنظيم القديم عليه قانوناً أو لائحة إلا بنص خاص في القانون وليس أداة أدنى منه كاللائحة<sup>1</sup>.

وقد استقر غالبية الفقه<sup>2</sup> على عدم جواز سحب القرارات التنظيمية المشروعة. طبقت أم لم تطبق على السواء، فإذا لم تكن قد طبقت بعد، فتبعاً لذلك لم يترتب عليها أي آثار في الماضي حتي تثور مشكلة سحبها بأثر رجعي، وإنما يقتصر الأمر فقط على عدم تطبيقها بالنسبة للمستقبل. وعليه يكون للإدارة إلغائها وليس سحبها. أما إذا كانت قد طبقت بالفعل، فاللائحة بحكم اتصافها بالعمومية والتجريد وبالتالي عدم ترتيبها أي حقوق مباشرة لأحد، غير أن ما يصدر من قرارات فردية

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 12/6/1977م - الطعن رقم 575 لسنة 17 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر سنة 1980/1965م - الجزء الثالث - ص 2294، وفي هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة 4/5/2002م - الطعن رقم 6313 لسنة 45 ق .

<sup>2</sup> د/ محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني - دون ذكر دار نشر - 1967م - المجلد الثاني - ص 1059، د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 663 سبق الإشارة إليه، وفي هذا المعنى د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 238، 239 والذي يرجع سبب إباحة بعض الفقهاء لسحب القرارات التنظيمية إلى الخط في الألفاظ بين الإلغاء والإبطال والنقض، د/ محمود حلمي - نهاية القرار الإداري - المرجع السابق - ص 258 ويعتبر الرجوع في هذا القرار هو ذاته قرار مخالف للقانون.

أخذاً بهذه اللائحة وبناء عليها تكسب الأفراد حقوقاً مباشرة يمتنع المساس بها مادامت قد اكتسبت وفقاً للقانون، ويفضي ذلك إلى عدم أحقية الإدارة في سحب اللائحة لما في ذلك من مخالفة لمبدأ عدم رجعية القرار الإداري وعدم المساس بالحقوق المكتسبة.

وفي فرنسا فإن القاعدة التي وضعها قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة فيما يتعلق بسحب اللوائح وفقاً لنص المادة 3/243 أنه لا يمكن سحب اللائحة إلا إذا كانت غير مشروعة وأن يتم السحب خلال أربعة أشهر من تاريخ صدورها. وبذلك فإن هذه المادة في صياغتها الأنوية تعترف بقواعد السحب المطبقة على القرارات التي لا تنشئ حقوقاً والتي من بينها اللوائح كما أنها من ناحية أخرى تعترف بنظام السحب في حالة كانت اللائحة قد طبقت بالفعل حيث بمرور فترة الأربعة أشهر لا يمكن سحب اللائحة بعدها<sup>1</sup>.

#### - أثر تغير الظروف على شرعية القرارات التنظيمية ومدى جواز سحبها

يثور التساؤل عن مدى جواز سحب القرارات التنظيمية السليمة أو المشروعة كأثر لتغير الظروف؟ نقول أنه إذا كانت القرارات التنظيمية تتصف بالعمومية. فذلك يوجب عليها أن تكون على قدر من المرونة والواقعية لما لها من دور رئيسي في تسيير المرافق العامة. وأن تساير المتغيرات التي تطرأ على الحياة الإدارية التي

---

<sup>1</sup>Gweltaz Eveillard: Op, Cit, p.2481.

تتسم بالسرعة بما ينعكس ذلك علي النشاط الإداري. فإن كان ذلك كذلك، فإنه يحق للإدارة التدخل بالتعديل أو الإلغاء لللائحة حتى تصبح أكثر ملاءمة مع ما يستجد من ظروف، واقعية كانت أو قانونية، وقد تكون مجبرة في حالات أخرى على هذا التدخل. وبإنعام النظر في معالجات القضاء الإداري في مصر لتلك المسألة نجد ندرتها. لذلك سنسلط الضوء، اهتداء بما عليه الحال، على قضاء مجلس الدولة الفرنسي في تناوله لتلك المسألة وفق ما بلوره في أحكامه أو من خلال حكمه في قضية Despujoi الذي أرسى فيه قواعد هامة تتعلق بأثر تغير الظروف الواقعية والقانونية الذي ورد فيه أنه إذا ما زالت الظروف التي بررت إصدار اللائحة فلكل صاحب مصلحة أن يقدم طلباً في أي وقت يطلب فيه إلغاء أو تعديل اللائحة، وفي حالة رفض الطلب يطعن قضائياً في قرار الرفض لكن الإلغاء بصورة مباشرة لن يتأتى إلا في الميعاد القانوني وهو شهر من تاريخ نشر اللائحة أو القانون الذي خلق حالة قانونية جديدة<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك، وبناء على طلب ذي الشأن وأخذاً في الاعتبار تغير الظروف الواقعية، على الإدارة أن تقوم بإلغاء اللائحة أو تعديلها للمستقبل، فإذا ما رفض هذا الطلب، كان له أن يطعن في قرار الرفض بالإلغاء أمام القضاء. ويتبين من ذلك أن الطعن لا يكون مباشرة على اللائحة ولكن بطريق غير مباشر عن طريق

---

<sup>1</sup> C.E 10/1/1930, Despujoi, Sirey, 1930, P41.



الطعن في قرار الرفض الصادر من الإدارة. وهذا ما عبر عنه الفقيه " أوبي " بقوله أن التعديل الذي يطرأ على السبب الذي تتطلبه قاعدة القانون يفرض على مصدر القرار التزاماً بتعديله أو إلغائه فإن رفض تنفيذ هذا الالتزام أمكن إحالة الرفض إلى القضاء<sup>1</sup>.

أما في حالة تغير الظروف القانونية، وهي ما يطرأ من تغيير علي النصوص القانونية التي صدر القرار في ظلها، ويرتبط بها، واتخذها سنداً له. ففي هذه الحالة يحق للمستفيد أن يطعن مباشرة في اللائحة أمام مجلس الدولة في خلال شهرين من تاريخ نشر القانون أو اللائحة الجديدة.

ويرى " أودن " أن الطعن لا يجب أن يثار ضد اللائحة بصورة مباشرة، ولكن بمناسبة التطبيق لها أو من خلال رفض طلب التعديل أو الإلغاء، فسواء كانت المتغيرات واقعية أو قانونية، فإن الطعن لا يتم إلا بصورة غير مباشرة . في حين ينتقد " أوبي " الحل الذي جاء به حكم " ديسبوجول " بالنسبة للمتغيرات القانونية ويرى أن ذلك يعني خضوع مشروعية القرار لا للظروف المعاصرة لصدوره فقط، بل للظروف اللاحقة كذلك، وأن إعطاء صاحب الشأن الحق في الطعن باللائحة بصورة مباشرة بسبب الحالة القانونية الجديدة يعني إحياء ميعاد جديد سبق أن

---

<sup>1</sup>Auby: L'Influence du changement de circonstances sur la validité des actes adm. Unilatéraux RDP, 1959, P431.

انتهي ولا يمكن إحيائه، كما أن الإلغاء القضائي يكون بأثر رجعي على خلاف الإلغاء الإداري الذي لا يكون إلا للمستقبل وينتهي إلى أنه لا أثر للظروف على ما تم في الماضي من تطبيق<sup>1</sup>.

ويذهب الفقيه Hosteing إلى جواز سحب القرار التنظيمي بأثر رجعي بسبب تغير الظروف حيث يرى أن حكم " ديسبوجول " أعطى الإدارة حرية الرجوع في اللائحة التي أمست غير مشروعة بسبب تغير الظروف متجنباً بذلك حكم إلغائها قضائياً<sup>2</sup>.

وعلى خلاف ذلك يوجد اتجاه آخر أكثر واقعية ومنطقية. يذهب إلى أن تغير الظروف يفضي إلى إلغاء القرار التنظيمي للمستقبل فقط، فالقرار الصادر تنفيذاً لللائحة. صدر مشروعاً مطابقاً للقانون ولا تأثير لتغير الظروف إلا على استمرار هذه المشروعية وبقاء هذا القرار للمستقبل. وهو ما أكده بعض الفقهاء<sup>3</sup> بالقول ان تغير الظروف الواقعية والقانونية ليست ذات أثر رجعي، لذلك لا يمكن إنهاء اللائحة إلا للمستقبل فقط. وهو ما أكده " أوبي " بقوله ان انعدام الأسباب بفعل

---

<sup>1</sup> مشار إليه د/ إرحيم سليمان الكبسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 256 .

<sup>2</sup> Histeing pierre : le delali de recours pour excés de pouvoir, th. Paris, 1939, P143.

<sup>3</sup>Long – Weil – Braubant : les grands arrêts de la jurisprudence adm, 1978, P200.

تغير الظروف لا يعني أن القرار التنظيمي سيفقد قيمته القانونية بأثر رجعي، إلا إذا نص المشرع صراحة أن يكون التعديل أو الإلغاء بأثر رجعي. وهذا سيفضي إلى فقدان القرار أساسه القانوني وشرعيته السابقة، وسيسحب القرار بأثر رجعي<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه إذا ما ألغى المشرع لائحة تحديد السن لمجموعة من الموظفين، وأحل لائحة جديدة ونص فيها أنها تسري بأثر رجعي، فإن القرار الصادر بإحالة أحد الموظفين على المعاش طبقاً للائحة السابقة تلتزم الإدارة بسحبه بأثر رجعي، فانعدام الأساس القانوني للقرار يفضي إلى التأثير في مشروعيته. ومن ثم تلتزم الإدارة بالرجوع فيها<sup>2</sup>.

والقضاء السابق لحقه قضاء آخر أكثر تقييداً وتضييقاً وتشدداً لإعمال فكرة تغير الظروف الواقعية والقانونية وأثرها علي مشروعية القرارات التنظيمية ومن ثم إلغائها. ويتبين ذلك من خلال قضية وزير الزراعة ضد السيد " سيمونيه " والذي كان بمثابة تأكيد لفكرة تغير الظروف الواقعية وأثرها في شرعية القرارات التنظيمية. حيث فرض القضاء مجموعة من الضوابط لإعمال هذه الفكرة فيما يتعلق باللوائح ذات الطابع الاقتصادي وحصرها في حالات نادرة وذلك للحفاظ على استقرار العمل الإداري

---

<sup>1</sup>Auby: Op, Cit, P449.

<sup>2</sup> C.E 5/11/1948, Marican, P408,

وفي هذا المعني انظر أيضاً:

C.E 22/10/1958, Goutre, P520 .

حيث اشترط أن يكون التغيير في الظروف الواقعية علي قدر كبير من الأهمية من شأنه قلب الأوضاع التي تنظمها اللائحة، وأن تكون هذه المتغيرات مستقلة عن إرادة مصدر القرار، وغير متوقعة، وأن تقضي إلى انعدام الأساس القانوني لللائحة<sup>1</sup>.

أما حكمه بشأن تغير الظروف القانونية والذي صدر في قضية النقابة العامة لكوادر المكتبات ضد وزير الثقافة الوطنية. فقد أكد المجلس فيه قضاءه السابق بشأن تغير الظروف القانونية غيرانه أجاز لصاحب الشأن أن يطلب من الجهة الإدارية إلغاء أو تعديل اللائحة التي أمست غير متلائمة مع الحالة القانونية الجديدة، إلا أن هذا الطلب يجب أن يقدم خلال شهرين من نشر القانون أو اللائحة الجديدة<sup>2</sup> ، أي أن الطعن لن يكون مباشراً كما ورد في حكم " ديسبوجول " بل بصورة غير مباشرة من خلال اختصاص قرار الرفض المحتمل لعدم تعديل أو إلغاء اللائحة التي أمست غير متلائمة مع الظروف القانونية الجديدة. فمجلس الدولة في

---

<sup>1</sup> C.E "Ass" 10/1/1964 Ministre de l'agriculture c/simonnet R.19

وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه اللاحقة مؤثراً استقرار العمل الإداري وعدم تعرضه للهزات انظر أحكام مجلس الدولة الفرنسي C.E 25/5/1973, Cabanié, P366

C.E 30/1981, Min. du travail c/soc. Afrique europe transaction.... , P477.

<sup>2</sup>C.E 'Ass' 10/1/1964 Syndicat n. des cadres des bibliothèques ..., P17.

هذا القضاء لم يأخذ بفكرة إحياء الميعاد مرة أخرى، بل طرح وسيلة غير مباشرة لاختصاص القرار بسبب تغير الظروف.

ويشير " أوبي " إلى أنه يمكن الاستفادة من الحكمين سالفين الذكر في أنه يمكن إلزام الإدارة بإلغاء اللوائح التي أمست غير مشروعة بسبب تغير الظروف<sup>1</sup>. وهذا الرأي على نحو، تتردد أصدائه في المادة 2/243 من قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة التي نصت عليه في صياغتها الآتية<sup>2</sup> بأن جهة الإدارة تكون ملزمة بالإلغاء الصريح لأي قرار لائحي غير مشروع أو منعدم المحل سواء كانت تلك الحالة من عدم المشروعية أو انعدام المحل ملازمة للقرار من وقت صدوره أو نتجت عن ظروف قانونية أو واقعية تالية على صدوره ، ما لم تنتهي حالة عدم المشروعية. كما ألزمت جهة الإدارة بالإلغاء الصريح للقرارات غير اللائحية التي لم

---

<sup>1</sup> مشار إليه د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 262 .

<sup>2</sup>Article L243-2 : L'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicition ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé.

L'administration est tenue d'abroger expressément un acte non réglementaire non créateur de droits devenu illégal ou sans objet en raison de circonstances de droit ou de fait postérieures à son édicition, sauf à ce que l'illégalité ait cessé.

تتشئ حقوقاً متى أصبحت غير مشروعة أو منعدمة المحل بسبب الظروف القانونية أو الواقعية التالية على صدوره، ما لم تنتهي حالة عدم المشروعة.

نخلص مما سبق، أن أثر تغير الظروف الواقعية أم القانونية على السواء، لا يترتب عليه سحب القرارات التنظيمية بأثر رجعي وإنما إلغاؤها في أضيق الحدود وذلك بوضع حد لمفعول اللائحة وبقاءها ومشروعيتها بالنسبة للمستقبل فقط، وهذا الإلغاء أحاطه قضاء مجلس الدولة بمجموعة من القيود والضوابط حفاظاً علي استقرار العمل الإداري وألا يكون عرضه للإلغاء والزعزعة في كل وقت بما يؤثر علي حسن سير المرفق بانتظام واضطرابه. فإذا كانت الإدارة حرة في اختيار الوسائل لتكييف لوائحها مع المتغيرات الجديدة، فذلك لا يعني إنهاء كل وجود لها منذ صدورها.

## المبحث الثاني الشروط المتعلقة بالقرار الساحب

تجسدت في احترام المبادئ القانونية فضلاً عن عدم استفاد الإدارة لسلطتها هذه الشروط. التي بها تكون الإدارة ملزمة باحترامها عند صدور أي قرار إداري لا سيما قرار السحب. ولعل هذا ما جعلها بمثابة ضمانات من ضمانات الأفراد في مواجهة الإدارة بامتيازاتها، وسلطاتها. فتجابه هذه الضمانات تحايل الإدارة وعدم اكتراثها بحقوق موظفيها التي قد تضيع بين إجراءات مكتبية عقيمة معقدة. هي إذن ضمانات توازر الأفراد، في ألا تضار مصالحهم بقرارات الجهة الإدارية. وإن كان قد اختلف الفقه الإداري حول قوتها الملزمة، إلا أنه قد جمعت أنه مخالفة الإدارة لها يفضي إلى افتقار قرارها الساحب إلى المشروعية.

وهذه الضمانات تستقر في مصر علي قضاء بغير نص، فتستمد وجودها بما تواتر عليه القضاء الإداري الذي وضع تفاصيلها وبين حدودها ومداهها ولا يجوز الخروج عنها. والقضاء في نشأة هذه الضمانات، لم يبتدعها عبثاً، ولم يقرها تحكماً، وإنما لتنظيم علاقة الجهات الإدارية فيما بينها أو فيما بينها وبين الأفراد. فهي ذات قيمة قانونية، فباستقرارها وتكرارها في أحكام القضاء. يصبح لها قوة القانون المكتوب، وتلتزم الإدارة باحترامها ليس فقط في قراراتها الفردية بل وفي لوائحها وقراراتها التنظيمية. وما أثير حول هذه الضمانات في أحكام القضاء ورؤى الفقهاء وتغليب

أحدها علي الآخر عند سحب القرارات الإدارية<sup>1</sup> هو ما يلفت نظرنا ويستوقفنا ويدعونا إلى ضرورة عرضها ودراستها.

كما تمثل المصلحة العامة أيضاً إحدى الضمانات التي يهدف إليها قرار السحب، ولكنها تختلف عن سابقتها في أنه رغم نبل الاعتبارات التي قامت عليها حين قامت، إلا أنه قد تتوارى خلفها محاولات الإدارة للنيل من حقوق الأفراد. فهي لها إيجابيات حيث من المفترض ألا تكون تحقيقاً لمصلحة خاصة أو رغبة شخصية، كما قد يكون لها سلبيات، فقد تتخذ ذريعة يمثل بقاؤها صدعاً كبيراً في صرح سيادة القانون، وسياجاً واقياً لامتنياز مستتر بإهدار حقوق الأفراد.

نسوقها جميعاً بشيء من التفصيل باعتبارها مقدمة، وعاملاً هاماً يحكم سحب القرارات الإدارية. وهكذا تتجسد الشروط المتعلقة بالقرار الساحب في أمرين: وجوب احترام المبادئ القانونية، ونعرض له في مطلب أول. عدم استفاد الإدارة لسلطتها، ونتناوله في مطلب ثان.

---

<sup>1</sup> وعن صعوبة التوفيق بين المبادئ التي تحكم سحب القرارات الإدارية يقول البعض إن نظرية سحب القرارات الإدارية موضوع شائك يعد من أعقد مشاكل القانون الإداري وذلك لأننا نجد أنفسنا بصدد مبدئين متعارضين لا يمكن التوفيق بينهما، إلا إذا ضحينا بأحدهما لحساب الآخر، والمبدآن هما مبدأ المشروعية ومبدأ عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة ولما كان المبدآن من المبادئ الرئيسية التي لا يمكن أن يتخلى عنها أي نظام قانوني، فإنه قلما يتفق إثنان علي الحل الواجب الإتياع انظر د/ ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية - دون ذكر للناشر - 1970م - ص 119.



## المطلب الأول

### وجوب احترام المبادئ القانونية

وتتمثل هذه المبادئ التي تحكم سحب القرارات الإدارية في ضرورة احترام مبدأ المشروعية، وهو ما نعرض له في فرع أول. عدم رجعية القرارات الإدارية، ونبين له في فرع ثان. احترام الحقوق المكتسبة، ونتحدث عنه في فرع ثالث. وأخيراً تحقيق المصلحة العامة، ونعالجها في فرع أخير.

## الفرع الأول

### ضرورة احترام مبدأ الشرعية

مبدأ المشروعية: يمكن تناوله من خلال التعرض له باعتباره ضماناً للأفراد وقيده على جهة الإدارة من ناحية. ومن الوجهة المقابلة الوقوف على مدى اعتباره أساساً يحق للإدارة بناءً عليه أن تسحب قراراتها الإدارية المعيبة، من عدمه.

#### أولاً: مبدأ المشروعية كضمانة للأفراد

يعني ذلك، خضوع الدولة للقانون بكافة سلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية. فلا تصح تصرفات هذه السلطات ولا ترتب آثارها وتعمل نتائجها في مواجهة المخاطبين بها، إلا بقدر مطابقتها للقانون، وبمخالفته يفضي ذلك إلى عدم مشروعية هذه التصرفات<sup>1</sup>.

ويقصد بالقانون كل قاعدة قانونية ملزمة أيّاً كان مصدرها، الدستور أو التشريع العادي أو قرارات لائحية وتنظيمية أو أي مصدر قانوني آخر<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ إبراهيم عبدالعزيز شيحا - القضاء الإداري - المرجع السابق - ص 7، 8 .

<sup>2</sup> د/ محمد رفعت عبدالوهاب ، د/ أريج محمود عويضة - القضاء الإداري مبدأ المشروعية أو سيادة القانون - الاختصاص القضائي لمجلس الدولة - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2020م - ص 13.

فالهدف الأول لمبدأ المشروعية هو إلزام السلطة التنفيذية بصفة عامة، وعند قيامها بالوظيفة الإدارية بصفة خاصة بالخضوع لأحكام القانون والالتزام به وعدم الخروج عليه<sup>1</sup> فهو يهدف إلى حماية الحقوق والحريات العامة. فالمقصود بمبدأ المشروعية في مجال القانون الإداري هو خضوع جميع الأعمال القانونية والمادية الصادرة عن السلطة التنفيذية ممثلة بالإدارة، للقواعد القانونية القائمة أياً كان شكلها أو مصدرها<sup>2</sup> . وهذا الخضوع يكون في إطار تدرج القواعد القانونية من حيث القيمة أو المرتبة القانونية، وذلك يفضي أنه عند تراحم تلك القواعد عند التطبيق وقيام نوع من التعارض بينها، يتم تغليب القاعدة الأعلى على القاعدة الأدنى وفقاً لترتيب كل قاعدة ودرجتها.

وتمتاز قاعدة المشروعية المطبقة في مجال أعمال الإدارة أنها لا تقتصر فقط علي قواعد من صنع المشرع بل تتسع لتشمل القرارات اللائحية والتعليمات التي تصدرها الإدارة، كما تشمل قواعد استنبطها القضاء الإداري مستمدة من المبادئ العامة

---

<sup>1</sup> د/ أحمد يوسف محمد علي - النظام الإداري في ضوء الفقه والقضاء - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2011م - ص 22 .

<sup>2</sup> د/ رمضان محمد بطيخ - القضاء الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1998م - الطبعة الثانية - ص 17 .

للقانون وروح العدل والإنصاف والإدارة ملزمة باحترامها<sup>1</sup> في جميع تصرفاتها الإيجابية والسلبية دون أن تحيد عنها أو تخرج على مقتضاها.

فالإدارة يكون عليها التزام سلبي بأن تمتنع عن إصدار أي أعمال أو قرارات تخالف صريح القانون أو روحه، كما يقع عليها التزام إيجابي بأن تكون كافة أعمالها وتصرفاتها صادرة استناداً لأحكام القانون سواء كانت هذه الأحكام قاعدة مكتوبة أم قاعدة عرفية أم مبدأ قانونياً عاماً<sup>2</sup>. فإن خالفت ذلك اعتبرت تصرفاتها غير مشروعة تستوجب الإلغاء .

وتطبيقاً لذلك قضي بأن النظام الذي تقرره جهة الإدارة في صدد أمر معين وتسير علي سنته هو بمثابة القانون أو اللائحة من حيث وجوب احترامه والعمل به إلى أن يحصل تغييره بإجراء عام. فعدم اتباعه في الوقت الذي يكون سارياً فيه يكون من جانب الإدارة مخالفة للقانون<sup>3</sup>. كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن اضطراد العمل على مخالفة القانون لا يسبغ الشرعية على هذه المخالفة بل تظل رغم ذلك

---

<sup>1</sup> د/ علاء إبراهيم محمود - حماية الحقوق المكتسبة الناشئة عن القرار الإداري دراسة مقارنة - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2018م - ص 177 .

<sup>2</sup> د/ محمود حافظ - القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن - دون ذكر للناشر - 1993م - ص 25 ، د/ أنور أحمد رسلان - وسيط القضاء الإداري - الكتاب الأول المشروعية والرقابة القضائية - دون ذكر للناشر - 1997م - ص 21 .

<sup>3</sup> محكمة القضاء الإداري - السنة الثانية - البند 62 - ص 356.

انحرافاً ينبغي تقويمه. كما أن المسلم به أن العرف - وإن جاز أن يعدل أو يغير من القواعد القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين - فإنه لا يجوز أن يخالف نصاً أمراً، والنصوص الإدارية جميعاً قواعد آمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها يحول دون مجازاة من ارتكبه، وهذه نتيجة ظاهرة الفساد<sup>1</sup>. فالعرف لا يجوز له أن يخالف قاعدة تنظيمية إدارية مكتوبة أي لائحة إدارية<sup>2</sup>.

إن، هذا المبدأ يمثل ضمانات حقيقية للأفراد تجاه السلطة التنفيذية. التي يفترض صحة تصرفاتها وقراراتها حتي يثبت العكس وتوضح أهميته، كقيد على سلطة الإدارة، عند تمتعها بامتيازات السلطة العامة كالتنفيذ المباشر لقراراتها، وما تملكه من قوة جبرية تنفذ بموجبها قراراتها فهو يمثل صمام أمان ضد عسف واستبداد هذه السلطة إذا ما عن لها الاعتداء على حقوق وحرريات الأفراد أو النيل منها<sup>3</sup>.

لذلك أفرد دستور 2014م الباب الرابع منه لسيادة القانون حيث نصت المادة 65 منه على أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة وأن استقلال القضاء أحد الضمانات الأساسية لحماية الحقوق والحرريات.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1965/5/8م - مجموعة أبو شادي - البند 148 - ص 264.

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1957/1/17م - السنة الحادية عشرة - البند 106 - ص 151 .

<sup>3</sup> د/ إبراهيم عبدالعزيز شيجا - القضاء الإداري - المرجع السابق - ص 20 .

وهكذا، فجهة الإدارة تعتبر تجسيد للدولة وسلطاتها أكثر من أي سلطة أخرى. لما كان ذلك كذلك، فكانت تلح الحاجة إلى وجود وسيلة للرقابة علي أعمال الإدارة نضمن بها خضوعها للقانون بكافة مصادره المختلفة. لحماية حقوق الأفراد ضد تعسف الإدارة واستبدالها. فبغير رقابة فعالة تكون قواعد المشروعية حبراً علي ورق. ولا يتم تطبيقها أو الالتزام بها.

والرقابة نوعان: قضائية، وأخرى إدارية. فالرقابة علي أعمال الإدارة بواسطة القضاء هو الأسلوب الفعال لضمان احترام السلطات الإدارية للقانون. فالقضاء يراقب أعمال وقرارات الإدارة ويوقع جزاء الإلغاء في حالة خروجها علي القانون<sup>1</sup>. وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها أن القرار الإداري يخضع للرقابة التي تمارسها محاكم القضاء الإداري تجاهه بواسطة دعوى الإلغاء<sup>2</sup>. فهو يمثل الضمانة الحقيقية لاحترام المشروعية أو سيادة القانون. فلا فائدة من وجود ضوابط دستورية أو تشريعية تلتزم بها الإدارة بدون وجود جهة قضائية تراقب احترامها وتنفيذها التنفيذ الأمثل. غير أنه يجب أن تكون تلك الرقابة علي قدر من الفاعلية التي تتحقق

---

<sup>1</sup> د/ محمد رفعت عبدالوهاب ، د/ أريج محمود عويضة - القضاء الإداري - المرجع السابق - ص 17 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2006/12/23م - الطعن رقم 5779 لسنة 46 ق - موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 1955م حتي عام 2010م - ص 5199.

بالسماح للأفراد بالطعن ضد أعمال الإدارة وقراراتها لاسيما الطعن بالإلغاء ضد القرارات غير المشروعة.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أهمية هذه الرقابة حيث قضت بأن إن مبدأ الشرعية وسيادة القانون، وهو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها وتصرفاتها هذا المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضرورياً مثله، لأن الإخلال به يؤدي بمبدأ المشروعية ويسلمه إلى العدم، ذلك هو مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من جهة، وعلى مشروعية القرارات الإدارية من جهة أخرى، لأن هذه الرقابة القضائية هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية، فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود. وغنى عن البيان أن أي تضيق في تلك الرقابة ولو اقتصر هذا التضيق على دعوى الإلغاء سوف يؤدي حتماً إلى الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون، ولذا يتعين أن تقف سلطة المشرع إزاء حق التقاضي عند حد التنظيم فلا تجاوزه إلى الحظر أو الإهدار<sup>1</sup>.

أما الرقابة الإدارية هي تلك الرقابة التي تمارسها الإدارة ذاتها علي أعمالها للتحقق من مدى مشروعيتها أي مدى مطابقتها للقانون، وأحياناً تكون غاية رقابة الإدارة

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا - جلسة 1976/4/3م - الطعن رقم 11 لسنة 5 ق . ع .

لأعمالها ليس فقط التحقق من مشروعيتها بل أيضاً التحقق من مدى ملاءمتها للمصلحة العامة. وهكذا الرقابة الإدارية هي رقابة ذاتية، فالإدارة تراقب نفسها بنفسها. وتفضي إلى إما تأكيد القرار وصحته، وإما سحبه أو إلغاؤه أو تعديله نظراً لعدم مشروعيته أو عدم ملاءمته.

والرقابة الإدارية تتحقق في أغلب الأحوال بناء علي تظلم يقدم من ذي الشأن للإدارة. مثال ذلك موظف يتظلم من قرار ترقية بمقتضاه قامت الإدارة بترقية زملائه دون أن ترقيه هو برغم أنه يتساوى معهم في الأقدمية إن لم يكن أكثر أقدمية منهم، وبالتالي فيقوم هذا الموظف بتقديم تظلم للإدارة ضد هذا القرار الذي فوت عليه حقه في الترقية مع زملائه. وقد يتم إنشاء لجنة إدارية خاصة لإعمال هذه الرقابة فيتم فحص هذه التظلمات في هذه اللجان. وذلك لإبعاد الشبهة ولضمان الحيطة والنزاهة.

كما أن الإدارة تستطيع من تلقاء نفسها وبدون تظلم أن تسحب قراراتها غير المشروعة أو تلغيها أو تعديلها حتى تتفق مع صحيح القانون. وتكون ملزمة بذلك ويكون ذلك عن طريق الموظف مصدر القرار أو رئيسه الأعلى. وأن يتم ذلك خلال المواعيد المحددة للطعن القضائي<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ محمد رفعت عبدالوهاب ، د/ أريج محمود عويضة - القضاء الإداري - المرجع السابق -



وهذا هو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقولها إن من حق الإدارة مراجعة نفسها في القرارات التي تصدر منها إذا كانت مخالفة للقانون، لأن الصالح العام يقتضي تصحيح الأوضاع المخالفة للقانون احتراماً لأحكامه<sup>1</sup>. كما قضت بأن مبادرة الإدارة إلى سحب القرار المطعون فيه يعتبر تصرفاً يكشف عن حسن نيتها وبعدها عن إساءة استعمال السلطة<sup>2</sup>.

فالرقابة الإدارية تكون الإدارة فيها الخصم والحكم في نفس الوقت. مما يفضي إلى عدم فعاليتها أو ضعف دورها. لذلك كان في الرقابة القضائية الملجأ حيث يمثلها قاضي مستقل عن الإدارة بما يتمتع به من حيطة ونزاهة وحرصه علي تطبيق القوانين والمشروعية. فأعمال الإدارة علي تنوعها من قرارات أو عقود أو أعمال مادية يجب أن تخضع لرقابة فعالة خاصة القرارات الإدارية نظراً لما تتمتع به الإدارة ممثلة في الموظفين العموميين الذين يعملون باسمها ويمثلونها من سلطة إصدار هذه القرارات التي تمس المراكز القانونية للأفراد. فدور هذه الرقابة هي التحقق من مدى مطابقة هذه القرارات للقانون. وتوقيع الجزاء على مخالفتها. الذي

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1956/2/5م - القضية رقم 667 لسنة 7 ق - السنة العاشرة - البند 204 - ص 189 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1979/3/29م - القضية رقم 271 لسنة 32 ق - السنة 33 - غير منشور .

قد يتمثل في إلغاء القرار غير المشروع أو تعديله أو سحبه، هذا فضلاً عن التعويض عن الأضرار التي سببها هذا القرار غير المشروع للأفراد.

وبإعمال الإدارة رقابتها واتخاذها قرار السحب تتجلى العلاقة بين مبدأ المشروعية وسحب القرار الإداري، بحيث إن الإدارة تبادر بسحب قرارها رغبة منها في تصويبه وإضفاء المشروعية عليه لصدوره مخالف وغير مشروع. وهي تقوم بذلك - كمشأن الحال في إصدار القرارات - لا يجوز لها الخروج عن المشروعية. فكما أن الإدارة يجب عليها أن تتقيد بهذا المبدأ عند إصدار أي قرار فهي ملزمة بالتقيد به عند إصدار القرار الساحب أيضاً. والقاضي الإداري يراقب مشروعية القرار الإداري الساحب الذي يشترط فيه أن يكون مشروعاً من حيث الموضوع والإجراءات وذلك باعتباره قرار إداري جديد يحل محل القرار الأول منذ صدوره بأثر رجعي. وإذا ما صدر القرار مشروعاً من الأساس مطابقاً للقانون يتمتع علي الإدارة سحبه.

وعلى ذلك فإن هذا المبدأ يعتبر قيداً على سلطة الإدارة عند سحب القرار ولا يمكن أن يكون وحده كافياً أو أساساً لإعطاء الإدارة الحق في سحب القرار الإداري على نحو ما يرد حديثه لاحقاً.

صفوة القول إذن، إن مبدأ المشروعية يعد من أهم ضمانات الأفراد في مواجهة الإدارة بسلطاتها وبامتيازاتها، فالإدارة ملزمة وهي بصدد سحب قراراتها الإدارية أن

تراعي مبدأ المشروعية أياً كان مصدره: دستور أو تشريع أو قرارات فردية وتنظيمية أو العرف أو أحكام قضائية التي استقرت وتواترت.

### ثانياً: مدى اعتبار مبدأ المشروعية أساساً لسحب القرارات الإدارية

يذهب الفقيه الفرنسي Duguit<sup>1</sup> إلى تأسيس حق الإدارة في سحب قراراتها الإدارية المعيبة على مبدأ المشروعية حيث يرى أن هذا المبدأ يقتضي أن تلتزم الإدارة به عند إصدار قراراتها الإدارية، ويجب إعماله في كافة تصرفاتها. فإن هي لم تفعل ذلك، كان لزاماً عليها أن تسحب قراراتها المخالفة للقانون دون التقيد بميعاد معين.

وقد انبرى يزود عن هذا الاتجاه بقوله إن هذا المبدأ ليس له، ولا يمكن أن يكون له، ولا يجب أن يكون له، أي استثناء. وانطلاقاً من هذا المبدأ، فلجهة الإدارة حق الرجوع في قراراتها أو تصحيح الأخطاء القانونية التي تقع فيها في كل وقت، وأنه ليس لأحد أن يشكو من سحبها لقراراتها الإدارية، لأن هذه السلطة إذا تقرررت فهي مقررة لمصلحة الأفراد، وأنه إذا أضر هذا السحب بأحد فيكفي أن يقرر له حق التعويض، وأنه يرى في مسلك مجلس الدولة الفرنسي - بالمبالغة في العطف على الأفراد - قد جاوز سلطاته عندما قرر أن السحب الإداري للقرار غير المشروع لا يمكن إعماله إلا في خلال مدة الطعن القضائي أو مادام أن الحكم في دعوى الإلغاء لم يصدر بعد.

---

<sup>1</sup> Duguit Leon : Traité de droit constitutionnel, T3, 3éd, P783.

وانتهى إلى أن مبدأ المشروعية يجب أن تكون له الغلبة عند تعارضه مع مبدأ المساس بالمراكز الفردية المكتسبة واستند في ذلك إلى أن القرار الباطل لا يولد حقاً وتبعاً لذلك يمكن سحبه دون التقيد بميعاد معين تحقيقاً لمبدأ المشروعية، والقول بغير ذلك يفضي إلى تعرض هذا المبدأ للخطر، وهو ما لا يمكن قبوله.

وإلى هذا الرأي أيضاً، ذهب الفقيه "De Laubadère" حيث يقول أن سحب القرار غير المشروع هو الجزء الحقيقي لعدم مشروعيته، وهو إجراء يمكن العضو الإداري من أن ينزل به ما سوف ينزل به قاضي الإلغاء إذا ما حانت الفرصة وتصدى له.

وقد نحي بعض الفقه في مصر هذا النحو فيقول<sup>1</sup> إن سحب الإدارة لقراراتها المعيبة، ما هو إلا أحد العناصر التي لا يكتمل مبدأ المشروعية إلا بتوافرها ذلك أن هذا يعني بالنسبة للإدارة أن تكون أعمالها متسقة والقانون، غير خارجة على أحكامه، ذلك أنه إذا انبنى عنها عمل مخالف للقانون فيجب أن تمكن في كل وقت

---

<sup>1</sup> د/ عمر عمرو - سحب القرارات الإدارية - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة الرابعة - العدد الثالث - دار القاهرة للطباعة - يوليو/ سبتمبر 1960م - ص 13، 14 .

من تصحيحه. ويعبر البعض الآخر<sup>1</sup> عن ذلك بقوله والصحيح أن حق الإدارة في سحب قراراتها غير المشروعة يستند إلى مبدأ المشروعية.

ولقد لاقى هذا الاتجاه معارضة من الفقه حيث أن رأي " دلوبادير " يجافي ما استقر عليه القضاء من عدم تلازم السحب والإلغاء القضائي وفق ما سلف بيانه. وأن أسباب السحب أوسع من أسباب الإلغاء.

كما أن ما ذهب إليه الفقيه " دي جي " من إنكاره على مجلس الدولة الفرنسي ابتداء قيد السحب بمدة معينة هي مدة الطعن القضائي، واعتباره مجلس الدولة قد تجاوز سلطاته في هذا الخصوص بغير نص، دون أن يأخذ في الاعتبار أن مجلس الدولة هو الذي ابتكر كبريات نظريات القانون الإداري، سواء في جوانبه الموضوعية أم الإجرائية. وبما ابتدعه في شأنها من مبادئ كبرى تمثل علامات تهدي بها الإدارة في تصريف شئونها، وتلزمها في عملها اليومي. فبلغها ابتداءً قبل أن يصلها المشرع تقنياً، فكان بمثابة المشرع الحقيقي لها. وهذه المبادئ أصبحت اليوم جزءاً لا يتجزأ من مبدأ المشروعية واستقرار العمل الإداري والعلاقات القانونية بين الإدارة والأفراد، فالحفاظ علي القرار غير المشروع وتحصنه بعد فوات الميعاد أمر تقتضيه

---

<sup>1</sup> د/ محمود حلمي - نهاية القرار الإداري - مجلة العلوم الإدارية - العدد الأول - 1964 - ص 283.

المصلحة الاجتماعية للحفاظ علي حسن سير المرفق بانتظام واضطراد وعدم زعزعة المراكز القانونية<sup>1</sup>.

يتبين من ذلك أن سحب القرارات الإدارية يثير نزاعاً بين مبدئين أساسيين في العلاقات الإدارية وهما مبدأ المشروعية ومبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية. فالتمسك بمبدأ المشروعية في جميع الظروف يؤدي إلى مطابقة تصرفات الإدارة للقانون مما يجعلها سليمة خالية من أي عيب، وبالمقابل يفضي إلى عدم استقرار المراكز القانونية وزعزعة العلاقات القانونية بين الإدارة والأفراد وعدم الثقة في تصرفات الإدارة.

أما مبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية، فيفضي عند إعطاؤه الأولوية إلى خروج الإدارة عن دائرة المشروعية وتبعاً لذلك مخالفة القانون، غير أن الحقوق التي ترتبت قد تكون في حالة استقرار ولكنها تخالف المشروعية.

اقتضى هذا التنازع سالف البيان، إلى ظهور اتجاه يتبني حل وسط وهو ما يؤيده الباحث وتمثل هذا الاتجاه في إعطاء الإدارة حق سحب القرارات المعيبة بشرط أن يكون ذلك في خلال مدة معينة يتمتع بعدها السحب ويتحصن القرار وتسنقر

---

<sup>1</sup> د/ محمد محمد عبداللطيف - مبدأ الأمن القانوني - بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - العدد 36 - 2004م - ص 114 ما بعدها .

الأوضاع، وقد حدد مجلس الدولة الفرنسي - قبل عدوله عن هذا الاتجاه وتقنين السحب وتقييده بمدة أربعة أشهر - والمصري هذه المدة قياساً علي ميعاد الطعن القضائي بالإلغاء، وفي حالة كان هناك دعوى أمام القضاء يمتد هذا الميعاد ويكون السحب ممكناً دائماً ما لم يصدر الحكم، غير أنه يتقيد بحدود الطلبات الواردة في عريضة الدعوى<sup>1</sup>. فمبدأ المشروعية، ومبدأ استقرار الأوضاع القانونية. أحدهما يكمل الآخر. فالإخلال بالعلاقات القانونية سيفضي إلى اضطراب العلاقات الإدارية وزعزعتها. وما وجد القانون إلا لضبط هذه العلاقات وتنظيمها. لذلك كان لزاماً عدم التضحية بأوضاع استقرت من الناحية العملية في سبيل مبادئ نظرية يجب أن تعايش الواقع المطروح<sup>2</sup>.

وقد أكد مفوض الحكومة Labetoulle في مذكرته التي قدمها في قضية السيد Buisnière<sup>3</sup> عام 1976م علي أن اتجاه قضاء مجلس الدولة في شأن سحب القرارات الإدارية، يقوم بصفة أساسية على احترام مبدأ ضمان استقرار المراكز القانونية للأفراد.

---

<sup>1</sup> د/ ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 122.

<sup>2</sup> د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها - المرجع السابق - ص 94 .

<sup>3</sup> Labetoulle : Conclusions sur arret Buisnière, 20/10/1976. P727.

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري أنه إذا تحقق بناء على القرار مراكز قانونية فردية تستلزم مصلحة العمل واستقرار وانتظام العاملين وحسن سير المرافق العامة التي تتولاها الإدارة، أن تستقر تلك المراكز القانونية وتتحصن مادامت قد فاتت على الإدارة فرصة تصحيحها خلال مدة الطعن القضائي<sup>1</sup>.

نخلص مما سبق، أن مبدأ المشروعية لا يمكن أن يكون أساساً كافياً لإعطاء الإدارة الحق في سحب قراراتها. فلا يمكنها الرجوع في القرار بالرغم من عدم مشروعيتها. فالإدارة مقيدة بمبدأ آخر وهو مبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية التي هي أحق بالرعاية وأولى بالتقديم، ومن مقتضاها كفالة وتوفير الطمأنينة لحفظ المراكز القانونية وجعلها بمنأى من الزعزعة والاضطراب ولو كانت مشوبة، بعد فوات الوقت الذي عينه القانون للطعن عليها من جانب ذي الشأن عن طريق دعوى الإلغاء<sup>2</sup> وذلك يسهم في حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1969/12/19م - الدعوى رقم 1791 لسنة 20 ق - السنة 24 ق - ص 158

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1954/5/25م - الدعوى رقم 356 لسنة 7 ق - السنة 8 - ص 1483. وانظر أيضا حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2001/9/5م - الطعن رقم 6450 لسنة 45 ق - السنة 46 - الجزء الثالث - ص 2843.



## الفرع الثاني

### عدم المساس بالحقوق المكتسبة

يعد هذا المبدأ أحد القيود التي تحد من سلطة الإدارة في سحبها للقرارات الإدارية. ويعتبر وجهاً من أهم الأوجه للحماية المقررة للأفراد في مواجهة الإدارة إلى جانب مبادئ المشروعية وعدم الرجعية.

واحترام الحق المكتسب يعني الحفاظ على المركز القانوني الذي نجم عن تصرف قانوني معين، فهو يهدف إلى حماية المراكز القانونية التي تولدت في الماضي. وذلك يفرض عدم المساس بالأعمال المنتجة لهذه المراكز المذكورة. فاكتماب أحد الأفراد مركزاً قانونياً ذاتياً نتيجة قرار إداري، يفضي إلى عدم جواز المساس به<sup>1</sup>. فالإدارة تلتزم قانوناً بالإبقاء على المراكز التي تكونت. غير أن هذا لا يعني أن المراكز الناشئة عن هذه القرارات نهائية لا يمكن المساس بها مطلقاً وإنما يمكن ذلك وفقاً للأحوال والشروط التي ينص عليها القانون. حيث قد يصدر قانوناً تتحرر الإدارة بمقتضاه من التزامها بالإبقاء على هذه المراكز.

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق -

وقد عرف بعض الفقه في مصر<sup>1</sup> الحق المكتسب بأنه مركز واقعي " مصلحة مادية أو أدبية " يضمن عليه القانون حمايته، والمساس بهذا الحق أو المركز القانوني يولد لصاحبه مصلحة تبرر له حق اللجوء للقضاء لاستيفاء حقه أو رد الاعتداء عنه.

وفي فرنسا يعرفه البعض<sup>2</sup> بأنه المحافظة على القرار الإداري الذي كان سبباً لنشوء هذا الحق أو المركز القانوني. أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرف الحقوق المكتسبة بأنها تلك الحقوق المتولدة عن القرارات الإدارية الفردية والنهائية. وقد استقر علي أنه مادام القرار الإداري صدر صحيحاً وقد ولد حقوقاً فلا يجوز للإدارة سحبه<sup>3</sup>.

والفقه في تسليمه بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها يرى أن الإدارة إن قامت بسحب القرار المنشئ للحقوق المكتسبة فإنها بذلك تكون قد تجاوزت سلطاتها ويفضي ذلك إلى أن قرارها يكون مشوباً بالبطلان وتكون ملزمة وفقاً

---

<sup>1</sup> د/ فتحي وإلى - الوسيط في قانون القضاء المدني - القاهرة - دار النهضة العربية - 1981م - ص 70 .

<sup>2</sup>Y.Boulos : La notion de droit acquis en droit administratif francais, L.G.D.J, 1977. P11.

<sup>3</sup> مشار إليه د/ محمد عبدالحميد أبوزيد - المرجع في القانون الإداري - بدون ذكر دار نشر - 2007م - ص 391 ، د/ حمدي أبوالنور عويس - مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - 2011م - ص 12 .

للقانون والمحافظة على استقرار الأوضاع أن تقوم بتصحيح تصرفاتها واتخاذ الإجراءات اللازمة وإصدار القرارات المناسبة وإعادة الوضع علي ما كان عليه كأن القرار الساحب المعيب لم يصدر<sup>1</sup>. أما القرار غير المشروع فعلى الإدارة أن تسحبه خلال مدة الطعن القضائي فإن لم تفعل استقر واكتسب حصانة القرار السليم ويعامل معاملته ويحرم على الإدارة سحبه ان كان قد تعلق به حق مكتسب للأفراد<sup>2</sup>.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى استخدام تعبير مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للأعمال القانونية الصحيحة الذي يكون من مقتضاه احترام الآثار التي أنتجتها القرارات الإدارية الصحيحة، ولا يجب التعرض لتلك الآثار إلا طبقاً للأشكال والاشتراطات الموضوعية لذلك. وقد أفصح مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ صراحة في حكمه الصادر عام 1968م<sup>3</sup>. وقد أقر الفقه الفرنسي هذا المبدأ

---

<sup>1</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - المرجع السابق - ص 466 .

<sup>2</sup> د/ حمدي أبو النور - مبدأ احترام الحقوق المكتسبة - المرجع السابق - ص 130 .

<sup>3</sup> C.E 29/3/1968 Manufacture francaise des pneumatiques michelin P.215.

ومن بينهم الفقيه الكبير Jeze من خلال تأكيده على ضرورة استقرار الحالة القانونية للفرد في تعامله مع الإدارة<sup>1</sup>.

ومجلس الدولة الفرنسي في إقراره لهذا المبدأ. استند على ضرورة احترام الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي أنشأها القرار الإداري الصحيح، ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تسحب قراراتها الصحيحة، وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على الأخذ بهذا المبدأ مفضلة استخدام تعبير الحقوق المكتسبة<sup>2</sup>.

ويرى بعض الفقه<sup>3</sup> أن مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية يكشف عن تباين بينه وبين مبدأ احترام الحقوق المكتسبة من حيث نطاق احترام الآثار التي أنتجتها القرارات الإدارية، فهذا المبدأ يتسم بالعمومية حيث أنه يسري على القرارات المشروعة وغير المشروعة علي السواء. وخلافاً لذلك فإن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة يضمن حماية الحقوق المترتبة علي القرارات والتصرفات المشروعة فقط. إلا أن ذلك يمكن الرد عليه بأن القرار الإداري غير المشروع يكون في حكم المشروع بعد تحصنه من الإلغاء بفوات المواعيد المحددة لرفع دعوى الإلغاء، وذلك يؤدي إلى خلق مراكز قانونية التي قد تكون مصدراً للحقوق

---

<sup>1</sup> Jeze : du retrait des actes juridiques R.D.P, 1913, P250.

<sup>2</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 314 وما بعدها.

<sup>3</sup> د/ عدنان عمر - القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها - المرجع السابق - ص 132.

المكتسبة<sup>1</sup>. ففوات الميعاد علي القرار الإداري المشوب بالبطلان دون أن يطعن ضده أصحاب المصلحة أو تلجأ الإدارة إلى الرجوع فيه أو إلغائه يعتبر بمثابة القرار الصحيح، وفوات هذا الميعاد يمنح القرار استقراراً ويزيل ما به من عيب ويعد سليماً في ذاته مرتباً لآثار القرار المشروع من لحظة صدوره، بينما لا حصانة للقرار المعدوم مهما مر عليه الوقت فهو لا يرتب أي آثار قانونية وللإدارة الرجوع فيه أو إلغاؤه مهما تقادم عليه الزمن<sup>2</sup>.

والحق المكتسب قد ينشأ عن قرار إداري مشروع أو غير مشروع وقد فرق مجلس الدولة الفرنسي والمصري في سحب القرارات الإدارية التي تولد حقوقاً بين ما إذا كانت مشروعة أو غير مشروعة ووضع لكل منها ضوابط تحكمها.

وتطبيقاً لذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي بشأن سحب القرارات المشروعة بأنه يستحيل سحب القرار المشروع لمجرد اعتبارات الملاءمة متى أنشأ حقوقاً إلا في ثلاث حالات أولها إذا أجاز القانون ذلك، والأخرى أن يكون ضروريا لضمان تنفيذ إلغاء قضائي، وأخيراً ألا يوضع صاحب الشأن في مركز أدني ميزة، وألا تمس

---

<sup>1</sup> د/ طعيمة الجرف - القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1985م - ص 193.

<sup>2</sup> د/ رمزي طه الشاعر - تدرج البطلان في القرارات الإدارية - بدون ذكر دار للنشر - ط 3 - 1997م - ص 436 .

حقوق الغير<sup>1</sup>، وذهب المجلس إلى جواز سحب القرار المشروع متى لم ينشأ أي حق<sup>2</sup>.

ولم يجز قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة الفرنسي سحب القرارات إلا إذا كانت غير مشروعة، واستثنى من ذلك حالات معينة أجاز فيها سحب القرارات المشروعة حيث نصت المادة 2/242 من البند 2 منها على جواز سحب القرار الصادر بمنح مساعدات إذا كانت الشروط التي على أساسها تم صدور قرار المنح لم يتم احترامها وذلك استثناء من نص المادة 1/242 ودون التقيد بشرط المدة<sup>3</sup>، كما أجازت المادة 4/242 من القانون أنه وبناء على طلب المستفيد من القرار لجهة الإدارة بحسب الأحوال ومن دون التقيد بمدة معينة إلغاء أو سحب أي قرار منشأ لحقوق حتى وإن كان مشروعاً إذا كان إلغاًؤه أو سحبه لا يترتب عليه اعتداء على

---

<sup>1</sup> C.E 23 juill 1974 Ministre de l'intérieur

منشور في مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - ترجمة د/ أحمد يسري - ص 212.

<sup>2</sup> C.E 27 juin 1947 Societe decbet

منشور في مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - ترجمة د/ أحمد يسري - ص 212.

<sup>3</sup> Par dérogation à l'article L. 242-1, l'administration peut, sans Article L242-2 condition de délai :

2° Retirer une décision attribuant une subvention lorsque les conditions mises à son octroi n'ont pas été respectées.

حقوق الغير ويكون استبداله بقرار آخر يكون ذو مصلحة أو ميزة أكبر للمستفيد. وإذا كانت القرارات الصادرة غير منشأة لحقوق فلا يجوز سحبها ولكن يمكن إلغاؤها حيث نصت المادة 1/243 من القانون أنه يجوز إلغاؤها أو تعديلها سواء كانت لائحية أو غير لائحية ودون التقيد بمدة محددة شريطة اتباع الإجراءات الواردة في المادة 6/221. أما سحب القرارات غير المشروعة فلها شأن آخر حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه في حالة كان القرار غير منشئ لحقوق يمكن سحبه في أي وقت. أما إذا كان القرار منشئ لحقوق فلا يمكن سحبه إلا لأسباب عدم المشروعية وخلال ميعاد الطعن القضائي بالإلغاء - أصبحت بعد صدور المرسوم خلال مدة أربعة أشهر تالية لصدور القرار - غير أنه بمجرد انقضاء ميعاد الطعن أو بصدور حكم القاضي يتحصن القرار ويصير نهائياً غير قابل للمساس به وتكون الحقوق نهائية<sup>1</sup>.

غير أن المادة 3/243 من قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة جاءت مغايرة لما قضى به مجلس الدولة حيث نصت على أنه لا يجوز لجهة الإدارة سحب القرارات اللائحية أو غير اللائحية التي لم ينشأ عنها حقوق للغير إلا إذا كانت غير مشروعة، وعلى أن يكون قرار السحب تم خلال مدة الأربعة أشهر التالية على صدوره.

---

<sup>1</sup> انظر مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - ترجمة د/ أحمد يسري - ص

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي على إعمال هذه التفرقة في أحد أحكامه التي جاء فيها أنه بالنسبة للقرارات المنشئة للحقوق لا يقبل سحبها إذا كانت القرارات قانونية ما لم يكن هناك نص قانوني يقضي بذلك، وإن عدم مشروعيتها فقط هي التي تبرر سحبها، وأن القرار المنشئ للحقوق إن كان مشوباً بعدم المشروعية فإن للوزراء أن يقوموا بسحبه ولهم القيام بهذه المراجعة ما دامت مهل المراجعة القضائية مفتوحة ... ، ولكن إن انتهت هذه المدد فلا يمكن الإضرار بالحقوق المكتسبة بشكل نهائي لصالح الأفراد، حيث لا يمكن للإدارة أن تسحب القرار غير المشروع المنشئ للحقوق إلا خلال مهلة الطعن<sup>1</sup>. كما قضى أنه لا يجوز سحب قراراً فردياً منشئاً لحقوق بعد مضي مهلة شهرين بعد التبليغ حتى لو كان هذا القرار غير قانوني<sup>2</sup>.

وهذه التفرقة سألقة الذكر قامت بإعمالها المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأنه وإن كان واجباً على جهة الإدارة أن تبادر إلى سحب القرارات الإدارية غير المشروعة التزاماً منها بحكم القانون إلا أن دواعي المصلحة العامة تقضي أيضاً أنه إذا صدر قرار من شأنه أن يولد حقاً أن يستقر هذا القرار عقب فترة من الزمن

---

<sup>1</sup> C.E 26/10/2001 Ternon, N° 197018.

منشور في مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري الفرنسي - مجموعة مؤلفين - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - 2009م - ص 904 .

<sup>2</sup> C.E 24/11/1997, Dlaubier

منشور في مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري الفرنسي - مجموعة مؤلفين - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - 2009م - ص 922 .



بحيث يسري عليه ما يسري على القرار السليم، وقد اتفق على تحديد هذه الفترة ستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه قياساً على مدة الطعن القضائي بحيث إذا انقضت هذه الفترة اكتسب القرار حصانة تعصمه من أي سحب أو إلغاء ويصبح من رتب له القرار مركزاً قانونياً وحقاً لا يجوز المساس به بقرار لاحق وكل إخلال لاحق بقرار من شأنه أن يصم القرار الأخير بمخالفة القانون<sup>1</sup>.

كما قضت أنه إذا صدر قرار صاحب لقرار إداري سليم أو قرار إداري مخالف للقانون فات ميعاد سحبه فإن القرار الساحب يكون باطلاً<sup>2</sup>. وفي فتوى للجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة المصري جاء فيها أما بالنسبة للقرارات المعيبة، فقد استقر الرأي فقهاً وقضاءً وإفتاءً على حق الجهة الإدارية في سحبها خلال المدة المقررة قانوناً للطعن عليها أمام القضاء، فإذا انقضت هذه المدة ولم تقم الجهة بسحب قرارها المعيب خلالها امتنع عليها سحبه أو المساس به استقراراً للأوضاع التي ترتبت عليه<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1999/2/14م - الطعن رقم 2091 لسنة 44 ق - موسوعة القرار الإداري - م/ حمدي ياسين عكاشة - الجزء 2 - ص 1715 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1985/3/23م - الطعن رقم 1586 لسنة 28 ق - موسوعة القرار الإداري - م/ حمدي ياسين عكاشة - الجزء 2 - ص 1708 .

<sup>3</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم 87 ملف 364/1/58 بتاريخ 2016/2/6م - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الثاني - 2016م - ص 341.

## الفرع الثالث

### عدم رجعية القرارات الإدارية

ليس في حديث الفقهاء، ولا في أحكام القضاء في مصر وفرنسا على السواء، أي خلاف على هذا المبدأ، فقد أقره مجلس الدولة في مصر وفرنسا ويقصد به سريان القرارات الإدارية - الفردية واللائحية - كأصل عام بأثر فوري ومباشر من تاريخ نفاذها وعدم انسحابها على ما يتم من مراكز قانونية في الماضي أي قبل صدورها<sup>1</sup>.

ويقتضي مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية عدم تطبيق أي تصرف قانوني كالقرار على الأعمال والوقائع القانونية التي تمت قبل التاريخ المحدد لبدء سريانها<sup>2</sup>. فالمراكز القانونية السابقة على صدور القرار الإداري، لا يطلها أثر القرار، ولا تزول بنفاذه، وإنما تظل باقية مرتبة آثارها. وتأكيداً على هذا النظر، قضت محكمة القضاء الإداري إن المساس بالحقوق المكتسبة لا يكون إلا بقانون ينص على الأثر الرجعي<sup>3</sup>. كما ذكرت أنه يقصد بكلمة القوانين في المادة 27 من الدستور

---

<sup>1</sup> د/ طعيمة الجرف - القانون الإداري دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة - المرجع السابق - ص 355.

<sup>2</sup> د/ عبدالغني بسيوني عبدالله - القانون الإداري - دون ذكر للناشر - ص 505 .

<sup>3</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1950/12/25م - القضية رقم 404 لسنة 3 ق - السنة الخامسة - المكتب الفني - 1951م - البند 3 - ص 30 .

- دستور 1923 - التي تقضي بعدم سريان أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها - القوانين بمعناها الأعم أي القوانين التي أقرها البرلمان وكذلك القرارات الإدارية التنظيمية التي تتضمن أحكاماً عامة لها قوة تشريعية<sup>1</sup>. في حكم آخر قالت أن الأصل في القوانين أنها لا تسري على الماضي حتى لا تمس الحقوق المكتسبة، واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد جذورها إلى أعماق القانون الطبيعي والمبادئ الأساسية للعدالة .. ولا يجوز أن يتضمن غير القانون من القواعد التنظيمية كمرسوم أو قرار إداري نصاً على الأثر الرجعي وإلا كان هذا النص باطلاً، أما القانون فيجوز على سبيل الاستثناء، وبالقدر الذي تدعو إليه الضرورة، أن يشتمل على نص خاص بالأثر الرجعي كما تقرر المادة 27 من الدستور - دستور 1923 م<sup>2</sup>.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن القاعدة العامة هي نفاذ القرارات الإدارية من تاريخ صدورها حيث تسري بالنسبة للمستقبل ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة علي تاريخ صدورها وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية الذاتية، ومن ثم فإنه لا يجوز على أي وجه تقرير أثر رجعي للقرارات الإدارية إلا

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1947/10/21م - السنة الثانية - البند 4 - ص 17 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1956/6/4م - السنة 11 - البند 320 - ص 1957 .  
وانظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1984/6/23م - السنة 29 - البند 203 - ص 1274 .

لو نص القانون على ذلك ..<sup>1</sup> . وقضت أيضاً أن الأصل على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة والقاعدة هي عدم رجعية القرارات الإدارية .... وهذه القاعدة تصدق على القرارات الفردية واللائحية على حد سواء<sup>2</sup> .

وقد استقر رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة على أن الأصل في نفاذ القرارات الإدارية أن تقترن بتاريخ صدورها بحيث تسري بالنسبة إلى المستقبل ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة على تاريخ صدورها، وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية الذاتية<sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/5/4 - الطعن رقم 6313 لسنة 45 - غير منشور . وفي ذات المعنى انظر حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1977/6/12م - الطعن رقم 575 لسنة 17 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً 1980/1965م - الجزء الثالث - ص 2294 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2005/2/2م - الطعن رقم 3256 لسنة 49 ق - غير منشور .

<sup>3</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع - ملف رقم 766/3/86 - جلسة 1989/4/19م - م/ حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - المرجع السابق - ص 1370 ، كما أفتت أن القرارات الإدارية ، تنظيمية كانت أو فردية، لا يجوز أن يكون لها أثر رجعي. انظر مجموعة المبادئ القانونية التي قررها قسم الفتوي والتشريع في خمس سنوات 1975/1970 المبدأ رقم 66 ملف رقم 134 لسنة 1971م - جلسة 1971/8/9 .

وعلى ذلك، يسري مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية على القرارات الإدارية التنظيمية منها والفردية، وأن الإخلال بهذا المبدأ يفضي إلى بطلان القرارات الصادرة بأثر رجعي، فالقرار الإداري لا يرتب آثاراً إلا بالنسبة للمستقبل فقط، وللقاضي أن يلغي القرار عند صدوره بأثر رجعي دون نص صريح من القانون يجيز ذلك. ويعد هذا المبدأ من القواعد الآمرة التي لا تجوز مخالفتها، وفي حالة الشك يجب على القاضي ترجيح عدم الرجعية<sup>1</sup>.

ولما كانت النصوص التشريعية التي نظمت موضوع عدم الرجعية في القوانين في مصر وفرنسا على السواء جاءت خلواً من الإشارة إلى موضوع رجعية القرارات الإدارية. فإن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية يعد من المبادئ العامة المسلم بها من الفقه والقضاء سواء القرارات الإدارية أم التنظيمية. فإذا كانت القوانين تلتزم بهذا الأصل العام، فإنه يكون من المنطق أن تلتزم القرارات الإدارية بهذا الأصل العام فلا تسري كقاعدة عامة بأثر رجعي<sup>2</sup>.

فهذا الاتجاه في إقراره لهذا المبدأ، جاء قياساً على قاعدة عدم سريان القوانين البرلمانية بأثر رجعي، إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة وهذه القاعدة نصت

---

<sup>1</sup> د/ سامي جمال الدين - اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية - الإسكندرية - منشأة المعارف - 1982م - ص 80.

<sup>2</sup> د/ صلاح الدين فوزي - المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1998م - ص 182 .

عليها دساتير مصر المتعاقبة فقد قررها دستور عام 1923 في المادة السابعة منه، كما نصت عليها المادة 187 من دستور عام 1971م، وأخيراً قررها دستور 2014م في المادة 225 منه التي تنص على أن ... ولا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريرية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب .

يتبين من ذلك أن الدستور قد حصن المواد الجنائية والضريرية وأقر لها بمكانة المبادئ ذي القيمة الدستورية، فعصمها بذلك من أن تتألف حتى يد المشرع إهداراً أو انتقاصاً. والتي يفضي النص علي رجعتها إلى الضرر الشديد الذي لا يمكن تداركه. وإن كان قد أباح الرجعية في مواضع أخرى إلا أنه أحاطها ببعض الضمانات والقيود التي تتمثل في موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب. وقد عبرت عن ذلك المحكمة الإدارية العليا بقولها ... ومن ثم فإنه وفقاً لصريح هذه الأحكام لا يجوز على أية وجه تقرير أثر رجعي للقرارات الإدارية إلا لو نص القانون على ذلك استثناءً وبالشروط السالف بيانها، وعلى القضاء الإداري عدم الاعتداد بأي أثر رجعي للقرارات الإدارية اللائحية أو التنظيمية لانعدام أي حكم يقرر الأثر الرجعي لانطوائه على اغتصاب اختصاص السلطة التشريعية أو

للمخالفة الجسيمة للدستور<sup>1</sup>. كما قضت بأنه لا تسري القرارات الإدارية بأثر رجعي حتى ولو نص فيها على هذا الأثر، وإذا كان ثمة استثناء لقاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية فإنه استثناء لقاعدة لا يخل بحكمة هذا الأصل وعلته<sup>2</sup>.

وإذا كان من حق المشرع أن يقرر الأثر الرجعي للقانون، غير أنه ملتزم بالنص صراحة على ذلك، فلا يكفي في ذلك الإرادة الضمنية، وفي هذه الحالة لا يجوز التوسع في تفسير عباراته من قبل الجهات المنفذة له، كما لا يجوز القياس عليه أي حالات مماثلة.

ويرى بعض الفقه<sup>3</sup> أن العدالة تقتضي عدم سريان التشريع على ما سبق صدوره من التصرفات والوقائع، فليس من العدل في شيء أن يأتي الأفراد أفعالاً مباحة أو تصرفات أنشأوها وفق إرادتهم، مرتبين بمقتضاها معاشهم، فيأتي التشريع مقدراً عقوبة تسري في دائرة الأفعال المباحة أو لأحكام تخالف ما اتفقوا عليه منها.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1991/4/20م - الطعن رقم 781 لسنة 36 ق - م/حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري - الجزء 2 - ص 1363 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1965/11/21م - الطعن رقم 1050 لسنة 7 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة 11 - ص 87 .

<sup>3</sup> د/ محمد أحمد المسلماني - نفاذ القرارات الإدارية ذات الأثر الرجعي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2014م - ص 169.

فإذا كان للمشرع الحق بالنص صراحة على رجعية القوانين، إلا أن سلطته في ذلك مقيدة بتوفر حكمة تبرر الخروج على الأصل الذي يعد ضماناً دستورية، فلا يجوز للمشرع استخدام هذه الرخصة أو اللجوء إليها إلا ان كان التشريع يحقق نفعاً للمجتمع دون الإضرار بأحد، أو أن يكون الصالح العام يقتضي سريان القانون على الماضي، أو أن التشريع الذي سيصدر لإقرار قاعدة قانونية عادلة أو لإلغاء قاعدة قانونية لا تتسم بالعدالة. كما أنه يستلزم لإقرار هذه الرجعية موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب وفق نص الدستور سالف البيان.

فمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية دعت الحاجة إليه باعتباره ضماناً أكيدة لحماية حقوق الأفراد، وإرضاء للمنطق القانوني السليم وتحقيقاً للعدالة، والاستقرار في المعاملات<sup>1</sup>.

فمن مقتضيات العدالة ألا نحاسب أشخاصاً على قانون لم يكن موجوداً، وإذا كان سبب القرار لا يظهر إلا عند إصداره، فإن النص على الرجعية يقتضي تطبيق القرار خلال فترة زمنية لم يكن سببه فيها قائماً، وهذا يتنافى مع المنطق<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ رفعت عيد سيد - مبدأ الأمن القانوني - القاهرة - دار النهضة العربية - دون تاريخ النشر - ص 61 .

<sup>2</sup> د/ جورجى شفيق ساري - المبادئ العامة للقانون الإداري الكتاب الثاني - الطبعة 4 - القاهرة - دار النهضة العربية - 2004م - ص 314.



كما أنه إذا ما اكتسب الأفراد مركزاً قانونياً ذاتياً نتيجة قرار إداري، أو اتفاق مع الإدارة فإنه لا يجوز المساس بهذا المركز إلا بالوسيلة القانونية، وهي قانون ذو أثر رجعي<sup>1</sup>.

غير أن القضاء وإن أقام هذا الأصل، إلا أنه ليس أصلاً مطلقاً. إذ أورد عليه استثناءان: يستند أحدهما إلى نص قانوني، ويتأسس الآخر على حكم قضائي<sup>2</sup>. فالأول قد يرتب المشرع بمقتضى نص قانوني آثاراً. فيصير تنفيذه على الماضي، وتحرر الإدارة بهذا النص القانوني من مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، فلا يمكن مطالبة الإدارة بإعمال أثر القانون المتمثل في إلغاء كل القرارات الفردية أو اللائحية التي اتخذت تأسيساً على القرار الملغي من تاريخ نفاذه وعدم تطبيقه على الماضي. وهو ما قرره مجلس الدولة الفرنسي حيث ذهب إلى إباحة الرجعية إن أجازها القانون صراحة أو ضمناً<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 561.

<sup>2</sup> د/ محمد رفعت عبدالوهاب ، د/ أريج محمود عويضة - القضاء الإداري - المرجع السابق - ص 60 .

<sup>3</sup> C.E 6/2/1953, Maugeon.

منشور في مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - ترجمة د/ أحمد يسري - ص 372.

أما الاستثناء الآخر يكون في حالة إصدار حكم قضائي بالإلغاء. إذ به ينعدم أي أثر للقرار يمتد للمستقبل أو ينسحب على الماضي. وتدليلاً على ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الحكم بالإلغاء تحكمه قاعدة عامة مقتضاها أن يعود الحال إلى ما كان عليه، وأن يعود للطاعن مركزه القانوني قبل صدور القرار الملغي على اعتبار أنه لم يصدر أصلاً<sup>1</sup> أو قولها بأن مقتضي الحكم الصادر بإلغاء القرار المطعون فيه هو إعدام القرار ومحو آثاره من وقت صدوره<sup>2</sup>. كما أن الإدارة قد تصدر قرارات إدارية تنفيذاً لأحكام مجلس الدولة الصادرة بالإلغاء، وبطبيعتها تكون هذه القرارات ذات أثر رجعي<sup>3</sup>.

ويضاف إلى ذلك بعض القرارات يقرر لها الفقه والقضاء الإداريين - بصفة عامة أثراً رجعياً دون أن تستند في ذلك إلى نص في القانون يجيز رجعيتهما، ومن هذه القرارات ما يطلق عليه الفقهاء القرارات الرجعية بطبيعتها.

فقد تصدر الإدارة قراراً إدارياً ثم يتبين لها بعد ذلك أنها أصدرته على خلاف القواعد والأسس الشرعية سواء الإجرائية أو الموضوعية التي حددها المشرع بخصوص هذا

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2003/3/15م - الطعن رقم 831 لسنة 42 ق - غير منشور.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2005/4/17م - الطعن رقم 3601 لسنة 49 ق - غير منشور.

<sup>3</sup> C.E 27/5/1949, Veron reville, P246 .

القرار، فيجوز لها أن تقوم بتصحيح العيب الذي شاب القرار الذي أصدرته، ويكون لقرار التصحيح أثر رجعي يترد إلى وقت صدور القرار المعيب. وهذا التصحيح يكون عن طريق إصدار الإدارة قراراً إدارياً تضيي به الصفة الشرعية على تصرفاتها فتصحح ما شابه من عوار وإهدار للقواعد القانونية<sup>1</sup>.

كما أنه قد تتقرر الرجعية لمقتضيات سير المرافق العامة حيث تقوم الإدارة بتقديم الخدمات المهمة للأفراد وجمهور المتعاملين معها، التي لا يستطيعون الاستغناء عنها ولو لمدة بسيطة، لذلك كان من الواجب عدم وضع العراقيل في طريق سير هذه المرافق بانتظام واضطراب لإشباع الحاجات الضرورية للأفراد والمتجددة والمستمرة باستمرار الحياة، ولا شك أن قاعدة عدم الرجعية إذا تعارضت مع مقتضيات سير المرافق العامة أو كانت نتائجها تؤثر على المرفق، فهي بذلك تهدد سير المرفق العام بانتظام واضطراب وتهدد استمراره في أداء مهامه على الوجه الأمثل<sup>2</sup>. لذلك إذا ما تعارض مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية مع القرار الذي يتطلبه سير المرفق العام فإن المبدأ يهمل وينفذ القرار بأثر رجعي. وهذا ما طبقه

---

<sup>1</sup> د/ مصطفى كيري - نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1964م - ص 307.

<sup>2</sup> د/ حسام مرسي - أصول القانون الإداري - دون ذكر دار نشر - 2013م - ص 550 .

مجلس الدولة الفرنسي حيث يستبعد المبدأ كلما تعارض مع مقتضيات سير المرافق العامة وقد سايره في ذلك مجلس الدولة المصري<sup>1</sup>.

وهذا ما أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حيث تقول أنه وإن كان المسلم به أن القرارات الإدارية تنظيمية كانت أم فردية لا يجوز أن يكون لها أثر رجعي، إلا أنه يرد على مبدأ عدم الرجعية عدة استثناءات منها القرارات التي تتضمن بالضرورة أثراً رجعياً كأن يتعلق ذلك بسير المرافق العامة .... حتى لا يتعطل المرفق أو تتعاس المصلحة عن أداء عملها<sup>2</sup>.

وفي فرنسا نصت المادة 2 من القانون المدني الفرنسي على أن لا يسري القانون إلا للمستقبل، وليس له أثر رجعي ، وهو ذاته ما جاءت أحكام مجلس الدولة الفرنسي، تؤكد، حيث قرر أن للقرارات الإدارية أثراً فورياً مباشراً، سواء كان القرار فردياً أم تنظيمياً من تاريخ صدورها، ولا تسري بأثر رجعي على ما استقر من

---

<sup>1</sup> د/ محمد السناري - نفاذ القرارات الإدارية دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - 1981م - ص 261.

<sup>2</sup> الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - مجموعة المبادئ القانونية التي قررها قسم التشريع في خمس سنوات 1970/1975م - المبدأ رقم 66 - ملف رقم 134 لسنة 1971م - جلسة 1971/8/9م - ص 65 .

مراكز قانونية اكتملت قبل نفاذ القرار، وقد تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي واستقرت علي أعمال مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية<sup>1</sup>.

ويعتبر مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية من المبادئ العامة للقانون حيث يقول العميد " فيدل " ان هذا المبدأ يعتبر من المبادئ العامة للقانون المتفق عليه فقهاً وقضاءً<sup>2</sup> كما عبر عنه صراحة مجلس الدولة الفرنسي بقوله ... أما قرار السحب يصطدم مع المبدأ العام القاضي بعدم رجعية القرارات الإدارية<sup>3</sup>.

وفي مصر ذهب بعض الفقه<sup>4</sup> إلى القول على أن الفقهاء في فرنسا ومصر، وإن لم يتفقوا علي قائمة موحدة للمبادئ العامة فإن عدم رجعية القرارات الإدارية باعتباره أحد المبادئ العامة يعتبر محل اتفاق معظم الفقهاء. وأكد على ذلك البعض الآخر

---

<sup>1</sup>C.E 11/8/1918, Amaud. Rec, P837 – 8/8/1924, Colson, Rec, P821 – 29/1/1971, emery, Varbier et Union des propriétaires de la Sarhte. Rec, P80, A.J 1971, P409.

<sup>2</sup> مشار إليه د/ محمد رفعت عبدالوهاب - المبادئ العامة للقانون - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - دون ذكر سنة النشر - ص 92 .

<sup>3</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 2009م مشار إليه د/ أحمد عبد الحسيب عبدالفتاح - الأثر الرجعي في القضائين الإداري والدستوري دراسة مقارنة بين القانون والشريعة - القاهرة - دار النهضة العربية - 2011م - ص 73 .

<sup>4</sup> د/ محمود حلمي - سريان القرار الإداري من حيث الزمان - المرجع السابق - ص 122 .

<sup>1</sup> بقوله إن الأساس الحقيقي في تحريم الرجعية في اللوائح إنما يتمثل في اعتبار مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية من المبادئ القانونية العامة.

فقاعدة عدم الرجعية هي تعبير عن ابتكار مجلس الدولة سواء في مصر أو فرنسا وابتداعه للكثير من المبادئ العامة. أياً كان الأساس الذي يستند إليه في إقراره لهذه المبادئ، وهذه القاعدة تستوجبها ضرورة تأمين العلاقات القانونية بين الإدارة والجمهور<sup>2</sup> ويبرره البعض أنه يأتي حماية للحقوق المكتسبة واستقرار الأوضاع، ومراعاة لقواعد الاختصاص من الناحية الزمنية، لذلك تسري القرارات الإدارية بأثر مباشر، ولا تسري على الماضي بمعنى تطبيق قاعدة عدم الرجعية في هذا المجال<sup>3</sup>. وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية بقولها القاعدة العامة هي نفاذ القرارات الإدارية من تاريخ صدورها، بحيث تسري بالنسبة للمستقبل ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة على تاريخ صدورها، وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة أو

---

<sup>1</sup> د/ محمود سامي جمال الدين - اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية - الإسكندرية - منشأة المعارف - 1982م - ص 82 .

<sup>2</sup> Auby et Drago : traité de contentieux Adm, 1975, P339.

<sup>3</sup> د/ عبدالمجيد عبدالحفيظ سليمان ، د/ محمد أنس قاسم جعفر - أصول القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1989م - ص 392 .

المراكز القانونية الذاتية، ومن ثم فإنه لا يجوز على أي وجه تقرير أثر رجعي للقرارات الإدارية إلا لو نص القانون على ذلك<sup>1</sup>.

صفوة القول إذن، إن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية يمثل قيداً يحول دون سحب الإدارة لقراراتها إلا بضوابط محددة واستثناءات ضيقة وذلك حفاظاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وحماية الحقوق المكتسبة وعدم إشاعة الفوضى وعدم الثقة في القرارات الإدارية. و يترتب على الإخلال بهذا المبدأ بطلان القرارات الصادرة بأثر رجعي.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/5/4م - الطعن رقم 6313 لسنة 45 ق - مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 1955م حتي عام 2010م - الجزء 9 - ص 5146.

## الفرع الرابع

### تحقيق المصلحة العامة

الغاية من صدور أي قرار إداري. قد تكفل بها مبدأ آخر من مبادئ القانون العام، مفاده المصلحة العامة مقدمة علي المصلحة الخاصة. فالإدارة تستهدف بما تقوم به من أعمال المصلحة العامة. وذلك مؤداه ألا تأتيها مدفوعة برغبة ذاتية أو هوى شخصي.

وقد اتخذ بعض الفقه الإداري<sup>1</sup> المصلحة العامة أساساً يحكم جميع روابط القانون العام ومن بينها سحب القرارات الإدارية وتصلح وحدها أساساً لمزاولة الإدارة لحق السحب واستند في ذلك إلى ما ذهب إليه العميد " هوريو " فيما يتعلق بحق الإدارة في سحب قراراتها بأن القرارات الإدارية إنما تصدر لتحقيق المصلحة العامة، فحتى لو أنشأت هذه القرارات مراكز قانونية لصالح الأفراد، فإن هذه المراكز لا تعتبر حقوقاً مكتسبة بالمعني القانوني المقصود لأن القرار الإداري يصدر بقصد تحقيق مصلحة عامة، فحينما يتضح للإدارة عدم صحة القرار الإداري، وتطبيقاً منها لسلطتها التقديرية، تقوم بسحب القرار دون أن تلقي بالاً إلى ما يكون هذا القرار قد أنشأه من حقوق مكتسبة، مستندة إلى أن هذه المزايا والحقوق ليست لها صفة الاستقرار والثبات أمام مصلحة المرفق العام.

---

<sup>1</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 47 ، 64 .



والباحث من جانبه يرى أن هذا القيد - أي المصلحة العامة - واسعاً يصعب ضبطه، ولا يسهل تحديده، مما يغري الإدارة باتخاذ سبيلاً للنيل من القرارات التي تصدرها وسحبها تحت سمع القانون وبصره. فالمصلحة العامة قد تثير بعض المشكلات ذلك أنه، إذا كان حقاً الإدارة تمثل المصلحة العامة، فإنها ليست بالضرورة تستهدفها. فقد تجانبها بتصرفها إلى مصالح أخرى. وإلا لكانت كل الأحكام التي تصدر في دعاوى الإلغاء تصدر لصالح الإدارة. باعتبارها تتغيا بقراراتها المصلحة العامة صاحبة الغلبة على ما عداها. لهذا لا يمكن الاستناد لفكرة المصلحة العامة وحدها لتأسيس حق الإدارة في سحب القرارات، وإلا كان الثمن حق الإدارة في سحب القرارات في أي وقت والتضحية باستقرار المعاملات والعلاقات القانونية هذا فضلاً عن أن المصالح العامة ليست جميعها في سلم التدرج على سواء<sup>1</sup>. فمنها الأولى بالرعاية. ومنها دون ذلك.

كما أنه ليس في عدم المساس بالحقوق المكتسبة واستقرار المراكز القانونية للأفراد تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة أو تعطيل الصالح العام لحساب المصالح الخاصة. فتلك حجج واهية، لأن المصلحة العامة إذا كانت تأتي تغليب

---

<sup>1</sup> Dardlhon L : L'usage des referes a l'encontre des decisions d'exercice du droit de Preemption. A.J 2005. P2277 .

مشار إليه د/ محمد باهي أبويونس - وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2018م - ص 245 .

الصالح الخاص عليها، فإنها تتأذى وبذات القدر من إخلال الإدارة بالتزاماتها التي تعد مفترضاً أولياً لاستقرار الصالح العام ذاته. والحق أننا هنا لا نغلب مصلحة خاصة على أخرى عامة، وإنما نوازن بين مصلحتين عامتين: مصلحة عامة تستهدفها الإدارة بأعمالها من احترام مبدأ المشروعية، ومصلحة عامة أخرى لا تقل عنها عمومية تتمثل في عدم المساس بالحقوق المكتسبة واستقرار العلاقات القانونية وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد. والمفاضلة تفضي إلى تغليب الثانية. واستدلالاً على إجراء تلك المقارنة تقول المحكمة الإدارية العليا ... لا يكفي للقول بأن القرار الإداري غير مشروع أن يكون قد جانب غايات الصالح العام التي يحددها القانون، وإنما يكون كذلك غير مشروع إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهراً ومؤكداً أنها أدنى في أولويات الرعاية من غايات ووسائل قومية أسمى وأجدر بالرعاية ... .

فتغليب مبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة واستقرار المراكز القانونية على مبدأ الشرعية واحترام القانون وعدم مخالفته، يجرى استقراراً للعلاقات الإدارية وعدم زعزعتها، والإخلال بها يؤدي إلى زعزعة ثقة المتعاملين مع الإدارة وما يعكسه ذلك من عدم سير المرفق العام بانتظام واضطراد. وقد ضحى مجلس الدولة الفرنسي في سبيل ذلك بأصل من الأصول القانونية الهامة وهو وجوب احترام القانون وعدم مخالفته.

والمستقر في القضاء الإداري والثابت في نظرية المصلحة العامة هو أن سحب القرارات الإدارية قد شرع لتمكين جهة الإدارة من تصحيح أخطاء قد وقعت بها، ويقضي ذلك أن القرار المراد سحبه قد صدر مخالفاً للقانون، أما إذا صدر صحيحاً مستوفياً للشروط القانونية، فإنه يمتنع على جهة الإدارة سحبه، لعدم وجود العلة التي شرعت من أجلها قواعد السحب، وذلك توكيداً للقرار، واستقراراً للأوضاع، وتحقيقاً للمصلحة العامة<sup>1</sup>.

والفقه والقضاء في مصر وفرنسا علي السواء، قد أجمع على أن القرار غير المشروع يتحصن من السحب أو الإلغاء القضائي بانتهاء مدد الطعن القضائي - بعد تقنين السحب أصبحت أربعة أشهر في فرنسا - والتي بانقضائها يصبح القرار مشروعاً<sup>2</sup>.

وتذهب محكمة القضاء الإداري إلى أن العلة في جواز سحب القرارات الفردية في ميعاد الستين يوماً ... هي وجوب التوفيق بين ما يجب أن يكون للإدارة من حق

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1968/6/6 - القضية رقم 9833 لسنة 19 ق - ص 141 ، وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1998/1/4م - الطعن رقم 1769 لسنة 38 ق - السنة 43 - الجزء الأول - ص 941 .

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - المرجع السابق - ص 285 .

في إصلاح ما ينطوي عليه قرارها من مخالفة قانونية وبين وجوب استقرار الأوضاع القانونية المترتبة على القرار الإداري ...<sup>1</sup>.

نخلص مما سبق ان معيار المصلحة العامة يجب وضع معايير ضابطه لإعماله، تتمثل في ضرورة كفاءة السير المنتظم للمرفق العام، والحفاظ علي المراكز المكتسبة بالقرار المسحوب هذا فضلاً عن أن في احترام الحقوق المكتسبة مصلحة أقوى وأجدر بالرعاية من المصلحة التي تتغيها الإدارة من سحب القرار الإداري والمتمثلة في احترام مبدأ المشروعية لاسيما وأنه أيضاً سوف يؤدي إلى إشاعة الطمأنينة واستقرار الأوضاع ورسوخ ثقة المتعاملين مع الدولة، وضمان حقوقهم قبلها، كما أن في كفاءة استقرار الحقوق وتوفير الطمأنينة للمراكز القانونية للأفراد، ضمان لانتظام وحسن سير المرافق العامة. وتلك مصلحة عامة لا تدانيها في القيمة مصلحة أخرى.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1953/6/7م - القضية رقم 377 لسنة 6 ق - م/حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - الجزء الثاني - ص 1661.

## المطلب الثاني

### عدم استنفاد الإدارة لسلطتها

يشترط حتى يمكن للإدارة سحب قرارها ويكون قرار السحب صحيحاً. ألا تكون الإدارة قد استنفدت سلطتها أو ولايتها بإصدار القرار المسحوب.

فيقصد باستنفاد الإدارة لسلطتها أن تغل يدها - كأصل عام - عن معاودة استعمال هذه السلطة مرة أخرى من تلقاء نفسها بعد سبق ممارستها<sup>1</sup>. فالأصل أن السلطة التقديرية التي حولها المشرع للإدارة في إصدار قراراتها ألا تمارسها عدة مرات فيما يتعلق بالقرار الواحد. فمن المستقر عليه أن القرار الإداري يصدر بعد روية وتدبير وتفكير من الجهة الإدارية واستخدمت ما لها من سلطة تقديرية في إصداره فلا يجوز لها إذن معاودة استعمال هذه السلطة ليس لأن قرارها صدر صحيحاً وإنما لأنها تكون قد استنفدتها بإصدارها القرار. فحتى لو تبين لها خطأ تقديرها فليس لها

---

<sup>1</sup> د/ خالد سيد محمد - حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية دراسة مقارنة - القاهرة - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - 2012م - ص 409 ، مشار إليه د/ حسن عبد الزهرة موسى - السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء الإداري عليها دراسة مقارنة - القاهرة - مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - 2019م - ص 138.

معاودة التقدير إلا بناء على طلب صاحب الشأن في مدة التظلم أو الطعن القضائي، ولا يجوز لها من تلقاء نفسها معاودة استعمال هذه السلطة<sup>1</sup>.

ولعل ما أشارت إليه الأحكام القضائية في مجال أكثر قريباً من استنفاد الإدارة لولايتها أو سلطتها وهو استنفاد المحكمة لولايتها. على نحو يصح معه الاستدلال به في هذا المقام. بل إنه مما يسوغ جريانه على استنفاد الإدارة لسلطتها في بعض الجوانب. فمن المستقر عليه أن الحكم القضائي بعد صدوره لا يجوز لمن أصدره معاودة النظر فيه إلا بإجراءات يقوم بها الخصوم، فلا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه معاودة النظر في الحكم ولو تبين له أن بالحكم خطأ، فللخصوم استخدام مكنتهم القانونية في طلب تصحيح الأخطاء المادية في الحكم، وطلب تفسير ما غمض من عبارات أو طلب إعادة النظر فيه، وفقاً للضوابط التي حددها المشرع. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في معرض تطبيقها للمادة 191 من قانون المرافعات المدنية والتجارية بأن المحكمة تستنفد ولايتها بإصدار الحكم في النزاع، فلا يجوز لها العدول عما قضت به أو تعديل فيه أو الإضافة إليه، استثناء من هذه القاعدة يجوز للمحكمة تصحيح ما وقع في حكمها من أخطاء مادية أو كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من أحد الخصوم، القرار الصادر بالتصحيح يكون قابلاً للطعن عليه بطرق الطعن الجائزة في الحكم،

---

<sup>1</sup> د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 179 .

أما القرار الصادر برفض التصحيح، فإنه لا يجوز الطعن عليه مستقلاً عن الطعن على الحكم ....<sup>1</sup>

في ضوء ما سبق، سنعرض لجانب من تطبيقات استنفاد الإدارة لسلطتها أو ولايتها. سنتناول في الفرع الأول التظلم الإداري وأثره على استنفاد الجهة الإدارية لسلطتها، ثم نتحدث في الفرع الثاني عن القرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي. وأخيراً سنتكلم عن استنفاد الجهة الإدارية لسلطتها في مجال الوظيفة العامة.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1997/2/30م - الطعن رقم 1805 لسنة 34 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة 43 - الجزء الأول - ص 573.

## الفرع الأول

### التظلم الإداري وأثره على استنفاد الجهة الإدارية لسلطتها

من القرارات الإدارية ما لا تملك الجهة الإدارية التي صدر منها أن تعيد النظر فيها ولو كانت غير مشروعة، وذلك لأنه بإصدارها مثل هذه القرارات تكون قد استنفدت ولايتها ومن ثم لا يمكن الطعن في القرار إلا بالطريق الذي نظمته المشرع. وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها التظلم الوجوبي لا يكون إلا بالنسبة للقرارات القابلة للسحب - لا جدوى من هذا التظلم إذا امتنع على الإدارة إعادة النظر في القرار لاستنفاد ولايتها بإصداره أو لعدم وجود سلطة رئيسية تملك التعقيب على الجهة الإدارية التي أصدرته ...<sup>1</sup>. ففي هذه الحالة تستنفد جهة الإدارة ولايتها عليها بإصدارها، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، وبالتالي لا يمكن الطعن عليها إلا بالطريق الذي نظمته المشرع للطعن ومن هذه القرارات التي لا تملك الجهة الإدارية التي أصدرتها أن تسحبها بمجرد صدورها. قرارات لجان العمد والمشايخ وقرارات لجان الجمارك وهذا ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا وآية ذلك قولها بالنسبة للأولى بأنه لجنة الشياخات - اختصاصها في شأن تأديب العمد والمشايخ - قرارها الذي تصدره في هذا الصدد تستنفد به سلطتها ويمتنع عليها إلغاؤه - لا

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1957/6/15م - الطعن رقم 151 لسنة 3 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثانية - العدد الثالث من أول يونيه إلى آخر سبتمبر سنة 1957 - ص 1173 .



ضرورة للتظلم من هذا القرار قبل رفع الدعوى بطلب إلغائه<sup>1</sup>. وما قضت به بشأن قرارات لجان الجمارك قولاً بأن خول المشرع مصلحة الجمارك وهي بسبيل تقدير قيمة البضاعة المستوردة سلطة تقديرية واسعة بغية الوصول إلى الثمن الحقيقي الذي تساويه في سوق منافسة في تاريخ تسجيل البيان الجمركي المقدم عنها - المصلحة وهي تباشر هذه المهمة غير مقيدة بما ورد من بيان بالفواتير التي يقدمها صاحب البضاعة أو بغيرها من مستندات أو عقود ولو قدمت بناء على طلبها ولها أن تعين البضاعة وتحقق من نوعها وتصدق في قيمتها وتتأكد من منشئها ومدى مطابقة ذلك لما ورد بشهادة الإفراج الجمركي والمستندات المتعلقة بها - أوجب القانون أن تتم معاينة البضائع داخل الدائرة الجمركية وأجاز إعادة المعاينة ما دامت البضاعة تحت رقابة مصلحة الجمارك - مؤدى ذلك - إذا قامت المصلحة بممارسة سلطتها التقديرية في معاينة البضاعة ومطابقتها للبيان الجمركي والتحقق من نوعها وقيمتها ومنشأتها إلى غير ذلك مما يمكنها من تقدير ثمنها وتحديد البند الجمركي الخاضعة له وقيمة الضرائب والرسوم الجمركية المستحقة وتحصيلها

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1957/6/15م - الطعن رقم 151 لسنة 3 ق - سبق الإشارة إليه.

والإفراج عنها فإنها تكون قد استنفدت سلطتها بما لا يجوز لها من بعد معاودة النظر في تقدير قيمتها<sup>1</sup>.

كما قضت أيضاً بأنه لا يجوز لمصلحة الجمارك أن تعاود النظر في تقدير قيمة البضاعة مرة أخرى والمطالبة بفرق رسوم جمركية بعد أن تكون قد استنفدت سلطتها التقديرية الواسعة في معاينة البضاعة ومطابقتها للبيان الجمركي والمستندات المتعلقة به والتحقق من نوعها وقيمتها ومنشأها إلى غير ذلك مما يمكنها من تقدير ثمن البضاعة وتحديد التعريف الجمركية الخاضعة لها وتسوية الضريبة والرسوم الجمركية على أساس ذلك وتحصيل الضريبة والإفراج عن البضاعة إلا أن ذلك يجد حده في ألا تكون المصلحة قد فاتتها عند التقدير حساب ما يكون مستحقاً على البضاعة من ضرائب مقررة قانوناً - أثر ذلك - حق المصلحة في المطالبة بأداء هذه الضرائب يظل قائماً ما لم يسقط هذا الحق بعدم المطالبة به في الميعاد المقرر قانوناً وهو خمس سنوات<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1997/8/10 - الطعن رقم 3395 لسنة 37 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثانية والأربعون - الجزء الثاني من أول مارس سنة 1997 إلى آخر سبتمبر 1997 - ص 1433 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2007/4/14م - الطعن رقم 10659 لسنة 46 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - الدائرة

ومفاد ما تقدم، أن مصلحة الجمارك تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير الرسوم، وأن يتم التقدير وفقاً للضوابط القانونية مستهدفة في ذلك المصلحة العامة، غير أنها تستنفد سلطتها التقديرية بمجرد تحصيل الرسوم والضرائب والإفراج عن البضاعة، ولا يجوز لها إعادة النظر في تقدير القيمة إلا إذا فاتها ما يكون مستحقاً على البضاعة من ضرائب مقررة قانوناً.

ويرى بعض الفقه<sup>1</sup> أن هذه القرارات بمثابة الاستثناء من الأصل العام في جواز السحب، ولا يحذب الإكثار منها، لأن الأصل أن تمكن الإدارة من أن تصلح بنفسها الخطأ الذي تقع فيه.

كما يوجد من القرارات التي لا تملك السلطة التي أصدرتها الحق في سحبها إذا نظم القانون طريقاً للتنظيم منها أمام سلطة أعلى. فإذا تظلم الفرد من القرار الصادر بحقه إلى السلطة الإدارية الأعلى فصدر قرار من هذه السلطة بالتنظيم، ففي هذه الحالة يخرج القرار المتظلم منه من اختصاص الجهة التي أصدرته، وبالتالي يمتنع عليها

---

الأولى - الجزء الثاني الفترة من أول إبريل حتى نهاية سبتمبر سنة 2007 م - القاعدة 11 - ص 224 .

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 715 .

أن تعقب على قرارات السلطة العليا<sup>1</sup>. وقد ينظم المشرع طرق التظلم من القرار تنظيمياً يستفاد منه استنفاد سلطة مصدر القرار بإصداره، فيمتنع بذلك التظلم إليه، ويجب عرضه على السلطة الرئاسية الأعلى. كما قد يستفاد من نصوص التشريع تنظيم مدارج التظلم تنظيمياً خاصاً، وبيان حجية القرار الصادر من كل درجة، وكيفية الطعن فيه على غرار التظلم القضائي، فيجب عندئذ التزام نصوص القانون.

والغاية من ذلك أنه في حالة وجوب استنفاد طريق التظلم الإداري قبل الطعن القضائي فإن القرار الذي يصدر من الجهة الإدارية بقبول التظلم يقوم مقام السحب أما إذا رفضته فذلك يعني تأييد قرارها الأول ورفض السحب. وفي كلتا الحالتين تكون استنفدت سلطتها ولا يكون من سبيل سوى الطعن القضائي<sup>2</sup>.

وفي بعض الحالات عند استخدام الجهة الإدارية سلطتها التقديرية في إصدار القرار فلا يجوز لها معاودة استعمال هذه السلطة لأنها تكون قد استنفدتها إلا بناء على تدخل من صاحب الشأن بتقديم تظلم أو الطعن القضائي وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها ... أن المشرع أجاز للسلطة المختصة بالتعيين تعيين العامل الذي تزيد مدة خبرته العملية عن المدة المطلوب توافرها لشغل

---

<sup>1</sup> د/ سليمان مجد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 715 .

<sup>2</sup> م/ عبده محرم - سحب القرارات الإدارية الفردية - المرجع السابق - ص 128.

الوظيفة على الأسس الواردة بالنص، وخول المشرع سلطة التعيين في هذا الصدد سلطة تقديرية، وجعل وقت استعمال هذه السلطة هو لحظة إصدار قرار التعيين بحيث تستعمل اختصاصها المقرر في الضم من عدمه وقت إصدار قرار التعيين يتضمن القرار ضم مدة الخبرة السابقة، فإذا أصدرت الجهة الإدارية قرارها بالتعيين دون حساب مدة الخبرة العملية السابقة تكون قد استنفدت ولايتها فلا يجوز لها أن تعود إليها. ما لم يتم التظلم من قرار التعيين<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2006/12/17م - الطعن رقم 2153 لسنة 44 ق - الدائرة السابعة - غير منشور.

## الفرع الثاني

### القرارات الصادرة من الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي

تعتبر هذه الجهات ذو طبيعة مزدوجة، فهي تحمل طرفاً من سمات الهيئات الإدارية، وآخر من صفات الجهات القضائية. فهي إدارية التشكيل. إذ يغلب على تشكيلها الطابع الإداري. اعتداداً بأن أكثر أعضائها من رجال الإدارة، وأقلهم من رجال القضاء. كما أنها قضائية الاختصاص. إذ إن نشاطها قضائي بحت يتمثل في الفصل في خصومة إدارية، اختصاصها القانون بها. اتباعاً لإجراءات تقاضي، تحيط الخصوم بذات الضمانات المقررة أمام جهات القضاء البحتة، وتكفل لهم سرعة البت فيها. بغلبة الاختصاص القضائي، لا بإدارية التشكيل<sup>1</sup>.

ومثل هذه الجهات كاللجان القضائية للإصلاح الزراعي. فبالرغم من أن ما يصدر منها ليست أحكام قضائية وإنما قرارات إدارية - رغم نعت المحكمة الإدارية العليا في بعض أحكامها هذه الجهات بالقضائية وإسباغ ما تصدره بوقف الأحكام - لا يجوز للجهة سحبها. وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن سلطة مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي في التصديق على قرارات اللجان القضائية - سلطة تقديرية - عدم جواز سحب قرار التصديق إلا إذا بني على غش - القرار

---

<sup>1</sup> د/ محمد باهي أبويونس - وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية - المرجع السابق - ص 78.

الساحب للتصديق في غير حالة الغش يعتبر معدوماً - اعتبار قرار اللجنة القضائية ساري المفعول - أساس ذلك.

لما كان مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي هو الجهة المختصة قانوناً بالتصديق على القرارات الصادرة من اللجان القضائية فهو مختص بسحب القرارات التي تصدر منه ولكن بشرط أن يكون هذا السحب في إطار القواعد القانونية المتقدمة دون الخروج عليها.

ومن حيث أن مجلس إدارة الهيئة حين أصدر قراره في 4 من سبتمبر سنة 1962 بالتصديق على قرار اللجنة القضائية إنما كان في صدد استعمال سلطة تقديرية له فمن ثم فإنه انزلاً للقواعد المستقرة ما كان يجوز له سحب هذا القرار إلا إذا كان ثمة غش من جانب صاحب الشأن من شأنه أن يفسد إرادة الجهة إذ الغش يفسد كل شيء .... ومن حيث أن الأمر يخلص مما تقدم جميعه أن مجلس إدارة الهيئة حين أصدر قراره بالتصديق على قرار اللجنة القضائية كان يستعمل سلطة تقديرية وكان جميع عناصر النزاع أمامه ومن ذلك ورقة الهبة سالفة الذكر فإذا ما أصدر قراره بالموافقة على قرار اللجنة القضائية وكانت جميع الأوراق تحت يده وفي مقدوره الاطلاع عليها فإنه يكون قد استعمل سلطته التقديرية كاملة ويكون قد استفد حقه وولايته في هذا المجال ولم يعد يملك بعد ذلك أن يعاود النظر في قراره إلا إذا كان ثمة غش من جانب المستفيد من القرار الأمر الذي انتفى ومن ثم فإن القرار الصادر من مجلس الإدارة بسحب قراره السابق جزئياً يكون صادراً ممن لا

ولاية له في إصداره وبالتالي فهو قرار معدوم لا يمثل أكثر من عقبة مادية فلا تلحقه الحصانة المنصوص عليها في المادة 13 مكرر المشار إليها وبالتالي يكون متعين الإلغاء وفي هذه الحالة يكون القرار المسحوب جزئياً والسابق صدوره من مجلس الإدارة في 4 من سبتمبر سنة 1963 بالتصديق على قرار اللجنة القضائية الصادر في 17 من يونيه سنة 1962م ساري المفعول بأكمله وبجميع آثاره ولا يمكن المساس به <sup>1</sup>.

إلا أنه بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر عام 2002 بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 13 مكرر "أ" من القانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي وذلك فيما تضمنته من توقف نهائية القرار الصادر في منازعات توزيع الأراضي على المنتفعين على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حيث قضت بأنه ... وكان الأصل أن المتقاضين في المنازعات التي تختص بها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي في مركز قانوني متماثل، وكانت تلك المنازعات وعلى ما سلف بيانه تتماثل من حيث طبيعتها تماثلاً قاد المشرع إلى توحيد الإجراءات أمامها وفي الطعن في قراراتها قبل إصداره

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1974/6/25م - الطعن رقم 834 لسنة 16 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة 19 - من أول أكتوبر 1973 إلى آخر سبتمبر 1974م - ص 421 وانظر في هذا الصدد حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1981/3/31م - الطعن رقم 503 لسنة 22 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة 26 - ص 826.



القانون رقم 69 لسنة 1971 بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي، وإذ اتجه المشرع في هذا القانون إلى تقرير حق الطعن مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا في القرارات الصادرة من اللجنة القضائية في شأن منازعات فحص ملكية الأراضي المستولى عليها، في حين أنه حظر ذلك في شأن القرارات الصادرة في منازعات توزيع تلك الأراضي واستوجب في نص المادة 13 مكرراً أ<sup>1</sup> المطعون عليها لإسباغ النهائية على تلك القرارات تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي، وبصرف النظر عن أنه حتى لم يحدد أجلاً لإتمام هذا التصديق، فإنه يكون بهذا التباين قد خلق تمييزاً لفئة من المتقاضين عن فئة أخرى في مجال الطعن على الأحكام بالرغم من تماثل مراكزهما القانونية واتفاق طبيعة المنازعات التي يتقاضون في شأنها، كما انطوى على إخلال بأصول القواعد

---

<sup>1</sup> وتتص الفقرة الأخيرة من المادة 13 مكرر على أن ويجوز لذوي الشأن الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة في القرارات الصادرة من اللجان القضائية في المنازعات المنصوص عليها في البند 1 من الفقرة الثالثة ويرفع الطعن بتقرير يقدم خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار وفقاً للأوضاع والشروط المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة، ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ القرار إلا إذا أمرت دائرة فحص الطعون بذلك

وتتص الفقرة الأولى من المادة 13 مكرر أ على أنه فيما عدا القرارات الصادرة من اللجان القضائية في المنازعات المنصوص عليها في البند 1 من الفقرة الثالثة من المادة السابعة لا تكون القرارات الصادرة من اللجان المنصوص عليها في المادة 13 والمادة 13 مكرراً نهائية إلا بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي وتحدد اللائحة التنفيذية الحالات التي يجب فيها استصدار قرار من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي باعتماد ما انتهت إليه أعمال اللجان المنصوص عليها في المادتين 13، 13 مكرراً .

الإجرائية لحق التقاضي وهو ما يعد إخلالاً بمبدأ المساواة في مجال حق التقاضي بما يوقع النصين المطعون عليهما في حماة مخالفة أحكام المادتين 40 و68 من الدستور وذلك في شأن ما تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة 13 مكرراً أ من قانون الإصلاح الزراعي من توقف نهائية القرار الصادر من اللجان القضائية في شأن المنازعات الخاصة بتوزيع الأراضي المستولى عليها على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي، وما اشتمل عليه نص الفقرة الأخيرة من المادة 13 مكرراً من القانون السالف من قصر حق الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا على القرارات الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها في البند 1 دون المنازعات المنصوص عليها في البند 2 من الفقرة الثالثة من ذات المادة والمتعلقة بتوزيع الأراضي على المنتفعين ...<sup>1</sup>.

وعلى ذلك أصبحت جميع القرارات الصادرة من اللجان القضائية للإصلاح الزراعي نهائية تنفذ مباشرة، بغير حاجة لتصديق أي جهة إدارية. تستنفذ تلك الجهات ولايتها وسلطتها بمجرد إصدارها مثل هذه القرارات ولا يكون لها إعادة النظر مرة أخرى في القرار ويتم الطعن على ما تصدره من قرارات أمام محاكم مجلس الدولة

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا - جلسة 2002/4/14م - القضية رقم 2 لسنة 22 ق - أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء العاشر - من أول أكتوبر 2001م حتى آخر أغسطس 2003م - القاعدة رقم 41 - ص 238.

طبقاً لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة ووفقاً لحكم المحكمة الدستورية العليا سابق الذكر.

وفيما يتعلق بمجالس التأديب فهي أيضاً تنفذ قراراتها مباشرة، بغير حاجة لتصديق أي جهة إدارية. وهو ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا حيث قالت بأن ... قضاء هذه المحكمة جرى على أن قرارات مجالس التأديب التي لم يخضعها القانون للتصديق من جهة إدارية، تعتبر قرارات نهائية، لا تسري عليها الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية. فلا يجوز التظلم منها أو سحبها. بل تستند تلك المجالس ولايتها بإصدار هذه القرارات، ويمتنع عليها سحبها أو الرجوع فيها أو تعديلها. وعلى ذلك فإن قرارات هذه المجالس أقرب في طبيعتها إلى الأحكام التأديبية منها إلى القرارات الإدارية ولا توصف بأنها قرارات نهائية لسلطة تأديبية. وعلى ذلك يجري على هذه القرارات ما يجري على الأحكام التأديبية بالنسبة للطعن فيها، ومن ثم يطعن فيها مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا<sup>1</sup>

كما قضت بعدم جواز التعقيب على قرارات مجالس التأديب هذا من ناحية، واستنفاد المجلس سلطته من ناحية أخرى. حيث تقول لا يجوز لجهة الإدارة مصدره القرار أن تلج سبيل القضاء للطعن على قرار أصدرته - السبيل إلى ذلك هو سحب

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2004/12/11م - الطعن رقم 844 لسنة 43 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الخمسون - الجزء الأول - من أول أكتوبر سنة 2004 إلى آخر مارس سنة 2005 - ص 7 .

القرار في الحدود المقررة قانوناً - لا ينطبق ذلك على القرار التأديبي الصادر من مجلس التأديب - أساس ذلك: أن الهيئة التي أصدرته تكون قد استنفدت ولايتها بشأنه بمجرد إصداره فلا تملك سحبه ولا إلغائه ولا تملك الجهة الإدارية التابع لها العامل المقدم للمحاكمة سلطة سحب القرار لأنها ليست سلطة رئاسية للهيئة المشكل منها مجلس التأديب ولا وصاية لها عليه - لا يكون لرئيس الجامعة بالنسبة لقرارات مجالس تأديب العاملين من غير أعضاء هيئة التدريس ثمة اختصاص في تعديلها أو التعقيب عليها<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1989/1/28م - الطعن رقم 3877 لسنة 31 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا - السنة الرابعة والثلاثون - الجزء الأول من أول أكتوبر سنة 1988 إلى آخر فبراير سنة 1989 - ص 488 .

## الفرع الثالث

### القرارات الصادرة في مجال الوظيفة العامة

استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا على أنه لا يجوز معاقبة العامل عن ذات الفعل أو الجريمة مرتين وذلك لأن السلطة التأديبية بتوقيعها الجزاء الأول تكون قد استنفدت ولايتها. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا عدم جواز معاقبة العامل عن الذنب الإداري مرتين - مجازاة العامل بقرار رئيس مجلس إدارة الشركة في تاريخ سابق على تولي النيابة الإدارية التحقيق في ذات المخالفة بناء على طلب النيابة العامة - لا يجوز إقامة الدعوى التأديبية ضد العامل عن ذات الواقعة التي سبق أن جوزي عنها - لا يغير من ذلك أن تكون الشركة قد قررت سحب هذا الجزاء بعد إقامة الدعوى التأديبية وقبل صدور الحكم فيها ما دامت السلطة التأديبية الرئاسية قد استنفدت سلطتها التأديبية - لا ينتج السحب أي أثر في تصحيح بطلان رفع الدعوى التأديبية الصادر فيها الحكم المطعون فيه - يجوز للعامل أن يدفع أمام المحكمة التأديبية بعدم جواز نظرها لسابقة مجازاته عن ذات المخالفة التي أحيل بشأنها للمحاكمة التأديبية - لا يسقط حق العامل في إبداء هذا الدفع أن تكون السلطة التأديبية الرئاسية قد قامت بسحب الجزاء بعد إقامة الدعوى التأديبية

وقبل صدور الحكم فيها إذ يحق له أن يوجه طعنه عندئذ ضد القرار الساحب للجزاء باعتباره غير مشروع ولا يرتب أي أثر على الدعوى التأديبية<sup>1</sup>.

وفي حكم آخر تقول إذا تضمن قرار النقل ذاته في شق منه جزاء تأديبي صريح عن جريمة تأديبية اقترفها العامل فإن السلطة التأديبية التي وقعت هذا الجزاء تكون قد استنفدت ولايتها ومن ثم فإنه لا يسوغ لذات السلطة التأديبية أو لسلطة تأديبية أخرى توقيع جزاء تأديبي عن ذات الجريمة مرة أخرى نزولاً على مقتضى الحظر المقرر بعدم جواز معاقبة العامل تأديبياً عن ذات الأفعال غير مرة واحدة ولذلك فإن الجزاء التأديبي المتكرر عن ذات الفعل لذات العامل يكون باطلاً ومنعدم الأثر سواء صدر من السلطة الرئاسية التأديبية أو من المحاكم التأديبية<sup>2</sup>.

وذكرت فيما يتعلق بقرار نقل موظف من جهة إلى أخرى حيث قضت بعدم جواز سحبه من أي من الجهتين بعد أن تم استنفاد ولايتهما قانوناً حيث تقول ... ويكون

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1991/3/26م - الطعن رقم 4563 لسنة 35 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة السادسة والثلاثون - العدد الثاني من أول مارس سنة 1991 إلى آخر سبتمبر سنة 1991 - القاعدة رقم 99 - ص 958.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2007/2/3م - الطعن رقم 789 لسنة 45 ق - الدائرة الخامسة - غير منشور.

النقل نافذاً من تاريخ اعتماد السلطة المختصة لقرار آخر لجنة ما لم ينص في القرار على تاريخ مغاير لذلك.

ومن حيث أن الثابت من الأوراق أنه بناء على طلب الطاعن تم نقله من مديرية الشئون البيطرية بالمنوفية إلى الهيئة العامة للخدمات البيطرية بالقاهرة، والمكاتبات المتبادلة ما بين الجهتين في هذا الشأن، وافقت لجنة شئون العاملين بالهيئة العامة للخدمات البيطرية بجلستها المعقودة في 12/1/1997م على نقل الطاعن إلى الهيئة بدرجته المالية، واعتمد محضرها من السلطة المختصة في ذات التاريخ. كما وافقت لجنة شئون العاملين بمديرية الطب البيطري بالمنوفية بجلستها المعقودة في 3/1/1998م على نقل الطاعن بدرجته المالية إلى الهيئة المذكورة واعتمد محضرها من السلطة المختصة في 13/1/1998م وصدر بذلك القرار رقم 133 في 8/2/1998م. وتم إخطار الهيئة المذكورة به، وعليه يكون قرار النقل نافذاً من تاريخ اعتماد محضر لجنة شئون العاملين بمديرية الطب البيطري بالمنوفية أي بتاريخ 13/1/1998م. ولا يجوز والحالة هذه لأي من اللجنتين العودة للنظر في قرار النقل بعد أن تم استنفاد ولايتهما قانوناً في ذلك. وأي قرار لاحق على ذلك لا يعتد به لوروده على غير محل.... وصدور قرار بسحب قرار النقل يكون قد صدر

بالمخالفة للقانون لصدوره بعد تحصن قرار النقل قانوناً ونفاذه واستيفائه كافة الإجراءات التي تطلبها القانون ...<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق بالتعيين في الوظائف العامة فإن الأصل في التعيين في هذه الوظائف أن تترخص بها الإدارة في تقدير حاجات العمل ووفقاً لمقتضيات وأوضاع الميزانية، وذلك ما لم يقيد القانون بنص خاص، أو ما لم تقيد هي نفسها بقواعد تنظيمية محددة، وهي تجري التعيين وفقاً لسلطتها التقديرية باعتبارها القوامة العامة على حسن سير المرافق العامة بلا تعقيب عليها، إلا في حالة الانحراف بالسلطة<sup>2</sup>. وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى غل يد جهة الإدارة عن التصرف بعد أن استنفدت سلطتها. إذ قضت بأن المادة الأولى من القانون رقم 73 لسنة 1976 بشأن منح الهيئة العامة لاستثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة حق وضع اللوائح المتعلقة بنظم العاملين بها دون التقيد بالنظم والقواعد الحكومية - المادة 11 من لائحة نظام العاملين بالهيئة العامة للاستثمارات الصادرة بقرار وزير الاقتصاد رقم 154 لسنة 1980. منح المشرع مجلس إدارة الهيئة العامة للاستثمار سلطة وضع اللوائح المنظمة لشئون العاملين بها ومرتباتهم وأجورهم والمزايا والبدلات

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/2/12م - الطعن رقم 7169 لسنة 46 ق - مشار إليه د/ محمد ماهر أبو العينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 183.

<sup>2</sup> م/ حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - المرجع السابق - ص 1554.



الخاصة بهم دون التقيد في ذلك بالقواعد والنظم المقررة بالنسبة للعاملين المدنيين بالدولة - نظمت المادة 11 المشار إليها ضوابط التعيين وتحديد الأجور والمرتبات والمزايا ومن بينها سلطة تعيين من تزيد مدة خبرته العملية عن المدة اللازمة لشغل بعض الوظائف - إذا ما أعملت جهة الإدارة سلطتها التقديرية في هذا الشأن فلا يجوز لها بعد ذلك معاودة البحث في تحديد أقدمية العامل بعد صدور قرار تعيينه - أساس ذلك: أنه بصدور قرار التعيين تكون جهة الإدارة قد استنفذت سلطتها التقديرية في التعيين وتحديد الأقدمية وذلك ضماناً لاستقرار المراكز القانونية للعاملين بها - إذا أعملت جهة الإدارة سلطتها التقديرية في هذا الشأن وجب عليها تطبيق كافة الأحكام التي وردت بها ومن بينها تحديد المرتب وبداية مربوط الدرجة التي يعين عليها العامل الذي تزيد مدة خبرته العملية المكتسبة عن المدة اللازمة لشغل الوظيفة المعين عليها وذلك بأن تضاف علاوة من علاوات الوظيفة التي يعين عليها عن كل سنة خبرة زائد وبعد أقصى نهاية مربوط هذه الوظيفة<sup>1</sup>.

نخلص من ذلك، أن الإدارة إذا أرادت التعيين لشغل وظيفة معينة، والقانون أعطى لها سلطة تقديرية في تحديد الأقدمية، ومن تزيد مدة خبرته العملية عن الحد اللازم،

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1993/12/25م - الطعن رقم 2896 لسنة 37 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة التاسعة والثلاثون - الجزء الأول من أول أكتوبر سنة 1993 إلى آخر فبراير سنة 1994 - القاعدة 45 - ص 479.

فالإدارة لا يجوز لها أن تقوم بذلك وقتما تشاء وإنما لها أن تستعمل سلطتها في تحديد الأقدمية عند صدور قرار التعيين. فإذا صدر قرار التعيين دون أن تراعي ذلك. تكون الإدارة استنفدت سلطتها التقديرية في التعيين بمجرد صدور القرار ولا يجوز لها معاودة البحث في تحديد أقدمية العامل.

ويعن التساؤل عن مدى جواز معاودة النيابة الإدارية التحقيق بعد حفظ الموضوع وإحالة الأوراق إلى الجهة الإدارية؟ قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه إذا رأت النيابة الإدارية حفظ الموضوع أحالت الأوراق إلى الجهة الإدارية - على تلك الجهة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغها بنتيجة التحقيق أن تصدر قراراً بالحفظ أو بتوقيع الجزاء ويجب على الجهة الإدارية في هذه الحالة أن تخطر النيابة الإدارية بنتيجة تصرفها في الأوراق خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدور القرار - مؤدى ذلك: أن استنفاد النيابة الإدارية ولايتها وغل يدها لا يتأتى بمجرد أن تبلغ الجهة الإدارية بنتائج التحقيقات بل يتوقف ذلك على تصرف الجهة الإدارية في التحقيق تصرفاً نهائياً بصدور قرار بالحفظ أو بتوقيع الجزاء - إذا كانت الأوراق مازالت في حوزة الجهة الإدارية ولم تتصرف فيها بعد فإن للنيابة الإدارية الحق في إعادة النظر فيما انتهت إليه من رأي سابق ولها أن تتصدى بالفحص والتحقيق لما يطرح أمامها من أوراق ومستندات لم تكن تحت نظرها أول مرة - لا يجوز لذوي الشأن التحجج بسبق حفظ النيابة الإدارية للتحقيق - أساس ذلك: أن قرار النيابة الإدارية في هذا الصدد لا يحوز أية حجية ولا يمنع النيابة

الإدارية من العدول عن قرار الحفظ وإعادة التحقيق - حق النيابة الإدارية يظل قائماً في إعادة النظر فيما أبلغت به الجهة الإدارية طالما لم يتم إخطارها بقرار تلك الجهة خلال مدة الخمسة عشر يوماً التي أوجبها النص أو بعد انتهاء هذه المدة لأن الميعاد المذكور لا يعدو أن يكون ميعاداً تنظيمياً لا يترتب على مخالفته أي بطلان<sup>1</sup>.

ويتبين مما سبق أن سلطة النيابة الإدارية في إعادة النظر فيما قرره تتوقف على ما إذا كانت الجهة الإدارية قد أخطرتها بتصرفها في التحقيق وقرارها النهائي فيما يتعلق به. فإن فعلت ذلك فإن النيابة الإدارية تستند سلطتها في إعادة التحقيق مرة أخرى، ولا يجوز لها سحب القرار، وإذا لم تخطرها الجهة الإدارية بقرارها جاز للنيابة الإدارية إعادة النظر في التحقيق.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1990/2/6م - الطعن رقم 1798 لسنة 34 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الخامسة والثلاثون - العدد الأول من أول أكتوبر سنة 1989 إلى آخر فبراير سنة 1990 - القاعدة 87 - ص 998 .

## الفصل الثاني

### إجراءات سحب القرارات الإدارية

لسحب القرار الإداري مراحل يمر بها اتخاذها، فما من قرار إلا وله طرائق تتبع وصولاً إلى غايته. ولئن كانت شروط سحب القرارات الإدارية - على تفصيلها المتقدم - يدل توافرها على أن ثمة حقاً للإدارة في اتخاذ إجراءات سحبها للقرارات الإدارية. فإن إجراءاتها، تجيء لتكمل حلقاتها، كخطى من المتوجب إتباعها قانوناً ليصح إعماله مرتباً لنتائجه وآثاره.

والقرار الصادر بالسحب يمكن أن نطلق عليه وصف الفرع باعتباره متفرعاً عن القرار الإداري، لأنه يعتبر بمثابة إصدار قرار إداري جديد، وهو وصف من أثره خضوعه لذات النسق الإجرائي لهذا الأخير. ومضيه بنفس الخطى الذي يمر بها. منذ إصداره، وحتى تمامه وترتيبه لآثاره ونتائجه.

بيد أن تفرع قرار السحب، عن القرار الإداري، على هذا النحو، لا يخفي ما له من ذاتية إجرائية، تقتضي إثارة بطائفة من الإجراءات لها من الخصوصية، ما يضيف عليها جوانب متباينة من التميز، وهكذا نصادف في إجراءات السحب، نوعين منها: إجراءات يشاطر فيها سحب القرار غيرها من القرارات، باعتباره تبعاً لها، أو فرعاً منها. وإجراءات يستأثر بها دون القرارات الأخرى. تعكس وجه تميزها الإجرائي الذي يعتبر نتاج أحكام قضائية، دائبة التغيير، دائمة التعديل، وهذا مؤداه أن

القضاء لم يترك أمرها فيما تمايزت به، إلى الإجراءات العامة لينتظم وفقاً لها سيرها، وإنما اختصها بفيض إجرائي يتفق وطبيعتها.

في ضوء ذلك، يمكن تجزئة الحديث عن إجراءات سحب القرارات الإدارية، وفق تقسيم مرحلي لمسار صدوره. يجد مستقره في التابع المنطقي للخطى التي يسلكها، من قيام الإدارة باتخاذها قرار السحب وحتى تمامه وترتيبه لنتائجه وآثاره. وهو على هذا النحو، يجري على مرحلتين، مرحلة الحديث عن إجراءات صدور قرار السحب. ونخصها بمبحث أول. ومرحلة الكلام عن الآثار المترتبة على صدور قرار السحب. ونؤثرها بمبحث ثان.

## المبحث الأول

### إجراءات صدور قرار السحب

تعني هذه الإجراءات، لزوم أن يرد السحب في شكل يفصح عنه بياناً، أو آخر تطلب القانون أن يفرغ فيه، وأن يكون صادراً ممن يملكه، أي ذي صفة في إجرائه، وأن يرد السحب في الميعاد المقرر له. وذلك علي التفصيل التالي.

## المطلب الأول

### الشكل والإجراء في قرار السحب

تعكس صفة التبعية التي يتميز بها قرار السحب في علاقته بالقرار الإداري، الشكل الذي ينبغي أن يكون عليه عند صدوره. أي ما إذا كان مقتضي هذه التبعية أن يجئ قرار السحب مصطبغاً بشكل معين يتطلبه القانون أم يمكن أن يرد قرار السحب - تطبيقاً للقاعدة العامة - دون التقيد بصيغة أو شكل معين. فقرار السحب شأنه كشأن القرارات الإدارية، لا يفترق عنها شكلاً، ولا يغيرها إجراءً.

بيد أن هذا الأصل، وجريانه، لا يخفي أن هناك أموراً تعد مقتضيات لقرار السحب ذاته. أثارت لاسيما في الفقه والقضاء الإداري في مصر وفرنسا، جدلاً حول لزومها بالنسبة له من عدمه. حقيق أن نعرض لها، تفصيلاً لها من جهة. وبياناً لما عليه الحال في شأنها، في قضاء مجلس الدولة من جهة ثانية.

وهذه الأمور تثير عدداً من التساؤلات: هل يمكن أن تخضع قرارات السحب لنفس الشكل وذات الإجراءات التي أتى بها القرار المسحوب وهو ما يعرف بقاعدة تقابل الأشكال؟ ومن ناحية أخرى ما هو الشكل الذي يمكن أن يرد عليه قرار السحب أو بعبارة أخرى ما هي الصور التي يمكن أن يأتي عليها قرار السحب؟ وأخيراً ما مدى اشتراط التسبب كشرط شكلي في قرار السحب؟ لنرى تفصيل ذلك تباعاً.

## الفرع الأول

### قاعدة تقابل الأشكال وقرار السحب

هذه القاعدة تتطلب توافر أمرين: الأول قاعدة تقابل الاختصاصات على نحو ما يرد حديثه لاحقاً. والآخر قاعدة تقابل الأشكال والإجراءات. ويقصد بالشكل في القرار الإداري المظهر الخارجي للقرار الذي يعبر عن إرادة الإدارة، أما الإجراءات فيقصد بها مجموعة الخطوات التي تقوم بها الإدارة تمهيداً لاتخاذ القرار الإداري، ومن ثم نعني بقاعدة تقابل أو توازي الشكل والإجراءات أن القرار الصادر بسحب أو إلغاء أو تعديل قرار سابق يجب أن يراعى فيه ذات الشكل والإجراءات التي اتبعت في القرار الأول.

وذهب بعض الفقه<sup>1</sup> إلى القول أن قاعدة توازي الأشكال صريحة تجاه الشق الأول توازي الاختصاص أما الشق الثاني والمتعلق بتوازي الشكل فإنه لا يراعى في كل الأحوال. وتدليلاً على ذلك قالت المحكمة الإدارية العليا أن ومن حيث أن قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست - كأصل عام - هدفاً في ذاتها، أو طقوساً لا مندوحة من إتباعها تحت جزاء البطلان الحتمي وإنما هي إجراءات سداها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء يفرق فيها بين الشكليات الجوهرية التي تنال من تلك المصلحة، ويقدر إغفالها في سلامة القرار وصحته، وغيرها من

---

<sup>1</sup> د/ ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 115 .



الشكليات الثانوية وعليه لا يبطل القرار الإداري لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان لدى إغفال الإجراء، أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته، يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عنى القانون بتأمينها، ومن ثم بطلان القرار بحسب مقصود الشارع منه. أما إذا كان الإغفال متداركاً من سبيل آخر. دون مساس بمضمون القرار الإداري وسلامته موضوعياً وضمانات ذوي الشأن واعتبارات المصلحة العامة الكامنة فيه، فإن الإجراء الذي جرى إغفاله لا يستوي إجراء جوهرياً يستتبع بطلاناً<sup>1</sup>.

يتبين من ذلك أن الإدارة سلطتها غير مقيدة في سحبها للقرار الإداري باتباع نفس الإجراءات التي اتبعتها عند إصداره إلا إذا ألزمها القانون بذلك، أو كان إغفالها لهذا الإجراء يفضي إلى الإخلال بمصلحة عنى القانون بتأمينها.

كما قضت بأن القرار المكتوب لا يلغيه إلا قرار مكتوب أيضاً بقولها ... الأمر الإداري لا يلغيه إلا أمر إداري آخر بنفس أداة الأمر الأول وهي الكتابة<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1979/5/12م - الطعن رقم 571 لسنة 24 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً 1980/1965م - ص 2043 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1965/4/24م - الطعن رقم 1267 لسنة 7 ق - السنة 10 - ص 1094 .

وفي حكم حديث ذكرت فيه المحكمة الإدارية العليا أن لجهة الإدارة أن تعدل عن قرارها بسحبه إذا كان قد شابه عوار، أو بإصدار قرار مضاد إذا قامت دواع تبرر ذلك - يجب أن تتوازي الأشكال القانونية في كل من القرار والقرار المضاد وإلا كان حرياً بالإلغاء<sup>1</sup>.

ويؤيد بعض الفقه<sup>2</sup> الالتزام بقاعدة تقابل الأشكال كشرط لسحب القرار على الرغم من اعترافه بأن هذه القاعدة ليس من اللازم توافرها إلا عند إصدار القرار المضاد. وسحب التصرف الإداري ليس من هذا القبيل!.

وفي فرنسا أكد مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه على ضرورة احترام هذه القاعدة ومن ثم يجب اتباع الشكل والإجراء عند إصدار قرار الرجوع تماماً كما

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2001/3/31م - الطعن رقم 1620 لسنة 43 ق - المجموعة الأولى 2000-2001 - الجزء الأول - المبدأ 93 - ص 646 .

حيث قضت المحكمة أنه لما كان إنشاء القرى وتحديد نطاقها وتغيير اسمها وإلغاؤها يكون بقرار من المحافظ، بناء على اقتراح للمركز المختص، وموافقة المجلس الشعبي المحلي للمحافظة، فإن العدول عن هذا القرار يوجب اتباع الشكليات التي اتبعت عند إصدار القرار الأول، إعمالاً لقاعدة وجوب توازي الأشكال القانونية في كل من القرار والقرار المضاد - إذا صدر قرار عن المحافظ بجعل إحدى العزب قرية، ودخل هذا القرار حيز التنفيذ، فإن صدور قرار بالعدول عن القرار الأول مع خلو الأوراق من سبب مسوغ للعدول عنه تقتضيه المصلحة العامة، ودون اتباع الشكليات التي اتبعت عند إصدار الأول، من شأنه القضاء بإلغاء هذا القرار .

<sup>2</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 123 .

تطلب ذلك عند إصداره<sup>1</sup>. كما قضي بأن سحب القرار المخالف للقانون يتعين أن يصدر بنفس الشكل الذي صدر به القرار المسحوب<sup>2</sup>.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي ذهب في أحكام أخرى إلى عدم التقيد بنفس الشروط الشكلية عند إصدار قرار السحب التي تحكم القرار المطلوب سحبه مكتفياً في ذلك بأن تفصح السلطة المختصة بطريقة واضحة دون لبس عن إرادتها في سحب القرار الإداري حيث جاء في الحكم أن القرار الذي تقوم بمقتضاه الإدارة بسحب القرار السابق لها لا يعتبر قراراً مضاداً لهذا القرار، ومن ثم فلا يطبق عليه قاعدة الإجراء الموازي، فلا تخضع الإدارة في سحبها لهذا القرار لنفس الإجراءات التي قد يستلزمها القانون في إصداره<sup>3</sup>. وفي حكم آخر قضي بأن السلطة المختصة بإصدار قرار السحب ليست ملزمة باحترام الأشكال والإجراءات المتبعة وقت إصدار القرار المسحوب<sup>4</sup>.

وبإنعام النظر في أحكام مجلس الدولة الفرنسي نجد أنه استقر على أن جهة الإدارة عند سحبها للقرارات المعيبة تكون غير ملتزمة بمراعاة نفس الأشكال والإجراءات

---

<sup>1</sup> C.E. 19/5/1948 Semal, R.D.P, 1948, P488 .

<sup>2</sup> C.E. 29/11/1968, Ferray, P608.

<sup>3</sup> C.E. 28/3/1968, Société du Lotissement de la plage de Pampelonne, P112 .

<sup>4</sup> C.E 25/4/1958, Société laboratoires Geigy, Rec, P236.

التي اتبعت عند إصدار القرار المسحوب، وأن الأحكام التي تتطلب مراعاة الأشكال والإجراءات السائدة وقت إصدار القرار المسحوب، إنما تتطلب ذلك نزولاً على ما قضى به القانون أو اللائحة في هذا الخصوص، ويترتب على مخالفتها أو إغفالها بطلان القرار<sup>1</sup>.

وقد يحلو للبعض أن يتساءل عما إذا كان القرار المسحوب لم يراعى عند إصداره الشكل أو الإجراء الواجب اتباعه أي معيباً في شكله أو إجرائه، فهل القرار الساحب يجب أن يراعى هذه الشكل أو الإجراء الواجب اتباعه عند سحبه لهذا القرار؟ مثال ذلك أن يصدر محافظ قراراً إدارياً دون أخذ رأي المجلس المحلي، في حالة من الأحوال، التي يتطلب أخذ رأيه فيها، فهل يستلزم سحب المحافظ لهذا القرار المعيب أن يأخذ رأي المجلس المحلي؟ يرى الباحث بعدم الحاجة لأخذ رأي المجلس المحلي عند سحب هذا القرار المعيب فالمحافظ لم يأخذ رأي المجلس المحلي عند الإصدار فالحال كذلك يكون عند السحب<sup>2</sup>.

صفوة القول إذن، ان هذه القاعدة تعتبر بمثابة قيد على الإدارة في مواجهة تصرفاتها وإعمالها يحول دون إصدار الإدارة لقرارات متسرعة وارتجالية مما ينعكس إيجاباً على حسن أداء المرفق لأعماله. كما تعتبر ضماناً للأفراد في أن القرارات

---

<sup>1</sup> د/ حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 436 .

<sup>2</sup> وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي. C.E. 23/10/1970, Peenaert, P615.

الصادرة لصالحهم لن يكون من اليسير سحبها، غير أن هذه القاعدة تثير بعض المشكلات عند تطبيقها وهو ما دفع القضاء في بعض أحكامه إلى اتباع سياسة مرنة بشأنها وعدم طلبها في قرار السحب. كما ذهب البعض<sup>1</sup> وبحق إلى أن هذه القاعدة إذا تم إعمالها في حالة إفصاح الإدارة صراحة عن إرادتها في الرجوع، فمن الصعب أن تجد مجالها للتطبيق في حالة الرجوع الضمني، ذلك أنه كما يجوز الرجوع في القرار صراحة فإنه يجوز الرجوع فيه ضمناً . ويضيف البعض الآخر<sup>2</sup> أن قاعدة تقابل الشكليات هي قاعدة ليس من اللازم توافرها إلا عند إصدار القرار المضاد، وسحب التصرف الإداري ليس من هذا القبيل أو أنه لا يشترط للسحب أن يصدر بنفس الشروط الشكلية التي تحكم القرار المطلوب سحبه، اكتفاءً بأن تفصح السلطة المختصة بطريقة واضحة دون لبس عن إرادتها في سحب القرار الإداري.

ويرى الباحث ضرورة اتباع قاعدة تقابل الأشكال عند سحب الإدارة لقراراتها عند نص القانون على ذلك، غير ذلك يكون التزام الإدارة بهذه القاعدة حسب كل حالة على حدة فإذا كان الإجراء جوهري أو توجد اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة

---

<sup>1</sup> د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 789 .

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 436 .

ففي هذه الحالة يجب على الإدارة التقييد بهذه القاعدة عند سحبها للقرار وتخضع الإدارة في ذلك لرقابة القضاء.

## الفرع الثاني صور قرار السحب

قرار السحب، وفق المحل الذي يرد عليه، قد يكون كلياً، يستغرق القرار المسحوب جميعه. وقد يكون جزئياً، يتعلق ببعض مما ورد فيه. حال يكون قابلاً للتجزئة، ومن حيث الشكل الذي يمكن أن يرد عليه، قد يكون صريحاً وقد يجئ ضمناً وذلك على النحو الآتي.

### أولاً: السحب الكلي والجزئي

إذا سحبت الإدارة القرار الصادر منها سحباً كلياً، في هذه الحالة يصبح القرار المسحوب وكأنه لم يكن، أما في حالة سحبها للقرار سحباً جزئياً، يظل بموجب ذلك القرار المسحوب قائماً في بعض أجزائه التي لم يتناولها السحب<sup>1</sup>. أي يكون مقصوراً على بعضها مع الإبقاء على ما عداها إذا كان القرار قابل للتجزئة ويتشابه بذلك قرار السحب مع الإلغاء القضائي الذي قد يكون كلياً<sup>2</sup> أو جزئياً<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1965/4/18م - الطعن رقم 1714 لسنة 7 ق - السنة 10 - ص 1080 - وجلسة 1960/11/12م - الطعن رقم 534 لسنة 5 ق - السنة 6 - ص 95.

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1979/11/29م - القضية رقم 913 لسنة 28 ق - السنة 34 - غير منشور.

وقد فرق مجلس الدولة الفرنسي بين السحب الكلي والسحب الجزئي أو تعديل القرار، وفق معيار موضوعي. مؤداه إن التعديل أو السحب الجزئي بمثابة إصلاح للقرار في أحد جوانبه، لاسيما حال ينصب على أحد عناصر القرار، أو بعض من موضوعه، حين يقبل التجزئة. دون أن ينال منه كاملاً. أو بمعنى آخر أنه إعادة لنفس معني القرار الأول باستثناء ما ورد عليه من تغيير<sup>2</sup>. إذن لا يمكن اعتباره سحباً كلياً للقرار، ولا إلغاء له جميعاً<sup>3</sup>.

وعليه، يقتصر أثر السحب الجزئي على جزء من القرار مع الإبقاء على بقية الأجزاء الأخرى صحيحة مرتبة لآثارها، ويكون ذلك بسحب الجزء المشوب بعدم

---

<sup>1</sup> فتوى رقم 270 - جلسة 1963/11/17 - مجموعة أبو شادي - الفتوى والتشريع - الجزء 3 - ص 2171

وانظر أيضا الفتوى رقم 285 - جلسة 1963/3/16م - مجموعة أبوشادي - الفتوى والتشريع - الجزء 3 - ص 2205 حيث جاء فيها ... كما أن الإلغاء القضائي يختلف مداه بحسب الأحوال، فقد يكون شاملاً لجميع أجزاء القرار وهذا هو الإلغاء الكامل، وقد يقتصر على جزء من القرار دون باقيه. وهذا هو الإلغاء الجزئي، فإن السحب الإداري شأنه في ذلك شأن الإلغاء القضائي يختلف مداه بحسب الأحوال وقد يكون كلياً شاملاً لجميع محتويات القرار وآثاره، وقد يكون جزئياً مقصوداً على بعضها مع الإبقاء على البعض الآخر حسبما تتجه نية الإدارة فعلاً، ومتى تكشف هذه النية للمحكمة وجب بمقتضاها تحديد مدى السحب وإنزال أثره القانوني .

<sup>2</sup> C.E, 6/3/2002 Mme. Besmbes et autres. A.J. 2002, P802, note. Crouzatier-Durand .

<sup>3</sup>Crouzaner-Durand F : note sous C.E 6/3/2002 Mme. Besmbes et autres. A.J. 2002.P804



المشروعية - في حالة كان القرار قابلاً للتجزئة - من قرارها حتى لا يطعن في قرارها بالإلغاء أمام القضاء وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري حيث تقول ... إذا صدر القرار مخالفاً للقانون، ... وإذا تداركت الجهة الإدارية ما شاب قرارها الأول من عيوب فقامت بسحبه جزئياً .. ومن ثم تكون بمنأى عن الإلغاء<sup>1</sup>. كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه إذا ثبت أن الإدارة قد أصدرت قرارها بالترقية على النحو الخاطيء، فإن تصويب هذا القرار يقتضي رد الأمور إلى موضعها الصحيح فيه بأن استجابت إلى ترقية المدعي دون إرجاعها إلى تاريخ الحركة الأولى، فإنها قد تكون قد سحبه جزئياً، فيتعين والحالة هذه تصويب الوضع بإرجاع أقدمية المدعي إلى تاريخ تلك الحركة<sup>2</sup>.

يتبين من ذلك أن السحب الجزئي شأنه في ذلك شأن السحب الكلي يكون بأثر رجعي وإعادة الأوضاع لما كانت عليه قبل صدور القرار المسحوب.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1978/2/7م - القضية رقم 103 لسنة 31 ق - السنة 32 - غير منشور .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1960/11/12م - الطعن رقم 354 لسنة 5 ق - السنة 15 ق - ص 95 .

ويذهب بعض الفقه<sup>1</sup> إلى أنه في حالة السحب الجزئي يظل الجزء السليم بنفس القرار صحيحاً بعد إسقاط الجزء المعيب مما يبقى على الطبيعة القانونية للقرار دون تغيير، أما إذا أثر السحب على مضمون القرار، فإن السحب يغدو غير مشروع. ويقول البعض الآخر<sup>2</sup> إن السلطة مصدرة القرار لا تتمتع بسلطة تقديرية كاملة في شأن سحب قراراتها الإدارية وبالتالي فهي لا تتمتع بهذه السلطة وقت إجراء السحب الجزئي، فإذا تجاوزت الإدارة سلطتها - كأن أثر السحب الجزئي علي مضمون القرار - عد قرارها مشوباً بعيب المخالفة القانونية .

### ثانياً: السحب الصريح والضمني

لا بد أن يكون السحب صريحاً منصرفاً بيقين إلى صحيح إرادة الإدارة لإحداث أثر معين. ويرى بعض الفقه<sup>3</sup> بوجوب ورود السحب بعبارات قاطعات عليه أي أن قرار السحب يجب أن ينص علي السحب صراحة، فلا يكفي مثلاً مجرد إصدار قرار مستوفي كل الإجراءات الشكلية للقول بأنه سحب للقرار الذي لم يكن مستوفياً

---

<sup>1</sup> د/ رمزي طه الشاعر - تدرج البطلان في القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 412 وما بعدها .

<sup>2</sup> Michel - Pierre Corbel: l'annulation partielle des actes administratifs, A.J.D.A, 1972, P143 .

<sup>3</sup> د/ عثمان خليل - القانون الإداري الكتاب الثاني مجلس الدولة - دون ذكر دار النشر - 1950م - الطبعة 2 - ص 184.

هذه الإجراءات. غير أن إصدار الإدارة لقرار معين بعد أن كانت قد رفضت إصداره ضمناً يعتبر سحباً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. الذي تطلب في حالات أخرى ضرورة أن تعبر الإدارة عن إرادتها صراحة نحو سحب القرار<sup>1</sup>. كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في حالات أخرى بضرورة إصدار الإدارة صراحة قرار إداري آخر بعد سحبها لإحدى القرارات فقضى بأن سحب الجهة الإدارية لقرار رفض منح رخصة بالبناء لا يجعل مقدم التظلم أو الالتماس حائزاً لرخصة بناء ضمنية. بل يجب أن تصدر الجهة الإدارية قراراً مرة أخرى في الطلب<sup>2</sup>.

والباحث من جانبه يرى أنه لا يعني قرار السحب الصريح أكثر مما يعنيه التعبير عن رغبة الإدارة صراحة في سحبها لقرارها المعيب. وليس بلازم أن ترد عباراته في صياغات مشتقة من لفظ السحب أو الرجوع . وإنما يغني عنها أي لفظ يفيد صراحة. كأن تصدر الإدارة قراراً بتسكين شخص على الدرجة التي كان يطالب بها، أو تمنح الترخيص لشخص بعد أن كانت قد أصدرت قرارها برفض منحه. وليس ثمة طريق ألزم المشرع به الإدارة، ليجري السحب صراحة، إذ كل الطرق منتجة في ثبوته. طالما كان ورودها عن الإدارة، مقطوعاً في صحته.

---

<sup>1</sup> C.E 3/3/1950, Commune de corps, Gaz pala, 1974, P46.

<sup>2</sup>C.E 5 février 2020, N° 426160 .

بيد أنه لا يخل به أن يجئ ضمناً، طالما أفصح الموقف الذي اتخذته الإدارة. عن حقيقة رغبتها في حدوثه. فهو يتحقق من خلال إصدار الإدارة قراراً لا يستقيم معه القول إلا أنه سحب للقرار غير المشروع.

وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن نوعي السحب بقولها من المقرر قانوناً، أنه ليس شرطاً كي تسحب الإدارة قراراً لها غير مشروع أن يكون السحب صريحاً، وإنما يكفي أن يكون ضمناً بأن تتخذ الإدارة قراراً لا يقوم إلا على أساس الرجوع في القرار غير المشروع وسحبه وأن السحب الضمني له نفس الآثار القانونية للسحب الصريح مادام قد تم وأجرى خلال المدة القانونية للسحب من الوزير مصدر القرار المستهدف سحبه<sup>1</sup>.

ويرى الباحث أن السحب الضمني يستنبط من فعل أئته الإدارة كإصدارها قرار يقطع في دلالاته على أكيد رغبتها في سحب القرار غير المشروع ويكشف ذلك عن أن قوام السحب الضمني أمران: أولهما مادي: مفاده الفعل الصادر عن الإدارة بإصدارها قرار. أي أنه طرف من سلوك يتصف بالإيجابية. وهكذا يغير السحب الضمني نظيره المفترض في أنه لا يستشف من موقف سلبي للإدارة. وعلى ذلك لا يمكن اعتبار السكوت سحياً للقرار. فهو موقف سلبي، لا ينم عن شيء، ولا يمكن

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1973/12/16م - الطعن رقم 649 لسنة 15 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2074 .

أن ينسب لصاحبه قول جرياً على الأصل أنه لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في مقام الحاجة بيان. بل إن غلبة الظن الذي ينعت بها السكوت، تتنافى مع ما يتطلب في قرار السحب، من حيث قطعية دلالاته عليه. فالسحب لا مجال فيه لإعمال الظن، ولا تعويل فيه على الحدس. لذا لا بد من أن يعبر عنه بموقف له من المظاهر المادية ما فيه جزم على دلالاته عليه. وعليه فإن سكوت الإدارة، لا يعني سحبها للقرار. إذ أن السكوت في هذا المقام لا يعد تصرفاً يعتد به، ولا يرتب تبعاً أثراً. ومن ثم يكون القرار الإداري صحيحاً نافذاً ولذني الشأن أن يطالبوا بكافة المزايا المترتبة عليه.

وأما الآخر معنوي. مفاده لزوم انصراف قصد الإدارة بقرارها الصادر إلى سحب القرار الآخر. ومثال السحب الضمني ما قرره محكمة القضاء الإداري بشأن إعادة مصلحة السكك الحديدية تعيين موظف - بعد أن أصبح غير لائق لوظيفته الأولى طبياً - في وظيفة أخرى، واجباتها أخف، وتتفق وحالته الصحية الجديدة، فقضت أن ذلك .... يعتبر بمثابة سحب لقرار فصله، ولا يعتبر تعييناً جديداً، ومن ثم يتعين اعتبار مدة خدمته متصلة ...<sup>1</sup>. كما قضت ... أن تأشير الوزير على التظلم المقدم من صاحب المصنع بإعادة عرض الموضوع على لجنة الهدم لبحثه على ضوء الشكوى المقدمة يعتبر عدولاً منه عن القرار الأول، وسحباً له ...<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1957/4/29م - السنة 11 - ص 409 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - 1958/10/28م - السنتان 12 و 13 - ص 146 .

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن القرار الصادر من مجلس الجامعة بالموافقة علي تعيين أستاذ مساعد بعد سبق صدور قرار منه بالرفض يحمل في طياته إفصاحاً عن نية المجلس في سحب قراره الأول واعتباره كأن لم يكن<sup>1</sup>.

نخلص مما سبق، أن السحب قد يكون صريحاً أو ضمناً وأنهم على السواء من حيث الآثار المترتبة عليهم من سحب القرار وإهدار آثاره بأثر رجعي .

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1972/12/30م - الطعن رقم 228 لسنة 15 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 1 - ص 824 .

## الفرع الثالث

### التسبب وقرار السحب

الأصل في القرار الإداري أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها. غير أن هذا الأصل يحتجب أحياناً بإمكان الخروج عليه بنص المشرع على وجوب تسبب الإدارة لقراراتها<sup>1</sup>. مما يفضي إلى الزام الإدارة بالإفصاح عن العناصر القانونية والواقعية التي استندت إليها عند اتخاذ القرار الإداري. ويجب أن يكون التسبب كافياً ومنتجاً في فهم النتيجة التي انتهى إليها القرار، وفي انزال حكم القانون على مقتضى هذه النتيجة<sup>2</sup>.

وهذا التسبب كما قد يتطلبه القانون وينص عليه، قد يكون قضائياً يستلزمه القضاء<sup>3</sup>، وقد يأتي تلقائياً تقوم به الإدارة ذاتها بأن تطلع أصحاب الشأن المخاطبين بالقرار الإداري عليه، غير أنه إذا لم تفصح جهة الإدارة عن السبب فيفترض أن قرارها قائم على سبب صحيح<sup>4</sup>. واستدلالاً على ذلك تقول المحكمة

---

<sup>1</sup> من ذلك ما ورد في قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م بالمادة 24 منه من أن الإدارة ملزمة في حالة رفض التظلمات التي يقدمها الأفراد أن يكون قرار الرفض مسبباً

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1954/2/17م - القضية رقم 1736 لسنة 6 ق - السنة 8 ق - ص 726 .

<sup>3</sup> G. Vedel : Droit administratif, P.U.F. Paris, 1968, P464 .

<sup>4</sup> د/ أشرف عبدالفتاح أبوالمجد - تسبب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء - الإسكندرية - منشأة المعارف - 2007م - ص 97 .

الإدارية العليا أنه في الحالات التي لا يشترط في القانون وجوب قيام سبب أو أسباب معينة لإصدار القرار يكون للإدارة الحرية في اختيار السبب الذي تراه صالحاً لبناء قرارها. فعدم إعلان جهة الإدارة عن سبب إصدار قرار معين لعدم وجود نص يلزمها بذلك، افتراض أن القرار قام على سببه الصحيح ما لم يثبت من يدعي العكس أنه مشوب بعيب تجاوز السلطة<sup>1</sup>. وفي حالة أن نص القانون على وجوب التسبب كما في حالة رفض الترخيص بحمل السلاح تقول المحكمة الإدارية العليا ... بضرورة أن يكون رفض الترخيص أو سحبه أو إلغائه مسبباً، ولا ريب أن هذا التسبب يشكل ضماناً أساسية لصاحب الشأن حيث يؤدي تخلف تسبب القرار الصادر في هذا الشأن أو عدم صحته إلى النيل من مشروعية القرار واستدعاء الرقابة القضائية<sup>2</sup>. وتقول أيضاً إن جهة الإدارة غير ملزمة بتسبب

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1978/2/11م - الطعن رقم 133 لسنة 23 ق - السنة 23 - المبدأ 75 ، وانظر أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري الدائرة الاستئنافية - جلسة 1973/5/21م - الطعن رقم 303 لسنة 1 ق - السنة 3 ق - غير منشور - وهذا الطعن مقام من وزارة الداخلية ضد أحد الأشخاص .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2005/9/25م - الطعن رقم 8676 لسنة 46 ق - مجموعة المبادئ والأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنتي 2007/2005 - م/ أمير فرج يوسف - الإسكندرية - مكتبة الوفاء القانونية - ص 244 . وانظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/1/18م - الطعن رقم 1834 لسنة 42 ق - موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 1955 حتى عام 2010م - الجزء 9 - ص 5205.



قرارها ولكن إذا أبدت أسبابها فتكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتأكد من مدى مطابقتها للقانون وصحة القرار تتحدد بالأسباب التي قام عليها ومدى سلامتها<sup>1</sup>.

والتسبب وفق هذا التصوير يتمايز عن السبب وتتنوع مواطن الافتراق، وتتباين الحدود الفاصلة بينهما. فتسبب القرار الإداري وفق تعريف المحكمة الإدارية العليا بأنه مجرد إفراغ السبب الذي يبرر القرار في شكل مكتوب، فالسبب ينتمي لموضوع القرار ذاته أما التسبب فهو يتعلق بالمظهر الخارجي له<sup>2</sup> فالتسبب يعد مجرد إجراء شكلي والسبب هو أحد عناصر صحة القرار الإداري فهو الحالة القانونية والواقعية التي تبرر القرار الإداري وتؤدي به إلى تحقيق غرضه أما التسبب هو الإفصاح عن الأسباب القانونية والواقعية التي استند إليها القرار، سواء كان التسبب واجباً قانوناً أو بناء على تظلم أو ذكرته الإدارة تلقائياً<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2013/1/26م - الطعن رقم 12166 لسنة 51 ق - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد 3 - لسنة 2013م - ص 160 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1990/11/10م - مشار إليه ا/ رفعت عيد السيد - القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة - القاهرة - دار النهضة العربية - 2006م - ص 176 .

<sup>3</sup> ا/ أحمد برجس غرو - مدى اطلاق حرية الإدارة بالرجوع في قراراتها دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - 2018م - ص 102، د/ علاء إبراهيم محمود - حماية الحقوق المكتسبة الناشئة عن القرار الإداري دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص

فالسبب يعتبر ركن أساسي من أركان القرار الإداري، ولا بد أن يستند أي قرار إداري إلى سبب قانوني بالشروط التي حددها المشرع، أما إذا لم يفرض المشرع على الإدارة سبباً بعينه، فلها سلطة تقديرية في اختيار السبب، ويجب أن يكون مشروعاً في كل الأحوال، وغياب السبب يجعل القرار الإداري باطلاً<sup>1</sup>. أما التسبب تقول المحكمة الإدارية العليا انه ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها، فيفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سبب صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه، إلا إنه إذا أفصحت جهة الإدارة عن سبب قرارها، أو كان القانون يلزمها بتسببيه، فإن ما تبديه منه يكون خاضعاً لرقابة القضاء الإداري<sup>2</sup>. كما قضت بأنه إن المستقر في قضاء هذه المحكمة أن جهة الإدارة إن أوردت سبباً لقرارها فإن هذا السبب يخضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق مما إذا كان يصح أن يكون سبباً مقبولاً لإصدار القرار محل المنازعة من عدمه<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ رضا عبدالله حجازي - الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 2011م - ص 14 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1990/11/10م - الطعن رقم 1150 لسنة 36 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء 35 - ص 922 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2007/3/17م - الطعن رقم 11684 لسنة 46 ق - موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 1955 حتى عام 2010م - الجزء 9 - ص 5029 .

فالسبب هو أساس القرار الإداري وعنصر من عناصر الرقابة عليه، أما التسبب فهو أساس الرقابة على القرار وعنصر في القرار، إذ يجب أن يستند القرار الإداري إلى سبب صحيح أو أكثر سواء كان التسبب لازماً أم لا<sup>1</sup>.

هذا كان ما عليه الحال في مصر أما في فرنسا فالوضع تغير بصدور قانون رقم 587 لسنة 1979م المعدل بالقانون رقم 76 لسنة 1986م بشأن تقرير التسبب الوجوبي حيث أن الإدارة بموجب هذا القانون ملتزمة بتسبب قراراتها<sup>2</sup>.

أما فيما يتعلق بقرار السحب، من الفقهاء من صح عنه<sup>3</sup> أنه إذا نص القانون على أسباب معينة لإجراء السحب أو نص القرار على أسباب السحب، ففي هذه الحالة يكون السبب جزءاً وأمراً لازماً لوجوده وصحته، ومخالفة هذه الأسباب تعتبر مخالفة للقانون، بل إنه حتى إذا لم تسبب الإدارة قرار السحب، فللمحكمة مراقبة هذه الأسباب لأنها في الواقع إنما تراقب تطبيق القانون. أما إذا لم ينص القانون أو القرار على أسباب معينة تجيز السحب فالإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها، فإذا لم

---

<sup>1</sup> د/ أشرف عبدالفتاح أبوالمجد - تسبب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء - المرجع السابق - ص 99 .

<sup>2</sup> غير أن المشرع الفرنسي قرر بعض الاستثناءات التي يكون بموجبها للإدارة أن تصدر قراراتها دون تسبب منها مقتضيات السرية وفقاً لنص المادة 4 من القانون المذكور وحالة الاستعجال المطلق من قبل الإدارة وكذلك في القرارات الضمنية.

<sup>3</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 106 وما بعدها .

تسبب الإدارة قرار السحب فلا رقابة للمحكمة على ملاءمة إصدارها هذا القرار، بل إن الإدارة تستقل بوزن قرارات السحب وتقدير ملاءمة إصدارها بما لا معقب عليها، اللهم إلا إذا تمكن صاحب الشأن من إثبات تعسف الإدارة<sup>1</sup>. أما إذا سببت الإدارة قرار السحب، فالقضاء يراقب مشروعية الأسباب التي دعت إلى سحب القرار الإداري.

ومن الفقهاء<sup>2</sup> من ذهب مخالفا لما ارتآه أنصار الرأي الأول بمقولة إن الإدارة ملزمة في سحب قراراتها غير المشروعة ببيان الأسباب التي دفعت بها إلى إجراء السحب وهذا يتفق والمنطق القانوني. ومقتضي ذلك ان الإدارة بتدخلها لسحب القرار المخالف للقانون. أساس ذلك واجب قانوني وليس مجرد اختصاص اختياري، وفي ضوء هذا الالتزام الذي مناطه تحقيق مبدأ المشروعية، فإن الإدارة ملزمة ببيان الأسباب التي حدت بها إلى سحب قرارها المعيب. ومن جهة أخرى فإن القاعدة في الفقه والقضاء الإداري أن سلطة الإدارة في سحب قراراتها المعيبة سلطة مقيدة وليست سلطة تقديرية، وأن مقتضى السلطة التقديرية أن يكون لجهة الإدارة في المسألة المعروضة عدة حلول، كل منها قانوني، ويكون لها أن تختار من بين هذه

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1950/6/15م - القضية رقم 21 لسنة 4 ق - السنة 4 - ص 904 .

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 448

الحلول الحل الذي تراه أكثر ملاءمة لتحقيق المصلحة العامة. فقرارات السحب لا تتدرج في هذا الاطار، وبالتالي لا تثار في هذه المحال مسألة الملاءمة، بل إن سلطة الإدارة في هذا النطاق مقيدة، وأن الإدارة ملزمة بتنفيذ ما يوجبه القانون.

ويذهب البعض الآخر<sup>1</sup> إلى التوسع في التسبب بالزام الإدارة بتسبب قرار السحب في كل حالة على حدة حتى إذا لم ينص القانون على ذلك.

وهذا الرأي الأخير هو ما يؤيده الباحث وذلك لأنه إن غاب التسبب استحالته الرقابة، لذا فإن أهمية التسبب تكمن في اعتباره، ممكن لرقابة القضاء على قرار السحب. إضافة لما يمليه من ضمانة جوهرية للأفراد. ويبدو أن هذه الأهمية لم تكن ماثلة في أذهان من ذهب إلى أن قرار السحب لا يسبب إلا إذا نص القانون على ذلك. عملاً بمنطق السوية بينه وبين غيره من القرارات الإدارية. فلا محل للتعلة بعدم تطلبه المشرع نصياً، فهو منطق غير شديد. فالتسبب يجسد الاعتبارات التي أفضت بالإدارة إلى الانتهاء إلى سحب قراراتها. ويظهر ما إذا كان استخلاصها لهذه الاعتبارات سائغاً موافقاً لصحيح القانون من عدمه. ومن ثم ينبغي اتباعه، طالما لم يمنعه نص قانوني.

---

<sup>1</sup> د/ عادل سيد فهميم - القوة التنفيذية للقرار الإداري - دون ذكر لدار النشر - 1964م - ص

اقتضت أهمية التسبب في قرار السحب، إلى أن المشرع الفرنسي أصدر قانون 1979/7/11م<sup>1</sup> الخاص بتسبب القرارات الإدارية وألزم فيه الإدارة صراحة بتسبب قرارات السحب حيث تنص المادة الأولى منه على أن الإدارة ملزمة ببيان الأسباب التي حدثت بها إلى الرجوع في القرار المنشئ لحق. ومن ثم يترتب على عدم الالتزام به تعيب القرار مما يؤدي إلى إلغائه قضائياً.

---

<sup>1</sup> لهذا القانون انظر د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 460 .

## المطلب الثاني

### الجهة المختصة بإصدار قرار السحب

بانعام النظر في قضاء مجلس الدولة يتبين ان أحكامه انتهى فيها إلى القضاء باختصاص الجهة مصدرة القرار بالقيام بسحبه أو الجهة الرئاسية لها. وهذا ما تعبر عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها من المقرر أن السلطة التي تملك سحب القرار النهائي المشوب هي الجهة التي أصدرته أو الجهة الرئاسية بالنسبة إليها<sup>1</sup>. وأكدت ذلك في حكم آخر لها وذلك في معرض حديثها عن التظلم إذ قالت ... فالمادة 24 من القانون رقم 47 لسنة 1972م قد حددت صراحة الجهة التي يتعين أن يقدم التظلم إليها وهي الجهة مصدرة القرار أو السلطة الرئاسية، وحكمة ذلك ظاهرة إذ أن هذه الجهات هي التي تملك وحدها ودون غيرها أن تعيد النظر في قرارها بالسحب أو الإلغاء أو التعديل<sup>2</sup>. وهذا محض تطبيق لقاعدة تقابل الاختصاصات التي تقتضيها قاعدة تقابل الأشكال وتعتبر جزء منها.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1968/4/8م - الطعن رقم 1230 لسنة 9 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2071 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1987/6/14م - الطعن رقم 3222 لسنة 29 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة رقم 376 - ص 1087 ، كما قضت محكمة القضاء الإداري إن الأصل العام هو قابلية القرار الإداري للسحب بقرار مماثل من نفس السلطة التي أصدرته وذلك ما لم يرد في القانون ما يحرم مصدر القرار من معاودة النظر فيه أو إلغائه ما دام لم يتحصن بانقضاء المواعيد المنصوص عليها في قانون

لما كان ذلك فهل يختلف الوضع في هذا الشأن، تبعاً لما إذا كان القرار المراد سحبه قراراً منعدياً؟

تبيان ذلك، يقتضي تقسمة هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: اختصاص الجهة مصدرة القرار بإصدار قرار السحب.

الفرع الثاني: اختصاص الجهة الرئاسية بإصدار قرار السحب.

الفرع الثالث: الاختصاص بسحب القرارات المنعديّة.

---

مجلس الدولة محكمة القضاء الإداري - جلسة 1967/4/26 - القضية رقم 3581 لسنة 19 ق  
- مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات - 1966/1969م - ص 131 وما  
بعدها.



## الفرع الأول

### اختصاص الجهة مصدرة القرار بإجراء السحب

تفضي تبعية قرار السحب للقرار الإداري المسحوب إلى أن ينعقد الاختصاص بالأول لمن اختص بإصدار الثاني. غير أن اختصاص الجهة مصدرة قرار السحب، ليس اختصاصاً نوعياً أصلياً، وإنما اختصاص نوعي تابع لاختصاصها بإصدار القرار المسحوب. باعتبار أن المختص بالأصل هو المختص بالفرع. ما لم ينص القانون على منع الجهة مصدرة القرار من سحبه أو تحديد جهة تكون مختصة بالسحب. وهذا أصل استقر عليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا<sup>1</sup> ودلالة على ذلك قضي بأنه لا يسوغ السحب إلا من ذات مصدر القرار المراد سحبه أو ممن يعلوه من السلطات المختصة ان وجد وليس من سلطة أدني<sup>2</sup>. كما يذهب بعض الفقه<sup>3</sup> إلى القول إن اختصاص الجهة مصدرة القرار بالسحب إن لم يكن

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 709 ، د/ توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - المرجع السابق - ص 705 .

Jeze G : Retrait d'un acte administratif créateur de droit, RDP, 1944, P262 Jean Apfleton: Traité élémentaire du contentieux Adm, 1927, P.104 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2003/1/11م - الطعن رقم 8208 لسنة 46 ق - موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 1955م حتى عام 2010م - الجزء 9 - ص 5178 .

<sup>3</sup> د/ عبدالفتاح حسن - القضاء الإداري قضاء الإلغاء - دون ذكر دار النشر - 1971م - ص 423 .

مقرراً بالنص، تملية قاعدة توازي الاختصاص التي تقضي بأنه عند انعدام النص تختص الجهة مصدرة القرار بالتعقيب عليه سحباً أو إلغاءً أو تعديلاً .

وهذه الجهة أو السلطة مصدرة القرار كما تملك سحب قراراتها المعيبة هي تختص كذلك بسحب قراراتها المشروعة لاعتبارات إنسانية أولى بالرعاية وما تقتضيه العدالة كما هو الحال في قرارات الفصل من الخدمة<sup>1</sup>. وفق ما سبق حديثه.

وسحب القرار قد يكون بناء على تظلم من ذي الشأن<sup>2</sup> أو من الإدارة نفسها في إطار فحصها لتصرفاتها ومدى مشروعيتها من عدمه. مما يفضي إلى سحب القرار في حال كان غير مشروع ومخالفاً للقانون وذلك في الميعاد المقرر قانوناً للسحب.

---

<sup>1</sup> د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - دون ذكر دار النشر - 2008م - ص 318 .

<sup>2</sup> وقد قضت محكمة القضاء الإداري أن الحكمة من التظلم الإداري هي إعطاء جهة الإدارة فرصة مراجعة نفسها والتثبت من شرعية تصرفها ومدى مطابقتها للقانون قبل مخاصمتها أمام القضاء حتى إذا ما رأت أن المتظلم على حق في تظلمه عدلت عن القرار المتظلم منه مما يقتضي أن يكون لجهة الإدارة مكنة العدول عن هذا القرار، تأسيساً على ذلك فإن سلطة البت في التظلم الإداري إنما تكون للجهة التي يدخل في اختصاصها سحب القرار المتظلم منه أو العدول عنه، سواء أكانت هي التي أصدرت القرار أم كانت هي الجهة الرئاسية بالنسبة للجهة التي أصدرته إذا كانت لها بحكم اختصاصها سلطة سحب القرار المتظلم منه أو العدول عنه جلسة 1967/4/26 - القضية رقم 3581 لسنة 19 ق - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات من أول أكتوبر 1966م إلى آخر سبتمبر 1969 - ص 131 .

واختصاص الجهة مصدرة القرار بإصدار قرار السحب هو مما يقتضيه حسن سير العدالة، حيث يصدرهما ذات الجهة، كما أنه من الأجدى ومن مقتضيات العدالة إتاحة الفرصة للإدارة للنظر في مشروعيتها قرارها، وذلك لكونها أكثر معرفة بالقرار وموضوعه فتكون أقدر من غيرها على إعادة فحص القرار واستجماع كافة عناصره، لتبحثه من جديد بصورة أشمل، لتصدر قرارها إما بسحبه أو تأييده أو تعديله على مقتضى بحثها في الموضوع برمته.

غير أنه توجد بعض الحالات يفرض فيها على الجهة مصدرة القرار عدم المساس بالقرار الذي أصدرته كأن ينص القانون على نهائية القرار الصادر من الجهة الإدارية مما يفضي إلى استنفاد الجهة الإدارية سلطتها بمجرد إصدار القرار ولا تملك سحبه، ولا يكون من طريق لبحث مشروعيته سوى الطعن فيه أمام القضاء<sup>1</sup>. وهذا ما تعبر عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها إذا امتنع على الإدارة إعادة النظر في القرار لاستنفاد ولايتها بإصداره أو لعدم وجود سلطة رئاسية تملك التعقيب على الجهة الإدارية التي أصدرته ..<sup>2</sup>. أو أن يكون قد تم تقديم تظلم للجهة الرئاسية للجهة مصدرة القرار وفصلت فيه فيكون بذلك خرج القرار عن نطاق سلطتها وأصبح منسوباً إلى السلطة أو الجهة الرئاسية.

---

<sup>1</sup> د/ محمد فؤاد عبدالباسط - الأعمال الإدارية القانونية - المرجع السابق - ص 857 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1957/2/15م - مشار إليه د/ محمود حلمي - سريان القرار الإداري من حيث الزمان - المرجع السابق - ص 362 .

هذا فضلاً عن أنه لا تملك سلطة دنيا أن تعقب على القرارات الصادرة من سلطة عليا<sup>1</sup>. وهذا ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري بقولها من المقرر أنه لا يجوز لسلطة دنيا أن تسحب أو تعدل قرار صادراً من سلطة عليا ...<sup>2</sup>. كما قضت بأنه لا تملك جهة إدارية دنيا تعديل أو وقف قرارات تنظيمية صادرة من جهة إدارية عليا إلا إذا أذنت لها الجهة العليا صراحة في ذلك<sup>3</sup>. ويترتب على مخالفة ذلك بطلان القرار الساحب وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي حيث سحب أحد الوزراء قراراً صادراً من رئيس الجمهورية، فطعن صاحب الشأن في قرار السحب أمام مجلس الدولة فقضي الأخير بإبطال هذا السحب، كما أنه يعتبر في هذه الحالة سحباً غير جائز امتناع السلطة الدنيا عن تنفيذ القواعد الصادرة من السلطة العليا لما في ذلك من تعديل لأحكام هذه القواعد من سلطة غير مختصة بذلك<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 710.

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1950/2/9م - القضية رقم 135 لسنة 3 ق - السنة 4 - ص 354 ، وجلسة 1947/1/21م - القضية رقم 197 لسنة 1 ق - السنة 2 - ص 52 .

<sup>3</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1947/1/21م - القضية رقم 197 لسنة 1 ق - السنة 2 - ص 250 .

<sup>4</sup> C.E, Petard, P106

د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 413 . وانظر محكمة القضاء الإداري 1949/6/2م - القضية رقم 504 لسنة 2 ق - السنة الثانية - ص 902

وتجدر الإشارة إلى أن تقنين السحب والالغاء الفرنسي الجديد عند تحديده للسلطة المختصة بالسحب قصر ذلك على الإدارة دون مزيد من التفاصيل فلم يتم بتحديد الجهة التي يحق لها سحب القرار الإداري سواء كانت قاصرة على الجهة مصدره القرار أم تشمل الجهة الرئاسية لها أيضا.

وثمة تساؤل حقيق إثارته لمن ينعقد الاختصاص بالسحب في القرارات الصادرة من الهيئات اللامركزية بعد أن تم التصديق عليها من الجهات المختصة هل يكون لهذه الهيئات أم لجهة التصديق؟ قضت محكمة القضاء الإداري بأنه لا وجه للنعي على التظلم بأنه غير منتج في وقف سريان الميعاد لعدم إمكان إلغاء قرار القومسيون البلدي بعد التصديق عليه وبأنه أصبح غير قابل للرجوع فيه - لا وجه لذلك لأن هذا التصديق ليس من شأنه أن يجعل القرار غير قابل للرجوع فيه ممن يملكه وإنما هو المرحلة الختامية التي يصبح بها القرار نهائياً. وطلب الإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري لا يكون إلا عن أمثال هذه القرارات، على أن القرارات الصادرة من القومسيون البلدي حتى بعد التصديق عليها من وزير الداخلية - وقتها - قابلة للرجوع فيها من ذلك المجلس البلدي الذي له حق سحبها في الميعاد

وبالطريق القانوني ولا يمكن اعتبار ميعاد السحب قد فات مادام الأمر متصلاً  
بأشخاص آخرين ومازال ميعاد الطعن قائماً بالنسبة لهم<sup>1</sup>.

هذا فضلاً عن أنه يجوز سحب أعمال السلطة الوصائية التي تصدق أو ترفض  
التصديق على مداوالت هذه الهيئات، باعتبارها قرارات إدارية يجوز سحبها إذا  
كانت معيبة، كما لو صدق الوزير المختص على مداولة معيبة قانوناً لأحد  
المجالس المحلية وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها لما كان مجلس إدارة  
الهيئة العامة للإصلاح الزراعي هو الجهة المختصة قانوناً بالتصديق على القرارات  
الصادرة من اللجان القضائية، فهو مختص بسحب القرارات التي تصدر عنه ولكن  
بشرط أن يكون هذا السحب في إطار القواعد القانونية المتعلقة بالسحب دون  
الخروج عليها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1949/6/8م - القضية رقم 243 لسنة 2 ق - السنة 3 -  
ص 960 ، وجلسة 1978/12/14م - القضية رقم 1952 لسنة 31 ق - السنة 33 - غير  
منشور . في الدعوى المرفوعة من أحد الأشخاص ضد وزير الداخلية .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1974/6/25م - الطعن رقم 834 لسنة 16 ق - المكتب  
الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة 19 - من  
أول أكتوبر 1973 إلى آخر سبتمبر 1974م - ص 421 . وفي ذات المعنى انظر فتوى  
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - الفتوى رقم 377 بتاريخ 1974/7/3 - ملف  
27/1/100 - جلسة 1974/3/13م - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها فتاوى الجمعية  
العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - المكتب الفني لمجلس الدولة - السنة الثامنة والعشرون من  
أول أكتوبر سنة 1973 إلى آخر سبتمبر 1974م - ص 65 .

لما كان ذلك، وكانت السلطات المركزية بما تمارسه من سلطة وصاية إدارية على قرارات الهيئات اللامركزية ليس لها أن تسحب قرارات هذه الهيئات إلا إذا خولها المشرع ذلك صراحة وليس لتلك السلطات كمبدأ عام حق تعديل قرارات الهيئات اللامركزية<sup>1</sup>. فهذه السلطة لا تعدو أن تكون سلطة إشرافية يراعى عن طريقها تطبيق القانون<sup>2</sup>.

إلا أنه يمكن القول وهو ما يقرره بعض الفقه أن نتيجة عدم التصديق تتساوى من الناحية العملية مع السحب لأن عدم التصديق يؤدي لإعدام القرار من يوم صدوره<sup>3</sup>. وهذا ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه<sup>4</sup> إذ يقول إن السلطة الوصائية لا تملك إلا إلغاء القرار غير المشروع أو تأييده، ولا تملك سلطة تعديله إلا وفقاً لنص صريح

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1948/15/15 - السنة 3 - ص 981 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1960/1/30م - السنة 5 - ص 309 . وفي هذا المعنى انظر حكم محكمة القضاء الإداري - جلسة 1954/2/24م - القضية رقم 2 لسنة 5 ق - السنة 8 ق - ص 654 . وجلسة 1953/12/29م - القضية رقم 1197 لسنة 5 ق - السنة 8 - ص 341 .

<sup>3</sup> د/ سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 710 بالهامش.

<sup>4</sup> C.E. 8/5/1897 Cimetiere, Rec, P345 - 24/7/1903 Morand, Rec, P548.

نخلص إلى القول، أن الهيئات اللامركزية يجوز لها أن تسحب قراراتها حتي بعد التصديق عليها كما أن سلطة التصديق أو الوصاية تملك سحب القرارات الصادرة منها بالتصديق أو عدم التصديق كما أنه يمكن لها سحب قرار الهيئات اللامركزية الخاضعة لرقابتها وذلك عن طريق عدم التصديق على قرار هذه الهيئات مما يؤدي إلى عدم نفاذ هذه القرارات وإلغائها وسحبها كل ما هنالك أنه لا يجوز لها تعديل هذه القرارات إلا إذا نص القانون على ذلك. وهذا ما يتفق مع المنطق والواقع.

ويعن التساؤل عما إذا كانت الجهة مصدرة القرار غير تلك الساحبة له. هل يعتد بقرار السحب؟ يتجسد الرد على هذا التساؤل في أمرين: الأول في حالة ما إذا قامت جهة إدارية مختصة بسحب قرار أصدرته جهة أخرى غير مختصة، وهو ما يعرف بعيب عدم الاختصاص المتوازي، أي تجاوز الاختصاص الذي يقع من موظف على اختصاص موظف آخر موازي له في السلم الإداري، وقد قام مجلس الدولة الفرنسي بالتأصيل لهذه المسألة في حكمه بقضية dame Margerite بقوله ان الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل في إصدار القرار لها ولاية سحبه، إذا ما صدر عن جهة أخرى غير مختصة، وذلك خلال مدد الطعن القضائي<sup>1</sup> يتبين من هذا الحكم أنه يشترط لصحة السحب أن يجري من الجهة المصدرة للقرار أو من الجهة الرئاسية لها وليس جهة غير مختصة.

---

<sup>1</sup> C.E, 24/1/1964 Dame Margerite, P38.

. C.E, 12/5/1976, Gillet, P754 وانظر حكمه



ويرى البعض<sup>1</sup> في تعليقه علي هذا الحكم أنه يعالج حالة القرارات الفردية المنشئة لحقوق ومزايا، الصادرة من جهات غير مختصة، وتبعاً لذلك يكون لجهة الاختصاص الأصيل سحب هذه القرارات مقيدة في ذلك أن يتم السحب خلال مدد الطعن القضائي التي بفواتها يتحصن القرار ويمتنع سحبه أو إلغاؤه.

والآخر أن يتم سحب قرار جهة إدارية وهي المختصة بإصداره من جهة إدارية أخرى غير مختصة وهذا لا يجوز اللهم إلا كانت هذه الجهة هي الجهة الرئاسية لها أو السلطة الوصائية، ولكن هل يختلف الوضع إذا ما كانت هذه الجهة توازي الجهة مصدرة القرار في الاختصاص أو على نفس المرتبة في السلم الإداري فلا يجوز أيضاً سحبها لهذا القرار وقد أفتى قسم الرأي بمجلس الدولة في ذلك بقوله أنه لا يجوز لرئيس مجلس المديرية المنقول إليه الموظف أن يعدل جزاء وافق عليه رئيس المجلس الذي كان تابعاً له الموظف قبل هذا النقل، وذلك لأن لكل مجلس شخصية معنوية وهي مستقلة عن المجلس الآخر تمام الاستقلال، ورئيس المجلس لا سلطان له على موظفي المجلس إلا في حدود اختصاصه. فلا يصح أن يصدر رئيس مجلس تعليمات إلى موظفي مجلس آخر<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>C.E, 24/1/1964 Dame Margerite, P38, A.J.D.A, 1964, P490 ets note V.S.

<sup>2</sup> فتوى رقم 7901 بتاريخ 1947/12/1م - قسم الرأي لوزارة الصحة - مجموعة الفتاوى - السنة 2 - ص 28 وما بعدها.

وتضيف محكمة القضاء الإداري ... إن اعتراض جهة إدارية غير مختصة على قرار صادر من جهة إدارية مختصة، إن هذا الاعتراض وإن كان يلفت نظر الإدارة المختصة إلى ما قد شاب قراراتها من مخالفة القانون ويدعوها إلى إعادة النظر فيه، فإنه لا يمنح الجهة المعترضة سلطة سحب القرار ما لم تكن مختصة قانوناً بذلك ولا يحتم على الجهة المعترض لديها إعادة النظر فيما تراه هي إعادة هذا النظر<sup>1</sup>. أما إذا وصل الأمر للنزاع بين الجهتين وتضرر الجهة الأخرى من هذا القرار فقد كفل القانون الطريق الذي يمكن من خلاله حل النزاع وهو اللجوء إلى الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة وذلك وفق صريح نص المادة 66 فقرة " د " من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م التي ينعقد لها الاختصاص في هذه الحالة ويكون رأيها ملزم للجانبين.

وجدير بالذكر أن قرار السحب الصادر من جهة غير مختصة يمكن أن يصير صحيحاً مرتباً لآثاره ونتائج في حالة إقرار الجهة المختصة له وإجازته له.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1969/12/29م - السنة 20 - ص 158 .

## الفرع الثاني

### اختصاص الجهة الرئاسية بإصدار قرار السحب

الجهة الرئاسية بما لها من سلطة يتولاها كل رئيس في مواجهة من يرؤسهم تفضي إلى ارتباطهم به برابطة التبعية والخضوع<sup>1</sup>، وذلك في إطار ما يملكه من اختصاصات تم منحها له، فوجودها مسألة ضرورية لسير العمل الإداري.

وليس ثمة خلاف في الفقه والقضاء سواء في مصر أو فرنسا على أن سحب القرار الإداري<sup>2</sup> سواء كان مشروعاً - في إطار الحالات التي ذكرناها فيما سبق - أو غير مشروع تختص به الجهة الرئاسية كما هو مقرر للجهة مصدرة القرار وهو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها من المقرر أن السلطة التي تملك سحب القرار الإداري النهائي المشوب هي الجهة التي أصدرته أو الجهة الرئاسية بالنسبة إليها<sup>3</sup>. وهو ذاته ما جاءت أحكام مجلس الدولة الفرنسي تؤكد من ذلك ما قضى به من أن القواعد المتعلقة بشرعية الرجوع لا تطبق فقط، عندما يكون قرار الرجوع

---

<sup>1</sup> د/ محمد رفعت عبدالوهاب - النظرية العامة للقانون الإداري - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2009م - ص 133 .

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء الفرنسيين يطلق على سحب القرار من قبل السلطة الرئاسية إبطالاً بينما سحبه من السلطة مصدرة القرار هو ما يعد سحباً. انظر د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 419 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1967/4/8م - السنة 12 - ص 884 .

صاحباً من الجهة التي أصدرت القرار الأصلي بل كذلك عندما يكون قرار الرجوع صادراً من السلطة الرئاسية لمصدر القرار الأصلي<sup>1</sup>. والجهة الرئاسية في ممارستها لحقها في السحب يكون ذلك من تلقاء نفسها بما لها من سلطة الرقابة والتوجيه أو بناء على تظلم يقدم لها من أصحاب الشأن<sup>2</sup>.

واختصاص السلطة الرئاسية بالسحب هو اختصاص أصيل تمارسه ما لم يكن هناك نص قانوني يمنعها من ذلك<sup>3</sup>. وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقولها إن حق السلطة الرئاسية في الرجوع حق مفترض، لأن مبدأ السلطة الرئاسية هو أصل من أصول النظام الإداري في مصر التي تركز على النظام المركزي، فالسلطة الرئاسية هي القاعدة العامة التي لا تنتفي إلا عند النص الصريح<sup>4</sup>. ففكرة التدرج الإداري تفرض على الدرجات الدنيا تنفيذ ما يصدر لهم من توجيهات

---

<sup>1</sup> C.E. 9/3/1956 Chesne, R.D.P, 1956, P640 C.E. 4/12/1959 Comp. Générale de construction de fours, P654 .

<sup>2</sup> انظر حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1966/6/11 - الطعن رقم 1612 لسنة 8 ق - السنة 11 - ص 705 .

<sup>3</sup> د/ محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري - الإسكندرية - دار الفكر العربي - 1988م - ص 143 .

<sup>4</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1953/5/20م - القضية رقم 190 لسنة 6 ق - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري للسنة الرابعة - ص 1234 .

وتعليمات وأوامر، إضافة إلى الرقابة على ما يصدر منهم من قرارات، وتعديلها أو سحبها إن لزم الأمر.

وهذه السلطة تتسم بالشمول حيث أنها تمتد إلى كافة الأعمال والتصرفات وما تمر به من مراحل وإجراءات، حتى تتوافر لها مقومات الصحة، فضلاً عن شمولها للمشروعية والملاءمة<sup>1</sup>.

وقرار السحب أياً كانت الجهة التي أصدرته يخضع لنفس الأحكام ونفس الضوابط المقررة في صدد سحب القرارات المعيبة ولا يختلف السحب بواسطة السلطة التي أصدرته أو السلطة الرئاسية لها<sup>2</sup>.

بقي أن نتساءل عن سلطة الوزير في سحب القرارات الإدارية باعتباره يتمتع بسلطة رئاسية تجاه الموظفين الخاضعين له هل تخوله سحب أو تعديل القرارات الصادرة من قبلهم؟ تنص المادة 82 فقرة 1 من قانون العاملين المدنيين الملغي رقم 47 لسنة 1978م والتي يقابلها المادة 62 فقرة 3 من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016م على إعطاء الحق للسلطة المختصة والتي قد تكون ممثلة في الوزير

---

<sup>1</sup> د/ حسين عبدالعال محمد - الرقابة الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - 2004م - ص 124 .

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 421 .

<sup>1</sup> في التعقيب على القرارات الصادرة من الرؤساء وذلك بسحب القرارات التأديبية عن طريق حفظ التحقيق أو توقيع أي من الجزاءات المنصوص عليها وفق ما نظمه القانون .

ويظل للجهة مصدرة القرار التأديبي الحق في سحبه أو تعديله مادام الوزير لم يباشر سلطته في التعقيب على القرار الصادر خلال المدة القانونية.

ويتبين من ذلك أن القانون قيد سلطة الوزراء في السحب بالقرارات التي لا تولد حقوقاً ولا تمتد إلى غيرها من القرارات التي تولد حقوقاً<sup>2</sup> . ويفضي ذلك إلى أن السلطة الرئاسية تملك الرجوع في القرارات الصادرة من السلطات الأدنى لعدم الملاءمة، مثال ذلك إذا أصدر وكيل الوزارة قراراً بتوقيع جزاء تأديبي على أحد الموظفين بالإندازار أو الخصم من المرتب للوزير إمكانية الرجوع في هذا القرار لأنه لم يولد حقوقاً<sup>3</sup>.

وبذلك يتفق موقف القانون المصري مع القانون الفرنسي بشأن السلطة التي يتمتع بها الوزير في السحب وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي حيث قضى بأن

---

<sup>1</sup> حيث أن المادة 2 فقرة 1 من قانون الخدمة المدنية تحدد المقصود بالسلطة المختصة الذي يكون وزير أو محافظ أو رئيس مجلس إدارة هيئة بحسب الأحوال.

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 428

<sup>3</sup> د/ عبدالفتاح حسن - القضاء الإداري قضاء الالغاء - المرجع السابق - ص 343 .

الوزير لا يملك الرجوع في القرارات التي تتشأ حقوقاً أو مزايا لأصحاب الشأن وذلك انطلاقاً من مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية...<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> C.E, 29/3/1968, Rec, P215, concl Vught, A.J.D.A, 1968, P342 ets .

## الفرع الثالث

### الاختصاص بسحب القرارات المنعدمة

القرار المنعدم هو كل قرار لحقه عيب علي درجة كبيرة من الجسامة بحيث يفقده كيانه ويجرده من صفاته ومقوماته القانونية كتصرف منشئ لمراكز قانونية<sup>1</sup>. ومن صوره أن يصدر القرار من فرد عادي ليس له صفة الموظف أو إذا تدخلت هيئة خاصة لا تملك أصلاً حق مباشرة الاختصاصات الإدارية فتعتبر في هذه الحالة القرارات الصادرة قرارات منعدمة، أو أن يصدر من سلطة في شأن اختصاص سلطة أخرى كأن تتولي السلطة التنفيذية عملاً من أعمال السلطة القضائية أو التشريعية وهو ما يسمى بغصب السلطة أو عدم الاختصاص الجسيم. ومع ذلك فإنه توجد حالات رأى القضاء فيها ضرورة الحكم بانعدام القرار، وهي حالات تتصل بتعدي الجهات الإدارية بعضها على بعض.

وذكرنا فيما سبق أن للجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها الحق في سحب القرار المعيب، والقرار المنعدم شأنه في ذلك شأن القرارات المعيبة فيخضع لنفس القواعد المطبقة لسحبها فيجوز سحبه من الجهة مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها وتبعاً لذلك يجوز للجهة مصدرة القرار المنعدم سحبه.

---

<sup>1</sup> د/ رمزي الشاعر - تدرج البطلان في القرارات الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - 2000م - ص 25.



غير أنه يعن التساؤل عما إذا كان يجوز للجهة المختصة أصلاً بإصدار القرار سحبه أم أن هذا الاختصاص منعقد للجهة التي أصدرته بالمخالفة لقواعد الاختصاص؟ يذهب بعض الفقه<sup>1</sup> إلى جواز السحب سواء من الجهة التي أصدرت القرار أو الجهة المختصة أصلاً بإصداره فإتاحة الفرصة للجهة التي أصدرته في سحبه يكمن في أنها هي من أنشأت هذا القرار فعليها أن تزيل آثاره المادية من الوجود قياساً على قاعدة تقابل الأشكال والتي توجب لإلغاء القرار الإداري اتباع نفس الطريق الذي اتبع عند إصداره. وتؤيد المحكمة الإدارية العليا هذا النظر مثل ذلك ما قضت به من أن مأمور مركز منيا القمح لا يملك التعيين في الوظائف الحالية بالمجلس المجالس البلدية ، وأن ذلك من اختصاص المحافظ وحده وقرار توليه رئاسة المجلس لا ينصرف إلى تخويله سلطة التعيين في تلك الوظائف، ومن ثم يكون تعيين المدعي الصادر من رئيس مجلس منيا القمح قد صدر ممن لا يملكه مما يجعله معيباً معدوماً، ويحق للمحافظ باعتباره سلطة رئاسية سحبه، غير مقيد بالميعاد القانوني .. وبذلك فإن قرار السحب يكون قد صدر سليماً ممن يملكه

---

<sup>1</sup>Jeze G: es principes généraux de droit administratif, 3éd, T II, 1930, P646.

وانظر لهذا الرأي أيضاً د/ عبدالقادر خليل - - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 180، د/ محمود حلمي - موجز مبادئ القانون الإداري - الطبعة الأولى - 1977/1978م - ص 207.

على أساس سليم من القانون<sup>1</sup>. غير أنه في حالة القرار المعيب لجهة الإدارة صاحبة الاختصاص أن تجيزه، أما القرار المنعدم فلا يجوز إجازته أو إقراره<sup>2</sup>.

ويرى الباحث أنه إذا لم تقم الجهة الغير مختصة بمصدرة القرار المنعدم بسحبه طواعية، ففي هذه الحالة يتم الطلب من الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل لتقوم بعملية السحب حيث من غير المقبول في حالة صدور القرار المنعدم من شخص غريب عن الإدارة أن يتم الطلب منه للرجوع في القرار الإداري حيث أنه في هذه الحالة يمارس عملاً إدارياً لا يملكه قطعاً. أو أنه يكفي إنكار القرار المنعدم عند التمسك به وعدم الاعتداد به<sup>3</sup>، فلا حاجة إلى أن يصدر بانعدامه قرار، وإن صدر به قرار فهو مجرد كاشف ومثبت لحالة الانعدام<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1964/6/28م - الطعن رقم 1531 لسنة 8 ق - مجموعة أبوشادي - الجزء الثاني - ص 1760 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2009/3/28م - الطعن رقم 3910 لسنة 48 ق - غير منشور .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1968/11/23م - الطعن رقم 1191 لسنة 12 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2076.

<sup>4</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1960/11/5م - الطعن رقم 640 لسنة 5 ق - مجموعة المحكمة في عشر سنوات - الجزء 1 - ص 857 .

## المطلب الثالث

### ميعاد سحب القرارات الإدارية المعيبة

ليس بمجرد توافر الشروط السابقة، يرخص لجهة الإدارة بسحب القرار الإداري، وإنما لابد من أن يتم السحب خلال فترة معينة. وذلك للموازنة بين مقتضيات سيادة مبدأ المشروعية وسيادة القانون الذي يستوجب إهدار كل قرار مخالف للقانون وإعدام كل أثر له مهما طال عليه الوقت لتسود سيادة القانون وبين مقتضيات الصالح العام الذي يحتم مراعاة حسن سير المرافق العامة وانتظامها وعدم تعرض مراكز المواطنين للزعزعة والإهدار وعدم الاستقرار لفترة طويلة من الزمان مما يثير القلق والاضطراب في حياة المجتمع ويهدد النشاط الاقتصادي والاجتماعي ويربك الجهاز الإداري ويثقل على السلطة القضائية<sup>1</sup>.

فمن غير المقبول أن تبقى أعمال الإدارة عرضة للتغيير والسحب إلى ما لا نهاية لذلك يجب أن يكون للقرار حد تستقر عنده المراكز القانونية الناشئة عنه وتكتسب حصانة تعصمها من كل تغيير أو تعديل، لذا حدد المشرع في مصر وفرنسا موعداً لرفع دعوى الإلغاء بعده يتحصن القرار ضد الإلغاء وعد القضاء هذه المدة من النظام العام بحيث يجوز إثارتها في أي وقت أو أي مرحلة كانت عليها الدعوى وللقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1992/4/26م - الطعن رقم 553 لسنة 34 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة 367 - ص 1056 ، 1058 .

وبانتقضاء الميعاد، لا يكون من المقبول أن يباح للإدارة اغتصاب هذه الحقوق أو المراكز القانونية بأي شكل كان، وذلك مهما يكن القرار مصدر هذه الحقوق خاطئاً أو مخالفاً للقانون ما لم تصل المخالفة لقواعد الشرعية بالقرار الإداري إلى حد الانعدام مما يفقده صفة القرار الإداري ويهبط به إلى مجرد الأعمال المادية التي لا تتمتع بشيء من الحصانة المقررة للقرارات الإدارية<sup>1</sup>.

ولئن كانت القرارات السليمة لا يجوز سحبها - مع بعض الاستثناءات - وفق ما سلف بيانه، فذلك يفضي إلى عدم خضوعها للقواعد العامة للميعاد، ومن ثم يقتصر الحديث على ميعاد سحب القرارات الإدارية المعيبة.

في ضوء ذلك يتبين أن التقيد بميعاد سحب القرارات المعيبة يحكمه أصل، واستثناءات ترد عليه. فمتي يعمل الأصل؟ ومتي تعمل الاستثناءات. تبيان ذلك، يقتضي إذن، أن نعرض للميعاد المحدد لسحب القرارات المعيبة، ثم نلج إلى الحديث عن عوارض هذا الميعاد أو الاستثناءات الواردة عليه.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1966/1/2م - الطعن رقم 1520 لسنة 7 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2061، 2062.

## الفرع الأول

### لزوم أن يرد السحب خلال الميعاد المحدد

#### أولاً: الميعاد المحدد للسحب

في مصر لا اختلاف في ميعاد السحب عن ميعاد الطعن. إذ أن هذا الأخير موعده. فإن تأخر عنه، غدى قرار السحب معيباً وباطلاً. فميعاد سحب القرارات غير المشروعة يكون خلال سنتين يوماً، وفي فرنسا مر ميعاد سحب تلك القرارات بعدة مراحل. ففي أوليات أحكام مجلس الدولة الفرنسي رفض تقييد سلطة الإدارة في سحب قراراتها المعيبة بميعاد محدد ، كحكمه في قضية Blanc الصادر عام 1912<sup>1</sup> وحكمه في قضية Walliet الصادر 1912<sup>2</sup> ، حتى جاء حكم مجلس الدولة في قضية كاشيه Cachet الصادر عام 1922<sup>3</sup> ، والذي يمثل نقطة تحول في قضائه في هذا الشأن حيث قيد سلطة الإدارة في سحب القرارات المعيبة بميعاد الشهرين وربط مدة السحب بمدة رفع دعوى الإلغاء، وهذا الحكم هو بداية مرحلة الثبات والاستقرار لمجلس الدولة الفرنسي بالنسبة لتقيد الميعاد وتواترت

---

<sup>1</sup> C.E. 16/2/1912, Blanc, P244.

<sup>2</sup> C.E. 14/6/1912, Wulliet, P659.

<sup>3</sup> C.E 3/11/1922, Dame Cachet, Rec. P790.

منشور في مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - ترجمة د/ أحمد يسري - ص

أحكامه بعد ذلك على الأخذ بقيد الميعاد. إلا أنه صدر حكم مثل عدولاً عن ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي حيث قيد جهة الإدارة في سحب القرارات الإدارية التي بها عيب من عيوب عدم المشروعية بمدة أربعة أشهر من تاريخ صدورها بدلاً من مدة الشهرين التي كان قد استقر عليها<sup>1</sup> ، وبفوات هذه المدة تتحصن القرارات من السحب وتنتج آثارها وتصير حقاً مكتسباً لأصحابها، شريطة ألا تكون صادرة بناء على غش أو تدليس قام به صاحب الشأن في سبيل صدور هذا القرار.

وقد صدر المرسوم رقم 1341 لسنة 2015م الذي عدل بموجبه قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة الفرنسي والذي تضمن الأحكام التي أتى بها هذا الحكم حيث قيدت المادة 1/242 منه حق الإدارة في سحب أو إلغاء أي قرار ينشأ عنه حقوق سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الغير، إلا إذا كان القرار غير مشروع وكان السحب أو الإلغاء تم خلال أربعة أشهر تالية لصدور القرار، كما نصت المادة 3/243 أنه لا يجوز لجهة الإدارة سحب القرارات اللائحية أو غير اللائحية التي لم ينشأ عنها حقوق للغير إلا إذا كانت غير مشروعة، على أن يكون قرار السحب تم خلال مدة الأربعة أشهر التالية على صدور القرار.

---

<sup>1</sup> C.E 26/10/2001 M. Ternon, Rec, N° 197018.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي برفض سحب أو إلغاء قرار إداري أنشأ حقاً لانقضاء فترة الأربعة أشهر التالية لصدور القرار<sup>1</sup>.

وقد نحت المحكمة الإدارية العليا منحه مجلس الدولة الفرنسي قبل تغيير موقفه وهو جواز السحب خلال مدة الستين يوماً وظلت سائرة في هذا الاتجاه ولم تعدل عنه كما هو الحال في فرنسا وعبرت عن ذلك بقولها إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن القرارات التي تلحقها الحصانة لفوات المواعيد فتعصمها من السحب أو الإلغاء هي تلك القرارات التي يشوب صدورها عيب من العيوب المقررة في القانون للقرار الإداري سواء في الاختصاص أو المحل أو السبب ... وقد حرص الشارع في قانون مجلس الدولة على أن يحدد للطعن في هذه القرارات ميعاداً مقيداً ومعقولاً يسوغ للجهة الإدارية فيه إعادة النظر في قراراتها المخالفة، فتعيد النظر فيها لسحبها لتعيد سيادة القانون إلى التطبيق السديد ولكي تعيد بالتالي الحقوق إلى نصابها الصحيح. فإذا ما فات الميعاد المقرر قانوناً لسحب القرار الإداري المخالف للقانون أو الطعن فيه بالإلغاء أمام المحكمة المختصة، اكتسب حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء وامتنع على كل من الإدارة وذوي الشأن استئناف النظر فيما يرتبه القرار من آثار قانونية. ويكون الميعاد المحدد للسحب أو الإلغاء بمضي

---

<sup>1</sup>C.E 26 mars 2018, N° 406356.

الستين يوماً المقررة قانوناً ...<sup>1</sup>. كما قضت بأنه إن ساغ القول بأن الخطأ لا يجوز إغفاله والإبقاء عليه، إلا أنه يقابل هذا المبدأ قاعدة أصلية أخرى من مقتضاها كفالة الاستقرار وتوفير الطمأنينة بحفظ المراكز القانونية وجعلها بمنجاة من الزعزعة والاضطراب ولو كانت مشوبة بعيب يبطلها، وذلك بعد فوات الوقت الذي عينه القانون بالاعتراض عليها من جانب ذوي الشأن بالطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء وهو ستون يوماً<sup>2</sup>.

وهذا ما أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بقولها ... إلا أن دواعي المصلحة العامة تقتضي أيضاً أنه إذا صدر قرار إداري معيب من شأنه أن يولد حقاً، فإن هذا القرار يجب أن يستقر عقب فترة معينة من الزمن فيسري عليه ما يسري على القرار الصحيح في الموضوع ذاته. وقد استقر القضاء الإداري على تحديد هذه الفترة - قياساً على مدة الطعن القضائي - بستين يوماً<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1992/4/26م - الطعن رقم 553 لسنة 34 ق - سبق الإشارة إليه .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1985/5/11م - الطعن رقم 1224 لسنة 28 ق - المجموعة - السنة 30 - الجزء 2 - البند 162 - ص 1058 .

<sup>3</sup> الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - فتوى بتاريخ 1990/3/7م - ملف 764/3/86 - الموسوعة الإدارية الحديثة 1993/1985 - الجزء 35 - القاعدة 358 - ص 1033، 1034 .



وقد لاقى هذا الاتجاه قبولاً عند كثير من الفقهاء حيث ذكر البعض قولاً<sup>1</sup> أن في قيد الميعاد حلاً وسطاً وأرضية للتصالح بين مبدأي الشرعية واحترام الحقوق المكتسبة كما يقول البعض<sup>2</sup> أنه يؤثر مسلك مجلس الدولة الفرنسي، والذي أخذ به مجلس الدولة المصري حيث أن عدم التقيد بميعاد محدد للسحب سيؤدي للزعزعة وعدم الاستقرار.

وانتهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن إذا صدر قرار معيب من شأنه أن يولد حقاً للشخص تعين أن يستقر هذا القرار عقب فترة معينة من الوقت، بحيث يطبق عليه ما يطبق على القرار الصحيح - يجب احترام القرارات الإدارية التي تحصنت من السحب أو الإلغاء، والعمل بمقتضاها دون تعطيل لأحكامها أو الحد من آثارها، فلا يجوز قانوناً إصدار قواعد تشريعية مضادة، الهدف منها تقويض أحكامها، أو العمل على عدم تنفيذها، أيّاً كان الغرض من إنشائها، لأن إعلاء دولة القانون ليس

---

<sup>1</sup> د/ ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية - المرجع السابق - ص 371.

<sup>2</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 703 .

باحترام أحكام القضاء فحسب، بل باحترام القواعد التشريعية السابقة كذلك، مادام أنها سليمة موافقة لحكم القانون<sup>1</sup>.

كما رتبت المحكمة الإدارية العليا جزاء البطلان إذا تم سحب القرار أو المساس بأي حق مكتسب بعد فوات المدة المحددة قانوناً بقولها ... وسحب هذا القرار بعد مضي تلك المدة لإزالة ما شابه من عيب يجعل القرار الساحب باطلاً لمخالفته للقانون<sup>2</sup>. كما قضت أيضاً .. وكل إخلال بهذا الحق بقرار لاحق يعد أمراً مخالفاً للقانون يعيب القرار الأخير ويبطله<sup>3</sup> فالقرار الساحب يعتبر قراراً آخر خلاف القرار المسحوب، بحيث يمكن التظلم منه والطعن عليه بالإلغاء في الميعاد القانوني<sup>4</sup>، فإذا تم السحب بعد الميعاد القانوني - كشأن الحال في سحب القرار

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2013/4/24م - الطعن رقم 4524 ، 6033 ، 6248 لسنة 59 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ربع قرن من 1991/10/1م إلى 2016/9/30م - المجموعة 58 - المبدأ 48/ي - ص 598 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1975/1/5م - الطعن رقم 295 لسنة 16 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2060 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1989/12/17م - الطعن رقم 44 لسنة 36 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة 357 - ص 1031 .

<sup>4</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1976/6/13م - الطعن رقم 118 لسنة 16 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2072، 2073 .

السليم ولو تم في الميعاد - يؤدي إلى بطلانه، ومن ثم يتحصن بدوره بعدم الطعن عليه في الميعاد المقرر لذلك<sup>1</sup>.

نخلص إلى القول إذن، أن المستقر في قضاء مجلس الدولة المصري هو أن ميعاد سحب القرارات الإدارية غير المشروعة هو ستون يوماً وفي فرنسا هو أربعة أشهر وفقاً للمرسوم السابق الإشارة إليه يترتب على انقضائها تحصين القرار من السحب أو الطعن عليه بالإلغاء. وسحب القرار بعد فوات هذه المدة يجعل القرار الساحب معيباً باطلاً جديراً بالإلغاء.

#### ثانياً: بدء سريان ميعاد السحب وامتداده

1- بدء سريان الميعاد : بإنعام النظر في أحكام المحكمة الإدارية العليا، يتبين أن قضاءها متردد، فتارة يقرر بدء ميعاد السحب من تاريخ صدور القرار، وتارة أخرى يجعل بداية سريان الميعاد من تاريخ نشر القرار أو إعلانه أو العلم به علماً يقينياً. وذلك على النحو التالي.

حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها من المستقر أن القرارات الإدارية المشوبة ... يجوز لجهة الإدارة سحبها خلال المواعيد المقررة للطعن على هذه

---

<sup>1</sup> انظر المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1975/1/5م - الطعن رقم 295 لسنة 16 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2060.

القرارات بطلب إلغائها أي خلال الستين يوماً التالية لصدورها ...<sup>1</sup>. كما ذكرت أنه إن حق الإدارة في سحب القرارات الإدارية غير المشروعة ... مرهون بأن تنشط الإدارة في ممارسته خلال ميعاد الطعن القضائي وهو ستون يوماً من تاريخ صدور القرار الإداري المعيب<sup>2</sup>.

وعلى نحو ما قيل تبريراً لذلك، أن القرار يسري في حق الإدارة اعتباراً من هذا التاريخ ويولد حقوقاً وينشئ التزامات اعتباراً من ذلك، ومن ثم يكون من المنطق والعدالة أن تتمكن جهة الإدارة اعتباراً من هذا التاريخ تقرير مشروعية القرار والرجوع فيه، على ذلك فإن سحب القرار الإداري يجب أن يتم خلال ستين يوماً من تاريخ الإصدار<sup>3</sup>.

وفي قضاء آخر لذات المحكمة ذهبت إلى أن بداية سريان الميعاد من تاريخ نشر القرار أو إعلانه أو العلم به علماً يقينياً حيث قضت بأن ... إذا صدر قرار معيب من شأنه أن يولد حقاً فإن هذا القرار يجب أن يستقر عقب فترة معينة من الزمن

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1999/7/25م - الطعان رقما 3330 و 3356 لسنة 42 ق - المجموعة - السنة 44 - البند 101 - ص 1034، 1035 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1968/3/2م - الطعن رقم 268 لسنة 11 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2069 . وانظر أيضاً في هذا الصدد فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - الفتوى رقم 141 بتاريخ 1961/3/13 - مجموعة الفتاوى الصادرة عنها - الجزء الثالث - مجموعة أبوشادي - ص 2196 .

<sup>3</sup> د/ أنس جعفر - القرارات الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - 2005م - ص 214 .

وهي فترة الستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه أو العلم به علماً يقينياً<sup>1</sup>. كما قضت أيضاً أن القرار المعيب يستقر عقب فترة معينة من الزمن بحيث يسري عليه ما يسري على القرار الصحيح ، وقد اتفق علي تحديد هذا الفترة بستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه قياساً على مدة الطعن القضائي ..<sup>2</sup>. وذكر في حكم آخر أن يقدم التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري أو إعلان صاحب الشأن به، ويقوم مقام ذلك علمه بالقرار بأية وسيلة علماً قانونياً شاملاً لجميع العناصر التي يمكن على أساسها أن يتبين حقيقة مركزه القانون بالنسبة إلى هذا القرار<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1997/6/14م - الطعن رقم 2393 لسنة 42 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1997/1993م - الجزء 49 - القاعدة 169 - ص 649، 650 . وانظر أيضاً فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - فتوى بتاريخ 1990/3/7م - ملف 764/3/86 - الموسوعة الإدارية الحديثة 1993/1985 - الجزء 35 - القاعدة 358 - ص 1033، 1034 . سبق الإشارة إليها.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1989/12/17م - الطعن رقم 444 لسنة 36 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة 357 - ص 1031 ، وجلسة 1996/6/14م - الطعن رقم 2393 لسنة 42 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1997/1993م - الجزء 49 ق - القاعدة 169 - ص 650 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2014/6/28م - الطعن رقم 17883 لسنة 50 ق - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الثالث - 2015م - ص 133 .

وهذا الاتجاه حظى بقبول بعض الفقه<sup>1</sup> كما يرى الباحث أنه أولى بالاتباع. فبالرغم من أن علم الإدارة بمضمون القرار ومحتوياته متحقق من تاريخ صدور القرار بحكم أنها هي التي أصدرته، إلا أن ميعاد الطعن القضائي الذي قيس ميعاد السحب عليه غير مرتبط بتاريخ الإصدار، فقد يكون مطابقاً له إذا كان هذا التاريخ هو تاريخ علم صاحب المصلحة في الطعن مثل صدور قرار تأديبي في حضور صاحب الشأن، وقد يكون منفصلاً عنه إذا مضى وقت بين الإصدار والعلم المعتد به قانوناً بالقرار<sup>2</sup>. كما أن في ذلك مراعاة للاتساق بين الميعاد الذي يجوز فيه لصاحب الشأن طلب الإلغاء بالطريق القضائي وبين الميعاد الذي يجوز فيه للإدارة سحب القرار تقريراً للمساواة في الحكم ومراعاة للمعادلة بين مركز الإدارة ومركز الأفراد إزاء القرار الإداري.

---

<sup>1</sup> د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 307 ، د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 704 .

<sup>2</sup> وتبريراً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أنه من حيث أن اعتراض الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة على القرارات الإدارية التي يجد فيها من مخالفة القانون ما يقتضي طلب إلغائها لا يبدأ الميعاد القانوني بالنسبة إليه إلا من تاريخ علم الجهاز بالقرار الإداري، ولا يبدأ ميعاد هذا الاعتراض من تاريخ صدور القرار الذي يبدأ منه ميعاد السحب المقرر لجهة الإدارة التي أصدرت القرار بما يتحقق لها من تمام الإحاطة بمحتواه وسنده القانوني من يوم تصدوره، ولا يتاح لأحد من الجهاز من العلم بالقرار في ذلك اليوم لاستقلال الجهاز في الواقع والقانون عن مختلف جهات الإدارة وبعده عنها حين تصدر قراراتها انظر المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1979/5/20م - الطعن رقم 669 لسنة 20 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2071، 2072 .

ويبدأ سريان الميعاد فيما يتعلق بالقرارات الضمنية بانتهاء المدة المحددة للإدارة للتعبير عن إرادتها وإصدار قرارها رداً على الطلب أو الالتماس أو أي إجراء آخر قدمه الأفراد لها وكان القانون يلزم الإدارة بالرد عليه خلال مدة معينة<sup>1</sup>.

وفي فرنسا حدد قانون العلاقة بين الجمهور والادارة بدء الميعاد بأربعة أشهر تالية لصدور القرار وذلك إذا كان القرار منشأ لحقوق سواء قامت بالسحب الإدارة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الغير أو بناء على طلب المستفيد من القرار وذلك إذا كان القرار غير مشروعاً. كما حدد بدء ميعاد سحب القرارات اللائحية أو الغير لائحية التي لم ينشأ عنها حقوق بمدة الأربعة أشهر التالية لصدور القرار الغير مشروع المراد سحبه.

## 2- امتداد ميعاد السحب

يفضي ارتباط مواعيد السحب بمواعيد الطعن القضائي إلى أنه كلما امتد ميعاد الطعن بالإلغاء لأحد الأسباب التي يقررها القانون امتد تبعاً له ميعاد السحب<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ رفعت عيد سيد - القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة - القاهرة - المرجع السابق - ص 145.

<sup>1</sup> د/ طعيمة الجرف - القانون الإداري - المرجع السابق - 1973م - ص 513، 514.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بعدما ذكرت المدة السحب وتقيدها بمدة الستين يوماً المقررة للطعن القضائي أنه ... مع مراعاة ما قد يلحق تلك المدة من أسباب الانقطاع المحكمة

فيجوز سحب القرار الإداري بعد الميعاد وذلك ما إذا رفعت دعوى الإلغاء خلال المدة المحددة قانوناً ولم يصدر حكم في الدعوى وتدليلاً على ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه إن حق الإدارة في سحب القرارات الإدارية غير المشروعة ... مرهون بأن تنتشط الإدارة في ممارسته خلال ميعاد الطعن القضائي وهو ستون يوماً من تاريخ صدور القرار الإداري المعيب أو إلى ما قبل صدور حكم في دعوى طلب إلغائه<sup>1</sup>. فعدم صدور حكم في الدعوى يعني أن القرار مازال في طور من الزعزعة ومعرضاً للزوال، وطالما لم يتم تحصينه من الزوال بحكم قضائي، فلا حصانه تعصمه من الزوال بواسطة الإدارة. غير أن الإدارة تتقيد في هذه الحالة بأن يكون السحب وفقاً لطلبات الطاعن في الدعوى<sup>2</sup>، فنطاق السحب يتحدد بالأسباب التي أبدأها الطاعن في دعواه فيشترط أن يكون القرار مبنيًا على ذات

---

الإدارية العليا - جلسة 1981/5/25م - الطعن رقم 820 لسنة 20ق - المجموعة - السنة 26 - الجزء 2 - البند 138 - ص 1021.

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1968/3/2م - الطعن رقم 268 لسنة 11ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2069.

<sup>2</sup> د/ طعيمة الجرف - القانون الإداري - 1963م - ص 392، د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 706، د/ توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - المرجع السابق - ص 700.



الأسباب الواردة فيها. وتبعاً لذلك فإن ما لم يتم الطعن فيه بالإلغاء ولم يتم سحبه قبل انقضاء الميعاد المحدد يصبح نهائياً لا يجوز سحبه أثناء سير الدعوى<sup>1</sup>.

فسحب القرار المطعون فيه، يعد بمثابة تسليم بالضمن بطلبات المدعي في خصومة الإلغاء. فالإدارة بالقرار الساحب، تكون قد استجابت لمطالب المدعي قضائياً بإلغاء القرار المسحوب. غير أنه يشترط لصحة ذلك ألا تعيد الإدارة إنتاج القرار بعد السحب بذات معناه حتى وإن غايرت في معناه وعليه قالت المحكمة الإدارية العليا إنه ومن حيث أنه لما كانت الخصومة في دعوى الإلغاء عينية، مناطها اختصاص القرار الإداري في ذاته، استهدافاً لمراقبة مشروعيته، ويترتب على سحب القرار بمعرفة الجهة الإدارية، ما يترتب على إلغائه قضائياً. إذ يعتبر القرار كأن لم يكن، وتزول آثاره من وقت صدوره. وقد استقر القضاء على أنه إذا استجابت الإدارة المدعي عليها إلى طلب المدعي بسحب القرار في تاريخ لاحق لرفع الدعوى، فإن الخصومة تبعاً لذلك، تغدو غير ذات موضوع. ويتعين من ثم الحكم باعتبار الخصومة منتهية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>De Laubadère : Traité de droit administratif, T.I, 1973, P.326.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1990/5/26م - الطعانان رقما 2809 لسنة 31 ق ، 2375 لسنة 33 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة 35 - العدد الثاني من أول مارس 1990م إلى آخر سبتمبر 1990م

ولا يقدح في صحة هذا النظر، القول بأن تحسن القرار بفوات مدة الطعن فيه بالإلغاء، يحول دون قيام الإدارة بسحبه. مما يعني أن سحبها له أثناء الطعن فيه بالإلغاء، يكون غير ذي أثر، لتحقق السحب بعد نفاذ مواعده. فهذا القول، لا يمكن قبوله، لأن الطعن بالإلغاء، يرفع عن القرار حكم تحصنه، فيظل قابلاً للسحب، مهما طال مدته، مادام القضاء لم يفصل في دعوى إلغائه. لذا فإنه يمكن سحبه في أي وقت، ما بقي الطعن فيه قائماً أمام القضاء<sup>1</sup>. وحتى لو كان من أقام الطعن غير ذي صفة<sup>2</sup>. أو تم رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة<sup>3</sup>.

وفي فرنسا قد يمتد ميعاد سحب القرارات الإدارية غير المشروعة إذا كان من اللازم أن يسبق الطعن على القرار المنشأ لحقوق عمل تظلم سابق عليه، وتم تقديم هذا التظلم قانوناً، فإن إلغاء أو سحب القرار بحسب الأحوال يكون ممكناً خلال الأجل

---

- ص 1807 . وجلسة 1975/1/18م - الطعن رقم 54 لسنة 25 ق - مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا - السنة 20 - ص 136 .

<sup>1</sup> C.E, 26/10/2001. M Tersen. R.F.D.AD, 2001, P1316. Note. Terneyre.

<sup>2</sup> C.E 10/2/1982. Angeletie, Rec, P82, D.1983, R.P234, observ. Delvolve.

<sup>3</sup> محكمة القضاء الإداري الدائرة الاستئنافية - جلسة 1980/1/9م - الطعن رقم 24 لسنة 11 ق - السنة 11 - غير منشور.

الممنوح للجهة الإدارية للفصل في التظلم الوجوبي أو الإلزامي السابق على الطعن<sup>1</sup>.

وقد يحلو للبعض أن يتساءل عما قد يترتب على اتخاذ جهة الإدارة لموقف ينم عن عدولها عن سحب القرار بعد الحكم بانتهاء الخصومة؟ كأن تصدر قراراً بإلغاء الترقية التي منحت له إياها، استجابة إلى طلبه، أو خصم مبلغ التعويض الذي حكم بانتهاء الخصومة فيه، لتسليمها به. في هذه الحالة يعد قرار أو تصرف الإدارة مخالفاً للحكم باعتبار الخصومة منتهية. الأمر الذي يجعله معدوماً، لمناقضته لحجية الأمر المقضي به. وعليه قضي بأنه ... إذا كانت محكمة القضاء الإداري قد قضت بانتهاء الخصومة، حيث أثبتت ما أجرته الجهة الإدارية من سحب قرارها المطعون فيه.. بعد إقامة الدعوى .. فهو حكم قطعي في موضوع الدعوى، حاز بعد صيرورته نهائياً على قوة الأمر المقضي به، ومن حيث أنه تبعاً لذلك لم يكن للجهة الإدارية أن تتعرض للقرار رقم 558 لسنة 1970م بالنسبة للمدعي بعد أن قضي نهائياً باعتباره قائماً ومنتجا لآثاره. ولو سمح بذلك لما أمكن أن تقف

---

<sup>1</sup> Article L242-5 Lorsque le recours contentieux à l'encontre d'une décision de droits est subordonné à l'exercice préalable d'un recours administratif et qu'un tel recours a été régulièrement présenté, le retrait ou l'abrogation, selon le cas, de la décision est possible jusqu'à l'expiration du délai imparti à l'administration pour se prononcer sur le recours administratif préalable obligatoire.

المنازعة عند حد فيصبح لكل من الخصمين أن يجدد النزاع مرة بعد أخرى ...  
ودرءاً لكل ذلك فإن الحكم متى فصل في خصومة، كان لأبد من الوقوف عنده  
والنزول على ما احتواه لوضع حد من الخصومات والمنازعات ...<sup>1</sup>.

ويترتب على اعتبار القرار، بسحب قرار الجهة الإدارية بالتسوية الصادر بناء عليه  
حكم انتهاء الخصومة، قراراً منعماً، سريان الانعدام بشأنه التي من أخصها أنه لا  
يتحصن بما تتحصن به القرارات المعيبة، ولا يتقيد بمواعيد دعوى الإلغاء. إذ يظل  
باب الطعن عليه قائماً وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا ... ومن ثم يكون  
القرار، فضلاً عن مخالفته لأحكام القانون مخالفة جسيمة، قد انطوى على غضب  
السلطة .. وإهدار لحجية الحكم الصادر من تلك المحكمة ... وانحدر إلى مجرد  
الفعل المعدوم الأثر قانوناً. ولا يزيل عيبه فوات مواعيد الطعن فيه، ويظل باب  
الطعن قائماً، ولا يتقيد بمواعيد دعوى الإلغاء ...<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1981/2/15م - الطعن رقم 869 لسنة 23 ق - المكتب  
الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة  
26 - العدد الأول من أول أكتوبر 1980 إلى آخر فبراير 1981م - ص 551.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/12/28م - الطعن رقم 6927 لسنة 45 ق -  
مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا 2004، 2002م - الجزء الأول -  
ص 318 .

وفيما يتعلق بأثر البدء في إجراءات سحب القرار خلال الميعاد، ثم صدور القرار الساحب بعد الميعاد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن ليس بلازم سحب القرار كلياً أو جزئياً أثناء مدة السحب، بل يكفي أن تكون إجراءات السحب بإفصاح الإدارة عن إرادتها في هذا الخصوص قد بدأت قبل انتهاء هذا الميعاد، وهو ما يدخل القرار في طور من الزعزعة وعدم الاستقرار الذي لا يمكن أن يكسب أي مركز قانوني ثابت ومستقر، ويظل القرار هكذا طوال المدة التي تبحث فيها الجهة الإدارية مشروعية القرار، مادام أنها سلكت مسلكاً إيجابياً نحو بحثه، وتوفرت دلائل على عدم مشروعيته - القول بغير ذلك ينطوي على تكليف للإدارة بما يجاوز السعة، ويؤدي إلى إسراعها على وجه مبتسر في إصدار قرار السحب الذي قد يتبين بعد ذلك عدم مشروعيته، وهو ما يتعارض مع مصلحة ذوي الشأن والمصلحة العامة في الوصول إلى المراكز القانونية الصحيحة التي يجب أن تتسم بالثبات والاستقرار، لا المراكز القانونية المبنية على التسرع والتي تكون عرضة للإلغاء - تطبيقاً لهذا: إذا كانت الجهة الإدارية قد بحثت مشروعية القرار المسحوب، وانتهت إلى عدم مشروعيته، وبدأت بالفعل في اتخاذ إجراءات سحبه بالعرض على لجنة شؤون العاملين في الميعاد المقرر للسحب، فلا يعيب القرار الساحب أن يصدر في تاريخ لاحق لانتهاء المدة المقررة لسحب القرار الإداري<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2005/11/26م - الطعن رقم 7835 لسنة 46 ق - الدائرة الثانية - غير منشور، وجلسة 1991/3/31م - الطعن رقم 134 لسنة 34 ق - الموسوعة

## الفرع الثاني

### عوارض ميعاد السحب

قد يصادف صدور القرارات الإدارية، من الأسباب، ما يحول دون أن تنقيد الإدارة بالميعاد المحدد عند سحبها، وهذه الأسباب رغم تعددها، إلا أن التطبيقات القضائية. عكستها واعتبرتها استثناءً من القاعدة العامة في تقييد السحب بمدة الستين يوماً - أربعة أشهر في فرنسا - تمليه المصلحة العامة<sup>1</sup>، وتتمثل هذه الاستثناءات فيما إذا كان القرار المعيب معدوماً أو صدر نتيجة غش وتدليس ممن صدر لمصلحته أو نتيجة تسوية خاطئة أجرتها الإدارة خلاف القانون وأخيراً القرارات الصادرة بناء على اختصاص مقيد وفق ما يفصل تباعاً.

#### أولاً: سحب القرارات المنعومة والصادرة نتيجة غش أو تدليس

ان ثمة حالات للقرارات الإدارية، تعكس شروط إحداتها أثرها في تحرر الإدارة من ميعاد سحبها. تأخذ حيناً شكل القرارات المنعومة. وتتجلى حيناً آخر في القرارات الصادرة نتيجة الغش أو التدليس من جانب صاحب الشأن. ولعل هذا ما تقصدته

---

الإدارية الحديثة - 1993/1985 - الجزء 35 - القاعدة 368 - ص 1061، وجلسة 1976/2/1 - الطعن رقم 386 لسنة 16 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2068 .

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1968/3/2م - الطعن رقم 268 لسنة 11 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2069.

المحكمة الإدارية العليا بقولها إن القرار الإداري ... وجب على جهة الإدارة أن تسحبه خلال الميعاد المقرر قانوناً للطعن عليه بالإلغاء ... لا يخرج عن ذلك الأصل العام إلا أن يكون القرار الإداري معدوماً، أو صدر نتيجة غش أو تدليس من جانب صاحب الشأن أو بمشاركته، ففي هاتين الحالتين لا يتقيد سحب القرار الإداري بالميعاد المذكور - الغش يفسد كل شيء<sup>1</sup>. كما قضت أيضاً بأن شروط سحب القرار الإداري بعد تحصنه، أولاً إذا كان القرار معدوماً، وثانياً إذا بنى على غش<sup>2</sup>. وذكرت أن ثمة استثناءات من موعد الستين يوماً هذه تتمثل أولاً فيما إذا كان القرار المعيب معدوماً - أي لحقت به مخالفة جسيمة للقانون تجرده من صفته كتصرف قانوني لتتنزل به إلى حد غصب السلطة وتتحدر به إلى مجرد الفعل المادي المنعدم الأثر قانوناً فلا تلحقه أي حصانة، وثانياً فيما لو حصل أحد الأفراد على قرار إداري نتيجة غش أو تدليس من جانبه إذ أن الغش يعيب الرضاء ويشوب الإرادة والقرار الذي يصدر من جهة الإدارة نتيجة هذا الغش أو التدليس يكون غير جدير بالحماية. فهذه الأحوال الاستثنائية تجيز سحب القرار دون التقيد

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2014/5/18م - الطعن رقم 11704 لسنة 59 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ربع قرن من 1991/10/1م إلى 2016/9/30م - المجموعة 59 - الجزء 2 - المبدأ 69/ب - ص 808.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2008/12/13م - الطعن رقم 10195 لسنة 47 ق - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الرابع - 2009م - ص 189.

بموعد الستين يوماً، ولجهة الإدارة أن تصدر قرارها بالسحب في أي وقت حتى بعد فوات هذا الموعد<sup>1</sup>.

وهكذا، لا يصدق وصف القرار بالمنعدم إلا إذا لحقه عيب جسيم. فالقرار المنعدم يعكس مدى جسامته العيب الذي لحق القرار الإداري وقد عبرت عن ذلك المحكمة الإدارية العليا بقولها استقر قضاء هذه المحكمة بأن الذي ينحدر بالقرار إلى درجة الانعدام هو مدى جسامته العيب: فكلما كان العيب الذي شاب القرار الإداري بسيطاً، كان القرار باطلاً ويتحصن إذا لم يطعن عليه خلال المواعيد المقررة. أما إذا بلغ العيب درجة كبيرة من الجسامته، انحدر القرار إلى درجة الانعدام فلا يتحصن<sup>2</sup> فالقرار المنعدم هو الذي يبدو بصورة فاضحة عدم تجاوبه مع أي قانون أو لائحة<sup>3</sup>.

وقد تحدثت المحكمة الإدارية العليا عن حالات الانعدام إذ تقول القرار الإداري لا يكون منعدماً إلا في حالة غصب السلطة أو في حالة انعدام إرادة مصدر القرار،

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1989/12/17م - الطعن رقم 444 لسنة 36 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة 357 - ص 1031،1032.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1996/6/26م - الطعن رقم 364 لسنة 35 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1997/1993 - الجزء 44 - القاعدة 63 - ص 274 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1960/9/21م - الطعن رقم 58 لسنة 2 ق - مجموعة المحكمة في عشر سنوات - الجزء 1 - ص 470.



غصب السلطة يكون في حالة اعتداء سلطة إدارية على اختصاص محجوز للسلطة التشريعية أو السلطة القضائية - قرار إنهاء الخدمة إذا ما صدر من مدير عام التربية والتعليم بالمحافظة، دون أن يكون مفوضاً من المحافظ صاحب الاختصاص الأصلي في إصدار قرارات إنهاء الخدمة فإن القرار في هذه الحالة يكون معيباً بغيب عدم الاختصاص البسيط الذي يؤدي إلى بطلانه وليس انعدامه<sup>1</sup>.

إذن فإن صدور قرار من شخص غير متمتع بصفة قانونية يعتبر مغتصباً للسلطة، كإصدار قرار بتوقيع عقوبة تأديبية على الموظف من فرد عادي فيكون قراراً منعماً، لكن ليس كل قرار معيب بغيب الاختصاص هو قرار معدوم، وإنما هنالك من القرارات المعيبة بغيب الاختصاص البسيط تكون قرارات باطلة قابلة للإلغاء وليست معدومة حيث لم تبلغ مخالفة المشروعية فيها حداً جسيماً.

أما فيما يتعلق بالقرارات الصادرة بناء على الغش أو التدليس فقد يتخذ صاحب الشأن المستفيد من الطرق الاحتيالية ما يوقع الإدارة في غلط، يشوب إرادتها في إصدار القرار الإداري ففي هذه الحالة يجوز لجهة الإدارة سحب القرار الإداري دون التقيد بالميعاد المحدد. وهو ما تؤكد المحكمة الإدارية العليا بقولها يعتبر التدليس عيباً من عيوب الإرادة إذا شاب التصرف أبطله وما يترتب عليه من آثار - أساس

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/1/19م - الطعن رقم 6292 لسنة 45 ق - مجموعة المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا منذ نشأتها وحتى 2009م - الجزء 3 - ص 290 .

ذلك: إن الغش يفسد كل شيء - التدليس عمل قصدي يتوافر باستعمال صاحب الشأن طرقاً احتيالية بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع يدفع الإدارة فعلاً إلى إصدار قرارها - الطرق الاحتيالية إما أن تكون طرقاً مادية كافية لإخفاء الحقيقة أو عملاً سلبياً محضاً يتمثل في صورة كتمان صاحب الشأن عمداً بعض المعلومات الأساسية التي تجهلها جهة الإدارة ولا تستطيع معرفتها ويؤثر جهلها تأثيراً جوهرياً في إرادتها. مناط ترتيب التدليس أثره في إبطال التصرف أن يكون التدليس صادراً من المستفيد - يكفي في هذا الشأن ثبوت علم المستفيد بهذا التدليس أو أنه كان من المفروض حتماً أن يعلم به. أساس ذلك: ألا يضار المستفيد من فعل غيره - فكرة التدليس تقوم على معاقبة المدلس ذاته وحرمانه من الاستفادة من ناتج عمله<sup>1</sup>.

كما يلزم لسحب القرار في هذه الحالة إقامة الدليل على وقوع غش من جانب المستفيد يعيب الإرادة، ويفسد القرار الصادر. ومثل ذلك تماماً كمثل تعيين الموظف بناءً على شهادة مزورة، ثم يتبين بعد إصدار القرار أنها كانت مجرد حيلة نسجت حول الإدارة لتضليلها. وهذا في ذاته غش أفسد الرضا، ويبطل القرار تبعاً. وتديلاً على ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا ركن العمد هو العنصر الأساسي لقيام الغش في القرارات الإدارية التي يجوز لجهة الإدارة سحبها دون التقيد بميعاد

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1987/5/9م - الطعن رقم 2423 لسنة 27 ق - السنة 32 - الجزء 2 - البند 183 - ص 1206 .

الستين يوماً، لا يجوز لجهة الإدارة أن تقيم الغش في حق العامل دون توافر المظاهر الدالة على ذلك<sup>1</sup>. كما تقول الغش يعدم التصرف الذي بني عليه ولا يكسب من ارتكبه حقاً ولا يستقر أو يتحصن مركزه القانوني مهما استطلت المدة لأنه بحكم العدم ويجوز سحبه في أي وقت دون التقيد بميعاد<sup>2</sup>.

وعلى ذلك في حالة الحصول على قرار إداري نتيجة غش أو تدليس من جانب من صدر لصالحه القرار، ففي هذه الحالة يجوز سحب القرار في أي وقت ولو بعد فوات ميعاد الطعن عليه بالإلغاء<sup>3</sup>. وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي وطبقه في أحكامه<sup>4</sup>. وهو ما تم تقنينه بمقتضى المرسوم رقم 1341 لسنة 2015م في قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة الفرنسي حيث نصت المادة 2/241 منه على أنه مع عدم التقيد بأحكام هذا الباب - المنظم للسحب والإلغاء - يجوز

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1985/12/8م - الطعن رقم 616 لسنة 29 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - المجموعة 31 - الجزء الأول - القاعدة 74 - ص 564 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1994/11/20م - الطعن رقم 1171 لسنة 40 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء 1 - القاعدة 166 - ص 637 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2008/1/5م - الطعن رقم 3902 لسنة 48 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية منذ إنشائها وحتى 2009م - الجزء 3 - ص 292.

<sup>4</sup> C.E. 12/4/1935 Sarovitch Rec, P520.

سحب أو إلغاء أي قرار إداري صدر بناء على غش أو تدليس في أي وقت ودون التقيد بميعاد محدد<sup>1</sup>.

### ثانياً: سحب التسويات الخاطئة للمرتبات وما في حكمها

متى تبين للإدارة خطأ ما قامت به من تسويات، يجوز لها سحب القرارات الإدارية المتعلقة بتلك التسويات في أي وقت ودون التقيد بميعاد معين، أساس ذلك أن الموظف يستمد حقه في التسوية من قاعدة تنظيمية عامة، وتبعاً لذلك فمن سويت حالته لا يستمد حقه من تلك التسوية ولكن يستمد من القانون مباشرة. فالتسوية لا تعدو أن تكون إجراءً تنفيذياً للقاعدة القانونية، لا ينتج عنها أي مزايا أو حقوق نهائية لا يجوز المساس بها إذا كانت مخالفة للقانون<sup>2</sup>.

وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة قضاءً وإفتاءً حيث قضت المحكمة الإدارية العليا أنه مادامت هذه المراكز القانونية مراكز التسويات تنشأ بقوة القانون، فهي من الحقوق التي لا يسري عليها ميعاد السقوط المذكور - ميعاد الستين يوماً المنصوص عليه في قانون مجلس الدولة - وإنما تخضع لمدد التقادم المعتادة

---

<sup>1</sup> Article L241-2 : Par dérogation aux dispositions du présent titre, un acte administrative obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retire.

<sup>2</sup> د/ محمود حلمي - القرار الإداري - القاهرة - دار الاتحاد العربي للطباعة - 1970م - ص 272.

بالنسبة للجانبين، الموظف أو الحكومة. فيجوز للموظف أن يطالب بتسوية وضعه القانوني على مقتضاها خلال مدد التقادم، كما يجوز للإدارة خلالها إلغاء هذه التسويات إن كانت قد تمت على خلاف القانون بصرف النظر عن ميعاد الستين يوماً ...<sup>1</sup>. كما قضت بأنه متى ثبت أن التسوية التي أجرتها الإدارة قد تمت بالمخالفة للقانون، فإنها لا تتمتع بالحصانة ويحق لها الرجوع فيها دون التقيد بمواعيد السحب في القرارات الإدارية الباطلة، لأن من سويت حالته لا يستمد حقه من تلك التسوية وإنما يستمد مباشرة من القانون إن كان له أصل حق بموجبه<sup>2</sup>. وذكرت أيضاً من المعلوم أن التسويات المالية التي تقع خاطئة لا تكون بمنأى عن السحب أو الإلغاء في أي وقت ودون التقيد بميعاد معين متى تبين للسلطات الإدارية وجه الخطأ فيها<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1956/3/31م - الطعن رقم 38 لسنة 2 ق - مجموعة المحكمة في عشر سنوات - الجزء 1 - ص 555.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1958/1/11م - الطعن رقم 250 لسنة 5 ق - المجموعة - السنة 3 - البند 62 - ص 529 .

وهو ما أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - انظر فتوى رقم 625 ملف 1042/3/86 - بتاريخ 2004/7/26م.

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1964/1/29م - الطعن رقم 1119 لسنة 9 ق - مجموعة المحكمة في عشر سنوات - الجزء 2 - ص 1737 .

### ثالثاً: سحب القرارات المبنية علي سلطة تقديرية أو مقيدة

ان المتأمل في النصوص المنظمة لسلطة الإدارة، يلحظ أن المشرع حين اعترف للإدارة بسلطة إصدار قرارات إدارية. مايز في هذا الشأن بين ما إذا كانت سلطتها تقديرية أم مقيدة. فجعل في الأولي للإدارة حرية العمل والاختيار في ممارسة الاختصاص. وقصر في الثانية تصرفها علي وجه معين حدده القانون وقيد حريتها<sup>1</sup> بدرجة لا تترك لها أي حرية في التقدير.

وتجلية لذلك يقول البعض<sup>2</sup> ان السلطة التقديرية هي الحالات التي يترك فيها القانون للإدارة حرية تقدير الظروف الواقعية التي تواجهها فيكون لها الحق في أن تتدخل بإصدار القرار أو لا تتدخل ولا تصدر أي قرار كما يكون لها إذا رأت أن تتدخل أو تختار بحرية نوعية القرار الذي تراه ملائماً لهذه الظروف، وهكذا فإن المرجح في وجود الإدارة في سلطة تقديرية هو نص القانون فإذا كان المشرع لا يلزمها بالتدخل في ظروف معينة ولا يلزمها حينما تتدخل أن يكون قرارها على نحو معين فإن الإدارة توجد في مثل هذه الحالة في نطاق سلطة تقديرية. أو كما يقول

---

<sup>1</sup> د/ ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - الإسكندرية - منشأة المعارف - 2004م - ص 51.

<sup>2</sup> د/ محمد رفعت عبدالوهاب - مبادئ وأحكام القانون الإداري - الإسكندرية - دار المطبوعات الجامعية - 2012م - ص 238.

الفقيه " بونار" <sup>1</sup> تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية عندما يمنحها القانون حرية في التدخل أو الامتناع ووقت هذا التدخل وشكله ومضمون القرار الذي تتخذه.

أما السلطة المقيدة فتعني أن يكون مسلك الإدارة في ممارسة اختصاصاتها قد تحدد سلفاً بقواعد القانون، فإذا فرض القانون علي الإدارة وسائل محددة وأوضاعاً معينة لتحقيق أهدافها، غدا اختصاصها مقيداً بما فرضه القانون، لا تستطيع الحياد عنه وإلا عدت تصرفاتها باطلة <sup>2</sup>. ويرى الفقيه " جيرو" <sup>3</sup> انه في حالة السلطة المقيدة

---

<sup>1</sup> مشار إليه د/ محمود خلف الجبوري - القضاء الإداري دراسة مقارنة - لبنان - مطبعة الأرز - الطبعة الأولى - 1998م - ص 36 .

<sup>2</sup> د/ طارق فتح الله خضر - القضاء الإداري - دون ذكر للنشر - 2004/2005م - ص 53.

<sup>3</sup> مشار إليه د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 31.

ويري بعض الفقه أن سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية تكون في معظم الأحيان أضيق من مجرد ممارسة اختصاص يخولها إياه المشرع، بل يصدر المشرع قواعد قانونية يترك للإدارة سلطة تحديد الشروط التفصيلية لتطبيقها ونكون حينئذ أمام تنفيذ القانون، أما تطبيق القانون، فمقتضاه أن يكون للإدارة أن تقرر انطباق القاعدة القانونية علي فرد معين وتتمتع الإدارة في التطبيق بسلطة تتسع وتضيق، فقد تترك القاعدة القانونية للإدارة حرية اختيار السبب الذي تبني عليه القرار وقت صدوره واختيار موضوعه، وقد لا يترك لها أي حرية فيصدر القرار بناءً علي سلطة مقيدة. انظر د/ محمود حلمي - نهاية القرار الإداري - مجلة العلوم الإدارية - السنة السادسة - العدد الأول - 1964م - ص 250 .

لا يترك القانون للإدارة أية حرية في التقدير، بل إنه يفرض عليها بطريقة أمرية التصرف الذي يجب عليه مراعاته.

وبإنعام النظر في أحكام مجلس الدولة، يتبين أن قضائه متردد، فتارة يتبع ما عليه الحال في شأن التمييز بين القرارات الإدارية الصادرة بناء علي سلطة تقديرية وتلك الصادرة بناء علي سلطة مقيدة، حيث أعفي المجلس الإدارة، حال سحبها للقرار المعيب، من شرط الميعاد. فأجاز سحب القرارات الصادرة بناء علي سلطة مقيدة في أي وقت، قاصراً شرط الميعاد علي سحب القرارات الإدارية المعيبة المبنية علي سلطة تقديرية، وتارة أخرى لا يعتد بهذه التفرقة ويقيد سحب كافة القرارات بميعاد الطعن بالإلغاء. غير أن الأحكام والمبادئ الحديثة لمجلس الدولة أخذت بهذه التفرقة.

فقد سلكت محكمة القضاء الإداري بصدد سحب القرارات الإدارية المعيبة مسلكاً، يعتمد علي التفرقة بين القرارات الإدارية الصادرة بناء علي سلطة مقيدة والصادرة بناء علي سلطة تقديرية.

إذ أعلنت ومنذ البداية عن جواز سحب القرارات الصادرة بناء علي سلطة مقيدة في أي وقت، واستقر قضاؤها علي ذلك، بل ان أحكامها أضحت بالتواتر اتجاهاً مستقراً، وتبيان ذلك يقتضي التعرض لموقف محكمة القضاء الإداري في أوليات أحكامها في عام 1951م بشأن سحب قرارات باطلة للإعفاء من التجنيد. حيث



عبرت المحكمة عن إعمال هذه التفرقة بقولها ... لا وجه للتحدي بأنه ليس للإدارة حق سحب قراراتها الفردية بعد اكتسابها الحصانة من الطعن عليها بالإلغاء بعد ستين يوماً من تاريخ صدورها لأن القرار الصادر بالإعفاء قرار إداري مبني علي سلطة مقيدة لا علي سلطة تقديرية، والقرارات الباطلة المبنية علي سلطة مقيدة يجوز سحبها في أي وقت<sup>1</sup>

في قضاء آخر لذات المحكمة عدلت عن ما استقر عليه سابقاً من جواز سحب القرارات الصادرة بناء علي سلطة مقيدة في أي وقت والسابق الإشارة إليه آنفاً، حيث ذهبت إلى أن إذا كان القرار الصادر بالترقية قد انطوى على مخالفة لحكم المادة 106 من قانون التوظيف، إلا أن ذلك لا يجرده من صفته الإدارية، ويصبح معصوماً من السحب خلال الستين يوماً التالية لصدوره<sup>2</sup>. وتقول في حكم آخر ... إن قرار القيد في أكثر من دبلوم في سنة واحدة قد تم بالمخالفة للقانون، وبالتالي يجوز سحبه أو إلغاؤه خلال مدة الستين يوماً التالية، فإذا انقضت هذه المدة أصبح القرار حصيناً من السحب والإلغاء، ما لم يكن الأمر منطوياً علي غش

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1951/4/3م - القضية رقم 558 لسنة 4 ق - السنة 6 - ص 801.

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1958/12/3م - مجموعة السنة 12،13 - ص 151.

أو تدليس من صدور القرار لصالحه، وهو ما لم يقدّم عليه دليل في هذه القضية ...

1

وتكشف هذه الأحكام عدم اعتماد معيار السلطة المقيدة ومن ثم التقيد بالميعاد، وتحسين القرار المعيب من السحب. رغم مخالفته الصريحة لنصوص القانون، وذلك استجابة لاستقرار العمل الإداري والمراكز القانونية، وعدم تعرضها للزعزعة والاضطراب<sup>2</sup>.

غير أن الأحكام التي لم تعدد بمعيار السلطة المقيدة تعتبر أحكام معدودة واتجاهاً شارباً في ظل تواتر أحكام محكمة القضاء الإداري القديمة منها والحديث على عدم التقيد بميعاد حال سحب القرارات الإدارية المعيبة الصادرة بناء على سلطة مقيدة<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1981/2/10 - القضية رقم 220 لسنة 31 ق .

<sup>2</sup> د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 413،414 .

<sup>3</sup> ولمزيد من الأحكام في شأن أعمال معيار السلطة المقيدة وتحرر سحب القرارات الإدارية المعيبة من الميعاد انظر: محكمة القضاء الإداري - جلسة 1952/5/15م - القضية رقم 1179 لسنة 5 ق - السنة 6 - البند 389 - ص 1008 ، وجلسة 1952/5/26م - القضية رقم 1244 لسنة 5 ق - السنة 6 - البند 427 - ص 1073 .

وانظر حكم محكمة القضاء الإداري - جلسة 1979/2/27م - الطعن رقم 1337 لسنة 30 ق ، وجلسة 1980/2/6م - الطعن رقم 32 لسنة 10 ق - موسوعة القرار الإداري - م/ حمدي ياسين عكاشة - الجزء 3 - ص 1760.

وتؤيد المحكمة الإدارية العليا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري من اعتماد معيار السلطة المقيدة . من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا ... يبين أن سلطة جهة الإدارة في إجراء التسوية للعامل طبقاً لأحكام القانون هي سلطة خالية من عناصر التقدير ومجرد تطبيق للأحكام الواردة في القانون أي التحقق من توافر الشروط لاستحقاق رد الأقدمية أو الترقية الفرضية، فتجرد قرارها من صفة القرار الإداري المنشئ للمركز القانوني وتنزل به إلى مرتبة العمل التنفيذي وبالتالي تكون جهة الإدارة قد أصدرتها بمقتضى سلطتها المقيدة. وعليه، فيجوز سحب التسوية. مادام قد ثبت مخالفتها للقانون دون التقيد بميعاد الستين يوماً...<sup>1</sup>.

على خلاف التحرر من شرط الميعاد ، خرجت المحكمة الإدارية العليا في بعض أحكامها - القليل منها - علي هذا الاستقرار الذي وجد، فتحول قضاؤها من جواز سحب القرارات الإدارية الصادرة علي سلطة مقيدة في أي وقت إلى عدم جواز ذلك حيث نقول أما وقد صدر قرار بقبول استقالة المهندس في 1963/11/25م فإنه وان كان قرار قبول الاستقالة مخالفاً للقانون بناءً علي الحظر الوارد بالمادة الخامسة

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1981/5/24م - الطعن رقم 632 لسنة 24 ق - السنة 26 - الجزء 2 - البند 139 - ص 1025،1026.

من القانون رقم 296 لسنة 1956م الخاص بتكليف المهندسين، إلا انه قد تحسن بانقضاء المواعيد المقررة للسحب أو طلب الإلغاء وأصبح بمثابة القرار السليم<sup>1</sup>.

وظلت المحكمة الإدارية العليا على قضائها بإعمال ذات التفرقة بين القرارات الإدارية الصادرة بناء على سلطة تقديرية وتلك الصادرة بناء على سلطة مقيدة وتواترت أحكامها واستقرت، وعبرت عن ذلك بقولها إن قضاء وإفتاء مجلس الدولة جرى على أن القرار الصادر من الجهة الإدارية بناء على سلطتها المقيدة يقبل السحب دون التقيد بميعاد الستين يوماً المقررة قانوناً لسحب القرارات الإدارية التي تصدر بناء على سلطتها التقديرية... فإذا ما أصدرت جهة الإدارة بموجب سلطتها المقيدة قرار بالمخالفة للقواعد الصحيحة من أحكام القانون، كان لها إذا ما انتهت إلى فساد القرار المادي أن تقوم بسحبه في أي وقت وليس للعامل محاجتها بحقوقه المكتسبة المترتبة على ذلك<sup>2</sup>. كما قضي أيضا بأن القرارات الإدارية الصادرة

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 746- جلسة 1964/8/24م - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات 1955، 1965م - ص 722. مشار إليه د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 411.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1995/12/16م - الطعن رقم 421 لسنة 34 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - السنة 1997/1993م - الجزء 49 - القاعدة 168 - ص 644.

عن سلطة مقيدة يجوز لجهة الإدارة سحبها متى بان وجه الخطأ فيها، دون التقيد بالميعاد المقرر للطعن القضائي<sup>1</sup>.

وقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي هذه التفرقة في حكم له تتلخص وقائعه في أن أحد المحافظين أصدر بتاريخ 1970/9/2م - قراراً بمنح السيد Lafarge تعويضاً مستمراً يضاف إلى معاشه وذلك استناداً إلى التعديل الذي حصل بموجب المرسوم المؤرخ في 1969/11/17م، وبالرغم من عدم إفصاح الحكم عما إذا كان هذا القرار سليماً أو معيباً فإن الوقائع تشير إلى أنه صدر بصورة غير مشروعة، ومع ذلك فإن المحافظ لا يملك أية سلطة تقديرية بمنح أو رفض هذه التعويضات وبالتالي يمكن الرجوع في هذا القرار حتي بعد انتهاء مدة الطعن القضائي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا جلسة 2007/1/17م - الطعن رقم 2162 لسنة 48 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ربع قرن من 1991/10/1م إلى 2016/9/30م - المجموعة 52 - المبدأ 42 - ص 287 ، وجلسة 2007/11/28م - الطعن رقم 19732 لسنة 52 ق - المجموعة السابقة - المجموعة 53 - الجزء 1 - المبدأ 36/ب - ص 265 ، وجلسة 2014/5/24م - الطعن رقم 41389 لسنة 56 - المجموعة السابقة - المجموعة 59 - الجزء 2 - المبدأ 74/ب - ص 865 ، وجلسة 1986/3/9م - الطعن رقم 1534 لسنة 26 ق - موسوعة القرار الإداري - م/ حمدي ياسين عكاشة - الجزء 3 - ص 1766 .

<sup>2</sup> مشار إليه د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 657 .

ولم يحظ هذا الاتجاه القضائي بقبول الفقه، الذي يكاد ينعقد إجماعه علي معارضته، ويؤسس أصحاب هذا الرأي مذهبهم بالقول ان تعبير قرار إداري صادر عن سلطة مقيدة، وقرار صادر عن سلطة تقديرية. هو اصطلاح غير موفق، لتداخل التقدير والتقييد معاً في كل قرار إداري تقريباً. ومن ناحية ثانية فإن فقهاء القانون العام، ومجلس الدولة في فرنسا، يفرقون بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة توصلأ إلى معرفة مدى رقابة القضاء للإدارة في استعمالها لكل من السلطتين: رقابة القضاء - وهي رقابة مشروعية - تهيمن علي تصرفات الإدارة المقيدة، لأن هذه التصرفات يجب أن تسير وتحيا في النطاق القانوني الذي رسمه المشرع. ولكن رقابة القضاء لا تمتد إلى ملاءمة التصرفات التقديرية إلا في نطاق محدود وهو عدم الانحراف بهذه التصرفات عن الهدف المرسوم. ولكن لم يرتب فقهاء القانون العام في فرنسا ولا قضاء مجلس الدولة الفرنسي على هذه التفرقة أية نتيجة فيما يتعلق بالسحب، فالقرار الذي تغلب علي عناصره فكرة التقييد، شأنه شأن القرار الذي تغلب علي عناصره فكرة حرية التقدير، يستقر بعد انقضاء مدد الطعن القضائية، فيما عدا الحالات الاستثنائية. بل إن أغلب تطبيقات نظرية السحب إلى مجال السلطة المحددة أقرب منها إلى مجال السلطة التقديرية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ سليمان مجد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 736،737 .

ويضيف البعض<sup>1</sup> أن هذه التفرقة تتنافى مع الأساس الذي قامت عليه نظرية السحب، وأن القواعد التي أقامها مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد إن هي إلا نوع من التوفيق بين مبدأ المشروعية ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة. وهذا الأساس ليس من شأنه أن يجعل القواعد الخاصة بسحب القرارات المبنية على سلطة مقيدة مغايرة لتلك التي تتعلق بالقرارات المبنية على سلطة تقديرية لأن الحكمة من عدم جواز السحب في الحالتين واحدة.

كما ذهب البعض<sup>2</sup> أن الغالبية العظمى من القرارات تصدر بمقتضى نصوص قانونية، كما هي الحال في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والقول بغير ذلك معناه إهدار قاعدة استقرار الحقوق والمراكز القانونية إذ تظل الأوضاع مزعزعة ممدداً طويلة بالنسبة للأفراد.

وهو ذاته ما انتقده البعض الآخر<sup>3</sup> معتبراً هذه التفرقة لا مبرر لها، وتحدث زعزعة في المراكز القانونية، ينعكس أثرها حتى على نفس العاملين، سواء المستفيدين من

---

<sup>1</sup> د/ ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية - القاهرة - دار النهضة العربية - 1970م - ص 123 .

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 396 .

<sup>3</sup> م/ عادل بطرس - تعليق على اتجاه مجلس الدولة قضاء وإفتاء إلى التفريق بين القرارات المبنية على سلطة مقيدة، والقرارات المبنية على سلطة تقديرية - مجلة مجلس الدولة - السنوات من العشرين إلى الخامسة والعشرين - 1975م - ص 235 .

تلك القرارات الذين يحسون أن حقوقهم عرضة للإلغاء أو التعديل في أي وقت، أو المضرورين من تلك القرارات الذين ينفسح المجال أمامهم للطعن فيها لمدد طويلة، وهو ما يتنافى مع العلة من تقرير ميعاد لرفع دعوي الإلغاء تتحسم من بعده الأمور وتستقر الأوضاع.

وانتهى أصحاب هذا الرأي إلى ضرورة خضوع كافة القرارات الإدارية سواء الصادرة بناء علي سلطة مقيدة أو تقديرية إلى ميعاد الطعن بالإلغاء وعدول مجلس الدولة عن أعمال هذه التفرقة في هذا الشأن. وبالرغم من هذه الانتقادات إلا أن المجلس ظل سائراً في هذا الاتجاه.

وبالرغم من هذا الإجماع إلا ان من الفقهاء<sup>1</sup> من انبري يزود عن اتجاه مجلس الدولة مبرراً بأن القرار المبني علي اختصاص سلطة مقيدة يسلب المشرع الإدارة صاحبة الحق في إصداره من كل سلطة تقديرية فتختلط بذلك ملاءمة إصدار القرار بمشروعيتها، ويصبح وجهاً لوجه أمام هذه المشروعية، وفي هذا الخصوص لا يترك

---

<sup>1</sup> م/ محمد عبدالجواد حسين - سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد - مجلة مجلس الدولة - السنة الرابعة - ص 265 . وجدير بالذكر أن هذا التحليل تعرض للنقد ووصف بأنه غير دقيق لأنه من النادر أن تختفي جميع النواحي التقديرية في القرار، ثم إن القرار التقديري أيضاً قد يكون مخالفاً للقانون ومع ذلك فإنه يستقر، والحماية إنما جعلت للقرار المخالف للقانون، لأن القرار السليم ليس بحاجة إلى حماية. والواقع أن هذا الرأي يغفل الحكمة التي قامت عليها نظرية السحب . انظر د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 737 بالهامش .



لها أية حرية في إصدار القرار أو عدم إصداره في وقت معين، وبشكل معين وعلى وجه معين، أما إذا ترك المشرع للإدارة أية حرية في التقدير فإن القرار يعتبر قراراً إدارياً عادياً.

لا محاجة في أن الرأي المعارض لاتجاه مجلس الدولة أولى بالإتباع. لاتفاقه من ناحية مع مبدأ حماية الحقوق المكتسبة واستقرار المراكز القانونية. فضلاً عن توافقه مع العلة من تقرير ميعاد للسحب. والقول بغير ذلك يفضي إلى إهدار الحقوق وزعزعة المراكز القانونية التي استقرت وهو ما تأباه قواعد العدالة. بما ينعكس ذلك على الثقة في القرار الإداري. فقاعدة حق الإدارة في سحب القرارات غير المشروعة يقابلها قاعدة أصلية أخرى هي أحق بالرعاية وأولي بالتقديم، من مقتضاها كفالة الاستقرار وتوفير الطمأنينة لحفظ المراكز القانونية وجعلها بمنجاة من الزعزعة والاضطراب، ولو كانت مشوبة، بعد فوات الوقت الذي عينه القانون للطعن عليها من جانب ذي الشأن. وهكذا ننتهي إلى لزوم التقيد بالميعاد حال سحب القرارات الإدارية الصادرة بناء علي سلطة مقيدة. بذات قدر ضرورته، في القرارات الصادرة بناء علي سلطة تقديرية، ونضيف كاستثناء من هذا الأصل جواز سحب القرار الصادر بناء علي سلطة مقيدة دون التقيد بالميعاد متي لم ينتج عنه أي أثر أو يترتب عليه أي حقوق لأحد.

## المبحث الثاني

### آثار سحب القرارات الإدارية

بصدور قرار السحب ينحسم وضع القرار المراد سحبه، ويطوي بتراكمه الإجرائي صفحاً ينتقل بعدها القرار الساحب إلى رحاب الواقع مرتباً جملة من آثار. يتماثل في شأنها مع غيره من أحكام الإلغاء. إذ أن كليهما يرتب ذات النتائج. ولعل ذلك ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها السحب الإداري والإلغاء القضائي كليهما جزاء لمخالفة عدم المشروعية يؤدي إلى إنهاء القرار بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدوره<sup>1</sup>.

وهذا ما تشير إليه محكمة القضاء الإداري حيث قضت ان مقتضى الحكم الصادر بالإلغاء - وهي ذات مقتضيات القرار الساحب - إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار الملغي، على أن تمتنع الإدارة عن اتخاذ أي إجراء تنفيذي يبنني عليه ترتيب أثر لهذا القرار بعد إلغائه - أو بعد سحبه - وأن تتخذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذ مؤدى الحكم مع تطبيق نتائجه القانونية، على أساس افتراض عدم صدور القرار الملغي من بادئ الأمر وتسوية الحال على هذا الوضع، ومن ثم تستمر سلطتها في هذه الحدود في الإفصاح عن إرادتها لإحداث مراكز قانونية

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1966/1/2م - الطعن رقم 1520 لسنة 7 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 3 - ص 2074 .

حسبما لا يتعارض مع هذا الحكم<sup>1</sup>. وتقول في حكم آخر إن القاعدة في تنفيذ أحكام الإلغاء تقضي بتحمل الجهة الإدارية بالتزامين: أحدهما سلبي بالامتناع عن اتخاذ أي إجراء تنفيذي يترتب عليه حدوث أثر للقرار بعد إلغائه، والآخر إيجابي باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذ مؤدى الحكم مع تطبيق نتائجه القانونية، وذلك على أساس افتراضه عدم صدور القرار الملغي ابتداء<sup>2</sup>.

إن يفضي قرار السحب إلى إزالة وإنهاء القرار المسحوب من تاريخ صدوره، واعتباره كأن لم يكن مما يستتبع هدم كل ما يترتب على هذا القرار من آثار وهو ما يطلق عليه بالأثر الهادم لقرار السحب. كما أن هذا السحب قد يتطلب إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور قرار السحب وهذا ما يسمى بالأثر البناء لقرار السحب. وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر أكثر دلالة قالت ... ويترتب على السحب اعتبار القرار كأن لم يكن، وهذا السحب يستتبع العودة بالحالة وكأن القرار المسحوب لم يصدر قط، أو لم يكن له أي وجود قانوني، ومن

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1955/3/8م - الدعوى رقم 753 لسنة 7 ق - المكتب الفني - السنة 9 - الجزء الأول - ص 351 .

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1951/6/21م - الدعوى رقم 653 لسنة 4 ق - المكتب الفني - السنة 5 - الجزء الأول - ص 1094.

ثم يقتضي الأمر إهدار كل أثر للقرار المذكور من وقت صدوره وإعادة بناء مركز المطعون ضده...<sup>1</sup>.

بيد أن هذا الأثر على قدر وضوحه، يثير تساؤلين: ماذا لو قامت جهة الإدارة بسحب القرار الإداري قبل أو بعد - أثناء سير الدعوى - رفع دعوى الإلغاء فما أثر ذلك على دعوى الإلغاء؟ كما أن قرار السحب قد تمتد فاعليته إلى مرحلة ما بعد صدوره، يلاحق الجهة الإدارية ذاتها في ذمتها المالية مما قد يؤدي إلى ترتيب مسؤوليتها المالية. فهل مسؤولية الإدارة تقوم وهي تمارس هذا الإجراء؟

تتركز إذن، آثار سحب القرارات الإدارية في أمور ثلاثة: الأثر الرجعي لقرار السحب، ونعرض له في مطلب أول. وآثار السحب على دعوى الإلغاء، ونبتناولها في مطلب ثان. وأخيراً المسؤولية المالية للجهة الإدارية، ونعالجها في مطلب أخير.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1973/12/30م - الطعن رقم 838 لسنة 15 ق - السنة

## المطلب الأول الأثر الرجعي لقرار السحب

على نحو ما ذكر من قبل، أول ما يفرض إليه القرار الساحب من أثر. إنهاء القرار الإداري بأثر رجعي إنهاءً يتجسد في إزالة القرار المسحوب من تاريخ صدوره وما يترتب عليه من آثار، واعتباره كأن لم يكن وإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور قرار السحب.

غير أن الأثر الرجعي لقرار السحب، على نحو ما تقدم، قد يكون غير مطلق، إذ توجد حالات يتم الحد فيها من الأثر الرجعي لقرار السحب. وهي حالات تتنوع غاياتها. إذ بعضها يراعي بتحقيقه اعتبارات معينة، كحسن نية الموظف وعدم صدور القرار بناء على غش أو تدليس من جانبه أو تحقيق مصلحة الغير حسن النية .

بيد أنه، وهو على هذه الحال، يثير عدة تساؤلات، نجتزئ منها، ما يدور حول نطاقه، وأثر الظروف التي تعاصره، في الحد من آثاره. وهكذا نعرض لكل منها بقدر يفى بتمام الإحاطة به.

## الفرع الأول

### نطاق الأثر الرجعي لقرار السحب

القرار الساحب في علاقته بالقرار المسحوب يفضى إلى إزالة هذا الأخير من الوجود بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن من تاريخ صدوره. وهو ذاته ما جاءت أحكام مجلس الدولة، تؤكد. من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنه من المقرر قانوناً أن سحب أي قرار إداري يعني إعدامه من تاريخ مولده، وبمعنى آخر موته من تاريخ صدوره<sup>1</sup>. وتقول في حكم آخر أن القرار الساحب ... سيكون رجعياً من حيث إعدامه لآثار القرار المسحوب من تاريخ صدور هذا القرار الأخير<sup>2</sup>. وذكرت أنه يترتب على السحب زوال القرار المسحوب وكل ما يترتب عليه من آثار<sup>3</sup>. كما قضي أيضاً إن قرار مجلس الجامعة بالموافقة على تعيين المطعون ضده، يحمل في طبيعته إفصاحاً عن نية المجلس في سحب قراره الأول واعتباره كأن لم يكن، وهذا السحب يستتبع العودة بحالة المطعون ضده، وكان القرار المسحوب لم يصدر قط، ولم يكن له أي وجود قانوني، ومن ثم يقتضي الأمر محو

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1990/1/13م - الطعن رقم 1446 لسنة 32 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة 37 - ص 1067.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1992/4/11م - الطعن رقم 1464 لسنة 33 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة 360 - ص 1040.

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1965/1/16م - الطعن رقم 1265 لسنة 7 ق - مجموعة المحكمة في عشر سنوات - الجزء 1 - ص 335.

كل أثر للقرار المذكور من وقت صدوره وإعادة مركز المطعون ضده، وكأن القرار الصادر بالموافقة على تعيينه قد صدر اعتباراً من تاريخ صدور القرار المسحوب، وما يتبع ذلك من أعمال سائر الآثار المترتبة على السحب<sup>1</sup>. فالأثر الرجعي في هذا الشأن معناه تدخل الإدارة بقرار آخر جديد لسحب قرار سابق ولد معيباً من وقت صدوره<sup>2</sup>.

ولا ينتهي أثر السحب عند سحب القرار المسحوب بأثر رجعي فحسب، وإنما يقع التزام على الجهة الإدارية بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المسحوب، وفي سبيل ذلك تصدر الإدارة ما تراه من قرارات وتتخذ كافة الأعمال التي من شأنها تحقيق هذا الهدف بإعادة الحال إلى ما كانت عليه<sup>3</sup>. فسحب القرار الصادر بفصل أحد الموظفين يقتضي إعادة ذلك الموظف إلى عمله كما لو كانت خدمته مستمرة ومتصلة ولم تنقطع. ومن ثم تلتزم الإدارة باتخاذ القرارات والإجراءات اللازمة كافة لتعيد وضعه إلى ما كان عليه في السابق، فيما يتعلق بالترقية والعلاوات والتقاعد.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1973/12/30م - الطعن رقم 838 لسنة 15 ق - المكتب الفني - السنة 19 - ص 83.

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - المرجع السابق - ص 453.

<sup>3</sup> د/ حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري - المرجع السابق - ص 1802.

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة القضاء الإداري بأنه يترتب على سحب القرار التأديبي الصادر من رئيس الدائرة بتوقيع جزاء بخصم خمسة أيام من راتب المدعي، صيرورة القرار التأديبي غير قائم وكأن لم يصدر أصلاً، فإذا ثبت أن قرار نقل المدعي مترتب على الجزاء التأديبي سالف الذكر، يتعين ترتيباً على ذلك سحب قرار النقل أيضاً .

غير أن الأثر الرجعي لقرار السحب قد يكون جزئياً في بعض الأحيان وليس كاملاً كاقْتِصَارِ السحب على جزء من القرار غير المشروع وكان قابلاً للتجزئة فيقتصر أثره على هذا الجزء دون أن يمتد إلى بقية القرار ويظل باقي القرار صحيحاً منتجا لجميع آثاره متى كان ذلك ممكناً وهذا ما تؤكدُه المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأن سحب القرار الإداري قد يكون كلياً شاملاً لجميع محتوياته وآثاره وقد يكون جزئياً مقصوراً على بعضها مع الإبقاء على بعضها الآخر، كل ذلك حسبما تتجه إليه نية الإدارة فعلاً، ومتى تكشفَت هذه النية للمحكمة وجب على مقتضاها تحديد مدى السحب وإنزال أثره القانوني<sup>1</sup>.

نخلص مما سبق، إلى أن سحب القرار الإداري يفضي إلى إزالة وإنهاء القرار من وقت صدوره، وهذا يعني هدم كل ما يترتب على هذا القرار من آثار، وهو ما

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1956/6/23م - الطعن رقم 856 لسنة 2 ق - المكتب الفني - السنة 1 - العدد الثالث - من يونيو 1956 إلى آخر سبتمبر 1956 - البند 116 - ص 958 .



يسمى بالأثر الهادم لقرار السحب، فضلاً عن ذلك هذا السحب قد يتطلب إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المسحوب، وهذا يعني وجوب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المسحوب وهو ما يسمى بالأثر البناء لقرار السحب.

### - سحب السحب

يثور التساؤل عن الأثر المترتب إذا صدر قرار سحب،. وتم سحبه باعتباره محلاً للسحب بدوره ؟

بانعام النظر في أحكام المحكمة الإدارية العليا يتبين أنها أجازت سحب القرار الساحب وأعملت أثره حيث أقرت سحب قرار ساحب لترقية وأعملت أثره ورتبت نتائجها وتم العمل بقرار الترقية منذ تاريخ صدوره حيث عبرت عن ذلك بقولها إذا كان القرار الصادر بترقية بعض موظفي الجامعة قد اعتمد في 30 من إبريل سنة 1953 ممن يملك هذا الاعتماد، وهو مدير الجامعة، اعتباراً بأنها ترقية إلى الدرجة الخامسة وليس على ما هو أعلى منها، ثم استعمل وزير المعارف سلطته الإشرافية التي يمارسها بوقف القرار ثم إلغائه، وبوجه خاص لما اعتقده من أن الأمر يمس موظفي الجامعات الثلاث لا جامعة القاهرة وحدها، وهي سلطة يقتصر مداها على التحقق من مراعاة تطبيق القانون واستيفاء الأشكال والأوضاع التي قررها دون بحث القرار من الوجهة الموضوعية لتقدير ملاءمته أو عدم ملاءمته، فسحب هذا

القرار مؤقتاً ريثما يتم فحص الأمر من النواحي القانونية لما أثير حول هذا القرار من شكاوى تتضمن تعيباً له بمقولة أنه مخالف في أساسه القانوني لما سبق أن قضت به محكمة القضاء الإداري بحكم يجعل الجامعة كلها وحدة مالية واحدة بالنسبة لترقية الموظفين من غير أعضاء هيئات التدريس. ولما تم فحص الأمر من الجهات القانونية المختصة وتبين أن هذا الحكم يعالج حالة خاصة بالترقيات التنسيقية، انتهى الرأي إلى تأكيد صحة قرار اعتماد الترقية، وبذلك عادت الحال إلى ما كانت عليه قبل هذا السحب المؤقت ويعتبر قرار مدير الجامعة الصادر في 30 من إبريل سنة 1953 قائماً، ومن ثم يستحق المدعون الترقية إلى الدرجة الخامسة اعتباراً من هذا التاريخ ...<sup>1</sup>

وفي حكم آخر أعملت المحكمة آثار قرار بسحب قرار فصل من الخدمة رغم كون القرار الساحب مخالفاً للقانون، وذلك لأنه لم يتم سحب القرار الساحب. مما يفهم منه بجواز السحب حيث قضت بأنه قرار السحب ... لا يعدو أن يكون قراراً مخالفاً للقانون، ولإزالة الآثار المترتبة عليه، كان يجب أن يصدر قرار من السلطة المختصة بسحبه. فإلى أن يصدر هذا القرار أو ينقضي الميعاد الجائز فيه

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1960/1/30م - الطعن رقم 76 لسنة 5 ق - مجموعة المحكمة في عشر سنوات - الجزء 2 - ص 1779.

وإن لم تتضبط اصطلاحات هذا الحكم على نحو محدد من وقف وسحب مؤقت، إلا أن فكرته العامة تدور حول جواز السحب عما استبان الخطأ فيه. انظر د/ محمد فؤاد عبدالباسط - الأعمال الإدارية القانونية - المرجع السابق - ص 850.

السحب، فإن قرار السحب يكون منتجاً لآثاره القانونية. ومادام أنه لم يتبين ... صدور قرار بالعدول عن سحب القرار موضوع الطعن الحالي فإن القرار الذي أنبنى عليه فصل المدعية من الخدمة وقد سحب ... لم يعد له كيان قانوني، وبالتالي لم يعد منتجاً لآثاره التي رتبها هذا القرار، ومن ثم يكون فصل المدعية من الخدمة قد تم بناء على قرار عدل عنه بقرار السحب الذي تحصن بفوات المواعيد المقررة للسحب وهي ستون يوماً من تاريخ صدوره<sup>1</sup>.

وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي حيث قضى بأن سحب القرار السليم يعتبر قراراً معيباً يجوز سحبه أو إلغاؤه خلال مدد الطعن القضائي<sup>2</sup>.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث له بعد صدور قانون السحب والإلغاء الإداري بأنه يترتب على الأحكام المذكورة في المادة 1/242 من قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة وذلك بناء على المرسوم رقم 1341 لعام 2015م. أن للإدارة سحب قرار أنشأ حقوقاً خلال فترة أربعة أشهر من تاريخ صدوره. وعند قيامها بإصدار قرار السحب وتم الطعن عليه وصدر حكم بإلغاء هذا القرار الساحب، يعود القرار الأول إلى العمل به من تاريخ صدور القرار القضائي بإصدار

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1962/11/17م - مجموعة المحكمة في عشر سنوات - الجزء 2 - ص 1777.

<sup>2</sup> C.E 14/5/1968, Ministre affaires sociales c./dame Gasselin, P113 - 25/4/1948 Veillared P175.

هذا الإلغاء. من ناحية أخرى، لا يترتب على هذا الإلغاء فتح فترة جديدة مدتها أربعة أشهر لسحب القرار الأول، رغم أن هذا الأخير قد يحتوي على مخالفات يمكن أن تبرر قانوناً سحب القرار. ومع ذلك، عندما يتم سحب القرار المنشئ للحقوق في غضون المهلة الزمنية للإجراءات القانونية ثم إعادته بعد الإلغاء القضائي لسحب القرار، تبدأ المهلة الزمنية للإجراءات القانونية مرة أخرى حيث يمكن الطعن في القرار الأول فيما يتعلق بالأطراف الثالثة بداية من التاريخ الذي تم فيه استعادة القرار المنشئ للحقوق<sup>1</sup>.

فقرار السحب شأنه شأن القرارات الإدارية، إذا كان قرار السحب معيباً يتعين سحبه في خلال مدد الطعن القضائي، وإلا صار القرار الساحب حصيناً من السحب أو الإلغاء. وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها إن القرار المطعون فيه صدر بسحب قرار باطل تحصن بفوات ميعاد الطعن فيه بالإلغاء ف جاء قرار سحبه باطلاً متعيناً الحكم بإلغائه، ويكون غير صحيح ما قضى به الحكم المطعون فيه من صحة ذلك السبب<sup>2</sup>

فإذا كان قرار السحب صحيحاً وقامت الإدارة مع ذلك بسحبه من جديد، كان قرار السحب الجديد معيباً بدوره، وعرضة لسحب ثالث خلال مدد الطعن القضائي

---

<sup>1</sup>C.E 26 juillet 2018, N° 419204 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1979/1/20م - الطعن رقم 229 لسنة 21 ق - السنة 25 - غير منشور .

بالإلغاء فإذا تم إلغاء القرار الساحب. يعتبر القرار المسحوب كأن لم يسحب، وينفذ من تاريخ سريانه، كما لم يصدر القرار بسحبه.

ويبدو أن المحكمة الإدارية العليا نحت غير ذات المنحى في حكم آخر لها فلم تجز سحب القرار الساحب، استناداً إلى أن الساقط لا يعود. أو هكذا قالت عدم جواز سحب القرار الساحب وعدم جواز ورود الإلغاء على الإلغاء دعوى من المقرر قانوناً أن سحب أي قرار إداري يعني إعدامه من تاريخ مولده وبمعنى آخر موته من تاريخ صدوره وإذا كان الأمر كذلك فإن سحب قرار السحب مسألة لا يقرها منطق ولا يقبلها عقل ذلك أنه بإعدام قرار ما يصير أي تصرف إداري عاجزاً عن أن يعيده إلى الحياة تطبيقاً لقاعدة عامة معروفة تقضي بأن الساقط لا يعود - هذا المبدأ يفرض نفسه على عالم القانون لفرط بداهته - إذا كان القرار المعدوم لا يمكن أن يبعث حياً لذا يصير القول بعدم جواز سحب قرار السحب مبدأ عقلانياً له قيمة المبدأ القانوني ويغدو من مقتضيات الشرعية تجنب إذا صدر قرار بسحب قرار السحب فإنه يتعين الالتفات عنه واعتباره كأن لم يكن - هذا القول لا ينطبق على السحب فقط وإنما يمتد نطاقه ليشمل الإلغاء - الإلغاء كذلك لا يجوز وليس من شأنه أن يبعث المعدوم حياً<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1990/1/13م - الطعن رقم 353 لسنة 32 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة

وهذا قضاء منتقد فالحجج التي تسوقها المحكمة، تبريراً لعدم جواز سحب السحب تحتاج إلى وقفة متأنية. فمن جهة يرى البعض<sup>1</sup> أنه إذا كان قرار السحب يفترض تصحيحاً لخطأ وقعت فيه الإدارة وصدر بعد بحث وتمحيص ودراسة. فيصعب تصور وقوع الإدارة في خطأ آخر في قرارها الساحب. إلا أن ذلك لا يعني استحالة حدوث ذلك. والقول بغير ذلك يعني عدم اعتبار القرار الساحب قرار مستقل بذاته وقابل للطعن عليه بالإلغاء.

ومن جهة ثانية القول أن القرار المسحوب من السواقط التي لا تعود. قول تعوزه الدقة، لأن معناه عدم قابلية هذا القرار للطعن فيه قضاءً بالإلغاء. وهذا غير صحيح لأن القرار المسحوب قابل للطعن عليه وهو بذلك لم يصر بعد عدماً ومن السواقط التي لا تعود. ولعل ذلك أيضاً يخالف ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا نفسها من أنه مادام أن سلطة السحب جائزة قام اختصاص رقابة المشروعية<sup>2</sup>. فمتى قامت رقابة المشروعية يستتبع ذلك إمكانية السحب من الإدارة.

---

الخامسة والثلاثون - العدد الأول من أول أكتوبر سنة 1989 إلى آخر فبراير سنة 1990 - المبدأ 66 - ص 782.

<sup>1</sup> د/ محمد فؤاد عبدالباسط - الأعمال الإدارية القانونية - المرجع السابق - ص 852 وما بعدها.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1989/4/29م - الطعن رقم 1917 لسنة 32 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة 301 - ص 898.

ومن جهة ثالثة ان ما أورده المحكمة من عدم جواز ورود الإلغاء على الإلغاء، هو تمثيل في غير موضعه لأن الإلغاء الإداري لا يرد إلا على قرار مشروع ويسري آثاره بالنسبة للمستقبل فقط، ومن ثم لا وجه لمقارنته بالسحب محلاً لأن السحب يكون على قرار غير مشروع. فيتعلق الأمر عندئذ بأحكام السحب وليس الإلغاء.

وأخيراً ما دمنا قد سلمنا أن القرار الساحب قرار مستقل قائم بذاته فيجب بالتالي ترك هذا القرار محكوماً بما يحكم سائر القرارات الإدارية من قواعد السحب والإلغاء وينضبط بها أمره. وذلك إلا أن يتعلق الأمر بقرار معدوم والمقصود بالانعدام هنا ينصرف إلى فقدان القرار لأركان ومقومات وجوده في ذاته أو تعييه بمخالفة جسيمة تفقده وصفه كتصرف قانوني لتنزل به إلى مرتبة الفعل المادي غصبا للسلطة. فإذا كان القرار المسحوب معدوماً أصلاً وصدر لذلك قرار بسحبه، فهنا لن يمكن سحب القرار الساحب ويمكن بالفعل القول عندئذ بامتناع سحب السحب. لأن القرار المعدوم لم تكن له حياة أصلاً حتى يمكن لأي إجراء بصفة عامة أن يعيده مرة أخرى إليها، ولذا لم تكن من حاجة لأن يصدر بالانعدام قرار وإن صدر فلا يعدو أن يكون مجرد قرار كاشف لحقيقة واقع ومثبت لمادية وجوده. وذكرنا من قبل أن المحكمة الإدارية العليا في هذا الخصوص قضت بأن الإجراء المعدوم ليس بحاجة

لقرار إداري ليبطله، وإن صدر به قرار فلا يتعدى الأمر كونه إقراراً بحقيقة الواقع<sup>1</sup>

ويرى بعض الفقه<sup>2</sup> أن تعدد القرارات الساحبة والمسحوبة يكشف عن فساد الجهاز الإداري وتضارب آرائه بالنسبة إلى أمر واحد، ومن ثم فصاحب هذا الرأي يؤيد ما يذهب إليه البعض من أنه إذا أرادت الإدارة أن تعيد قراراً إلى الحياة بإلغاء القرار الصادر بسحبه، فمن المستحسن أن تصدر قراراً جديداً مبتدأً متضمناً للآثار المراد إحيائها.

ويذهب البعض<sup>3</sup> إلى أن تعدد القرارات الساحبة لا يعدو أن يكون أمراً مبالغاً فيه من الناحية النظرية ولا تتجاوز الفروض العملية في الواقع عن سحب لقرار السحب وهو أمر معقول. ولذلك يذهب رأي<sup>4</sup> - وبحق - إلى الإبقاء على القاعدة الأصولية التي من مقتضاها أن السحب ما هو إلا إعدام للقرار بأثر رجعي، بما يعكسه ذلك من إعادة المركز القانوني لصاحب الشأن إلى الحالة التي كان عليها قبل صدور

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1960/11/5م - الطعن رقم 640 لسنة 5 ق - مجموعة المحكمة في عشر سنوات - الجزء 1 - ص 857 .

<sup>2</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 773.

<sup>3</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 573.

<sup>4</sup> د/ حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 464 .



قرار السحب، وهذا ضمان لاستعادة أصحاب الشأن لحقوقهم المغتصبة بقرار غير مشروع.

كما أنه في بعض الحالات يكون السحب هو الطريق الوحيد لتحقيق المصلحة العامة. وقد كشف القضاء الفرنسي عن ذلك في حكمه في قضية Dame de Seize<sup>1</sup>. وتتخلص وقائعها في أن قراراً قد صدر باعتبار سجادتين صنعتا في القرن الخامس عشر موجودتين في قلعة Chateau de Bort من الآثار، ثم صدر قرار بسحب القرار الأول، وكانت الغاية منه تمكين الألمان من الاستيلاء على السجادتين، ولما طرد الألمان صدر قرار ثالث بسحب قرار السحب، فاحتج مالِك السجادتين على هذا القرار الأخير، باعتباره قد صدر دون موافقته، وهو ما يقضي به القانون الفرنسي، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرار السحب ليس قراراً مبتدئاً حتى يشترط لإصداره موافقة المالك، ولكنه مجرد سحب لقرار غير مشروع تقتصر آثاره على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور قرار السحب.

خلاصة القول إذن، إن القرار الساحب شأنه شأن أي قرار إداري يجوز سحبه باعتبار ان السحب وسيلة رقابة ذاتية، تمكن الإدارة من مراجعة قراراتها والتأكد من مشروعيتها وتصحيح ما اعترأها من عيوب.

---

<sup>1</sup> C.E 4/6/1948 Dame de Seize, L.G.D.J, 1948, P486, note A. Gervais.

## الفرع الثاني

### مدى الالتزام بالأثر الرجعي لقرار السحب

الأصل، كما ذكرنا، ان الجهة الإدارية حال سحبها للقرار، تلتزم بإزالة القرار المسحوب بأثر رجعي. غير أن هناك من الظروف والحالات ما يحول دون تطبيق الأثر الرجعي بصورة مطلقة. وهو ما نفصل حديثه تباعاً.

#### أولاً: الحد من الأثر الرجعي فيما يتعلق بالمرتبات

ان سحب قرار فصل موظف من الخدمة قد يكون ذو أثر جزئي. حيث انه يفضي إلى عدم انقطاع الرابطة الوظيفية بين العامل وجهة العمل ليس فقط من تاريخ صدور قرار السحب وإنما منذ صدور قرار الفصل. إلا أنه لا ينطوي على أحقية العامل في صرف أجره عن الفترة ما بين الفصل والسحب لأن ذلك يحكمه قاعدة أخرى مقتضاها أن الأجر مقابل العمل. ففي حالة انعدام العمل يستتبع ذلك عدم استحقاق الأجر. مع عدم الإخلال بالحق في التعويض إذا توفرت شروطه وأحكامه<sup>1</sup>. واستدللاً على ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا من حيث إن المستقر عليه وفقاً لقضاء المحكمة الإدارية العليا أن مقتضى إلغاء أو سحب قرار الفصل أن تصبح الرابطة الوظيفية وكأنها لا تزال قائمة بكافة آثارها، إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يعود للعامل حقه في المرتب طوال مدة الفصل. ذلك أن الأصل في

<sup>1</sup> د/ محمد فؤاد عبدالباسط - الأعمال الإدارية القانونية - المرجع السابق - ص 860 .

المرتّب أنه مقابل العمل، وينشأ للعامل الحق في التعويض عن الفصل غير المشروع إذا ما توافرت عناصره<sup>1</sup>. وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فيما أفتت به حيث تقول ... فإن المستقر عليه في قضاء وإفتاء مجلس الدولة أن الأجر مقابل العمل فإذا لم يباشر العامل عملاً فإنه لا يستحق أجراً، وأن الراتب وملحقاته لا يستحق تلقائياً عن فترة إبعاد العامل عن وظيفته ...<sup>2</sup>.

ويرى الباحث أنه من الأجدر توفير الحماية للموظف الذي تم فصله من عمله نتيجة قرار معيب بدون وجه حق. فيجب في هذه الحالة أن يحصل على راتبه وما كان يتقاضاه من أجر الذي حال بينه وبين صرفه القرار المعيب الصادر بفصله. حيث أن الموظف كان على استعداد للقيام بعمله وتحمل أعباء وظيفته لولا صدور القرار المعيب فلا يجوز حرمانه من راتبه خلال فترة الفصل. غير أن مجلس الدولة آثر إعمال مبدأ الأجر مقابل العمل وإعطاء الحق لمن تم فصله نتيجة قرار معيب في المطالبة بالتعويض.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1986/6/27م - الطعن رقم 318 لسنة 26 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 35 - القاعدة 370 - ص 1066 .

<sup>2</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - رقم 87 بتاريخ 2016/2/6م - ملف رقم 364/1/58 - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الثاني - عام 2016م - ص 121 .

## ثانياً: مدى استرداد ما تم صرفه بدون وجه حق

وتدق المسألة، حال صرف فروق مالية للعامل ويثور التساؤل عن مدى استرداد ما تم صرفه للعامل في حالة تم سحب قرار غير مشروع؟ بإنعام النظر في أحكام المحكمة الإدارية العليا يتبين أنها ذهبت في أوليات أحكامها إلى استرداد ما تم صرفه دون تفريق بين أي من أحوال السحب. حيث تقول يترتب على سحب قرار الترقية إعدامه بأثر رجعي من تاريخ صدوره، ومن ثم يتعين إعادة حالة العامل إلى ما كانت عليه قبل الترقية واسترداد ما قامت الإدارة بصرفه بناء على قرار الترقية المخالف للقانون، إذ لا يكون هناك ثمة سند لاستحقاق العامل للآثار المالية المترتبة على هذا القرار لزوال سببها وهو القرار المسحوب<sup>1</sup>.

وفي حكم لاحق سلكت المحكمة الإدارية العليا مسلكاً مستحدثاً إذ ميزت بين ما إذا كان القرار المسحوب صدر بناء على غش أو تدليس من صاحب الشأن أو بناء على خطأ مادي أم كان نتيجة خطأ الإدارة في الفهم أو التقدير أو كان بسبب سوء فهم وتقدير من جانب العامل حسن النية. ففي الحالة الأولى يجب استرداد ما يكون قد صرف للعامل من مبالغ مالية بناء عليه، وفي الحالة الثانية لا يجوز استرداد ما تم صرفه وها هي تقول من حيث إن المقرر أنه بالنسبة لمدى جواز قيام الإدارة

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1986/3/9م - الطعن رقم 1534 لسنة 26 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1985/1993م - الجزء 35 - القاعدة 364 - ص 1050.

بتحصيل الفروق المالية الناتجة عن القرارات الإدارية الملغاة - فإن كانت الأولى، فلا جدال في وجوب مطالبة الموظف بالفروق المالية التي حصل عليها بغير حق منذ صدور القرار وحتى إلغائه دفعاً لغشه وسوء قصده وتقويتاً لباطل مسعاه أو تصويماً لواقع الخطأ المادي. وإن كانت الثانية، فإن مقتضيات العدالة الإدارية ترتب للموظف الحق فيما حصل عليه من فروق مالية نتيجة القرار الملغي، إذ لا شأن له فيما صاحب إصدار هذا القرار من خطأ في الفهم أو اختلاف في التقدير، أسوة بجائر الشيء حسن النية الذي يستجمع قانوناً الحق في جني ثمراته ولو ظهر فيما بعد أن الشيء يستحق لسواه، فضلاً عن أن مثل هذا الموظف يكون في الغالب قد رتب حياته وأستقام معاشه وأسرته على هذا الأساس. ومن غير المستساغ إلزامه برد ما صرفه بحسن نية. ومن حيث إن الثابت أن منح المطعون ضده العلاوة التشجيعية بموجب القرار رقم ... مرجعه إلى خطأ وقعت فيه جهة الإدارة وسوء تقدير منها يناه عن الخطأ المادي، وكذلك خطأ من جانب المطعون ضده يتمثل في اعتقاده بحقه في الحصول على علاوة الماجستير مرة أخرى. ومن ثم لا يتأتى استرداد الفروق المالية المترتبة على منح تلك العلاوة بعد أن تقرر سحبها. ومن ثم يكون القرار المطعون فيه فيما تضمنه ... من استرداد الفروق المالية التي صرفت للمطعون ضده قد وقع مخالفاً للقانون، الأمر الذي يتعين معه القضاء بإلغائه<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1999/11/20م - الطعن رقم 202 لسنة 40 ق - المجموعة - السنة 45 - البند 20 - ص 188، 189.

وهذا النظر كانت قد أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وتضيف أن الموظف إنما يكون في الغالب قد رتب حياته واستقام معاشه وأسرته على أساس ما ناله من ترقية، ومن غير المستساغ إلزامه برد ما قبضه بحسن نية مقترناً بإرجاع حالته إلى ما كانت عليه قبل الترقية، ولا غبن في ذلك على الخزنة العامة مادام أن مثل هذا الموظف قد قام بعمل الوظيفة المرقى إليها ونهض بمقتضياتها وتحمل التزاماتها ومظهرها طوال الفترة التي انقضت بين صدور قرار الترقية وإلغائها، وغنمت الحكومة من جراء ذلك ما أداه إليها من خدمات في الوظيفة المرقى إليها الأصل تعادلها مع سائر مزاياها المقررة تأسيساً على قاعدة الغرم بالغنم<sup>1</sup>.

والخطأ المادي الذي اقترن بالقرار الإداري و يؤدي إلى استرداد المبالغ التي صرفت بغير حق يتحقق في حالة ما إذا قصدت السلطة الإدارية شخصاً أو حالة معينة، إلا أن الخطأ المطبعي أو الخطأ الإداري في نقل القرار قد ذكر شخصاً آخر.

واسترداد الإدارة للمبالغ التي صرفت بدون وجه حق محكوم بالمادة 187 من القانون المدني التي تسقط حق الإدارة في استرداد المبالغ التي صرفت بدون وجه

---

<sup>1</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - رقم ملف 844/3/86 - جلسة 1992/4/12م.

حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي تعلم فيه بحقها في الاسترداد<sup>1</sup>. أو خلال مدة التقادم الطويل في حالة عدم علمها حيث تنص على تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق لانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه غير المستحق بحقه في الاسترداد وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أيضاً بعدم جواز استرداد المبالغ التي تم صرفها للعاملين بالجهاز الإداري للدولة نتيجة تسوية خاطئة، مادام الخطأ من جهة الإدارة ولم تقترن هذه التسوية بسعي غير مشروع من جانبهم، أو مجاملة من القائمين على أمرهم بالجهة الإدارية، وذلك إعمالاً لمقتضيات العدالة التي تحتل شأنًا عظيمًا في القانون الإداري، والمبادئ العامة التي تمليها ضرورات سير المرافق العامة وما تقتضيه رعاية عمالها وتأمينهم ضد المفاجآت التي تضرب بها حياتهم، إذ لا شأن لهم فيما وقع فيه صاحب القرار من خطأ في الفهم أو اختلاف في التقدير.... ولا غرو أن ذلك كله منوط بتوفر حسن النية لدى العاملين والقائمين على أمرهم بالجهة الإدارية سداً لكل ذريعة نحو التحايل أو المجاملة، فإذا ما أفصحت الأوراق عن غش، أو تواطؤ أو مجاملة فينهض حق

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1964/12/6م - الطعن رقم 621 - مجموعة أبوشادي في عشر سنوات - ص 118. وانظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 770 - ملف رقم 211/2/7 بتاريخ 2003/11/10م .

جهة الإدارة في الاسترداد من العامل برد قصده عليه تفويتاً لباطل مسعاه، فضلاً عن المساءلة التأديبية للعامل ولمن شاركه هذا الإثم، قطعاً للسبيل أمام كل من تسول له نفسه أن يعطي أو يأخذ غير المستحق من أموال المرفق الذي يعمل به غشاً أو مجاملة ....<sup>1</sup>

وفي فرنسا ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الشروط والمواعيد الخاصة بسحب القرارات الإدارية المعيبة وإلغائها بالطريق الإداري، لا تنطبق في شأن استرداد الماهيات أو المرتبات التي تكون قد صرفت للموظفين العموميين بغير موجب القانون أو الخطأ في تفسيره، وأن استرداد مثل هذه المبالغ جائز خلال خمس سنوات<sup>2</sup>. وقد استند القضاء إلى نص المادة 2277 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على بأن تتقادم بخمس سنوات فوائد الديون، وعلى وجه العموم جميع ما سبق دفعه دورياً أو سنوياً أو في مدد أقل من سنة وقد استبعد القضاء أعمال نص المادة 2266 الخاصة بمدة التقادم الطويل وهي ثلاثون عاماً. لما في ذلك تكليف بما يجاوز السعة فضلاً عن أن في ذلك إرهاب للموظفين.

---

<sup>1</sup> فتوى الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع ملف رقم 1034/3/86 بجلسة 2004/1/14م ، وملف رقم 1129/3/86 بجلسة 2015/4/1م ، وفتوى رقم 931 ملف رقم 1200/3/86 بجلسة 2020/5/13م - غير منشورين.

<sup>2</sup> C.E 11/3/1927 Dame lehoux, D 13/3/1928 , note Appleton

مشار إليه د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - المرجع السابق - ص 366.



ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي أخذ بمدة التقادم الخمسي بينما مجلس الدولة المصري طبق مدد التقادم المنصوص عليها في المادة 187 من القانون المدني السابق الإشارة إليها.

وجدير بالذكر أن المشرع تدخل من قبل لحماية الموظفين الذين يضارون بحسن نية نتيجة للمسلك أو التوجه الجديد. ومن ذلك القانون رقم 55 لسنة 1962م في شأن التجاوز عن استرداد ما صرف إلى الموظفين والعمال من مرتبات وأجور ونص في المادة الأولى منه علي أنه يتجاوز عن استرداد ما صرف إلى الموظفين والعمال من مرتبات وأجور بناء على قرارات بالترقية أو تسويات صادرة من جهات الإدارة تنفيذاً لحكم أو فتوى صادرة من القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة والإدارات العامة من ديوان الموظفين، وذلك إذا أُلغيت أو سحبت تلك القرارات والتسويات كما نصت المادة الثانية منه علي أنه يعتبر صحيحاً ما سبق صرفه إلى الموظفين والعمال بالتطبيق لتلك القرارات والتسويات الملغاة ونصت المادة الثالثة منه علي أنه لا تسري أحكام المادتين السابقتين إلا على القرارات والتسويات التي تمت تنفيذاً للأحكام والفتاوى التي صدرت اعتباراً من أول يوليو سنة 1952 إلى تاريخ العمل بهذا القانون

كما صدر بعدها القانون رقم 96 لسنة 1986 والتي تنص المادة الأولى منه يتجاوز عن استرداد ما صرف بغير وجه حق حتى تاريخ العمل بهذا القانون من الحكومة أو وحدات الحكم المحلي أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو

هيئات القطاع العام وشركاته العاملين بصفة مرتب أو أجر أو بدل أو راتب إضافي إذا كان الصرف قد تم تنفيذاً لحكم قضائي أو فتوى من مجلس الدولة أو رأي للجهاز المركزي للتنظيم والإدارة أو رأي لإحدى إدارات الشؤون القانونية معتمد في هذه الحالة الأخيرة من السلطة المختصة. ثم ألغى الحكم أو عدل عن الفتوى أو الرأي. ويجوز بقرار من السلطة المختصة في غير الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة، التجاوز عن استرداد المبالغ المشار إليها وتنص المادة الثانية لا يترتب على العمل بأحكام هذا القانون رد ما سبق تحصيله من المبالغ المشار إليها في المادة السابقة .

ويلاحظ أن المشرع قصر أثر هذه القوانين على فترات محددة تسبق صدورها، ولا يسرى على ما يصدر بعدها من أحكام أو فتاوى. فالعبرة بتاريخ صدور هذه الأحكام أو الفتاوى وليس بتاريخ صدور قرار الترقية أو إجراء التسوية<sup>1</sup>.

### ثالثاً: القرارات الصادرة بناء على القرار المسحوب

ويرى البعض امتداد أثر قرار السحب إلى القرارات غير المباشرة التي بنيت على القرار المسحوب مما يستتبع اعتبارها كأن لم تكن هي الأخرى<sup>2</sup>. وذهب مجلس

<sup>1</sup> د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 769 .

<sup>2</sup> د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 155.

الدولة الفرنسي في أحد أحكامه بأنه يقع على الإدارة التزام بأن ترجع في القرارات التي صدرت مستندة إلى القرار الذي رجعت فيه، وذلك لأن هذه القرارات لا تسقط تلقائياً<sup>1</sup>.

ويذهب بعض الفقه<sup>2</sup> إلى أنه إذا تعلق الأمر بعملية قانونية واحدة فإن الإبطال يلحق مراحل العملية المعيبة كما يلحق تلك المراحل أو القرارات التي ترتبط بهذه المراحل المعيبة تمام الارتباط أو التي تعتبر منها بمثابة الأسباب لمسبباتها. من ذلك أن العقد الإداري يتم على مرحلتين، الأولى تتم فيها الأعمال التمهيديّة، والثانية يتم فيها إبرام العقد، والأعمال التمهيديّة من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات المقدمة فيها وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاضلة بين العطاءات، فإرساء المناقصة بعد ذلك تتم بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح عن إرادتها. وكل ما يصدر من هذه القرارات يجب أن تسير فيه جهة الإدارة على مقتضى التنظيم الإداري المقرر لذلك، بمعنى أنه يشترط مثلاً لصحة القرار الإداري أن يكون صادراً من سلطة إدارية لها الحق في إصداره ويعتبر الإخلال بذلك موجبا لإبطال القرار، فإذا أصدر أحد هذه القرارات الإدارية - كأن أرسى لمناقصة مثلاً موظف غير مختص - فإن مثل هذا الإرساء يكون معيباً

---

<sup>1</sup> C.E 26/2/1954 Zwillinger, P131.

<sup>2</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 226.

ومخولاً للإدارة حق إبطاله، ويترتب على إبطال الإدارة له لا انهيار هذا القرار الإداري فحسب وإنما انهيار العقد الذي أبرم بمقتضاه.

أما إذا كان القرار الذي أبطلته الإدارة والقرار اللاحق لا يكونان جزئي عملية قانونية واحدة، فإن الأمر لا يعدو أحد أمرين: أما أن يكون القرار اللاحق مرتبطاً بهذا القرار الذي أبطلته الإدارة ارتباطاً وثيقاً فإنه لا شك في إبطاله هو الآخر. مثال ذلك أن تبطل الإدارة تعيين أحد الموظفين، ذلك أنه يترتب على هذا الإبطال إبطال جميع الترقيات التي تكون قد صدرت لصالح هذا الموظف، ومثله أيضاً إبطال الإدارة لقرارها الصادر باعتبار أحد الأموال من المنافع العامة، فإنه يترتب على هذا الإبطال سقوط جميع مراسيم نزع الملكية التي اتخذت من هذا القرار سنداً لها. أما إذا لم يكن هناك علاقة ارتباط بين القرار الباطل والقرار اللاحق فإن الإبطال لا يمس هذا القرار اللاحق. مثال ذلك أن تفصل الإدارة دون وجه حق أحد الموظفين، ثم تعين موظفاً آخر بدله، فإذا استبان لها عدم قانونية قرار الفصل فأبطلته، فإنه لا يترتب على هذا إبطال تعيين الموظف الذي عين على أثر فصل الموظف المعاد إلى الخدمة. وتطبيقاً على هذه القاعدة القرارات اللاحقة لا يصيبها الإبطال في حالة كان القرار الذي صدرت على أساسه وأبطلته الإدارة باعتباره معيباً قد صدر صحيحاً.

ولو سلمنا بإعمال الأثر الرجعي بصورة مطلقة سنجد بعض الصعوبات العملية في إعمال هذا الأثر. فالرجوع في قرار التعيين. يؤدي إلى إعدام هذا القرار بأثر رجعي

مما يستتبع اعتبار صلة هذا الشخص بوظيفته منقطعة. واعتبار قرار التعيين كأن لم يكن. وذلك يفضي إلى إنهاء كل تعامل قام به الموظف أو إجراء اتخذه، هذا فضلاً عن إعادة ما كسبه نتيجة قرار التعيين المعيب الذي سحبه الإدارة.

وجدير بالذكر أن القانون قد ينص في بعض الحالات على سحب القرارات المترتبة على القرار المسحوب. من ذلك ما نصت عليه المادة 17 من قانون الجنسية رقم 26 لسنة 1975م من أنه يترتب علي سحب الجنسية ... زوالها عن صاحبها وحده، على أنه يجوز أن يتضمن قرار السحب سحبها كذلك عمن يكون قد اكتسبها معه بطريق التبعية كلهم أو بعضهم.

وقد انتقد جانب من الفقه أعمال الأثر الرجعي بصورة مطلقة<sup>1</sup>. بمقولة أن ذلك يصطدم بالواقع العملي الذي يبرر شرعية بعض التصرفات الناتجة عن القرار المعيب الذي تم سحبه. وعلي ذلك فقرار السحب لا يمتد إلى إبطال هذه التصرفات. حيث كان يجب التوفيق بين قرارات الإدارة وأثرها وبين حقوق المواطنين حسناً النية الذين يجب أن يكونوا بمنأى عن النتائج المترتبة على قرارات السحب والقرارات الإدارية التي أصدرها الموظف المعين بصورة غير مشروعة حيث يجب اعتبارها نافذة بالنسبة لمن تعامل مع الإدارة في هذه الفترة . وذلك ما هو إلا

---

<sup>1</sup> د/ سالم بن سلمان الشكيلي - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 130 ، د/ ماجد راغب الحلو - نظرية الظاهر في القانون الإداري - مجلة الحقوق والشريعة - السنة الرابعة - العدد الأول - يناير 1980م - ص 54 .

محض تطبيق لنظرية الموظف الفعلي التي تبرر شرعية تصرفات الموظف الذي يعين بقرار معيب وأصدر جملة من القرارات والتصرفات القانونية.

فالأعمال الصادرة عن الموظف أو القرارات التي اتخذها الذي تم سحب قرار ترقيته تعتبر صحيحة غير أنها مقيدة في هذا الشأن بما تقتضيه نظرية الموظف الفعلي وذلك يتأسس على مبدأ العدالة الذي يقتضي مشروعية الحقوق والمراكز القانونية التي حصل عليها الأفراد بحسن نية من الموظف الفعلي، كما يتأسس على المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وعدم زعزعتها عن طريق ترتيب البطلان على أي عمل صادر من الموظف جراء عيب في تعيينه. ولا شك أن هذا الرأي هو الصواب وذلك لما فيه من حماية للغير حسن النية الذي تعامل مع الإدارة بحيث لا تهدر حقوقه. كما أنه يؤدي إلى عدم فقدان الثقة في الإدارة.

أما فيما يتعلق بالمرتب والمزايا المالية التي حصل عليها فإنها لا ترد تطبيقاً لقاعدة الأجر مقابل العمل<sup>1</sup>. ويضيف آخر انه إذا لم يصدر القرار بناء على غش، والموظف حسن النية فهي حالة الموظف الظاهر فيعد مركزه كمركز الموظف

---

<sup>1</sup> د/ أنس جعفر - القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 245 .

الحقيقي فهنا له الحق في المرتب وجميع حقوقه<sup>1</sup>. كما أن الموظف المسحوب قرار تعيينه مارس أعمال وظيفته خلال الفترة التي تسبق قرار الرجوع، ولا شك أنه أفاد الإدارة بجهده وهذه الاستفادة أو الغنم تكون من وقته ولهذا سلم القضاء والفقهاء الإداري بأن بعض آثار قرار الرجوع تبقى قائمة استناداً إلى نظرية الغنم وهي تشبه النظرية المعمول بها في القانون المدني وهي نظرية الإثراء بلا سبب<sup>2</sup>.

يضاف إلى ما سبق إلى أن الرجعية المترتبة على سحب القرارات الإدارية غير المشروعة قد تتنافى مع المنطق والواقع العملي في بعض الحالات. فسحب جهة الإدارة القرار الصادر بالترخيص في فتح صيدلية لا يتصور أن يؤدي إلى إلغاء وسحب كافة المعاملات التي تمت بين المرخص له ومن تعامل معه. وإنما يبقى ما تم من معاملات قائماً صحيحاً مرتباً لآثاره. ومن الوجهة المقابلة إذا أبرم مالك صيدلية مع آخر عقداً بنقل ترخيص إليه، فإن هذا العقد يكون غير ذي أثر فيما بينهم، وإذا تم سحب الاعتراف بالشخصية المعنوية، فإن العلاقات بين المتعاقدين

---

<sup>1</sup> د/ عبده محرم - سحب القرارات الإدارية الفردية - مجلة مجلس الدولة - السنة الأولى - يناير 1950م - ص 154.

<sup>2</sup> د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها - المرجع السابق - ص 800 .

وبين الغير تبقى قائمة، ولا يترتب على سحب الاعتراف إلى إعدامها، ولكن يتم تصفية هذه الآثار وفق القواعد والمبادئ القانونية المطبقة في هذا الشأن<sup>1</sup>.

وقد يقيد المشرع هو الآخر من الأثر الرجعي للسحب، أو يترك للإدارة الحرية في أعمال أو عدم أعمال الأثر الرجعي على الماضي. مثل ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 19 من قانون الجنسية من أنه لا يكون للدخول في الجنسية المصرية أو سحبها أو إسقاطها أو استردادها أو ردها أي أثر في الماضي ما لم ينص على غير ذلك واستناداً إلى نص في القانون ففي هذه الحالة ترك المشرع للإدارة حرية تقدير الظروف التي يمكنها بموجبها أعمال الأثر الرجعي على أن يكون ذلك استناداً لنص قانوني. فإذا لم تقرر الإدارة الأثر الرجعي وسكتت عن الإشارة إليه فلا يكون للسحب في هذه الحالة أي أثر رجعي<sup>2</sup>.

وفي فرنسا يتم التمييز بين إذا كانت القرارات المراد سحبها صادرة بناء على قرارات تنظيمية أم فردية . ففي حالة سحب القرارات التنظيمية يثار التساؤل عن وضع القرارات المتخذة بناء عليه قبل صدور قرار السحب هل يتم سحبها؟ باعتبار أن القرار التنظيمي غير المشروع الذي تم سحبه اتخذ أساساً وتم الاستناد عليه لإصدار ما قد يلحقه من قرارات فطالما كان الأساس غير مشروع يستتبع ذلك أن

---

<sup>1</sup> د/ حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - المرجع السابق - ص 454.

<sup>2</sup> د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 269.



يكون ما استند إليه غير مشروع. فعلى نحو المستقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيما إذا كان القرار الصادر تطبيقاً للقرار التنظيمي المعيب أنشأ حقاً، ولم يتم الطعن عليه في الميعاد المحدد قانوناً يترتب على ذلك عدم إمكانية سحب القرار التطبيقي. فسحب القرار التنظيمي لا يؤدي بالضرورة إلى سحب القرارات الفردية الصادرة تطبيقاً له طالما فات ميعاد الطعن عليها وهو ما يؤكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية Caussidéry حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن إلغاء المرسوم الصادر بتاريخ 1945/9/20م من قبل مجلس الدولة، لا يؤدي إلى إنهاء القرارات الصادرة بالاستناد إليه طالما أصبحت نهائية لعدم الطعن فيها خلال الميعاد المقرر<sup>1</sup>.

ولقد لاقى هذا الاتجاه معارضة من السيد Weil حيث ذهب إلى أنه تلتزم الإدارة في سحب كافة القرارات اللاحقة التي تم اتخاذها بناء على القرار المسحوب، سواء كانت هذه القرارات قد أنشأت حقوقاً أو لا. حيث يرى الأخذ بالأثر الرجعي للسحب بصورة مطلقة.

---

<sup>1</sup>C.E 3/12/1954 Caussidéry et autre, P640. Note Weil, Dalloz, 1955, P201.

وبالرغم من هذه الانتقادات إلا أن المجلس ظل سائراً في هذا الاتجاه حيث قضى في حكم لاحق أنه في حالة إلغاء النص اللائحي لا يمكن بالتالي اختصام القرارات الفردية الصادرة بالاستناد إلى هذا النص اللائحي طالما أصبحت نهائية<sup>1</sup>.

وعلى هذا الرأي سار الفقيه " كارباجو " سيرة مجلس الدولة بالقول ان الرجوع في القرار التنظيمي لا يعطي السلطة المختصة حق الرجوع في الحقوق النهائية، التي نشأت من القرارات الخاصة المتخذة تطبيقاً للقرار التنظيمي. ويرى انه إذا كان القرار المطبق لم يولد حقاً فلا يوجد ما يمنع الإدارة من سحب هذه القرارات حيثما تشاء ولأي سبب تراه<sup>2</sup>.

وتأييداً لذلك يقول الفقيه " De Laubadère " <sup>3</sup> أن القرارات الفردية التي صدرت من قبل بالتطبيق لللائحة التي تم سحبها لعدم مشروعيتها تكون محصنة ضد الطعن أو السحب طالما فاتت المواعيد المقررة لذلك، لأن اللائحة تضع قواعد عامة مجردة ولا يترتب عليها مباشرة حقوق مكتسبة لأحد.

أما إذا كانت القرارات الفردية اللاحقة صادرة بناء على قرارات فردية ففي حالات عديدة يكون الرجوع في القرار الفردي مؤدياً إلى الرجوع في القرارات الفردية الأخرى

---

<sup>1</sup> C.E 1/4/1960 Queriaud, P245.

<sup>2</sup> د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها - المرجع السابق - ص 802.

<sup>3</sup> De Laubadère : Traité de droit administratif, T.I, 1973, P327 .

التابعة له مثل سحب قرار الفصل المعيب يترتب عليه سحب قرار من تم تعيينه خلفاً له<sup>1</sup>. أو صدور قرار يخص أحد الموظفين ويلحقه قرارات أخرى تعود بالنفع على زملاء هذا الموظف وبالتالي يهمهم عدم سحب الإدارة للقرارات اللاحقة فسحب القرار الصادر للموظف يترتب عليه سحب القرارات اللاحقة عليه. وأثر القرار الفردي قد يختلف من شخص لآخر فسحب قرار الفصل يكون أثره إعادة الموظف إلى عمله، ولكن سحب قرار بمنح ترخيص أو ميزة يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن ولم يحصل على هذا الترخيص أو الميزة<sup>2</sup>.

وبعض القرارات التي تصدر تنفيذاً للائحة لا تسقط تلقائياً بسقوطها، ومع ذلك تضطر الإدارة إلى إصدار قرارات أخرى بسحبها وهي لا يمكنها إصدار مثل هذه القرارات إلا خلال مدة السحب المقررة. كشأن الحال بالنسبة للقرارات الفردية الصادرة بناء على قرار فردي تم سحبه، تحتاج هي الأخرى لإصدار قرارات بسحبها بعد زوال سندها الشرعي كما لو ثبت أنه قرار النقل الصادر للموظف مترتب على جزاء تأديبي تم سحبه يترتب على ذلك إلغاء قرار النقل أيضاً. ولا يجوز سحب القرارات المترتبة على القرار الفردي المسحوب إلا خلال المدة المقررة لسحب القرارات غير المشروعة. وهذا بخلاف سحب القرارات بناء على حكم الإلغاء الذي يزيل القرار من أصله ويزيل عنه كل أثر له ويترتب عليه ضرورة سحب القرارات

---

<sup>1</sup> C.E, 6/2/1948 Mollet , Sirey, 1948, P68.

<sup>2</sup> د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها - المرجع السابق - ص 803.

المرتتبة على القرار المحكوم بإلغائه حتى بعد مدة الطعن، ذلك أن ليس للسحب طبيعة الشيء المقضي به.

غير أنه يثور تساؤل عن حالة تأخر ظهور عدم مشروعية القرار الفردي المتخذ أساساً لغيره هل يترتب عليه سحب القرارات اللاحقة عليه بعد مواعيد السحب؟ قد يصدر قرار فردي بناء على قرار فردي آخر حكم ببطلانه. فيمكن في هذه الحالة سحب القرار اللاحق أو الطعن عليه بالإلغاء رغم فوات مواعيد الطعن فيه، لأن عدم مشروعيته لم تظهر إلا بعد الحكم بعدم مشروعية القرار الأول فأصبح التالي ما ترتب عليه غير مشروع وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا بقولها ... فإذا كان المدعي قد تظلم من قرار تقدير كفايته في خلال الميعاد المقرر قانوناً ورفع دعواه بإلغاء القرار الإداري بتقدير كفايته عن عام ... بتقدير جيد ... فإن ميعاد الطعن في قرار تخطيه في الترقية بالاختيار المترتب على هذا التقرير لا يغلق إلا بعد أن يتحدد مركزه القانوني بالنسبة إلى درجة الكفاية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1979/4/28م - الطعن رقم 10 لسنة 21 ق - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء 2 - ص 1220، 1221، .، وجلسة 1990/2/11م - الطعن رقم 2181 لسنة 33 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985م - الجزء 30 - القاعدة 64 - ص 204، 205 .

ويذهب بعض الفقه<sup>1</sup> إلى الاعتداد بمدة خدمة الموظف المسحوب قرار تعيينه أو ترقيته واحتسابها ضمن مدة خبرته الفعلية في حالة توافر الشروط الأخرى طالما القرار المسحوب لم يصدر بناء على غش أو تدليس ويرد صاحب هذا الرأي ذلك لأسباب عدة منها ان اكتساب الخبرة يتحقق بشغل الوظيفة وممارستها ومن ثم يعتد بمدة شغلها كمدة خدمة سابقة ويهدف ذلك إلى التحقق من الخبرة المكتسبة. ويضيف انه إذا كانت العدالة تقتضي أحقية الموظف الذي سحب قرار تعيينه أو ترقيته في مرتب الوظيفة التي شغلها فيكون من باب أولى الاعتداد بمدة خدمته لهذه الوظيفة. وأخيراً ان أعمال هذا الاستثناء يؤدي إلى الحد من آثار إعدام القرار المسحوب بأثر رجعي وما قد يتركه هذا السحب من أضرار شديدة بصاحب الشأن الذي يكون حسن النية.

وهذا الاتجاه أكدته الفتاوى الصادرة في هذا الشأن منها ما ورد فيه من أنه يكون قرار السحب مرتباً بجميع نتائجه القانونية، فيعدم قرار قبول الاستقالة بأثر رجعي ويمنعه من أن ينتج أثره في الحياة الوظيفية لهذه السيدة مما تعتبر معه مدة خدمتها متصلة، وكان لم تقبل استقالتها<sup>2</sup> كما أفنت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى

---

<sup>1</sup> م/ عليوة مصطفى فتح الباب - القرار الباطل والقرار المعدوم - القاهرة - دار النهضة العربية - 1997م - ص 130، 131.

<sup>2</sup> فتوى رقم 122 بتاريخ 1965/2/6م - مجموعة أبوشادي لعشر سنوات 1970/1960 - ص 2109 .

والتشريع بأنه حساب مدة الفصل كأنها قضيت بالخدمة متى كان قرار الفصل غير صحيح، وتم سحبه، ولا وجه لاشتراط الوجود الفعلي بالخدمة لحساب المدة مضاعفة في المعاش<sup>1</sup>.

بعد هذا التجوال في رأي الفقهاء وأحكام القضاء وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع. صفة القول إذن، الأثر الرجعي لقرار السحب ليس مطلقاً وإنما يرد عليه بعض القيود التي تحد من إعماله وسريانه على الماضي. كقاعدة الغرم بالغنم متمثلة في الأجر مقابل العمل ويقابلها في القانون المدني الإثراء بلا سبب، ونظرية الموظف الفعلي لحماية الغير حسني النية، وعدم سحب القرارات الصادرة بناء على قرار تنظيمي تم سحبه.

---

<sup>1</sup> فتوى رقم 303 بتاريخ 1981/3/31م - ملف رقم 537/3/86 - غير منشورة .

## المطلب الثاني

### آثار سحب القرار المعيب على دعوى إغائه

هذه الآثار يمكن، على تنوعها، إجمالها في ثلاثة: انتهاء الخصومة، أو ما نسميه بالأثر الإنقضي للخصومة. وغل يد القاضي عن التصدي للموضوع، أو ما نعرفه بالأثر الإجرائي للسحب. وأخيراً الحكم برسوم ومصاريف الدعوى. أو ما يمكن أن نطلق عليه بالأثر المالي للسحب.

## الفرع الأول

### الأثر الإنقضائي للخصومة

الأثر الأبرز لسحب الإدارة قرارها المعيب صراحة أو ضمناً أثناء نظر دعوى إلغاء القرار، والذي تتداعى تبعاً له، بقية نتائجه، هو إنقضاء الخصومة التي ورد بشأنها. لا فرق بين كونها خصومة أول درجة أم خصومة طعن. ولعل ما يميز الإنقضاء هنا، أن مرجعه - في حالة السحب - ليس الخصومة ذاتها، وإنما إلى حق المدعي عليه في الدعوى الذي انتهى بالسحب. إذ بعد أن سحب القرار المطعون فيه. يعد ذلك إقرار بصحة ما ادعاه خصمه، ونزولاً عن حقه في أن ينازعه فيما ادعاه. فينقضي بذلك النزول هذا الحق. وتنتهي تبعاً له الخصومة.

والممعن نظراً في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، يجد أنه أقام تفرقة سائغة - وبنى عليها قضاؤه - قوامها انتفاء المصلحة السابق على رفع الدعوى، وزوالها أثناء سيرها. فالأول مدعاة للحكم بعدم القبول بغير خلاف. والآخر مبرر للحكم بالألأ محل أو انتهاء الخصومة، لصيرورة الخصومة، غير ذي موضوع<sup>1</sup>. كما أن مجلس الدولة لا يتردد في الحكم بالألأ محل أو انتهاء الخصومة. إذا تم سحب القرار

---

<sup>1</sup> Deal L: conclusions sur C.E 17/1/1986, sté. Dumes et st. Chanel. R.F.D. Ad. 1987, P81.

C.E 31/3/1970, Laugue, Rec, P192. - 15/10/1962, sieur Forasetto, Rec, P437. N°66940.



الإداري والتسليم بطلبات المدعي قبل إقامة الدعوى، ولكن لم يعلمه المدعي إلا بعد إقامتها، أو أثناء سيرها<sup>1</sup>.

وعلى نحو المستقر في قضاء مجلس الدولة في مصر. إذا سحبت الإدارة قرارها المعيب صراحة أو ضمناً أثناء نظر دعوى إلغاء القرار يؤدي ذلك إلى انتهاء الخصومة وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها وقد استقر القضاء على أنه إذا استجابت الإدارة المدعي عليها إلى طلب المدعي بسحب القرار في تاريخ لاحق لرفع الدعوى، فإن الخصومة تبعاً لذلك، تغدو غير ذات موضوع. ويتعين من ثم الحكم باعتبار الخصومة منتهية<sup>2</sup>. كما قضي بأنه ... صدور قرار من رئيس الجامعة بعد رفع طلب الإلغاء. وقد تضمن القرار الأخير إلغاء قرار الوقف عن العمل، محل النزاع مع صرف مرتب المطعون ضده كاملاً عن الفترة السابقة. فمن ثم تزول كافة الآثار المترتبة على قرار الوقف، والمتمثلة في وقف صرف ربع المرتب، وذلك بأثر رجعي يترد إلى تاريخ صدور قرار الوقف، بما يعد في حكم

---

<sup>1</sup> C.E 21/11/1986, De lafforest. Rec, P82.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1990/5/26م - الطعان رقما 2809 لسنة 31 ق ، 2375 لسنة 33 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة 35 - العدد الثاني من أول مارس 1990م إلى آخر سبتمبر 1990م - ص 1807 . وجلسة 1975/1/18م - الطعن رقم 54 لسنة 25 ق - مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا - السنة 20 - ص 136 - سبق الإشارة إليهم .

السحب وتنتهي بذلك الخصومة في دعوى طلب الإلغاء لإجابة المطعون ضده إلى طلباته<sup>1</sup>.

وفي تحديدها لمفهوم انتهاء الخصومة تقول المحكمة الإدارية العليا ... إن انتهاء الخصومة معناه أن جهة الإدارة المدعى عليها، أو المطعون ضدها، قد استجابت لطلبات المدعين أو الطاعنين في تاريخ لاحق لرفع الدعوى أو إقامة الطعن. ويتعين الحكم بانتهاء الخصومة<sup>2</sup>.

وكان المحكمة تتقصد من ذلك، القول بأن الحكم بانتهاء الخصومة لا يكون إلا حال يجري السحب والتسليم بالطلبات بعد إقامة الدعوى، فإن حدث قبلها يكون الحكم بعدم القبول. وإعمالاً لمعيار التفرقة بين ما إذا كانت الاستجابة قد وقعت قبل إقامة الدعوى أم أثناء سيرها، الذي سبق في تطبيقه مجلس الدولة الفرنسي كما بينا سلفاً، لتحديد ما إذا كان القضاء بعدم القبول لانقضاء المصلحة، أم باعتبار الخصومة منتهية بسحب القرار والتسليم بطلبات المدعي، نقول إعمالاً لهذا المعيار، قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه ... من حيث أن الثابت من حافظة المستندات المودعة من الجهة الإدارية المطعون ضدها بجلسة 2003/3/15م ...

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1995/3/11م - الطعن رقم 4354 لسنة 39 ق - مجموعة السنة الأربعين - الجزء الثاني - ص 1329.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2001/5/21م - الطعن رقم 1108 لسنة 45 ق - مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا 2001، 2002 - ص 830 .

أن تلك الجهة قامت بتاريخ 1996/12/2م ... بتحرير شهادة ميلاد " صورة قيد ميلاد " للطاعنة بالاسم الصحيح الذي تطلب به. وذلك بناء على القرار الصادر من لجنة الأحوال المدنية في 1996/11/11م بتصحيح الاسم. ومن ثم فإن جهة الإدارة تكون قد أجابت الطاعنة إلى طلبها المرفوعة به الدعوى المطعون في حكمها قبل إقامتها هذا الطعن في 1995/8/5م، وبالتالي لم يعد للطاعنة ثمة مصلحة في الطعن على الحكم المذكور. الأمر الذي تقضي معه المحكمة بعدم قبول الطعن لانقضاء المصلحة ...<sup>1</sup>.

غير أن أعمال هذا المعيار في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، يفترق عما يجري عليه تطبيقه في قضاء مجلس الدولة المصري. فالأول، على نحو ما ذكر قبل، يقضي بألا محل باعتبار الخصومة غير ذي موضوع. حتى ولو كان السحب سابقاً على إقامة الدعوى أو التقرير بالطعن، طالما ثبت عدم علم المدعي أو الطاعن بها إلا بعد إقامته دعواه أو التقرير بطعنه. بينما الحال في مجلس الدولة المصري تسير على وتيرة واحدة لا تخالفها، مفادها الحكم بعدم قبول الدعوى أو

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2003/6/14م - الطعن رقم 4545 لسنة 41 ق - مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا 2004، 2002 - الجزء الأول - ص 364.

الطعن، لإنتقاء المصلحة. طالما جرت الاستجابة قبل إقامة الدعوى أو التقرير بالطعن، علم بها المدعي أو الطاعن أم لم يعلم<sup>1</sup>.

ويترتب على الحكم بانتهاء الخصومة عدم جواز عدول المدعي عليه وهي الجهة الإدارية عن السحب بعد ثبوته. فقد قضي بأن ... الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ... حين قضت بانتهاء الخصومة، حيث ثبت لها ما أجرته الجهة الإدارية من سحب قرارها المطعون فيه. وإن هذا السحب تم بعد إقامة الدعوى ... فهو حكم قطعي في موضوع الدعوى حاز بعد صيرورته نهائياً على قوة الأمر المقضي به. فلا يجوز للجهة الإدارية إصدار قرار يمس ما تم الاتفاق عليه، وثبت بهذا الحكم ...<sup>2</sup>.

وإذا حدث واتخذت الإدارة موقف ينم عن عدولها عن سحب القرار بعد الحكم بانتهاء الخصومة. ففي هذه الحالة يعد قرار أو تصرف الإدارة مخالفاً للحكم باعتبار الخصومة منتهية. الأمر الذي يجعله معدوماً، لمناهضته لحجية الأمر المقضي به. وعليه قضي بأنه ... إذا كانت محكمة القضاء الإداري قد قضت بانتهاء الخصومة، حيث أثبتت ما أجرته الجهة الإدارية من سحب قرارها المطعون

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1968/5/12 - الطعن رقم 257 لسنة 9 ق - مجموعة الخمسة عشر عاماً 1965، 1980م - الجزء الثاني - ص 1058 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1980/2/15 - الطعن رقم 869 لسنة 23 ق - مجموعة السنة السادسة والعشرين - الجزء الأول - ص 551.

فيه ... بعد إقامة الدعوى ... فهو حكم قطعي في موضوع الدعوى، حاز بعد صدوره على قوة الأمر المقضي به - المقصود حجية الأمر المقضي به - ومن حيث أنه تبعاً لذلك لم يكن للجهة الإدارية أن تتعرض للقرار رقم 558 لسنة 1970م بالنسبة للمدعي بعد أن قضى نهائياً باعتباره قائماً ومنتجاً لآثاره. ولو سمح بذلك لما أمكن أن تقف المنازعة عند حد ... ودرءاً لكل ذلك فإن الحكم متى فصل في خصومة، كان لا بد من الوقوف عنده والنزول على ما احتواه لوضع حد من الخصومات والمنازعات. ومن حيث أنه متى ثبت ذلك فإن القرار رقم 2021 لسنة 1971م، وقد تعمد المساس بالقرار رقم 588 لسنة 1970م الذي صارت المنازعة فيه محسومة بمقتضى الحكم رقم 534 لسنة 24 ق، يكون قد صار معدوماً لمساسه بحكم حائز لقوة الأمر المقضي<sup>1</sup>.

ويترتب على اعتبار القرار، بسحب قرار الجهة الإدارية بالتسوية الصادر بناء عليه حكم انتهاء الخصومة، قراراً منعدماً، سريان أحكام الانعدام بشأنه التي من أخصها أنه لا يتحصن بما تتحصن به القرارات المعيبة، ولا يتقيد بمواعيد دعوى الإلغاء. إذ يظل باب الطعن عليه قائماً.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 15/2/1980م - الطعن رقم 869 لسنة 23ق - موسوعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا الإلكترونية 1980، 2001م البحث برقم الطعن.

بيد أنه إذا كان العدول عن السحب بعد التقرير به، غير جائز كأصل عام، إلا إنه يمكن الاعتداد به حالما يستبين للقاضي الإداري انتفاء شرط من شروط صحته. كأن تكون إرادة الجهة الإدارية المدعي عليها أو المحكوم عليها حال أنته معيبة بأحد عيوب الرضا، مما يجعل القرار الصادر به في ذاته غير مشروع<sup>1</sup>.

ويعن التساؤل في حالة سحب الإدارة لقرارها وبالرغم من ذلك صدر حكم بإلغائه ما الحكم في هذه الحالة؟ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول ... إن القضاء بالإلغاء يكون قد أنصب على قرار معدوم لا وجود له من الناحية القانونية، وإذا كان الهدف من دعوى الإلغاء مخاصمة قرار إداري معيب بقصد التوصل إلى إلغائه، ومن حيث إن القرار المطعون فيه أصبح غير قائم في أثناء نظر الدعوى، فقد كان يتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لانتهاء شروط قبولها وهو الوجود القانوني للقرار المطلوب إلغاؤه، وغنى عن البيان، أنه يشترط قيام القرار المطلوب إلغاؤه، حتى صدور الحكم في الدعوى<sup>2</sup>

وفي فرنسا نحى مجلس الدولة الفرنسي هذا النحو حيث يقول إن آثار حكم الإلغاء تتسحب على الماضي، وبالطبع يتوقف القرار على إنتاج آثاره القانونية بالنسبة

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1996/1/4م - الطعن رقم 2573 لسنة 37 ق - موسوعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا الإلكترونية 2001/1980م - البحث برقم الطعن.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1965/5/23 - الطعن رقم 834 لسنة 8 ق - الجزء الثاني - ص 2462 وما بعدها.

للمستقبل، وأن سحب القرار المطعون فيه بالإلغاء من جانب الإدارة يجعل القرار غير ذي موضوع، وبالتالي لا يكون هناك وجه للفصل في الدعوى، لأنها تكون قد رفعت ضد قرار منعدم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> C.E 28/1/1972, association pour l'intérêt de la résidence a ecully, .  
R.D.P. 1942. P1531 N'81569.

## الفرع الثاني الأثر الإجرائي للسحب

يترتب على سحب القرار الإداري أثر إجرائي بالغ الأهمية، تتحدد وفقه معالم دور القاضي الإداري، حال سحب الإدارة لقرارها في الخصومة الإدارية. يتمثل في غل يده عن التصدي لموضوعها.

ذلك أن سحب جهة الإدارة أو تسليمها بطلبات المدعي يفضي إلى جعل الخصومة متجردة من موضوعها أو المحل الذي تلتقي، كمجموعة إجرائية، حوله، لا يجعل للقاضي سبيل ولوج للفصل فيها. بمعنى أن القاضي لا يجد أمامه موضوعاً، يعمل فيه رقابته، أو يخضعه للفصل فيه. لذا، فإنه إذا جاز له الفصل فيها، فكأنما هو جواز أعمال ما لا محل له. فيكون ذلك بمثابة أمر يرد على معدوم. وهو ما لا يقبل منطقاً وهذا هو ما أقامت المحكمة الإدارية العليا عليه قضائها<sup>1</sup>.

وتجئ أحكام مجلس الدولة لتؤكد عدم جواز تصدي القاضي لموضوع الخصومة حال سحب الإدارة لقرارها مما يعد تسليمياً بطلبات المدعي، على نحو أضحي هذا اتجاهها مستقراً في قضائه. من ذلك ما قضى به من أنه ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن المنازعة الإدارية ... قد تنتهي ... بتسليم المدعي عليه

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1956/11/24م - الطعن رقم 595 لسنة 2ق - مجموعة السنة الثانية - العدد الأول - ص 91.



بطلبات المدعي. وان دور المحكمة في هذه الحالة يقتصر على إثبات ... التسليم متى توافرت الشروط القانونية، دون التصدي للموضوع ...<sup>1</sup>. كما قضت بأن ... الخصومة .. تنقضي متى استجاب الخصم لطلبات خصمه التي أقام بها الدعوى ابتغاء القضاء له بها ... ويتعين على المحكمة - والحال كذلك - أن تقضي بانتهاء الخصومة فيها. إذ ليس لها أن تتعرض لموضوعها، أو تتصدى له رغم انتهاء النزاع أمامها ..<sup>2</sup>.

وذلك كله مقصور على كون سحب الإدارة لقرارها جاء كاملاً. يستغرق كل ما طلب المدعي، حتى يتحقق أثره في إنهاء الخصومة، إذ حال يكون كذلك، فإنه يمنع المحكمة، كما سبق القول، من التصدي لموضوعها، وإلا كان حكمها معيباً، واجب الإلغاء<sup>3</sup>. غير أنه لا شيء يمنع أن يرد السحب جزئياً. غاية ما هنالك أنه لا يحقق أثره الانقضائي، في غل يد القاضي عن التصدي للموضوع، إلا في حدود القدر الذي كان محلاً له.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1995/8/1م - الطعن رقم 206 لسنة 35 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء السادس والأربعون - ص 535 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/5/12م - الطعن رقم 8830 لسنة 45 ق - مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا 2001، 2002 - ص 18.

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1995/11/25م - الطعن رقم 3094 لسنة 34 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء السادس والأربعون - ص 537.

## الفرع الثالث

### الأثر المالي للسحب

يعني ذلك، الوقوف على الخصم الذي يتحمل رسوم ومصروفات الدعوى، حال إنقضاء الخصومة فيها بالحكم بإثبات السحب. فإذا كان الأصل يقضي بأن الذي يتحمل هذه المصروفات هو خاسر الدعوى. وهذا الأخير يدخل في مفهومه من رفعها بغير حق. مما يفضي إلى القضاء ضده. وإذا كانت أيضاً المادة 185 مرافعات تنص على أنه للمحكمة، ان تحكم بإلزام الخصم الذي كسب الدعوة بالمصاريف كلها أو بعضها، إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه. فإن كان ذلك كذلك، فإن أعمال هذه الأحكام، في نطاق الخصومة الإدارية، على نحو يتفق مع طبيعتها يقضي التمييز تبعاً لوقت السحب، بين حالتين: الأولى أن يكون السحب قد وقع قبل إقامة الدعوى، والثاني أن يرد بعد رفعها، أو أثناء سيرها.

ففي حالة حدوث السحب قبل إقامة الدعوى يتحمل المدعي مصاريف الدعوى. إذ على الرغم أنه ليس بخاسرها. وإنما هو الذي كسب الدعوى باعتباره قد أوجب إلى ما طلب بسحب الإدارة المدعى عليها قرارها وتسليمها بما زعم أنه حق له. ومرد الخروج على الأصل الذي يقضي بأن خاسر الدعوى هو الذي يتحمل مصاريفها، إلى أنه كان سبباً في تكبد هذه المصاريف، بتعجله في إقامة دعوى بغير مبرر

قانوني سائغ. إذ أنه رفع دعواه بحق لم يكن خصمه قد نازعه فيه<sup>1</sup>. وقد قضت محكمة القضاء الإداري في هذا الحالة بأنه في حالة سحب القرار المطعون فيه قبل إقامة الدعوى، فلا تكون للمدعي أصلاً مصلحة في إقامتها، وبالتالي فإنه يتعين الحكم بعدم قبولها شكلاً، إذا أقامها، حيث أصبح القرار المطعون فيه كأن لم يكن بعد سحبه، ومن ثم لا مصروفات تلتزم بها الإدارة<sup>2</sup>.

ولا يفرق الحكم بتحمل المدعي هذه المصروفات، بين ما إذا كان قد علم بأن الجهة الإدارية المدعي عليها قد استجابت لطلباته قبل رفع الدعوى، أم علم به أثناء سيرها. إذ العبرة في قضاء مجلس الدولة، ليست بعلمه بوقت حدوث السحب، وإنما بتحقيقه قبل إقامة الدعوى. وهذا على خلاف الحال في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، الذي يقضي بتحميل مصروفات الدعوى على المدعي عليه. إذا كانت الاستجابة وسحب القرار، قد حدثت قبل إقامة الدعوى، ولكن لم يعلم بها المدعي إلا أثناء سيرها. على نحو ما سلف حديثه.

أما في حالة وقوع السحب بعد إقامة الدعوى حيث يجري أثناء سير الدعوى. فهذا معناه أن جهة الإدارة هي التي تسببت بلجوء المدعي، بغير مسوغ أو سند قانوني

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1954/3/25م - القضية رقم 731 لسنة 6 ق - مجموعة السنة الثامنة - ص 551.

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1980/2/14م - القضية رقم 123 لسنة 33 ق - السنة

إلى سبيل اقتضاء حقه بطريق الدعوى. ولذا فإنه يتحمل مصروفاتها. ومن هنا تقول محكمة القضاء الإداري فلما كانت الإدارة قد أقرت بخطئها في إصدار القرار المطعون فيه، وقامت بسحبه بعد رفع الدعوى، فإنها تكون هي التي دفعت المدعي إلى سلوك الطريق القضائي وتتحمل بالتالي مصروفات الدعوى<sup>1</sup>. وتقول المحكمة الإدارية العليا بأنه متى ثبت أن المصلحة المدعى عليها، قد استجابت إلى طلب المدعي في تاريخ لاحق لرفع الدعوى، فإن الخصومة تبعاً لذلك ونتيجة له، تصبح غير ذات موضوع. ويتعين من ثم الحكم باعتبار الخصومة منتهية في هذا الطلب مع إلزام الحكومة بمصروفاته<sup>2</sup>. وفي حكم آخر قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه متى ثبت أن الإدارة قد سوت حالة المدعي، وفقاً لطلباته، قبل الفصل في الطعن المرفوع عن دعواه أمام المحكمة الإدارية العليا، فإن الخصومة تكون والحالة هذه قد أصبحت غير ذات موضوع، وتقضي هذه المحكمة باعتبار الخصومة منتهية، مع إلزام الحكومة بالمصروفات<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري - جلسة 1979/3/28م - القضية رقم 18 لسنة 30 ق - السنة 32.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1968/5/12م - الطعن رقم 257 لسنة 9 ق - مجموعة الخمسة عشر عاماً 1965، 1980م الجزء الثاني - ص 1058 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1957/11/9م - الطعن رقم 1726 لسنة 2 ق - مجموعة السنة الثالثة - العدد الأول - ص 40 .

## المطلب الثالث

### المسئولية المالية للإدارة عن قرارات السحب

نعني بتلك المسئولية هنا المسئولية عن الخطأ التي تنظمها القواعد العامة في شأن دعوى التعويض. فالتعويض يمثل جزءاً ينال من الشخص الاعتباري في ذمته المالية. فقد كان لزاماً لضمان فاعلية القانون في أداء هدفه واحترام الجهات الإدارية له. أن ينال من الإدارة، وأن يعرضها للعقاب باعتبارها سبباً في حدوث الخطأ ووقوع الضرر.

فمسئولية الإدارة قائمة على أساس الخطأ. تجري على سنن المسئولية عن الخطأ. إذن هي مسئولية وفق الأصل تقوم على الخطأ والضرر وعلاقة السببية. وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها مناط مسئولية الجهة الإدارية عن قراراتها أو أعمالها المادية هو ثبوت خطأ من جانبها، وأن يصيب ذوي الشأن ضرر من جراء تصرفها الخاطئ، وأن تنشأ علاقة سببية بين هذا الخطأ وذاك الضرر ...<sup>1</sup>. كما قضت بأن مناط مسئولية الإدارة عن قراراتها الإدارية الصادرة عنها هو وجود خطأ من جانبها بأن يكون القرار الإداري غير مشروع، أو مشوباً بعييب من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة، وأن يلحق بصاحب

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2013/12/25م - الطعن رقم 22647 لسنة 58 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ربيع قرن من 1/10/1991م إلى 30/9/2016م - المجموعة 59 - الجزء 1 - المبدأ 21/هـ - ص 260 .

الشأن ضرر مادي أو أدبي، وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر - انتفاء أي ركن من هذه الأركان يرتب انتفاء مسئولية الإدارة، ولا يكون هناك مجال للحكم بالتعويض<sup>1</sup>.

ويقصد بالخطأ كركن من أركان المسئولية الإدارية هو الإخلال بالتزام قانوني<sup>2</sup>. كأن تقوم الإدارة بإصدار قرار إداري مخالفاً لنصوص القوانين أو اللوائح التي كانت على الإدارة مراعاتها في نشاطها الإداري .

أما الضرر كركن من أركان المسئولية يقصد به المساس بمصلحة للمضرور، ويتحقق بالمساس بوضع قائم أو بالحرمان من ميزة، بحيث يصير المضرور في وضع أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ، فلا يلزم أن يقع الاعتداء على حق للمضرور يحميه القانون، بل يكفي أن يخل بمصلحة للمضرور - الضرر الأدبي

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2016/5/11م - الطعن رقم 68306 لسنة 61 ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ربع قرن من 1991/10/1م إلى 2016/9/30م - المجموعة 61 - الجزء 1 - المبدأ 81/ و - ص 1039 ، وجلسة 2015/4/18م - الطعن رقم 2408 لسنة 60 ق - المجموعة 60 - الجزء 1 - المبدأ 87 / هـ - ص 796 ، وجلسة 2008/3/1م - الطعن رقم 1678 و 6574 لسنة 45 ق - المجموعة 53 - الجزء 1 - المبدأ 102/ ب - ص 726

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2007/1/27م - الطعن رقم 10732 لسنة 48 ق - مجموعة المبادئ في ربع قرن - المرجع السابق - المجموعة الأولى 2007، 2006م - الجزء 1 - المبدأ 45 - ص 330 .

يصيب المضرور في عاطفته أو شعوره أو كرامته أو شرفه أو أي معنى من المعاني التي يحرص الناس عليها<sup>1</sup>. فالضرر الذي قد يصيب المضرور قد يكون مادياً يصيبه في جسمه أو في ماله. وقد يكون أدبياً<sup>2</sup> وفق ما سبق بيانه. فلا يكفي لقيام مسئولية الإدارة أن يقع خطأ من جانبها فقط، بل يلزم أن يترتب على خطأ الإدارة ضرر. وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها وبانتفاء ركن الضرر تنتفي المسئولية المدنية للجهة الإدارية ويكون طلب المدعي بالتعويض غير قائم على سند صحيح من القانون وحقيقاً بالرفض<sup>3</sup>. ويستحق التعويض عن الضرر المحقق الذي وقع فعلاً أو سيقع حتماً. فلا تعويض عن الضرر الاحتمالي. وفيما يتعلق بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر باعتبارها الركن الثالث والأخير من أركان المسئولية الإدارية فمفاد هذا الركن أن يكون خطأ الإدارة هو الذي أدى إلى

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2015/1/18م - الطعن رقم 21198 لسنة 59 ق - مجموعة المبادئ في ربيع قرن - المرجع السابق - المجموعة 60 - الجزء 1 - المبدأ 26/ب - ص 250 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2007/1/27م - الطعن رقم 10732 لسنة 48 ق - مجموعة المبادئ في ربيع قرن - المرجع السابق - المجموعة الأولى 2006-2007م - الجزء 1 - المبدأ 45 - ص 330 .

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2009/5/16م - الطعن رقم 9706 لسنة 49 ق - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الرابع - 2009م - ص 176 .

وجود الضرر<sup>1</sup>. وقيام علاقة السببية على هذا النحو يعد شرطاً جوهرياً وأساسياً لقيام مسئولية الإدارة القائمة على الخطأ. وتدليلاً على ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه مسئولية جهة الإدارة عن قراراتها غير المشروعة مناطه أن يكون ثمة قرار مشوب بعيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة وأن يلحق بصاحب الشأن ضرر وأن تقوم رابطة السببية بين الخطأ والضرر ...<sup>2</sup>. وهكذا، لا يتم تأتيم الإدارة وقيام مسئوليتها إلا بجماع ثلاث عناصر: أحدهما الخطأ. والثاني الضرر. والأخير علاقة السببية بين الخطأ والضرر. وبانتفاء أحدهم تنتفي مسئولية الإدارة ولا يكون هناك مبرر للتعويض.

ولئن كان هذا شأن مسئولية الإدارة عن الخطأ في قراراتها الإدارية، فماذا عن الحال عند قيام الإدارة بسحب قراراتها هل تطبق ذات القواعد أم تتحلل الإدارة من المسئولية؟ سحب الجهة الإدارية لقرارها. لا يحول دون أن يقيم الأفراد دعوى تعويض عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء هذا القرار. فهذا السحب لا يكون من أثره إعفاء الإدارة من المسئولية إذ تظل رغمه مسئولة مسئولية مدنية تجاه

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2015/6/10م - الطعن رقم 20669 لسنة 58 ق - مجموعة المبادئ في ربيع قرن - المرجع السابق - المجموعة 60 - الجزء 2 - المبدأ 94/ و - ص 981 .

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/1/9م - الطعن رقم 2639 لسنة 45 ق - موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 1955 حتى عام 2010م - الجزء 9 - ص 5225.



الأفراد، لتعويضهم عما لحقهم من أضرار. وهذا ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأن قيام جهة الإدارة بسحب القرار لا يحول دون قيام مسئوليتها عن الأضرار التي تترتب على صدوره<sup>1</sup>. كما قضت بأن قيام الجهة الإدارية بسحب القرار المطعون فيه لا ينفي ركن الخطأ في جانبها، ولا يرفع كامل الضرر المادي والأدبي - السحب الإداري للقرار ليس أنفذ ولا أبلغ أثراً من الإلغاء القضائي من حيث أثره في المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض<sup>2</sup>.

ومن هذا المنطلق، وعلى ضوء ذلك، سنتكلم عن التعويض عن قرارات السحب السليمة، في فرع أول. ثم نتني بالحديث عن التعويض عن قرارات السحب المعيبة، في فرع ثان. ونتعرض للتعويض عن قرارات السحب المعدومة، وذلك في فرع ثالث.

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2001/7/4م - الطعن رقم 7154 و 7199 لسنة 44ق - مجموعة المبادئ في ربيع قرن - المرجع السابق - المجموعة الأولى 2000 - 2001م - الجزء الثاني - المبدأ 70 - ص 457

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2011/11/23م - الطعن رقم 15436 لسنة 54 ق - مجموعة المبادئ في ربيع قرن - المرجع السابق - المجموعة 57 - الجزء 1 - المبدأ 24/ج - ص 196 .

## الفرع الأول

### التعويض عن قرارات السحب السليمة

الأصل، كما ذكرنا، أن الجهة الإدارية تلتزم بسحب قراراتها المعيبة وفق الضوابط والشروط والمواعيد المنظمة لهذا الشأن. فالإدارة ملتزمة بالخضوع لمبدأ المشروعية خضوعاً يوجب عليها تصحيح وسحب قراراتها المعيبة وإعمال صحيح القانون. وتبعاً لذلك ينتفي حق صاحب الشأن في الادعاء أن ضرراً لحقه من جراء قرار السحب السليم. فالإدارة لا تسأل عن قراراتها السليمة المطابقة للقانون. فليس ثمة خطأ في جانبها يمكن أن تسأل عليه بما يؤدي إلى عدم استحقاق المدعي للتعويض لانتفاء الخطأ.

وبإنعام النظر في أحكام مجلس الدولة في مصر وفرنسا نجد أنه انتهى إلى أن الإدارة بإصدارها القرار الساحب تكون قد صححت قراراً معيباً وتلافت خطأ كانت قد وقعت فيه، ومن ثم لا تثريب عليها فيما فعلت وتنتفي مسؤوليتها ولا يمكن مطالبتها بالتعويض عما أحدثه قرارها من أضرار نتيجة هذا السحب لعدم وجود خطأ.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن القرار الإداري السليم لا يجوز إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي تترتب عليه أيّاً كانت. لانقضاء ركن الخطأ في جانبها<sup>1</sup>.

وتسلك المحكمة الإدارية العليا ذات الاتجاه في أحكام عديدة فرفضت الحكم بالتعويض عن سحب قرار مخالف للقانون حيث أن قرار السحب صدر صحيحاً وبالتالي ينتفي ركن الخطأ وتبعاً لذلك تتحلل الإدارة من المسؤولية. حيث اعتبرت المحكمة شطب اسم أحد الطلبة من عداد طلاب الكلية الحربية أي سحب قرار القبول بالكلية لا ينطوي على خطأ من جانب الإدارة طالما أن قرار قبول الطالب في الكلية كان مرده مسعى الطالب نفسه، وإخفاء حالته المرضية رغم علمه بأن أصابته تعتبر سبباً من أسباب عدم لياقته الطبية. حيث قضت بأنه ... ومن ثم فإن خطأ الإدارة جاء نتيجة لخطأ الطالب المذكور، وبذلك لا يتحقق في جانب الجهة الإدارية الخطأ الموجب للمسئولية، كما يكون القرار الصادر بشطب اسم الطالب المذكور من عداد طلبة الكلية - بعد ان ظهرت أصابته - متفقاً والقانون، ومن ثم لا يستحق المدعي تعويضاً عن هذا القرار<sup>2</sup>. كما ذكرت أنه مسئولية

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2007/5/29م - الطعن رقم 10663 لسنة 47 ق - مجموعة المبادئ في ربع قرن - المرجع السابق - المجموعة 52 - المبدأ 110 - ص 732

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1973/5/25م - الطعن رقم 860 لسنة 23 ق - مجموعة المبادئ في خمسة عشر عاماً 1980/1965م - الجزء الثالث - ص 2232.

الإدارة عن التعويض عن القرارات الإدارية رهينة بأن يكون القرار معيباً وأن يترتب عليه ضرر وأن تقوم علاقة سببية بين عدم مشروعية القرار وبين الضرر الذي أصاب الفرد - إذا كان القرار سليماً مطابقاً للقانون فلا تسأل الإدارة عن نتيجته مهما بلغت الأضرار التي تلحق بالفرد من جراء تنفيذه<sup>1</sup>.

غير أن المحكمة خرجت في بعض أحكامها عن ما استقرت عليه وقضت بالتعويض عن سحب الإدارة لقرارها المعيب رغم أن قرار السحب صدر صحيحاً، واستندت في ذلك إلى اعتبارات العدالة وفي ذلك تقول وإن كانت جامعة الإسكندرية، قد أصابت وجه الحق فيما بادرت إلى اتخاذه من سحب قرار تعيين الطاعن، بوظيفة معيد بقسم الهستولوجيا بكلية الطب بعد أن ثبت لها من التحقيقات أنه خاطئ قائم على غير سببه، وهذا الإجراء الإداري اللاحق من جانب الجامعة صحيح قانوناً إلا أن هذا لا ينفي أن خطأ مرفقياً قد وقع من جانبها في سبب قرار التعيين على يد موظف التسجيل في كلية الطب، فيما قام بتدوينه بكشف الترشيح من بيانات خاطئة تخالف الحقيقة من التقديرات التي حصل عليها ثلاثة عشر مرشحاً في مادة الهستولوجيا التي هي مادة التخصص محل المفاضلة بين المتقدمين، ولا خلاف في أن الخطأ الذي وقع من موظف التسجيل يعتبر من قبيل الأخطاء المصلحية المنسوبة إلى المرفق العام ذاته، وبذلك يكون خطأ الجامعة

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1995/10/14م - الطعن رقم 568 لسنة 39 ق - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء 51 - ص 410 .

على يد موظف التسجيل مندمجاً في سبب قرار التعيين الخاطئ، وعلى غير سند سليم، هو الذي سبب الضرر نتيجة تخلي المدعي عن وظيفته السابقة وفقدانه لها بسبب تعيينه الجديد في الكلية، دون أن يكون له ذنب في ذلك، مما يقتضي التعويض<sup>1</sup>.

والمتأمل في أحكام مجلس الدولة الفرنسي يلاحظ أنه سار في هذا الشأن سيرة مجلس الدولة المصري حيث جرت أحكامه على رفض التعويض عن قرارات السحب السليمة. من ذلك حكمه في قضية Truillas حيث قضى بأن السحب المطابق للقانون، ورد على قرار مخالف للقانون، وتم إجراؤه خلال المواعيد المقررة قانوناً، فإن المدعي في هذه الحالة لا يستحق تعويضاً عن السحب لإنتفاء ركن الخطأ الذي يبرر الحق في التعويض<sup>2</sup>. وفي حكم آخر يقول بأن سحب الإدارة لقرار تعيين الأنسة Turin بسبب عدم حصولها على الدبلوم الواجب توافره في قرار

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1963/4/20م - الطعن رقم 159 لسنة 8 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة 8 - الجزء الثاني - من أول فبراير 1962 إلى آخر سبتمبر 1963م - المبدأ 100 - ص 1064.

<sup>2</sup> C.E, 12/3/1947, Truillas, P106.

التعيين، هذا السحب كان لقرار غير مشروع، وبالتالي لا يثير مسؤولية الإدارة، ولا مجال للحكم بالتعويض طالما لم ترتكب الإدارة خطأ<sup>1</sup>.

وخرج في أحكام أخرى عن ما قرره ليحكم بالتعويض في بعض حالات السحب الصحيحة التي يترتب عليها ضرر للأفراد. حيث أكد المجلس على مسؤولية الإدارة بالرغم من صدور قرار السحب بطريقة سليمة، أي حتى لو كان تصرفها بالسحب مشروعاً لأن الأضرار التي تنجم خلال الفترة بين صدور القرار وسحبه، لا يمكن أن يتكدها الفرد، احتراماً لحسن نية الفرد الذي وثق في قرارها بأنه سليم قبل أن تسحبه، وقد أسس ذلك الحكم على قواعد العدالة التي تفرض ألا يضار أحد بفعل آخر<sup>2</sup>. كما قضى في قضية Meric بأن السحب المشروع وفق الضوابط والشروط المقررة في هذا الشأن. فإذا صدر وفق ذلك فالسحب يكون مشروعاً ولا تعويض، أما إذا تأخرت الإدارة في إجراء السحب لمدة طويلة، فإن هذا التأخير سيؤدي إلى تفاقم الخسائر ويرتب مسؤولية الإدارة عن تعويض الأضرار الناتجة عن هذا التأخير<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> C.E. 15/2/1963 Delle Turin, A.J.D.A, 1963, T2, P224.

<sup>2</sup> C.E. 4/1/1978, Ville de cayenne, Rec, N° 0446.

<sup>3</sup> C.E 16/6/1976, Meric, N° 97457

ويتبين من الحالات التي قرر فيها مجلس الدولة في مصر وفرنسا مسئولية الإدارة وألزمها بالتعويض. ليس بسبب قرار السحب ولكن بسبب قرارها المعيب الذي تم سحبه والذي صدر بسبب خطأ من جانبها دون دخل للأفراد فيه، الذين رتبوا حياتهم ومعاشهم بمقتضى هذا القرار قبل أن تكتشف الإدارة خطأها وتسحبه مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بهم كان من العدالة تعويضهم عنه.

يضاف إلى ما سبق أن الحكم بانتقضاء الخصومة لقيام الجهة الإدارية بتلبية طلبات المدعي وسحب القرار الإداري المعيب، لا يحول دون أن يقيم ذات المدعي، دعوى جديدة، عن نفس الوقائع. ولكن أن يكون سبب الدعوى الجديدة مغايراً لتلك التي قضي بانتقضائها لسحب الجهة الإدارية قرارها. فسحب الجهة الإدارية المدعى عليها القرار المطعون فيه، لا يحول دون أن يقيم المدعي دعوى تعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذا القرار<sup>1</sup>. فبرغم صحة قرار السحب وأنه جاء تلبية لطلبات المدعي إلا أن التعويض يكون في حقيقة الأمر عن الأضرار التي ألحقها القرار المعيب الذي تم سحبه. فالإدارة مجبرة على تصحيح الخطأ الذي ارتكبته حقاً. غير أنها ملزمة بجبر الضرر الذي سببته والتعويض عما أحدثته.

---

<sup>1</sup> د/ محمد باهي أبويونس - التسليم بالطلبات والأحكام في المرافعات الإدارية - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2019م - ص 147 .

## الفرع الثاني

### التعويض عن قرارات السحب المعيبة

ليس لقرار السحب كأصل عام ما يستأثر به دون غيره من القرارات. فشأنه كشأنها. يعيبه ما يعيبها من حيث الاختصاص أو الشكل أو المحل أو السبب أو الغاية. فتقوم مسئولية الإدارة عن قرارات السحب المعيبة أو الغير مشروعة. وعدم المشروعية هذه تمثل ركن الخطأ، كأحد أركان المسئولية المدنية للإدارة، الموجبة للحكم عليها بالتعويض<sup>1</sup>. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا ان مناط مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية التي تصدرها هو أن تكون هذه القرارات معيبة، وأن يترتب عليها ضرر وأن تقوم علاقة سببية بين عدم المشروعية - أي بين خطأ الإدارة والضرر المترتب عليها، ولهذا فإن سحب الجهة الإدارية قرار تعيين العامل، لعدم اجتيازه الامتحان المقرر لشغل الوظيفة التي عين بها، وصدور حكم نهائي بإلغائه لمخالفته القانون، وذلك لورود السحب على قرار التعيين بعد تحصيله بمضي الميعاد المقرر قانوناً لسحبه، يثبت ركن الخطأ في جانب الإدارة، بإصدارها ذلك القرار المخالف للقانون، وتكون الإدارة مسئولة عن تعويض الضرر الناشئ عنها بقطع النظر عن الباعث على الوقوع في هذا الخطأ، ولا ينال من ذلك

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2002/12/18 - الطعان رقما 492 ، 5038 لسنة 45 ق - مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا 2002 ، 2004 - الجزء الأول - ص 170.



أن القرار قد صدر في موضوع تباينت فيه الآراء واختلفت، لأن الخطأ في فهم الواقع أو القانون ليس عذراً مانعاً للمسئولية<sup>1</sup>.

كما قضت أيضاً بأنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر أن يكون قرار السحب مشوباً بعيب أو أكثر من العيوب التي تبرر إلغاء القرار عن طريق القضاء ... ان أساس مسئولية الحكومة عن القرارات الإدارية الصادرة منها هو وجود خطأ من جانبها، وأن يكون القرار غير مشروع، أو يشوبه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة، وأن يلحق بصاحب الشأن ضرر، وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر ... ومن حيث أن قرار الجهة الإدارية الصادر في 29 يوليو 1961م بسحب قرار تعيين المدعية لعدم اجتيازها الامتحان المقرر لشغل الوظيفة التي تعينت فيها، وقد حكم نهائياً بإلغائه لمخالفته للقانون لورود السحب على قرار التعيين بعد أن كان الأخير قد تحصن بمضي الميعاد المقرر قانوناً للسحب، ومن ثم يثبت ركن الخطأ في جانب الإدارة بإصدارها ذلك القرار المخالف للقانون، ومن حيث انه قد ثبت خطأ الإدارة في إصدار قرارها بسحب قرار تعيين المدعية وترتب على هذا الخطأ ضرر للمدعية يتمثل في إقصائها عن وظيفتها وحرمانها من مرتبها، وتأثر مركزها القانوني بانفصام رابقتها الوظيفية لمدة زادت على أربع سنوات، ومتى كان هذا الضرر نتيجة مباشرة لخطأ

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1978/1/28 - الطعن رقم 1147 لسنة 20 ق - غير

الإدارة، ومن ثم يكون شروط مسئولية الإدارة قد توافرت، وبالتالي يكون طلب التعويض قائماً على أساس سليم من القانون<sup>1</sup>.

ونخلص مما سبق، أن مناط مسئولية الإدارة يخضع للقاعدة العامة من ضرورة توافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية ويستتبع توافر ذلك التزام الإدارة بتعويض صاحب الشأن عما لحقه من أضرار. كما أن تحصن القرار المعيب بفوات الميعاد يكون في حكم القرار السليم فإذا قامت الإدارة بسحبه. يعتبر قرارها الساحب معيب وغير مشروع. والضرر المترتب عليه يقيم المسئولية ويترتب عليه التعويض.

ويثور التساؤل عن مدى جواز قيام الجهة الإدارية بتعويض المضرور من قرار السحب غير المشروع دون حاجة للجوء إلى القضاء؟ ذهبت إدارة الفتوى بالصحة في معرض إبدائها للرأي عن مدى استحقاق الموظف المفصول لراتبه عن مدة فصله من جانب الإدارة دون اللجوء للقضاء حيث تقول إن أولى واجبات الإدارة أن تحترم القوانين واللوائح فإذا ما قامت باتخاذ قرار غير مشروع فإنها تكون قد خرجت على أولى واجباتها بأن أتت عملاً ضاراً .. وبالتالي يكون على هذا. الإدارة أن تبادر من تلقاء نفسها بتدارك خطئها بسبب هذا القرار غير المشروع، وأن تعوض الغير عن الضرر الذي لحقه نتيجة لذلك، وأنه ليس من الضروري أن يلجأ

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1978/5/20م - الطعن رقم 860 لسنة 23 ق. مشار إليه / حسني درويش عبدالحמיד - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - المرجع السابق - ص 469.

الموظف إلى القضاء مطالباً بحقه .. أو أن تلزمه الجهة الإدارية بإقامة دعوى أمام القضاء للمطالبة بحق من الحقوق تحقق مناطه؟؟ إذ أن الجهة الإدارية ملزمة بأن تكون أعمالها في نطاق المشروعية ... ولا تثريب عليها إذ عادت من تلقاء نفسها إلى نطاق المشروعية بتعويض العامل المتضرر<sup>1</sup>.

وبالبناء على ذلك، فلا مبرر لرفع المتضرر دعوى للمطالبة بحقه، مادامت الإدارة قد سلمت بحقه وأجبرت ضرره وعوضته، اللهم إلا إذا لم ينشأ على أساس تقدير هذا التعويض ما يستوجب اللجوء إلى القضاء.

وتسقط دعوى التعويض عن سحب قرار فصل أحد العاملين وإعادته لعمله بمضي خمسة سنوات. وهو ما تؤكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها أن دعوى التعويض عن حرمان الموظف من مرتبه بسبب فصله من الخدمة بدون وجه حق تسقط بمضي مدة التقادم المسقط للراتب، وهي خمس سنوات طبقاً لحكم المادة 50 من القسم الثاني من اللائحة المالية للميزانية والحسابات

وعلى نحو المستقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أن صدور قرار سحب غير مشروع يؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة ونشوء حق الأفراد في الحصول على

---

<sup>1</sup> فتوى الصحة - الملف رقم 176 في 1980/1/22 - الفتوى المقامة من الهيئة العامة للمستشفيات والمعاهد التعليمية غير منشورة مشار إليها د/ محمد ماهر أبوالعنين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - المرجع السابق - ص 475.

تعويض. حيث انتهى إلى الحكم بالتعويض على الإدارة لسحبها القرار المعيب بعد تحصنه بفوات المدة المحددة لسحب القرارات الباطلة<sup>1</sup>. كما قضى بأن صدور القرار بصورة مشروعة أو اعتبر كذلك لتحصنه بفوات الميعاد، فسحب الإدارة لهذا القرار يفضي إلى أن القرار الساحب يكون غير مشروع يلزم الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي تنشأ عنه. فإذا تم منح أحد الأشخاص رخصة بناء بتاريخ 1973/6/18م وتم سحب هذه الرخصة بتاريخ 1974/7/9م من قبل المحافظ لعدم شرعيتها. فهذا السحب يعتبر معيباً وغير مشروع لصدوره بعد الميعاد، فقضى المجلس بإلغاء قرار السحب وتعويض أصحاب الشأن عن الأضرار التي لحقت به جراء قرار السحب غير المشروع<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>C.E 13/4/1956, léontieffe, R.D.P, 1956, P918 .

<sup>2</sup> C.E 4/6/1982, ministre de l'environnement et du cadre de vie tendant, N' 23675.

## الفرع الثالث

### التعويض عن سحب القرارات المنعدمة

لئن كان أساس مسؤولية الإدارة بالتعويض عن قرارات السحب، على نحو ما تقدم، يقطع بأن مجلس الدولة هو الذي ينعقد له الاختصاص بنظر دعوى التعويض، فإن التساؤل يثور عن المختص بنظر دعوى التعويض في حالة كان القرار الذي تم سحبه منعدماً. هل هو القضاء العادي باعتبار أن هذه القرارات تفتقد صفة القرار الإداري، أم مجلس الدولة؟

هذه القرارات تفتقد صفة القرار الإداري، ومن ثم تصير عملاً مادياً، وتبعاً لذلك فإن مسؤولية الإدارة تحكمها قواعد القانون المدني، ويختص القضاء العادي بنظر دعاوى التعويض عن تلك القرارات، طبقاً للمادة 163 من القانون المدني<sup>1</sup>. فيكون للمضروع الرجوع على الإدارة للتعويض عن الأضرار التي لحقت، ويكون لجهة الإدارة الرجوع على الموظف المسئول عن صدور مثل تلك القرارات. فتدخل الإدارة وسحبها للقرار المنعدم وإنهاء كافة الآثار المترتبة عليه، لا ينفي عنها قيام مسؤوليتها في التعويض عن الأضرار التي نجمت عنه قبل سحبه، فالعبرة في ترتيب المسؤولية ليست بنوع التصرف، وإنما بالآثر الذي يحدثه في الغير.

---

<sup>1</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - المرجع السابق - ص 473.

فالفرض هنا أن قرار السحب سليم غير أن الأضرار التي نجمت عن القرار المنعدم المسحوب تستوجب جبرها والتعويض عنها. وأساس مسئولية الإدارة في هذه الحالة لا يكون مناطه الخطأ لأن الإدارة لم تخطئ وهي تسحب القرار الذي يكون متجرباً من صفته الإدارية. فالفرد الذي تعامل مع هذا القرار على اعتبار أنه صادر من جهة إدارية تملك صلاحيات إصداره، كما أن تقدير مشروعيته مسألة يصعب على الفرد العادي التحقق منها، مما يستوجب على الإدارة تحمل مخاطر تصرفات من ينتسبون إلى جهازها، وذلك استناداً إلى اعتبارات العدالة، هذا من ناحية، وعلى قدرة الإدارة على رقابة ومتابعة من تصرف باسمها سواء عن قصد أو بحسن نية. من ناحية أخرى<sup>1</sup>.

وتمتد مسئولية الإدارة عن التعويض حتى لو كانت الأضرار الناجمة عن القرار المنعدم المسحوب أدبية. وتدللياً على ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا إن صدور قرار رئيس الجمهورية بسحب قرار إسقاط الجنسية المصرية عن المدعي لا يجبر الأضرار الأدبية التي لحقته وأسرته، ويجب بالتالي تعويض المدعي عن الأضرار

---

<sup>1</sup> د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها - المرجع السابق - ص 838 .

الأدبية، وهي حرمان المدعي وأسرته من الانتماء السياسي والمصيري إلى مصر<sup>1</sup>

فقرار سحب الجنسية قرار منعدم يجوز سحبه في أي وقت دون التقيد بالمواعيد المقررة لسحب القرارات الإدارية غير المشروعة ولا يغنى المدعى عن حقه في التعويض عن هذه الأضرار الأدبية ولا يجبرها مجرد صدور قرار رئيس الجمهورية بسحب قرار إسقاط الجنسية المصرية عنه وما ترتب على ذلك من السماح للمدعى بالعودة إلى مصر مرة أخرى.

وللإدارة الحق في الرجوع بما دفعته من مبالغ كتعويض عن الأضرار الذي سببها القرار المنعدم على الموظف المسئول. فإذا ما ثبت أن القرار المنعدم المسحوب يرجع إلى خطأ الموظف وكان ذلك بمناسبة تأدية وظيفته أو بسببها فتسأل الإدارة في هذه الحالة على أساس مسئولية التابع عن أعمال المتبوع طبقاً للمادة 174 من القانون المدني وليست مسئولية شخصية طبقاً للمادة 163 من القانون المدني، وتعتبر عن ذلك المحكمة الإدارية العليا بقولها يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1983/1/15م - الطعان رقما 1432 ، 1435 لسنة 26 ق - المكتب الفني لمجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة 28 ق من أول أكتوبر 1982 إلى آخر سبتمبر 1983 - المبدأ 63 - ص 417 .

الذي يحدثه تابعه متى كان واقعاً منه في حالة تأدية وظيفته<sup>1</sup>. وهذه المسؤولية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور، وتقوم على فكرة الضمان القانوني، هذا فضلا عن أن الخطأ إذا كان في جانب الإدارة فتتحمل المسؤولية مباشرة دون الرجوع على الموظف، فسحب القرار المنعدم، وقرار السحب المنعدم، يرتبا المسؤولية المالية في كل الأحوال<sup>2</sup>.

والمسؤولية هنا تكون شخصية، يقع عبؤها على الموظف الذي تسبب بخطئه في سحب القرار، ومسؤولية الإدارة في هذه الحالة ليس إلا مسؤولية مؤقتة في مواجهة المضرور اقتضتها العدالة حماية للأفراد من خطر إفسار الموظف المسئول عن دفع التعويض، فإن الإدارة تدفع التعويض ولكن لها حق الرجوع على الموظف طبقاً للمادة 175 من القانون المدني التي تنص على أن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن التعويض .

ويتبدى من النص لزوم ثبوت الخطأ في جانب الموظف، وأن تصرفات الموظف التي تقضي إلى سحب القرار المنعدم. وإحداث ضرر للغير، توجب إثارة مسؤوليته، يستوي في هذا الشأن أن يكون تصرفه عمدياً أم غير عمدي. إذ لا يشترط هنا

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا - جلسة 2011/3/5م - الطعن رقم 12716 لسنة 50 ق - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد 3 - 2011م - ص 87 .

<sup>2</sup> د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - المرجع السابق - ص 473.



توافر القصد لديه في إصدار قرار منعدم، وإنما يكون مسئولاً حتى لو ترتب على إهماله صدور مثل هذا القرار. فطالما أن الإدارة قامت بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحقه جراء سحب القرار المنعدم فإن ذلك يترتب عليه إثارة مسئولية الموظف طالما أن النتيجة في النهاية واحدة وهي تحمل الجهة الإدارية بمبلغ التعويض.

ويشير بعض الفقه<sup>1</sup> إلى أن القرار المنعدم يثير مسئولية الشخص الذي أصدره، لأن المخالفات القانونية التي ارتكبها الموظف بصدده، تعد مخالفات جسيمة، تخرج القرار عن نطاق الوظيفة حكماً، وإن كان متصلاً بها مادياً، لقيام الموظف به في أثناء مباشرته لمهام وظيفته، ولهذا يكون القرار المعدوم مصدراً لمسئولية الموظف الشخصية، سواء قصد به تحقيق الصالح العام أو أغراضه السيئة.

ويذهب صاحب هذا الرأي<sup>2</sup> إلى انتقاد فكرة الخطأ كأساس تقوم عليه مسئولية الجهة الإدارية عن الأخطاء الشخصية للموظفين في مواجهة المضرور. أو هكذا قوله: يجب أن نستبعد نصوص القانون المدني كأساس لمسئولية الإدارة في مواجهة الأفراد، ولا محل لتشبيهه العلاقة بين الإدارة والفرد بعلاقة السيد بتابعه، إذ إن مقتضى ذلك أن ترجع الإدارة على الموظف بجميع ما دفعته للمضرور ولو كان ما

---

<sup>1</sup> د/ رمزي طه الشاعر - تدرج البطلان في القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 318.

<sup>2</sup> د/ رمزي طه الشاعر - تدرج البطلان في القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 140.

ارتكبه من خطأ لا يصل إلى مرتبة الخطأ الشخصي، حيث أن العدالة هي الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسئولية الإدارة.

وإلى هذا الرأي أيضاً، ذهب البعض الآخر من الفقهاء<sup>1</sup> ويرد ذلك لأسباب عدة. منها القول أن المستقر عليه في فقه القانون الإداري، أن علاقة الموظف بالحكومة علاقة لائحية تنظيمية، لا علاقة تعاقدية تنظمها قواعد القانون الخاص، وقد استبعد الفقه أن تكون علاقة الموظف بالحكومة من علاقات القانون الخاص، إذن فالذي يحكم وينظم العلاقة بين الموظف والإدارة هي قواعد تنظيمية لائحية، ومرة أخرى يؤسس الفقه هذا النقد على أنه من الثابت أن جهة الإدارة تسأل عن أخطاء موظفيها التي لا تصل إلى مرتبة الخطأ الشخصي طبقاً للمعيار السائد فقهاً وقضاءً للتمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، وأن الإدارة ترجع على الموظف بما دفعته للمضرور فما هي إذن القواعد المطبقة في هذا الخصوص؟ أهى قواعد القانون المدني أم قواعد أخرى؟ فالمنطق يقضي بأنه مادام قد استبعدنا قواعد القانون المدني في تنظيم العلاقة بين الحكومة والموظف، فإن القواعد الواجبة التطبيق هي قواعد العدالة التي توجب تقدير التعويض بقدر الضرر. وأخيراً فإنه وفقاً للمبادئ السابقة فلا محل لاختلاف طبيعة مسئولية الإدارة في مواجهة

---

<sup>1</sup> د/ حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - المرجع السابق ص 474، 475.

المضرور، عن التزام الموظف برد المبالغ التي دفعتها الإدارة للمضرور جبراً للضرر، وهي تقوم، على قواعد العدالة، كما أن مسؤولية الإدارة في مواجهة المضرور تقوم على قواعد العدالة أيضاً.

صفوة القول إذن، إن تدخل الإدارة وسحبها للقرار المنعدم لا ينفي قيام مسؤوليتها بالتعويض عن الأضرار التي نجمت عنه قبل سحبه، وإن الإدارة هي من يتحمل مبلغ التعويض في مواجهة المضرور. وإن كان يحق لها الرجوع لاحقاً على من أصدر القرار بقيمة التعويض الذي دفعته.

## الخاتمة

لئن كان للإدارة الحق في سحب القرارات الإدارية، إلا أنه لا يجري إعمال ذلك على إطلاقه، وإنما يتقيد بذات القيد الذي يحد التصرفات والأعمال الإدارية، وهو المشروعية، وبمعنى آخر لابد أن يكون سحب القرار الإداري، متفقاً مع القانون، لذلك فإن البحث فرق بين سحب الإدارة لقراراتها المشروعة وغير المشروعة.

كما أن القرار الإداري قد يؤدي إلى الإفتئات على حق الأفراد، وحينما يحدث هذا فثم الحاجة إلى سحب هذا القرار، وحالما يزول ينتفي مبرره.

فمنطق سحب القرارات الإدارية، لا يمكن أن تضار المصلحة العامة به. إذ أن في عدم إعماله إرهاباً لمرفق القضاء، وإصراراً على اتساع هوة الخلاف بين الخصوم فكلما تم اللجوء للقضاء، تنامي اللدد بين الأفراد والإدارة، فيلزم العودة للطرق الودية لفض النزاعات بين الإدارة والأفراد. فواجب الدولة في تحقيق الأمن القانوني لمواطنيها، لا يتأتى بالتجاء الأفراد إلى قاضيهم الطبيعي وإنما يجري باتساع المجال أمام الأفراد لفض منازعتهم ودياً، لا قضائياً عن طريق إعادة الإدارة النظر في قراراتها وسحبها إذا كانت غير مشروعة أو أنها اعتدت على حق للأفراد مشروع.

وضمامناً لحقوق الأفراد المتولدة عن إصدار وسحب القرار الإداري وعدم تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في سحب القرارات الإدارية فإن البحث على مدار

فصليه أبان النظام القانوني لسحب القرارات الإدارية في مصر وفرنسا الذي يضع الضوابط والشروط التي بموجبها يمكن للإدارة سحب القرارات الإدارية . وفي ضوء ذلك ، فقد توصل الباحث لمجموعة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج

1- يفضي قرار السحب إلى إزالة وإنهاء القرار المسحوب من تاريخ صدوره، واعتباره كأن لم يكن مما يستتبع هدم كل ما يترتب على هذا القرار من آثار وهو ما يطلق عليه بالأثر الهادم لقرار السحب. كما أن هذا السحب قد يتطلب إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور قرار السحب وهذا ما يسمى بالأثر البناء لقرار السحب.

2- لا بد أن يكون القرار المسحوب معيباً حتى يمكن سحبه فلا يجوز سحب القرارات السليمة إلا في حدود بعض الاستثناءات الضيقة والمتأمل في قضاء مجلس الدولة في مصر وفرنسا يدرك قدر رسوخ ذلك وهو ما تم تقنينه في فرنسا.

3- تتقيد الإدارة في سحبها للقرارات المعيبة بميعاد محدد بانقضائه تتحصن هذه القرارات ويمتنع سحبها إلا في استثناءات محددة. ويفترق في مصر عن فرنسا هذا الميعاد. ففي مصر ليس ثمة اختلاف في ميعاد السحب عن ميعاد الطعن. إذ أن هذا الأخير موعده. فيكون ميعاد السحب ستين يوماً من تاريخ صدور القرار. أما

في فرنسا فهو يجري وفق قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة الذي حدد ميعاد السحب بأربعة أشهر تالية لصدور القرار. إذ لا يرتبط ميعاد السحب بميعاد الطعن. حيث تم الفصل بينهما.

4- تقييد سلطة الإدارة في سحب القرارات الإدارية بميعاد محدد. العلة من ذلك هي التوفيق بين ما يجب أن يكون للإدارة من حق في إصلاح ما ينطوي عليه قرارها من مخالفة قانونية وبين وجوب استقرار الأوضاع القانونية وعدم المساس بالحقوق المكتسبة المترتبة على القرار الإداري.

5- تسبب قرار السحب في مصر هو أمر جوازي وتبعاً لذلك لم تكن الإدارة ملزمة بتسبب قرارات السحب إلا إذا نص القانون على ذلك، بينما في فرنسا فقد ألزم القانون الإدارة بضرورة تسبب قراراتها الصادرة بالسحب.

6- القرار الفردي متي صدر صحيحاً مشروعاً ورتب حقوق للغير لا يجوز لجهة الإدارة سحبه كأثر لتغير الظروف سواء الواقعية أم القانونية. غير أنه هناك من الأحكام ما خرج بها مجلس الدولة في مصر وفرنسا عن هذا الأصل المستقر. إلا أنه ليس اتجاهاً استقر أو مبدأ سار عليه القضاء، فهو استثناء من الأصل العام يبقى في إطار ضيق تحقيقاً للمصلحة العامة. كما أن أثر تغير الظروف الواقعية أم القانونية علي السواء، لا يترتب عليه سحب القرارات التنظيمية بأثر رجعي وإنما إلغاؤها في أضيق الحدود وذلك بوضع حد لمفعول اللائحة وبقاءها ومشروعيتها

بالنسبة للمستقبل فقط، وهذا الإلغاء أحاطه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بمجموعة من القيود والضوابط حفاظا علي استقرار العمل الإداري وألا يكون عرضه للإلغاء والزعزعة في كل وقت بما يؤثر علي حسن سير المرفق بانتظام واضطراد. فإذا كانت الإدارة حرة في اختيار الوسائل لتكييف لوائحها مع المتغيرات الجديدة، فذلك لا يعني إنهاء كل وجود لها منذ صدورها.

### ثانيا: التوصيات

1- ضرورة تقنين قواعد سحب القرارات الإدارية، وأن يفرد المشرع نصوصا خاصة به تنظم موضوع السحب يكون مرجعه في ذلك إلى رأي الفقهاء وما استقر عليه القضاء وتواترت عليه أحكامه. وأن يكون ذلك على أساس التوفيق بين مبدأ المشروعية ومبدأ استقرار الأوضاع القانونية وعدم المساس بالحقوق المكتسبة. مع الأخذ في الاعتبار ضرورة أن تتسم نصوص هذا التقنين بالبساطة والوضوح لأن تعقيد هذه القواعد والنصوص يمثل اعتداء على أبسط الضمانات القانونية للأفراد. وذلك على غرار فرنسا التي أصدرت المرسوم رقم 1341 لسنة 2015م والذي أضافت بموجبه في قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة المواد من 240 إلى 243 والتي نظمت ضوابط السحب والإلغاء الإداري. مما يساهم في حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

2- لزوم تسبب قرارات السحب. فالإزام الإدارة بتسبب قرارات السحب - التسبب الوجوبي - يفضي إلى الشفافية والابتعاد عن الشبهات والتحايل على القانون. وعدم الانحراف في استعمال السلطة أو صدور قرارات السحب لاعتبارات شخصية حسب الأهواء والرغبات الذاتية والتحكم. وعدم فقد الثقة في القرار الإداري الذي يقصد منه بالأساس تحقيق مصلحة عامة وليست ذاتية. كما أن أهمية التسبب تكمن في اعتباره ييسر رقابة القضاء علي القرار الساحب إضافة لاعتباره ضماناً جوهرياً للأفراد. فالتسبب يجسد الاعتبارات التي أفضت بالإدارة إلى الانتهاء لسحب قراراتها. ويظهر ما إذا كان استخلاصها لهذه الاعتبارات سائغاً موافقاً لصحيح القانون من عدمه. ومن ثم ينبغي اتباعه، طالما لم يمنعه نص قانوني.

3- ضرورة تعديل ميعاد السحب من ستين يوماً إلى أربعة أشهر على غرار الميعاد في فرنسا وذلك لإعطاء الفرصة للإدارة لكي تنتهي لدراسة قرارها، ما به من مناقب تحتم بقاءه، وما عليه من مطالب توجب سحبه أو إلغائه، وتأخذ عدتها لسحبه تجنباً للمطالب. خاصة وإن من القرارات ما يحتاج إلى وقت معين لتشعب عنه بعض القرارات كما أن عملية دراسة سحب القرار قد تطول بين إجراءات مكتبية عقيمة ومعقدة.

4- ان معيار المصلحة العامة يجب وضع معايير ضابطه لإعماله، تتمثل في ضرورة كفاءة السير المنتظم للمرفق العام، والحفاظ على المراكز المكتسبة بالقرار المسحوب هذا فضلاً عن أن في احترام الحقوق المكتسبة مصلحة أقوى وأجدر



بالرعاية من المصلحة التي تتغياها الإدارة من سحب القرار الإداري والمتمثلة في احترام مبدأ المشروعية لاسيما وأنه أيضاً سوف يؤدي إلى إشاعة الطمأنينة واستقرار الأوضاع ورسوخ ثقة المتعاملين مع الدولة، وضمان حقوقهم قبلها، كما أن في كفالة استقرار الحقوق وتوفير الطمأنينة للمراكز القانونية للأفراد، ضمان لانتظام وحسن سير المرافق العامة. وتلك مصلحة عامة لا تدانيها في القيمة مصلحة أخرى.

5- ضرورة عدول مجلس الدولة المصري عن ما استقر عليه حيث أثر إعمال مبدأ الأجر مقابل العمل وقصر الحق لمن تم فصله نتيجة قرار معيب على المطالبة بالتعويض. فيجب توفير الحماية للموظف الذي تم سحب قرار فصله من عمله نتيجة قرار معيب بدون وجه حق. فيجب في هذه الحالة أن يحصل على راتبه وما كان يتقاضاه من أجر الذي حال بينه وبين صرفه القرار المعيب الصادر بفصله. حيث أن الموظف كان على استعداد للقيام بعمله وتحمل أعباء وظيفته لولا صدور القرار المعيب فلا يجوز حرمانه من راتبه خلال فترة الفصل.

## قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

### 1- المؤلفات العامة

د/ إبراهيم عبدالعزيز شيجا

- القضاء الإداري - الإسكندرية - دون ذكر للناشر - 2019 .

- القضاء الإداري مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري - ولاية القضاء الإداري - دون ذكر للناشر - 2019م .

د/ أحمد عبدالحسيب عبدالفتاح - الأثر الرجعي في القضائين الإداري والدستوري دراسة مقارنة بين القانون والشريعة - القاهرة - دار النهضة العربية - 2011م .

د/ أحمد يوسف محمد علي - النظام الإداري في ضوء الفقه والقضاء - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2011م .

د/ أشرف عبدالفتاح أبوالمجد - تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء - الإسكندرية - منشأة المعارف - 2007م .

د/ أنس جعفر - القرارات الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - 2005م .

د/ أنور أحمد رسلان - وسيط القضاء الإداري - الكتاب الأول المشروعية والرقابة القضائية - دون ذكر للناشر - 1997م .

د/ توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - الطبعة الأولى - 1955/1954م .

د/ ثروت بدوي

- تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية - القاهرة - دار النهضة العربية - 1970م .

- تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية - القاهرة - دار النهضة العربية - 2007م .

- تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية - دون ذكر للناشر - 1970م .

د/ جورجى شفيق ساري - المبادئ العامة للقانون الإداري الكتاب الثاني - الطبعة 4 - القاهرة - دار النهضة العربية - 2004م .

د/ حسام مرسي - أصول القانون الإداري - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - 2012م - ص 579 .

د/ حسن عبد الزهرة موسى - السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء الإداري عليها دراسة مقارنة - القاهرة - مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - 2019م .

د/ حسني درويش عبدالحميد - نهاية القرار الإدارية عن غير طريق القضاء دراسة مقارنة - دون ذكر للنشر - طبعة ثانية مزيدة ومنقحة - 2008م .

د/ حسين عبدالعال محمد - الرقابة الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - 2004م .

د/ حمدي أبوالنور عويس - مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - 2011م .

د/ حمدي ياسين عكاشة

- القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - الإسكندرية - منشأة المعارف - 1987م.

- موسوعة القرار الإداري - القاهرة - دار الفجر للطباعة - 2010م .

د/ رفعت عيد السيد

- القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة - القاهرة - دار النهضة العربية - 2006م

.

- مبدأ الأمن القانوني - القاهرة - دار النهضة العربية - دون تاريخ النشر .

د/ رمزي الشاعر

- تدرج البطلان في القرارات الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - 2000م

.

- تدرج البطلان في القرارات الإدارية - بدون ذكر دار للنشر - ط 3 - 1997م .

د/ رمضان محمد بطيخ - القضاء الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية -

1998م - الطبعة الثانية .

د/ سالم بن سلمان الشكلي - نظرية سحب القرارات الإدارية - القاهرة - دار

النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2016م .

د/ سامي جمال الدين - اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية - الإسكندرية -

منشأة المعارف - 1982م .

د/ سليمان محمد الطماوي

- النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - القاهرة - دار الفكر العربي -  
2006م .

- النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة - القاهرة - دار الفكر العربي -  
1984م .

- الوجيز في القانون الإداري - القاهرة - مطبعة جامعة عين شمس - 1986م .

د/ شريف يوسف حلمي خاطر - القرار الإداري - المنصورة - دار الفكر والقانون  
للنشر والتوزيع - 2011م .

د/ صلاح الدين فوزي

- المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة  
العربية - 1998م .

- المبسوط في القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 2010م .

د/ طارق فتح الله خضر - القضاء الإداري - دون ذكر للناشر -  
2005/2004م .

د/ طعيمة الجرف

- القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1985م .

- القانون الإداري - دون ذكر للناشر - طبعة 1963 ، 1964م .
- القانون الإداري دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة - القاهرة - دون ذكر دار نشر - 1973م .
- د/ عادل سيد فهميم - القوة التنفيذية للقرار الإداري - دون ذكر لدار النشر - 1964م .
- د/ عبد الحميد حشيش - دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي - 1977م .
- د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة
- القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - دون ذكر دار النشر - 2008م .
- القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة - الإسكندرية - منشأة المعارف - 2007م .
- د/ عبدالعليم عبدالمجيد مشرف - الوجيز في القانون الإداري - دون ذكر للناشر - 2001م .
- د/ عبدالغني بسيوني عبدالله - القانون الإداري - دون ذكر للناشر .
- د/ عبدالفتاح حسن

- القانون الإداري الكويتي - دون ذكر للناشر - 1969م .
- القضاء الإداري قضاء الإلغاء - دون ذكر دار النشر - 1971م .
- د/ عبدالمجيد عبدالحفيظ سليمان ، د/ محمد أنس قاسم جعفر - أصول القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1989م .
- د/ عثمان خليل - القانون الإداري الكتاب الثاني مجلس الدولة - دون ذكر دار النشر - 1950م - الطبعة 2 .
- د/ عدنان عمرو - القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها - الإسكندرية - منشأة المعارف - الطبعة 2 - 2004م .
- د/ عصام عبدالوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية والرقابة القضائية - القاهرة - دار النهضة العربية - 1971م .
- د/ عصمت عبدالله الشيخ - مبادئ ونظريات القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - 1998م .
- د/ علاء إبراهيم محمود - حماية الحقوق المكتسبة الناشئة عن القرار الإداري دراسة مقارنة - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2018م .



د/ عليوة مصطفى فتح الباب - القرار الباطل والقرار المعدوم - القاهرة - دار النهضة العربية - 1997م .

د/ فؤاد العطار - مبادئ القانون الإداري - الطبعة الثالثة - دون ذكر للناشر - 1976م .

د/ فتحي وإلى - الوسيط في قانون القضاء المدني - القاهرة - دار النهضة العربية - 1981م .

د/ ماجد راغب الحلو

- القضاء الإداري - الإسكندرية - منشأة المعارف - 2004م .

- دعاوى القضاء الإداري - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2020م .

- مجموعة مؤلفين - مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري الفرنسي - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - 2009م .

د/ محمد أحمد المسلماني - نفاذ القرارات الإدارية ذات الأثر الرجعي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2014م .

د/ محمد باهي أبو يونس - التسليم بالطلبات والأحكام في المرافعات الإدارية - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2019م .

د/ محمد باهي أبويونس

- الوجيز في أصول الإدارة العامة - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 1995م .

- وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2018م .

د/ محمد رفعت عبدالوهاب

- المبادئ العامة للقانون - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - دون ذكر سنة النشر .

- النظرية العامة للقانون الإداري - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2009م .

- مبادئ وأحكام القانون الإداري - الإسكندرية - دار المطبوعات الجامعية - 2012م .

- مبادئ القضاء الإداري - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2019م .

د/ محمد رفعت عبدالوهاب ، د/ أريج محمود عويضة - القضاء الإداري مبدأ  
المشروعية أو سيادة القانون - الاختصاص القضائي لمجلس الدولة - الإسكندرية  
- دار الجامعة الجديدة - 2020م .

د/ محمد عبدالحميد أبوزيد - المرجع في القانون الإداري - بدون ذكر دار نشر -  
2007م .

د/ محمد فؤاد عبدالباسط

- الأعمال الإدارية القانونية - الكتاب الأول - القرار الإداري - القاهرة - دار  
النهضة العربية - 2012م .

- القانون الإداري - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - 1998م .

د/ محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي  
التعاوني - دون ذكر دار نشر - 1967م - المجلد الثاني .

د/ محمد كامل ليلة - الرقابة علي أعمال الإدارة - القاهرة - دار الفكر العربي -  
1973م .

د/ محمد ماهر أبوالعينين - ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي  
- الكتاب الثالث - دون ذكر الناشر .

د/ محمد مدني - مسئولية الدولة عن أعمالها المشروعة - رسالة دكتوراه - 1952م

د/ محمود حافظ - القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن - دون ذكر  
للناشر - 1993م .

د/ محمود حلمي

- القرار الإداري - القاهرة - دار الاتحاد العربي للطباعة - 1970م .

- موجز مبادئ القانون الإداري - الطبعة الأولى - 1977/1978م .

د/ محمود خلف الجبوري - القضاء الإداري دراسة مقارنة - لبنان - مطبعة  
الأرز - الطبعة الأولى - 1998م .

د/ محمود سامي جمال الدين

- الدعاوي الإدارية والإجراءات أمام القضاء - الإسكندرية - منشأة المعارف -  
1990م .

- الرقابة علي أعمال الإدارة - الإسكندرية - منشأة المعارف - دون سنة نشر .

- القضاء الإداري والرقابة علي أعمال الإدارة - الإسكندرية - منشأة المعارف -  
2004م .

- اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية - الإسكندرية - منشأة المعارف -  
1982م .

د/ محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري - الإسكندرية - دار الفكر  
العربي - 1988م.

د/ مصطفى كيري - نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري - القاهرة - دار  
النهضة العربية - 1964م .

## 2- الرسائل

- ١١ محمود عيد علي الزبيدي - مدى سلطة الإدارة في سحب قراراتها الإدارية المشروعة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة المستنصرية - 2008م .
- ١١ أحمد برجس غرو - مدى اطلاق حرية الإدارة بالرجوع في قراراتها دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - 2018م .
- ١١ إبراهيم طارق شهاب - مدي تقييد حرية الإدارة في الرجوع في قراراتها - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - 2018م .
- د/ إرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1986م .
- د/ رضا عبدالله حجازي - الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 2011م .
- د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الإدارية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1964م .

د/ محمد السناري - نفاذ القرارات الإدارية دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - 1981م .

د/ محمد كامل ليلية - نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1962م .

د/ محمود حلمي - سريان القرار الإداري من حيث الزمان - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1962م .

### 3- المقالات

د/ هاني علي الطهراوي - قواعد وآثار سحب القرار الإداري - مجلة الحقوق  
جامعة الكويت - العدد الثالث - السنة الثامنة والعشرون - 2004م .

د/ عادل بطرس - تعليق علي اتجاه مجلس الدولة قضاء وإفتاء إلى التفريق بين  
القرارات المبينة علي سلطة مقيدة، والقرارات المبينة علي سلطة تقديرية - مجلة  
مجلس الدولة - السنوات من العشرين إلى الخامسة والعشرين - 1975م .

د/ عبدالفتاح حسن - التسبيب كشرط شكلي في القرار الإداري - مجلة العلوم  
الإدارية - العدد 2 - 1966م .

م/ عبده محرم - سحب القرارات الإدارية الفردية - مجلة مجلس الدولة - السنة  
الأولي - يناير 1950م .

د/ عمر عمرو - سحب القرارات الإدارية - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة  
الرابعة - العدد الثالث - دار القاهرة للطباعة - يوليو/ سبتمبر 1960م .

د/ ماجد راغب الحلو - نظرية الظاهر في القانون الإداري - مجلة الحقوق  
والشريعة - السنة الرابعة - العدد الأول - يناير 1980م .

د/ محمد طاهر عبدالحميد - أثر نظرية تغير الظروف في القرارات الإدارية - مجلة  
مجلس الدولة - السنة الثانية عشرة - 1964م .



د/ محمد عبدالجواد حسين - سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد - مجلة  
مجلس الدولة - السنة الرابعة .

د/ محمد محمد عبداللطيف - مبدأ الأمن القانوني - بحث منشور في مجلة البحوث  
القانونية والاقتصادية - العدد 36 - 2004 م .

د/ محمود حلمي

- نهاية القرار الإداري - مجلة العلوم الإدارية - السنة السادسة - العدد الأول -  
1964 م .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

**André de Laubadere, Gaudem et yves et venezia jean-  
claude**, Traité de droit administratif, 13 édition, Paris, 1994 .

**Auby** : L'abrogation des acts administratifs, A.J.D.A, 1967.

**Auby et Drago** : traité de contentieux Adm, 1975 .

**Auby**: L'Influence du changement de circonstances sur la  
validité des actes adm. Unilatéraux RDP, 1959 .

**Bounard–Rouger** : précis de droit administratif, librairie général de droit, Paris, 1943 .

**Dardlhon L** : L'usage des referes a l'encontre des decisions d'exercice du droit dePreemption. A.J 2005 .

**De Laubadère** : Traité de droit administratif, T.I, 1973 .

**Demichel M**: droit adm. 1978 .

**Duguit Leon** : Traité de droit constitutionnel, T3, 3éd .

**Gweltaz Eveillard**: La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux, AJDA, N 44 – 2015

**G. Vedel** : Droit administratif, P.U.F. Paris, 1968 .

**Histeing pierre** : le delali de recours pour excés de pouvoir, th. Paris, 1939 .

**Jean Apfleton**: Traité élénaire du contentieux Adm, 1927 .

**Jeze G**: es principes généraux de droit administratif, 3éd, T II, 1930 .

**Jeze G** : du retrait des actes juridiques R.D.P, 1913 .

**Jeze G** : Retrait d'un acte administratif créateur de droit, RDP, 1944 .

**Long – Weil – Braubant** : les grands arrêts de la jurisprudence adm, 1978 .

**Louis–Locas** : le retrait des actes Adm, D.1952 Chron .

**Michel – Pierre Corbel**: l'annulation partielle des actes administratifs, A.J.D.A, 1972 .

**Paul Isoart** : manual et de droit public et administratif, L.G.D.J Paris, 1971.

**Peiser G**: droit adm, 1979 .

**Rivero J** : Précis de droit Adm, 1977, 8éd .

**Soto-Kloss E:** L'Application des Actes adm. Dans le temps  
thèse Paris 1968 .

**Vedel G :** Droit administratif, P.U.F.Paris, 1968 .

**Vedel G :** droit administratif, T1. P.U.F. ed8. Themis. Paris,  
1982 .

**Y.Boulos :** La notion de droit acquis en droit administratif  
français, L.G.D.J, 1977 .

**Zalma-Gilles :** l'autorité adm. Liée par ses propres actes  
unilatéraux RDP 1980 .



المصالح الاستراتيجية  
وطرق ادارتها بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم  
دراسة تحليلية في الدستور الاتحادي  
دستور 2005 العراقي انموذجا

المساعد الدكتور

رافد خيون ديبسان

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الاستاذ الدكتور

سمير داود سلمان

عميد كلية النخبة

## تقديم

صدر دستور العراق النافذ في عام 2005 بعد اجراء الاستفتاء الشعبي وحصد هذا الدستور على الاغلبية اللازمة لنفاذه. الا ان هذا الدستور نص في المادة الاولى منه على ان جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة. نظام الحكم فيه جمهوري نيابي برلماني وديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدية العراق.

وهذا الامر يعني ان الدستور العراقي يأخذ بالنظام الفيدرالي هو نظام يفترض تقسيم الحكم الى قسمين دولة اتحادية او حكومة اتحادية وهي حكومة المركز وتتكون من سلطات اتحادية تشريعية وتنفيذية وقضائية وهناك اقاليم تتكون منها هذه الدولة وللإقليم سلطاته الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية. وغالبا والصلاحيات الدستورية موزعة بين هاتين السلطتين مع الاخذ بعين الاعتبار ان الكلام الفصل هو للسلطات الاتحادية كونها هي من تمثل سيادة الدولة.

ولعدم اكتمال اليات تشكيل الاقاليم في هذا الدستور فان الحال اقتصر على وجود اقليم واحد في العراق هو اقليم كردستان العراق الذي يشمل المحافظات الثلاث اربيل، السليمانية، دهوك والذي يمثل فيه المكون الكردي الاغلبية المطلقة ولكون هذا الاقليم يمثل جزءا من واقع الحال الموجود على الارض فإنه الاقليم الوحيد المحكوم دستوريا. وعلى مدى عقد من الزمن ونيف اي منذ نفاذ الدستور

الى هذا الوقت نجد ان هنالك نوعا من الابهام و من الخجل يكتنف علاقة المركز بالاقليم حيث ذهب المشرع الدستوري مذهباً خاطئاً عندما جعل كفة الاقليم ترجح على كفة المركز كما سنرى.

ولاهمية هذا الموضوع ولكون ناقوس الخطر بدأ يدق فاننا الينا بحث هذه الادارة المشتركة مع اجلاء الغبار وفك عقد هذه الادارة.

وعموما فاننا سنقسم هذه الدراسة الى مطلبين: الاول: نبحت فيه اليات التنظيم الاداري

-الثاني: نبحت فيه توزيع الاختصاصات بين السلطة الاتحادية وسلطات الاقليم.



## المبحث الاول آليات التنظيم الاداري

ان عملية التنظيم الاداري من العمليات المهمة والمعقدة لان الوحدات الادارية في الدولة ما هي الا مصالح وغايات واهداف وتحقيق هذه المصالح فيه نوع من الصعوبة لان التنوع طاغ عليها لذلك فان هنالك نوعين من انواع التنظيم الاداري وهما

-اولا: المركزية الادارية

- ثانيا: اللامركزية الادارية.

## الفرع الاول المركزية الادارية

ان مسألة التنظيم الاداري يعد انعكاسا للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة. وان المركزية الادارية Centralijation Administrative ما هي حصر الوظيفة الادارية وتجميعها في يد سلطة واحدة رئيسية تنفرد بالبت النهائي في جميع الاختصاصات الداخلة في الوظيفة الادارية عن طريق ممثليها في عاصمة الدولة او في اقاليمها تسمى السلطة المركزية Le Pouvoir Central يحقق النظام المركزي بهذا المعنى الوحدة او عدم تجزئة السلطة الادارية لان سلطة التقرير والبت النهائي تكون من اختصاص هيئات السلطة المركزية وادارتها الموجودة في العاصمة وفروعها في الاقاليم التي ترتبط بها برابطة التبعية الادارية وتخضع لسلطتها الرئاسية.

وتختلف المركزية الادارية بهذا التحديد عن المركزية السياسية التي تعكس شكل الدولة الموحدة من الناحية السياسية اذ تتميز الدولة الموحدة بوحدة التنظيم السياسي للسلطة فيها بحيث تتجمع السلطة العامة وخاصة التشريعية والقضائية بيد سلطة سياسية موحدة تخضع لدستور واحد وتباشر سيادتها على كافة انحاء الدولة.

اما المركزية الادارية فهي كما اشرنا تتحصر في السلطة الادارية فقط.

وكما اسلفنا فان المركزية الادارية تتحقق اذا تجمعت الوظيفة الادارية وانحصرت سلطة التقرير النهائي في جميع الاختصاصات المتعلقة بالوظيفة الادارية في يد السلطة المركزية بحيث تمارسها بنفسها او بواسطة الموظفين التابعين لها الذين ينظمهم سلم وظيفي متدرج ويخضعون لسلطتها الرئاسية سواء كانوا في العاصمة او في اقليم الدولة.

ويعني ذلك انه يوجد شخص عام واحد هو شخص الدولة وانه لا توجد اية اشخاص عامة اخرى تشاركها في مباشرة هذه الاختصاصات سواء اكانت مصلحة او اقليمية. ومن ذلك يتبين ان هنالك عناصر محددة تقوم عليها المركزية الادارية.

#### اولا- عناصر المركزية الادارية

تنهض المركزية الادارية على ثلاث عناصر اساسية وهي: حصر الوظيفة الادارية في يد الحكومة المركزية والتبعية الادارية المتدرجة والسلطة الرئاسية.

### 1- حصر الوظيفة الادارية في يد الحكومة المركزية

يتمثل هذا العنصر في استئثار السلطة المركزية بمباشرة الوظيفة الادارية في الدولة اي سلطة البت النهائي في جميع الشؤون الداخلية في نطاق هذه الوظيفة. وتمتد سلطة الحكومة المركزية الى جميع انحاء اقليم الدولة بحيث تحتكر الاشراف على جميع المرافق والهيئات الادارية الموجودة في الدولة سواء كانت

مرافق عامة قومية او مرافق محلية لانه لا توجد هيئات لا مركزية مستقلة في النظام المركزي.

## 2-التبعية الادارية المتدرجة

تعني خضوع جميع الادارات وتبعيتها لسلطة واحدة هي السلطة المركزية بحيث ترتبط بها برباط التدرج الاداري.

ويقصد بالتدرج الاداري Le hierarchie administrative توزيع موظفي الوزارات والمصالح والادارات المركزية المختلفة سواء في العاصمة او فروعها في الاقليم حسب وظائفهم على مراتب او درجات متدرجة تدرجاً هرمياً يكون سلماً ادارياً يوجد في قاعدته صغار الموظفين ويتصاعد هذا السلم حتى نجد في قمته الوزراء كلاً في وزارته.

وبذلك نجد ان الوزير يكون على قمة السلم الاداري لوزارته ثم يليه وكيل الوزير فالمدير العام .. الخ، وبمقتضى هذا التدرج الاداري يخضع كل موظف لمن يعلوه في الدرجة الوظيفية المباشرة اي تبعية كل مرؤوس لرئيسة ويقابل هذه التبعية الادارية من جانب المرؤوس السلطة الرئاسية من ناحية الرئيس.

## 3-السلطة الرئاسية

تتجسد السلطة الرئاسية Le Pouvoir hierachique فيما هو مقرر للرئيس على مرؤوسيه من صلاحيات بشكل طبيعي وبدون نص ويقابلها مسؤولية الرئيس عن اعمال مرؤوسيه امام رئيسه الاعلى، حتى تصل الى الوزير المسؤول امام البرلمان في النظام البرلماني والى رئيس الجمهورية في النظام الرئاسي.

وهذه السلطة تتميز بانها سلطة شاملة وهي تمثل امتيازاً مقررًا للرئيس الاداري وهي مجرد اختصاص يباشره طبقاً للقوانين واللوائح ووفقاً لحسن سير المرافق العامة.<sup>1</sup>

## ثانياً- المركزية الادارية في الميزان

---

<sup>1</sup> د. انور احمد ارسلان، الادارة العامة، الكتاب الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 112.

-Bernard Gournay, Introduction ala science administrative – Paris- P. 107

-Maurice Bovrjol. Ed. Berger- Levrault. Paris 1969

-Que sais- L' Administration. Presses universitaires de France. Paris 1964. P.6

- د. سليمان الطماوي، مبادئ علم الادارة العامة، ط6، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص 64.

- د. ابراهيم درويش، الادارة العامة في النظرية والممارسة، القاهرة، 1975، ص 226

- د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، منشآت المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 687.

ومن خلال البحث اتضح ان للمركزية الادارية مزايا وعيوب..

## 1-مزايا المركزية الادارية

كان هذا النظام مطبقا بشكل واسع بعد انهيار النظام الاقطاعي والاتجاه نحو تركيز السلطة لا توزيعها ومن مزايا هذا النظام تقوية سلطة الدولة ودعم نفوذها وبسط نظامها في جميع الانحاء الاقليمية وتضمن تحقيق السيادة الوطنية وتكفل اشراف الحكومة المركزية على ادارة المرافق العامة القومية في كل انحاء الدولة كذلك تؤدي المركزية الادارية الى مساواة الافراد في الانتفاع بالخدمات التي تقدمها المرافق العامة كما تحقق المركزية وحدة النظام الاداري ووحدة القرار والاقتصاد في النفقات.<sup>1</sup>

## 2-عيوب المركزية الادارية

تعتبر المركزية الادارية من اهم مظاهر الدكتاتورية وذلك لان الاخذ بالنظام المركزي يؤدي الى تفرد الدولة بسلطة التقرير والبت النهائي بالامور حيث تتخذ

---

<sup>1</sup> د. ثروت بدوي، القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 333.

القرارات دون معرفة حقيقة الامور لبعء الحكومة المركزية عن باقي المحافظات وما  
ينتج عنه من حرمان سكان الاقليم من المشاركة وتطوير الاقليم.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> د. مصطفى محمد موسى، التنظيم الاداري بين المركزية واللامركزية، الهيئة المصرية العامة  
للكتاب، القاهرة، 1992، ص 209.

- د. ليلي تكلا، اصول الادارة العامة، مكتبة الانكلو المصرية، القاهرة، 1976، ص 354.

## الفرع الثاني اللامركزية الادارية

تقوم اللامركزية الادارية La decentralration Administrative على اساس توزيع الوظيفة الادارية بين السلطة المركزية وبين هيئات ادارية مستقلة تخضع للسلطة المركزية في مباشرتها لاختصاصاتها.

وقد يتم توزيع الاختصاصات على اساس اقليمي بحيث توجد هيئات محلية او اقليمية مستقلة في الاقليم او على اساس موضوعي ينتج عنه وجود هيئات مصلحية او مرفقية مستقلة عن الادارة المركزية.

وبذلك يتضح لنا ان اللامركزية نظام اداري داخل التنظيم الاداري يتضمن توزيع الوظيفة الادارية بين الحكومة وبين هيئات منتخبة محلية او مصلحية تباشر اختصاصاتها في هذا الشأن تحت رقابة الدولة.<sup>1</sup>

والمعيار الذي يميز بين المركزية الادارية واللامركزية الادارية هو وحدة السلطة الادارية او تعددها فاذا كانت هنالك سلطة ادارية واحدة فنحن امام نظام مركزي اما اذا تعددت السلطات الادارية بحيث توجد سلطات لا مركزية تتمتع

---

<sup>1</sup> د. عثمان خليل عثمان، مبادئ القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 121.



بالشخصية المعنوية وبالاستقلال في ممارسة اختصاصاتها تحت اشراف السلطة المركزية تكون بصدد لا مركزية ادارية.

وبذلك تختلف اللامركزية الادارية عن اللامركزية السياسية التي تقوم على اساس توزيع الاختصاصات السياسية بين الدولة الاتحادية والولايات بحيث تتعدد فيها السلطات العامة الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية.

ويفرق الفقه بين اللامركزية الادارية المطلقة واللامركزية الادارية النسبية على اساس انه في اللامركزية الادارية المطلقة يتم تشكيل مجالس الهيئات المركزية من اعضاء منتخبين جميعا في حين يكون تشكيل هذه الهيئات بشكل مختلط من اعضاء منتخبين واطباء معينين في حالة اللامركزية النسبية.<sup>1</sup>

هذا فيما يجري جانب من الفقه هذه التفرقة بناء على انه اذا انفردت الهيئات اللامركزية باداء الخدمة فتكون في مواجهة لا مركزية ادارية خالصة او كاملة اما اذا اشتركت الادارة المركزية مع الهيئات اللامركزية في اداء تلك الخدمة فتوجد في هذه الحالة لا مركزية ادارية ناقصة او نسبية.<sup>2</sup>

وعموما فان اللامركزية دعائم هي..

---

<sup>1</sup> د. خالد قباني، اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان، منشورات عويدات، لبنان، 1981، ص 43.

<sup>2</sup> Ch. EISNMANN: Centralisation et decentralijation. Paris. 1948. P. 70

## اولا- وجود مصالح ذاتية متميزة

يتمثل هذا العنصر نقطة البداية في تكوين الهيئات اللامركزية الادارية سواء المحلية منها او المصلحية اذ يلزم ان توجد مصالح خاصة او ذاتية متميزة عن المصالح القومية او العامة.

واذا كانت الدولة او السلطة المركزية تتولى ادارة المصالح والمرافق العامة القومية لاهميتها او حاجاتها الى توجيه مركزي موحد فانه من المنطقي ان يترك لمن يستفيدون من المصالح والحاجات المتميزة القيام بادارتها.

ويتولى المشرع تعيين المصالح المتميزة التي يسمح للهيئات اللامركزية المحلية او المصلحية بادارتها يتبع المشرع احد اسلوبين في هذا التحديد.

يتمثل الاسلوب الاول في تحديد المشرع اختصاصات الهيئات اللامركزية على سبيل الحصر، بحيث لا يجوز لها ان تباشر تمارس اختصاصاتها الا في الحدود التي وضعها لها المشرع وينطبق هذا الاسلوب في المملكة المتحدة والولايات المتحدة الامريكية.

اما الاسلوب الثاني فيقوم المشرع فيه بتحديد اختصاصات الهيئات اللامركزية بصفة عامة طبقا لقاعدة عامة بحيث تباشر هذه الهيئات نشاطها في نطاق هذه القاعدة وحسب انواع الانشطة الداخلة فيها وهذا هو الاسلوب الفرنسي.

## ثانيا- تنظيم الهيئات مستقلة لادارة المصالح الذاتية

ينتج عن الاقرار بوجود مصالح ذاتية متميزة عن المصالح القومية منح هذه المصالح الشخصية القانونية المعنوية وما يترتب على هذا الاعتراف من استقلال عن شخصية الدولة ومن التمتع بالحق في اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

وبذلك تتمتع الشخصية المعنوية اللامركزية بالاستقلال عن الدولة ويكون لها حق المبادرة في اختصاصاتها الداخلة في صلاحياتها واعتبار القرارات الصادرة منها في حدود اختصاصاتها صادرة عنها وحدها كما يكون لها الحق في التعاقد وفي رفع الدعاوى على الغير امام القضاء.

وفي المقابل يتحمل الشخص المعنوي اللامركزي المسؤولية عن الاضرار التي تنتج عن موظفيه وعماله ويلتزم بالتعويض عنها ومواجهة الدعاوى التي ترفع من الغير عليه.

ويتولى تمثيل هذه الاشخاص القانونية المستقلة هيئات تتولى ادارة هذه المصالح لضمان تحقيق اغراضها، تتجسد في مجالس ادارات الهيئات والمصالح العامة والمجالس المحلية او الاقليمية لمباشرة ما تتمتع به الشخصية المعنوية من حقوق وما تتحمل به من مسؤولية.

وفيما يتعلق بتشكيل هذه الهيئات والمجالس فقد يتم ذلك التشكيل عن طريق الانتخاب وهو القاعدة الاصلية، وقد يتم بالتعيين او عن طريقهما معا.

ولم يتفق فقه القانون الاداري بالنسبة لمدى اهمية الانتخاب في تشكيل الهيئات اللامركزية الادارية الاقليمية، اذ يرى جانب من الفقه ان الانتخاب شرط اساسي وضروري لقيام اللامركزية.<sup>1</sup>

هذا في حين لا يشترط جانب اخر من الفقه تشكيل الهيئات الادارية اللامركزية عن طريق الانتخاب وحده ويرون ان التعيين لا يتنافى مع طبيعة اللامركزية الادارية التي تقوم على ركائز معينة يجب ان تتوفر لها، ليس من بينها الانتخاب، وان اشترك السلطة المركزية مع الهيئات اللامركزية في تقديم الخدمات للجمهور لا يتعارض مع وجود هذه الهيئات واستقلالها، لانها لا بد ان تخضع لاشراف ورقابة السلطة المركزية لضمان الوحدة الادارية للدول<sup>2</sup> كما ويرى هذا

---

<sup>1</sup> د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص75.

-مارشال ادوارد ديموك وجلاذير اوجدن ديموك كوينج، الادارة العامة، ترجمة ابراهيم علي البرلسي، مراجعة د. محمد توفيق رمزي، مؤسسة الحلبي، القاهرة، 1967، ص 153.

-Leonard WHITE: Introduction. 1955. P.195.

- د. فؤاد العطار، مبادئ علم الادارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 122.

<sup>2</sup> د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص 366.

- د. بكر قباني، المرجع السابق، ص 136.

- د. محسن خليل، الفضاء الاداري ورقابته لاعمال الادارة، منشآت المعارف، الاسكندرية، ط2، 1968، ص 464

- د. جيمس منزيس بلاك، الادارة الناجحة، ترجمة عبد الحلیم ثابت، دار القلم، القاهرة، 1965، ص 196.

الاتجاه ان الشرط الاساسي لقيام اللامركزية الادارية هو تحقيق استقلال هذه الهيئات اللامركزية في مواجهة السلطة المركزية وتوفير الضمانات الكفيلة باستمرار وجودها سواء ثم تكوين هذه الهيئات بالانتخاب او التعيين او كلاهما.

فالعبرة ليست في اسلوب تكوين الهيئات اللامركزية وانما في تحقيق استقلالها بالفعل في ممارسة اختصاصاتها ووجود الضمانات الضامنة لصيانة هذا الاستقلال.

وفي هذا الاتجاه نرى ان الاخذ بهذا النظام يحقق مزايا تتمثل في تأكيد استقلال هذه الهيئات التي تتكون باسلوب لا دخل لارادة السلطة المركزية فيه وفي تدريب سكان الاقليم على ممارسة الانتخاب كاسلوب ديمقراطي لاسناد السلطة.

### ثالثا - خضوع الهيئات اللامركزية لرقابة السلطة المركزية.

لا يعتبر استقلال الهيئات اللامركزية استقلالا مطلقا وانما هو نسبي يخضع لرقابة واشراف السلطة المركزية لضمان وحدة الدولة من الناحية الادارية وعدم خروج هذه الهيئات على حدود ما منح لها من سلطات.

وتختلف الرقابة الادارية من السلطة المركزية على الهيئات الادارية اللامركزية والتي تسمى الوصاية الادارية *La tutelle administrative* وتختلف هذه الوصاية في النظام الانكليزي عنه في النظام الفرنسي..

ففي النظام الانكليزي- تمارس الهيئات المحلية في المملكة المتحدة سلطات واسعة وحرية كبيرة في التصرف مع الخضوع لرقابة من البرلمان والقضاء بصفة اساسية ورقابة محدودة من جانب الحكومة المركزية.

تتمثل رقابة البرلمان في انه هو الذي يقرر انشاء الهيئات اللامركزية ويمنحها الشخصية المعنوية، ويتولى تنظيمها وبيان اختصاصاتها وكيفية مباشرتها لعملها وهو يملك حق الغاء وتعديل القوانين الخاصة بها.

ولكن الواقع العملي يخفف كثيرا من رقابة البرلمان على الهيئات اللامركزية وساعد على ذلك الطابع المحافظ للنظام الانكليزي. ولا تتوقف رقابة القضاء عند مجرد الغاء القرارات الادارية بل تمتد الى اصدار القاضي الانكليزي لاوامر ونواه ملزمة للادارة وذلك لان الادارة تخضع لنفس القواعد القانونية التي تحكم النشاط الفردي ويختص القضاء العادي بالنظر في جميع المنازعات الخاصة باعمالها لان القضاء هناك موحد ولا يوجد في انكلترا قضاء اداري مستقل، ولا يعترف النظام الانكليزي باستقلال الادارة في مواجهة القضاء.

اما رقابة الحكومة المركزية فتشمل حق مخاصمة الهيئات اللامركزية امام القضاء من ناحية وحققها في التفتيش على اعمال الهيئات اللامركزية من ناحية اخرى. كما ويحق للسلطة المركزية ان تباشر سلطات لائحية في بعض الاحيان لتنظيم بعض المصالح المحلية بناء على تصريح من البرلمان..

في النظام الفرنسي- يقوم هذا النظام على اسس مناقضة للنظام الانكليزي حيث تخضع الهيئات الادارية اللامركزية لرقابة دقيقة ومحكمة. اذ بالاضافة الى وجود الرقابة البرلمانية ورقابة القضاء الاداري الفرنسي على اعمال الادارة مع التسليم باستقلال الادارة عن القضاء. تقوم الادارة المركزية بممارسة رقابة شاملة على ذات الهيئات اللامركزية وعلى اعضائها وتصرفاتها واعمالها - وتتضمن هذه الرقابة الحق في حل الهيئات والمجالس وتعيين اعضاء جدد وتأديبهم. كما وتشمل الرقابة ايضا في حق الاذن في اتخاذ التصرفات وحق التصديق على الاعمال الصادرة عنها والحق في الغاء ما يصدر عنها من قرارات وسحبها عند الاقتضاء والحلول محلها في اتخاذ بعض التصرفات.

وفي العراق ووفق احكام دستور 2005 فان العراق يأخذ بنظام اللامركزي الاتحادي اي ان هنالك سلطة ادارية عليا تمثلها الحكومة المركزية في العاصمة وهناك مجالس محافظات منتخبة تتمتع باستقلال شبه تام تتولى ادارة المحافظة اداريا. حيث نصت المادة الاولى من الدستور على ان جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة...

ولقد بين الباب الرابع من الدستور اختصاصات السلطات الاتحادية في حين بين الفصل الخامس سلطات الاقاليم في الفصل الاول اما الفصل الثاني فلقد بين سلطات المحافظات غير المنتظمة باقليم. سنوضح ذلك في المطلب الثاني..

## المطلب الثاني

### توزيع الاختصاصات بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم

كما اسلفنا فيما سبق فان دستور العراق لعام 2005 النافذ يأخذ بالنظام الاتحادي وهذا يعني ان هنالك سلطة مركزية اتحادية تمثلها الحكومة المركزية في العاصمة وهناك اقاليم تتكون بالاستناد الى احكام المادة 119 من الدستور والتي تنص على ان يحق لكل محافظة او اكثر تكوين اقليم ، بناء على طلب بالاستفتاء عليه، يقدم باحدى طريقتين:

اولا- طلب من ثلث الاعضاء في كل مجلس من مجالس المحافظات التي تروم تكوين الاقليم.

ثانيا- طلب من عشر الناخبين في كل محافظة من المحافظات التي تروم تكوين الاقليم.

وهذا يعني ان الاختصاصات موزعة بين حكومتين منتخبتين حكومة مركزية واخرى اقليمية.

اما الالية الادارية للعمل داخل العراق فلقد نصت عليه المادة 116 من الدستور والتي نصت يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة واقليم ومحافظات لا مركزية وادارات محلية.



اي ان هنالك سلطة مركزية في العاصمة وسلطة في المحافظات التي تحولت الى اقليم وادارات لا مركزية محلية في المحافظات غير المنتظمة باقليم.

وعموما فاننا هنا سنبحث موضوعين هما..

اولا- بناء النظام الاتحادي

ثانيا- اختصاصات الهيئات الاتحادية

## الفرع الاول بناء النظام الاتحادي

يتجه العالم المتمدين الى التكتل وظاهرة التكتل هذه تملئها اعتبارات سياسية واقتصادية وعملية. والدولة الاتحادية في الدول شاسعة المساحة تعبر عن امتزاج رغبتين الاولى الرغبة في الاستقلال والثانية الشعور بالانتماء او الوحدة اما في الدول ذات المساحات الضئيلة فان النظام الاتحادي من وجهة نظري يعبر عن ما تتوجه به وما تريده السلطة او الهيئة التي وضعت الدستور لانقضاء المبرر من اتخاذ النظام الاتحادي وكان الاولى بهذه الدول الاكتفاء بالنظام اللامركزي كنظام ادارة.

وعموما ان النظام الاتحادي Confederation هو نوع من الانظمة الادارية التي تتوزع بموجبه الصلاحيات الادارية بين سلطة وسلطة اخرى. وينظر الى الدولة الاتحادية بطريقتين الاول يمثل في اجتماع واتحاد مجموعة من الدول الصغيرة او الولايات او الامارات لتكوين دولة واحدة لها علم واحد وقيادة خارجية موحدة وفي نفس الوقت تتمتع الدويلات الداخلة في الاتحاد بجزء من الاستقلال والاحتفاظ ببعض الصلاحيات الداخلية دون الخارجية حيث يبقى التمثيل الخارجي والعملة الوطنية والمصالح الاستراتيجية العليا بيد دولة الاتحاد وكما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية والامارات العربية المتحدة وسابقا الاتحاد السوفيتي..

اما الطريقة الثانية فتتمثل في ان الدولة تعترف لبعض محافظاتنا بتكوين اقاليم محلية او مصلحة رغبة من الدولة في توزيع بعض الصلاحيات الادارية حيث تتمتع الاقاليم ببعض الاستقلال الاداري والمالي الداخلي ولها بعض الصلاحيات التشريعية والتنفيذية والقضائية الخاصة بالاقليم فقط. اما الصلاحيات المركزية فهي حكر للسلطة المركزية.

والطريق الثاني هو ما تبناه العراق في دستور 2005 حيث اتجه المشرع العراقي الى القبول بفكرة تكوين الاقاليم. ان الدولة الاتحادية او الفيدرالية تعد بمثابة صبغة توافقية بين ضرورة اعتماد سياسة مشتركة ازاء القضايا المهمة حيث يقول الفقيه كاري دي مالبير<sup>1</sup> ان الدولة الفيدرالية تبدو من ناحية كأنها دولة موحدة. بينما تبدو من ناحية اخرى كتجمع دول متحدة، اضعف منها بالتأكيد ولكنها تشارك فعليا في ايجاد قوتها وتسهم بارادتها الخاصة في تكوين ارادتها اي ارادة الدولة الفيدرالية.

ويقصد بكلمة الفيدرالية Foedus عبارة المعاهدة او الاتفاقية<sup>2</sup> والفيدرالية هي صيغة لتوزيع الاختصاصات بين السلطة المركزية والسلطات الاقليمية بحيث

---

<sup>1</sup> د. عصام سليمان، الفيدرالية والمجتمعات التعددية في لبنان، ط1، الكتاب الثاني، دار العلم للملايين، لبنان، 1991، ص 39.

<sup>2</sup> د. مسعود احمد مصطفى، اقاليم الدولة الاسلامية بين اللامركزية السياسية واللامركزية الادارية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990، ص 29.

تكون الحكومة المركزية والحكومات الاقليمية كل منها مستقلة اتحاديا اداريا عن الاخرى ومتعاونة مع بعضها في ان واحد.<sup>1</sup>

**ومن مميزات النظام الاتحادي ان:**

اولا- يعتبر ضرورة بالنسبة للدول الكبرى خاصة اذا ما كانت تحتوي على اطياف من الشعب غير متجانسين في الدين والقومية.<sup>2</sup>

ثانيا- ان الاتحاد يؤدي الى انشاء دولة قوية ذات امكانيات اقتصادية واجتماعية وعسكرية كبيرة فتمكن من المحافظة على كيانها وتدعيم استقلالها.

ثالثا- النظام الفيدرالي او الاتحادي يوفق بين رغبة الاقليم في الاتحاد ورغبته في حماية مصالحه المحلية وتحقيق الاستقلال الذاتي.

رابعا- النظام الاتحادي يعتبر نوعا من انواع توزيع العمل والاختصاصات الادارية حيث يمكن هذا النظام الاقاليم من الاستفادة من حماية الدولة الاتحادية والسعي الى تطوير الاقاليم من خلال منحها صلاحيات واسعة.

---

<sup>1</sup> د. هادف راشد العويس، توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي في الامارات والمانيا، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، العدد 11، ابريل 1998، ص 87.

<sup>2</sup> د. محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1976، ص

خامسا- يتميز النظام الفيدرالي بقوته واستقراره ودوامه لانه نوع من الرضائية ويسعى الى تحقيق اهداف مشتركة لجميع الاطراف.<sup>1</sup>

ومن المبادئ الاساسية للدولة الاتحادية او الفيدرالية ان الدستور الاتحادي هو اعلى قمة هرمية قانونية يخضع له جميع مواطني الدولة اما ما يوجد من دساتير محلية للاقاليم في الاتحاد انما هي لوضع مبادئ عامة تخص الاقليم وبيان الهيئات العامة في الاقليم واختصاصاتها وطريقة تشكيلها .. الخ من المبادئ التي لا تتعارض مع الدستور الاتحادي وهذا ما نصت عليه المادة 13 من الدستور حيث نصت اولا- يعد هذا الدستور القانون الاسمي والاعلى في العراق ويكون ملزما في انحائه كافة وبدون استثناء .. ثانيا- لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلا كل نص يرد في دساتير الاقاليم او اي نص قانوني اخر يتعارض معه.

ولقد اوضح الفقيه الكسي دي توكفيل هذا المعنى بوصفه الدستور الامريكي حين قال ان الذين يتناولهم حكم الاتحاد في امريكا لم تكن الدول الاعضاء وانما المواطنين فاذا اراد الاتحاد فرض ضريبة ما فانه لا يتوجه الى حكومة الساشوستس

---

<sup>1</sup> د. محمد بكر حسين، الاتحاد الفيدرالي بين النظرية والتطبيق، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1977، ص 2.

مثلا وانما الى كل ساكن من سكان الماساشوستس فكان امام الحكومات السابقة شعوبا في حين انه قد اصبح امام الاتحاد افرادا.<sup>1</sup>

ومن المبادئ ايضا مبدأ ديمومه الدولة الفيدرالية حيث يرى Joshi بان الفكرة تعد اساسا للحكم عن طريق اتحاد عدد من الولايات او الاقاليم او الدول تتعايش معا دون انفصال ودون وحدة شديدة<sup>2</sup>. ان ديمومة الدولة الاتحادية من اهم المبادئ السياسية التي تحكم عمل الاتحاد فهناك دساتير تنص صراحة على عدم امكانية فك عروة الدول المتحدة مثل دستور استراليا وفايمار الالمانى حيث يؤكد الدستوران ضرورة استمرار العلاقة الاتحادية<sup>3</sup>.

ويؤلف النظام الاتحادي دولة واحدة لا يمكن حلها ويستحيل معها على كل ولاية او اقليم الانفصال منها او الخروج من ميثاق الاتحاد.

ومن المبادئ ايضا مبدأ سمو الدولة الاتحادية ويعد هذا المبدأ من المبادئ العملية في الدولة الاتحادية لان ارادة الاقاليم ارادت الانضمام الى سعة الدولة

---

<sup>1</sup> د. ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ط1، دار العلم للملايين، بيروت، 1964، ص 546.

<sup>2</sup> د. محمد الهاموندي، الحكم الذاتي والنظم اللامركزية الادارية والسياسية، ط1، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1990، ص 159.

<sup>3</sup> الاستاذان روبرت بوي وكامل فريدرك، دراسات في الدولة الاتحادية ترجمة وليد الخالي وبرخان دجاني، ج3، دار الشرقية، بيروت، نيويورك، 1967، ص 311.

وتكوين دولة واحدة دولة عليا Un Super-Etat وهذه الدولة العليا يكون لها الكلام الفصل في رسم السياسة الخارجية وتوجيه الاهداف العليا الاستراتيجية وبالتالي فالدولة الاتحادية تسمو على الاقاليم واراداتها تغلو ارادة الاقاليم او الدويلات الداخلة ضمن عروة الاتحاد وفي هذا المعنى اشار دستور الامارات العربية المتحدة لعام 1971 في المادة 151 حيث اشارت الى ان احكام هذا الدستور لها السيادة على دساتير الامارات وفي حال التعارض بين احكام دستور الاتحاد ودساتير الامارات يبطل نص دستور الامارة ويعلو دستور الاتحاد.

ان دول الاتحاد او الاقاليم تتمتع ببعض الصلاحيات التي تدخل ضمن الاستقلال الاتحادي وهذا الاستقلال يعني ان حرية الاقاليم داخل دولة الاتحاد مضمونة ومكفولة بالقدر الذي لا يؤثر على الدولة الاتحادية بشكل عام والا فهذا الاستقلال مقيد بحفظ الدولة المركزية وعدم المساس بالنظام الاتحادي.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> لمزيد من التفصيل يراجع..

- د. احمد سويلم العمري، دراسات سياسية، اصول النظم الاتحادية، مكتبة الانجلو المصرية، مطبعة العلوم، القاهرة، 1961، ص 312.
- د. عادل الطبطبائي، الاستقلال الذاتي لولايات الدولة الاتحادية، بحث مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة 4 العدد الاول يناير 1980، ص 114.

## الفرع الثاني اختصاص الهيئات الاتحادية

تشير الدساتير ذات الصيغة الاتحادية الى الية توزيع الصلاحيات ما بين الحكومة المركزية الحكومة الاتحادية وما بين حكومات الاقاليم وهذا التوزيع مبني على جملة من المعطيات المهمة والتي منها الحفاظ على هيبة الدولة الاتحادية وذلك بابقاء بعض الصلاحيات والمرافق ذات الاهمية القصوى بيد الحكومة المركزية كمرفق الجيش والامن والدفاع وصلاحيه سك العملة الوطنية وكذلك ابقاء كفة الحكومة المركزية هي الراجحة في ميزان التعامل بين الاقاليم والمركز حيث تعلق ارادة الاخير على الاول كونه يمثل ارادة جماعية تجاه ارادة فردية. بالاضافة الى تشديد رقابة المركز على الاقليم. ولا مناص من تشديد صلاحية المركز على الاقليم.

وفي الحقيقة ان ما سبق ذكره قد لا يرد او لا يظهر الى العيان في حالة تكوين الدولة الاتحادية من مجموعة دويلات او مجموعة دول لان الرغبة في الوحدة تعلق على رغبة الاستقلال وان هذه الدول هي من سعت الى الدخول في الاتحاد لتقوية مركزها. لكن الخوف يبرز في حالة ما اذا كانت الدولة الاتحادية كانت دولة بسيطة وتحولت الى دولة اتحادية كما في حال العراق حيث كان العراق دولة بسيطة بموجب دساتير 1921 الى دستور 1971 الملغي ثم تحول الى اتحادية بموجب دستور 2005 النافذ حيث اجاز هذا الدستور تكوين الاقاليم وهنا



تكنم الخطورة لان في مثل هذه الحالة فان رغبة الاقاليم في الانفصال وتكوين دول تبرز الى الواقع حيث تطغى رغبته الانفصال على رغبة الوحدة وهذا ما عانى منه العراق خلال الفترة الحالية.

وفي حال تحقق هذا الافتراض فكان الاولى ان تتضمن احكام الدستور نصوصا صارمة ضد هذه الرغبة او الضرب بيد من حديد على كل من تسول له نفسه او تأخذ العزة بالاثم ويسعى الى تحقيق مآرب شخصية في الانفصال عن الدولة الاتحادية.

ان توزيع الصلاحيات بين الدولة الاتحادية ودويلات الاقاليم او الاتحاد تخضع الى قاعدة عامة مفادها ان يتم النص على صلاحيات الاقاليم وبشكل حصري وتبقى الصلاحيات الاخرى بيد الحكومة المركزية لان ذلك يعني رجحان كفة الدولة الاتحادية دولة المركز على كفة الاقاليم وفي ذلك ضمانة كبح رغبة الاقاليم في الانفصال عن الدولة الام لان الحب في الانفصال والاستقلال هو حب غير منقطع النظر فطالما تسعى الاقاليم الى الاستقلال وتكوين دولة وخير وسيلة في كبح جماحها هو في ترجيح كفة الحكومة المركزية على حكومة الاقليم.

وهنا نشير الى خطأ فادح وقع به المشرع الدستوري العراقي في احكام دستور 2005 فعلى الرغم من نص المادة 109 من الدستور التي نصت تحافظ

السلطات الاتحادية على وحدة العراق وسلامته واستقلاله وسيادته ونظامه الديمقراطي الاتحادي.

الا ان المادة 110 نصت على الاختصاصات الحصرية للدولة الاتحادية وهذا امر جد وخطير. لان القاعدة كما اشرنا ان يتم حصر صلاحيات الاقليم.

وبالرجوع الى الصلاحيات المقررة للحكومة المركزية نجد ان هذه الصلاحيات هي..

اولا- رسم السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي والتفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية وسياسات الاقتراض والتوقيع عليها وابرامها ورسم السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية السيادية.

ثانيا- وضع سياسة الامن الوطني وتنفيذها بما في ذلك انشاء قوات مسلحة وادارتها، لتأمين حماية وضمان امن حدود العراق والدفاع عنه.

ثالثا- رسم السياسة المالية والجمركية واصدار العملة وتنظيم السياسة التجارية عبر حدود الاقاليم والمحافظات في العراق ووضع الميزانية العامة للدولة ورسم السياسة النقدية وانشاء البنك المركزي وادارته.

رابعا- تنظيم امور المقاييس والمكاييل والاوزان.

خامسا- تنظيم امور الجنسية والتجنيس والاقامة وحق اللجوء السياسي.

سادسا- تنظيم سياسة الترددات البثية والبريد

سابعا- وضع مشروع الموازنة العامة والاستثمارية.

ثامنا- تخطيط السياسات المتعلقة بمصادر المياه من خارج العراق وضمان مناسيب تدفق المياه.

تاسعا- الاحصاء والتعداد العام للسكان.

ونصت المادة 111 من الدستور على ان النفط والغاز هو ملك كل الشعب العراقي في كل الاقليم والمحافظات.

كما ونصت المادة 112 من الدستور على ان

اولا- تقوم الحكومة الاتحادية بادارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية مع حكومات الاقاليم والمحافظات المنتجة على ان توزع وارداتها بشكل منصف يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع انحاء البلاد مع تحديد حصة لمدة محددة للاقاليم المتضررة والتي حرمت منها بصورة مجحفة من قبل النظام السابق والتي تضررت بعد ذلك بما يؤمن التنمية المتوازنة للمناطق المختلفة من البلاد وينظم ذلك بقانون.

ثانيا- تقوم الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات المنتجة معا برسم السياسات الاستراتيجية اللازمة لتطوير ثروة النفط والغاز بما يحقق اعلى منفعة للشعب العراقي معتمدة احدث تقنيات مبادئ السوق وتشجيع الاستثمار

اما المادة 113 فلقد نصت على ان الاثار والتراث والمسكوكات والثروات الوطنية هي من اختصاص الحكومة الاتحادية وتدار بالتعاون مع الاقاليم والمحافظات.

اما المادة 114 فلقد نصت على الصلاحيات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم وهي..

- ادارة الجمارك
- تنظيم مصادر الكهرباء وتوزيعها
- رسم السياسة البيئية
- رسم السياسة التنموية
- رسم السياسة الصحية
- رسم السياسة التعليمية
- رسم سياسة الموارد المائية الداخلية.

في حين نصت المادة 115 على ان كل ما عدا الصلاحيات الحصرية للحكومة المركزية هو من صلاحيات الاقاليم وفي حال التعارض والاختلاف بالصلاحيات المشتركة تكون الغلبة والاولوية للاقاليم او المحافظات.

ونرى ان هذا النص 115 يحمل بين طياته خطورة كبيرة وذلك لان هذا النص يحدد الصلاحيات الحصرية للحكومة الاتحادية وهذا خلاف للقاعدة العامة التي تجعل التحديد لصلاحيات الاقاليم حفاظا للوحدة الوطنية كما ان هذا النص يجعل كل الصلاحيات غير الحصرية هي من صلاحيات الاقاليم والصلاحيات غير الحصرية هي بلا شك اهم واكبر من الصلاحيات الحصرية لان الواقع العملي سيؤدي الى افرز مجموعة من الصلاحيات ذات الاهمية البالغة وبموجب هذا النص سوف تخرج من قبضة الحكومة المركزية وهذا افك عظيم كما ان هذا النص يرجح كفة الاقاليم والمحافظات على كفة الحكومة الاتحادية وفي هذا مأخذ كثيرة لان التعارض والاختلاف سيحصل لا محال فكيف تكون الاولوية للاقاليم والمحافظات؟

وهل يسعى المشرع الدستوري الى تشجيع الاقاليم والمحافظات على

الحكومة المركزية؟

ونرى ان هذا النص خطير وبحاجة الى تعديل دستوري مع نصوص الصلاحيات وتحديدها بالنسبة للاقاليم والمحافظات وجعل كفة الحكومة المركزية هي الغالبة.

وبالرجوع الى النصوص الدستورية نقول انه بالرغم من انتقادنا الشديد للنصوص الدستورية 110- 112- 114- 115 لما فيها من اجحاف وحيث على الحكومة المركزية الا اننا نرى ان نص 109 من الدستور هي من اهم النصوص والتي تتسخ ما بعدها في الاحكام اي ان نص هذه المادة يعد القاعدة العامة في العمل الدستوري وبالتالي للحكومة المركزية بموجب هذه المادة التدخل في جميع الصلاحيات سواء أكانت صلاحياتها الحصرية او صلاحيات الاقاليم او الصلاحيات المشتركة وبالتالي فحق هذه السلطة محفوظ دستوريا في الحفاظ على وحدة العراق واستقلاله.

اما فيما يتعلق بالموارد النفطية والمائية والسياسات الجمركية والحديد والصلب واي مورد من الموارد المادية هو من الصلاحيات السيادية والاستراتيجية وهي من صلاحية الحكومة المركزية لوحدها.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه العجالة قد يرى القارئ الكريم ان موضوع التنظيم الاداري موضوع قد اشبع بحثا فهو موجود في امهات المؤلفات الادارية لاساتذة القانون العام ولكني اراعي انتباههم الى مسألة في غاية الاهمية وهي اننا ما بحثنا مسألة التنظيم الاداري الا لاننا نريد ان نصل في اسلوب اداري ممكن ان تستخدمه الدولة العراقية بعد اتسمت بالغموض والابهام الذي تنماز به القواعد الدستورية الواردة في دستور 2005 العراقي.

والخلاصة اتضح لنا ان خير اسلوب للادارة في الدولة يكمن في الادارة اللامركزية مع تشديد الرقابة الادارية وذلك خوفا من سوء الادارة بالنسبة لمجالس المحافظات اما فيما يتعلق باقليم كردستان فاننا نرى وجوب ان تتواجد الحكومة المركزية من خلال ممثلين داخل المؤسسات الفعالة والمهمة كوزارة النفط او الطاقة او الموارد المائية او الجمارك، والعمل بشكل مشترك بين جميع الجهات ومؤسسات الاقليم وبين الحكومة المركزية ووجوب الرجوع الى الحكومة المركزية فيما يتعلق باستخراج النفط وبيعه. لان الاهداف والصلاحيات الاستراتيجية والسيادية هي من صلاحيات الحكومة المركزية.

## المصادر

1. ابراهيم درويش، الادارة العامة في النظرية والممارسة، القاهرة، 1975.
2. احمد سويلم العمري، دراسات سياسية، اصول النظم الاتحادية، مكتبة الانجلو المصرية، مطبعة العلوم، القاهرة، 1961.
3. ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ط1، دار العلم للملايين، بيروت، 1964.
4. انور احمد ارسلان، الادارة العامة، الكتاب الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
5. ثروت بدوي، القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
6. جيمس منزيس بلاك، الادارة الناجحة، ترجمة عبد الحلیم ثابت، دار القلم، القاهرة، 1965.
7. خالد قباني، اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان، منشورات عويدات، لبنان، 1981.
8. روبرت بوي وكامل فريدرك، دراسات في الدولة الاتحادية ترجمة وليد الخالي وبرخان دجاني، ج3، دار الشرقية، بيروت، نيويورك، 1967.



9. سليمان الطماوي، مبادئ علم الادارة العامة، ط6، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980.
10. عادل الطببائي، الاستقلال الذاتي لولايات الدولة الاتحادية، بحث مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة 4 العدد الاول يناير 1980.
11. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، منشآت المعارف، الاسكندرية، 1997.
12. عثمان خليل عثمان، مبادئ القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
13. عصام سليمان، الفيدرالية والمجتمعات التعددية في لبنان، ط1، الكتاب الثاني، دار العلم للملايين، لبنان، 1991.
14. فؤاد العطار، مبادئ علم الادارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
15. ليلى تكلا، اصول الادارة العامة، مكتبة الانكلو المصرية، القاهرة، 1976.

16. مارشال ادوارد ديموك وجلاديز اوجدن ديموك كوينج، الادارة العامة، ترجمة ابراهيم علي البرلسي، مراجعة د. محمد توفيق رمزي، مؤسسة الحلبي، القاهرة، 1967.
17. محسن خليل، الفضاء الاداري ورقابته لاعمال الادارة، منشآت المعارف، الاسكندرية، ط2، 1968.
18. محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1976.
19. محمد الهماوندي، الحكم الذاتي والنظم اللامركزية الادارية والسياسية، ط1، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1990.
20. محمد بكر حسين، الاتحاد الفيدرالي بين النظرية والتطبيق، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1977.
21. مسعود احمد مصطفى، اقاليم الدولة الاسلامية بين اللامركزية السياسية واللامركزية الادارية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990.
22. مصطفى محمد موسى، التنظيم الاداري بين المركزية واللامركزية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1992.

23. هادف راشد العويس، توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي في الامارات والمانيا، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، العدد 11، ابريل 1998.

#### المصادر الاجنبية

1. Bernard Gournay, Introduction ala science administrative – Paris.
2. Ch. EISNMANN: Centralisation et decentralijation. Paris. 1948.
3. Leonard WHITE: Introduction. 1955.
4. Maurice Bovrjol. Ed. Berger– Levrault. Paris 1969.
5. Que sais– L' Administration. Presses universitaires de France. Paris 1964.



## أبحاث في القانون الجنائي



المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي  
دراسة مقارنة

دكتور

عماد الدين حامد الشافعي

مدرس قانون بأكاديمية الفراعنة

للحاسب الآلي ونظم المعلومات والادارة

## مقدمة عامة

ساعد التطور التكنولوجي في السنوات الماضية في ظهور العديد من جرائم الذكاء الاصطناعي أعطت البرمجة المتطورة لبعض الآلات التي تعمل بالذكاء الاصطناعي قدرات تصل خطورتها إلى بناء خبرة ذاتية تُمكنها من اتخاذ قرارات منفردة في اية مواقف تواجهها مثل الإنسان البشري حيث كان هدف الكثير من الأبحاث في الذكاء الاصطناعي والقانون هو تطوير CMLRs التي يمكن تقديم حجج قانونية واستخدامها للتنبؤ بنتائج النزاعات القانونية<sup>1</sup>.

هذا وقد تميز القرن العشرون وبدايات القرن الحالي عن غيره من القرون بتطورات لم يكن لها مثيل قبل ذلك؛ نظراً لظهور التقنيات الحديثة المتطورة، ومن بينها صناعة الروبوت والذي أصبح في الوقت الحالي من أهم الصناعات التي يعتمد عليها في الحياة وفي المجالات العلمية والصناعية والطبية والزراعية والاجتماعية والعسكرية ومجالات الفضاء ومكافحة الجرائم، إلى غير ذلك من المجالات المتعددة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ سيد طنطاوي محمد - الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي والروبوت - بحث منشور بالمركز الديمقراطي العربي بتاريخ 2020/2/29 - ص 1

<sup>2</sup> د/ حسن عبد الحكم - المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الجسمال دراسة مقارنة بين القانون الجنائي والفقہ الإسلامي - رسالة ماجستير - كلية الشريعة والقانون - طنطا 2019 - ص 3



وبعد دخول الروبوت في كثير من المجالات المتنوعة وتطوره تقنياً وذاتياً وقيامه بأعمال يعجز عنها البشر، تم استخدامه في ارتكاب جرائم كالقتل والسرقة والضرب والسب والقتل وغيرها من الجرائم التي تقع بواسطته، الأمر الذي أدى إلى التساؤل عن المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تقع بواسطته في القانون الجنائي؛ وهذا ما دفعني للقيام بالبحث في هذا الموضوع.

لذا كان ضرورياً بحث المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي، هل تقع على الشركة المنتجة أم على المالك، أم حرية الإرادة واتخاذ القرار المتوفر للذكاء الاصطناعي تجعله مسئولاً بصورة منفردة عن أفعاله، وإذا توافرت هذه الحالة الأخيرة، فهل يُمكن واقعياً مساءلته جنائياً؟

ومن الجدير بالذكر أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد فقط، بل قد يصل إلى حدوث تطوير ذاتي داخل هذا الذكاء الاصطناعي - بسبب القدرات البرمجية التي حصل عليها - يمكنه من الخروج عن الضوابط والحدود الموضوعية له، فيخرج عن السيطرة، ولذلك من الضروري تحديد قواعد قانونية تجبر المصنع على وضع حد للصلاحيات الممنوحة للذكاء الاصطناعي، حتى يظل تحت السيطرة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> F. Patrick Hubbard, "Do Androids Dreams?": Personhood and Intelligent Artifacts, 83 Temp. L. Rev., 2011, P.421.

حيث يمكن أن تقع الجرائم بواسطة الذكاء الاصطناعي على حرمة الحياة الخاصة وتتبع عورات الناس، أو التعرض للمرافق العامة والمصالح العامة بالضرر والتي يكون تجريمها وتحديد نوعها وكمها بناءً على إثبات<sup>1</sup>؛ كجريمة برمجة الروبوت على قتل أشخاص أبرياء حيث يتطلب القانون إزهاق روح المجني عليهم حتى تقوم جريمة القتل، وقد يكون السلوك إيجابياً كإطلاق رصاصة من بندقية يحملها روبوت على شخص ما، وقد يكون السلوك سلبياً كما هو الحال في تعطيل الروبوت في القيام بالالتزامات الملقاة على عاتقه والتي تتسبب في قيام جريمة ما، كما هو الحال في برمجة جهاز الروبوت على توصيل شخص أعمى إلى مكان معين ولكن أدت البرمجة إلى ترك الروبوت للشخص الأعمى في منتصف الطريق مما ترتب عليه إصابة الشخص الأعمى أو قتله<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ يحيى إبراهيم دهشان - المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون كلية القانون.

<sup>2</sup> د/ حسن عبد الحكم - المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الجسمال - مرجع سابق ص39 وما بعدها.

ومن الجدير بالذكر إنه إذا كان قد تم استخدام جهاز الروبوت بطريقة خاطئة وفي أفعال مجرمة فإنه يمكن استخدامه في أفعال إيجابية دفاعاً عن النفس كما حدث في إحدى الولايات الأمريكية<sup>1</sup>.

## أهمية البحث

تكمن أهمية تلك الدراسة في تحديد المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الذكاء الاصطناعي حيث يستلزم الأمر تحديد المسؤولية؛ ومعاقبة الجاني عن هذه الجرائم طبقاً لمبدأي: شخصية المسؤولية، وشخصية العقوبة، فلا يكون محلاً للمسؤولية الجنائية إلا من ارتكب الفعل الإجرامي كما نص عليه القانون

---

<sup>1</sup> - بتاريخ الثامن من يوليو 2016 قامت الشرطة الأمريكية في ولاية دالاس باستخدام روبوت يحمل عبوة ناسفة لقتل أحد مطلقي النار أثناء أحداث العنف المروع الذي وقع ليلة الجمعة [الثامن من يوليو 2016] بولاية تكساس، ما يعتبره العديد من خبراء إنفاذ القانون وغيرهم أول استخدام لمثل هذه التقنية من تقنيات الروبوت من قبل شرطة الولايات المتحدة. وقُتل خمسة من رجال الشرطة وأصيب سبعة آخرون بالإضافة إلى اثنين من المدنيين خلال مظاهرة احتجاج على مقتل رجلين من أصل أفريقي على أيدي الشرطة في مدن أخرى. وقُتل ميكاه جونسون - الرجل المشتبه بإطلاقه النار على الضباط - بمتفجرات تم تفجيرها عن بعد بواسطة روبوت، على إثر مواجهة وفضل للمفاوضات مع الشرطة. أنظر في ذلك كارل سميث - مقالة بعنوان هل سنظل نعتبر الروبوتات مجرد أدوات بينما يتم استخدامها للقتل - تم نشرها بتاريخ 9 سبتمبر 2016 ص2 وما بعدها.

- Frank Douma: Serah Ave Palodichuk, Criminal Liability Issues Created By Autonomous Vechicles, 52 Santa Clars Rev. Eric 1157.

ومن ستقع عليه المسؤولية الجنائية التي ترتكب عن طريق جرائم الذكاء الاصطناعي، بالإضافة إلى وجود اختلاف بين البشر والروبوت، فعقاب البشر معروف ولا يثير مشكلة، أما الروبوت الألي كيف يمكن معاقبته إذا ارتكب جريمة، حيث من غير المتصور تقديم كيانات غير البشر للمحاكمة الجنائية حتى ولو كانت تتمتع بالذكاء الاصطناعي، فهي مازالت مجرد آلة.

## أسباب اختيار موضوع البحث

أولاً: محاولة وضع قواعد وضوابط في تحديد المسؤولية الجنائية للجرائم التي ترتكب بواسطة الذكاء الاصطناعي على أساس قانوني سليم حيث إنه في معظم البلدان المتقدمة، تستخدم المركبات غير المأهولة، والروبوتات الجراحية، والروبوتات الصناعية، والخوارزميات التجارية، والروبوتات الشخصية، وغيرها من كيانات الذكاء الاصطناعي، قد يكون الاستخدام شخصياً أو طبياً أو عسكرياً أو تجارياً أو صناعياً.

مسألة المسؤولية الجنائية تنشأ عندما تكون السيارة بدون سائق متورطة في حوادث السيارات، الروبوت الجراحي متورط في أخطاء جراحية، وتشارك خوارزمية التداول في الاحتيال، فمن الذي يتحمل المسؤولية الجنائية عن هذه الجرائم.

ثانياً: ضرورة البدء في تقنين أوضاع جرائم الذكاء الاصطناعي حتى ينشأ لدينا نص قانوني نستطيع من خلاله معاقبة مرتكبي الجرائم، حيث أن مبدأ الشرعية الجنائية وهو الأساس في القانون الجنائي، وينص على "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني".

ويقصد بشرعية العقوبة أن تكون العقوبة التي ينطق بها القاضي محددة ومقررة من قبل المشرع، وأن تكون خاضعة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الذي يقضي بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون" ويعني ذلك أن تكون مصادر

التجريم والعقاب في القانون محددة، فتحديد الأفعال التي تعد جرائم، وتحديد العقوبات المقررة لها، سواء من حيث نوعها، أو مقدارها من اختصاص السلطة التشريعية، بحيث يقتصر دور القاضي على مجرد تطبيق العقوبة التي ينص عليها القانون؛ والهدف من شرعية العقوبة حماية حقوق الأفراد من تعسف القضاء، ومعرفة كل فرد من أفراد المجتمع سلفاً للأفعال التي تدخل في نطاق التجريم وعقوباتها حتى لا يفاجأ بإدانته والحكم عليه، وهذا يؤدي إلى استقرار وتحقيق الأمن داخل المجتمع<sup>1</sup>.

### مشكلة البحث

الإشكالية الرئيسية في موضوع البحث تتمثل في ظهور ما يُعرف باسم الذكاء الاصطناعي، حيث أن ظهوره جلب معه تداعيات بالنسبة للقانون الجنائي، حيث أنه توجد قاعدة قانونية سائدة في كل المجتمعات البشرية منذ الأزل تقول إنه إذا قتل شخص شخصاً آخر أو تسبب في إصابته، فإنه يكون مسئولاً عن جريمته أمام القانون. بيد أن ظهور ما يعرف باسم الذكاء الاصطناعي يثير مشكلات جديدة عند التعامل مع مثل هذه الجرائم، لم تكن في الحسبان بالنسبة للسلطات القضائية، فمثلاً ما هو التصرف حيال قيام روبوت بالتسبب في حادث خطير أو

---

<sup>1</sup> د/ محمد عبد المنعم عبد الخالق - المفهوم المعاصر للعقوبة - بدون دار نشر - طبعة 2006 - ص12 وما بعدها.

قاتل؟ في هذا الحالة لن يكون بوسع القاضي أن يأمر الروبوت بدفع تعويض أو بوضعه داخل السجن.

وهناك مناقشات متزايدة تدور داخل الدوائر القضائية والسياسية، حول الملابس القانونية التي تحيط بتطورات الذكاء الاصطناعي، كما تثار مخاوف حول هذه الملابس في الدوائر الصناعية وأيضاً تناقش مشكلات تتعلق بعمل شركات التأمين، ويتفق الخبراء على إنه في غضون بضعة عقود ستصبح استخدام السيارات ذاتية القيادة والروبوتات الذكية العاملة في المجال الصناعي، وكذلك الآلات التي تعمل بشكل مستقل عن الإنسان، شائعة وواسعة الانتشار مثلما هو الحال اليوم مع الكهرباء والهواتف.

ولذا يثار تساؤلاً هاماً وملحاً، هل يمكن منح الشخصية الاعتبارية والمعنوية لتلك الشخصيات؟ وهل قانون العقوبات والإجراءات الجنائية هي المسؤولة عن الجرائم المرتكبة بواسطة الذكاء الاصطناعي وتحديد أطراف المسؤولية الجنائية من مالك الألة ومصنعها ومستخدمها ومسئولية الألة نفسها؟ وما هي العقوبات المنصوص عليها للجرائم التي تقع بواسطة الذكاء الاصطناعي؟

## منهج البحث

اتبعت في هذه الدراسة المنهج التأصيلي التحليلي، والمنهج المقارن؛ وذلك لملائمتها لطبيعة الدراسة، حيث أقوم بجمع المعلومات وتحليلها وبيان أقوال فقهاء القانون فيها؛ للترجيح بين الأقوال، ومن ثم استخلاص أهم النتائج، مقارنةً ذلك كله بين الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية، من أجل تحليل ظاهرة جرائم الذكاء الاصطناعي للتعامل مع الظاهرة قيد الدراسة لتحديد علاقاتها ومناقشة ما إذا كان من المناسب أخلاقياً، أو حتى إلزامياً، الاعتماد على الروبوتات عندما تكون أكثر أماناً من انتقال الناس.

## خطة البحث

يتكون البحث من مقدمة ومطلب تمهيدي وخمسة مباحث وخاتمة والنتائج والتوصيات وفهارس؛ ففيما يتعلق بالمقدمة فتحتوي على أهمية البحث وأسباب اختيار موضوع البحث ومشكلة البحث ومنهج البحث؛ وتم تقسيم البحث إلى مطلب تمهيدي وخمسة مباحث:

- مطلب تمهيدي: أوليات الذكاء الاصطناعي.

- الفرع الأول: ماهية الذكاء الاصطناعي

○ أولاً: تعريف الذكاء الاصطناعي.



- ثانياً: الفرق بين الذكاء الطبيعي والذكاء الاصطناعي.
- الفرع الثاني: نشأة الذكاء الاصطناعي وتطوره.
- أولاً: نشأة الذكاء الاصطناعي.
- ثانياً: تطور الذكاء الاصطناعي.
- المبحث الأول: مجالات الذكاء الاصطناعي ووظيفته.
- المطلب الأول: مجالات الذكاء الاصطناعي.
- المطلب الثاني: وظيفة الذكاء الاصطناعي.
- المبحث الثاني: ماهية المسؤولية الجنائية وأطرافها.
- المطلب الأول: ماهية المسؤولية الجنائية.
- الفرع الأول: تعريف المسؤولية الجنائية.
- الفرع الثاني: مدى المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي.
- المطلب الثاني: تحديد أطراف المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي.
- الفرع الأول: المسؤولية الجنائية للمبرمج المصنع.

- الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية لكيان الذكاء الاصطناعي نفسه.
- الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية للمالك.
- الفرع الرابع: المسؤولية الجنائية للطرف الخارجي.
- المبحث الثالث: أساس المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تُرتكب بواسطة الذكاء الاصطناعي في القوانين الشرعية والإسلامية.
- المطلب الأول: أساس المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تُرتكب بواسطة كيانات الذكاء الاصطناعي في القوانين الجنائية.
- الفرع الأول: مذهب حرية الاختيار المذهب التقليدي.
- الفرع الثاني: مذهب الجبرية المذهب الوضعي.
- المطلب الثاني: أساس المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تُرتكب بواسطة الذكاء الاصطناعي في الشريعة الإسلامية.
- المبحث الرابع: التكييف القانوني للجرائم التي تُرتكب بواسطة كيان الذكاء الاصطناعي في القوانين والشريعة الإسلامية.
- المطلب الأول: التكييف القانوني للجرائم التي تُرتكب بواسطة كيان الذكاء الاصطناعي في القانون الجنائي.

- المطلب الثاني: التكييف القانوني للجرائم التي تُرتكب بواسطة كيانات الذكاء الاصطناعي في الشريعة الإسلامية.
- المبحث الخامس: العقوبات المقررة للجرائم التي تُرتكب بواسطة كيانات الذكاء الاصطناعي.
- المطلب الأول: عقوبات تُوقع على المُصنع أو المبرمج لكيان الذكاء الاصطناعي.
- المطلب الثاني: عقوبات تُوقع على كيانات الذكاء الاصطناعي.
- المطلب الثالث: عقوبات تُوقع على مالك كيان الذكاء الاصطناعي.

## مطلب تمهيدي أوليات الذكاء الاصطناعي

### تمهيد وتقسيم

الفارق الجوهرى بين الآلة والإنسان هو العقل البشرى المتطور باستمرار من جهة، وصفات العاطفة الإنسانية من جهة أخرى؛ فكل شخص يختلف عن الآخر بردات الفعل الطباع وقابلية التعلم، أما الآلات فمبرمجة وفق تعليمات محددة لا تخرج عنها، نستطيع توقع تحركاتها وخطواتها ونتائجها وكل شيء سيصدر عنها. وهذا الفرق بين الإنسان والكمبيوتر بدأ يتلاشى بسبب ثورة تقنية جديدة تتجسد في الذكاء الاصطناعي Artificial Intelligence<sup>1</sup>.

الذكاء الاصطناعي سلوك وخصائص معينة تتسم بها البرامج الحاسوبية، تجعلها تحاكي القدرات الذهنية البشرية وأنماط عملها. ومن أهم هذه الخصائص القدرة على التعلم والاستنتاج ورد الفعل على أوضاع لم تبرمج في الآلة؛ إلا أن هذا المصطلح جدلي نظراً لعدم توفر تعريف محدد للذكاء<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Luger, George; Stubblefield, William 2004), Artificial Intelligence: Structures and Strategies for 5<sup>th</sup>, The Benjamin/Cummings Publishing Company, Inc., 0-8053-4780-1 ISBN)

<sup>2</sup> Brain Sudlow, Post digital Science and Education, Springer International Publishing, 2019, P.236.

وتعتبر تقنيات الذكاء الاصطناعي من أهم ضروريات العصر والتي يجب دمجها داخل المجتمع، حيث تُسهل الكثير من الأمور المتعلقة بالحياة البشرية اليومية، وتساعد في إنجاز العديد من المهام التي يصعب على الإنسان القيام بها - وبكفاءة أعلى من الكفاءة البشرية - كما أنها التكنولوجيا الأكثر تطوراً في السوق الآن<sup>1</sup>، فالذكاء الاصطناعي لا يقتصر فقط على الكمبيوتر، بل يتم استخدامه في العديد من القطاعات مثل الصحة، والتعليم، والترفيه، والتسويق<sup>2</sup>.

وعلى ذلك سنتناول في هذا المبحث ماهية الذكاء الاصطناعي ونشأته وذلك في مطلبين على النحو التالي:

---

<sup>1</sup> Patil M., Rao M., Studying the Contribution of Machine Learning and Artificial Intelligence in the Interface Design of E-commerce Site. In: Satapathy S., Bhateja V., Das S., eds) Smart Intelligent Computing and Applications. Smart Innovation, System and Technologies, Vol 105. Springer, Singapore, 2019, P. 197.

<sup>2</sup> د/ يحيى دهشان - المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي - مرجع سابق ص12.

## الفرع الأول ماهية الذكاء الاصطناعي

### تمهيد وتقسيم

لم يتفق علماء التكنولوجيا على تعريف جامع مانع للذكاء الاصطناعي حيث اختلفوا فيما بينهم منذ اختراع الآلة حتى يومنا هذا؛ كما توجد آراء فقهية قررت أن الذكاء الاصطناعي في القرن الواحد والعشرون أكثر تطوراً وذكاءً من العقل البشرية.

لذا سنتناول في هذا الفرع تعريف الذكاء الاصطناعي ثم نوضح الفرق بين الذكاء البشري والذكاء الاصطناعي على النحو التالي.

### أولاً - تعريف الذكاء الصناعي:

لم يتفق علماء التكنولوجيا على تعريف محدد للذكاء الاصطناعي، حيث يعتبره البعض أنه أحد فروع علوم الكمبيوتر وأحد الركائز الرئيسية التي تستند إليها صناعة التكنولوجيا في العصر الحالي، ويمكن تعريف مصطلح الذكاء الاصطناعي - الذي يشار إليه باختصار AI<sup>1</sup> - بأنه قدرة الآلات الرقمية وأجهزة

---

<sup>1</sup> يشار إلى مصطلح الذكاء الاصطناعي AI رسمياً باسم الأنظمة التي تعرض الذكاء السلوك من خلال تحليل بيئتهم واتخاذ الإجراءات - إلى حد ما من الاستقلالية - لتحقيق أهداف محددة، مثل البحث والتطوير التكنولوجي، إنترنت الأشياء.

الكمبيوتر على أداء مهام معينة تحاكيها وتمثالها تلك التي تقوم بها كائنات ذكية، مثل القدرة على التفكير أو التعلم من التجارب السابقة أو غيرها من العمليات التي تتطلب عمليات عقلية، والذكاء الاصطناعي يهدف إلى الوصول إلى الأنظمة التي استمتع بالذكاء وتتصرف بالطريقة التي يتصرف بها البشر فيما يتعلق بالتعلم وعدم الفهم، بحيث توفر هذه الأنظمة لمستخدميها خدمات مختلفة مثل التعليم والإرشاد والتفاعل<sup>1</sup>.

---

الرسالة واردة من المفوضية إلى البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي والمجلس الاقتصادي والاجتماعي الأوروبي ولجنة المناطق، الذكاء الاصطناعي لأوروبا، بروكسل، قاموس كامبردج، 2018/4/25

– <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/artificial.com> –  
Accessed 9 Jun 2020.

<sup>1</sup> د/ سيد طنطاوي محمد – الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي – مرجع سابق ص4.

– Beck, S. 2014. Emerging Technology Shapes Future of law,

– [www.americanlawyer.com/id=1202664266769/Emerging-](http://www.americanlawyer.com/id=1202664266769/Emerging-Technology-Shapes-Future-of-Law)

Technology-Shapes-Future-of-Law Accessed 9 Sep. 2014.

– McCarty, L. Thorne. 2007. Deep semantic interpretations of legal texts. P217–24 of: Proceedings of the 11<sup>th</sup> International Conference on Artificial Intelligence and Law, New York, NY: ACM.

هناك العديد من التعريفات المرتبطة بالذكاء الاصطناعي، ولكننا نورد تعريف "جون مكارثي" <sup>1</sup> الأب الروحي للذكاء الاصطناعي، فقد عرفه بأنه "وسيلة لصنع جهاز كمبيوتر، أو روبوت يتم التحكم فيه عن طريق الكمبيوتر، أو برنامج يفكر بذكاء بالطريقة نفسها التي يفكر بها البشر الأذكياء؛ ويتم تحقيق الذكاء الاصطناعي من خلال دراسة كيف يفكر الدماغ البشري، وكيف يتعلم البشر ويقررون ويعملون أثناء محاولة حل مشكلة ما، ثم استخدام نتائج هذه الدراسة كأساس لتطوير برامج وأنظمة ذكية".

والذكاء الاصطناعي يرمز له اختصاراً AI وهو مجال جديد في عالم الحوسبة يتم من خلاله تصنيع كمبيوترات ذات صفات شبيهة بالإنسان؛ فتكون قادرة على التفكير، والتعلم، وإدراك البيئة المحيطة، والتنفيذ، وحل المشاكل من تلقاء نفسها، بالطبع يعتبر جعل الآلة ذات قدرة الإدراك والتفكير أمراً في غاية التعقيد، لكن له مستقبلاً مشرقاً، لذلك تضع الدول المتقدمة أموالاً طائلة للبحث والتطوير في مجال الذكاء الاصطناعي <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> جون مكارثي هو الأب الروحي للذكاء الاصطناعي، وهو عالم أمريكي يرجع له الفضل في اختيار لفظ الذكاء الاصطناعي وإطلاقه على هذا العلم، راجع الملف التعريفي:

– <https://nndb.com/people/006/000030913/> Accessed 2 Apr. 2019.

<sup>2</sup> [www.zdnet.com](http://www.zdnet.com) what is AI? Everything you need to know about Artificial Intelligence Accessed 8 Aug. 2019



فالذكاء الاصطناعي فرع من علم الحاسوب، تُعرف الكثير من المؤلفات الذكاء الاصطناعي على إنه "دراسة وتصميم العملاء الأذكاء"، والعميل الذكي هو نظام يستوعب بيئته ويتخذ المواقف التي تزيد من فرصته في النجاح في تحقيق مهمته أو مهمة فريقه.

### مكونات الذكاء الاصطناعي

يتكون جسم الذكاء الاصطناعي من ميكانيكا وإلكترونيات وكهرباء، وحاسوب برمجة، وتنتج حركة عن طريق محركات كهربائية تستخدم التيار الكهربائي، وهي تعمل وفقاً للتأثير الكهرومغناطيسي، والتي تم اكتشافها عام 1831م فيما يعرف بنظيرة الموجات الكهرومغناطيسية، ولكن أكثر المحركات استخدامات هي المحركات الكهربائية إلا أن هنالك آليين يعملون بالكهرباء وبالمواد الكيماوية والهواء المضغوط<sup>1</sup>، ويضم الذكاء الاصطناعي أربعة فروع رئيسية:

(1) الهندسة الكهربائية الدارات والحساسات.

(2) هندسة الميكانيكا والآلات التروس - المحرك - الجسم.

(3) علوم الكمبيوتر الذكاء الاصطناعي.

---

<sup>1</sup> د/ أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية - دراسة مقارنة، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2009، ص3.

#### 4) الفنون التعبير والسلوك والتوجيه.

فالحركة شرط أساسي في الإنسان الآلي، وكذلك الحساسات وبعض أنواع الذكاء؛ وتنقسم أجزاء الإنسان الآلي إلى الفئات الآتية:

(1) الدماغ.

(2) الطاقة الكهربائية.

(3) الحساسات.

(4) العمل والتفاعل.

(5) الجسم والمظاهر الخارجية.

#### ثانياً - الذكاء البشري والذكاء الاصطناعي:

إذا كان الكمبيوتر استطاع التغلب على البشر في الكثير من المهام العقلية، فمثلاً جهاز ديب بلو من شركة IBM في عام 1999م قام بالتغلب على "چاسباروف" بطل الشطرنج في مباراة شهيرة أعلن من خلالها بتفوق الكمبيوتر على البشر؛ وفي عام 2015م قامت شركة Deep Mind بالتغلب على بطل لعبة جو وهي لعبة أصعب من الشطرنج؛ هذه الألعاب العقلية معقدة إلا أنها محدودة حيث

لا يمكن استخدام ذلك البرنامج في حل معضلة رياضية بسيطة يستطيع طالب في الصف الابتدائي أن يحلها<sup>1</sup>.

السبب أن معظم العملاء AI Agent التي يتم تدريبها اليوم يتم تدريبها على عمل جزء بسيط ويتم محاولة تقليل الخطأ كمعدل قياس واحد فقط. فمثلاً عميل نريده أن يتعرف على الصور سنقوم بإعطائه صور كثيرة فتكون مهمته هي أن يقلل الخطأ في التعرف على الصور ويكون المقياس هو كم عدد الصور التي أصاب في تصنيفها<sup>2</sup>؛ ذلك مختلف تماماً عن ربط مفهوميين رياضيين بسيطين مثل ربط مفهوم الضرب بالجمع مثلاً. ذلك الربط يصعب تعلمه بطريقة الذكاء الاصطناعي المنتشرة الحالية Neural Networks and Gradient Descent هناك مجال في الذكاء الاصطناعي يهدف لتعلم ربط المفاهيم لكن لم يحدث تطور ملحوظ فيه منذ عقود<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ديفيد كوك، صناعة الإنسان الآلي الروبوت) للمبتدئين، ترجمة مركز التعريب والترجمة، ط: الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى 2005، ص2 وما بعدها.

<sup>2</sup> - د/ عمرو محمد فرج، الترجمة الآلية مفهومها - مناهجها - نماذج تطبيقية في اللغة العربية)، بحث منشور بمجلة كلية دار العلوم بالفيوم، العدد 26، الجزء الثاني، ديسمبر 2011، ص894.

- د/ حسن عبد الحكيم، المسؤولية الجنائية عن جرائم الجسمال، مرجع سابق، ص15 وما بعدها.

<sup>3</sup> أ/ عبد الله حمدي، مقالة بعنوان أربعة أفكار خاطئة عن الذكاء الاصطناعي المستقبلي، بتاريخ 1 أغسطس 2018.

بيد أن الإنسان يملك قدرات خاصة تحتاج لبرمجيات معقدة حتى تتمتع بمثلها الآلة وليس لدينا علم هل وصلوا إليها أم لا؛ حيث يستطيع الإنسان إكمال الشيء الناقص أو المشوه بسبب القدرة الإلهية التي أعطاها الله له، لكن الآلة لم تستطع الوصول إلى هذا الحد، وأخيراً مهما كان الحد الذي وصل إليه الذكاء الاصطناعي فهو مازال يفقد الجانب الإنساني والإحساس، ورغم تمكن بعض العلماء من صناعة أدمغة إلكترونية مشابهة للعقل البشري ولكن لم ينجحوا في زرع الإنسانية بها<sup>1</sup> والدليل على ذلك أن السير على القدمين تعد من الأمور البديهية التي يتعلمها الطفل في سن مبكرة ويبدأ في الحركة داخل المنزل ومعرفة الاتجاهات، بينما حتى الآن فإنه يصعب تدريب عميل على حركة روبوت داخل منزل لم يره من قبل. ذلك يعود لسببين:

السبب الأول: لأن المتغيرات في البيت كثيرة ويجب أن تكون الحركة دقيقة، بعكس حركة الشاحنات في الطريق مثلاً حيث تعد القيادة الذاتية أسهل لوجود طرق محددة وحجم السيارات أكبر ويمكن توقع السير بشكل أسهل.

السبب الثاني: وهي مشكلة الجهاز الحركي للروبوت؛ فجسم الإنسان يحتوي على آلاف العضلات والمفاصل البديعة خصوصاً في القدم ومع التآزر

---

<sup>1</sup> Gentsch P., AI in Marketing, Sales and Service. Palgrave Macmillan, Cham, 2019, P.82.

العصبي العضلي ينتج حركة سلسلة كما أنه يصعب جداً صناعة مفاصل صناعية وآليات حركة مشابهة لها، وجعلها تتحرك بتأزر مع بقية الجسم يعد مجال أبحاث في علوم الروبوت والتحكم<sup>1</sup>.

وظهرت الصورة جلية في العديد من الدول العربية ومنها مصر، فقد تنامي دور الذكاء الاصطناعي في مجالات كثيرة، فعلى سبيل المثال قيام البنك الأهلي المصري مؤخراً بتطوير خدماته وأفتتح أول فرع إلكتروني في مصر يقدم خدمات إلكترونية Electronic Service Branch فمن خلال هذه الفروع تقوم أجهزة الذكاء الاصطناعي المتمثلة في الحواسيب وماكينات الصرف في التفاعل مع العملاء، والرد على استفساراتهم، وإنجاز المهام المتعلقة بهم<sup>2</sup>.

وخلاصة القول إنه على الرغم من التقدم الرهيب في صناعة وتطوير الذكاء الاصطناعي بيد إنه لا يمكن للألة بأن تتحكم بالبشر حيث يوجد لدينا يقين ثابت بأننا كبشر لنا اليد العليا دائماً على الحواسيب، فالعلم والمعرفة والذكاء تتيح السيطرة والتحكم على من يفتقدها؛ البشر يستطيعوا أن يضعوا النمر داخل

---

<sup>1</sup> أ/ عبد الله حمدي، مقالة بعنوان أربعة أفكار خاطئة عن الذكاء الاصطناعي، منشور بتاريخ 11 أغسطس 2018.

<sup>2</sup> أحمد عقرب، للمرة الأولى في مصر البنك الأهلي يفتتح أول فروع للخدمة الإلكترونية، مقال بجريدة اليوم السابع، منشور بتاريخ 9 يناير 2019

– <https://www.youm7.com/4098831> Accessed 4 Apr. 2019

أقفاص، ليس لأنهم أقوى من النمر جسدياً ولكن لأنهم أذكى من النمر؛ فبالتالي متى ما وصل ذكاء الآلة لقدرة بشرية أو خارقة في الذكاء والمعرفة، فإن احتمالية التحكم وتقييد حرية البشر من خلاله ليست بالمستحيلة.

أفلام مثل Terminator تروج لفكرة أن يكون هناك صراع بين البشر والآلة؛ في الحقيقة لم يكن هناك صراع بين البشر والنمر مثلاً! فالبشر قتلوا النمر مباشرة ودمروا غاباتهم وتقريباً تسببوا في انقراضها؛ النتيجة أقرب لذلك بين البشر والآلة إذا حصل صراع بالفعل في المستقبل<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> أ/ عبد الله حمدي، مقالة بعنوان سبعة مبادئ أساسية للذكاء الاصطناعي، منشور بتاريخ 11 إبريل 2019، ص3.

## الفرع الثاني نشأة الذكاء الاصطناعي وتطوره

### تمهيد وتقسيم

سنناول في هذا الفرع متى تم اختراع الذكاء الاصطناعي وتطوره وذلك على النحو التالي.

### أولاً - نشأة الذكاء الاصطناعي:

في منتصف القرن العشرين بدأ عدد قليل من العلماء استكشاف نهج جديد لبناء آلات ذكية، بناءً على الاكتشافات الحديثة في علم الأعصاب ونظرية رياضية جديدة للمعلومات، وتطور علم التحكم الآلي وقبل كل ذلك عن طريق اختراع الحاسوب الرقمي تم اختراع آلة يمكنها محاكاة عملية التفكير الحسابي الإنسانية.

أسس المجال الحديث لبحوث الذكاء الاصطناعي في مؤتمر بحرم كلية دارتموث في صيف عام 1956، أصبح هؤلاء الحضور قادة بحوث الذكاء الاصطناعي لعدة عقود وخاصة "جون مكارثي" و"مارفن مينسكاى" و"ألين نويل" و"هربرت سيمون" الذي أسس مختبرات للذكاء الاصطناعي في معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا وجامعة كارنيجي ميلون وستانفورد. هم وتلاميذهم كتبوا برامج أدهشت معظم الناس، وكان الحاسب الآلي يحل مسائل في الجبر ويثبت النظريات

المنطقية ويتحدث الإنجليزية<sup>1</sup>. وبحلول منتصف الستينات أصبحت تلك البحوث تمول بسخاء من وزارة الدفاع الأمريكية وهؤلاء الباحثون قاموا بالتوقعات الآتية:

• عام 1965، هيربرت سيمون: الآلات ستكون قادرة في غضون عشرين عاماً على القيام بأي عمل يمكن أن يقوم به الإنسان.

• عام 1967، مارفن مينسكي: في غضون جيل واحد سوف يتم حل مشكلة خلق الذكاء الاصطناعي بشكل كبير<sup>2</sup>.

بحلول السبعينات أصبحت أهمية كيانات الذكاء الاصطناعي واضحة لمعظم العالم، وتسعى الحكومات في البلدان متقدمة النمو والبلدان النامية إلى الحصول على التزامات طويلة الأجل بالموارد اللازمة لتمويل برامج البحوث المكثفة في الذكاء الاصطناعي وتعاونت الحكومات والمنظمات الخاصة بشكل روتيني في

---

<sup>1</sup> – Minsky, Marvin (2006), The Emotion Machine, New York, NY: Simon & Schuster, ISBN 7663-9

– Luger, George; Stubblefield, William (2004), Artificial Intelligence: Structures and Strategies for Complex Problem Solving, 5<sup>th</sup>, the Benjamin/Cummings Publishing Company, Inc., 0-8053-4780-1 ISBN.

– Nilsson, Nils (1998), Artificial Intelligence: A New Synthesis, Morgan Kaufmann Publishers, 978-1-55860-467-4 ISBN.

<sup>2</sup> مارغريت بودن، العقل كآلة، دار نشر جامعة أكسفورد، 2006، ص43.



برامج التنمية في مجالات الروبوتات والبرمجيات ومختلف منتجات الحاسوب. وكان الدافع وراء هذه المشاريع هو إدراك أنه أصبح من الممكن تطوير نظم يمكن أن تُظهر قدرات بشرية مثل الكلام والمشاهد المرئية وتعلم المعرفة وتقييمها واتخاذ قرارات مستقلة في الثمانينيات، وحققت الأبحاث طفره في تصميم وتطوير أنظمة الخبراء في مجالات الطب والتمويل والأنثروبولوجيا. ويتمثل التحدي الرئيسي لنظم الخبراء في تطوير تمثيلات مناسبة للمعرفة في ميادين كل منها، لكي يكون الوصول إليها متاحاً بسهولة يجب تخزين هذه المعرفة في نموذج يمكن استرجاعه ويتم عرضه تلقائياً بواسطة واجهات النظم البشرية أو الأخرى. وأصبحت أنظمة الخبراء أدوات ناجحة توسعت على مر السنين مع استخدام أدوات جديدة معرفة وتحسبن مع مناهج تجريبية أفضل ويتمثل التحدي التالي في تمكين إدماج التكنولوجيات الجديدة إلى أنظمة الخبراء بعد وقت قصير من توافرها<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ سيد طنطاوي، الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي، مرجع سابق، ص11 وما بعدها.  
– Nilsson, Nils 1983), “Artificial Intelligence Prepares for 2001” PDF), AI Magazine, Essays/AlMag04-04-002.pdf, Accessed 3 Apr. 2018  
رئاسي لرابطة تقدم الذكاء الاصطناعي  
– Searle, John 1980), “Minds, Brains and Programs”, Behavioral and Brain Sciences, P. 457-471.

في أوائل الثمانينيات من القرن الماضي شهدت أبحاث الذكاء الاصطناعي صحوة جديدة من خلال النجاح التجاري للنظم الخبيرة وهي أحد برامج الذكاء الاصطناعي التي تحاكي المعرفة والمهارات التحليلية لواحد أو أكثر من الخبراء البشريين؛ وبحلول عام 1985 وصلت أرباح أبحاث الذكاء الاصطناعي في السوق إلى أكثر من مليار دولار وبدأت الحكومات التمويل من جديد، وبعد سنوات قليلة بدءاً من انهيار سوق آلة الـ Lisp Machine وهي إحدى لغات البرمجة، في عام 1987 شهدت أبحاث الذكاء الاصطناعي انتكاسة أخرى ولكن أطول<sup>1</sup>.

وفي عام 1974 ورداً على انتقادات السير "جيمس لايت هيل" الإنجليزي والضغط المستمر من الكونجرس لتمويل مشاريع أكثر إنتاجية، قطعت الحكومتين الأمريكية والبريطانية تمويلهما لكل الأبحاث الاستكشافية غير الموجهة في مجال الذكاء الاصطناعي كانت تلك أول انتكاسة تشهدها أبحاث الذكاء الاصطناعي.

---

– Saerle, John 1999), *Mind, Language and society*, New York, NY:

Basic Books, 231867665 43689264, ISBN 0465045219, OCLC

– Shapiro, Stuart C. 1992), “Artificial Intelligence”, In Shapiro, Stuart C., New York: John Wiley, P. 54–57.

مؤرشف من الأصل بتاريخ 13 مايو 2019

<sup>1</sup> د/ حجازي عبد الفتاح بيومي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، الكتاب الأول، ط: الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2003، ص277؛ د/ حسنين بوادي، إرهاب الإنترنت الخطر القادم، ط: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2006، ص79؛ ديفيد كوك، صناعة الإنسان الآلي (الروبوت) للمبتدئين، مرجع سابق، ص 8-9.

وفي التسعينيات بأوائل القرن الواحد والعشرين حقق الذكاء الاصطناعي نجاحات أكبر وإن كان ذلك إلى حد ما وراء الكواليس؛ يستخدم الذكاء الاصطناعي في اللوجستية واستخراج البيانات والتشخيص الطبي والعديد من المجالات الأخرى في جميع أنحاء صناعة التكنولوجيا ويرجع ذلك النجاح إلى عدة عوامل هي: القوة الكبيرة للحوسيب اليوم أنظر لقانون مور وزيادة التركيز على حل مشاكل فرعية محددة وخلق علاقات جديدة بين مجال الذكاء الاصطناعي وغيرها من مجالات العمل في مشاكل مماثلة وفوق كل ذلك بدأ الباحثون الالتزام بمناهج رياضية قوية ومعايير علمية صارمة.

وفي القرن الواحد والعشرين أصبحت أبحاث الذكاء الاصطناعي على درجة عالية من التخصص والتقنية؛ وانقسمت إلى مجالات فرعية مستقلة بشكل عميق لدرجة أنها أصبحت قليلة ببعضها البعض. نمت أقسام المجال حول مؤسسات معينة، وعمل الباحثين، وعمل حل مشكلات محددة، وخلافات في الرأي نشأت منذ زمن طويل حول الطريقة التي ينبغي أن يعمل وفقاً لها الذكاء الاصطناعي، وتطبيق أدوات مختلفة على نطاق واسع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> – Nilsson, Nils 1998), *Artificial Intelligence: A New Synthesis*, Morgan Kaufmann Publishers, 978-1-55860-467-4 ISBN.

– Poole, David; Mackworth, Alan; Goebel, Randy 1998), *Computational Intelligence: A Logical Approach*, New York: Oxford University Press.

## ثانياً - تطور الذكاء الاصطناعي:

من الثابت أن الذكاء الاصطناعي منذ أن تم اختراعه في منتصف القرن الماضي وهو يتميز بالمرونة والتطور، فمنذ اختراعه وهو متطور متجدد فلم يعد مثلما كان في الماضي بل هو كل عام يحدث به نوعاً من التجديد وذلك من حيث برمجته وطاقته وجسمه ومظاهرة الخارجية وحساساته وأخيراً لغته حيث كانت لغة برمجة الروبوتات الأولى هي MHI ومن ثم تطورت إلى MIT خلال السنوات الأولى من ستينات القرن الماضي، والتي كانت تُستخدم في الحاسبات البدائية وبعدها طُورت هذه اللغة بجامعة ستانفورد في بداية عام 1970م؛ بحيث اعتمدت على لغتي برمجة هما Pascal وALGOL ومن ثم ظهرت لغة البرمجة VAL و VAL II في عام 1984م والتي طورتها شركة يونيميشن المحدودة؛ كما ظهرت لغة AML A Manufacturing Language في عام 1982م التي طورتها بعد ذلك شركة IBM الأمريكية؛ وكما ظهرت لغة جديدة سميت بـ AUTOMATIX طورها "ماكدونيل دوجلاس" في نهاية عام 1982م والتي كانت تدعم مجموعة كبيرة من تطبيقات الروبوت التي قد تطور خلال هذه الفترة؛ أما بالنسبة للغة V+ فكانت تعتبر من لغات برمجة الروبوتات لتنفيذ حركات متعددة ومتتالية، ولغة التخاطب

بين الإنسان والآلة تتكون من العديد من الأوامر لتنفيذ مهمة معينة فما هي إلا عملية بسيطة تقوم فيها بكتابة بعض الكلمات للكمبيوتر ليقوم بتنفيذها<sup>1</sup>.

والطاقة الكهربائية كان يتم بناء روبوت باستخدام محركات تعمل على الوقود وبالهواء المضغوط ولكن في مرحلة معينة لابد من استخدام المكونات الإلكترونية والتي تضم وحدة التغذية الكهربائية، مصدر طاقة كهربائية ودائرة تنظيم لمصدر الطاقة وقاطع لتشغيل وإيقاف مصدر الطاقة، ويمكن أن تستخدم البطاريات العادية 9 فولت كمصدر للطاقة الكهربائية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ سعيد عبد اللطيف حسن، إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، ط: دار النهضة العربي، الطبعة الأولى 1999، ص5

<sup>2</sup> د/ حسن عبد الحكم، المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الجسمل، مرجع سابق، ص 17.

- ويعتقد البعض أن من يقلق من تداعيات الذكاء الاصطناعي هم من الذين يحاربون التقنية ولا يحبون الجديد؛ والحقيقة أنه من أكبر علماء الذكاء الاصطناعي والمفكرين مثل "تك بورستون" و"إيلون مسك" يحذرون من تداعيات الذكاء الاصطناعي ويعتقدون أنه يشكل خطر وجودي على البشر؛ القلق نابع من إنه في حال وصول تطور الذكاء الاصطناعي إلى مستوى معين بسبب - السباق الحالي بين الصين وروسيا وأمريكا - ويعد أشبه بالسباق النووي في القرن الماضي - فإنه سيتمكن تطوير عميل (AI Agent) لا يمكن لمطوره تقييده، لأنه سيكون متصل بالإنترنت وقادراً على التعلم ونسخ نفسه على السحابة الإلكترونية (Cloud). الخطر على البشرية من الذكاء الاصطناعي يوازي أو ربما يتجاوز أمور مثل التغير المناخي، الأمراض المعدية، وحتى اصطدام أجرام سماوية عملاقة بالأرض، حيث إنه في كل الحالات السابقة لدينا حلول ولو

وفي يوليو 2016 قام مجموعة من المهندسين الحيويين من جامعة هارفارد بإنشاء روبوت ناعم يلتف حول قلب إنسان ويساعد على العمل، في معهد البحث العلمي في سكريبس تم إنشاء كائن شبه اصطناعي مع الحمض النووي الاصطناعي، وقد توصل علماء آخرون بالفعل إلى نمو الشعر الحساس من الأذن الداخلية، وخلق الشبكية الاصطناعية للعين البشرية في أكسفورد وتم رفع الخلايا الجذعية البشرية لأول مره في مستشفى بوسطن للأطفال وتم إنشاء جلد الكتروني في جامعة مينيسوتا، تم استخدام نظام C-LEG بنجاح لاستبدال الساقين وتم بتر الساقين البشرية في معهد شيكاغو للتأهيل في عام 2016.

وقد بدأت بعض الشركات الكبرى باستخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في عمليات الإنتاج، وكان لها مردود إيجابي عالٍ مثل شركة سيمنز الألمانية، التي استطاعت الحد من الانبعاثات الضارة من توربينات الغاز بنسبة تتراوح بين 10% أو 50%، حيث تحتوي على أكثر من 500 جهاز استشعار تعمل باستمرار للكشف

---

نظرية لهذه المخاطر، أما في حالة الذكاء الاصطناعي فلا يوجد حتى حلول نظرية للمشاكل المتوقعة.

<https://www.almrsl.com/post/778621>.

<https://www.robot50.wordpress.com/%D9%84%D8%BA%D8%A7%D8%AA%D8%A8%D8%B1%D9%85%D8%AC%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%88%D8%A8%D9%88%D8%>

عن درجة الحرارة والضغط والجهد المتولد، وغير ذلك من المتغيرات، بما يعمل على ضبط صمامات الوقود باستمرار لتهيئة الظروف المثلى للاحتراق<sup>1</sup>.

ومن المتوقع أن تتحقق قيمة كبيرة من خلال المنتجات والخدمات والابتكارات التي تعتمد على الذكاء الاصطناعي. ويشير تقرير شركة إكسنتشر عن تأثير الذكاء الاصطناعي في ١٢ من الاقتصاديات النامية إلى أنه قادر على مضاعفة النمو الاقتصادي السنوي بحلول ٢٠٣٥م من خلال تغيير طبيعة العمل وخلق علاقات جديدة بين الإنسان والآلة. هذا التأثير متوقع أن يزيد من الإنتاجية في العمل بنسبة ٤٠%، ويمكن الإنسان من استغلال وقته بكفاءة؛ ويشير التقرير إلى أن الموجه الأساسي لتأثير الذكاء الاصطناعي على نمو أي دولة هو مدى قدرتها على الاستفادة من هذه التقنيات المتطورة ومدى جاهزيتها لإدخالها في اقتصاداتها.

---

<sup>1</sup> - شادي عبد الوهاب، إبراهيم الغيطاني، سارة يحيى: فرص وتهديدات الذكاء الاصطناعي في السنوات العشر القادمة، تقرير المستقبل، ملحق يصدر مع دورية اتجاهات الأحداث، العدد 27، مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، أبو ظبي، 2018، ص8.

- كريستوفر هيرنوس، الذكاء الاصطناعي والمسئولية القانونية والحقوق المدنية Christoffer (Hernæs)، 22 أغسطس 2015، مورد إلكتروني:

<https://techcrunch.com/2015/08/22/artificial-intelligence->

. legalresponsibility

وعلى صعيد آخر، توسعت شركة " جنرال إلكتروك " في ربط مصانعها بنظم الذكاء الاصطناعي، والتي من خلالها استطاعت دعم كفاءة إنتاجها وعمليات التشغيل بها على غرار زيادة إنتاج الكهرباء بمحطة توليد الكهرباء عبر الرياح بـ ٥% في فيتنام.

من الضروري اليوم النظر في إمكانية الاعتراف بالذكاء الاصطناعي كموضوع للعلاقات القانونية وموضوع الجريمة، لذلك يجب أن يحدث تطور للقانون الجنائي في اتجاه التوحيد التنظيمي للوضع القانوني لـ ASI كموضوع العلاقات القانونية وموضوع المسؤولية، وقد تم بالفعل اتخاذ الخطوة الأولى بهذه الطريقة بموجب قرار البرلمان الأوروبي المؤرخ ١٦ فبراير ٢٠١٧ مع توصيات إلى لجنة قواعد القانون المدني بشأن الروبوتات.

وفي هذا الصدد، يمكن إجراء أكثر موازنة ملفتة للنظر مع الوضع القانوني للشركة كشخص اعتباري، والتي هي في الواقع أيضا كيان افتراضي شيء ذو وجود مميز ومستقل، ولا يشك أحد في إمكانية أن تمتلك الشركة حقوقاً تحمل مسؤوليات معينة من الحركة الاجتماعية لما بعد الإنسانية ريمون كورزويل، مورافيك، نيك بوستروم، ميشيو كاكو وغيرهم وهو نشاط فلسفي دولي يدعو إلى تحويل الحالة البشرية من خلال تطوير وتنمية تتوفر تقنيات متطورة متاحة على نطاق واسع لتعزيز الفكر البشري وعلم وظائف الأعضاء بشكل كبير، ويركز إلى ما بعد الإنسانية بشكل خاص على تطبيقات التقنيات لتحسين الأجسام البشرية



على المستوى الفردي، ويسعى المنظرون عبر البشر إلى تطبيق العقل والعلم والتكنولوجيا لأغراض الحد من الفقر والمرض والإعاقة وسوء التغذية في جميع أنحاء العالم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> قرار البرلمان الأوروبي المؤرخ في 16 فبراير 2017 مع توصيات إلى لجنة قواعد القانون المدني بشأن الروبوتات (INL (2103/2015) الموارد الإلكترونية؛ طريقة الوصول:

<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do>

## المبحث الأول مجالات الذكاء الاصطناعي ووظيفته

### تمهيد وتقسيم

هناك مجالات كثيرة للذكاء الاصطناعي وذلك في العمل الشرطي والأمني وغيرها كما أنه يقوم بعده مهام ووظائف عديدة كالخدمات العسكرية وإجراء جراحات عن بعد ... إلخ؛ وعلى ذلك ينقسم ذلك المبحث إلى مطلبين الأول مجالات الذكاء الاصطناعي والثاني مهام ووظائف الذكاء الاصطناعي وذلك على النحو التالي:

## المطلب الأول

### مجالات الذكاء الاصطناعي

يستخدم الذكاء الاصطناعي في عدة مجالات فيمكن توظيفه لمحاربة الجريمة أو المراقبة الجوية أو التواصل الاجتماعي أو توظيف تقنيات الذكاء الاصطناعي لفهم العلاقة بين الحوادث والاصابات المصاحبة لها وفي تحليل الصور والفيديوهات.

أولاً: توظيف تقنيات الذكاء الاصطناعي لمحاربة الجريمة:

إن انتقال الجرائم التقليدية إلى طابعها العلمي المستحدث الذي يسخر التقنيات العالية والذكاء الاصطناعي والمعلومات الرقمية في التخطيط والتنفيذ والقضاء على آثار الجريمة، لا يشكل معضلة قانونية حقيقية من حيث التجريم والعقاب أو من حيث تصنيف الأنماط وتحديد العناصر والأركان كما يعتقد البعض فحسب، بل تكمن المعضلة الحقيقية التي تفرزها ظاهرة الجرائم المستحدثة في صعوبة عمليات الرصد والمتابعة وتعقيدات الاكتشاف والضبط، ومخاطر جمع الأدلة والتحقيق مع فئة المجرمين الأذكياء، بجانب ضعف التشريعات الشكلية، وتخلف القواعد العامة للأدلة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ محمد الأمين البشري، الأساليب الحديثة للتعامل مع الجرائم المستحدثة من طرف أجهزة العدالة الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص5.

وتقوم بعض الجهات الشرطية الرائدة حالياً باستخدام الذكاء الاصطناعي وتقنياته المختلفة في محاربة الجريمة. وأفضل مثال على ذلك ما قامت به شرطة مدينة نيويورك في إنشاء مركز إدارة الجريمة والذي يستخدم تقنيات تحليل البيانات والتنبؤ التحليلي، حيث يحتوي المركز على مستودع معلومات الجرائم التي تحدث في المدينة، ويقوم النظام بتحليل كمية كبيرة من بيانات الجرائم الاتصال، والحوادث، والقبض، والمخالفات... إلخ والمخاطر المحتملة وذلك للتنبؤ باحتمال وقوع الجرائم والاستعداد لها وتحسين زمن الاستجابة من خلال تكثيف وتوزيع الدوريات في الأماكن الأكثر عرضة لحدوث الجرائم.

ثانياً: توظيف الذكاء الاصطناعي لتحليل بيانات شبكات التواصل الاجتماعي:

هناك العديد من تطبيقات الذكاء الاصطناعي، منها التطبيقات التي تستخدم من قبل مواقع التواصل الاجتماعي لمواجهة الظواهر السلبية، سواء تمثلت في مكافحة المحتوى المتطرف على الإنترنت أو محاولة منع الانتحار عبر موقعها<sup>1</sup>.

وهناك اهتمام متزايد من قبل الجهات الأمنية في استخدام التحليل الاجتماعي Social Analytics لتحليل بيانات شبكات التواصل الاجتماعي

---

<sup>1</sup> د/ حيدر شاكر البرزنجي، د/ محمود حسن الهواسي، تكنولوجيا وأنظمة المعلومات في المنظمات المعاصرة، مؤسسة محمود حسن جمعة للنشر، القاهرة، 2014، ص19.

لاكتشاف احتمالية وقوع أعمال الشغب والمظاهرات في منطقة ما؛ حيث تتجه المجتمعات المعاصرة نحو مرحلة جديدة من مراحل نموها الاجتماعي والاقتصادي، مصحوبة بأنماط سلوكية مستحدثة تسندها المعلومات والبيانات الإلكترونية. ومن المؤكد أن العالم مقبل على أكثر وأخطر مما نشهده اليوم بفضل تطور البيئة العالمية للتقنية العالية للمعلومات Global High Technology التي يعيش فيها الإنسان المعاصر. فالحاسب الآلي كمحور لهذه البيئة لم يعد استخدامه قاصراً على الميادين العلمية والحسابية البحتة، بل أصبح الحاسب الآلي وتقنياته الحديثة عنصراً أساسياً في كافة المعاملات والأنشطة التي يقوم بها الإنسان<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ محمد الأمين البشري، مرجع سابق، ص5.

ثالثاً: توظيف تقنيات الذكاء الاصطناعي لفهم العلاقة بين الحوادث والاصابات  
المصاحبة لها:

وفي استخدام لنظام واطسن الذي طورته شركة IBM، تم تغذيته ببيانات  
شرطة مدينة نيويورك بين عام ٢٠١٣م إلى عام ٢٠١٥م لفهم العلاقة بين الحوادث  
والإصابات المصاحبة لها والوفيات<sup>1</sup>.

وبدأت هذه التطبيقات في اقتحام المجال الصناعي، ونجحت في القيام  
بالمهام الروتينية التي يقوم بها البشر في المصانع والمكاتب، بل ونجحت في القيام  
بالوظائف التي لا يمكن أن يقوم بها البشر كاستكشاف الفضاء أو أعماق  
المحيطات<sup>2</sup>.

رابعاً: توظيف تقنيات الذكاء الاصطناعي للتعرف على السلوك البشري:

---

<sup>1</sup> د/ محمد فهمي طلبية، الحاسب الآلي والذكاء الاصطناعي، مطابع المكتب المصري الحديث،  
الإسكندرية، 1997، ص144.

أ/ نور بكري، دهاء شبكات التواصل الاجتماعي وخبايا الذكاء الاصطناعي، شركه المطبوعات  
للتوزيع والنشر، طبعة 2019، ص2 وما بعدها.

<sup>2</sup> شادي عبد الوهاب، إبراهيم الغيطاني، سارة يحيى: فرص وتهديدات الذكاء الاصطناعي في  
السنوات العشر القادمة، تقرير المستقبل، ملحق يصدر مع دورية اتجاهات الأحداث، العدد 27،  
مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، أبو ظبي، 2018، ص3.

وفي مجال التعرف على السلوك، تطورت برامج الذكاء الاصطناعي إلى درجة أنها تتعلم اليوم كيفية التنبؤ بالتفاعلات مع البشر، إذ صمم مختبر الذكاء الاصطناعي وعلوم الحاسوب في معهد ماساتشوستس للتقنية خوارزمية حلت أكثر من ٦٠٠ ساعة من مقاطع الفيديو في موقع يوتيوب بهدف دراسة السلوك البشري، وأصبحت الخوارزمية بعدها قادرة على التنبؤ الصحيح بأفعال البشر بنسبة ٤٣% من عينات الاختبار، أي أقل قدرة من قدرة البشر بنسبة ٢٨% فقط<sup>1</sup>.

ويعمل الذكاء الاصطناعي على تحليل "البيانات الضخمة" للأفراد، أي الكميات الهائلة من المعلومات الشخصية والمهنية التي يمكن تحليلها للوقوف على التطورات التي تطرأ على أنماط سلوك الإنسان وتفاعلاته، وهذه البيانات معقدة للغاية، وهو ما يساعد على فهم عميق للمجتمعات.

خامساً: توظيف الذكاء الاصطناعي لتحليل الصور والفيديوهات:

وقد تشمل هذه التقنيات استخدام كاميرات المراقبة الذكية التي لديها القدرة على تحليل الصور والفيديو لاكتشاف أماكن تواجد المشبوهين أو المطلوبين والأمور غير الطبيعية وتنبية مركز التحكم المباشر، واستخدام تقنities تعلم الآلة في مجال

---

<sup>1</sup> د/ محمد فهمي طلبية، مرجع سابق، ص144.

الأمن الإلكتروني Cyber Security، واستخدام الطائرات الذكية بدون طيار  
سمارت درونز للمراقبة الجوية، وكذلك تطبيقات " التنبؤ الشرطي " <sup>1</sup>.

سادساً: توظيف الذكاء الاصطناعي في المراقبة الجوية:

ونذكر ان شرطة دبي كان لديها السبق في استخدام تقنية الدرونز في  
المراقبة الجوية في عام ٢٠١٥م، في الأحداث الرياضية والمهرجانات والاحتفالات  
<sup>2</sup>.

سابعاً: توظيف تقنيات الذكاء الاصطناعي لمراقبة أنماط حركة المرور:

كما يتم استخدام الذكاء الاصطناعي في مراقبة أنماط حركة المرور للتنبؤ  
بدقة كبيرة جداً بالاصطدامات وتفاديها وذلك لاستخدام هذه التقنيات في السيارات

---

<sup>1</sup> د/ نايف عبد الرحمن عبد الله العجلان، نظام آلي للتعرف على الوجه باستخدام طرق الذكاء  
الاصطناعي، جامعة الملك سعود، كلية الهندسة، قسم الهندسة الكهربائية، الرياض، 2002،  
ص101.

<sup>2</sup> د/ نبيل محمد عبد الرحمن الحيدر، التحكم في معايرة منحدرات الخطوط السريعة باستخدام  
الذكاء الاصطناعي مع تطبيقات على مدينة الرياض، جامعة الملك سعود، كلية الهندسة، قسم  
الهندسة الكهربائية، الرياض، 2000، ص47.



ذاتية القيادة. ويتم استخدام تقنيات تعلم الآلة والذكاء الاصطناعي في مكافحة حالات التزوير والغش والاحتيال<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - الويبو: الاتجاهات لتكنولوجية الويبو "الذكاء الاصطناعي"، الويبو، 2019، ص2. - د/ نايف عبد الرحمن عبد الله العجلان، نظام آلى للتعرف على الوجه باستخدام طرق الذكاء الاصطناعي، جامعة الملك سعود، كلية الهندسة، قسم الهندسية الكهربائية، الرياض، 2002، ص101.

## المطلب الثاني وظيفة ومهام الذكاء الاصطناعي

### تمهيد وتقسيم

يستخدم الذكاء الاصطناعي في العديد من المهام نظراً لاستخدامه في العديد من مناحي الحياة حيث يتم تطويره في صناعة السيارات وفي المجالات العسكرية والجراحة عن بعد وغيرها من الأدوات الصالحة لخدمة المجتمع.

### أولاً - إنتاج السيارات:

يعتبر الروبوت الإنسان الآلي جزءاً أساسياً من صناعة السيارات والتي تحتاج إلى مجهود كبير لا يمكن لأي إنسان أن يقوم بنفس المهام التي يقوم بها الروبوت سواء من حيث الكفاءة والجودة، أو من حيث السرعة، بالإضافة إلى قلة التكلفة التي يوفرها؛ حيث أن السيارات ذاتية القيادة تعمل عن طريق برنامج الذكاء الاصطناعي الذي يصدر أوامر الحركة والإيقاف في السيارة بعد تلقيه بيانات ناتجة عن أجهزة الرادار والليزر والمستشعرات الموجودة بالسيارة والتي تجمع بيانات عن الأجسام حول السيارة مثل المشاة واتساع الطريق والسيارات المجاورة وأي كائنات تكون حول السيارة، وتمت برمجة برنامج الذكاء الاصطناعي الذي يتحكم في

السيارة على إصدار أوامر بعد تحليل تلك المعطيات<sup>1</sup>؛ وهو يعمل بنظام تشغيل مشابه لأنظمة التشغيل الموجودة في الهواتف المحمولة كالأندرويد أو أجهزة الكمبيوتر كالويندوز؛ وغالباً ما يتم ربطه بنظام سحابي لتخزين البيانات وهذا يكون أشبه بالصندوق الأسود الموجود بالطائرات والمسجل فيه جميع بيانات وأوامر الطائرة، ويمكننا من خلاله بعد ذلك مراجعة جميع أوامر السيارة والوصول إلى السبب والمسئول الحقيقي عن أي جريمة تحدث<sup>2</sup>.

### ثانياً - الخدمات العسكرية:

يتم استخدام كيانات الذكاء الاصطناعي في المجال العسكري كالتخلص من المتفجرات ومحاصرة الأماكن للعثور على الأجهزة التفجيرية يدوية الصنع والألغام وإبطال مفعولها، ويمكنها توجيه الأجسام التي لم تنفجر للفحص، والتفجير في الوقت المناسب كما أن الجيش يستخدم الطائرات بدون طيار في رصد تحركات

---

<sup>1</sup> F. Patrick Hubbard, "Sophisticated Robots": Balancing Liability, Regulation and Innovation Florida Law Review, 2014, P.1803.

<sup>2</sup> Aarian Marshall and Alex Davies, Uber's Self-driving Car Saw the Woman It Killed, Report Says.

<https://wired.com/story/uber-self-driving-crash-arizona-ntsb-report>

Accessed 4 Apr. 2019

العدو والعثور على المتفجرات المخبئة، والتصدي للعدو عن طريق القتال المباشر، وغيرها من المهام والتي تجعل منها دولة يهاب جانبها.

تطبيقات الذكاء الاصطناعي في المجال العسكري كثيرة ومتعددة ولكن من أهمها:

(1) إنه يمكن استخدام الذكاء الاصطناعي في محاربة القرصنة والتفريب في البحار:

ولهذا تسعى الدول لحماية مصالحها في هذا المكان الواسع؛ ونظراً لوجود العديد من عمليات القرصنة التي تتعرض مع مصالح الدول التجارية فقد سخر الذكاء الاصطناعي من أجل رصد السفن المشبوهة وتصويرها ومعرفة محتوياتها للتأكد من خلوها من أي مواد محظورة أو أنها لا تتخذ المسار الذي يجب أن تسير فيه وتتجاوز المياه الإقليمية للدولة<sup>1</sup>.

(2) قوة أمن المنافذ والحدود:

حيث يتم استخدام الذكاء الاصطناعي في مجال حماية الحدود من أي اختراقات من طرف أناس يريدون الإضرار بالدولة؛ لذا تعمل تطبيقات الذكاء

---

<sup>1</sup> شادي عبد الوهاب وإبراهيم الغيطاني وسارة يحيى، فرص وتهديدات الذكاء الاصطناعي في السنوات العشر القادمة تقرير المستقبل، ملحق يصدر مع دورية "اتجاهات الأحداث"، العدد 27، مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، أبو ظبي، 2018، ص10.

الاصطناعي في زيادة الحماية والأمان إلى حدود الدولة وذلك بتوفير أقصى تقنيات المراقبة الدورية واتخاذ القرارات اللازمة في حال تعرض الحدود لأي عملية اختراق أو تجسس<sup>1</sup>.

وتتعدد تطبيقات الذكاء الاصطناعي في التطبيقات الأمنية والعسكرية؛ مثل البرامج القادرة على تمييز الوجوه وإدراكها فضلاً عن تلك البرامج القادرة على التصدي للهجمات الإلكترونية والتعامل معها بل وشن هجمات إلكترونية تخترق النظم السيبرانية للخصوم، خلافاً لاستخداماته القتالية في الحروب سواء عبر الروبوتات العسكرية أو الدرونز<sup>2</sup>.

ويمكن الاستفادة من الذكاء الاصطناعي في التنبؤ بالجريمة من خلال دراسة وتحليل الفروق الاجتماعية؛ فهذه الفروق ظاهرة طبيعية في إطار أي تجمع بشري ولكن الإشكالية فيما يقف وراء هذه الفروق من صور غياب العدالة والمساواة في الفرص والواجبات.

---

<sup>1</sup> ساحلي مبروك، مناهج وتقنيات الدراسات المستقبلية وتطبيقاتها في التخطيط، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2015، ص12 وما بعدها.

<sup>2</sup> د/ أحمد حبيب بلال، د/ عبد الله موسى، الذكاء الاصطناعي، مرجع سابق، ص39.

## ثالثاً - في المجال الطبي:

مع ظهور فيروس كورونا المستجد أو كما نعرفه بفيروس كوفيد - 19 مؤخراً وانتشاره السريع حول العالم وتأثيره على الصحة والاقتصاد، برزت التقنيات الحديثة المعتمدة على الذكاء الاصطناعي لتقدم مساهماتها المبتكرة للمساعدة على مواجهة فيروس كورونا المستجد<sup>1</sup>، لذا سنستعرض كيف يمكن استخدام الذكاء الاصطناعي لمواجهة فيروس كورونا المستجد.

---

<sup>1</sup> - Coronavirus is the first big test for futuristic tech that can prevent pandemics, [www.vox.com](http://www.vox.com) Accessed 11 Aug. 2020.

- Coronavirus: China's tech fights back, [www.bbc.com](http://www.bbc.com) Accessed 11 Aug. 2020.

- How people are using AI to detected and fight the coronavirus, [www.venturebeat.com](http://www.venturebeat.com)  
Accessed 11 Aug. 2020.

- Chinese police wear smart helmets to detect pedestrians with fevers amid coronavirus crisis, [www.dailymail.com](http://www.dailymail.com) Accessed 11 Aug. 2020.

- Alibaba AI Detects coronavirus in second with 96% accuracies, [www.intelligentliving.com](http://www.intelligentliving.com)  
Accessed 11 Aug. 2020.

- Baidu Open-sources RNA prediction algorithm for 2019 novel coronavirus, [www.syncedreview.com](http://www.syncedreview.com) Accessed 11 Aug. 2020.

## 1 استخدام الذكاء الاصطناعي لمواجهة فيروس كورونا عن طريق التجهيزات التقنية:

(1) كاميرات التعرف على الوجه:

من أنظمة المراقبة المعروفة خاصة في الصين، روبوت تم تصميمه لدعم إجراءات الرعاية الصحية من خلال رصد المصابين بالحمى، خاصة في الأماكن المكتظة كمحطات المترو، للكشف عن درجة الحرارة بدون اتصال مباشر.

(2) أجهزة الاستشعار بالأشعة تحت الحمراء:

---

– Morning brief 3.4.20: Alipay’s coronavirus “Health Code” feeds payment data to police, [www.paymentsources.com](http://www.paymentsources.com) Accessed 11 Aug. 2020

– China’s QR health code system brings relief for some and new problems, [www.scmp.com](http://www.scmp.com) Accessed 11 Aug. 2020.

– Emerging technologies proving worth in fight against coronavirus in China, [www.globaldata.com](http://www.globaldata.com) Accessed 11 Aug. 2020.

– How AI helped predict the Coronavirus outbreak before it happened, [www.singularityhub.com](http://www.singularityhub.com) Accessed 11 Aug. 2020.

– Predicting the coronavirus outbreak how AI connects the dots to warn about disease threats, [www.gcn.com](http://www.gcn.com) Accessed 11 Aug. 2020.

طرحت شركة التكنولوجيا الصينية Baidu نظام مسح الجبهة باستخدام الأشعة تحت الحمراء حيث يمكنه إجراء المسح لحوالي 200 شخص في الدقيقة لاكتشاف الحرارة ضمن نطاق 0.5م° ويعطي إنذار للمراقبين عن أي شخص تتجاوز درجة حرارته 37.3م°.

(3) الروبوتات:

فرضت طبيعة فيروس كورونا المستجد السريع الانتشار، ضرورة اتخاذ إجراءات احترازية كالتباعد وعدم الاتصال المباشر مع المصابين، ولذلك لجأت المشافي ومراكز الرعاية الصحية لاستخدام روبوت يقوم مقام مقدم الرعاية لعدد من الخدمات كإيصال الأدوية للمرضى وأخذ المؤشرات الحيوية إضافة إلى تعقيم الغرف والممرات بالأشعة فوق البنفسجية مما يؤدي إلى قتل الأحياء الدقيقة الممرضة ومنها فيروس كورونا، إضافة إلى استخدام المركبات ذاتية القيادة لتوصيل الطلبات إلى الطاقم الطبي لمسافات محدودة.



#### (4) الخوذات الذكية:

إحدى طرق استخدام الذكاء الاصطناعي لمواجهة فيروس كورونا الأكثر أهمية، ففي الصين قامت الشرطة الصينية بتجهيز خوذات مزودة بكاميرات تعمل بالأشعة تحت الحمراء لرصد المصابين بالحمى على بعد، وتعمل تلك الخوذات على مسافة 16 قدم تقريباً وتعطي إنذار في حال وجود شخص مصاب، ومن ثم وبتقنية التعرف على الوجه يتم عرض المعلومات الشخصية على الشاشة الافتراضية الداخلية للخوذة.

## (5) الطائرات بدون طيار:

وهي نوع من الروبوتات أيضاً وتقوم هذه الطائرات برش الرذاذ المطهر والتصوير الحراري ومراقبة التزام المارة بالقواعد الصحية كارتداء الكمامات والالتزام بالحجر الصحي وغيرها.

## 2 استخدام الذكاء الاصطناعي لمواجهة فيروس كورونا عن طريق البرمجيات والتطبيقات:

اشتهرت مؤخراً شركة BlueDot الكندية بتحذيرها من فيروس كورونا المستجد بشكل مبكر، أي حتى قبل التحذيرات الرسمية الصادرة عن مراكز السيطرة على الأمراض والوقاية منها وأيضاً منظمة الصحة العالمية، إذ تستخدم الشركة تقنية معالجة اللغات طبيعية وتقنيات التعلم الآلي وذلك للبحث في مجموعة متنوعة وضخمة من مصادر المعلومات واستشفاف حوالي مائة ألف خير يومي بحوالي 65 لغة مختلفة، أي من بلدان كثيرة حيث تتم مقارنة البيانات بسجلات الرحلات مما يساعد في التنبؤ بأنماط تفشي الفيروس بمجرد الانتهاء من تصفية البيانات فيقوم علماء الأوبئة بالتحقق من منطقية النتائج ومن ثم إرسالها للعملاء من جهات حكومية وشركات أعمال خاصة ومنظمات دولية.

إن استخدام الذكاء الاصطناعي لمواجهة فيروس كورونا أو التنبؤ بالأمراض بشكل عام وسرعة انتشارها يمثل عاملاً أساسياً في مواجهة المرض على

خلاف علم الأوبئة التقليدي الذي يهتم بمكان وتوقيت الإصابة وأي الفئات الأكثر عرضة للخطر والبحث عن العلاج<sup>1</sup>.

- 
- <sup>1</sup> – Coronavirus is the first big test for futuristic tech that can prevent pandemics, [www.vox.com](http://www.vox.com) Accessed 11 Aug. 2020.
- Coronavirus: China’s tech fights back, [www.bbc.com](http://www.bbc.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - How people are using AI to detected and fight the coronavirus, [www.venturebeat.com](http://www.venturebeat.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - Chinese police wear smart helmets to detect pedestrians with fevers amid coronavirus crisis, [www.dailymail.com](http://www.dailymail.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - Alibaba AI Detects coronavirus in second with 96% accuracies, [www.intelligentliving.com](http://www.intelligentliving.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - Baidu Open-sources RNA prediction algorithm for 2019 novel coronavirus, [www.syncedreview.com](http://www.syncedreview.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - Morning brief 3.4.20: Alipay’s coronavirus “Health Code” feeds payment data to police, [www.paymentsources.com](http://www.paymentsources.com) Accessed 11 Aug. 2020
  - China’s QR health code system brings relief for some and new problems, [www.scmp.com](http://www.scmp.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - Emerging technologies proving worth in fight against coronavirus in China, [www.globaldata.com](http://www.globaldata.com) Accessed 11 Aug. 2020.

وفي شهر مارس لعام 2020 تم الاستعانة بجهاز للتصوير الإشعاعي لرئات المرضى في الصين<sup>1</sup>.

ولقد تمكن الباحثون من اختصار الوقت اللازم للتنبؤ بالهيكل الثانوي للحمض النووي الريبوزي للفيروس من 55 دقيقة إلى 27 ثانية فقط وذلك باستخدام خوارزمية LinearFold التي طورتها شركة Baidu.

وأضافت شركات التكنولوجيا العملاقة في الصين ميزة للتصنيف الصحي بالاعتماد على رموز لونية إلى تطبيقاتها على الهواتف الذكية لتكون بمثابة هوية عبور للملايين من العائدين إلى عملهم ويتم التصنيف حسب ألوان الرمز كالاتي:

---

- How AI helped predict the Coronavirus outbreak before it happened, [www.singularityhub.com](http://www.singularityhub.com) Accessed 11 Aug. 2020.

- Predicting the coronavirus outbreak how AI connects the dots to warn about disease threats, [www.gcn.com](http://www.gcn.com) Accessed 11 Aug. 2020.

<sup>1</sup> حيث مثلت الحاجة للتصوير الشعاعي لرئات المرضى في المستشفيات تحدياً كبيراً للنظام الصحي في ظل تفشي الوباء، ولذلك طورت شركة (Alibaba) بالتعاون مع أكاديمية (Damo) نظام تشخيص بالاعتماد على تقنيات الذكاء الاصطناعي يمكنه تمييز فحوصات الأشعة المقطعية للمرضى الذين يعانون من الالتهاب الرئوي الفيروسي العادي عن فحوصات المصابين بفيروس كورونا المستجد بدقة تصل إلى 96% وفي غضون 20 ثانية، في حين يحتاج الطبيب إلى 15 دقيقة لدراسة أكثر من 300 صورة للوصول إلى أثبات الإصابة من عدمها، وقد تم ذلك من خلال تطوير خوارزمية التشخيص بتضمينها الأبحاث المنشورة مؤخراً وأحدث إرشادات العلاج والتدريب على أكثر من 5000 حالة مؤكدة.

- من يحصل على اللون الأحمر فعليه التزام الحجر الصحي في المنزل لمدة أربعة عشر يوماً.
  - من يحصل على اللون الأصفر فعليه عزل نفسه أسبوع.
  - من يحصل على اللون الأخضر فهم يتمتعون بحرية التحرك والحركة.
- وتلعب ثلاثة عوامل أساسية دوراً في تحديد لون الرمز الذي سيحصل عليه الشخص وهم: تاريخ السفر وفترة الإقامة في منطقة تفشي المرض والعلاقة مع حاملين محتملين للفيروس<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> – Coronavirus is the first big test for futuristic tech that can prevent pandemics, [www.vox.com](http://www.vox.com) Accessed 11 Aug. 2020.

– Coronavirus: China’s tech fights back, [www.bbc.com](http://www.bbc.com) Accessed 11 Aug. 2020.

– How people are using AI to detected and fight the coronavirus, [www.venturebeat.com](http://www.venturebeat.com) Accessed 11 Aug. 2020.

– Chinese police wear smart helmets to detect pedestrians with fevers amid coronavirus crisis, [www.dailymail.com](http://www.dailymail.com) Accessed 11 Aug. 2020.

– Alibaba AI Detects coronavirus in second with 96% accuracies, [www.intelligentliving.com](http://www.intelligentliving.com) Accessed 11 Aug. 2020.

## رابعاً - في مجال الصحافة والإعلام:

يؤدي الذكاء الاصطناعي دوراً هاماً في الصحافة الإلكترونية والتي أصبحت تلعب دوراً مهماً في حياة الإنسان بعد الانتقال للعالم الرقمي والأخبار الإلكترونية والاستغناء عن الصحافة الورقية، حيث تستطيع المؤسسات الصحفية عن طريق استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي معرفة ميول واتجاهات الأفراد من خلال قياس الإقبال الذي يحدث بالنسبة لنوع معين من الأخبار وبالتالي يستطيعون حقن أخبار معينة لتقوية هذا الاتجاه لدى الأفراد أو العكس، فوصل الحد إلى

- 
- Baidu Open-sources RNA prediction algorithm for 2019 novel coronavirus, [www.syncedreview.com](http://www.syncedreview.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - Morning brief 3.4.20: Alipay's coronavirus "Health Code" feeds payment data to police, [www.paymentsources.com](http://www.paymentsources.com) Accessed 11 Aug. 2020
  - China's QR health code system brings relief for some and new problems, [www.scmp.com](http://www.scmp.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - Emerging technologies proving worth in fight against coronavirus in China, [www.globaldata.com](http://www.globaldata.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - How AI helped predict the Coronavirus outbreak before it happened, [www.singularityhub.com](http://www.singularityhub.com) Accessed 11 Aug. 2020.
  - Predicting the coronavirus outbreak how AI connects the dots to warn about disease threats, [www.gcn.com](http://www.gcn.com) Accessed 11 Aug. 2020.

التأثير على الحياة اليومية للأفراد والتأثير على قراراتهم، وقريباً يمكن التحكم من خلال تلك التقنيات في اتخاذ قرار الانتخابات الرئاسية، كما وصل الأمر بتقنيات الذكاء الاصطناعي إلى تجميع الأخبار وإعادة صياغتها بدقة لغوية وتقديم محتوى مماثل للمحتوى البشري<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Visvam Devadoss, A., Thirulokachander, V. & Visvam Devadoss, Efficient daily news platform generation using natural language processing, Springer Singapore, 2018, P1.

## المبحث الثاني ماهية المسؤولية الجنائية وأطرافها

تمهيد وتقسيم:

يعتبر تحديد المسؤولية الجنائية من حيث مفهومها، وأساسها الذي تقوم عليه من الموضوعات المهمة التي اعتنى بها الفكر الجنائي في جميع مراحلها التي مر بها، لاسيما في مفهومها الفلسفي، أو الديني، أو المفهوم الأخلاقي، أو الاجتماعي.

وايضاً تحديد أطراف المسؤولية الجنائية لأنها من الموضوعات التي ينبغي دراستها وبيانها حيث تتنوع تلك الاطراف من مالك الى مصنع الذكاء الاصطناعي نفسه وعلى ذلك سوف نقسم ذلك المبحث الى مطلبين:

المطلب الاول بيان ماهية المسؤولية الجنائية.

والمطلب الثاني تحديد أطراف المسؤولية الجنائية.

وذلك على النحو التالي:



## المطلب الأول ماهية المسؤولية الجنائية

تمهيد وتقسيم:

سنتناول في هذا المطلب تعريف المسؤولية الجنائية ومدى المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي وذلك في فرعين:

## الفرع الأول تعريف المسؤولية الجنائية

المسؤولية لغة: مصدر صناعي من مسؤول، او حال من يسأل عن امر تقع عليه تبعته، ومن ذلك قولهم: انا برئ من مسؤولية هذا العمل<sup>1</sup>.

للمسؤولية الجنائية مفهومان: الاول مجرد والثاني واقعي ويراد بالمفهوم الاول صلاحية الشخص لان يتحمل تبع سلوكه، وهنا نجد المسؤولية صفة في الشخص او حالة تلازمه سواء وقع منه ما يقتضي المساءلة او لم يقع منه شيء. ويراد بالمفهوم الثاني الواقعي تحميل الشخص تبعه سلوك صدر منه حقيقة، وهنا المسؤولية ليست مجرد صفة او حالة قائمة بالشخص بل هي جزاء ايضا، وهذا المفهوم يحتوي على المفهوم الاول لأنه لا يتصور تحميل شخص تبعه عملة المجرم بخضوعه للجزاء المقرر لفعله في قانون العقوبات<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ط: دار الدعوة، بدون سنة نشر، ص411.

<sup>2</sup> د/ محمود نجيب حسني، قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية طبعة 2018، ص487، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ط:2017، ص378؛ د/ عبد العزيز محمد محسن، الإكراه وأثره في المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة)، ط: دار النهضة العربية، 2004، ص23؛ د/ عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، ط: المدني، 1976، ص16.

ويقصد به في الفقه الاسلامي: تحمل الانسان نتائج الافعال والاقوال المجرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها، فمن اتى فعلاً محرماً وهولاً يريد.

وإن كان مفهوم المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي يتفق مع مفهومها في الشريعة الإسلامية، إلا أنها أكمل وأفضل في الشريعة الإسلامية من حيث مصدرها لأنها من عند الله تعالى، فالناس يدركون السلطة للقوانين الوضعية إلا إذا وقع المرء تحت طائلة القانون، وضبط متلبساً بجريمته؛ إذ لا علاقة لها بالحياة الآخرة، فيكون المجال فسيحاً للخروج عن القانون والتحايل عليه بشتى السبل، أما الشريعة الإسلامية فتبتثق من فكرة الحلال والحرام، والايمان بالله والدار الآخرة<sup>1</sup>.

تُعرف المسؤولية الجزائية بانها التزام الانسان بتحمل الاثار القانونية المترتبة على قيام فعل يعتبر جريمة من وجهه نظر القانون ونتيجة مخالفة هذا الالتزام هي العقوبة او التدبير الاحترازي الذي يفرضه القانون على فاعل الجريمة او المسؤول عنها، وبناء على ذلك لم تعد المسؤولية الجزائية مسؤولية مادية بحتة

---

<sup>1</sup> د/ حسن عبد الحكيم، المسؤولية الجنائية عن جرائم الجسالم، مرجع سابق، ص10.

الحنابلة فعرفوها بأنها كل فعل عدوان على النفس أو المال؛ لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان، وسموا الجنايات على الأموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافاً. عبد الرحمن بن قدامه المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على مت المقنع، ط: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، الإكراه وأثره في المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، ط: دار النهضة العربية، 2004، ص23؛ د/ عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، ط: المدني، 1976، ص16.

كما كانت في التشريعات الجنائية القديمة، بل تقوم في الوقت الحاضر على اساس المسؤولية الاخلاقية او الأدبية.

اذن فالمسؤولية الجزائية تعني سؤال مرتكب الجريمة عما ارتكبه من سلوك مناقض للنظم السائدة في المجتمع ثم التعبير عن ذلك الرفض الاجتماعي لهذا السلوك بإعطائه مظهره محسوسا في شكل عقوبة او تدبير احترازي ينزله القانون المسؤول عن الجريمة.

وبالتالي لم يعد كافياً لقيام المسؤولية الجزائية ان يرتكب الجاني فعلاً مادياً تترتب عليه نتيجة ضارة، وإنما لابد من تحقق جريمة بالشروط التي يفرضها الفقه الجنائي المعاصر على انها نشاط مادي ونفسي مخالف لأهداف الجماعة، وتكسب صفتها غير المشروعة من تناقضها مع قاعدة قانونية مجرمة تجرم هذا النشاط، وبناءً على ذلك يستلزم لقيام الجريمة توافر ركنين أحدهما مادي والثاني معنوي، ولا يمكن ان تقوم الجريمة إلا بقيام هذين الشرطين معاً<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ أحمد مصطفى علي، مسؤولية الصيدلاني الجزائية عن أخطائه المهنية، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، العراق، 2001، ص20؛ ونراجع ذلك من خلال الرابط:

AP Semester, A von Hirsch, Crimes, Harms, and Wrongs. On the principles of criminalization, Hart Publishing at:

## الفرع الثاني

### مدى المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي

من المسلم به انه وفقاً لمعظم التشريعات العربية والاجنبية انه لا تقوم المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي إلا إذا كان مدركاً قادراً على فهم ماهية الفعل المرتكب أي تمييز الشخص في الاعمال المشروعة وغير المشروعة دون وجود عوامل خارجية تحرك أرادته او توجيهها بغير رغبة او رضاء صاحبها.

ولا يكفي أن يكون الإنسان قادر ومميز، وإنما يجب أن تكون هذه المقدرة على اختيار للوجهة التي يمكن ان تتخذها ارادته، ولذلك يفترض لوجودها أن يكون الفاعل حراً في تصرفاته غير مرغم عليها في وضع جسدي ونفسي وعقلي يساعده علي اتخاذ القرارات التي يريدتها، إلا أن قدرة الإنسان على توجيه ارادته التي يختارها ليست مطلقة وانما هي مقيدة، اذ ترد عليها مجموعة من العوامل لا يملك الجاني السيطرة عليها فتؤثر في حرية اختياره<sup>1</sup>، وهناك مجال يتمتع الشخص

---

[https://researchgate.net/publication/241643522\\_AP\\_Simester\\_and\\_Andreas\\_von\\_Hirsch\\_Crimes\\_Harms\\_an\\_Wrongs\\_On\\_the\\_principles\\_of\\_criminalization.com](https://researchgate.net/publication/241643522_AP_Simester_and_Andreas_von_Hirsch_Crimes_Harms_an_Wrongs_On_the_principles_of_criminalization.com)

– Maxim Dobrinoiu: The influence of Artificial intelligence on Criminal liability, 2018, P. 27.

<sup>1</sup> د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، 2016، ص387 وما بعدها.

بداخله بحرية التصرف وتحدد هذا المجال قواعد القانون والقواعد المستمدة من الخبرة الإنسانية العامة التي تحدد مقدار تحكم الانسان في تصرفاته، فإذا انتفى او ضاق هذا المجال وانساق الجاني تحت تأثير العوامل التي لا يملك السيطرة عليها الى الجريمة، تنتفي حرية الاختيار وبالتالي تنتفي المسؤولية الجزائية.

اختلفت الشرائع التي اقرت مسؤولية الإنسان في المجتمعات البدائية وفي العصور الوسطى والعصور الحديثة، ففي المجتمعات البدائية لم تقرر المسؤولية للجماد او الحيوان إلا في حالات قليلة، ومن الأمثلة على ذلك في بعض قبائل اوغندا كانت الفيلة تعاقب اذا تسببت في قتل الادميين، او اتلاف ممتلكاتهم ويحكم عليها بالإعدام، كما يحكم بقطع الشجرة التي تسببت في موت احد الاشخاص اذا سقط من اعلاها، ويقوم اهل المجني عليه وقبيلته بتقطيع الشجرة الى اجزاء ويحرقونها ثم يذروها في الرياح، وبعض القبائل تحرص اذا قتل احد افرادها بسلاح معين ان تجلب هذا السلاح وتحرقه، بينما تحتفظ بما تحصل عليه من اسلحة اخرى حال قتالها مع قبيلة الجاني كما هو الحال في بعض عشائر استراليا<sup>1</sup>.

---

د/ محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية في ضوء السياسة الجنائية دراسة مقارنة بين التشريع والفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2014، ص9 وما بعدها.  
<sup>1</sup> د/ محمود أحمد طه، شرح قانون العقوبات القسم العام، الجزء الثاني النظرية العامة للمسؤولية والجزاء الجنائي، دار مطبعة النيل بالمنصورة، 2015، ص23.

اما التشريع الروماني كان يقرر مسؤولية الانسان والحيوان والطفل والمجنون والبريء فكل هؤلاء كانوا مسئولين في مراحل محدودة وتشريعات معينة فمثلا عقوبة الإعدام توقع على الثور وصاحبه اللذين يتسببان في اثناء عملية الحرث في نقل الحد الفاصل بين الحقل المحروث والحقل المجاور له وهو نص يسلم بأهلية الحيوان للمسئولية وما يترتب عليها من جزاء، اما مسؤولية المجنون عن أفعاله عند الرومان فيؤكدده الامر الذي اصدره الامبراطور الروماني مارك اوريبال في اواخر القرن الثاني بعد الميلاد حيث قرر حظر عقاب من تحقق جنونه في صورة قاطعة وعلل ذلك؛ بان الجنون في ذاته عقوبة يصاب بها الانسان فلا يصح ان تضاف اليه عقوبة اخرى وهذا إن دل فإنما يدل على أن محاكم روما كانت تحاكم المجانين في بعض الجرائم على الأقل، وكانوا يفرقون بين المواطن والعبد فالأول لا يقع تحت وطأة التعذيب وله كافة حقوقه المدنية والجنائية اما الثاني فمسلوب من كل حقوقه فهو ليس الا مجرد شيء مملوك لسيده<sup>1</sup>.

اما التشريع اليوناني فلم يميز بين الانسان والحيوان تمييزا جوهريا بان الانسان له حرية واردة عكس الحيوانات امام القضاء، وفي حالة ثبوت الجريمة على الحيوان يجب قتله قصاصا والقاء جثته خارج حدود البلاد، ويستثنى من ذلك

---

<sup>1</sup> د/ عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، المطبعة العربية الحديثة، 2001، ص11 وما بعدها؛ مشار إليه لدى د/ حسن عبد الحكيم، المسؤولية الجنائية للجسمال، مرجع سابق، ص74 وما بعدها

حالة القتل الناشئ عن مبارزة الانسان والحيوان في مسرح الالعب العمومية فان هذا لا يترتب عليه أي اجراء قضائي، وإذا سقط جماد على انسان فقتله سواء كان السقوط ناشئاً عن عامل طبيعي او عن عمل انساني حكم على الجماد بالنبذ خارج الحدو، ويستثني من ذلك النيازك والصواعق وما اليها هذا الاشياء في قتل انسان لا يترتب على اعملها أي اجراء قضائي.

أما فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية للذكاء الاصطناعي حال ارتكابه جريمة من الجرائم المعاقب عليها في القانون كالقتل أو الضرب أو الجرح فنقول بالفعل قد أصبح الذكاء الاصطناعي جزءاً لا يتجزأ من المجتمع البشري بكل ما له من آثار سلبية وإيجابية ففي العام 1981 قُتل موظف ياباني في مصنع للدراجات النارية يبلغ من العمر 37 عام على يد روبوت ذكاء اصطناعي يعمل بالقرب منه وحدد الروبوت بشكل خاطئ الموظف على أنه تهديد لمهمته وحسب أن الطريقة الأكثر فاعلية للقضاء على هذا التهديد هي دفعه إلى آلة تشغيل مجاورة باستخدام ذراعة الهيدروليكي القوي للغاية وحطم الروبوت العامل المفاجئ في آلة التشغيل وقتله على الفور ثم استأنف مهامه دون أن يتدخل أحد في مهمته؛ لسوء الحظ هذا ليس خيالاً علمياً فالسؤال القانوني هو<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Ashworth A, Principles of Criminal Law 4<sup>th</sup> edn, OUP 2003) and Mireille Hildebrandt, Liability and “Smart” Environments in the thesis of



إذا ارتكبت آلة الحكم الذاتي المتقدمة جريمة من تلقاء نفسها، فكيف سيتم التعامل معها في القانون؟ وكيف يمكن إظهار العقل المذنب لغير البشر؟ وكيف يمكن أن يتم في إطار مبادئ القانون الجنائي القائمة؟

ثم هل يمكن القول إن الجريمة قد ارتكبت؟ في الواقع هل الآلة مسؤولة عن مبادئ المسؤولية الجنائية وبالتالي يمكن محاسبتها وذلك عن طريق التخلص منها أو القيام بتحطيمها أو تهشيمها؟

من الضروري صياغة أشكال عقاب قابلة للتطبيق من أجل فرض المسؤولية الجنائية عمليا على الكيانات، فما هي كيان الذكاء الاصطناعي؟

ماكينة SAPIENS آلة تفكير أو آلة تفكير لعدة سنوات، كان هناك جدل كبير حول جوهر هذا الكيان، فأعلن علماء المستقبل ولادة نوع جديد،  
.MACHINA SAPIENS

وتستخدم روبوتات الذكاء الاصطناعي وبرنامج AI في مجموعة واسعة من التطبيقات في الصناعة، وفي الخدمات العسكرية، وفي الخدمات الطبية، وفي العلوم، وحتى في الألعاب، والمتطلبات العامة ذات الصلة لفرض المسؤولية الجنائية السؤال الأساسي للقانون الجنائي هو مسألة القانون الجنائي هو مسألة

---

Matilda Claussen–Karlson, Artificial Intelligenceiminal the External Element of Crime, Orebro University, Sweden, 2017.

المسؤولية الجنائية، أي إذا ما كان الكيان المحدد الإنسان أو الشركة يتحمل المسؤولية الجنائية عن جريمة معينة ارتكبت في نقطة زمنية محددة ومن اجل فرض المسؤولية الجنائية على شخص ما، يجب ان يكون هناك عنصران رئيسيان.

الاول: هو العنصر الخارجي او العنصر الواقعي أي السلوك الاجرامي الفعل الاجرامي؛ بينما الآخر: هو العنصر الداخلي او العقلي أي او المعرفة او القصد العام تجاه عنصر السلوك الاجرامي إذا كان عنصراً واحداً مفقوداً، فلا يمكن أي فرض مسؤولية جنائية فيتم التعبير عن شرط الفعل بشكل اساسي عن طريق الافعال او السهو في بعض الاحيان، ويبدو انه من المتفق عليه بشكل عام على المستوى الاوروبي تغطي القواعد الحالية للمسؤولية الحالات التي يمكن فيها ارجاع سبب فعل الروبوت او اغفاله الى وكيل بشري معين مثل الشركة المصنعة او المالك او المستخدم وان يمكن لهذا الوكيل ان يتنبأ ويتجنب السلوك الضار للروبوت<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Rights and Obligations are used in a general fashion in order to accommodate the scope of this paper. For a more nuanced understanding of rights and obligations, As well as a starting point to consider more accurate descriptions of legal categories that might better fit AI agents, See Wesley N. Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 Yale L.J. 16 16–59.

ومن بين الجوانب المهمة الأخرى، يدعو الخبراء المفوضية الأوروبية، عند إجراء تقييم تأثير صكها التشريعي المستقبلي، لاستكشاف الآثار المترتبة على جميع الحلول القانونية المتعلقة بالكيانات AI الروبوتات، أهمها:

1. إنشاء وضع قانوني محدد للروبوتات، بحيث يمكن إثبات على الأقل أن الروبوتات المستقلة الأكثر تعقيدا لها وضع الأشخاص الإلكترونيين ذوي الحقوق والواجبات.

تطبيق الشخصية الإلكترونية على الحالات التي تتخذ فيها الروبوتات قرارات ذاتية مستقلة أو تتفاعل بطريقة أخرى مع أطراف ثالثة بشكل مستقل.

وذلك كله إذا تم ارتكاب الجريمة دون قصد من المبرمج أو المستخدم لكيان الذكاء الاصطناعي أما إذا كان الشخص الطبيعي علي علم واتجهت ارادته الي برمجته في ان الشخص الطبيعي الذي سخر كيان الذكاء الاصطناعي وبرمجته على ارتكاب مثل هذه الانواع من الجرائم؛ يسأل جنائيا عن افعاله الاجرامية دون النظر الي الغرض التي تهدف اليه الجريمة ولو كان قد ارتكب هذه الافعال بغرض التجربة او اللهو.

والمسؤولية هنا تكون مسؤولية عن الافعال الشخصية يتحملها الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة وتطبق عليه العقوبات المقررة في القانون لهذه الجريمة<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي بالنسبة للشخص الطبيعي و كيانات الذكاء الاصطناعي في الفقه الاسلامي: نجد ان الارادة القصد الجنائي العلم والإرادة هي اساس الركن المعنوي و هو امر باطني لا يطلع عليه احد لكن يعرف عن طريق اداة القتل ووسيلته، وهنا يختلف الفقهاء و ينتج عن هذا الخلاف تقسيم القتل الي عمد وشبة عمد ، فالإمام ابو حنيفة يري إن اداة القتل ما تكون معدة للقتل وهي السلاح او ما يجري مجراه مما يقطع اللحم وينشز العظم فهو عمد، وإلا فهو شبة عمد حتي وان كانت تقتل غالبا كالمثقل من الحجر الكبير والعصا الغليظة.

أما الشافعية والحنابلة: فيرون أن آلة القتل ما تقتل غالباً، لذا كان القتل بالمثقل من الحجر الكبير والعصا الغليظة قتل عمد عندهم، أما شبة العمد ما لا

---

<sup>1</sup> لورا إيسون، المسؤولية الجنائية والذكاء الاصطناعي، 2018، ص12.

يقتل غالباً كالعصا الصغيرة، خلافاً للمالكية الذين يرون مجرد قصد العدوان كافٍ في كون القتل عمداً والا فهو خطأ<sup>1</sup>.

فالقتل شبه العمد في الفقه الإسلامي عند أبي حنيفة و الشافعية والحنابلة يماثل الضرب المفضي الى الموت في القوانين الوضعية، و لكن تعبير الشريعة بالقتل الشبه العمد اذق واصح من تعبير القوانين الوضعية ذلك ان القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح والتغريق والتحريق والخنق وكل ما يدخل تحت القتل العمد اذا انعدمت نية القتل عند الجاني وتوفر قصد الاعتداء، ولفظ القتل يدخل تحته كل ما يؤدي للموت، لكن اذا اتجهت النية للقتل وتوفر قصد الاعتداء في الصور السابقة فهو عمد عند الجمهور خلافا للإمام أبي حنيفة، فاختيار فقهاء الشريعة لهذا اللفظ للدلالة علي هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق؛ لأنها تنتهي جميعا بالموت، اما لفظ الضرب الذي عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد او باداه اخرى فإنه لا يمكن ان يندرج تحته غير ذلك من أنواع الإيذاء أو الاعتداء المختلفة كالتغريق والتحريق والخنق.

---

<sup>1</sup> أبو محمد محمود بن أحمد الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2000، ص63/13؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ، ص328/8.

اما إذا اتجهت الإرادة الي الفعل فقط دون قصد النتيجة فهو الخطأ فالجاني لا يعتمد إتيان الفعل الذي يسبب الموت ولا يقصد موت المجني عليه، كمن حفر بئراً فسقط فيها اخر فمات، وكمن ترك حائطه دون اصلاح فسقط على بعض المارة والأصل في العقاب على القتل الخطأ قوله تعالى:

{ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا }

1 .

وخلاصة القول وبناءً على ما قررته الشريعة الإسلامية على أن: المسؤولية الجنائية محصورة في الاشخاص الطبيعيين دون غيرهم من الحيوانات والجمادات، وإن الإنسان الحي وحده هو محل المسؤولية الجنائية، والجسمال ما هو إلا آلة مسخرة في يد الجاني.

---

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 92.

ويترتب على ذلك: إن المسخر لهذه الوسيلة هو المسئول عن الجرائم المرتكبة، فاذا  
تعمد قتل انسان عن طريق الجسمال؛ فهو يسأل عن جريمة عمدية، اما إذا وقعت  
الجريمة عن طريق الخطأ فتكون المسئولية غير عمدية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط: دار الكتب  
العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1994، ص 103/3-104؛ مشار إليه لدى د/ حسن عبد  
الحكيم، المسئولية الجنائية عن جرائم الجسمال، مرجع سابق، ص 45 وما بعدها.

## المطلب الثاني

### تحديد أطراف المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي

تُعد المسؤولية الجنائية بالنسبة لجرائم الذكاء الاصطناعي معقدة بعض الشيء، فهناك أربعة أطراف ترتبط غالباً بهم المسؤولية الجنائية في هذا النوع من الجرائم وهم: المُصنّع لتقنية الذكاء الاصطناعي - المالك - كيان أو آلة الذكاء الاصطناعي نفسه - طرف خارجي غير هؤلاء الثلاثة، ويجب دراسة كل جريمة بدقة لمعرفة المسئول عن الجريمة المرتكبة.



## الفرع الأول

### المسئولية الجنائية للمبرمج المصنع

عند قيام الذكاء الاصطناعي بارتكاب جريمة قتل فهنا يتم البحث عن الجاني وهنا يتم بداهة البحث عن المصنع حيث تعد المسئولية الجنائية لمصنع الذكاء الاصطناعي أهم ما يُثار عند ارتكاب هذا الأخير لأي سلوك يشكل جريمة طبقاً للقانون، وبالتالي كان بحث المسئولية الجنائية للمصنع ضرورة لتوضيح مدى المسئولية الجنائية، حيث قد يحمي المصنع نفسه من خلال بنود يذكرها في اتفاقية الاستخدام والتي يوقع عليها المالك، وتُحمل المالك وحده المسئولية الجنائية عن الجرائم المرتكبة من خلال هذا الكيان الذي يعمل بالذكاء الاصطناعي، وتُخلى مسئولية المصنع عن أي جريمة تُرتكب من قبله<sup>1</sup>.

بيد إنه يمكن التفرقة بين نوعين من الحالات الواقعية:

الحالة الأولى: هي عندما كان المبرمجون مهملين أثناء برمجة كيان AI ولكن لم يكن لديهم نية إجرامية لارتكاب أي مخالفة.

---

<sup>1</sup> د/ محمد العوضي، مسئولية المنتج عن منتجات الصناعية، مجلة القانون المدني، العدد 1، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، 2014، ص26.

الحالة الثانية: وهي عندما يقوم المبرمجون ببرمجة أو استخدام كيان الذكاء الاصطناعي عن علم وعن قصد من أجل ارتكاب جريمة واحدة عبر كيان الذكاء الاصطناعي.

فعلى سبيل المثال أثناء تنفيذ المهام اليومية قد يقوم الذكاء الاصطناعي بارتكاب جريمة لم يكن المبرمجون أو المستخدمون على علم بالجريمة إلا بعد ارتكابها بالفعل؛ لم يخططوا لارتكاب أي جريمة ولم يشاركوا في أي جزء من ارتكاب تلك الجريمة المحددة؛ وفي مثل هذه الحالات قد يخلق النموذج الثاني استجابة قانونية مناسبة يعتمد هذا النموذج على قدرة المبرمجين أو المستخدمين على توقع ارتكاب المخالفات المحتملة وفقاً لهذا النموذج يمكن مساءلة أي شخص عن جريمة إذا كانت الجريمة نتيجة طبيعية ومحتملة لسلوك هذا الشخص.

ومن أجل ذلك فإنه يتعين عند قيام المُصنّع أو المبرمج بتصنيع الآلة الإلكترونية مراعاة جودة المنتج ولضمان ذلك يجب وضع معايير تحمي من الغش التجاري الذي قد يرتكبه المُصنّع وتضمن حماية كافية للمستهلك حتى يحصل على منتج يتمتع بمعايير كافية من الجودة والأمان؛ وأيضاً من أهم النقاط التي يجب تقنينها للتأكيد عليها وإلزام المُصنّع أو المنتج لها أن يوفر معايير الأمان والسلامة بالإضافة إلى توافرها مع قيم وتقاليد مجتمعنا.

ولذلك يجب وجود ضوابط تحدد مواصفات وشروط المنتج الذي يستخدم تلك التقنيات لأن فتح الباب على مصراعيه بدون ضوابط يحول تلك التكنولوجيا من نعمه على المجتمع إلى نقمه<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ محمد العوضي، مسؤولية المنتج عن منتجات الصناعية، مرج سابق، ص28 وما بعدها.

## الفرع الثاني

### المسؤولية الجنائية لكيان الذكاء الاصطناعي نفسه

نظراً للتطور الهائل الذي يحدث كل يوم للذكاء الاصطناعي فهل يُعد الذكاء الاصطناعي طرفاً في المسؤولية الجنائية في حالة إتيانه أي فعل من شأنه الإضرار بالأشخاص الطبيعيين أو الاعتبارية؟

في الواقع هناك نتيجتان محتملتان إذا تصرف كيان الذكاء الاصطناعي كعامل برئ دون معرفة أي شيء عن الحظر الإجرامي، فإنه لا يُحاسب جنائياً على الجريمة التي ارتكبها في ظل هذه الظروف<sup>1</sup>.

ومن أجل فرض المسؤولية الجنائية على أي نوع من كيانات الذكاء الاصطناعي يجب إثبات وجود هذه العناصر في الكيان المحدد، عندما ثبت أن شخصاً ارتكب الجريمة المعنية مع العلم أو القصد فإن هذا الشخص يتحمل المسؤولية الجنائية عن هذا الهجوم.

---

<sup>1</sup> د/ أحمد إبراهيم محمد، المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2020، ص87 وما بعدها.

Dr. Adrien Bonnet, La Responsabilité dufait de l'intelligence Master de Droit privé general divigé paryves lequtte Université: PANTHÉON-ASSAS, P.37, 2015.

إذا كانت كيانات الذكاء الاصطناعي هي: كيف يمكن لهذه الكيانات الوفاء بمتطلبات المسؤولية الجنائية؟ فهل تختلف كيانات الذكاء الاصطناعي عن البشر في هذا السياق؟ إذا كان كيان الذكاء الاصطناعي قادراً على تلبية متطلبات كل من العنصر الخارجي والعنصر الداخلي، وفي الواقع فهي تفي بها في الواقع وليس هناك ما يمنع من فرض المسؤولية الجنائية على كيان الذكاء الاصطناعي هذا إذا كان الشخص يفي بمتطلبات كل من العنصر الخارجي والعنصر الداخلي لجريمة معينة فإن الشخص يتحمل المسؤولية الجنائية<sup>1</sup>.

فلكي يكون الذكاء الاصطناعي مسئولاً جنائياً يجب معاملة كيانات الذكاء الاصطناعي كأشخاص اعتبارين تماماً مثل الشركات كأشخاص اعتبارين بموجب القانون، بالطبع كان المنطق الأولى وراء منح الشخصية الاعتبارية للشركات هو الترويج للنشاط التجاري وإزالة مسؤولية الشركات من المسؤولية الفردية؛ ومن نفس المنطلق ينبغي منح الذكاء الاصطناعي الحريات الدستورية الأساسية بما يتماشى مع تلك الممنوحة للشركات؛ والهدف الأساسي وراء ذلك هو إنه مع تطور الذكاء

---

<sup>1</sup> – Gonenc Gurkaynak, Ilay Yilmaz, Gunes Haksever, N.2, 36 IBID 37  
IBID 38 Gabriel Hallevy, N.8 P.177.

– Maxim Dobrinou: The influence of Artificial intelligence on Criminal liability, 2018, P. 43.

الاصطناعي وبدء التفكير فإن المسؤولية المدنية والجنائية الناشئة عن أفعالهم لن تعزي فقط إلى المبرمج أو المالك.

على سبيل المثال قضية الطيار الآلي على أساس تقنية الذكاء الاصطناعي، ماذا لو قام مطور طائرة حربية بعمل برنامج طيار آلي يقوم بإزالة أي عقبات في مهمته وفي إحدى المهام يقوم طيار الطائرة بإبطال المهمة بسبب سوء الأحوال الجوية ولكن الطيار الآلي يعترف بالطيار باعتباره عقبة ويخرج الطيار خارج المقصورة التي تقتل الطيار؛ الآن لم يكن لدى الطيار أي نية لقتل الطيار ولكن القوانين الحالية تعتبرهم مسئولين، سيكون الخيار الصحيح هو فرض المسؤولية الجنائية على الطيار الآلي وتصحيح خوارزميات برامجه؛ وهذا لا ينقذ فقط مطوري الذكاء الاصطناعي والمالكين من المسؤولية الجنائية عن الأفعال التي لم يقصدوها أبداً ولكنه يحظر معنويات المطورين من جلب المزيد من الابتكارات.

ومع ذلك يمكن لمرتكب الجريمة أن يلجأ بسهولة إلى كائنات الذكاء الاصطناعي واستخدام الشخصية القانونية لكيان الذكاء الاصطناعي كامتياز قانوني لارتكاب الجرائم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> محمد شلال العاني، المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري دراسة مقارنة، مجلة القانون المغربي، العدد 35، دار السلام للطباعة والنشر، 2017، ص99 وما بعدها.

لا يتصور تطبيق القانون الجنائي على غير البشر وبالتالي لا نستطيع طبقاً للقوانين الحالية توقيع جزاء جنائي على كيانات الذكاء الاصطناعي وما قد يحدث عملياً هو أن يأمر القاضي بمصادرة هذه الألة التي تعمل بالذكاء الاصطناعي والتي حدثت الجريمة عن طريقها وقد يأمر بتدميرها<sup>1</sup>.

هناك افتراضات في حالة ارتكاب الذكاء الاصطناعي للجريمة بنفسه وهي:

(1) مشاركة طرف آخر للذكاء الاصطناعي في ارتكاب الجريمة وبالتالي يعد شريكاً في الجريمة مع الذكاء الاصطناعي رغم إنه حالياً سوف يتحمل المسؤولية الجنائية كاملة عن ارتكاب الجريمة ولكن مستقبلاً بعد إقرار مسؤولية الذكاء الاصطناعي سوف تكون المسؤولية مشتركة ومثال ذلك قيام شخص بإلغاء الحدود التي وضعها المصنع للذكاء الاصطناعي مما يجعله غير متصل بالمصنع ويعطيه الحرية الكاملة في تصرفاته بدون القيود التي وضعت في نظامه تمنعه من ارتكاب الجرائم ومثال واقعي حالياً على ذلك قيام مستخدمي الهواتف الذكية بعمل Root

---

<sup>1</sup> – Dr. Adrien Bonnet, La Responsabilité dufait de l'intelligence Master de Droit privé general divigé paryves lequtte Université: PANTHÉON-ASSAS, P.37, 2015.

– Gonenc Gurkaynak, Ilay Yilmaz, Gunes Haksever, N.2, 36 IBID 37  
IBID 38 Gabriel Hallevy, N.8 P.177.

– Maxim Dobrinou: The influence of Artificial intelligence on Criminal liability, 2018, P. 43.

للهااتف<sup>1</sup> مما يفتح المجال لبعض التطبيقات بالتحكم في الهاتف وإعطائه أوامر قد تصل إلى أمر الهاتف بتدمير نفسه برمجياً.

(2) ارتكاب الجريمة من قبل الذكاء الاصطناعي بنفسه بدون خطأ برمجي من المُصنع أو تدخل أي طرف وذلك عن طريق تقنيات حديثة.

أما في مصر فإن قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 والمعدل بالقانون رقم 95 لسنة 2003 لم يوقع أي عقوبة جنائية إلا على الأشخاص الطبيعيين سواء كانت العقوبة الإعدام أو السجن أو الحبس سواء كانت الجرائم المرتكبة قتل أو سرقة أو ضرب أو إتلاف أو غيرها.

ولقد تقرر أن الإنسان فقط هو محور المسؤولية ومحلها ولا تقوم المسؤولية إلا من شخص طبيعي وليس هناك مجالاً لمساءلة الجمادات أو الحيوانات فالإنسان الحي هو وحدة محل المسؤولية الجنائية كما أنه هو المقصود الأول بحماية

---

<sup>1</sup> عملية برمجية تتم في نظام الأندرويد لفتح المجال لبعض التطبيقات التي تحتاج إلى صلاحية الروت للوصول إلى جذر نظام التشغيل المبني على نواة لينكس بشكل أعمق لتستطيع التغيير أو التعديل.

Dr. Thomas Leemans, La Responsabilité Extracontractuelle de l'intelligence Artificielle, P.58, 2017.



النصوص العقابية<sup>1</sup>؛ حتى تلك التي تستهدف حياة الصالح العام لأنها تحمي في النهاية أفراد المجتمع من الأخطار التي قد تضر بهم والقاعدة في التشريعات الجنائية الحديثة أن الإنسان لا يسأل بصفته فاعلاً أو شريكاً إلا عما يكون لنشاطه دخل في وقوعه من الأعمال التي نص القانون على تجريمها سواء كان بالفعل أو الامتناع عن الفعل الذي يجرمه القانون.

فالقواعد الجنائية تخاطب الإنسان باعتبارها تحكم تصرفاته داخل المجتمع المحيط به وعليه يكفي أن تثبت صفة الشخص الطبيعي أو صفة الإنسان لكي يدخل في نطاق القاعدة الجنائية فأصبح الإنسان الحي وحده هو محل المسؤولية الجنائية وأصبحت العقوبة شخصية لا تصيب إلا من أجرم ولا تتعداه إلى غيره ورفعت المسؤولية عن الأطفال الذين لم يميزوا ووضعت عقوبات بسيطة للأطفال المميزين وارتفعت المسؤولية عن المكره وفاقد الإدراك وأصبح من المبادئ الأساسية في القوانين أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وأن لا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين؛ وقيدت حرية القضاة في اختيار العقوبة وتقديرها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم العام، ط2014، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ص29 وما بعدها.

<sup>2</sup> د/ سعيد عبد اللطيف حسن، الحماية الجنائية للسرية المصرفية دراسة مقارنة).

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها<sup>1</sup> بخصوص الشخص الطبيعي حيث نصت على لا يسأل جنائياً الشخص الذي يعاني وقت ارتكاب الجريمة من اضطراب نفسي أو عقلي أفقده الإدراك أو الاختيار ويظل مسئولاً جنائياً الشخص الذي يعاني وقت ارتكاب الجريمة من اضطراب نفسي أو عقلي أدى إلى إنقاص إدراكه أو اختياره؛ وتأخذ المحكمة في اعتبارها هذا الطرف عند تحديد مدة العقوبة؛ وبتطبيق ذلك على كيانات الذكاء الاصطناعي نجد أننا في حاجة إلى تحديد مدى توافر العلم والإدراك لدى تلك الكيانات لما يترتب على ذلك من اختلاف في مقدار المسؤولية الجنائية<sup>2</sup>.

### رأي الباحث

من وجهة نظري المتواضعة أرى إنه يتعين سن تشريع فوري يتناسب مع المتغيرات الحالية والمستجدات الإقليمية والعالمية حيث إنه بحلول عام 2030

---

<sup>1</sup> الطعن رقم 5086 لسنة 81، جلسة 10 أكتوبر 2012، ص 63، ص 491، ق 83

Dr. Adrien Bonnet, La Responsabilité dufait de l'intelligence artificielle, Master de Droit privé general Dirigé par yves lequette, Université: PANTHÉON-ASSAS, P.39, 2015.

الطعن رقم 5086 لسنة 81 جلسة 10/10/2012 ص 63 ص 491 ق 83، محكمة النقض المصرية

[https://www.cc.gov.eg/coutrs/cassation\\_court/all/cassatio\\_court\\_all\\_cases.aspx](https://www.cc.gov.eg/coutrs/cassation_court/all/cassatio_court_all_cases.aspx)

ستصبح كيانات الذكاء الاصطناعي لا غنى عن وجودها وستصبح موجودة في كل مناحي الحياة في الدولة؛ كما أن قانون العقوبات المصري يتعين عليه مسايرة العصر التكنولوجي الذي نعيش به.

وبناءً على ما سبق فالذكاء الاصطناعي وفقاً للمبادئ السابقة هو لا يُعد محلاً للمسئولية الجنائية وينسب إليه الأفعال الضارة كما ينسب إلى الإنسان الأفعال المجرمة ويمكن توقيع الجزاءات عليه وذلك بنبذ خارج البلاد بعد تحطيمه وتهشيمه ومساءلة صاحب الآلة وأهله وذويه بل مساءلة من لا ذنب له كأصدقاء صاحب الآلة دون تحديد عقوبة معينة أو مقدار معين حتى وإن لم يكن أحد قد عوقب بمثل هذه العقوبة من قبل؛ بل أن صاحب كيانات الذكاء الاصطناعي قد يُسأل عن الجريمة مع الآلة وإن لم يكن يعلم بوقوع الجريمة من قبل الذكاء الاصطناعي كأن يكون مبرمجاً بأوامر معينة وتنفيذ مهام محددة ثم على إثره يرتكب جريمة معينة دون علم صاحبها فكانت الصلة بين الجنائية والجاني مادية بحته دون النظر إلى أهلية الجاني وغيره من المتصلين به من أهله وذويه أو بين الجنائية وبين الجاني إذا كان المتسبب فيها من شخص آخر كما هو الحال في كيانات الذكاء الاصطناعي ويكون للمجني عليه الحق في إقامة دعوى على الذكاء الاصطناعي وصاحبة أمام القضاء وفي حالة ثبوت الجريمة عليه يجب تحطيمه قصاصاً منه وإلقاء رفاته خارج البلاد شريطة أن تتمتع كيانات الذكاء الاصطناعي بالشخصية المعنوية الاعتبارية.

## الفرع الثالث

### المسئولية الجنائية للمالك

يعتبر المالك أو المستخدم هو الشخص الذي يملك تقنيات الذكاء الاصطناعي ولذلك من المتوقع أن يقوم بإساءة استخدام ذلك البرنامج مما يترتب عليه حدوث جريمة معينة يعاقب عليها القانون؛ هنا أمام احتمالات وهي:

أولاً: حدوث الجريمة نتيجة سلوك المالك بالاشتراك مع أحد الأطراف الأخرى كالمُصنع أو تقنية الذكاء الاصطناعي نفسها أو أي طرف خارجي؛ مثال ذلك قيام مالك سيارة بتغيير أوامر التشغيل الموجودة في السيارة ذاتية القيادة بمساعدة متخصص في هذا الموضوع من أجل استغلالها في ارتكاب جريمة ونفي المسئولية الجنائية عن شخصه وإصاقها بالسيارة ومُصنعها، ففي تلك الحالة تكون المسئولية الجنائية مشتركة حيث حدد قانون العقوبات المصري تلك الأفعال في المادة 40 من قانون العقوبات المصري<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 40 على "يُعد شريكاً في الجريمة: أولاً كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناءً على هذا؛ ثانياً من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناءً على هذا الاتفاق؛ ثالثاً من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلة أو أي شيء آخر استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكاب الجريمة"

إن المادة 40 من قانون العقوبات والتي تجعل التحريض هو أحد وسائل الاشتراك في الجريمة بحيث يعد المُحرّض شريكاً لا تنطبق على حالة الفاعل المعنوي وذلك لأن التحريض معناه أن يخلق المُحرّض لدى الشخص الذي يحرضه فكرة التصميم والعزم والإقدام على ارتكاب الجريمة، وهذا لا يتوافر ولا يتحقق إذا كان الشخص الذي سيقوم بالتنفيذ غير أهل للمسئولية كالصغير أو المجنون أو كان القصد الجنائي لديه منتفي لحسن نيته أو آلة مسخرة ككيانات الذكاء الاصطناعي لا إرادة فيها ولا اختيار لأن كلاً منهم لا يدرك ماهية الفعل الذي سيقدم عليه وعلى ذلك فلا يمكن أن يعد من دفعهم لارتكاب هذه الجرائم محرّضاً وفقاً للمادة 40 ويعد بذلك شريكاً وإنما هو فاعل أصلي وما هؤلاء الأشخاص إلا أداة مسخرة في يده لتنفيذ مبتغاه<sup>1</sup>؛ وهذا ما أكدته المحكمة الفيدرالية العليا الألمانية في أحد أحكامها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص387 وما بعدها؛ د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص681.

<sup>2</sup> حيث قررت محكمة العدل الفيدرالية إنه في حاله ارتكاب الروبوتات أي جُرم فإنها تُعد شخص غير مسئول جنائياً عن أفعالها ومثلها مثل الصغير أو المجنون وبالتالي فإن المسئولية تقع على الممثل القانوني لها على الرغم من تمتعها بالقدرة العالية للذكاء؛ أنظر في ذلك:

– Sabine Cless, Emily Silverman, Thomas Weigend: New Criminal Law Review. Robots, Self-driving Cars, Criminal Responsibility Negligence, 2016, P.123.

ثانياً: حدوث الجريمة نتيجة سلوك المالك أو المستخدم وحده؛ فلو لا السلوك الذي ارتكبه ما حدثت الجريمة، فتقع هناك المسؤولية الجنائية كاملة عليه؛ مثال ذلك تعطيل المالك أو المستخدم التحكم الآلي في السيارات ذاتية القيادة والإبقاء على التوجيهات الصوتية التي تصدر من برنامج الذكاء الاصطناعي وبالتالي يكون هو وحدة التحكم في السيارة فإذا صدر له تنبيه من البرنامج بأمر معين لتجنب حادثة ولم ينفذ هذا الأمر فتقع المسؤولية الجنائية عليه وحده ويكون أيضاً مسؤولاً مسؤولية مدنية<sup>1</sup>.

وبناءً عليه فإن المالك وحده هو الذي يحاسب عن جميع أفعال الإجرامية وذلك اتوافر جميع أركان المسؤولية الجنائية في حقة.

تعتبر المسؤولية هي الأساس القانوني التي يبنى عليها توجيه الاتهام بالجريمة إلى شخص معين فردي أو قانوني؛ لذلك لا بد أن يكون هناك عناصر معينة تقوم عليها كوجود نص قانوني يصور الجريمة أو ارتكاب فعل أو عدة أفعال مادية والحالة العقلية بأن تقع من شخص مكلف وقيام الركن المعنوي اللازم

---

<sup>1</sup> Thomas Leemans, La Responsabilité Extracontractuelle de l'intelligence Artificielle, P.64, 2017.

د/ يحيى دهشان، المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي، مرجع سابق، ص37.  
د/ أحمد إبراهيم محمد، المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي، مرجع سابق، ص64 وما بعدها.

لارتكاب جريمة والعقاب عليها في الغالبية العظمة من الأنظمة الإجرامية ويعد من أهم عناصر الجريمة العنصر الذهني الذي يدفع الشخص لارتكاب الجريمة.

كما يعلم جميع الممارسين للقانون فإن هذا العقل المذنب للجاني يتكون من ثلاثة أشكال مختلفة:

(1) القصد بفئاته الفرعية: النية المباشرة - عندما يتنبأ الشخص بنتيجة أفعاله ويتابع تلك النتيجة، القصد المائل - عندما يتنبأ الشخص بنتيجة أفعاله بينما لا يسعى لتحقيق تلك النتيجة إلا أنه يقب حدوثها.

(2) الذنب بفئاته الفرعية: التهور - عندما يتوقع الشخص نتيجة معينة قد تحدث وأفعال أخرى دون مراعاة ما إذا كانت تلك النتيجة تحدث أم لا، الإهمال الإجرامي - عندما لا يتوقع الشخص نتيجة أفعاله بينما كان بإمكانه أو يجب أن يتوقعها، والقصد الصريح من منظور التشريع الروماني فإن الذنب أو المسؤولية الأخلاقية تورط الشخص الذي يرتكب جريمة هي عملية ذاتية تتكون من عاملين هما الوعي والإرادة؛ ففيما يتعلق بالوعي نجد أن الجاني لديه تمثيل أفعاله والظروف التي يتصرف فيها والعلاقة السببية بين عمل الجاني التقاعس والنتيجة وفي ذهنه تأتي فكرة ارتكاب الجريمة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - V. Dobrinoiu and Colab, Universid Juridic, 2016, P.134.

وبناءً على ذلك فإن المالك يكون مسئولاً مسئولية مطلقة وفيها يتم تحمل الجاني المسئولية الجنائية دون حاجة لإثبات وجود أخطاء من قبل الجناة؛ فالشركات مسئولة عن المسئولية الجنائية عن الجرائم التي لا تكون مطلوبة للرجال الجرمية للمسئولية على أساس مبدأ المسئولية الصارمة<sup>1</sup> ومبدأ المسئولية بالإنبابة، فعلى سبيل المثال ووفقاً لهذا المبدأ إذا تصرف وكيل أو عامل في الشركة ضمن نطاق عمله وبقصد الحصول على فائدة غير قانونية للشركة فهو يعد مرتكب لجريمة، كما يمكن أن تتحمل الشركة مسئوليته الجنائية لأن الشركة مسئولة بالإنبابة عن أفعال موظفيها أو وكلائها في الحالات العادية للمسئولية بالإنبابة، ولا يهم ما إذا كانت الشركة تحقق مكاسب فعلية أو لا أو ما إذا كانت الشركة قد حظرت النشاط أو لا، من الصعب للغاية التأكد مما إذا كان يمكن تطبيق المسئولية بالإنبابة في كل حالة.

---

– La Responsabilité Criminelle et l'intelligence artificielle: Quelques pistes de Reflexion, 2018. P.181.

<sup>1</sup> Dr. Adrien Bonnet, La Responsabilité dufait de l'intelligence artificielle, Master de Droit privé general Dirigé par yves lequette, Université: PANTHÉON-ASSAS, P.63, 2015.



الأسباب التي تدعم المسؤولية بالإنابة هي في الغالب أمرها ليس باليسير فلا تتم إلا بعد اجتياز جميع المشاكل التي لها علاقة بالمذاهب الأخرى مثل العثور على أشخاص مهمين جداً في شركة ارتكبت جريمة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> أما فقه القانون العام فقد انقسم على نفسه حول هذه النظرية بين مؤيد ومعارض؛ والمؤيد بين موسع ومضيق ومحدد لنطاق تطبيقها، ينظر في ذلك عبد الباسط محمود الجليلي، نظرية المخاطر في القانون الإداري، مجلة القسطاس، العدد 9، الجزائر. 1999، ص83.

## الفرع الرابع

### المسؤولية الجنائية للطرف الخارجي

قد يكون المسئول الجنائي شخص آخر غير المالك أو المصنع أو حتى كيان الذكاء الاصطناعي وتحدث هذه الحالة عند قيام طرف خارجي بالدخول على نظام الذكاء الاصطناعي عن طريق الاختراق أو بأية طريقة كانت والسيطرة عليه واستغلاله في ارتكاب الجريمة وفي هذه الحالة نعرض افتراضين قد يحدثان وهما:

أولاً: قيام الطرف الخارجي باستغلال ثغرة في الذكاء الاصطناعي بدون المساعدة أو الإهمال من المالك أو المصنع، فتقع المسؤولية الجنائية كاملة على هذا الطرف الخارجي، مثال ذلك اختراق الطرف الخارجي للسحابة الإلكترونية<sup>1</sup> التي يتم تخزين وإرسال الأمور من خلالها لتقنية الذكاء الاصطناعي وقيامه بإصدار أوامر للذكاء الاصطناعي على ارتكاب جريمة معينة كإعطاء أمر برمجي بالاعتداء على أشخاص يحملون صفات معينة.

ثانياً: قيام الطرف الخارجي باستغلال ثغرة في الذكاء الاصطناعي لارتكاب جريمته وكانت هذه الثغرة نتيجة إهمال من المالك أو من المصنع لهذه التقنية،

---

<sup>1</sup> - د/ يحيى دهشان، المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي، مرجع سابق، ص41.

- La Responsabilité Criminelle et l'intelligence artificielle: Quelques pistes de Reflexion, 2018. P.181.

فتكون المسؤولية الجنائية هنا مشتركة بين الطرف الخارجي وهذا الشخص الذي وقع منه الإهمال المتسبب في استغلال هذه الثغرة، مثال ذلك إعطاء الذكاء الاصطناعي أكواد الدخول على نظام التحكم في تقنية الذكاء الاصطناعي لهذا الطرف الخارجي مما سهل عليه إصدار أوامر للذكاء الاصطناعي<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ يحيى دهشان، المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي، مرجع سابق، ص42.

### المبحث الثالث

## أساس المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الذكاء الاصطناعي في القوانين الجنائية والشريعة الإسلامية

### تمهيد وتقسيم

سنتناول في هذا المبحث ما هو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية التي ترتكب بواسطة كيانات الذكاء الاصطناعي حيث اختلف فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية أيضاً، فانقسمت الآراء لمذهبين المذهب الأول وهو المذهب التقليدي ومبدأه حرية الاختيار والمذهب الثاني وهو الوضعي ومبدأه الجبرية؛ وسنتناول ذلك في مطلبين.

المطلب الأول: أساس المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تُرتكب بواسطة كيانات الذكاء الاصطناعي في القوانين الجنائية.

المطلب الثاني: أساس المسؤولية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة كيانات الذكاء الاصطناعي في الشريعة الإسلامية.

وذلك على النحو التالي.

## المطلب الأول

أساس المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تُرتكب بواسطة كيانات  
الذكاء الاصطناعي في القوانين الجنائية

### تمهيد وتقسيم

اختلف الفقه القانوني وتفرعوا إلى قسمين؛ الأول وهو المذهب التقليدي ومبدأه يقوم على أساس حرية الاختيار أما الثاني وهو يقوم على أساس الإجبار، وعلى ذلك سنقسم المطلب لفرعين على النحو التالي.

## الفرع الأول

### مذهب حرية الاختيار

يُطلق على هذا المذهب أيضاً المذهب التقليدي وقد اختلف الفقه في تحديد أساس المسؤولية الجنائية بحسب المدارس العقابية المتبعة فعند اتباع المدرسة التقليدية فإن المسؤولية الجنائية تقوم على وجود الإرادة المعتبرة قانوناً، والتي لا تكون كذلك إلا إذا صدرت عن إنسان يتمتع بالإدراك والتمييز، وغير مكره على إتيان الفعل أو الترك ويترتب على ذلك أساس المسؤولية الجنائية عندهم هو الخطأ والمسؤولية حينئذ تكون أخلاقية وأدبية على اعتبار أن الإنسان ما دام قادر على الاختيار بين الخير والشر فإن هو اختار الطريق الأخير طريق الجريمة وهو حر مميز مدرك فقد أخطأ وقامت بالتالي مسؤوليته الأخلاقية وبالتبعية الجنائية.

وأن يكون حر الاختيار إلى المدى الذي لا ينفيه سوى الإكراه أو الاضطرار فالإنسان مخير وليس مسير ولذا فأمامه طريقان أما طريق الخير أو طريق الشر فلو انزلق ناحية الشر وجب مساءلته وتوقيع الجزاء عليه لأنه لجأ إلى هذا الطريق مختاراً ولا يصح أن يُسأل جنائياً إلا من يتمتع بالإدراك والاختيار، والإنسان وحده هو الذي تتوفر فيه هاتان الصفتان وهو الذي بعد سن معينه يستطيع أن يميز بين الخير والشر ويختار بينهما فتوجه الأوامر والنواهي وهذا يدفعه لأن يختار الطريق القويم بعيداً عن الاعوجاج ويشجعه على التغلب على

الشر الكامن بداخله<sup>1</sup>؛ لأن القول بغير ذلك سيجعله ينساق خلف شهواته وملذاته بدافع أنه مجبر على الأفعال لا مختار وانتقاء الاختيار سيترتب عليه انتقاء المسؤولية<sup>2</sup>.

ولما كان إيمان الناس بحرية الاختيار حقيقة واقعية لا يمكن إغفالها تبلورت هذه الحقيقة لتصبح اجتماعية قانونية، وإن لم تكن ظاهرة علمية، وهذا يكفي لاعتبارها أساساً تقوم عليه المسؤولية.

فحرية الإرادة ليست وهماً بل هي حقيقة علمية قائمة على الملاحظة والمشاهدة، هذه الملاحظة والمشاهدة تثبت لنا أن الإنسان حر في أن يقوم أو أن يجلس أو أن يسير حيث يشاء وأن يقول ما يشاء، بل إن أنصار مذهب الجبرية يعترفون بأن الإنسان لديه إرادة ولكنه مجبر وهذا من التناقض الواضح؛ فكيف نثبت أن للإنسان إرادة ثم نجزم بأنه غير مرید لأفعاله، فالعقل يقول بأن التسليم

---

<sup>1</sup> د/ محمود نجيب حسن، قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، ط: 2016، صاً 525 وما بعدها.

د/ عوض محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 420 وما بعدها.

<sup>2</sup> د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

د/ محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، ط: دار النهضة العربية، 2002، ص 33.

بوجود إرادة للفرد يستلزم التسليم بحرية هذه الإرادة؛ لأن الحرية من لوازم الإرادة والتسليم بالشيء تسليم بلازمة.

ومن الشواهد التي تؤكد ذلك أنه عندما يخطئ الشخص يشعر بتأنيب داخلي الضمير وهذا دليل قوي على أنه أدرك بفطرته أنه سلك طريق الاعوجاج والانحراف، وما كان ينبغي له أن يسلك هذا الطريق بل إنه كان قادراً على أن يسلك طريقاً أفضل وأقوم فضلاً عن ذلك فإن إنكار حرية الاختيار تجعل الفرد غير مخاطب بأي أحكام أو أي قوانين لأن كل القوانين تأمر وتنهى ولا يستقيم بأن يكون الفرد مجبراً على أفعاله ونحمله عواقب مخالفة هذه القوانين<sup>1</sup>.

وبناءً على ما تقدم ووفقاً للمدرسة التقليدية فإن كيان الذكاء الاصطناعي إذا ارتكب جريمة فإن تلك المدرسة تذهب إلى تقرير المسؤولية الجنائية وحصرها في الأشخاص الطبيعيين دون غيرهم من الحيوانات والجمادات وأن الإنسان الحي وحده هو محل المسؤولية الجنائية، وأصبحت العقوبة شخصية لا تصيب إلا من أجرم ولا تتعداه إلى غيره، إذن لا مجال لمساءلة كيان الذكاء الاصطناعي؛ حيث إنه من الجمادات التي لا تعقل ولا تميز فهو عبارة عن آلة مبرمجة وفق تعليمات معينة تقوم بأداء مهام محددة دون أي إدراك أو تمييز، فليس هناك هدف أو غرض

---

<sup>1</sup> د/ محمود نجيب حسن، قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، ط:2016، صأ525 وما بعدها.

د/ عوض محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص420 وما بعدها.



من معاقبة كيان الذكاء الاصطناعي حيث إن العقوبة عبارة عن جزاء جنائي والجزاء الجنائي متمثل في إيلام من تقع عليه العقوبة عن طريق المساس بحق من حقوقه كحقة في الحياة أو حقة في الحرية فيمكن أن توقع عقوبة الإعدام والتي تحرم الشخص من الحياة أو عقوبة السجن أو الحبس والتي تحرم الشخص من حريته أو تمس أمواله كالغرامة أو حرمانه من تولي بعض المناصب كحق الترشح في المجالس النيابية وإن كان الألم ليس مقصوداً لذاته بقدر تحقيق الغرض الاجتماعي وكل هذا لا يتناسب مع كيان الذكاء الاصطناعي؛ حيث إنه من الجمادات وعقابه لا يحقق أغراض العقوبة فما الفائدة من تحطيمه وتهشيمه ونفيه خارج البلاد كما كانت الجمادات قديماً يتم عقابها بهذه الكيفية فلا يتحقق ردع عام أو خاص وهما من أبرز وأهم أغراض العقوبة في الفقه الجنائي الحديث<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص18 وما بعدها.

## الفرع الثاني مذهب الجبرية

مذهب الجبرية أو ما يطلق عليه المذهب الوضعي؛ فقد أنكروا دور الإرادة في قيام الجريمة، واعتبروا الجريمة مسلمة من مسلماتهم، فقد صرحت نظريتهم على أن الشخص مساق إلى الجريمة سقواً بسبب عوامل أو ظروف إما أن تكون عائدة إليه عوامل خلقية أو أن المجتمع هو الذي فرضها عليه فرضاً ظروف بيئية.

ويضيف أنصار ذلك الرأي أن الإنسان مجبر في أفعاله غير مختار وتتكرروا لمبدأ الحرية واعتبروه مجرد وهم وشطحات فلسفية، فالسلوك الإجرامي محتوم والجريمة قدر، وأن المجرم لا يأتي الجريمة مختاراً، وإنما يحكم سلوكه قواعد السببية التي تحيط بجميع الظاهر الكونية<sup>1</sup>، فكل حدث خارجي يرتبط دائماً بعوامل سابقة عليه، فكل الظواهر الموجودة في الكون لها أسبابها اللازمة التي تحكمها، والتي بدونها لا تتحقق هذه الظاهرة، وكذلك الفرد لا يأتي الجريمة حراً مختاراً وإنما يأتيها مدفوعاً إليها بعوامل لا قبل له بها ترجع إلى التكوين النفسي والعضوي للفرد والبيئة والتعليم.

---

<sup>1</sup> د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص18 وما بعدها.

وإذا كان الجاني لا خيار له في ارتكاب الجريمة فقد امتنع عقابه طبقاً للمذهب التقليدي، ولكن يمكن عقابه بناءً على المسؤولية الاجتماعية إذا اعتبرت العقوبة وسيلة من وسائل الدفاع عن الجماعة وحمايتها؛ لأن الجاني بفعله كشف عما يكمن بداخله من خطورة إجرامية تنذر بوقوع جرائم أخرى في المستقبل، هذه الخطورة تفرض على المجتمع أن يواجهها ويدراً بها عن نفسه بأن يتخذ قبل الجاني من التدابير ما يستأصلها<sup>1</sup>.

وعلى أساس هذا المذهب يعاقب الإنسان سواء كان مختاراً أم غير مختار، مدركاً أم غير مدرك، عاقلاً أم مجنون؛ لأن المسؤولية لم تعد قائمة على الحرية والاختيار وإنما أصبحت قائمة على الخطورة الإجرامية، فالعقوبة التي تصيب كل جان تختلف باختلاف سنه وعقليته<sup>2</sup>.

والقائلون بمذهب الحرية إنما جهلوا الأسباب الحقيقية للجريمة، ولم يجدوا مخرجاً من هذه المشكلة إلا أن ينسبونها إلى حرية الاختيار، وما قدمه أنصار هذا المذهب من حجج لا قيمة لها وليس لها تفسير علمي صحيح، فكل ظاهرة في الكون لها تفسير والإنسان خاضع لهذا التفسير وهذه القوانين وعدم إخضاعها

---

<sup>1</sup> د/ محمود نجيب حسني، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص524 وما بعدها.

<sup>2</sup> د/ أحمد صفوت، المرجع السابق، ص156-157، د/ عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص418-419، د/ علي عبد القادر القهوجي - د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص18-

للتفسير العلمي الصحيح دليل على التحكم بلا سبب واضح، والقول بالجبرية يكفل للبحث العلمي البحث عن أسباب الجريمة ووضع الحلول المناسبة لها أما نسبتها إلى حرية الاختيار فمعناه تجاهل بعض هذه الأسباب.

وعلى ذلك فإنه وفقاً للمذهب الوضعي فإذا ارتكب الكيان الاصطناعي جريمة فإنه يتم العقاب عليها سواء كانت قتل أو سرقة أو ضرب أو عاهة وغيرها، حيث إنه لا فرق بينهم بين المدرك وغير المدرك الإنسان أو الآلة حيث أن مناط المسؤولية عندهم قائمة على الخطورة الإجرامية؛ أما المبدأ في القوانين الجنائية المقارنة هو إقامته المسؤولية الجنائية على أساس أخلاقي أي على الخطأ، بحيث نجدها تشترط للمساءلة الجنائية أن يكون الإنسان مميزاً ومدركاً للأفعال والترك التي يقوم بها وأن يكون كذلك كامل الإرادة أي مختاراً لها غير مكره أو مجبر على إتيانها، أما إذا فقد الإنسان إدراكه أو كان غير مميز أو انتفت إرادته امتنعت مساءلته الجنائية كليه أما إذا نقص عنده الإدراك أو التمييز فإن مسؤوليته الجنائية لا تنتفي كلياً وإنما تخفف بنسبة النقص الحاصل له في إدراكه أو تمييزه أو إرادته.

تقوم المسؤولية الجنائية في القانون المصري على الأساس التقليدي وهو حرية الإرادة ومناطق هذه الحرية الإدراك والاختيار فإذا توفر هذان الشرطان لدى الإنسان يكون مسؤولاً جنائياً عن الأفعال التي يقترفها وتعين عقابه عما يقع من أفعال مجرمة، أما إذا ارتكب كيان الذكاء الاصطناعي نفسه جريمة من الجرائم

المعاقب عليها في قانون العقوبات فإنه لا يسأل عنها حيث أن قانون العقوبات المصري لا يعاقب إلا الأشخاص الطبيعيين<sup>1</sup>.

## رأي الباحث

ومن وجهة نظري أرى أن مذهب حرية الاختيار أو حرية الإرادة هي الأولى بالقبول والأقرب إلى المنطق؛ لأن خير أساس تُبنى عليه المسؤولية الجنائية للفرد هو حرية الاختيار فكيف للإنسان أن يأتي بفعل وهو مجبر عليه ثم نطالب بتوقيع الجزاء عليه، وبعيداً عن فلسفة العقوبة التي نادى بها أنصار مذهب الجبرية والتي قامت على الخطورة الإجرامية فحرية الفرد لا يصادم الواقع العملي ويتفق مع المفاهيم الاجتماعية السائدة وهي من أقوى الأسباب التي تحكم المشرع عندما يضع قاعدة وكذلك المفسر عندما يقوم بتفسيرها؛ ولكنني اختلف معهم في شيء ألا وهو بالنسبة للكيان الاصطناعي وارتكابه لأحدى الجرائم المعاقب ليها في القانون، فإنه يمكن محاسبته عما اقترف من جريمة وذلك إذا ما تم منحة الشخصية المعنوية أو

---

<sup>1</sup> د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص18 وما بعدها.

د/ محمود نجيب حسني، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص524 وما بعدها.  
د/ أحمد صفوت، المرجع السابق، ص156-157، د/ عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص418-419

د/ علي عبد القادر القهوجي - د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص18-20.

الاعتبارية مثل الدولة والشركات والأوقاف وغيرها حتى نستطيع محاسبته ومحاسبه مالكة.

ومن المعلوم أنه ستكون هناك جرائم مرتكبة من غير وجود أي مساءلة للإنسان، ويهدف القانون الجنائي إلى منع حدوث الضرر، وهو جزء لا يتجزأ من إيصال الجرم واللوم الأخلاقي للسلوك الذي تحظره الجرائم، فالتوجيهات الأخلاقية التي يمنحها القانون الجنائي للبشر تتطلب أن يُعزى الجاني المحتمل أخلاقياً وأن يردعه التهديد من خلال العمل على فرض عقوبات جزائية عند تحميل شخص المسؤولية عن جريمة عندما يتصرف الذكاء الاصطناعي بشكل مستقل، حيث إن سيطرة الإنسان المحدودة على الذكاء الاصطناعي تبدو إشكالية بالفعل خاصة عند فحص الفعل المذنب للجريمة، وسوف تتصادم خصائص الذكاء الاصطناعي مع متطلبات إثبات المسؤولية كما أنه من الواضح ونظراً لغياب التوجيه بشأن المسؤولية عن سلوك الذكاء الاصطناعي من التشريعات والقضايا، فإن القانون الجنائي ومبادئه سيكونان القيد الأقصى الذي يحد من توسيع نطاق المسؤولية البشرية على الذكاء الاصطناعي باستثناء مسؤولية Hallevy الإجرامية لأنظمة الذكاء الاصطناعي<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Faulkner, 1876) 13 Cox C.C. 550, 556, United States V. Greer, 467 F.2d 1064, 1069 7<sup>th</sup> Cir. 1972), People V. Cooper.

هل أسباب الإباحة وموانع المسؤولية لجرائم الذكاء الاصطناعي متوفرة من  
عدمه؟<sup>1</sup>

ثار تساؤل من جانب البعض حول مدى إمكانية توافر أسباب الإباحة  
وموانع المسؤولية كالمتوفرة للأشخاص الطبيعيين في جميع القوانين الجنائية في دول  
العالم وذلك بالنسبة للجرائم التي تقع من كيانات الذكاء الاصطناعي.

ومن أشهر الجرائم الجنائية التي ارتُكبت عن طريق السيارات ذاتية القيادة  
كانت في مارس 2018، حيث قامت سيارة ذاتية القيادة تابعة لشركة Uber  
بالاصطدام بسيده في الطريق مما أدى إلى وفاتها متأثرة بجراحها.

ونطرح هنا سؤالاً قد يكون خيالياً للبعض ولكنه مهم بالنسبة للبعض الآخر  
وهو: هل تتوفر أسباب الإباحة وموانع المسؤولية للذكاء الاصطناعي، مثل  
الشخص الطبيعي؟

إذا انعكست الصورة التي ذكرناها بالأعلى اعتداء سيارة ذاتية القيادة على  
الإنسان وكان الاعتداء واقع على الآلة التي تستخدم الذكاء الاصطناعي مثل  
الروبوتات كقيام أحد الأفراد الأدميين بالاصطدام بسيارته بإنسان آلي أو قيامه  
بالاعتداء على هذا الأخير بأية أداة من أجل تدميره، هل يتوافر هنا حق الدفاع

---

<sup>1</sup> د/ مدحت محمد عبد العزيز، قانون العقوبات القسم العام، ص208 وما بعدها.

الشرعي للروبوت الآلي؟ وهل تقوم المسؤولية الجنائية بالنسبة للجاني، أم هي مجرد  
مسئولية مدنية متمثلة في التعويض؟<sup>1</sup>.

طبقاً لقانون العقوبات المصري الحالي لا يجوز الدفاع الشرعي<sup>2</sup> إلا عن  
النفس البشرية، ولا يوجد أي حق للدفاع الشرعي عن النفس بالنسبة للروبوت الآلي

---

<sup>1</sup> - د/ نجاتي سيد أحمد سند، مبادئ القسم العام في قانون العقوبات الجريمة -العقوبة)، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2011، ص479.

- د/ عبد التواب معوض الشوريجي، دروس في قانون العقوبات القسم العام، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2017، ص246.

<sup>2</sup> المادة 245 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 والمعدل بالقانون رقم 95 لسنة 2003.

- The fact that robots, especially self-driving cars, have become part of our daily lives raises novel issues in criminal law. Robots can malfunction and cause serious harm. But as things stand today, they are not suitable recipients of criminal punishment, mainly because they cannot conceive of themselves as morally responsible agents and because they cannot understand the concept of retributive punishment. Humans who produce, program, market and employ robots are subject to criminal liability for intentional crime if they knowingly use a robot to cause harm to others. A person who allows a self-teaching robot to interact with humans can foresee that the robot might get out of control and cause harm. This fact alone may give rise to negligence liability. In light of the overall social benefits associated with the use of many of



مهما كانت قدراته وتطوره، حيث نص قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 في المادة 245 على أنه لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله ... وأيضاً نص في المادة 246 على أن حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص إلا في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها في هذا القانون ....

كذلك يتفق المشرع التونسي مع المشرع المصري حيث قرر في الفصلين 39 و40 من المجلة الجزائرية التونسية على أنه لا جريمة على من دفع صائلاً عرض حياته أو حياة أحد أقاربه لخطر حتمي<sup>1</sup> والمادة 40 من قانون العقوبات الجزائري على أنه يدخل ضمن حالات الضرورة حالة الدفاع الشرعي الفعل الذي

---

today's robots, however, the authors argue in favor of limiting the criminal liability of operators to situations where they neglect to undertake reasonable measures to control the risks emanating from robots.

– Sabine Cless, Emily Silverman, Thomas Weigend: New Criminal Law Review. Robots, Self-driving Cars, Criminal Responsibility Negligence, 2016, P.127.

<sup>1</sup> المجلة الجزائرية التونسية، الفصلين 39 و40 الصائل هو الجور والقهر والظلم

يرتكب لدفاع عن النفس أو الغير ضد مرتكب السرقات أو النهب بالقوة<sup>1</sup>؛ وأيضاً يتفق المشرع الاماراتي في المادة 56 و57 من قانون العقوبات الاماراتي رقم 3 لسنة 87 على ذلك<sup>2</sup>.

وبناءً على ما تقدم إذا قام أحد الأفراد بالتوجه إلى كيان ذكاء اصطناعي لتثمينه أو تحطيمه فإنه لا يجوز للأخير الدفاع عن نفسه حيث إنه لا دفاع شرعي إلا على الأشخاص الطبيعيين كما إنه إذا توجد شخص على نفس الفريضة الأولى لتحطيم أو تثمين إنسان آلي فتوجه شخص أو كان الإنسان الآلي مُبرمج للدفاع عن نفسه فإنه لا يعد ذلك دفاعاً شرعياً عن النفس أو المال لأنه وفقاً للقوانين الجنائية لا يجوز الدفاع الشرعي إلا عن الأشخاص الطبيعيين سواء للنفس أو الغير.

ويثار هنا سؤال مهم وهو هل يجوز لشخص برمجة روبوت باستخدام الذكاء الاصطناعي للعمل كمدافع عنه عند تعرضه لأي اعتداء؟

نرى أنه يمكن ذلك إذا كانت برمجة هذا الروبوت متطورة إلى حد استطاع الموازنة بين فعل الاعتداء على صاحبة وبين سلوكه المتمثل في الدفاع الشرعي عن صاحبة، أما إذا لم تصل برمجة الروبوت إلى هذا التطور فلا يحق للإنسان

---

<sup>1</sup> مادة 40 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>2</sup> المادة 56 و57 من قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1987.

البشري برمجة روبوت للدفاع عنه عند تعرضه للاعتداء دون مراعاة لحد التناسب الذي يعتبر من أساسيات حق الدفاع الشرعي<sup>1</sup>، وتقع المسؤولية الجنائية على صاحب هذا الروبوت باعتبار أن الروبوت أداة جريمة مثل باقي الأدوات التي يمكن استخدامها في ارتكاب الجريمة، ولم يتوافر حد التناسب بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع وبالتالي لم يتوافر الدفاع الشرعي.

---

<sup>1</sup> د/ نجاتي سيد أحمد، مبادئ القسم العام في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 565 وما بعدها.

## المطلب الثاني

أساس المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الذكاء

### الاصطناعي

### في الشريعة الإسلامية

اختلفت الآراء في هذه القضية ونتج عنها خلاف كبير وجدال واسع، بسبب اختلاف المفاهيم وتوجيه الأدلة وفهمها، ولقد اهتم علماء الإسلام بهذه القضية خاصة في العصر العباسي وتلك القضية التي لم تكن مثارة ولا معروفة في زمن الصحابة الكرام الأطهار رضي الله عنهم أجمعين؛ نظراً لأنهم آمنوا بكل ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة على صاحبها، وقد تنوعت الآراء إلى خمسة مذاهب.

#### أولاً - مذهب الماتريدية:

يرى الماتريدية أن الله سبحانه وتعالى خالق لأفعال العباد من الكفر والإيمان والطاعة والعصيان لا كما زعمت المعتزلة أن العبد خالق لأفعاله، فالماتريدية وجمهور الحنفية منهم موافقون لأهل السنة في أن الله سبحانه وتعالى خالق أفعال العباد، ولكن تعلق العباد بأفعالهم لهم فيه رأي خاص اشتهروا به وهو أنهم يثبتون للعباد إرادة جزئية وهي غير مخلوقة وأمرها بأيديهم فهم جعلوا كسب العباد عبارة عن إرادتهم الجزئية وربما عبروا عنها بالقصد وصرف الإرادة الكلية نحو الفعل، قالوا إن هذه الإرادة الجزئية صادرة من العباد وهي لا موجودة ولا

معدومة وإما من قبيل الحال متوسط بينهما أو من الأمور الاعتبارية فلا يتضمن صدورها منهم معنى الخلق إذ الخلق يتعلق بالموجود، فالعبد عند الماتريدية له قدرة يخلقها الله تعالى فيه عند قصده الفعل طاعة كان أو معصية، وإن لم تؤثر قدرته في وجود الفعل لمانع هو تعلق قدره الله التي لا يقاومها شيء في إيجاد ذلك<sup>1</sup>.

وعلى ذلك فإنهم يرون أن الله جل سبحانه وتعالى خالق أفعال العباد ولا خالق إلا هو، واستدلوا على ذلك من القرآن الكريم: { وَدَّ كَثِيرٌ مِّنْ أَهْلِ الْكِتَابِ لَوْ يَرُدُّونَكُمْ مِّنْ بَعْدِ إِيمَانِكُمْ كُفَّارًا حَسَدًا مِّنْ عِنْدِ أَنفُسِهِمْ مِّنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُمُ الْحَقُّ فَاعْتُوا وَأَصْفَحُوا حَتَّىٰ يَأْتِيَ اللَّهُ بِأَمْرِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ }<sup>2</sup>؛ ولكن نقول إن خلق فعل الحسد من الخلق وكذلك يقال في الأنجاس والأقذار والحيات والعقارب ونحوها إنه لا يجوز أن تضاف إلى الله تعالى فيقال يا خالق الأنجاس والحيات والعقارب وإن كان ذلك كله خلقه وهو خالق كل شيء.

---

<sup>1</sup> أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني البمني الشافعي، الانتصار في الرد على المعتزلة القدرية الأشرار، ط: أضواء السلف، الطبعة الأولى، 1999، ص214؛ وتقى الدين محمد بن تيمية، مناهج السنه النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، ط: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، 1986، ص87 وما بعدها.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 109.

وخلاصة القول عند الماتردية أن أساس المسؤولية الجنائية عندهم حال اقتراف أي من الأشخاص الطبيعيين أو غيرها يكون مسئول مسؤولية جزئية عن بعض أفعاله وليست كلها حيث أن أفعاله من عند الله عز وجل.

### ثانياً - مذهب أهل الجبر:

أهل الجبر هم أتباع جهم بن صفوان الذين يقولون بأن الإنسان مجبور على أفعاله وليس له إرادة ولا قدرة، وهذا مذهب الجهمية ومن وافقهم وأن ما يحدث في العالم من المعاصي والفضائح والخبائث والقبايح فالله خالقه ومبتدعه تعالى الله عما يقولون علواً كبيراً<sup>1</sup>.

وقالوا بأن العبد مثل الريشة في مهب الريح وأن أفعاله كلها اضطرارية وليس فيها شيء اختياري وأن العبد إذا فعل ما فعل إنما يفعله عن جبر وليس عن اختيار، وصار لهذا الرأي قبول عند المتأخرين من غلاة الصوفية ونحوهم ممن يعتقدون أن العبد مجبور على فعل نفسه وأنه ليس له اختيار فيما يفعله ولهذا يعتقدون أن الأفعال التي يفعلها العبد أفعال صالحة لأن الله يحبها - هكذا يظنون - فلما جاءت معها عقيدة وحدة الوجود وهي عقيدة فاسدة وكلها دخيلة على الإسلام والتي يعتقدون فيها بأن الله جل وعلا يحل ويتحد بالمخلوقات - تعالى الله

---

<sup>1</sup> أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، الانتصار في الرد على المعتزلة القدرية الأشرار، ط: أضواء السلف، الطبعة الأولى، 1999، ص209.

عما يقولون علواً كبيراً - أصبح فعل العبد هو نفسه فعل الله عندهم ويقولون بأن العبد مجبر ليس له دخل في الأفعال فهي محض خلق الله عز وجل فصلاته التي يؤديها ليس باختياره وإنما هو مجبور .

وبناءً على ذلك فإن أساس المسؤولية عند مذهب الجبرية تقوم على الجبر والالتزام، أي أن الشخص غير مسئول عن أفعاله وأقواله، وما ينطبق على الأشخاص ينطبق على الجمادات والآلات وإنه في حاله اقتراف أي جريمة فإنه لا يسأل عنها حيث أن ارتكاب الجريمة من عند الله وهو مجبر على ارتكابها سواء من قام بارتكاب الجريمة بنفسه أو بمساعدة آخرين أو قام بارتكابها باستخدام أي آلة من الآلات التي تستخدم في القتل كالحرية أو السيف أو السهم وغيرها؛ واستدلوا على ذلك من القرآن الكريم {ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ لَمْ يَكُ مُغَيِّرًا نِعْمَةً أَنْعَمَهَا عَلَى قَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ وَأَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} <sup>1</sup>.

### ثالثاً - مذهب السلف الصالح من الصحابة والتابعين:

السلف الصالح والتابعين هم هؤلاء الذين يثبتون القدر، وأن الله خالق كل شيء ويقولون أيضاً أن الإنسان له إرادة ومشية ولكناه خاضعة لمشيئة الرب جل وعلا، كما أن للإنسان قدرة يفعل لها فعله لكنه هو وأفعاله مخلوق لله تعالى.

---

<sup>1</sup> سورة الأنفال، الآية 53.

واستدلوا على ذلك من كتاب الله بقوله تعالى {وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا} <sup>1</sup>؛ فأثبت الله جل وعلا له مشيئة وللعبد مشيئة وجعل مشيئة العبد تحت مشيئته، قال تعالى {لِمَنْ شَاءَ مِنْكُمْ أَنْ يَسْتَقِيمَ} <sup>2</sup>؛ ومعنى شاء أي باختياره وفي هذا رد على الجبرية {إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ} <sup>3</sup>.

وبناءً على ذلك يرى مذهب السلف الصالح إنه حال اقدام شخص على ارتكاب جريمة معاقب عليها في الشريعة الإسلامية فإنه يتعين مساءلته لما له من حرية الاختيار حيث أن الاختيار يقتضي المسؤولية عن أفعال ومن ثم العقاب <sup>4</sup>.

#### رابعاً - مذهب الأشاعرة وأتباعهم:

وهؤلاء يقولون إن الله سبحانه وتعالى خالق أفعال العباد وبهذا الأصل خالفوا المعتزلة القائلين بأن الله لا يخلق أفعال العباد بل هم الخالقون لها، وبتميز هذا الجانب عند الأشاعرة والماتريدية صار مذهبهم مشهوراً بأنه مذهب أهل السنة والجماعة، وهذا حق.

---

<sup>1</sup> سورة الإنسان، الآية 30.

<sup>2</sup> سورة التكويد، الآية 28.

<sup>3</sup> سورة الإنسان، الآية 30.

<sup>4</sup> د/ محمد سليم، الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الغربية والماركسية، ط: مؤسسة شباب الجامعة، بدون سنة نشر، ص34-36.



ولكن عند عرض مذهبهم في الجانب الثاني من قضية خلق أفعال العباد وهو جانب تعلق أفعال العباد بهم، وهل هم الفاعلون لها؟ أم هي كسب لهم، ومدى تعلق قدرة العباد بأفعالهم ... الخ.

وعلى ذلك فهم يروا أن أساس المسؤولية الجنائية تقوم على أساس قدره الله وتأثيره في العباد وعلى ذلك يكون العبد تحت امر الله عز وجل وتحت قدرته، بيد أن أي فعل يقوم العبد أو غيره فإنه يخضع للعقاب؛ فللعبد مشيئة ولكنها داخلية تحت مشيئة الله وأن العبد لا يستطيع المشيئة إلا بمشيئة الله، وعلم الله سبحانه بما سيقع، ووقوعه حسب هذا العلم لا تأثير له في إرادة العبد فإن العلم صفة انكشاف لا صفة تأثير؛ فمثلاً علم الإنسان بأن ابنه ذكي مقبل على دروسه ومستوعب لها حفظاً وفهماً ليس له تأثير في نجاحه.

فأفعال العباد كلها مخلوقة لله تعالى، وهي كسب للعباد وعلى ذلك يترتب الثواب والعقاب ولا تأثير لقدرة العبد في الفعل؛ وهذا قول جمهور الأشاعرة وهو القول الذي سنح بسببه المعتزلة على الأشاعرة لأنهم لما لم يثبتوا للعبد قدرة مؤثرة لم يكونوا بعيدين عن قول الجبرية الجهمية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> عبد الرحمن بن صالح بن صالح المحمود، المرجع السابق، ص1434 وما بعدها.

## خامساً - مذهب المعتزلة:

يرى أصحاب مذهب المعتزلة بأن الإنسان حر في إرادته وأنه مستقل في أفعاله عن خالقه وإن الإنسان له إرادة مستقلة عن إرادة الله، يتصرف فيها كما يشاء وهو الذي يخلق أفعاله بنفسه، ويمثل هذا المذهب المعتزلة القدرية ومن وافقهم<sup>1</sup>.

وبناءً على آراء ذلك المذهب فإن أساس المسؤولية الجنائية هي حرية الإرادة والاختيار وأن الله عز وجل لا يتدخل في هذه الإرادة أو الاختيار للعبد فإذا كان العبد صالح من نفسه أو العكس وعلى ذلك فإذا ارتكب أحد الأشخاص أي جريمة فإنه يكون مسئولاً مسئولاً كاملة عن هذا الفعل وهذا العمل.

وخلاصة القول وبعد عرض جميع آراء المذاهب المختلفة حول أساس المسؤولية الجنائية نجد أن الشخص الطبيعي هو الذي تتوافر فيه الحرية والإدراك والشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الفاعل مدركاً مختاراً والإنسان فقط هو محل المسؤولية الجنائية لأنه هو المدرك المختار أما الحيوان أو الجماد فلا يمكن أن يكون محلاً للمسئولية الجنائية لانعدام الإدراك والاختيار؛ وبناءً عليه لا يمكن أن يكون الميت محلاً للمسئولية الجنائية حيث ينعدم بالموت إدراكه واختياره ولأن القاعدة في الشريعة الإسلامية هي أن الموت يسقط التكاليف؛ وهذا الرأي هو ما

---

<sup>1</sup> د/ حسن عبد الحكم، المسؤولية الجنائية عن جرائم الجُسمال، مرجع سابق، ص86 وما بعدها.

ينطبق على الحيوانات والجماد والآلات وبالتالي فلا يوجد أي حساب لديهم لانعدام الإرادة والاختيار والتمييز.

## المبحث الرابع

# التكليف القانوني للجرائم التي ترتكب بواسطة كيان الذكاء الاصطناعي في القوانين الجنائية والشريعة الإسلامية

### تمهيد وتقسيم

ثار خلاف فقهي حول التكليف القانوني إذا ما قام شخص بتحريض شخص آخر غير أهل للمسئولية الجنائية أو برمجة آلة لاستخدامها في القتل وما هو موقف الفقه الإسلامي في ذلك، لذا سنتناول في هذا المبحث التكليف القانوني عن الجرائم التي ترتكب بواسطة كيان الذكاء الاصطناعي في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية وذلك في مطلبين على النحو التالي.

## المطلب الأول

### التكييف القانوني للجرائم التي ترتكب بواسطة كيان الذكاء الاصطناعي في القانون الجنائي

يمكن استخدام شخص غير مسئول جنائياً أو آلة لمساءلة شخص جنائياً سواء كان المبرمج أو المستخدم النهائي الذي يستخدم الذكاء الاصطناعي كعامل أو أداة لارتكاب جريمة<sup>1</sup>، على حد تعبير القانون الجنائي، يمكن القول إن هؤلاء المستخدمين النهائيين أو المبرمجين يُمكنهم ارتكاب الجريمة أو تقديم النصح للآخرين لارتكاب الجريمة، وهنا يجعله القانون مسئولاً ليس فقط عن تقديم المشورة أو الشراء ولكن عن فعل التحريض أو الإغفال المزعوم؛ ولكن ما هو التكييف القانوني لهذا الفعل؟

وللإجابة عن هذا السؤال أستطيع أن أقول إن هذه الصورة واضحة في القانون المصري في فكرة الفاعل المعنوي الفاعل بالواسطة ويقصد بالفاعل المعنوي أو الفاعل بالواسطة إنه ذلك الشخص الذي يستخدم شخصاً آخر غير أهل للمسئولية الجنائية أو حسن النية في تنفيذ جريمة ما سعى إلى وقوعها، كمن يسخر

---

<sup>1</sup> د/ سعيد عبد اللطيف حسن، جرائم غسيل الأموال بين التفسير العلمي والتنظيم القانوني تفسير ظاهرة غسيل الأموال - الرقابة والتجريم - استراتيجية المكافحة)، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997، ص21؛ د/ أمير فرج يوسف، الإثبات الجنائي للجريمة الإلكترونية والاختصاص القضائي بها دراسة مقارنة للتشريعات العربية والأجنبية، ط: دار الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2016، ص11.

طفلاً غير مميز أو مجنون في الاعتداء على شخص آخر أو سرقة أو سبه وقذفه أو أن يلقي النار على ممتلكاته فيحرقها، أو من يعطي شخصاً حسن النية مادة سامة ليقدّمها لشخص آخر على أنها دواء فيتناولها المجني عليه فتودي بحياته، ففي الأمثلة السابقة نجد أن الشخص الذي اقترف الركن المادي المكون للجريمة كان شخصاً غير أهل للمسئولية أو كان شخص حسن النية، فهل يعد الشخص الذي دفعهم إلى ارتكاب هذه الجرائم أو سخرهم في ارتكابها فاعلاً معنوياً أو إنه مجرد شريك بالتحريض؟

ظهرت نظرية الفاعل بالواسطة الفاعل المعنوي في الفقه الألماني تحت ضغط الضرورات العملية لتفادي النقص الذي شاب القانون الألماني في موضعين؛ الأول هو الفكرة الضيقة للفاعل الأصلي في القانون الألماني والتي كانت تقتصر على من باشر بنفسه تنفيذ الجريمة؛ أما الموضع الآخر فهو مبدأ التبعية المطلقة للشريك والذي يأخذ به القانون الألماني ووفقاً لهذا المبدأ يرتبط حظ الشريط بحظ الفاعل فلا يعاقب الشريك إلا إذا كان الفاعل الأصلي مسؤولاً عن الجريمة. فمثلاً إذا ارتكب الجريمة فاعل غير مسؤول جنائياً لعدم أهليته الجنائية كالمضطرب عقلياً أو لعدم توافر القصد الجنائي لديه كان الشريك غير مسؤول جنائياً لا بوصفه فاعلاً

لأنه لم ينفذ الجريمة ولا بوصفه شريك لأن مسؤوليته تتوقف على مسؤولية الفاعل طبقاً لمبدأ التبعية المطلقة<sup>1</sup>.

ولعلاج النتائج غير المنطقية التي يؤدي إليها هذا الوضع كان لابد من الالتجاء إلى أحد حلين أحدهما هو التوسع في فكرة الفاعل الأصلي واعتبار كل من سخر شخصاً غير مسئول جنائياً فاعلاً أصلياً للجريمة وبهذا الحل أخذ الفقه والقضاء في ألمانيا ونص عليه القانون الإيطالي في المادة 11.

العدول عن مبدأ التبعية المطلقة للشريك إلى مبدأ التبعية المقيدة الذي لا يشترط سوى أن يكون الفعل في ذاته غير مشروع بغض النظر عن مدى مسؤولية الفاعل عنه، وهو ما يؤدي إلى مساءلة الشريك ولو كان الفاعل المنفذ للجريمة غير مسئول جنائياً؛ وبهذا الحل أخذ الفقه والقضاء الفرنسي وعدد بسيط من الفقهاء في ألمانيا.

---

<sup>1</sup> Paul Piotei, La Théorie de l'auteur médiat et le problème l' instrument humin internationale, Berne, 1954, P.12.

وأنظر أيضاً د/ أمير فرج يوسف، الإثبات الجنائي للجريمة الإلكترونية والاختصاص القضائي بها دراسة مقارنة للتشريعات العربية والأجنبية مرجع سابق، ص 12 وما بعدها

## المقصود الفاعل بالواسطة:

يراد بالفاعل بالواسطة كل من سخر شخصاً غير مسئول جنائياً لتنفيذ الجريمة، وتفترض الجريمة في هذا الحالة وجود فاعلين اثنين، أحدهما فاعل مادي ينفذ الجريمة دون أن تتوافر لديه المسؤولية الجنائية، والآخر فاعل معنوي سخر الأول نحو هذا التنفيذ واستعمله أداة لتحقيق غرضه. ويتحقق هذا التسخير إما بطريق التحريض أو بتقديم المساعدة.

وقد عرض الفقه الألماني لعدة صور للفاعل المعنوي، وتتضمن هذه الصور ثلاث حالات:

الأولى: عدم توافر الركن المعنوي لدى الفاعل.

الثانية: مشروعية الفعل الذي ينفذه الفاعل المادي.

الثالثة: انتفاء الصفة الخاصة أو القصد الخاص لدى الفاعل المادي.

أولاً - عدم توافر الركن المعنوي لدى الفاعل المادي:

ويتحقق ذلك في صورتين الآتيتين:

(1) انتفاء الأهلية الجنائية لدى المنفذ: كالمجنون والصغير الذي لم يبلغ من التمييز ما يجعله فاعلاً معنوياً؛ على سبيل المثال من يعطي مجنوناً قنبلة لإلقائها



على المجني عليه، ومن يطلب من صغير لم يبلغ سن السابعة أن يسرق له مال الغير.

(2) انتفاء القصد الجنائي لدى المنفذ: قد لا تتوافر المسؤولية الجنائية للمنفذ للجريمة العمدية بسبب انتفاء القصد الجنائي لديه، ثم يثبت أن هذا القصد كان متوافراً لدى من حرصه على الفعل الذي وقعت به الجريمة أو ساعده عليه<sup>1</sup>.

وتأخذ بعض التشريعات بنظرية التبعية المطلقة بين الفاعل المادي والفاعل المعنوي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ عبد الوهاب البطراوي، شرح قانون الجنائي المقارن الليبي والمصري والأردني والعراقي القسم الخاص، ط: دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1997، ص346.

<sup>2</sup> أنظر في ذلك الفصل 32 من المجلة الجزائرية التونسية؛ كما أكدت محكمة القانون في قرارات عديده منها القرار التعقيبي الجزائري عدد 1565 المؤرخ في 7 مايو 1986 إن مجرد التحريض لا تتكون منه المشاركة السابقة ...

وراجع الفصل 45 من قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 66-156. والمادة 111 من قانون العقوبات الإيطالي، والفصل 131 من قانون العقوبات المغربي والتي تنص على إنه "من حمل شخصاً غير مُعاقب، بسبب ظروفه أو صفته الشخصية على ارتكاب جريمة فإنه يُعاقب بعقوبة الجريمة التي ارتكبها هذا الشخص ..."، والمادة 75 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960؛ أنظر في ذلك د/ عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي. د/ محمد يوسف عبد ربه، الفاعل المعنوي للجريمة، جامعة القدس، الجامعة ط: 2015، ص27 وما بعدها.

مثال ذلك مدير المسرح الذي يسلم الممثل مسدساً به رصاص حقيقي لاستعماله في أثناء التمثيل موهماً إياه بأن به طلقات صوت، مما يؤدي إلى قتل بطلا المسرحية به. وكذلك من يسلم شخصاً زجاجة بها سم لكي يقدمها إلى المجني عليه موهماً إياه بأنها تحتوي على دواء. في هذين المثالين كان الفاعل المادي مجرد أداة بشرية سخرها الفاعل المعنوي لتحقيق قصده الجنائي.

ومن قبيل ذلك أيضاً أن يصدر الرئيس أمراً إلى مرؤوسه لأداء عمل يعد جريمة موهماً إياه بمشروعيته فينفذه المرؤوس حسن النية معتقداً بمشروعية بناء على أسباب معقولة. في هذا المثال توافر غلط الإباحة لدى المرؤوس أدى إلى انتفاء المسؤولية الجنائية عليه ولكن الرئيس يعد فاعل معنوي لهذه الجريمة لأنه هو الذي احتفظ وحده بالركن المعنوي للجريمة؛ وكذلك قيام مُبرمج باستخدام الآلة وبرمجتها على القتل.

فيما يتعلق بالعمل يجب أن ينصب علم الجاني على جميع العناصر القانونية للجريمة، هذا هو موضوع العلم. ولكن ما هي العناصر القانونية للجريمة؟! إذا أخذنا بمنطق الرأي الذي يرى أن للجريمة ركناً شرعياً يفيد عدم مشروعية الفعل؛ فإنه يجب علينا القول بضرورة علم المجرم بهذا الركن حتى يتوافر القصد الجنائي لديه، وهذا يعني ضرورة انصراف علم الجاني إلى أن السلوك الذي يرتكبه غير مشروع جنائياً أي إنه يعتبر جريمة في قانون العقوبات؛ ولكن من المسلم به افتراض العلم بقانون العقوبات استناداً إلى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

<sup>1</sup>؛ وبعبارة أخرى فإن الجهل أو الغلط المتعلق بقانون العقوبات لا يؤثر على قيام القصد ولا يؤثر بالتالي على قيام الجريمة. وواضح مدى التعارض الذي يقع فيه أنصار هذا الرأي فهم يسلمون مع الفقه بأن الجهل أو الغلط في قانون العقوبات لا يحتج به، ولكنهم من جهة ثانية يتطلبون انصراف علم الجاني إلى جميع أركان الجريمة ومنها الركن الشرعي.

تعتبر الإرادة العنصر الثاني للقصد الجنائي وهي عبارة عن قوة نفسية أو نشاط نفسي يوجه كل أعضاء الجسم أو بعضها نحو تحقيق غرض غير مشروع أي نحو المساس بحق أو مصلحة يحميها القانون الجنائي. وبعبارة أخرى فإن الإرادة هي المحرك نحو اتخاذ السلوك الإجرامي سلبياً كان هذا السلوك أو إيجابياً بالنسبة للجرائم ذات السلوك المجرد أو المحض، وهي المحرك نحو تحقيق النتيجة بالإضافة إلى السلوك الإجرامي بالنسبة للجرائم ذات النتيجة؛ فالإرادة كأحد

---

<sup>1</sup> د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم العام، ص361 وما بعدها.

د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص768 وما بعدها.  
د/ حسن عز الدين الدياب، الفاعل المعنوي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية الجزائرية، ص21 وما بعدها؛ وراجع قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 66-156 بتاريخ 8 يونيو 1966؛ وقانون العقوبات السوري رقم 148 لسنة 1949 الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 المؤرخ 22 يونيو 1949؛ وقانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960؛ وأنظر أيضاً د/ محمد يوسف عبد ربه، الفاعل المعنوي للجريمة، مرجع سابق، ص18 وما بعدها.

عنصري القصد الجنائي يجب إذن أن تتصرف إلى كل من السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية<sup>1</sup> بالنسبة للجرائم ذات النتيجة أو إلى السلوك الإجرامي فقط بالنسبة للجرائم ذات السلوك المجرد أو المحض.

فيلزم أن تتجه إرادة الجاني في جريمة السرقة إلى فعل الأخذ أو الاختلاس، أي تتجه إرادته إلى إنهاء حياة الغير وإنشاء حياة جديدة له على المال المسروق، ويلزم أن تتجه إرادة الجاني في جريمة القتل إلى السلوك الإجرامي الذي يتحقق به إزهاق روح المجني عليه حتى يمكن القول بتوافر القصد الجنائي.

#### تبرير نظرية الفاعل بالواسطة الفاعل المعنوي:

قامت نظرية الفاعل بالواسطة أساساً لتبرير اعتبار الشريك الذي دفع شخصاً غير مسئول جنائياً إلى ارتكاب الجريمة، فاعلاً أصلياً فيها ومن أهم الحجج التي ساقها الفقه<sup>2</sup> تأييد لهذه النظرية ما يأتي:

أولاً: فائدة وضرورة قانونية تتمثل في أمرين:

---

<sup>1</sup> أ/ نسرين عبد الحميد، المحرض السوري، مطبعة دار الجامعة الجديد، 2018، ص34-35.

<sup>2</sup> Piotet, L'auteur, Médiat, op. Cit., P.26 ets, 47 S.

- د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص738 وما بعدها.

أ- معالجة التضيق من فكرة الفاعل الأصلي والتي ترى أنه هو الذي يرتكب الركن المادي للجريمة كما عرفه القانون.

ب- معالجة العيب الذي شاب نظرية التبعية المطلقة للشريك، والتي كانت تشترط لمساءلة الشريك عن فعل الفاعل أن يكون هذا الأخير مسئولاً جنائياً.

وقد كان القانون الألماني يأخذ بهذه النظرية مما دفع الفقه الألماني للمناداة بنظرية الفاعل بالواسطة، ثم عدل المشرع عن نظرية التبعية المطلقة في مايو للعام 1942م وأخذ بنظرية التبعية النسبية، ومقتضاها أن يُسأل الشريك عن الجريمة ولو كان الفاعل غير مسئول عنها لسبب يتعلق به<sup>1</sup>.

ثانياً: أن القانون ينظر بعين المساواة بوجه عام إلى الوسائل التي تقع بها الجريمة؛ فهي جميعاً سواء في نظره، وقد يكون من هذه الوسائل استخدام إنسان غير مسئول جنائياً لحمله على تنفيذ الجريمة، ويعد الإنسان في هذه الحالة مجرد أداة في يد الفاعل بالواسطة.

---

<sup>1</sup> تبني المشرع الألماني الفاعل المعنوي ضمن الفصل 25 فقرة 2 المُنقح بقانون 15 مايو 1942 وتبعته تشريعات أوروبية أخرى منها قانون العقوبات البلجيكي في فصله 66؛ وقانون العقوبات السويسري في فصله 24؛ وقانون العقوبات الدنماركي في فصله 23، أنظر في ذلك د/ محمد يوسف عبد ربه، الفاعل المعنوي للجريمة، جامعة القدس، 2015، ص13 وما بعدها.  
- د/ عبد الحميد أحمد شهاب، نظرية الفاعل المعنوي، دراسة مقارنة، 1015، ص37.

ثالثاً: لا يجوز اعتبار الفاعل بالواسطة محرصاً على الجريمة، لأنه إذا كان الفاعل المادي غير مسئول جنائياً، فإن هذا التحريض لن يفلح في خلق التصميم الإجرامي لديه وبث الفكرة الإجرامية بين وجدانه لأنه لا يمكن أن يدرك ما يطلب منه.

أما فيما يتعلق بقانون العقوبات المصري:

يشترط القانون المصري في الفاعل الاصيل ان يكون هومن اقترف الركن المادي للجريمة كما هو وارد في المادة 39 عقوبات، والفاعل المعنوي لا يقترب الركن المادي للجريمة ولا يباشرها، وانما يقف فعاه عند حد التحريض، هذا التحريض الذي يعتبر هو أحد وسائل الاشتراك في الجريمة فالفاعل المعنوي يدخل في نطاق المادة 20 عقوبات التي جعلت التحريض على الجريمة هو أحد وسائل الاشتراك فيها<sup>1</sup>.

وقد ذهب بعض الفقهاء من أنصار الاخذ بنظرية الفاعل المعنوي في التشريع المصري الي القول، بان الفاعل المعنوي يقتصر على الحالة التي يكون فيها من قام بارتكاب الركن المادي للجريمة المنفذ غير اهل للمسؤولية الجنائية كالصغير غير المميز والمجنون، في حين انتفائها في حالة ما إذا كان مرتكب

---

<sup>1</sup> د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم العام، ط2014، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ص361 وما بعدها.

الجريمة اهل للمسؤولية، ولكن امتنع عقابه لانتهاء القصد الجنائي لديه مثله مثل الشخص حسن النية، حيث يعد الشخص الذي حرض حسن النية على ارتكاب الجريمة شريكا بالتحريض وتطبق عليه المادة 40 عقوبات<sup>1</sup>.

وبناءً على ما سبق: من يقوم ببرمجة آلة لارتكاب جرائم مثل السرقة والقتل وغيرها فانه يكون مسئولاً عنها بوصفه فاعل أصلي في الجريمة، لكن قد يتفق أ مع ب ليبرمج له الاخير آلة لارتكاب الجرائم ويقوم أ بتوجيهها كما يشاء فما هي مسؤولية كلا من أ و ب؟ وكيف توزع المسؤولية الجنائية بينهم؟

ساد في الفقه الجنائي مذهبان:

اولهما: مذهب وحده الجريمة: اي بالرغم من تعدد المساهمين في الجريمة الا انه لا توجد سوى جريمة واحدة، بحيث يسأل كل المساهمين في الجريمة كما لو كان هو وحده الذي قام بارتكابها.

وبناءً على هذا الرأي يكون أ و ب فاعلين اصليين في الجريمة ويسأل كل منهما على الجريمة كاملة كفاعلين اصليين.

---

<sup>1</sup> - د/ عبد الحميد أحمد شهاب، نظرية الفاعل المعنوي، مرجع سابق، ص38 وما بعدها.

- د/ حسن عز الدين الدياب، الفاعل المعنوي، مرجع سابق، ص22 وما بعدها.

- د/ محمد يوسف عبد ربه، الفاعل المعنوي للجريمة، مرجع سابق، ص14.

ثانيتها: مذهب تعدد الجرائم بتعدد المساهمين: اي ان الفعل المرتكب لا يكون جريمة واحدة وانما يكون مجموعة من الجرائم بتعدد المساهمين، ويسأل كل منهم عن جريمة مستقلة عن الاخر، وذلك تبعاً للركن المادي والقصد الجنائي المتوافر في حقه<sup>1</sup>.

ويعاب على هذا الراي وجود أكثر من جريمة وبالتالي يعاقب كل شخص على حسب مساهمته في الجريمة كشارك في الجريمة او فاعلا اهليا لها وذلك تبعا للقصد الجنائي والركن المادي في حالة توافرها.

وهنا يثور تساؤلاً هاماً وملحاً وهو كيف يمكن التمييز بين الفاعل الاصلي

والشارك؟

للإجابة على ذلك السؤال توجد نظريات في هذا الشأن<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ حسن عبد الحكم - المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الجسمال - مرجع سابق ص52 وما بعدها.

<sup>2</sup> - د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص434 وما بعدها.

- د/ عبد الحميد أحمد شهاب، نظرية الفاعل المعنوي، مرجع سابق، ص38 وما بعدها.

- د/ حسن عز الدين الدياب، الفاعل المعنوي، مرجع سابق، ص22 وما بعدها.

- د/ محمد يوسف عبد ربه، الفاعل المعنوي للجريمة، مرجع سابق، ص14.



الأولى النظرية الموضوعية: تميز بين المساهم الاصيلي والشريك بناء على الركن المادي للجريمة ومدى خطورته على المصلحة التي يحميها القانون، فالعمل الاكثر خطورة على المصلحة التي يحميها القانون يكون مقترفه فاعلاً أصلياً والعمل الاقل خطورة يكون مقترفه شريكاً، واختلفوا في شان تحديد معيار التفرقة بين عناصر الركن المادي.

وذهب البعض الاخر: ان التمييز بين الفاعل الاصيلي والشريك يرجع إلى علاقة السببية فكل من يقترف فعلاً يعد سبباً للنتيجة يعد فاعلاً أصلياً، ومن يرتكب فعلاً يعد شرطاً للنتيجة فهو شريك.

النظرية الثانية: النظرية الشخصية: يذهب أنصار هذه النظرية في شان التمييز بين الفاعل الاصيلي على اساس الحالة النفسية للمساهم، فالمساهم الاصيلي من يكون لديه نية الفاعل بينما الشريك تتوافر في حقه نية الشريك، وانقسموا ببيان المقصود بنية الفاعل الى فريقين:

الفريق الأول: قالوا بفكرة المصلحة فالفاعل الاصيلي هو من يسعى لارتكاب الجريمة من اجل مصلحته الخاصة بينما الشريك يسعى لتحقيق مصلحة غيره.

الفريق الثاني: يقول بفكره الارادة فالفاعل الاصيلي اتجهت ارادته لاكتساب صفة الفاعل الاصيلي بينما الشريك اتجهت ارادته لمجرد الاشتراك.

وبناءً على هذه النظرية: إذا كان ب اتجاه ارادته الى كونه شريك او اراد  
مصلحة أ فيكون شريكاً، بينما أ يكون فاعلاً أصلياً.

بعد استعراض كلا من النظريتين الموضوعية والشخصية نجد ان النظرية  
المقبولة والاكثر واقعية ومنطقية هي النظرية الشخصية اما الموضوعية فتفتقر الى  
الموضوعية لاعتمادها على الإرادة والاخيرة ذات مكنون داخلي من الصعب  
الكشف عنها او عن نوايا الشخص مقترف العمل الاجرامي.

ومن الجدير بالذكر ان بعض انواع كيانات الذكاء الاصطناعي يمكن  
برمجته للقيام بمهام معينة ثم يعاد برمجته عن طريق الحساسات للقيام بمهام  
اخرى، فاذا برمجها شخص للقيام بمهام مباحة كالعمل في المصانع والشركات  
وغيرها، ثم اعاد مالكاها برمجتها لارتكاب جرائم معينة فالمسؤولية هنا تقع على  
عائق مالكاها وتنتفي المسؤولية على من برمجها لأغراض مباحة، ولذا تقول محكمة  
النقض: "ان الاشتراك بالمساعدة لا يتحقق الا إذا ثبت ان الشريك قصد الاشتراك  
في الجريمة وهو عالم بها"<sup>1</sup>.

انتفاء الصفة الخاصة او القصد الخاص لدى المنفذ:

---

<sup>1</sup> - نقض 1955/1/11، مجموعة أحكام النقض س6 رقم 144 ص439.

- أ/ نسرين عبد الحميد، المُحرض السوري، مرجع سابق، ص37 وما بعدها.

الجرائم الخاصة: عرف الفقه الالمانى والسويسرى الجرائم الخاصة بانها تلك التي تشترط في فاعلها صفة خاصة او قصد جنائياً خاصاً، وهي من نوعين:

1. جرائم خاصة من الناحية الموضوعية: وهي التي تشترط في فاعلها صفة خاصة أي لا تقع الجريمة بدونها. ويقال عندئذ بان مواد قانون العقوبات التي تعاقب على هذه الجرائم لا تخاطب الا اصحاب هذه الصفة، وهم وحدهم الذين يمكن اعتبارهم مخالفين لهذا القانون. مثال ذلك، جريمة الرشوة التي لا تقع إلا من موظف عام او من في حكمه.

2. جرائم خاصة من الناحية الشخصية: وهي التي تشترط في فاعلها قصداً جنائياً خاصاً، أي لا تقع الجريمة بدونه. مثال ذلك جريمة التزوير، اذ يتطلب فيها قصداً خاصاً، هي نية استعمال المحرر المزور فيما زور من اجله وجريمة البلاغ الكاذب، اذ يتطلب القانون فيها قصداً خاصاً الاضرار بالمبلغ ضده.

وتؤدي الصفة الخاصة او القصد الخاص للفاعل في هذه الجرائم دوراً مزدوجاً:

أ كعنصر في نموذج الجريمة: تعد الصفة شرطاً مفترضاً في بعض الجرائم مثل صفة الموظف في جريمة الرشوة وصفة الزوج في جريمة قتل الزوجة وعشيقها عند تلبسهما بالزنا. كما يعد القصد الخاص عنصراً في الركن المعنوي في بعض الجرائم مثل التزوير والبلاغ الكاذب.

ب كظرف في الجريمة: وقد يكون الظرف مشددا مثل صفة الخادم في السرقة، او القصد في بعض جنایات الاعتداء على امن الدولة من جهة الخارج<sup>1</sup>.

## رأي الباحث

اذا كان المشرع تطلب في بعض الجرائم صفات خاصة يتعين توافرها في الجاني ولا تقع الجريمة بدونها كاشتراط صفة الموظف العام في جريمة الرشوة، او صفة الخادم في جريمة السرقة حتى يعد الظرف مشددا في جريمة السرقة كذلك فانه يتعين على المشرع المصري وفقا للتطور التكنولوجي السريع ووجود حاليا الروبوت والانسان الالي واستخدامه في جميع مناحي الحياة فانه لابد من قيام المشرع المصري والاجنبي بإصدار تشريع فوري وعاجل بإصدار تشريع عقابي على مستخدم او مبرمج او على المالك وذلك في حالة استخدامه الذكاء الاصطناعي في اعمال قتل وسرقة او ضرب او اتلاف ممتلكات وغيرها وتشديد العقاب على المتسبب في ذلك حيث ان المشرع المصري لا يعاقب الا الاشخاص الطبيعيين كذلك يتعين منح الشخصية الاعتبارية والمعنوية لكيانات الذكاء الاصطناعي وكذلك كما هو متبع في بعض الدول العربية كدولة الامارات العربية المتحدة وتعتبر دوله الامارات العربية المتحدة من اول الدول العربية والعالمية التي

---

<sup>1</sup> - د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص768 وما بعدها.

- أ/ نسرین عبد الحمید، المٌحرض السوري، مرجع سابق، ص37 وما بعدها.

تعطي اهتماماً خاصاً بالذكاء الاصطناعي حيث استحدثت وزارة جديدة باسم الذكاء الاصطناعي تعمل على تحقيق استراتيجية الإمارات للذكاء الاصطناعي وأدراجه في جميع المجالات بالدولة حيث يتم استخدام كيانات الذكاء الاصطناعي في جميع مناحي الحياة من زراعة وصناعة وتجارة ودور مسرح وسينما<sup>1</sup>.

أما في المملكة العربية السعودية فقد ظهر في الأفق في أواخر ٢٠١٧ الروبوت الآلي صوفيا<sup>2</sup> والتي كانت حديث العالم اجمع، وقامت المملكة العربية السعودية بإعطائها الجنسية السعودية ومنحها جواز سفر أيضاً، حيث كانت حدثاً تاريخياً لأنها أول إنسان آلي يحصل على جنسية دولة وايضا جواز سفر<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> موقع البرنامج الوطني للذكاء الاصطناعي بدولة الإمارات العربية المتحدة:

<https://ai.gov.ar/ar/about-us-ar/>

<sup>2</sup> <https://www.hansonrobotics.com/sophia/>

<sup>3</sup> <https://www.dw.com/en/saudi-arabia-grants-citizenship-to-robot-sophia/a-41150856> Accessed 28 Mar. 2019.

اقرأ أكثر عن الروبوت صوفيا من خلال هذا الموقع؛ تمت زيارته بتاريخ 19 إبريل 2019.

## المطلب الثاني

التكييف القانوني للجرائم التي ترتكب بواسطة كيانات الذكاء

الاصطناعي في الشريعة الإسلامية

من الجدير بالذكر ان كيانات الذكاء الاصطناعي المعروفة حالياً في العصر الحديث والتي تم اكتشافها في القرن العشرين موجودة في العصور الإسلامية اي قبل بعثة الرسول عليه الصلاة والسلام ولكن بمسميات مختلفة فعلى سبيل المثال يعد القتل بالإكراه احدى صور كيانات الذكاء الاصطناعي الموجودة في وقتنا الحالي فقيام شخص بإكراه شخص اخر على إكراه بتقديم الطعام مسموم لشخص آخر وقتله او تسبب في تسمية ذلك يعد قتل بالتسبب يأخذ حكم جرائم الذكاء الاصطناعي بالتسبب: كمن حفر بئراً في طريق عام دون اذن من السلطات وتغطيتها بحيث يسقط المار فيها ويموت، وشهادة زور على برئ بالقتل، فالملكية يرون وجوب القصاص بالسبب، اذا قصد المتسبب احداث الضرر، وهلك المقصود المعين بالسبب المتخذ، كما في حالة الحفر ورجوع الشهود عن شهادتهم، والاكراه، فلا يسأل القاتل باعتباره قاتلاً عمداً إلا إذا قصد شخصاً معيناً بفعله وهلك هذا المعين، فإن قصد غير فلا يسأل باعتباره قاتلاً متعمداً، وإنما يُسأل عن القتل الخطأ؛ حيث ان يتعين توافر الكيان المادي للجريمة والمعنوي ايضاً.

الركن المادي لجرائم كيانات الذكاء الاصطناعي: اي المظهر الخارجي او الكيان المادي للجريمة كما حدده القانون، فعندما يغادر الفعل منطقة النوايا إلى حيز التنفيذ فهو اذن المظهر الخارجي او الفعل المادي<sup>1</sup>.

ويتكون هذا الركن من ثلاثة عناصر: السلوك الاجرامي، والنتيجة، وعلاقة السببية ما بين السلوك والنتيجة، ونتناول هذه العناصر بشيء من التفصيل على النحو الاتي:

(1) السلوك الاجرامي: وهذا العنصر من عناصر الركن المادي للجريمة يعد من اهم العناصر؛ حيث انه يمثل العامل المشترك بين كل الجرائم سواء كانت التي تتعلق بالجريمة التي يكفي لتحقيقها السلوك فقط كجريمة حمل السلاح بدون ترخيص لروبوت مبرمج على القتل، او الجريمة التي تتطلب لقيامها ضرورة تحقق نتيجة.

وقد تقع الجرائم بواسطة كيانات الذكاء الاصطناعي على علم النفس، وهي من جرائم القصاص المجرمة ودليلها الشرعي قوله تعالى: **لِيَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ**

---

<sup>1</sup> محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص239/2/1؛ الأستاذ/ عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص12/2.

مِنْ أَحِبِّهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ  
فَمَنْ أَعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ<sup>1</sup>.

(2) النتيجة الاجرامية: وهي عبارة عن التغيير الذي يطرأ على العالم الخارجي كاتر للسلوك الاجرامي، فالنتيجة حقيقة مادية ملموسة لها كيانها الخارجي وهذا هو الاتجاه المادي في مفهوم النتيجة، فالنتيجة وفقاً لهذا الاتجاه لا تكون عنصراً في جميع الجرائم، ولكن لها كيانها الملموس المحسوس كما هو الحال في جرائم القتل والسرقه فيتطلب المشرع وفقاً لهذا الاتجاه ازهاق الروح بالنسبة للقتل، وانتقال الحياة بالنسبة للسرقه.

ونجد هذا المفهوم في الفقه الاسلامي: ففي جريمة القتل يشترط حتى تكون الجريمة قائمة ان تزهرق روح المجني عليه، وان يكون القتل نتيجة لفعل الجاني، وان يكون من شان هذا الفعل احداث الموت، فان كان القتل نتيجة لفعل لا يمكن نسبته الى الجاني او لم يكن فعل الجاني ما يحدث الموت فلا يمكن اعتبار الجاني قاتلاً<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 178.

<sup>2</sup> د/ عبد الوهاب البطراوي، شرح قانون الجنائي المقارن الليبي والمصري والعراقي والأردني) القسم الخاص، ط: دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1997، ص346.



3) علاقة السببية وهي عبارة عن الرابطة بين السلوك الإجرامي والنتيجة؛ أي أن ارتكاب هذا السلوك هو الذي أدى إلى حدوث تلك النتيجة، وعلاقة السببية كأحد عناصر الركن المادي تقتصر على فئة محددة من الجرائم والتي يتطلب القانون وقوع نتيجة إجرامية معينة أي تغيير في العالم الخارجي كجريمتي القتل والسرقة، أما الجرائم المتعلقة بالسلوك المجرد فلا يدخل في ركنها المادي ضرورة توافر نتيجة معينة فيكفي وجود السلوك فقط كجريمة حمل السلاح بدون ترخيص<sup>1</sup>.

وفي الفقه الإسلامي نجد هذا المعنى وهذه الرابطة فإذا أطلق شخص الرصاص على آخر فقتله فعلاقة السببية هنا هو السلوك المتمثل في إطلاق الرصاص والذي أدى إلى نتيجة إزهاق روح المجني عليه، وإذا شق شخص بطن إنسان ميت أو فصل رأسه من جسده بقصد قتله وهو لا يعلم أنه ميت فإنه لا يعد قاتلاً لأن الموت لم ينشأ عن فعله ولأن الفعل كان بعد أن فارق الميت الحياة فاستحال قتله ولكنه يعاقب لأنه استحل حرمة ميت<sup>2</sup>.

وتطبيقاً لذلك إذا تعمد صاحب اليد جناية الحيوان كما لو أرسل حيوانه العقور إلى أحد ليقنله أو ألقى عليه أفعى أو نحوها مما يفضي إلى القتل غالباً

---

<sup>1</sup> د/ علي القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة المسؤلية والجزاء الجنائي، مطبعة دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2008، ص266 وما بعدها.

<sup>2</sup> د/ محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص241 وما بعدها.

وتقديم مسموم لغير عالم فتأوله ومات فيقتص من المُقدم إن علم أنه مسموم<sup>1</sup>؛ بل لو حصل القتل بوسيلة معنوية يكون الضمان على المتسبب، كمن شهر سيفاً في وجه إنسان فمات رعباً ومن تغفل إنسان وصاح به قاصداً قتله فمات مذعوراً أو سقط لفرعه من مرتفع ومات من سقطته ومن ألقى على إنسان حية فمات رعباً وكذلك من دلى إنساناً من شاهق فمات من روعته قبل أن يضربه بسيف أو يتركه ليسقط على الأرض، فالقتل في هذه الأحوال عمد عند المالكية مادام الجاني قد تعمد الفعل على وجه العدوان، ولم يقصد منه اللعب أو المزاح، فإن قصد اللعب أو المزاح فالقتل خطأ<sup>2</sup>.

الركن المعنوي لجرائم الذكاء الاصطناعي القصد الجنائي: وهو عبارة عن الرابطة النفسية بين ماديات الجريمة وإرادة الجاني.

فالركن المعنوي يتمثل في العناصر النفسية لماديات الجريمة وتعتبر الإرادة والعلم عناصر الركن المعنوي، فإذا وجدت الإرادة وجد الركن المعنوي وإذا انعدمت

---

<sup>1</sup> بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض الدميري الدمياطي المالكي، الشامل في فقه الإمام مالك، ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمه التراث، الطبعة الأولى، 2008، ص 880 وما بعدها.

<sup>2</sup> أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ط: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة الثانية، 1980، ص 1124 وما بعدها.

الإرادة انعدم الركن المعنوي<sup>1</sup>، ويختلف دور الإرادة بالنسبة لماديات الجريمة أو الأفعال التي يأتيتها الشخص فمن وجه إرادته نحو ارتكاب فعل معين وأراد النتيجة فهذا هو العمد القصد الجنائي وإن أراد الفعل دون النتيجة فهو الخطأ غير العمدي، وقد تتجه الإرادة نحو ارتكاب فعل معين لتحقيق نتيجة معينة ولكن تتخلف النتيجة ويترتب على هذا الفعل نتيجة أخرى، كمن يقصد ضرب شخص ولكن يفضي الضرب إلى الوفاة، ويطلق على الركن المعنوي في هذه الحالة القصد المتجاوز أو القصد المتعدي<sup>2</sup>، فيتعين أن يتوافر في جرائم الذكاء الاصطناعي بجانب ركنها الشرعي والمادي الركن المعنوي وهو القصد الجنائي حتى تدخل في نطاق التأثيم وتخضع للعقاب، والقصد الجنائي في جرائم الذكاء الاصطناعي يكون متوافراً بتوافر علم الجاني بأن ما يبرمجه هو إنسان آلي بدافع القتل أو السرقة، أو أي غرض من أغراض الإجرام الممنوعة والمعاقب عليها قانوناً، فإذا دفع المتهم بأنه لا يعلم بأن ما يصنعه ويبرمجه بغرض الإجرام فينتفي القصد الجنائي في هذه الحالة.

---

<sup>1</sup> د/ أحمد إبراهيم مصطفى، الإرهاب والجريمة المنظمة، التجريم وسبل المواجهة، ط: دار الطلائع، 2006، ص39.

<sup>2</sup> د/ محمود العدلي، الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات في ضوء أحكام الفقه وأحكام النقض، ط: النجم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2000، ص70.

## رأي الباحث

وخلاصة القول إن جريمة الذكاء الاصطناعي يمكن أن تقع في الشريعة الإسلامية سواء كان القتل بالوسائل المادية أو بالوسائل المعنوية، حيث إنه طبقاً لفقهاء الشريعة الإسلامية فقرأوا وقوع الجريمة عن طريق كيانات الذكاء الاصطناعي حيث أنها وسيلة استخدام، فكيانات الذكاء الاصطناعي أداة في يد الجاني إذا قام باستخدام ذلك الكيان فأصابه وقتله فإنه يُسأل عن جريمة قتل عمدية الشخص المستخدم الألة وليست الألة؛ أما إذا استخدم الألة فأصابه خطأ فإنه يُسأل عن إصابة خطأ.

## المبحث الخامس

### العقوبات المقررة للجرائم التي ترتكب بواسطة كيانات الذكاء الاصطناعي

#### تمهيد وتقسيم

يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية هو الأساس في القانون الجنائي، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني حيث لا نستطيع تجريم سلوك ولا نستطيع معاقبة شخص على فعل ارتكبه إلا إذا كان مُجرماً في القانون، ولذلك فإن مواكبة كافة التشريعات للتطور في الذكاء الاصطناعي ضرورة ملحة<sup>1</sup>.

ووفقاً لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على القانون فإن القاعدة الجنائية يتصور أن تأخذ شكل القانون أو صور أخرى، قرارات جمهورية لها قوة القانون أو حتى لائحة تصدر من قبل السلطة التنفيذية؛ وبمعنى آخر لم يعد التجريم والعقاب حكراً على المشرع إذ من المتصور أن يجرم رئيس الدولة أو السلطة التنفيذية وقائع لم تكن مُجرمة من قبل أو يقرر لها عقاباً<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/ محمود أحمد طه، شخصية العقوبة، طبعة 1992، ص227 وما بعدها.

<sup>2</sup> د/ محمود أحمد طه، شرح قانون العقوبات القسم العام، الجزء الأول اللامشروعية الجنائية، بدون تاريخ نشر، مطبعة دار النيل للطباعة بالمنصورة، ص105 وما بعدها.

لم يعد الإنسان وحده محلاً للمساءلة الجنائية، بل شاركه في تحمل المسؤولية كيان آخر مستقل عنه - وإن كان الإنسان جزءاً منه - الذي عدّه البعض افتراضاً فيما عدّه البعض الآخر حقيقة واقعية ألا وهو كيانات الذكاء الاصطناعي؛ لمن تحدثه نفسه باقتراف الجرائم، وتختلف الجرائم المرتكبة بواسطة كيان الذكاء الاصطناعي حيث نوع الجريمة والشخص مسخر كيان الذكاء الاصطناعي؛ لذا تختلف أنواع العقوبة المقررة لكل جريمة، وفي هذا المبحث سنتناول العقوبات التي توقع على مالك تقنيات الذكاء الاصطناعي، وعلى كيان الذكاء الاصطناعي نفسه، وعلى مستخدم تقنيات الذكاء الاصطناعي، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي.

## المطلب الأول

### عقوبات توقع على المصنع أو المبرمج لكيان الذكاء الاصطناعي

مما لا شك فيه إن مُصنع تقنيات الذكاء الاصطناعي هو الذي ينتج تلك التقنيات وبالتالي هو المتحكم الوحيد في وضع أنظمة تشغيلها والتي يجب توافر ضوابط معينه بها، فيجب توافر نوع من أنواع التحكم والتي قد نحتاجها من أجل السلامة والأمان في حالة خروج تلك التقنية عن السيطرة، حيث أن تقنيات الذكاء الاصطناعي تقوم على التعلم الذاتي وقريباً ستصل لمرحلة التفكير الذاتي واتخاذ القرارات، وكما أن هناك الصالح والمجرم من البشر فمن المتوقع وجود نفس الصفات في الآلات، ولذلك يجب عدم إطلاق الحرية الكاملة لتلك التقنيات بدون ضوابط<sup>1</sup>.

هناك نوع جديد آخر من الجرائم سوف ينتج عن تقنيات الذكاء الاصطناعي منها ما يتعارض مع القيم والتقاليد والآخر يتعارض مع الدين، ففكرة أن تكون قادراً على العيش إلى ما بعد موتك الطبيعي تعتبر من الموضوعات التي يتم إنجازها عن طريق الذكاء الاصطناعي، فعن طريق إدخال تلك التقنيات إلى جسد إنسان ميت يستطيعون التحكم في الجسد واستبدال الأعضاء وجعل الإنسان

---

<sup>1</sup> Dr. Adrien Bonnet, La Responsabilité dufait de l'intelligence Master de Droit privé general divigé paryves lequtte Université: PANTHÉON-ASSAS, 2015, P.113.

يعيش مرة أخرى بعد وفاته، ولذلك يجب بحث تلك الموضوعات ومعرفة إلى أي مدى وصل العلم فيها، لمعرفة مدى توافق ذلك مع ديننا ومع قيمنا المجتمعية، حتى نستطيع تحديد هل يجوز إباحتها أم يجب تجريمها<sup>1</sup>.

ومن الجرائم التي تقع بواسطة كيان الذكاء الاصطناعي ويعاقب عليها المشرع المصري بالسجن جريمتي الضرب والجرح المُفضي إلى الموت، فإذا استخدم شخص كيان ذكاء اصطناعي وبرمجة على جرح إنسان، أو ضربه فأُضِي ذلك إلى موته، يعاقب بالسجن المشدد أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع سنوات وذلك طبقاً لنص المادة 236 من قانون العقوبات المصري؛ إما إذا كانت الجريمة الواقعة بواسطة كيان الذكاء الاصطناعي قد أفضت إلى عاهة مستديمة فالعقوبة تختلف فكل ما أحدثت بغيره جرحاً أو ضرباً نشأ عنه قطع أو انفصال عضو أو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشأ عنه عاهة مستديمة يستحيل برؤها فقد قررت المادة 240 من قانون العقوبات المصري على العقاب بالسجن من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات؛ إما إذا كان الضرب أو الجرح صادراً مع سبق إصرار أو ترصد أو تربص فيحكم بالسجن المشدد من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات.

---

<sup>1</sup> Maggi Savin–Baden, David Burden, Post digital Science and Education, Springer International Publishing, 2019, P.88.



العقوبات الأصلية: هي التي يحكم بها بصفة أساسية ولا يكون الحكم بها معلقاً على الحكم بعقوبة أخرى، وهي في التشريع العقابي المصري قد تكون سالبة للحياة كالإعدام؛ أو سالبة للحرية كالسجن المؤبد والمشدد والسجن والحبس<sup>1</sup>؛ أو عقوبة مالية كالغرامة أو الإيداع في الإصلاحيات ومراقبة البوليس في حالات محددة منصوص عليها في الفقرة الأولى من المادتين الثانية والسادسة من القانون رقم 98 لسنة 1945 الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم، والإيداع في مؤسسات العمل بالنسبة لمعتادي الإجرام طبقاً لما نص عليه المشرع في المادتين 52 و53 عقوبات.

ومن الجدير بالذكر أن كيان الذكاء الاصطناعي وكما هو معلوم يتم استخدامه في المجال العسكري كالتخلص من المتفجرات، ومحاصرة الأماكن للعثور على الأجهزة التفجيرية يدوية الصنع والألغام وإبطال مفعولها<sup>2</sup>، ويمكنها توجيه الأجسام التي لم تنفجر للفحص والتفجير في الوقت المناسب كما تستخدم الطائرات

---

<sup>1</sup> ألغى المقتن المصري عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة، واستعاض عنها بالسجن المؤبد إذا كانت العقوبة مؤبدة، وبالسجن المشدد إذا كانت العقوبة مؤقتة، وذلك بموجب القانون رقم 95 لسنة 2003 بشأن إلغاء القانون رقم 105 لسنة 1985، أنظر في ذلك د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص387 وما بعدها.

<sup>2</sup> Maggi Savin-Baden, David Burden, Post digital Science and Education, Springer International Publishing, 2019, P.88.

بدون طيار في رصد تحركات العدو والعثور على المتفجرات المخبئة وغيرها من المهام، فإذا الحق مصري مثل هذه الأنواع من كيان الذكاء الاصطناعي للقوات المسلحة المعادية لمصر في حالة الحرب فإنه يحكم عليه بالإعدام، وكذلك الجنايات المضرة بأمن الدولة من جهة الداخل كتكوين عصابات مكونة من أجسم على شكل إنسان آلي أو غيره تهاجم السكان أو تقاوم بالسلاح رجال السلطة العامة، واستخدام الجسمال في جنایات القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد المادة 230 عقوبات، والقتل العمد بالسلم مادة 233 عقوبات، والقتل العمد المقترن بجناية المادة 3/234 عقوبات والمادة 295 عقوبات، واستخدام جهاز آلي في الحريق العمد الذي ينشأ عنه موت شخص في المكان المحترق، فكل هذه الصور السابقة التي ذكرناها إذا ارتكبت يُحكم على فاعلها بالإعدام، ولكن من هو الفاعل الحقيقي في هذه الصور السابقة؛ هل هو كيان الذكاء الاصطناعي أم الشخص الموجه لها؟ لا شك أن الشخص الطبيعي هو الفاعل الحقيقي لهذه الجرائم وما الذكاء الاصطناعي إلا واسطة.

كذلك قد يقوم المبرمج أو المُصنع لكيان الذكاء الاصطناعي كما يحدث في وقتنا الراهن عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي أو ما يعرف بالفيس بوك<sup>1</sup>؛

---

<sup>1</sup> مواقع التواصل الاجتماعي هي مواقع موجوده على الشبكة العنكبوتية وتتيح لمستخدميها التعرف على بعضهم البعض وتكوين صداقات وتبادل المعرفة والمنفعة من خلالها، ومن أشهر تلك المواقع: Facebook, Twitter, Instagram

فالفيس بوك يستخدم مثل باقي المواقع الإلكترونية من أجل تحقيق أهداف معينة كالتأكد من شخصية المستخدم، والحفاظ على أمان الحساب، وتحديد تفضيلاته، ومعرفة موقعة، وتحليلات البحث، وغيرها من الأشياء الأخرى التي يستطيع معرفتها من خلال ملفات تعريف الارتباط<sup>1</sup>، ولا يستطيع الحصول على تلك الملفات إلا بموافقة المستخدم، كما أن استغلالها مقتصر عليه فقط ولا يجوز له مشاركتها.

وما يؤكد حديثنا السابق بشأن قيام الفيس بوك باستغلال بيانات المستخدمين ومشاركتها مع شركات أخرى، مؤخراً اكتشف الباحثون أن الفيس بوك يعمل على جمع سجلات بيانات المكالمات والرسائل النصية الموجودة بهواتف المستخدمين، وقامت الشركة بنفي هذا الأمر حيث ذكرت أن تسجيل المكالمات عبارة عن ميزة متاحة لمستخدمي Messenger<sup>1</sup> ومتاح فقط على هواتف نظام الأندرويد ومن الممكن إيقاف تشغيل هذه الميزة.

---

<sup>1</sup> بالإنجليزية Cookies وتعرف أيضاً باسم سجل التتبع أو سجل المتصفح، وهو قطعة نصية صغيرة مخزنة على متصفح النظام تحتوي على ما قام به صاحب النظام من بحث وتفضيلات وتسوق وغيرها الكثير .

<sup>1</sup> تطبيق Messenger هو برنامج داخلي لإجراء مكالمات صوتية ومحادثات كتابية تابع للفيس بوك.

لا توجد خدمة بدون مقابل، فإذا كانت الخدمة مجانية فأعلم أنك أنت المقابل، وهذا ما يفعله الفيس بوك حيث لم يقتصر الأمر على ملفات تعريف الارتباط التي يأخذها من متصفح المستخدم، بل وصل الأمر إلى قيامه بفلتره المكالمات الصوتية والمحادثات الكتابية التي يقوم بها المستخدم للعثور على الكلمات التي تمثل اهتماماته من أجل استخدامها في أغراض إعلانية، وتقديم محتوى يتوافق مع اهتماماته؛ فكثير من الأفراد لاحظ أنه بمجرد الحديث مع الآخرين عن اسم علامة تجاربه معينة أو رغبته في تناول نوع معين من الحلويات تظهر له إعلانات تلك العلامة التجارية التي ذكرها علي الفيس بوك؛ فكل هذا يعد تجاوزات يقوم بها الفيس بوك تنتهك خصوصية المستخدم وتشكل جرمًا جنائيًا<sup>1</sup>.

وبناءً على ذلك فإن المبرمج أو المُصنع ليكون الذكاء الاصطناعي الفيس بوك أي من قام ببرمجة هذه الآلة وجعلها تنتهك خصوصية الغير مسئولاً عن هذا كله؛ حيث أن العقوبات التي توقع على مُصنع أو مبرمج تقنيات الذكاء الاصطناعي يمكن أن تدرج جسامتها طبقاً لجسامة الجريمة المرتكبة من قبل تلك التقنيات، والتي إن أهملها المُصنع عند وضعه لضوابط التحكم فيها لمنعها من ارتكاب الجرائم، فلا مانع من توقيع عقوبات تدرج من الإعدام للسجن المؤبد أو

---

<sup>1</sup> المادة الثانية من القانون 175 لسنة 2018 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

المشدد أو السجن أو الحبس أو الغرامة، تبعاً لدرجة خطورة وجسامة الجريمة والضرر الناتج عنها.

ولذلك نوصي بتعديل التشريعات الحالية أو سن تشريع جديد مختص بجرائم الذكاء الاصطناعي لكي ينص على العقاب بالنسبة لمُصنع الذكاء الاصطناعي عند انتهاكه لمعايير الجودة؛ وتختلف المسؤولية تبعاً لنوع المسؤولية عمدية أو مسؤولية غير عمدية.

أولاً: في حال تسريب بيانات المستخدمين عن طريق اختراق أمني تعرض له الموقع تكون المسؤولية الواقعة على عاتق مبرمج الفيس بوك وتكون مسؤولية جزئية غير كاملة حيث أن الاختراق تم بدون قصده عن طريق استغلال ثغرات أمنية وبالتالي المسؤولية هنا تقع على من قام بالاختراق والحصول على تلك البيانات<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> لا تزال فضيحة الفيس بوك تستحوذ على اهتمام الناس خاصة مع الكشف عن المزيد من الأخبار المقلقة لمستخدمي الموقع والتي كان آخرها تصريحات لبعض المؤثرين في مجال صناعة التكنولوجيا تعليقاً على تسريب بيانات مستخدمي موقع فيس بوك لصالح شركة كامبريدج أناليتيكا وهي شركة استشارية عملت في حملة دونالد ترامب الانتخابية لعام 2016 حيث طالب كل من الرئيس التنفيذي لشركة آبل والمديرة التنفيذية لأي بي أم بمزيد من الإجراءات لحماية البيانات الشخصية للمستخدمين؛ كوك علق على فضيحة فيس بوك قائلاً إن الموقف كارثي ومخيف للغاية واصفاً الحدث بالجلال كما شدد على ضرورة وضع لوائح وتنظيمات أكثر صرامة لحماية المستخدمين؛ راجع:

ونجد في الفقه الإسلامي إذا تعمد شخص قتل آخر بوسيلة كالجسمال يعد قاتلاً قتلاً عمداً يوجب القصاص من الجاني، وبناءً على مجموع كلام الأئمة الأربعة في الفعل القاتل نستطيع أن نستنتج أن القتل باستخدام الجسمال يوجب القصاص في حالة القتل العمد، فالإمام أبو حنيفة يشترط أن تكون أداة القتل ما يقتل غالباً ولألة المعدة للقتل عنده هي كل آلة جارحة أو طاعنة ذات حد لها مور في الجسم سواء كانت من الحديد أو النحاس أو الخشب أو غير ذلك كالسيف والسكين والرمح والإبرة وما إلى ذلك.

وإذا تعمد الجاني قطع الطريق بوسيلة كالجسمال وتخويف الناس وسرقة أموالهم وقتلهم فإنه يكون محارباً ويطبق عليه حد الحرابة لقوله تعالى:

---

– <https://epiv.org/privacy/facebook/cambridge-analytica/> Accessed 1 APR. 2019.

– <https://telegraph.co.uk/technology/2019/04/03/millions-facebook-user-reccords-exposed-data-breach> Accessed 4 Apr. 2019.

– <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambride-analytica-scandal-fallout.html> Accessed 4 Apr. 2019.

{إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ} <sup>1</sup>.

وقد تصل عقوبة التعزيز إلى القتل كأن يحكم على الشخص الخائن الذي يرسل معلومات وبيانات تتعلق بأمن الدولة إلى دول أخرى عن طريق الجسمل مثلاً.

والجسمل اصطلاحاً هو عبارة عن آلة تتحرك أوتوماتيكياً، بأوامر بشرية مصنوعة على هيئة من الهيئات، لها جرم مستقل يشغل حيزاً من الفراغ <sup>2</sup>.

كذلك عدم استخدام شخص أنظمة حماية كافية لحفظ بيانات مستخدميه، حيث يقع على عاتق من يحصل على بيانات متعلقة بخصوصية شخص يحافظ عليها ولا يتركها تقع في يد شخص آخر غير مصرح له بالحصول على تلك البيانات، فإنه يكون مسئول عن ذلك.

---

<sup>1</sup> سورة المائدة، الآية 33.

<sup>2</sup> د/ محمود جمال محمد محمود عبد المقصود، الجسمل وما يتعلق بها من أحكام فقهيه، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الثاني والثلاثون ملحق للجزء الأول، 2017، ص72.

ثانياً: في حال تسريب بيانات المستخدمين بموافقة الفيس بوك: كأن يقوم مبرمج الفيس بوك ببيع بيانات المستخدمين لشركات أخرى، فيكون هنا مسئول مسؤولية كاملة ومرتكباً لجريمة انتهاك الخصوصية والتي نص عليها القانون<sup>1</sup>.

كذلك إذا قام مبرمج الذكاء الاصطناعي على القيادة مما تسبب ذلك في القتل؛ مثال ذلك إذا تم برمجة كيان الذكاء الاصطناعي على القيادة فتسبب في قتل أحد الأشخاص عن طريق مخالفته للوائح والقوانين، فقد نص المشرع على تجريم القتل الخطأ في المادة 238 عقوبات معدلة بالقانون 120 لسنة 1962 بقوله من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عنه ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> يمكن الاطلاع على سياسة الاستخدام المتعلقة بالفيس بوك من خلال الرابط

<https://www.facebook.com/policies>

<sup>2</sup> د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص365 وما بعدها.



## المطلب الثاني

### عقوبات توقع على كيانات الذكاء الاصطناعي

في وقت قصير جداً ستشارك البشرية موطنها مع الذكاء الاصطناعي بدرجة أعلى من النمو والتي ستتجاوز خصائصه المعرفية القدرات المقابلة للإنسان لا سيما إدراك المعلومات والتعرف على الأشياء وتصنيفها وإبداعها وتوليد معارف جديدة وتقييم الوضع واختيار الاستراتيجية المثلى وتكتيكات العمل وإصدار بيانات القيمة واستقلالية صنع القرار والذاكرة كحفظ كامل لجميع المعلومات الواردة أو إشارات ... إلخ.

وبالتالي سيحدث تطور للقانون الجنائي أيضاً يعزي إلى الوعي الكامل للذكاء الاصطناعي ASI في مبادئ البناء والمعالجة والدارسة الذاتية والتطوير الذاتي والتحسين الذاتي وفي نهاية المطاف سيتم إنشاء حالة من الغياب لأسباب واقعية وقضائية لمسئولية مطور الذكاء الاصطناعي ASI، الشركة المصنعة أو مستخدم أو الذكاء الاصطناعي نفسه<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> نيك بوستروم، كم من الوقت قبل الذكاء الفائق؟ جامعة أكسفورد، دراسات المستقبل، المجلد 2، 1998.

وبتلك القدرات العالية للذكاء الاصطناعي نجد أنه وإن لم يكن متصور في الوقت الحالي فمن المتصور مستقبلاً ارتكاب جرائم بإرادة حرة منفردة دون تدخل من مالك تلك التقنيات ودون خطأ أو تقصير من مُصنعاها، وبحكم أن المسؤولية الجنائية شخصية فلا يجوز توقيع عقاب على المالك والمُصنع لعدم مسؤوليتهما الجنائية عن تلك الجرائم<sup>1</sup> فتظهر إشكالية جديدة وهي عقاب تلك التقنيات والكيانات التي تعمل بالذكاء الاصطناعي.

ونتيجة للتطور المذهل لكيان الذكاء الاصطناعي فقد يرتكب جريمة من الجرائم التي يعاقب عليها القانون؛ ويثير التساؤل عن مدى خضوع الكيانات التي

---

<sup>1</sup> قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 5572 لسنة 4 جلسة 2013/12/18م بأن من المبادئ الأساسية في العلم الجنائي ألا تزر وزر أخرى، فالجرائم لا يؤخذ بجريرتها غير جناتها والعقوبة شخصية محضة لا تنفذ إلا في نفس من أوقع القضاء عليه؛ كما قضت في الطعن رقم 21981 لسنة 60 جلسة 1992/7/26 س 43 ع 1 ص 684 ق 102 بأن العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون.

وهو ما نص عليه الدستور وبذلك يحظى هذا المبدأ بقوة دستورية الأمر الذي ينجم عنه عدم جواز تجريم سلوك أو تحديد أي عقوبة إلا بناءً على قانون. وهذا يعني أن يكون مصدر التجريم والعقاب قاعدة جنائية سنها المشرع البرلمان غالباً؛ ونادراً ما يسنها رئيس الجمهورية في صورة قرار جمهوري بقوة القانون مادة 122 و123 من الدستور) أو السلطة التنفيذية في صورة لائحة مادة 140 و144 من الدستور) غير أنه في هذه الأحوال النادرة تستند إلى تفويض دستوري أو تشريعي بذلك.

أنظر في ذلك د/ محمود أحمد طه، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

تكتسب الشخصية القانونية أو لم تكتسبها بعد للمسئولية الجنائية وأمثلتها شركة المحاصة والشركات والجمعيات تحت الإنشاء والشركات أثناء التصفية والأحزاب تحت الإنشاء.

لقد تباينت مواقف التشريعات فنجد أن التشريع الإنجليزي لا يخضعها للمسئولية متى لم يرد النص على ذلك في قانون مكتوب، فقط يُسأل الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة حتى ولو ارتكبها لصالح الكيان الذي لا يتمتع بالشخصية القانونية، بينما تخضع للمسئولية الجنائية في القانون الهولندي، في حين أن المشرع الفرنسي لا يخضعها للمسئولية الجنائية والتي يخضع لها هو الشخص الطبيعي<sup>1</sup>، وهذا المستفاد من قانون قمع التدليس والغش المصري والذي جاءت عبارته كل شخص كل شخص معنوي، وحول الأشخاص المعنوية العامة لا تخضع في القانون الإماراتي للمسئولية الجنائية، بينما تخضع في القانون الإنجليزي شريطة ألا تتصل الجريمة بأعمال السلطة العامة، ويُستفاد من عبارات قانون قمع الغش والتدليس المصري أنه يجوز مساءلة الشخص المعنوي العام إذا ارتكب جريمة واردة بهذا القانون. في حين أن القانون الفرنسي يستثني الدولة مطلقاً ويبرر الفقه ذلك في أن الدولة هي القائمة على حماية مصالح المجتمع وهي صاحبة

---

<sup>1</sup> Dr. Adrien Bonnet, La Responsabilité dufait de l'intelligence Master de Droit privé general divigé paryves lequette Université: PANTHÉON-ASSAS, P.107, 2015.

الحق في العقاب، وتخضع الوحدات الإقليمية والتجمعات كالمحافظات والمدن للمسئولية الجنائية شريطة أن تكون الجريمة ناتجة عن نشاط يكمن للوحدة الإقليمية تفويض الغير في إرادته مثل المرافق<sup>1</sup>.

وبالنظر للقوانين الحالية نجد أنها لا تعترف جميعها بتلك المسؤولية ولا تقر بتوقيع العقاب الجنائي وتقديم الذكاء الاصطناعي للمحاكمة الجنائية.

ولذلك يجب تعديل تلك القوانين وإقرار ذلك حتى لا نجد أنفسنا أمام جرائم ترتكب بدون عقاب عليها؛ أما فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية ومدى توقيع الجزاء على كيانات الذكاء الاصطناعي حاله ارتكابه لأحد الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن المؤقت أو الحبس أو العقوبات التبعية كالمصادرة أو الغرامة وغيرها، نجد أن الشريعة الإسلامية لا توقع على كيانات الذكاء الاصطناعي نفسه وإنما توقع العقوبة على من قام ببرمجته أو مالكة أو مستخدمه حال إثبات ذلك.

---

<sup>1</sup> د/ أحمد إبراهيم محمد، المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي، مرجع سابق، ص234.

– Sabine Cless, Emily Silverman, Thomas Weigend: New Criminal Law Review. Robots, Self-driving Cars, Criminal Responsibility Negligence, 2016, P.127.

## المطلب الثالث

### عقوبات توقع على مالك تقنيات كيان الذكاء الاصطناعي

من المسلم به أن مالك تقنيات الذكاء الاصطناعي بمجرد ملكيته لذلك الكيان فإنه يصبح مسئولاً عما تقترفه تلك الآلة من تجاوزات؛ لذا فإنه يتعين التفرقة بين المسؤولية العمدية والغير عمدية والتي يقترفها ملك كيان الذكاء الاصطناعي.

أولاً: الجرائم التي تحدث من مالك تقنيات الذكاء الاصطناعي عن عمد:

إذا تم تنشيط ذكاء اصطناعي من قبل مالك الروبوت لارتكاب جريمة كأن يجعل الروبوت يقتل، فإن الفعل يكون قد حقق عنصر *Reus Actus* لأن الروبوت قد ارتكب فعلاً إجرامياً بقتل شخص آخر ومالك الذكاء الاصطناعي الذي كان ينوي المسؤولية الجنائية؛ وهناك مبدأ قانوني معترف به دولياً وهو الفعل الغير واقعي وهو ما يعني أن الفعل لا يذنب إلا إذا كان العقل مذنباً؛ ويمكن أن نستنبط ذلك من خلال نماذج المسؤولية الجنائية لـ *Hallevy* وهي نماذج قانونية يُمكن من خلالها وضع الجرائم التي ترتكبها أنظمة الذكاء الاصطناعي في الاعتبار<sup>1</sup>.

وبناءً على ذلك فإنه إذا ثبتت الجريمة على مالك الذكاء الاصطناعي وأدى

ذلك إلى موت شخص آخر فإنه يحكم عليه بالإعدام.

---

<sup>1</sup> عبد الباسط محمود الجليلي، مرجع سابق، ص84.

وعقوبة الإعدام هي إنهاء حياة الجاني وذلك بإزهاق روحه شقاً؛ وعقوبة الإعدام هي العقوبة البدنية الوحيدة السالبة للحياة المنصوص عليها في القانون العقابي المصري وهي من أشد العقوبات جسامة؛ لأنها تسلب المحكوم عليه حقه في الحياة وهو أعلى ما يمتلكه الإنسان، ونظراً لخطورتها فقد قصرها المقتن العقابي على أخطر أنواع الجرائم وهي الجنايات المضرة بأمن الدولة من جهة الخارج كبرمجة الروبوت على التجسس وإرسال معلومات تتعلق بأمن الدولة إلى دولة أجنبية.

وكذلك إذا استخدم مالك الروبوت أشخاصاً غير مسئولة جنائياً وبالتالي فإذا تم تنفيذ الأعمال الإجرامية من خلال أنظمة لا تمتلك هذا الذكاء مثل الأطفال أو الحيوانات، فيعتبر الجاني بريئاً في هذه الحالة لأنها تفتقر إلى القدرة العقلية على ارتكاب جريمة صراحة، ومع ذلك فإذا تلقى الأبرياء أمراً من شخص آخر إذا أمره مالك الكلب بمهاجمة شخص ما فإن المالك عرضه للعقاب بموجب نظام القانون الجنائي ومن الممكن أن يحدث هذا التشبيه لأن الذكاء الاصطناعي ليس لديه رد فعل إيجابي ليصبح موضوعاً قانونياً، ولكن يمكن استخدامه كتشابه مثل الحالة

السابق، ثم يمكن للمبرمج أو مستخدم الذكاء الاصطناعي أن يخضع للمسئولية الجنائية إذا كان الذكاء ما هو إلا مجرد آلة استخدام فقط<sup>1</sup>.

ويقرر القانون المصري عقوبة الإعدام لصون كيان المجتمع ضد جنایات جسيمة منها ما يمس بأمن الدولة من جهة الخارج م77ع ومن جهة الداخل م89ع ومنها أيضاً القتل العمد مع سبق الإصرار أو التردد م230ع والقتل بالسم م222ع والقتل المقترن بجناية والمرتبب بجنحة م2/334 إلى غير ذلك من الجرائم الجسيمة<sup>2</sup>.

ثانياً: الجرائم التي تحدث من تقنيات الذكاء الاصطناعي نتيجة تدخل أو إهمال من قبل المالك أو المستخدم:

تعد هذه الجرائم هي الصورة الواقعية الآن، فغالباً ما تحدث جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي نتيجة تدخل خاطئ من مالك تلك التقنيات، وبسبب عدم معرفته لطريقة التعامل مع تلك التقنيات وتشغيلها فقد يعطي لها أمراً أو يعطل عنها وظيفة أمان موجودة بها لينتج عن سلوكه هذا جريمة جنائية، ففي هذه الحالة يجب

---

<sup>1</sup> د/ مدحت محمد عبد العزيز، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2008، ص 23.

<sup>2</sup> د/ أحمد إبراهيم محمد، المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي، مرجع سابق، ص294.

أن توقع العقوبة على مالك هذه التقنية لأن سلوكه هو الذي أحدث تلك النتيجة الإجرامية وتوافرت السببية بين السلوك والنتيجة وهذه العناصر الثلاثة تشكل الركن المادي للجريمة، بجانب الركن المعنوي والذي يتم بحثه لكل حالة منفصلة فيختلف الحكم إذا ارتكب المالك ذلك السلوك عن قصد جنائي أو عن خطأ غير عمدي، حيث تختلف العقوبة المقررة لكليهما<sup>1</sup>.

وقد تحدث جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي بسبب إهمال من مالك تلك التقنيات وعدم مراعاة إرشادات الأمان المرفقة بتلك التقنية مما ينتج عن سلوكه وعدم احترازه قيام تلك التقنيات بارتكاب جريمة جنائية وبالتالي ينطبق نفس الحكم في الحالة السابقة وهو المسؤولية الجنائية الكاملة لمالك تلك التقنيات؛ ويمكن فرض عقوبات على مالك تلك التقنيات تتمثل في فرض غرامة مالية كبيرة حسب الجزاء المرتكب ومدى جسامته<sup>2</sup>.

أما في الشريعة الإسلامية فإذا قام مالك كيان الذكاء الاصطناعي أو ما يطلق عليه أيضاً الجسّم باستخدامه لارتكاب جريمة قتل فإنه وينطبق هذا الوصف على الجسّم الذي أعد للقتل فإنه يكون مصنوعاً من آلة تقتل غالباً على

---

<sup>1</sup> Sabine Cless, Emily Silverman, Thomas Weigend: New Criminal Law Review. Robots, Self-driving Cars, Criminal Responsibility Negligence, 2016, P.127.

<sup>2</sup> د/ يحيى دهشان - المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي - مرجع سابق ص46.



وصف الإمام أبي حنيفة؛ والإمام مالك لا يشترط شروطاً خاصة في الفعل القاتل أو أداة القتل، فعنده أن كل ما تعمده الإنسان من ضربه ببلمة أو ببندقية أو بحجر أو بغير ذلك كل هذا قتل عمد ويلحق به الجسماً بناءً على قوله؛ ويشترط الإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل أن يكون القتل بما يقتل به غالباً ولو كانت الأداة مثقلاً لا يجرح وأيضاً يلحق بقولهما الجسماً حيث إنه يعد خصيصاً لجرائم معينة كالقتل والسرقه<sup>1</sup>.

ولقد بيّن الشارع الحكيم الحكمة من تشريع القصاص في جريمة القتل العمد العدوان في عبارة وجيزة ولكنها في غاية الإعجاز فقال الحق: {وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ}<sup>2</sup>، والقصاص ليس تشريع خاص بهذه الأمة فحسب ولكنه أتت به بعض الشرائع السماوية.

---

<sup>1</sup> د/ حسن عبد الحكيم، المسؤولية الجنائية عن جرائم الجُسمال، مرجع سابق، ص227 وما بعدها.

شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط: دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر، ص 495/2، المُبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، ص 191/7.

د/ محمد الحسيني مصيلحي، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، ط: دار النهضة العربية، 1988، ص325؛ والمشار إليه لدى د/ حسن عبد الحكيم، المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تُرتكب بواسطة الجسماً، مرجع سابق، ص153 وما بعدها.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 179.

## الخاتمة

مما لا شك فيه أن الذكاء الاصطناعي أصبح حقيقة واقعة لا جدال فيها، كما أن هذا الكيان في تطور مستمر وفائق وهذا التطور للذكاء الاصطناعي أدى إلى ظهور العديد من الجرائم سواء كان هو المسئول عنها أو غيره المصنع أو المستخدم أو المالك كما تم منحه الجنسية في بعض الدول كالمملكة العربية السعودية والولايات المتحدة أو إعطاء الشخصية المعنوية الاعتبارية كما حدث في دولة الإمارات العربية المتحدة، بيد أنه على الرغم من التطور المذهل فإنه إذا ارتكب كيان الذكاء الاصطناعي جريمة فإنه لا يُسأل عنها جنائياً.

فإذا ارتكب الذكاء شيئاً ينتج عنه فعلاً إجرامياً أو حتى إذا فشل في اتخاذ إجراء عندما يكون هناك واجب في التصرف بسبب خطأ ما أو بإرادته، فعندئذ يرتكب جريمة بالفعل الجرمي لهذا النوع من الانتهاكات يكون قد تحقق ومن ناحية أخرى فإن تعيين الجريمة في بعض الأحوال أمر صعب للغاية، حيث أنه لا توجد نية لارتكاب جريمة، وقد يكون من المعقول بالفعل عقد برامج خاصة بالذكاء الاصطناعي وهي تلك التي يُمكن فرضها ومقاضاتها بموجب نظام القانون الجنائي.

ومن الجدير بالذكر أنه في الأنظمة العربية والغربية أيضاً أنه في النظام الجنائي لا يمكن إعدام الذكاء الاصطناعي بموجب العقوبة الجنائية، فلا يزال

بحاجة إلى شخص طبيعي أو شخص اعتباري لقيام المسؤولية في حالة حدوث جرائم جنائية قبله، إلا إنه في المستقبل إذا كان الذكاء الاصطناعي أكثر تعقيداً وأقرب إلى أن يكون إنساناً، فيجب تنظيم الذكاء الاصطناعي مثل التنظيمات القانونية التي تتم للبشر مثلاً بمثل، وهذا ما ينبغي أن يطرح ويكون قضية للنقاش، فبطريقة أو بأخرى سوف يقف الذكاء الاصطناعي ويوجد ويقول اختراع البشرية الأخير الذي ربما بعد عدة سنوات يمكن أن يخلق ذكاء اصطناعي فائق والذي يمكن أن يفعل ما يريده ويتفاعل بشكل مستقل مثل الإنسان فيجب منع هذا الوضع وتنظيمه في المستقبل ويجب أخذه في الاعتبار.

وهذا ما قرره الشريعة الإسلامية الغراء في كيانات الذكاء الاصطناعي فلا يجوز إعدام أو تهشيم آلة عندما يستخدمها القاتل في جريمة القتل حيث الشريعة الإسلامية تحاسب الأشخاص الطبيعيين وليس كيانات الذكاء الاصطناعي أو الآلات على ما يقترفوه من جرائم، أما فيما يتعلق بجرائم الحبس فموقف الشريعة من عقوبة الحبس يختلف اختلافاً بيناً عن مواقف القوانين الوضعية؛ ذلك أن عقوبة الحبس في القوانين الوضعية هي العقوبة الأساسية التي يُعاقب بها في كل الجرائم تقريباً سواء كانت الجرائم خطيرة أو بسيطة أما في الشريعة الإسلامية فعقوبة الحبس عقوبة ثانوية لا يُعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة وهي عقوبة اختيارية للقاضي أن يعاقب بها أو يتركها، وليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب على ظنه أنها مفيدة فهي موكله إلى اجتهاد الحاكم.

## النتائج والتوصيات

### أولاً - النتائج:

من خلال معطيات الدراسة استطاع الباحث التوصل إلى العديد من النتائج والتي يمكن إجمالها في الآتي:

(1) تتجه التشريعات الجنائية الحديثة نحو المسؤولية الجنائية حيث تقرر أن الإنسان فقط هو محور المسؤولية ومحلها ولا تقوم المسؤولية إلا من شخص طبيعي وليس هناك مجالاً لمساءلة الجمادات أو الحيوانات وأن الشخص الطبيعي الذي سخر كيان الذكاء الاصطناعي وبرمجه على ارتكاب مثل هذه الأنواع من الجرائم يُسأل جنائياً عن أفعالته الإجرامية دون النظر إلى الغرض التي تهدف إليه الجريمة ولو كان قد ارتكب هذه الأفعال بغرض اللهو أو التجربة أو غير ذلك.

(2) توغل تقنيات الذكاء الاصطناعي في شتى جوانب الحياة اليومية وفي جميع التخصصات.

(3) سرعة انتشار تقنيات الذكاء الاصطناعي والتي ترتب عليها ظهور الكثير من الجرائم المرتبطة بها والتي لم تتضمنها قوانيننا العقابية.

(4) إن التكليف القانوني لمستخدم الذكاء الاصطناعي في ارتكاب الجرائم في القانون الجنائي يوجد صداها في فكرة الفاعل المعنوي الفاعل بواسطة.

(5) إن التكيف الفقهي لمستخدم الذكاء الاصطناعي في ارتكاب الجرائم في الفقه الإسلامي يوجد صداها في باب الضمان كمن حفر بئر فوق فيه غيره فإنه يضمن على التفصيل الذي تم ذكره في البحث.

(6) أساس المسؤولية الجنائية في القانون المصري تقوم على حرية الإرادة ومناطها الإدراك والاختيار، ومذهب التشريع المصري في تحديد أساس المسؤولية الجنائية على هذا النحو يتفق مع الاتجاه الإسلامي الذي يقيم مسؤولية الإنسان عن أفعاله على أساس قدرته على اختيار ما يأتيه من أفعال بحرية كاملة.

#### ثانياً - التوصيات:

(1) الرقابة على جميع أنواع كيانات الذكاء الاصطناعي الذي يتم استيرادها من الخارج أو تصنيعها داخل مصر عن طريق خبراء لفحص تلك الكيانات قبل الاستخدام وأثناء الاستخدام أيضاً، حتى لا يتم استغلاله في ارتكاب الجرائم.

(2) إنشاء محكمة مستقلة تضم كل ما هو متعلق بالوسائل الإلكترونية الحديثة.

(3) تحديد المسؤولية الجنائية لروبوتات الذكاء الاصطناعي وحماية الأشخاص من إساءة استخدام المعلومات التي يمكن أن تحصل عليها الأنظمة الذكية المتطورة، ويمكن رؤية الخطوة الأولى في التطور الحالي من خلال ما قام به الاتحاد الأوروبي، فقد تم إصدار لائحة تحمي حقوق الإنسان الأساسية وهي اللائحة رقم 679/2016 للبرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي بشأن حماية

الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية، ويهدف إلى ضمان احترام الحقوق والحريات الأساسية ولا سيما حماية البيانات الشخصية في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الجديدة.

(4) تفريد المسؤولية الجنائية المتعلقة بكل من المصنع والمالك والتقنية نفسها بصورة لا تقبل اللبس حتى نستطيع تحديد المسؤول جنائياً وتوقيع العقاب عليه.

(5) ضرورة القيام بمؤتمرات أو ورش لبحث جرائم الذكاء الاصطناعي الحالية والمستقبلية من أجل توسيع نطاق المعرفة بشأنها.

(6) تغليظ العقوبات المستخدم فيها تقنيات الذكاء الاصطناعي لخطورتها وضررها الكبير على المجتمع.

## قائمة المراجع:

### المراجع باللغة العربية:

#### أولاً - المراجع القانونية العامة:

- د/ أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري القسم العام، ط: دار النهضة العربي، 2011.
- د/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، طبعة منقحة، 2014.
- د/ أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزء الأول مرحلة ما قبل المحاكمة، جامعة بنها، 2012.
- د/ عبد التواب معوض الشوربجي، دروس في علم العقاب، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2019.
- د/ عبد الوهاب البطراوي، شرح قانون العقوبات المقارن الليبي والمصري والأردني والعراقي القسم الخاص، ط: دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1997.
- د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، طبعة 2008.

- د/ عماد إبراهيم الفقي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2016.
- د/ عوض محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، ط: دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر.
- د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام المسئولية والجزاء الجنائي، مطبعة دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2016.
- د/ محمود أحمد طه، شرح قانون العقوبات القسم العام الجزء الأول اللامشروعية الجنائية، مطبعة دار النيل للطباعة بالمنصورة، بدون سنة نشر.
- د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، دار النهضة العربية، طبعة منقحة 2016.
- د/ مدحت محمد عبد العزيز، قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة الجزء الأول، بدون سنة نشر.



## ثانياً - المراجع المتخصصة:

- د/ أحمد إبراهيم محمد، المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2020.
- د/ أحمد حبيب بلال ود/ عبد الله موسى، الذكاء الاصطناعي، 2010.
- د/ أحمد مصطفى علي، مسؤولية الصيدلي عن أخطائه المهنية، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، العراق، 2001.
- د/ أسامه حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية دراسة مقارنة، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2009.
- د/ أمير فرج يوسف، الإثبات الجنائي للجريمة الإلكترونية والاختصاص القضائي بها دراسة مقارنة للتشريعات العربية والأجنبية، ط: دار الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2016.
- د/ حجازي عبد الفتاح بيومي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية الكتاب الأول، مطبعة دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2003.
- د/ حسنين بوادي، إرهاب الإنترنت الخطر القادم، مطبعة دار الفكر الجماعي، الطبعة الأولى، 2006.

- د/ حيدر شاکر البرزنجي ود/ محمود حسن الهواسي، تكنولوجيا وأنظمة المعلومات في المنظمات المعاصرة منظور إداري تكنولوجياي، الناشر مؤسسة محمود حسن جمعة، القاهرة، 2014.
- د/ خالد عبد العظيم أحمد، تعدد العقوبات وأثرها في تحقيق الردع العام دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، ط: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2006.
- د/ سعيد عبد اللطيف حسن، إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، ط: دار النهضة العربية، 1999.
- د/ سعيد عبد اللطيف حسن، إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2015.
- د/ سعيد عبد اللطيف حسن، جرائم غسيل الأموال بيت التفسير العلمي والتنظيم القانوني تفسير ظاهرة غسيل الأموال - الرقابة والتجريم - إستراتيجية المكافحة، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997.
- د/ شادي عبد الوهاب ود/ إبراهيم الغيطاني ود/ سارة يحيى، فرص وتهديدات الذكاء الاصطناعي في السنوات العشر القادمة تقرير المستقبل ملحق يصدر مع دورية اتجاهات الأحداث العدد 27، مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، أبو ظبي، 2018.

- د/ شيماء عبد الغني محمد عطا الله، السياسة الجنائية المعاصرة في مواجهة الحبس قصير المدة دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد 58، أكتوبر 2015.
- د/ شيماء عبد الغني محمد عطا الله، السياسة الجنائية المعاصرة في مواجهة الحبس قصير المدة دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 58، أكتوبر 2015.
- د/ عادل يحيى قرني، النظرية العامة للأهلية الجنائية دراسة مقارنة، مطبعة دار النهضة العربية، 2002.
- د/ عبد الحميد أحمد شهاب، نظرية الفاعل المعنوي، دراسة مقارنة، 2015.
- د/ عبد العزيز محمد محسن، الإكراه وأثره في المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، ط: دار النهضة العربية، 2004.
- د/ عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، ط: المطبعة العربية الحديثة.
- د/ فاطمة بحري، الحماية الجنائية الموضوعية للأطفال المستخدمين، ط: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2008.

- د/ محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، ط: دار النهضة العربية، 2002.
- د/ محمد العوضي، مسؤولية المنتج عن منتجات الصناعية، مجلة القانون المدني، ع1، المركز العربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، 2014.
- د/ محمد عبد المنعم عبد الخالق، المفهوم المعاصر للعقوبة، بدون سنة نشر، طبعة 2006.
- د/ محمد عبد المنعم عبد الخالق، جرائم الإنترنت، ط: دار النهضة العربية، 2001.
- د/ محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستخدمة في الطب والجراحة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2002.
- د/ محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية في ضوء السياسة الجنائية دراسة مقارنة بين التشريع والفقهاء والقضاء، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014.
- د/ محمد فهمي طلبه، الحاسب الآلي والذكاء الاصطناعي، مطابع المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1997.

- د/ محمد فهمي طلبة، دائرة معارف الحاسب الآلي الإلكتروني، مطابع المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 2005.
- د/ محمد محمد عنب، استخدام التكنولوجيا الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- د/ محمد يوسف عبد ربه، الفاعل المعنوي للجريمة، جامعة القدس، 2015.
- د/ مدحت محمد عبد العزيز حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، طبعة 2008.
- د/ مصطفى شكيب، أسرار الذاكرة والذكاء، مركز كتب عربية للنشر والتوزيع، لبنان بيروت، طبعة 2007.
- د/ نايف عبد الرحمن عبد الله العجلان، نظام آلي للتعرف على الوجه باستخدام طرق الذكاء الاصطناعي، جامعة الملك سعود، كلية الهندسة، 2016.
- د/ نبيل محمد عبد الرحمن الحيدر، التحكم في معايرة منحدرات الخطوط السريعة باستخدام الذكاء الاصطناعي مع تطبيقات على مدينة الرياض، جامعة الملك سعود، كلية الهندسة، قسم الهندسية الكهربائية، الرياض، 2000.
- د/ هلاي عبد اللاه أحمد، الجريمة ذات الظروف دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الإسلامي، مطبعة دار النهضة العربية، 1986.

▪ ساحلي مبروك، مناهج وتقنيات الدراسات المستقبلية وتطبيقاتها في التخطيط، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2015.

▪ لواء د/ محمد الأمين البشري، الأساليب الحديثة للتعامل مع الجرائم المستحدثة من طرف أجهزة العدالة الجنائية، محاضرة مقدمة في الحلقة العلمية تحليل الجرائم المستحدثة للسلوك الإجرامي المنعقدة خلال الفترة من 17-2011/11/19م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011.

## مقالات وأبحاث

- الويبيو، الاتجاهات التكنولوجية للويبيو الذكاء الاصطناعي، الويبيو، 2019.
- د/ حسن عبد الحكيم، المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الجسمل دراسة مقارنة بين القانون الجنائي والفقہ الاسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بطنطا، 2019.
- د/ حسن عز الدين الدياب، الفاعل المعنوي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية الجزائرية، 2015.
- د/ سيد طنطاوي محمد، الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي والروبوت، بحث منشور بالمركز الديمقراطي العربي، طبعة 2020.
- د/ عبد الله حمدي، مقالة بعنوان اربعة افكار خاطئة عن الذكاء الاصطناعي المستقبلي، طبعة 2018.
- د/ عمرو محمد فرج الترجمة الالية مفهومها - مناهجها - نماذج تطبيقية في اللغة العربية، بحث منشور بمجلة كلية دار العلوم بالفيوم، العدد السادس والعشرين الجزء الثاني، ديسمبر 2011.
- د/ كارل سميث، مقالة بعنوان هل سنظل نعتبر الروبوتات مجرد ادوات بينما يتم استخدامها للقتل، 2016.

▪ د/ محمد شلال العاني، المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري دراسة مقارنة، مجلة القانون المغربي، ع35، دار السلاك للطباعة والنشر، 2017.

▪ د/ محمود جمال محمد محمود عبد المقصود، الجسمل وما يتعلق بها من احكام فقهية، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الثاني والثلاثون ملحق للجزء الاول، يناير 2017م.

▪ د/ نور بكري، دهاء شبكات التواصل الاجتماعي وخبايا الذكاء الاصطناعي، شركه المطبوعات للتوزيع والنشر، طبعة 2019.

▪ د/ يحيى ابراهيم دهشان، المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات، طبعة 2019.

### المراجع الشرعية

▪ ابن تيمية: منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، ط: جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الاولى، 1986.

▪ ابو بكر الجصاص: شرح مختصر الطحاوي، ط: دار البشائر الإسلامية، الطبعة الاولى، 2010.



- ابو عمر القرطبي: الاستنكار، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الاولى، 2000.
- البيجوري: حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم، ط: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1999.
- الزمخشري: اساس البلاغة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998.
- الإمام أبو داود: السنن، تحقيق شعيب الارنؤوط، ط: دار الرسالة العالمية، الطبعة الاولى، 2009.
- الإمام النووي: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، ط: دار الفكر، الطبعة الأولى، 2005.
- د/ محمود جمال عبد المقصود، الجسما وما يتعلق بها من أحكام فقهيه، بحث منشور، العدد الثاني والثلاثون، ملحق للجزء الأول، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ط: مكتبة الوفاء القانونية، 2017.
- علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1994.

▪ علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986.

▪ محمد بن مفلح الحنبلي: الفروع لأبن مفلح، ط: مؤسسة الرسالة، الطبعة الاولى، 2003.

#### قائمة المصادر والمراجع الأجنبية

#### أولاً - المراجع الإنجليزية

- Al-Gahtani Theeb A.: “Dynamic Projective Coordinates in Elliptic, Curve Cryptography”, Ph. D. Dissertation, King Fahd University for Petroleum and Minerals, Dahrn, Saudi Arabia, 2006.
- Archie Smith Jr, Biopolitics: Look in the lost and Found for peace of Mind, SpringerUS, 2019.
- Brain Sudlow, Post digital Science and Education, Springer International Publishing, 2019.
- Dorota Jelonek Agata Mesjasz-Lech Cezary Stępnia Tomasz Turek Leszek Ziara, the Artificial Intelligence

Application in the Management of Contemporary Organization: Theoretical Assumptions, Current Practices and Research Review, Springer, Cham, 2019.

- Dragoni, M. & Rospocher, Article about: Applied cognitive computing: Challenges, Approaches, and real-world experiences, Springer Berlin Heidelberg, 2018.
- European Parliament Resolution of 16 Feb. 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules for Robotics [2015/2102 INL].
- F. Patrick Hubbard, “Do Androids Dreams?” Personhood and Intelligent Artifacts, 83 Temp. L. Rev., 2011.
- F. Patrick Hubbard, “Sophisticated Robots”: Balancing Liability, Regulation, and Innovation, 66 Florida Law Review, 2014.
- Frank Douma: Serah Ave Palodichuk, Criminal Liability Issues Created By Autonomous Vechicles, 52 Santa Clars Rev. Eric 1157

- Gauri Jain, Manisha Sharma, Basant Agarwal, Optimizing Semantic LSTM for spam detection, Springer Singapore, 2019.
- Gentsch P., AI in Marketing, Sales and Service, Palgrave Macmillan, Cham, 2019.
- Jean–Marc Rickil: The Economic, Security and Military Implications of Artificial Intelligence for the Arab Guld Countries, Emirates Diplomatic Academy, Nov., 2018.
- Katyal, Neal Kumar, Criminal Law in Cyber Space, 149 U.Pa. L., Rev, 1003– 1013, 2001.
- Lorne Sossin: 13<sup>th</sup> Annual National Forum Administratin Law & Practice, Hall Law School of York University, Feb. 2018.
- Marta Poblet, Pompeu Casanovas and Enric Plaza: Artificial Intelligence for Democratic Innovation, Proceedings of the IJCAI 2017 Workshop on Linked Democracy: Artificial

Intelligence for Democratic Innovation, Melbourne, Australia,  
19 Aug. 2017.

- Maxim Dobrinoiu: The influence of Artificial intelligence on Criminal liability, 2015.
- Patil M., Rao M., Studying the contribution of Machine Learning and Artificial Intelligence in the Interface Design of E-Commerce site. In: Satapathy S., Bhateja V., Das S. eds Smart Intelligent Computing and Applications; Smart Innovation, System and Technologies, Vol. 105, Springer, Singapore, 2019.
- Robotics and artificial intelligence, Parliament UK, Report of the Committee on Science and Technology, Published 12 Oct. 2016.
- S. Satyanarayana, Yerremsetty TayarR. Siva Ram Prasad, Efficient DANNLO Classifier for Multi-class imbalance data on Hadoop, Springer Singapore, 2019.

- Sabine Cless, Emily Silverman, Thomas Weigend: New Criminal Law Review. Robots, Self-driving Cars, Criminal Responsibility Negligence, 2016.
- Soediknow Mertokusumo, Mengenal Hukum Suatu Pengantar, Liberty, 1999.

#### ثانياً - المراجع الفرنسية

- Dr. Adrien Bonnet, La Responsabilité dufait de l'intelligence Master de Droit privé général divigé par yves lequtte Université: PANTHÉON-ASSAS, 2015.
- Dr. Thomas Leemans, La Responsabilité Extracontractuelle de l'intelligence Artificielle, 2017.
- La Responsabilité Criminelle et l'intelligence artificielle: Queqlques pistes de Reflexion, 2018

#### ثالثاً - المواقع الإلكترونية:

- <https://ai.gov.ae/ar/about-us-ar>.

- <https://ar.wikipedia.org>.
- <https://ara.tv>
- <https://en.wikipedia.org>.
- <https://nndb.com/people/006/000030913/>
- <https://www.ahram.org.eg>
- <https://www.almrsal.com/post/778621>.
- <https://www.dw.com>
- <https://www.facebook.com>
- <https://www.formal-stanford.edu/jmc/>
- <https://www.hansonrobotics.com/sophia/>
- <https://www.mawdoo3.com>
- <https://www.messenger.com>
- <https://www.nytimes.com>







**Lumières**  
**sur l’incrimination française**  
**du mensonge en matière de sociétés**

Par

Ahmed Lotfy El-Sayed MAREI

Professeur assistant de droit pénal

Faculté de droit – Université de Mansoura

## **Introduction**

### **Problématique et objet d'étude:**

Ces dernières années, avec la tendance croissante vers la globalisation et la privatisation, qui a commencé à frapper de nombreuses constantes sociétales que nous avons toujours défendues pendant des décennies dans nos programmes éducatifs et nos médias, en a révélé un des problèmes qui ont commencé à hanter la doctrine pénale, en raison de ses dimensions politiques, économiques et sociales, à savoir, le problème de la déviation financière des responsables de la gestion des entreprises commerciales et économiques, en particulier ceux qui prennent la forme des sociétés comme moyen pour exercer ses activités.

Cette structure juridique (la société), qui peut transcender le territoire d'un État, formant ce que l'on appelle des sociétés transfrontalières, a permis à de nombreux débiteurs de dévier de leur autorité lors de la gestion de l'entreprise, dans l'espoir de créer d'énormes richesses, et même en le prenant comme

couverture pour collecter de l'argent du public, dans le cadre de l'appel à la souscription publique des actions de la personne morale naissante qui est souvent une société fictive, ses fondateurs fuient bientôt, laissant derrière eux des milliers de familles et leurs rêves qu'ils cherchaient à réaliser en cas de participation et d'investissement dans celles-ci.

Afin de remédier à ces problèmes, le législateur française a exhorté à intervenir afin de criminaliser le mensonge aux premiers phases de la formation de la société pour protéger les associés ou les actionnaires, ou ce que l'on appelle les détenteurs du capital tels que les délits commis lors de la formation de société, comme les fausses déclarations lors de la constitution du capital, et ce qui est lié à la majorations frauduleuses d'apports en nature ou émission ou négociation d'actions de sociétés irrégulièrement constituées. Certains actes ont été incriminés au cours de la phase de gestion ou la vie de société, comme L'abus de biens ou de crédit sociaux, la présentation ou la publication de faux bilans et distribution

de dividendes fictifs.

La convergence du droit pénal et des sociétés commerciales, car elles sont l'épine dorsale de la vie des affaires, a occupé la doctrine française pendant de nombreuses années, et la question a nécessité un désaccord sur les nécessités de cette intervention sur deux points de vue: le premier considère la nécessité d'exclure le système pénal préférant la tolérance avec les hommes d'affaires, et ne pas les traiter comme des suspects, voyant la suffisance des sanctions civiles et commerciales<sup>1</sup>.

Cependant, certains évoquent la nécessité de choisir la voie pénale pour dissuader les déviations et contrôler les mouvements de direction au sein de sociétés, et ils ne voient dans la convergence du droit pénal et de la vie de l'entreprise avec la situation actuelle qu'un manque d'efficacité à certains égards, qui doit amener un amendement à cette relation sans

---

<sup>1</sup> G. RIPERT, Le déclin du droit, LGDJ., 1949, n° 56, p.175.

la rompre complètement. Le législateur français a montré une tendance pour le second avis, qui est devenu une marque du droit des sociétés français, qui comprend entre ses côtés une partie entière des textes pénaux dans le domaine des sociétés dépassant environ 160 articles, par la loi n ° 66-537 du 24 juillet 1966, devenus appelés le droit pénal des sociétés.

## **II : Différences entre l'escroquerie et les délits mensongers en droit pénal des sociétés :**

On observera au commencement que le droit pénal des sociétés n'hésite-t-il pas à incriminer le simple mensonge écrit, voire la simple abstention fautive susceptible notamment de tromper les tiers sur la consistance des apports constitutifs.

Il nous faut percevoir que l'escroquerie et les délits spécifiques du droit pénal des sociétés poursuivent des objectifs distincts : l'article 313-1 du code pénal a avant tout

pour but de protéger la propriété individuelle, de prémunir l'individu contre toute manœuvre frauduleuse élaborée qui pourrait le déterminer personnellement. Les délits spécifiques aux sociétés commerciales ont surtout pour objet, avant de préserver les intérêts individuels, la protection de l'épargne publique.

Dès lors il paraît essentiel pour notre propos de distinguer ici l'emploi des moyens frauduleux et la remise.

S'agissant de l'emploi des moyens frauduleux l'article 313-1, à l'inverse des incriminations spécifiques du droit des sociétés, apparaît comme restrictif. Le dol criminel, dont l'article 313-1 assure la sanction, suppose que des moyens frauduleux caractérisés aient été utilisés pour obtenir une remise d'autrui : ces moyens sont soit la prise de faux noms ou de fausses qualités, soit par l'abus des qualités vraies, soit l'emploi de manœuvres frauduleuses. Le terme "manœuvre" utilisé par la loi implique nécessairement un fait positif de la

part de l'auteur de l'escroquerie<sup>1</sup>.

Aussi n'y a-t-il pas escroquerie par omission, et de même l'article 313-1 ne laisse que peu de place à la répression du simple mensonge. En outre, ces manœuvres frauduleuses doivent persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique. Toutefois, cette énumération limitative des buts des manœuvres frauduleuses conçue en termes souples, a été interprétée par les tribunaux de façon assez large, dans un souci d'efficacité de la répression.

Néanmoins, cette interprétation, même extensive, ne suffit pas

---

<sup>1</sup> L'ancien code pénal dans l'article 405 fournissait une liste limitative des buts poursuivis par l'escroc. Le droit nouveau ne le fait plus en sorte que la jurisprudence pourrait en retenir d'autres. Il n'en demeure pas moins que l'ancienne énumération légale continue de fournir les principales hypothèses concevables. Cf. G. GIUDICELLI-DELAGE, Droit pénal des affaires, Mémentos Dalloz, 3eme éd. 1996, p.101.



à la répression des fraudes commises dans le cadre des sociétés commerciales.

Alors que le mensonge, même écrit ou réitéré est impuissant à constituer la manœuvre frauduleuse requise par l'article 313-1, l'incrimination du simple mensonge et même d'une abstention est prévue expressément par les sanctions spécifiques édictées par la loi du 24 juillet 1966. De fait, l'incrimination du mensonge dans la constitution de la société apparaît extrêmement large et le droit pénal des sociétés manifeste alors une supériorité évidente, du point de vue de la répression, sur l'infraction d'escroquerie soumise à l'exigence de manœuvres frauduleuses caractérisées.

Mais s'agissant de la remise, le délit d'escroquerie est beaucoup plus compréhensif que les textes spécifiques. Il est en effet applicable toutes les fois qu'à un titre quelconque des fonds ou des valeurs ont été obtenus ou recherchés, alors que les textes spécifiques ne visent que les souscriptions ou le capital social.

Par ailleurs, il n'est pas contestable pour nous que si les actes relevés peuvent être l'objet d'une incrimination spécial, celle-ci ne fait pas obstacle à ce qu'ils soient poursuivis sous la qualification générale d'escroquerie, en supposant bien entendu qu'ils constituent des manœuvres frauduleuses au sens de l'article 313-1 du code pénal.

En effet l'application du délit d'escroquerie a trouvé une application explicite en matière des sociétés sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 qui a été indiqué dans son article 15 : " (...) sans préjudice de l'application directe de l'article 405 (l'article qui sanctionnait l'escroquerie dans l'ancien code pénal)...". Le fait que la loi du 24 juillet 1966 ait éliminé cette précision ne signifie pas que la volonté du législateur est d'écarter le texte du droit commun lorsque les faits entrent dans les prévisions d'un texte spécial.

C'est le délit d'escroquerie qui doit l'emporter, à la fois par sa nature d'infraction de droit commun, et par la spécificité de ses éléments constitutifs, dès lors que les moyens employés

et l'intention coupable démontreront la volonté de s'approprier la fortune d'autrui.

Cette volonté délictuelle estompera alors le but immédiat: à la pluralité d'infractions spéciales à la loi sur les sociétés peut ainsi se substituer le délit unique d'escroquerie à raison du but ultime recherché par l'auteur.

Il en est ainsi à notre sens lorsque le défaut ou la fictivité de l'apport entache la validité de la société toute entière et que celle-ci apparaît uniquement comme une manœuvre consistant soit à faire croire à son existence alors qu'elle n'est qu'imaginaire, ce moyen permettant d'obtenir une remise de fonds, de quelque nature qu'ils soient ; soit à déguiser une entreprise fantaisiste sous une apparente réalité afin d'appeler des capitaux qui bénéficient aux promoteurs que se cachent derrière cette façade.

Cette incrimination indirecte de l'apport fictif ou de l'absence d'apport compris dans un projet frauduleux qui dépasse les

simples infractions spécifiques de la loi sur les sociétés commerciales apparaît dans les arrêts puisés dans la jurisprudence de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation<sup>1</sup>.

Certes la constatation des faits entachés d'escroquerie appartient toujours souverainement aux juges du fond. La cour suprême exerce seulement un contrôle sur leur qualification, c'est-à-dire qu'il lui appartient de déterminer si les faits, tels qu'ils résultent des constatations souveraines de l'arrêt, présentent bien les caractères du délit d'escroquerie.

Dans le domaine qui nous occupe, il est nécessaire que la cour trouve dans les motifs de l'arrêt qui lui est déféré l'énonciation et l'articulation des manœuvres employées pour persuader l'existence d'un crédit imaginaire ou faire naître une espérance chimérique ayant eu pour effet une remise de

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 3 juillet 1975, Bull. crim., n°489 ; Crim., 9 juillet 1978, Bull. crim., n°23 ; Crim., 14 mars 1979, Bull. crim., n°301.

fonds.

A cet égard, plutôt que de procéder à une énumération de jurisprudence, il nous paraît intéressant d'examiner un arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation<sup>1</sup> qui illustre de manière quasi-symbolique certaines pratiques frauduleuses.

La Cour a été amenée à se prononcer sur un pourvoi formé par le sieur Hebert contre un arrêt du 17 juin 1977 rendu par la deuxième Chambre Correctionnelle de la Cour d'Appel de Caen. Il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué et celles du jugement dont il a adopté les motifs que Hebert a constitué le 10 novembre 1971, avec trois autres associés, une société à responsabilités limitée dénommée "Entreprise d'équipements pavillons et piscines (EPPP)" dont il était le gérant. Cette société, grâce à une publicité tapageuse et à l'intervention de démarcheurs, a obtenu la souscription d'un certain nombre de contrats portant sur la construction de pavillons et le

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 9 juillet 1978, Bull. crim., n°23.

versement par les clients de sommes importantes à titre d'acomptes sur les travaux.

En réalité, les juges du fond ont relevé que, lors de la création de cette société, son capital fixé à 12.600 F n'avait pas été libéré par les associés avec leurs fonds mais uniquement avec le produit d'un emprunt de 11. 000 F contracté par Hebert et que celui-ci avait remboursé en prélevant le montant exigible sur les sommes versées par les clients. En outre, ces mêmes sommes ont été utilisées pour consentir à l'un des fondateurs, sous le couvert de son épouse associée apparente, une avance de 45. 000 F. destinée à lui permettre de désintéresser ses créanciers personnels.

Dès lors, la société EEPP., dépourvue de capitaux; propres et grevée de frais très importants, notamment du fait des rémunérations excessives prélevées par ses dirigeants, n'a pu réaliser quelques constructions et en commence d'autres qu'en affectant les versements faits par les nouveaux souscripteurs, non à l'édification de leurs pavillons, mais à

l'exécution des commandes passées antérieurement.

Aussi, en avril 1973, date à laquelle la société a été déclarée en liquidation de biens, il est apparu que sur un total de 59 commandes effectivement confirmées, 12 pavillons avaient été achevés, les travaux de construction de 24 autres ayant été seulement commencés.

Les juges du fond ont alors retenu la culpabilité de Hebert du chef d'escroquerie en considérant qu'il avait été le créateur d'une fausse entreprise dont l'activité ne s'était exercée que par l'emploi de moyens frauduleux et, notamment, par la constitution d'une société de façade.

La Cour d'Appel, dans son arrêt, a déclaré le prévenu coupable du délit d'escroquerie en établissant au moyen d'apports fictifs qui, tendant à persuader la clientèle de cette société de l'existence d'une entreprise qui était fausse, l'a déterminée à remettre des fonds à ladite société.

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a rejeté le

pourvoi formé contre cette décision dès lors qu'elle a trouvé dans les motifs de l'arrêt d'appel tous les éléments constitutifs caractérisant le délit d'escroquerie.

Cette application du délit d'escroquerie nous paraît devoir être retenue pour sanctionner la fictivité ou le défaut d'apports compris dans un projet frauduleux plus vaste dès lors que les éléments constitutifs de l'article 313-1 du code pénal sont réunis.

Outre que le champ d'application du texte de l'article 313-1 peut être plus étendu que celui des délits distincts prévus par la loi du 24 juillet 1966, notamment en ce qui concerne la nature de la remise, il est indéniable que le délit d'escroquerie conserve un caractère plus infamant que les délits réprimant les infractions à la loi sur les sociétés commerciales.

Toutefois, il est des techniques du droit de sociétés pour lesquelles le droit pénal classique n'est pas d'un grand secours et où il faut faire appel exclusivement à des textes



pénaux spécifiques. C'est le cas d'évaluation de la consistance des apports constitutifs qui fait l'objet des développements qui vont suivre.

Alors que nous venons d'étudier combien la prévention des apports fictifs était réalisée quasi uniquement par la répression des agissements des apporteurs, nous allons voir dans ce deuxième paragraphe qu'à l'inverse la répression des apports surévalués est réalisée quasi uniquement par la prévention et la sanction des agissements répréhensibles avec l'aide de professionnels appelés à collaborer à l'évaluation de la consistance des apports constitutifs.

### **III : Plan d'étude:**

Nous diviserons le plan de cette recherche en deux sections, dont la première va traiter du mensonge lors de consistance du capital social, ou les apports surévalués (**Section I**), alors que la deuxième vise à examiner le mensonge relatif à la gestion du capital social (**Section II**).

## **Première Section**

### **Le mensonge lors de consistance du capital social:**

#### **les apports surévalués**

Les apports en sociétés ne sont pas toujours faits en numéraire. Lorsqu'ils sont faits en nature, il se pose le problème de la détermination de la valeur de ces apports. La tentation est grande à cette occasion de leur attribuer une valeur fautive, ce dans le sens de la hausse qui considère une plaie de la vie des affaires et l'abus le plus dangereux lors la consistance du capital social<sup>1</sup>.

Aussi, tant par les conséquences qu'elles produisent en ce qui concerne le montant et la répartition du capital social, que par les conséquences d'ordre juridique et fiscal qu'elles entraînent, les opérations tendant à l'évaluation de la consistance des apports occupent une place primordiale dans

---

<sup>1</sup> J. M. ROBERT, *Le droit pénal des affaires, que sais-je*, PUF. 1er éd. 1976, p. 70 ; W. JANDIDIER, *op. cit.*, p. 271, n°239.

le processus constitutif. En effet, l'évaluation d'un apport est un travail fort délicat et subtil, compte tenu des différents problèmes qui peuvent se poser lors de la détermination de la valeur réelle d'une chose. A moins d'une exagération manifeste, il est assez difficile de prétendre et de prouver qu'un apport n'a pas été évalué à sa juste valeur ou a été surévalué<sup>1</sup>.

Toutefois c'est principalement contre la surévaluation de la consistance que le législateur pénal a entendu lutter, car elle présente deux dangers graves. En premier lieu, la surestimation gonfle injustement la participation de l'apporteur en cause et désavantage ses coassociés, notamment ceux

---

<sup>1</sup> Cf. Dans le même sens, C. GAYALDA, Les délits concernant les fausses déclarations et majoration frauduleuse d'apport, in, droit pénal spécial des sociétés anonymes, préface Hamel, Dalloz, 1955, p.57 ; A. TOUFFAIT et Autres, Délits et sanctions dans les sociétés, 2eme éd. Sirey, 1973, p. 136, n°134 ; L. CONSTANTIN, Droit pénal des sociétés par actions, PUF. 1968, p.559 ; H. LAUNAIS et L. ACCARIAS, Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée, Paris, 1964, p.59.

qui effectuent un apport en numéraire.

En second lieu, dans les sociétés pour lesquelles l'actif social est le seul gage des créanciers, la surévaluation des apports en nature trompe les tiers sur la valeur exacte des biens qui sert de gage à leurs créances<sup>1</sup>.

Aussi le législateur a considéré, écrit Ripert, qu'il fallait défendre ceux qui apportent des fonds contre ceux qui apportent en nature<sup>2</sup>.

En réalité, trois techniques sont associées à cet effet : la garantie et évaluation par tous les associés, le contrôle objectif de l'évaluation par des tiers jouant le rôle d'expert et l'institution d'incriminations pénales spécifiques. C'est à cette

---

<sup>1</sup> Cf. Dans le même sens, MM. M. TOURCHU, M. JEANTIN et D. LANGE, De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, D. 1975, p. 8 ; M. VERON, Droit pénal des affaires, Masson, 1992, p. 138.

<sup>2</sup> G. RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial, Paris, 1968, p.571.

dernière technique que nous nous attacherons, mais il est nécessaire d'abord d'évoquer les règles qui gouvernent l'évaluation des apports en nature (Sous-section I) avant de développer, ensuite, le traitement pénal de la surévaluation des apports (Sous-section II).

### **Sous-section I**

#### **Les règles d'évaluation des apports en nature**

En règle générale, la procédure de contrôle des apports en nature doit être précédée d'une série d'appréciations qui incombent aux fondateurs. Ces appréciations serviront de base aux évaluations que les fondateurs soumettront à l'approbation des associés et à la critique des commissaires aux apports. Très souvent les chiffres retenus sont l'objet de discussions et de négociations d'autant plus difficiles qu'ils commandent les équilibres internes de la société, la répartition de ses profits et le coût fiscal de la constitution.

Mais la question que se pose ici est qu'est-ce qu'il faut

entendre par le vocable valeur ? Et quelles sont les formulations de la valeur, c'est-à-dire les méthodes d'évaluation ?

La valeur est une qualité attribuée aux choses, plus précisément une importance. Or l'importance étant nécessairement relative, la valeur d'un bien ne s'établit que par rapport à d'autres biens. Il y a, en effet, deux façons d'établir ces relations: ou bien seront retenues les appréciations personnelles d'un sujet déterminé, auquel cas apparaît une valeur d'usage, subjective et individuelle, fondée sur l'importance que le sujet attribue à l'objet pour satisfaire ses propres besoins ; ou bien l'importance résultera d'appréciations collectives, et dans ce cas naît une valeur sociale qui se traduit concrètement par la quantité d'autres biens contre laquelle s'échangera sur le marché le bien

considéré : c'est une valeur d'échangé<sup>1</sup>.

Mais les deux notions, comme le disait M. Santoni, ne coïncident pas car les deux grandeurs ne se sont pas de même nature. La valeur d'échange s'énonce en termes nominaux, c'est-à-dire qu'elle est perçue objectivement et ne se conçoit pas en dehors de l'échange ; aussi dans une économie connaissant la monnaie, le rapport d'échange entre un bien et la monnaie est-il exprimé par le prix, et s'agissant d'une valeur d'échange, il y a identité entre valeur et prix<sup>2</sup>.

A l'inverse, la valeur d'usage est une grandeur ordinale perçue de façon imprécise et indicible par le sujet. Très proche de l'utilité au point d'être parfois confondue avec elle, la valeur d'usage s'en sépare par sa relativité. L'utilité est

---

<sup>1</sup> L'ouvrage collectif de l'Ordre des Experts Comptables et des Comptables Agréés et de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes : le commissariat aux apports et les méthodes d'évaluation, Paris, 1974, p.10 et s.

<sup>2</sup> Cf. J. L. SANTONI, op. cit., p.68.

l'aptitude d'un bien à satisfaire un besoin. Comme la valeur d'usage, elle est subjective car comme elle, elle requiert une appréciation. Mais la valeur d'usage implique un jugement d'importance relative, une comparaison explicite ou implicite entre plusieurs objets, alors que l'utilité ne suppose qu'une confrontation entre le sujet et l'objet<sup>1</sup>.

Il est admis que la dichotomie valeur d'échange/valeur d'usage s'apparente au couple valeur objective/valeur subjective. Toutefois, dans le cas particulier de biens ou d'ensemble de biens qui n'ont pas de marché et que l'on rencontre souvent en matière d'apport d'entreprise par exemple, il ne peut être question d'une appréciation collective et dans ce cas l'évaluation ne peut être que subjective.

S'agissant de procéder à la formulation de la valeur, faudrait-il, distinguer entre les apports de biens isolés et les apports

---

<sup>1</sup> L'ouvrage collectif: le commissariat aux apports et les méthodes d'évaluation, op. cit., p. 17 et 55.



d'ensemble de biens, entre les biens compris dans les courants d'échange et les biens qui n'ont pas de marché. En effet, l'apport d'une machine-outil, d'un matériel de transport ou manutention, d'un terrain nécessite une évaluation qui se révèle plus familière par sa répétition, plus rassurante et plus circonscrite par l'existence d'un marché. Cette évaluation se fait soit par expertise directe, soit plus rarement par le calcul économique. L'expertise directe se référera au marché pour les biens fongibles, doués d'une grande mobilité et elle prendra en compte dans la mesure du possible l'utilité subjective du bien. Alors que le calcul économique, lorsqu'il est envisageable à ce niveau élémentaire, procédera soit par comparaison, soit par actualisation des revenus escomptés.

Mais, il faut noter que l'apport de bien isolé, intervenant lors de la constitution de la société, ne pose guère en règle générale de problème de complémentarité. Mais ce problème peut intervenir lorsque plusieurs apports de biens isolés concourent à la formation du capital originel. Dans ce cas, la

valeur ne peut ignorer les avantages éventuels de synergie<sup>1</sup>. Le problème se présente de façon toute différente pour l'évaluation d'un ensemble, susceptible de se présenter d'ailleurs sous des formes diverses : entreprise, branche d'activité titres de sociétés en conférant le contrôle. Dans tous les cas, il convient de rechercher successivement la valeur des biens formant l'entreprise et une valeur globale correspondant aux objectifs de l'opération : d'une part la valeur intrinsèque des biens apportés, et d'autre part une valeur de rentabilité, qui est la valeur maximale qui peut être acceptée.

En ce qui concerne cette dernière, l'ensemble apporté ne doit pas être considéré pour la rentabilité qu'il avait dans la précédente structure, mais pour celle qu'il aura dans la

---

<sup>1</sup> Toutefois, il faut dès à présent considérer qu'un apport ne modifie pas seulement le volume du capital à constituer, mais aussi sa composition et par conséquent sa nature. C'est finalement cette modification qu'il faut évaluer.

nouvelle. Il ne peut donc s'agir que d'une rentabilité marginale correspondant à la variation escomptée de la rentabilité de la société bénéficiaire de l'apport.

D'une façon générale, il convient donc de définir les objectifs de l'opération d'apport, d'apprécier les différentes hypothèses possibles de leur réalisation et de rechercher, par la voie de la rentabilité marginale, le prix maximum qu'on ne peut se permettre de dépasser. Il serait cependant erroné d'accréditer l'existence d'une séparation totale entre les évaluations de biens isolés et celles d'ensembles de biens. Il suffit pour s'en convaincre de considérer la large gamme de critères d'évaluation retenue par la doctrine et la jurisprudence.

En premier lieu figure la valeur vénale, qui est le prix susceptible de s'établir sur un marché où la concurrence peut librement s'exercer ; puis la valeur de liquidation, limite inférieure de la valeur vénale résultant de la liquidation des différents biens ; puis la valeur à la casse, ne représentant plus que la valeur de la matière dont sont constitués les

biens; puis la valeur d'utilisation, qui est la somme à déboursier pour acquérir un élément susceptible des mêmes usages dans les mêmes conditions d'emploi et ayant la même valeur résiduelle ; ou encore la valeur déterminée par les coûts de renouvellement, mais imposant de tenir compte, sur le plan de l'exploitation, des dotations complémentaires des amortissements nécessaires au renouvellement.

En conclusion, force est de constater que la dualité entre le bilan juridique et le bilan économique apparaît dans ce domaine avec une acuité particulière. Il est évident qu'une vision économique des documents comptables, où figure la valeur des éléments immobilisés, serait mieux adaptée à leur finalité première. Autrement dit, dans cette optique, la valeur économique d'un bien serait la valeur actuelle de ses profits futurs.

Encore conviendrait-il de prendre garde aux répercussions d'une législation pénale fondée sur des notions juridiques. Pour ce faire il faut dire un mot sur le contrôle d'évaluation

des apports en nature en droit français.

Dans les sociétés anonymes, la loi du 24 juillet 1966 a apporté des modifications importantes en matière d'apports en nature par rapport au régime qui découlait de la loi du 24 juillet 1867. Elle prévoit que les commissaires aux apports chargés d faire un rapport sur les apports en nature sont, d'une part désormais désignés en justice dans tous les cas et, d'autre part, doivent présenter certaines garanties d'indépendance et de compétence.

Le commissaire aux apports est désigné en justice et il dépose son rapport au siège social trois jours francs au moins avant la date prévue pour la signature des statuts. Si le commissaire aux apports a estimé justifiée l'évaluation des apports en nature telle qu'elle figurait dans le projet de statuts (ou si dans le cas contraire, les apporteurs ont accepté de ramener les évaluations au chiffre arrêté par le commissaire) les statuts sont dressés dans leur texte définitif et signés par tous les apporteurs en nature seuls actionnaires de la société.

Parmi les innovations introduisant par la loi de 1966 est l'indépendance et la compétence du commissaire aux apports. En effet, la loi de 1867 n'avait édicté de prescription en matière de compétence que pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.

Dans ces sociétés, l'un au moins des commissaires aux apports devait être obligatoirement choisi parmi les experts inscrits sur l'une des listes établies par les tribunaux du ressort de la cour d'appel du siège social. Le législateur de 1966 a considéré qu'étant donné la nature de sa mission, le commissaire aux apports devait avoir une compétence technique suffisante pour apprécier avec exactitude la valeur des apports effectués et a, en conséquence, imposé que les commissaires aux apports soient désormais choisis, soit parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue par l'article 219 de la loi du 24 juillet 1966, soit parmi les experts inscrits sur l'une des listes établies par les cours et tribunaux.

Au souci de compétence s'ajoutait, en outre, une garantie

d'indépendance des commissaires aux apports vis-à-vis tant des apporteurs que de la société elle-même. C'est même innovation a été introduit en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée où les associés ne peuvent fixer la valeur de chaque apport qu'au vu d'un rapport établi par un commissaire aux apports présentant toute garantie d'indépendance et de compétence<sup>1</sup>.

On peut regretter ici d'un mot que les commissaires aux apports ne constituent pas une véritable profession, soumise à

---

<sup>1</sup> Dans les sociétés civiles de placement immobilier, le législateur a été amené à intervenir pour réglementer cette forme originale de Société afin d'assurer une meilleure protection des associés et une meilleure information des épargnantes susceptibles de souscrire les parts sociales. La loi n°70-1300 du 31 décembre 1970 reprend les règles des sociétés civiles en les aménageant par de larges emprunts au droit des sociétés anonymes. A cet égard, en cas d'apports en nature les fondateurs ou l'un d'entre eux, ou L. n°93-6 du 4 janv. 1993) de la société de gestion doivent demander au Président du Tribunal de grande instance statuant sur requête la désignation d'un ou plusieurs commissaires aux apports art. 7 al. 1 ; art. 4 du décret du 1er juillet 1971).

une discipline stricte et dont les diligences professionnelles seraient définies l'ont été celles des commissaires aux comptes. A défaut d'une organisation de cette profession, il faut alors recourir au droit pénal où l'opération de la surévaluation est considérée comme infraction pénale spécifique dont les termes sont identiques pour chacune des sociétés concernées, puisqu'elle vise «ceux qui, frauduleusement, auront fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle».

## **Sous-section II**

### **Le traitement pénal de la surévaluation**

#### **A: Les éléments constitutifs du délit:**

Les articles 425-1 pour les SARL.; 433-4 pour les SA., 460 pour les SCP A. de la loi du 24 juillet 1966 et 23-4 de la loi du 31 décembre 1970 pour les sociétés civiles de placement immobilier (SCPI), sanctionnent ce genre de pratiques mensongères en instituant le délit de majoration frauduleuse



des apports en nature car elles constituent une atteinte à l'intégrité du capital social. Le mensonge du prévenu traduit ici une disproportion dans la valeur intrinsèque des apports en nature car ce que vise l'agent c'est la dissimulation de la consistance réelle des apports. Cette pratique tombe sous le coup de la sanction pénale parce que non seulement elle est de nature à tromper les autres associés et les tiers mais encore parce que cette surévaluation a été faite frauduleusement<sup>1</sup>.

Le délit de surévaluation frauduleuse des apports en nature a été introduit dans la législation française par le décret-loi du 31 août 1937, qui ajouta un huitième alinéa à l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 pour suppléer aux insuffisances de la législation jusqu'alors en vigueur qui ne permettait d'atteindre

---

<sup>1</sup> Cf. M. PATIN, P. CAUJOLLE, M. AYDALOT et J. M. ROBERT, Droit pénal général et la législation pénale appliquée aux affaires, PUF. 1979, p. 244 ; B. BAKOUA-BATANGOUNA, Le mensonge en droit pénal des affaires, th. Rennes I, 1989, p.149 ; J. L. SANTONI, Le droit pénal des apports en sociétés, th. Poitiers, 1985, p. 82.

ces majorations sur le plan pénal que s'il y avait escroquerie, ce qui rendait très souvent les poursuites difficiles<sup>1</sup>.

Ce délit suppose, d'un côté, un élément matériel, il consiste dans l'attribution à des apports en nature d'un chiffre supérieur à leur valeur réelle. Cette pratique est appelée «maquillage» ou «watering» des apports<sup>2</sup>.

A priori il est surprenant dans une économie libérale de voir le droit pénal sanctionner l'attribution d'une valeur surévaluée à des apports en nature. L'homme d'affaires n'a-t-il pas le droit de rechercher le prix fort dans son offre?

En réalité le délit de majoration frauduleuse des apports en nature ne viole pas le principe de la liberté du commerce car

---

<sup>1</sup> Cf. S. ACHTARI, Les délits relatifs à la constitution et à la gestion du capital social, étude de droit français, th. Lausanne, 1977, p. 80.

<sup>2</sup> Cf. J. LARGUIER, Droit pénal des affaires, éd. Armand Colin, 1992, p.274 ; M. DELMAS-MARTY, Droit pénal des affaires, 3eme éd. PUF. 1990, p.267 ; P. GAUTHIER et B. LAURET, Droit pénal des affaires, 6eme éd. Economica, 1996, p. 365.

personne ne se trompe sur la qualité de l'apporteur. En effet, celui-ci n'est nullement un philanthrope mais un homme d'affaires qui a vocation et droit d'obtenir sans fraude le prix maximum de son apport<sup>1</sup>.

Seulement le problème est de savoir ce qu'il faut entendre par valeur réelle? Car, pour rechercher si le délit a été commis ou non, il convient d'abord de déterminer la valeur réelle du bien apporté et de la comparer avec la valeur qui a été attribuée au bien pour déterminer le nombre de titres sociaux à allouer en contrepartie. En effet, la loi assigne aux commissaires aux apports, le devoir d'apprécier sous leur responsabilité la valeur réelle des apports en nature, sans indiquer le contenu de ladite valeur réelle. Certains diront que ce n'est pas le rôle du législateur<sup>2</sup> d'autres regretteront

---

<sup>1</sup> Cf. J. M. ROBERT, *Réflexions sur le délit de majoration d'apports en nature*, D. 1974, p. 97.

<sup>2</sup> Cf. Y. GUYON, *Note sous Cass. Crim. 12 avril 1976*, JCP. 1977, II, 18523.

«autant de règles incertaines»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> J. M. ROBERT, *Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apport en nature*, D. 1974, p. 97 ; Lorsque l'affaire des frères Willot était devant le Tribunal correctionnel de Paris, le député Chambon avait questionné le Ministre de la Justice sur les raisons de l'absence de directives légales pour déterminer la valeur réelle. Le Ministre a apporté les précisions suivantes aux termes d'une réponse ministérielle du 18 mai 1974 «En ce qui concerne la question de l'évaluation des apports il convient de rappeler que la loi du 24 juillet 1966 a fixé des règles précises pour assurer la protection des associés et des tiers ...). Le législateur n'a pas fixé les méthodes d'évaluation, il a laissé ce soin aux professionnels dont il a cherché à renforcer la compétence et l'indépendance. Selon les termes mêmes de la loi, ceux-ci effectuent les opérations dont ils sont chargés sous leur responsabilité. Ces opérations sont complexées et il paraît difficile de fixer dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation, qui seraient, dans certains cas, difficiles à appliquer ou qui pourraient aller à l'encontre, du but de protection recherché. ...) Les professionnels ne manqueront pas, cependant, de tenir compte des recommandations de la commission des opérations de bourse et des travaux du conseil national de la comptabilité. Ils se reporteront aussi aux études du conseil national des commissaires aux comptes et de l'ordre des experts comptables et des comptables agréés. Cf. Rép. Min. Déb. Ass. Nat. 18 mai 1974, RTD. Comm., 1974, n°2, pp. 302 et 303.

Ainsi nous y sommes invités, recherchons des éléments de solution du côté des professionnels appelés à se prononcer sur la valeur des biens apportés : les commissaires aux apports. Les commissaires aux apports ont pour mission d'apprécier la valeur de chaque apport en nature. Cette mission s'étend aux avantages particuliers consentis à certains associés, qui ne font pas l'objet de notre propos.

Pour cette appréciation, le commissaire a toute liberté et la loi s'en remet à sa prudence et à sa conscience. Corrélativement, il encourt une responsabilité aggravée ; aussi a-t-il été jugé que les commissaires aux apports poursuivis dans l'affaire Willot étaient des "professionnels trop avisés pour avoir commis une simple erreur de jugement"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, D., 1975, p. 37, Gaz. Pal. 1974, 11, 2886 ; Bull. CNCC,

n°17 mars 1975, p. 58 ; L'affaire Willot est sans doute la plus retentissante et la plus intéressante de ces dernières décennies en droit pénal des sociétés. A l'occasion d'une prise de contrôle d'une

L'appréciation de la valeur donnée aux apports en nature est en principe faite sur des bases différentes suivant la destination du bien apporté. Les objets destinés à l'échange, notamment les marchandises, sont estimés à leur valeur marchande. A cet égard la valeur réelle correspondra à la valeur vénale : dans cette seule hypothèse l'apport se rapproche d'une vente.

S'agissant des immobilisations (terrains, usines, fonds de commerce, etc....), la jurisprudence dans l'affaire des frères Willot reconnaît que le législateur n'ayant pas défini l'expression «valeur réelles, deux conceptions s'affrontent, la première considérant que les apports en nature doivent être estimés à une valeur aussi proche que possible de la valeur

---

entreprise dans des conditions anormales, les prévenus ont sciemment et de leur propre chef valorisé de façon frauduleuse les actions de leur groupe qu'ils remettaient à titre d'apports en nature. La valeur de ces apports ayant été majorée en absence de débats contradictoires sur cette valeur. Ils ont ensuite utilisé ces actions surévaluées comme masse de manœuvre à l'occasion de cessions ultérieures.

vénale ou du marché, la seconde introduisant des éléments dits «subjectifs» dans cette évaluation, au motif que ces apports sont effectués à l'occasion d'une opération déterminée, spécifique, réalisée dans la perspective le plus souvent d'un rendement ou d'une rentabilité accrus et qu'en conséquence les motivations de l'opération permettent légitimement de valoriser ces apports de façon sensible<sup>1</sup>.

En l'espèce, les juges ont admis le principe de la valeur vénale corrigée, laquelle doit tenir compte à notre sens d'un élément juridique et deux éléments économiques lorsqu'il s'agit d'apports constitutifs. Quant à l'élément juridique, il faut observer que l'apport en société se rattache au concept de participation, et non à celui de l'échange traditionnel, de telle sorte que l'apporteur ne recevant pas un prix dont il peut disposer, mais des droits sociaux dont la valeur est aléatoire, il est indéniable que la valeur réelle n'est pas la valeur

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, précité.

vénale, c'est-à-dire le prix de vente que l'apporteur aurait obtenu du même bien s'il l'avait vendu au lieu de l'apporter, sur le plan économique, ce sont deux éléments de correction qui doivent être retenus : la nature du bien apporté, et la finalité du bénéficiaire de l'apport.

En ce qui concerne la nature du bien apporté, nous avons vu qu'une distinction capitale doit être opérée entre les apports de biens isolés et les apports d'ensembles de biens. Pour ce qui est de la finalité du bénéficiaire de l'apport, il faut toujours tenir compte de l'intérêt que l'objet apporté présente pour la société plutôt que de la valeur vénale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. J. M. ROBERT, *op. cit.*, p. 97 ; M. VERON, *op. cit.*, p. 140 ; En doctrine, on trouve une variété de méthodes d'évaluation : valeur mathématique, valeur de rendement, valeur convenance; valeur boursière, valeur de liquidation, etc.... Pour certains les apports en nature doivent être estimés à une valeur aussi proche que possible de la valeur vénale ou marchande, C. GAVALDA, Les délits concernant les fausses déclarations et majorations frauduleuses d'apports, in, le droit pénal spécial des sociétés anonymes, préface Hamel, Dalloz 1955, p.



---

57: «l'appréciation délicate de la valeur de l'apport doit être faite en se plaçant au jour du transfert de propriété à la société. Et cette majoration frauduleuse doit être estimée Objectivement, en considération de la valeur marchande de l'apport en nature.» ; Même chose pour M. W. JEANDIDIER, disant «pour résoudre la difficulté il convient d'arrêter une méthode d'évaluation des apports. La plus simple revient à prendre en considération leur valeur marchande et elle paraît en harmonie avec la ratio legis puisque l'incrimination s'emploie à garantir aux créanciers sociaux l'existence réelle du capital annoncé », W. JANDIDIER, Droit pénal des affaires, 2eme éd. 1996, p. 271, n°239 ; Dans le même sens, H. LAUNAI et L. ACCARIAS, Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée, Dalloz, 1964, p. 59 ; L. CONSTANTIN, op. cit., p. 559 ; Pour d'autres, en vue de déterminer la valeur réelle, il faut recourir à certains éléments subjectifs, MM. ROUSSELET et PATIN, Délits et sanctions dans les sociétés par actions, Paris; 1938, p. 227, n°302 ; M. PATIN, P. CAUJOLLE, M. AYDALOT et J. M. ROBERT, op. cit., p; 281 : «pour rechercher si l'apport a été majoré, on doit davantage tenir compte de l'intérêt que l'objet représente pour la société que sa valeur vénale» M. C. PINOTEAU, Code des sociétés, LGDJ. 1969, p. 78, n° 14, estime qu'il peut se produire qu'un bien déterminé représente pour une société et pour des raisons qui ne concernent qu'elle-même, une valeur très grande que ne représenterait pas un autre bien de même consistance et de même nature dont la valeur serait cependant identique par un autre acquéreur, Cf. législation pénale en matière économique. Et contra, MM.

Selon cette jurisprudence, il est indispensable que les commissaires aux apports apprécient la valeur des apports en nature en se référant à des critères purement objectifs lors de la constitution de la société pour éviter tous risques sérieux d'évaluation arbitraire, et rapprochent les valeurs telles qu'elles figurent au traité d'apport de leur valeur probable de négociation. Ils ne doivent pas se contenter d'entériner des valeurs d'apports basées sur une seule méthode d'évaluation, mais rechercher des valeurs comparatives en utilisant d'autres méthodes appropriées au cas d'espèce ; si les écarts sont trop importants, ils doivent en faire clairement état dans leur rapport, puisqu'ils ont essentiellement un rôle

---

LAUNAI, DE LA VTLLEGUERIN et ACCARIAS se prononcent en faveur de la valeur marchande de l'apport, Cf. Droit pénal financier, Paris, 1947, p. 217, n°243 ; H. LAUNAI et L. ACCARIAS, op. cit., p. 58 : «on ne voit pas pourquoi la société devrait payer un apport d'un prix plus élevé parce qu'il provient d'un associé et non d'un vendeur étranger à la société».

d'information et de protection des actionnaires<sup>1</sup>. Si le commissaire aux apports peut retenir certains critères étrangers à la simple valeur marchande du bien apporté, il ne saurait cependant dissimuler volontairement des éléments d'appréciation entraînant une réduction importante de la valeur de ce bien tels que la vétusté du matériel<sup>2</sup>.

Mais pour que le délit soit commis, il ne suffit pas que l'apport ait été majoré, il faut, d'un autre côté, qu'il y ait eu un recours à la fraude pour obtenir cette majoration d'apport. L'évaluation des apports en nature provoque, en effet, la notion de sincérité où il incombe notamment aux dirigeants des sociétés et aux commissaires aux apports d'étaler loyalement leurs atouts sur la table : un devoir et une mission d'information<sup>3</sup>. La sincérité, disait M. Guyon, serait l'expression claire de la situation, sans déguisement ni

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, précité.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 12 avril 1976, Bull. crim., n°115, p. 282.

<sup>3</sup> Cf. J. M. ROBERT, Le droit pénal des affaires, op. cit., p.71.

détours<sup>1</sup>. Elle consisterait notamment à préciser les règles qui ont été suivies et les données qui ont été prises en considération pour arriver à l'estimation finale des apports. Les dirigeants et les commissaires aux apports n'ayant pas l'obligation d'aboutir à une certitude mathématique pour déterminer la valeur réelle, le juge répressif ne leur reprocheront pas de s'être trompé, mais d'avoir voulu tromper : la fraude.

En effet, nous avons dit que dans une économie libérale, il n'est pas interdit à l'apporteur, homme d'affaires, de transférer à une société son apport de manière flatteuse et à un prix supérieur à sa valeur réelle : c'est l'essence même du commerce. L'apporteur fait valoir ce qu'il apporte et la société peut avoir intérêt à payer cher un apport qui lui est d'une convenance particulière. Mais ce qui est défendu c'est d'employer des fraudes pour majorer la valeur de l'apport.

---

<sup>1</sup> Cf. Y. GUYON, Note sous Crim. 12 avril 1976, JCP. 1977, II, 18523.

Ces fraudes destinées à fortifier le mensonge du prévenu constitueront par exemple en maquillages matériels, en versements fictifs, en présentation de documents fallacieux tels que devis d'architectes ou rapports d'experts en comptabilité truquée, intervention des tiers, le choix de commissaires aux apports de complaisance qui présentent un rapport affirmant que l'objet apporté à une valeur supérieure à sa valeur réelle, bref<sup>1</sup>.

Dans tous les cas, bien que la loi ne précise pas les procédés qui peuvent être considérés comme frauduleux, force est d'admettre qu'il s'agit de manœuvres qui par leur nature permettent de préjuger de la mauvaise foi du prévenu. Ainsi, ce que sanctionne la loi pénale, ce n'est pas l'exagération en tant que simple différentiel entre des valeurs appréciées sur des bases différentes. Il s'agit de l'exagération frauduleuse,

---

<sup>1</sup> Cf. M. PATIN, P. CAUJOLLE, M. AYDALOT et J. M. ROBERT, *op. cit.*, p. 244 ; J. M. ROBERT, *Réflexions*, *op. cit.*, p. 97 ; J. M. ROBERT, *Le droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 70.

celle procédant d'une volonté de tromper. La loi ne veut pas spécialement–sanctionner celui qui veut faire une «bonne affaire», mais plutôt celui qui veut faire des dupes<sup>1</sup>.

Lorsque la majoration n'était punissable que par de l'escroquerie, il fallait apporter la preuve que les manœuvres frauduleuses avaient eu pour but de persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique. Suivant la formulation classique, la preuve du mensonge n'était pas suffisante : il fallait que celui-ci fût conforté par des actes extérieurs. La loi du 7 mars 1925 et le décret du 31 août 1937 complétant la loi de 1867 ont permis une interprétation plus extensive des manœuvres frauduleuses. La majoration d'apport est alors réprimée lorsqu'elle est obtenue par l'emploi de manœuvres frauduleuses, mais la finalité que

---

<sup>1</sup> Cf. C. DUCOULOUX–FAVARD, Droit pénal des affaires, éd. Masson, 1987, p. 83.

se propose son auteur est sans influence, puisqu'il n'est plus question de manœuvres «ayant pour but ...»<sup>1</sup>. Mais cette exigence de manœuvres frauduleuses n'équivaut pas rigoureusement aux manœuvres propres à l'escroquerie. Aussi a-t-il pu être avancé que ces manœuvres se situent, en quelque sorte, à égale distance du simple mensonge et du dol criminel défini dans l'article 405 du code pénal (actuellement l'art. 313-1)<sup>2</sup>.

La difficulté actuelle tient dans l'interprétation à donner aux modifications apportées par la loi du 24 juillet 1966. Il faut en effet remarquer que d'une part l'article 425-1 de la loi de 1966 diffère de l'article 38 de la loi du 7 mars 1925, tout comme d'autre part l'alinéa 4 de l'article 433 diffère de l'article 15-8 de la loi de 1867. En substituant le mot

---

<sup>1</sup> Cf. J. L. SANTONI, *op. cit.*, p. 91.

<sup>2</sup> Cf. C. GAVALDA, Les délits concernant les fausses déclarations et majorations frauduleuses d'apports, in, *le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, préface Hamel, Dalloz 1955, p.59.

«frauduleusement» à l'ancienne expression de «manœuvres frauduleuses» le législateur aurait laissé entendre qu'il n'était plus nécessaire de rencontrer dans cette matière des manœuvres identiques à celles qu'exige l'article 313-1 du code pénal (auparavant l'art. 405). Il y a là plus qu'une différence de terminologie, mais elle est diversement interprétée par la doctrine.

Pour MM. Touffait, Robin, Audureau et Lacoste cette différence de rédaction ne paraît pas avoir une grande importance pratique<sup>1</sup>. Pour M. Robert toute glose est permise dans l'incertitude du texte légal<sup>2</sup>. Il s'interroge sur le point de savoir si l'on peut déduire de la nouvelle terminologie qu'il sera exigé dans les poursuites contre le commissaire aux apports beaucoup plus que le mensonge ; si la collusion entre l'apporteur et le commissaire constituerait le rappel de l'intervention du tiers pour l'article 405 (313-1) du code pénal

---

<sup>1</sup> Cf. A. TOUFFAIT et Autres, op. cit., p.947, n°1087.

<sup>2</sup> Cf. J. M. ROBERT, op. cit., p.97.



; si enfin Pacte extérieur paraissait être exigé également. A ces interrogations, il faut ajouter la prudente interprétation du Traité de droit criminel de MM. Merle et Vitu aux termes de laquelle «parce que la loi de 1966 a remplacé l'expression «manœuvres frauduleuses» par le mot «frauduleusement», il semble bien que l'intention coupable pourra résulter aussi de simples mensonges ou de réticence dolosive de la part des commissaires aux apports ou des fondateurs»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> R. MERLE et A. VITU, R. MERLE et A. VITU, Traite de droit criminel, Droit pénal spécial, par A. Vitu, éd. Cujas, 1982, p. 640, n°803. Dites. Mme DELAMS –MARTY : «Aucune... différence bien nette ne résulte, semble-t-il, de la substitution d'adverbe frauduleusement au terme sciemment des autres incriminations ...). La seule connaissance de la surévaluation suffit, aucune volonté de tromper n'étant expressément requise », op. cit., p. 269. Dans même ce contexte, A. TOUFFAIT et Autres, op. cit., p. 138, n°136 ; C. DUCOULOUX–FAVARD, Droit pénal des affaires, op. cit , p. 83 ; P. DUPONT–DELESTRAINT, Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales, 2eme éd. Dalloz, 1980, p. 252 ; W. JEANDIDIER, Droit pénal des affaires, op. cit., p. 271, n°239 ; M. VERON, op. cit, p. 140 ; P. GAUTHIER et B. LAURET, op. cit., p. 367 ; Crim. 20 mars 1989, Lamy sociétés n°1509, dans cette espèce, il

On peut tirer un exemple de l'affaire des frères Willot, qui est sans doute la plus retentissante et la plus intéressante de ces dernières décennies en droit pénal des sociétés, pour examiner ce que la jurisprudence a retenu comme procédé frauduleux. Mais, d'abord il faut dire un mot des faits dans cette affaire venus dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris et l'arrêt de la Cour de cassation<sup>1</sup>, qui sont à savoir :

---

a été jugé que le délit était constitué lorsqu'on avait caché aux coassociés que le bien apporté était hypothéqué et dépendait d'une communauté universelle entre époux ; Voire que la Cour de cassation a présumé cette connaissance. Crim., 18 juin 1990, R. Soc. 1990, p. 637, note Bouloc, où la Cour de cassation a estimé que «celui qui reprenait intégralement les valeurs proposées par le président de la société apporteuse dont il ne pouvait ignorer l'inexactitude, se rendait coupable du délit de majoration frauduleuse des apports». Pour M. L. CNONSTANTIN, «Si l'emploi du mot frauduleusement par le législateur implique l'existence de manœuvres frauduleusement, il implique également une intention frauduleuse qui est plus que la simple connaissance du caractère excessif de Dévaluation», op. cit., p. 560.

<sup>1</sup> Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, D. 1975, p. 35 ; Cass. Crim., 12 avr. 1976, Bull. crim., n°115, p.282, JCP. 1977, II, 18523, note Guyon, Bull.

Les quatre frères Willot dirigeant, depuis la mort de leur père, une entreprise familiale de textile. La rapidité, la décision et la volonté avec lesquelles ils en avaient fait un groupe de sociétés d'environ 3000 personnes avaient stupéfié tous les observateurs. Pendant des années, maintes petites sociétés sur petites sociétés tombèrent dans la corbeille des frères Willot, sans que personne y voit malice. Leur tactique consistait à acheter des entreprises mal gérées par des personnes peu dynamiques. Disait Jean-Delmas Goyon, président de la 11e Chambre du Tribunal Correctionnel de

---

Joly 1976, p. 317 ; et Cf. Chroniques détaillées sur cette affaire, B. BOUS S EM ART et J. C. RABIER, Le dossier Agache-Willot, éd. Presse de la Fondation, Nationale des Sciences Politiques, 1982, notamment p.76 et s ; M. TROUCHU, M. JEANTIN et D. LANGE, op. cit., D. 1975, pp. 7 et s ; J. LACOSTE, Les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache-Willot, JCP. 1975, éd. CI, 11855 ; J. M. ROBERT, op. cit., p. 97 ; S. ACHTRAI, op. cit., p. 81 et s ; A. VITU et BOUZAT, RSC. 1975, p. 155 et s ; et Cf. Récemment comme exemple, Crim. 22 janv. 1990, R. soc. 1990, p. 456, note Bouloc, Bull. Joly 1990, p. 543, note Randoux.

Paris «Ce n'est pas votre ascension, ni le développement de vos activités, ni votre dynamisme en affaires, mais les procédés que vous avez utilisé pour prendre le contrôle des sociétés dans lesquelles vous êtes devenus majoritaires ainsi que l'utilisation à votre profit d'une certaine partie de ces sociétés».

En fait, le groupe des frères Willot s'est agrandi en trois étapes : ils commencèrent leur activité en 1954. Ensuite, ils réussirent, en octobre 1966, à prendre le contrôle de la société Agache. C'était une grosse société (115 millions de chiffre d'affaires, premier fabricant français de lin). Ils firent absorber la société M. J. Willot par Agache pour fonder le groupe Agache-Willot SA. En 1968, ils prirent le contrôle de la société Dufour et de certaines autres. Ce n'est qu'après cette dernière prise de contrôle qu'on a assisté à la réorganisation de groupe. De cette restructuration sont nées deux sociétés : Le Consortium Général Textile et La société Foncière du Nord et de l'Est. Après avoir ainsi réorganisé leur

groupe, les frères ont procédé à la prise de contrôle de diverses sociétés, notamment la Belle-Jardinière, Saint-Frères sous conditions, parmi elles d'effectuer un apport en nature, rémunéré par des actions nouvelles de ces sociétés, souscrire en espèces à l'émission de 9746 actions nouvelles au prix de 940 F. l'action (9 161 240 F.), et racheter 10% des actions anciennes au prix de 940 F. Les faits délictueux leur furent surtout reprochés à l'occasion de la prise de contrôle de la Belle-Jardinière.

Une assemblée générale extraordinaire du 29 mai 1969 approuva les apports. La souscription en espèces devait être libérée dans les trente jours suivant rassemblée générale ; elle le fut le 4 juillet. Mais, avant cette date, le conseil d'administration du 25 juin, composé encore en majorité des anciens administrateurs, décida de mettre à la disposition de la société Agache-Willof une somme de 6 870 000 F. Ces fonds, prélevés sur l'augmentation du capital en espèces de 9 161 240 F. versés le 4 juillet et remis à Agache-Willot SA.

entre le 8 et 18 juillet, allaient permettre à cette dernière de payer en partie le rachat des 10% d'actions anciennes. Aussi le montant de la souscription en espèces a partiellement servi à racheter les actions anciennes à l'insu des actionnaires et à l'insu des anciens administrateurs.

Quant aux procédés frauduleux, nous avons dit que, lors de l'augmentation du capital de la Belle-Jardinière, le groupe Agache-Willot avait fait un apport des actions du Consortium Général Textile. Le prix unitaire de chaque action avait été fixé à 148 F. Le tribunal a estimé que ce prix avait été fixé unilatéralement par le groupe Agache-Willot et était largement surévalué, que le groupe prénommé en achetant 10% des actions de la Belle-Jardinière à 940 F. l'action avait fait tout esprit critique et du coup avait fait admettre son point de vue. Le jugement fait surtout état de l'absence d'évaluation contradictoire de la valeur des actions.

La plupart des sociétés dont les actions ont été incluses dans le traité d'apport du 28 avril 1969 avaient déjà, en août 1968,

fait apport de la totalité de leur actif industriel à la société Dufour dont les frères Willot venaient de prendre le contrôle et qui allait devenir, du fait de la concentration de ses actifs industriels, le Consortium Général Textile. Il en était de même des sociétés Coframaille, le Pigeon voyageur, Cosserat, Raclet, Risler, etc.

Etant donné que les frères Willot étaient largement majoritaires dans toutes les sociétés apporteuses, la valeur des actifs industriels apportés au futur Consortium n'a pas été contradictoirement débattue et, dans les différents traités d'apports, les éléments corporels d'exploitation apportés n'étaient pas détaillés et faisaient l'objet d'une estimation globale; les éléments incorporels étaient évalués à des sommes considérables, de telle sorte que le premier bilan du Consortium au 31 décembre 1968 faisait apparaître à F actif, sur une situation patrimoniale de 135 565 000 F., la somme de 71 758 222 F. d'immobilisations incorporelles.

Pour apprécier la valeur de ces actifs industriels, un

commissaire aux apports, en la personne de M. Castain, expert près de Cour d'appel de Douai, avait retenu, dans son rapport, la seule valeur résiduelle du matériel, telle qu'elle figurait au bilan des onze sociétés apportées au 31 décembre 1967, cela pour rétablir l'équilibre entre le matériel plus ancien, amorti et ayant atteint une valeur arithmétiquement faible. Le commissaire évalua la valeur patrimoniale du Consortium à 135 565 000 F., somme composée de 63 807 000 F. d'éléments corporels à laquelle il ajouta plus de 71 millions comme éléments incorporels qui n'étaient justifiés par aucun document, ni aucun calcul permettant de chiffrer la valeur des marques, des brevets et des fonds de commerce.

En 1968, M. Castain, cette fois-ci en qualité d'ingénieur de textile, fut appelé à évaluer les apports lors de la prise de contrôle de la société Saint-Frères. Il évalua les éléments corporels du Consortium à 124 millions, soit près du double de la valeur qu'il leur avait attribuée quelque temps



auparavant, mais cette fois il ne fit aucune référence aux éléments incorporels, alors que, d'après le tribunal, la valeur d'utilisation des biens corporels du Consortium n'avait pas subi un grand changement.

Cette anomalie dans l'évaluation des apports, ajoutée à l'absence d'évaluation contradictoire des actions du Consortium et à leur importance tant numérique qu'en valeur dans le traité d'apport, conduit le tribunal à rechercher si le prix de 148 F. 43 par actions, lors de l'apport à la Belle-Jardinière, était surévalué. D'après le rapport des experts judiciaires, le tribunal admit que la valeur des actions apportées devait être fixée entre 80 et 90 F. De la sorte, il était que, dans l'ensemble, le groupe Agache-Willot, qui avait apporté 329 000 actions à la Belle-Jardinière, avait profité d'une majoration globale de la valeur de ses apports d'au

moins 15 millions<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> On peut donner quelques exemples de sociétés dont les titres avaient été apportés au prix surévalué où leurs actions avaient fait l'objet d'une inflation permanente de valeur par des cessions internes au sein du groupe pour réaliser des plus-values anormales et justifier des majorations frauduleuses dans les traités d'apports, tel que Le Peigné Société Anonyme : c'était une société belge, dont le capital était divisé en 56 000 actions. Elle céda à la société Europar contrôlée par Agache-Willot) plus de 30 000 titres à prix variant entre 49 et 58 F. La société Europar céda les mêmes titres à la société Agache-Willot à 54 F. et cette dernière apporta à la Belle-Jardinière 8970 titres au prix de 194 F. 39, alors que les titres de la société Peigné étaient cotés à la Bourse de Bruxelles à 29 F. 80 au plus haut. Il en est de même e ce qui concerne Coframaille Société Anonyme : le capital social de cette société était divisé en 80 000 actions. Elle apporta également ses actifs industriels au Consortium en août 1968. 40 680 sur 80 000 actions de cette société étaient incluses dans l'acte d'apport à la Belle-Jardinière au prix de 152 F. 88 l'unité. La société Agache-Willot avait acquis en décembre 1967 la quasi-totalité de cette participation de la société Europar à 47 F. 50 l'action, à un prix inférieur à celui réglé par Europar en 1966. La situation difficile de la société Coframaille en 1966 et 1967 a pu justifier le prix de 47 F. 50 payé par Agache-Willot, le cours de la Bourse de Nancy étant passé au plus haut de 68 F. en 1966 à 34 F. en

## **B: Les modalités de la poursuite et de la répression:**

La loi n'a pas désigné personnellement les personnes responsables. Selon l'article 433-4, les auteurs du délit sont tous «ceux qui» ont utilisé des procédés reconnus frauduleux pour faire adopter, par l'assemblée générale constitutive, l'évaluation démesurée de l'apport. Dans la majorité des cas, il s'agit des apporteurs en nature bénéficiaires de l'opération, fondateurs, administrateurs ou dirigeants de la société. Les comportements visés pourront être le choix d'un commissaire aux apports de complaisance, qui présentera un rapport affirmant que l'objet apporté a une valeur supérieure à sa valeur réelle<sup>1</sup>.

---

1968. Mais rien ne justifiait une cession des actions à 152 F. à la Belle-Jardinière, environ trois fois leur valeur réelle.

<sup>1</sup> Cf. M. PATIN, P. CAUJOLLE, M. AYDALOT et J. M. ROBERT, *op. cit.*, p. 233 ; A. TOUFFAIT et Autres, *op. cit.*, p. 137, n°135 ; M. DELMAS-MARTY, *op. cit.* ; p.267 ; P. GAUTHIER et B. LAURET, *op. cit.*, p. 367 ; *Crim.*, 12 avril 1976, *JCP. II*, 18523, note Y. GUYON, *R. Soc.* 1977, p. 293, note B. BOULOC.

Cela pourra être également la désignation d'une personne non qualifiée en qualité de commissaire aux apports. Ce sera le fait de produire, à l'appui de l'évaluation proposée à l'approbation de l'assemblée générale, un acte de vente antérieur des biens apportés portant un prix fictif ; une expertise dont les conclusions ont été spécialement rédigées pour les besoins de la cause ; une contenance inexacte ; une comptabilité truquée s'il s'agit de l'apport d'un fonds de commerce. Il faut y ajouter l'existence de sûretés grevant les éléments incorporels d'un fonds de commerce apporté à une société à responsabilité limitée, et qui enlevaient à ce fonds toute valeur réelle, était connue tant de l'apporteur que du commissaire aux apports<sup>1</sup>. En résumé, le caractère frauduleux

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 22 janv. 1990, Bull, crim., n°35 ; D. 1990 IR, p. 88 ; R Soc. 1990, p.456, note Bouloc ; Bull. Joly, 1990, p. 543, note Randoux ; Dans cette espèce la Cour de cassation a été affirmée que «si l'article 425-1 de la loi du 24 juillet 1966 ne précise pas ce qu'il faut entendre par valeur réelle et si l'apporteur, comme le commissaire aux apports, sous sa responsabilité, sont libres d'apprécier cette valeur vénale: ou marchande des biens apportés, cette faculté ne les autorise pas à

de l'évaluation résultera de toute circonstance quel qu'elle soit, révélant chez l'apporteur la volonté de surévaluer son apport<sup>1</sup>.

Par ailleurs, seront poursuivis en tant que complices,

---

dissimuler volontairement des éléments d'appréciation de nature à entraîner une réduction importante de la valeur des biens apportés. Ainsi, une Cour d'appel caractérise en tous ses éléments constitutifs, tant matériels qu'intentionnels, le délit de majoration frauduleuse d'apport en nature, prévu et réprimé par l'article précité, en retenant que l'existence de sûretés, grevant les éléments incorporels d'un fonds de commerce apportés à une SARL et qui enlevaient à ce fonds toute valeur réelle, était connue tant de l'apporteur que du commissaire aux apports qui ont ainsi frauduleusement majoré la valeur de l'apport en nature en dissimulant en connaissance de cause sa valeur négative» ; P. DUPONT-DELESTRAINT, op. cit., p. 252 ; W. JEANDIDIER, op. cit., p. 271, n°239.

<sup>1</sup> Mais, la Cour de cassation est allée plus loin, concernant les commissaires aux apports ou aux comptes, puisqu'elle a estimé que la-connaissance est présumé où, à cause de leur position professionnelle, ils ne pouvaient ignorer l'inexactitude, Crim. 18 juin 1990, préc ; Cf. V. COURCELL-LABROUSSE et Autres, La responsabilité pénale des dirigeants, First, 1996, p. 276.

conformément à l'article 121-7 du Code pénal, tous ceux qui, en connaissance de cause, auront prêté leur concours dans les agissements frauduleux (commissaires aux comptes, ou aux apports, vérificateurs, experts, etc. et même les souscripteurs de complaisance qui approuvent, de mauvaise foi, l'évaluation exagérée des apports en nature, dans l'assemblée générale. Cependant, les commissaires aux apports pourront être également poursuivis comme coauteurs dès lors qu'apparaîtra une collusion entre les apporteurs et les commissaires aux apports.

Tel est le cas où les commissaires aux apports, ayant constaté que les dirigeants de la société réceptrice se désintéressaient des conditions de l'opération et accepté d'être rémunérés non par cette société mais par les apporteurs eux-mêmes, se sont contentés d'entériner et de justifier, au regard de l'assemblée des actionnaires, des évaluations effectuées par des tiers qui, si experts qu'ils

faussent, étaient notoirement les conseils des apporteurs<sup>1</sup>.

D'ailleurs, l'expression légale «fait attribuer», dans le texte d'incrimination, suppose un acte positif et exclut de la répression la tentative d'évaluation frauduleuse des apports en nature. Ainsi, les démarches entreprises pour provoquer une surévaluation ne pourront donner lieu à des poursuites pénales si elles n'ont pas abouti. Or cette délimitation stricte du champ répressif peut conduire l'autorité judiciaire à se tourner vers d'autres qualifications, et notamment, l'escroquerie, aux conditions de l'article 313-1 du code

---

<sup>1</sup> L'arrêt du Tribunal Correctionnelle de Paris et de la Cour de Cassation dans l'affaires des frères Willot, précités ; les commissaires aux comptes pourront être aussi –poursuivis sur la base du délit prévu à l'article 457 de la loi de 1966 qui punit le commissaire qui aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou n'aura pas révélé pu procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance.

pénal<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. C. DUCOULOUX-FAVARD, *Droit pénal des affaires*, op. cit., pp. 82-85 ; W. JEANDIDIER, op. cit., p. 271, n°239 ; S. ACHTARI, op. cit., p. 92 ; M ; VERON, op. cit., p. 140 ; J. L. SANTONI, op. cit., p. 97 ; L. CONSTANTIN, op. cit., p. 561 ; Un exemple de surévaluation des apports qualifié d'escroquerie on peut le tirer d'une affaire venue devant la 31<sup>e</sup> Chambre du Tribunal de Paris et concernant une opération d'augmentation de capital proposée aux actionnaires de la Société Anonyme Faïenceries de Sarreguemines, Digoïn et Vitry-le-François. Les coauteurs étaient membres de la même famille et dirigeants de trois sociétés. Ils possédaient la majorité du capital dans deux d'entre elles : la Société des Kaolins du Morbihan (SKDM) et la Société Nouvelle d'Exploitation des Kaolins du Morbihan (SNEKDM). Ils se trouvaient cependant administrateurs de la Société des Faïenceries de Sarreguemines bien que la SKDM. n'ait détenu que 14% de son capital. Pour s'assurer la stabilité des fonctions de dirigeants révocables «ad nutum» il fallait devenir majoritaire. Ils imagineront alors de faire procéder à une augmentation de capital à la société des faïenceries de Sarreguemines en faisant des apports en nature, dont les mines de Kaolin de la SKDM. Aux actionnaires de la Société des faïenceries de Sarreguemines il fut mis en avant que la société se trouverait, grâce à cette opération, assurée d'être toujours approvisionnée en Kaolin.

Le commissaire aux apports René Lotte, choisi par les soins du PDG Jean Cazal de la SKDM., remit un premier rapport. Mais la COB. veillait



---

et le convoqua pour lui rappeler que les actifs des deux sociétés devaient être évalués en fonctions des mêmes paramètres. Il déposait un nouveau rapport dans lequel il avait apparemment opéré les rectifications nécessaires concernant les méthodes d'évaluation. A savoir que 66 000 actions seraient attribuées au titre des apports en nature et qu'ainsi 36,19% du capital appartiendrait à la SKDM. qui s'assurait de la sorte la majorité de contrôle. Ce résultat variée des deux rapports était dû à une modification de l'évaluation des mines qui de 9 904 000 F. Dans le premier rapport passaient tout à coup dans le second à 12 326 000 F. Comment était-ce possible ? Tout simplement les couches de Kaolin étaient évaluées comme si leur profondeur était partout de 15 mètres, alors que ce chiffre correspondait à la profondeur maximum de couches qui n'étaient pas homogènes. Au surplus, le calcul de la rentabilité était effectué sur vingt ans alors que les carrières seraient épuisées bien avant.

Le tribunal non seulement retint ces faits objectifs d'une indéniable surévaluation mais il releva qu'il apparaissait que le montant des actions nouvelles à créer avait été déterminé dès la conception de l'opération par Cazal et Lotte et n'étaient pas conséquence d'une évaluation correcte des actifs des deux sociétés. Les juges établissaient ainsi qu'il y avait eu manœuvres frauduleuses préalables à la remise des actions. Ils relevaient que «par le biais d'une remise d'actions nouvelles indues, le groupe Cazal se serait emparé d'une partie de la fortune des actionnaires de la Société des Faienceries de Sarreguemines». Le tribunal pouvait dès lors qualifier les faits d'escroquerie et retenir la

Alors que les sanctions du délit de majoration frauduleuse des apports en nature sont, d'une part, du nature que sanctionnant des autres délits en droit pénal des sociétés attachés à la notion du mensonge et de la simulation. Une peine d'enfermement allant de 1 an à 5 ans et d'une amende comprise entre 2. 000 et 60. 000 F. ces peines peuvent être prononcées cumulativement ou alternativement. Cependant, la loi n°77-1468 du 30 décembre 1977 (art. 19) a porté à 2 500 000 F. Le maximum de l'amende lorsque le délit a été commis dans une SARL (art. 425) alors que dans les sociétés par actions le maximum de l'amende n'est que de 60 000 F (art. 16). Il s'agit là d'une inadvertance législative

---

tentative où il y avait bien un commencement d'exécution, notamment par la matérialisation de l'envoi des convocations pour la réunion de l'assemblée générale. Cf. TGI. Paris, 31e Chambre, 21 oct. 1977, Bull. CNCC. 1978, p. 60 ; Et l'analyse des faits dans cette affaire, in, droit pénal des affaires, par C. DUCOULOUX-FAVARD, op. cit., pp. 84-85.

regrettable du législateur<sup>1</sup>.

D'autre part, il faut noter que contrairement aux exigences posées par l'article 6 du décret-loi du 8 août 1935, le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature n'est plus aujourd'hui puni par la loi des peines de l'escroquerie, il en résulte que l'interdiction d'être administrateur, gérant d'une société ou d'une succursale, d'engager la signature d'une société, d'exercer les fonctions de membre du conseil de surveillance ou de commissaire aux apports ou aux comptes ne semble plus devoir s'appliquer<sup>2</sup>.

S'agissant de la prescription, l'action publique de prescrit au bout de trois ans à compter du jour où l'apport est approuvé

---

<sup>1</sup> Cf. P. GAUTHIER et B. LAURET, *op. cit.*, pp. 367-368 ; W. JEANDIDIER, *op. cit.*, p. 271f<sup>n</sup>°239 ; J. L. SANTONI, *op. cit.*, p. 82.

<sup>2</sup> Néanmoins, la condamnation au délit de majoration frauduleuse emporte de plein droit l'interdiction d'exercer la profession de banquier ou de faire, à titre professionnel, des opérations de placement et de bourse sur les valeurs mobilières. Il s'y ajoute l'impossibilité d'obtenir la carte de démarcheur.

en assemblée générale, date à laquelle l'infraction se trouve consommée. Quant à l'action civile, elle peut être exercée par les victimes du délit, c'est-à-dire la société ou les tiers qui auront traité avec elle en raison de la présence des apports faussement évalués.

Dans cette section, nous venons de voir comment le législateur a sanctionné le mensonge lors la consistance du capital social ; mais il ne suffit pas que ce capital ait consisté : le capital social doit être consisté réellement sans dissimulation ni fraude.

Ainsi, le législateur ne contente pas à réprimer le mensonge commis par les fondateurs ou par les dirigeants lors de la réunion du capital social, mais il sanctionne des autres faits fondés sur la notion du mensonge, il s'agit des mensonges se rattachant à la gestion du capital social, qui formera l'objet de la deuxième section.

## **Deuxième Section**

### **Le mensonge relatif à la gestion du capital social**

S'agissant de la mission de gestion du capital social, le législateur renforce la transparence en sanctionnant toute dissimulation de la consistance réelle du capital social, gage commun des créanciers de la société, celui-ci mérite d'être protégé contre toute dilapidation et velléité de fraude de la part de ceux qui ont la charge de le gérer. A ce titre le législateur sanctionne le défaut de sincérité dans l'établissement de comptes annuels de la société, plus particulièrement le bilan (**Sous-section I**), et l'atteinte frauduleuse à l'intégrité du capital social par la distribution des dividendes fictifs (**Sous-section II**). Il semble plus logique de traiter les deux délits dans l'ordre inverse. En effet, lorsque le délit de distribution de dividendes fictifs est commis, l'agent a, dans pratiquement la totalité des cas, présenté au préalable aux actionnaires des comptes inexacts. A l'inverse, la présentation ou la publication de comptes inexacts n'est pas

toujours suivie d'une répartition de dividendes fictifs.

Sous-section I

Présentation ou publication des comptes annuels infidèles

**(A): La comptabilité et le droit pénal:**

**Comme le citait M. Viandier, la comptabilité<sup>1</sup> est l'algèbre du droit** et méthode d'observation des faits économiques : satellite du droit, la comptabilité est l'expression chiffrée 'du droit civil ou commercial, satellite de l'économie, la comptabilité "est un instrument de mesure, de gestion et de

---

<sup>1</sup> Juridiquement, la comptabilité est un instrument de représentation d'un patrimoine, des fluctuations de ce patrimoine au cours du temps et une relation chiffrée de l'exploitation de l'entreprise. Cette conception juridique s'oppose à une conception financière selon laquelle la comptabilité rassemble dans les documents chiffrés permettant aux banquiers ou aux actionnaires par exemple d'apprécier la solidité financière d'une entreprise c'est-à-dire sa solvabilité envisagée à court, à moyen et à long terme, Cf. J. C. SARRUT, Dictionnaire permanent, droit des affaires, Feuillet 569, n°2. Pour plus de détails, Comptabilité et droit pénal, sous la direction M. Delhomme et Y. Muller, éd. Litec, 2009.

prévision. Une telle richesse de rôle ne peut qu'attirer les regards du pénaliste<sup>1</sup>.

A vrai dire, parfois le droit pénal voit dans la comptabilité le révélateur des turpitudes des dirigeants sociaux, où il est fréquemment que des autres infractions du droit pénal des affaires s'accompagnent par une traduction comptable ou décèlent par un examen de la comptabilité. La comptabilité, de ce point de vue, est le fixateur du photographe, elle met à jour le négatif, les comportements répréhensibles des dirigeants sociaux. D'autres fois, le droit pénal voit dans la comptabilité un des éléments d'une infraction particulière, c'est par exemple le défaut d'établissement des documents comptables, c'est encore l'infidélité de comptes établis<sup>2</sup>. Ce

---

<sup>1</sup> Cf. A. VIANDIER, Les infractions comptables commises par les dirigeants de sociétés, in, les sociétés commerciales et le droit pénal, p. 129.

<sup>2</sup> Cf. Conseil Supérieur de l'Ordre des experts comptables et des comptables agréés, Comptabilité et droit pénal des affaires, travaux du 34eme Congrès de l'Ordre des experts-comptables, Paris 1979.

dernier cas c'est celui que l'on parle.

En effet, les comptes de l'entreprise dont l'objet est de révéler, dans toute société, la situation du patrimoine social du jour de l'arrête des comptes revêt une importance particulière pour l'exacte information des dirigeants, des actionnaires et des tiers. S'ils ne sont pas conforme à la réalité, le pouvoir de contrôle de l'assemblée générale reste illusoire, les tiers avec lesquels la société a traité pouvant de leur côté être induits en erreur sur sa véritable situation. Il y avait donc grande nécessités de sanctionner sévèrement une forme de mensonge dont les répercussions portent de graves dommages et des conséquences néfastes à la marche des affaires et à l'économie en général<sup>1</sup>. C'est pourquoi le législateur a frappé ses agissements de sanctions pénales dès le XIXe siècle.

---

<sup>1</sup> Cf. En ce sens ; B. LEY, La responsabilité pénale des commissaires aux comptes, th. Paris II, 1977, p. 160 ; P. DUPONT-DELESTRAINT, op. cit., p. 256.



A l'origine, la loi du 24 juillet 1867 ne contenait aucune incrimination spécifique de la publication ou de la présentation des comptes annuels infidèles dont le bilan. La diffusion d'un bilan inexacte n'était sanctionnée qu'en tant qu'élément constitutif d'un autre délit. Ainsi, le délit de recherche de versements à l'aide de faits faux, le délit de distribution de dividendes fictifs, le faux en écriture privée ou encore les manœuvres d'escroquerie, permettaient d'atteindre le bilan inexact en tant qu'élément du délit. Un faux bilan ne donnait donc lieu à la répression que dans des circonstances exceptionnelles<sup>1</sup>.

Cependant, ces infractions, et en particulière les infractions traditionnelles, sont délicates à mettre en œuvre : leurs conditions sont strictes – altération de la vérité pour l'une,

---

<sup>1</sup>Cf. F. LEBRUN, Le délit de publication ou de présentation de bilan inexact, th. Paris II, 1982, p.19 ; Y. GOURVENCE-PILLET, Les infractions comptables imputables aux dirigeants sociaux, Mémoire DEA, Nantes, 1989-1990, p. 5 ; A. VIANDIER, op. cit., p.129.

manœuvres frauduleuses pour l'autre – : dans les deux cas d'escroquerie et du faux, un préjudice doit être démontré. En 1935, le législateur prenant en considération le préjudice que l'établissement d'un faux bilan peut causer aux tiers, alors même que le bilan n'aurait servi à aucune sollicitation de valeurs quelconques, ou n'aurait donné lieu à aucune distribution de dividendes fictifs, voulut incriminer le simple fait, par les dirigeants d'une société, de présenter ou de publier un bilan inexact. Il s'agissait désormais d'un délit spécifique et autonome.

Ce délit, qui faisait l'objet de l'article 15-5 de la loi 24 juillet 1867, s'est retrouvé défini de manière identique dans l'article 437-2 de la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966. La loi comptable n°83-353 du 30 avril 1983 a étendu l'incrimination aux comptes annuels qui comprennent: le bilan, le compte de résultat et l'annexe.

Aux termes de l'article 437-2 modifié, seront punis, «le Président, les administrateurs et les directeurs généraux

d'une société anonyme qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, auront sciemment publié ou présenté aux actionnaires, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des comptes, annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période». L'article 460 étend aux sociétés en commandite par actions ses dispositions. Pour les SARL, l'article 425-3 prévoit dans les mêmes termes le délit de présentation des comptes annuels aux associés<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il faut noter que la publication des comptes annuels inexacts dans le cadre d'une société à responsabilité limitée est non punissable. Cependant, toute publication englobe une présentation aux actionnaires et, par conséquent ce vide répressif arrive à être comblé ; mais c'est prendre quelque liberté avec le principe d'interprétation stricte des textes pénaux, W. JEANDIDIER, op. cit, p. 301 ; D'autre part, dans les sociétés civiles de placement immobilier, l'art. 24 de la loi du 31 décembre 1970 prévoit des Sanctions identiques à l'encontre de membres des organes de gestion, de direction ou d'administration.

A l'inverse de l'escroc<sup>1</sup> dont les manœuvres ingénieuses,, associées à la cupidité ou à la crédulité de la victime, parviennent à attirer la bienveillance du public, l'auteur d'une publication ou d'une présentation de bilan inexact paraît antipathique. En effet, il ne manifeste aucune ingéniosité et ses victimes éventuelles ne font preuve d'aucune cupidité ni crédulité. Au contraire, le délinquant, par ses agissements, revêt tous les aspects de l'honnêteté en exécutant une obligation légale ou en suivant des recommandations administratives.

---

<sup>1</sup> Jusqu'en 1966, l'auteur d'une publication ou d'une présentation de bilan inexact encourait les peines de l'escroquerie.

## **(B): Les éléments constitutifs du délit**

En quelque sorte, il s'appuie sur la loi pour favoriser le succès de son entreprise délictueuse<sup>1</sup>. Apparaît ici, une caractéristique du délit de publication ou de présentation des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle. Le législateur encourage vivement la commission de Certains éléments constitutifs du délit. Ce sont ceux liés à la publication ou à la présentation des comptes annuels non fidèles. C'est en quelque sorte un élément comptable.

Bien sûr il existe un comportement constitutif apparemment non délictueux, lequel se traduit par la publication ou la présentation de comptes annuels non fidèles, un élément ne représente pas beaucoup de problème, c'est la raison pour laquelle nous ne la traitons pas ici, malgré qu'il soit un élément indispensable à la commission du délit, et en tant que tel, il est constitutif du délit de publication ou de présentation

---

<sup>1</sup> Cf. F. LEBRUN, *op. cit.*, pp. 20–21.

des comptes annuels non fidèles.

Dès lors, il est évident que d'autres éléments interviennent, conférant une dimension délictueuse aux agissements des dirigeants. Un autre élément comptable complétant la structure matérielle du délit, c'est l'infidélité des comptes annuels<sup>1</sup>: un élément matériel d'un caractère comptable complexe (I), et un autre élément représentant la structure physiologique du délit, c'est la mauvaise foi qui doit être accompagnée de l'intention de dissimuler la véritable situation de la société : un élément moral complexe (II).

---

<sup>1</sup> Certains auteurs considèrent l'infidélité des comptes annuels comme une condition préalable et non comme une partie de l'élément matériel, Cf. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 311 ; W. JEANDIDIER, *op. cit.*, p. 300 ; Contra, P. DUPONT-DELESTRAINT, *op. cit.*, n° 375, p. 256.; B. LEY, *th. Préc.*, p. 162 ; B. BAKOU A-BAT ANGOUN A, *op.*

*cit.*, p. 159 ; Sur la difficulté de distinguer entre les conditions préalables et les éléments matériels, Cf. A. WAZIR, *Les conditions préalables dans l'infraction, étude analytique approfondie*, Dar El-Nahda El-Arabia, Le Caire, 1983.

**(I): Contenu du mensonge ou l'infidélité des comptes annuels:**

L'élément matériel de ce délit suppose l'infidélité des comptes annuels qui a été substituée à la notion de bilan inexacte. C'est parce que les comptes annuels doivent donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise (art. 9-5 du Code de commerce). Il n'existe aucune définition légale ou réglementaire du concept d'image fidèle. Ce concept est issu de la quatrième directive communautaire et s'inspire de la notion britannique de «true and fair view»<sup>1</sup>. Dans cet esprit, la loi du 30 avril 1983 a énoncé un certain nombre de principes comptables, presque tous issus de la jurisprudence. Les grands principes de la nouvelle législation comptable sont : régularité, sincérité et

---

<sup>1</sup> Cf. W. JEANDIDIER, *op. cit.*, p. 300 ; Y. GOURVENEC-PILLET, *op. cit.*, p. 8 ; M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 311.

fidélité<sup>1</sup>.

Ils sont énumérés à l'article 9 al. 5 du code de commerce : «les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise». Cet article prévoit que lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner une image fidèle, des informations supplémentaires doivent être fournies dans l'annexe.

Il faut donc que les documents requis soient conformes aux règles et aux principes posés principalement par la jurisprudence et la science comptable (régularité)<sup>2</sup>, utilisant

---

<sup>1</sup> Ajoutant le principe de prudence lequel il est interdit d'anticiper la constatation des profits ou de retarder la constatation des pertes art. 14 de Code de commerce), Cf. A. VIANDIER, Le droit comptable, Précis Dalloz, Paris, 1984, n°304 ; Les infractions Comptables, op. cit., p.129 ; B. LEY, th. Préc., p.162.

<sup>2</sup> Cf. F. GORE, La responsabilité des dirigeants d'entreprise dans l'établissement des comptes, patronat, R. des entreprises, le conseil national du patronat français, n°362, sept. 1975, p. 17.



des chiffres exacts (sincérité), afin de présenter une image aussi objective que possible, c'est-à-dire sans déformation intentionnelle ou omission faits significatifs<sup>1</sup>. «Objectivité, bonne foi, recherche de la vérité, voilà à quoi paraît correspondre la fidélité»<sup>2</sup>. La notion d'infidélité recouvre donc des manquements à l'obligation de régularité et de sincérité, dès lors qu'ils tendent à dissimuler la véritable situation de la société.

D'autant plus que ce sont toujours les fraudes affectant le

---

<sup>1</sup> En effet, la sincérité a deux acceptions très proches. 'Elle peut soit consister en l'absence d'intervention frauduleuse de la part des auteurs des comptes annuels, c'est-à-dire traduire leur volonté d'appliquer scrupuleusement les règles comptables, Conception la COB., Cf. Rapport au président de la République, 1969, cité par F. LEBRUN, op. cit., p. 115 ; soit exprimer leur désir de donner une image fidèle de la société., Conception M. Pléven, Revue française de la comptabilité, oct. 1970, p.5.

<sup>2</sup> Cf. A. VIANDIER, Le droit comptable, Précis Dalloz, Paris 1984, n°363 ; Les infractions comptables commises par les dirigeants de sociétés, op. cit., p. 131.

bilan qui constituent la source principale des condamnations, dès lors, les solutions antérieures de la jurisprudence relatives au délit de présentation de bilan inexact conservent toute leur valeur et restent d'actualité. Ainsi, nous pensons que l'expression «ne donnant pas une image fidèle» qui a remplacé le terme «inexact» n'apportera pas une interprétation jurisprudentielle bien différente de la précédente<sup>1</sup>.

En réalité, cela n'a jamais été l'inexactitude purement matérielle d'un bilan à être réprimée, mais la tromperie des associés ou des tiers intéressés à la marche de la société. D'une manière générale, un bilan peut être inexact ou truqué pour deux raisons essentielles, soit qu'il y ait erreur dans le

---

<sup>1</sup> Cf. CL. DUCOULOUX-FAVARD, *op. cit.*, p. 103 ; W. JEANDIDIER, *op. cit.*, p.300 ; M. VERON, *op. cit.*, p. 181 ; Par contre, l'expression nouvelle de «résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine» ouvre la porte à une application beaucoup plus large que par le passé de cette infraction, CL.

DUCOULOUX-FAVARD, *Ibid.*

relevé des éléments de l'actif et du passif (1), soit qu'il y ait erreur dans l'évaluation de ces éléments (2)<sup>1</sup>.

**(a) Les relevés inexacts:**

Les relevés sont inexacts lorsqu'ils tendent à «noircir»<sup>2</sup> la situation, de telle sorte que valeurs actives et passives sont abusivement retranchées: la suppression d'un élément réel du patrimoine ; ou ajoutées : l'adjonction d'un poste fictif au bilan. Quant à la suppression, de nombreux procédés

---

<sup>1</sup> Cf. Sur les innombrables procédés employés pour fausser un bilan, JENNY, Les fraudes en comptabilité, comment elles se produisent, comment elles se découvrent, Dunod, 2ème éd. 1967 ; F. LEBRUN, op. cit., p. 111 et s ; J. CL. SOYER, L'élément matériel comptable des délits relatifs au bilan, in, le droit pénal spécial des sociétés anonymes, in, le droit pénal spécial des sociétés anonymes, préface Hamel, Dalloz 1955, p. 228 et s ; Ch. PINOTEAU, Les risques de la gestion des entreprises, préface Cl. Lussan, LGDJ., 1973, p. 122 et s ; Législation pénale, op. cit., p. 238 ; B. LEY, op. cit, p. 163 et s ; FOUGERES, Délits relatifs à la comptabilité, op. cit. fasc. 1474 ; M. PATIN, P. CAUJOLLE, M. AYDALOT et J. M. ROBERT, op. cit., p. 314 et s.

<sup>2</sup> Selon l'expression de J. M. ROBERT, op. cit., p. 80.

s'offrent aux rédacteurs du bilan pour atteindre de tels résultats. Pour l'actif, deux postes se prêtent plus que les autres à l'inexactitude. Ce sont celui des valeurs d'exploitation couramment appelés stocks, et celui des immobilisations réalisées par l'entreprise pour elle-même. Sans vouloir être exhaustif, il est possible d'inventorier les inexactitudes les plus fréquentes et les plus typiques portant sur les stocks<sup>1</sup>.

Ainsi y a-t-il inexactitude lorsque des matières premières entreposées dans les ateliers de fabrication en vue d'une consommation pendant la période d'inventaire, ne figurent ni sur le livre d'inventaire, ni dans un compte de travaux en cours ; lorsque des marchandises ou matières premières en cours d'expédition d'un centre de fabrication à un autre ne

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 18 déc. 1956, Bull. crim., p. 678 ; Gaz. Pal. I, 1957, p. 366 ; D., 1957, p. 705, note Dalsace ; JCP. 1957, If 74834, note Goré, affaire BOSQ ; Crim., 8 avril 1991, Bull. crim., n°L66, p. 421 ; R. soci 1991, p. 176, note Bouloc ; Crim., 9 nov. 1992, Bull. crim., n°364, p. 1011.

sont inventoriées ni dans l'établissement expéditeur ni dans celui destinataire ; lorsque le matériel en dépôt ou en consignation dans la société ne se retrouve dans aucune rubrique appropriée ; lorsque des marchandises livrées ne figurent pas dans les stocks sous prétexte que le client n'en a pas encore confirmé la conformité avec les bons de commande ; lorsque des marchandises défectueuses reçues par les clients sont omises à l'inventaire bien que les comptes clients correspondants soient déjà crédités ; de même, lorsque des factures fournisseurs sont enregistrées et que les marchandises correspondantes ne sont pas inventoriées car non réceptionnées, les inexactitudes sur les immobilisations réalisées par l'entreprise pour elle-même sont très simples. Il suffit de passer sous silence la réalisation de l'immobilisation.

Au passif, les inexactitudes sont également susceptibles de varier à l'infini. Elles peuvent consister dans l'omission

d'élément de passif réel<sup>1</sup>. On constatera par exemple, l'absence de constitution de provisions<sup>2</sup>, le défaut d'amortissement<sup>3</sup> ou encore la dissimulation de certains engagements de la société. Quelquefois, dans le but de cacher certains engagements ou de dissimuler certaines opérations, on fait disparaître simultanément des valeurs d'actifs et de passif, permettant ainsi par l'effet d'une compensation, de présenter un bilan équilibré. Tel était le cas dans l'affaire Altisetti concernant un bilan établi à partir d'une comptabilité falsifiée dans un but de fraude fiscale, pour permettre à la société de disposer d'une caisse occulte<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. L. CONSTANTIN, *op. cit.*, p. 630.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 14 déc. 1966, Bull. crim., p. 678 ; Crim., 12 janv. 1981, JCP. 1981, IV, p.107 ; TGI. Paris, 11 juillet 1980, D. 1981, IR, p. 181.

<sup>3</sup> Cass. Crim. 26 juin 1978, Bull. crim., n°212.

<sup>4</sup> Trib. Corr. Paris, 11 juin 1969 ; Crim. 15 mai 1974, Bull. crim., n°177 ; Dite la Cour de cassation «attendu que pour déclarer S. coupable de présentation de faux bilans, l'arrêt attaqué énonce que toutes les recettes occultes qui ont alimenté la caisse noire de la société n'ont fait

Le Tribunal Correctionnel de Paris a jugé que : «si ces falsifications n'ont pas eu pour effet de fausser les données matérielles actuelles du bilan et du compte de pertes et profits, puisque la minoration des produits d'exploitation était compensée par une minoration identique des charge laissant inchangé le soldé, il n'en demeure pas moins que les résultats d'exploitations se trouvaient faussés par l'omission de l'enregistrement du solde occulte non utilisé en fin d'exercice et par la réduction illicite de la charge fiscale qu'aurait dû supporter les opérations litigieuses si elles avaient été régulièrement portées en comptabilité». «Que les bilans ayant été présentés aux actionnaires, le délit de

---

que transiter par des comptes abusivement qualifiés «petite caisse» ou «avances à régulariser», comptes qui, par l'effet de divers ajustements, apparaissaient entièrement soldés à la fin de chaque exercice ; que grâce à ces procédés, ces recettes n'ont pas été incluses dans les résultats bruts d'exploitation, ceux-ci ayant été ainsi minorés de diverses sommes ...) ; que les bilans afférents à ces exercices et présentés respectivement aux assemblées générales ...) ont été nécessairement faussés ...».

présentation d'un faux bilan est établi quelque fut le mobile, fiscal ou autre, auquel ait obéi le Président-Directeur-Général».

Un point, cependant, sur lequel la jurisprudence ne semble pas fixée, concerne l'obligation d'inscrire le montant d'un redressement fiscal au bilan lorsque la société en conteste le bilan fondé. En 1975, le Tribunal Correctionnel du Havre<sup>1</sup> a relaxé les prévenus au motif qu'ils «font valoir qu'ils contestent le bien-fondé de ce redressement ; qu'ils justifient que dans les 30 jours de la notification, ils ont présenté, à l'administration une réclamation qui a été rejetée et que par mémoire régulièrement déposé...ils ont saisi le tribunal administratif de la Seine-Maritime ; et que dans ces conditions, la créance invoquée par la Direction des impôts, n'étant encore actuellement ni certaine, ni exigible, sa non-inscription, même sous forme de provision, ...apparaît

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Havre, 23 juin 1975, Bull. CNCCN., n°20, p.447. ; GP. 1975, II, p.784.



justifiée». En 1976, la cour de Nancy rendait un arrêt en sens opposé<sup>1</sup>.

A propos de l'adjonction d'un poste fictif, elle peut intervenir soit à l'actif soit au passif. A propos de l'actif, on retrouve, par exemple, l'inscription des sommes en cause au crédit du compte d'un gérant, alors qu'elles auraient dû être portées à un associé, pour tromper l'assemblée sur la situation exacte du gérant et sur la réalité de sa créance à l'égard de la société<sup>2</sup>. On retrouve aussi l'inscription dans les comptes d'immobilisations, de biens dont la société n'est pas propriétaire tels que des véhicules appartenant en propre aux dirigeants<sup>3</sup>, une villa aliénée deux ans plus tôt<sup>4</sup>, des titres de

---

<sup>1</sup> CA. Nancy, 20 oct. 1976, Bull. CNCC., n°33, p.73.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 22 mars 1982, Bull. Joly, 1982, p.503.

<sup>3</sup> Cf. FOUGERES, Délits relatifs à la comptabilité, JCP., fasc. 1474, p. 13 ; F. LEBRUN, op. cit., p. 134 ; H. LAUNAIS et L. ACCARIAS, op. cit., p.290.

<sup>4</sup> Cass. Crim. 19 oct. 1971, Bull. crim., p. 670. «Attendu que l'arrêt constate que bien que la propriété d'Asnières sur Oise appartenant à la

placement ou de participation vendus<sup>1</sup>.

En raison de la nature interne des comptes falsifiés, les dirigeants auront tendance à faire porter l'inexactitude sur les immobilisations en cours ou produites par la société pour elle-même<sup>2</sup>. Les postes regroupant les valeurs incorporelles, celles d'exploitation ou celles réalisables ou disponibles, prêtent facilement à l'inexactitude. C'est ainsi qu'un bilan qui mentionne l'existence d'un fonds de commerce n'ayant pas fait l'objet d'une acquisition est inexact.

Les fraudes sur les valeurs d'exploitation sont plus variées. Citons entre autres, la comptabilisation de marchandises n'appartenant pas à la société mais simplement déposées ou

---

société eut été aliénée, le 22 décembre 1960, cette propriété figurait toujours à l'actif des bilans pour les exercices 1960 et 1961, et avait même fait l'objet d'une réévaluation».

<sup>1</sup> Cass. Crim. 26 juin 1978, Bull. crim., n°212. «Attendu que Sereni avait continué de faire figurer à l'actif 14 419 action de la CEMP qui avaient déjà été vendues».

<sup>2</sup> Cf. FOUGERES, op. cit., ibid ; F. LEBRUN, op. cit., p. 135.

consignées ; de biens facturés aux clients mais dont la société a encore la garde<sup>1</sup> ou dont l'expédition a été retardée par une circonstance quelconque ; de marchandises retournées par le client et dont l'avoir n'a pas été établi ou au contraire, à retourner aux fournisseurs, les comptes des fournisseurs correspondants ayant été déjà crédités et de matières premières comptées plusieurs fois Car ayant été déplacées au cours de l'inventaire.

Les inexactitudes relatives aux valeurs réalisables concernent essentiellement les effets à recevoir ou les comptes clients. Les premières sont d'une portée limitée en raison des contrôles qui peuvent être opérés en consultant les relevés expédiés par la banque. Les fausses créances sont fusion entre commande et facture, un décalage entre la livraison et la facturation ou l'établissement de factures à des clients insolubles, anciens, voire fictifs. Enfin, il y a inexactitude

---

<sup>1</sup> Cf. FOUGERES, op. cit., 14 ; F. LEBRUN, Ibid.

lorsqu'une partie des fonds disponibles en banque ou dans la caisse sociale ne figure pas au bilan.

Pour le passif, diverses raisons incitent à l'adjonction de dettes. Parmi celle-ci, retenons la volonté de dissimuler des profits ou d'en faire bénéficier un tiers directement<sup>1</sup>, Pour M. Lebrun, le bilan sera inexact si les auteurs ne pensent pas payer la dette. En revanche, si les dirigeants ont l'intention d'acquitter cette dette fictive, comme s'il s'agissait en fait d'un don, le bilan ne sera pas inexact<sup>2</sup>.

Pour M. Lebrun<sup>3</sup>, le délit de présentation ou publication de bilan inexact ne peut être constitué, puisque le bilan reflète la véritable situation, dans le cas où la direction du groupe afin de déplacer une part des bénéfices réalisés par certaines sociétés qu'elle contrôle, fait établir des factures fictives pour

---

<sup>1</sup> Cf. F. LEBRUN, op. cit., p. 136.

<sup>2</sup> Cf. Ibid.

<sup>3</sup> Cf. Ibid.

de prétendus services rendus. Par cette fiction, des sociétés se prétendent créancières et d'autres débitrices. Les motivations des dirigeants peuvent être très variées : échapper à un contrôle des changes, ou à des dispositions fiscales, priver les minoritaires d'une filiale de la portion de bénéfices leur revenant, sauver discrètement une société en déroute. C'est aussi par ce procédé que telle ou telle entreprise «subventionne» une activité ou «remercie un tiers pour ses services». Cependant, cette pratique pourrait être constitutive d'un autre délit.

**(b) Evaluations inexactes:**

Il peut s'agir aussi d'inexactitudes dans les évaluations par majoration ou minoration de diverses valeurs actives ou passives, il s'agit sans doute là des erreurs les plus difficiles à caractériser. Les fraudes sont facilitées par la difficulté de procéder, tout au moins pour certains postes du bilan, à des évaluations correctes. C'est pourquoi, la doctrine avait préconisé diverses méthodes pour assurer une évaluation

sincère du bilan<sup>1</sup>.

Aujourd'hui, l'exposé de ces méthodes a perdu de son intérêt depuis l'entrée en vigueur des plans comptables ainsi que de la loi du 24 juillet 1966, sur la permanence des méthodes d'établissement du bilan, sur l'obligation d'amortissements et de provisions (art. 344 à 346 et sur le calcul des bénéfices. En fin, la loi du 30 avril 1983 a fixé les règles d'évaluation du patrimoine. Mais, généralement, le Conseil national de la comptabilité préconise l'évaluation du patrimoine des sociétés selon la méthode du coût historique où la valeur des biens doit être déterminée au moment de leur entrée dans le patrimoine, puis sont pris en considération les effets du temps<sup>2</sup>.

L'examen attentif de la jurisprudence montre que

---

<sup>1</sup> Sur ces méthodes, Cf. H. LAUNAIS et L. ACCARIAS, Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée, Dalloz, 1964, p. 251 et s ; F. LEBRUN, op. cit., p. 143 et s.

<sup>2</sup> Cf. F. LEBRUN, op. cit, p. 148.

l'inexactitude du bilan consistera du non-respect de la méthode du coût historique soit en ce qui concerne son premier élément : la valeur des éléments lors de l'entrée dans le patrimoine, soit à propos de son deuxième élément : les effets du temps. Quant au premier élément, il peut être porté sur les comptes d'actif ou sur les postes de passif, ce dernier qui pose moins de difficulté dans l'évaluation, c'est pourquoi on contentera d'exposer l'inexactitude au sujet de l'actif.

Au premier rang des postes de l'actif, se trouvent les immobilisations. Lors de leur entrée dans le patrimoine de l'entreprise, elles doivent être comptabilisées pour leur valeur d'origine. Celle-ci correspond soit au coût d'achat, soit au coût de production<sup>1</sup>. Concernant les immobilisations acquises à titre onéreux, le coût d'achat comprend le prix payé au fournisseur, et les frais accessoires, tels que frais de transport, d'installation, de montage, les droits de douane et

---

<sup>1</sup> Cf. Art. 38 quinquies de l'annexe III de Code général des impôts ; En détail, F. LEBRUN, op. cit., p. 149.

de taxe sur la valeur ajoutée non récupérable. Il y aura donc inexactitude si l'un de ces éléments est omis, ou si d'autres sont inclus dans l'évaluation. L'exemple le plus classique est celui des frais financiers exposés pour financer l'acquisition qui sont enregistrés, à tort, dans un compte d'immobilisations.

Alors que, pour les immobilisations produites par la société pour elle-même, le coût de production correspond au coût d'achat des matières ou fournitures utilisées, augmenté des charges annexes directes ou indirectes nécessaires à leur production<sup>1</sup>. Au même titre que pour les immobilisations acquises à titre onéreux, il y aurait inexactitude à inclure les frais financiers relatifs à la période de fabrication du bien.

Nous ne voulons pas passer sous silence le cas des immobilisations incorporelles, c'est-à-dire toutes celles faisant l'objet d'une protection juridique<sup>2</sup> doivent être inscrites

---

<sup>1</sup> Cf. Art. 38, préc ; Bull. CNC., n°19, juillet 1974, p.4.

<sup>2</sup> Cf. Bull. CNC., n°25, janv. 1976, p. 21.



à l'actif du bilan pour leur valeur d'achat. Il y aurait inexactitude, par exemple, à se référer au développement probable des affaires pour augmenter la valeur de la clientèle d'un fonds de commerce<sup>1</sup>.

En dessous des immobilisations, se trouvent au bilan, les titres de participation auxquels il convient d'associer les titres de placement. Le montant à porter en comptabilité est le prix ou la valeur résultant de l'accord qui a permis leur acquisition quelles que soient les modalités de règlement. Pour les titres acquis à titre onéreux, ce sera le prix d'achat, pour souscrits, ce sera la valeur de souscription, enfin, pour ceux apportés, ce sera la valeur d'apport, sont donc inexacts les bilans s'écartant de cette règle<sup>2</sup>.

Tel peut être résumée d'inexactitudes concernant l'évaluation des éléments d'actif lors de l'entrée dans le patrimoine. Une

---

<sup>1</sup> Cf. F. LEBRUN, *op. cit.*, p. 150.

<sup>2</sup> Cf. En détail, FOUGERES, *La gestion financière, délits relatifs à la comptabilité*, *op. cit.*, p. 72 et s.

deuxième source d'inexactitudes peut être résidée en une mauvaise prise en compte dans l'évaluation des éléments d'actif, des effets du temps, où il est connu que la plupart des biens se déprécient par l'effet du temps. La dépréciation ainsi subie 'est enregistrée par le biais de amortissement<sup>1</sup>.

En général, la partie du bilan consacrée à l'actif comprend trois colonnes de chiffres face à chaque libellé de compte. Dans la première est inscrite la valeur brute de l'élément d'actif. Elle correspond à la valeur du bien lors de son entrée dans le patrimoine de l'entreprise. Dans la deuxième colonne, est indiqué le montant de la dépréciation estimé par les auteurs du bilan. La troisième colonne est consacrée à la valeur nette du bien. Elle est obtenue par la différence des deux premières. Le bilan peut donc être inexact si l'une des

---

<sup>1</sup> Le but de l'amortissement est de garantir la société contre la dépréciation que subissent chaque année les éléments d'actif soit par l'usage, soit par la vétusté. Cf. A. TOUFFAIT et Autres, op. cit., p. 93 ; M. PATIN, P. CAUJOLLE, M. AYDALOT et J. M. ROBERT, op. cit., p. 305.

trois colonnes comporte des erreurs.

En bref, l'inexactitude du bilan pour avoir but, le plus souvent, de présenter la situation sociale sous un jour plus favorable qu'elle n'est en réalité, en majorant l'actif et en minorant le passif, notamment pour faire apparaître des bénéfices qui n'existent pas. A l'inverse, il peut s'agir de présenter la situation sociale sous un jour plus défavorable, en minorant l'actif et en majorant le passif, Sans le but de faire disparaître des bénéfices ou d'augmenter les pertes<sup>1</sup>. Or, le bilan inexact ne s'identifie pas au bilan frauduleux au sens du délit de distribution de dividendes fictifs : un bilan peut être inexact au sens de l'article 437-2, même s'il ne fait pas apparaître de bénéfices irréels<sup>2</sup>.

## **II : La complexité de l'élément moral du délit:**

Mauvaise foi, mobile, but, intention, objectifs...etc. tels sont

---

<sup>1</sup> Cf. Y. GOURVENEK-PILLET, op. cit., p.11.

<sup>2</sup> Ibid.

les termes qui sont couramment employés pour décrire l'élément moral des délits de publication ou de présentation des comptes annuels inexacts. Ils reflètent, tous, différentes facettes de l'élément intentionnel. Mais il ne leur est pas accordé la même importance par toutes les juridictions, ni par tous les auteurs. Certains voient l'existence de l'un, déduite de celle des autres. Parfois, il est affirmé que le délit existe quel que soit le but. Il arrive même que l'élément moral dans son ensemble ne soit considéré qu'accessoirement à l'élément matériel, celui-ci apparaît alors comme le seul élément caractéristique du délit de publication ou de présentation des comptes annuels inexacts.

Dans un premier temps, nous exposerons les tendances des auteurs **(a)**, puis nous verrons le contenu de l'élément moral complexe du délit **(b)**.

#### **(a) Les tendances doctrinales :**

Il n'est pas surprenant que l'Ordre des experts comptables et

comptables agréés croit «constater une évolution de la jurisprudence qui fait que de plus en plus, ce délit (celui de publication ou de présentation de bilan inexact) est considéré comme un délit matériel, l'élément moral ne jouant plus un rôle déterminant faisant passer au second plan du délit, un élément cependant nécessaire»<sup>1</sup>.

M. Chauvin ne croit pas non plus à l'existence d'un élément moral ou tout au moins, considère que dès lors que l'inexactitude du bilan est prouvée, l'intention délictuelle existe. L'absence de mauvaise foi dans les délits comptables ne pourrait se concevoir que dans deux cas : la faute involontaire et l'incompétence notoire. C'est dire que pratiquement l'élément intentionnel n'occupe qu'une place limitée et que par voie de conséquence, l'élément matériel

---

<sup>1</sup> Conseil Supérieur de l'Ordre des experts comptables et des comptables agréés, Comptabilité et droit pénal des affaires, travaux du 34e<sup>TM</sup> 1 Congrès de l'Ordre des experts comptables, Paris 1979, p.106.

joue un rôle prépondérant<sup>1</sup>. MM. Dolbeau et Cantenot se rapprochent aussi de cette opinion, puisqu'ils sont tentés d'admettre que «l'établissement d'un bilan inexact, comme la distribution de dividendes fictifs, font présumer la faute intentionnelle des administrateurs d'anonymes»<sup>2</sup>.

Ces auteurs, en effet, dans le cadre de l'étude des délits de publication ou de présentation des comptes annuels inexacts, ne font pas de distinction entre mauvaise foi et dol spécial ou but.

Une autre partie de la doctrine distingue deux aspects de l'élément moral mais considère qu'ils recouvrent tous les deux une même réalité. Ainsi, M. Fougères, affirme que le bilan étant normalement présenté aux actionnaires, tous les bilans établis inexactement sciemment ont nécessairement

---

<sup>1</sup> Cf. M. CHAUVIN, L'élément comptable dans le droit pénal des sociétés anonymes, Dalloz, 1963, p. 92.

<sup>2</sup> Cf. A. DOLBEAU et G. CANTENOT, Cité par Y. LEBRUN, op. cit., p. 180.

pour résultat de dissimuler la véritable situation de la société aux actionnaires, et ce second élément du délit n'a pas en définitive d'autre signification que d'affirmer encore plus, s'il était nécessaire, le caractère intentionnel du délit<sup>1</sup>.

Avaient déjà affirmé ce même point de vue, MM. Touffait, Robiri, Audureau et Lacoste, à qui «il semble que le législateur a surtout voulu par ce membre de phrase, qui n'est qu'une redondance, préciser que l'infraction était essentiellement un délit intentionnel supposant la mauvaise foi des auteurs»<sup>2</sup>. De son part M. Robert considère cet élément comme une «lapalissade» : la présentation ou la publication faite de mauvaise foi doit avoir été accomplie «en vue de dissimuler la véritable situation de la société»<sup>3</sup>. Ces auteurs s'opposent ainsi nettement à ceux qui voient dans le délit

---

<sup>1</sup> Cf. FOUGERES, La gestion financière, délits relatifs à la comptabilité, op. cit., p.129.

<sup>2</sup> Cf. A. TOUFFAIT et Autres, op. cit., p.181.

<sup>3</sup> Cf. J. M. ROBERT, Le droit pénal des affaires, op. cit., p.82.

objet de la parole, délit à élément matériel prédominant.

Une troisième tendance, que l'on aurait théorie à placer à mi-chemin des deux premières, a été élaborée. Exposée pour la première fois par Launais, de la Villeguerin et Accarias, elle se situe résolument sur le terrain de la preuve. D'après cette thèse, le but est présumé exister dès que la mauvaise foi est prouvée. «Si la constatation d'éléments positifs pouvant donné à penser que les prévenus n'ont pas eu en vue de dissimuler la situation de la société doit justifier un acquittement, la constatation d'éléments positifs susceptibles d'établir ce mobile n'est pas nécessaire pour qu'une condamnation soit prononcée. L'intention de dissimuler la situation financière réelle se présume chez les auteurs d'un bilan inexact»<sup>1</sup>.

Cette théorie est reprise par un éminent pénaliste, M.

---

<sup>1</sup> H. LAUNAI, Y. DE LA VILLEGUERIN et L. ACC ARIAS, Droit pénal financier, Dalloz, 1947, T. I, p.342.



Larguier, qui se range du côté de ceux qui observent «que la publication ou la présentation d'un bilan inexact, en connaissance de cause, à nécessairement pour but au moins immédiat- de dissimuler la véritable situation de la société, que ce dessein ait pour mobile est contenu dans la mauvaise foi, et que par conséquent, «la preuve de celle-ci établit par là même, l'existence de celui-là, sauf, le cas échéant, constatation d'éléments positifs, apportant la preuve contraire»<sup>1</sup>.

Ce rapide examen montre, comme le voit M. Lebrun, les difficultés que rencontre la doctrine à définir les diverses notions se rapportant à l'élément intentionnel où parfois, les opinions divergent sur des questions de fond, mais le plus

---

<sup>1</sup> J. LARGUIER, Mauvaise foi et faux bilan, in Mélanges Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation, étude de droit commercial, Dalloz, 1961, p. 293 ; Ad. M. DELMAS-MARTY, op. cit., p.316 ; CL. DUCOULOUX-FAVARD, op. cit., p.105 ; B. LEY, th. Préc., p.172.

souvent, les désaccords portent sur le vocabulaire<sup>1</sup>.

Pour la plupart des juristes, l'intention a trois degrés principaux. En premier lieu, les pénalistes mentionnent le dol général ou «action consciente et volontaire de violer la loi»<sup>2</sup>. Il s'agit de la simple connaissance, la conscience que le sujet a de son acte<sup>3</sup>. Elle est aussi appelée mauvaise foi-connaissance, ou seulement mauvaise foi. Dans le cadre du délit de publication ou de présentation des comptes annuels inexacts, les administrateurs seront considérés de mauvaise foi lorsqu'ils sauront qu'ils publient ou présentent des comptes annuels et qu'ils en connaîtront le caractère fallacieux<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. F. LEBRUN, op. cit., p. 182.

<sup>2</sup> Cf. E. GARÇON, Code pénal annoté, Sirey, T. I, 1901, p. 77.

<sup>3</sup> Cf. B. MERCADAL, Recherches sur l'intention en droit pénal, RSC., 1967, p.20.

<sup>4</sup> Cf. En ce sens, J. DEPRESZ, L'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, in, le droit pénal spécial des sociétés anonymes,

Le troisième et dernier stade juridique de l'intention est dénommé mobile, parfois et selon nous à tort, but. Il peut être très varié. Il convient de faire entrer dans cette catégorie l'enrichissement d'un tiers, de soi-même, de la société, notamment par le biais de la fraude fiscale, la volonté d'échapper à des dispositions légales telles que celles prévues en cas de pertes supérieures aux trois quarts du capital, la sauvegarde du renom de la société ou d'un tiers etc. Tous ces mobiles ne sont pas exclusifs les uns des autres. Certains sont même les moyens d'en atteindre d'autres. Quelques-uns ne paraissent pas foncièrement malhonnêtes, dès lors que l'on admet que la fin justifie les

---

préface Hamel, J. DEPREZ, L'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, in, in, le droit pénal spécial des sociétés anonymes, préface Hamel, Dalloz 1955, p.145 et s. Disant «L'intention coupable ne consiste pas dans le mobile qui a poussé les administrateurs à commettre le délit, mais réside dans un élément beaucoup plus étranger à la psychologie intime des prévenus, la conscience des irrégularités comptables», op. cit., pp. 245-246.

moyens<sup>1</sup>.

Entre mobile et mauvaise foi, se situe l'intention de dissimuler la véritable situation de la société. Cette intention est un exemple de ce que les pénalistes appellent le «dol spécial». Ce dernier se caractérise par la recherche d'un résultat déterminé qui varie selon les infractions.

Par exemple, en matière de meurtre, ce sera la mort de la victime ; de vol, l'appropriation de la chose soustraite<sup>2</sup>. Dans le cadre des délits de publication ou de présentation des comptes annuels inexacts, ce sera la dissimulation de la véritable situation de la société. Mauvaise foi ou dol général, but ou dol spécial et mobile sont réunis au sein d'un même élément moral par des liens de cause à effet<sup>3</sup>.

Selon nous, la mauvaise foi correspondra donc au dol

---

<sup>1</sup> Cf. F. LEBRUN, op. cit., p.183.

<sup>2</sup> Cf. B. MERCADAL, op. cit., p.30.

<sup>3</sup> Cf. Dans le même sens, F. LEBRUN. Ibid.

général, c'est-à-dire à la connaissance de l'infidélité ou l'inexactitude par les prévenus, le but ou dol spécial<sup>1</sup>, à la volonté de dissimuler la véritable situation de la société, et le mobile à un stade ultérieur de l'élément moral, mais non exigé par la loi pour l'existence du délit de publication ou présentation des comptes annuels infidèles. Tous les trois sont en outre liés les uns aux autres. Reste d'en approfondir la signification de la mauvaise foi et le but dans le délit objet

---

<sup>1</sup> On partage l'avis de certains auteurs préférant l'utilisation du terme but ou dol spécial car il demeure le même pour une infraction donnée, alors que le mobile varie avec les individus, Cf. Pour l'expression du dol spécial, M. DELMAS-MARTY, op. cit., p.315. VERON, op. cit., p.182 ; P. GAUTHIER et B. LAURET, op. cit., p. 479 ; Pour l'expression du but, B. LEY, th. Préc., p. 171 ; P. DUPONT-DELESTRAINT, op. cit., p.257 ; Pour le mobile, PATIN et CAUJOLLE, Législation pénale en matière commerciale, p.169 ; J. LARGUIER, op. cit., p.291 ; F. LEBRUN, op. cit., p.184. ;Y. GOURVENEK-PILLET, op. cit., p.14 ; DEPREZ, op. cit., p.246 ; M. CHAUVIN, op. cit., p. 86 ; CH. PINOTEAU, op. cit., p. 256 ; B. BAKOUA-BATANGOUNA, op. cit., p.161.

de l'étude. Tel sera le sujet du point qui suivra.

(b) Le contenu de la complexité de l'élément moral du délit:

Nous avons montré que l'article 437 prévoit une double composante de l'élément intentionnel : d'une part la loi exige que l'agent qu'il ait agi «sciemment», ce qui implique la connaissance des inexactitudes des comptes annuels. D'autre part, il faut que l'acte ait été commis en vue «de dissimuler la véritable situation de la société».

## **(§1) La mauvaise foi ou la connaissance de l'infidélité :**

En ce qui concerne la mauvaise foi, elle constitue le troisième élément du délit. La mauvaise foi consiste dans la connaissance par l'agent des inexactitudes qui vicie les comptes annuels. En effet, le caractère intentionnel du délit peut être résulté directement de la présence de l'adverbe «sciemment» dans le texte d'incrimination, il s'agit bien de la mauvaise foi–connaissance<sup>1</sup>. Cependant, la loi n'exige qu'une connaissance superficielle. Il ne paraît pas nécessaire que les auteurs de la publication ou de la présentation sachent sur

---

<sup>1</sup> Cf. B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 12 ; Un autre argument a été utilisé pour justifier la nécessité d'une mauvaise foi. Il concerne d'une part, la nature des peines du délit de publication ou de présentation des comptes annuels inexacts, avant 1966. D'après l'ancienne rédaction du texte d'incrimination, les coupables étaient punis des peines de l'escroquerie, où cette dernière suppose l'intention frauduleuse. Cf. J. DEPREZ, *op. cit.*, p. 241 ; D'autre part, la gravité de la peine, les difficultés du travail comptable justifient pleinement que le législateur et les tribunaux exigent l'existence d'un dol général : la mauvaise foi. F. LEBRUN, *op. cit.*, pp. 186–187.

quels postes portent les inexactitudes : il importe peu que les dirigeants connaissent la nature des artifices employés : majoration des stocks, suppression de provisions ou d'amortissements etc. La simple connaissance de leur existence suffit<sup>1</sup>.

En effet, comme il a été observé M. Lebrun que l'exigence de la mauvaise foi est l'expression de la modération du législateur et des juges<sup>2</sup> dans la mise en œuvre des sanctions pénales contre les administrateurs. En ne retenant que les inexactitudes glissées intentionnellement à l'intérieur des bilans, la loi a tenté d'établir un équilibre entre réprimer vigoureusement toute atteinte à l'ordre social, et permettre aux dirigeants d'exercer leurs fonctions sans craindre à tout instant des sanctions pénales pour des erreurs dont ils

---

<sup>1</sup> Cf. F. LEBRUN, *Ibid.*

<sup>2</sup> Cf. F. LEBRUN, *op. cit.*, p. 186 ; En ce même sens et sur l'utilisation de l'intention par la jurisprudence comme instrument de politique criminelle, B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 16.



ignorent l'existence. Cette importance se la mauvaise foi a été apparue dans les décisions jurisprudentielles.

Le 12 janvier 1981, la Chambre Criminelle a précisé quel était, selon elle, le motif profond des agissements de l'auteur de l'infraction, et elle a donné un exemple de ce qu'elle lui considère comme mauvaise foi dans ce délit<sup>1</sup>. Dans ce cas d'espèce, il était établi que le Président du Conseil d'Administration, Monsieur Chaslin, avait présenté aux assemblées générales des actionnaires, les 30 juin 1969 et 23 juin 1970, des bilans des exercices 1968 et 1969 qui étaient inexacts.

Les raisons comptables de ces inexactitudes consistaient essentiellement en la majoration frauduleuse d'actif, résultant de ce que certains postes n'avaient pas fait l'objet de provisions. La société GEEP. Industries avait l'Etat comme

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 12 janv. 1981, D. IR. 1981, p. 348, note Cosson ; R. soc. 1981, p. 142.

principal client. Mais cela n'a duré que jusqu'en 1969. A ce moment, la société aurait dû, soit se réduire, soit trouver d'autres marchés. Monsieur Chaslin n'a pas été capable de suivre son activité mais, sans capital propre, il n'a subsisté que par le crédit-bancaire. Pour continuer à bénéficier de celui-ci, et en dépit des nombreuses mises en garde des commissaires aux comptes, il a fait établir des bilans inexacts, en portant à l'actif des créances qui auraient dû être provisionnées. En ne le faisant pas il est parvenu à inverser les résultats comptables faisant apparaître des bénéfices de 26 224 F pour 1968 et 9 094 F pour 1969 alors que le déficit, qui était déjà de 9 millions en 1968 a atteint 31 millions en 1970.

Les éléments constitutifs matériels du délit étaient indubitablement établis : deux bilans inexacts avaient été présentés à deux assemblées générales régulièrement réunies. La mauvaise foi du Président, élément constitutif intentionnel nécessaire a été caractérisée comme étant

déterminée par «le souci d'éviter la révélation publique d'une situation financière obérée puis compromis, en dépit d'une apparente prospérité». La négligence ne suffit pas à consommer le délit. Cette solution a été retenue par la Cour d'Appel de Paris le 16 mai 1980 dans l'hypothèse d'un simple désordre de la comptabilité<sup>1</sup>.

En revanche, la question a été posée de savoir si l'existence d'opinions divergentes sur l'emploi d'un procédé d'évaluation de préférence à un autre pouvait exclure la mauvaise foi.

Sur ce point, la jurisprudence a adopté une tendance réaliste: il est certain que l'existence de diverses théories émises sur une même question ne saurait justifier qu'on les choisisse pour fausser le bilan dans un cas précis, mais si des professionnels qualifiés, d'une autorité indiscutable, ont envisagé, pour la solution d'un cas particulier des méthodes différentes, le fait d'avoir adopté l'une de ces solutions plutôt

---

<sup>1</sup> CA. Paris, 16 mai 1980, Banque de donnée, jurisdata, n°251.

qu'une autre ne saurait être un indice de mauvaise foi<sup>1</sup>. Telle fut l'argumentation retenue en 1965 par la Cour d'Appel de Paris dans l'affaire «Société de distillerie d'alcools de pommes et de betteraves»<sup>2</sup>.

Il est reproché aux prévenus d'avoir présenté à l'assemblée générale des actionnaires un bilan au 31 décembre 1952 comportant sur certains postes des omissions faussant les résultats d'exploitation de l'exercice écoulé. De fait, les administrateurs n'avaient pas constitué au passif une provision pour faire face aux dépenses engagées et non encore réglées ; mais surtout, ils n'avaient pas comptabilisé une créance importante, que possédait leur société sur la régie des alcools à la suite de ventes d'alcool de pommes à cet organisme avant la clôture de l'exercice social. Ces omissions aboutissaient à créer une moins-value des résultats bénéficiaires de l'exercice écoulé de 138 millions

---

<sup>1</sup> Cf. CH. PINOTEAU, *op. cit.*, p. 257.

<sup>2</sup> CA. Paris, 12 janvier 1965, D. 1965, p. 687 ; GP. 1965,1, p. 230.

anciens francs environ, susceptible d'affecter le montant du dividende à distribuer.

L'expertise comptable avait révélé que la comptabilité de la société n'enregistrait les recettes et dépenses qu'au fur et à mesure de leur encaissement au règlement. Les dirigeants se défendaient en soutenant que «cette pratique constante depuis plusieurs années, était inhérente aux particularités propres à l'industrie des alcools où ce produit une fois sorti des alambics, devient propriété de l'Etat, et où la majeure partie des dépenses intervient en fin d'année, tandis que les recettes n'apparaissent qu'au cours des premiers mois de l'année suivante».

Le Tribunal Correctionnel de la Seine avait rejeté ces arguments et condamné les deux prévenus. La Cour d'Appel de Paris écarte, au contraire, le délit. Elle a déclaré : «si les dirigeants d'une société de distillerie d'alcool de pomme et de betteraves dont les résultats dépendent des conditions climatiques d'une année sur l'autre (qui ne peuvent être

justement appréciées qu'à travers plusieurs années successives) ont, sur les conseils de leur organisme syndical, choisi un mode de comptabilisation qui paraît être de coutume comptable de la profession laquelle a recueilli l'accord de la direction générale des impôts, et s'il n'apparaît pas que ces dirigeants aient choisi ce mode de comptabilité, soit pour dissimuler la situation de leur société, soit pour en tirer un bénéfice personnel, ils ne commettent pas le délit de présentation inexacte du bilan».

La solution est désormais constante : il ne peut y avoir de mauvaise foi dans le cas où les inexactitudes proviennent de méthodes comptables discutables sans qu'il y ait intention de tromperie. D'autre côté, l'appréciation de la mauvaise foi échappe au contrôle de la Cour de Cassation, dès lors que les juges du fond l'ont déduit sans contradiction des faits constatés. La Chambre Criminelle a posé ce principe dans un

arrêt du 24 janvier 1946<sup>1</sup>.

**(§2) Le but recherché ou l'intention de dissimuler la véritable situation de la société:**

D'abord, il faut parler sur l'exigence du dol spécial dans la doctrine et la jurisprudence, puis ce qu'il faut entendre par le terme «la véritable situation de la société» venu dans l'article 437-2 incriminé sa dissimulation.

**(i) L'exigence du but dans la doctrine et la jurisprudence**

Un but particulier est exigé : il faut que la présentation ou la publication ait été faite «en vue de dissimuler la véritable situation de la société». Certaines décisions relèvent l'existence de ce dol spécial<sup>2</sup>. Au terme de l'arrêt du 20 juillet

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 24 janv. 1946, Bull. crim., n°37.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 20 juillet 1977, Bull. crim., n°267, p. 668 ; Crim., 27 nov. 1978, Bull. crim., n°331 ; Crim., 12 janv. 1981, Bull. crim., n°10 ; D., 1981, p. 348, note Cosson ; JCP., 1982, II, 19660, note Guyon ; R. soc., 1981, p. 612, note-Bouloc ; Aix, 23 juin 1994, Droit pénal 1995, n°99.

1977 «le délit de présentation d'un bilan inexact aux actionnaires n'est constitué qu'autant que ladite présentation a été faite sciemment en vue de dissimuler la véritable situation de la société». Il n'est pas nécessaire, en revanche, que le but ait été atteint : le délit est établi même si aucun préjudice n'a été porté à quiconque<sup>1</sup>.

Cependant, la doctrine et une partie de la jurisprudence retiennent une autre interprétation, affirmant non seulement que le mobile ou le motif ne trouve pas une application dans ce délit, mais aussi c'est le but ou le dol spécial lui-même qui se présume et n'exige pas la preuve de l'accusation, sur la base que, si des inexactitudes ont été publiées en connaissance de cause, c'est sans doute qu'on ne voulait pas faire connaître la vraie situation de la société, quel que

---

<sup>1</sup> Cf. P. DUPONT-DELESTRAINT, *op. cit.*, p. 258 ; Y: GOURVÈNEC-PILLET, *op. cit.*, p. 19 ; Cass. Crim. 24 janv, 1946, Bull. crim., n°37, p. 245.



soit le motif auquel on ait obéi<sup>1</sup>. On citera à cet égard, une décision du 18 décembre 1956<sup>2</sup> dans laquelle la Cour de Cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel de Montpellier, laquelle avait acquitté des dirigeants qui avaient présenté un bilan inexact en vue de réaliser avec succès une fraude fiscale.

La Chambre Criminelle a affirmé que «attendu que la loi est générale et absolue et qu'elle prohibe la présentation aux actionnaires d'un faux bilan quel que soit le mobile (à tort le mobile selon la cour et le but selon nous) qui ait guidé les auteurs de ce faux bilan, dès lors qu'ils avaient en vue la

---

<sup>1</sup> Cf. Dans la doctrine, J. LARGUIER, Droit pénal des affaires, op. cit., p. 318, n°2 ; F. GOUET, M. ROUSSELET, P. ARPAILLANGE et J. PATIN, Droit pénal spécial, Sirey, 8me éd. 1972, p. 840 ; M. DELMAS-MARTY, op. cit., p. 316 ; B. LEY, th. Préc., p. 172 ; B. MERCADAL, op. cit., p. 21 ; M. CHAUVIN, op. cit., p. 87 et s.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 18 déc. 1956, Bull. crim., n°678 ; GP. I, 1957, p. 366 ; D. 1957, p. 705, note Dalsace ; JCP. 1957, II, 74834, note Goré, affaire BOSQ.

dissimulation de la véritable situation de la société». Cet arrêt consacre donc la thèse de la mauvaise foi-connaissance, car il est évident, selon la Cour et comme le disait M. Chauvin, qu'on ne saurait sciemment minorer un stock de 50% de sa valeur sans avoir en vue de dissimuler la véritable situation de la société<sup>1</sup>. Dans le même sens, il a été jugé qu'il y avait délit dans le fait, pour un administrateur, de n'avoir pas mentionné dans les écritures des rémunérations occultes en vue de les faire échapper aux incidences fiscales<sup>2</sup>. Selon ces arrêts, les prévenus, dès lors qu'ils reconnaissent leur totale mauvaise foi, c'est-à-dire leur parfaite connaissance de l'inexactitude, ils ne peuvent pas exciper de l'absence de dol spécial. Il

---

<sup>1</sup> Cf. M. CHAUVIN, op. cit., p. 89.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 15 mai 1974, Bull. crim., n°177, p. 472, affaire Boutin Barbelin ; Dite la Cour de Cassation «...») Tombe sous le coup de la loi, la présentation de faux bilans, quels que soient les mobiles qui ont guidé leurs auteurs et, notamment, comme en l'espèce, leur souci d'échapper aux conséquences fiscales du versement des rémunérations occultes, dès lors qu'ils ont su qu'ils dissimulaient la véritable situation de la société».

importe donc peu que la dissimulation ait eu pour but de cacher des erreurs de gestion, des malversations, une situation financière catastrophique ou, parfois à l'inverse, une situation trop florissante...<sup>1</sup>

Toutefois, à notre avis, le dol spécial est un élément indispensable dans ce délit, et nécessite une preuve indépendante de la mauvaise foi où, et comme le relève M. Amiaud, il est un cas de plus en plus fréquent où il n'y a aucune volonté de dissimulation malgré l'établissement de la mauvaise foi du prévenu<sup>2</sup>. Par exemple, lorsque des dispositions fiscales conditionnent des allègements fiscaux à

---

<sup>1</sup> Cf. En ce sens, M. VERON, op. cit., pp.182-183.

<sup>2</sup> Cf. A. AMIAUD, La sincérité des bilans et les dispositions fiscales sur l'amortissement des immobilisations, D. 1966, ch. VIII, p. 30 ; Dans l'affaire frères Willot, deux de quatre frères Willot Antoine et Régis) ont échappé à une condamnation pour le délit de publication ou de présentation de bilan inexacte, au motif qu'un doute au moins, persiste sur leur volonté consciente d'avoir cherché à dissimuler la véritable situation de l'entreprise, Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, D., 1975, p. 37, Gaz. Pal. 1974, II, 2886 ; Bull. CNCC, n° 17 mars 1975, p. 58.

un mode de comptabilisation qui, en toute rigueur, au regard du droit des sociétés, est source d'inexactitude, dans cette hypothèse on aboutit à un bilan sciemment inexact, mais sans aucune pensée de dissimulation. En effet les dirigeants dans ce cas n'hésiteraient pas à signaler à leurs actionnaires toutes les inexactitudes. Il en est de même dans l'hypothèse où des administrateurs, connaissant l'inexactitude du bilan, ne cherche pas à dissimuler la situation véritable de la société aux actionnaires mais, par exemple, aux autorités locales<sup>1</sup>.

Toutefois, on ne peut pas accepter que le dol spécial va être absent dans le cas où les inexactitudes sont connues des actionnaires ou des associés, sur la base que le dol spécial présume l'existence d'une victime, et dans ce dernier cas il n'y a pas cette victime, de telle sorte qu'on ne peut pas dire que les auteurs ont eu «en vue de dissimuler la véritable

---

<sup>1</sup> Pour une affaire concernant une filiale vietnamienne, Trib. Corr. Paris, 20 nov. 1980, cité par M. DELMAS-MARTY, op. cit., p. 316.

situation de la société»<sup>1</sup>. En effet, l'article 437-2 n'exige explicitement que la dissimulation ait une victime, et la Cour de cassation, comme il a été apparu de l'arrêt du 18 décembre 1956, ne semble pas prête à faire une distinction entre les cas où les actionnaires ou les associés seraient informés de l'inexactitude et ceux où ils auraient pu être trompés, pour elle, que les actionnaires ou les associés aient pu ou non être abusés est sans importance sur l'existence du délit, étant donné que, selon les règles générales, la connaissance et le consentement de la victime n'ont pas une influence sur la perpétration de l'infraction.

(ii) L'appréciation de la véritable situation de la société:

Deux façons sont présentées pour apprécier la véritable situation de la société l'une globale, l'autre ponctuelle.

---

<sup>1</sup> Cf. M. CHAUVIN, *op. cit.*, p. 89 ; F. LEBRUN, *op. cit.*, p. 191.

## **L'appréciation globale:**

Ce n'est pas, en effet, parce que quelques éléments du patrimoine de la société sont évalués sciemment, à des montants légèrement supérieurs ou inférieurs à la réalité que la véritable situation risque d'être dissimulée. De telle sorte, les bilans dont les chiffres sont, en connaissance de cause, arrondis et qui sont donc entachés d'inexactitudes, ne dissimulent pas la véritable situation de la société. Selon MM. Copper-Royer, l'expression «en vue de dissimuler la véritable situation de la société» comporte la volonté du législateur de n'attribuer un caractère délictuel qu'aux abus extrêmement graves qui, par leur importance, et en quelque sorte par leur poids, transformeraient du tout au tout, l'apparence créée par le bilan présenté aux actionnaires ou au public<sup>1</sup>. La loi, disent-ils, «laisserait donc de côté les inexactitudes peu

---

<sup>1</sup> Cf. COPPER-ROYER, Du délit de bilan faux, Rev. Sp. Soc., 1936, p. 898, cité par F. LEBRUN, op. cit., p. 193.

graves alors même qu'elles seraient volontaires<sup>1</sup>. Dans ce même contexte dansaient MM. Goyet, Rousselet, Arpaillage et Patin, qu'il faut que les inexactitudes, par leur gravité, soient de nature aux yeux de l'auteur de l'acte litigieux, à transformer l'apparente situation de la société. Il est indispensable que les auteurs pensent, à tort ou à raison, que le document publié ou présenté ne reflète pas la véritable situation de société<sup>2</sup>. Ainsi, lorsque des dirigeants commettent volontairement de petites inexactitudes, nous dirions qu'ils procèdent par approximations, ils n'ont pas l'intention de dissimuler la véritable situation de la société<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. Contra, P. DUPONT-DELESTRAINT, *op. cit.*, p. 258 ; CH. PINOTEAU, *Législation pénale en matière économique et financière*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>2</sup> Cf. GOYET, ROUSSELET, ARPAILLANGE, PATIN, *op. cit.*, p. 839.

<sup>3</sup> A cet effet, l'Ordre des experts comptables et des comptables agréés a dégagé la notion de « seuil de signification ». Il recommande à ses membres de formuler des réserves sur les comptes sociaux, voire de refuser de certifier la sincérité et la régularité des bilans, lorsque les

## **L'appréciation ponctuelle :**

La situation de la société, disait M. Lebrun, peut aussi être appréciée selon des critères différents, situation financières, situation économique, mais aussi situation vis-à-vis de certaines catégories de tiers. Tels sont quelques-uns des aspects que révèle tout bilan. Ainsi, un bilan d'une très grande société qui n'aurait pour tout compte faux que ceux des administrateurs, est de nature à dissimuler la véritable situation de la société, même si les irrégularités au regard de la santé économique ou financière peuvent paraître tout à fait négligeables<sup>1</sup>.

## **C : La punissabilité de des comptes l'infidélité:**

### **(I) Les personnes punissables :**

Les auteurs principaux de ce délit sont d'après la loi : le

---

inexactitudes dépassent un certain seuil, Cf. Huitième recommandation de la série Révision comptable, mai 1976.

<sup>1</sup> Cf. F. LEBRUN, op. cit., p. 194.



Président, les administrateurs ou les directeurs généraux pour les sociétés anonymes (art.437-2), les gérants des sociétés en commandite par actions (art. 460), les gérants de SARL (art. 425-3), auxquels peuvent s'ajouter le cas échéant les membres du directoire et membres du Conseil de surveillance des sociétés régies par les dispositions des articles 118 à 150 (art. 464)<sup>1</sup>. Peut être également poursuivie toute personne qui, directement ou par personne interposée a, en fait, exercé la direction, l'administration et la gestion desdites sociétés.

En effet, par la nouvelle loi sur les sociétés commerciales, les dirigeants de fait peuvent également poursuivis comme

---

<sup>1</sup>Les membres du conseil de surveillance d'une société anonyme à forme directoriale se trouvent dans une situation quelque peu particulière, car ils n'établissent pas le bilan pas plus qu'ils ne le présentent à l'assemblée. Cependant au-delà du rôle de complices, on a pu les considérer comme coauteurs selon les circonstances de fait, B. LEY, op. cit., p.161.

auteurs de ce délit<sup>1</sup>, où, l'article 463 prévoit que «les dispositions du présent chapitre (celui regroupant les infractions concernant les sociétés par actions et notamment le délit de publication ou de présentation de bilan inexact) visant le président, les administrateurs ou les directeurs

---

<sup>1</sup> Avant 1966, il n'existait aucune disposition permettant de sanctionner les dirigeants défait. Le juge n'avait d'autre ressource que de recourir au mécanisme de la complicité. Or, une telle démarche suppose l'existence des conditions de la complicité exigées par la loi. Faute des conditions de la complicité criminelle, les dirigeants défait échappaient à toute peine, Cf. M. DELMAS-MARTY, Les délits financiers commis dans le cadre des sociétés commerciales, D., 1978, p. 90 ; T. TACHALIM, La détermination des responsables en droit pénal des sociétés, th. Toulouse I, 1992, p. 243 et s. Sur les conditions de la gestion du fait dans la jurisprudence, p. 256 et s ; C'était en quelque sorte, comme le disait, M. Lebrun, «une prime à la fraude», Cf. F. LEBRUN, op. cit., p. 238. Ont été cassés les arrêts qui ont tenté de condamner les dirigeants de fait, Crim., 17 janv. 1956, Bull. crim., n°68, p. 119 ; Crim., 4 juin 1958, Bull. crim., n°429 ; Crim., 13 oct. 1960, Bull. crim., n°438, p. 873. En sens opposé, une confirmation d'un arrêt condamnant un dirigeant de fait bénéficiant d'une délégation générale de pouvoir accordée par l'assemblée générale des actionnaires, Crim., 16janv. 1964, D., 1964, p. 194.

généraux de sociétés anonymes [...] seront applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion des dites sociétés sous le couvert ou aux lieu et place de leurs représentants légaux»<sup>1</sup>.

En réalité, peu de jugements retiennent la qualification de dirigeant de fait. On signalera tout de même; un arrêt rendu par le Tribunal Correctionnel de Paris le 10 janvier 1980<sup>2</sup>. Le tribunal y considère à juste titre, le chef du service comptable de la société comme un dirigeant de fait, parce qu'il disposait des pouvoirs les plus larges pour faire fonctionner les comptes bancaires, et parce qu'il avait établi les différents comptes sociaux.

Les dirigeants punissables sont ceux qui étaient en fonction le jour de la présentation ou de la publication du bilan aux

---

<sup>1</sup> Des dispositions similaires existent à l'encontre des gérants de fait de société civile faisant publiquement appel à l'épargne art. 431).

<sup>2</sup> Trib. Corr. Paris, 10 janvier 1980, Gaz. Pal. I, 1980, p. 712.

actionnaires, même s'ils n'étaient pas en fonction à l'époque où le bilan a été établi<sup>1</sup>. Il importe peu qu'ils «n'aient pas participé à la délibération qui a décidé de cette présentation ou à l'assemblée qui a reçu les comptes»<sup>2</sup>. Toutefois, leurs prédécesseurs qui auraient dressé le bilan inexact, mais qui n'étaient plus en fonction lors de sa présentation, pourront être retenus comme complices.

De même, pourront être retenus comme complices dans les conditions de droit commun, tous ceux qui ont provoqué le délit, ou donné des instructions pour le commettre ou qui ont, en connaissance de cause, aidé ou assisté les auteurs de l'infraction : directeurs et employés principaux ou supérieurs

---

<sup>1</sup> Cf. FOUGERES, La gestion financière, délits relatifs à la comptabilité, op. cit., p.130 ; A. TOUFFAIT et Autres, op. cit., p. 217 ; J. M. ROBERT, op. cit., p. 82 ; P.DUPONT-DELESTRAINT, op. cit. n°376, p. 258 ; H. LAUNAIS et L. ACCARIAS, op. cit., p. 267 ; Trib. Corr. Seine, 13 juillet 1963, Gaz. Pal. 1963, II, p. 325 ; Confirmé par CA. Paris, 15 janvier 1964, Gaz. Pal. 1964, I, p. 293.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 20 juillet 1977, Bull. crim., n°267, p. 668, affaire Neurath.

de la société, membres du Conseil de surveillance, journalistes, commissaires aux comptes et experts comptables.

Ainsi, les directeurs et employés ayant participé à la confection du bilan peuvent être poursuivis pour complicité du délit de présentation de bilan inexact. On peut mentionner ici un arrêt rendu par la Chambre Criminelle le 14 janvier 1980<sup>1</sup>. La Cour Suprême relève que «coupable de s'être rendu complice du délit de présentation de bilans inexacts, le directeur administratif d'une société anonyme, chargé de la comptabilité générale, qui avait pris en pleine connaissance de cause, la responsabilité des irrégularités comptables ayant permis l'établissement des bilans inexacts destinés à être présentés aux actionnaires ; et qui s'était prêté, en outre, à la confection d'autres jeux de faux bilans devant être remis, les uns à l'administration fiscale, les autres aux banques».

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 14 janv. 1980, Bull. crim., n°21 ; D., 1980, IR, p. 459 ; Gaz. Pal. 1980, p.19 ; RSC., 1980, n°10, p. 998.

Le prévenu, en effet, a vainement soutenu que son lien de subordination aurait dû avoir pour effet de le soustraire à sa responsabilité pénale. Cependant, comme nous le savons, l'article 122-2 du Code pénal (art. 64 ancien Code pénal), n'admet comme cause de non imputabilité que la force majeure et la contrainte et nullement l'obéissance que l'employé doit à celui qui l'emploie si cet employé se rend complice des délits commis par son employeur, lorsqu'il l'assiste dans les actes dont il peut apprécier le but et les conséquences coupables<sup>1</sup>.

En ce qui concerne les professionnels comptables libéraux, en particulier les commissaires aux comptes. Deux arrêts rendus en 1983 nous permettent de faire le point sur les poursuites pour complicité du délit de présentation des comptes annuels inexacts.

---

<sup>1</sup> Cf. En ce sens, P. GAUTHIER et B. LAURET, op. cit., p. 481 ; Y. GOURVENCE-PILLET, op. cit., p.26 ; Crim., 28 fév. 1962, Bull. crim., n°11 ; Crim., 22 juin 1976, Bull. crim., n°229 ; D., 1976, IR., p. 258.

Dans l'affaire jugée par la Cour de cassation, le 3 janvier 1983<sup>1</sup>, la Chambre Criminelle rejette le pourvoi du commissaire aux comptes, décidant que «est à bon condamné comme complice du délit de présentation de bilan inexact, dont a été déclarée coupable la dirigeants d'une société anonyme, le commissaire aux comptes à l'encontre duquel les juges du fond déclarent qu'il a, en connaissance de cause, confectionné les bilans qu'il savait inexacts, lesquels furent ultérieurement présentés aux assemblées générales d'actionnaires réunies pour les approuver, les actes positifs retenus contre lui comme générateurs à son égard de complicité punissable étant antérieurs ou concomitants au délit».

De même, dans un arrêt du 2 mars 1983<sup>2</sup>, la Chambre

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 3 janv. 1983, Bull. crim., n°3 ; D., 1983, IR., p. 208 ; JCP., II, 1983, 20069 ; Bull. CNCC., juin 1983, n°50, p. 220, affaire Holtz.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 2 mars 1983, Bull. CNCC., n°54, p. 206.

Criminelle approuve la condamnation d'un commissaire aux comptes pour complicité de présentation de bilan inexact, celui-ci ayant reconnu par deux fois à l'audience qu'il avait passé des écritures en compensation ayant entraîné la fausseté du bilan, qu'il avait sciemment confirmé des informations mensongères en certifiant la régularité et la sincérité du bilan de l'exercice dont il connaissait la fausseté pour avoir participé à son élaboration.

Aussi, la Cour de cassation a retenu la culpabilité pour complicité d'un commissaire aux comptes qui, loin de rester passif, avait conseillé au gérant d'une société d'inscrire au bilan le fonds de commerce pour une valeur dix fois supérieure à celle des années précédentes, et ce malgré l'absence de fonds propres<sup>1</sup>. L'intérêt de la décision tient à la minutie avec laquelle les juges du fond et la Cour de cassation ont qualifié la participation de commissaire à la

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 26 mai 1986, Bull. Lefebvre, n°17 ; Bull. des Sociétés, 1986, p. 767.



présentation de bilan inexact. Suggérant de surévaluer le fonds, il était naturellement complice par instigation et sans doute par aide et assistance à la fourniture des moyens.

A l'évidence, les tribunaux appliquent en la matière la théorie classique de la complicité par fourniture de moyens et par aide ou assistance, qui exige de prouver les faits constitutifs de la complicité et l'intention criminelle, de telle sorte qu'il faut apparaître que l'agent ait eu conscience du fait qu'il favorisait la commission de l'infraction. L'examen de la jurisprudence montre que les juges refusent d'entrer en condamnation dès lors que la participation positive du commissaire aux comptes à la préparation ou à l'exécution du délit n'est pas prouvée : avant de condamner, le juge doit relever que le prévenu a permis en pleine connaissance de cause, l'établissement des bilans inexacts. Très caractéristique à cet égard est l'arrêt

rendu le 13 janvier 1983 par la Cour d'appel de Nancy<sup>1</sup>.

Dans cette affaire, le commissaire aux comptes est relaxé car la preuve n'est pas apportée qu'il ait participé d'une manière quelconque à la confection des faux bilans.

En l'espèce, le commissaire «s'était toujours défendu d'avoir participé d'une manière quelconque à la réalisation des bilans, il avait d'ailleurs toujours soutenu qu'il ne s'était jamais douté de leur fausseté ; si l'on ne peut que déplorer la négligence de celui-ci, rien ne permet d'établir qu'il ait participé d'une manière quelconque à la confection de ces faux bilans, il convient donc de le relaxer de ce chef». Cette décision est d'autant plus remarquable que, dans le même arrêt, la Cour condamne le commissaire aux comptes pour incompatibilité car il a présenté des notes d'honoraires mentionnant «sa participation à différents travaux comptables

---

<sup>1</sup> CA. Nancy, 13 janv. 1983, Bull. CNCC., n°57 ; Ad. Crim., 14 janv. 1980, précité ; Crim., 21 juin 1978, Bull. crim., n°207, p. 540.

et fiscaux, et à l'établissement des comptes de résultat et du bilan, formalités des réunions du Conseil d'administration».

Comme indique Mademoiselle Gourvence-Pillet dans son analyse de cet arrêté<sup>1</sup> : «par conséquent la preuve de la complicité ne résulte pas d'un simple manquement, même grave, à la déontologie ou aux diligences requises à un certain moment des professionnels : il faut prouver les faits constitutifs et la volonté de favoriser la commission de l'infraction principale». «L'arrêt est, du reste, à cet égard bienveillant : le commissaire aux comptes en effet, s'est toujours défendu d'avoir participé d'une manière quelconque à la réalisation des bilans». Or c'est lui-même qui prouve le contraire, puisque ses notes d'honoraires mentionnent notamment : «établissements des comptes de résultat et du bilan».

Il convient de souligner que l'approbation donnée par des

---

<sup>1</sup> Cf. Y. GOURVENCE-PILLET, *op. cit.*, p. 24.

commissaires aux comptes à un bilan inexact est susceptible de constituer, indépendamment de toute complicité, les délits prévus et réprimés par l'article 457 de la loi du 24 juillet 1966, soit pour avoir donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société, soit pour n'avoir pas révélé au Procureur de la République les faits délictueux dont ils auraient eu connaissance<sup>1</sup>.

Les experts comptables ont fait l'objet de quelques rares décisions. On peut citer ici un arrêt rendu le 4 janvier 1969 par la Chambre Criminelle<sup>2</sup>. La Cour fait ressortir dans les termes suivants les éléments de la complicité punissable : «Attendu qu'il résulte, tant des énonciations de l'arrêt attaqué que de celles du jugement dont la Cour s'est approprié les motifs non contraires, que B..., expert-comptable, avait

---

<sup>1</sup> CA. Paris, 18 mai 1971, cité par A. TOUFFAIT et Autres, op. cit., p.476 ; CA. Lyon, 9 oct, 1972, Bull. CNCC., n°9, mars 1973, p. 79 ; TGI., LE Havre, 23 juin 1975, Bull. CNCC., n°20, déc. 1975, p. 447, Gaz. Pal. 1975, II, p. 784 ; R. soc., 1976, p. 150, note Bouloc.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 4 janv. 1969, Bull. crim., n°8, p. 14.

mission de contrôler, centraliser et arrêter les comptabilités des sociétés dirigées par T... ; que le bilan présenté et publié de l'année 1963 a été sciemment établi de manière inexacte par B... à l'aide des divers artifices que les premiers juges ont décrits, tout en constatant que ces irrégularités comptables dénotaient la volonté intelligente et déterminée de B... d'exposer des situations ne correspondant nullement à la réalité et de faire ressortir des apparences bénéficiaires trompeuses pour permettre à T... d'obtenir des crédits ; que l'arrêt, pour sa part, a conclu qu'il était certain que B... avait prêté son concours conscient à T... ; «Attendu qu'en l'état de ces énonciations, qui font ressortir à la charge de B... l'ensemble des éléments du délit de complicité de présentation de bilan inexact, et notamment la mauvaise foi, c'est à bon droit que les juges du fond ont déclaré B... coupable de ce délit...»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Dans le même sens, CA. Paris, 30 juin 1983, Gaz. Pal. 1983, p.9.

## **(II) Les pénalités:**

Les pénalités sont rigoureuses : un emprisonnement d'un à cinq ans et une amende de 2 000 à (L. n°77-1468 du 30 décembre 1977, art. 19) 2 500 000 F. ou l'une de ces deux peines seulement. La tentative n'est pas punissable ; seul, l'établissement des comptes infidèles ne constitue qu'une tentative non punissable, mais pourrait être retenu comme manœuvre frauduleuse éventuelle caractérisant le délit d'escroquerie réprimé par l'article 313-1 du code pénal<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Affirment des arrêts que «l'établissement et la production de faux bilans faisant ressortir frauduleusement des résultats bénéficiaires, constitue une manœuvre frauduleuse caractérisant le délit d'escroquerie», Cass. Crim. 16 mars 1970, Bull. crim., n°107, p. 245 ; Crim. 10 nov. 1971, Bull. crim., n°307, p. 760 ; Crim., 9 août 1989, R. soc., 1990, p. 63, note Bouloc ; Crim., 31 oct. 1981, D., 1981, IR., p. 125 ; «Constituent des manœuvres frauduleuses caractérisant le délit d'escroquerie, le fait par un directeur de société coopérative agricole de présenter à une banque pour obtenir des prêts, des bilans établis à partir d'une comptabilité falsifiée et qui font ressortir une situation prospère alors qu'en réalité ces bilans, s'ils avaient été sincères,

Au contraire du délit d'abus des biens sociaux, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne discutent la durée de trois ans de la prescription. La seule difficulté concernant l'application de la prescription est la fixation du point de départ. Le délit de publication ou de présentations de comptes annuels infidèles est un délit instantané. Le délai de prescription de trois ans commence à courir du jour où le délit est consommé, en d'autres termes, du jour de la publication du bilan ou de sa mise à la disposition des actionnaires. C'est ce qu'a déclaré

---

auraient été déficitaires», Crim. 17 déc. 1974, Bull. crim., n°371, p. 944.; D'autres part, la falsification des documents comptables peut être constitutive de faux en écritures de commerce, Crim. 24 avril 1984, D., 27 mars 1986, p. 125, note Cosson ; ou délit de banqueroute en cas de comptabilité fictive ou incomplète ou irrégulière art. 197-3,4, et 5 de la loi du 25 janvier 1985) ou les infractions prévues par les articles 1742,1743, 1767 et 1772, Crim. 20 juin 1957, Bull. crim., n°515 ; Crim. 3 déc. 1979, Bull. crim., n°343 ; Crim., 24 avr. 1984, D., 27 mars 1986, p.125, note Cosson ; P. GAUTHIER et B. LAURET, op. cit., p.483 ; M.. VERON, op. cil, p. 181 ; A. VIANDIER, op. cit., p. 129.

la Chambre Criminelle le 18 mars 1986<sup>1</sup>: «que la Chambre d'accusation déduit de ces constatations qu'avant même l'assemblée générale du 4 décembre 1980, la partie civile avait pris conscience de l'inexactitude du bilan proposé à l'approbation des actionnaires «sans toutefois savoir avec précision la mesure de cette inexactitude» et que dès lors le délit de présentation de faux bilan, qui est un délit instantané, commis le 4 décembre 1980 était prescrit lors du dépôt de la plainte le 10 février 1984». La grande majorité des décisions vont dans ce sens.

Cependant, il faut signaler un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 12 juin 1984<sup>2</sup>, qui, de son côté, avait adapté la thèse stricte du caractère instantané du délit et refusait de retarder le point de départ de la prescription, et qui, par ce

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 18 mars 1986, Bull. crim., n°110, p. 285 ; R. soc., 1987, p. 85, note Bouloc.

<sup>2</sup> CA. Paris, 12 juin 1984, Bull. CNCC., n°56, 1984, p. 494, note Pontavice ; Gaz. Pal. 1984, II, p. 587, note Marchi, infirmant, Trib. Corr. Paris, Gaz. Pal. 1-2 février 1984, p. 15.



jugement, s'est inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la 11eme Chambre du Tribunal Correctionnel de Paris 13 juillet1963<sup>1</sup>. En l'occurrence, la 9<sup>ème</sup> Chambre a jugé que «la mise à la disposition des actionnaires de la société Sicli, lors de leur assemblée générale, du bilan et des rapports des commissaires aux comptes dans le délai de quinze jours fixé par l'article 139 du décret du 23 mars 1967 constitue «la publication visée par l'article 437-2 de la loi du 24 juillet 1966 et ...a caractérisé la date à laquelle elle est intervenue. Le délit instantané de publication ou présentation de bilan inexact et a ainsi fixé le point de départ de la prescription». Mais, ces deux jugements sont isolées: elles sont les seules à faire courir le point de départ de la prescription du jour de la mise à la disposition des actionnaires<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Paris, 13 juillet 1963, Gaz. Pal. 1963, II, p.325.

<sup>2</sup> Toutefois cet avis trouve la bonne accueil des certains auteurs, Cf. FOUGERES, op. cit., p.136 ; L. CONSTANTIN, op. cit., p.644 ; J.

Pourtant, certaines juridictions inspirées par une tendance répressive retardent souvent le point de départ de la prescription, comme nous le verrons en matière d'abus de biens sociaux, lorsque l'infraction a été dissimulée, jusqu'au jour où elle a pu être constatée. Les juges de Lyon considèrent que le point de départ de la prescription est le jour où une victime «normalement diligente a eu la possibilité de découvrir l'infraction» et d'ajouter pour justifier leur solution : «l'on ne saurait sans inconvénient en laisser le point de départ, dans bien des cas, à la discrétion de la victime<sup>1</sup>. Les

---

LARGUIER, op. cit., p.315 ancien) ; M. PATIN, P. CAUJOLLE, M. AYDALOT et J. M. ROBERT, op. cit., p.328.

<sup>1</sup> CA. Lyon, 11 fév. 1966, RSC., 1966, p. 242, note Bouzat ; Gaz. Pal. 1966, I, 197 ; D., 1966, p. 478 ; Dans ce même sens, CA. Bordeaux, 23 mars 1964, JCP., I, 1964, 13648, note Larguier, qui a été affirmée «qu'il est admis par la jurisprudence, pour l'abus de confiance comme pour l'abus de biens sociaux, que le délai de prescription ne commence à courir que du jour où les tiers intéressés et notamment les créanciers, ont constaté les faits délictueux ou du jour du dépôt du bilan et que la même solution doit être adoptée pour la présentation de faux bilans» ;

tribunaux justifient ce retard par la clandestinité de ces délits ou par leur nature spéciale sans toutefois préciser en quoi la nature de ces délits est spéciale<sup>1</sup>.

A notre sens, le tardivement du départ de la prescription en matière de publication ou de présentation du bilan inexact, comme il en est en matière d'abus des biens sociaux, au jour où le délit est apparu et a pu être découvert par les victimes est critiquable, et présente plusieurs inconvénients, où la prescription de l'action publique ayant pour fondement, non pas l'intérêt propre du délinquant, mais une bonne administration de la justice pénale, elle a un caractère général et d'ordre public, où il est apparu, également, que cette solution est en contradiction avec les règles de la prescription consacrées par l'article 8 du Code de procédure pénal, et

---

RSC., 1964, p. 618, note Bouzat ; CA. Paris, 12 janv. 1965, D., 1965, p. 687, Gaz. Pal. I, 1965, p. 230.

<sup>1</sup> Par exemple, en matière d'abus des biens sociaux, Crim., 13 janv. 1970, Bull. crim., n°20, p. 45 ; RSC., 1970, p. 657 ; D., 1970, p. 345, note J. M. ROBERT.

d'autre part, les difficultés d'appliquer cette solution, où elle serait faire varier la durée de la prescription avec la perspicacité de la victime ou avec la diligence qu'elle a apportée à la recherche de son préjudice.

Ce serait aussi laisser multiplier le point de départ de la prescription dans les cas où les victimes sont nombreuses et ont des qualités diverses. En outre, il n'est pas facile de déterminer avec certitude le moment où l'infraction peut être découverte.

En matière du bilan inexact plus particulièrement, cette solution rendra la date du départ de la prescription dépend des circonstances. Ce sera, par exemple, le changement d'équipe dirigeante, l'intervention des commissaires aux comptes si eux-mêmes ne sont pas complices, ou d'un expert de minorité, le début d'une procédure de règlement judiciaire ou tout événement à l'occasion duquel, des personnes étrangères à la publication ou à la présentation du bilan inexact auront accès à la comptabilité. Cette chose qui

peut aboutir à menuiser les chances d'une constatation de l'infraction, où ces personnes ne s'intéressent guère aux comptes d'un exercice antérieur de plus de trois ans, et en conséquence, ce délit ne pourra jamais être découvert. Il devient en quelque sorte, par sa nature, imprescriptible, tout comme les crimes contre l'humanité<sup>1</sup>.

Ces critiques ont été admissibles par la Haute juridiction qui a déclaré dans un arrêt du 9 juillet 1996, et dans un attendu de principe, que «le délit de présentation de comptes annules ne donnant pas une image fidèle se prescrit à compter de leur publication, quelle que soit la date à laquelle l'irrégularité a

---

<sup>1</sup> Cf. En ce sens, F. LEBRUN, *op. cit.*, pp. 254-257 ; En effet, la Cour de cassation, comme le disait M. Larguier, se montre plus sévère à l'égard des dirigeants de société fautifs que vis-à-vis des voleurs et des assassins. L'administrateur se trouve placé dans une situation plus défavorable que le voleur qui cache le fruit de son larcin ou que l'assassin qui dissimule le corps de sa victime. L'un et l'autre bénéficient de la prescription indépendamment de la date à laquelle la disparition de l'objet et le décès de la victime ont pu être constatés. En ce sens, J. LARGUIER, note sous Bordeaux, 24 mars 1964, précité.

été découverte»<sup>1</sup>. En l'espèce, les faits étaient les suivants : le bilan de l'exercice 1987 d'une SARL avait été présenté en mai 1988, alors que la partie civile n'avait déposé plainte que le 2 janvier 1992, au-delà du délai de trois ans prévu par l'article 8 du Code de procédure pénale. La Cour d'appel d'Agen avait estimé que le point de départ de la prescription devait être retardé au jour de la découverte de la pratique frauduleuse révélée par le dépôt de bilan du 31 octobre 1989, ce qui lui permettait de déclarer irrecevable l'exception de prescription soulevée par le prévenu. La Cour de cassation respecte parfaitement, par cette décision, le principe de légalité des délits et des peines, qui énonce, par une formule devenue classique, que «la prescription de l'action publique constitue une exception péremptoire et d'ordre public qui doit être relevée d'office par le juge à tout moment de la

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 9 juillet 1996, Bull. CNCC, n°104, déc. 1996, p. 713, note Ph. Merle. ;

Dr. Soc., 1996, n°214, note Dival ; Dalloz Affaires 1996, p. 1267.

procédure»<sup>1</sup> : le délinquant ne peut donc pas renoncer à l'invoquer et, s'il ne l'invoque pas, elle doit être constatée d'office par le juge, même pour la première fois en appel ou, devant la Cour de cassation.

Reste que si la publication ou la présentation de comptes annuels infidèles sont des mensonges affectant la communication des comptes sociaux, elles constituent généralement un prélude à une atteinte directe à l'intégrité du capital par le biais d'une distribution frauduleuse de dividendes, et c'est l'objet du deuxième Sous-section.

## **Sous-section II**

### **La distribution des dividendes fictifs**

La distribution de dividendes fictifs en l'absence de bénéfices constitue l'un des moyens couramment utilisés par des administrateurs désireux de créer les apparences d'une

---

<sup>1</sup> Par exemple, Cass. Crim. 20 mai 1980, Bull. crim., n°156.

prospérité qui ne correspond à rien de réel. En effet, la possibilité de distribuer régulièrement une partie des produits de l'exploitation tout en faisant face aux exigences financières de son fonctionnement demeure l'un des indices les plus certains du bon état des affaires sociales<sup>1</sup>.

La pratique qui consiste à distribuer des dividendes entre actionnaires en l'absence d'inventaire ou grâce à un inventaire frauduleux est un comportement mensonger car il s'agit dans un premier temps de faire croire que la société a dégagé des bénéfices alors qu'il n'en est rien et ensuite de se répartir des prétendus bénéfices sous forme de dividendes. Ce mensonge est particulièrement grave et facile à expliquer. Grave, comme l'observait M. Voutsis<sup>2</sup> pour deux raisons.

Tout d'abord, toute répartition de dividendes opérée en

---

<sup>1</sup> Cf. CH. PINOTEAU, Code, op. cit., p.92, n°176 ; Législation, op. cit., p.199.

<sup>2</sup> Cf. C. VOUTSIS, La distribution de dividendes fictifs, conséquences pénales et civiles, LGDJ., 1965, p.11.



l'absence de bénéfices a pour conséquence immédiate d'entamer, dans la mesure des sommes distribuées, le patrimoine social et de priver ainsi abusivement la société d'une partie de ressources destinées à financer ses opérations commerciales et à constituer le gage exclusif de ses créanciers.

D'autre part, si les bénéficiaires de la distribution sont en apparence les actionnaires, en Tait, ceux-ci après avoir touché les dividendes risquent de perdre les sommes qu'ils ont apportées à la caisse sociale lors de la souscription de leurs titres. Loin d'avoir l'esprit éveillé par l'élévation anormale des bénéfices accusés par les écritures sociales, ils n'y voient que le résultat d'une gestion heureuse dans le passé, et le gage de profits intéressants dans l'avenir<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ce mensonge est grave aussi pour les tiers qui pensent traiter avec un contractant dont les activités sont prospères et le patrimoine important, alors que l'inverse est vrai.

Facile à expliquer<sup>1</sup>, d'une part, parce que ménager un crédit fictif de la société, permettre aux dirigeants de sociétés de prolonger son existence, faciliter une émission d'actions nouvelles ou d'obligations, dissimuler les résultats déficitaires de leur gestion sont parmi les principaux.

D'autre part, pousse des spéculateurs peu scrupuleux à des répartitions de bénéfices qui ne sont qu'apparents, qu'ils veulent, par exemple, donner aux actions une valeur qui ne correspond pas à la réalité et transmettre, par la suite, celles qui leur appartiennent et qui ne sont pas bloquées comme actions de garantie de la caisse sociale à un prix avantageux, ou, ce qui est plus rare, ils ne visent qu'à bénéficier de distributions rendues impossibles par des bénéfices médiocres ou inexistantes.

Malgré toutes les précautions créées par le législateur (le contrôle exercé sur les dirigeants par l'assemblée générale et

---

<sup>1</sup> Cf. C. VOUTSIS, *Ibid* ; Y. GOURVENEÇ-PILLET, *op. cit.*, p. 30.

par les commissaires aux comptes et le droit à l'information accordé aux actionnaires), il arrive et arrive souvent que des dividendes fictifs soient distribués. En ce cas, le législateur a eu recours au droit pénal parce qu'il n'est pas tolérable de distribuer en l'absence de bénéfices, de prétendus dividendes prélevés nécessairement sur le capital alors qu'il est essentiel que la société puisse fonctionner avec l'intégralité de ses ressources normales<sup>1</sup>.

Créée par une loi du 17 juillet 1856, reprise par l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, le délit est désormais régi par l'article 437-1 de la loi du 24 juillet 1966. Celui-ci punit «le Président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, auront sciemment, opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs». Ce texte est étendu aux gérants des sociétés en commandite par

---

<sup>1</sup> Cf. B. BAKOUA-BATANGOUNA, *op. cit.*, p. 163.

actions par l'article 460. Il est identique à l'article 425 al. 2 qui concerne les SARL.

**(A) Les éléments constitutifs du délit :**

Ce délit, qui a donné lieu à des poursuites assez fréquentes, mais qui n'est le plus souvent aujourd'hui qu'un délit de conséquence<sup>1</sup>, suppose la réunion d'éléments matériels et d'un élément intentionnel. Nous allons les examiner successivement.

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, D., 1975, p. 37 ; Gaz. Pal. II, 1974, p. 886.

## **I : Les éléments matériels :**

### **Trois éléments matériels sont exigés :**

- l'absence d'inventaire ou l'existence d'inventaire frauduleux ;
- la répartition d'un dividende aux actionnaires ;
- la fictivité de ce dividende.

#### **(a) L'absence d'inventaire ou l'inventaire frauduleux :**

Le délit est caractérisé par une distribution de dividendes opérée soit en l'absence d'inventaire, soit au vu d'un inventaire frauduleux.

#### **(§1) Absence d'inventaire :**

Dans le langage comptable, le mot inventaire désigne l'état descriptif dressé en fin de chaque exercice de tous les éléments d'actif et de passif du patrimoine (art. 8, Code de commerce).

L'absence totale d'inventaire se présente rarement en pratique, d'autant que pour l'application de l'article 437-1, la jurisprudence assimile à l'inventaire le bilan qui en est le résumé<sup>1</sup>. Par conséquent, l'absence d'inventaire ne pourra être poursuivie pénalement, dès lors qu'un bilan a été dressé.

Dès 1883, la Chambre Criminelle a déclaré : «par l'expression d'inventaire, l'article 45 de la loi de 1867 ne désigne point un acte spécial d'une forme sacramentelle et déterminée, mais bien tout compte rendu, tout état de situation, soit écrit, soit verbal au moyen duquel on peut surprendre le vote d'une assemblée d'actionnaires en lui présentant sous un faux jour, les ressources et les opérations de la société»<sup>2</sup>.

Autrement dit, tout état suffisamment complet et détaillé pour

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 11 juin 1925, Gaz. Pal. II, 1925, p. 322.

<sup>2</sup> CA. Paris, 19 mars 1883, R. soc., 1883, p. 189, confirmé par Crim., 23 juin 1883, D., 1883,1, p. 425 ; Ad. CA. Paris, 2 déc. 1936, J. soc., 1937, p. 659.

permettre aux actionnaires de connaître la situation de l'actif et du passif social est un inventaire à condition qu'il ne soit pas entaché d'erreurs grossières<sup>1</sup>.

Si l'absence d'inventaire demeure une hypothèse très théorique de nos jours, les inventaires ou bilans frauduleux sont eux plus fréquents. Cette considération nous conduit à préciser la notion d'inventaire frauduleux.

## **(§2) Inventaire frauduleux :**

Le délit se commet rarement par l'artifice simpliste du défaut total d'inventaire. Les dirigeants enfreignent la loi sous une forme plus «raffinée». Un bilan est bien établi, mais il est façonné d'une manière trompeuse pour permettre la distribution de dividendes alors que la réalité ne l'autoriserait pas.

En exigeant que l'inventaire soit frauduleux, la loi veut faire

---

<sup>1</sup> CA. Lyon, 12 mars 1886, D., 1886,11, p. 136.

ressortir la nécessité d'un élément intentionnel et des inexactitudes matérielles. Mais ici les inexactitudes ont un caractère particulier : elles ne doivent pas être appréciées sous le même angle que les inexactitudes constitutives du délit de présentation des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle.

Tandis que, sous le rapport de cette dernière infraction, toute inexactitude peut être relevée, dès lors qu'elle est de nature à induire le public en erreur sur la véritable situation de la société, même si elle ne tend pas à améliorer l'actif par rapport au passif, ici l'inexactitude est destinée à faire apparaître un bénéfice qui n'existe pas, ou du moins supérieur à celui réalisé.

Les juges du fait apprécient, souverainement le caractère frauduleux de l'inventaire et peuvent recourir à tous les modes de preuve. La jurisprudence s'est constamment



prononcée en ce sens<sup>1</sup>.

La jurisprudence donne un certain nombre d'exemples de bilans considérés comme frauduleux au sens de la loi pénale. Nous nous proposons ici d'indiquer seulement les principales fraudes utilisées en vue de fausser le bilan et de faire apparaître les bénéfices irréels nécessaires à la distribution envisagée.

Il convient toutefois de souligner combien la matière se trouve simplifiée en raison des interventions répétées du législateur pour rendre nécessaire les amortissements et les provisions et la définir selon les principes retenus par le plan comptable général<sup>2</sup>.

Au regard du délit, l'inventaire frauduleux est celui qui fait apparaître un bénéfice fictif, ce qui suppose soit une majoration des valeurs actives soit une minoration des valeurs

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 17 juillet 1885, D., 1886, I, p.273.

<sup>2</sup> Cf. Décret du 29 novembre 1983, art. 8 al. 1 et 2.

passives. La majoration d'inventaire, en fait, est le procédé le plus suivi.

Les hypothèses dans lesquelles il entraîne la fictivité du dividende sont multiples.

Il y aurait ainsi augmentation fictive de l'actif disponible, si l'on surévaluait des marchandises ou des valeurs de portefeuilles<sup>1</sup>. De même, la bilan serait mensonger si des créances irrécouvrables ou litigieuses étaient maintenues à l'actif pour leur valeur nominale<sup>2</sup>. D'autres exemples de simulation d'actif sont fournis : par le fait d'évaluer des immeubles sujets à dépérissement pour leur prix de revient sans amortissement ; par l'incorporation dans des postes d'actif de frais généraux qui auraient dû être compris dans les charges de l'année ; par l'inscription à l'actif de gains

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 10 nov. 1942, Bull. crim., n°108.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 11 juin 1930, Bull. crim., n°198.

escomptés mais non encore réalisée<sup>1</sup>.

Inversement, toute dissimulation de passif rend le bilan inexact. Le plus souvent, il s'agit de l'omission pure et simple d'une dette, sans qu'on puisse se retrancher derrière le caractère simplement éventuel de la dette omise. C'est ainsi que la jurisprudence a considéré comme une minoration frauduleuse l'omission volontaire d'une créance au passif du bilan<sup>2</sup>.

(b) La répartition des dividendes :

Il est nécessaire en second lieu, qu'un dividende ait été réparti entre les actionnaires. A défaut, le délit n'est pas caractérisé, la tentative n'étant d'ailleurs pas punissable. Il ne peut être fait application, le cas échéant, que du délit de présentation de faux bilan si les autres éléments de ce dernier délit se trouvent réunis. Il est donc important de savoir dans

---

<sup>1</sup> Cf. Y. GOURVENEK-PILLET, op. cit., p. 35.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 17 juin 1942, JCP., II, 1942, 2120, affaire Moreau.

quels cas on doit considérer qu'il y a répartition de dividendes.

### **(§1) La distribution de dividendes selon la jurisprudence**

Le délit est communément dénommé «distribution de dividendes fictifs», mais le texte légal emploie le terme «répartition». Alors que le fait de distribution impliquerait la remise effective des fonds aux actionnaires, la répartition est réalisée dès que les dividendes ont été mis à la disposition des actionnaires, dans des conditions telles que ceux-ci ont acquis un «droit privatif» présentant un caractère «ferme et non précaire» leur conférant ainsi un droit de créance sur la société<sup>1</sup>.

C'est au moment où ce droit est ouvert au profit des actionnaires que le délit est réalisé et consommé. Il est ainsi, le plus souvent, au jour où en exécution de la décision de

---

<sup>1</sup> Cf. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 330 ; P. GAUTHIER et B. LAURET, *op. cit.*, p. 486.

l'assemblée générale de répartir des bénéfices, le conseil d'administration ordonne la mise à disposition des actionnaires aux guichets de la société ou de telle banque. Ce peut être également le jour de la décision de l'assemblée générale si elle vote elle-même les modalités de mise en paiement des dividendes.

A partir de cette décision, «les actionnaires acquièrent un droit de créance sur la société égal au montant de leur part de dividende : de revenu personnel propre à chaque actionnaire"<sup>1</sup>.

La seule décision de l'assemblée générale prise sur proposition du conseil d'administration, de répartir des bénéfices ne suffirait pas à constituer le délit au cas où, par exemple, après le vote autorisant la répartition, les administrateurs se seraient abstenus constatant des

---

<sup>1</sup> CA. Lyon, 23 fév. 1984, D., 1985, p. 127, affaire Delaroche, note Croze et Reinhard.

irrégularités, de mettre en exécution la décision de l'assemblée.

Il apparaît ainsi que les administrateurs bénéficient d'une faculté de repentir d'autant plus justifiée qu'ils seront seuls sanctionnés s'ils commettent le délit de répartition de dividendes fictifs. La jurisprudence est fixée en ce sens depuis un arrêt du Tribunal Correctionnel de la Seine rendu le 20 décembre 1933<sup>1</sup>.

Observons, enfin, que la mise à disposition peut avoir lieu sous une forme quelconque. Le plus généralement, les dividendes sont versés en espèces, mais il arrive que la société procède différemment. C'est ainsi que la remise à un actionnaire d'obligations en paiement du dividende qui lui revient, la compensation du montant de ce dividende avec une dette de l'actionnaire, et bien entendu, le virement du dividende à un compte de l'actionnaire caractérise la

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Seine, 20 déc. 1933, Gaz. Pal. 1934,1, p. 331.

distribution<sup>1</sup>.

(§2) La distribution d'acomptes sur dividendes :

Dans certaines sociétés, il est d'usage de verser un acompte sur dividendes en cours d'année. Après une période d'interdiction<sup>12</sup>, la loi autorise à nouveau le versement d'acomptes qu'elle soumet à des exigences strictes.

Aux termes de l'article 347-2, lorsqu'un bilan, établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes, fait apparaître que la société depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires et déduction faite, s'il y lieu, des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, a réalisé un bénéfice, il peut être distribué des acomptes sur dividendes avant

---

<sup>1</sup> Cf. Y. GOURVENEK-PILLET, op. cit., p. 37.

<sup>2</sup> Décret du 30 octobre 1948 prohibant la distribution d'acomptes sur dividendes sauf dérogation spéciale.

l'approbation des comptes de l'exercice.

Ces conditions satisfaites, un acompte peut être distribué par le conseil d'administration, avant même l'approbation des comptes de l'exercice.

**(c) La distribution de dividendes en actions :**

Depuis 1983, la loi du 24 juillet 1966 modifiée prévoit la faculté de proposer aux actionnaires de leur verser les dividendes sous forme d'actions (art. 351). Le choix est alors laissé à chaque actionnaire. Ceux qui acceptent reçoivent des actions à hauteur du dividende décidé par l'assemblée, en conséquence, le capital est augmenté en proportion des actions ainsi émises.

**(§1) La fictivité des dividendes distribués :**

La loi du 24 juillet 1966 distingue la distribution des bénéfices de la distribution des réserves.



**(i) La distribution des bénéfices :**

En application des règles définies aux articles 9 et 15 du Code de commerce, le bénéfice est la différence entre les produits (pratiquement le chiffre d'affaires) et les charges «parce qu'il est le résultat du fonctionnement de l'outil de production, le chiffre d'affaire constitue le revenu brut de l'entreprise : le bénéfice est donc le revenu net. Mais une fois réalisé, ce revenu net de l'entreprise doit être affecté, soit il est conservé dans le patrimoine de l'entreprise sous forme de réserves ou de reports à nouveau, soit il est distribué aux associés. Le dividende est la rémunération de la qualité d'associé»<sup>1</sup>.

La loi de 1966 s'est efforcée de définir la notion de bénéfice distribuable.

Aux termes de l'article 346-1, il s'agit du bénéfice net de l'exercice, diminué des pertes antérieures ainsi que des

---

<sup>1</sup> Cf. Y. GOURVENEK-PILLET, *op. cit.*, p. 39.

sommes à porter en réserve en application de la loi (réserve légale, réserve spéciale de plus-value à long terme...) ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire.

La notion de dividendes fictifs est définie par l'article 347 : «sauf l'hypothèse d'acomptes sur dividendes, un dividende ne peut être versé qu'à la condition que l'assemblée générale annuelle, après approbation des comptes de l'exercice écoulé, comptes correctement établis, ait constaté l'existence de sommes distribuables et ait déterminé la part attribuée aux associés sous forme de dividendes».

Le législateur précise expressément que tout dividende distribué en violation de ces dispositions est un dividende fictif.

### **(ii) La distribution des réserves :**

Avant l'adoption de la loi de 1966, la question s'était posée de savoir si l'existence de réserves permettait de justifier la distribution de dividendes. La Chambre Criminelle avait rendu

une série d'arrêts de principe.

En 1966, le législateur a consacré ses thèses pour partie.

Quant aux dividendes prélevés sur les réserves, il faut distinguer suivant la nature de la réserve :

### **La réserve légale:**

L'article 345 a rendu obligatoire la constitution d'une réserve légale par prélèvement d'un vingtième au moins des bénéfices nets de l'exercice, diminués, le cas échéant, des pertes antérieures.

Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le dixième du capital.

Cette réserve est un complément capital et constitue de ce fait, au même titre que le capital proprement dit, le gage des créanciers : tout dividende qui serait en tout ou en partie, prélevé sur les sommes qui doivent former ce fonds de réserve, est un dividende fictif puisque prélevé sur un

bénéfice non disponible.

### **Les réserves libres:**

Une société peut avoir des réserves libres constituées par les bénéfices des exercices antérieurs non distribués. Ces réserves ne font pas partie du capital.

Sous le régime de la loi du 24 juillet 1867, des controverses s'étaient instituées sur le point de savoir si les dirigeants d'une société, en l'absence de bénéfices, pouvaient distribuer un dividende par prélèvement sur les réserves disponibles.

Les opinions majoritaires exprimées à ce sujet estimaient qu'une distribution de dividendes réalisée en l'absence de bénéfices effectifs à la fin d'un exercice déterminé, n'était pas fictive dès l'instant où les dividendes pouvaient s'imputer sur des réserves constituées de bénéfices antérieurs accumulés; une telle distribution ne portant aucune atteinte au capital social.

Cette manière de voir s'est trouvée remise en cause par la

Chambre Criminelle. La plus ancienne et la plus connue de ces décisions est celle rendue le 22 janvier 1937 dans l'affaire Léonard<sup>1</sup>.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : la société avait établi, pour l'exercice 1931-1932, un bilan qui faisait apparaître un bénéfice net de plus de cinq millions. Mais dans le bilan, on avait fait figurer à l'actif deux créances formant un total de plus de 15 millions dont la réalisation était incertaine. Ces créances n'auraient donc pas dû être inscrites pour leur valeur nominale. Néanmoins, l'assemblée générale avait décidé, au vu du bilan, la distribution d'un dividende. L'administrateur délégué de la société anonyme, Léonard, était poursuivi du chef de distribution de dividendes fictifs.

Celui-ci se défendait en disant que, même si les résultats de l'exercice n'autorisaient pas la distribution d'un dividende,

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 22 janv. 1937, D., 1937, I, p. 71 ; D., 1938, I, p. 293 ; Gaz. Pal. 1937, I, p.594.

cette distribution n'était point cependant constitutive du délit, le bilan accusant l'existence de réserves extraordinaires, non grevées d'affectation spéciale, d'un montant supérieur au dividende distribué, réserves dont rassemblée générale eût été en droit d'ordonner la répartition entre les actionnaires.

Léonard a cependant été condamné par la Cour d'appel de Douai. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en énonçant «il y a distribution de dividendes fictifs lorsque le dividende distribué était représenté à l'assemblée générale comme étant prélevé sur les bénéfices nets de l'exercice alors que, en réalité, l'exercice avait été clôturé sans bénéfice et que le dividende avait été prélevé sur les réserves extraordinaires...».

«Léonard n'a pas été autorisé par l'assemblée générale à effectuer un prélèvement sur réserves ; elle a décidé non une répartition de réserves, mais la mise en distribution des bénéfices afférents à l'exercice écoulé, et tels que les faisait apparaître le bilan établi par Léonard, et celui-ci agi de

mauvaise foi».

Il ressort de cet arrêt que la haute juridiction tient pour licite la distribution des réserves à condition qu'elle soit effectuée au grand jour, avec l'autorisation de l'assemblée générale.

Après avoir paru marquer une hésitation, la Chambre Criminelle avait confirmé cette solution<sup>1</sup> dans les termes suivants : «...qu'ils ont ainsi permis la distribution d'un dividende fictif aux actionnaires alors qu'ils connaissaient la situation obérée de la trésorerie et que l'assemblée générale n'avait autorisé aucun prélèvement sur les réserves...».

Ayant eu à se prononcer à nouveau sur cette question, la Cour avait constamment réaffirmé sa jurisprudence antérieure<sup>2</sup>.

L'article 346-2 de la loi de 1966 a repris la thèse jurisprudentielle ; il dispose: «en plus du bénéfice distribuable

---

<sup>1</sup> Bull. crim., 1943, n°108, p. 189 ; JCP., 1943, II, n°2332, note Bastion.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 5 mai 1949, D., 1949,1, n°104.

ou à son défaut, l'assemblée générale peut décider la mise en distribution des sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition» ; en ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués par priorité sur le bénéfice distribuable.

### **Les réserves occultes:**

Ce sont des réserves constituées sur les bénéfices, comme les réserves libres, mais n'apparaissant pas au bilan<sup>1</sup>.

Elles proviennent soit de la suppression ou la non-inscription dans les postes de l'actif figurant le patrimoine social se trouve diminué d'autant aux yeux passifs de postes censés représenter des pertes ou des charges, contrairement à la réalité, ce qui aboutit au même résultat.

La Cour de cassation a admis la distribution des réserves

---

<sup>1</sup> Bien souvent, ces pratiques sont constitutives du délit de présentation de comptes annuels ne donnant pas image fidèle.



occultes portant sur un bénéfice existant réellement mais non apparent parce qu'elle ne portait pas atteinte au capital et que le bénéfice n'était pas fictif<sup>1</sup>.

Cette solution ne paraît pas pouvoir être conservée sous l'empire de la loi de 1966 : «la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves n'est possible que si l'assemblée générale indique expressément les postes sur lesquels les prélèvements effectués» (art. 246-2), «et tout prélèvement effectué en violation de cette règle constitue un dividende fictif (art. 347-3)».

Peu de décisions ont été rendues depuis l'application de la loi de 1966 ; parmi celles-ci, on citera un jugement rendu par le Tribunal Correctionnel de Paris le 6 février 1976<sup>2</sup>.

Le tribunal retient l'irrégularité volontaire de la détermination

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 17 juin 1942, JCP., 1943, II, n°2120.

<sup>2</sup> Trib. Corr. Paris, 6 fév. 1976, Bull. NCC., sept. 1976, p. 289, n°2, affaire Saint-Frères, Bon Marché.

du bénéfice distribuable à la suite de l'insuffisance des provisions, de la majoration des montants des travaux et de la réduction artificielle des frais de gestion et des loyers à payer.

On signalera également un autre arrêt du Tribunal Correctionnel de Paris, rendu lui le 10 janvier 1980<sup>1</sup>. Dans cette affaire, les juges correctionnels ont estimé le délit de distribution de dividendes fictifs surabondamment établi puisque sur le vu des comptes sociaux inexacts faisant apparaître des bénéfices et non des pertes, des dividendes avaient été répartis.

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Paris, 10 janv. 1980, Gaz. Pal. II, 1980, p. 712 ; R. soc., 1981, p. 142, note Bouloc.

## **(II) L'élément moral :**

L'article 437-1 vise ceux qui «auront sciemment opéré entre les actionnaires». Le terme «sciemment» marque bien le caractère intentionnel du délit. Il en découle que le délit peut n'être constitué qu'à l'égard de certains administrateurs ou gérants ou même vis-à-vis d'un seul d'entre eux. Il n'existe pas, en l'espèce, de responsabilité pénale collective et ce, en vertu du principe de la personnalité des peines. La distribution ne peut, en tant qu'acte délictueux être considérée comme le fait collectif et impersonnel de tout le conseil d'administration<sup>1</sup>.

Mais il faut savoir si la simple connaissance par le prévenu de la véritable situation de la société, de l'inexactitude du bilan et de la fictivité des dividendes est s'il faut un mobile frauduleux.

Le silence de la loi de 1867 avait conduit la doctrine à des solutions divergentes. La jurisprudence était, au contraire, très nette. Le délit de distribution de dividendes fictifs suppose

---

<sup>1</sup> CA. Douai, 18 avril 1929, J. soc., 1931, p. 284.

chez son auteur l'existence d'une intention frauduleuse. Cette intention existe dès lors que les prévenus ont eu connaissance du caractère fictif des dividendes au résultat d'un inventaire inexact ou de l'absence d'inventaire<sup>1</sup>.

C'est cette solution qui a été retenue par la loi de 1966, puisqu'elle indique que la distribution doit avoir lieu sciemment, c'est-à-dire en connaissance de cause. La jurisprudence édictée en cette matière conserve donc toute sa valeur.

Il s'ensuit que l'ignorance ou la négligence des administrateurs ne justifient pas qu'ils soient reconnus coupables de distribution de dividende fictif.

Conformément au droit commun, la mauvaise foi ne se présume pas ; il appartient au Ministère public de la démontrer. C'est aux juges du fond d'apprécier

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 31 mars 1933, Gaz. Pal. 1933,1, p.973.

souverainement l'existence de cet élément<sup>1</sup>.

En pratique, les juges raisonnent le plus souvent à partir des données de fait pour en induire par présomption la mauvaise foi.

**Il n'est pas douteux que la qualité de prévenus constitue un élément d'appréciation extrêmement sérieux.**

Les prévenus étant en principe les gérants administrateurs ou les membres du directoire, ils sont très facilement convaincus d'avoir eu l'intention de commettre le délit, car par leur fonctions, ils ont dressé le bilan ou l'ont en tout cas examiné et approuvé préalablement au vote de l'assemblée générale.

On ne va pas toutefois jusqu'à prétendre que les dirigeants sociaux sont présumés de mauvaise foi et à renverser ainsi la charge de la preuve. En revanche, on doit prendre en compte le fait que souvent la direction d'une société se trouve

---

<sup>1</sup> Cass. Crim. 22janv. 1937, D., I, 1937, p. 71.

concentrée dans quelques mains et que les autres administrateurs jouent un rôle quasi nul.

Un autre facteur important réside dans la nature et le volume des inexactitudes. Certains fraudes, peu apparentes, peuvent avoir échappées à des administrateurs non avertis ; par exemple, lorsque les divers éléments du bilan sont disposés de telle manière que, même des actionnaires vigilants et expérimentés ne peuvent démêler la vérité avec ces seuls éléments<sup>1</sup>.

En sens inverse, des falsifications sont si évidentes qu'elles excluent la possibilité d'admettre que les prévenus aient pu les commettre de bonne foi<sup>2</sup>.

Il n'est pas nécessaire que l'administrateur ait connu toutes les fraudes par le détail : il est de mauvaise foi dès lors qu'il n'a pu se faire illusion sur la situation de la société et la

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Seine, 26 mai 1890, R. soc., 1890, p. 323.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 18 janv. 1894, D., 1894,1, p. 256.

réalité du bénéfice affirmé par le bilan<sup>1</sup>.

## **(B) La punissabilité de la fictivité des dividendes :**

### **I : Les personnes punissables :**

Quant aux auteurs principaux de T infraction, l'incrimination désigne pour les sociétés anonymes le Président, les administrateurs ou les directeurs généraux en fonctions, non point au jour de la confection du bilan ou de son approbation, mais au moment où le dividende a été distribué, puisque c'est à ce moment que le délit s'accomplit.

Dans les SARL, et les sociétés en commandite par actions, le délit concerne les gérants (art. 425 et 460).

En outre, dans toutes les sociétés visées ci-dessus, les dirigeants de fait encourent la même responsabilité pénale que les dirigeants de fait (art. 431 pour les SARL., art. 463 pour les sociétés anonymes et les sociétés en commandite

---

<sup>1</sup> CA. Paris, 24 juin 1885, J. soc., 1890, p. 209.

par actions)<sup>1</sup>.

Bien que toutes ces personnes soient passibles de sanctions, nous ne devons pas perdre de vue la règle de la personnalité des peines.

Cela conduit notamment à exonérer de la responsabilité pénale, les prévenus qui n'ont pas participé effectivement à la confection du bilan inexact, parce qu'ils n'étaient pas en mesure d'exercer utilement un contrôle «en raison du comportement du Président du conseil d'administration qui exerçait en fait une sorte de dictature »<sup>2</sup>.

De même, sont exonérés assez fréquemment les prévenus entrés en fonction postérieurement à la confection du bilan, mais antérieurement à la mise des dividendes à la disposition des actionnaires.

---

<sup>1</sup> Trib. de Commerce, Paris, 10 janv. 1980, Gaz. Pal. 11, 1980, p. 712.

<sup>2</sup> Cass. Crim. 30 mai 1930, R. soc., 1930, p. 26.



Le fait qu'ils n'aient pas eux-mêmes participés à la confection du bilan, leur permet d'exciper dans une certaine mesure de leur bonne foi.

Enfin, ne peuvent être retenus comme principaux auteurs, les administrateurs ayant concouru à la confection du bilan mais ayant démissionné avant la mise en distribution des dividendes, à moins qu'ils ne puissent être retenus comme complices.

Par contre, il n'y a pas à distinguer suivant que les administrateurs ont ou non assisté à la délibération qui a décidé de rendre publique l'annonce de la mise en distribution, du moment qu'ils étaient au courant des affaires de la société et n'en avaient pas moins laissé décider, commencer et continuer la distribution du dividende<sup>1</sup>.

Pour ce qui est de complices, l'incrimination peut à ce titre

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Seine, 4 juin 1923, J. soc., 1923, p. 509 ; D., 1924, II, p. 41.

être étendue à tous censés, étrangers ou non à la société, qui, en connaissance de cause, ont concouru à préparer, faciliter ou perpétrer le délit.

Peuvent être poursuivis comme complices les directeurs de services, ou employés supérieurs comme le chef comptable, qui ont fourni aux dirigeants de fausses indications comptables pour la confection du bilan, même s'ils n'ont joué aucun rôle dans la distribution du dividende, dès lors qu'ils ont su que le bilan devait servir à cette distribution<sup>1</sup>.

Le commissaire aux comptes qui a sciemment certifié un bilan inexact, ou qui a consigné dans son rapport à l'assemblée générale des informations mensongères sur la situation de la société alors qu'il en connaissait les difficultés financières, peut-être, dans les mêmes conditions, retenu comme complice<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CA. Paris, 18 juillet 1938, Gaz. Pal. II, 1938, p. 194.

<sup>2</sup> CA. Paris, 12 juillet 1979, Jurisdata, n°305.

## **II : Les pénalités:**

Le délit de distribution de dividendes fictifs qui, sous le régime de la loi antérieure, était punie par les peines de l'escroquerie (art. 405 du Code pénal), est désormais sanctionnée d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 2 000 à 40 000 F. ou de l'une de ces deux peines seulement. Les circonstances atténuantes et le sursis sont applicables.

La prescription est de trois ans : elle part du jour où le dividende est mis à la disposition de l'actionnaire, sans que soit prise en compte la perception matérielle du dividende par l'actionnaire.

On peut se demander si la prescription ne part pas seulement, comme en matière d'abus de biens sociaux, du jour où le fait délictueux a pu être constaté, s'il a été dissimulé.

## **Conclusion**

Depuis les années soixante–dix du siècle dernier, l'Égypte a suivi une politique économique basée sur l'ouverture et l'économie de marché, puis a poursuivi une politique de privatisation au milieu des années 1980, ce qui a nécessité de se demander si le droit pénal peut jouer un rôle protecteur dans ce type d'économie.

Si l'on regarde le droit comparé, en particulier la législation française, on remarquera qu'il existe un puissant arsenal pénal à cet égard, appelé droit pénal des sociétés.

À travers cet arsenal de 160 articles punitifs, le législateur a tenté d'élaborer une politique pénale et pénale dissuasive qui assurerait une bonne et honnête gestion aux actionnaires et aux argents qu'ils ont contribué, et pour compenser l'absence du contre–pouvoir dont les actionnaires auraient dû bénéficier à travers les assemblées générales des sociétés.

Malgré la prévalence des discours sur une politique de

dépénalisation concernant cette section pénale de la loi sur les sociétés de 1966, le législateur adhère toujours à cette solution, notamment en ce qui concerne les délits liés au mensonge, qui nous avons traité lors de cette recherche, soit que concernent la consistance du capital social, ou le délit de majoration frauduleuse d'apport en nature, ou relatifs à la gestion du capital social, tels que la présentation ou la publication des comptes annuels infidèles, et la distribution des dividendes fictifs.

Nous espérons que le législateur égyptien adopte la politique de la sévérité pénale à l'égard de ces délits, afin de faire face aux schémas de déviation financière concernant la formation et la gestion des sociétés commerciales, bénéficiant des textes législatifs français et de leurs applications judiciaires, dont certains que nous avons examinés dans cette recherche, afin de servir le mouvement législatif égyptien croissant depuis des années, à travers lesquels l'économie égyptienne avait besoin de protection juridique pour atteindre un

développement efficace et des investissements nationaux et étrangers gérés de manière transparente et fidèle.

### **La bibliographie**

- S. ACHTARI, Les délits relatifs à la constitution et à la gestion du capital social, étude de droit français, th. Lausanne, 1977.
- B. BAKOUA-BATANGOUNA, Le mensonge en droit pénal des affaires, th. Rennes I, 1989.
- M. CHAUVIN, L'élément comptable dans le droit pénal des sociétés anonymes, Dalloz, 1963.
- Comptabilité et droit pénal, sous la direction M. Delhomme et Y. Muller, éd. Litec, 2009.
- Conseil Supérieur de l'Ordre des experts comptables et des comptables agréés, Comptabilité et droit pénal des affaires, travaux du 34eme Congrès de l'Ordre des experts comptables, Paris 1979.

- L. CONSTANTIN, Droit pénal des sociétés par actions, PUF. 1968.
- V. COURCELL-LABROUSSE et Autres, La responsabilité pénale des dirigeants, First, 1996.
- M. DELMAS-MARTY, Droit pénal des affaires, 3eme éd. PUF. 1990.
- M. DELMAS-MARTY, Les délits financiers commis dans le cadre des sociétés commerciales, D., 1978, p. 90
- J. DEPREZ, L'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, in, in, le droit pénal spécial des sociétés anonymes, préface Hamel, Dalloz 1955, p. 145
- C. DUCOULOUX -FAVARD, Droit pénal des affaires, éd. Masson, 1987.
- P. DUPONT-DELESTRAINT, Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales, 2eme éd. Dalloz, 1980.
- FOUGERES, Délits relatifs à la comptabilité, JCP., fasc.

1474, p.1.

- E. GARÇON, Code pénal annoté, Sirey, T. I, 1901
- P. GAUTHIER et B. LAURET, Droit pénal des affaires, 6eme éd. Economica, 1996.
- C. GAVALDA, Les délits concernant les fausses déclarations et majorations frauduleuses d'apports, in, le droit pénal spécial des sociétés anonymes, préface Hamel, Dalloz 1955, p.59.
- G. GIUDICELLI-DELAGE, Droit pénal des affaires, Mémentos Dalloz, 3eme éd. 1996.
- F. GORE, La responsabilité des dirigeants d'entreprise dans l'établissement des comptes, patronat, R. des entreprises, le conseil national du patronat français, n°362, sept. 1975, p. 17.
- F. GOUET, M. ROUSSELET, P. ARPAILLANGE et J. PATIN,– Droit pénal spécial, Sirey, 8me éd. 1972.



- Y. GOURVENCE-PILLET, Les infractions comptables imputables aux dirigeants sociaux, Mémoire DEA, Nantes, 1989-1990
- Y. GUYON, Note sous Cass. Crim. 12 avril 1976, JCP. 1977, II, 18523.
- W. JANDIDIER, Droit pénal des affaires, 2eme éd. 1996.
- J. LACOSTE, Les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache-Willot, JCP. 1975, éd. CI, 11855.
- J. LARGUIER, Droit pénal des affaires, éd. Armand Colin, 1992.
- J. LARGUIER, Mauvaise foi et faux bilan, in Mélange Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation, étude de droit commercial, Dalloz, 1961, p. 293
- H. LAUNAIS et L. ACCARIAS, Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée, Dalloz, 1964.

- H. LAUNAIS, Y. DE LA VILLEGUERIN et L. ACCARIAS, Droit pénal financier, T. I, Dalloz, 1947.
- F. LEBRUN, Le délit de publication ou de présentation de bilan inexact, th. Paris II, 1982.
- B. LEY, La responsabilité pénale des commissaires aux comptes, th. Paris II, 1977.
- L'ouvrage collectif de l'ordre des experts comptables et des comptables agréés et de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes : le commissariat aux apports et les méthodes d'évaluation, Paris, 1974.
- B. MERCADAL, Recherches sur l'intention en droit pénal, RSC., 1967, p. 20.
- R. MERLE et A. VITU, Traite de droit criminel, Droit pénal spécial, par A. Vitu, éd. Cujas, 1982.
- M. PATIN, P. CAUJOLLE, M. AYDALOT et J. M. ROBERT, Droit pénal général et la législation pénale

appliquée aux affaires, 6eme éd. PUF. 1979.

- Ch. PINOTEAU, Code des sociétés, LGDJ. 1969.
- Ch. PINOTEAU, Les risques de la gestion des entreprises, préface Cl. Lussan, LGDJ., 1973
- G. RIPERT, Le déclin du droit, LGDJ., 1949.
- G. RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial, Paris, 1968.
- J. M. ROBERT, Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apport en nature, D. 1974, p. 97
- J. M. ROBERT, Le droit pénal des affaires, Que sais-je, PUF. 1<sup>er</sup> éd. 1976.
- M. ROUSSELET et M. PATIN, Délits et sanctions dans les sociétés par actions, Sirey, Paris, 1938.
- J. L. SANTONI, Le droit pénal des apports en sociétés, th. Poitiers, 1985.

- J. C. SARRUT, Dictionnaire permanent, droit des affaires, Feuillet 569, n°2.
- J. CL. SOYER, L'élément matériel comptable des délits relatifs au bilan, in, le droit pénal spécial des sociétés anonymes, préface Hamel, Dalloz 1955, p. 228
- T. TACHALIM, La détermination des responsables en droit pénal des sociétés, th. Toulouse I, 1992.
- A. TOUFFAIT et Autres, Délits et sanctions dans les sociétés, 2eme éd. Sirey, 1973.
- M. TOURCHU, M. JEANTIN et D. LANGE, De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, D. 1975, p.8.
- M. VERON, Droit pénal des affaires, Masson, 1992.
- A. VIANDIER, Le droit comptable, Précis Dalloz, Paris, 1984.

- A. VIANDIER, Les infractions comptables commises par les dirigeants de sociétés, in, les sociétés commerciales et le droit pénal, p. 129.
- C. Voutsis, La distribution de dividendes fictifs, conséquences pénales et civiles, LGDJ. 1965.



## أبحاث في القانون الدولي العام





مدخل إلى القانون الدولي الإنساني

"دراسة تاريخية مقارنة في حقوق الأسير في التنظيم الدولي  
والداخلي

الدكتور

أحمد على ديهوم

كلية الحقوق- جامعة عين شمس

## مقدمة

شهد التاريخ الإنساني العديد من الفترات المتباينة بين التخلف والتحضر، بين الحرب والسلام، وقد عدت المنازعات صفة اجتماعية متلازمة مع التاريخ الإنساني، هذا بالإضافة إلى كونها صفة سياسية حال كون المنازعات بين الدول.

وقد لازمت هذه الصفة الإنسانية منذ القدم، إذ تشير الإحصاءات إلى قيام 14000 أربعة عشر ألف حربٍ خلال 500 خمسمائة سنة من التاريخ، مما رتب العديد من الخسائر المتمثلة في قتل حوالي 5 مليارات من الأفراد، كما لم ينعم العالم سوى بـ 250 عاماً من السلام خلال الـ 3400 سنة الأخيرة<sup>1</sup>.

وعانت البشرية من ويلات هذه النزاعات من خلال فقد العديد من الأرواح البشرية، وتخريب الممتلكات، ليس هذا فحسب بل لقد انعكست المعاناة على ما تخوله من حق للمنتصر على المهزوم سواء أكان من المحاربين أم من غيرهم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الدولية للقانون الإنساني الدولي، في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، هيئة الصليب الأحمر، 2003، ص 15.

<sup>2</sup> د. السيد أحمد علي بدوي، معاملة أسرى الحرب في القانون الروماني، "دراسة تأصيلية تحليلية"، القسم الأول، مجلة الحقوق، الكويت، ديسمبر 2016، ص 347.

وقد حاول المجتمع الدولي مواجهة الآثار السلبية للنزاعات، وذلك من خلال العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات، إلا أن هذا العمل الدءوب للمواجهة اصطدم بالتطور التكنولوجي السريع، وما يرتبه من انعكاسات على النزاعات.

ومما لا شك فيه أن مواجهة النزاعات المسلحة وما تخلفه من أضرار وأسرى، لهو أمر غاية في الأهمية لما يشهده العالم بصفة عامة والشرق الأوسط بصفة خاصة من نزاعات مسلحة.

## منهج وخطة الدراسة:

لما يتصف به القانون الدولي الإنساني من أهمية في ظل الأوضاع الراهنة، فسوف نتبع في هذه الدراسة المنهج التأصيلي، إذ يساهم في الوصول إلى جوهر الفكرة ووضوحها، حيث نستعرض نشأة وتطور القانون الدولي الإنساني في المجتمعات القديمة، هذا بالإضافة إلى تبيان موقف الأسرى، إذ انعكس تطور القانون الدولي الإنساني على الأسرى ومعاملتهم.

وقد شهد القانون الدولي الإنساني ومعاملة أسرى الحرب العديد من التطورات، وذلك منذ المجتمعات البدائية وصولاً إلى اهتمام المجتمع الدولي به، ويمكن تبيان ذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: نشأة وتطور القانون الدولي الإنساني.

المبحث الأول: ماهية القانون الدولي الإنساني.

المبحث الثاني: نشأة القانون الدولي الإنساني.

الفصل الثاني: معاملة أسرى الحرب.

المبحث الأول: ماهية أسرى الحرب.

المبحث الثاني: وضع أسرى الحرب وتطوره.

## الفصل الأول

### نشأة وتطور القانون الدولي الإنساني

نشأ فرع القانون الدولي الإنساني على أثر جهود المجتمع الدولي لمواجهة آثار النزاعات المسلحة الدولية، وقد عرف بقانون الحرب، أو قانون النزاعات المسلحة، ولما يمثله القانون من أهمية وجب تتبع نشأته وتطوره، وذلك بغية الوقوف على حدوده وضوابطه، ولكن بعد تحديد ماهيته وتمييزه عن غيره، ويمكن إيضاح ذلك فيما يلي:

المبحث الأول: ماهية القانون الدولي الإنساني.

المبحث الثاني: نشأة القانون الدولي الإنساني وتطوره.

## المبحث الأول

### ماهية القانون الدولي الإنساني

يعد القانون الدولي الإنساني أحد فروع القانون الدولي العام، وهذا ما قد يشابهه بالفرع الآخر القانون الدولي لحقوق الإنسان، ويمكن تبين ماهية القانون الدولي الإنساني وتميزه عن القانون الدولي لحقوق الإنسان فيما يلي:

المطلب الأول: مفهوم القانون الدولي الإنساني.

المطلب الثاني: القانون الدولي الإنساني وتميزه عن القانون الدولي لحقوق الإنسان

## المطلب الأول

### مفهوم القانون الدولي الإنساني

يعد تحديد مفهوم للموضوع محل البحث أمرًا بالغ الأهمية، إذ إن الوقوف على تعريف محدد يساهم في وضوح الفكرة والوصول إلى جوهرها، ويمكن تحديد مفهوم القانون الدولي الإنساني فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف القانون الدولي الإنساني.

الفرع الثاني: خصائص ومبادئ القانون الدولي الإنساني.

## الفرع الأول

### تعريف القانون الدولي الإنساني

يعتبر مصطلح القانون الدولي الإنساني من أحدث المصطلحات التي تم استخدامها من قبل فقه القانون الدولي، إذ جرى الفقه على إطلاق مصطلح قانون الحرب وقانون النزاعات المسلحة على هذا الفرع من القانون الدولي<sup>1</sup>.

ويرجع استخدام مصطلح القانون الدولي الإنساني " International Humanitarian law" إلى "ماكس هيبير" "Max Haber" -الفقيه ورئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر الأسبق- وقد عد هذا المصطلح هو المستخدم من قبل الفقه الدولي واتصف بالطابع الرسمي، إذ تم استخدامه في المؤتمر الدبلوماسي بشأن تطوير القانون الدولي الإنساني بجنيف 1974، و1977<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن حداثة المصطلح أدت إلى عدم وجود تعريف محدد ومعروف وفقاً للغة العربية، وهذا ما استتبع وجود العديد من التعريفات للقانون الدولي الإنساني، حيث عكست محاولات الفقه للوصول إلى تعريف،

---

<sup>1</sup> د. ناظر أحمد منديل، محاضرات مادة القانون الدولي الإنساني، العراق، جامعة تكريت، كلية القانون، 2016-2017، ص 4.

<sup>2</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 17.



بالإضافة إلى جهود الجهات الدولية المعنية، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر،  
ومحكمة العدل الدولية<sup>1</sup>.

وقد شاب محاولة إيجاد تعريف محدد للقانون الدولي الإنساني بعض  
الغموض الذي استتبع وجود خلط بين المفاهيم، وذلك لما اتسم به القانون من  
سرعة التطور، كما أنه يجمع بين أفكار متباينة الطبيعة<sup>2</sup>.

فمن جهة أولى يولى اهتمامه بمسائل قانونية، ومن جهة أخرى فإن القانون  
يتضمن جانباً أخلاقياً يعكسه السمة الإنسانية، إذ إن القانون لم يظهر من فراغ،  
وإنما نشأ انعكاساً لمجموعة من القيم والمبادئ الأخلاقية التي تُعلي من شأن الفرد  
وتهتم به<sup>3</sup>.

وبناءً على ذلك ذهب البعض إلى أن للقانون الدولي الإنساني جانبين،  
أولهما واسع يتمثل في الأحكام القانونية الدولية من تشريعات وقوانين تهدف إلى  
تنظيم قواعد الحرب وتُعلي من شأن الفرد وحقوقه وتكفل حمايته، وثانيهما ضيق

---

<sup>1</sup> د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 4.

<sup>2</sup> جان بكتيه، مبادئ القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف 1975،  
ص 5، 201؛ د. سعيد سالم جويلي، الطبيعة القانونية الخاصة للاتفاقيات الدولية في القانون  
الدولي الإنساني، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، بيروت، منشورات  
الكلية الحقوقية، 2010، ص 236.

<sup>3</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 17؛ د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 5.

يتمثل في الأحكام التي تبغي حماية العسكريين غير القادرين على القتال، والأشخاص غير المشتركين في العمليات الحربية، بالإضافة إلى أحكام حماية الممتلكات أو الأعيان التي لا علاقة لها بالعمليات العسكرية<sup>1</sup>.

ومفاد ذلك أن القانون الدولي الإنساني يتضمن معاهدات لاهاي 1899، و1907، التي تتضمن قيوداً على العمليات العسكرية وسلوك العسكريين، ومعاهدات جنيف بدءاً من 1864 وصولاً إلى اتفاقيات جنيف الأربع 1949، بالإضافة إلى البروتوكولين الإضافيين 1979، التي تكفل حماية الضحايا من النزاعات المسلحة، بالإضافة إلى الأعراف الدولية التي عكست سلوك الدول أثناء الحروب، وهذا بالمخالفة لما ذهب إليه البعض من أنه يقتصر على قانون جنيف فقط أي اتفاقيات جنيف 1949<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> جان بكتيه، القانون الدولي الإنساني تطوره ومبادئه القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2017، ص 18.

Jean.S.Pictat: Les principes du droit international humanitaire, CICR, Geneva, 1966, p.7.

<sup>2</sup> د. سعيد سالم جويلي، القانون الدولي الإنساني "آفاق وتحديات"، المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2005، ص 236؛ د. عبد الرحمن على إبراهيم، الحماية القانونية للأسرى وفقاً لأحكام القانون الدولي الإنساني "دراسة تطبيقية على وضع الأسرى الفلسطينيين، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا- برلين، 2018، ص 21.

وقد عرف القانون الدولي الإنساني بأنه "المبادئ التي جرى الاتفاق عليها دولياً بغية الحد من اللجوء إلى العنف واستخدامه خلال النزاعات المسلحة، وذلك بواسطة حماية الأفراد المشتركين في العمليات العسكرية، والذين توقفوا عنها، بالإضافة إلى الجرحى والمرضى والمصابين، بحيث يقتصر توجيه القوة والعنف على الأعمال الضرورية لتحقيق الأهداف العسكرية"<sup>1</sup>.

كما عرف بأنه " القواعد التي تهدف إلى حماية الأفراد الذين يعانون من آثار النزاعات المسلحة، بالإضافة إلى حماية الأعيان التي لا علاقة لها بالعمليات العسكرية"<sup>2</sup>.

وتجدر الملاحظة هنا أن هذه التعريفات يغلب فيها الطابع الأخلاقي على الطابع القانوني، وذلك يُعزى إلى أنهم ينظرون للقانون الدولي الإنساني باعتباره فرعاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان، وهذا ما يستتبع إخراج القانون من دائرة القانون وإدراجه في دائرة الأخلاق<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. محمد نور فرحات، تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بحث من كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم د. مفيد شهاب، القاهرة، دار المستقبل العربي، 2009، ص 84.

<sup>2</sup> ستانيسلاف أ. نهليك، عرض موجز للقانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، أغسطس 1984، ص 9.

<sup>3</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 18؛ د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 6.

وقد سعت اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى وضع تعريف محدد للقانون الدولي الإنساني، وقد أسفرت جهودها عن تعريفه بأنه "القواعد الواجبة الاتباع خلال النزاعات المسلحة، وتتضمن القواعد الاتفاقية والدولية التي تبغي مواجهة المشكلات الإنسانية الناتجة من النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية"<sup>1</sup>.

ومفاد ذلك يتضمن هذا القانون شقين؛ أولهما قانون جنيف المختص بحماية ضحايا النزاعات من العسكريين الذين توقفوا عن القتال، بالإضافة إلى الأشخاص الذين لا يشاركون فعلياً في العمليات العسكرية، وثانيهما قانون لاهاي المختص بإقرار حقوق وواجبات المتحاربين أثناء الحرب<sup>2</sup>.

وقد عظفت محكمة العدل الدولية إلى تعريف القانون الدولي الإنساني خلال تعرضها لمشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها عام 1996، إذ

---

<sup>1</sup> د. محمد المجذوب، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين والأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2010، ص 27؛ د. شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، بحث في كتاب محاضرات في القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2005، ص 10.

<sup>2</sup> د. عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، تونس، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 1993، ص 11.

عرفته بأنه "القانون الذي يتضمن القواعد المتصلة بتسيير الأعمال العدائية، وحماية الأشخاص الخاضعين لسطوة العدو"<sup>1</sup>.

ومفاد ما سبق كله أنه يمكن تعريف القانون الدولي الإنساني بأنه "مجموعة القواعد التي تهدف إلى تقييد استخدام القوة في أوقات النزاعات المسلحة، وذلك بغية الحد من آثار العنف على المحاربين، وحماية الأشخاص الذين لا يشتركون في العمليات العسكرية"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> لويز دوسوالد - بيك، القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 53، كانون الثاني - شباط، 1997، ص 37.

<sup>2</sup> د. جعفر عبد السلام، القانون الدولي الإنساني في الإسلام، بحث في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2003، ص 50.

## الفرع الثاني

### خصائص القانون الدولي الإنساني

عكس تعريف القانون الدولي الإنساني العديد من الخصائص، أبرزت كونه يهتم بالإنسان وحمايته أثناء النزاعات المسلحة من جهة، وبكونه أحد فروع القانون الدولي العام من جهة أخرى.

فمن جهة أولى ينحصر نطاق تطبيق القانون الدولي الإنساني، حال وجود حرب أو نزاع مسلح عسكري، سواء أكان دولياً أي بين عدة دول أو دولتين، أو كان داخلياً أي غير دولي<sup>1</sup>.

ومفاد ذلك أن القانون يولى الحماية إلى المقاتلين أثناء النزاع، والأشخاص الذين كفوا عن حمل السلاح لأي سبب كان، كالجرح أو المرض أو الأسر، هذا بالإضافة إلى الأشخاص المدنيين من النساء والشيوخ والأطفال وغيرهم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د. طارق عزت رخا، القانون الدولي العام في السلم والحرب، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006، ص 547؛ د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 9.

<sup>2</sup> د. أحمد أبو الوفا، الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني، بحث في كتاب القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، تقديم د. أحمد فتحى سرور، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2003، ص 142؛ د. محمد المجذوب ود. طارق المجذوب، القانون الدولي الإنساني، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 96.

وتجدر الإشارة هنا إلى ارتباط هذا الأمر بكون القانون الدولي الإنساني أحد فروع القانون الدولي العام، إذ إن القانون الدولي العام يهتم بعلاقات الدول فيما بينها على كافة الأصعدة، بينما القانون الدولي الإنساني يختص حال نشوء نزاع مسلح، وذلك بغية حماية الأفراد والأعيان من احتمالية وقوع ضرر عليهم جراء النزاعات المسلحة أو العمليات العدائية<sup>1</sup>.

وبناءً على ذلك يمكن القول إن القانون الدولي الإنساني يتميز بعدة خصائص، أولها أنه يعد ذا طبيعة مختلطة، إذ يتميز القانون الدولي الإنساني بأن أحكامه تستقى من قواعد القانون الدولي العام من جهة، وذلك تأسيساً على كونه قانوناً يتعلق بالدول، إذ إن مصادره تعود إلى ذات مصادر القانون الدولي من معاهدات وأعراف<sup>2</sup>.

كما أن قواعد القانون الدولي الإنساني تستقى من قواعد القانون الجنائي الدولي، إذ إن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني يحرك مسؤولية الدول والأشخاص، وذلك من خلال اللجوء إلى تحديد الأفعال وكونها جرائم حرب أو

---

<sup>1</sup> د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 10.

Malcolm N. Shaw, International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.p185.

<sup>2</sup> د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 10.

جرائم دولية من عدمه، ومن ثم تحديد العقوبات المقررة لذلك، وهذا ما سارت عليه محاكم نورمبرج وطوكيو، وعد من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قواعد القانون الدولي العام تعد هي الشريعة العامة، بحيث يتم اللجوء إليها حال وجود نقص في قواعد القانون الدولي الإنساني، كما أنه يتم اللجوء إلى آليات التنفيذ في القانون الدولي العام الدولية والداخلية لتطبيق قواعد وأحكام القانون الدولي الإنساني، وذلك كالأستعانة بمنظمة الأمم المتحدة، ومجلس الأمن وذلك بغية تشكيل محكمة جنائية دولية، كمحكمة يوغوسلافيا 1993، ورواندا 1994<sup>2</sup>.

ثانيها أنه لا مجال لتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، فالمستقر عليه أن مبدأ المعاملة بالمثل يسود في نطاق القانون الدولي العام، بحيث يستتبع تقاعس أو عدم تنفيذ أحد الأطراف لمعاهدة تحل الطرف الآخر من التزامه، إلا أن هذا المبدأ لا يسرى في نطاق القانون الدولي الإنساني<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. محمد حنفي محمود، جرائم الحرب أمام القضاء الجنائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2006، ص 194؛ د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 10 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 19؛ د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 10.

<sup>3</sup> د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 13.



ومفاد ذلك إن عدم التزام أحد الأطراف بقواعد القانون الدولي الإنساني لا يخول للطرف الآخر التحلل من التزامه بالتقيد بها، ويرجع ذلك إلى أن قواعد القانون الدولي الإنساني تتسم بالموضوعية التي تُعلى من الإنسان وتهدف إلى حمايته، إذ إن جوهر القانون هو الحياة الإنسانية<sup>1</sup>.

وتأكيداً لذلك فقد نصت المادة 60 من اتفاقية فيينا لعام 1969 لقانون المعاهدات على "أن أي انتهاك جسيم لمعاهدة متعددة الأطراف من جانب واحد من أطرافها يعطى الأطراف الأخرى حق تعليق تنفيذ المعاهدة كلياً أو جزئياً"، إلا أن هذه القاعدة لا تنطبق على الأحكام المتعلقة بحماية الفرد التي تتضمنها المعاهدات ذات الطابع الإنساني، لاسيما الأحكام التي تحظر أي عمل من الأعمال الانتقامية ضد الأفراد الذين تحميهم الاتفاقيات<sup>2</sup>.

وثالثها إن قواعد القانون الدولي الإنساني اتصفت بكونها ملزمة، إذ إن الدول لا يحق لها انتهاك قواعده أو أحكامه، كما لا يخول لها الاتفاق على ما يخالف قواعده<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> جان بكتيه، القانون الدولي الإنساني مبادئه وتطوره، المرجع السابق، ص 41

<sup>2</sup> د. عصام عبد الفتاح مطر، القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 24.

<sup>3</sup> د. عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، الأردن عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 84.

والصفة الإلزامية تسود بالرغم من الطابع الاتفاقي للقانون، حيث يتخذ الاتفاقيات شكلاً له، وذلك لأن قواعده تعكس فكرة النظام العام الدولي، وهذا ما يستتبع اعتبار قواعده من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها من قبل الدول كافة، سواء انضمت للاتفاقية أم لا، وهذا ما يعرف بـ "Juscogens"<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قواعد القانون الدولي الإنساني قد اتصفت في بدايتها بكونها قواعد تعاھديه قائمة على تبادل نسبي، بحيث تطبق قواعده على الأطراف المنضمين إلى الاتفاقيات الدولية، وهذا ما يعرف بشرط الاشتراط الكلي، الذي تضمنته اتفاقية لاهاي 1907<sup>2</sup>.

إلا أن هذا الطابع التعاھدي ذات التبادل النسبي لم يستمر طويلاً، إذ بموجب اتفاقيات جنيف 1949 والبروتوكولين الإضافيين وقواعد القانون الدولي، تحولت قواعد القانون الدولي الإنساني إلى قواعد شاملة ومطلقة وقابلة للتطبيق على

---

<sup>1</sup> المستشار أمين المھدي، الجوانب التشريعية لتنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني، بحث في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، 2003، ص 273 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. نزار العنبيكي، القانون الدولي الإنساني، عمان، دار وائل النشر، 2010، ص 64 وما بعدها؛ د. عبد الرحمن علي، المرجع السابق، ص 24.

الكافة، وذلك حتى ولو لم يكن عضواً في الاتفاقية، بحيث لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الدول بموجب اتفاقيات جنيف وقانون لاهاي تلتزم بعدة أمور، منها: التعديل في التشريعات الوطنية بحيث تتلاءم مع الالتزامات الدولية، وهذا ما يحد من تهرب البعض من العقاب حال قيامه بالانتهاكات ضد الإنسانية. كما أن الدول تلتزم بنشر قواعد القانون الدولي الإنساني، وذلك بغية ضمان حسن التنفيذ والتطبيق من قبل كافة الأفراد المعنية<sup>2</sup>.

ومما سبق كله يتضح أن القانون الدولي الإنساني يهدف إلى فرض حماية قانونية للإنسان خلال النزاعات المسلحة، وهو في ذلك يخاطب الدول، كما أنه يخول الأفراد حقوقاً، إذ إنه بالرغم من الطابع الدولي للقواعد، إلا أن مقصدها الحقيقي يتمثل في حماية الإنسان<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها؛ د. رياض أبو العطا، قضية الاسرى في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 29.

<sup>2</sup> د. أمل يازجى، القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 20، ع1، 2004، ص 140؛ د. ناظر أحمد، المرجع السابق، ص 11.

<sup>3</sup> جان بكتيه، القانون الدولي الإنساني تطوره ومبادئه، المرجع السابق، ص 42.

وهذا ما أكدته المادة السابعة المشتركة من اتفاقيات جنيف 1949، إذ حظرت على الأفراد المشمولين بالحماية التنازل عن أي حق من حقوقهم وفقاً لهذه الاتفاقيات، فمن الواضح أن هذه الحقوق خولت للأفراد باعتبارهم بشراً، لذا لا يخول لهم التنازل عنها.

## المطلب الثاني

### القانون الدولي الإنساني وتميزه عن القانون الدولي لحقوق الإنسان

يعد القانون الدولي الإنساني-كما سبق الذكر- فرعاً من فروع القانون الدولي العام، إذ إنه مجموعة من القواعد التي تسري أثناء الحرب بغية تنظيم العمليات العسكرية، وحماية الأفراد من أسرى وجرحى ومدنيين<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي الإنساني بهذا الوصف يقترب من فرع آخر من فروع القانون الدولي العام، ألا وهو القانون الدولي لحقوق الإنسان، إذ يعنى هذا الفرع بكفالة وصيانة حقوق الفرد باعتباره إنساناً، وذلك في أوقات السلم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> فراق على، الحماية القانونية الدولية للأفراد خلال النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة محمد خيذر بسكرة، الجمهورية الديمقراطية الشعبية، 2005، <http://thesis.univ-biskra.dz/935/3/%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B5%D9%84%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%88%D9%84.pdf>

Patricia Buireitte: Le droit international humanitaire edition la dicouverte, paris, 1996, p.p 3 et 40.

<sup>2</sup> د. ماجد راغب الحلو وآخرون ، حقوق الإنسان ، مطلب جامعي ، 2005 ، ص23.

Donnelly-Jack:human rights and foreign policy word politices,1982,p.575

Jean-Jacques Gandini : les droits de l'homme, edition 2003,p.5

Rene Cassin: revue des droits de l'homme,vol vi,1973, p.47.

ومما سبق يتضح أن هدف المجالين هو حماية الأفراد وصيانة حقوقهم، وهذا ما خول لهما الخروج من المبادئ العامة للقانون الدولي العام، من مبدأ المعاملة بالمثل، ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية<sup>1</sup>.

وبناءً على ما سبق وُجدَ خلطٌ بين المجالين، وقد انعكس على طبيعة العلاقة بينهما في نظر الفقه، ولإيضاح ذلك نتناول هذه العلاقة فيما يلي:

الفرع الأول: طبيعة العلاقة.

الفرع الثاني: أوجه الشبه والخلاف.

---

Rene Cassin: fantassin des droits de l`homme,paris,poln,1979,p.351.

<sup>1</sup>Pierre–Marie Dupuy: Droit international public,4eme edition, paris,1999, p.197.

## الفرع الأول طبيعة العلاقة

وجد العديد من نقاط الالتقاء والاختلاف بين فرعى القانون الدولي العام، القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بحيث تقاربا فيما بينهما في العديد من النقاط، وإن ابتعدا في عدة نقاط أخرى، وهذا ما أثار خلاف الفقه حول طبيعة العلاقة فيما بينهما.

فبينما ذهب اتجاه إلى ضرورة دمجهما، حيث يتمحور هدف كليهما في صيانة حقوق الإنسان بصفته البشرية دون الاعتداد بأي ظروف أخرى، علماً بأن المعنى بالقواعد يختلف في نطاق كلا القانونين. ففي نطاق القانون الدولي الإنساني تكون الدولة المعادية هي المعنية في الغالب الأعم، أما في نطاق القانون الدولي لحقوق الإنسان تكون الدولة التي ينتمي إليها الشخص هي المعنية<sup>1</sup>.

وتأكيداً لذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن هناك العديد من الاتفاقيات من كلا الفرعين تنص على ذات الحقوق، من ذلك المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف لعام 1949، إذ تنص على أنه " في حالة قيام نزاع مسلح ..... ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن: -

---

<sup>1</sup> فراق على، المرجع السابق.

أ- الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية،..

ب-.....

ج- الاعتداء على الكرامة الشخصية".

وهذه المادة تجد ما يقابلها في فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، إذ تنص المادة 2/4 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية 1966 على أنه "لا يجيز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 الفقرتين 1 و2 و11 و15 و16 و18". علماً بأن هذه المواد خاصة بالحق في الحياة والتمتع بحرياته.

وتجدر الإشارة هنا إلى اختلاف أنصار هذا الاتجاه فيما بينهم حول الفرع الذي يشكل المحور الأساسي، فبينما ذهب البعض إلى أن القانون الدولي الإنساني ما هو إلا جزء من حقوق الإنسان، ذهب البعض الآخر إلى أن القانون الدولي الإنساني هو الفرع الرئيسي.<sup>1</sup>

ويستند أنصار هذا الرأي الأخير إلى أن القانون الدولي الإنساني أسبق تاريخياً في الظهور، إذ اهتمت إلى قواعده بصورة رسمية منذ القرن 19، وقد وجدت العديد من الاتفاقيات الدولية منذ 1864 لتنظيم الحرب وحماية الأشخاص

---

<sup>1</sup> فراق على، المرجع السابق.



المدنيين، فيما يرجع الاهتمام بحقوق الإنسان إلى ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948<sup>1</sup>.

بينما ذهب رأى ثان إلى أن كلا الفرعين منفصلان، إذ إن محاولة التقريب بين الفرعين قد يكون لها آثار سلبية، وقد أسس هذه الرأي على وجود تباين في أهداف كل فرع ونطاق تطبيقها، هذا بالإضافة إلى آليات تطبيقها وهيئاتها، كما يوجد تباين في صياغتها<sup>2</sup>.

بينما ذهب رأى ثالث إلى وجود علاقة تكاملية بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، إذ إن الفرع الأول يختص بحقوق وواجبات الدول المتنازعة وقواعد وضوابط سير العمليات العسكرية، هذا بالإضافة لحماية العسكريين الذين كفوا عن القتال والمدنيين، فيما يختص الفرع الثاني بحقوق الإنسان في مواجهة المجتمع، بحيث يضمن حماية الفرد وتمتعه بكافة حقوقه<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. كمال حماد، النزاع المسلح والقانون الدولي العام، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997، ص 103.104. Patricia Buirette: op.cit, p.43.

<sup>2</sup> فراق على، المرجع السابق. Patricia Buirette: op.cit, p.42.

<sup>3</sup> Jean.S.Picket: Le droit humanitaire et la protection des victims de la guerre, cite par le document du CICR, p.26.

ومفاد ذلك أن كلا الفرعين يكملان بعضهما؛ فبينما ينطبق القانون الدولي الإنساني في حالات الحروب والنزاعات المسلحة، يجد القانون الدولي لحقوق الإنسان نطاق تطبيقه في أوقات السلم<sup>1</sup>.

وتأكيداً لذلك انعقدت عدة مؤتمرات دولية منها ما هو دبلوماسي ومنها ما هو علمي، وذلك بغية تطوير الفرعين وتقنيتهما، كالمؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة في طهران 1968، وذلك تحت عنوان حقوق الإنسان خلال النزاعات المسلحة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د. شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، بحث في محاضرات في القانون الدولي الإنساني، إصدار اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2001، ص 25.

<sup>2</sup> فراق على، المرجع السابق.

## الفرع الثاني أوجه الشبه والخلاف

يرجع تباين آراء الفقه حول طبيعة العلاقة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان إلى وجود العديد من أوجه الشبه فيما بينهما، إلا أن ذلك لا ينفي وجود أوجه اختلاف بينهما.

أما من حيث جهة الاختلاف ظهر من جهة أولى في الأهداف المبتغاة من كل مجال، فالقانون الدولي الإنساني يظهر أكثر تحديداً للأهداف مقارنة بالقانون الدولي لحقوق الإنسان.

ويرجع ذلك إلى أن القانون الدولي الإنساني يبغى تخفيف معاناة الأفراد وتخفيف آلامهم خلال النزاعات المسلحة، وهذا ما يتضمن السماح ببعض الأمور في ضوء الضرورات العسكرية<sup>1</sup>.

وهذا بخلاف القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي يهدف إلى تحقيق أهداف أكثر شمولية من حيث كفاءة صيانة حقوق الأفراد وكرامتهم، وذلك في زمن السلم.

---

<sup>1</sup> سامر موسى، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بوابة فلسطين القانونية، 2007، ص 9؛ فراق على، المرجع السابق.

وحيث إن حالة السلم هي القاعدة العامة والحرب هي الاستثناء فيمكن القول إن قواعد حقوق الإنسان هي القاعدة العامة من حيث التطبيق، أما قواعد القانون الدولي الإنساني فتتسم بكونها مؤقتة ومحددة بزمن النزاعات والحروب<sup>1</sup>.

ويمكن إبراز هذا الفرق في تناول كلا المجالين لحق الإنسان في الحياة، فهذا الحق على مستوى القانون الدولي لحقوق الإنسان مصون في كافة الأحوال- وإن كان هناك تطبيق لعقوبة الإعدام في بعض التشريعات-، أما في نطاق القانون الدولي الإنساني، فإن هذا الحق مصون في حالات الأفراد المدنيين والأسرى، والجرحى والمرضى، أما الأفراد المقاتلون فإن القانون لا يصون هذا الحق<sup>2</sup>.

ومن جهة ثانية فإن قواعد القانون الدولي الإنساني تتسم بكونها أكثر تفصيلاً ودقة وشمولية من نظيرتها لحقوق الإنسان، ويرجع ذلك إلى أن الأولى بدأت عرقية قبل أن يتم تقنينها في اتفاقيات وأعراف، أما الثانية فهي في طور التقنين<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> سامر موسى، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بوابة فلسطين القانونية، 2007، ص 9؛ فراق على، المرجع السابق.

<sup>2</sup> د.إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

<sup>3</sup> Patricia Buirette: op.cit, p.42.

ومن ناحية ثالثة فإن نطاق القانون الدولي الإنساني ينحصر في زمن النزاعات ويكون في مواجهة دول طرف في نزاع عسكري، وهذا بخلاف قواعد حقوق الإنسان التي ينحصر نطاقها في وقت السلم وفي مواجهة دولة الفرد أو المواطن لديها<sup>1</sup>.

ومن ناحية رابعة فإن آليات تنفيذ كلا القانونين تتباين، فبينما تقوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر والدول الحامية والدول ذاتها بتطبيق أحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني، فإن الأمم المتحدة وأجهزتها المختصة تتولى رقابة تطبيق قواعد وأحكام حقوق الإنسان<sup>2</sup>.

ومن جهة خامسة فإن مصدر القانونين يختلف فبينما تجد قواعد القانون الدولي الإنساني في اتفاقيات جنيف 1949 والبروتوكولين الإضافيين 1977 بصورة أساسية، تجد قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان مصدرها في الميثاق العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين 1966 بصفة أساسية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 23؛ د. إبراهيم مشورب، القانون الدولي العام مفاهيم - حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني - المعاهدات الدولية، بيروت، دار المنهل اللبناني، الطبعة الأولى، 2013، ص 174 وما بعدها. Patricia Buirette: op.cit, p.45.

<sup>3</sup> د. عبد الرحمن على إبراهيم، المرجع السابق، ص 28 وما بعدها.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن هناك حقوقاً للإنسان يُخَوَّل له التمتع بها في زمن السلم، إلا أنه لا يمكنه التمتع بها حال النزاعات المسلحة، وذلك كالحق في التجمع والحق في تكوين التجمعات<sup>1</sup>.

أما من جهة أوجه الالتقاء أو الشبه، فإن كلا القانونين يمكن تطبيقهما في ذات الوقت في النزاعات الدولية أو غير الدولية بصفة جزئية، وذلك بغية حماية فئات محددة، ولعل نزاع ساندومينغ 1965 يعتبر مثلاً حياً لهذا التطبيق المتزامن<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الأمر دفع البعض إلى الذهاب لضرورة النظر إلى القانونين بنظرة شمولية، بحيث يعدان قانوناً واحداً لكنه يتضمن فرعين، أحدهما قانون الحرب والآخر حقوق الإنسان، بحيث يعد القانون مجموعة الأحكام الدولية التي تكفل حماية احترام الفرد وتعزز ازدهاره<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> فراق على، المرجع السابق.

<sup>2</sup> فراق على، المرجع السابق.

<sup>3</sup> جان بكتيه، القانون الإنساني وحماية ضحايا النزاعات المسلحة، جنيف 1986، ص 10 وما بعدها.

ومن ناحية ثانية فإن كلا القانونيين قد سادهما مبادئ مشتركة كمبدأ الحصانة أو الحرمة، إذ إن كلا القانونيين يهدفان إلى حماية الأفراد وإن كان هناك تباين في النطاق<sup>1</sup>.

وتعد من المبادئ المشتركة حرمة القتل، وتحريم التعذيب، واحترام الشخصية القانونية لكل فرد والحقوق العائلية، وحرية المعتقدات وحق كل فرد في احترام شرفه<sup>2</sup>.

كما ساد كلا القانونيين مبدأ عدم التمييز، إذ إن القانونيين يحرمان التمييز سواء أكان على أساس العرق أو اللغة أو الجنس أو الحالة الاجتماعية، أو حتى الآراء السياسية أو الدينية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Jean.S. Pictet: Le droit humanitaire et la protection des victims de la guerre, Geneve: Institut. Henry Dunent, 1973,cite par le document de la crox rouge, sus cite, p.23.

<sup>2</sup> د. عبد الغنى محمود، القانون الدولي الإنساني "دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دن، 1991، ص 10.

<sup>3</sup> Jean pictet: op.cit, p.24 Nagendra Singh:Enforcment of human right in peace& war and the future of humanity, London, Martinus Nijhoff publishers, eastern law house, 1992, p1.

ومفاد ما سبق كله وبالرغم من أوجه الالتقاء والخلاف، إلا أنه من المؤكد أن كلا القانونين يجمعهما صيانة حرمة الإنسان والعمل على ازدهاره وتخفيف آلامه.



## المبحث الثاني

### نشأة القانون الدولي الإنساني وتطور قواعده

شهد التاريخ الإنساني اللجوء إلى العنف والحروب، وقد عانت البشرية من ويلات هذه الحروب منذ بدء الخليقة، وهذا ما دفع الأفراد إلى محاولة وضع قواعد لها للحد من آثارها السلبية، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: إرهاصات القانون الدولي الإنساني.

المطلب الثاني: استقرار القانون الدولي الإنساني وتطوره.

## المطلب الأول

### إرهاصات القانون الدولي الإنساني

تميز العصر البدائي للإنسانية بأن تحقيق العدالة وحفظ النظام يتمان باستخدام القوة، فالإنسان في هذه المرحلة كان يعيش شريعة الغاب، بحيث إن القوة تصنع الحياة، فالقوة المادية المجرّد من كافة المشاعر الأخلاقية والإنسانية هي ما تحدد ما هو حق وما هو باطل، فالوسيلة لحل النزاع تؤسس دائماً على مبدأ الأقوى.

ويمكن إرجاع هذا الأمر من استخدام القوة إلى العديد من الأسباب التي

تتمثل في<sup>1</sup>:

1- إن كافة المجتمعات البدائية كانت تعتمد بصورة أساسية في حياتها على الصيد والقنص، وهما يعتمدان على القوة، بحيث إنه لا مجال للحصول على المأكّل إلا باستخدام القوة، وهذا ما رتب استقرار المفهوم لدى الأفراد أن القوة هي التي تكفل الحياة، ومن ثم لا يملك القوة للقيام بعملية الصيد والقنص لا يمكنه الحياة.

---

<sup>1</sup> د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972، ص 58 وما بعدها؛ د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره"، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، ص 19 وما بعدها.

2- أن القوة مثلت الوسيلة الوحيدة للضبط الاجتماعي، فنتيجة لعدم وجود سلطة عليا قادرة على وضع قواعد قانونية منتظمة وتوقيع الجزاء على من يخالفها، تم اللجوء للقوة للقيام بهذا الدور.

3- أن المجتمعات البدائية انتقت فيها التقاليد الدينية والأخلاقية التي تعد أساساً للانصياع لنداء العقل، مما رتب اللجوء للقوة.

ومما سبق يتضح أن الإنسان لجأ لاستخدام القوة في كافة المجالات، بحيث أصبحت وسيلة للحصول على الحق وإنشائه وحمايته، وهذا ما عرف بظاهرة القوة تنشئ الحق وتحميه، وقد أثرت هذه الظاهرة على كافة المجالات.

وبالرغم من كثرة الحروب وشدتها، فقد ظهرت بوادر لقواعد إنسانية لتنظيم الحروب وكيفيةها، وذلك للحد من آثارها، كما أثرت سماحة الديانة المسيحية في تطور هذه القواعد، ويمكن تبيان ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: القانون الدولي الإنساني والمجتمعات القديمة.

الفرع الثاني: الحرب العادلة.

## الفرع الأول

### القانون الدولي الإنساني والمجتمعات القديمة

قامت العلاقات فيما بين الأفراد والجماعات في العصور القديمة على أساس اللجوء للقوة، فوجود الحق والحصول عليه وحمايته متروكاً لتقدير الشخص وقوته، فقد كان المبدأ أن القوة تنشئ الحق وتحميه، وقد سادت هذه الظاهرة العصر الحجري الذي تميز باعتماد الإنسان فيه على الصيد والقنص.

فقد لجأ لاستخدام القوة وذلك باعتبارها الوسيلة الأولى لحسم النزاع والرد على أي اعتداء وحماية الحقوق، ويرجع ذلك إلى العديد من الأسباب التي تتمثل في<sup>1</sup>:

1- عدم وجود سلطة أعلى من سلطة رؤساء الجماعات، بحيث يتم اللجوء إليها لحل النزاع.

2- عدم سهولة إقناع المتنازعين بقبول الاحتكام إلى طرف ثالث.

---

<sup>1</sup> د.صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 40؛ د.طه عوض غازي، المرجع السابق، ص 24؛ د.السيد عبد الحميد فوده، نشأة القانون، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006، ص 92.

Diamond: L`evolution de la loi et de l`ordre, trad.franc, Jcques David, paris, 1954, p.54

3- إن الالتجاء إلى القوة مثل اتفاقاً مع عقلية الأفراد والمستوى الأخلاقي لديهم، فقد ترتب على حياة العزلة والاستقلال التي عاشتها كل جماعة إلى نظر كل جماعة إلى الأخرى نظرة عدا، لذا كان من الطبيعي أن يتم اللجوء إلى استخدام القوة.

وتجدر الإشارة إلى أن استخدام القوة لم يقتصر على من اعتدَى على حقه، وإنما يمتد إلى كافة الجماعة التي ينتمي إليها، وذلك تطبيقاً لمبدأ التضامن الذي كان يهيمن على كافة أفراد الجماعة، وذلك تأسيساً على أن الفرد لم يكن مستقلاً بحقوقه، إذ إن شخصيته كانت مندمجة في شخصية الجماعة، لذا فإن أي اعتداء يقع على أي فرد من الجماعة، يعد اعتداء على الجماعة بأسرها مما يستلزم القيام لنصرته، وذلك دون الاعتداد باعتبارات العدالة وصوت العقل<sup>1</sup>.

كما خولت القوة للفرد حق أن يستولى على حقوق الآخرين الأقل قوة منه، وقد ساد هذا المبدأ بين الدول بصفة أساسية، حيث منح الشعب الأقوى حق غزو الشعوب الأقل قوة التي لا تستطيع حماية نفسها.

واستناداً لهذا المبدأ أسست غالبية الإمبراطوريات القديمة، من ذلك إمبراطورية الفرس التي من خلال القوة استطاعت أن تغزو المجتمعات المجاورة

---

<sup>1</sup> د. محمد نور فرحات، محاضرات في اصول القانون والنظام، القاهرة، دن، 1992، ص 119؛ د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 94؛ د. مصطفى صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديد، 1995، ص 76،

بحيث امتدت حدودها من أقصى بلاد فارس حتى مصر الفرعونية، كذلك الحضارة الإغريقية بقيادة الإسكندر، إذ استطاعت أن تغزو غالبية دول العالم، من بلاد الإغريق وشمال أفريقيا وحتى مدينة بابل في أقصى الشرق<sup>1</sup>.

وبالرغم من عدم وجود قواعد لاستخدام القوة قديماً، إلا أن المجتمعات الإغريقية والرومانية قد عرفت نوعاً من القواعد التي تتسم بالإنسانية، وذلك للحد من آثار الحروب، وإن كان نطاق تطبيقها يتباين بحسب الظروف<sup>2</sup>.

فمن جهة الإغريق فقد اتسموا بميلهم للعنف والقتال، إذ كانوا يلجئون للآلهة لتحويلهم حق إعلان الحرب والدخول فيها، وهذا ما رتب الاعتقاد بخوض آلة الحرب معهم بحيث تراعى مصالحهم<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن علاقات الإغريق في الحروب قد تباينت حال كون الحرب مع الشعوب الأخرى "أجانب"، أم مع مدينة إغريقية أخرى، ففي حال كون الحرب مع الشعوب الأخرى، فإن الحرب كانت تتسم بالإطلاق بحيث لم يكن

---

<sup>1</sup> د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 45؛ د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> د. قززان مصطفى، مبدأ مسئولية الحماية وتطبيقاته في ظل مبادئ وأحكام القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2014-2015، ص 15 وما بعدها.

<sup>3</sup> د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 15.

هناك أي ضابط لها، إذ إن التعامل اتسم بالعدائية الشديدة والقسوة، فلم تكن هناك أي مراعاة للأخلاق أو الاعتبارات الإنسانية.

ويرجع ذلك لاعتبار الإغريق أنفسهم شعباً مميزاً يسمو على غيره من الشعوب، أما حال كون الحرب فيما بين المدن اليونانية، فإن هناك قواعد تسود العمليات العسكرية تتسم بالإنسانية<sup>1</sup>.

إلا أن هذا الوضع لم يدم إذ تحت جهود بعض الفلاسفة والمفكرين الإغريق، تم وضع بعض القواعد التي مثلت قيوداً على الحرب، وإن اتسمت هذه القيود بالشكلية، حيث كان لابد للجوء إلى الحرب القيام ببعض الطقوس المعينة التي يقوم بها الكهنة، كما يقدم طلب إلى الدولة العدو، وذلك للتظلم من الظلم الذي لحق بها، ويشترط أن يكون هذا التظلم مسبباً ومحدداً بمدة معينة للرد<sup>2</sup>.

وقد وجدت هذه الأفكار أساسها في أفكار عدة فلاسفة كأفلاطون وأرسطو، وذلك تحت تأثير أفكار القانون الطبيعي والعدالة المتفقة معه، فأفلاطون في تنظيمه لدولته المثالية أقر أنه حال كان من الضروري اللجوء إلى الحرب فيجب الالتزام

---

<sup>1</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، الحماية الجنائية للمدنيين زمن النزاعات المسلحة، القاهرة، الهيئة العامة المصرية للكتاب، الجزء الأول، 2007، ص 34؛ د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> د. عبد العزيز رمضان على الخطابي، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 24.

بالسلوك العادل، وذلك من خلال التمييز بين المحاربين وغيرهم، هذا بالإضافة إلى الحد من التدمير والتخريب بغية حماية الأبرياء من المدنيين<sup>1</sup>.

أما أرسطو فقد رأى أن اللجوء إلى الحرب لا بد أن تكون هناك مبررات كافية لذلك، وقد تمثلت هذه المبررات في الدفاع الشرعي ضد أي اعتداءات، منع الوقوع في العبودية، هذا بالإضافة إلى تحقيق مصالح الدولة كالحصول على موارد ومصادر القوة<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الإسكندر الأكبر قد تأثر بأفكار معلمه أرسطو، وقد انعكس ذلك على التزامه ببعض الأعراف الحربية في حربه ضد الفرس، إذ كان يميز بين المقاتلين وغيرهم، كما كان يأمر بدفن موتى الأعداء، وإطلاق سراح بعض الأسرى دون مقابل<sup>3</sup>.

ومفاد ما سبق كله أن الإغريق قد عرفوا بعض القيود الشكلية بغية اللجوء إلى الحرب، وقد تمثلت هذه القيود في ضرورة وجود مبرر قوى للجوء إلى الحرب،

---

<sup>1</sup> طه عبد العال محمد، الحرب العادلة بين الرؤية العربية والرؤية الإسلامية، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2009، ص 57.

<sup>2</sup> طه عبد العال، المرجع السابق، ص 58.

<sup>3</sup> د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 19.



والتقيد ببعض المبادئ الإنسانية خلال الحرب، إذ حظر الإغريق خوض الحروب في أماكن وأوقات معينة إعمالاً للأعراف والتقاليد<sup>1</sup>.

أما من جهة الرومان فلم يختلف الأمر كثيراً، إذ اتسمت علاقات الرومان بغيرهم من الشعوب بالعدائية والقسوة والشدة، إلا أنهم وتأثراً بالفكر الإغريقي عرفوا بعض المبادئ المنظمة للحرب<sup>2</sup>.

فمن جهة أولى ميز الرومان بين المقاتلين وغيرهم، حيث إن القتال اقتصر فقط على من أفسموا اليمين العسكرية، كما وجد جمع من الكهنة وذلك للجوء إليهم لإعلان الحرب، وإقرار أن الحرب عادلة<sup>3</sup>.

وقد وجدت هذه الأفكار صدى لها لدى الفقيه والخطيب الروماني "سيشرون"، حيث أشار إلى أن اللجوء إلى الحرب يكون مبرراً، وذلك حال انتهاك

---

<sup>1</sup> د. نشأت عثمان الهلالي، الأمن الجماعي الدولي مع دراسة تطبيقية في آثار بعض المنظمات الإقليمية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1985، ص 28؛ د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 36؛ د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 19.

<sup>3</sup> د. عماد الدين عطا الله محمد، التدخل الإنساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007، ص 326.

حدود روما، الاعتداء على السفراء، خرق المعاهدات المبرمة، وقيام دولة ما بتقديم العون لدولة معادية<sup>1</sup>.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل اشترط في الحرب عدة شروط تمثلت في أن تكون دفاعية، وهذا ما يعكس الاهتمام بالجانب الأخلاقي، وأن تعلن الحرب من السلطة الشرعية للبلاد، وأن يحدد الهدف من الحرب، وأن يكون اللجوء إلى الحرب هو الملاذ الأخير للدولة<sup>2</sup>.

ومما سبق كله يمكن القول إن المجتمعات القديمة لم تعرف قواعد موحدة للحرب، وإن اهتمت بعضها لبعض الأفكار لتنظيم الحرب واللجوء إليها، وذلك كالإغريق والرومان تحت تأثير الأفكار الفلسفية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. عماد الدين عطا الله، المرجع السابق، ص 327.

<sup>2</sup> طه عبد العال، المرجع السابق، ص 59.

<sup>3</sup> د. سعيد سالم الجويلي، مدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار النهضة العربية،

2003، ص 16

## الفرع الثاني الحرب العادلة

شهدت القواعد التي نظمت اللجوء إلى الحرب وسريانها العديد من التطورات، وذلك في أعقاب تطور المجتمعات وانتشار الديانات السماوية، والاهتداء إلى ما يعرف بنظرية الحرب العادلة تحت تأثير الأفكار المسيحية، وقد ظهرت آثارها في القانون الروماني.

فبالرغم من اهتداء الرومان إلى بعض القيود الشكلية للجوء إلى الحرب، بالإضافة إلى بعض القواعد الإنسانية خلال الحرب، كالتفرقة بين المقاتلين وغيرهم، إلا أن ذلك لم ينف أن الحروب الرومانية شهدت الكثير من القسوة والعنف، وهذا ما استتبع صدامها مع الديانة المسيحية، وذلك لتضمن الديانة المسيحية الدعوة إلى السلام والمحبة ونبذ العنف، والنهي عن القتل<sup>1</sup>.

وقد ترتب على ذلك أن رفضت الإمبراطورية الرومانية الاعتراف بالديانة المسيحية، إذ إن كل من كان يعتنق الديانة المسيحية يرفض الانخراط في الجيش

---

<sup>1</sup> د. عبد الواحد الفار، أسرى الحرب "دراسة فقهية وتطبيقية في نطاق القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، القاهرة، عالم الكتب، 1975، ص 27.

إعمالاً لمبادئها، وهذا ما يناقض فلسفة الرومان في دعم سلطانهم بواسطة الحروب والقوة<sup>1</sup>.

وقد ظل الصراع بين الحكام من جهة ورجال الديانة المسيحية من جهة أخرى، بحيث عد صراعاً بين الروحية التي يمثلها رجال الديانة المسيحية والمادية التي يمثلها رجال الحكم الروماني، وقد عدت الخدمة في الجيش متعارضة مع الديانة المسيحية خلال هذه الفترة<sup>2</sup>.

إلا أن هذا النزاع لم يدم حيث شرع رجال الديانة المسيحية إلى التخفيف من تشددهم، وذلك في محاولة للتوفيق بين المتطلبات العسكرية وروح الديانة المسيحية التي تدعو إلى السلام ونبذ العنف.

وهذا ما وجد صداه لدى آراء القديس " ايزيدور " والقديس " امبرواز "، وذلك في أعقاب انتشار الديانة المسيحية بين النخبة في روما، ومن ثم إعلان المسيحية الكاثوليكية الدين الرسمي للإمبراطورية بموجب إعلان ميلان<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Nawaz.M.K: The doctrine of outlawry of war, Indien year book of international affairs, 1964, p.84 ets

<sup>2</sup> د. عبد الواحد الفار، المرجع السابق، ص 28؛ د. قزران مصطفى، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> د. عبد الواحد الفار، المرجع السابق، ص 28، د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص 171 وما بعدها؛ د. قزران مصطفى، المرجع السابق، ص 25.

وقد أسس هذا التخفيف على أن الحرب هي إحدى الأدوات السياسية في العلاقات الخارجية، وذلك بقصد حماية الدين والنفوس في أعقاب تعرض الإمبراطورية الرومانية لغزو البرابرة<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفضل الأكبر في ذلك التصور يرجع إلى القديس "أوغسطين"، حيث دعا إلى التخلي عن فكرة السلم ودعم الحاكم الشرعي بالانخراط تحت قيادته في الجيش، وذلك في الحروب العادلة<sup>2</sup>.

وقد أسس ذلك على أن المساهمة في الحرب العادلة بغية القيام بالخير وتجنب الشرور لا تعد خطيئة، وإنما هي من أعمال القضاء العادل المنتقم، إذ إن هدف الحرب هنا هو إنزال العقاب بالعدل، وهذا ما يؤكد عدم وقوع ظلم من جهة.

ومن جهة أخرى فإن هذه الحرب العادلة تقوم من أجل المهزومين، حيث تهدف إلى إدخال السعادة إليهم في سلام كما كانوا في السابق، ومن جهة ثالثة فإن الحرب العادلة تقوم من أجل

---

<sup>1</sup> د. عماد الدين عطا الله، المرجع السابق، ص 333؛ د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup> Roland H. Bonton: Christian attitude towards war and peace, A historical survey and critical re-evolution, Abingdon press, Newyork, 1961, p.38 et s.

## ضمان السلام<sup>1</sup>.

ومفاد ذلك أن الحرب العادلة لدى "أوغسطين" لا تتعارض مع المسيحية، ولكي تكون الحرب عادلة يشترط التمييز بين الحرب العادلة والظالمة، بحيث تكون الحرب عادلة حال كونها من أجل الانتقام من الظلم، ويعلن عنها باعتبارها الملاذ الأخير، أي في حالة الضرورة فقط<sup>2</sup>.

وتطبيقاً لذلك تعد الحروب الدفاعية من الحروب العادلة، كذلك الحروب التي أمر بها الله، والحروب التي تهدف إلى حماية الحلفاء، أما الحروب التي غير العادلة فتتمثل في حروب المغانم، والحروب التي تهدف إلى السيطرة وإشباع شهوة السطوة، وكذلك الحروب التي تبغي المجد العسكري ليس إلا<sup>3</sup>.

ومما سبق يتضح أن الكنيسة عدت المرجع والمخول لها الحكم على مشروعية الحرب، وذلك بناءً على أفكار "أوغسطين" التي تمثلت في ضرورة أن

---

<sup>1</sup> Nawaz.M.K: I bid, p.84 et s. Marine.M.A: The evolution and present status of the laws of war, hague recueil, vol 92, 1952, p.654.

<sup>2</sup> د. عبد الواحد الفار، المرجع السابق، ص 29.

<sup>3</sup> د. محمد حافظ غانم، الأصول الجديد للقانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص 422؛ د. زكريا حسين عزمي، من نظرية الحرب إلى نظرية النزاع المسلح مع دراسة خاصة وحماية المدنيين في النزاع المسلح، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1978، هامش ص 19.

تكون هناك حالة ضرورة قصوى للجوء إلى الحرب بغية دفع الظلم، وتحقيق السلام، بالإضافة إلى التزام المحاربين ببعض القواعد الإنسانية التي من ضمنها احترام حياة وممتلكات الأبرياء، وحسن معاملة الأسرى<sup>1</sup>.

وقد ظل الأساس الديني للحكم على الحروب كونها عادلة أم لا سائداً، وذلك في ظل اعتبار القانون الكنسي مصدراً للقواعد القانونية الدولية، إلا أن هذا الأمر شهد تطوراً على أثر صراع السلطتين الدينية والزمنية، وهذا ما دفع القديس "توما الأكويني" إلى محاولة إيجاد صيغة توفيقية.

وقد وجد القديس "توما الأكويني" هذه الصيغة في المصلحة العامة للدولة، وذلك كتبرير للجوء إلى الحرب وخوضها، وقد اشترط لكون الحرب عادلة أن تعلن من السلطة الشرعية للبلاد، وأن تهدف إلى صد العدوان أو معاقبة دولة أخلت بالتزاماتها، بغية رفع الظلم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها؛ د. حمادة محمد السيد سالم، الحرب العادلة وفقاً لقواعد قانون الدولي العام، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2002، ص 99.

<sup>2</sup> د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 28.

ومفاد ما سبق كله أن أفكار الديانة المسيحية من سلام ومحبة ونبذ العنف،  
قد أثرت في قواعد اللجوء إلى الحرب وخوضها، بحيث تطورت القواعد في محاولة  
للتخفيف من الآثار السلبية لاستخدام القوة المتمثلة في الحرب.



## المطلب الثاني

### تطور القانون الدولي الإنساني

كان للصراع بين السلطتين الدينية والزمنية الأثر الأكبر في محاولة القديس "توما الأكويني" التوفيق بينهما فيما يخص الحرب العادلة واللجوء إليها، وقد فتحت هذه المحاولة المجال لصياغة النظرية في قالب قانوني بعيداً عن الدين<sup>1</sup>.

وقد عكف الفلاسفة على دراسة اللجوء إلى القوة وضرورة التقييد بمشروعيتها، وذلك دون أن يكون الدين أساساً، وهذا ما انعكس على الجهود الدولية في هذا المجال، ويمكن تبيان ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: الأساس الفلسفي للقانون الدولي الإنساني.

الفرع الثاني: مبادئ القانون الدولي الإنساني والجهود الدولية.

---

<sup>1</sup> د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 29.

## الفرع الأول

### الأساس الفلسفي للقانون الدولي الإنساني

كان لمحاولة القديس "توما الأكويني" التوفيق بين السلطتين الدينية والزمنية بصدد قواعد الحرب واللجوء إليها الأثر البالغ، حيث أفسحت المجال لمحاولة صياغة القواعد المنظمة للحرب في قالب قانوني بعيداً عن الدين.

وقد تجلّى ذلك في أفكار "جروس يوس" في أعقاب حروب الثلاثين عاماً الدينية، وقد استهل "جروسيوس" أفكاره من خلال النظر إلى الدولة باعتبارها كائناً مصطنعاً يتألف من كافة أفراد المجتمع، والحرب هي حالة من الصراع بالعنف "Status pervim certontum"، وهذا ما استتبع تقسيم الحروب إلى حرب عامة وأخرى خاصة، وحرب مختلطة<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الحرب العامة تشمل الحرب ضد رئيس الدولة وبالتبعية ضد كافة أفراد المجتمع، بل أنها تشمل النساء والأطفال والشيوخ

---

<sup>1</sup> د. عبد الواحد الفار، المرجع السابق، ص 60؛ د. صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام "مع إشارة خاصة إلى أسس الشرعية الدولية للمقاومة الفلسطينية"، القاهرة، دارالفكر العربي، د.ت، ص 93.

Hugo Grotius: On the law of war and peace, translated from the original latin, Dejure belli a.c, pacis and slightly abridged by A.C.Cambell, A.M, canda,bactoché books, kitchener, 2001, p.6 et s.

والمرضى، وهذا ما يرتب القول إن حال عثور الفرد على أحد أفراد العدو، فإنه يخول له استخدام العنف ضده، وذلك حتى لو لم يكن يحمل سلاحاً<sup>1</sup>.

وقد أكد "جروسيوس" ذلك من خلال عدم اشتراطه اكتساب الفرد صفة الجندي لإيذاء العدو، وذلك تأسيساً على قانون الشعوب، وهو في ذلك قد انتقد قصة "ابن كانون" الذي فقد صفته العسكرية، فما كان من أبيه إلا أن أمره بعدم القتال، إذ إنه قد فقد حقه في إيذاء العدو بتسريح كتيبته، وطلب من الحاكم العسكري أن يحلف يميناً عسكرية جديدة، مؤكداً أن هذا المبدأ ليس له أساس إلا في النظام العسكري الروماني<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن "جروسيوس" حدد معايير للحروب العادلة، وذلك تأسيساً على مبادئ القانون الطبيعي، وقد تمثلت هذه المعايير في وجود قضية عادلة، أي أن يكون هناك حق يتم الدفاع عنه، وأن تعلن الحرب بواسطة سلطة

---

<sup>1</sup> Hugo Grotius: Ibid, p.42 ets.

Grenander.B.K.R: Sur les conditions necessaires selon le droit des gens pour avoiren guerre le droit d'etre considere et traite comme soldot, extrait de la revue pratique de droit fransais, p.6 et s

<sup>2</sup> د. صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص

.94 Hugo Grotius: Ibid, p.284 et s Grenander: op.cit, p.8. Buret Daniel: Le droit de la guerre chez les romains, these pour le doctorat, paris, 1898, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p.48 et s

شرعية، وأن يكون استخدام القوة أو اللجوء إلى الحرب بهدف حقيقي وشرعي، بحيث يكون السلام هو هدف الحرب، وهذا ما يستتبع أن يكون استخدام القوة مناسباً أو الخيار الأخير<sup>1</sup>.

ومفاد ذلك أن الحرب تكتسب صفة المشروعية من عدمه لدى "جروسيوس" بالنظر إلى هدفها وكونه عادلاً أم لا، وهذا ما يرتب محاربة الأطراف الذين لا يحترمون عدالة هذا الحق<sup>2</sup>.

وبالرغم من إباحة "جروسيوس" استخدام القوة لكل الأفراد، إلا أنه أوضح عدة مبادئ يجب مراعاتها للاعتبارات الإنسانية أو الدينية، من ذلك أنه لا يجوز قتل المهزوم إلا في حالات الخطر وعلى سبيل الاستثناء، كما لا يجوز تدمير الملكيات إلا لأسباب عسكرية تتسم بالضرورة، ليس هذا فحسب بل أنه لا يجوز قتل الأسرى، إذ يجب معاملتهم بصورة إنسانية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. قززان مصطفى، المرجع السابق، ص 29 et p.250 Ibid, Hugo Grotius

<sup>2</sup> د. عبد الواحد الفار، المرجع السابق، ص 61.

<sup>3</sup> د. محمد عزيز شكري، تاريخ القانون الدولي الإنساني، بحث في كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم د. مفيد شهاب، القاهرة، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى، ص 19 وما بعدها.

Coursier.M: L'evolution du droit international humanitaire, hague  
recueil, vol 99, 1960, p. 375 et s.

وقد وجدت قواعد القانون الدولي الإنساني أساسها في أفكار "جان جاك روسو"، حيث شرع في انتقاد فكرة "جروسيوس" عن تبرير الرق تأسيساً على أن المنتصر يخول له قتل المهزوم، ومادام أنه يملك الأكثر فإنه بالتبعية يملك الأقل، ألا وهو شراء حياته على حساب حريته<sup>1</sup>.

وقد أسس "روسو" انتقاده على أنه ليس هناك حق خول للمنتصر قتل المهزوم بصفة قطعية، ومما يؤكد ذلك أن الفطرة الإنسانية تتضمن علاقات متباينة بين الأفراد تعكس حالة السلم وحالة الحرب، بحيث يتأكد أن حالة الحرب بين الأفراد ليست هي الحالة الطبيعية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> جان جاك روسو، العقد الاجتماعي أو مبادئ الحقوق السياسية، نقله إلى العربية عادل زعيتر، بيروت، مؤسسة الأبحاث العربية، الطبعة الثانية 1995، ص37.

Jean-Jacques Rousseau: The Social Contract, Jonathan Bennett 2017.

P.4

<sup>2</sup> ، جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، المرجع السابق، ص 37.

Jean-Jacques Rousseau: Ibid, P.4

إذ رأى أن حالة الطبيعة تعد فترة هدوء وسلام ومساواة، تمتع فيها الإنسان بصفات البراءة والصفاء والنقاء، حيث إن الحياة بسيطة ولا تدعو للبغضاء والكراهية فكل ما يهم الإنسان هو المحافظة على حياته<sup>1</sup>.

كما تميز الإنسان البدائي بصفة الرحمة حيث إنه صديق لبني جنسه طالما تحقق له الإشباع، فهو يعمل لمصلحته بدون الإضرار بالآخرين أو بأقل الأضرار على أسوأ تقدير، كما لا يستطيع رؤية أحد من بني جنسه يتألم<sup>2</sup>.

وترجع نظرة روسو إلى أن المجتمع البدائي لم يكن به عدم مساواة مؤثرة، حيث رأى أن هناك نوعين من عدم المساواة **أولهما**: عدم المساواة الطبيعية وتعني الفروق بين الأفراد في الصحة والسن والقدرات الجسمانية والعقلية. **ثانيهما**: عدم المساواة الأخلاقية أو السياسية، وتعني التفاوت بين الغنى والفقر والنفوذ، إلا أن هذين النوعين لم يكن لهما تأثير يذكر على علاقات الإنسان البدائي<sup>3</sup>.

وبالرغم من عزلة الإنسان البدائي وعدم تعاونه مع الآخرين في بداية الأمر، إلا أن نزعتة نحو الكمال دفعته إلى التقرب والترابط مع الآخرين لتحقيق الأفضل، هذا

---

<sup>1</sup> جان جاك شوفالبييه، تاريخ الفكر السياسي، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1985، ص478 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. حسن الظاهر، دراسات في تطور الفكر السياسي، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، 1992، ص345 وما بعدها.

<sup>3</sup> جان جاك شوفالبييه، المرجع السابق، ص478 وما بعدها.

التقرب والتعامل نمت لديه بذور الشعور بعدم المساواة، وقد ساعد على ذلك ودفعه للظهور وجود الملكيات الخاصة للأفراد وتطور المجتمع لمعرفته الزراعة واكتشافه التعدين، كل ذلك أدى إلى تحول الإنسان من الهدوء والبراءة إلى الأناثية حيث يسعى لمصلحته فقط ولا يكثرث بالآخرين<sup>1</sup>.

أمام هذا الوضع الجديد الذي تميز بعدم المساواة وبظهور التفاوت الصارخ بين الأفراد، خاف الغني من الاعتداء عليه وبحث الفقير عن من يعوله ويحميه، ولجأ الأفراد للبحث عن حل لمشكلة عدم المساواة هذه وإرضاء كافة الأفراد، وقد اهتموا لفكرة تكوين مجتمع مدني للمحافظة على الأمن والاستقرار والهدوء بين الأفراد<sup>2</sup>.

ونظراً لرأي روسو بأن الإنسان ولد حراً وأنه ليس لرجل سلطان طبيعي على رجل آخر، وأن الإنسان لا يمكن أن يبيع نفسه وإلا وصف بالحماقة ويعد عمله غير مشروع<sup>3</sup>، فقد قرر أن أساس هذا المجتمع المدني عقد يبرم بين جميع الأفراد للتنازل

---

<sup>1</sup> د. علي عبد المعطي، الفكر السياسي الغربي، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية، 1993، ص292 وما بعدها؛ د. حسن الظاهر، المرجع السابق، ص346 وما بعدها.

<sup>2</sup> جان جاك شوفالبييه، المرجع السابق، ص482 ما بعدها؛ د. فضل الله محمد، رواد الفكر السياسي الغربي الحديث، دار الجامعة الجديدة، ص346.

<sup>3</sup> د. سامي الدهان، جان جاك روسو، دار المعارف بمصر، دون عام، ص84.

عن حقوقهم الطبيعية لمجموع الأفراد- أي المجتمع- فأطراف العقد لدى روسو هم كل فرد من جهة ومجموع الأفراد كشخص اعتباري من جهة أخرى<sup>1</sup>.

ومفاد ذلك أن الحرب تنشأ في ظل أفكار "روسو" نتيجة علاقة أشياء بعضها ببعض، أو صلة حقيقية فقط، بحيث لا يوجد للأفراد دخل بها أو بالصلوات الشخصية، وهذا ما يستتبع القول إن الحرب لا مكان لها في حالة الطبيعة، إذ لا يوجد أمر ثابت أو حق ثابت بصفة مطلقة، وهذا ما يتماثل مع العلاقات الاجتماعية، حيث يكون الجميع خاضعاً لسلطان القانون.

وتطبيقاً لذلك نجد أن حروب ملك فرنسا لويس التاسع، قد نشأت بسبب سوء إدارة الحكومة الإقطاعية، هذا النظام المخالف للحقوق الطبيعية والسياسية الصارمة<sup>2</sup>.

وإعمالاً لما سبق تعد الحرب علاقة بين دولة ودولة أخرى، وليس علاقة بين الأفراد فيما بينهم، وهذا ما يرتب كون الأفراد ليسوا أعداءً إلا على سبيل

---

<sup>1</sup> د. فضل الله محمد، رواد الفكر السياسي الغربي الحديث، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص348.

<sup>2</sup> جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، المرجع السابق، ص 37.



الإعراض كالجنود، ويتأكد ذلك حال التعامل مع الأجنبي الذي يرتكب فعلاً مجرمًا  
للسرقة أو القتل، فهو لا يعد عدوًا وإنما قاطع طريق<sup>1</sup>.

ومما سبق يتضح أن "روسو" يحافظ على حقوق الإنسان بصفته مواطنًا لم  
يشارك في أعمال الحرب، إذ يبيح للعدو الاستيلاء على أموال المهزوم ولكن  
شريطة احترام شخص الإنسان وأمواله الخاصة<sup>2</sup>.

فالحرب وفقاً لذلك يحق فيها قتل الجندي المحارب، ولكن لا تبيح قتل  
المواطنين أو الجنود حال تركهم السلاح وتحولهم إلى أفراد عاديين، إذ إن الحرب  
لا تمنح حقوقاً غير ضرورية لتحقيق هدفها<sup>3</sup>.

وقد سار على ذات النهج وأكده الفيلسوف "بغندروف" إذ رأى أن الحرب  
أمر مباح وقد تكون ضرورية، إذ إن هناك أوضاعاً لا يمكن التمتع فيها بالحقوق  
المكتسبة إلا من خلال استخدام القوة.

---

<sup>1</sup> جان جاك روسو، المرجع السابق، ص 38.

Jean-Jacques Rousseau: The Social Contract, Ibid, P.3 et s

<sup>2</sup> جان جاك روسو، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.

Jean-Jacques Rousseau: The Social Contract, Ibid, P.3 et s

<sup>3</sup> جان جاك روسو، المرجع السابق، ص 39.

Jean-Jacques Rousseau: The Social Contract, Ibid, P.3 et s

وقد ترجع أسباب اللجوء إلى الحرب إلى حماية أو الدفاع عن الحقوق المكتسبة، أو عدم تنفيذ إحدى الدول التزاماتها المستحقة، أو لجبر ضرر قد حدث فعلاً، والسبب الأول هو ما يعرف بالحرب الدفاعية، أما الباقي فيمثل الحرب الهجومية<sup>1</sup>.

ويؤكد "بفندروف" أن الحرب قد تكون ضرورية، إلا أنه من اللازم محاولة حل الأمر بصورة ودية، وذلك من خلال اللجوء إلى مؤتمرات عامة، أو اللجوء للمحكّمين، بحيث يكون اللجوء إلى الحرب هو الحل الأخير<sup>2</sup>.

ويرى أن الحروب التي لا مبرر لها تجد أساسها في جشع الأفراد وحبهم في تملك ما ليس لهم، وهذا الجشع وحب التملك يكون مدعوماً بالقوة مقارنة بالطرف الآخر، وذلك في سبيل الحصول على المميزات<sup>3</sup>.

ويضيف "بفندروف" أن القوة والإرهاب هما أهم ما يميز الحروب، إذ خلالها يسمح باللجوء إلى الخديعة والمكر، إلا أن ذلك مشروط لديه بعدم الاعتداء

---

<sup>1</sup> Samuel Von pufendorf: De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, translation by Frank Gardner, moore, vol 2, new york, oxford unvi press, 1927, p.138

<sup>2</sup> Samuel Von pufendorf: op.cit, p.138

<sup>3</sup> Samuel Von pufendorf: op.cit, p.138

على المبادئ الإنسانية، فيجوز إيهام العدو بتقارير مزيفة، ولكنه لا يبيح خرق الاتفاقيات.

كما يرى "بفندروف" ضرورة التفرقة بين ما هو ضروري وما هو غير الضروري من معاناة خلال العمليات العسكرية، بحيث يتم التفرقة بين العسكريين وغيرهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب الإعلان عن الحرب من سلطة مختصة قبل القيام بأي أعمال حربية<sup>1</sup>.

ومفاد ما سبق كله أن مبادئ القانون الدولي الإنساني قد وجدت أساساً قانونياً لها، وذلك من خلال الأفكار الفلسفية لجان جاك روسو، وهذا ما أكده بفندروف من خلال أفكاره، وذلك في محاولة الحد من الآثار السلبية للحروب ومعاناة الأفراد، وذلك تحت تأثير المبادئ الإنسانية وقيمة الإنسان وعلو شأنه.

---

<sup>1</sup> Samuel Von pufendorf: op.cit, p.139

## الفرع الثاني

### مبادئ القانون الدولي الإنساني والجهود الدولية

كان للأفكار الفلسفية والحروب التي شهدتها الحضارات في العصور الوسطى الأثر في إرساء العديد من المبادئ التي مثلت ركائز للقانون الدولي الإنساني، ومن ثم حماية الأرواح والممتلكات خلال فترات النزاعات المسلحة.

فمن جهة أولى ظهر مبدأ الفروسية "Principle of chivalry" في العصور الوسطى، وقد هدف منه تقوية صفات النبيل لدى المقاتل والفارس، بحيث يتمتع عليه مهاجمة جريح أو أسير أو فرد مدني لم يكن مشاركاً في العمليات العسكرية أو ممتلكاته<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د. إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الأولية للقانون الإنساني الدولي، المرجع السابق، ص 30؛ د. محمود سامي جنيته، دروس في قانون الحرب، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، 1941، العدد الأول، ص42.

ومفاد ذلك أن مبدأ الفروسية يدعو إلى تحريم استخدام السلاح بما لا يتفق مع الشرف، أو القيام بأي عمل من أعمال الخيانة، ويرجع ذلك إلى أن الحرب وفقاً للمبدأ تمثل كفاً شريفاً لا يخول للمقاتل فيها اللجوء إلى أعمال تنافي الشرف<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مبدأ الفروسية كان قاصراً على القتال فيما بين الفرسان المسيحيين فقط، كما كان يحكمه مبدأ المعاملة بالمثل، بحيث إنه حال إخلال أحد الأطراف به يخول للطرف الآخر التحلل من الالتزام به، إذ حال قيام أحد أطراف النزاع بالاعتداء على المدنيين أو الاعتداء على الأسرى، كان للطرف الآخر ذلك<sup>2</sup>.

ومما سبق يتضح أن هذه القواعد عدت سبباً لإباحة الأعمال الانتقامية وذلك بصورة مطلقة، إلا أن إعلان الثورة الفرنسية قد وضع ضوابط لذلك من خلال

---

<sup>1</sup> د. محمود سامي، المرجع السابق، ص 42؛ غنيم قناص المطيري، آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2009-2010، ص 25 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. حامد سلطان، الحرب في نطاق القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخامس والعشرون، 1969، ص 18 وما بعدها.

Green.L.C: Essays on the modern law of war, newyork, transnational publishers,1985, p.84.

إباحة الأعمال الانتقامية ضد الضباط الأعداء دون سواهم من عامة الجنود الذين انخرطوا في الأعمال العسكرية بسبب الثورة<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى ظهر مبدأ الإنسانية "principle of humanity"، وقد هدف منه تجنب اللجوء إلى القسوة والوحشية في القتال، وذلك حال كون هذه الأفعال لا تحقق الهدف المبتغى من الحرب ألا وهو النصر، فقتال الأسرى والمدنيين لا يحقق هدف العمليات العسكرية، وإنما تعد أعمالاً منافية للإنسانية<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ الإنسانية قد ظهر مع بداية عصر التنوير، وذلك في أعقاب إرهابات تطور مفهوم القانون الطبيعي، والاهتداء إلى فكرة القانون الطبيعي الإنساني<sup>3</sup>.

وقد ترتب على هذا أن أمكن القول إن الآلام التي تسببها الحروب لا تتدرج ضمن الأقدار البشرية، حيث إن البشر متساوون ولهم حقوق لا تمس ولا يمكن

---

<sup>1</sup>Ingrid deter de lupis: The laws of war, newyork, Cambridge university  
25 press, 1987, p.121

<sup>2</sup> د. حامد سلطان، المرجع السابق، ص19؛ د. إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص  
33.

<sup>3</sup> انظر مؤلفنا مدلول الطبيعة وانعكاساته لدى فقه مدرسة القانون الطبيعي الحديثة.

تجزئتها أو تعديلها، وذلك كضمان سلامة الأفراد وتحقيق أكبر قدر من السعادة للأفراد<sup>1</sup>.

ومما سبق يتضح أنه مع عدم القدرة على إنهاء الحروب بصفة فعلية ورسمية، فإن هناك مبادئ تقوم بالعمل على الحد من الآثار السلبية للحروب، وذلك للاعتبارات الإنسانية، وهذا ما اعتمد عليه المجتمع الدولي في محاولته لإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية للحد من الآثار السلبية للنزاعات المسلحة.

فقد شرع المجتمع الدولي إلى التدخل بغية تخفيف الآثار السلبية من خلال اتفاقية جنيف 1864 بشأن تحسين حال الجرحى العسكريين في الميدان، وقد عدت هذه الاتفاقية نقطة انطلاق للقانون الدولي الإنساني على المستوى الرسمي الدولي<sup>2</sup>.

---

1 جان بكتيه، القانون الدولي الإنساني "تطوره ومبادئه"، جنيف، 1984، ص 260؛ د. محمد مصطفى يونس، ملامح التطور في القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1989، ص 31؛ د. إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 33 وما بعدها.

Geoffrey Best: Humanity in warfare, London weidenfeled and nicoluson, 1980, p.60.

2 د. شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، المرجع السابق، ص 19.

وتجدر الإشارة هنا إلى إرساء هذه الاتفاقية العديد من المبادئ التي ظلت مستقرة إلى الآن، وذلك كحياد عربات الإسعاف والمستشفيات العسكرية، وحماية أفراد المساعدات الطبية<sup>1</sup>.

وقد أعقب هذه الاتفاقية اتفاقية لاهاي 1899، وذلك لتنظيم الحروب البحرية، بحيث تواكب مبادئ اتفاقية جنيف، وقد تم تعديل كلتا الاتفاقيتين بواسطة اتفاقيتي جنيف 1906، ولاهاي 1907<sup>2</sup>.

ولم يقف التنظيم الدولي لقواعد الحرب عند ذلك الحد، بل في أعقاب ما شهده العالم من آثار سلبية للحرب العالمية الأولى، تم عقد مؤتمر دبلوماسي في جنيف عام 1929، حيث أبرمت اتفاقيتان؛ الأولى تتعلق بتحسين حال الجرحى والمرضى العسكريين في الميدان، وهي تعد تطويراً لاتفاقية 1906.

أما الثانية فتعلقت بمعاملة أسرى الحرب، وقد ضمت سبعة وسبعين مادة، نظمت خلالها ما يتعلق بمعاملة الأسير وحياته، وكيفية حمايته، كما ضمت مساهمة اللجنة الدولية للصليب الأحمر وكيفية الاستفادة منها، وتعد هذه الاتفاقية

---

<sup>1</sup> د. شريف عتلم، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> د. محمد عزيز شكري، تاريخ القانون الدولي الإنساني وطبيعته، بحث في دراسات في القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص 19.



أول تنظيم دولي كامل لأسرى الحرب، حيث تم تنظيم معاملة أسرى الحرب بصورة جزئية في لائحة لاهاي<sup>1</sup>.

وقد أعقب الحرب العالمية الثانية توقيع اتفاقيات جنيف الأربع 1949، وتختص الأولى بتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، وهي تعد تنقيحاً لاتفاقية جنيف 1929.

أما الثانية فتختص بتحسين حال جرحى وغرقى القوات المسلحة في البحار، وهي تعد تنقيحاً لاتفاقية لاهاي 1907، والثالثة تختص بمعاملة أسرى الحرب وتعد تعديلاً لاتفاقية جنيف 1929.

أما الاتفاقية الرابعة فتختص بحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب، وهي تعد الأولى من نوعها لحماية المدنيين، وقد أعقب ذلك بروتوكولان إضافيان 1977، أولاهما للنزاعات المسلحة الدولية، والثاني للنزاعات المسلحة غير الدولية<sup>2</sup>.

ومما سبق كله يتضح أن المجتمع الدولي قد شرع في وضع قواعد لتنظيم النزاعات المسلحة والحروب منذ 1864، وقد شهدت هذه القواعد العديد من

---

<sup>1</sup> د. محمد عزيز شكري، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> د. محمد عزيز شكري، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها؛ د. شريف عتلم، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها.

التطورات، وذلك في ظل تطور المجتمع والتطور التكنولوجي، والآثار السلبية التي خلفتها الحروب العالمية.

## الفصل الثاني معاملة أسرى الحرب

يعد موضوع معاملة أسرى الحرب من أقدم موضوعات القانون الدولي الإنساني، إذ ارتبط بخوض الحروب منذ أقدم المجتمعات، وقد شهدت معاملة الأسرى العديد من التطورات بدءًا من إباحة قتلهم ومعاملتهم بوحشية، وصولاً إلى التنظيم الدولي باتفاقيات دولية والتي انضمت لها مصر وصادقت عليها، بحيث عدت جزء من التشريع الداخلي ويمكن تبيان ذلك فيما يلي:

المبحث الأول: ماهية أسرى الحرب.

المبحث الثاني: معاملة أسرى الحرب وتطورها.

## المبحث الأول ماهية أسرى الحرب

لعل الوقوف على ماهية أسرى الحرب يعد من المسائل الأولية، وذلك في سبيل تبيان أسرى الحرب ومعاملتهم قديماً وتطورها، إذ يساهم الوقوف على الماهية تحديد نطاق التعريف ومن ثم النطاق، ويرجع ذلك إلى تطور مفهوم أسرى الحرب قديماً، وهذا ما انعكس على الخاضعين لمفهوم الأسرى، ويمكن تبيان ذلك، فيما يلي:

المطلب الأول: مفهوم أسرى الحرب.

المطلب الثاني: فئات أسرى الحرب.

## المطلب الأول

### مفهوم أسرى الحرب

وجدت عدة تعريفات لأسرى الحرب، وذلك سواء لغة أو اصطلاحاً، وهذا

ما يميزه عن العديد من المصطلحات الأخرى، ويمكن إيضاح ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف أسرى الحرب.

الفرع الثاني: تمييز أسير الحرب عن غيره من المصطلحات.

## الفرع الأول تعريف أسرى الحرب

يعرف أسير الحرب لغة بكونه المقيد أو المسجون، أو الأخيد، وكل محبوس في قيد أو سجن، والأسرى جمع أسير<sup>1</sup>، ويقال إن أسرى هو جمع الجمع، وأنه يمكن جمع أسير بأسراء كضعيف ضعفاء، ويقال إن الأسرى هم غير الموثوقين عندما يؤخذون<sup>2</sup>.

وقد تم ذكر جمع الأسير في صيغتين في القرآن الكريم، أولهما ما رود في قوله الكريم "مَا كَانَ لِإِنبِيَّيَ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَىٰ حَتَّىٰ يُنْخَنَ فِي الْأَرْضِ"<sup>3</sup>، وثانيهما أسارى بضم الهمزة وذلك في قوله تعالى " وَإِنْ يَأْتُوكُمْ أُسَارَىٰ تَقَادُوهُمْ وَهُوَ مُحَرَّمٌ عَلَيْكُمْ إِخْرَاجُهُمْ"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> الفيروز أبادي، القاموس المحيط، لبنان، بيروت، دار الكتب العالمية، الطبعة الأولى، 1992، ص 6؛ ابن منظور، لسان العرب، لبنان، بيروت، دار صادر، الطبعة الأولى، 1990، ص 19.

<sup>2</sup> د. عبد اللطيف عامر، أحكام الأسرى والسبايا في الحروب الإسلامية، دار الكتب الإسلامية، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، 1986، ص 77.

<sup>3</sup> سورة الأنفال، الآية 67.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 85.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن كلا المعنيين في الآيتين الكريميتين يفيدان أسرى الحرب، فالأولى فُصد منها أسرى غزوة بدر، أما الثانية فُصد منها أسرى اليهود، وذلك فيما كان بينهم من مشاحنات وعداوات<sup>1</sup>.

وقد عرف الفقه الإسلامي أسرى الحرب بأنهم "الرجال المقاتلون من الكفار حال ظفر المسلمين بأسرهم أحياء"<sup>2</sup>، كما عرف الأسير بأنه "الشخص الذي يقع في يد قوم بينهم وبين قومه عداوة، بحيث ينتظر منها قيام حرب"<sup>3</sup>.

وتجدر الملاحظة أن الأسير وفقاً للتعريف في الفقه الإسلامي لا يشترط لحدوثه قيام حرب، إذ إن الأسر قد يحدث دون قتال كأن يضل أحد الأفراد فيؤخذ بواسطة حيلة<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> د. عبد اللطيف عامر، المرجع السابق، ص 78؛ فاطمة بعليش، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسبية بن بو علي، الشلف، 2007-2008، ص 10.

<sup>2</sup> د. وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، سوريا، دمشق، دار الفكر، الطبعة الرابعة، 1992، ص 417.

<sup>3</sup> د. عبد اللطيف عامر، المرجع السابق، ص 88.

<sup>4</sup> د. حسن محمد علي عبادة، بحوث في الحرب الإسلامية، القاهرة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1997، ص 264؛ د. فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 11.

أما من جهة تعريف أسير الحرب وفقاً للاتفاقيات الدولية، فإن الملاحظ عدم وجود تعريف لمصطلح أسرى الحرب في كافة هذه الاتفاقيات، وإن اهتمت بتعداد فئات أسرى الحرب وحقوقهم<sup>1</sup>.

وقد حاول مجتمع وفقه القانون الدولي الإنساني وضع تعريف لأسرى الحرب، فمن جهة عرفه الكونجرس الأمريكي بأنه "ذلك الشخص الذي يحتجز بسبب عمله العسكري، وذلك سواء أكان بحرياً أو جويماً أو برياً بالقوة من قبل الأعداء أو الأطراف المعادية"<sup>2</sup>، كما عرفوا بأنهم "الأشخاص المنتمون إلى القوات النظامية أو التابعون لها، الذين يقبض عليهم بصفة مؤقتة من قبل العدو، خلال النزاع المسلح"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 11.

Mohammad Abdel Rahman Buzubar, Legal status of combatants and non-combatants and the international criminal court statute, in: The international criminal court and enlarging the scope of international humanitarian law, Damascus university faculty of law and ICRC, Damascus, 2003, p. 43.

<sup>2</sup> أنوار عودة أحمد، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الأردن، ص 41 وما بعدها.

<sup>3</sup> د. عامر الزمالي، الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، بحث في دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم د. مفيد شهاب، القاهرة، دار المستقبل العربي، 2000، ص 114 وما بعدها؛ سوري إيمان، حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ما بين القانون الدولي



وعرف أيضاً بأنه الشخص الذي وقع في قبضة العدو وقت الحرب، وذلك لأسباب عسكرية بصفة مؤقتة<sup>1</sup>، كما عرف بأنه "الشخص الذي يقبض عليه بصفة مؤقتة بواسطة العدو في زمن الحرب لأسباب عسكرية"<sup>2</sup>.

ومما سبق كله يمكن القول إن الأسير هو ذلك الشخص الذي قيدت حريته بصفة مؤقتة أثناء النزاع المسلح من قبل العدو، وذلك لأسباب عسكرية وليس لجريمة أو فعل ارتكبه، إذ إن الضرورة العسكرية تخول للأطراف الاحتفاظ بالمقاتلين أو التابعين للقوات النظامية كأسرى حتى يفقد العدو عداه البشري.

---

الإنساني والفقهاء الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015، ص 100.

<sup>1</sup> د. عمرو سعد الله، تدوين القانون الدولي الإنساني، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1997، ص 154؛ عبد الرحمن على إبراهيم، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup> د. محمد المجذوب ود. طارق المجذوب، القانون الدولي الإنساني، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص 90؛ د. خالد مصطفى فهمي، القانون الدولي الإنساني "الأسس والمفاهيم وحماية الضحايا"، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2011، ص 167.

## الفرع الثاني

### تمييز أسير الحرب عن غيره من المصطلحات

وفاً لتعريف الأسير بأنه الشخص الذي قيدت حريته بصفة مؤقتة من قبل العدو أثناء النزاع المسلح لأسباب عسكرية، فإنه يتميز عن المعتقل من جهة والسجين من جهة أخرى.

فمن جهة المعتقل وبالرغم من اتفاق الأسير مع المعتقل في كونهما مقيدي الحرية، كما أن الأحكام تتشابه من حيث مكان الاعتقال والأسر، والعناية بالغذاء والملبس، والحالة الصحية والرعاية الطبية، إلا أنهما يختلفان من عدة وجوه<sup>1</sup>.

فمن جهة أولى فإن الأسير يسري على المقاتلين أو الجنود، أما المعتقل فلا يتمتع بصفة الجندي وإنما يسري نظام الاعتقال على المدنيين، علماً بأن الاعتقال قد يكون بإرادة الشخص أو رغماً عنه<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محمد العبد الله، الحماية الدولية لأسرى الحرب في أثناء النزاعات المسلحة، مجلة جامعة البعث، المجلد 37، العدد 28، ص 189؛ فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> سراب ثامر أحمد، المركز القانوني للمقاتل غير الشرعي في القانون الدولي الإنساني، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012، ص 67 وما بعدها؛ د. فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 12.

كما أن الأسير ينقل من أرض المعركة إلى الدولة الأسيرة، فيما يحظر نقل المعتقلين، هذا بالإضافة إلى أن الأسير لا يخضع للتحقيق أو المحاكمات، بينما المعتقل يخضع لهما<sup>1</sup>.

ومن جهة ثانية فإن الأسير فيما عدا الضباط يجبر على العمل، بينما لا يجبر المعتقل على ذلك، كما أن الأسير يتواصل مع نويه بواسطة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، فيما يتواصل المعتقل مباشرة<sup>2</sup>.

ومن جهة ثالثة فإن الأسر يتميز عن الاعتقال بصرامة أحكامه، وذلك تأسيساً على أن المعتقلين يحظون بحماية نصوص غير متوافرة في الأسر، وذلك كنصوص إدارة الممتلكات الشخصية، والنصوص المتعلقة بتسهيلات الأمور

---

<sup>1</sup> سراب ثامر أحمد، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> د. مصطفى كامل شحاتة، الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي المعاصرة مع دراسة عن الاحتلال الإسرائيلي للأقاليم العربية، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981، ص 212 وما بعدها؛ بوزيان رحيمة، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016

<https://www.google.com/search?rct=j&q=%D8%A8%D9%88%D8%B2%D9%8A%D8%A7%D9%86%20%D8%B1%D8%AD%D9%8A%D9%85%D9%87>

الأسرية، وهذا ما يستتبع مشروعية طلب اعتقال أطفال المعتقلين معهم، وذلك حال عدم وجود عائل آخر<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أحكام الاعتقال قد تأثرت واستفادت من أحكام الأسر، إذ تم تنظيم هذه الأخيرة في اتفاقية جنيف الثانية 1929 بصفة مستقلة واتفاقية جنيف الثالثة 1949، أما المعتقلون المدنيون فقد تم تنظيمهم بموجب الاتفاقية الرابعة لجنيف 1949.

أما من جهة السجناء، فالسجن مصدر سجن ومعناه حبس، وقد ذكر السجن في العديد من المواضع في الكتاب الكريم، وقصد بها الحبس أو السجن، كقوله تعالى " قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ "<sup>2</sup>.

ومن الناحية القانونية فالسجن والحبس يعدان من العقوبات السالبة للحرية، والتي يتمثل عنصر الإيلام فيها في سلب حرية الشخص، وذلك نتيجة ارتكابهم أفعالاً تعد جريمة<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> بوزيان رحيمة، المرجع السابق.

<sup>2</sup> سورة يوسف، الآية 33.

<sup>3</sup> د. إبراهيم عيد نايل ود. عمر محمد سالم، شرح قانون العقوبات المصري، "القسم العام"، الجزء الثاني، النظرية العامة للعقوبة لأسباب الإباحة- موانع المسؤولية، دن، 2018-2019، ص 23 وما بعدها.

وهذا ما يخالف أحكام الأسر التي تقيد فيها حرية الشخص، ليس بسبب أفعال مثلت جرائم، وإنما للضرورات العسكرية التي تهدف إلى إضعاف العدو، وذلك من خلال إنقاص عيادته البشري بالاحتفاظ بمقاتليه أسرى<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 13.

## المطلب الثاني فئات أسرى الحرب

شهد تعريف أسرى الحرب تطوراً منذ العصور القديمة وحتى الاتفاقيات الدولية، وقد انعكس ذلك على تحديد فئات أسرى الحرب في العصور المختلفة، ويمكن تبيان ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: فئات أسرى الحرب قديماً.

الفرع الثاني: فئات أسرى الحرب وفقاً للمواثيق الدولية.

## الفرع الأول

### فئات أسرى الحرب قديماً

سادت المجتمعات القديمة روح العداة فيما بين الجماعات، وذلك على أثر العزلة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي فرضتها الجماعات فيما بينها، وهذا ما استتبع عدم الاعتراف للأجنبي أو الغريب عن الجماعة بأي حقوق، بل كان يحق الاعتداء عليه وهذا ما عد مبعثاً للفخر والتباهي<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن حالة العداة واللجوء إلى القوة لفض المنازعات والحصول على الحق وإنشائه قد رتب ظهور نظام الرق، إذ كان للمنتصر قتل المهزوم أو استرقاقه من باب أولى<sup>2</sup>.

ويرجع ذلك إلى أن القوة عدت في المجتمعات القديمة المصدر الرئيسي للحصول على الحق ومن ثم الرقيق، حيث مثلت الحرب مظهراً للقوة يتم بمقتضاها الحصول على أسرى ممن يقعون فريسة في أيدي الجيش المنتصر، وكان للجيش

---

<sup>1</sup> د. السيد عبد الحميد فودة، نشأة القانون، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006، ص 91 وما بعدها؛ د. مسعد قطب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره- وسائل تطور

الشرائع القديمة"، الجزء الأول، دن، د.ت، ص 82 وما بعدها. Diamand: op.cit, p.54.

<sup>2</sup> د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص 26؛ د. صوفي أبو طالب، دروس في القانون الروماني، دن، 1960، ص 117؛ د. السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 112.

المنتصر الحق في قتل الأسرى، لذا كان من باب أولى الإبقاء على حياتهم والحصول عليهم كأرقاء<sup>1</sup>.

وقد شملت فئات أسرى الحرب كل من يقع في يد العدو، سواء أكان طفلاً أم شيخاً أم رجلاً أم امرأة، سواء أكان مقاتلاً أم لا، وقد انعكس ذلك على القانون الروماني في بداياته، إذ عرف الأسير بأنه "المقاتل وغيره ممن يتم وضع اليد عليهم خلال الحرب"، كما عرف بأنه "أي شخص وقع في الأسر سواء أكان رومانياً أم أجنبياً"<sup>2</sup>.

ومفاد ذلك أن الأسر قديماً شمل كافة الأفراد طالما وقعوا في يد العدو، كبيراً أم صغيراً، رجلاً أم امرأة، مقاتلاً أم مدنياً، إلا أن هناك استثناءً تمثل في عدم جواز أخذ السفراء أسرى<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص26؛ د. صوفي أبو طالب، دروس في القانون الروماني، دن، 1960، ص 117؛ د. السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> JobinX: Droit romain de la captivite et du postliminum, thèse, Nancy, 1889, p.6, DebenzeL: Droit romain du postliminum, thèse, paris, 1893, p.14.

<sup>3</sup> د. السيد أحمد علي بدوي، معاملة أسرى الحرب في القانون الروماني "دراسة تأصيلية"، القسم الأول، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 40، العدد 4، ديسمبر 2016، ص 355 وما بعدها.



ويرجع أساس هذا الاستثناء إلى طبيعة السفراء المقدسة التي أضفتها الجماعات والدول قديماً، حيث يقومون بدور هام في إنشاء علاقات دبلوماسية بين الشعوب، كما يقومون بوضع حدود وأطر لكافة الإشكاليات الناشئة بسبب الحرب<sup>1</sup>.

وقد تمتع السفراء بمقتضى هذا الاستثناء بالأمان على أراضي الدول المستضيفة، بالإضافة إلى ضمان العودة إلى الوطن بأمان وسلام، ولا يخول لأي سبب من الأسباب الاعتداء عليهم أو خرق هذا الحظر، وحال خرقه يتم تسليم من قام بالخرق للقصاص منه<sup>2</sup>.

---

RevonM: Droit romain, le droit de la guerre sans la republique romain, these, paris, 1891, p.110 et s.

<sup>1</sup> VassauxE: Des prisonniers du guerre et de otages,these, paris, 1890, p.15 et s.

<sup>2</sup> د. السيد أحمد علي بدوي، المرجع السابق، ص 358 وما بعدها.

GeoffrayH: Droit romain du droit de la guerre a rome, thèse, paris, 1888, p.32.

وتأكيداً لذلك نجد أن القانون الروماني قد ضمن شروط حماية السفراء والتأكيد على حصانتهم، وذلك تحقيقاً للالتزامات الدولية التي تقع على كاهل الإمبراطورية الرومانية، وعد أي اعتداء عليهم فعلاً مجرمًا بموجب قانون الشعوب<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه قد ثار خلاف بين شراح القانون المدني حول مدى إمكانية أسر رعايا الحلفاء من قبل الإمبراطورية الرومانية أو العكس، أي أسر الرومان من قبل دولة حليفة<sup>2</sup>.

فبينما ذهب رأي إلى عدم جواز أسر رعايا دول بينها وبين روما اتفاقيات صداقة أو تحالف أو ضيافة، وذلك تأسيساً على أن مثل هذه الاتفاقيات تمنع وجود أسرى تابعين لتلك الدول حال السلم<sup>3</sup>.

ذهب رأي ثان إلى جواز وجود أسرى لرعايا دول حليفة، وذلك تأسيساً على ما ذكره الفقيه الروماني "Proculus" من أنه حال رجوع أسير لدى الشعوب الحليفة إلى بيته فإنه يصبح حراً، ومفاد ذلك أن الأسير تعود له حريته حال رجوعه

---

<sup>1</sup> د. محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا في نطاق فلسفة المدينة العالمية، مجلة مصر المعاصرة، السنة الخامسة والستون، العدد 358، أكتوبر 1974، ص 80 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. السيد أحمد علي بدوي، المرجع السابق، ص 360 وما بعدها.

<sup>3</sup> Foucault P: Du postliminum en droit romain, these, paris, 1883, p.18

JobinX: op.cit, p.11.

إلى منزله، وذلك حال كونه أسيراً لدى أحد الشعوب الحليفة، وهذا ما يشير إلى إمكانية أسر رعايا الدول الحليفة<sup>1</sup>.

فيما ذهب رأي ثالث إلى ضرورة التمييز بين الاتفاقيات الدولية، فهناك ثلاثة أنواع أولها اتفاقيات التحالف، وهي التي تعقد مع دول أخرى على قدم المساواة مع روما، وثانيها اتفاقيات التحالف أو الصداقة بين روما والشعوب الأخرى التي لا توجد بينها وبينهم أي عداوة، وثالثها اتفاقيات الاستسلام وهي ما تتضمن خضوع الطرف المهزوم للمنتصر<sup>2</sup>.

وبناءً على هذا التقسيم تم استبعاد الشعوب الخاضعة لاتفاقيات الاستسلام من جواز الأسر، وذلك تأسيساً على أن هذه الشعوب لم تتمتع بحريتها فعلياً وذلك على غرار المستسلمين تحت قوة السلاح، وهذا ما يستتبع اعتبارهم متمردين وليس أعداء حال استخدامهم السلاح، ومن ثم تطبيق قانون العقوبات الروماني وليس قانون الشعوب<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. السيد أحمد علي بدوي، المرجع السابق، ص 360.

<sup>2</sup> Foucault: op.cit, p.19 L'homme H: Droit romain la postliminium et la fiction de la loi cornelia, thèse, paris, 1873, p.27.

Foucault: op.cit, p.19. 3 JobinX: op.cit, p.11

فيما ذهب رأي أخير إلى أن الشعوب الحليفة بالرغم من تمتعها بسيادتها إلا أنها لا تقف على قدم المساواة مع روما، بحيث تخضع بنوع من التبعية لروما، وحال نشوء حرب بين روما وبينهم يعدون أعداء ومن ثم يجوز أسرهم<sup>1</sup>.

ومفاد ما سبق كله أن المجتمعات القديمة لم يكن بها تحديد لفئات أسرى الحرب بصفة محددة، وأن كافة الأفراد يقعون في الأسر من أطفال وشيوخ ورجال ونساء.

وتجدر الإشارة هنا إلى اختلاف الشريعة الإسلامية في هذا النطاق، إذ تم تحديد فئات الأسرى، وذلك لمن تتوافر فيه شروط معينة، وتتمثل في كونه رجلاً كافراً، مقاتلاً<sup>2</sup>.

ويتضح من ذلك أن الشريعة الإسلامية قد قصرت الأسر على من تتوافر فيه هذه الشروط، تطبيقاً لذلك لا يجوز أسر المدنيين غير المقاتلين من النساء

---

<sup>1</sup> JosselinF: Droit romain du postliminium, thèse, bourdeaux, 1881, p.37  
et s. ChotardA: Droit romain des prisonniers de guerre, thèse, poitiers,  
1893, p.15.

<sup>2</sup> الماوردي، الأحكام السلطانية، القاهرة، طبعة دار الحديث، ص 207؛ أحمد محمد لطفي، معاملة الأسرى رؤية إنسانية وفق قواعد الشريعة الإسلامية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القانون الدولي الإنساني في ضوء الشريعة الإسلامية، ضمانات التطبيق والتحديات المعاصرة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2015، ص 990.

والأطفال والشيخوخ، ويرجع ذلك إلى أن الإسلام قد قصر القتال ضد المحاربين دون سواهم، وهذا ما يستتبع عدم توجيه الأفعال العسكرية لمن عداهم، إلا إذا اشتركوا في الحرب وذلك حتى ولو على سبيل التخطيط أو الرأي والمشورة<sup>1</sup>.

وتحقيقاً لذلك يجوز أسر الشيخ حال مشاركته في الحرب بقدرته على التخطيط، كما يجوز أسر من اندرج ضمن تكوين الجيش للدولة، إذ يعد محارباً في نظر الفقه الإسلامي<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يقع المقاتل في الأسر عنوة، بحيث يكون قد أخذ رغماً عن إرادته، إذ حال استسلامه فإنه يعد مُستأمنًا وهذا ما يستتبع منحه الأمان ومن ثم عدم جواز أسره<sup>3</sup>، وذلك تأسيساً على قوله تعالى "وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> د. جمال عبود محمد، حقوق الإنسان زمن الحرب والمنازعات المسلحة في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص 74 وما بعدها؛ أنوار عوده أحمد، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، جامعة جرش، الأردن، ص 40.

<sup>2</sup> د. جمال عبود، المرجع السابق، ص 74؛ أنوار عوده، المرجع السابق، ص 40.

<sup>3</sup> أنوار عوده، المرجع السابق، ص 40.

<sup>4</sup> سورة التوبة، الآية 6.

## الفرع الثاني

### فئات أسرى الحرب وفقاً للمواثيق الدولية

تباينت الرؤى حول تحديد من هم أسرى الحرب، وقد شرع المجتمع الدولي في محاولة التوفيق بين نظريتين بصدد المقاتلين ومن ثم أسرى الحرب، إذ ارتبط مفهوم الأسير بمفهوم المقاتل.

فبينما ذهب جانب إلى قصر صفة المقاتل في أفراد القوات المسلحة النظامية، ذهب جانب آخر إلى ضرورة توسيع النطاق القانوني ليشمل أفراد المقاومة أيضاً، وهذا ما عكس رؤى الدول الصغيرة والنامية<sup>1</sup>.

وقد وجد لهذه المحاولة صدى في لائحة لاهاي الخاصة بالحرب البرية عام 1899، والمعدلة 1907، إذ حددت اللائحة أسرى الحرب بأنهم فئات أفراد القوات المسلحة لأطراف النزاع، بالإضافة إلى أعضاء الميليشيات، والمتطوعين للقوات المسلحة، كما عدت أفراد الميليشيات والمتطوعين الآخرين من الأسرى، بحيث يندرج أعضاء حركات المقاومة المنظمة سواء داخل أو خارج البلاد<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د. عامر الزمالي، الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، بحث في كتاب محاضرات في القانون الدولي الإنساني، تحرير شريف عتلم، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2001، ص 84.

<sup>2</sup> جان بكتيه، القانون الإنساني وحماية ضحايا الحرب مدخل إلى القانون الدولي والرقابة الدولية على استخدام الأسلحة، تحرير أ. د. محمود شريف بسيوني، 1999، ص 353.

وتجدر الإشارة إلى أن الميلشيات والمتطوعين غير التابعين للقوات المسلحة، يعدون من أسرى الحرب شريطة تحقق عدة شروط تتمثل في وجود قيادة شخص مسئول عن مرءوسيه، وجود علامة مميزة بحيث تعرف عن بعد، بالإضافة إلى حمل السلاح بشكل ظاهر، وأخيراً احترام قوانين الحرب والأعراف المتبعة بها<sup>1</sup>.

هذا وعد سكان الأراضي غير المحتلة الذين حملوا السلاح بإرادتهم، وذلك حال اقتراب العدو كهبة جماهيرية في عداد المقاتلين، شريطة أن يكون حمل السلاح بشكل ظاهر، واحترامهم قواعد الحرب والأعراف المتبعة بها<sup>2</sup>.

واعتبرت لائحة لاهاي الأفراد غير المقاتلين الذين ينتمون إلى القوات المسلحة من مراسلي الحرب ومسئولي التموين من أسرى الحرب حال وقوعهم في أيدي العدو، وذلك شريطة أن يصدر لهم تحقيق شخصية من القوات المسلحة التابعين لها<sup>3</sup>.

وقد ظهر اهتمام المجتمع الدولي بصورة أكبر بعد الحرب العالمية الأولى بوضع أسرى الحرب، إذ أبرمت اتفاقيات جنيف 1929، وعدت أول اتفاقية تتفرد

---

<sup>1</sup> قصي مصطفى عبد الكريم، مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 55.

<sup>2</sup> بوزيان رحيمة، حماية أسرى الحرب، المرجع السابق.

<sup>3</sup> قصي مصطفى، المرجع السابق، ص 56.

بتنظيم معاملة أسرى الحرب الاتفاقية الثانية، وإن أبقّت على تنظيم لائحة لاهاي إذ لم تضيف جديداً إلا إدراج أفراد العمليات البحرية والجوية بجانب البرية لأسرى الحرب<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المجتمع الدولي سعى إلى تحسين وتحديد فئات أسرى الحرب بصورة أشمل، وذلك في أعقاب الحرب العالمية الثانية وآثارها السلبية، وقد نتج عن ذلك اتفاقية جنيف الثالثة عام 1949 بشأن معاملة أسرى الحرب.

---

<sup>1</sup> قصي مصطفى، المرجع السابق، ص 56؛ أحمد محمد عبد العظيم الجمل، حماية أسرى الحرب بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ص 5، الموقع

<http://mohamah.net/law/wp-content/uploads/2016/10/%D8%AD%D9%85%D8%A7%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%B1%D9%89-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%B3%D8%A7%D9%86%D9%8A-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D9%81%D8%B1%D9%8A%D8%AF.pdf>



وقد حددت هذه الاتفاقيات فئات أسرى الحرب، بحيث تمثلوا في:

1- أفراد القوات المسلحة والمليشيات أو الوحدات المتطوعة الأخرى التي تشكل جزءاً منها.

2- أفراد المليشيات والوحدات المتطوعة الأخرى، بالإضافة إلى عناصر المقاومة المنظمة المنتمين إلى أي من أطراف النزاع، وهذا بذات شروط لائحة لاهاي.

3- أفراد القوات المسلحة النظامية الذين أعلنوا ولاءهم لدولة أو حكومة لا تعترف بها الدولة الحائزة.

4- الأشخاص الذين يقومون بمرافقة القوات المسلحة، وذلك دون أن يكونوا جزءاً منها، كالمراسلين الحربيين، ومتعهدي التموين، شريطة أن يصدر لهم تصريح.

5- أفراد الطاقم الملاحى.

6- سكان الأراضي غير المحتلة الذين قاموا بحمل السلاح بإرادتهم، وذلك لمقاومة العدو الغازى.

هذا وقد وسعت الاتفاقية من أسرى الحرب، حيث أضافت فئتين لم يكن لهما الوصف القانونى لأسرى الحرب، أولاهما الأشخاص الذين قامت سلطات

الاحتلال باعتقالهم، وذلك بعد أن قامت بالإفراج عنهم والعمليات الحربية لا تزال قائمة، وثانيتها أفراد البند رابعاً، وذلك حال التحاقهم بأرض طرف محايد أو غير متحارب، ويقوم بإيوائهم وفق القانون الإنساني.

وقد شهدت فئات أسرى الحرب توسعاً من خلال البروتوكول الأول لاتفاقية جنيف عام 1977، حيث عد أسيراً كافة أفراد القوات المسلحة والمجموعات والوحدات المسلحة، شريطة أن يكونوا تحت قيادة مسؤولة، وأن يميزوا أنفسهم عن المدنيين، وذلك بحمل السلاح بشكل علني وظاهر<sup>1</sup>.

ومفاد ما سبق أن كل من يحمل السلاح بشكل علني وظاهر، ويكون تحت قيادة مسؤولة يعد أسيراً في الحرب، وذلك بموجب المواد 43 و44 من البروتوكول الإضافي الأول 1977.

وهذا ما يستتبع إضفاء صفة الأسير على المقاتلين الذين يحاربون في حروب التحرير الوطني ذات الطابع الدولي، كما ينطبق الوصف على حرب

---

<sup>1</sup> د. عبد الغني محمود، القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1991، ص 64 وما بعدها؛ فرنسواز يوري، نشأة وتطور القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، الطبعة الرابعة، 1987، ص 20.

العصابات حتى ولو لم يكونوا خاضعين لكيانات غير معترف بها من قبل الطرف الآخر "العدو"<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في القانون الدولي الإنساني استقرت قرينة صفة الأسير، حيث يعد الشخص أسيراً وذلك حال وجود شك في صفة الفرد وكونه أسيراً من عدمه<sup>2</sup>.

ومما سبق يمكن القول إن التنظيم الدولي لصفة أسر الحرب اقترب من تنظيم الفقه الإسلامي له، وذلك حيث إن كليهما قد استقر على وضع شروط محددة، وحال انطباقها يضيف على الشخص صفة الأسير.

---

<sup>1</sup> د. عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، المعهد العربي لحقوق الإنسان، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 1997، ص 46؛ د. عبد الغنى محمود، المرجع السابق، ص 64 وما بعدها.

<sup>2</sup> قصى مصطفى، المرجع السابق، ص 60، بوزيان رحيمه، المرجع السابق.

## المبحث الثاني معاملة أسرى الحرب وتطورها

شهدت معاملة أسرى الحرب العديد من التطورات على مر العصور، وقد تم التعامل في المجتمعات القديمة بنوعٍ من القسوة والشدة، وإن اختلف التعامل من فترة إلى أخرى، كما أن المجتمع الدولي حديثاً قد تعامل بأسلوب مختلف، هذا بالإضافة إلى تعامل الديانات السماوية، ويمكن تبين ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: معاملة أسرى الحرب قديماً.

المطلب الثاني: معاملة أسرى الحرب حديثاً.

## المطلب الأول

### معاملة أسرى الحرب قديماً

تباينت معاملة أسرى الحرب في المجتمعات القديمة، فقد تراوحت بين الشدة والقسوة والتعامل الإنساني، وقد حاول فقهاء القانون الروماني إيجاد أساس لمعاملة أسرى الحرب، ويمكن إيضاح ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: أسرى الحرب والمجتمعات القديمة.

الفرع الثاني: أساس معاملة أسرى الحرب.

## الفرع الأول

### أسرى الحرب والمجتمعات القديمة

يضرِب موضوع أسرى الحرب ومعاملتهم في جذور التاريخ، إذ عرفت كافة المجتمعات القديمة أسرى الحرب، وذلك نظراً لقيام العلاقات على استخدام القوة، حيث كان كل ما يقع في يد المنتصر يعد غنيمة حرب، وهذا ما استتبع اعتبار الأفراد غنيمة حرب أيضاً<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أسرى الحرب قد تباينت معاملتهم باختلاف المجتمعات هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنهم عدوا من أهم مصادر الرق قديماً، إذ كان للمنتصر حق قتل الأسير ومن باب أولى حق استرقاقه<sup>2</sup>.

وقد شهدت الحضارة الفرعونية معاملة حسنة لأسرى الحرب، إذ عدوا المصدر الرئيسي للرق، حيث شهدت الدولة الحديثة لمصر الفرعونية العديد من الفتوحات، وتؤكد الوثائق أن الملوك كانوا يعودون من الفتوحات بأعداد غفيرة من

---

<sup>1</sup> فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 14.

<sup>2</sup> د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية، المرجع السابق، ص 26؛ د. فايز محمد حسين، نشأة القانون، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص 36.

الأسرى الذين يعدون رقيقاً للدولة، بحيث يعملون في مزارعها ومناجمها دون مقابل<sup>1</sup>.

هذا وتمتع الرقيق في مصر بمعاملة إنسانية، إذ لم يعاملوا معاملة الأشياء، بل نظر إلى الرقيق باعتباره إنساناً واندمج في المجتمع وعد جزءاً منه، وهذا ما رتب الاعتراف له ببعض الحقوق، كالحق في تكوين أسرة، إذ كان له الزواج من أمةٍ مثله أو حتى من حُرّة، وإن كان الأطفال يتبعون صفته، كما اعترف له بذمة مالية مستقلة، بحيث يكون له إبرام بعض التصرفات استقلالاً عن السيد<sup>2</sup>.

وقد اعترف للرقيق بحقه في التقاضي واللجوء إلى القضاء، وذلك سواء أكان شاهداً أم مدعياً أم مدعى عليه، سواء أكان متهماً أم مجنياً عليه، كما كان له ممارسة الزراعة والتجارة بنفسه أو نيابة عن سيده<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، القاهرة، الدار الجامعية، 1995، ص 219.

<sup>2</sup> د. فتحى المرصفاوي، تاريخ الشرائع القديمة "القانون الفرعوني"، القاهرة، دن، د.ت، ص 120؛ د. محمد عبد الرحيم، مركز الأجنب في مصر "دراسة تاريخية مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ص 78.

<sup>3</sup> د. محمود السقا، تاريخ الشرائع القديمة في الشرق والغرب، القاهرة، دن، 1993، ص 111.

أما في حضارة بلاد العراق القديم فقد اتسمت معاملة الأسرى بالقسوة والوحشية، فمن جهة السومريين فإنهم كانوا يقومون بذبح الأسرى خلال المعركة وذلك حال كثرة عددهم.

ويرجع هذا إلى أن السومريين قد ساد لديهم فكرة تقديم قربان للآلهة ممثلة في ذبح عشرة من الأسرى، كما أن الفعل هدف منه بث الرعب والذعر في نفوس الأعداء<sup>1</sup>.

كما كان السومريون يقومون باسترقاق الأسر، وذلك بغية استخدامهم في الزراعة وخدمة المعابد، وكان الرقيق أو الأسير يعاقب بشدة حال محاولته الهرب، إلا أنهم فطنوا لأهمية الرقيق في الإنتاج وضرورة كون الأسير أو الرقيق قوياً لأداء المنوط منه، لذا شرعوا في الاعتراف له ببعض الحقوق<sup>2</sup>.

ولم تختلف معاملة الأشوريين للأسرى كثيراً من حيث القسوة والوحشية، إذ برع الأشوريون في وسائل القتل والتعذيب، فكانوا يقومون بقتل الأسرى بغية

---

<sup>1</sup> فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 14.

<sup>2</sup> د. محمود سلام زناتي، النظم الاجتماعية والقانونية في بلاد النهرين وعند العرب قبل الإسلام، د.ن، 1986، ص 41؛ د. السيد عبد الحميد فودة، القانون العراقي القديم، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010، ص 218؛ د. محمود عبد الجواد الشريف، قانون الحرب "القانون الدولي الإنساني"، مصر، المكتب المصري الحديث، الطبعة الأولى، 2003، ص 382 وما بعدها.

Lenger: L'eschavage, paris, 1962, p.5.



التخلص من عبء طعامهم وإعاشتهم، كذلك حال تخوفهم من أن يشكلوا خطراً على الجيش، ويذكر أن القتل كان يتم في وجود الملوك<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه حتى استرقاق الأسير من قبل الآشوريين اتسم بالقسوة، إذ كان الفكر لدى الآشوريين أن العبيد سهل الاستغناء عنهم بقتلهم، وتذكر الوثائق أن الملك "سنحاريب" كان قد قام بالاستيلاء على ست مدن، كما أسر أكثر من مائتي ألف فرد، وقد استخدمهم في العمل لدى الدولة في تشييد القصور والمعابد، وفي الزراعة، بل لقد استخدمهم بدلاً من الدواب وذلك في جر العربات<sup>2</sup>.

وقد لاقى الأسرى معاملة إنسانية في ظل حكم حمورابي، فبالرغم من استرقاقهم إلا أنهم منحوا العديد من الحقوق باعتبارهم بشرًا، فحول لهم الزواج وتكوين أسرة، كما كان لهم ممارسة حرفة ما وذلك بعد أخذ إذن سيده، كما كان له ذمة مالية في حدود ما يكسبه من حرفته، بالإضافة إلى حقه في التقاضي بشأنها<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> د. محمود عبد الجواد الشريف، المرجع السابق، ص 382 وما بعدها.

<sup>1</sup> د. السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 218؛ د. فتحي المرصفاوي، تاريخ الشرائع الشرقية القانون العراقي، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، ص 37.

ومما هو جدير بالإشارة أن الرومان والإغريق لم يختلفوا عن الأشوريين والسومريين كثيراً، ويرجع ذلك إلى نظرتهم الاستعلائية كون الشعوب الأخرى البرابرة هم قوم همج، وهذا ما استتبع استحقاقهم أشد أنواع المهانة والعذاب والقهر<sup>1</sup>.

وقد تقرر بشأن الأسرى إما قتلهم أو استرقاقهم، وهذا ما أيدته أفكار أرسطو، إذ ذهب إلى أن الطبيعة قد أوجدت البرابرة ليكونوا مجرد عبيد، كما أقر أن الحرب تنشأ من أجل استرقاق الأفراد، ويرجع ذلك إلى أن الطبيعة قد أوجدت أفراد مفكرين في مقابلة آخرين للتنفيذ والطاعة<sup>2</sup>.

وقد عكس التاريخ الروماني قسوة التعامل مع الأسرى، ومن ذلك ما حدث عام 471 ق.م من إبادة الجيش الروماني لشعوب الغالبيين السنونيين، وقد كان ذلك مبعثاً لتفاخر الرومان بأنهم لم يتركوا أي كائن حي، وذلك كجزاء لمن تجرأ عليهم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> د. طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون "القانون الطبيعي بين المنادين به والمنكرين له"، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص 53؛ أبو الأعلى المودودي، شريعة الإسلام في الجهاد والعلاقات الدولية، دار الصحوة، الطبعة الأولى، 1985، ص 163.

<sup>3</sup> CrosL: condition et traitement des prisonniers de guerre, these, Montpellier, 1900, p.41 et s.

ويرجع ذلك التعامل القاسي إلى ما ساد المجتمعات القديمة من عداة وكراهية فيما بين الجماعات المختلفة، كما وجد أساسه في رغبة روما في عدم ثقل كاهلها بالأعداد الغفيرة من الأسرى، وبغية بث الرعب والخوف في نفوس الأفراد<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك قام الجنرال "سيلا" بقتل ما يقرب من ثمانية آلاف أسير من الساميين والليكونيين، كما قام "ليبزار" بقتل أسرى النرفينيين، وإن استثنى النساء والأطفال والشيوخ<sup>2</sup>.

وإن كان هذا حال الأسرى في الحروب لدى الرومان، فإنه حال استرقاقهم من قبل الرومان كانوا يعاملون أيضاً معاملة تتسم بالقسوة والشدة، إذ عد الرقيق في

---

<sup>1</sup> د. محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة 42، مارس يونيو 1972، ص 555.

Fusinato: Le Droit international de la republique romain, Revue de droit international, 1885, p.278. GarlanY: La Guerre dans l'antiquite, fernand-nathan, paris, 1972, p.6, BierzanekP: Sur les origins du droit de la guerre et de la paix, R.H.D, xxxviii, 1960, p.83.

<sup>2</sup> د. السيد أحمد علي، المرجع السابق، ص 349.

ChotardA: op.cit, p.1. Cros: op.cit, p.45.

نظر القانون الروماني مجرد شيء، فهو ملك سيده ولم يتمتعوا بأي حق، حيث إنهم محل للحق وليسوا أصحاب حق<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك لم يكن للرقيق أي شخصية قانونية، بحيث لم يخول له تكوين أسرة، والالتزام بدين، كما لم يكن له حق اللجوء إلى القضاء أياً ما كانت صفته<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه تحت ضغط التطورات الاقتصادية الاجتماعية والسياسية التي شهدتها روما، تم الاعتراف بشخصية قانونية محددة للرقيق، فكان له التعاقد نيابة عن سيده حال كون التصرف في مصلحة السيد، كما حق له التعاقد باسمه وإن كان هذا الالتزام عد التزاماً طبيعياً، هذا بالإضافة إلى حقه في اللجوء إلى القضاء<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د. طه عوض غازي، تاريخ القانون المصري؛ د. السيد أحمد علي البدوي، المرجع السابق، ص 375.

<sup>2</sup> د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني الجزء الأول الأشخاص والأموال والالتزامات، د.ن، الطبعة الثانية، 1936، ص 30؛ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، 1965، ص 216 وما بعدها.

Robaye®: Le droit Romain, Bruylant- academia, 2e edition, bruxelles, 2001, p.65.

<sup>1</sup> د. طه عوض غازي، الأصول التاريخية للشرائع الغربية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006، ص 68 وما بعدها؛ د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 217.

MonierR: Manuel élémentaire de droit romain, paris, 1945, p.279.

ومفاد ما سبق كله أن معاملة الأسرى في المجتمعات القديمة قد اتسمت بالقسوة والوحشية، حيث كان الخيار إما القتل والتكيل بهم وذلك ضمن مراسيم الاحتفال بالنصر كالرومان، والسومريين، وأما الاسترقاق الذي كانوا يقعون في برائته ويعاملون معاملة الشيء، وإن تطور الأمر واعترفوا لهم ببعض الحقوق.

## الفرع الثاني أساس معاملة الأسرى

ساد قديماً مبدأ أسست عليه معاملة أسرى الحرب، وقد تمثل في حق المنتصر في الخيار بين قتل الأسير أو استرقاقه، إذ كان الاعتقاد أن حق الحياة والموت يخول للمنتصر في مقابلة المهزوم<sup>1</sup>.

وقد تم استخدام هذا الحق بصورة وحشية-كما سبق الذكر- فكان الرومان يقتلون كافة سكان المدن المهزومة، وهذا ما حدث في مدينة "يوزبيه" إذ تم قتل كافة السكان على يد جنرالات الجيش الروماني<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا المبدأ الداعي إلى حق المنتصر في الخيار بين قتل أسيره أو استرقاقه، كان يسود حال وجود حرب عادلة بين الخصوم، بحيث يكون هناك إعلان مسبق واستيفاء شكليات تتفق ومبدأ حسن النية الذي كان من المفترض أن يهيمن على العلاقات<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. السيد أحمد علي بدوي، المرجع السابق، ص 362.

Merimee P: Etudes sur l'histoire romain, T. 2, conjuration de catilina, paris, 1844, p. 284.

<sup>2</sup> د. السيد أحمد علي بدوي، المرجع السابق، ص 362.

<sup>3</sup> Vassaux E: Des prisonniers de guerre et des otages, these, paris, 1890, p. 22.

وبالرغم من هذا القيد على تطبيق المبدأ، إلا أن الواقع شهد مخالفته  
وبطرق فادحة، حيث ساد الغدر والخيانة وعدم الثقة بين الجماعات قديماً، وهذا ما  
ناقض مبدأ حسن النية، وإن لم يؤثر ذلك على حق المنتصر في قتل أو استرقاق  
أسيره.<sup>1</sup>

ولعل فعل الرومان من إبادة المنهزمين في بداية الأمر، وذلك تأسيساً على  
حق المنتصر في تقرير حق الحياة أو الموت، يتوافق مع حال الحروب قديماً، إذ  
كانت الحروب تتدلع من أجل البقاء أو الحفاظ على الوجود، وهذا ما يخالف حال  
الحروب الآن إذ تمثل هدفها في فرض أسلوب معين على كافة الأطراف.<sup>2</sup>

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المبدأ السائد من حق المنتصر في تحديد  
مصير الأسير لم يطبق بصفة مطلقة، إذ وجدت استثناءات على تطبيق المبدأ وإن  
اتسمت بالندرة.<sup>3</sup>

---

1 د. السيد أحمد علي بدوي، المرجع السابق، ص 363.

3 BrucyJ: Les Traites et la reglementation du droit de la guerre, paris,  
1917, p.13. GeoffroyH: Droit romain du droit de la guerre a rome, these,  
paris, 1888, p.42.

3 د. السيد أحمد علي، المرجع السابق، ص 366.

فمن جهة أولى هناك بعض الشعوب المهزومة الذين أصبحوا مزيجاً مع الشعب الروماني، بحيث تمتعوا بذات حقوق الرومان، كالشعب الألباني الذي خول التمتع بحقوق الرومان<sup>1</sup>.

ومن جهة ثانية هناك شعوب أخرى كان يحكم عليهم بعقوبة عن ارتكابهم أفعالاً مشينة، ومن ثم إرسالهم بعد تنفيذها إلى مسقط رأسهم، وذلك كالحرب بين روما والساميين<sup>2</sup>.

وقد وجد المبدأ أساسه لدى فقهاء الرومان القدامى في العادات، حيث عد الأسرى أعداء الشعب الروماني ومن ثم أجاز قتلهم، أو استرقاقهم، وهذا ما أكده جستنيان في مدونته إذ قرر أن الحرب ينشأ نتيجة لها نظام الأسر والرق<sup>3</sup>.

فيما ذهب رأي ثانٍ إلى أن حق المنتصر في الخيار بين قتل أسيره أو استرقاقه يجد أساسه في قواعد قانون الشعوب، حيث كانت تخول قتل الأسير أو الاكتفاء فقط بسلب حرته<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> VasauxE: op.cit, p.21.

<sup>2</sup> د. السيد أحمد علي، المرجع السابق، ص 367.

<sup>3</sup> مدونة جستنيان في الفقه الروماني، نقلها إلى العربية عبد العزيز فهمي، القاهرة، دار الكتاب المصري، 1946، الكتاب الأول، الباب الثالث، ص 11.

<sup>4</sup> CrosL: op.cit, p.45.



فيما ذهب رأي ثالث إلى أن حق المنتصر يجد أساسه في حق الدفاع الشرعي، حيث إن المنتصر يتعرض لخطر محقق، وهذا ما يستتبع الدفاع عن نفسه، وذلك بسلب حياة العدو الذي أراد الاعتداء عليه<sup>1</sup>.

ومما هو جدير بالملاحظة أن هذا الحق المؤسس على الدفاع الشرعي يقف حال عدم قدرة المهزوم في إلحاق الضرر بالمنتصر، أو حال طلبه العفو والأمان، فهنا يجب على المنتصر النظر إلى الأسير باعتباره نظيراً له وليس عدواً، ومن ثم لا ينطبق عليه الدفاع الشرعي<sup>2</sup>.

ومفاد ذلك أن المنتصر لم يكن يخول له قتل المهزوم، إذ إن حالة الضرورة لا تتوافر حال خروج المنتصر سالماً من المعركة، إذ تنتهي حالة الضرورة ومن ثم الدفاع الشرعي.

وبناءً على ما سبق حق للمنتصر استرقاق المهزوم "أسير الحرب"، إذ إن المهزوم يجب عليه الخضوع كقاعدة عامة للمنتصر، فحال عدم تحقق حال

---

<sup>1</sup> د. السيد أحمد علي، المرجع السابق، ص 369.

<sup>2</sup> د. السيد أحمد علي، المرجع السابق، ص 369.

الضرورة يفقد المنتصر حق قتل أسيره، وإن عد الأسير هنا مجرماً يجوز سلب حياته أو حريته، وذلك تأسيساً على مخالفته مبدأ المشروعية ومقتضياته<sup>1</sup>.

وقد أكد ذلك "جان جاك روسو" إذ قرر أن قانون الشعوب قد خول للمنتصر القتل حال تحقق حالة الضرورة، أما حال انتقائها فإنه لا يخول له القتل استناداً إلى أنه كان لديه حالة ضرورة<sup>2</sup>.

كما اتفق معه في ذلك "مونتسكيو"، إذ قرر أن فعل القتل مباح أثناء الحرب، وحال تحقق حالة الضرورة، أما حال وقوع فرد في يد المنتصر كأسير، فإنه لا يجوز قتله بحجة أنه كان لديه حالة ضرورة تجيز قتله، وهذا ما يدعمه تعرض القانون لوجود أسرى نتيجة الحروب<sup>3</sup>.

ومما سبق كله يتضح أن معاملة أسرى الحرب قد شهدت تطوراً خلال المجتمعات القديمة، فمن وحشية وقسوة والتنكيل في القتل، وصولاً إلى الاسترقاق والاعتراف له بشخصية قانونية محدودة.

---

<sup>1</sup> د. السيد أحمد علي، المرجع السابق، ص 369.

<sup>2</sup> VassauxE: op.cit, p.26.

<sup>3</sup> CrosL: op .cit, p.44, VassauxE: op.cit, p.26.

## المطلب الثاني معاملة أسرى الحرب حديثاً

شهدت معاملة أسرى الحرب تطورات عدة، بحيث أصبحت أكثر تنظيماً وشمولية، وذلك تأثراً بالاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية جنيف 1949 والبروتوكولين الإضافيين المكملين لها 1977، وقد عدت الديانات السماوية مرحلة وسطى بين معاملة الأسرى قديماً وحديثاً، كما مثلت حجر أساس في بعض الأحيان، ويمكن تبين ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: أسرى الحرب والديانات السماوية.

الفرع الثاني: أسرى الحرب والاتفاقيات الدولية.

## الفرع الأول

### أسرى الحرب والديانات السماوية

تباين موقف الشرائع السماوية عما كان سائداً لدى المجتمعات القديمة، كما تباينت فيما بينها وذلك من حيث التطبيق، فمن جهة فإن اليهود عاملوا أسرى الحرب معاملة تتسم بالقسوة والوحشية، بحيث لم يكن هناك أي فرق بينهم وبين المجتمعات القديمة.

وقد ظهر ذلك حين هزم اليهود الكنعانيين، إذ قاموا بقتل كل من طالتهم أيديهم، واسترقوا ما تبقى من نسائهم، بل أن التاريخ يشهد أن اليهود كانوا يقومون بشراء الأسرى من الحرب، وذلك رغبة منهم في الاستمتاع بقتلهم<sup>1</sup>.

وقد أسس اليهود ذلك التعامل على التعاليم الدينية، إذ ذكروا أن الرب أمر اليهود حال استعدادهم لخوض الحرب أن يعرضوا الصلح أولاً، وحال عدم الاستجابة للصلح والخضوع يقومون بضرب الجميع، وذلك وفقاً لزمعهم بأن هذا ما تضمنه الإصحاح العشرون من سفر التثنية العهد القديم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د. محمد عبد الجواد الشريف، المرجع السابق، ص 383، فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> د. أحمد اسكندري و د. محمد ناصر أبو غزالة، القانون الدولي العام، "الجزء الأول"، المدخل والمعاهدات الدولية، الجزائر، مطبوعات الكاهنة، 1997، ص 28.

أما من جهة الديانة المسيحية فقد نادى بالسلام، وهذا ما رتب دعوة سيدنا المسيح عليه السلام إلى تحرير الأرقاء والعبيد والأسرى، وقد ساهمت المسيحية في تحسين أحوال الرقيق الذين عدت الحرب أهم مصادره<sup>1</sup>.

أما من جهة الشريعة الإسلامية فقد جاءت متفقة مع الديانة المسيحية، وذلك بالدعوة إلى السلام ومن ثم معاملة الأسرى معاملة تتسم بالإنسانية والرحمة، وذلك تأسيساً على قوله سبحانه وتعالى "ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيمماً وأسيراً"<sup>2</sup>، وقوله تعالى "يا أيها النبي قل لمن في أيديكم من الأسرى أن يعلم الله في قلوبكم خيراً يؤتكم خيراً مما أخذ منكم ويغفر لكم والله غفور رحيم"<sup>3</sup>.

ومما سبق يتضح أن الله سبحانه وتعالى قد قرر معاملة الأسرى معاملة حسنة تتضمن العفو والمغفرة، وهذا ما أكد عليه الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله "واستوصوا بالأسارى خيراً"<sup>4</sup>.

وقد أسست هذه المعاملة على أساس أن الأسرى يقعون تحت أيدي العدو في ظل نيران الحرب، وهذا ما يجعل الاعتداء عليهم للانتقام أو التخلص من

---

<sup>1</sup> د. محمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 385؛ فاطمة بعليش، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> سورة الإنسان، الآية 8.

<sup>3</sup> سورة الأنفال، الآية 70.

<sup>4</sup> سليمان الطبراني، المعجم الصغير، تحقيق محمد شكور محمود، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1405، الجزء الأول، ص 250.

الغيظ، ولما للإسلام من مكارم والحث على مجاهدة النفس أولاً، فكانت معاملة الأسرى بالإحسان جهاداً لضبط النفس<sup>1</sup>.

وبناءً على ذلك نجد أن الإسلام قد أولى عناية واهتماماً خاصاً بالأسرى ومعاملتهم، بحيث تحفظ كرامتهم وحقوقهم، وتحقيقاً لذلك يقرر الإسلام وجوب إطعام الأسير وعدم تجويعه<sup>2</sup>.

وقد التزم قواد المسلمين بهذا الأمر، إذ كانوا يقومون بالإحسان للأسرى وإطعامهم وعدم تجويعهم، وقد تجلّى ذلك في موقف صلاح الدين الأيوبي في حربه مع الصليبيين، حيث كان قد أسر العديد منهم، إلا أنه لم يجد طعاماً لإطعامهم فأمر بإطلاق سراحهم<sup>3</sup>.

كما تقرر من باب المعاملة الطيبة أيضاً كسوة الأسير، ويجب أن يكون الثوب جيداً يليق به، بحيث يقيه حر الصيف وبرد الشتاء، وقد روي عن الرسول

---

<sup>1</sup> الشيخ محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، القاهرة، دار الفكر العربي، 1995، ص 122.

<sup>2</sup> د. زيد بن عبد الكريم الزيد، مقدمة في القانون الدولي الإنساني في الإسلام، الهيئة الدولية للصليب الأحمر، 1425هـ-2004م، ص 36.

<sup>3</sup> الشيخ محمد أبو زهرة، نظرية الحرب في الإسلام، مصر، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بوزارة الأوقاف، 1380هـ، ص 56 وما بعدها.

صلى الله عليه وسلم أنه يوم بدر رأى أسيراً لم يكن عليه ثوب فكساه بثوب عبد الله بن أبي بقدر، كما روي أنه كسا بعض الأسرى من ملابسه الخاصة<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الإسلام خول للأسير ممارسة شعائره الدينية، وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى " لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ " <sup>2</sup>، كما أمنه فلا يجوز الغدر به وذلك تأسيساً على قوله تعالى " وَلَا تَرْرُ وَأَزْرَةَ وَرَرَ أُخْرَى " <sup>3</sup>، وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه حال بعثه لجيش من المسلمين يأمرهم بقتال من كفر بالله، وعدم الغدر والغلو<sup>4</sup>.

كما أن الإسلام منع كافة التصرفات التي قد تصدر من الجنود تحت تأثير الحرب وآثارها النفسية، بحيث يبعد الغضب عن التصرف ويحفظ للأسرى إنسانيتهم وكرامتهم<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> البخاري، الجامع الصحيح، خدمه، محمد زهير بن ناصر الناصر، المجلد الثاني، الجزآن 3-4، دار طوق للنجاة، د.ت، الجزء الرابع، ص 60.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 256.

<sup>3</sup> سورة فاطر، الآية 18.

<sup>4</sup> الأمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تحقيق الدكتور عبد الله التركي وزملائه، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1417، الجزء الرابع، ص 461.

<sup>5</sup> د. زيد بن عبد الكريم، المرجع السابق، ص 40.

ليس هذا فحسب بل أن الإسلام قد أوجب عدم التفريق بين أفراد عائلة الأسير الواحدة، وقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال "من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا أن الإسلام قد أوجد عدة خيارات للتعامل مع الأسرى، أولها العفو، وثانيها فداء الأسرى، بحيث يقوم الأسير بفداء نفسه بالمال أو برجل مسلم لدى الكفار، أو كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم بتعليم الأسير أولاد المسلمين الكتابة والقراءة<sup>2</sup>.

أما ثالث الخيارات فهو قتل الأسير، وقد وجد خلاف في هذا الأمر، فقد ذهب رأي إلى أن حق قتل الأسير، وذلك تأسيساً على قوله سبحانه وتعالى "حَتَّى يُنْخَنَ فِي الْأَرْضِ"، وذلك في بداية الأمر عندما كان المسلمون قليلين، أما بعد كثرتهم فكان الخيار بين المن والفداء، وهذا ما ذهب إليه الرأي الثاني من منع القتل والخيار بين المن أو الاسترقاق، وقد قيل في ذلك أن هناك إجماع صحابة بعدم جواز قتل الأسير<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت، الجزء الرابع، ص 134.

<sup>2</sup> د. زيد بن عبد الكريم، المرجع السابق، ص 43.

<sup>3</sup> ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار المعرفة، الطبعة السادسة، 1402، الجزء الأول، ص 382؛ د. زيد بن عبد الكريم، المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.



وإن كان لنا ترجيح أحد الرأيين، فإننا نرجح الرأي الثاني تأسيساً على أن الدين الإسلامي هو دين التسامح والعفو، كما أنه لا يسمح بقتل غير القادر على القتال أو الغدر به.

## الفرع الثاني

### أسرى الحرب والاتفاقيات الدولية

تمتع أسرى الحرب ومعاملتهم بأهمية بالغة على المستوى الدولي، وقد شرع المجتمع الدولي في محاولة تنظيم وضع أسرى الحرب منذ لائحة لاهاي 1899، وقد ظهر اهتمام المجتمع الدولي جلياً 1929 على أثر ما شهده العالم من مأسٍ خلال الحرب العالمية الأولى.

إذ تم تخصيص الاتفاقية الثانية من اتفاقيات جنيف 1929 لموضوع أسرى الحرب، كما تؤكد اهتمام المجتمع الدولي في أعقاب الحرب العالمية الثانية، حيث تم إفراد الاتفاقية الثالثة من اتفاقيات جنيف 1949 لأسرى الحرب.

وقد تضمنت اتفاقية جنيف الثالثة العديد من الحقوق التي تمنح للأسير، وذلك إشارة إلى تحسين وضعهم وكيفية معاملتهم، فمنذ بداية الأسر بوقوعهم تحت يد العدو، فإن الدول الأسيرة تعد مسئولة عنهم بحيث تسأل عن أفعال جنودها تجاه ما يفعلونه ضدهم، كما تسأل عن أفعال مواطنيها المدنيين<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د. عبد الرحمن على إبراهيم، الحماية القانونية للأسرى وفقاً لأحكام القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص 46 وما بعدها.

كما تقرر التزام الدولة الأسيرة بنقل الأسرى في أسرع وقت بعيداً عن ساحة القتال بحيث تضمن لهم الأمن والأمان، كما يجب أن يتم الترحيل بطريقة تتسم بالإنسانية، وذلك وفقاً للمادتين 19 و20 من الاتفاقية<sup>1</sup>.

هذا وقد خول للدولة الأسيرة تفتيش الأسرى، ولك بغية الاستيلاء على الممتلكات ذات القيمة العسكرية، ولكن لا يحق لها الاستيلاء على الممتلكات الشخصية كالنقود والأدوات الأخرى غير العسكرية.

إذ تنص المادة 18 من الاتفاقية على أن " يحتفظ أسرى الحرب بجميع الأشياء والأدوات الخاصة باستعمالهم الشخصي -ماعدا الأسلحة، والخيول،

---

<sup>1</sup> تنص المادة 19 على أن " يتم إجلاء أسرى الحرب بأسرع ما يمكن بعد أسرهم، وينقلون إلى معسكرات تقع في منطقة تبعد بقدر كاف عن منطقة القتال حتى يكونوا في مأمن من الخطر. لا يجوز أن يستبقى في منطقة خطيرة، وبصورة مؤقتة، إلا أسرى الحرب الذين يتعرضون بسبب جروحهم أو مرضهم لمخاطر أكبر عند نقلهم مما لو بقوا في مكانهم. يجب ألا يعرض أسرى الحرب للخطر دون مبرر أثناء انتظار إجلائهم من منطقة قتال".

والمادة 20 على أن "يجب أن يجري إجلاء أسرى الحرب دائماً بكيفية إنسانية وفي ظروف مماثلة للظروف التي توفر لقوات الدولة الحاجزة في تنقلاتها.

علي الدولة الحاجزة أن تزود أسرى الحرب الذين يتم إجلاؤهم بكميات كافية من ماء الشرب والطعام وبالملايس والرعاية الطبية اللازمة. وعليها أن تتخذ جميع الاحتياطات لضمان سلامتهم أثناء نقلهم، وأن تعد بأسرع ما يمكن قائمة بأسرى الحرب الذين يتم إجلاؤهم. فإذا اقتضى الأمر مرور أسرى الحرب أثناء نقلهم بمعسكرات انتقالية، وجب أن تكون مدة إقامتهم في هذه المعسكرات أقصر ما يمكن.

والمهمات الحربية، والمستندات الحربية- وكذلك بخونتهم المعدنية والأقنعة الواقية من الغازات، وجميع الأدوات الأخرى التي تكون قد صرفت لهم للحماية الشخصية. كما تبقى في حوزتهم الأشياء والأدوات التي تستخدم في ملبسهم وتغذيتهم حتى لو كانت تتعلق بعتهم العسكرية الرسمية.....

تحفظ في عهدة الدولة الحاجزة الأشياء والنقود التي تسحب من الأسرى بعملات مغايرة لعملة الدولة الحاجزة دون أن يطلب أصحابها استبدالها، وتسلم بشكلها الأصلي إلى الأسرى عند انتهاء أسرهم".

بالإضافة إلى أن الدولة الأسرة لا يحق لها ممارسة أي نوع من أنواع التعذيب على الأسير، وذلك بغية الحصول على ثمة معلومات منه، حيث نصت المادة الثالثة المشتركة على "عدم الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله والتشويه، والمعاملة القاسية والتعذيب"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة الثالثة المشتركة على أنه "في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية: 1. الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة، أو أي معيار مماثل آخر.

وإذ كانت كافة هذه الحقوق السابقة تخول للأسير منذ بداية أسره، فإنه يتمتع بموجب الاتفاقية بحماية أثناء الأسر، فتلتزم الدولة الأسرة بمعاملة الأسير معاملة إنسانية، ويعد أي إهمال بمثابة انتهاك للاتفاقية<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك أقرت الاتفاقية عدم جواز خضوع الأسير لأي تجارب طبية أو علمية، إذ لم يخول المساس بجسد الأسير أو التمثيل به، كما لا يجوز الإتيان بأي فعل لا يكون في مصلحة الأسير، وقد نصت الاتفاقية في المادة 13 على أنه

---

ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقي محظورة في جميع الأوقات والأماكن:

أ الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب،

ب أخذ الرهائن،

ج الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة،

د إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً. وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة.

2 . يجمع الجرحى والمرضى ويعتني بهم.

يجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها علي أطراف النزاع.

وعلى أطراف النزاع أن تعمل فوق ذلك، عن طريق اتفاقيات خاصة، على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها.

وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع.

<sup>1</sup> د. عبد الرحمن علي إبراهيم، المرجع السابق، ص 49.

" يجب معاملة أسرى الحرب معاملة إنسانية في جميع الأوقات. ويحظر أن تقترب الدولة الحاجزة أي فعل أو إهمال غير مشروع بسبب موت أسير في عهدها، ويعتبر انتهاكا جسيما لهذه الاتفاقية. وعلى الأخص، لا يجوز تعريض أي أسير حرب للتشويه البدني أو التجارب الطبية أو العلمية من أي نوع كان مما لا تبرره المعالجة الطبية للأسير المعني أو لا يكون في مصلحته".

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأسير قد تمتع بالحق في المساواة في المعاملة، بحيث لا يحق التمييز بين الأسرى بسبب الجنس أو الدين أو اللون، وإن كانت المساواة لا تتعارض مع مراعاة تباين الرتب العسكرية، أو للأسباب الصحية، أو المؤهلات العلمية.

وقد وجد ذلك الحق أساسه في المادة 16، إذ نصت على أنه "مع مراعاة أحكام هذه الاتفاقية فيما يتعلق برتب الأسرى وجنسهم، ورهنًا بأية معاملة مميزة يمكن أن تمنح لهم بسبب حالتهم الصحية أو أعمارهم أو مؤهلاتهم المهنية، يتعين على الدولة الحاجزة أن تعاملهم جميعا على قدم المساواة، دون أي تمييز ضار على أساس العنصر، أو الجنسية، أو الدين، أو الآراء السياسية، أو أي معايير مماثلة أخرى".

وقد خول للأسير حماية في شخصه وشرفه، إذ نصت المادة 14 على أن " لأسرى الحرب حق في احترام أشخاصهم وشرفهم في جميع الأحوال".

كما منح الحق في ممارسة شعائره الدينية، وذلك بموجب المادة 34 من الاتفاقية، حيث تنص على أن "تترك لأسرى الحرب حرية كاملة في ممارسة شعائهم الدينية، بما في ذلك حضور الاجتماعات الدينية الخاصة بعقيدتهم، شريطة أن يراعوا التدابير النظامية المعتادة التي حددتها السلطات الحربية. تعد أماكن مناسبة لإقامة الشعائر الدينية".

هذا ويقع على عاتق الدولة الأسرة الالتزام برعاية الأسير من الناحية الطبية والصحية، إذ تلتزم الدول باتخاذ كافة الإجراءات للحفاظ على نظافة أماكن الأسر بحيث تضمن سلامة الأسرى<sup>1</sup>.

وتلتزم الدولة الأسرة بتوفير المأوى والغذاء واللباس للأسير، حيث تنص المادة 28 على أن "تقام مقاصف كنتينيات في جميع المعسكرات، يستطيع أن

---

<sup>1</sup> المادة 29 من الاتفاقية، إذ تنص على أن "تلتزم الدولة الحاجزة باتخاذ كافة التدابير الصحية الضرورية لتأمين نظافة المعسكرات وملاءمتها للصحة والوقاية من الأوبئة. يجب أن تتوفر لأسرى الحرب، نهارة وليلا، مرافق صحية تستوفى فيها الشروط الصحية وترعى فيها النظافة الدائمة. وتخصص مرافق منفصلة للنساء في أي معسكرات توجد فيها أسيرات حرب.

ومن ناحية أخرى، وإلي جانب الحمامات والمرشات الأذشاش التي يجب أن تزود بها المعسكرات، يزود أسرى الحرب بكميات كافية من الماء والصابون لنظافة أجسامهم وغسل ملابسهم، ويوفر لهم ما يلزم لهذا الغرض من تجهيزات وتسهيلات ووقت".

يحصل منها الأسرى على المواد الغذائية، والصابون، والتبغ، وأدوات الاستعمال اليومي العادية. ويجب ألا تزيد أسعارها على أسعار السوق المحلية".

كما تنص المادة 25 على أن "توفر في مأوى أسرى الحرب ظروف ملائمة مماثلة لما يوفر لقوات الدولة الحائزة المقيمة في المنطقة ذاتها. وتراعى في هذه الظروف عادات وتقاليد الأسرى، ويجب ألا تكون ضارة بصحتهم بأي حال".

وتنص المادة 27 على أن "تزود الدولة الحائزة أسرى الحرب بكميات كافية من الملابس، والملابس الداخلية والأحذية، الملائمة لمناخ المنطقة التي يحتجز فيها الأسرى".

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأسير يتمتع بحق الاتصال بمعارفه في الخارج، إذ يحق له إرسال واستلام الرسائل، وتنص الاتفاقية في المادة 71 على أن "يسمح لأسرى الحرب بإرسال واستلام الرسائل والبطاقات".

ومفاد ما سبق كله أن الأسير في ظل اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 قد تمتع بالحماية اللازمة باعتباره إنساناً، حيث تلتزم الدول الأسيرة بمعاملة الأسرى معاملة إنسانية، وها ما عكس تطوراً في المعاملة مقارنة بالمجتمعات القديمة، وإن اقترب من تعامل الشرائع السماوية وخاصة الديانة المسيحية والشريعة الإسلامية.



## الخاتمة

تناولنا خلال هذا البحث نشأة وتطور فكرة القانون الدولي الإنساني من جهة، وفكرة الأسير ومفهومه وتطور معاملته منذ القدم وإلى الآن، من خلال تتبع مراحلها في ظل القوانين القديمة والمجتمع الدولي.

وقد ارتبطت فكرة الأسرى ومعاملتهم منذ القدم بفكرة القانون الدولي الإنساني وهدفه وغايته، وهذا ما استتبع تناول مدخل عن ماهية القانون الدولي الإنساني.

حيث تم تحديد تعريفه ومبادئه، كما تم إيضاح العلاقة بينه وبين فرع القانون الدولي العام الآخر القانون الدولي لحقوق الإنسان، وقد تبين أن هناك نقاط التقاء وأخرى اختلاف بينهما، وهذا ما أوج خلافاً في الفقه حول طبيعة العلاقة بينهما.

كما تم تناول تطور قواعد القانون الدولي الإنساني منذ المجتمعات البدائية، حيث ساد مبدأ القوة تنشئ الحق وتحميه، وهذا ما رتب عدم وجود قواعد لتنظيم الحرب قديماً كقاعدة عامة.

إلا أنه استثناءً من ذلك فقد وجدت حضارات قامت بتنظيم اللجوء إلى الحرب والقواعد المتبعة بها، وهذا ما اتضح من خلال تنظيم الإغريق والرومان للحرب، وإن تباين التنظيم بحسب صفة العدو.

وقد نحت قواعد القانون الدولي الإنساني منحاً مختلفاً في ظل أفكار رجال الكنسية، حيث نشأت نظرية الحروب العادلة من خلال أفكار القديس "أوغسطين".

وهذا على أثر محاولة التوفيق بين أحكام الديانة المسيحية التي تدعو إلى السلام والمحبة، ورغبة الأباطرة الرومان في خوض الحروب والتوسع في الفتوحات.

وقد تطورت هذه الأفكار على يد القديس "توما الأكويني" الذي أسس هذه النظرية على المصلحة العامة للدولة، وهو ما فتح الطريق إلى طرق الباب النظرية بعيداً عن الدين، وهذا ما ساعد عليه حركة الإصلاح الديني على يد "مارتن لوثر"، وتطور فكرة القانون الطبيعي ومفهومه لدى مدرسة القانون الطبيعي الحديثة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن "جروسيوس" قد تلقف ذلك وحاول وضع أسس لقواعد الحرب، ولكن تبعد عن الأساس الديني وتجد مصدرها في الطبيعة الإنسانية.

إلا أن أفكار "جان جاك روسو" هي ما عدت أساساً لقواعد القانون الدولي الإنساني حديثاً، وذلك تأسيساً على مقولته إن الحرب هي علاقة بين دول أما الأفراد فهم أعداء على سبيل الإعراض.

ومن جهة أخرى فقد تناولنا فكرة أسرى الحرب وكيفية معاملتهم، وذلك من خلال تحديد ماهية أسرى الحرب بداءة، وما شهده هذا التحديد من تطور منذ المجتمعات القديمة وصولاً للمجتمع الدولي حديثاً، ومروراً بالشريعة الإسلامية.

وبناءً على ذلك فقد تم تمييزه عن غيره من المصطلحات كالسجين والمعتقل، بغية تحديد الفئات وحقوق وواجبات الفئات، وقد ارتبط بهذا التحديد تحديد فئات الأسرى.

إذ شمل فئات الأسرى قديماً كل ما يقع عليه يد العدو من نساء وأطفال وشيوخ ورجال، وهذا ما شهد تطوراً خلال تطبيق الديانات السماوية وخاصة الشريعة الإسلامية التي ربطت الأسير بكونه مقاتلاً.

وهذا ما سار عليه المجتمع الدولي من خلال ربط الأسرى بكونهم مقاتلين، وقد انعكس ذلك على نصوص الاتفاقيات الدولية، كما شهدت معاملة الأسرى تطوراً، فمن وحشية وقسوة إلى التعامل الإنساني في أحكام الديانات السماوية والاتفاقيات الدولية.

وقد اتضح من خلال هذه الدراسة أن قواعد الحرب منذ بدايتها وتطورها قد انعكست على كيفية معاملة الأسرى، فقديمًا كانت الجماعات يسودها الكره والغضب فيما بينها، وهذا ما استتبع معاملة الأسرى بصورة تتسم بالقسوة والوحشية.

ولما كانت المجتمعات قد أصابها التطور، وذلك من حيث محاولة الاهتمام إلى ما يعرف بالحرب العادلة، فإن معاملة الأسرى قد ارتقت نوعاً ما، بحيث نجد أن المجتمعات باختلاف أفكارها قد عرفت تحسناً في المعاملة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الديانات السماوية وخاصة الديانة المسيحية والشريعة الإسلامية، قد أثرتا في قواعد الحرب ومن ثم معاملة الأسرى، وذلك لما تضمنته من دعوة إلى السلام والعتف والمغفرة.

وقد شهد المجتمع الدولي العديد من المحاولات، وذلك بغية تنظيم قواعد الحرب من جهة، وتحسين أحوال المتضررين من الحروب وآثارها من جهة أخرى، وقد انعكس ذلك في اتفاقيات جنيف 1929، 1949.

وإن اتسمت هذه المحاولات بالأهمية إلا أن الشكوك تدور حول فاعلية القواعد الدولية في ذلك الشأن، وذلك حيث تواجه النصوص مشاكل من حيث التطبيق، وذلك في ظل العديد من الانتهاكات لقواعد القانون الدولي الإنساني، وهذا ما يجب أن تتجه الجهود الدولية إليه بحيث يصل إلى وسيلة لإنفاذ القانون أيًا ما كانت الأطراف.

## المراجع

### أولاً: المراجع العربية:

- د. إبراهيم عيد نايل، د. عمر محمد سالم، شرح قانون العقوبات المصري "القسم العام" "الجزء الثاني" النظرية العامة للعقوبة أسباب الإباحة- موانع المسؤولية، د.ن، 2018-2019.
- د. إبراهيم مشورب، القانون الدولي العام مفاهيم- حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني- المعاهدات الدولية، بيروت، دار المنهل اللبناني، الطبعة الأولى، 2013.
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار المعرفة، الطبعة السادسة، 1402، الجزء الأول.
- ابن منظور، لسان العرب، لبنان، بيروت، دار صادر، الطبعة الأولى، 1990.
- أبو الأعلى المودودي، شريعة الإسلام في الجهاد والعلاقات الدولية، دار الصحوة، الطبعة الأولى، 1985.
- الإمام أحمد، مسند الإمام أحمد، تحقيق الدكتور عبد الله التركي وزملائه، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1417، الجزء الرابع.

- د. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، القاهرة، الدار الجامعية، 1995.
- د. أحمد أبو الوفا، الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني، بحث في كتاب القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، تقديم د. أحمد فتحي سرور، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2003.
- د. أحمد إسكندري، د. محمد ناصر بو غزالة، القانون الدولي العام "الجزء الأول" المدخل والمعاهدات الدولية، الجزائر، مطبوعات الكاهنة، 1997.
- أحمد محمد لطفي، معاملة الأسرى رؤية إنسانية وفق قواعد الشريعة الإسلامية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القانون الدولي الإنساني في ضوء الشريعة الإسلامية، ضمانات التطبيق والتحديات المعاصرة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2015.
- د. إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الدولية للقانون الإنساني الدولي، في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، هيئة الصليب الأحمر، 2003.
- د. إسماعيل عبد الرحمن، الحماية الجنائية للمدنيين زمن النزاعات المسلحة، القاهرة، الهيئة العامة المصرية للكتاب، الجزء الأول، 2007.

- الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت، الجزء الرابع.
- د. السيد أحمد علي بدوي، معاملة أسرى الحرب في القانون الروماني "دراسة تأصيلية تحليلية"، القسم الأول، مجلة الحقوق، الكويت، ديسمبر 2016.
- د. السيد عبد الحميد فودة، القانون العراقي القديم، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010.
- د. السيد عبد الحميد فودة، نشأة القانون، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006.
- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، لبنان، بيروت، دار الكتب العالمية، الطبعة الأولى، 1992.
- الماوردي، الأحكام السلطانية، القاهرة، طبعة دار الحديث.
- المستشار أمين المهدي، الجوانب التشريعية لتنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني، بحث في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، 2003.

• د. أمل يازجي، القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 20، ع1، 2004.

• أنوار عودة أحمد، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الأردن.

• بوزيان رحيمة، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016

<https://www.google.com/search?rct=j&q=%D8%A8%D9%88%D8%B2%D9%8A%D8%A7%D9%86%20%D8%B1%D8%AD%D9%8A%D9%85%D9%87>

• جان بكتيه، مبادئ القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف 1975.

• جان بكتيه، القانون الدولي الإنساني "تطوره ومبادئه"، جنيف، 1984.

• جان بكتيه، القانون الدولي الإنساني وحماية ضحايا النزاعات المسلحة، جنيف 1986.



- جان بكتيه، القانون الإنساني وحماية ضحايا الحرب مدخل إلى القانون الدولي والرقابة الدولية على استخدام الأسلحة، تحرير أ. د. محمود شريف بسيوني، 1999.
- جان بكتيه، القانون الدولي الإنساني تطوره ومبادئه القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2017.
- جان جاك روسو، العقد الاجتماعي أو مبادئ الحقوق السياسية، نقله إلى العربية عادل زعيتير، بيروت، مؤسسة الابحاث العربية، الطبعة الثانية 1995.
- جان جاك شوفالبيه، تاريخ الفكر السياسي، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1985.
- د. جعفر عبد السلام، القانون الدولي الإنساني في الإسلام، بحث في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2003.
- د. جمال عبود محمد، حقوق الإنسان زمن الحرب والمنازعات المسلحة في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006.

- د. حامد سلطان، الحرب في نطاق القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخامس والعشرون، 1969.
- د. حسن الظاهر، دراسات في تطور الفكر السياسي، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، 1992.
- د. حسن محمد على عبادة، بحوث في الحرب الإسلامية، القاهرة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1997.
- د. حمادة محمد السيد سالم، الحرب العادلة وفقا لقواعد قانون الدولي العام، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2002.
- د. خالد مصطفى فهمي، القانون الدولي الإنساني "الأسس والمفاهيم وحماية الضحايا"، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2011.
- د. زيد بن عبد الكريم الزيد، مقدمة في القانون الدولي الإنساني في الإسلام، الهيئة الدولية للصليب الأحمر، 1425-2004.
- د. رياض أبو العطا، قضية الأسرى في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009.

- د. زكريا حسين عزمى، من نظرية الحرب إلى نظرية النزاع المسلح مع دراسة خاصة وحماية المدنيين في النزاع المسلح، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1978.
- سامر موسى، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بوابة فلسطين القانونية، 2007.
- د. سامي الدهان، جان جاك روسو، دار المعارف بمصر، دون عام.
- ستانيسلاف أونيهليك، عرض موجز للقانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، أغسطس 1984.
- سراب ثامر أحمد، المركز القانوني للمقاتل غير الشرعي في القانون الدولي الإنساني، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012.
- د. سعيد سالم جويلي، الطبيعة القانونية الخاصة للاتفاقيات الدولية في القانون الدولي الإنساني، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
- د. سعيد سالم جويلي، القانون الدولي الإنساني "آفاق وتحديات"، المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2005.

- د. سعيد سالم الجويلي، مدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003.
- سليمان الطبراني، المعجم الصغير، تحقيق محمد شكور محمود، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1405، الجزء الأول.
- سوري إيمان، حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ما بين القانون الدولي الإنساني والفقهاء الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015.
- د. شريف عتلم، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، بحث في كتاب محاضرات في القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2005.
- د. صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، مع إشارة خاصة إلى أسس الشرعية الدولية للمقاومة الفلسطينية، القاهرة، دارالفكر العربي، د.ت.
- د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972.

- د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، 1965.
- د. صوفي أبو طالب، دروس في القانون الروماني، دن، 1960.
- د. طارق عزت رخا، القانون الدولي العام في السلم والحرب، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006.
- طه عبد العال محمد، الحرب العادلة بين الرؤية العربية والرؤية الإسلامية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2009.
- د. طه عوض غازي، الأصول التاريخية للشرائع الغربية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006.
- د. طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون "القانون الطبيعي بين المنادين به والمنكرين له"، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005.
- د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره"، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت.
- د. عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، تونس، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 1993.

- د. عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، المعهد العربي لحقوق الإنسان، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 1997.
- د. عامر الزمالي، الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، بحث في دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم، د. مفيد شهاب، القاهرة، دار المستقبل العربي، 2000.
- د. عبد الرحمن علي إبراهيم، الحماية القانونية للأسرى وفقاً لأحكام القانون الدولي الإنساني "دراسة تطبيقية على وضع الأسرى الفلسطينيين، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا- برلين، 2018.
- د. عبد اللطيف عامر، أحكام الأسرى والسبايا في الحروب الإسلامية، دار الكتب الإسلامية، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، 1986.
- د. عبد العزيز رمضان علي الخطابي، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011.
- د. عبد الغني محمود، القانون الدولي الإنساني، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دن، 1991.

- د. عبد الواحد الفار، أسرى الحرب "دراسة فقهية وتطبيقية في نطاق القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، القاهرة، عالم الكتب، 1975.
- د. عصام عبد الفتاح مطر، القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، 2011.
- د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني الجزء الأول الأشخاص والأموال والالتزامات، دن، الطبعة الثانية، 1936.
- د. علي عبد المعطي، الفكر السياسي الغربي، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية، 1993.
- د. عماد الدين عطا الله محمد، التدخل الإنساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007.
- د. عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، الأردن عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- د. عمرو سعد الله، تدوين القانون الدولي الإنساني، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1997.
- غنيم قناص المطيري، آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2009-2010.

• فاطمة بعليس، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، 2007-2008.

• د. فايز محمد حسين، نشأة القانون، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.

• د. فتحي المرصفاوي، تاريخ الشرائع الشرقية القانون العراقي، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، ص 37.

• د. فتحي المرصفاوي، تاريخ الشرائع القديمة "القانون الفرعوني"، القاهرة، د.ن، د.ت.

• فراق علي، الحماية القانونية الدولية للأفراد خلال النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة محمد خيذر بسكرة، الجمهورية الديمقراطية الشعبية، 2005،

<http://thesis.univ->

[biskra.dz/935/3/%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B5%D9%8](http://thesis.univ-biskra.dz/935/3/%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B5%D9%8)

[.4%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%88%D9%84.pdf](http://thesis.univ-biskra.dz/935/3/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%88%D9%84.pdf)

• فرنسواز يوري، نشأة وتطور القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، الطبعة الرابعة، 1987.



- د. فضل الله محمد، رواد الفكر السياسي الغربي الحديث، دار الجامعة الجديدة، 2008.
- د. قزران مصطفى، مبدأ مسئولية الحماية وتطبيقاته في ظل مبادئ وأحكام القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2014-2015.
- قصي مصطفى عبد الكريم، مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.
- د. كمال حماد، النزاع المسلح والقانون الدولي العام، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997.
- لويز دوسوالد - بيك، القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 53، كانون الثاني- شباط، 1997.
- د. ماجد راغب الحلو وآخرون، حقوق الإنسان، مطلب جامعي، 2005.
- الشيخ محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، القاهرة، دار الفكر العربي، 1995.

- الشيخ محمد أبو زهرة، نظرية الحرب في الإسلام، مصر، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بوزارة الأوقاف، 1380هـ.
- محمد العبد الله، الحماية الدولية لأسرى الحرب في أثناء النزاعات المسلحة، مجلة جامعة البعث، المجلد 37، العدد 28.
- د. محمد المجذوب، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين والأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2010.
- د. محمد المجذوب د. طارق المجذوب، القانون الدولي الإنساني، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- د. محمد حافظ غانم، الأصول الجديد للقانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
- د. محمد حنفي محمود، جرائم الحرب أمام القضاء الجنائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2006.
- د. محمد عبد الرحيم، مركز الأجانب في مصر "دراسة تاريخية مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة.

- د. محمد عزيز شكري، تاريخ القانون الدولي الإنساني، بحث في كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم د. مفيد شهاب، القاهرة، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى، 2000.
- د. محمد مصطفى يونس، ملامح التطور في القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1989.
- د. محمد نور فرحات، تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بحث من كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم د. مفيد شهاب، القاهرة، دار المستقبل العربي، 2009.
- د. محمد نور فرحات، محاضرات في أصول القانون والنظام، القاهرة، دن، 1992.
- د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، القاهرة، دار الفكر العربي.
- د. محمود السقا، تاريخ الشرائع القديمة في الشرق والغرب، القاهرة، دن، 1993.

- د. محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة 42، مارس يونيو 1972.
- د. محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا في نطاق فلسفة المدينة العالمية، مجلة مصر المعاصرة، السنة الخامسة والستون، العدد 358، أكتوبر 1974.
- د. محمود سامي جنينة، دروس في قانون الحرب، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، 1941، العدد الأول.
- د. محمود سلام زناتي، النظم الاجتماعية والقانونية في بلاد النهرين وعند العرب قبل الإسلام، د.ن، 1986.
- د. محمود عبد الجواد الشريف، قانون الحرب "القانون الدولي الإنساني"، مصر، المكتب المصري الحديث، الطبعة الأولى، 2003.
- د. مسعد قطب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره- وسائل تطور الشرائع القديمة"، الجزء الأول، د.ن، د.ت.
- د. مصطفى صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، 1995

• د. مصطفى كامل شحاتة، الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي المعاصرة مع دراسة عن الاحتلال الإسرائيلي للأقاليم العربية، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981.

• <https://www.google.com/search?rct=j&q=%D8%A8%D9%88%D8%B2%D9%8A%D8%A7%D9%86%20%D8%B1%D8%AD%D9%8A%D9%85%D9%87>

• د. ناظر أحمد منديل، محاضرات مادة القانون الدولي الإنساني، العراق، جامعة تكريت، كلية القانون، 2016-2017.

• د. نشأت عثمان الهلالي، الأمن الجماعي الدولي مع دراسة تطبيقية في آثار بعض المنظمات الإقليمية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1985.

• د. نزار العنبيكي، القانون الدولي الإنساني، عمان، دار وائل النشر، 2010.

• د. وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة"، سوريا، دمشق، دار الفكر، الطبعة الرابعة، 1992.

## ثانياً: المراجع الأجنبية

- BierzanekP: Sur les origines du droit de la guerre et de la paix, R.H.D, xxxviii, 1960.
- BruceJ : Les Traités et la réglementation du droit de la guerre, Paris, 1917.
- Buret Daniel : Le droit de la guerre chez les romains, thèse pour le doctorat, Paris, 1898.
- ChotardA : Droit romain des prisonniers de guerre, thèse, Poitiers, 1893.
- Coursier.M : L'évolution du droit international humanitaire, Hague recueil, vol 99, 1960.
- Green.L.C: Essays on the modern law of war, New York, Transnational Publishers, 1985.
- CrosL : Condition et traitement des prisonniers de guerre, thèse, Montpellier, 1900.

- Diamond : L'évolution de la loi et de l'ordre, trad. Franc, Jacques David, paris, 1954.
- Donnelly-Jack: human rights and foreign policy word politics, 1982.
- Foucault P : Du postliminum en droit romain, thèse, paris, 1883.
- Fusinato : Le Droit international de la république romain, Revue de droit international, 1885.
- GarlanY : La Guerre dans l'antiquité, Fernand-Nathan, paris, 1972.
- Geoffrey Best: Humanity in warfare, London weidenfeled and Nicolson, 1980.
- GeoffreyH : Droit romain du droit de la guerre a Rome, thèse, paris, 1888.
- Grenander.B.K.R : Sur les conditions nécessaires selon le droit des gens pour avoir en guerre le droit d'être considéré

et traite comme soldat, extrait de la revue pratique de droit français.

- Hugo Grotius: On the law of war and peace, translated from the original Latin, *De jure belli ac pacis* and slightly abridged by A.C.Cambell, A.M, Canada, bactoche books, Kitchener, 2001.
- Ingrid detor de lupis: The laws of war, New York, Cambridge University 25 press, 1987.
- Jean-Jacques Gandini : les droits de l`homme, édition 2003.
- Jean-Jacques Rousseau : The Social Contract, Jonathan Bennett 2017.
- Jean.S.Pictat : Les principales du droit international humanitaire, CICR, Geneva, 1966.
- Jean.S.Picket : Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre, cite par le document du CICR.



- Jean. S. Pictet : Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre, Genève : Institut. Henry Dunant, 1973, cite par le document de la croix rouge, sus cite.
- JobinX : Droit romain de la captivité et du postliminum, thèse, Nancy, 1889, p.6, DebenzeL: Droit romain du postliminum, thèse, paris, 1893.
- JosselinF : Droit romain du postliminium, thèse, bordeaux, 1881.
- LaurenonL : Etude sur l'extradition précède de la théorie du postlininum en droit romain, thèse, Grenoble, 1872.
- Lenger : L'esclavage, paris, 1962.
- Lhomme H : Droit romain la postliminium et la fiction de la loi cornelia, thèse, paris, 1873.
- Malcolm N. Shaw, International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

- Marine.M.A: The evolution and present status of the laws of war, Hague recueil, vol 92, 1952.
- Merimee P : Etudes sur l'histoire romain, T2, conjuration de catilina, paris, 1844.
- Mohammad Abdel Rahman Buzubar, Legal status of combatants and non-combatants and the international criminal court statue, in: The international criminal court and enlarging the scope of international humanitarian law, Damascus university faculty of law and ICRC, Damascus, 2003.
- MonierR : Manuel élémentaire de droit romain, paris, 1945.
- Nagendra Singh: Enforcement of human right in peace& war and the future of humanity, London, Martinis Nijhoff publishers, eastern law house, 1992
- Nawaz.M.K: The doctrine of outlawry of war, Indien year book of international affairs, 1964

- Patricia Buireitte : Le droit international humanitaire édition la découverte, paris, 1996.
- Pierre-Marie Dupuy : Droit international public, 4eme édition, paris, 1999.
- Rene Cassin : revue des droits de l'homme, vol vi, 1973.
- Rene Cassin : fantassin des droits de l'homme, paris, poln, 1979.
- RevonM : Droit romain, le droit de la guerre sans la république romain, thèse, paris, 1891.
- Robaye: Le droit Romain, Bruylant- academia, 2e édition, Bruxelles, 2001.
- Roland H. Bonton: Christian attitude towards war and peace, a historical survey and critical re-evolution, Abingdon press, New York, 1961.

- Samuel Von pufendorf: De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, translation by Frank Gardner, moore, vol 2, New York, oxford unvi press, 1927.
- VassauxE : Des prisonniers du guerre et d'otages, thèse, paris, 1890.

## ملخص البحث

يتناول هذا البحث نشأة القانون الدولي الانساني وتطوره؛ وذلك في العصور القديمه وصولاً للمواثيق الدوليہ الحديثه؛ وانعكاس ذلك على حقوق الاسير، اذ يتضمن البحث حقوق الاسير في المجتمعات القديمه وتطور هذه الحقوق وصولاً للمواثيق والمعاهدات الدوليہ حديثاً.

### **Introduction to the humanitarian international law**

Comparative historical study in respect of rights of

captives in national and international legal system

This research paper tackles the genesis of the humanitarian international law and its development from ancient eras till the new international charters and covenants. It, also, tackles the impact of such development on rights of the captives. Moreover, it discusses the rights of captives in ancient societies and its evolution in different legal systems through ages till the new international charters and covenants.



الوضع القانوني  
لاستخدام واستغلال الفضاء الخارجي  
في القانون الدولي

دكتور

كريم محمد رجب الصباغ

دكتوراه في القانون الدولي العام بجامعة المنوفية

## ملخص البحث

مما لا شك فيه تتسابق دول العالم في الآونة الأخيرة إلى السعي والبحث عن كل ما هو جديد واستثمار الفرص في سعيها نحو التطور الحضاري والإنساني، واستكشاف الفضاء والبحث عن مواطن الاستفادة منه مما يعد مجالاً تتزاحم فيه الدول، فهذا الفضاء الرحب يحمل بين طياته آلاف الأقمار الصناعية، والتي يعمل منها ما يزيد عن 750 قمر صناعي، تعود ملكيتها إلى ستين دولة من دول العالم، في حين أن الدول التي أوجدت لنفسها مكاناً في الفضاء لا تتجاوز ثلاثين دولة فقط.

ويظهر الوضع القانوني للفضاء الخارجي في القانون الدولي منذ الاتفاقية الأولى للأمم المتحدة للفضاء الخارجي في عام 1967، والتي انضمت إليها 103 دولة، وتوالت من بعدها أربع اتفاقيات للأمم المتحدة ما بين عامي 1968 وحتى 1979، كما أن هناك عدداً من المنظمات الدولية التي تعنى بقوانين الفضاء ؛ مثل اتحاد الاتصالات الدولية، بالإضافة إلى عدد من المنظمات الإقليمية؛ كهيئة قانون الفضاء في الاتحاد الأوروبي، فضلاً عن القوانين المحلية المنتشرة في دول العالم، إضافة إلى عدد كبير من مشاريع القوانين، والتشريعات غير الملزمة وآراء فقهاء القانون آنذاك.

غير أن دول العالم لا تزال بحاجة إلى تفعيل قوانين الفضاء، والسعي نحو توحيد جهودها وصولاً إلى التناسق فيما بينها، فإذا كان استغلال الفضاء الخارجي يسمح



بولوج هذا الفضاء للدول من غير رقيب ولا حسيب، ومن غير رجوع إلى أية دولة أخرى بغية الترخيص أو أي ترتيبات أخرى، فإن الوضع القانوني للفضاء الخارجي في القانون الدولي وضع لهذه الحرية ضمانات تنظمها بأنها ليست مطلقة بل تخضع لضوابط ملزمة للدول التي قبلت بهذا المبدأ سواء المرتادة للفضاء الخارجي، أو غيرها بترتيب حقوق وواجبات لجميع الدول وفقاً لأحكام ونصوص الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن.

فضلاً عن كون الوصول إلى الفضاء الخارجي يتطلب إمكانات وقدرات ليست في متناول جميع الدول فإن الحقوق والواجبات ليست متكافئة ، فما يكون التزاماً للدولة المرتادة للفضاء الخارجي قد يكون بالمقابل حق للدول غير المرتادة أو للبشرية جمعاء من أجل تحقيق و دعم جميع البلدان في الوصول إلى فوائد التكنولوجيا الفضائية التي تُسهل التنمية المستدامة، نظرًا لأن المزيد من الدول تستثمر رأس المال المالي والسياسي في بيئة الفضاء، وأصبح العالم يعتمد بشكل متزايد على الفضاء الخارجي.

## Summary

watching from which more than 750 satellites live, owned by sixty. There is no doubt that the countries of the world will compete in the space available in this article, as there is space in the surrounding space in Emirates Airlines, where there is a large space that carries thousands of satellites. A country in the world, while the countries that have found a place for themselves in space, not just thirty countries.

The legal status of outer space appears in international law since the first United Nations Convention on Outer Space in 1967, to which 103 states joined, after which four United Nations agreements between 1968 and 1979 followed, and there are also a number of international organizations dealing with space laws. ; Such as the International Telecommunication Union, as well as a number of regional organizations; As the space law authority in the European Union, as well as the local laws spread in the countries of the world, in addition to a large number of draft laws, non-binding

legislation and the opinions of legal scholars at the time.

However, the countries of the world still need to activate space laws, and strive to unify their efforts in order to achieve harmony among them, and if the exploitation of outer space allows access to this space for countries without control or account, and without returning to any other country for the purpose of licensing or any arrangements Other, the legal status of outer space in international law has set guarantees for this freedom that it is not absolute, but is subject to binding controls for states that have accepted this principle, whether visiting outer space, or others, by arranging the rights and duties of all states in accordance with the provisions and texts of international agreements in this regard.

In addition to the fact that access to outer space requires capabilities and capabilities that are not within the reach of all states, the rights and duties are not equal, so what is an obligation of the state that is hostile to outer space may be in return for the right of non–returning countries or of all

humanity in order to achieve and support all countries in accessing the benefits of technology Space that facilitates sustainable development, as more countries invest financial and political capital in the space environment, and the world becomes increasingly dependent on outer space.

## تمهيد وتقسيم:

يشهد مجال الفضاء الخارجي Outer Space تغيرات كبيرة، بسبب تصاعد الخطاب في الدول المتقدمة حول وجود موارد طبيعية في الفضاء الخارجي يمكن استغلالها، وطبيعة التنافس القائم حالياً بين القوى الكبرى في الفضاء الخارجي تهدف إلى تعزيز قدرات الدولة التكنولوجية في مجال الفضاء الخارجي بصورة تساعد على تحقيق أرباح من خلال الاستثمار في مشروعات استغلال الموارد الفضائية، كالطاقة الشمسية الفضائية Space-based Solar Power، والتعددين الفضائي Asteroid Mining، والوجود على سطح القمر Lunar Presence، فمن الملاحظ على المستوى الدولي أن الأنشطة لم تكن حكرًا على حكومات الدول الكبرى بل امتدت إلى شركاتها التجارية<sup>1</sup>.

هذا وقد أبدت الدول الكبرى والمتوسطة اهتماماً متزايداً لاستغلال الثروات الطبيعية في الفضاء الخارجي، وعملت على إصدار تشريعات تنظم عمل شركاتها الخاصة

---

<sup>1</sup> وتتركز أغلب مقار تلك الشركات: في الولايات المتحدة الأمريكية والصين والهند، ومن الشركات الأمريكية سبيس إكس SpaceX وبلو أوريجينز Blue Origins وبلانيتري ريسورسز Planetary Resources وديب سبيس إنديستريز Industries Deep Space ومن الشركات الصينية مثل ونس بيس OneSpace وتينسنت Tencent وكذلك الشركات الهندية مثل ريبيمو ReBeam وبيلاريكس Bellatrix وتيم أندوس TeamIndus واستروم Astrome وتمارس كل هذه الشركات ضغوطاً على حكوماتها من أجل سن تشريعات تنظم استثماراتها في الفضاء الخارجي.

فيه، الأمر الذي دفع القوى الكبرى إلى تعزيز وجودها العسكري في الفضاء الخارجي، خاصة في ظل عدم وضوح القواعد الدولية المنظمة للاستثمار في الفضاء الخارجي.

لكن مع تسابق دول العالم اليوم في البحث عن كل ما هو جديد واستثمار الفرص في سعيها نحو التطور الحضاري والإنساني، واستكشاف الفضاء والبحث عن مواطن الاستفادة منه يعد مجالاً تتزاحم فيه الدول، فهذا الفضاء الرحب يحمل بين طياته آلاف الأقمار الصناعية، والتي يعمل منها اليوم 700 قمر صناعي، تعود ملكيتها إلى ستين دولة من دول العالم، في حين أن الدول التي أوجدت لنفسها مكاناً في الفضاء لا تتجاوز ثلاثين دولة فقط<sup>1</sup>.

كما أن هناك عدداً من المنظمات الدولية التي تعنى بقوانين الفضاء، كاتحاد الاتصالات الدولية International Telecommunication Union، بالإضافة إلى عدد من المنظمات الإقليمية كهيئة قانون الفضاء في الاتحاد الأوروبي، فضلاً عن القوانين المحلية المنتشرة في دول العالم، إضافة إلى عدد كبير من مشاريع القوانين والقوانين غير الملزمة وآراء فقهاء القانون آنذاك.

---

<sup>1</sup> Luxembourg and the United Arab Emirates Sign MoU on Space Resources, Space Resources.Lu, October 10, 2017, accessible at: <https://bit.ly/2ReoCEG> Last accessed: September 14, 2018.

ومن أجل التنافس التجاري في الفضاء الدولي لبعض الدول أصدر الكونجرس القانون الأمريكي في عام 2015 *Cial Space Launch Competitiveness Act U.S. Commer* والذي بدوره يمنح المواطنين ملكية الموارد الفضائية، وفقاً لمبدأ "الأولوية لمن يسبق"<sup>1</sup> بينما في الصين اهتمت بتبني تشريع مماثل أيضاً ، حتى وضعت خططاً طموحة لتنمية مواردها الفضائية، مثل التعدين الفضائي والطاقة الشمسية الفضائية، خاصة تلك التي تهدف إلى جعل الصين الدولة الأكثر تقدماً في مجال تكنولوجيا الفضاء بحلول عام 2045<sup>2</sup> وتتبنى الهند توجهات مماثلة ، ففي عام 2018 تعهدت الهند بتنفيذ برنامج فضائي طموح يهدف إلى ضمان وجود عنصر بشري للهند في الفضاء الخارجي حتى أصدرت مشروع قانون المرافق الفضائية لتنظيم الاستثمارات الخاصة في الفضاء وتشجيعها<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Aswathi Pacha, The Hindu Explains: What is the Space Activities Bill, 2017, The Hindu, November 23, 2017, accessible at: <https://bit.ly/2zsM0HF> Last accessed: September 14, 2018.

<sup>2</sup> Mia Chi, China Aims to be World-Leading Space Power by 2045, China Daily, November 17, 2017, accessible at: <https://bit.ly/2FI7SEn> Last Accessed: September 14, 2018.

<sup>3</sup>Michael Safi, India Aims to Send Astronauts into Space by 2022, Modi Says, The Guardian, August 15, 2018, accessible at: <https://bit.ly/2TL1TBG> Last accessed: September 14, 2018.

## أهداف البحث:

ويهدف البحث إلى حث الدول العربية إلى استغلال الموارد الفضائية ، وذلك من خلال وضع تشريعات وطنية تنظم استخدام استغلال الفضاء الخارجي ، وتشجيع الاستثمارات في هذا المجال ، وتوفير التمويل الحكومي اللازم لتنظيم نشاطه، فضلاً عن تشجيع المواهب المحلية، ودفعها للابتكار في هذا المجال، بالإضافة إلى السعي لاستضافة منظمات عالمية لإدارة الفضاء ، وكذا التعرف على حقوق والتزامات الدول الفضائية وغير الفضائية فيما يتعلق باستخدام واستغلال الفضاء الخارجي من منظور دولي<sup>1</sup>.

## أهمية البحث :

تأتي أهمية الدراسة من خصوصية الموضوع الذي يتناوله حيث بات التسابق الدولي في مجال الفضاء الخارجي واكتشافاته يمثل مظهر من مظاهر القوة وترجيح كفة دولة على أخرى، وترتب على ذلك مخاطر جمة على الغلاف الجوي وبالتالي على البشرية جمعاء الأمر الذي يستوجب البحث في الوضع القانوني لاستخدامات الفضاء الخارجي من منظور القانون الدولي.

وعلى الرغم من الجانب السيادي الذي تنثريه قوانين الفضاء، إلا أن القطاع الخاص

---

<sup>1</sup> على غرار استضافة مونت يرال الكندية " منظمة الطيران المدني الدولي " لضمان سلامة الملاحة الجوية



والشركات أبدت رغبتها بالاستفادة من الفرص التجارية التي تتوافر فيه، خصوصاً فيما يتعلق بالأقمار الصناعية، مع التأكيد على أن أنشطة القطاع الخاص محكومة بقوانين دولها، والتزاماتها تجاه دول العالم.

وانطلاقاً من هذه الاعتبارات، وبحكم الأهمية الخاصة التي توليها دول العالم لبرامج الفضاء والتي تمثلت في تبني رؤية طويلة الأمد للقيام بأنشطة مختلفة وجادة في الفضاء الخارجي، بغية التعرف وبشكل دقيق على النظام القانوني الذي يحكم الأنشطة الفضائية، سواء في نطاق القانون الدولي أو القوانين الوطنية للدول المهتمة بتلك الأنشطة، والتعرف على نطاق استخدامات الفضاء الخارجي والمسؤولية القانونية التي يمكن أن تترتب على تلك الاستخدامات.

فضلاً عن وجود تقنيات علمية متلاحقة تقتضي بالضرورة مراجعة القواعد الخاصة باستكشاف واستغلال الفضاء الخارجي وعلى الأخص بعد مرور أكثر من خمسين عاماً على إبرام أول اتفاقية تتعلق باستكشاف واستغلال الفضاء الخارجي حيث أبرمت أول هذه الاتفاقيات في عام 1967 حيث بدأت بأطراف ثلاث هي الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفييتي السابق والمملكة المتحدة ثم انضم إليها عدد كبير من الدول ثم تلاحت الاتفاقيات وقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة المعنية بذات الموضوع مما ينبئ بتطور قواعد القانون الدولي الملزمة في هذا المجال.

## إشكالية البحث :

تكمن إشكالية البحث في عدم كفاية الأطر القانونية القائمة حالياً لتنظيم مسألة استخدام الفضاء الخارجي لكونه من المسائل بالغة الأهمية، وأنه لا يمكن اتخاذ أي نهج مرن وعملي بشأنه ما لم تتوصل جميع الدول، بغض النظر عن مستوياتها العلمية والتقنية والاقتصادية على سلم التنمية، مما دفعني للبحث عن الوضع القانوني لبيان القواعد الدولية ومعرفة مدى كفايتها لتنظيم الأنشطة الفضائية، وطرق معالجة النزاعات المترتبة على استخدام الفضاء الخارجي، والوقوف على حقوق والتزامات الدول أياً كانت فضائية أو غير فضائية.

## خطة البحث

تقتضى دراسة الوضع القانوني للفضاء الخارجي من أجل التنافس على استغلال موارده الطبيعية، و الوقوف على الضمانات الدولية التي منحها المشرع الدولي ، ومن ثم تقديم المسؤوليات الناجمة عن عدم الالتزام بالوضع القانوني لاستغلال الفضاء الخارجي فى القانون الدولي ،وعلى هدى ذلك فقد ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى ثلاث مباحث نعتبهم بخاتمة وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: معايير تحديد الفضاء الخارجي ومبادئ استغلاله في القانون الدولي .

المطلب الأول : الاهتمام الدولي بتحديد الفضاء الخارجي.

المطلب الثاني: مبادئ استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

المبحث الثاني: حقوق الدول في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي .

المطلب الأول: حقوق الدول الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

المطلب الثاني: حقوق الدول غير الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

المبحث الثالث: التزامات الدول في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي .

المطلب الأول: التزامات الدول الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

المطلب الثاني: التزامات الدول غير الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

خاتمة : ونستعرض فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها في هذه الدراسة.

## المبحث الأول

### معايير تحديد الفضاء الخارج ومبادئ استغلاله في القانون الدولي

أكدت معاهدة المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي أن مباشره استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي، بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى، لتحقيق فائدة ومصالح جميع البلدان، أيًا كانت درجة نمائها الاقتصادي أو العلمي، ويكونان ميداناً للبشرية قاطبة<sup>1</sup>.

وتكون لجميع الدول حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي، بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى دون تمييز، وعلى قدم المساواة وفقاً للقانون الدولي، ويكون حراً الوصول إلى جميع مناطق الأجرام السماوية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> معاهدة المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي، بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى، والتي اعتمدها الجمعية العامة في قرارها ٢٢٢٢ د. ٢١ المؤرخ ١٩ ديسمبر 1966م، وهي المعاهدة التي تشكل أساس القانون الدولي للفضاء، بدأت المعاهدة بتوقيع ثلاث دول الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، والاتحاد السوفيتي في 27 يناير 1967، ودخلت حيز النفاذ في 10 أكتوبر 1967، وانضمت 98 دولة إلى المعاهدة حتى 1 يناير 2008.

<sup>2</sup> وحرى بالذكر قسم علماء الفلك الأجرام السماوية السابحة في الكون إلى ثلاث أنظمة رئيسية والمتمثلة في الكواكب *planetes* والمجرات *Galaxies* والنجوم *Etoies* حيث توجد المجرات في الكون على شكل مجموعات كبيرة، وتحكم هذه الأنظمة قوانين طبيعية في مقدمتها قانون الجاذبية وقوانين الحركة. راجع في ذلك: د. صادق أبوهيف، التنظيم القانوني للنشاط الكوني، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع عشر، 1963 ص 22.

كما يكون حراً في إجراء الأبحاث العلمية في الفضاء الخارجي، بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى، وتراعي الدول تيسير وتشجيع التعاون الدولي في الأبحاث الفضائية<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من ذلك فإن معاهدات الأمم المتحدة ومبادئها المتعلقة بالفضاء الخارجي، وقرارات الجمعية العامة والوثائق الأخرى ذات الصلة لم تقدماً تعريفاً محدداً للفضاء الخارجي كما لم يرد في ممارسات الدول ولا في الأحكام القضائية الدولية تفسيراً واضحاً لها .

وبالتالي فإن هذا الغموض الذي يكتنف مفهوم الفضاء الخارجي، إذا ما ترك بدون توضيح فإنه قد يدفع الدول والمنظمات الدولية لتفسيره حسب هواها وبما يتواءم مع مصالحها ويحقق أهدافها أما تفسيره بشكل واسع فمن شأنه أن يشمل سد الفراغ الموجود إلى جميع مناطق الأجرام السماوية<sup>2</sup>.

وحتى نتمكن من إزالة الغموض المرتبط بمعايير تحديد الفضاء الخارجي في القانون الدولي

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة الأولى من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup> Jennifer Frakes, The Common Heritage of Mankind Principle and the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica: Will Developed and Developing Nations Reach a Compromise? Wisconsin International Law Journal. 2003; 21:40

يمكننا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناولهما على النحو التالي:

المطلب الأول: الاهتمام الدولي بتحديد الفضاء الخارجي.

المطلب الثاني: مبادئ استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

## المطلب الأول

### الاهتمام الدولي بتحديد الفضاء الخارجي

من السائد في الفقه والممارسات الدولية أن الفضاء الخارجي يتميز عن الفضاء الجوي، حيث أن الفضاء الخارجي يدخل ضمن موضوع قانون الفضاء الكوني، أما بالنسبة للفضاء الجوي<sup>1</sup> فينتمي إلى القانون الجوي بالنسبة للكرة الأرضية<sup>2</sup>.

وفى هذا الصدد تبدا أهمية تحديد الفضاء الخارجي، وذلك من خلال الاجتهادات

---

<sup>1</sup> وتجدر الإشارة للتفرقة بين مصطلحين الغلاف الجوي و الفضاء الجوي، حيث يعتبر الفضاء الجوي جزءاً من إقليم الدولة و يخضع للسيادة المطلقة للدولة، في حين أن الغلاف الجوي يمتد تقريبا نحو 1000 كم فوق سطح الأرض و يحتوي على الهواء والغازات ويعد من التراث المشترك للإنسانية.

ويعد الفضاء الخارجي: المنطقة المحصورة بين الغلاف الجوي والقمر، ويمتد الغلاف الجوي نحو ألف كيلومتر فوق سطحها، ونظرا لقوة جاذبيتها فقد احتفظت السيطرة على هذا الغلاف رغم ما تتميز به الغازات من خاصية التسرب، وتعد أهم وظائفه حماية الحياة على الأرض من أغلب الإشعاعات ، والأجسام الساقطة عليها ، كما يعمل المجال المغناطيسي للأرض على إبعاد الجسيمات ذات الطاقة العالية. راجع في ذلك :

Peter Van Fenema, International Cooperation In Using Orbits, Proceedings of th

Workshop on Space Law, in twenty-first century, Organized by IISL and OOSA at Vienna ST/SPACE/2, United Nation, New York 2002, p. 25.

<sup>2</sup> د. علوي أمجد علي، النظام القانوني للفضاء الخارجي و الأجرام السماوية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1979، ص 14.

التي يبذلها الفقه الدولي من أجل إيجاد حل لمسألة تحديد بداية الفضاء الخارجي بغية التوفيق بين مبدأ السيادة الوطنية على الفضاء الجوي، ومبدأ حرية الفضاء الخارجي المرتبط بمبدأ التراث المشترك للإنسانية<sup>1</sup>.

وحتى يمكننا بيان الاهتمام الدولي بتحديد الفضاء الخارجي يتطلب بنا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناولهما بالتفصيل على النحو التالي:

**الفرع الأول:** موقف الدول من تحديد الفضاء الخارجي.

**الفرع الثاني:** موقف الفقه من تحديد الفضاء الخارجي.

---

<sup>1</sup>Ricky J Lee, Reconciling International Space Law with the Commercial Realities Of the Twenty first Century, Singapore Journal of International & Comparative Law 2000 4, p.235.



## الفرع الأول

### موقف الدول من تحديد الفضاء الخارجي

يساهم استخدام الفضاء بشكل إيجابي في مجموعة من مجالات السياسة، بما في ذلك مراقبة المناخ والطقس، والحصول على الرعاية الصحية والتعليم، وإدارة المياه، والكفاءة في النقل والزراعة، وحفظ السلام، والأمن، والمساعدة الإنسانية<sup>1</sup>.

ومن خلال اعتماد الأطر الدولية الثلاثة الرئيسية في عام 2015 خطة التنمية المستدامة لعام 2030، وإطار سيندائي للحد من مخاطر الكوارث 2015-2030، واتفاق باريس Accord de Paris بشأن تغير المناخ تعهد المجتمع الدولي بمعالجة أكبر التحديات التي تحدد عصرنا<sup>2</sup>، وذلك مما تلعب التقنيات الفضائية

---

<sup>1</sup>Daniel M, Schwartz & others, The Environment and Violent Conflict: A Response to Gleditsch's Critique and Some Suggestions for Future Research, Environmental change and security project report, Issue 6, 2000. P. 81.

<sup>2</sup>وتجدر الإشارة أن اتفاق باريس Accord de Paris هو أول اتفاق عالمي بشأن المناخ، جاء هذا الاتفاق عقب المفاوضات التي عقدت أثناء مؤتمر الأمم المتحدة 21 للتغير المناخي في باريس في 2015، حسب لوران فابيوس الذي قدم مشروع الاتفاق النهائي في الجلسة العامة، ويعد هذا الاتفاق ملزم قانونياً، وتم التصديق عليه من قبل كل 190 دولة في 12 ديسمبر 2015.

يهدف الاتفاق إلى احتواء الاحترار العالمي لأقل من 2 درجات وسيسعى لحدده في 1.5 درجة، كما وضع كحد أدنى قيمة 100 مليار دولار أمريكي كمساعدات مناخية الدول النامية سنوياً وسيتم إعادة النظر في هذا السعر في 2025 على أقصى تقدير.

دوراً متزايداً في الإسراع بتحقيق تلك التعهدات، لتقييم أثر تكنولوجيات الفضاء على أهداف التنمية المستدامة<sup>1</sup>.

بينما لازال المجتمع الدولي يسعى للوصول إلى حل حاسم بشأن الخلافات حول مسألة تحديد الفضاء الخارجي وقد تمكنت اللجنة الفرعية القانونية التابعة للجنة الإستخدامات السلمية للفضاء الخارجي من إعداد الخلاصة التاريخية الوجيزة عن المناقشات والآراء التي تم إعدادها عن موضوع التحديد طيلة الفترات التي مرت بشأن المسائل الخاصة بتعريف وتحديد الفضاء الخارجي<sup>2</sup>.

بينما تضافرت الجهود و تمت مواصلة نقاش في عام 2002 وتبين أن مواقف الدول لم تتغير، إذ جاء في التقرير الصادر عن اللجنة الفرعية القانونية السادسة والخمسون لعام 2001، أن بعض الدول ترى أن تعريف الفضاء الخارجي وتعيين حدوده مسألة أساسية بالنسبة للدول لكي يكون لديها أساس قانوني لتطبيق المعاهدات والمبادئ التي تحكم الفضاء الخارجي، ولوضع قواعد تسري على

---

<sup>1</sup> وتعد أهداف التنمية المستدامة مجموعة واسعة من قضايا التنمية الاجتماعية والاقتصادية الفقر، الجوع، الصحة، التعليم، تغير المناخ، المساواة بين الجنسين، المياه، الصرف الصحي، الطاقة، البيئة، العدالة الاجتماعية، وعلى الرغم من أن أهداف التنمية المستدامة ليست ملزمة قانوناً، إلا أن الحكومات تأخذ زمام ملكيتها وتضع أطر وطنية لتحقيقها.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: تقرير لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الثالثة والخمسون، نيويورك، 1998، A/53/20، ملحق رقم 20، ص 28.

أقاليمها الوطنية<sup>1</sup> ذلك أن وضع التعريف أصبح أكثر إلحاح ، نظراً إلى الابتكارات المستجدة في مجال تقنيات النقل الفضائي وإطلاق الصواريخ، وترى هذه الدول، أن الوقت قد حان لكي تتولى اللجنة الفرعية العلمية والتقنية في اللجنة الخاصة، النظر في هذه المسألة على أسس واعتبارات علمية وتقنية مع أخذ التطورات التقنية التي استحدثت في العقد الماضي بالاعتبار.

لكن البعض من الدول يسعى إلى تعليق النظر في هذه المسألة استناداً إلى اعتبار الجدل في هذا الموضوع لبلوغ تلك النتيجة ليس له مسوغ عملي، وأنه ضئيل القيمة، بينما جانب آخر من الدول يحاول حسم الموضوع بالاستناد إلى التمييز بين الأنشطة الجوية والفضائية<sup>2</sup>.

ويبدو أن عدم اتفاق دول العالم على معيار محدد يمكن أن تستند عليه لاعتبار الحد الذي ينتهي عنده الغلاف الجوي ليبدأ منه الفضاء الخارجي، جاء بسبب تعارض المواقف التي تتبناها الدول طبقاً لمصلحتها من جهة، والجدل الفقهي الطويل من جهة أخرى، مما أدى إلى عجز المجموعة الدولية عن وضع تعريف

---

1 راجع في ذلك: تقرير لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية الدورة السادسة و الخمسون، نيويورك، 2001، A/56/20، فقرة 157 ملحق رقم 2، ص 21.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: المصدر السابق نفسه الوثيقة رقم، A/56/20، فقرة 158 ملحق رقم 2، ص 22.

للفضاء الخارجي بالنسبة للفضاء الوطني حسب معايير فيزيائية أو جغرافية.

وعلى ذلك يمكن القول أن عدم تعيين الحد الفاصل بين الفضاء الجوي والفضاء الخارجي أدى إلى ظهور ثلاثة اتجاهات بهذا الشأن نتناولهما في الفرع التالي من الدراسة.

## الفرع الثاني

### موقف الفقه من تحديد الفضاء الخارجي

في الأصل العام لا يوجد حد فاصل واضح بين الغلاف الجوي الأرضي والفضاء، فكلما إرتفعنا للأعلى فإن كثافة الغلاف الجوي تقل تدريجياً، ومن الواضح أن هناك عدّة تصنيفات معيارية للحد الفاصل، حيث قام الاتحاد الدولي للطيران بتحديد "خط كارمان" على ارتفاع 100 كم 62 ميلاً كتعريف مؤقت للحد الفاصل بين علم الطيران والملاحة الفضائية<sup>1</sup>.

ويستخدم هذا الخط اعتماداً على حسابات "تيودور فون كارمان" التي أظهرت أنه عند ارتفاع 100 كم تقريباً تحتاج المركبة أن تسير بسرعة أكبر من السرعة المدارية حتى تنشئ قوة رفع هوائية كافية من الغلاف الجوي كي تدعم نفسها وتبقى على هذا الارتفاع، لكن وفرت معاهدة الفضاء الخارجي إطار عمل للقانون الفضائي الدولي، فهو يغطي الاستعمال القانوني للفضاء الخارجي من قبل الدول القومية، بينما اختلف الفقه حول مسألة تحديد حدود الفضاء الخارجي إلى ثلاثة اتجاهات تمثلت في:

الاتجاه الأول: يذهب إلى عدم جدوى تحديد الفضاء الخارجي.

---

<sup>1</sup> O'Leary, Beth Laura 2009, Darrin, Ann Garrison, ed., Handbook of space engineering, archaeology, and heritage, Advances in engineering CRC Press, ISBN 1-4200-8431-3

الاتجاه الثاني :يذهب إلى ضرورة تحديد الفضاء الخارجي.

الاتجاه الثالث : يدعو إلى استبدال فكرة تحديد الفضاء الخارجي بتحديد الأنشطة الفضائية.

الاتجاه الأول :رفض تحديد الفضاء الخارجي.

استند هذا الاتجاه إلى عدم جدوى تحديد الفضاء الخارجي، حيث أن عدم تحديده يمكن أن يكفل الحماية ضد عدم التملك، وغيره من الانتهاكات التي يمكن أن تطال الفضاء الخارجي لم يتم النص عليه وتحديده<sup>1</sup>، وحيث استندا هذا الاتجاه إلى أن فكرة تحديد الفضاء الخارجي لا تتفق مع واقع طبيعة نشاطات الفضاء، فإذا تم تقسيم الفضاء إلى فضاء جوي، وفضاء خارجي، عند حد معين في اتفاق دولي، فإنها ستؤدي إلى إنشاء عدد كبير من الأسس القانونية التي ينبغي تطبيقها على الجهاز نفسه في فترات زمنية متقاربة، فعند إطلاق القمر الصناعي أو الصاروخ للارتفاع، فإنه سينتقل فجأة من نطاق تطبيق القانون الجوي إلى نطاق تطبيق قانون الفضاء الخارجي في فترة ومنطقة يصعب جداً تحديدها<sup>2</sup>، وكذلك عند مرحلة العودة، مما يعني أن النشاط الفضائي في هذه المرحلة يخضع لكلا القانونين في وقت واحد،

---

<sup>1</sup>Vladimir Kopal.International legal regime on outer space: Outer Space Treaty, Rescue Agreement and the Moon Agreement , pp 1- 3.

<sup>2</sup> راجع في ذلك:شارل شومون ، قانون الفضاء، ترجمة سمويح ، بيروت، 1997 ص52.

لذلك فإن إطلاق القمر الصناعي لا يتفق مع فكرة التحديد<sup>1</sup>.

حيث استند هذا الاتجاه أيضاً إلى أن المجتمع الدولي وضع القواعد والمبادئ التي تحكم الأنشطة التي تمارس في الفضاء الجوي<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة أن عدد من الفقهاء الدوليين قد غيروا موقفهم من نظرية التحديد أمثال الفقيه Cooper واعترف بأن تعيين الحدود الفضائية قد يعتريه بعض المصاعب الخطيرة المتوقع حدوثها في المستقبل<sup>3</sup> والتي تتضمن أن تعيين حد فاصل بين الفضاء الجوي والفضاء الخارجي، قد يؤدي إلى معوقات استخدام المدار الجغرافي الثابت للأرض المخصص لأقمار الاتصالات، والذي يقع فوق خط الاستواء على ارتفاع بمدى 36000 كم وهذا عندما بدأت بعض الدول الاستوائية تطالب بمد سيادتها على الأجزاء التي تقع فوق إقليمها من ذلك المدار، وطالبت بضرورة الحصول على ترخيص منها قبل إرسال أجهزة فضائية، و ذلك بموجب إعلان بوغاتا<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>د.محمد طلعت الغنيمي، قانون السلام في الإسلام، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1989، ص825.

<sup>2</sup>راجع في ذلك: ندى على عبدا للطيف، النظام القانوني الدولي للاتصالات، رسالة ماجستير بكلية القانون، جامعه بغداد 2001، ص53.

<sup>3</sup>د.إبراهيم فهمي شحاتة، القانون الجوي الدولي وقانون الفضاء، القاهرة 1966 ص 467.

<sup>4</sup> وتجدر الإشارة أن بوغوتا بالإسبانية: Bogotá هي عاصمة كولومبيا، تعدّ أكثر المدن

وقد تم اعتبار المدار الجغرافي جزء لا يتجزأ من الفضاء الخارجي ومن ثم يخضع للقانون الأساسي في معاهدة الفضاء الخارجي، وحيث أنه لا مفر من الاعتراف بأن الفضاء الكوني يخرج عن نطاق السيادة الوطنية الأرضية تماماً ، وأن حرّيته يجب ألا تكون محل منافسة<sup>1</sup>.

كما أن المادة الثانية من معاهدة الفضاء الخارجي 1967 لها دور أساسي في النظام القانوني للفضاء الخارجي ، والأنشطة التي تتم فيه ، وهذا من خلال النص على حتمية التقيد والخضوع للشرعية الدولية أثناء ممارسة أنشطة الاستكشاف والاستخدام للفضاء الخارجي والتقيد بالطابع السلمي<sup>2</sup>.

### الاتجاه الثاني: ضرورة تحديد الفضاء الخارجي.

يذهب هذا الاتجاه إلى ضرورة تحديد الفضاء الخارجي "لكونه نشاط يجلب فائدة

---

الكولومبية ارتفاعاً مع 2640 متراً، وهي بذلك تعدّ ثالث أعلى عاصمة في العالم بعد "لا باز" و"كويتو"، وأكثرها سكاناً حيث يسكنها حوالي 7,8 مليون نسمة ويبلغ عدد سكان المدينة بضواحيها 8,5 مليون نسمة، من حيث المساحة تعدّ بوغوتا أكبر مدن كولومبيا مساحة، ومن أكبر المدن في جنوب أمريكا، حيث تبلغ مساحتها حوالي 1587 كم<sup>2</sup>. Bogotá-dc.com. 2008.

<sup>1</sup>د. على صادق أبوهيف، التنظيم القانوني للنشاط الكوني، مرجع سابق، ص52.

<sup>2</sup>راجع في ذلك: المادة الثانية من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.



وجب تنظيمه بقواعد قانونية مناسبة والذي بدوره يقحم الآخرين من الاستقادة به"<sup>1</sup> وقد لاقى تأييد كثير من قبل فقهاء المجتمع الدولي مما أدى إلى ظهور مدرستين نتناولهما على النحو التالي:

### أولاً: مدرسة فون كارمن Von Karman.

اتجه كارمن Karman إلى وجود خط وهمي يفصل الفضاء الجوي عن الفضاء الخارجي وهو "عبارة عن خط مائل في اتجاه مضاد للسرعة يربط بين النقط التي يتوقف عندها إمكان التحلي الآلي لآلات الصعود الجوي، والتي عندها تبدأ قوة الطرد المركزي" ويقع هذا الخط بارتفاع 83كم والبعض قدرة ب 100كم واعتبره الحد الأقصى للطيران<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>MARCO,G MARCOFF,traité de droit international public de l'espace, Edition universitaire, fribourg 1973,p20.

<sup>2</sup>خط كارمان بالإنجليزية: Karman line هو خط يقع على ارتفاع 100 كيلومتر 62 ميل فوق الأرض من منسوب سطح البحر، وعادة يستخدم للتفرقة بين الغلاف الجوي للأرض والفضاء الخارجي، هذا هو التعريف الذي يقره الاتحاد الدولي للملاحة الجوية FAI بالفرنسية: Fédération Aéronautique Internationale، و هي هيئة لوضع المعايير الدولية وحفظ السجلات فيما يتعلق بالملاحة الجوية والفضائية، سمي هذا الخط باسم الفيزيائي والمهندس المجري-الأمريكي "تيودور فون كارمان" 1881-1963 الذي كان يعمل في مجال الملاحة الجوية والفضائية. وكان كارمان هو أول من حسب أنه حول ذلك الارتفاع 100 كيلومتر يصبح الغلاف الجوي رقيقاً جداً لأغراض الملاحة الجوية لأن أي مركبة عند هذا الارتفاع سوف تضطر

بينما اخذ اندرو هالي Andrew Haley بهذا الخط عند وضع دراسته القانونية عن حدود الفضاء الخارجي، فاعتبر ما فوق هذا الارتفاع هو نشاط فضائي، وما دونه فهو نشاط طيران، وبذلك فإن حدود الفضاء الخارجي تبدأ فوق هذا الخط . وقد ذهب بالأخذ بهذه النظرية كل من الاتحاد الدولي للطيران، وتنظيمات القوة الجوية الأمريكية، ومسودة القانون التي تم إعدادها في لندن من قبل عدد من القانونيين والعلماء .

لكن الانتقاد الذي وجه إلى هذه النظرية، أن هناك طائرات تم تصنيعها تحتوي على محرك

صاروخي يدفعها من الغلاف الجوي إلى الفضاء الخارجي، وبذلك فإن هذه النظرية لا تواكب التقدم العلمي.

**ثانياً: مدرسة المدار الأدنى للقمر الصناعي.**

تستند هذه النظرية في تحديد الفضاء الخارجي، عند أقرب نقطة من الأرض في

---

أن تطير بسرعة أسرع من السرعة المدارية لكي تستخلص من الجو قوة رفع هوائي كافية تمكنها من دعم نفسها، مع إهمال قوة الطرد المركزي؛ أيضاً عند عبور ذلك الخط من الفضاء الخارجي إلى الأرض تحدث زيادة مفاجئة في الحرارة الجوية والتفاعل مع الإشعاع الشمسي. راجع في ذلك: د. السيد عيسى أحمد الهاشمي، القانون الدولي للطيران والفضاء ، دار النهضة العربية ، 2009، ص 101.

أدنى مدار يصل إليه قمر صناعي أثناء دورانه حول الأرض<sup>1</sup> والقمر الصناعي يدور حول الأرض بشكل بيضاوي، وهذا يحتم أن تكون هناك نقطتان، نقطة الأوج Apogee ونقطة الحضيض Prigee وهي أقرب نقطة في المدار من الأرض، وعند هذه النقطة تنتهي السيادة وتبدأ حدود الفضاء الخارجي<sup>2</sup>.

وتتطلق هذه النظرية على ما جرى عليه التعامل الدولي، إذ أنه لم يسبق لأية دولة أن قدمت اعتراضاً أو احتجاجاً ضد الدول التي عبرت أقمارها الصناعية فوق أراضيها لتسليمها بأن النشاط يقع خارج نقطة سيادتها<sup>3</sup>.

ويعد هذا المعيار هو أقرب المعايير إلى الواقعية، ذلك لأنه أقرب إلى الفهم المعتاد للفضاء الخارجي ويبدو متفقاً على ما يجري عليه العمل بين الدول، فضلاً عن أنه يدخل ضمن

الفضاء الخارجي .

ويؤخذ على هذه النظرية أنها لا تخضع للسيادة الوطنية على الفضاء الخارجي

---

<sup>1</sup>د. أحمد فوزي عبد المنعم، المسؤولية الدولية عن البث الإذاعي عبر الأقمار الصناعية في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية، 2002، ص 69.

<sup>2</sup>د. إبراهيم فتحي شحاتة، مرجع سابق، ص 462.

<sup>3</sup>راجع في ذلك: ندى على عبد اللطيف، النظام القانوني الدولي للاتصالات، مرجع سابق ص 53.

وتسرى عليها حرية الاستكشاف والاستخدام والاستغلال، بخلاف الفضاء الجوي فيخضع للسيادة الوطنية.

والراجع في مسألة التحديد الذي تشمله السيادة يستند على ديناميكية تحليق الأجسام الفضائية بالقياس عند إطلاق الصاروخ وبارتفاع خط المدار بحدود 80 إلى 100 كم يعجز الصاروخ عن البقاء في المدار فينحني ويبدأ بالدخول تدريجياً في الطبقات السفلى للغلاف الجوي ، وعلى هذا الحد اقترحت بعض الدول أن يتراوح الحد الفاصل على أن يبدأ من 100 إلى 110 كم ، على أن يثبت ذلك في معاهدة دولية بعض الاتفاق على ذلك <sup>1</sup>.

#### الاتجاه الثالث : تحديد الأنشطة الفضائية.

يدعو إلى استبدال فكرة تحديد الفضاء الخارجي بتحديد الأنشطة الفضائية وأنة ليس من الضروري التقييد بالبحث عن معيار لتحديد الفضاء الخارجي ، فالمعيار لا يتعلق بتحديد مناطق استخدام الفضاء بقدر ما تتعلق بتنظيم الأنشطة التي إما أن تكون فضائية أو جوية <sup>2</sup>.

بينما كان جانب من الداعي إلى عدم التحديد قد تنبأ بأن المسألة ستتحول من

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك وثيقة الأمم المتحدة رقم A/AC.105/259,1980

<sup>2</sup> يرجع أصحاب هذا الاتجاه إلى بعض الدول منها الولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا، واليابان.

قضية حدود إلى قضية نشاطات أمام تطور أنشطة الفضاء التقنية<sup>1</sup>.

وقد تبلورت هذه الفكرة إلى أن أصبحت اتجاهاً مستقلاً أمام لجنة استخدام الفضاء الخارجي للأغراض السلمية التي تطالب بوجود حسم تحديد أنشطة الفضاء الخارجية.

وقد جرى مؤخراً في اللجنة الفرعية القانونية التابعة للجنة استخدام الفضاء الخارجي للأغراض السلمية استبيان بين عدد من الدول بشأن تحديد الأجسام الفضائية و الجوية، وقد ركز الفريق العامل في اللجنة الفرعية القانونية كل اهتمامه على مناقشة هذه المسألة بهدف صياغة مجموعة من الاستنتاجات منبثقة عن الآراء والمداولات المطروحة في المرحلة الراهنة ليتم التوصل إلى اتفاق بشأنها على غرار الاتفاق الذي تم التوصل إليه بشأن طبيعة المدار الجغرافي الثابت واستخداماته<sup>2</sup>.

وعلى ذلك يمكن القول بضرورة أن تبدأ حدود بيئة الفضاء الخارجي عند الارتفاع الذي يسمح بممارسة نشاط فضائي، ذلك لأن الأجسام الفضائية صممت للعمل في هذا ، فليس بإمكان الطائرة أن تحلق في هذا النطاق، وأن تدور حول الأرض في

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: شارل شومون ، قانون الفضاء، مرجع سابق ،ص55.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: تقرير لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية الدورة السادسة و الخمسون، نيويورك، 2004 ، A/56/20، فقرة 157 ملحق رقم 2، ص 21.

مدارات منتظمة ولفترات زمنية قصيرة أو طويلة، وعلى الأقل في ظل آخر التطورات التقنية للأجسام الفضائية، كما أن مهام الطائرة هي غير مهام القمر الصناعي.

**ويبقى السؤال هل تمكن المجتمع الدولي من وضع مبادئ تنظم استخدام واستعمال الفضاء الخارجي؟ نتعرف على ذلك من خلال المطلب التالي؛**

## المطلب الثاني

### مبادئ استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي

سبق البيان أن الاجتهاد القانوني الدولي لم يستطع التوصل إلى تعيين الحد الفاصل بين المجال الجوي والمجال الفضائي، فلم يتم إيجاد تعريف دقيق للفضاء الخارجي، ولكن على العكس من ذلك منذ بداية النشاطات الفضائية تمكن المجتمع الدولي من وضع مبادئ تنظم استكشاف واستعمال الفضاء الخارجي.

هذه المبادئ لعبت دوراً مهماً في تطوير قواعد القانون الدولي لاستغلال الفضاء الخارجي، ولهذا فإن هذه المبادئ مرتبطة ببعضها البعض، فتغير أحدها يؤدي بالضرورة لتغيير الآخر، فعدم التملك هو الشرط الأول للاستغلال العادل والاستعمال الحر للفضاء الخارجي<sup>1</sup>.

ومن المعلوم أن الفضاء الخارجي مليئاً بالمصادر الطبيعية ، والأرباح المحتملة الناتجة عن هذه المصادر تبرر استغلال الفضاء الخارجي تجارياً ، ولذا فإن تطوير النظام القانوني للفضاء الخارجي ليوكب الأنشطة الفضائية بشكل صحيح، أصبح ضرورة ملحة لصالح البشرية جمعاء هذا من جهة<sup>2</sup>، ومن جهة أخرى يجب أن تكون

---

<sup>1</sup> د.محمد وفيق ، تنظيم استخدام الفضاء ، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ، ص 292،306.

<sup>2</sup> voir : Ruth Erne, these les telecommunications spatiales et les ressources de l'espace extra-atmospherique- evolution de leur reglementation, 2007, l'universite de Geneve, Suisse, p 108

حصراً لأهداف سلمية ولأغراض مشروعته<sup>1</sup>.

وحتى يمكننا بيان مبادئ استخدام الفضاء الخارجي بموجب القانون الدولي يستوجب أن نقسم هذا المطلب إلى عدة فروع نتناولهما على النحو التالي :

الفرع الأول: مبدأ حرية الاستكشاف والاستغلال للفضاء الخارجي.

الفرع الثاني: مبدأ عدم التملك للفضاء الخارجي.

الفرع الثالث: مبدأ الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي.

الفرع الرابع: مبدأ استخدام الفضاء الخارجي لمصلحة جميع الدول.

الفرع الخامس: مبدأ التراث المشترك للإنسانية للفضاء الخارجي.

### مبدأ حرية الاستكشاف والاستغلال للفضاء الخارجي

حرى بالذكر أن هذا المبدأ أقرته الأمم المتحدة بداية من إعلان المبادئ القانونية المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف الفضاء الخارجي واستخداماته، من أجل التأكيد على أن "حرية المجال الخارجي للفضاء والأجرام السماوية لاستخدامها

---

<sup>1</sup>A. Le Roy Bennett, James K. Oliver, International Organizations, Seventh ed., Prentice Hall, 2002, pp.183-186.



من كافة الدول وعلى قدم المساواة فيما بينها وفقا للقانون الدولي"<sup>1</sup>.

ثم أكدته معاهدة الفضاء الخارجي في المادة الأولى منها عندما أقرت "حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى دون أي تمييز وعلى قدم المساواة وفقا للقانون الدولي"<sup>2</sup> وهذه الحرية مماثلة للحرية في أعالي البحار<sup>3</sup> إلا أن هذه الحرية لم تترك مطلقة وغير منظمة بل فرضت ضوابط لاستغلال الأنشطة التي تقوم بها الدول والتي تتضمن أن تكون تلك الأنشطة:

- متوافقة مع ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي.
- متوافقة مع الأغراض السلمية المشروعة.
- متوافقة مع صالح البشرية جمعاء<sup>4</sup>.

هذا وقد وعرف بعض الفقهاء مبدأ حرية الاستكشاف والاستغلال للفضاء الخارجي

---

<sup>1</sup> إُعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 18 في 13 ديسمبر عام 1963 إعلان أهم المبادئ القانونية المنظمة لنشاطات الدول في ميدان استكشاف الفضاء الخارجي و استخدامه، راجع في ذلك:د. جعفر عبد السلام، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1986، ص 746.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: الفقرة 2، 3 من المادة الأولى من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>3</sup> د. محمد المجذوب، الوسيط في القانون الدولي العام 1999، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص 447.

<sup>4</sup> Léopold Peyrefitte, Droit de l'espace, Dalloz, 1993, p. 55.

من منظور قانون الفضاء الخارجي بأنها" ارتياد واستعمال الفضاء الخارجي الواقع خارج حدود الولاية الوطنية، ولا تكون هذه الحرية إلا فيما ينص عليها قواعد القانون الدولي ومعاهدة الفضاء، وهي متعلقة بالأساس في استعمال الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية، والأغراض السلمية فقط دون الاستخدام العسكري"<sup>1</sup>.

ويرجع ظهور مبدأ حرية الفضاء على يد الفقيه الفرنسي فوشيه الذي أعلن عن مبدأ Mer Libre حرية الهواء، متبعاً في ذلك ما قرره الفقيه غروسيوس في كتابه البحر الحر، ويقول فوشيه أن السيادة هي رابطة حقيقية بين صاحب السيادة والخاضعة لها، أي بين السيد و المسود، وهي تمكن الأول من السيطرة الانفرادية على الأخير، فتعتبر السيادة نتيجة حتمية للسيطرة القانونية والمادية أو نتيجة قانونية طبيعية لهذه السيطرة بشكلها المزدوج وأن اكتساب السيادة لا يتوفر مطلقاً إلا كنتيجة للحيازة المادية والقانونية أو الشرعية بأثر رجعي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>د. عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2007، ص148، راجع في ذلك أيضاً:

Marco, G ,Marcoff, traité de droit international public de l'espace, Edition universitaire, Fribourg, 1973 , p 20

<sup>2</sup>Michel Bourely , les tendances actuelles du droit de l'espace ,Revue Française de Droit de l'EspaceRFDE, Sirey , 1988, p14.

بينما يتجه رأي آخر إلى أن الجو هو عنصر من عناصر إقليم الدولة، وأن سيادة الدولة تمتد إلى طبقات الجو التي تعلو إقليمها إلى ما لا نهاية مما يترتب عليه أن يكون لكل دولة مطلق الحرية من حيث أن تنظم استخدام هذه الطبقات الهوائية وفقاً لمصالحها و أغراضها<sup>1</sup>.

أما الاتجاه الثالث فقد تبنى نظاماً مشابهاً لنظام البحر الحر، فاعتمد على تقسيم الفضاء الجوي إلى طبقتين، الطبقة التي تعلو إقليم الدولة مباشرة و تقع على ارتفاع معين و تسمى الجو الاقليمي، وهذه تعتبر عنصراً من عناصر إقليم الدولة و تخضع لسيادتها<sup>2</sup>والثانية الطبقة الفضائية التي تشمل ما فوق ذلك من أجواء، وهذه تبقى حرة و تسمى الفضاء العام، أو الحر، أو العالي<sup>3</sup>.

ومن خلال ما سبق يمكن القول يعد مبدأ حرية الاستكشاف والاستغلال للفضاء الخارجي حق لجميع الدول في استكشاف واستغلال الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى ، شريطة أن يكون للأغراض السلمية دون الاستخدامات العسكرية في حدود ضوابط القانون الدولي والاتفاقيات الدولية

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك:شارل سومون ، قانون الفضاء ، مرجع سابق، بيروت، 1972، ص52.

<sup>2</sup>راجع في ذلك:د.محمد السعيد الدقاق، د. مصطفى سلامة حسين، القانون الدولي المعاصر، دار المطبوعات الجامعية، 1997 ، ص 337.، وكذا د.إبراهيم فتحي شحاتة، مرجع سابق، ص462.

<sup>3</sup>د.بن حمودة ليلي، الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي ، مرجع سابق، ص 3.

الخاصة بالفضاء الخارجي.

ومن الناحية التاريخية، كان التعامل مع مشكلة تحديد الحقوق في الفضاء الخارجي يتم في البداية على أساس تحليل قانون الطيران ولكن سرعان ما اتضح عدم كفاية مجموعة القوانين المتاحة لحل المسائل الأساسية المتعلقة بإدارة موارد الفضاء واستخدامها.

وفيما يتعلق بالسيادة، يُقرّ قانون الطيران بممارسة الدول لسيادتها على الفضاء الجوي الموجود فوق إقليمها، كما تنص الاتفاقية المتعلقة بتنظيم الملاحة الجوية لعام ١٩١٩، واتفاقية الطيران المدني الدولي لعام 1944، واتفاقية طوكيو المتعلقة بالجرائم وبعض الأعمال الأخرى المرتكبة على متن الطائرات لعام 1963، واتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات لعام ١٩٧٠، واتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني لعام ١٩٧١.

وتستند هذه الاتفاقيات إلى المبدأ العام الذي يُقرّ بسيادة الدولة على الفضاء الجوي الموجود فوق إقليمها، ويمنع الدول الأخرى من المرور عبر هذا الفضاء الجوي دون إذن أو تصريح مسبق، وهو أساس ما يُطلق عليه الحريات الجوية الخمس المتعلقة بحركة المرور الجوي.

ويبقى التساؤل إذا كان من المؤكد أن حرية المجال الخارجي للفضاء والأجرام السماوية لاستخدامها من كافة الدول تقوم على قدم المساواة فيما بينها وفقا للقانون

الدولي، فهل يمكن للحكومات تملك الفضاء الخارجي أو أي جرم من الأجرام السماوية، وحرمان البعض الآخر منها؟ أم كان لها مدلول آخر؟ نتعرف على ذلك من خلال مايلي:

## الفرع الثاني

### مبدأ عدم التملك للفضاء الخارجي

من الثابت أن الاتفاقيات الدولية المعنية تصرح بأن الحكومات لا يمكنها تملك الفضاء الخارجي أو أي جرم من الأجرام السماوية، كما أن الكيانات الخاصة تبحث عن الاستثمار في المشروعات التجارية في الفضاء الخارجي<sup>1</sup>، غير أنها تواجه عقبة كبيرة تتمثل في غياب الحماية عن حقوق الملكية في الفضاء الخارجي، وإمكانية حرمانها من الأرباح الناتجة عن تلك الاستثمارات<sup>2</sup>.

ولا شك أن تخفيف الهيمنة الحكومية الصارمة على أنشطة الفضاء أدى إلى انتشار المشاريع التجارية الوطنية والمتعددة الأطراف في الفضاء الخارجي، وهذا الأمر يثار التساؤل حول: هل يعد الإطار الإجرائي لقانون الفضاء الخارجي الدولي كافياً للتعامل مع أنشطة الفضاء الخاصة من حيث التملك من عدمه؟

ومن هنا جاءت معاهدة الفضاء الخارجي للإجابة على هذا التساؤل لتؤكد أن مبدأ عدم التملك للفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية لاتخضع للتملك

---

<sup>1</sup>Philippe Achilleas, Droit de l'espace : Telecommunication , Observation , Navigation , Defense , exploration , larcier , Belgique 2009 , p 18

<sup>2</sup> راجع في ذلك د. محمد حافظ غانم ، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1967 ص 312 وأيضاً د. على صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2000 ص 43.

الوطني أو القومي ، ولا لأي شكل من أشكال السيادة يمكن أن يمارس على الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية، وهذه القاعدة العرفية التي استمدت أصلها من فكرة Res-communis جعلت من الفضاء مكاناً مشاعاً بمعنى انه مملوك لكل الشعوب والدول، ويحق لها استخدامه بحرية ودون تمييز ولكن لا يمكن لأي منها تملكه أو الاستيلاء عليه وشأنه في ذلك شأن أعالي البحار والقطب الجنوبي، إعمالاً لتحقيق مبدأ القياس في القانون الدولي العام<sup>1</sup>.

ومن الواضح أن الفقه المعاصر قسم الأشياء إلى ثلاثة أصناف: الأشياء المباحة، والأشياء الخارجة عن التعامل، والأشياء العامة<sup>2</sup>، وتكييف الفضاء الخارجي قانوناً على انه من قبيل الأشياء العامة أصبح أمراً مقبولاً، رغم أن القانون الدولي لم يحدد الطبيعة القانونية لأي مما سبق ذكره، فان جانباً من الفقه حدد الأشياء العامة بأنها نوع من الملكية المشتركة، وعلى ذلك تم اعتبار الفضاء الخارجي ملكية عامة أو مشتركة<sup>3</sup> وهذا المبدأ ما أكدته لنا المادة الثانية من معاهدة الفضاء لعام 1967 ونفت

---

<sup>1</sup> د. خرشي عمر معمر، تأصيل قواعد القانون الدولي على أساس فكرة القياس، دراسة في الفضاءات الدولية الفضاء الخارجي، أعالي البحار، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور ، العدد 9، 2018، ص 39.

<sup>2</sup> د. علي صادق أبوهيف، التنظيم القانوني للنشاط الكوني، مرجع سابق، ص 40.

<sup>3</sup> د. بن حمودة ليلي، والاستخدام السلمي للفضاء الخارجي، مرجع سابق، ص 171، 172.

أي شكل من أشكال السيادة<sup>1</sup>

و تظهر أهمية تحقق هذا المبدأ في توافر مصلحة كلتا الطرفين في النهاية، خاصة عندما يتعلق الأمر باستخدام مدار التوقف الجغرافي والذي وصفته لجنة استخدام الفضاء الخارجي<sup>2</sup> في 2009 بأنه "مورد طبيعي محدود يتهده خطر التشبع" كما تظهر الأهمية لهذا المدار الذي يقع على مسافة 35.871 كم فوق مدار الإكوادور، الدول التي تقع تحته البرازيل، كولومبيا، الإكوادور، اندونيسيا، كينيا، أوغندا، والزائير إلى توقيع اتفاق عرف "اتفاق بوغوتا"<sup>3</sup> الموقع في 1976/12/3 والذي من خلاله اعتبر المدار جزء من إقليم خاضع لسيادتها ورغم أن الاتفاق لم تكن له فعالية، إلا أن ما أدى إليه هو الاستعمال المتزايد الذي مارسه الدول المتقدمة على هذا المدار وفشل محاولات الدول الإكوادورية في الاعتراف لها بأي امتيازات خاصة لذا كان لابد لها من التأكيد على مصالحها بما أن الدول المتقدمة نادراً ما تولي اهتماماً باحتياجاتها في الحصول على فوائد عادلة، فالإعلان كان بمثابة تصريح

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة الثانية من معاهدة الفضاء لعام 1967.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: لجنة استخدام الفضاء الخارجي في دورتها 46 في 2009/2/20.

<sup>3</sup>S. Courteix, De l'accès "équitable" à l'orbite des satellites géostationnaires Annuaire français de droit international A.F.D.I, volume 31, 1985. p. 790. 802



للدول لتتحكم في مواردها الطبيعية<sup>1</sup>.

وبقى الإعلان مجرد تحفظات سطحية أبدتها هذه الدول أمام الاتحاد السوفيتي للاتصالات ITU وإشكالية امتداد السيادة سببها عدم الاتفاق على الحد الفاصل بين المجال الجوي والمجال الفضائي "الدول لها حق بسط سيادتها على المجال الجوي الذي يعلو إقليمها حسب ما أقرته المادة الأولى من اتفاقية شيكاغو المتعلقة بالطيران المدني الدولي الموقعة في 1944/12/07" وهذا ما سبب العديد من المشاكل فكل دولة تأخذ بفكرة و رأي و لم يتم حسم إشكال الحد الفاصل بين المجالين حتى تاريخه<sup>2</sup>.

ويبقى التساؤل إذا تحقق مبدأ عدم التملك للفضاء الخارجي من كافة الدول التي تقوم باستخدامه فهل ذلك يتطلب تنظيم استخدام واستكشاف الفضاء الخارجي وقصر استعماله في الأغراض السلمية فقط أم للأغراض الغير سلمية؟ نتعرف على ذلك من خلال مايلي:

---

<sup>1</sup> Dr karl – heinz bockstiegl, dr mariettea benko, dr Stephan hob , Space law basic legal documents ,institute of air and space law at cologne university , vol 1 , may 2005, eleven lp, pp 60–66

<sup>2</sup> francis lyal and paul blarsen, A space law a mreutise , ashgate publishing, 2009 , p 60–62 .

## الفرع الثالث

### مبدأ الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي

مما لا شك فيه نجحت الأمم المتحدة في تطبيق المادة 13 من ميثاقها والتي تضمنت التأكيد على ضرورة إنماء العلاقات الودية والتعاون الدولي في الميدان السياسي، وتشجيع التقدم المطرد للقانون الدولي وتدوينه من خلال تبني مجموعة من المبادئ والاتفاقيات الدولية الفضائية والتي لم تقتصر على تنظيم أنشطة الدول في هذا المجال الدولي بل تجاوزته إلى تحديد الوضع القانوني للأجسام الفضائية ومساعدة رواد الفضاء خاصة بعد تزايد مخاوف المجتمع الدولي من استخدام هذا المجال في الأغراض الغير سلمية<sup>1</sup>.

ونتيجة لهذا التحول حاولت الأمم المتحدة تنظيم استخدام واستكشاف الفضاء الخارجي وقصر استعماله في الأغراض السلمية فقط ، حيث أصدرت أول قرار في هذا الشأن عام 1957 من أجل الحفاظ على السلم والأمن الدوليين في استخدام

---

<sup>1</sup> وقد جرى نص المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة على النحو التالي: تنشئ الجمعية العامة دراسات وتشير بتوصيات بقصد:

أ- إنماء التعاون الدولي في الميدان السياسي وتشجيع التقدم المطرد للقانون الدولي وتدوينه.

ب- إنماء التعاون الدولي في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتعليمية والصحية، والإعانة على تحقيق حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة بلا تمييز بينهم في الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء.

الفضاء الخارجي<sup>1</sup>، كما تم تشكيل لجننتين من أجل تحقيق مبدأ الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي، سميت اللجنة الأولى بـ لجنة الاستخدامات<sup>2</sup> السلمية للفضاء الخارجي CUPEEA والتي تتكون من لجننتين فرعيتين وهما اللجنة الفنية: والتي تختص بدراسة الإمكانيات التقنية، والعلمية لاستخدام الفضاء الخارجي وتتكون من ممثلين منظمة اليونسكو ومنظمة الأرصاد الدولية، والاتحاد الدولي للاتصالات ومنظمة الطيران المدني<sup>3</sup>.

أما اللجنة القانونية فتتكفل بدراسة المواضيع القانونية كحرية استعمال الفضاء الخارجي والتسجيل المركزي للمركبات الفضائية ومنع تلويث الفضاء والأجرام السماوية ، والتأكد من تطبيق الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالإضافة إلى مواضيع الاصطدام بين الأجسام الفضائية والمسؤولية عن الأضرار التي تسببها هذه الأخيرة<sup>4</sup>. وسميت اللجنة الثانية باللجنة الدائمة للاستخدامات السلمية للفضاء

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1148 الصادر في 14 نوفمبر 1957.

<sup>2</sup> يرجع إنشاء هذه اللجنة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1348 في 13 ديسمبر 1958.

<sup>3</sup>Ram Jakhu, Legal Issues Relating to the Global Public Interest in Outer Space, October 2005, pp11-12

<http://www.cissm.umd.edu/papers/files/jakhu.pdf>

<sup>4</sup> وحرى بالذكر: تتشكل اللجنة الخاصة بالاستخدامات السلمية للفضاء الخارجي من الدول الآتية: الأرجنتين، أستراليا، إيران، إيطاليا، البرازيل، بلجيكا، السويد، فرنسا، كندا، المكسيك، المملكة المتحدة، الولايات المتحدة الاتحاد السوفياتي، هولندا، تشكوسلوفاكيا، الهند، اليابان وللمزيد من

الخارجي COPUOS<sup>1</sup> وينبثق على هذه الأخيرة أيضاً لجنتين فرعيتين، وهما اللجنة الفرعية والعلمية، واللجنة الفرعية القانونية ، حيث تقدمت هذه الأخيرة بعدة إقتراحات فيما يخص عدة مواضيع كتقديم المساعدات عند وقوع حوادث بين المركبات في الفضاء الخارجي، كما تناولت اللجنة موضوع الحد الفاصل بين الفضاء الجوي والفضاء الخارجي

وقد تبنت الجمعية العامة بموجب القرار 1721 في 20 ديسمبر 1961 والتي أوصت بإحترام مبدئين أساسيين وهما:

- مبدأ حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي والأجرام السماوية.
- مبدأ خضوع كل النشاطات في الفضاء الخارجي لأحكام القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة.

كما كان للجنة القانونية الفضل الكبير في إعداد مشاريع الاتفاقيات الدولية الخاصة بالفضاء الخارجي<sup>2</sup>.

---

التفاصيل راجع : بن حمودة ليلي ، مرجع سابق ص 122.

<sup>1</sup> يرجع إنشاء هذه اللجنة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1472 في 12 ديسمبر 1959.

<sup>2</sup>Ivan A. Vlasich, Space Treaty: A Preliminary Evaluation the, California Law Review at Berkeley Law Scholarship Repository. Vol55,Iss2,art 8,31/05/1967,p212

<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol55/iss2/8>

وتأتى معاهدة المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى متضمنة في المادة 4 فقرة 2 منها ضرورة مراعاة جميع الدول الأطراف في المعاهدة قصر استخدامها للقمر والأجرام السماوية الأخرى على الأغراض السلمية<sup>1</sup>.

ويحظر إنشاء أية قواعد أو منشآت أو تحصينات عسكرية وتجريب أي نوع من الأسلحة وإجراء أية مناورات عسكرية في الأجرام السماوية.

ولا يحظر استخدام الممتلكات العسكرية لأغراض البحث العلمي أو لأية أغراض سلمية أخرى ، وكذلك لا يحظر استخدام أية معدات أو مرافق تكون لازمة للاستكشاف السلمي للقمر وللأجرام السماوية الأخرى.

وفى الحقيقة أثار تفسير المادة الرابعة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967 كثيراً من الجدل الفقهي ويرى الفقيه Mayer أن الأغراض السلمية لا تستثني الأنشطة العسكرية السلمية بينما يرى Zhukov أن هناك أنواعاً معينة من الأنشطة العسكرية محرمة وفقاً للمادة 4 من معاهدة الفضاء الخارجي بصرف النظر عما إذا كانت عدوانية أم غير عدوانية<sup>2</sup>، أما Bin Cheng فيرى أن الهدف من تلك المادة تفسير

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة 4 فقرة 2 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup> د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ،دار النهضة العربية ،2007، ص 897.

اصطلاح سلمي بمعنى غير عسكري وليس مجرد غير عدواني ويرى Markoff أن معاهدة الفضاء الخارجي تنشئ نظاماً لنزع السلاح، إذا سمحت بإنشاء مبدأ الاستخدام العسكري غير العدواني<sup>1</sup>، وأن أعمال الدول تعتبر غير سلمية حتى ولو كانت غير عدوانية بين الأمم مما يتسبب في تهديد السلم العالمي<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن معاهدة القطب الجنوبي لعام 1959 تحتوي على حكم مماثل فيما يتعلق بتأكيداها على الاستخدام السلمي وحظر النشاطات العسكرية واستثناء استخدامها لأغراض البحث العلمي والأغراض السلمية وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن معاهدة القطب الجنوبي لعام 1959 تحتوي على حكم مماثل فيما يتعلق بتأكيداها على الاستخدام السلمي وحظر النشاطات العسكرية و استثناء استخدامها لأغراض البحث العلمي و الأغراض السلمية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>voir:bin cheng, letrainte de 1967 sue l'espace journal du droit international, 1968, T95, n3, paris , pp 533 , 888

<sup>2</sup>د.عبدالكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، لبنان، 1997، ص131.

<sup>3</sup>VladimirKopal, traite sur les principes regissant les actiites des etatsenatiere d exploration et d utilisation de l espace extra-atmospherique , y comris la lune et les autre corps celestes , United Nations Audiovisual library of International Law , 2008 , www.Un.org/law/avl, p4

وقد لاحظ جانب من الفقه أن المعاهدة بنصها السالف قد أقامت نوعاً من التفرقة بين القمر والأجرام السماوية من ناحية، وبين الفضاء الخارجي بصفة عامة من ناحية أخرى، وتحرم استخدام القمر وغيره من الأجرام السماوية في أي وجه من الوجوه العسكرية وتحضر إنشاء القواعد العسكرية فوقها وإجراء تجارب عسكرية من أي نوع فوقها .

ومما سبق يمكن القول ينبغي أن تكون استخدامات الفضاء الخارجي سلمية لتحقيق تبادل الخبرات ووجهات النظر حول الجديد في أنشطة الفضاء الخارجي وكيفية تحقيق التنمية المستدامة طويلة الأجل في هذا المجال الحيوي الواعد، من أجل مواجهة التهديد الذي يشكله الحطام الفضائي.

ويبقى التساؤل إذا تحقق مبدأ الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي من كافة الدول التي تقوم بالاستعمال التجاري للفضاء الخارجي فهل ينتهك المادة الأولى من معاهدة الفضاء الخارجي من حيث الاستخدام لمصلحة جميع الدول، أم كان لها مدلول آخر بعدم تحقيق المصلحة العامة؟ نتعرف على ذلك من خلال مايلي:

## الفرع الرابع

### مبدأ استخدام الفضاء الخارجي لمصلحة جميع الدول

مما لا شك فيه أن إضفاء مبدأ الحرية على الفضاء الخارجي لا يجب أن يؤدي إلى الفوضى عندما تمارس الدول أنشطة فضائية بشكل متزايد ومن أجل تفضي أي أضرار بهذا المجال وجب على الدول أن تستكشف وتستخدم الفضاء الخارجي من أجل المنفعة العامة، بما يحقق عناصر الخدمة العامة الدولية، *service public international* لضمان أكثر لتوزيع هذه الثروات توزيعاً عادلاً، وجب أن تكون هناك إرادة مشتركة تتمثل في جهاز دولي يسهر على ضمان الاستغلال العادل لتلك الموارد<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى ما أكدته معاهدة الفضاء الخارجي على حرية استخدام الفضاء الخارجي بما يحقق المصلحة العامة للبشرية، فقد تضمنت المادة الأولى منها "على أن استكشاف واستعمال الفضاء الخارجي - بما فيها القمر والأجرام السماوية الأخرى- ينفذ لمنفعة ومصصلحة كل البلدان ، بصرف النظر عن درجتها في التطور الاقتصادي أو العلمي"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Jia Huang, New challenges to the traditional principles of the law of war presented by information operations in outer space, in Journal of Politics and Law, Vol. 2, No. 1, March 2009, pp. 39.

<sup>2</sup>راجع في ذلك: المادة الأولى فقرة 1 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.



وتضمنت الفقرة الثانية أيضاً منها، على أن الفضاء الخارجي متاح للاستكشاف والاستعمال من كل الدول بدون تمييز من أي نوع، على قاعدة المساواة وبموجب القانون الدولي، باعتباره إقليمياً لكل البشرية<sup>1</sup>.

كما تضمنت المادة الثانية من ذات الاتفاقية على أنه لا يجوز لأحد إدعاء السيادة على الفضاء الخارجي سواء بالاستعمال أو الاحتلال أو أية وسيلة أخرى<sup>2</sup>.

ويرجع أهمية هذا المبدأ في توافر تحقيق الأهداف الإنسانية الممنوحة للدول الأخرى وهو النفع العام لجميع البلدان و أن يكون مجانياً للاستكشاف والاستخدام من قبل جميع الدول<sup>3</sup>.

من بين مبادئه، حظر على الدول والأطراف في المعاهدة وضع أسلحة نووية أو أي أسلحة أخرى من أسلحة الدمار الشامل في مدار الأرض، أو تثبيتها على سطح القمر أو أي جرم سماوي، أو محطة فضاء<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك: المادة الأولى فقرة 2 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup>راجع في ذلك: المادة الثانية فقرة 2 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>3</sup>Nicolas Mateesco Matte, Droit Aérospatial, Edition Pedone. 1969, p 84-85

<sup>4</sup>راجع في ذلك: د. طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الأمن البيئي، النظام القانوني لحماية البيئة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2009 ص 392-393

لمزيد انظر: د. محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للبيئة في العالم، منشورات الحلبي

أي أنها تحد حصراً على استخدام القمر والأجرام السماوية الأخرى للأغراض السلمية ويحظر صراحة استخدامها لاختبار أسلحة من أي نوع، أو إجراء مناورات عسكرية، أو إنشاء قواعد عسكرية ومنشآت وتحصينات.

وتحظر المعاهدة صراحة أي حكومة من المطالبة بالموارد السماوية مثل القمر أو الكواكب لأنها هي تراث مشترك للبشرية.

ومع ذلك، فإن الدولة التي تطلق مركبة فضائية تحتفظ بحق السيطرة عليه، والدول أيضاً مسئولة عن الأضرار التي تحدثها المركبات الفضائية، ويجب تجنب تلويث الفضاء والأجرام السماوية<sup>1</sup>.

وقد حددت لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية خطة الفضاء 2030 من خلال تحقيق ركائز هامة منها:

- اقتصاد الفضاء: ويتحقق من خلال تنمية المنافع الاقتصادية من الفضاء.
- مجتمع الفضاء: ويتحقق من خلال المنافع المجتمعية المتأتية من الأنشطة الفضائية بالفضاء.
- تيسير الوصول إلى الفضاء: ويتحقق من خلال سبل وصول الجميع إلى الفضاء.

---

الحقوقية بيروت الطبعة الأولى، 2006.

<sup>1</sup> راجع في ذلك: د. ممدوح حامد عطية ، د. سحر مصطفى حافظ، المخاطر الإشعاعية، دار الفكر العربي، 2005، ص19.

- دبلوماسية الفضاء: ويتحقق من خلال إتاحة سُبل التعاون الدولي والحكومة في مجال الأنشطة الفضائية<sup>1</sup>.

وقد استخدم المقرر الخاص المعنى بحماية الغلاف الجوي<sup>2</sup> مصطلح "مصالح" بدلاً من "منفعة" واستُخدمت صياغة مماثلة في مشروع المبدأ التوجيهي السادس الذي اعتمده اللجنة في دورتها الثامنة والستون والذي يشير إلى مصالح الأجيال المقبلة في سياق الاستخدام المنصف والمعقول للغلاف الجوي<sup>3</sup>.

ويبقى التساؤل هل تحققت الموازنة بين مصالح الكيانات الخاصة مع المبادئ الجوهرية المتعلقة بالحفاظ على استكشاف الفضاء الخارجي واستعماله لمنفعة كل البشرية إعمالاً لتحقيق مبدأ التراث المشترك أم كان لها مدلول آخر؟ نتعرف على ذلك من خلال مايلي:

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك الوثيقة رقم A/AC.105 14 December 2018

<sup>2</sup> راجع في ذلك: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة 70 الملحق رقم A/70/1010 الفقرات 53-54.

<sup>3</sup> المحاكم الدولية لم تتخذ بعد أي قرارات بشأن الحقوق العرفية المتوارثة بين الأجيال، فقد صدرت قرارات عديدة عن المحاكم الوطنية تعترف بالإنصاف بين الأجيال ويمكنها أن تشكل ممارسة لأغراض القانون الدولي العرفي انظر:

C. Redgwell, "Intra- and inter-generational equity", in The Oxford Handbook of International Climate Change Law, C.P. Carlarne, K.R. Gray and R.G. Tarasofsky, eds. Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 185-201, at p. 198

## الفرع الخامس

### مبدأ التراث المشترك للإنسانية للفضاء الخارجي

لقد تميزت الطبيعة القانونية للإرث المشترك للإنسانية بكونه طور القاعدة القانونية المطبقة في المجتمع الدولي، والتي ارتكزت على فكرة الفضاء المفتوح أو الفضاء المملوك للجميع والذي نادي بحرية الاستكشاف والاستعمال للفضاء وموارده من قبل جميع الدول نحو اعتباره إرثاً مشتركاً للإنسانية من أجل تحقيق النماء التكنولوجي العالمي<sup>1</sup>.

في حين أن مبدأ الإرث المشترك للإنسانية قد أضفى على الساحة القانونية نظاماً جديداً يذهب إلى أبعد من ذلك وهو إضفاء نظام قانوني كفيل بتحقيق الحماية لهذه الموارد وذلك بوضع نظام تسيير عقلائي للموارد لعدم استنفادها<sup>2</sup>، كما أنه يأخذ بعين الاعتبار الاقتسام العادل للامتيازات العائدة من هذا الفضاء أو من ثرواته<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Jean Davallon, LA Définition Juridique du Patrimoine : un Révélateur de sa Dimension Symbolique, International Scientific Electronic Journal, Issue 1, 2004 Department of Cultural Technology and Communication University of the Aegean, pp 15 -20 .

<sup>2</sup>د.سامي أحمد عابدين، مبدأ التراث المشترك للإنسانية بين النظرية و التطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1985، ص37.

<sup>3</sup>Moreau Defarges. L'humanité, ultime « grande illusion » du XXe siècle, Politique étrangère N°3 - 1999 - 64e année pp. 693 - 705.

فكان بذلك ميلاد نظام دولي جديد حاول الأخذ بعين الاعتبار عدم التكافؤ بين الدول، كما أنه تعدى مبدأ الحيز المقام عليها لاستكشاف والاستعمال إلى ما هو لصيق به أو كامن في داخله فخلق بذلك ما يسمى بنظام استغلال يأخذ بعين الاعتبار ما قد يكون مصدر ثروة أو غناء حقيقي للدول، خاصة الدول النامية منها مكرسا نظام الاقتسام العادل للفوائد المتحصل عليها، ولعل هذا ما جعله يطلق عليه تسمية الإرث المشترك للإنسانية كون لكل الدول الحق فيما يعود به هذا الحيز أو هذا المورد من منافع على الإنسانية<sup>1</sup>.

كما تضمنت المادة الثانية من معاهدة الفضاء بالتأكيد على أنه لا يجوز لأحد إدعاء السيادة على الفضاء الخارجي سواء بالاستعمال أو الاحتلال أو أية وسيلة أخرى مبدأ عدم الاستيلاء the non-appropriation principle<sup>2</sup>.

ثم تأتي اتفاقية القمر لعام 1979 في ثناياها مبدأ التراث المشترك للبشرية، متضمنة في مادتها رقم 11 "على أن القمر ومصادره الطبيعية تعد تراثاً مشتركاً للبشرية،

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: د.أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي للبحار في ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية 1982، ط2، دار النهضة العربية، 2006، ص 396، 398. وكذلك د.أحمد محمد رفعت، "الأوقاف الدولية في القانون الدولي الجديد للبحار، التأصيل القانوني لمبدأ التراث المشترك للإنسانية في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982، القاهرة، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، 2013، ص105.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: المادة الثانية من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

وأقرت الاشتراك العادل لكل الدول الأطراف في المنافع المشتقة من تلك المصادر<sup>1</sup>، مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح وحاجات الدول النامية<sup>2</sup>.

وقد ساهمت كل من مصر والهند في تطوير مفهوم التراث المشترك للإنسانية مستلهمين بصورة أوسع المقترحات التي وضعتها الأرجنتين، في كون أن هذا المفهوم يمكن تطبيقه ليس على موارد القمر فقط و إنما أيضاً على الأجرام السماوية الأخرى، وتتميز هذه المقترحات كونها ذات مرجعية فيما يتعلق بتوزيع الأرباح ، كما لم يتم ذكر البلدان النامية<sup>3</sup>.

مما سبق يتضح تشابه في المواقف المعتمدة من قبل الدول الكبرى في مجال قانون الفضاء وقانون البحار، حيث تتقاطع مواقف الدول الكبرى في ما يتعلق بالقرار رقم

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك المادة 11 فقرة 1 من اتفاقية القمر لعام 1979.

<sup>2</sup> وحرى بالذكر أن القوى العظمى فقدت السيطرة على المفاوضات في كل من لجنة الاستعمالات السلمية للفضاء الخارجي والجمعية العامة، فكان لا بد أن تقبل إدماج مبدأ التراث الإنساني المشترك إلى اتفاقية القمر، غير أنها بعد ذلك رفضت التصديق عليها ، وعليه فإنها غير ملزمة قانوناً بمبدأ التراث المشترك ، فالولايات المتحدة الأمريكية - مثلاً - دعمت المبدأ في البداية ، لكن دعمها تآكل تقريباً ، وبدلاً من ذلك دعمت وجهة النظر التي ترى أن مبدأ " التراث المشترك " يعنى - فقط - أن الوصول إلى الأرض المشتركة سيكون متاحاً لكل الأمم ، بيد أن المبدأ حظي بتأكيد كاف للتأثير على إمكانية إفادة كل البشرية من المصادر الطبيعية القمرية .

<sup>3</sup> Kevin B. Walsh, Controversial Issues Under Article XI of the Moon Treaty, AASL, vol 6, 1981, p. 499

**2749 د 25** الذي يتضمن المبادئ التي تحكم قاع البحار و المحيطات وباطن أرضها خارج حدود الولاية الوطنية للدول، وقد رفض الموقف السوفيتي أثناء التصويت على هذا القرار سنة **1970** المتعلق بمفهوم التراث المشترك للإنسانية، حيث انتقد الوفد السوفيتي أثناء اللجنة الأولى عدم الوضوح والدقة حول مفهوم الملكية المشتركة ورفض أي فكرة حول الملكية الجماعية أو التقاسم والمسؤولية عن القوى الاستعمارية السابقة و الاحتكارات الرأسمالية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Francisco Orregovicuna, "The Exclusive Economic Zone; Regime and Legal Nature Under International Law", New York: Cambridge U. P., 1989, pp. 68– 71

## المبحث الثاني حقوق الدول في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي

### تقديم

إذا كان استغلال الفضاء الخارجي يسمح بولوج هذا الفضاء للدول من غير رقيب ولا حسيب، ومن غير رجوع إلى أية دولة أخرى بغية الترخيص أو أي ترتيبات أخرى<sup>1</sup>، فإن هذه الحرية ليست مطلقة بل تخضع لضوابط ملزمة للدول التي قبلت بهذا المبدأ سواء المرتادة للفضاء الخارجي، أو غيرها بترتيب حقوق وواجبات لجميع الدول وفقاً لأحكام ونصوص الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن.

ولأن الوصول إلى الفضاء الخارجي يتطلب إمكانات وقدرات ليست في متناول جميع الدول فإن الحقوق والواجبات ليست متكافئة ، فما يكون التزاماً للدولة المرتادة للفضاء الخارجي قد يكون بالمقابل حق للدول غير المرتادة أو للبشرية جمعاء<sup>2</sup>.

وعلى ذلك يمكننا بيان حقوق الدول في استخدام الفضاء الخارجي في القانون الدولي من خلال المطالبين التاليين:

---

<sup>1</sup>د.محمد سعيد مجذوب، الوسيط في القانون الدولي العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1999، بيروت، ص447.

<sup>2</sup>د.صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 130.



المطلب الأول: حقوق الدول الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

المطلب الثاني: حقوق الدول غير الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

## المطلب الأول

### حقوق الدول الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي

إذا كان حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي الذي قبلت به جميع الدول المرتادة للفضاء الخارجي وغير المرتادة له قد رتب حقوقاً للجميع، إلا أن هذا الفضاء ليس متاح بعد لجميع الدول لأسباب معقولة<sup>1</sup> كنعقصر القدرات العلمية والمالية لكثير من الدول مما يجعل هذه الحقوق مختلفة ومتباينة فيما بينها، فإذا تمكنت دول من الوصول إلى هذا الفضاء فإنه من حق الدول الأخرى الاستفادة من نتائج الاستكشاف والاستخدام<sup>2</sup>.

ولهذا يستوجب أن نبين حقوق الدول الفضائية في استغلال الفضاء الخارجي بموجب القانون الدولي وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى أربعة أفرع نتناولهما بالتفصيل على النحو التالي

الفرع الأول: الحق في استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي .

الفرع الثاني: الحق في الولاية على أنشطة الرواد في الفضاء الخارجي .

---

<sup>1</sup>د.علي صادق أبوهيف، التنظيم القانوني للنشاط الكوني، مرجع سابق، ص40.

<sup>2</sup>د.إبراهيم شحاتة، القانون الجوي الدولي وقانون الفضاء، دار النهضة العربية 1960، ص473.

الفرع الثالث: الحق في زيارة المنشآت والأنشطة الفضائية للدول الأخرى.

الفرع الرابع: الحق في وضع الأغراض العملية البحثية في الفضاء الخارجي.

## الفرع الأول

### الحق في استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي

ينبغي الإشارة إلى أنه تم تبني معاهدة الفضاء الخارجي 1967، حيث كفلت الحق في استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي وبكل حرية لجميع الدول دون تمييز وعلى قدم المساواة وفقاً للقانون الدولي<sup>1</sup>، كما كفلت حرية الوصول لجميع مناطق الأجرام السماوية وكذلك حرية إجراء الأبحاث العلمية، وأضافت لتأكيد هذه الحقوق التزام الدول مراعاة تسيير وتشجيع التعاون الدولي في مثل هذه الأبحاث<sup>2</sup>.

ومن مظاهر التكفل بحقوق الدول في استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي بكل حرية ما جاء في نص المادة التاسعة من معاهدة الفضاء الخارجي حيث تلزم الدول الاسترشاد بمبدأ التعاون والمساعدة المتبادلة ومراعاة المصالح المتقابلة للدول وكذلك الالتزام بالمشاورات<sup>3</sup>.

كما تؤكد الأمم المتحدة على أن الالتزام بهذا الأمر يعد حقوقاً للدول الأخرى مما يعزز حق الاستخدام والاستكشاف الحر للفضاء الخارجي، كما يضمن حظر تملك

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة 1 فقرة 1 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup> وهذا النص سبق تقريره في قرار الجمعية العامة رقم 1721 بتاريخ 1961/12/20 الذي أكد على أن استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي بكل حرية لجميع الدول وعلى قدم المساواة في القرار رقم 1962 بتاريخ 1963/12/13 .

<sup>3</sup> راجع في ذلك: المادة 9 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

الفضاء الخارجي والأجرام السماوية على جميع الدول كفالة مبدأ حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي<sup>1</sup>.

كما تركز هذا المبدأ في المادة الرابعة من اتفاق القمر 1979 التي أكدت على أن استكشاف واستخدام القمر يكون مجالاً للبشرية قاطبة<sup>2</sup> و لما جاء في المادة السادسة من اتفاق القمر لجميع الدول الأطراف حرية إجراء الدراسات العلمية على سطح القمر دون تمييز من أي نوع على أساس من المساواة ووفقاً للقانون الدولي ، كما يمكنها أخذ عينات من معادنه أو سواها من القمر والأجرام السماوية الأخرى لاستكمالها لغايات سلمية<sup>3</sup>.

كما تؤكد اتفاقية القمر على حق الدول الأطراف في وضع أجسام فضائية في القمر أو إطلاقها منه، ووضع مركباتها ومعداتها وتجهيزاتها فيه، كما يمكنها التنقل بحرية وتركيب محطات مأهولة أو غير مأهولة على سطح القمر شرط عدم الإضرار بنشاطات الدول الأخرى<sup>4</sup>.

غير أن استخدام واستغلال الفضاء الخارجي فيه بعض التناقض مع الحقائق

---

<sup>1</sup> وهذا ما تضمنته قرار الجمعية العامة، واتفاقيات الفضاء الخارجي في كل من قرار الجمعية العامة رقم 1962 بتاريخ 1963/12/20، والمادة الثانية من معاهدة الفضاء الخارجي 1967 .

<sup>2</sup> راجع في ذلك: المادة 4 من اتفاقية القمر 1979.

<sup>3</sup> راجع في ذلك: المادة 6 من اتفاقية القمر 1979.

<sup>4</sup> راجع في ذلك: المادة 8 من اتفاقية القمر 1979.

والمعطيات، فالدول الفضائية تعتبر الفضاء سوقاً من الاستثمارات التجارية والأنشطة الفضائية، فمن المؤكد أن تتشارك في هذا الاستثمار مع بلدان لم تساهم بشي في المشروع ، فالدول تنسق المركبات الفضائية والأقمار الصناعية وتجند مواردها من أجل تطوير تقنيات الاستفادة من هذا المجال لكي يعود عليها الأمر بتحقيق الأرباح من الدرجة الأولى.

## الفرع الثاني

### الحق في الولاية على أنشطة الرواد في الفضاء الخارجي

بالرجوع إلى ما تضمنته المادة الثامنة من اتفاقية القمر محصورة بصورة رئيسية في تطرق قانون الفضاء الخارجي إلى المسائل القانونية المتعلقة بملكية الأجسام الفضائية والاختصاص والرقابة عليها، ويبدو التوجيه والسيطرة على سير الرحلة الفضائية أثناء وجودهم في الفضاء الخارجي<sup>1</sup> وتتضمن تحديد الصلاحيات والواجبات لأعضاء البعثة الفضائية ومنح رئيس البعثة سلطة إدارية وانضباطية لغرض المحافظة على النظام وضمان أمن الرواد والمحافظة على سلامة المركبة<sup>2</sup>، ولهذا فإن إطلاق الأجسام الفضائية، بأفراد طاقم من جنسيات متعددة يتطلب عقد اتفاقيات دولية لتنظيم الكثير من المسائل المتعلقة بسيطرة الدولة على الرواد في الفضاء الخارجي، أما من حيث الأسس التي تؤكد الاختصاص على ملاحي الفضاء يمكن أن تتضمن "دولة جنسية الملاح، ودولة الإطلاق، والدولة القائمة بالإطلاق، ودولة الهبوط، والدولة التي تتأثر بأعمال الملاح"<sup>3</sup>.

وتأتى اتفاقية إنفاذ الملاحين ورد الأجسام المطلقة في الفضاء لعام 1968 لتؤكد

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة 8 من اتفاقية القمر 1979.

<sup>2</sup> د. فاروق سعد، قانون الفضاء الكوني، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ص 162.

<sup>3</sup> علوي أمجد علي، النظام القانوني للفضاء الخارجي و الأجرام السماوية، مرجع سابق، ص 206.

على أحكام المادة الخامسة من معاهدة الفضاء 1979 باعتبار الملاحين الفضائيين مبعوثي الإنسانية في الفضاء الخارجي من حيث الاتفاق على نظام قانوني لمساعدتهم وحمايتهم في أوقات المحن والحوادث، كما جاء مكملاً لأحكام المادة 8 من معاهدة الفضاء الخارجي عندما تطرق لمسألة رد الأجسام الفضائية<sup>1</sup>.

كما جاء الاتفاق الذي يحكم أنشطة الدول على القمر والأجرام السماوية الأخرى لعام 1972 لتؤكد على استكشاف واستخدام الفضاء على أساس المساواة بين الدول ، وكان لغرض إبعاد القمر والأجرام السماوية الأخرى من أن تكون مسرحاً للنزاعات الدولية عندما يحين الوقت لاستغلال مواردها الطبيعية<sup>2</sup>.

وسعت هذه الاتفاقية إلى تحقيق المبادئ إلى جاءت بمعاهدة الفضاء من أجل تكرار الرغبة في ترسيخ هذه المبادئ وتحويلها إلى عرف دولي<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Peter Van Fenema, International Cooperation In Using Orbits, Proceedings of the Workshop on Space Law, in twenty-first century, Organized by IISL and OOSA at Vienna, ST/SPACE/2, United Nation, New York 2002, p. 25.

<sup>2</sup>وتجر الإشارة الى أنه في عام 2010م, تم التصديق عليها من ثلاث عشرة دولة, لا أحد منها تشتغل في الوقت الحاضر في أنشطة الفضاء الهامة , تشمل أستراليا , النمسا , بلجيكا , كازاخستان , لبنان , المكسيك , المغرب , هولندا , باكستان , بيرو , الفلبين , والأورغواي .

<sup>1</sup>Christian Domincé et François Voeffray, «L'application du droit international général dans l'ordre juridique interne», dans L'intégration



## الفرع الثالث

### الحق في الرقابة والزيارة للمنشآت والأنشطة الفضائية للدول الأخرى

حرى بالذكر تضمنت المادة التاسعة من معاهدة الفضاء 1967 يجب على كل دولة من الدول الأطراف في المعاهدة يكون لديها سبب من الأسباب يحملها على الاعتقاد بأن ثمة نشاطات أو تجارب تعتزم هي أو أحد رعاياها القيام بها في المجال الخارجي قد يتسبب في عرقلة محتملة الأضرار لأنشطة الدول الأطراف الأخرى في ميدان استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي للأغراض السلمية إجراء المشاورات الدولية المناسبة قبل بدء ذلك النشاط أو القيام بالتجربة<sup>1</sup> ومن ثم تضمن للدولة الفضائية التعرض بطريق مباشر أو غير مباشر لأنشطة الدول الأخرى في مجال الفضاء<sup>2</sup>.

بينما تضمنت الفقرة الرابعة من المادة التاسعة من نفس المعاهدة على أن لكل دولة من الدول الأطراف في هذه المعاهدة يكون لديها من الأسباب ما يحملها على

---

du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national étude de la pratique en Europe , Pierre Michel Eisemann ed., K.L.I., 1996, pp. 51-62 at 52.

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة 9 فقرة 3 من معاهدة الفضاء 1967.

<sup>2</sup> د. علوي أمجد علي، النظام القانوني للفضاء الخارجي و الأجرام السماوية، مرجع سابق، ص 255.

الاعتقاد بأن ثمة نشاط أو تجربة مزعم القيام بها من أية دولة أخرى من الدول في الفضاء الخارجي قد تسبب في عرقلة محتملة الأضرار السلمية في هذا الميدان طلب إجراء المشاورات بشأن ذلك النشاط أو التجربة<sup>1</sup>.

وبالعودة إلى ما تضمنته المادة الخامسة عشر من اتفاق القمر 1979 فإن للدول حق الزيارة ولكن بعد الإخطار المسبق بوقت معقول قبل الزيارة المزعم القيام بها لإتاحة الفرصة لإجراء الترتيبات المناسبة واتخاذ الاحتياطات القصوى اللازمة لكفالة السلامة وتفاذي عرقلة السير الطبيعي للعمليات المعتادة في الموقع المراد زيارته<sup>2</sup>.

وتعاود الفقرة الثانية من نفس المادة في حالة اعتقاد دولة طرف أن دولة طرف أخرى لا تفي بالالتزامات المفروضة عليها بموجب الاتفاق فإن الحل هو اللجوء إلى المشاورات التي يمكن لأي دولة طرف أخرى أن تشترك فيها وأن تسعى إلى التوصل لحل مقبول مع مراعاة حقوق ومصالح جميع الدول الأطراف<sup>1</sup>.

بينما تضمنت الفقرة الثالثة من نفس المادة أيضاً في حالة فشل المشاورات في التوصل إلى تسوية مقبولة يتعين على الأطراف المعنية اللجوء إلى تسوية النزاع

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك:المادة 9 فقرة 4 من معاهدة الفضاء 1967.

<sup>2</sup>راجع في ذلك:المادة 15 فقرة 1 من اتفاق القمر 1979.

<sup>1</sup>راجع في ذلك:المادة 15 فقرة 2 من اتفاق القمر 1979.

بوسائل سلمية أخرى من اختيارها تكون مناسبة لظروف وطبيعة النزاع<sup>1</sup>.

وخلاصة القول أن معيار الحق في الرقابة والزيارة للأنشطة الفضائية للدول الأخرى تحكمه ضوابط إجرائية "حق الزيارة ليس مطلقاً بل يخضع لترتيبات مسبقة قد تقلل من قيمة النص"، لأنه كان ممكناً تحقيق هذه الترتيبات من خلال وسائل أخرى قانونية منها الالتزام بالتعويض المناسب عن الأضرار التي قد تحدث أثناء الزيارة فضلاً عن أن اتفاقية القمر قد وضعت إمكانية اللجوء إلى الأمين العام للأمم المتحدة لتقديم المساعدة من غير موافقة الدول الأخرى لتسوية النزاع بوسائل سلمية.

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة 15 فقرة 3 من اتفاق القمر 1979.

## الفرع الرابع

### الحق في وضع الأغراض العملية البحثية في الفضاء الخارجي

مع توالى الاهتمام بالأغراض العملية البحثية في الفضاء الخارجي واستغلالها لصالح البشرية على سطح الأرض، يقتضي تسخير هذا المجال لإجراء التجارب العلمية، وإتاحته للإمكانيات للعلماء والباحثين كما يتطلب هذا المجال من معدات وملكات متطورة لدقة البحوث والنتائج المرجوة قد لا تتوفر للجهات المدنية للدول، بقدر ما تتوفر للجهات العسكرية، وهذا ما حدا بالدول للسماح باستخدامها<sup>1</sup>.

وفى تقرير أصدرته لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية والذي انتهى بأن خطة الفضاء 2030 يمكن أن تدهم مبادرة الكون المفتوح كمشروع لزيادة الوصول إلى بيانات الفضاء وعلومه، علاوة على ذلك أفيد بأن خطة الفضاء 2030 يمكن أن تشمل الاضطلاع بعمليات الاستكشاف والابتكار في مجال الأغراض العلمية البحثية .

لذلك جاءت المادة الرابعة اتفاقية من معاهدة الفضاء 1967 واضحة وصريحة بالدعوة للحد من التسلح والاستخدام العسكري للفضاء الخارجي، ولكنها تركت الباب مفتوحاً أمام الهيئات العسكرية لإجراء تجارب البحوث العلمية في الفضاء الخارجي

---

<sup>1</sup>Yun Zhao, An International Space Authority; A Governance Model for a Space Commercialization Regime, Journal of Space Law, Vol. 30 No, 2, Fall 2004, p. 278.

لأية مقاصد سلمية وإلى استعمال المعدات الضرورية العسكرية لاكتشاف القمر والأجرام السماوية الأخرى بشرط أن يكون الاستعمال سلمياً<sup>1</sup>.

كما أقرت المادة التاسعة من اتفاقية القمر على أنه يجوز للدول الأطراف إنشاء محطات تحمل إنسان أو لا تحكمة على القمر إلا أن هذا الحق مقيد بشروط :

- لا تستخدم الدولة الطرف التي تنشئ محطة من المحطات إلا المنطقة التي تطلبها احتياجات المحطة.
- أن تعلم الأمين العام على الفور بمكان المحطة وأغراضها .
- لا تعوق حرية الوصول إلى جميع مناطق القمر من جانب عاملين ومركبات ومعدات دول أخرى تضطلع بأنشطة القمر<sup>2</sup>.

بينما جاءت المادة الثالثة من اتفاق القمر مؤكدة على ضرورة إنشاء قواعد وتحصينات عسكرية أو تجريب أي نوع من الأسلحة أو إجراء مناورات عسكرية على القمر، ويستثنى استخدام المعدات العسكرية والمرافق التي تكون لازمة للبحث العلمي السلمي<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>وقد جرى نصها "لا يحظر استخدام الأشخاص العسكريين لأغراض البحث العلمي أو لأية أغراض سلمية أخرى وكذا لا يحظر استخدام أية معدات أو مرافق تكون لازمة للاستكشاف السلمي للقمر والأجرام السماوية" المادة 4 من معاهدة الفضاء 1967.

<sup>2</sup>راجع في ذلك:المادة 9 من اتفاق القمر 1979.

<sup>3</sup>راجع في ذلك:المادة 3 من اتفاق القمر 1979.

ومن خلال المادة الثامنة تحدد معاهدة الفضاء الاختصاصات السيادية الشخصية والموضوعية على النحو التالي:

- يجوز للدولة الطرف المقيد في سجلها أي جسم في الفضاء الخارجي الولاية والرقابة عليه وعلى أي شخص يحمله أثناء وجوده في الفضاء الخارجي أو على جرم سماوي آخر.
- لا تتأثر ملكية الأجسام المطلقة في الفضاء الخارجي أو المنشأة على جرم سماوي ولا ملكية أجزائها بوجودها هناك<sup>1</sup>.

وتأتي المادة التاسعة من معاهدة الفضاء محددة ضوابط هذا الاستعمال للفضاء الخارجي في مجال الأغراض العلمية البحثية في الفضاء الخارجي واستغلالها لصالح البشرية شريطة مراعاة الاعتبار للمصالح المتقابلة للدول الأخرى<sup>2</sup>.

وخلاصة القول يحق لجميع الدول التي تتراد الفضاء الاستفادة من التكنولوجيا العسكرية في أنشطتها الفضائية السلمية، وإذا كانت أسلحة الدمار الشامل تعتبر عدوانية ويحظر استعمالها في الفضاء الخارجي وفي الأجرام السماوية .

---

<sup>1</sup>ومن خلال المادة الثامنة من معاهدة الفضاء فإن التسجيل والإشراف ينتج آثارا قانونية منها :

- حق الدولة في إدارة المنشأة كجزء من أراضيها بالسيطرة عليها .
  - تحمل المسؤولية عن المحطة والأشخاص وضمان الالتزامات الدولية وتتمثل في المسؤولية عن الأضرار والمسؤولية عن الأشخاص .
- <sup>2</sup>راجع في ذلك:المادة 9 من معاهدة الفضاء 1967.

إلا أن الاستخدامات العسكرية غير العدوانية ليست محظورة في الفضاء الخارجي، فالمعدات والأفراد العسكرية يمكن أن تستخدم في الأغراض السلمية حتى على سطح القمر أو الأجرام السماوية الأخرى.

كما أثارت هذه المسألة نقاشاً أثناء إعداد اتفاقية الفضاء 1967 ، فالاتحاد السوفيتي كان يعارض وجود المعدات العسكرية في الفضاء، في حين كانت الولايات المتحدة تؤيد بقوة استخدام الأفراد والمعدات في أغراض البحث العلمي و الأغراض الأخرى السلمية لأهميتها في النشاط الفضائي، كما وافق المنسوب البريطاني بشرط أن ينظر إلى تقييم هذه المعدات من خلال الاستخدام النهائي، وفي الأخير تم قبول المعدات والأفراد العسكرية في الاستخدام السلمي مع التركيز على استخدامها النهائي أكثر من كونها ذات طبيعة عسكرية:

## المطلب الثاني

### حقوق الدول غير الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء

#### الخارجي في القانون الدولي

مما لا شك فيه على مدى خمسون عاما في الفضاء الخارجي، أصبح الإنسان تربطه علاقة وثيقة بالفضاء الخارجي على أسس علمية، وأصبح هناك اتحاد دولي للفلك يوحد المجتمعات الفلكية حول العالم ويتولى مسؤولية تسمية النجوم والكواكب والكويكبات والأجسام والظواهر الفضائية الأخرى<sup>1</sup>.

وإذا كانت الدول التي تتراد الفضاء الخارجي قد استفادت من حقوق أثناء مباشرة أنشطتها الفضائية بموجب مبدأ حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي، فإن الدول غير الفضائية التي تنازلت عن سيادتها لصالح مبدأ الحرية هي الأخرى لا بد أن تستفيد من نتائج حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي، وذلك من خلال الحقوق التي منحتها لها قواعد الفضاء الخارجي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>The 1996 Declaration on International Cooperation in the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in the Interests of All States, U.N.G.A. A/Res/51/122, 4 Feb. 1997. Declaration on International Cooperation in the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in the Interests of States, Taking into Particular Account the Needs of Developing Countries.

<sup>2</sup>Mari ,Christopher U.S. National Debate Topic 2011–2012 American



ولهذا يستوجب أن نبين حقوق الدول غير الفضائية في استغلال الفضاء الخارجي بموجب القانون الدولي وذلك من خلال التقسيم التالي إلى أربعة أفرع نتناولهما بالتفصيل المناسب:

الفرع الأول: الحق في الانتفاع بنتائج تكنولوجيا الفضاء الخارجي .

الفرع الثاني: الحق في الحصول على المعلومات المستشعرة في أراضيها.

الفرع الثالث: الحق في المساعدة في حالة تضرر مصالحها.

الفرع الرابع: الحق في المطالبة بالتعويض في حالة توافر الضرر.

## الفرع الأول

### الحق في الانتفاع بنتائج تكنولوجيا الفضاء الخارجي

بما أن الفضاء الخارجي ساحة للتكنولوجيا التقنية حيث تتصادم الإيديولوجيات المتنافسة لعرض براعتها التكنولوجية تحت أعين العالم الساهرة<sup>1</sup> بدأت برامج الفضاء بالاستثمار في النتائج العملية من أجل الصالح العام كالاتصالات عبر الأقمار الصناعية والاستشعار عن بعد، وبحوث الجاذبية الدقيقة والملاحة عبر الأقمار الصناعية.

ولذلك، نمت أهمية قياس المنافع الاجتماعية والاقتصادية لأنشطة الفضاءية بشكل مطرد في فترة سبعينيات القرن العشرين وثمانينياته، حيث اشتهر استكشاف الفضاء عصر المعرفة بأنها "مهمة لكوكب الأرض" تستمر هذه الفوائد في المجتمع اليوم، إذ تستمر الحكومات بإظهار الفوائد العلمية والاجتماعية الاقتصادية للسفر إلى الفضاء<sup>2</sup> نجد ما تضمنته المادة الأولى من إعلان التقدم والإنماء في الميدان

---

<sup>1</sup>أسفرت المنافسة بين الاتحاد السوفييتي السابق والولايات المتحدة حول السيطرة على العالم عن أول إنسان في الفضاء، والخطوات الأولى على سطح القمر، والمحطة الفضائية الأولى، وأول نظام إطلاق قابل لإعادة الاستخدام، ومع ذلك، وبمجرد أن استقرت الأمور وهدأت الحرب، واستوعبت الحكومات التكاليف الباهظة لأبحاث الفضاء، برز منطوق جديد، وهو الاستخدام العملي للفضاء أرضية لتحسين الحياة على الأرض.

<sup>2</sup>Gurtuna ،Ozgun 2013. Fundamentals of Space Business and Economics Springer New York Heidelberg Dordrecht London: Springer.

الاجتماعي<sup>1</sup> من حق جميع الشعوب وجميع البشر، دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الجنسية أو الأصل الإثني أو المركز العائلي أو الاجتماعي، أو القناعة سياسية أو غير سياسية، الحق في أن يحيوا حياة كريمة بكل حرية ، وأن ينعموا بثمار التقدم الاجتماعي، ويترتب عليهم، من ناحيتهم، واجب الإسهام في هذا التقدم<sup>2</sup>.

إذا ما نظرنا لمبادئ الأمم المتحدة التي تركز في ميثاقها على التعاون والتفاهم الدوليين والعمل لخدمة الإنسانية، نجد تعاون الأمم المتحدة والصين في مجال تكنولوجيا الفضاء الخارجي ففي 9 يونيو 2019 يعرض مكتب الأمم المتحدة لشئون الفضاء الخارجي "أنوسا" جهود التعاون مع الحكومة الصينية في إنشاء محطة فضاء متطورة، من أجل خلق نموذج جديد في بناء القدرات في مجال علوم وتكنولوجيا الفضاء<sup>3</sup>.

---

ISBN 978-1-4614-6695-6.

<sup>1</sup>اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2542 د24 المؤرخ في 11ديسمبر 1969

<sup>2</sup>راجع في ذلك:المادة الأولى من إعلان التقدم والإنماء في الميدان الاجتماعي1969.

<sup>3</sup> ومن خلال هذه المبادرة يتلقى مكتب الأمم المتحدة للفضاء الخارجي دعماً سخياً من حكومة الصين بهدف تعزيز التعاون الدولي في علوم وتكنولوجيا الفضاء للأغراض السلمية؛ لا سيما للبلدان النامية، لافتاً إلى أن هذه المبادرة تساهم في تحقيق أهداف الأمم المتحدة الـ17 للتنمية المستدامة.

بما أن الفضاء له تطبيقات بعيدة المدى، ينبغي دعم جميع البلدان في الوصول إلى فوائد التكنولوجيا الفضائية التي تسهل التنمية المستدامة نظراً لأن المزيد من الدول تستثمر رأس المال المالي والسياسي في بيئة الفضاء، وأصبح العالم يعتمد بشكل متزايد على الفضاء، فإن مكتب الأمم المتحدة لشؤون الفضاء الخارجي UNOOSA ملتزم بتوفير فوائد الفضاء للجميع في كل مكان.

وذلك من أجل مساعدة البلدان في الحصول على فوائد تكنولوجيات وتطبيقات الفضاء، أطلق المكتب في عام 2010 مبادرة تكنولوجيا ارتياد الإنسان للفضاء HSTI، التي تضم المزيد من الدول في رحلات الفضاء البشرية وغيرها من الأنشطة المتعلقة باستكشاف الفضاء، كما توفر مبادرة تكنولوجيا ارتياد الإنسان للفضاء HSTI منصة لتبادل المعلومات، وتعزيز التعاون بين البلدان المرتادة للفضاء والبلدان غير المرتادة للفضاء، وتشجيع البلدان الناشئة والنامية على المشاركة في البحوث الفضائية والاستفادة من التطبيقات الفضائية، وتعتبر المبادرة جزءاً من الجهد المبذول للسماح بالوصول إلى التعليم والبيانات والتكنولوجيا والبحث المتعلق بالفضاء وإتاحة الوصول إلى الفضاء للجميع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> وتجدر الإشارة إلى ما قرره سيمونيتا دي بيبو مديرة مكتب الأمم المتحدة لشؤون الفضاء الخارجي، تكنولوجيا الفضاء وتنفيذ خطة عام 2030

Il faut inciter les pays en développement à tirer parti des projets pilotes qui seront lancés au titre du Programme des applications des techniques

حيث أنشأت الأمم المتحدة برنامج التطبيقات الفضائية لتزويد البلدان النامية بالمعلومات عن الكيفية التي يمكن أن تستخدم تكنولوجيا الفضاء، وشهد مؤتمر عام 1982 الذي شاركت فيه 94 دولة و45 منظمة ، صراع بين البلدان النامية والبلدان المتقدمة على الحقوق والالتزامات فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا<sup>1</sup>.

وفي الأخير تمكنت من الاتفاق على أهمية التوسع الكبير في برنامج التطبيقات الفضائية في حين لم يتم الاتفاق على التمويل الذي يبقى طوعي وغير إلزامي ، في حين يقدم برنامج التطبيقات الفضائية عدد من الندوات والدورات التدريبية في كل سنة في بلدان نامية ويدير عدد من المنح الدراسية للتدريب المتقدم على المدى الطويل في مجال تكنولوجيا الفضاء في البلدان المتقدمة<sup>1</sup>.

ومن صور الاستفادة من تكنولوجيا الفضاء الخارجي ما قدمته لاندسات خلال 40 سنة من العمل في الفضاء الخارجي بتقديمها معلومات أساسية حول رصد الأرض في جميع أنحاء العالم وإدارة الأنظمة البيئية والتخفيف من حدة الكوارث وأبحاث تغير المناخ<sup>2</sup>.

---

spatialesainsi que du Fonds d'affectation spéciale. <https://www.un.org>.

<sup>1</sup>راجع في ذلك: وثيقة الأمم المتحدة رقم A/58/20

<sup>2</sup>كما توفر الولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة 2008 على الانترنت مجانا الأرشيف الكامل للصور التي التقطها القمر الاصطناعي الأمريكي لاندسات ، حيث ارتفع معدل توزيع الصور من 50 صورة في اليوم إلى أكثر من 5500 صورة يوميا في عام 2011 ، وبحلول أبريل 2012 تم

ولذا فإن الدول التي ستستخدم غاز الهليوم المستخرج من القمر في توليد الطاقة ، بدلاً من إحراق الوقود المستخرج من الأرض مثل الفحم أو الغاز الطبيعي ، سيستفيد منه العالم ككل ، لأنه سيؤدي إلى تخفيض الغازات المسببة للاحتباس الحراري ، بالإضافة إلى المحافظة على مصادر الأرض ، وتخفيض الطلب على الوقود المحدود، وإتاحته بصورة أكبر لمنتجات البلاستيك المختلفة والمركبات الكيميائية المستعملة في التكنولوجيا ، كما أنه سيساعد على تحرير الدول المتقدمة من الاعتماد على الدول الموردة غير المستقرة سياسياً ، وهذه المنافع ستساعد على ترويج السلام لكل البشرية ، وبينما تحصل الشركات الخاصة على المنفعة والأرباح المالية المحتملة بسبب تحملها المخاطر ، فإن البشر في كافة أنحاء العالم سيحصلون على المنفعة :لأن مصادر الفضاء ستحافظ على المصادر الطبيعية النادرة في الأرض، مما سيؤدي إلى الانتفاع العام بتلك النتائج.

---

تزويد أكثر من 8 ملايين صورة التقطها القمر الاصطناعي لاندسات إلى المستخدمين في 186 بلد راجع في ذلك كلمة المبعوث الخاص حول التعاون الدولي في استخدامات الفضاء الخارجي أمام اللجنة الرابعة ، وزارة الخارجية الأمريكية ، IIPDIGITAL 18 أكتوبر 2012 .

## الفرع الثاني

### الحق في الحصول على المعلومات المستشعرة في أراضيها

يُعتبر الاستشعار عن بعد أداة مهمة لتوفير البيانات وتحسين اتخاذ القرارات المتعلقة بالتخطيط والتنمية واستخدام الموارد الطبيعية، ويجري توظيف الاستشعار عن بعد اليوم في العديد من التطبيقات البيئية والعمرانية والزراعية والتعدينية وغير ذلك من التطبيقات<sup>1</sup>، وهو من الوسائل والأساليب المتقدمة في الحصول على المعلومات وتسجيلها، وكانت بداية نشوئه بالاعتماد على العين المجردة، ثم تطور ليصبح اعتماده على المنصات الجوية التي تستخلص المعلومات من مصادرها وكان ذلك بالتزامن مع ظهور خاصية السيطرة على الصور الضوئية ومعالجتها، بالاعتماد الكلي على وجود مركبات كيميائية لها حساسية للضوء<sup>2</sup>.

ولهذا السبب شرعت معاهدة الفضاء الخارجي بضرورة تعزيز التعاون الدولي في ميدان استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي<sup>3</sup> من خلال التزام الدول بموافقة الأمين العام للأمم المتحدة وكذلك المجتمع الدولي بالمعلومات عن طبيعة تلك الأنشطة

---

<sup>1</sup>د.حمادة طه عبد ربة، البعد القانوني للاستشعار عن بعد من الفضاء الخارجي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2009، ص.12.

<sup>2</sup>Vlasic.L.A.,the Evolution of the International Code of conduct to Govern Remote Sensing by satellite: progress report, 3 Annals of air and space law, 1978.p.561.

<sup>3</sup>راجع في ذلك:المادة 11 من معاهدة الفضاء 1967.

ومباشرتها وأماكنها ونتائجها كلما كان ذلك ممكناً<sup>1</sup>.

وقد تناولت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 65/41 لعام 1986 وضع مبدأ ينص على أن بيانات الاستشعار عن بعد يجب توزيعها بدون تمييز بين الدول وعلى أساس من المساواة تطبيقاً لما ورد في المادة الرابعة من معاهدة الفضاء الخارجي<sup>2</sup> إلا أن المادة الثانية عشر من هذا القرار فرقت بين البيانات الأولية والبيانات المعالجة من جهة وبين المعلومات المحللة<sup>3</sup>.

وتعد البيانات الأولية والبيانات المجهزة :حسب ماورد في نص المادة الأولى من القرار المتعلق بالاستشعار عن بعد، فان البيانات الأولية تعنى البيانات الخام التي تجمعها أجهزة الاستشعار، بينما البيانات المجهزة هي التي تتيح البيانات الأولية والبيانات المجهزة بمجرد إنتاجها ودون انتظار<sup>4</sup>.

وتعد البيانات المحللة: نتيجة المعلومات الناتجة عن تفسير البيانات المجهزة بالاعتماد على بيانات ومعلومات أخرى ، ولذلك فالدول والمؤسسات المحللة لهذه

---

<sup>1</sup>د.نعمان عطا الله الهيتي،استشعار الأرض من الفضاء الخارجي،رسالة ماجستير كلية القانون والسياسة ،جامعة بغداد 1986،ص 16.

<sup>2</sup>راجع في ذلك:المادة 4 من معاهدة الفضاء 1967.

<sup>3</sup>راجع في ذلك: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 65/41 لعام 1986.

<sup>4</sup>د.ليلي بن حمودة، مرجع سابق ، ص 494.



المعلومات ليست ملزمة بتقديمها للدول المستشعرة<sup>1</sup>

وعلى ذلك يمكن القول يجب على الدول القائمة بالاستشعار عن بعد مراعاتها في العمل وفقاً لمعاهدة الفضاء الخارجي 1967، والتي بمقتضاها يجب أن يتم استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي لخير ومصصلحة جميع الدول بالإضافة إلى التعاون الدولي والمساعدة بين الدول من أجل الاستفادة من بيانات الاستشعار عن بعد وكذلك المحافظة على بيئة الأرض والإعلان المسبق عن أي كارثة طبيعية يتم رصدها.

---

<sup>1</sup>د.ليلي بن حمودة، مرجع سابق ، ص 495.

## الفرع الثالث

### الحق في المساعدة في حالة تضرر مصالحها

يعد الحق في المساعدة في حالة تضرر مصالحها من حقوق الدول غير الفضائية في استغلال الفضاء الخارجي بموجب القانون الدولي وحيث تضمنت المادة الثانية من اتفاق الملاحين الفضائيين 1968 بالنص على ضرورة التزام السلطة المطلقة في التعاون مع الدول الأطراف المتعاقدة لتأمين التنفيذ الفعال لعمليتي البحث والإنقاذ إن كان توفيرها للمساعدة يسهل عملية الإنقاذ السريع أو يسهم مساهمة ملموسة وفعالة في تأمين التنفيذ الفعال لعمليتي البحث والإنقاذ وتكون هاتان العمليتان خاضعتان لتوجيه ومراقبة الدولة الطرف المتعاقدة بالتشاور والتنسيق مع السلطة المطلقة<sup>1</sup>.

فضلاً عن ضرورة أن تتحمل سلطة الإطلاق النفقات المترتبة على تنفيذ الالتزامات المتعلقة باسترجاع ورد أي جسم فضائي أو جزء منه<sup>2</sup>.

ولقد تضمنت المادة الواحدة والعشرون من اتفاقية المسؤولية على ضرورة تقديم المساعدة في حالة الضرر الذي يسببه جسم فضائي بشكل يعرض للخطر على

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك: المادة الثانية من اتفاق الملاحين الإنقاذ 1968.

<sup>2</sup>راجع في ذلك: المادة الخامسة فقرة 5 من اتفاق الإنقاذ .

نطاق واسع حياة البشر<sup>1</sup>.

وفى هذا الشأن تناولت الجمعية العامة للأمم المتحدة التأكيد على تقديم المساعدات للدول في حالة الإبلاغ بالعودة المتوقعة لجسم فضائي يحمل على متنه مصدراً للطاقة النووية أو لمكوناته إلى الغلاف الجوي للأرض بالإضافة إلى إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة والدول المعنية بما يمكن عن المعلومات ذات الصلة مما يسمح للدول اتخاذ مآثرة مناسبة لمواجهه الوضع<sup>2</sup>.

وعلى ذلك يمكن القول على أطراف الاتفاقية بصفة عامة ودول الإطلاق خصوصاً أن تدرس إمكانية وسبل تقديم المساعدة المناسبة والسريعة إلى الدول التي أصابها الضرر وهذا بعد طلبها، وهنا يمكن ملاحظة أن المقصود ليس الالتزام بالمساعدة بقدر ما هو بحث إمكانية تقديم المساعدة وهذه المساعدة متوقفة على طلب الدول المتضررة، حتى وأن رأت سلطة الإطلاق أنه يجب تقديم المساعدة كما يجب على الدول أن تتخذ كافة الخطوات الممكنة من أجل إنقاذهم وتقديم لهم كل المساعدات اللازمة عند حصول أي هبوط اضطراري أو حالة طارئة.

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة الواحدة والعشرون من اتفاقية المسؤولية 1972.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 47/68 لسنة 1992.

## الفرع الرابع

### الحق في المطالبة بالتعويض في حالة توافر الضرر

من الثابت أن الدولة التي تطلق الصواريخ تكون مسؤولة عن دفع تعويضات عن الأضرار التي تسببها الأجسام الفضائية التابعة لها على الأرض أو الرحلات الجوية<sup>1</sup> وتكون مسؤوليتها مسؤولية مطلقة<sup>2</sup> فالمسؤولية تعد أحد المبادئ الأساسية لأي نظام قانوني سواء على الصعيد الدولي أم الوطني<sup>3</sup> وقد ناقشت الوفود في إطار لجنة الاستخدامات السلمية للفضاء الخارجي مسألة وضع قواعد تتضمن تنظيم التعويض عن الضرر<sup>4</sup> فتعددت الاقتراحات حتى تضمن الاتفاق أحكاماً تتعلق بمدى نطاق الضرر و تعويضه وإجراءات المطالبة به، وكذلك أجمع الفقه الدولي على أن الضرر شرط أساسي لنشوء المسؤولية عن الأضرار التي تحدثها

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة الأولى من اتفاقية المسؤولية 1972 .

<sup>2</sup> راجع في ذلك: المادة الثانية من اتفاقية المسؤولية 1972 .

<sup>3</sup> راجع في ذلك: د. حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم، دار النهضة سنة 1976 ص221، 251، وأيضاً د. عبد العزيز سرحان، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية 1991 ص130، 140 ، وأيضاً د. سعيد سالم جويلى، مواجهة الأضرار بالبيئة بين الوقاية والعلاج، دار النهضة العربية 1999 ص6، وأيضاً د. مصطفى أحمد فؤاد، المدخل للقانون الدولي العام ، القاعدة الدولية، مكتبة جامعة طنطا 1991 ص319.

<sup>4</sup>Christel Cournil et Catherine Colard-Fabregoul, changements environnementaux globaux et droit de l'homme, éditions Bruylant, Belgique, 2012, pp 393-395.

الأنشطة غير المحظورة دولياً فالأصل العام تكون مسئولية - مدنية - قبل أن تكون دولية لاحتوائها في نهاية المطاف إلى التعويض<sup>1</sup>.

وإذا ما رجعنا إلى اتفاقية المسؤولية فإننا نجد أنها تعرف الضرر بأنه يقصد به الخسارة في الأرواح والممتلكات كما أن اتفاقية المسؤولية حددت مجال الضرر باقتصاره على الضرر الذي يسببه جسم فضائي<sup>2</sup>.

وإذا كانت الأضرار الجسمانية معروفة وواضحة ك الوفاة والإصابة التي قد تصيب الضحية في جسده أو عقله، أو إضعاف آخر للصحة قد تسمح بتغطية الإصابات التي قد تؤدي إلى إضعاف القوى العقلية وحتى الأضرار المؤجلة مثل الناتجة عن الإشعاعات<sup>3</sup>، وهذا الضرر المؤجل نستطيع أن نستنبطه من نص المادة العاشرة فقرة 3 التي تسمح للدولة المدعية حق تقديم ادعاء جديد في حالة ظهور أضرار جديدة نتيجة حادث فضائي .

ومن خلال ماسبق يمكن القول أنه إذا كانت معاهدة الفضاء قد نصت في المادة

---

<sup>1</sup>د.مصطفى سيد عبد الرحمن، مبادئ القانون الدولي العام ، الولاء للطبع والنشر، 1993، ص96.

<sup>2</sup>د.حسن أفكيرين، النظرية العامة للمسئولية الدولية عن النتائج الضارة، عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي مع إشارة خاصة لتطبيقها في مجال البيئة، دار النهضة 2007، ص21.

<sup>3</sup> راجع في ذلك: حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي آليات تعويضه، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الجزائر 2007، ص2.

التاسعة على التزام الدول بعدم إحداث أي تلوث ضار لبيئة الفضاء الخارجي أو أي تغييرات ضارة في بيئة الأرض ، إلا أنها لم تنص على الجزاء عن هذه الأضرار الناتجة عن التلوث بسبب الأنشطة الفضائية كما أن اتفاقية المسؤولية قد استبعدت مسألة التلوث من نصوصها رغم أن هناك سوابق لتلوث البيئة مثل حادث سقوط القمر الاصطناعي الأمريكي في كوبا سنة 1960 وسقوط أجزاء من القمر السوفيتي سبوتنيك 4 في أمريكا 1964 .

وفى هذا لقد بدأت المجموعة الدولية تدرك مدى خطورة الأنشطة الفضائية على البيئة وخاصة ما يتركه الحطام الفضائي الناتج عن انفجار الصواريخ وأغلفة الحمولات بالإضافة إلى حطام الأقمار الاصطناعية وخاصة العامة بمصادر الطاقة النووية، وبدأ تكاتف الجهود من أجل إبرام اتفاقية تلزم الدول بحماية بيئة الفضاء وبيئة الأرض كما تفرض التعويض عن الأضرار التي يسببها التلوث من جراء أنشطة الفضاء، وما يمكن أن يسببه جهاز فضائي نري من ضرر لا بد أن يرتب مسؤولية دولية توجب التعويض عن هذا الضرر ولهذا اليوم المجتمع الدولي منتظر .

### المبحث الثالث

## التزامات الدول في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي

إذا كانت حرية استخدام الفضاء الخارجي كفلت حقوقاً للدول سواء التي تتراد الفضاء الخارجي أو التي لم تصل بعد، فإنه بالمقابل رتبت التزامات على هذه الدول المرتادة للفضاء بكل حرية، شريطة أن تراعي إتاحتها لأي دولة يصبح بإمكانها ذلك ولا يمكنها الاستئثار به بحجة الوصول أولاً سواءً كانت دول فضائية أو غير فضائية<sup>1</sup>.

ويبدو أن ميثاق الأمم المتحدة لم يحتوى على نص خاص يبين أن أنشطة الفضاء الخاصة التي تعد موضوعاً للترخيص والرقابة المستمرة من قبل الدول، يجب أن تتوافق وتتناول نفس الحقوق والالتزامات التي تخضع لها أنشطة الفضاء الحكومية وفقاً للقانون الدولي، ولكن حتى مع عدم النص مباشرة على الالتزام بتلك الحقوق والالتزامات فإن واجب الترخيص والإشراف المستمر لتحقيق ذلك يعتمد على الدول، إذ تستلزم المادة السادسة من معاهدة الفضاء الخارجي، من الكيانات غير الحكومية الحصول على الترخيص الحكومي بحيث تكون خاضعة للإشراف المستمر من قبل

---

<sup>1</sup>Isabelle Sourbes–Verger, “Space Code of Conduct: what is at Stake?”, Ajeay Lele ed, Decoding the International Code of Conduct for Outer Space Activities, IDSA, New Delhi, 2013, p. 84.

الحكومة الطرف في المعاهدة التي تعد مسؤولة عن أنشطتها<sup>1</sup>.

وعلى هذا النحو لكي يمكننا بيان التزامات الدول في استخدام الفضاء الخارجي من منظور القانون الدولي يتطلب بنا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناولهما على النحو التالي:

المطلب الأول:التزامات الدول الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

المطلب الثاني:التزامات الدول غير الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي.

---

<sup>1</sup> وحرى بالذكر: أنه بموجب هذه المادة، تتعهد كل دولة بتنظيم - على نحو ملائم- الأنشطة التجارية للكيانات الخاصة، فعلى سبيل المثال، أطلقت شركتان يابانيتان بعض الأقمار الصناعية ، وبدأت في تقديم خدمات الاتصالات من خلالها، وقد حصلتا على الترخيص من قبل وزارة الخدمات البريدية Ministry of Posts Service وباشرت العمل تحت إشرافها. للمزيد انظر:

Yasuaki Hashimoto, The Status of Astronauts Toward the Second Generation of Space Law, p. 16.[http://www.sps.aero/key-ComSpace Articles/LibRepts/LIB-057-Space -Law-and-Commercial-Space-operation.pdf](http://www.sps.aero/key-ComSpace%20Articles/LibRepts/LIB-057-Space%20Law-and-Commercial-Space-operation.pdf)



## المطلب الأول

### التزامات الدول الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي

من الثابت أنه إذا كان الوضع القانوني يمنح الدول الفضائية الحق في حرية مباشرة أنشطتها الفضائية تجاه البشرية بما لها من حقوق إلا أنه يفرض عليها التزامات على مبدأ الحرية بقدر ما يجب عليها مراعاة مصالح وحقوق الدول الأخرى، ولكي لا يصبح الفضاء الخارجي ميدانا للتنافس الدولي المحتكر<sup>1</sup>.

وحتى يمكننا بيان التزامات الدول الفضائية في استغلال الفضاء الخارجي في القانون الدولي يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى أربعة أفرع نتناولها على النحو التالي:

الفرع الأول: الالتزام بقواعد السيادة في استخدام الفضاء الخارجي.

الفرع الثاني: الالتزام بقواعد القانون الدولي بشأن استخدام الفضاء الخارجي.

الفرع الثالث: الالتزام بالمحافظة على بيئة الفضاء الخارجي.

---

<sup>1</sup>Ajey Lele, "Deliberating the space Code of Conduct: inadequate mechanism", Ajey Lele ed, Decoding the International Code of Conduct for Outer Space Activities, IDSA, New Delhi, 2013, pp. 17-18.

الفرع الرابع: الالتزام بمراعاة مصالح الدول الأخرى بشأن استخدام الفضاء الخارجي

## الفرع الأول

### الالتزام بقواعد السيادة في استخدام الفضاء الخارجي

مما لا شك فيه أن الدول الفضائية ملزمة باحترام مبدأ حرية استخدام الفضاء الخارجي وعدم ادعاء السيادة أو الاستئثار بجزء منه، وهذا بمراعاة المصالح المشتركة والمقابلة للدول الأخرى<sup>1</sup> فضلاً عن كون حرية تصرف الدول في الفضاء الخارجي أو على الأجرام السماوية ليست مطلقة ولا غير محددة ولا غير مشروطة ولكن يتم تحديدها من قبل حق ومصصلحة الدول الأخرى ومنه لا يمكن أن تمارس إلا بالقدر الذي يشير إلى عدم تعارضها مع هذه الحقوق والمصالح<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك المادة التاسعة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup> عندما تسمح الدولة للكيانات الخاصة بالوصول إلى الفضاء، فينبغي أن يقيد ذلك الوصول بتشكيلة متنوعة من القيود، من أهمها : الحصول على ترخيص يتضمن ، تاريخ ووقت وموقع إطلاق المركبة الفضائية ، والمدار وذبذبات الإرسال اللذين سيستعملان، والوظيفة التي سيؤديها القمر الصناعي المعين، بالإضافة إلى إمكانية إضافة بعض المتطلبات الخاصة التي قد تشترطها الدولة المعنية ، ويمكن أن يتم ذلك بتشريع قانون وطني لتنفيذ المتطلبات التي يفرضها القانون الدولي- مثل الولايات المتحدة وبريطانيا- أو بدونه. للمزيد انظر :

Francis Lyall and Paul B. Larsen, Space Law : A Treatise, op. cit, pp. 470-471.: Henry R. Hertzfeld & Frans Von Der Dunk, Bringing Space Law into the Commercial World: Property Rights without Sovereignty , The Chicago Journal of International Law, V .6. No. 1 Summer 2005, p. 85

ولذلك ينبغي ألا يكون هناك تناقض في القوانين بين حرية البعض ومصصلحة الجميع، لذا تعاود وتؤكد معاهدة الفضاء الخارجي على حرية الاستكشاف والاستخدام للفضاء الخارجي بما فيه القمر والأجرام السماوية الأخرى دون تمييز وعلى قدم المساواة<sup>1</sup>، كما تؤكد أن حرية الوصول تكون إلى جميع الأجرام السماوية<sup>2</sup>.

وتكفل للجميع حرية إجراء الأبحاث العلمية في الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية، وتلزم الدول مراعاة تسيير وتشجيع التعاون الدولي في هذا المجال<sup>3</sup>.

وتعاود معاهدة الفضاء الخارجي بضرورة الالتزام بالحفاظ على حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي وحرية الوصول إلى كل الأجرام السماوية من خلال ضمان عدم تملك الفضاء الخارجي بدعوى السيادة أو بطريق الاستخدام<sup>2</sup>.

ومنه فعبارات "دون أي تمييز - وعلى قدم المساواة - تراعي الدول تسيير وتشجيع التعاون الدولي في هذا المجال - لا يجوز التملك القومي للفضاء الخارجي بدعوى السيادة" هي دعوة للدول للالتزام بالحفظ على مبدأ حرية الاستكشاف واستخدام

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك: المادة الأولى من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup>راجع في ذلك: المادة الأولى فقرة رقم 2 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>3</sup>راجع في ذلك: المادة الثانية من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

الفضاء الخارجي وعلى حرية الوصول إلى كل الأجرام السماوية .

بل كل ما نصت عليه معاهدة الفضاء 1967 من التزامات هو ضمان والتزام للحفاظ على المبدأ الأساسي ألا وهو مبدأ حرية الاستكشاف والاستخدام للفضاء الخارجي ، ومن قبيل ذلك نص المواد 4 و5 و6 التي تنص على عدم عسكرة الفضاء واعتبار رواد الفضاء مبعوثي الإنسانية وترتيب المسؤولية عن أنشطة الفضاء، بالإضافة لباقي المواد فيما يخص التعاون الدولي والحفاظ على المصالح المتبادلة للدول وإجراء المشاورات وما إلى ذلك من التصرفات التي تهدف إلى تعزيز حرية الاستكشاف والاستخدام للفضاء الخارجي لصالح البشرية.

في حين نصت المادة 2/11 على تحريم ادعاء السيادة على القمر<sup>1</sup>، وأكدت المادة 3/11 بوضوح أن سطح القمر أو باطن أرضه أو مصادره الطبيعية لا يمكن أن تصبح موضوعاً لادعاء حق الملكية من قبل أي كيان<sup>2</sup>.

كما سمحت المادة 4/11 للدول الأطراف باستكشاف القمر واستعماله بدون تمييز على أساس المساواة ، بموجب القانون الدولي والاتفاقية<sup>3</sup>، وأقرت المادة 1/12 بأن تحريم إدعاء السيادة لا يمنع الدول من الاحتفاظ بالملكية والاختصاص القضائي

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك:المادة الحادية عشر فقرة رقم 2 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup>راجع في ذلك:المادة الحادية عشر فقرة رقم 3 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>3</sup>راجع في ذلك:المادة الحادية عشر فقرة رقم 4 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

على محطاتها وأجهزتها الأخرى على القمر ، كما تعهدت الدول بالالتزام بعدم التدخل في محطات وبعثات الدول الأخرى، بالإضافة إلى احتفاظ كل دولة بالسيطرة أيضاً على كل الأشخاص في أية بعثة ترسلها أو أية محطة تنشئها<sup>1</sup>.

كما دعت المادة 5/11 إلى إنشاء نظام دولي من قبل وبين أطراف الاتفاقية ليحكم استغلال المصادر الطبيعية للقمر متى أوشك ذلك الاستغلال أن يصبح عملياً<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك:المادة الثانية عشر فقرة رقم 2 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup>راجع في ذلك:المادة الحادية عشر فقرة رقم 5 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

## الفرع الثاني

### الالتزام بقواعد القانون الدولي في استخدام الفضاء الخارجي

من المعلوم أن تطوير النظام القانوني للفضاء الخارجي ليواكب الأنشطة الفضائية بشكل صحيح أصبح ضرورة ملحة ، ويلاحظ أن الاتفاقيات الدولية المعنية تصرح بأن الحكومات لا يمكنها تملك الفضاء الخارجي أو أي جرم من الأجرام السماوية ، كما أن الكيانات الخاصة تبحث عن الاستثمار في المشروعات التجارية في الفضاء الخارجي ، غير أنها تواجه عقبة كبيرة تتمثل في غياب الحماية عن حقوق الملكية في الفضاء الخارجي، وإمكانية حرمانها من الأرباح الناتجة عن تلك الاستثمارات<sup>1</sup>.

وتعاود من معاهدة الفضاء الخارجي وفقاً لما تضمنته المادة الثانية منها على ضرورة إلزام الدول الأطراف بالامتثال لقواعد القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة أثناء استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي<sup>2</sup> غير أن هناك جدل في تفسير هذه المادة حيث احتملت تفسيرات مختلفة :

- قد يفهم من هذه العبارة أن يطلب من الدول الأطراف أن تتصرف دائماً في مصلحة الحفاظ على السلام والأمن الدوليين تعزيزاً للتعاون والتفاهم الدوليين .

---

<sup>1</sup>Ricky J Lee, Reconciling International Space Law with the Commercial Realities Of the Twenty first Century, Singapore Journal of International & Comparative Law 2000 4, p.235

<sup>2</sup>راجع في ذلك: المادة الثانية من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

- أم هي مجرد ضرورة الامتثال للقانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة .
  - أم أن الالتزام بميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي يكون إلى الحد الذي يؤثر على السلام والأمن الدوليين وتعزيز التعاون والتفاهم الدوليين<sup>1</sup>
- وإذا كانت معاهدة الفضاء الخارجي تضمنت في موادها الأولى والثانية والثالثة على حرية الاستكشاف والاستخدام وحرية البحث العلمي للفضاء الخارجي وعدم التملك وخضوع هذه الحرية للقانون الدولي ولميثاق الأمم المتحدة بغية صيانة السلم والأمن الدوليين .
- إلا أن المادة الرابعة لم تخرج عن هذا الإطار بالنص على أن يقتصر الاستخدام الحر للفضاء الخارجي على الأغراض السلمية من خلال :
- حظر وضع أسلحة نووية أو أي نوع آخر من أسلحة التدمير الشامل في أي مدار حول الأرض أو وضع مثل هذه الأسلحة على أي جرم سماوي أو بأي شكل آخر في الفضاء الخارجي<sup>1</sup>.
  - حظر إنشاء أية قواعد أو منشآت أو تحصينات عسكرية أو إجراء أية

---

<sup>1</sup>Richard B. Bilder, A Legal Regime for the Mining of Helium-3 on the Moon U.S. Policy Options, Fordham International Law Journal, Volume 33, Issue2, 2009,p. 247

<sup>1</sup>راجع في ذلك المادة الرابعة فقرة 1 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.



تجارب من أي نوع من الأنواع المختلفة للأسلحة أو إجراء أي مناورات عسكرية على الأجرام السماوية<sup>1</sup>.

- ويرجع التزام القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة أن الدول تتحمل نتائج أفعالها بتحمل المسؤولية والتعويض وهذا ما تضمنته المادة السادسة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967، التي رتبت على الدول الأطراف في المعاهدة المسؤولية الدولية عن أنشطتها الفضائية<sup>2</sup>.

- ووسعت من هذه المسؤولية لتشمل الجهات الحكومية أو غير الحكومية وكذلك إلى المنظمات الدولية التي تكون الدول مشتركة فيها ، وبموجب المادة السابعة من معاهدة الفضاء الخارجي فإن الالتزام بتحمل المسؤولية يشمل الدولة المطلقة أو التي تتيح إطلاق أي جسم فضائي أو يطلق أي جسم من إقليمها أو منشأتها<sup>3</sup>.

وهذا الالتزام يشمل جميع الأضرار التي تصيب أي دولة أخرى من الدول الأطراف أو أي شخص من أشخاصها الطبيعيين أو القانونيين بسبب ذلك الجسم سواء كان ذلك في الأرض أوفي الفضاء الجوي أو الفضاء الخارجي.

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك المادة الرابعة فقرة 2 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup> راجع في ذلك المادة السادسة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>3</sup> راجع في ذلك المادة السابعة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

وفى هذا تؤكد المادة السادسة من اتفاقية المسؤولية لعام 1972 على عدم منح أي إعفاء للمسؤولية في حالة الضرر الذي يتسبب فيه نشاط فضائي مخالف للقانون الدولي وميثاق للأمم المتحدة ومعاهدة الفضاء الخارجي 1967.

## الفرع الثالث

### الالتزام بالمحافظة على بيئة الفضاء الخارجي

سعى المجتمع نحو الحفاظ على البيئة وهو ما دفع بالمشرع في مختلف الدول إلى اعتبار البيئة تراثاً مشتركاً للأمم<sup>1</sup> تكمن أهمية البيئة في إمكانية وجود حق الإنسان في بيئة نظيفة متوازنة على الأقل في نطاق القانون<sup>2</sup> فالبشر ترتبط مواهبهم العملية العلمية و الثقافية إرتباطاً وثيقاً بالبيئة التي يحيون فيها ،تبعاً حتى أحدثت منظمة الأمم المتحدة جهاز خاص للبيئة تحت اسم برنامج الأمم المتحدة للبيئة<sup>3</sup>،وهذا البرنامج يخطط ويشرف ويرعى أهم النشاطات الموجهة لحماية البيئة في العالم<sup>4</sup>، ولقد تعاضم منذ بداية الستينات عدد الاتفاقيات الدولية فلم يمر عام إلا وهو متوج باتفاقية أو معاهدة أو بروتوكول بشأن حماية البيئة<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup>د.ياسر محمد فاروق المنياوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص143.

<sup>2</sup>د. محسن افكيرين، القانون الدولي للبيئة، طبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006، ص18.

<sup>3</sup>Michel BOURELY, Droit de l'environnement spatial, droit de l'espace ouvrage collectif, Edition Pédone, 1988,p299

<sup>4</sup>د.محمد حسين عبد القوى، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية، دار النشر الذهبي للطباعة سنة2002 ص153.

<sup>5</sup>مثال ذلك ما جاء في الميثاق العالمي للطبيعة بشأن احترام الطبيعة وعدم جواز تعطيل عملياتها الأساسية حتى أثناء الحروب عندما نصت على انه يجب أن تصان الطبيعة من التدهور الناجم

ومن المؤكد أن لضمان بقاء بيئة الفضاء الخارجي صالحة لأنشطة الفضاء الخارجي، وهذا حماية لحق الوافدين في وقت متأخر وكذلك لأجيال المستقبل، فإن القانون الدولي للفضاء، يلزم الدول التي تتراد الفضاء إلى إجراء استكشاف الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى، بطريقة تجنبه التلوث الضار وأيضا التغيرات السلبية لبيئة الأرض الناتجة عن جلب مواد من الفضاء إليها، وعند الضرورة يجب اتخاذ تدابير مناسبة لهذا الغرض<sup>1</sup>.

وعلاوة على ذلك فإن الدولة التي يكون لديها من الأسباب للاعتقاد بأن النشاط أو التجربة التي خططت لها هي أو رعاياها في الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى ، تتسبب في حدوث تداخل مع أنشطة يحتمل أن تكون للدول الأطراف الأخرى في مجال الاستكشاف والاستخدام للفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى ، يجب أن تضطلع بالمشاورات الدولية المناسبة قبل الشروع في أي نشاط من هذا القبيل أو تجربة، وفي هذا الإلزام يحاول واضعوا معاهدة الفضاء الخارجي تحقيق الاستخدام المستدام للفضاء الخارجي على الصعيد العالمي ليس فقط لصالح الأجيال المعاصرة ولكن لصالح أجيال المستقبل

---

عن الحروب أو الأنشطة العدائية الأخرى، وقرر بأنه يجب تحاشي الأنشطة العسكرية الضارة بالطبيعة. راجع في ذلك: مازن ليلو راضي و دكتور حيدر ادهم عبد الهادي ،المدخل لدراسة حقوق الإنسان ،دار قنديل للنشر والتوزيع ،عمان، الأردن، 2007، ص 208.

<sup>1</sup>Rone Rodiere, Martin Remond-Gouilloud ; La mer droits des hommes ou proie des etets, editions A .Pidone Paris, 1980 .p110.

كذلك<sup>1</sup>.

وعلى ذلك يمكن القول أن نتيجة للنشاط المتزايد في الفضاء الخارجي ظهرت عدة نصوص قانونية تحت الدول التي تتراد الفضاء بالعمل بالحفاظ على البيئة، فالمادة الأولى فقرة رقم 1 من معاهدة الفضاء الخارجي 1967 تضمنت على ضرورة مباشره استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى لتحقيق فائدة ومصالح جميع البلدان ومن الأمور التي تدخل في مصلحة البشرية هي الحفاظ على بيئة الفضاء خالية من أي تجارب أو أعمال تسبب أضرارا لهذه البيئة.

---

<sup>1</sup>.Yun Zhao, An International Space Authority; A Governance Model for a Space Commercialization Regime, Journal of Space Law, Vol. 30 No, 2, Fall 2004, p. 278

## الفرع الرابع

### الالتزام بمراعاة مصالح الدول الأخرى في استخدام الفضاء

#### الخارجي

يرجع الوضع القانوني للفضاء الخارجي بضرورة التأكيد بالالتزام الدول الأطراف التي تباشر استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية للأغراض السلمية والتي يكون لديها من الأسباب ما يحملها على الاعتقاد بأن ثمة نشاط أو تجريباً مزعماً منها أو من أحد مواطنيها في الفضاء أو في القمر أو في الأجرام السماوية الأخرى قد يتسبب في عرقلة أو إضرار أنشطة دول أطراف أخرى في الفضاء الخارجي، بإجراء المشاورات الدولية المناسبة قبل الشروع في ذلك النشاط أو التجربة<sup>1</sup>.

كما أن هذا الالتزام هو في نفس الوقت حق لأي دولة يكون لها ما يحملها على الاعتقاد بذلك من طرف دولة أخرى بمطالبتها بإجراء المشاورات وهذه الالتزامات تؤدي إلى استنتاج أن الدول يقع عليها واجب الإشراف على أنشطة المشروعات الخاصة التي يقوم بها مواطنوها من أجل ألا ينتهكوا بنود معاهدة الفضاء الخارجي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة التاسعة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup> George B. Dietrich, LL. B., Extending the Principle of the Common

وتعزيزاً للتعاون الدولي بشأن الالتزام بمراعاة مصالح الدول الأخرى بشأن استخدام الفضاء الخارجي طبقاً لما تضمنته المادة الثالثة من معاهدة الفضاء<sup>1</sup>، فإن المادة العاشرة تلزم الدول الأطراف المطلقة لأية أجسام فضائية النظر على قدم المساواة في حالة تلقيها طلبات من دول أخرى أطراف في المعاهدة والتي تطلب إليها توفير تسهيلات بمراقبة طيران الأجسام الفضائية المطلقة من إقليمها، ويبقى تحديد طبيعة التسهيلات اللازمة لمراقبة وتعيين الشروط المناسبة لتوفيرها مسألة اتفاق بين الدول المعنية في إطار مشاورات<sup>2</sup>.

ويفرض المبدأ الثالث عشر من إعلان مبادئ الاستشعار عن بعد لسنة 1986 على الدول التي تباشر أنشطة الاستشعار عن بعد الدخول في المشاورات مع الدول المستشعرة بناءً على طلبها وهذا لإتاحة فرص المشاركة وزيادة الفوائد المتبادلة حتى وإن كان هذا المبدأ لم يبين فترة المشاورات إن كانت قبل أو أثناء أو بعد التنفيذ، وبغية عدم عرقلة أنشطة فضائية لدول أخرى وتعزيزاً لمبدأ المشاورات

---

Heritage of Mankind to Outer Space, A Thesis Submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Laws LL.M., Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, Quebec, July, 2002, p.17

<sup>1</sup> راجع في ذلك: المادة الثالثة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: المادة العاشرة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

## والمفاوضات<sup>1</sup>.

كما يؤكد المبدأ الخامس عشر من مبادئ الاستشعار عن بعد سنة 1986 على ضرورة حل النزاعات الناجمة عن تنفيذ أنشطة الاستشعار عن بعد عن طريق إجراءات التسوية السلمية<sup>2</sup>.

كذلك تضمنت المادة 33 من اتفاقية نيروبي 1982، أن الدول ملزمة بالحد من عدد الموجات المستخدمة لأداء خدمة الاتصالات الضرورية وفي هذا التزام بعدم عرقلة أنشطة الدول الأخرى<sup>3</sup>.

وكذلك ما تضمنته المادة 35 يدخل في مفهوم الالتزام بعدم عرقلة أنشطة الدول الأخرى بإلزام الدول مراعاة إنشاء واستغلال كل المحطات أيا كان موضوعها بطريقة لا يترتب عليها تشويش ضار بالإتصالات أو الخدمات اللاسلكية للدول الأعضاء<sup>4</sup>.

وتلزم المادة 14 من اتفاقية انتلسات سنة 1971 على حث الدول الأعضاء بالدخول في مشاورات والتنسيق مع المنظمة الدولية للاتصالات بواسطة الأقمار

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك:المبدأ الثالث عشر من إعلان مبادئ الاستشعار عن بعد لسنة 1986.

<sup>2</sup>راجع في ذلك:المبدأ الخامس عشر من إعلان مبادئ الاستشعار عن بعد لسنة 1986.

<sup>3</sup>راجع في ذلك:المادة 33 من اتفاقية نيروبي 1982.

<sup>4</sup>راجع في ذلك:المادة 35 من اتفاقية نيروبي 1982.



الاصطناعية انتلسات عندما ترغب في إنشاء شبكة اتصالات فضائية بما في ذلك  
خدمة البث التلفزيوني المباشر<sup>1</sup>.

وعلى ذلك يمكن القول بأن هذه الإجراءات تفرض التزام المفاوضات والمشاورات  
فيما يتعلق بالالتزام بمراعاة مصالح الدول الأخرى في استخدام الفضاء الخارجي  
وذلك عند بدء النشاط الفضائي .

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك:المادة 14 من اتفاقية انتلسات سنة 1971 والتي دخلت حيز النفاذ في 12 فبراير  
1973.

## المطلب الثاني

### التزامات الدول غير الفضائية في استخدام واستغلال الفضاء

#### الخارجي في القانون الدولي

انتهينا فيما سبق أنة يترتب على الدول الفضائية في استغلال الفضاء الخارجي والتي تؤكد على أنة إذا كان مبدأ - الحرية - أعطى حقوقاً للدول سواء التي ترتاد الفضاء الخارجي أو التي لم تصل بعد، فإنه بالمقابل رتب التزامات على هذه الدول المرتادة للفضاء بكل حرية في مراعاة هذا المبدأ بإتاحته لأي دولة يصبح بإمكانها ذلك ولا يمكنها الاستئثار به بحجة الوصول أولاً بالفضاء الخارجي.

لذا ينبغي للدول غير الفضائية في استخدام الفضاء الخارجي تطبيق الواجبات والالتزامات الضرورية لتفادي الإخلال ببيئة القمر أو الأجرام السماوية الأخرى حتى يكون مطبقاً عند استغلال الفضاء الخارجي<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> في هذا الصدد رأي البعض أن تتضمن تلك الالتزامات تجنب الحطام الفضائي الذي قد يؤدي جزء صغير منه إلى تدمير مركبة فضائية أو قمر صناعي ، ونظراً لانتشاره في عدة مدارات حول الأرض ، فينبغي أن تقوم الدول المعنية بتنظيف تلك المدارات للمزيد ، انظر :

Stephan Hobe, Current and Future Development of International Space Law, in : Proceedings United Nations/Brazil Workshop on Space Law : Disseminating and Developing International and National Space Law The Latin America and Caribbean Perspective, ST/Space 28, Office For Outer Space Affairs, United Nations, 2005,p.9.

مما يجعلنا أن نتساءل عن مصير الدول غير الفضائية هل يترتب عليها التزامات نحو هذا الفضاء وأنشطته دعماً لمبدأ حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي؟ وهذا ما سنتناوله من خلال عدة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: الالتزام بالقواعد العرفية في استخدام الفضاء الخارجي.

الفرع الثاني: الالتزام بالإبلاغ عن الحوادث الفضائية في الفضاء الخارجي التي تقع في إقليم الدولة.

الفرع الثالث: الالتزام بالسلامة لرواد الفضاء الخارجي وعودتهم.

الفرع الرابع: الالتزام بالاحتفاظ بالمقذوفات والأجسام المطلقة في الفضاء الخارجي.

## الفرع الأول

### الالتزام بالقواعد العرفية في استخدام الفضاء الخارجي

القاعدة العامة أن القانون الدولي العرفي يتكون من "قواعد قانونية مستمدة من السلوك الثابت للدول التي تعمل انطلاقاً من الاعتقاد أن القانون يلزمها بالعمل بهذه الطريقة"<sup>1</sup> ويتمثل بالسلوك والشعور الواضح بالالتزام على نطاق واسع<sup>2</sup>.

وكما هو الحال بالقياس على القانون الدولي للبحار فيما يتعلق بالعرف الدولي فقد لعبت المصادر التقليدية والعرفية دوراً حيوياً في عملية إنشاء النظام القانوني الدولي للفضاء الخارجي، وبمجرد إعلان المعاهدات و الاتفاقيات الدولية المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، ظهرت قواعد عرفية جديدة بظهور حقائق جديدة، حيث أن هذه القواعد العرفية لا تأثر على قواعد المعاهدة و الاتفاقيات المبرمة.

وفي المرحلة ما بين 1957 إلى 1967 ظهر القانون الدولي لرواد الفضاء بين الدول، على الرغم من أن أول مشروع إطلاق الأجسام الفضائية كان بين دولتين

---

<sup>1</sup> هذا يعني أن القانون الدولي العرفي يمكن تمييزه من خلال «التكرار الواسع النطاق للممارسات الدولية المماثلة مع مرور الوقت ممارسة الدول؛ ويجب أن تحدث هذه الممارسات بدافع الالتزام بالرأي القانوني؛ ويجب أن يقبل عدد كبير من الدول هذه الممارسات، وألا يرفضها عدد كبير من الدول».

<sup>2</sup> Rosenne, Practice and Methods of International Law, p. 55

فقط، فأصبح سلوك الدول الفضائية في بداية 1950 حتى أواخر 1960 يعتمد على حرية استكشاف و استخدام الفضاء الخارجي، بدليل أن الدول الأجنبية لم تحتج على الأنشطة الفضائية الممارسة عند مرور المركبات الفضائية فوق إقليمها،<sup>1</sup>

وعلى ذلك يمكن القول بأنه ليس هناك فرق بين مرور طائرة غير مصرح لها بالتحليق فوق إقليم دولة ما وعبور الأجسام الفضائية.

وحيث يقر النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بوجود القانون الدولي العرفي في المادة 38 من نظامها<sup>2</sup> بأنه ممارسة عامة مقبولة - كقانون - حيث لا يتم تطبيق القانون الدولي على الدول من قبل سلطة تحكم بل يقوم على قبول واسع من جانب الدول واستخدامها وممارستها لقاعدة من قواعد القانون الدولي فهي وسيلة لإثبات وجود القاعدة حتى عند عدم استخدامها ولكن قبولها عامة يجعلها من القانون الدولي العام ومنه تكون ملزمة حتى لغير أطراف المعاهدة .

ومما لاشك فيه أن عدم احتجاج الدول على تحليق المركبات الفضائية فوق إقليمها، يعني أنها قد وافقت على قاعدة حرية تحليق المركبة الفضائية في الفضاء الخارجي، و بالتالي فصمت الدول غير الفضائية قد ساهم في تشكيل قاعدة عرفية

---

<sup>1</sup>Jacqueline Dutheil de la Rochère.les sources du droit de l'espace.droit de l'espace ouvrage collective .Edition Pedone .1988 p 24 , 25

<sup>2</sup>راجع المادة 38 فقرة أ، ب من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

تتمثل في حرية الاستكشاف و الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي ، وهو ما أكدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في العديد من قراراتها <sup>1</sup>.

فالدول غير الأطراف ملزمة باحترام مبدأ حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي وعدم خضوع الفضاء الخارجي للتملك أو ادعاء السيادة، لأن هذا المبدأ أصبح قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي العام <sup>2</sup>.

فهذا الالتزام الضمني هو الذي يجعل الدول لا تطالب بالسيادة فوق أقاليمها أثناء مرور الأجسام الفضائية، مما جعل الأمم المتحدة دائماً تحت جميع الدول على التوقيع والمصادقة على اتفاقية قانون الفضاء الخارجي.

وتعد جميع أعضاء المجتمع الدولي ملزمة بالمبادئ والقواعد الأساسية الواردة في معاهدة الفضاء الخارجي لاكتسابها صفة القانون الدولي العرفي ، وهذا الأخير ينطبق على جميع الدول بما فيها تلك التي ليست أطرافاً في معاهدة الفضاء

---

<sup>1</sup>راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في 20 ديسمبر 1961، والقرار الصادر في 19 ديسمبر 1963.

<sup>2</sup>Fisheries Case United Kingdom v Norway Judgement [1951] ICJ Rep 116, 131 where it is stated '...the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast.' The case can be found at <http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/1951/3.htm>

الخارجي ، وليصبح مبدأ ما معترف به بصفته قانوناً دولياً عرفياً متى توافرت فيه شروط ثلاث: الالتزام القانوني ، الممارسة لمدة طويلة، أن تحدده سلطة دولية مناسبة، وهذه الشروط تحققت بالالتزام والرضا من طرف الدول وهذا ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 1721 لسنة 1962<sup>1</sup> بالإضافة إلى التوقيع الواسع على معاهدة الفضاء 1967.

أما الشرط الثاني- الممارسة لمدة طويلة- فهو محقق من خلال اعتبار مبادئ حرية الوصول إلى الفضاء ملزمة<sup>2</sup>.

أما الشرط الثالث- أن تحدده سلطة دولية مناسبة- فإن أنشطة الفضاء تعتبر سريعة التطور ولذلك فالمدة اللازمة لقبول مبادئ قانونية تعد أقصر مقارنة بغيرها من القواعد التي تتطلب التطور التدريجي، ومنه فالمبادئ الأساسية لمعاهدة الفضاء الخارجي من حرية استكشاف واستخدام الفضاء وحظر التملك الوطني ملزمة لجميع الدول مثلها مثل القانون الدولي العرفي.

ويمكن القول أن مبدأ المصلحة العامة العالمية في الفضاء الخارجي يكفل الحق

---

<sup>1</sup> راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1721 لسنة 1962.

<sup>2</sup> وجرى بالذكر أن التوقيع على معاهدة الفضاء أشارت إلى أن جزء كبير من المعاهدة كان تدويناً للمبادئ التي تطورت بالفعل في القانون الدولي العرفي الملزم حيث صرح كل من مندوبي تشيكوسلوفاكيا وإيطاليا واليابان أن فهمهم للمبادئ الأساسية لمعاهدة الفضاء الخارجي يتمثل في هدفها إلى تثبيت مجموعة من قواعد القانون الدولي الملزم .

المتساوي للوصول إلى الفضاء الخارجي لجميع الدول دون تمييز، وبطريقة أخرى يجب أن يكون هذا المبدأ لصالح البشرية جمعاء ولحفظ السلم والأمن الدوليين ولأن العمل بمنهج أحادي من جانب الدول الفضائية وحدها دون مراعاة للدول غير الفضائية قد يضر بالمصلحة العامة العالمية في الفضاء الخارجي.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن حركة القواعد العرفية لا تتوقف بالتوقيع على النص الناتج عن التعاون بين الدول ، لأن القواعد العرفية الناقصة أو غير المتنافسة يمكن أن تكون نقطة الانطلاق لتطورات جديدة للعرف، كتلك التي تتعلق بمعاهدات سياسية وعسكرية لتصبح قاعدة عرفية جديدة ذات التطبيق العام، شريطة أن تطبق القاعدة مراراً وتكراراً بما يكفي حتى لا يمكن للدول الأخرى أن ترفع أي اعتراض على محتوياتها.

وبالتالي فإن التقاسم العادل للترددات بين الدول التي أقرها الاتحاد الدولي للاتصالات أصبح قاعدة عرفية ذات التطبيق العام، ومع ذلك فالاتفاقيات المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية و الاتحاد السوفييتي عام 1972 حول استخدام الأقمار الصناعية للاستطلاع الاستراتيجي على أراضي أجنبية، قد لقيت اعتراضاً واحتجاجاً من طرف الدول الأجنبية بصفة رسمية ضد استخدام الأقمار الصناعية للاستطلاع العسكري أو الاستراتيجي على أراضيها، الأمر الذي يحول دون خلق قاعدة جديدة من قواعد القانون العرفي.



## الفرع الثاني

### الالتزام بالإبلاغ عن الحوادث الفضائية في الفضاء الخارجي التي تقع في إقليم الدولة

أوجب الوضع القانوني للدول غير الفضائية بضرورة الإبلاغ عن الحوادث الفضائية في الفضاء الخارجي التي تقع في إقليم الدولة وتقديم المساعدة الممكنة عند حصول أي حادث أو محنة أو هبوط اضطراري للملاحين الفضائيين في إقليم دولة أجنبية أو في أعالي البحار<sup>1</sup>.

ووفقاً لما تضمنته المادة الأولى من اتفاق إنقاذ الملاحين الفضائيين 1968 نحو ضرورة التزام الدولة الطرف عند علمها أو اكتشافها أن أفراد طاقم أية سفينة فضائية قد تعرضوا لضائقة أو لهبوط اضطراري في إقليمها أو في أعالي البحار، أو أي مكان خارج السيادة الوطنية للدول بالإبلاغ الفوري لسلطة الإطلاق كما تقوم بإعلان كافة الدول والأمين العام للأمم المتحدة، الذي بدوره يتعين عليه إذاعة المعلومات الواردة دون أي تأخير<sup>2</sup>.

كما تعاود المادة الخامسة من معاهدة الفضاء الخارجي التزام الدولة الطرف عند علمها أو اكتشافها أن أفراد طاقم أية سفينة فضائية قد تعرضوا لضائقة أو حادثة

---

<sup>1</sup>MARCO G. MARCOFF, Traité de droit international public de l'espace, edition universitaire fribourg suisse, 1973,p108

<sup>2</sup>راجع في ذلك: المادة الأولى من اتفاق إنقاذ الملاحين الفضائيين 1968.

بالإبلاغ الفوري لسلطة الإطلاق<sup>1</sup> وقد اعتبرت المادة الأولى من اتفاق الإنقاذ أوسع وأشمل في معناها لرائد الفضاء من المادة الخامسة من معاهدة الفضاء، لأن المادة الأولى من اتفاق الإنقاذ استخدمت عبارة "أفراد طاقم أية سفينة فضائية"<sup>2</sup>.

وحيث أن المادة الخامسة من معاهدة الفضاء لسنة 1967 استخدمت "الملاحين الفضائيين"، وهذا الاختلاف جعل بعض الفقه يضم كل من هو على متن المركبة الفضائية سواء رائد المركبة وطاقمها أو الأشخاص الآخرين الذين قد يكونون مسافرين أو سواح<sup>3</sup>.

وتضيف المادة الخامسة من معاهدة الفضاء الخارجي لسنة 1967، التزامات أخرى على الملاحين الفضائيين حيث "يتعين على الملاحين الفضائيين التابعين لأية دولة من الدول الأطراف تقديم كل مساعدة ممكنة عند مباشرة أي نشاط في الفضاء الخارجي أو في الأجرام السماوية، إلى الملاحين الفضائيين التابعين للدول الأخرى"<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك: المادة الخامسة من معاهدة الفضاء الخارجي لسنة 1967.

<sup>2</sup>د. عادل أبوهشيمة، النظام القانوني لعقود إطلاق الأقمار الصناعية، دار النهضة العربية، 2007، ص 18.

<sup>3</sup>Michel bourelly-la révision des accords sur la station spatial international-A-f-d i1998p580.

<sup>4</sup>راجع في ذلك: المادة الخامسة من معاهدة الفضاء الخارجي لسنة 1967.

وقد بلغت الحوادث في عام 1980 إلى حوالي 4700 شيء في الفضاء نتيجة حطام الحوادث، منها 280 شيء منها عبارة عن مركبات فضائية نشطة ، ومنها 2600 عبارة عن حطام فضائي، وفي عام 2009 تم رصد حوالي 19000 شيء في الفضاء ، منها 1300 مركبات نشطة ، و7500 عبارة عن حطام، وذلك مما يعد خطراً على الحياة البشرية<sup>1</sup>.

وتؤكد الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 1962 لسنة 1963، إلى الالتزام بتوفير الاهتمام والرعاية لملاحي الفضاء باعتبارهم - سفراء الإنسانية - في الفضاء الخارجي إذ نصت على أن " تراعي الدول أن الملاحين الفضائيين يعتبرون بمثابة مبعوثي الإنسانية في الفضاء الخارجي و أن تزودهم بكل مساعدة ممكنة عند حصول أي حادث أو محنة أو هبوط اضطراري في إقليم دولة أجنبية أو في أعالي البحار، كما أن على الدول ، في حالة هبوط الملاحين الفضائيين إضطرارياً، أن تبادر إلى إعادتهم سالمين إلى الدولة المسجلة فيها مركبتهم"<sup>2</sup>.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أوجب الوضع القانوني للدول غير الفضائية بضرورة الإبلاغ عن الحوادث الفضائية في الفضاء الخارجي التي تقع في إقليم الدولة وتقديم المساعدة الممكنة عند حصول أي حادث أو محنة أو هبوط

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك: لزعر نادية، استخدام الفضاء الخارجي وانعكاساته، رسالة ماجستير بكلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري الجزائر، 2014، ص 187.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: البند التاسع من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1962 لسنة 1963.

اضطرابي للملاحين الفضائيين في إقليم دولة أجنبية أو في أعالي البحار .

## الفرع الثالث

### الالتزام بالسلامة لرواد الفضاء الخارجي وعودتهم سالمين

يعرف رواد الفضاء على أنهم الأشخاص الذين سافروا إلى الفضاء الخارجي<sup>1</sup> ومن الثابت أن معاهدة الفضاء الخارجي فرضت إلزاماً سارياً في مواجهه الدول الفضائية وغير الفضائية بتزويد رواد الفضاء بكل مساعدة إنسانية ممكنة حال حدوث أية حادثة أو الوقوع في محنة أو هبوط اضطراري في إقليم أي دولة من الدول الأطراف ، أو في الأراضي خارج السيادة الوطنية<sup>2</sup> كما ألزمت الدول الأطراف أن تبادر في حالة الهبوط الاضطراري لهؤلاء الملاحين الفضائيين بإعادتهم سالمين

---

<sup>1</sup>ويختلف المسمى الإنجليزي لرواد الفضاء باختلاف بلدانهم، إذ إن مصطلح Astronaut مخصص للرواد التابعين للولايات المتحدة وكندا وأوروبا واليابان، بينما يطلق مصطلح Cosmonaut على أولئك التابعين لروسيا، أما رواد الصين فيطلق عليهم Taikonaut ، ولقد أقر أن 558 شخصاً زار الفضاء حتى عام 2019، بحيث يشكل الذكور الأغلبية العظمى منهم، إذ بلغ عددهم 495 رائداً فضائياً، بينما بلغ عدد الإناث 63 رائدة فضائية، ولقد وصلت أطول مدة زمنية لرائد في الفضاء 438 يوماً، حيث بقي فاليري بوليكاف في محطة الفضاء الروسية مير في الفترة الواقعة بين عامي 1994 و1995، كما كان أصغر رائد فضاء جيرمان تيتوف الذي كان عمره حين صعد إلى الفضاء 25 عاماً، بينما أن أكبر رائد فضاء هو جون غلين الذي كان يبلغ من العمر 77 عاماً.راجع في ذلك الموقع الالكتروني التالي: <https://sotor.com>

<sup>2</sup>Armel KERREST , Droit de l'espace. Droit des activités spatiales, Quelques definitions et remarques sur une approche pluridisciplinaire, copuos Sous-Comité juridiqueVienne, Autriche, 26 - 27 Mars , 2007 , p01

إلى الدول المسجلة فيها مركباتهم الفضائية<sup>1</sup>.

هذا وقد وسعت الاتفاقية نطاق تقديم تلك المساعدات للملاحين الفضائيين بالنص على "في أي مكان آخر غير داخل في اختصاص أية دولة" على الكرة الأرضية خارج الاختصاص الاقليمي للدول ، من حيث تقديم المساعدات الإنسانية لهم<sup>2</sup>.

وتعاود الاتفاقية إلزام كل دولة من الدول الأطراف بإتخاذ التدابير الممكنة لإنقاذ أفراد طاقم أي سفينة فضائية يتعرضون لهبوط اضطراري داخل إقليمها وتزويد أفراد الطاقم بكل مساعدة لازمة<sup>3</sup> ولقد تضمنت المادة الثالثة من اتفاقية إنقاذ الملاحين الفضائيين على ضرورة إلزام الدول الأطراف في الاتفاق والقادرة بتقديم المساعدة اللازمة في عمليتي البحث والإنقاذ لأفراد طاقم أية سفينة فضائية يهبطون في أعالي البحار أو في مكان آخر داخل ولاية أية دولة<sup>4</sup>.

كما تعاود المادة الرابعة أيضا إعادة أفراد طاقم السفينة في حاله هبوطها في إقليم أية دولة من الدول الأطراف أو يعثر عليهم في أعالي البحار أو أي مكان آخر

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك :المادة الخامسة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>2</sup> وهذا ما تضمنته المادة الأولى والمادة الثالثة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>3</sup> راجع في ذلك :المادة الثانية من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

<sup>4</sup> راجع في ذلك : المادة الثالثة من اتفاق إنقاذ الملاحين الفضائيين 1968.

داخل ولاية أي دولة بسبب حادث أو محنة أو هبوط اضطراري أو غير مقصود<sup>1</sup>.  
و حيث أشارت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى توفير الاهتمام والرعاية لملاحي  
الفضاء باعتبارهم سفراء الإنسانية في الفضاء الخارجي إذ نصت على أن " تراعي  
الدول أن الملاحين الفضائيين يعتبرون بمثابة مبعوثي الإنسانية في الفضاء  
الخارجي و أن تزودهم بكل مساعدة ممكنة عند حصول أي حادث أو محنة أو  
هبوط اضطراري في إقليم دولة أجنبية أو في أعالي البحار , كما أن على الدول ,  
في حالة هبوط الملاحين الفضائيين اضطرارياً, أن تبادر إلى إعادتهم سالمين إلى  
الدولة المسجلة فيها مركبتهم"<sup>2</sup>.

وعلى ذلك يمكن القول أنه إذا كان الوضع القانوني للالتزام بالسلامة لرواد الفضاء  
الخارجي وعودتهم سالمين قد كفلة القانون الدولي بالتأكيد على ضرورة توفير  
المساعدات الإنسانية في المعاملات التجارية والعلاقات الدبلوماسية أو تقديم أية  
مساعدات مهما كان نوعها فأنه يجب أن تقتصر الالتزامات الخاصة بالمساعدات  
واعتبار مركبات الفضاء وروادها على الحالات التي يكون فيها الاستخدام للفضاء  
الخارجي للأغراض السلمية وفي الحالات التي تكون مسجلة لدى الأمين العام في  
سجل خاص ، ولهذا المفترض أن يرد نص يمنع الاستفادة من هذه الاتفاقية في

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك : المادة الرابعة من اتفاق إنقاذ الملاحين الفضائيين 1968.

<sup>2</sup> راجع في ذلك : البند التاسع ، من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1962 لسنة 1963.

الحالات التي تكون تلك الاستخدامات للأغراض الغير سلمية أو غير مسجلة لدى  
الأمين العام وفي هذه الحالة تعفى الدولة من تقديم أية مساعدات.



## الفرع الرابع

### الالتزام برد الأجسام المطلقة في الفضاء الخارجي

القاعدة العامة أن المركبة أو الجسم الفضائي الذي يهبط في إقليم دولة أجنبية ليست ملكاً مشاعاً لها، وإنما استلزمت قواعد القانون الدولي برد تلك الأجسام وإعادتها إلى الدولة المالكة لتلك الأجسام حين طلبها وهذا ما تضمنته معاهدة الفضاء الخارجي على الاحتفاظ بالاختصاص و الرقابة على المقذوفات والأجسام المطلقة للدولة الطرف والمقيد في سجلها أي جسم فضائي أو أي شخص على متن هذا الجسم الفضائي أو معدات<sup>1</sup>.

كما لا تتأثر ملكية هذه الأجسام أو أجزائها بوجودها في الفضاء الخارجي أو على أي جرم سماوي أو بعودتها إلى الأرض، كما يتعين ردها إلى دولة التسجيل التي تكون طرفاً في معاهدة الفضاء الخارجي شريطة أن يكون مقيداً في سجلاتها هذا الجسم وتقديها لكافة البيانات والوثائق اللازمة عند طلبها<sup>2</sup>.

وتعاود اتفاق الإنقاذ للملاحين الفضائيين ليستكمل الوضع القانوني لاسترداد الجسم الفضائي بالتأكيد على إلزام كل دولة من الدول الأطراف تعلم أو تكتشف جسم

---

<sup>1</sup>J.H . Huebert and Water Block , Space Environmentalism, Property Rights, and the Law ,The University of Memphis Law Review, Vol . 37, 2007. pp. 281-309 .

<sup>2</sup>راجع في ذلك:المادة الثامنة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

فضائي أو جزء منه قد عاد إلى الأرض في إقليمها أو أي إقليم خارج ولايتها بإعلان السلطة المطلقة والأمين العام للأمم المتحدة<sup>1</sup>.

وفي حالة امتلاكها للإقليم محل سقوط الجسم الفضائي أو جزء منه، تلتزم الدولة بالقيام بمساعدة سلطة الإطلاق عند طلبها باتخاذ التدابير العملية لاسترجاعه، في حين أن الأجسام الفضائية التي تكتشف في مناطق خارج الحدود الإقليمية لسلطة الإطلاق يكون ردها لممثلي سلطة الإطلاق أو وضعها تحت تصرفها وجوباً، شريطة تقديم السلطة المطلقة البيانات الثبوتية اللازمة وبموازاة ذلك السلطة المطلقة ملزمة باتخاذها فوراً للخطوات الفعالة من أجل القضاء على أي خطر محتمل يهدد إقليم الدولة المكتشفة لجسم فضائي أو جزء منه ، كما تلتزم سلطة الإطلاق بتحمل كافة النفقات الخاصة بتنفيذ الالتزامات المتعلقة باسترجاع ورد أي جسم فضائي أو أي جزء منه<sup>2</sup>.

بينما تشير الجمعية العامة للأمم المتحدة<sup>3</sup> إلى احتفاظ حق الدولة المقيّد في سجلها أي جسم مطلق في المجال الخارجي بالولاية والرقابة عليه وعلى ما يحمله ولا تتأثر هذه الملكية بوجوده في الفضاء الخارجي أو عبوره عبر الأجواء أو بعودته إلى

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك:المادة الخامسة من اتفاق إنقاذ الملاحين الفضائيين 1968.

<sup>2</sup>راجع في ذلك: المادة الرابعة من اتفاق إنقاذ الملاحين الفضائيين 1968.

<sup>3</sup>راجع في ذلك: البند السابع، من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1963 المؤرخ في 1963 /12/13.

الأرض ويجب رده إليها على أن تقدم البيانات اللازمة والمثبتة لذلك عند طلبها بالإضافة لما جاء في نص المادة الثامنة من معاهدة الفضاء الخارجي 1967.

ومن صور الالتزام بموجب المادة الخامسة من اتفاق الإنقاذ حيث تقدمت الولايات المتحدة الأمريكية بمذكرة في غضون عام 2013 إلى الأمين العام للأمم بشأن اكتشافها لأجزاء من جسم فضائي على أراضيها واحتوت المذكرة على مجريات عملية نقله من الشواطئ الأمريكية بالإضافة إلى المعلومات التي تخص الجسم من حيث أبعاده ووزنه وما يحمله من رموز وأرقام تعريفية والتي من خلالها تم تحديد الدولة المالكة وهي فرنسا والتي تم إبلاغها بذلك<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>راجع في ذلك : الوثيقة رقم

AC105-1066A11/9/2013

يعد الوضع القانوني لتنظيم استخدام واستغلال الفضاء الخارجي ما هو إلا تحقيق للأمن الفضائي و التوازن بين حق المرور الآمن للموجودات الفضائية لأغراض سلمية وحق الدفاع الشرعي عن الذات الوارد في ميثاق الأمم المتحدة والمعاهدة المنظمة لأنشطة الفضاء الخارجي.

ومن المستقر عليه أن الفضاء الخارجي هو الفراغ الموجود بين الأجرام السماوية ، بما في ذلك كوكب الأرض، و ليس فارغاً تماماً، ولكن يتكون من فراغ نسبي مكون من كثافة منخفضة من الجزيئات الجسيمات، في الغالب بلازما الهيدروجين والهيليوم، وكذلك الإشعاع الكهرومغناطيسي، المجالات المغناطيسية، والنيوترونات.

فضلاً عن أنه ليس هناك حد معين يحدد بداية الفضاء الخارجي، ولكن بشكل عام فقد تم اعتماد خط كارمان الواقع على ارتفاع 100 كم أي 62 ميل فوق مستوى سطح البحر كبداية للفضاء الخارجي وذلك من أجل تسجيل القياسات الجوية والمعاهدات والاتفاقيات المتعلقة بالفضاء.

ويظهر الوضع القانوني للفضاء الخارجي في القانون الدولي منذ الاتفاقية الأولى للأمم المتحدة للفضاء الخارجي في عام 1967، والتي انضمت إليها 103 دولة، وهذه الاتفاقية تحظر على أي دولة الإدعاء بالسيادة على الفضاء، وتسمح لجميع الدول باستكشاف الفضاء بحرية، وتوالت من بعدها أربع اتفاقيات للأمم المتحدة ما بين عامي 1968 وحتى 1979 فوضعت اتفاقية القمر 1979 التي جعلت أسطح

الكواكب والمدارات الفضائية حولها تحت سلطة المجتمع الدولي ، حيث تم إضافة بنود أخرى للاتفاقية تتعلق بالاستخدام السلمي للفضاء الخارجي بإعداد من الأمم المتحدة ومع ذلك لم تحظر نشر الأسلحة في الفضاء، والتي من ضمنها الاختبارات الحية للصواريخ المضادة للأقمار الصناعية.

كما أن هناك عدداً من المنظمات الدولية التي تعنى بقوانين الفضاء ؛ مثل اتحاد الاتصالات الدولية، بالإضافة إلى عدد من المنظمات الإقليمية؛ كهيئة قانون الفضاء في الاتحاد الأوروبي، فضلاً عن القوانين المحلية المنتشرة في دول العالم، إضافة إلى عدد كبير من مشاريع القوانين، والتشريعات غير الملزمة وآراء فقهاء القانون آنذاك.

غير أن دول العالم لا تزال بحاجة إلى تفعيل قوانين الفضاء، والسعي نحو توحيد جهودها وصولاً إلى التناسق فيما بينها، فإذا كان استغلال الفضاء الخارجي يسمح بولوج هذا الفضاء للدول من غير رقيب ولا حسيب، ومن غير رجوع إلى أية دولة أخرى بغية الترخيص أو أي ترتيبات أخرى، فإن الوضع القانوني للفضاء الخارجي في القانون الدولي وضع لهذه الحرية ضمانات تنظمها بأنها ليست مطلقة بل تخضع لضوابط ملزمة للدول التي قبلت بهذا المبدأ سواء المرتادة للفضاء الخارجي، أو غيرها بترتيب حقوق وواجبات لجميع الدول وفقاً لأحكام ونصوص الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن.

وقد بينت الدراسة أن تنظيم الأنشطة الفضائية مسألة جوهرية لا تستطيع الشعوب تجاهلها، مادامت أنها تتمتع بالفوائد والثمار التي يأتي بها تطور التكنولوجيا الفضائية، وارتفاع عدد الفاعلين على كافة المستويات الدولية وتنامي الأنشطة الفضائية.

فضلاً عن كون الوصول إلى الفضاء الخارجي يتطلب إمكانيات وقدرات ليست في متناول جميع الدول فإن الحقوق والواجبات ليست متكافئة فما يكون التزاما للدولة المرتادة للفضاء الخارجي قد يكون بالمقابل حق للدول غير المرتادة أو للبشرية جمعاء وذلك من منظور دولي، واختتمت الدراسة بعدة نتائج وتوصيات نتناول أهمها على النحو التالي :

#### أ- النتائج:

- يستنتج أنه من الضروري أن المسائل المتصلة بتعريف الفضاء الخارجي وتعيين حدوده بالغة الأهمية، وأنه لا يمكن اتخاذ أي نهج مرن وعملي بشأن المسألة ما لم تتوصل جميع الدول، بغض النظر عن مستوياتها العلمية والتقنية والاقتصادية على سلم التنمية.
- تستلزم معاهدة الفضاء الخارجي أن تحصل الكيانات الخاصة على الترخيص الحكومي لمزاولة أنشطتها في الفضاء بحيث تكون خاضعة للإشراف المستمر من قبل الحكومة الطرف في المعاهدة التي تعد مسئولة عن أنشطتها.

- يعد أحد العوامل التي ساعدت على اشتعال التنافس في الفضاء الخارجي، عدم كفاية الأطر القانونية القائمة حالياً لتنظيم مسألة استغلال الفضاء حيث تضمنت معاهدة الفضاء الخارجي على أن "الفضاء الخارجي" بما فيه القمر والأجرام السماوية الأخرى، لا يخضع للحيازة القومية من خلال ادعاء السيادة، عن طريق الاستغلال أو الاحتلال، أو بأي وسيلة أخرى ، وإنما هو مفتوح لجميع الدول لاستكشافه واستغلاله.

- يستنتج أن قانون الفضاء الدولي يفنقر إلى جهاز دولي متخصص قادر على فرض الشروط والبنود التي وردت في اتفاقيات الفضاء ، ولذا هناك عدة أسباب توجب التوصل إلى اتفاقية دولية لا يسمح للأسلحة النووية أو أسلحة الدمار الأخرى أن تدور حول الأرض، أو الأجرام السماوية.

- لا يجوز لأحد ادعاء السيادة على الفضاء الخارجي والأجرام السماوية سواء بالاستخدام أو بالاستعمال أو الاستيلاء أو الاحتلال أو أي وسيلة أخرى .

- تستلزم معاهدة الفضاء الخارجي ، أن تحصل الكيانات الخاصة على الترخيص الحكومي لمزاولة أنشطتها في الفضاء ، بحيث تكون خاضعة للإشراف المستمر من قبل الحكومة الطرف في المعاهدة التي تعد مسؤولة عن أنشطتها .

- أن اتفاقية القمر ليست ملزمة قانوناً لغير أطرافها، غير أنها تشكل - على الأقل - الخلفية أي مناقشات مستقبلية محتملة تتعلق بتطوير نظام التعدين على

القمر، فالعديد من أحكامها تعد تكراراً للأحكام الملزمة الواردة في معاهدة الفضاء الخارجي، وتلك الأحكام يمكن أن تفسر بأنها تشكل أساس القانون القمري العرفي، وهكذا يجب أن تؤخذ في الحسبان في أي مناقشات أخرى تتعلق بتطوير نظام التعدين القمري.

#### ب- التوصيات:

- نوصى بضرورة تعديل المعاهدات الدولية المتعلقة بالفضاء الخارجي مع ما يتناسب مع التطورات التكنولوجية الحاصلة مع تعميم حظر استخدام أي نوع من الأسلحة في الفضاء الخارجي حفاظاً على الأمن والسلم الدوليين.
- نوصى بضرورة تشجيع التعاون الدولي والشفافية في أنشطة الفضاء الخارجي، وأنه لا يزال لبناء القدرات في مجال قانون الفضاء والسياسة الفضائية أهمية كبيرة في الحافظ على سيادة القانون فيما يتعلق بالأنشطة الفضائية، ولاسيما أنشطة الجهات الفاعلة الجديدة في مجال الفضاء والدول الناشئة في مجال الفضاء.
- نوصى بضرورة إنشاء منظمة دولية للفضاء تتولى الاعتناء بجملته هذه المسائل المطروحة آنفاً، مع إمكانية أن تخلق آلية للتعاون، بإمكانها أن تسهم عملياً في بناء البنية القانونية من منظور دولي في ظل الأمم المتحدة.
- العمل على إبرام اتفاقية خاصة بحماية الفضاء الخارجي من التلوث ومواجهة خطر الحطام الفضائي.



▪ خلق شبكة عالمية لمراقبة مدى مشروعية النشاطات الممارسة في الفضاء الخارجي.

▪ نوصى بضرورة التحديد المنصف لتعيين حدود الفضاء الخارجي والفضاء الجوي عند مستوى يقع بين ١٠٠ كيلومتر و ١١٠ كيلومترات فوق سطح البحر يستند إلى اعتبارات شاملة، من بينها الخصائص العلمية والتقنية والمادية، أي طبقات الغلاف الجوي وقدرة الطائرات على بلوغ ارتفاع معين ونقطة حضيض المركبة الفضائية وخط كارمان.

▪ يجب أن تتال وتخضع أنشطة الفضاء الخارجي للترخيص والرقابة المستمرة من قبل الدول، ولا ينفذ استكشاف واستعمال الفضاء الخارجي لمصلحة كل الدول بصرف النظر عن درجتها في التطور الاقتصادي أو العلمي كما أنه متاح للاستكشاف والاستعمال من كل الدول دون التمييز من أي نوع بموجب القانون الدولي.

▪ تعزيز التعاون الدولي في إطار المنظمات الدولية والإقليمية لتمكين الدول النامية من إرسال الأقمار الصناعية للفضاء الخارجي خاصة بعد اكتشاف فائدة المدارات الأرضية التي يمكن إستخدامها في أغراض متعددة ك مجال البث السمعي البصري والملاحة البحرية والأرصاد الجوية.

▪ نوصى بإسناد المسؤولية لكل دولة قد تتسبب أية أضرار في الأجسام

الفضائية مركبات فضائية، أقمار صناعية... عن كافة الأنشطة الحكومية وغير الحكومية التي يقوم بها مواطنوها.

▪ ينبغي أن يسمح النظام القانوني للفضاء الخارجي بتكليف الكواكب الفضائية كنقطة وصول مشاعة مفتوحة للدول والكيانات الخاصة دون التضحية بحماية حقوق كل البشرية الواردة في معاهدة الفضاء الخارجي ، ويتحقق ذلك من خلال وصف حقوق الملكية الخاصة وفقا لقاعدة التزام اجتماعي متأصلة ، تسمح بوصف الأجرام السماوية كمساحة مباحة ، لتجنب تأثيرات وصفها بالتراث المشترك للبشرية .

▪ ينبغي أن يوازن نظام السلطة الدولية لاستغلال الفضاء الخارجي بين حماية أرباح الكيانات المستغلة ذات العلاقة وخدمة مصالح جميع البشرية ، لأن وجود نظام مستقر يمكن أن يحسن ثقة مستثمري الفضاء ويروج لتطوير المزيد من أنشطة الفضاء التجارية.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع العربية.

- د. إبراهيم فهمي شحاتة: القانون الجوي الدولي وقانون الفضاء ،دار النهضة العربية 1966 .
- د.أحمد أبو الوفا: القانون الدولي للبحار في ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية 1982، دار النهضة العربية، 2006.
- د.أحمد فوزي عبد المنعم: المسؤولية الدولية عن البث الإذاعي عبر الأقمار الصناعية في ضوء أحكام القانون الدولي ،دار النهضة العربية 2002 .
- د.أحمد محمد رفعت: الأوقاف الدولية في القانون الدولي الجديد للبحار، التأصيل القانوني لمبدأ التراث المشترك للإنسانية في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982، القاهرة ، المعهد العالي للدراسات الإسلامية.
- د.السيد عيسى أحمد : القانون الدولي للطيران والفضاء ، دار النهضة العربية ،2009.
- د.بن حمودة ليلي: والاستخدام السلمي للفضاء الخارجي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, 2007.

- د. **حامد سلطان**: القانون الدولي العام وقت السلم، دار النهضة سنة 1976.
- د. **جعفر عبد السلام**: مبادئ القانون الدولي العام ،دار النهضة العربية ،الطبعة الثانية 1986،.
- د. **سعيد سالم جويلى**: مواجهة الأضرار بالبيئة بين الوقاية والعلاج، دار النهضة العربية 1999.
- د. **صلاح الدين عامر**: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ،دار النهضة العربية ،1999.
- د. **طارق إبراهيم الدسوقي**: الأمن البيئي،النظام القانوني لحماية البيئة، دار الجامعة الجديدة ،طبعة 2009.
- د. **عادل أبوهشيمة**:النظام القانوني لعقود إطلاق الأعمار الصناعية،دار النهضة العربية ،2007.
- د. **على صادق أبو هيف**: القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الأسكندرية 2000
- د. **عبد الكريم علوان**: الوسيط في القانون الدولي العام ، دار الثقافة، الطبعة الأولى ،2007.

- د.فاروق سعد: قانون الفضاء الكوني، الأهلية للنشر والتوزيع،بيروت،1978.
- د.محسن افكيرين :القانون الدولي للبيئة،طبعة الأولى ،دار النهضة العربية ،2006.
- ----- : النظرية العامة للمسئولية الدولية عن النتائج الضارة، عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي مع إشارة خاصة لتطبيقها في مجال البيئة ،دار النهضة 2007.
- د.محمد حافظ غانم : القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1997.
- د.محمد حسين عبد القوي:الحماية الجنائية للبيئة الهوائية، دار النشر الذهبي للطباعة سنة2002 .
- د.محمد خالد رستم :التنظيم القانوني للبيئة في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت الطبعة الأولى، 2006.
- د.محمد سعيد المجذوب:الوسيط في القانون الدولي العام ، الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت1999.
- د.محمد صافى يوسف: دراسة في إطار القانون الدولي للبيئة ، دار النهضة

العربية ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ نشر .

▪ د.محمد طلعت الغنيمي: بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام،  
قانون الأمم، بدون تاريخ نشر .

▪ ----- : قانون السلام في الإسلام ،دراسة مقارنة، منشأة  
الإسكندرية 1989.

▪ د.محمد وفيق: تنظيم استخدام الفضاء ،الطبعة الأولى، دار الفكر العربي،  
بدون تاريخ نشر .

▪ د.مصطفى أحمد فؤاد: المدخل للقانون الدولي العام ، القاعدة الدولية، مكتبة  
جامعة طنطا 1991 .

▪ د.مصطفى سلامة حسين: القانون الدولي المعاصر، دار المطبوعات  
الجامعية، 1997 .

▪ د.مصطفى سيد عبد الرحمن: مبادئ القانون الدولي العام ، الولاء للطبع  
والنشر، 1993.

▪ د.مدوح حامد عطية :المخاطر الإشعاعية، دار الفكر العربي، طبعة  
2005.

▪ د.ياسر محمد المنياوي: المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، 2008.

▪ مازن ليلو راضي: المدخل لدراسة حقوق الإنسان ،دار قنديل للنشر والتوزيع ،عمان، الأردن، 2007.

#### ب الرسائل العلمية:

▪ حمادة طه عبد ربة:البعد القانوني للاستشعار من بعد من الفضاء الخارجي،رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس ،2009

▪ حميدة جميلة :النظام القانوني للضرر البيئي آليات تعويضه، رسالة دكتوراه ،كلية القانون،جامعة الجزائر 2007.

▪ سامي أحمد عابدين: مبدأ التراث المشترك للإنسانية بين النظرية و التطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية،1985

▪ علوي أمجد علي:النظام القانوني للفضاء الخارجي و الأجرام السماوية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، سنة 1979.

▪ لزعر نادية:استخدام الفضاء الخارجي وانعكاساته ،رسالة ماجستير بكلية الحقوق ،جامعة الأخوة منتورى الجزائر،2014 .

▪ **ندى على عبدا للطفيف:**النظام القانوني الدولي للاتصالات، رسالة ماجستير بكلية القانون، جامعه بغداد 2001.

▪ **نعمان عطا الله الهيئي:**استشعار الأرض من الفضاء الخارجي، رسالة ماجستير كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد 1986.

### جالدوريات العلمية:

▪ **د.خرشى عمر معمّر:** تأصيل قواعد القانون الدولي على أساس فكرة القياس، دراسة في الفضاءات الدولية الفضاء الخارجي، أعالي البحار، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، العدد 9، 2018.

▪ **د.علوانى مبارك:** دور المنظمات الدولية المتخصصة والمنظمات الغير حكومية في حماية البيئة من التلوث، مجلة المفكر ، العدد الرابع ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، 2018 .

▪ **د.على صادق أبوهيف:**التنظيم القانوني للنشاط الكوني،المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع عشر .

### ▪ **دالمعاهدات والاتفاقيات الدولية:**

▪ **معاهدة المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي والتي أصبحت سارية المفعول في أكتوبر 1967.**



- اتفاقية إنقاذ الملاحين الفضائيين و إعادة الملاحين الفضائيين و استرجاع الأجسام المطلقة إلى الفضاء و التي أصبحت سارية المفعول في ديسمبر 1968.
- اتفاقية المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية و التي أصبحت سارية المفعول في سبتمبر 1972.
- اتفاقية تسجيل الأجسام المطلقة إلى الفضاء الخارجي و التي أصبحت سارية المفعول في يناير 1976.
- اتفاقية المنظمة لأنشطة الدول على سطح القمر و الأجرام السماوية الأخرى و التي أصبحت سارية المفعول في ديسمبر 1984 .
- إعلان المبادئ القانونية المنظمة لنشاطات الدول في ميدان استكشاف الفضاء الخارجي و استخداماته، الذي أعتد في ديسمبر 1963 .
- المبادئ المنظمة لاستخدام الدول للأقمار الاصطناعية في الإرسال التلفزيوني الدولي المباشر، التي اعتمدت في ديسمبر 1982
- المبادئ المتعلقة بالاستشعار عن بعد من الفضاء الخارجي، التي اعتمدت في ديسمبر 1986
- المبادئ المتصلة باستخدام مصادر الطاقة النووية في الفضاء الخارجي، التي اعتمدت في ديسمبر 1992 .

- الإعلان الخاص بالتعاون الدولي في مجال استكشاف الفضاء الخارجي و استخدامه لفائدة جميع دول العالم، الذي أعتد في ديسمبر 1996 .

▪ ثانياً: المراجع الأجنبية.

- 1) MARCO,G MARCOFF,traité de droit international public de l'espace,Edition universitaire, fribourg 1973.
- 2) A. Le Roy Bennett, James K. Oliver, International Organizations, Seventh ed., Prentice Hall, 2002
- 3) Ajey Lele, “Deliberating the space Code of Conduct: inadequate mechanism”, Ajey Lele ed, Decoding the International Code of Conduct for Outer Space Activities, IDSA, New Delhi, 2013.
- 4) Armel KERREST , Droit de l'espace. Droit des activités spatiales, Quelques definitions et remarques sur une approche pluridisciplinaire, copuos Sous-Comité juridiqueVienne, Autriche, 26 – 27 Mars , 2007 .
- 5) C. Redgwell, “Intra- and inter-generational equity”, in The Oxford Handbook of International Climate Change Law, C.P. Carlarne, K.R. Gray and R.G. Tarasofsky, eds. Oxford, Oxford University Press, 2016.

- 6) Christel Cournil et Catherine Colard–Fabregoul, changements environnementaux globaux et droit de l’homme, éditions Bruylant, Belgique, 2012.
- 7) Christian Domincé et François Voeffray, «L’application du droit international général dans l’ordre juridique interne», dans L’intégration du droit international et communautaire dans l’ordre juridique national étude de la pratique en Europe , Pierre Michel Eisemann ed., K.L.I., 1996.
- 8) Daniel M, Schwartz & others, The Environment and Violent Conflict: A Response to Gleditsch’s Critique and Some Suggestions for Future Research, Environmental change and security project report, Issue 6, 2000
- 9) Dr karl – heinz bockstiegl, dr mariettea benko, dr Stephan hob , Space law basic legal documents ,institute of air and space law at cologne university , vol 1 , may 2005,
- 10) Fisheries Case United Kingdom v Norway Judgement [1951] ICJ Rep 116, 131 where it is stated ‘...the ten–mile

rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast.' The case can be found at <http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/1951/3.htm>

11) Francis Lyall and Paul Blarsen, *A space law a mrentise* , ashgate publishing, 2009

12) Francis Lyall and Paul B. Larsen, *Space Law : A Treatise*, op. cit, pp. 470–471.: Henry R. Hertzfeld & Frans Von Der Dunk, *Bringing Space Law into the Commercial World: Property Rights without Sovereignty* , *The Chicago Journal of International Law*, V .6. No. 1 Summer 2005

13) Francisco Orregovicuna, "The Exclusive Economic Zone; Regime and Legal Nature Under International Law", New York: Cambridge U. P., 1989

14) George B. Dietrich, LL. B., *Extending the Principle of the Common Heritage of Mankind to Outer Space*, A Thesis Submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in

Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Laws LL.M., Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, Quebec, July, 2002.

15) Gurtuna ,Ozgur 2013. Fundamentals of Space Business and Economics Springer New York Heidelberg Dordrecht London: Springer. ISBN 978-1-4614-6695-6.

16) Isabelle Sourbes-Verger, "Space Code of Conduct: what is at Stake?", Ajey Lele ed, Decoding the International Code of Conduct for Outer Space Activities, IDSA, New Delhi, 2013.

17) J.H . Huebert and Water Block , Space Environmentalism, Property Rights, and the Law ,The University of Memphis Law Review, Vol . 37, 2007.

18) Jacqueline Dutheil de la Rochère.les sources du droit de l'espace.droit de l'espace ouvrage collective .Edition Pedone .1988 .

19) Jean Davallon, LA Définition Juridique du Patrimoine :

un Révélateur de sa Dimension Symbolique, International ScientificElectronic Journal, Issue 1, 2004 Department of Cultural Technology and Communication University of the Aegean .

20) Jennifer Frakes, The Common Heritage of Mankind Principle and the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica: Will Developed and Developing Nations Reach a Compromise? Wisconsin International Law Journal. 2003.

21) Jia Huang, New challenges to the traditional principles of the law of war presented by information operations in outer space, in Journal of Politics and Law, Vol. 2, No. 1, March 2009.

22) Kevin B. Walsh, Controversial Issues Under Article XI of the Moon Treaty, AASL, vol 6, 1981.

23) Léopold Peyrefitte, Droit de l'espace, Dalloz, 1993, p. 55.

24) MARCO G. MARCOFF, Traité de droit international

public de l'espace, édition universitaire fribourg suisse, 1973.

25) Marco, G ,Marcoff, traité de droit international public de l'espace, Edition universitaire, Fribourg, 1973.

26) Mari ,Christopher U.S. National Debate Topic 2011–2012 American Space Exploration and Development. New York and Dublin: The H.W. Wilson Company.

27) Michel Bourely , les tendances actuelles du droit de l'espace ,Revue Française de Droit de l'EspaceRFDE, Sirey , 1988.

28) Michel BOURELY, Droit de l'environnement spatial, droit de l'espace ouvrage collectif, Edition Pédone, 1988.

29) Michel bourely-la révision des accords sur la station spatial international-A-f-d i1998.

30) Moreau Defarges. L'humanité, ultime « grande illusion » du XXe siècle, Politique étrangère N°3 , 1999

31) Nicolas Mateesco Matte, Droit Aérospatial, Edition



Pedone. 1969.

32) Peter Van Fenema, International Cooperation In Using Orbits, Proceedings of th Workshop on Space Law, in twenty–first century, Organized by IISL and OOSA at Vienna ST/SPACE/2, United Nation, New York 2002.

33) Peter Van Fenema, International Cooperation In Using Orbits, Proceedings of the Workshop on Space Law, in twenty–first century, Organized by IISL and OOSA at Vienna, ST/SPACE/2, United Nation, New York 2002.

34) Philippe Achilleas, Droit de l'espace : Telecommunication , Observation , Navigation , Defense , exploration , larcier , Belgique 2009 .

35) Ram Jakhu, Legal Issues Relating to the Global Public Interest in Outer Space, October 2005  
<http://www.cissm.umd.edu/papers/files/jakhu.pdf>

36) Richard B. Bilder, A Legal Regime for the Mining of Helium–3 on the Moon U.S. Policy Options, Fordham

International Law Journal, Volume 33, Issue2, 2009.

37) Ricky J Lee, Reconciling International Space Law with the Commercial Realities Of the Twenty first Century, Singapore Journal of International & Comparative Law 2000.

38) Ricky J Lee, Reconciling International Space Law with the Commercial Realities Of the Twenty first Century, Singapore Journal of International & Comparative Law 2000.

39) Rone Rodiere, Martin Remond-Gouilloud ; La mer droits des hommes ou proie des etets, editions A .Pidone Paris, 1980.

40) Rosenne, Practice and Methods of International Law,

41) S. Courteix, De l'accès "équitable" à l'orbite des satellites géostationnaires Annuairefrançais de droit international A.F.D.I, volume 31, 1985.

42) Stephan Hobe, Current and Future Development of

International Space Law, in : Proceedings United Nations/Brazil Workshop on Space Law : Disseminating and Developing International and National Space Law The Latin America and Caribbean Perspective, ST/Space 28, Office For Outer Space Affairs, United Nations, 2005.

43) Vladimir Kopal, traite sur les principes regissant les actiites des etatsenatiere d exploration et d utilisation de l espace extra-atmospherique , y comris la lune et les autre corps celestes , United Nations Audiovisual library of International Law , 2008 , [www. Un.org/law/avl](http://www.un.org/law/avl)

44) Vlastic.L.A.,the Evolution of the International Code of conduct to Govern Remote Sensing by satellite: progress report, 3 Annals of air and space law, 1978.

45) Yasuaki Hashimoto, The Status of Astronauts Toward the Second Generation of Space Law, p. 16.[http://www.sps.aero/key-ComSpace-Articles/LibRepts/LIB-057-Space -Law-and-Commercial-Space-operation.pdf](http://www.sps.aero/key-ComSpace-Articles/LibRepts/LIB-057-Space-Law-and-Commercial-Space-operation.pdf)

46) Yun Zhao, An International Space Authority; A Governance Model for a Space Commercialization Regime, Journal of Space Law, Vol. 30 No, 2, Fall 2004.

47) Yun Zhao, An International Space Authority; A Governance Model for a Space Commercialization Regime, Journal of Space Law, Vol. 30 No, 2, Fall 2004.



## أبحاث في القانون التجارى



دور إعادة الهيكلة في انقاذ المشروعات والشركات التجارية  
في قانون الافلاس العماني  
(دراسة تحليلية مقارنة)

د. سالم بن سلام بن حميد الفليبي

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

نائب العميد للشؤون الاكاديمية

كلية الزهراء - للبنات مسقط - سلطنة عمان



## 1- موضوع البحث وأهميته

واكب المشرع العماني توجه المشرعين الآخرين في سن قانون ينظم إعادة هيكلة التجار المتعثرين ويساعد التجار في تقادي الإفلاس والتصفية بسبب ظروف مؤقتة تواجههم، فأصدر قانون الإفلاس الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2019/53 الذي تضمن بين نصوصه تنظيماً متكاملاً لإجراء إعادة الهيكلة في المواد من 6 إلى 23 بالإضافة إلى القواعد العامة المبينة في المواد من 1 إلى 6 من القانون والتي تنطبق على إجراء إعادة الهيكلة.

والمتمأمل في قوانين الإفلاس في دول مجلس التعاون وكذلك في القانون المصري يجد أنها قوانين تم إصدارها حديثاً ولم يكتف المشرعون بتعديل على أنظمة الإفلاس القائمة بما يعطي الانطباع بأن المشرعين أرادوا صياغة قواعد مرنة على أسس جديدة عن ذي قبل. وقد انعكست هذه الفلسفة التشريعية على المفاهيم الجديدة التي تم تبنيها مثل إعادة الهيكلة والتسوية الوقائية وإعادة التنظيم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر في دور قوانين الإفلاس الجديدة في خلق توازن فعال بين المدين من ناحية والدائنين من ناحية أخرى، وترسيخ مبادئ الحوكمة بما فيها من شفافية. د. بشار حكمت ملكاوي، انقاذ المشروعات التجارية المتعثرة وفق مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس الإماراتي، بحث منشور في مجلة عجمان للدراسات والبحوث، المجلد 14، العدد الأول، 2015، ص5

وتتأتى أهمية هذا البحث في أنه يتناول أحد أحدث قوانين الإفلاس العربية وهو القانون العماني سالف الذكر والذي دخل دور النفاذ منذ أيام قليلة من هذا البحث يوم الثلاثاء الموافق 7 يوليو 2020 إعمالاً لنص المادة 4 من قانون إصداره، ولم يتناوله الفقه بالشرح والتحليل بشكل كاف مقارنةً بالقوانين العربية الصادرة قبله. كما أنه إذا كانت إعادة هيكلة الديون أو إعادة التنظيم هي أحد أهم الوسائل التشريعية التي منحها المشرع العماني ومشرعي دول مجلس التعاون والمشرع المصري للمدين ليستعين بها في حماية نفسه من الظروف غير التي تواجهه والتي تجعله عاجزاً عن سداد ديونه أو يتوقع أنه سوف يعجز<sup>1</sup> ، كما أن ظهور فيروس كورونا كوفيد- 19

---

<sup>1</sup> تطلق القوانين محل المقارنة نوعين من التسمية على العملية التي تسمح للمدين بإعادة تنظيم أموره المالية هما: إعادة الهيكلة وهي تسمية يتبعها القانون العماني والمصري والكويتي والإماراتي، وإعادة التنظيم وهي تسمية يتبعها القانون البحريني والنظام السعودي. وعلى مستوى هذه القوانين المعنى واحد بين الإجراءين، وتقتصر التفرقة على المصطلح فقط. أما على مستوى الفقه الغربي، فهناك من يفرق بين المصطلحين، ويعتبر أن الإجراء الذي يساعد الشركة على تقادي الإفلاس هو إعادة التنظيم، بينما إعادة الهيكلة أعم وأشمل من ذلك. انظر في ذلك مقال بعنوان " Difference Between Restructuring and Reorganization"، متاح على الموقع التالي:

<http://www.differencebetween.net/language/words-language/difference-between-restructuring-and-reorganization/>

وما صاحبه من خسائر على المستوى العالمي للمشروعات العالمية الصخمة<sup>1</sup>، أو للشركات والمشروعات في دول مجلس التعاون الخليجي<sup>2</sup>، سوف يعظم من أهمية

---

<sup>1</sup> ورد في جريدة الوطن العمانية بتاريخ 9 مايو 2020 تحت عنوان " تأثير فيروس كورونا على الاقتصاد العالمي" أن الفيروس قد تسبب في خسائر تقدر بخمسين مليار دولار، في حين تشير دراسات أخرى بان خسارة الاقتصاد العالمي قد وصلت 2 تريليون دولار. متاح على الموقع التالي:

<https://alwatannews.net/article/876652/Business/> تأثير-فيروس-كورونا-على-الاقتصاد-العالمي

وقد ورد في مقال آخر بعنوان " ما تأثير فيروس كورونا المستجد على الاقتصاد العالمي: ركود أم كساد؟"، أن الأزمة التي سببها فيروس كورونا كوفيد - 19 أشد وطأة من أزمة العالم عام 2008 سواء من تراجع نسب الاقتصاد في كل دول العالم بمقدار 6.8% في الربع الأول من عام 2020، أو فقد الوظائف حيث فقد حوالي 22 مليون شخص وظائفهم. انظر المزيد في الموقع التالي:

<https://mostaqbal.ae/coronavirus-on-the-global-economy-stagnation-or-recession/>

<sup>2</sup> يرى بعض المحللين العرب أن " تبعات كورونا على اقتصاديات الدول العربية ستكون كبيرة لا سيما الدول الفقيرة والأقل نموًا، فيما ستواجه الدول النفطية تحديات مختلفة"، وأفادو بأن " هذه الدول سوف تشهد ارتفاعًا في البطالة بين 3 أو 4 %، وارتفاع كبير في الإيرادات بسبب الإغلاقات الاقتصادية، وتراجعًا في القطاع السياحي"، كما توقعوا "مشاكل في سلسلة التوريد. انظر في المزيد عن رأي المحللين العرب الموقع التالي:

هذه الوسيلة في انقاذ المشروعات وإبقائها في الحياة التجارية.

ونظرًا لأهمية إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم المالي للمدين في هذه المرحلة الحرجة من حياة التجار الأفراد والشركات والمشروعات وكونه طوق النجاة لهم، فقد آثار الباحث أن يقوم بدراسة هذا الإجراء لإلقاء الضوء عليه، وتقدير تنظيمه من قبل القوانين محل المقارنة.

## 2- نطاق البحث:

سوف نقصر بحثنا على بيان أحكام إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم كأحد إجراءات الإنقاذ، ولن نتعرض لأي إجراء انقاذ آخر مطبق في أي من القوانين محل المقارنة في هذا البحث كما هو الحال في الصلح الوافي من الإفلاس أو التسوية الوقائية. وسوف ينصب تحليلنا على مجموعة القوانين محل المقارنة في هذا البحث فقط دون التطرق إلى القوانين الأخرى. وقد اخترنا خمسة قوانين لمقارنة أحكامها في إعادة الهيكلة مع معالجة القانون العماني. والقوانين الخمسة التي سوف نقارنها مع قانون الإفلاس العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 53 لسنة 2019<sup>1</sup> هي:

---

<https://elaph.com/Web/NewsPapers/2020/05/1292463.html>

<sup>1</sup> منشور في الجريدة الرسمية، العدد 1300، ونصومه متاحة على الموقع التالي:

<https://qanoon.om/p/2019/rd2019053/>

1- قانون إعادة التنظيم والإفلاس البحريني رقم 22 لسنة 2018 الصادر بتاريخ 30 مايو لسنة 2018<sup>1</sup>.

2- نظام الإفلاس السعودي رقم م/50 الصادر في 28/5/1439 هـ المقابل 14 فبراير 2018، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم 622، بتاريخ 24/12/1439 هـ

3- قانون الإفلاس الإماراتي الصادر بالمرسوم بقانون رقم 9 لسنة 2016، والمعدل بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 2019<sup>2</sup>.

4- قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس المصري رقم 11 لسنة

---

<sup>1</sup> نصوص هذا القانون متاحة على الموقع التالي:

<https://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1909609&related>

<sup>2</sup> نصوص هذا المرسوم بقانون متاحة على الموقع التالي:

<http://rakpp.rak.ae/ar/Pages/الإفلاس.aspx>

أما نصوص المرسوم بقانون المعدل له عام 2019، فهي متاحة على الموقع التالي:

<https://www.mof.gov.ae/ar/lawsAndPolitics/govLaws/Pages/Law-23-Bankruptcy-2019.aspx>

2018<sup>1</sup>.

5- مشروع قانون التسوية الوقائية، وإعادة الهيكلة والإفلاس الكويتي، وهو مازال مشروعاً لم يصدر بعد حتى كتابة هذا البحث غير أننا نشير إلى أحكام للتعرف على وجهة نظر المشرع الكويتي في إعادة هيكلة الشركات والمشروعات الخاسرة<sup>2</sup>.

ولأغراض هذا البحث وتسهيل الإشارة إلى هذه القوانين في متن البحث، سوف نستخدم مصطلح " قانون الإفلاس " لكل هذه القوانين فنقول "قانون الإفلاس

---

<sup>1</sup> هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية العدد 7 مكرر في 19 فبراير 2018 السنة الحادية والستون.

<sup>2</sup> وافق مجلس الوزراء الكويتي على هذا القانون في يونيو 2019 نصوص هذا المشروع متاحة على الموقع التالي:

<https://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news/906997/09-06-2019->

التسوية-والهيكلة-والإفلاس-ضمانات-للدائنين-وحماية-للمدينين/

وقد ورد في جريدة اليوم السابع بتاريخ السبت الموافق 13 يونيو 2020 أن اللجنة البرلمانية ببرلمان الكويت سوف تناقش الأحد الموافق 14 يونيو 2020 مشروع قانون بإصدار قانون التسوية الوقائية، وإعادة الهيكلة والإفلاس

<https://www.youm7.com/story/2020/6/13/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B1%D9%84%D8%A8/4822950>

العماني"، وقانون الإفلاس المصري" وهكذا، وذلك باستثناء نظام الإفلاس السعودي فسوف نطلق عليه لفظ "نظام"، ونطلق على المشرع السعودي لفظ "منظم".

### 3- مشكلة البحث:

إن إعادة هيكلة أعمال المدين أو إعادة التنظيم المالي له ليست هدفًا في حد ذاتها، وإنما هي وسيلة لتحقيق هدف أسمى أعلنته عنه القوانين المقارنة محل الدراسة في نصوصها وهو يتمثل في انقاذ المدين عن طريق إعادة تنظيم حياته المالية والتجارية ومساعدته في الهروب من هوة الإفلاس والتصفية كلما كان ذلك ممكنًا. ولهذا تكمن مشكلة البحث في أنه على الرغم من أن كل القوانين محل المقارنة في هذا البحث وضعت نصب أعينها هذا الهدف إلا أن صياغة هذه القوانين وما تتضمنه من إجراءات وشروط وأحكام قد تعيق كليه تحقيق هذا الهدف، وتصبح هناك مشكلة بين الهدف ذاته وكيفية تحقيقه تشريعًا. وسوف نحاول في هذا البحث إلقاء الضوء على هذه المشكلة في قانون الإفلاس العماني والقوانين محل المقارنة في هذا البحث للتعرف على أوجه العيوب أو الإعاقة التي تمنع من تحقيق إجراء إعادة الهيكلة لأهدافه، وكيفية التغلب على ذلك.

## 5- منهج البحث:

سوف نتبع في هذا البحث منهج تحليلي مقارنة؛ فهو تحليلي لأنه يركز على تفاصيل الإجراءات والأحكام المتعلقة بإعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم المالي في كل قانون من قوانين الدراسة لتحديد رؤية كل مشرع لهذا الإجراء. هذا بالإضافة إلى أنه منهج مقارنة حيث يعقد مقارنة بين القانون العماني وخسمة قوانين أخرى للتعرف على كيفية تعامل المشرعين الآخرين لهذا الإجراء، وقدر الاستفادة من هذه القوانين في تعديل لاحق لهذا القانون.

وسوف نقصر نقدنا وتقديرنا على قانون الإفلاس العماني في ضوء القوانين محل المقارنة، ومن ثم لن نوجه أي نقد ولكننا سوف نستحسن موقف أي مشرع إذا قدرنا حسن تصرفه في مسألة معينة خالف فيها القانون العماني.

اتباعاً للمنهج الذي تتبعه القوانين محل المقارنة في هذا البحث في معالجة إجراء إعادة الهيكلة أو إجراء التنظيم المالي والتي تبدأ بتقديم الطلب، وفحصه، والبت فيه، وترتيب الآثار على رفضه أو قبوله، فإننا نقسم خطة هذا المبحث إلى خمسة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية إعادة الهيكلة

المبحث الثاني: الجوانب الإجرائية لإعادة الهيكلة



المبحث الثالث: النتائج المترتبة على تقديم طلب إعادة الهيكلة

المبحث الرابع: فحص الطلب ونتيجته

المبحث الخامس: الآثار المترتبة على الموافقة على إعادة الهيكلة

## المبحث الأول ماهية إعادة الهيكلة

تناولت القوانين محل المقارنة في هذا البحث تعريف إعادة الهيكلة سواء بشكل صريح مباشر أو عن طريق ذكر الهدف من الإجراء. غير أنه رغم التشابه في هذه التعريفات، إلا أن هذه القوانين تختلف في طبيعة إجراء إعادة الهيكلة ما بين كونه إجراءً إدارياً، وكونه إجراءً قضائياً، كما أنها تختلف في تحديد الجهات الخاضعة لهذا الإجراء المستفيدة منه، وشروط إعماله.

وترتيباً على ذلك، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ نبين في الأول تعريف إعادة الهيكلة وطبيعة إجراءاتها، ونوضح في الثاني الجهات الخاضعة لهذا الإجراء وشروط إعماله.

## المطلب الأول

### تعريف إعادة الهيكلة وطبيعة إجراءاتها

#### تقديم وتقسيم

يطلق قانون الإفلاس العماني على الإجراء الذي يسمح بمساعدة المدين في الخروج من مرحلة الاضطرابات المالية التي تواجهه مسمى " إعادة الهيكلة" ويميزه عن غيره من المصطلحات الأخرى التي يعرفها وتهدف إلى تحقيق نتائج متشابهة كما هو الحال في مصطلح "الوساطة" و "الصلح الواقي من الإفلاس"، و"الصلح القضائي".

وقد تبنت قوانين أخرى محل المقارنة مصطلح " إعادة الهيكلة" كقانون الإفلاس المصري مع أنه يعرف مصطلحات أخرى مثل "الوساطة بين الأطراف"، و"الصلح الواقي من الإفلاس". وكذلك الحال في قانون الإفلاس الإماراتي مع أنه يعرف مصطلحات أخرى بخلاف إعادة الهيكلة مثل "إعادة التوازن المالي"، و"الصلح الواقي من الإفلاس". وينضم مشروع قانون الإفلاس الكويتي إلى هذه القوانين حيث يعرف "إجراء إعادة الهيكلة"، و"إجراء التسوية الوقائية"، و"إجراء الإفلاس والتصفية".

وفضلت قوانين أخرى استخدام مصطلح " إعادة التنظيم المالي" مثل نظام الإفلاس السعودي مع أنه يعرف مصطلحات أخرى مثل إجراء "التسوية الوقائية"، وإجراء "التسوية الإدارية"، و"التصفية"، وكذلك الحال في قانون الإفلاس البحريني الذي

يعرف مصطلحين فقط هما " إجراء إعادة التنظيم المالي " و " إجراء التصفية".

وأياً كان المصطلح الذي يستخدمه المشرع للتعبير عن الإجراءات المتبعة إعادة تنظيم أمور المدين المتعثر في القوانين محل المقارنة، فإن هذه القوانين وإن كانت تقترب في تعريفها لإعادة الهيكلة، إلا أنها لم تتفق كذلك في تخصيص الجهة التي تتولى تنفيذ إجراءات إعادة الهيكلة والإشراف عليها. وسوف نبين هاتين المسألتين على التوالي.

## أولاً تعريف إعادة الهيكلة

يعرف "الهيكل" في قاموس لسان العرب بأنه "الضخم من كل شيء"، "والهيكل البناء المرتفع"، "والهيكل كذلك" النبت الذي طال وعظم وبلغ وكذلك الشجر، وهيكل الزرع نما وطال" <sup>1</sup>. وفي قاموس اكسفورد، تم تعريف إعادة الهيكلة بأنها "إعطاء هيكل جديد لإعادة بناء أو إعادة ترتيب" <sup>2</sup>. ويترتب على ذلك أنه من الممكن القول بأن إعادة الهيكلة تعني في اللغة "إعادة البناء والتشكيل مادياً ومعنوياً".

أما على مستوى التشريعات محل المقارنة في هذا البحث، فهي تنقسم بين من تصدى لهذا المصطلح للتعريف ومن آثر عدم وضع تعريف له، مما حدا بالفقه أن يجتهد في وضع تعريف لها.

### 1- التعريف التشريعي:

بالرجوع إلى القوانين محل المقارنة في البحث، نجد أنها من حيث تعرضها لتعريف

---

<sup>1</sup> الإمام العلامة ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد 11 ، دار صادر ، بيروت ، لبنان، بدون تاريخ نشر، ص 700.

<sup>2</sup> انظر ،

إعادة الهيكلة تنقسم إلى نوعين، وذلك على النحو التالي:

**النوع الأول،** ويضم القوانين التي تعرضت لتعريف مصطلح إعادة الهيكلة ومنها قانون الإفلاس العماني الذي عرفها في الفقرة ط من المادة الأولى من قانون الإفلاس العماني إعادة الهيكلة بأنها " الإجراءات التي من شأنها مساعدة التاجر المدين على خروجه من مرحلة الاضطراب المالي والإداري لسداد ديونه، وفق خطة إعادة الهيكلة".

وقريب كذلك من التعريف الوارد في مشروع قانون الإفلاس الكويتي حيث يعرفها بأنها " إعادة الهيكلة: اجراءات تساعد المدين على الخروج من حالة الاضطراب المالي".

ونفس الأمر في نظام الإفلاس السعودي، حيث تعرف المادة 1 منه بأنه " إجراء إعادة التنظيم المالي: إجراء يهدف إلى تيسير توصل المدين إلى اتفاق مع دائنيه على إعادة التنظيم المالي لنشاطه تحت إشراف أمين إعادة التنظيم المالي"<sup>1</sup>.

ومن الأعمال الدولية التي عرفت إعادة الهيكلة بشكل مفصل، الدليل التشريعي لقانون الإعسار لسنة 2004م الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري

---

<sup>1</sup> وعلى نفس المنوال قانون الإفلاس المصري، حيث عرف مصطلح " إعادة الهيكلة" في المادة 1

منه بأنها " الإجراءات التي تساعد التاجر على خروجه من مرحلة الاضطراب المالي"

الدولي "الأونسيترال" تحت مصطلح "إعادة التنظيم" بأنها "عملية يمكن لمنشأة المدين عن طريقها أن تسترد عافيتها المالية ، وقدرتها على البقاء ، وأن تواصل عملها ، باستخدام وسائل شتى يمكن أن تشمل الإعفاء من الديون ، وإعادة جدولة الديون ، وتحويل الديون إلى أسهم "رسمة الديون" ، وبيع المنشأة أو جزء منها كمنشأة عاملة"<sup>1</sup>.

وقد عرف هذا الدليل تعريف خطة إعادة الهيكلة تحت مصطلح "خطة إعادة التنظيم" بأنها "خطة يمكن بها لمنشأة المدين أن تسترد عافيتها المالية وقدرتها على البقاء"<sup>2</sup>.

**النوع الثاني**، ويضم القوانين التي لم تتعرض لتعريف مصطلح إعادة الهيكلة، ومنها قانون الإفلاس الإماراتي حيث لم يتعرض مباشرة لتعريف إعادة الهيكلة ضمن المادة الأولى المخصصة لتعريف المصطلحات الواردة فيه، وإنما نص في المادة 1/67 على أنه "تنظم الإجراءات الواردة في هذا الباب - يقصد به الباب الرابع من القانون - ما يلي: إعادة الهيكلة للمدين إن أمكن من خلال مساعدته على

---

<sup>1</sup> لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسيترال" ، مشروع الدليل التشريعي لقانون الإعسار لسنة 2004م ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، الولايات المتحدة الأمريكية ، 2005م ، فقرة ك ك ، ص 9.

<sup>2</sup> المرجع السابق ، فقرة ل ل ، ص 9.

تطبيق خطة لإعادة هيكله أعماله، فضلاً عن تنظيمها أحكام إشهار إفلاس المدين وإجراء تصفية عادلة لأمواله للوفاء بالتزاماته". ونتفق مع بعض الفقه في القول بأنه المشرع الإماراتي لم يعرف إعادة الهيكلة، وأن النص يشير فقط إلى الهدف من هذا الإجراء<sup>1</sup>.

ومن هذه القوانين كذلك، قانون الإفلاس البحريني، فعلى الرغم من أنه قد نص في المادة 1 على أن إعادة التنظيم المالي هي " الإجراءات المنصوص عليها في الباب الثالث من هذا القانون"، فإن ذلك لا يعتبر تعريفاً للمصطلح بقدر ما هو إشارة إلى ما ورد بهذا الباب من إجراءات لنظر إعادة الهيكلة، خاصة وأن هذا الباب الذي يبدأ بالمادة 96 لم يتضمن أي تعريف لها.

## 2-التعريف الفقهي لإعادة الهيكلة:

تعددت التعريفات الفقهية لإعادة الهيكلة بحسب الزاوية التي ينظر إليها الفقيه

---

<sup>1</sup> د. حمد سالم المسافري، وسائل حماية المشروعات التجارية في قانون الإفلاس الإماراتي الجديد، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة الكويت، العدد الثاني، 2018، ص 707. والجدير بالذكر أن قانون إنشاء هيئة التأمين في دولة الإمارات رقم 6 لسنة 2007 قد وضع تعريفاً لإعادة الهيكلة في المادة 1/77-ب حيث عرفها بقوله " تشمل إعادة الهيكلة لهذه الغاية إدارة الشركة وتنظيم أمورها المالية المتعثرة بالتفاوض مع جميع دائئتها لغايات تحديد مديونية الشركة وكيفية تسديدها وذلك بإقرار خطة لإعادة الهيكلة".



لإعادة الهيكلة، وتنقسم هذه التعريفات إلى قسمين على النحو التالي:

**أولاً: التعريفات العامة:** ويقصد بها تلك التي يصف فيها الفقهاء إعادة الهيكلة كإجراء يستخدم لإنقاذ المدين من عثرته دون تحديد لطبيعة هذا الإجراء أو نوع الهيكلة المطبق أو وسائل إتمامها. ومن ذلك من عرف إعادة الهيكلة بأنها " قيام جهة إدارية بمعالجة أوضاع الشركة المتعثرة من الناحية الإدارية، أو القانونية، أو المالية أو الاقتصادية باستخدام وسائل إجرائية وموضوعية بهدف الحفاظ على استمرارية الشركة وتأمينها والنهوض بها من حالة التعثر، وتجنبها الدخول في مرحلة التصفية سواء كانت تصفية اختيارية أم تصفية إجبارية".<sup>1</sup> ومن ذلك أيضاً من عرفها بأنها " إجراءات تساعد المدين حسن النية على خروجه من حالة الاضطراب والتعثر المالي والتوقف عن الدفع إن أمكن من خلال تطبيق خطة لإعادة هيكلة أعماله والوفاء بالتزاماته ودفع ديونه تتضمن وسائل قد تكون قانونية أو مالية أو إدارية"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د. سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة، الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص 22.

<sup>2</sup> د. جمال عبد العزيز عمر العثمان، الجوانب القانونية لإعادة هيكلة الشركات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية شرطة دبي، 2018، ص 25.

## ثانياً التعريفات الخاصة

ويقصد بها تلك التي يخصص فيها الفقهاء إعادة الهيكلة على إجراء معين أو لإصلاح أمر معين في حياة المدين التجارية. ومن هذه التعريفات أن إعادة الهيكلة هي " الإجراء القانوني المالي الذي تتخذه الشركة المساهمة العامة بتغيير رأسمالها المصرح به ، وكذلك رأسمالها المكتتب به في آن واحد معاً ، من خلال العمل على زيادة رأس مالها المصرح به أو تخفيضه مع زيادة رأس مالها المكتتب به أو تخفيضه في وقت واحد ، على أن تستكمل إجراءات التخفيض أولاً ، ثم تستكمل إجراءات الزيادة ، سواء بالنسبة لرأس المال المكتتب به أو المصرح به ، بهدف النهوض بالشركة من التعثر واستمرارها وبقائها"<sup>1</sup>.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه خصص إعادة الهيكلة لرأس مال الشركة فقط دون بيان أركان وعناصر الشركة الأخرى.

ومن هذه التعريفات كذلك أن إعادة الهيكلة هي بأنه "إعادة النظر في كل ما يتعلق بكافة نظم وأساليب العمل في المؤسسة ، وفي كافة الأنشطة وذلك بالدراسة والتحليل والتشخيص من أجل إعادة التقييم بما يتفق مع الظروف والأوضاع الراهنة ، وبما يساعد على التحديات والمشاكل التي تفرزها التطورات المحلية والعالمية ،

---

<sup>1</sup> أ. فراس منصور الطلافيح ، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة رأس مال الشركات المساهمة

العامة ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان ، الأردن ، 2012م ، ص 22.

وبمعنى أدق ، إعادة ترتيب الإختصاصات والعلاقات والأوضاع الداخلية والخارجية بالمؤسسة بما يتفق مع الظروف والأوضاع الحالية والمستقبلية بما يؤدي في النهاية إلى رفع الفعالية لتحقيق رسالة المؤسسة<sup>1</sup>. ومن هذه التعريفات الخاصة كذلك أن إعادة الهيكلة هي " تنظيم واستغلال عناصر الشركة المختلفة، وتطوير إطار وأهداف العمل بها، بهدف تحسين الأداء واستغلال الفرص الاستراتيجية الجديدة، لكسب ميزة تنافسية وخلق قيمة ومنفعة، وكذا اكتساب المصداقية في السوق". وهي من وجهة النظر هذه تُعد إحدى الآليات التي تنتهجها المؤسسات المالية في ظروف التميّز عندما تكون في مستويات عالية في الأداء ، وكذلك ظروف الانهيار عندما يكون فيه أداء المؤسسة في أدنى مستوياته.<sup>2</sup>

ويلاحظ على هذين التعريفين أنهما قصرا إعادة الهيكلة وخصصاه على الجانب الإداري للشركة دون الجوانب المالية.

---

<sup>1</sup> د. محمد محمد إبراهيم ، الإدارة وإعادة هيكلة المؤسسات العامة والخاصة، المدخل للتميز الإداري، ط 1، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 189.

<sup>2</sup> انظر في هذا التعريف،

GILSON S.-C., Creating value through corporate restructuring "Case Studies in Bankruptcies, Buyouts and Breakups", Wiley Finance" John Wiley & Sons, p. 4. Inc."2008.

ونميل في تعريفنا لإعادة الهيكلة إلى الأخذ بالمفهوم العام لها الذي لا يعتد بوسيلة معينة لإعادة الهيكلة، ولا يقصرها على جانب دون آخر. ولهذا نرى أن إعادة الهيكلة هي " قيام المدين بمعالجة أوضاعه المتعثرة باستخدام وسائل إجرائية وموضوعية من خلال خطة معينة، بهدف الحفاظ على استمرار أعماله وتجنب دخوله في مرحلة التصفية".

### ثانياً طبيعة إجراءات إعادة الهيكلة

أشار قانون الإفلاس العماني في تعريفه لإعادة الهيكلة إلى مصطلح " الإجراءات " دون قصرها على الإجراءات القضائية التي تتم أمام القضاء، بما يفتح الباب للتساؤل عما إذا كانت هذه الإجراءات تتسم بالطابع الإداري أم بالطابع القضائي.

وبالرجوع إلى القوانين محل البحث، نجد أن هناك اتجاهين، وذلك على النحو التالي:

**الاتجاه الأول،** ويضم القوانين التي تتبنى فكرة تقديم طلبات إعادة الهيكلة إلى جهة إدارية تنشأ لهذا الغرض، ولا يكون للقضاء دور في هذه العملية سوى في اعتماد ما تتوصل إليه الجهة الإدارية لمنحه القوة الملزمة لجميع الأطراف دون أن يكون للقضاء دور حقيقي في عملية إعادة الهيكلة.

ويعتبر قانون الإفلاس العماني أحد القوانين التي تندرج في هذه المجموعة. تفصيل ذلك أن هذا القانون قد استخدم مصطلح " الإجراءات " مجرداً يعكس انسجاماً بين

التعريف وباقي النصوص المنظمة لإعادة الهيكلة، كما أنه يعكس خصوصية إعادة الهيكلة في القانون العماني حيث يقدم طلب إعادة الهيكلة إلى الدائرة المختصة، ويقصد بها دائرة التدقيق والرقابة على المنشآت في وزارة التجارة والصناعة العمانية م/1ط. وتقوم الدائرة المختصة بتلقي الطلب وتسجيله م9، ثم تقوم بفحص الطلب والتأكد من استيفاء المستندات المطلوبة م 10، وتقوم كذلك بعقد جلسات الوساطة بين الطرفين م 11. وفي حال التوصل إلى تسوية بين الطرفين، تقوم الدائرة بتحرير اتفاق التسوية وإحالة الملف إلى المحكمة لاعتماده م 12. أما في حال عدم التوصل إلى التسوية عن طريق الوساطة، فيعتبر طلب إعادة الهيكلة مرفوضاً، ويجوز لصاحب الشأن الطعن على هذا القرار أمام المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه برفض طلبه م 13. أما لجنة إعادة الهيكلة التي تعيينها الدائرة المختصة أو المحكمة حسبما تنص المادة 14 فهي لجنة خبراء من المقيدين في الجدول وتختص بوضع خطة إعادة الهيكلة ورفعها للدائرة المختصة أو المحكمة حسب الأحوال وينتهي دورها عند هذا الحد.

ويتضح من ذلك أن إجراءات إعادة الهيكلة في القانون العماني هي إجراءات إدارية بالدرجة الأولى، وأن تدخل المحكمة بإعتماد التسوية أو خطة إعادة الهيكلة هو إجراء قصد منه منح القوة الملزمة لهذه الخطة.

**الاتجاه الثاني**، ويتبنى فكرة تقديم طلبات إعادة الهيكلة إلى جهة قضائية سواء إلى المحكمة مباشرة أو إدارة تنشأ في المحاكم تتلقى طلبات إعادة الهيكلة. ومن القوانين

التي تتبع هذا الاتجاه مشروع قانون الإفلاس الكويتي الجديد حيث ينص في المادة 1/7 على أن " تختص إدارة الإفلاس بما يلي: 1- تتلق الطلبات التي تقدم وفقاً لأحكام هذا القانون وقيدها"<sup>1</sup>.

ومن هذه القوانين كذلك، نظام الإفلاس السعودي حيث يقدم طلب افتتاح إجراءات إعادة التنظيم المالي إلى المحكمة وليس إلى جهة إدارية حسبما تنص المادة م42 ومايليها. ولذا، فهو في النظام السعودي إجراء ذو طبيعة قضائية منذ تقديمه، ومروراً بالبت فيه، وانتهاء بفسخ خطة إعادة التنظيم وفسخها. وقد تأكد ذلك أيضاً في نص المادة 4 من اللائحة التنفيذية لهذا النظام الصادرة بالقرار الوزاري رقم 622 بتاريخ 1439/12/24 هجرية حيث تنص هذه المادة على أن " يقدم طلب افتتاح إجراءات الإفلاس إلى المحكمة مرافقاً له المعلومات والوثائق المحددة لذلك". وعملاً بنص المادة 1 من هذه اللائحة، يقصد بإجراء الإفلاس من إجراءات الإفلاس المنصوص عليها في المادة الثانية من النظام، وإعاد التنظيم المالي من إجراءات الإفلاس وفق هذه المادة.

---

<sup>1</sup> الجدير بالذكر أن المشروع ينص في المادة 8 على تشكيل لجنة إدارة بقرار من الوزير يطلق عليها " لجنة الإفلاس"، غير أن هذه اللجنة ليس لها دور بارز في عملية إعادة الهيكلة وإنما دورها فقط إبداء الرأي في طلبات إعادة الهيكلة التي تزيد فيها الديون عن قيمة معينة سوف تحدها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وكذلك رأيها في خطة إعادة الهيكلة م9.

وينضم قانون الإفلاس المصري إلى قائمة القوانين التي تنتمي إلى الاتجاه الثاني، فوفقاً لنص المادة 4، تختص إدارة الإفلاس بالوساطة في طلبات إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس وشهر الإفلاس، وحسب المادة 5، تقدم الطلبات إلى رئيس إدارة الإفلاس بعد قيدها بقلم كتاب المحكمة المختصة. ويقصد بإدارة الإفلاس حسبما تنص المادة 1 من هذا القانون " الإدارة المنشأة بموجب هذا القانون داخل كل محكمة اقتصادية لتلقي طلبات إعادة الهيكلة، والصلح الواقي من الإفلاس، وشهر الإفلاس، ومباشرة إجراءات الوساطة". ولهذا، فإن إدارة الإفلاس في القانون المصري هي إدارة قضائية تتكون من قاضي محكمة الاستئناف على الأقل وعدد كاف من قضاتها بدرجة رئيس محكمة على الأقل م 3.

## المطلب الثاني

### الجهات الخاضعة لإعادة الهيكلة وشروط أعمالها

على غرار الاختلاف في تعريف إعادة الهيكلة، اختلفت القوانين محل المقارنة في هذا البحث في بيان الجهات الخاضعة لإجراء إعادة الهيكلة، وشروط الخضوع لهذا الإجراء.

وقد تطرقت المادة 2 من قانون الإفلاس العماني إلى الخاضعين لأحكام هذا القانون بما فيه إجراء إعادة الهيكلة واستبعدت بعض الجهات، ثم جاءت المادة 6 لتؤكد على من يخضع لأجراء إعادة الهيكلة مع وضع شروط وحالات هذا الخضوع. وبناء على ذلك، سوف نحدد فئات الجهات الخاضعة لإعادة الهيكلة أولاً ثم نبين شروط الخضوع لها ثانياً.

#### أولاً فئات الجهات الخاضعة لإجراء إعادة الهيكلة

سوف نحدد هذه الفئات من خلال المسائل التالية:

#### 1- إعادة الهيكلة إجراء يخص التجار في القانون العماني:

بالرجوع إلى أحكام قانون الإفلاس العماني، نجد أنه يقصر تطبيق إجراء إعادة



الهيكلية على التجار دون غيرهم<sup>1</sup>، ويتفق في ذلك مع بعض القوانين محل المقارنة ويختلف عن بعضها. ويمكننا تقسيم هذه القوانين من حيث الخاضعين لإجراء إعادة الهيكلية إلى قسمين:

**القسم الأول**، وهو يقصر تطبيق الإجراء على التجار دون غيرهم سواء أشخاص طبيعيين أو اعتباريين. ويضم هذا القسم قانون الإفلاس العماني. بيان ذلك أنه عملاً بنص المادة 2 من هذا القانون يخضع لإعادة الهيكلية التاجر وفق التعريف الوارد في قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 90/55، ومن ثم لا يستفيد من إجراء إعادة الهيكلية المنصوص عليه في هذا القانون كل من لم يتصف بصفة التاجر، وكذلك يستثنى من تطبيق إعادة الهيكلية وفقاً للمادة 2/2 من قانون الإفلاس العماني فئتين:

الأولى، المؤسسات المرخصة من قبل البنك المركزي وفقاً لأحكام القانون المصرفي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2000/114، أو لأي قانون آخر.

---

<sup>1</sup> وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العماني يقصر الصلح الواقي والإفلاس على التاجر كذلك كما يبين من المادة 24 وما يليها بالنسبة للصلح الواقي، والمادة 74 ما يليها من قانون الإفلاس الجديد بالنسبة لإشهار الإفلاس والتي تعادل المادة 579 وما يليها من قانون التجارة قبل إلغائها بقانون الإفلاس الجديد. انظر في تطبيقات القضاء لهذه الصفة في إجراء الإفلاس، الحكم الصادر من محكمة الاستئناف مسقط رقم 99/44، جلسة 29 فبراير 2000.

الثانية، شركات التأمين المرخصة وفقاً لأحكام قانون شركات التأمين الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 79/12 المعدل بالمرسوم السلطاني رقم 2014/39<sup>1</sup>.

ويضم هذا القسم كذلك من القوانين، قانون الإفلاس البحريني حيث ينص في المادة 3 منه على أن تسري إجراءات الإفلاس المقررة وفقاً لأحكامه على التجار المهنيين من الأشخاص الطبيعيين الذين يزاولون أعمالاً تجارية في المملكة أو الشركات التجارية التي تؤسس داخل المملكة. ويستثنى من ذلك فقط:

1- المرخص لهم من قبل مصرف البحرين المركزي.

2- الشركات التي تنشأ بقانون ينص على عدم خضوعها لأحكام هذا القانون.

وقد بينت المادة 1 من القانون أن المقصود بإجراءات الإفلاس إجراءات إعادة التنظيم أو إجراءات التصفية بحسب الأحوال.

والأمر هو نفسه في مشروع قانون الإفلاس الكويتي حيث ينص في المادة 2 منه على أن تسري أحكام هذا القانون على كل شخص طبيعي تثبت له صفة التاجر،

---

<sup>1</sup> الجدير بالذكر أن المادة 2 من قانون الإفلاس العماني تستثني من نطاق تطبيق هذا القانون أية مدفوعات أو تحويلات أو قيود تتم وفق المادة 44 من قانون المدفوعات الوطنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2018/8، والاستثناء يتعلق بخروج هذه القيود وتلك التحويلات من النتائج المترتبة على إجراءات الإفلاس ومنها إجراءات إعادة الهيكلة.

وكذلك الشركات الكويتية بما في ذلك الشركات ذات الغرض الخاص<sup>1</sup>.

ويندرج قانون الإفلاس المصري ضمن هذا القسم من القوانين حيث يقصر إعادة الهيكلة على التجار فقط من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حسبما تنص المادة 15 منه. غير أنه يزيد على القوانين التي تتدرج في هذا القسم أنه قد قصر إعادة الهيكلة على التاجر الذي لا يقل رأس ماله عن مليون جنيه مصري، ومن ثم لا يستفيد من الإجراء التجار الصغار الذي يعملون في التجارة برؤوس أموال أقل من ذلك.

**القسم الثاني،** ويضم القوانين التي توسع من مجال تطبيق إجراء إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم المالي حيث لا تقصره على فئات التجار فقط. ومن هذه القوانين نظام الإفلاس السعودي، فقد حدد في المادة 4 منه الخاضعين للإجراءات التي يتضمنها

---

<sup>1</sup> الشركات ذات الغرض الخاص في القانون الكويتي المنصوص عليها في المادة 19 من قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016، والمادة 19 من اللائحة التنفيذية له الصادرة بقرار وزير التجارة والصناعة رقم 287 لسنة 2016 يجب أن تتخذ أحد أشكال الشركات التالية: شركة شخص واحد، شركة ذات مسؤولية محدودة، شركة مساهمة مغلقة. وكل هذه الشركات تجارية.

والجدير بالذكر أن قانون الشركات الكويتي يعرف الشركات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح منصوص عليها في المادة 2 من اللائحة التنفيذية للقانون وبحسب نص المادة 2 يجب أن تتخذ هذه الشركات أحد الأشكال الآتية: شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة المحاصة، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، شركة الشخص الواحد. وكل هذه الشركات تجارية أيضًا

هذا النظام بما فيه من إجراء إعادة التنظيم المالي بالآتي:

1- الشخص ذو الصفة الطبيعية سواء كان يمارس أعمال تجارية أو مهنية أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح.

2- الشركات التجارية والشركات المهنية والكيانات المنظمة وغيرها من الشركات والكيانات الأخرى الهادفة إلى تحقيق الربح والمسجلة في المملكة.

3- المستثمر غير السعودي ذو الصفة الطبيعية او الاعتبارية الذي يملك أصولاً في المملكة أو يزول أعمالاً تجارية أو مهنية أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح، ومن خلال منشأة مرخص لها في المملكة.

وينضمن إلى هذا القسم من القوانين، قانون الإفلاس الإماراتي؛ حيص ينص في المادة 2 منه على أنه يخضع لأحكامه كل من:

1- الشركات الخاضعة لأحكام قانون الشركات التجارية.

2- الشركات التي لم يتم تأسيسها وفقاً لقانون الشركات التجارية أو المملوكة كلياً أو جزئياً للحكومة الاتحادية أو المحلية والتي تنص تشريعات إنشائها أو عقود تأسيسها أو أنظمتها الأساسية على إخضاعها لأحكام هذا المرسوم.

3- الشركات والمؤسسات في المناطق الحرة التي لا تخضع لأحكام خاصة تنظم إجراءات الصلح الوافي من الإفلاس وإعادة الهيكلة والإفلاس فيها، وذلك مع مراعاة

أحكام القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 2004 في شأن المناطق الحرة المالية.

4- أي شخص يتمتع بصفة التاجر وفق أحكام القانون

5- الشركات المدنية ذات الطابع المهني<sup>1</sup>.

ويلاحظ على الفئات المذكورة في قانون الإفلاس الإماراتي أنه بالنسبة للأشخاص الطبيعيين يجب أن يكونون تجارًا، ومن ثم لا يجوز لشخص طبيعي غير تاجر أن يطلب إعادة الهيكلة. أما بالنسبة للأشخاص الاعتباريين، فقد يكونوا تجارًا أو مهنيين. وتطبيقًا لذلك، قضت محكمة أبو ظبي الابتدائية في حكمها الصادر في سبتمبر 2019 بأنه " وحيث إن الطالب وهو شخص طبيعي تقدم بطلب لإفلاس إجراءات إشهار إفلاسه باعتباره مدين تاجر، إلا أن الأوراق خلت مما يفيد تمتعه بصفة التاجر، ويغير من ذلك كون المديونية مترتبة على أحكام قضائية وقروض وكفالات شخصية إذ يتعين تمتع بصفة التاجر عملاً بمفهوم المواد 11 إلى 25 من قانون المعاملات التجارية حتى يسري عليه المرسوم بقانون بشأن الإفلاس"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر في تعريف هذه الشركات، د. شريف محمد غنام، د. أحمد شعبان الطاير، شرح أحكام الإفلاس وفقًا للمرسوم بقانون رقم 9 لسنة 2016، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى 2018، ص 34 وما يليها.

<sup>2</sup> محكمة أبو ظبي الابتدائية، الحكم الصادر في الدعوى رقم 2019/1808، بتاريخ 10 محرم 1441، الموافق 2019/09/09، تجاري كلي.

## 2- صفة التاجر في القانون العماني:

بالرجوع إلى قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 90/55 باعتباره القانون المختص في تحديد صفة التاجر، نجد أنه يتضمن العديد من النصوص التي تحدد من يكتسب صفة التاجر، ومن ثم يخضع لهذا الإجراء.

وينقسم التاجر في قانون التجارة العماني إلي نوعين:

أ التاجر بالاحتراف: ويقصد به كل شخص طبيعي يزاول الأعمال التجارية وهو حائز للأهلية الواجبة، واتخذ هذه الأعمال حرفة له حسبما تنص المادة 16 من قانون التجارة<sup>1</sup>. ويشير النص إلى ضرورة توافر شرطين لكي يكتسب الشخص الطبيعي صفة التاجر بالاحتراف تتمثل في احتراف التجارة والأهلية التجارية<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> يتشابه هذا التعريف بالتعريف الوارد في المادة الأولى من نظام المحكمة التجارية في النظام السعودي حيث تنص على أن " التاجر هو من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها مهنة له". وبالإضافة إلى شرط الاحتراف، شرط آخر وهو الرشد وردت في المادة الرابعة من نظام المحكمة التجارية كذلك. انظر في شرح هذين الشرطين بالتفصيل، د. بندر بن حمدان العتيبي، مبادئ القانون التجاري، الأعمال التجارية- التاجر - الشركات التجارية، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، 2016، ص 55 وما يليها.

<sup>2</sup> انظر في تفصيل ذلك، د. محمد علي العريان، شرح قانون التجارة العماني، الأعمال التجارية - التاجر - المتجر، دار الجامعة الجديدة، 2019، ص 214 وما يليها.

الأول، هو الاحتراف، ويقصد به اعتياد الشخص على ممارسة الأعمال التجارية بشكل منتظم ومستمر، واتخاذ التجارة سبيلاً للرزق والعيش حتى ولو لم تكن المورد الوحيد لرزقه<sup>1</sup>. ويتطلب لتوافر هذا الشرط عدة عناصر تتمثل في أن يمارس العمل بصفة متكررة. ولهذا تنص المادة 18 من نفس القانون على أنه " لا يعد تاجرًا من قام بعمل تجاري بصفة عرضية دون أن يتخذ التجارة حرفه له...". ويجب أن تكون ممارسة التاجر للأعمال التجارية باسمه ولحسابه الخاص، وأن يعتمد على هذا العمل كمورد لرزقه وإن لم يكن المورد الوحيد.

الثاني، وهو الأهلية التجارية وتعني صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التجارية، وقدرته على التصرف في هذه الأعمال على الوجه المطابق للقانون، وقد بينتها المادة 21 من قانون التجارة بأنها 18 سنة ميلادية<sup>2</sup>.

ومتى توافر الشرطان السابقان<sup>3</sup>، يكتسب الشخص صفة التاجر حتى ولو كان من

---

<sup>1</sup> انظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، الوجيز في شرح قانون التجارة العماني، القواعد العامة، الأعمال التجارية، التاجر، المتجر، دار الكتاب الجامعي، العين الإمارات، 2014، ص 107.

<sup>2</sup> د. وليد علي ماهر، مبادئ القانون التجاري، دار الكتب الجامعية، الشارقة - الإمارات، 2015، ص 63.

<sup>3</sup> تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض القوانين محل المقارنة في هذا البحث تنص صراحة على شروط ثلاثة لاكتساب الشخص صفة التاجر بإضافة شرط ممارسة العمل باسم ولحساب التاجر.

الممنوع عليه ممارسة الأعمال التجارية بحكم القانون الخاص المطبق عليه كرجال القضاء وأعضاء هيئة التدريس، والمحامين، وغيرهم م 17 من تجاري.

ويتشابه قانون التجارة العماني بالقوانين محل المقارنة فيما يتعلق باكتساب صفة التاجر بالاحتراف، ومن هذه القوانين قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 حيث ينص في المادة 13 منه على ثلاثة شروط هي أن يستغل باسمه في المعاملات التجارية، وأن تكون لديه الأهلية التجارية، وأن يتخذ هذه المعاملات حرفة له.

**ب التاجر بحكم القانون:** ويقصد به كل شخص أسبغ عليه المشرع صفة التاجر بغض النظر عن توافر الاحتراف في حقه من عدمه؛ أي بغض النظر عن ممارسة التجارة على وجه التكرار والانتظام. وينتمي إلى هذه الفئة ما يلي:

1- من يعلن للجمهور بأية وسيلة نشر عن محل تجاري أسسه للتجارة م 17

---

ومن هذه قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 م 13، وقانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 م 11، وقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 م 10 وإن لم ينص صراحة على شرط الأهلية لاكتساب صفة التاجر، وقانون التجارة البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1987 في المادة 9 حيث ذكر الشروط الثلاثة. أما النظام التجاري السعودي الصادر في 1931/5/18 ميلادية، فإنه قد نص في المادة 1 منه على شرط الاحتراف فقط ولم ينص على شرطي الأهلية أو ممارسة العمل التجاري باسم ولحساب التاجر.



تجاري.

2- من احترف التجارة باسم مستعار أو مستتر وراء شخص آخر، وتثبت كذلك للشخص الظاهر م 17 تجاري.

3- القاصر الذي له مال في تجارة، وأمرت المحكمة بالاستمرار في التجارة لوجود مصلحه له فيها عن طريق نائبه حيث يكتسب صفة التاجر ويجوز إشهار إفلاسه في الحدود المال الذي يتاجر فيه، ومن ثم يجوز إعادة هيكلته تبعاً لذلك م 22 تجاري.

**ج الشركات التجارية:** عملاً بنص المادة 16 من قانون التجارة، تعتبر كل الشركات التجارية تجاراً، وكذلك كل شركة تتخذ أحد الأشكال التجارية المنصوص عليها في قانون الشركات حتى ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية. ويفهم من النص أن الشركات تعتبر تجار في حالتين: الأولى، أن تعمل أعمالاً تجارية، والثانية أن تتخذ أحد الأشكال القانونية المنصوص عليها في قانون الشركات، ومن ثم يكون المشرع العماني قد تبنى في تحديد طبيعة الشركة المعيار الموضوعي المتمثل في طبيعة عمل الشركة، والمعيار الشكلي المتمثل في الشكل القانوني الذي تتخذه<sup>1</sup>. ووفقاً للمادة 4 من قانون الشركات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2019/18، يجب أن تتخذ الشركات التجارية واحد من الأشكال التالية: شركة

---

<sup>1</sup> انظر في ذلك، د. محمد علي العريان، مرجع سابق، ص 258.

التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة المحاصة، شركة المساهمة العامة والمقفلة، الشركة القابضة، الشركة محدودة المسؤولية، شركة الشخص الواحد<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يستفيد كل التجار من إجراء إعادة الهيكلة، وإنما يستثنى من ذلك:

1- الشركات التي تؤسسها أو تشترك في تأسيسها الحكومة أو غيرها من الهيئات أو المؤسسات العامة التي تقوم بنشاط تجاري؛ لأن هذه الشركات تكتسب صفة التاجر، ولكنه لا يسري عليها الأحكام المتعلقة بالإفلاس حسبما تنص عليه المادة 19 من قانون التجارة.

2- التجار الصغار، ويقصد بهم الأفراد الذين يزاولون حرفة أو تجارة صغيرة يعتمدون على عملهم بصفة أساسية في ممارستهم للأعمال التجارية. وينتمي إلى هؤلاء التجار الباعة الطوافين وأصحاب الحوانيت الصغيرة، والصناع اليدويين.

---

<sup>1</sup> وعلى صعيد القوانين محل المقارنة وموقفها من معيار تجارية الشركات فيها نجد أن البعض منها قد أخذ بالمعيار الشكلي فقط كما هو الحال في القانون البحريني 2/9 من قانون التجارة، وقانون الشركات الكويتي / م 13، وقانون التجارة المصري م 2/10. أما قانون المعاملات التجارية الاماراتي فقد أخذ بالمعيارين معاً الموضوعي والشكلي حيث ينص في المادة 2/11 منه على أنه " كل شركة تباشر نشاطاً تجارياً أو تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية حتى ولو كان النشاط الذي تباشره مدنياً".

ويأتي استثنائهم من أحكام إعادة الهيكلة من نص المادة 20 من قانون التجارة حيث تنص على أنهم لا يخضعون لواجبات التجار، وكذلك لا يخضعون لأحكام الإفلاس والصلح الوافي.

3- شركات المحاصة لأنها وإن كانت إحدى الشركات التجارية فإن لها طبيعتها الخاصة حيث إنها شركة مستترة لا تظهر للغير ولا تكتسب شخصية اعتبارية تتعامل بها مع الغير، وليس لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء<sup>1</sup>. وقد استثنائها المشرع العماني من العديد من الأحكام العامة التي تنطبق على باقي الشركات التجارية<sup>2</sup>، ومن ثم ليس من المتصور أن تكون مدينة للغير وتحتاج إلى إعادة هيكلة ديونها.

وقد اشترط المشرع العماني لإعادة هيكلة الشركات التجارية ألا تكون الشركة في طور التصفية م6 من قانون الإفلاس، سواء كانت التصفية اختيارية أم إجبارية وذلك على اعتبار أن الشركة في هذه المرحلة لا تحتاج إلى إعادة الهيكلة التي

---

<sup>1</sup> انظر في المزيد من صفات شركات المحاصة، د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 2014، بند 166 وما يليه، ص 398 وما يليها.

<sup>2</sup> كما هو الحال في المادة 7، والمادة 9، والمادة 14، والمادة 16، بالإضافة إلى المواد الخاصة بها والتي تبدأ من المادة 85 إلى 87.

تمنح الشركة فرصة البقاء والاستمرار، بينما هي في هذه المرحلة في طريقها للتصفية والانهاء.

## ثانيًا شروط إعادة الهيكلة

حددت المادة 6 من قانون الإفلاس العماني شرطين لقبول إعادة الهيكلة يتمثلان في عدم ارتكاب التاجر المدين غشًا، وأن يزاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب. وتتفق بعض القوانين محل المقارنة مع هذا النهج بينما تختلف عنه بعض القوانين. وسوف نبين على التوالي المقصود بهذه الشروط ومقارنتها مع ما ورد في هذه القوانين.

### الشرط الأول عدم ارتكاب المدين غشًا<sup>1</sup>

ويقصد بهذا الشرط أن يكون المدين حسن النية عند طلبه إعادة الهيكلة، والمشرع يعبر عن حسن النية بعدم ارتكاب الغش. والواقع أن هذا التطلب يعتبر منطقيًا وعادلًا وذلك على إعتبار أن إعادة الهيكلة هي إجراء قصد منه مساعدة المدين المضطرب حاله في الخروج من أزمته وبقائه على رأس عمله، والحفاظ عليه من الانهيار وتوقف نشاطه. وبطبيعة الحال لن يمنح القانون هذه الميزة سوى للتاجر

---

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن قانون الإفلاس العماني قد عبر عن حسن نية التاجر في إجراء الصلح الوافي من الإفلاس وهو إجراء إنقاذ مثل إعادة الهيكلة في المادة 24 منه بمصطلح " لم يرتكب غشًا أو خطأ لا يصدر عن التاجر المدين العادي"، وهو ذات مفهوم حسن النية غير أن المشرع عبر عنه بصيغة مطولة في الصلح عن إعادة الهيكلة.

الذي يتسم سلوكه بالأمانة والصدق والنزاهة<sup>1</sup>.

وتعني حسن النية تجرد التاجر من الأعمال التي تتطوي على تقصير أو تدليس، والأعمال التي يكون الهدف منها استغلال الآخرين وضياع حقوقهم<sup>2</sup>. ويفهم حسن النية كذلك بأن يكون الاضطراب المالي والإداري الذي وقع فيه التاجر كان بسبب طارئ يتعلق بتقلبات السوق أو أخطاء الآخرين دون أن يكون له يد في وقوعه، وأن تشهد بذلك تصرفاته في الفترة السابقة على الاضطراب. ومن الأدلة الثبوتية التي يعتمد عليها القضاء في الوقوف على حسن نية التاجر عند تقديمه لطلب إعادة الهيكلة الدفاتر التجارية التي يمكسها الدفاتر خاصة إذا كانت منتظمة ويراعي فيها التاجر الأصول المرعية في مسك هذه للدفاتر<sup>3</sup>.

وقد تطلب هذا الشرط قانون الإفلاس المصري في المادة 25، أما نظام الإفلاس السعودي فلم ينص عليه صراحة كشرط فيمن يقدم الطلب، ولكنه يستفاد من نص

---

<sup>1</sup>د. حسين الماحي، الإفلاس، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، الطبعة الرابعة،

2017/2016، ص 35 و 36.

<sup>2</sup>د. نشأت الأخرس، الصلح الواقي من الإفلاس، دراسة مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية واللبنانية والتونسية والقانون البريطاني، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 48.

<sup>3</sup>د. محمد مصطفى عبد الصادق، الأوراق التجارية والإفلاس في التشريعات العربية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2011، ص 381.

المادة 2/47-ب التي تنص على أنه يجوز للمحكمة رفض طلب إعادة التنظيم المالي إذا تصرف مقدم الطلب بسوء نية.

أما قانون الإفلاس الإماراتي، فقد جاء خاليًا من تطلب هذا الشرط ولم يعتبر سوء قصد المدين سببًا لعدم قبول المحكمة لطلب إعادة الهيكلة كما يبين من نص المادة 79 منه. والأمر كذلك في قانون الإفلاس البحريني الذي لم يتطلب هذا الشرط صراحة لا في الجزء الخاص بالأحكام العامة للإجراءات التي تقدم وفق هذا القانون خاصة المواد من 6 إلى 9، أو في الجزء الخاص بإجراء إعادة التنظيم الذي يبدأ بالمادة 96. والأمر هو نفسه كذلك في مشروع قانون الإفلاس الكويتي حيث لم يتطلب هذا الشرط صراحة في جزء الأحكام العامة التي تنطبق على كل الإجراءات التي يشملها، كما أنه لم ينص على سلطة المحكمة في رفض الطلب في حال اكتشافها ذلك.

### الشرط الثاني ممارسة التجارة قبل تقديم طلب إعادة الهيكلة

تطلب المشرع العماني في المادة 6 من قانون الإفلاس - وحسنًا فعل - أن يكون التاجر الذي يتقدم بطلب افتتاح إجراء إعادة الهيكلة " قد زاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب". ويتفق قانون الإفلاس المصري مع القانون العماني في هذا الشرط حيث ينص في المادة 15 منه على هذا الشرط بقوله " وزاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب".

وتطلب هذا الشرط من جانب القانون العماني والمصري، يبين نظرة المشرعين إلى إعادة الهيكلة من أنها ميزة وإجراء إنقاذ لا يستحقه التاجر الجديد الذي لم تستين حالته في التجارة، وإنما يجب أن يكون عمل بها فترة تجعله يستحق هذه الميزة في حاله اضطرابه. وقد قدر المشرع أن تقدر هذه الفترة بسنتين على الأقل<sup>1</sup>.

وهذا الشرط غير منصوص عليه في بعض القوانين محل المقارنة في هذا البحث من بينها قانون الإفلاس الإماراتي، وكذلك نظام الإفلاس السعودي، ومشروع قانون الإفلاس الكويتي، وقانون الإفلاس البحريني.

### الشرط الثالث اضطراب الأحوال المالية والإدارية

تواجه إعادة الهيكلة ظروف استثنائية يمر بها المدين تؤدي إلى تعثره ماليًا وعجزه عن سداد ديونه، وتعتبر بهذه المثابة طريق بديل أمام هذا المدين بدلاً من اللجوء إلى الإفلاس والتصفية. وبطبيعة الحال لن يلجأ المدين إلى هذا الطريق إلا إذا كانت بالفعل تواجه ظروف معينة تصفها القوانين محل المقارنة في هذا البحث أوصاف مختلفة ولكنها تشترك في مجموعها في سمة الاضطراب في الأحوال المالية.

وقد عبر المشرع العماني عن هذه الظروف بعبارة " الاضطراب المالي والإداري " مرة

---

<sup>1</sup> د. حسين الماحي، مرجع سابق، ص 37.



في المادة 1 من قانون الإفلاس عند تعريفه لإعادة الهيكلة، ومرة في المادة 8 عندما تحدث عن بيانات طلب إعادة الهيكلة والمستندات المرفقة به. ويلاحظ على مفهوم القانون العماني للظروف التي تجيز طلب إعادة الهيكلة ما يلي:

1- لم يعرف القانون العماني المقصود بهذا المصطلح مع أنه هو جوهر تطبيق إجراء إعادة الهيكلة. وفي هذا الصدد يمكننا أن نستنتج مفهوم هذا الاضطراب من تعريف بعض الفقه للتوقف عن الدفع باعتبار اضطراب الأعمال المالي والإداري عنصراً في التوقف عن الدفع حيث يعرفونه بأنه " حالة تنبئ عن زعزعة ائتمان المدين وتؤدي إلى عجزه الحقيقي عن متابعة تجارته والنهوض على قدميه في الميدان التجاري"<sup>1</sup>.

ونلاحظ على مفهوم القانون العماني لاضطراب أحوال المدين أنه يتوسع في الحالات التي يطبق فيها إجراء إعادة الهيكلة، وهذا أمر يحمد عليه، ويرجع ذلك إلى أنه لم يتطلب أن يعجز المدين بالفعل عن سداد دين حال له، أو يكون في حالة ذمة مالية مدينة كما يتطلب القانون الإماراتي على نحو ما سنرى. ونرى أنه وإن كان عجز المدين عن سداد دين حال قرنية قوية على اضطراب أحواله إلا أنه ليس المظهر الوحيد على ذلك، فقد ينشأ الاضطراب قبل سداد الدين.

---

<sup>1</sup>د. مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012، بند 254، ص 429.

2- لم يحدد القانون من يقدر حالة الاضطراب المالي والإداري، ولكننا نشير في هذا الصدد إلى أن المدين هو المخول بتقديم طلب إعادة الهيكلة ومن ثم من يقدر حالة بالمقارنة بين أصوله وديونه م 6. وتلزم المادة 8 من القانون المدين بأن يضمن طلب إعادة الهيكلة أسباب الاضطراب المالي والإداري وتاريخ نشأة هذا الاضطراب، والإجراءات التي اتخذها لمواجهة وتجنب آثاره، وما يراه التاجر من إجراءات لازمة للخروج منه. وهذا كله يؤكد أن المدين هو أول من يقدر حالة الاضطراب المالي والإداري الذي يواجهه.

ويأتي بعد المدين جهات أخرى تراقب تقدير المدين لاضطراب أحواله حيث يقدم الطلب إلى "الدائرة المختصة" لفحصه وتقدير توافر شروطه التي من بينها حالة المدين المالية وما إذا كان يواجه اضطراب مالي وإداري من عدمه م 10. هذا بالإضافة إلى حق المدين في الطعن عن قرار الدائرة المختصة برفض الطلب في حالة عدم التوصل إلى تسوية م 13. وتجدر الإشارة كذلك إلى دور "لجنة إعادة الهيكلة" التي يمكن أن تعينها الدائرة المختصة أو المحكمة والتي من صميم عملها رفع تقرير إلى المحكمة عن حالة المدين المالية ورأيها في سبب اضطراب أعمال المدين، وجدوى إعادة الهيكلة له. ثم في النهاية يأتي دور المحكمة التي تقدر حالة المدين وتتأكد من توافر شروط تطبيق الإجراء عند اعتمادها لخطة التسوية في حال وجود تسوية، أو عند اعتمادها لخطة إعادة الهيكلة.

3- نرى أن لفظ "الإداري" المضاف إلى عبارة " الاضطراب المالي" لا يفيد في

وصف أو تحديد الحالة التي يكون فيها المدين عند تقديمه للطلب، ولكن ربما يشير إلى سبب الاضطراب. ونقصد بذلك أنه لا يجوز للتاجر أن يقدم طلبًا لإعادة هيكلته بسبب خلافات في إدارة الشركة أو تخلي المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة عن وظائفهم أو بسبب تضخم القسم الإداري فيها الأمر الذي يكلف الشركة نفقات لا طائل منها؛ فالعبرة بأثر هذه التصرفات على قدرة المدين المالية. ولهذا، فنرى إنه لا ينقص المصطلح شيئاً ولن يؤثر على معناه أو تطبيقه لو أصبح فقط "الاضطراب المالي" وحذف مصطلح الإداري<sup>1</sup>.

ويتطابق موقف القانون المصري مع موقف القانون العماني في هذا الصدد. بيان ذلك أن المشرع المصري يتطلب لإعمال إعادة الهيكلة أن يكون التاجر يواجه اضطراب مالي وإداري، وهذا واضح في المادة 1 في تعريفه لإعادة الهيكلة، وفي المادة 18 التي توضح هدف عملية إعادة الهيكلة. ولم يتعرض القانون المصري كذلك لتحديد المقصود بالاضطراب الذي يكون فيه المدين.

وفيما يتعلق بموقف النظام السعودي، نجد أنه في وصف الإجراءات التي يطبق

---

<sup>1</sup> يرى بعض الفقه أهمية الإشارة إلى الاضطراب الإداري في تعريف إعادة الهيكلة إلى جانب الاضطراب المالي. انظر على سبيل المثال، د. علاء الدين عبد الله الخصاونة، حماية حقوق الدائنين والمدين في عملية إعادة التنظيم المالي وهيكله الشركات المتعثرة، دراسة في قانون الإفلاس الإماراتي لسنة 2016 والتشريع الفرنسي والأمريكي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السادس والسبعون، أكتوبر 2018، ص 160.

عليها النظام بوجه عام وهي التي يطلق عليها " إجراءات الإفلاس " وصف المنظم السعودي حال المدين المفلس أو المتعثر في المادة 5 بأنه " يتوقع أن يعاني من اضطراب أوضاعه المالية". أما في إجراء إعادة التنظيم الذي ينص عليه في الفصل الرابع منه، فقد بين بوضوح حالة المدين الذي يجوز له طلب افتتاح هذا الإجراء من المحكمة في المادة 42 ووصف هذه الحالة بثلاثة أوصاف. ويلاحظ على مفهوم المنظم السعودي لحالة المدين المالية ما يلي:

1- استخدم المنظم ثلاثة أوصاف تبين هذه الحالة هي: إذا كان من المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية يخشى معها تعثره، أو إذا كان متعثرًا، أو إذا كان مفلسًا. وتجدر الإشارة إلى أن النظام السعودي لا يتضمن أي تعريف للخشية من التعثر، ولا تعريف للتعثر ذاته ولا تعريف للمفلس. غير أن هذه الأوصاف تعكس مفهوم متدرج في حالة المدين الذي له الحق في طلب افتتاح إعادة التنظيم فبدأ بتقدير المدين لنفسه بأنه يخشى التعثر ولكنه لم يقع فيه بعد، ثم حالة التعثر التي تعني أنه غير قادر على سداد ديونه الحالية، ثم حالة الإفلاس.

2- لم يحدد النظام السعودي من يقدر حالة المدين المالية خاصة وأنه يجيز للمدين والدائن والجهة المختصة تقديم طلب إعادة التنظيم. ويمكننا التوصل إلى من له الحق في تقدير حالة المدين المالية وأي وصف من الأوصاف الثلاثة يصدق عليها من خلال باقي النصوص التي تنظم الإجراء خاصة وأن الطلب المقدم سوف يرفق به مستندات، وتكون فيه بيانات محددة منها ما يوصف حالة المدين م 43.

ثم بعد ذلك بأتي دور المحكمة التي تفحص الطلب ولها الحق في قبوله في حالات معينة منها إذا كان المدين مفلسًا أو متعثرًا أو من المرجح أنه يعاني من اضطرابات مالية يخشى معها تعثره م 2/47- أ.

3- لم يشر النظام السعودي إلى فكرة الاضطراب الإداري التي نص عليها كل من القانون العماني والقانون المصري، ونعتقد أن المنظم السعودي كان على بينة من أن كل أنواع الاضطرابات التي يواجهها المدين إن لم تؤدي إلى نتائج مالية ضارة على المدين فلا فائدة من تقديم طلب إعادة التنظيم لمواجهتها.

أما في قانون الإفلاس البحريني، فنجد أنه في المادة 6 قد بين الحالات التي يجوز فيها للمدين تقديم دعواه بافتتاح إجراءات الإفلاس عمومًا والتي من بينها إجراء إعادة التنظيم كما تنص المادة 1 التي تحدد المقصود بإجراءات الإفلاس، وحدد في المادة 7 الحالات التي يجوز فيها للدائن تقديم طلب افتتاح هذه الإجراءات، وذلك على النحو التالي:

1- في دعوى المدين التي يرفعها، بين القانون حالتين يجوز فيها رفع الدعوى يتمثلان في الآتي: 1- إذا عجز عن دفع ديونه خلال ثلاثين يوما من تاريخ استحقاقها، أو سوف يعجز عن دفعها في مواعيد استحقاقها. 2- إذا كانت قيمة التزاماته المالية تتجاوز قيمة أصوله. وقد أوضح المشرع البحريني متى يعتبر المشرع قد عجز عن دفع ديونه في الفقرة ب من المادة 6 بقوله " يعتبر المدين

عاجزا عن دفع دينه إذا تخلف عن الوفاء بدينه في موعد استحقاقه، ولم يكن الدين بكامله محلا لمنازعة مشروعة قبل تقديم طلب افتتاح إجراءات الإفلاس أو مقاصة بمقدار دين المطالبة".

وحسناً فعل المشرع البحريني بتحديدته للحالات التي تجيز للمدين التقدم بطلب افتتاح الإجراءات بخلاف القوانين السابقة، كما أنه يحمده المرونة التي أبداهما عندما أجاز للمدين الذي يتوقع أنه سوف يعجز عن سداد الدين أن يتقدم بطلب افتتاح الإجراءات، وكذلك المدين الذي يتجاوز مجموع ديونه مجموع أصوله ول يقصرها على الديون الحالة فقط.

2- في دعوى الدائن لافتتاح إجراءات الإفلاس، حدد المشرع حالتين يجوز فيها للدائن رفع هذه الدعوى هما: 1 إذا عجز المدين عن دفع دينه في موعد استحقاقه بعد إعداره كتابيا، وعدم المبادرة بالوفاء به خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعداره. 2 إذا كانت قيمة التزاماته المالية تتجاوز قيمة أصوله. ويفهم من ذلك أن المشرع قد ألغى حالة أن المدين سوف يعجز عن دفع دينه؛ لأن تقدير هذه الحالة يجب أن يرجع إلى المدين نفسه، ولا يجوز للدائن أن يقدرها. هذا بالإضافة إلى أنه في حالة عجز المدين الفعلي يجب أن تمر فترة 30 يوما من تاريخ إعدار الدائن المدين بالدفع.

3- فيما يتعلق بمن يقدر وجود المدين في إحدى الحالتين السابقتين في الدعوى

المرفوعة من المدين، فقد نص القانون البحريني في المادة 7 أنه على المحكمة قبل الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس التحقق من أن المدين عاجز أو سيكون عاجز عن سداد ديونه، أو أن قيمة التزاماته المالية تتجاوز قيمة أصوله. وهذا يعني أن المدين يقدر حالته المالية أولاً، وتتحقق المحكمة من هذه الحالة بعد ذلك. وفي حالة عدم توافر إحدى الحالتين، يجوز للمحكمة رفض الطلب م 6/ج. والأمر كذلك في الدعوى التي يرفعها الدائن وفقاً للمادة 9 من القانون.

والوضع مختلف عما سبق في قانون الإفلاس الإماراتي، حيث أجاز المشرع لكل من الدائن والمدين والجهة الرقابية والنيابة العامة تقديم طلب إعادة الهيكلة، وفي كل مرة يحدد المشرع حالة المدين التي تجيز تقديم الطلب بشكل مختلف. ويلاحظ على تنظيم المشرع الإماراتي لظروف المدين التي تجعل طلب إعادة الهيكلة مقبولاً من المحكمة ما يلي:

1- إذا وقع المدين في ظروف معينة أوضحتها المادة 1/68، فيجب عليه تقديم طلب افتتاح الإجراءات وفقاً للباب الرابع من القانون المتعلق بالإفلاس وإعادة الهيكلة على السواء. وقد وصف المشرع الإماراتي حالة المدين التي توجب عليه ذلك بأنه إما أن يكون متوقف عن دفع ديونه في مواعيد استحقاقها مدة تزيد على 30 يوم عمل متتالية نتيجة اضطراب مركزه المالي، أو أن يكون في حالة ذمة مالية مدينة. وقد أوضح المشرع في المادة 1 من القانون المقصود بالتوقف عن الدفع بأن يعجز المدين عن سداد دينه، وأوضح المقصود بحالة الذمة المالية المدينة بأنها

الحالة التي تكون فيها أموال المدين لا تغطي في أي وقت من الأوقات التزاماته مستحقة الدفع. وبذلك يتفق قانون الإفلاس الإماراتي مع قانون الإفلاس البحريني في تحديده للحالات التي يجوز فيها للمدين طلب افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة.

2- إذا كان الطلب مقدم من الدائن، فوفقاً لنص المادة 1/69، يجب عليه أن يثبت أن المدين لم يبادر بالوفاء بالدين خلال 30 يوماً من تاريخ إعدار المدين له. ويفهم من ذلك، أن المشرع لم يجز للدائن أن يقدم طلب إعادة الهيكلة من الدائن في حالة الذمة المالية التي يتواجد فيها المدين.

3- إذا كان الطلب مقدم من الجهة الرقابية للمدين، فيجب أن تثبت هذه الجهة أن المدين في حالة ذمة مالية مدينة، ومن ثم لا يجوز لها أن تقدم الطلب في حالة توقف المدين عن الدفع خلال 30 يوم متتالية م 71.

4- إذا كان الطلب مقدم من النيابة العامة، فيجوز لها تقديم طلب افتتاح الإجراءات إذا أثبتت أن المدين في حالة ذمة مالية مدينة م 72.

5- يلاحظ على الحالات التي يجوز فيها تقديم طلب افتتاح الإجراءات في القانون الإماراتي، أن حالة التوقف عن الدفع خلال فترة 30 يوماً من السهل تقديرها، أما حالة الذمة المالية المدينة والتي تعني مقارنة بين كل ما يملك المدين من أصول وبين ديون المدين مستحقة الوفاء، فهو أمر يحتاج إلى مراجعة من جانب المحكمة عند فصلها في الطلب م 78.



ويقترح مشروع قانون الإفلاس الكويتي في معالجته لمسألة حالة المدين التي توجب تقديم الطلب من القانون الإماراتي حيث يفرق بين الطلب المقدم من المدين، والطلب المقدم من الدائن والطلب المقدم من الجهة الرقابية للمدين. نلاحظ في المجلد على وصف المشرع لحالة المدين التي تجيز تقديم طلب إعادة الهيكلة ما يلي:

1- في حالة تقديم طلب إعادة الهيكلة من المدين تتطلب المادة 10 أن يكون ذلك خلال موعد أقصاه شهرين من تاريخ التوقف عن الدفع، أو من التاريخ الذي توافرت فيه معلومات لدى المدين ترجح أنه سيعجز عن سداد ديونه في مواعيد استحقاقها متى كانت الديون التي توقف عن دفعها أو سيعجز عن سدادها عند استحقاقها لا تقل عن مائة ألف دينار كويتي<sup>1</sup>.

ويفهم من النص أن المدين له تقديم الطلب في حالتين هما: التوقف عن الدفع، وترجيح العجز عن سداد الديون عند الاستحقاق. وقد عرف مشروع القانون التوقف عن الدفع بأنه "عجز المدين عن الوفاء بأي دين تجاري مستحق الأداء عليه على نحو ينبئ باضطراب مركزه المالي". ويعتبر مشروع القانون الكويتي الوحيد من بين

---

<sup>1</sup> وتجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون قد ذكر عبارة "الاضطراب المالي" في تعريفه إعادة الهيكلة في المادة 1 منه.

القوانين محل المقارنة في هذا البحث الذي قيمة معينة للدين الذي يجوز تقديم طلب إعادة الهيكلة عنه من جانب المدين.

2- في حالة تقديم الطلب من دائن وأكثر بدين لا يقل عن 50 ألف دينار كويتي، أن يتقدم بطلب إعادة الهيكلة إذا لم يبادر المدين بالوفاء بالدين خلال مدة 30 يوم عمل من تاريخ إخطار المدين بالسداد. ومؤدى ذلك أن للدائن حالة وحيدة فقط لكي يقدم فيها الدين وهي أن يكون المدين متوقف عن الدفع لمدة تزيد على 30 يوم عمل.

3- في حال تقديم الطلب من الجهة الرقابية للمدين، فقد أوجب المشرع عليها أن تثبت أن المدين في حالة امتناع عن الدفع أو في حالة عجز في مركزه المالي أو يتوقع أن يكون في أي من الحالتين خلال فترة لا تتجاوز سنة، وأن تقوم بمخاطبته وإعطائه فرصة للرد خلال مدة لا تتجاوز 30 يوم عمل.

4- سواء كان الطلب مقدمًا من المدين أم من الدائن أم من الجهة الرقابية، فإنه بالنسبة لتحديد من يملك تقدير الحالات التي يتواجد فيها المدين، نجد أن المشرع الكويتي يمنح "إدارة الإفلاس" اختصاص التحقق من أن طلبات إعادة الهيكلة تقدم استنادًا لهذا القانون وأنها مستوفاة للمعلومات والبيانات والمستندات المقررة م 4/7، وكذلك المادة 21. هذا بالإضافة إلى "لجنة الإفلاس" التي تختص بإبداء الرأي في

الطلبات المقدمة بافتتاح الإجراءات وفقًا للقانون م 1/9، وكذلك قاضي الإفلاس م

.2/22

## المبحث الثاني الجوانب الإجرائية لإعادة الهيكلة

### تقديم وتقسيم

أراد المشرع العماني أن يستوثق من استعادة التاجر المضطربة أحواله بحسن نية من إعادة الهيكلة دون غيره من التجار، ولهذا تطلب إجراءات معينة يتبعها التاجر يثبت بها من حسن نيته وحقيقة موقفه المالي. وقد نظم المشرع العماني هذه الإجراءات في المواد من 7 إلى 23 والتي تبدأ بتقديم طلب إعادة الهيكلة وبه بيانات معينة، ومرفق به مستندات ووثائق معينة، وتنتهي برفض الطلب أو بعمل خطة إعادة الهيكلة.

ونفضل في معالجتنا للجوانب الإجرائية لإعادة الهيكلة عدم ذكر كل التفاصيل الإجرائية المنصوص عليها في القانون، ولكننا سوف نعالجها بشكل مجمل يوضح فلسفة المشرع العماني في هذه المعالجة مقارنة بالمشرعين الآخرين للدول محل المقارنة في هذا البحث. وبناء على ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نوضح في الأول صاحب الصفة في تقديم طلب إعادة الهيكلة، ونبين في الثاني إجراءات إعادة الهيكلة.

## المطلب الأول

### صاحب الصفة في تقديم طلب إعادة الهيكلة

يتفق منهج القانون العماني في تحديد من له الحق في تقديم طلب إعادة الهيكلة مع منهج بعض القوانين محل المقارنة في هذا البحث وإن كان يختلف في ذلك عن منهج البعض الآخر. وبمطالعة نصوص قانون الإفلاس العماني، نجد أنه قد نص في المادة 6 على أن يقدم الطلب من التاجر المدين، ومن ورثته. وفي المادة 8 تحدث عن الشركة ومن له الحق في تقديم طلب إعادة الهيكلة عنها.

#### أولاً المدين

تنص المادة 6 من قانون الإفلاس العماني على أنه " للتاجر المدين الذي لم يرتكب غشاً أن يطلب إعادة الهيكلة.. ". ويتمثل موقف المشرع العماني من إعادة الهيكلة مع موقفه من الصلح الواقي فيما يتعلق بمن له الحق في تقديم طلب الصلح؛ حيث قصره في المادة 24 من القانون ذاته على المدين التاجر كذلك.

ويبدو أن المشرع قصد طلب إعادة الهيكلة على المدين دون أية جهة خارجية أخرى كالدائنين أو المحكمة أو الجهة الرقابية على المدين لعدة اعتبارات أهمها:

1- الإعترافات الشخصية التي قد تدفع التاجر المدين لطلب إعادة هيكله مشروعه المالية والإدارية؛ فبعض التجار قد لا يفضلون اللجوء إلى إعادة الهيكلة لاعتبارات

الكرامة والشرف ويفضلون الإفلاس وإنهاء النشاط عليها. ولذا، ترك المشرع إعادة الهيكلة لإرادته الحرة بأن يطلب بما يتوافق مع شخصيته وعقديته، ولم يجبره المشرع على تقديم الطلب وإنما الأمر جوازي له حتى ولو كان مضطرباً مالياً وإدارياً. ولهذا، يبدأ النص بعبارة " للتاجر المدين " .

2- الإعتبارات المالية المرتبطة بإعادة الهيكلة والتي تتمثل في سداد الرسوم المقررة للطلب، والتكاليف الأخرى، وكذلك الالتزامات المالية المترتبة على خطة إعادة الهيكلة والتي تجعله ملتزماً بسدادها في فترة زمنية معينة. كل هذه الاعتبارات المالية تجعل الأمر من تقدير المدين وحده الذي عليه عبء تقدير إمكانياته المالية وقدرته على تنفيذ ما يلتزم به بسبب إعادة الهيكلة. ولهذا، ربط المشرع العماني تقديم الطلب بإرادته هو وحده.

ويتفق القانون العماني في هذا التوجه مع بعض القوانين كقانون الإفلاس المصري حيث قصر إعادة الهيكلة على طلب يقدم من التاجر فقط دون أية جهة أخرى كالدائنين أو المحكمة، كما أنه قد جعل إعادة الهيكلة اختيارية للمدين الذي تضطرب أعماله المالية والإدارية م 15 و18 من قانون الإفلاس المصري.

وعلى خلاف من هذا النهج السابق، يتجه عدد من القوانين محل المقارنة في هذا البحث إلى التوسع في الجهات التي يحق لها تقديم طلب إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم بحسب المصطلح الذي يتبناه القانون. ومن أمثلة هذه القوانين، قانون

الإفلاس البحريني الذي يدمج إجراء إعادة التنظيم مع إجراء التصفية في مسمى واحد وهو إجراء الإفلاس كما يتضح من تعريف هذا المصطلح في المادة الأولى منه، وتبدأ الإجراءات بطلب إفتتاح إجراءات الإفلاس ثم ينتهي إما إلى إجراء إعادة تنظيم أو إجراء التصفية حسب أحوال المدين المالية. ونجده قد نص في المادة 6 منه أنه على المدين أن يرفع دعوى إلى المحكمة المختصة بافتتاح اجراءات الإفلاس، وفي عجز هذه المادة ألزم المشرع المدين بالحصول على موافقة الجهة الرقابية للمدين على تقديم طلب إعادة الهيكلة في حال وجود هذه الجهة الرقابية دون أن يمنحها الحق في تقديم طلب إعادة التنظيم. ومنحت المادة 8 كذلك الدائن بأن يقدم طلبًا بافتتاح إجراءات الإفلاس في حالات محددة. ومؤدى ذلك أن إجراءات اعادة التنظيم في قانون الإفلاس البحريني يمكن أن يقدم طلبا بها كل من المدين والدائن، وهي ملزمة للمدين في الحالات المنصوص عليها في المادة 6 منه.

والأمر قريب من ذلك في قانون الإفلاس الإماراتي، حيث عالج إجراء إعادة الهيكلة وإشهار الإفلاس في باب واحد هو الباب الرابع المعنون الإفلاس والتي تبدأ بالنص في المادة 67 على أنه ينظم إجراءات إعادة الهيكلة وإشهار إفلاس المدين. ونص المشرع الاتحادي في المادة 68 على أن المدين يجب عليه أن يتقدم بطلب افتتاح الإجراءات وفقًا لهذا الباب، وفي المادة 69 أجاز للدائن بشروط معينة أن يقدم طلب إعادة الهيكلة، وفي المادة 71 أجاز للجهة الرقابية على المدين أن تقدم

الطلب، وفي المادة 72 أجاز للنيابة العامة أن تقدم طلب إعادة الهيكلة. وبذلك، يكون القانون الإماراتي قد توسع فيمن له الصفة في تقديم طلب إعادة الهيكلة وحددهم بالمدين والدائن والجهة الرقابية للمدين والنيابة العامة<sup>1</sup>.

وفي حالة المدين المتوفى يكون حق تقديم طلب افتتاح الإجراءات لورثة المدين التاجر، أما في حالة اعتزال المدين التجارة، فيكون هذا الحق للدائن وليس للمدين نفسه عملاً بنص المادة 149 من قانون الإفلاس الإماراتي. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة أبو ظبي الابتدائية في الحكم الصادر منها في سبتمبر 2019 برفض الطلب المقدم من المدين لافتتاح الإجراءات ، وأوضحت السبب في هذا الرفض بقولها " كما لا ينال أيضاً مما سبق كونه المالك ل محل المألوف لمواد البناء وأن عليها مديونيات سابقة، لكونه تنازل عن المؤسسة السالفة لشخص آخر ويعتبر الطالب في حكم التاجر المعتزل لمهنة التجارة، ومن ثم لا يحق له التقدم بالطلب عملاً بمفهوم مخالفة المادة 149 من المرسوم بقانون على نحو يتخلف معه أحد الشروط اللازمة لقبوله إعمالاً للمادتين 2 و 68 من المرسوم بقانون"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر في ذلك، د. جمال عبد العزيز عمر العثمان، الجوانب القانونية لإعادة هيكلة الشركات، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 190.

<sup>2</sup> محكمة أبو ظبي الابتدائية، الحكم الصادر في الدعوى رقم 1080 لسنة 2019، صادر بتاريخ 10 محرم 1441 هـ، الموافق 2019/09/09.



ونفس الأمر في نظام الإفلاس السعودي الذي ينص في المادة 42 منه على أن طلب إعادة التنظيم المالي يمكن أن يقدم من المدين أو الدائن أو الجهة المختصة إلى المحكمة في الحالات المحددة في هذا النص. ويقصد بالجهة المختصة وفقاً لأحكام هذا القانون هي الجهة المختصة بتنظيم نشاط الكيان المنظم والرقابة والإشراف عليه م 1 من القانون. وبهذا المفهوم يكون المقصود بها الجهة الرقابية في القانون الاتحادي.

وفي نفس الاتجاه يسير مشروع قانون الإفلاس الكويتي حيث ينص في المادة 10 منه على أن طلب إعادة الهيكلة يقدم لإدارة الإفلاس من المدين، ويجوز كذلك من الدائنين بشروط معينة م 11 من المشروع، ويجوز للجهة الرقابية كذلك تقديم الطلب بشأن أي مدين خاضع لرقابتها م 13 من المشروع.

## ثانياً ورثة المدين

تنص المادة 6 من قانون الإفلاس العماني على أنه " ... ويجوز لورثة التاجر المدين خلال السنة التالية لوفاته طلب إعادة هيكلة نشاطه بموافقة جميع الورثة...". ويفهم من النص أنه يجوز للورثة بموافقة إجماعية منهم أن يتقدموا بطلب إعادة هيكلة ديون مورثهم لأسباب إذا كان قد اضطرت أحواله المالية والإدارية قبل وفاته. وقد اشترط المشرع لقبول طلب الورثة أن يتقدموا به خلال السنة الثانية من وفاة المورث. ويتضح من منهج المشرع في معالجة حق الورثة في

طلب الصلح الوافي لمورثهم تغييرًا في المعاملة بين إعادة الهيكلة والصلح؛ لأنه يجيز للورثة طلب الصلح الوافي من الإفلاس إذا توافرت شروط مختلفة عن تلك المتطلبة لطلب إعادة الهيكلة منها أنهم يقرروا الاستمرار في التجارة، وأن يكون للتاجر قبل وفاته ممن يجوز لهم طلب الصلح، وأن يتقدموا بالطلب خلال 3 ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة.

ويتفق موقف القانون العماني في هذا الصدد مع موقف المشرع المصري من حيث إمكانية تقديم الورثة لطلب إعادة الهيكلة، وكذلك شروط تقديم الطلب. وفي ذلك، تنص المادة 16 من قانون الإفلاس على أنه تجوز إعادة هيكلة نشاط أو أموال التاجر بعد وفاته بناء على طلب ورثته خلال السنة التالية للوفاة بشرط موافقة جميع الورثة على تقديم الطلب.

وإذا كان قانون الإفلاس البحريني ومشروع قانون الإفلاس الكويتي يجيزان لورثة المتوفى تقديم طلب إعادة الهيكلة، فإنهما يتوسعان في ذلك ويجيزان لأشخاص آخرين تقديم طلب إعادة الهيكلة للمتوفى. وتطبيقًا لذلك، ينص قانون الإفلاس البحريني في المادة 10 منه على أنه يجوز للدائنين أو الورثة تقديم طلب اقتتاح الإجراءات ضد التاجر في حال توافر الشروط المنصوص عليها في هذه المادة والتي تتمثل في وفاته وهو عاجز عن السداد، أو أن تكون قيمة التزامات المالية تتجاوز قيمة أصوله، وأن يتم تقديم طلب اقتتاح الإجراءات خلال السنة التالية للوفاة.

وفي نفس الاتجاه، ينص مشروع قانون الإفلاس الكويتي في المادة 1/15 على أنه يجوز تقديم الطلب بعد وفاة المدين خلال السنتين التاليتين للوفاة، وينص كذلك في الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه يجوز لورثة المدين تقديم الطلب خلال السنتين التاليتين للوفاة، ويجوز تقديمه من أحدهم إذا لم يجمع الورثة على تقديم الطلب.

ويتضح من ذلك أن تقديم طلب إعادة الهيكلة في هذا القانون لا يقتصر على الورثة، وإنما يجوز تقديمه من الدائنين؛ لأن النص أشار في مقدمته إلى عبارة " مع مراعاة أحكام المادتين 11 و 12 من هذا القانون"، والمادتان تتعلقان بالطلب المقدم من الدائنين.

ولم يخالف هذا الاتجاه العام للقوانين محل الدراسة سوى نظام الإفلاس السعودي وقانون الإفلاس الاتحادي. تفصيل ذلك أن نظام الإفلاس السعودي لم يتضمن النص صراحة على حق الورثة في طلب إعادة التنظيم المالي لمورثهم، ولم تتضمن المواد المنظمة لهذا الإجراء وهي المواد من 42 إلى 91 أية إشارة إلى الورثة وحقهم في هذا الطلب.

وكذلك الحال في قانون الإفلاس الإماراتي؛ إذ لم يتضمن هو الآخر أية إشارة إلى جواز تقديم الورثة طلب إعادة الهيكلة، ونفس الحال في طلب الصلح الواقي من الإفلاس وإن كان يجيز لهؤلاء الورثة تقديم طلب إشهار الإفلاس م 150.

## ثالثاً صاحب الصفة في طلب إعادة هيكلة الشركة

حدد قانون الإفلاس العماني من له الحق في طلب إعادة هيكلة الشركات التجارية وذلك في المادة 2/8 التي تحدد الوثائق المرفقة بطلب إعادة هيكلة الشركة، وكذلك البيانات المطلوبة في هذا الطلب. وبالإشارة إلى أنواع الشركات المنصوص عليها في قانون الشركات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2019/18، يكون صاحب الحق في تقديم طلب إعادة هيكلة الشركة على النحو التالي:

1-أغلبية الشركاء بالنسبة للشركات التي لا تدار بنظام الجمعية العمومية كما هو الحال في شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، على أن يوضح القرار أسماء الشركاء المتضامنين وعناوينهم وجنسياتهم.

2-جمعية الشركاء، بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة.

3-مالك الشركة، بالنسبة لشركة الشخص الواحد.

4-الجمعية العمومية غير العادية لشركات المساهمة والشركات القابضة.

ويتطابق هذا الحكم مع ما ورد في قانون الإفلاس المصري في المادة 3/19 التي تنص على أنه إذا كان طلب إعادة الهيكلة خاصاً بشركة وجب أن يرفق به الوثائق المثبتة لصفة مقدم الطلب وقرار الشركاء أو الجمعية العامة بطلب إعادة الهيكلة، وبيان بأسماء الشركاء المتضامنين وعناوينهم وجنسياتهم.

ويتطابق كذلك مع المادة 1/73 من قانون الإفلاس الإماراتي وإن كان قد عبر عن هذه الصفة بشكل مختصر بالنص على أنه " إذا كان مقدم الطلب شركة، يجب أن يرفق مع الطلب صورة عن قرار الجهة المختصة بتحويل مقدم الطلب بتقديم طلب افتتاح الإجراءات...". وعلى نفس المنوال، جاء مشروع قانون الإفلاس الكويتي، فقد نص في المادة 6/16 منه على إنه " إذا كان مقدم الطلب شركة، يجب أن يرفق مع الطلب صورة من قرار الجهة المختصة في الشركة بتحويل مقدم الطلب بتقديم طلب الافتتاح ".

وقريب من ذلك قانون الإفلاس البحريني، حيث نجد أن المادة 2/7 قد نصت على أن المحكمة قبل الموافقة على طلب افتتاح إجراءات الإفلاس بناء على دعوى مقدمة من المدين عليها التحقق من أن المدين محول قانوناً لرفع الدعوى أو حصل على إذن بذلك إذا كان مقدم الدعوى ممثلاً للمدين". ويتضح من النص أن القانون البحريني يتطلب من ممثل الشركة المدينة أن يحصل من الشركة على إذن بتمثيلها في تقديم طلب إعادة الهيكلة بحسب النظام القانوني لكل شركة.

ولا يختلف في ذلك سوى نظام الإفلاس السعودي حيث لم يتضمن هذا النظام ولا اللائحة التنفيذية له أي نص يحدد من له الصفة في تقديم طلب إعادة التنظيم المالي للشركات التي تخضع له والمنصوص عليها في المادة 4 منه.

## المطلب الثاني إجراءات إعادة الهيكلة

نظرًا لطول إجراءات إعادة الهيكلة في قانون الإفلاس العماني، والقوانين محل المقارنة في هذا البحث من ناحية، ولطبيعتها الإدارية من ناحية ثانية، فسوف نقتصر في عرضنا لها على بيان أهم هذه الإجراءات، وذلك على النحو التالي:

### أولاً ميعاد تقديم طلب إعادة الهيكلة

تنص المادة 8 من قانون الإفلاس العماني على أن طلب إعادة الهيكلة يجب أن يقدم خلال 6 أشهر من تاريخ اضطراب أعمال التاجر المدين. ويقصد بهذا الأخير الاضطراب المالي والإداري للمدين. أما الطلب الثاني لإعادة الهيكلة، فقد حدد له المشرع العماني مدة 3 أشهر من تاريخ رفض أو حفظ الطلب السابق م  
3/7.

ويبدو من نصوص القوانين المقارنة في هذه الدراسة أن مدة الستة أشهر المشار إليها في هذا النص مدة طويلة مقارنة بالمدد الواردة في هذه القوانين؛ فعلى سبيل المثال، فهذه المدة في القانون الإماراتي في حال الطلب المقدم من المدين هي ألا تزيد عن 30 يوم عمل متتالية نتيجة اضطراب المركز المالي للمدين أو من وجوده في حالة ذمة مالية مدينة. وفي حال خضوع المدين لجهة رقابية ما، فعلى المدين أن يخطر تلك الجهة برغبته في تقديم الطلب خلال مدة 15 يوماً قبل تقديم الطلب

للمحكمة. أما في حالة تقديم طلب إعادة الهيكلة من الدائن أو الدائنين، فعلى الدائن قبل تقديم الطلب أن يعذر المدين كتابة بالوفاء بالدين المستحق ولم يبادر المدين بالوفاء به خلال 30 يوم عمل متتالية من تاريخ تبليغه.

أما نظام الإفلاس السعودي، فلم يتضمن أي تحديد لوقت تقديم طلب إعادة التنظيم المالي من جانب المدين أو الدائن أو الجهة المختصة كما يتضح من المادة 1/42 منه، ولكنه قد حدد مدة لتقديم الطلب الثاني في حالة سبق تقديم طلب لإعادة الهيكلة وهي مدة 12 شهر بين الطلب الأول والطلب الثاني.

والأمر هو نفسه في قانون الإفلاس المصري، فالنص في المادة 15 جاء عاماً دون قيد على حرية المدين في تقديم طلب إعادة الهيكلة. أما الطلب الثاني لإعادة الهيكلة، فقد حدد له المشرع المصري مدة 3 أشهر من رفض أو حفظ الطلب السابق م 3/17.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس البحريني، نجد أنه في المادة 6 يحدد للطلب الأول لافتتاح إجراءات الإفلاس والتي من بينها إجراءات إعادة التنظيم مدة 30 يوماً من تاريخ استحقاق الديون التي عجز عن دفعها<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> وبطبيعة الحال لا تسري هذه المدة على الديون التي سوف يعجز عن دفعها في مواعيد استحقاقها، أو إذا كانت قيمة التزاماته المالية تتجاوز قيمة أصوله المنصوص عليها في هذه المادة كذلك.

وعلى صعيد مشروع قانون الإفلاس الكويتي، نجد أن المادة 10 تحدد مدة تقديم طلب إعادة الهيكلة بحد أقصى شهرين من تاريخ التوقف عن الدفع، أو التاريخ الذي توافرت فيه معلومات لديه ترجح بأنه سيعجز عن سداد ديونه عند استحقاقها. وفيما يتعلق بالطلب المقدم من الدائن، فقد اشترطت المادة 11 من المشروع أن يخطر المدين بالوفاء قبل تقديم طلب إعادة الهيكلة بالدين المستحق عليه ولم يبادر بالوفاء خلال 30 يوم عمل من تاريخ الإخطار. ويتميز مشروع القانون الكويتي بأنه يحدد مدة مختلفة لتقديم طلب إعادة الهيكلة المقدم من الجهة الرقابية في المادة 13 حيث ألزمها بتقديم الطلب خلال مدة لا تتجاوز سنة من وقت امتناعه عن الدفع أو وجوده في حالة عجز في مركزه المالي أو توقعها بأن يكون في أي من الحالتين. وعلاوة على ذلك، ألزم النص الجهة الرقابية بمخاطبة المدين وإعطائه فرصة للرد خلال مدة 30 يوم عمل.

### ثانيًا الجهة التي يقدم إليها الطلب

أوضحنا في المبحث الأول الطبيعة القانونية لإجراء إعادة الهيكلة واعتمدنا في تحديد هذه الطبيعة إلى الجهة المقدم إليها طلب إعادة الهيكلة. وسوف نقنصر في هذا الموضع على ذكر الجهات التي تشترك في قرار إعادة الهيكلة في القانون العماني وفي القوانين الأخرى محل المقارنة.

وعلى صعيد قانون الإفلاس العماني، فإنه وفقًا للمادة 9 منه تقدم طلبات إعادة



الهيئة إلى الدائرة المختصة التي تقيد هذه الطلبات في السجل المعد لها، وهذه الدائرة هي التي تقوم بفحص الطلبات واستيفاء المستندات الناقصة، وتحضيرها وإعداد مذكرة بطلبات الخصوم وأسانيدهم م 10.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الإفلاس العماني نجد أن الدور المهم في إعادة الهيئة هو للدائرة المختصة وهي دائرة التدقيق والرقابة على المنشآت التجارية في وزارة التجارة والصناعة م 1، وأن دور المحكمة يتمثل فقط في اعتماد التسوية الودية التي تمت بين الطرفين، أو أنظر الطعن في القرار الصادر برفض الطلب، أو اعتماد خطة إعادة الهيئة كما سوف يتضح لنا من خلال عرض فحص الطلب ونتيجته.

أما على صعيد نظام الإفلاس السعودي، فيتضح من المادة 42 أن طلب افتتاح إجراءات إعادة التنظيم المالي للمدين يقدم أصلاً للمحكمة، ويقيد هذا الطلب بعد تقديمه مرافقاً له بالمعلومات والوثائق ذات العلاقة م 43. والمحكمة هي المختصة بتعيين أمين إعادة التنظيم المالي م 50، وهي التي تعين قاض أو أكثر للإشراف على إجراءات إعادة التنظيم م 54. والجدير بالذكر أن نظام الإفلاس السعودي يعرف لجنة الإفلاس وإختصاصاتها في الفصل الثاني منه في المواد من 9 إلى 12، ولكنها ليس لها أي دور في إجراء إعادة التنظيم المالي، وإنما يقتصر دورها فقط على المسائل الإدارية والتنظيمية كما يتضح من البند الثاني من المادة 9 من النظام.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس المصري، نجد أنه يعرف هيئتين بالإضافة إلى المحكمة هما: "إدارة الإفلاس" وقد نظم عملها في المواد من 3 إلى 5، و" لجنة إعادة الهيكلة" وهي منظمة في المادتين 13 و 14 من القانون. وبخصوص علاقة هاتين الجهتين والمحكمة بإعادة الهيكلة، نجد أن إدارة الإفلاس هي إدارة قضائية تنشأ داخل كل محكمة اقتصادية لتلقي طلبات إعادة الهيكلة م1، ويرأسها قاضي بمحكمة الاستئناف، وعضوية عدد كاف من قضااتها بدرجعة رئيس محكمة على الأقل ويطلق عليهم " قضاة الإفلاس" ، يعتبر قاضي الإفلاس أحد قضااتها م3. وتقدم طلبات إعادة الهيكلة إلى رئيس إدارة الإفلاس بعد قيدها في قلم كتاب المحكمة، ويقوم قضاة الإفلاس المشكلين للدائرة بعرض الوساطة على الأطراف م5. وفي حالة التوصل إلى اتفاق تسوية، يحرر اتفاق التسوية من قضاة الدائرة ويوقعون عليه م9، أو يرفض قاضي الإفلاس الطلب ويحدد له جلسة أمام المحكمة المختصة م10. ويتضح بذلك أن إجراء إعادة الهيكلة في قانون الإفلاس المصري يبدأ وينتهي أمام القضاء؛ لأن إدارة الإفلاس إدارة قضائية داخل المحكمة ومشكلة من قضاة.

والأمر أكثر وضوحًا في قانون الإفلاس البحريني حيث تقدم دعوى المدين وفق المادة 6 أو دعوى الدائن وفق المادة 8 لافتتاح إجراءات الإفلاس المنصوص عليها في القانون والتي من بينها إجراءات إعادة التنظيم إلى المحكمة مباشرة، فهي المختصة بتلقي الطلب وفحصه، والموافقة على افتتاح الإجراءات من عدمه دون

تدخل أية جهة إدارية م7، وم9.

وكذلك الحال في قانون الإفلاس الإماراتي، حيث توجب المادة 68 أن يقدم المدين طلب افتتاح الإجراءات وفق الباب الرابع إلى المحكمة، وأيضًا توجب المادة 69 على الدائن أن يقدم طلب افتتاح الإجراءات إلى المحكمة، وأيضًا المادة 71 بالنسبة للجهات الرقابية المختصة، والمادة 72 بالنسبة للنيابة العامة.

أما فيما يتعلق بمشروع قانون الإفلاس الكويتي، فهو يعرف ثلاث هيئات تتصل بالإجراءات المنصوص عليها في هذا المشروع ومنها إعادة الهيكلة تتمثل في الآتي:

**الأولى،** هي "دائرة الإفلاس" المنصوص عليها في المادة 4 من المشروع وهي تشكل بمقر المحكمة الكلية دائرة إفلاس أو أكثر تتكون من ثلاثة من الوكلاء بالمحكمة تختارهم الجمعية العامة في بداية كل عام قضائي. وهذه الدائرة قضائية تشكل داخل المحكمة وتختص الدائرة بالفصل في أي منازعة تنشأ بصدد تنفيذ قانون الإفلاس والبت في الطلبات التي تقدم إليها م5.

**الثانية،** هي "إدارة الإفلاس"، وهي منصوص عليها في المادة 6، ويرأسها أحد رجال القضاء لا تقل درجته عن مستشار وعضوية عدد كاف من قضاة المحكمة، يطلق عليهم "قضاة الإفلاس". وتختص إدارة الإفلاس بتلقي الطلبات وفحصها وتوجيه الإخطارات لذوي الشأن، واختيار الأمين والمراقبين، والاجتماع بالدائنين.

**الثالثة،** "لجنة الإفلاس" المنصوص عليها في المادة 8 من المشروع، وتتكون من ثلاثة أعضاء على الأقل من الأشخاص من ذوي الخبرة الذين يجوز لهم القيام بمهام الأمناء. وتختص اللجنة بإبداء الرأي في الطلبات المقدمة بافتتاح الإجراءات وفقاً للمشروع.

ويتضح من ذلك جلياً أن الجهات المختصة بإعادة الهيكلة هي إدارة الإفلاس أولاً حيث تتلقى الطلب وفحصه والبت فيه، ثم دائرة الإفلاس ثانياً للبت في أية منازعة تنشأ أثناء تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها في مشروع القانون. وكلا اللجنتان قضائيتان، أما لجنة الإفلاس فهي لجنة خبراء تقوم بعمل مكمل لتقييم حالة المدين المالية فقط.

### **ثالثاً فحص الطلب وعلاقة إعادة الهيكلة بالإفلاس والتصفية**

بالرجوع إلى نصوص قوانين الإفلاس محل الدراسة، نجد أنه من الممكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام. الأول، لا يربط بين إجراء إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم وإجراء إشهار الإفلاس، والثاني يسمح بالتحول من إجراء إعادة الهيكلة إلى إجراء الإفلاس في حالات محدودة، والثالث يسمح بتحول إجراء إعادة الهيكلة إلى إفلاس أو تصفية في حالات عديدة. وبناء على ذلك، سوف نعرض لهذه الأقسام، ونقيم موقف القوانين التي تنتمي إليها.

## القسم الأول القوانين التي لا تجيز تحول إعادة الهيكلة إلى إفلاس

ينتمي إلى هذا القسم قانون الإفلاس العماني، وقد أشرنا سابقًا أن الجهة التي تقوم بدور رئيسي في إجراء إعادة الهيكلة في هذا القانون هي لجنة التدقيق والرقابة على المنشآت التجارية في وزارة التجارة والصناعة الدائرة المختصة. وعند استلام الدائرة لطلب إعادة الهيكلة، تقوم بعقد جلسات الوساطة في طلبات إعادة الهيكلة بحضور أطراف النزاع م 11، وفي حال التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، تحرر الدائرة اتفاق تسوية يوقع عليه الأطراف، وتحيل الملف إلى المحكمة لاعتماد التسوية التي تمت م 12.

وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق تسوية بين الأطراف، يعتبر طلب إعادة الهيكلة المقدم للدائرة مرفوضًا، ويحق لصاحب الشأن الطعن على قرارها أمام المحكمة خلال 15 يوم من تاريخ إبلاغه برفض الطلب م 13.

ووفقًا للمادة 14 من القانون، يحق للجنة وهي في مرحلة التسوية بين الطرفين تعيين لجنة إعادة الهيكلة وهي مكونة من خبراء مقيدين في الجدول تقوم بوضع خطة إعادة الهيكلة وإدارة أصول التاجر وتقييمها م 14. وعندما تنتهي اللجنة من التقرير خلال 3 أشهر من تاريخ التكليف، تقوم الدائرة برفعه إلى المحكمة لاعتماد الخطة وجعلها ملزمة م 16.

ومؤدى هذا العرض المبسط لإجراءات إعادة الهيكلة في قانون الإفلاس العماني

نلاحظ أن التوصل إلى النتيجة الإيجابية لطلب إعادة الهيكلة المتمثلة في وضع خطة إعادة الهيكلة قد يتم عن طريق الدائرة المختصة في حالة التوصل إلى تسوية بين الأطراف واستكمال باقي الإجراءات بعد ذلك، أو عن المحكمة ذاتها في حالة الطعن في قرار الدائرة بالرفض وقبول الطعن من المحكمة. وفي حال رفض الطلب، لا يتحول الإجراء إلى إشهار إفلاس التاجر.

وينتمي إلى هذا القسم من القوانين كذلك، قانون الإفلاس المصري حيث انتهج نفس نهج القانون العماني. بيان ذلك أنه بعد تقديم طلب إعادة الهيكلة إلى رئيس إدارة الإفلاس م5، يجوز لأي قاضي من قضاة الإفلاس أن يجري الوساطة بين الأطراف بالطريقة التي يراها مناسبة، وله أن يستعين في ذلك بخبراء لجنة إعادة الهيكلة م8. وفي حال التوصل إلى تسوية، يحرر بذلك اتفاق تسوية يوقع عليه الأطراف، ويعتمده قاضي الإفلاس م9، ويكون للاتفاق قوة السند التنفيذي. وإذا لم يتوصل القاضي إلى التسوية بين الأطراف، يرفض الطلب ويحدد جلسة لنظره أمام المحكمة م10. وفي حال عدم حضور مقدم الطلب جلستين بعد إعلامه بمواعيدهما، يأمر القاضي بحفظ الطلب<sup>1</sup>. وفي حالة موافقة المحكمة على إعادة الهيكلة، لها أن تستعين بلجنة خبراء إعادة الهيكلة ووضع خطة إعادة الهيكلة، واستكمال الإجراءات.

---

<sup>1</sup> تحدد المادة 27 من القانون الحالات التي يتم فيها حفظ الطلب وتحدد 6 حالات لذلك.

ويلاحظ على قانون الإفلاس المصري أنه لم يربط بين طلب إعادة الهيكلة وإشهار الإفلاس، فإما أن تتم الموافقة على التسوية من قاضي الإفلاس ويعتمدها، أو يرفض الطلب ويحدد له جلسة أمام المحكمة، وتتولى المحكمة البت فيه، ولا يتحول الطلب في كل الأحوال إلى إشهار إفلاس للمدين.

## القسم الثاني القوانين التي تضيق من حالات تحول إعادة الهيكلة إلى إفلاس

ينتمي إلى هذه القوانين، نظام الإفلاس السعودي، حيث نجد أن طلب إعادة التنظيم المالي يقدمه المدين أو الدائن أو الجهة الرقابية إلى المحكمة م 42، والمحكمة تحدد موعدًا للنظر في الطلب، ويكون قرارها إما افتتاح الإجراء إذا توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 2/47-أ من النظام<sup>1</sup> وتقوم باستكمال الإجراءات المنصوص عليها في المواد اللاحقة، أو تقوم برفض الطلب إذا توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 2/47-ب من النظام<sup>2</sup>. وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة رفض طلب إعادة التنظيم، يجوز للمحكمة أن تقضي بافتتاح إجراء الإفلاس المناسب حسبما تنص المادة 2/47 -ب سالفه الذكر.

---

<sup>1</sup> تتمثل هذه الحالات في أن يترجح لديها إمكانية استمرار نشاط المدين وتسوية مطالبات الدائنين خلال مدة معقولة، أو كان المدين مفلسًا أو متعثراً أو من المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية يخشى معها تعثره، أو قدم مقدم الطلب المعلومات والوثائق المشار إليها في المادة الثالثة والأربعين 3 من النظام.

<sup>2</sup> تتمثل هذه الحالات في الآتي: إذا كان الطلب غير مستوف للمتطلبات النظامية أو غير مكتمل دون مسوغ مقبول، أو إذا تصرف مقدم الطلب بسوء نية أو ارتكب أيًا من الأفعال المجرمة في النظام، وللمحكمة إذا قضت برفض الطلب أن تقضي بافتتاح إجراء الإفلاس المناسب، أو تأجيل الجلسة لمدة لا تزيد على واحد وعشرين يومًا لتقديم المعلومات أو الوثائق إلى المحكمة في الموعد الذي تحدده، وذلك قبل موعد الجلسة المؤجلة على أن تقضي المحكمة بافتتاح الإجراء أو رفض الطلب وفق أحكام هذه المادة.



ويحمد أيضًا للمنظم السعودي أنه يقصر تحول طلب إعادة الهيكلة إلى إفلاس على الفرض الذي يظهر فيه مقدم الطلب سوء نيته أو يرتكب جرمًا واردًا في نظام الإفلاس وليس في جميع الحالات.

ونفس الأمر في مشروع قانون الإفلاس الكويتي، فنجد أن طلبات إعادة الهيكلة تقدم إلى إدارة الإفلاس متوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 10 سواء من المدين أو الدائن أو الجهة الرقابية، ومرفقًا له المستندات المنصوص عليها في المادة 16<sup>1</sup>. ويبت القاضي في الطلب خلال 5 أيام عمل م1/24. ويكون قرار القاضي إما بافتتاح إجراءات إعادة الهيكلة، أو بإشهار الإفلاس وفقًا لما يراه محققًا لمصلحة المدين والعاملين لديه والدائنين م 2/24. وقد يكون قرار القاضي هو عدم قبول الطلب إذا لم يقدم المستندات والبيانات المنصوص عليها في المادتين 14 و16 من المشروع، أو قدمت ناقصة م 25.

ويصدر القاضي قراره برفض الطلب كذلك إذا لم تتوافر شروطه، أو تبين له أن الطلب قصد منه الإساءة للمدين م 2/25.

غير أن مشروع القانون الكويتي يربط بين إجراء إعادة الهيكلة وإشهار الإفلاس في

---

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن فيما عدا الطلبات التي تقدم من المدين، يجوز لمقدم الطلب أن يتنازل عنه في أي وقت قبل صدور قرار قاضي الإفلاس بالبت فيه. وفي حالة التنازل، يأمر القاضي بحفظ الطلب م22.

المادة م/111 التي تنص على أنه يجوز لقاضي الإفلاس بناء على طلب يقدم إليه خلال الفترة التي تلي التصديق على الخطة وقبل تنفيذها أن يقرر إنهاء إجراء إعادة الهيكلة في حالتين: الأولى هي عدم اكتمال شروط افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة أو كان من غير المتوقع تنفيذ الخطة، الثانية هي أن يطلب المدين افتتاح إجراءات إشهار الإفلاس. وفي الحالتين يجوز للقاضي أن يقرر افتتاح إجراءات إشهار الإفلاس م 112.

### القسم الثالث القوانين التي توسع من حالات تحول إعادة الهيكلة إلى إفلاس

يندرج تحت هذا القسم من القوانين، قانون الإفلاس البحريني، نجد أن دعوى المدين بافتتاح إجراءات إعادة التنظيم ترفع أمام المحكمة بالشروط المنصوص عليها في المادة 6 من القانون، ودعوى الدائن بافتتاح الإجراءات كذلك ترفع أمام المحكمة بالشروط المنصوص عليها في المادة 8. وبعد التأكد من توافر محتويات لائحة دعوى المدين م 12، أو دعوى الدائن م 14، إما أن توافق المحكمة على افتتاح إجراءات الإفلاس وخضوع المدين لإجراء إعادة التنظيم، أو توافق على خضوعه لإجراء التصفية م 18. وفي حالة اختيار إجراء إعادة التنظيم، فسوف تتبع المحكمة التنظيم الوارد في المادة 96 وما يليها والتي تبدأ بتعيين أمين إعادة التنظيم.

غير أن هذا القانون يجيز تحول إجراء إعادة التنظيم إلى إجراء التصفية في حالات

حددها المادة 138 والتي تتمثل في الآتي:

1- يجوز للمحكمة بناء على طلب أمين إعادة التنظيم أو لجنة الدائنين أو أي شخص له مصلحة في الدعوى أن تحول إجراء إعادة التنظيم إلى إجراء التصفية إذا قدرت أن التحول يحقق المصلحة الفضلى لأصول المدين. وعلى المحكمة أن تراعي في هذا القرار عدم توافر احتمال معقول على الموافقة على خطة إعادة التنظيم.

2- إذا لم تتم الموافقة على خطة إعادة التنظيم وفقا لأحكام هذا القانون.

3- إذا ما رفضت المحكمة المصادقة على خطة إعادة التنظيم.

4- إذا ما قررت المحكمة قبول الاعتراض على الموافقة على خطة إعادة التنظيم.

5- إذا ثبت أن المدين قد أجرى بعد تقديم طلب إعادة التنظيم تصرفات ضارة بالدائنين بسوء نية.

6- إذا ما أحل المدين إخلالاً جوهرياً ببند خطة إعادة التنظيم، أو إذا ما ثبت عجزه عن تنفيذها.

ومؤدى ذلك أن المشرع البحريني يتوسع كثيراً في الارتباط بين إجراء إعادة التنظيم وإجراء التصفية.

وقريب من هذا النهج الذي يوسع في حالات الارتباط بين الإجرائين، قانون الإفلاس الإماراتي. فوفقاً له، يقدم المدين أو الدائن طلب بافتتاح إجراءات الإفلاس والتي من بينها إعادة الهيكلة متضمناً البيانات والمستندات المطلوبة إلى المحكمة المواد من 68 إلى 72. ويجوز للمحكمة أن تقرر تعيين خبير لمساعدة المدين في تقييم وضعه المالي م 77 وتفصل المحكمة في الطلب دون خصومة خلال فترة 5 أيام، وفي حال قبول المحكمة الطلب تقوم بتعيين أمين ليقوم بالمهام المنصوص عليها في المواد من 88 إلى 96 من القانون.

ووفقاً للتعديل الذي تم على هذا القانون بالمرسوم رقم 23 لسنة 2019، فيجوز للمحكمة اختيار أحد أمرين بحسب حالة المدين:

1- إما أن تأمر بمباشرة إعادة الهيكلة وتكليف الأمين المعين لإعداد خطة إعادة هيكلة المدين وفقاً للفصل السابع من الباب الرابع، ولا تأمر المحكمة بإعادة هيكلة المدين إلا إذا تبين لها بأن المدين لديه الإمكانية والقدرة على الاستمرار في أعماله وسماع أقوال المدين م 1/98 و2.

2- أن ترفض الطلب ولها في هذه الحالة أن تحكم بإشهار إفلاس المدين وتصفية أمواله وفق الفصل الثاني عشر من الباب الرابع أيضاً.

وعلى غرار قانون الإفلاس البحريني، يتوسع المشرع الإماراتي في حالات تحول إجراء إعادة الهيكلة إلى إشهار إفلاس. فبالإضافة إلى الحالة السابقة التي تقدر

فيها المحكمة أن إجراء الإفلاس هو المناسب لحالة المدين في ضوء تقرير الأمين، هناك حالات أخرى يتحول فيها إجراء إعادة الهيكلة إلى إجراء التصفية وإشهار الإفلاس تتمثل في الآتي<sup>1</sup>:

1- في حال وفاة المدين أثناء إعادة الهيكلة، فيجوز للمحكمة إشهار افلاسه بناء على طلب من ذوي الشأن م 57.

2- إذا تقدم المدين بطلب إعادة الهيكلة بنفسه وتصرف بسوء نية، أو كان الطلب بهدف المماطلة والتهرب من الالتزامات م 2/124.

3- إذا كان إجراء إعادة الهيكلة غير ملائم للمدين م 3/124

4- إذا لم تتوافر أغلبية الدائنين المطلوبة للتصديق على خطة إعادة الهيكلة م 4/124.

5- إذا رفضت المحكمة خطة إعادة الهيكلة م 5/124.

6- إذا قضت المحكمة ببطلان أو فسخ خطة إعادة الهيكلة بناء على طلب ذوي المصلحة م 6/124.

---

<sup>1</sup> انظر في هذه الحالات بوجه عام، د. شريف محمد غنام، د. أحمد شعبان الطاير، مرجع سابق، ص 47 وما يليها.

## المبحث الثالث

### الآثار المترتبة على تقديم طلب إعادة الهيكلة

#### تقديم وتقسيم

متى تم تقديم طلب إعادة الهيكلة من صاحب الصفة في تقديمه مستوفياً البيانات المطلوبة ومرفقاً به المستندات التي نصت عليها القوانين محل الدراسة لبيان موقف المدين المالي، فإن موقف هذه القوانين يختلف في طريقة التعامل مع هذا الطلب. بيان ذلك، أنه من القوانين ما يتعامل مع هذا الطلب بشكل مستقل بحيث يعطي للمحكمة سلطة الفصل في الطلب والموافقة عليه أو رفضه بعيداً عن الإفلاس أو التصفية كما هو الحال في القانون العماني، والقانون المصري والنظام السعودي. واتجهت بعض القوانين إلى وضع تمهيد لإجراءات إعادة الهيكلة بإجراءات مشتركة تطبق على الإفلاس وإعادة الهيكلة في البداية، ثم تفرق بين الإجراءات بعد ذلك في حال الموافقة على إعادة الهيكلة، وهذا هو منهج القانون الإماراتي والقانون البحريني، ومشروع قانون الإفلاس الكويتي.

وفي جميع الحالات، فإن مجرد تقديم طلب إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم حسب الأحوال يترتب عليه عددًا من الآثار التي تترتب بمجرد تقديم طلب إعادة الهيكلة أو الإجراء المشترك في بعض القوانين كما أوضحنا في مقدمة المبحث.

وترتيباً على ذلك، سوف نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب نشير في الأول إلى

وقف الفصل في أي إجراء آخر بخلاف إعادة الهيكلة، ونوضح في الثاني فكرة إيداع مبلغ نقدي أو كفالة مصرفية لضمان مصروفات ونفقات الإجراء، ونحدد في الثالث من تعينه المحكمة لمساعدتها في تقييم الحالة المالية للمدين، ونذكر في الرابع التدابير التحفظية التي يمكن للمحكمة أن تتخذها للمحافظة على أموال المدين بدءًا من افتتاح الإجراءات ولحين الفصل فيه والتي من الممكن أن تمتد أكثر من ذلك.

## المطلب الأول

### وقف الفصل في أي إجراء آخر

متى تم تقديم طلب إعادة الهيكلة من جانب المدين أو الدائن، يتم وقف الفصل في أي طلب آخر يكون قد تم تقديمه سواء لإشهار إفلاس أو للتصفية أو وضع أموال المدين تحت الحراسة أو حتى إجراء إعادة هيكلة أخرى، أو أي إجراء من طبيعة إعادة الهيكلة كما هو الحال بالنسبة لإجراء الصلح الواقي من الإفلاس.

وهذا الأثر واضح في قانون الإفلاس العماني في نص المادة 2/7 و3 حيث تنص في البند الثاني على أنه " ويترتب على تقديم طلب إعادة الهيكلة وقف طلبي إشهار الإفلاس والصلح الواقي إلى حين انتهاء البت في طلب إعادة الهيكلة". أما في البند الثالث، فتتنص على أنه " ولا يجوز تقديم طلب آخر بإعادة الهيكلة إلا بعد مرور 3 ثلاثة أشهر من تاريخ رفض أو حفظ الطلب السابق". ومؤدى هذا النص الأخير أن تقديم طلب إعادة الهيكلة الأول يمنع من تقديم طلب جديد بإعادة الهيكلة إلى أن يرفض الأول أو يحفظ وتمر فترة 3 ثلاثة أشهر بعدها.

وقد تبني قانون الإفلاس المصري نفس الموقف حيث ينص في المادة 2/17 على أنه " ويترتب على تقديم طلب إعادة الهيكلة وقف طلبي شهر الإفلاس والصلح الواقي منه إلى حين انتهاء البت في طلب إعادة الهيكلة". كما ينص في الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه " ولا يجوز تقديم طلب آخر بإعادة الهيكلة إلا بعد مرور ثلاثة أشهر من رفض أو حفظ الطلب السابق".



وقد نص على نفس الأثر كذلك قانون الإفلاس البحريني في المادة 17 التي يجري نصها على أنه "توقف المحكمة النظر في طلبات البدء في إجراءات التصفية إلى حين الفصل في أي طلب مقدم إليها لبدء إجراءات إعادة التنظيم..".

ويتميز القانون البحريني في هذا الصدد بأنه في المادة 17 سالفه الذكر قد سمح للمحكمة عند نظرها طلب تصفية الشركة أن تقضي بإعادة التنظيم إذا كان هذا الإجراء يحقق تسوية أكثر ملاءمة للدائنين من التصفية أو كانت هناك مبررات اقتصادية لمواصلة المدين أعماله.

وينص على ذلك أيضاً مشروع قانون الإفلاس الكويتي في المادة 14 بنصها على أنه " ويترتب على تقديم الطلب وقف الدعاوى التي يكون موضوعها تصفية الشركة أو وضعها تحت الحراسة القضائية تعليقاً لحين البت فيه، وذلك ما لم يقرر قاضي الإفلاس غير ذلك".

ونفس الأمر في نظام الإفلاس السعودي، حيث ينص في المادة 2/42 على أنه " لا يجوز التقدم بطلب افتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي إذا كان سبق للمدين الخضوع إلى هذا الإجراء أو إجراء إعادة التنظيم المالي لصغار المدينين خلال الاثني عشر شهراً السابقة لطلب افتتاح الإجراء".

غير أن هذا النظام لم يتضمن النص الصريح على أن طلب إعادة الهيكلة يؤدي إلى منع تقديم طلبات أخرى كالتصفية أو التسوية الوقائية.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس الإماراتي، نجد أنه قد أجاز في المادة 1/75 تقديم طلب بافتتاح الإجراءات وفقاً للباب الرابع منه والمتضمن إعادة الهيكلة حتى لو كانت الشركة في حالة تصفية أو حكم بإبطالها واستمرت بصورة واقعية. وفي هذه الحالة، يترتب على تقديم طلب افتتاح الإجراءات وقف الفصل في أي طلب يكون موضوعه تصفية الشركة أو وضعها تحت الحراسة القضائية " م 2/75.

## المطلب الثاني إيداع مبلغ نقدي أو كفالة مصرفية

تختلف القوانين محل المقارنة في هذا البحث في معالجتها لمسألة إلزام المدين أو مقدم الطلب بدفع مبلغ من المال أو كفالة مصرفية عند تقديم الطلب لتغطية نفقات إجراءات إعادة الهيكلة، وكذلك في الجزاء المترتب على عدم استطاعة المدين دفع هذا المبلغ. وتحليل النصوص الواردة في هذه القوانين نجدها تنقسم إلى أربعة أقسام:

القسم الأول، يضم القوانين التي لا تنص صراحة على إلزام المدين أو مقدم الطلب بدفع مبلغ الأمانة أو الكفالة، ولكنها توقع جزاء عليه في حالة عدم سداده المصاريف والتكاليف التي تفرضها عليه المحكمة أثناء الإجراءات، وقد يكون هذا الجزاء متشدد يصل إلى درجة عدم قبول الطلب كلية.

وينتمي إلى هذا النوع من القوانين، قانون الإفلاس العماني والمصري. تفصيل ذلك أنه فيما يتعلق بقانون الإفلاس العماني، فإنه لم يتطلب لقبول الطلب ضرورة إن يودع المدين مبلغ مالي أو كفالة بقيمة مالية معينة، واكتفى فقط في المادة 8 بالنص على أن طلب إعادة الهيكلة يجب أن يكون مرفقاً به عدة مستندات منها ما يفيد أنه قد سدد الرسم المقرر للطلب. ويلاحظ على القانون العماني ما يلي:

1- أنه لم يحدد قيمة معينة من المبالغ يجب دفعها عند تقديم الطلب.

2- أنه نص في المادة 21 على أنه "يتعين على الدائرة المختصة حفظ طلب إعادة الهيكلة " إذا لم يتم التاجر المدين بالوفاء بالتكاليف والمصروفات اللازمة لإجراءات إعادة الهيكلة، ومن بينها أتعاب المعاون..". ويفهم بوضوح من النص أن المحكمة هي التي تقدر المصروفات اللازمة لإجراءات إعادة الهيكلة. وفي حال عدم قيام المدين بسداد هذه المصروفات، يجوز للمحكمة أن تحفظ طلبه وعندها تفشل محاولته كليه في إعادة هيكلة ديونه.

3- لم يبد القانون العماني أية مرونة للمدين في حال عدم تقديم قيمة التكاليف والمصروفات، ولم يفرق النص بين وجود سيولة لديه تمكنه من الدفع من عدمه. وكنا نفضل أن يستكمل المشرع العماني المنهج السليم الذي يتبعه بالنص على أنه يجوز للمحكمة أن تتجمل دفع التكاليف والمصروفات لحين وجود سيولة في أموال المدين، ويقتصر حفظ الطلب على حالة عدم وجود أصول تكفي لسداد المصروفات والتكاليف.

ونفس الوضع تمامًا في قانون الإفلاس المصري، فلم ينص صراحة على ضرورة إيداع مبلغ نقدي أو كفالة مصرفية عند تقديم الطلب، غير أنه نص في المادة 27/ج على أن قاضي الإفلاس يأمر بحفظ طلب إعادة الهيكلة إذا لم يتم التاجر بسداد التكاليف والمصروفات اللازمة لإجراءات إعادة الهيكلة ومن بينها أتعاب المعاون.

القسم الثاني، ويضم القوانين التي تنص وتلزم صراحة مقدم الطلب أن يدفع مبلغ أو كفالة مصرفية بقيمة معينة حددها النص. غير أن هذه القوانين لا ترتب جزاء عدم قبول الطلب في حال عدم إيداع المبلغ أو تقديم الكفالة، بل وتقدم مرونة في مسألة تقديم الطلب.

وينتمي إلى هذا النوع من القوانين، قانون الإفلاس الإماراتي، ومشروع قانون الإفلاس الكويتي. بيان ذلك، أنه بالنسبة لقانون الإفلاس الإماراتي، نجد أنه ينص في المادة 76 على ضرورة إيداع مبلغ من المال أو كفالة مصرفية لا تتجاوز قيمتها 20 عشرون ألف درهم على النحو وفي التاريخين اللذين تقرهما المحكمة. وقد أوضح المشرع الإماراتي الهدف من هذا المبلغ وهذه الكفالة في النص ذاته وهو يتمثل في تغطية نفقات وتكاليف الإجراءات الأولية للفصل في الطلب.

ويلاحظ على القانون الإماراتي في هذا الصدد ما يلي:

1- أنه استثنى الطلبات التي تقدمها النيابة العامة من دفع مبلغ المال أو الكفالة، ومن ثم يلتزم المدين والدائن والجهة الرقابية للمدين بدفع هذه المبالغ. ومع أن المشرع الإماراتي قد أعفى النيابة العامة من دفع هذه المبالغ، فلم يحدد من يتحملها في حالة طلب النيابة ذلك. ونميل في هذا الصدد مع ما يقوله بعض الفقه من أن المدين هو الذي يتحمل دفع هذه المبالغ بعد أن تسدد من خزانة المحكمة، ويكون لهذه النفقات الامتياز في التحصيل على أية ديون أخرى<sup>52</sup>.

2- أنه يجيز للمحكمة تأجيل إيداع المبلغ أو الكفالة في حال كون مقدم الطلب لا تتوافر لديه السيولة اللازمة.

3- أنه لا ينص القانون على جزاء عدم قبول الطلب بسبب عدم إيداع المبلغ أو الكفالة من جانب مقدم الطلب، وذلك بخلاف الحال عند تقديم الطلب دون تقديم الوثائق والمستندات المطلوبة أو قدمها ناقصة كما تنص المادة 79 من القانون ذاته.

والأمر هو نفسه بالنسبة لمشروع قانون الإفلاس الكويتي حيث ينص في المادة 19 منه على أنه "فيما عدا الطلبات المقدمة من الجهات الرقابية، يجب على مقدم الطلب ان يودع لدى خزانة المحكمة مبلغا من المال أو كفالة مصرفية تحددهما اللائحة التنفيذية، على أساس اجمالي ديون المدين او اصوله في تاريخ تقديم الطلب او اجمالي ديون الدائن مقدم الطلب إذا كان الطلب مقدما من دائن، ويجوز لرئيس ادارة الافلاس ان يقرر ايداع مبلغ اقل وفقا لما يراه ملائماً بهذا الشأن". ويلاحظ على هذا النص ما يلي:

1- أنه لم يحدد مبلغ المال أو مبلغ الكفالة إلا أنه قد أحال إلى اللائحة التنفيذية التي سوف تصدر بعد صدور القانون لتحديد هذا المبلغ.

2- أعفى المشرع الكويتي الجهات الرقابية على المدين من دفع المبلغ في حال قدمت هي طلب إعادة الهيكلة. والجدير بالذكر أن الطلبات تقدم وفق أحكام هذا

القانون من المدين ومن الجهة الرقابية له فقط م 16. ومؤدى ذلك أن المدين فقط هو الملزم بتقديم مبلغ المال المطلوب دفعه. وقد بينت المادة الأولى من المشروع المقصود بالجهة الرقابية بأنها البنك المركزي أو هيئة أسواق المال أو وزارة التجارة والصناعة.

3- ينص المشروع في الفقرة 3 من المادة 19 على جواز تأجيل إيداع المبلغ أو الكفالة في حال عدم توافر السيولة اللازمة لدى المدين في تاريخ تقديم الطلب، أو أن الإجراءات لا تحتاج إلى أي مصاريف.

4- لم يقرر مشروع القانون جزاء على عدم تقديم المدين المبلغ المطلوب منه.

**القسم الثالث، ويمثله قانون الإفلاس البحريني** باعتباره قد نص صراحة في المادة 15 منه على ضرورة إيداع أمانة مالية تقدرها المحكمة لتغطية نفقات ورسوم وتكاليف إدارة الإفلاس، ولكنه لم يضع جزاءً على عدم إيداع الأمانة، ونفس الأمر في المادة 16/ج. ويلاحظ على هذا القانون ما يلي:

1- أنه لم يحدد مقدار معين للأمانة المالية التي يجب سدادها للمحكمة، وإنما ترك تعيين مقدارها للمحكمة.

2- أجاز تأجيل إيداع الأمانة أو الإعفاء منها في الأحوال الملجئة التي تقدرها أو في حالة عدم توافر السيولة اللازمة لإيداع الأمانة وقت تقديم الطلب.

3- أجاز النص استرداد المودع مبلغ الأمانة من أصول التفليسة إذا وافقت المحكمة على طلب افتتاح إجراءات الإفلاس، وكانت هناك أموال كافية من أصول التفليسة، ويعتبر استرداد المبلغ مطالبة إدارية.

4- لا يربط المشرع البحريني بين مبلغ الأمانة وبين دعوى الإفلاس، ومن ثم لا يجيز رفض دعوى الإفلاس بسبب عدم إيداع المبلغ في خزينة المحكمة.

**القسم الرابع:** ويمثله نظام الإفلاس السعودي الذي لم يتضمن أي نص يلزم مقدم الطلب سواء المدين أو الدائن أو الجهة المختصة بتقديم مبالغ مالية مع تقديم طلب إعادة التنظيم، ولكنه قد نص في المادة 55 من القانون على أن اللائحة التنفيذية للقانون تحدد أتعاب الأمين والخبير والمصروفات ذات العلاقة. ويلاحظ على النظام السعودي ما يلي:

1- أنه تنفيذاً للإحالة الواردة في المادة 55 إلى اللائحة التنفيذية، تنص المادة 19 من هذه اللائحة على أن " تدفع مصروفات إجراءات الإفلاس من أصول التفليسة، ما لم يثبت تعد أو تفريط". وعملاً بهذا النص، فإن المدين هو المكلف بدفع هذه المصروفات مع أن الطلب ممكن أن يقدمه المدين أو الدائن أو الجهة المختصة وفق ما تنص عليه المادة 42 من النظام.

2- لم يتضمن النظام السعودي جزاء يوقع على مقدم الطلب حال عدم إيداعه المبلغ أو الكفالة، كما أن المادة 87 التي تحدد الحالات التي ينتهي فيها إجراء



إعادة التنظيم قد جاءت خالية من أي إشارة إلى إنهاء الإجراء بسبب عدم تقديم  
مبالغ مالية لازمة لتغطية نفقات ومصروفات الإجراء.

## المطلب الثالث

### تعيين من يعاون المحكمة في تقييم حالة المدين المالية

تتفق القوانين محل الدراسة أنه بعد قيد وتسجيل طلب إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم المالي، تقوم المحكمة أو الجهة المختصة بفحص الطلب بتعيين من يعاونها في تحديد الموقف المالي للمدين بوضع تقرير مفصل عنه، وذلك حتى تتخذ قرارها بالموافقة على طلب افتتاح الإجراء أو رفضه. ولهذا، فهذا الشخص أو اللجنة التي يتم تعيينها في هذه المرحلة الهدف منها مساعدة المحكمة ومعاونتها في الوقوف على مدى حقيقة موقف المدين<sup>1</sup>.

وهذا الأثر منصوص عليه في قانون الإفلاس العماني في المادة 11 التي تنص على أن الدائرة المختصة لها أن تستعين في مرحلة الوساطة بين الطرفين بخبير أو أكثر من الخبراء المقيدين في الجدول مع تكليف أي من طرفي النزاع بسداد أتعابه. وبالإضافة إلى الخبير، تنص المادة 14 من القانون على أنه يجوز للدائرة المختصة في مرحلة الوساطة بين الطرفين كذلك، ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال أن تشكل لجنة تسمى " لجنة إعادة الهيكلة"، وهي لجنة مكونة من الخبراء المقيدين في جدول الخبراء. وتقدم اللجنة تقرير إلى الدائرة المختصة أو المحكمة حول سبب اضطراب المدين، وجدوى إعادة الهيكلة له، والخطة المقترحة لذلك.

<sup>1</sup> د. جمال عبد العزيز عمر العثمان، مرجع سابق، ص 203.

وبهذا يكون من حق الدائرة المختصة إما أن تعين خبير أو أكثر في مرحلة الوساطة أو لجنة إعادة التنظيم، وكلاهما في هذه المرحلة، وكلاهما معاون ومساعد للمحكمة.

ويتطابق نهج المشرع العماني السابق مع نهج المشرع المصري، حيث تنص المادة 8 من هذا الأخير على أنه يجوز للقاضي الإفلاس الاستعانة بمن يراه لازماً لاستكمال إجراءات الوساطة بما في ذلك خبراء لجنة إعادة الهيكلة وله تكليف أي من طرفي النزاع بسداد أمانة الخبير. هذا بالإضافة إلى أن المادة 14 من القانون تجيز للقاضي المختص في أي مرحلة يكون عليها النزاع بما في ذلك بطبيعة الحال مرحلة الوساطة أن تشكل لجنة تسمى " إعادة الهيكلة"، وهي مكونة من الخبراء المقيدون في جدول الخبراء. وتختص هذه اللجنة بوضع خطة إعادة الهيكلة وإدارة أصول التاجر، وتقييمها بالإضافة إلى ما تكلف به من أعمال أخرى.

وعلى صعيد قانون الإفلاس البحريني، نجد أن المادة 34 منه تجيز للمحكمة تعيين أمين تقليسية مؤقت قبل البت في طلب افتتاح إجراءات الإفلاس، ومنها إجراءات إعادة التنظيم كما تنص المادة 1 من هذا القانون. وقد بينت المادة 34 سالفه الذكر الهدف من تعيين أمين التقليسية المؤقت بأنه التحقق من حالة المدين المالية وأسباب اضطرابها، إذا لم تطمئن المحكمة بقدر كاف لصحة البيانات والمعلومات المقدمة إليها. كما أنه يجوز لها أن تكلفه بمهمة المحافظة على أصول التقليسية وإدارة أعمال المدين أو الإشراف عليها مؤقتاً. ويستمر أمين التقليسية المؤقت في عمله

لحين الفصل في طلب افتتاح الإجراءات ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك.

والأمر هو نفسه في قانون الإفلاس الإماراتي الذي ينص في المادة 77 على أن " للمحكمة أن تقرر تعيين خبير من الخبراء المقيدين في جدول الخبراء أو من خارجه إذا لم تجد المحكمة من لديه الخبرة المطلوبة، وذلك لمساعدتها في تقييم وضع المدين..". وعملاً بنص المادة 1/73- هـ يجب أن يقدم طلب إعادة الهيكلة من المدين أو من الجهة الرقابية المختصة إلى المحكمة مبيناً فيه أسباب الطلب ويرفق معه الوثائق الآتية: "هـ - تسمية أمين يرشحه المدين لتولي الإجراءات وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون".

وتطبيقاً لهذه النصوص، قضت محكمة أبو ظبي الابتدائية في حكمها الصادر في يناير 2018 " حكمت المحكمة تمهيداً بنذب أحد الخبراء المحاسبين من بين الخبراء الذين تم تسميتهم وفق البند 1/هـ من المادة 73 من المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 2016 من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المقيدين في جدول خبراء دائرة القضاء بأبو ظبي وذلك لتقييم وضع الشركة المدينة من حيث إيراداتها ومصروفاتها اللازمة وحجم الديون التي على عاتقها وحجم المبالغ التي تستحق لها وبيان ما إذا كانت تلك الشركات في وضعية دائنة أو مدينة وعلى الخبير إعداد تقرير عن الوضع المالي للشركات المدينة على أن يتضمن رأيه بياناً بإمكانية إعادة

الهيكلية للشركات المدينة من عدمه" <sup>1</sup>.

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لنظام الإفلاس السعودي ومشروع قانون الإفلاس الكويتي حيث لم ينص على ضرورة تعيين خبير قبل الفصل في طلب إفتتاح الإجراءات. بيان ذلك، أنه بالنسبة لنظام الإفلاس السعودي، نجد أنه لم ينص على سلطة المحكمة في تعيين خبير أو لجنة خبراء تقوم بوضع تقرير مفصل عن حالة المدين قبل الحكم بافتتاح إجراءات إعادة التنظيم، وكذلك لم تتضمن اللائحة التنفيذية نصًا يجيز ذلك، وذلك بخلاف الحال بالنسبة لحكمها الصادر بافتتاح الإجراءات حيث تنص المادة 50 على أن هذا الحكم يتعين أن يتضمن تعيين أمين من الأمناء المدرجين بقائمة أمناء الإفلاس.

والأمر كذلك بالنسبة لمشروع قانون الإفلاس الكويتي حيث إنه قبل افتتاح إجراءات إعادة الهيكلية لا يتضمن أي نص يجيز للمحكمة أن تعين أمينًا أو أكثر لمعاونتها في تحديد الحالة المالية للمدين، وذلك بخلاف حكمها الصادر بافتتاح الإجراءات حيث يكون تعيين الأمين إجباريًا م 28.

---

<sup>1</sup> المحكمة الابتدائية بأبوظبي، الدائرة التجارية الكلية، دائرة الإفلاس، الحكم الصادر بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بتاريخ 11 جمادى الأولى 1439 هـ، الموافق 2018/01/28م.

## المطلب الرابع

### اتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموال المدين

لا يتفق نهج القوانين محل المقارنة في هذا البحث في معالجة مسألة التدابير أو الإجراءات التحفظية التي تتخذها المحكمة أو الجهة التي تنظر الطلب للحفاظ على أموال المدين وعدم الإضرار بدائنيه. ويمكن تقسيم هذه القوانين في هذا الصدد إلى قسمين:

**القسم الأول:** ويضم القوانين التي لا تنص صراحة على سلطة المحكمة في اتخاذ هذه التدابير. ويندرج ضمن هذا القسم، قانون الإفلاس العماني حيث لم ينص صراحة على سلطة المحكمة في الأمر باتخاذ هذه الإجراءات عند نظرها طلب إعادة الهيكلة. والجدير بالذكر أن هذا القانون قد نص على سلطة المحكمة في اتخاذ هذه الإجراءات في إجراء الصلح الواقي من الإفلاس حيث تنص المادة 30 على أنه " للمحكمة التي تنتظر في طلب الصلح الواقي من الإفلاس أن تأمر باتخاذ التدابير التحفظية على أموال التاجر المدين إلى حين الفصل في الطلب...". ونص على ذلك أيضًا في إجراء الإفلاس في المادة 76 من القانون ذاته.

ونفس النهج اتبعه قانون الإفلاس المصري حيث لا يتضمن نصًا عامًا يسمح للمحكمة باتخاذ التدابير والإجراءات التحفظية للمحافظة على أموال المدين لحين البت في طلب إعادة الهيكلة مع أنه يتضمن النص على ذلك بالنسبة للصلح الواقي من الإفلاس في المادة 37 منه. كما أنه ينص على سلطة المحكمة في اتخاذ هذه

التدابير في إجراء الإفلاس وذلك في المادة 82 منه.

ويندرج في هذا القسم كذلك، نظام الإفلاس السعودي. بيان ذلك أن هذا النظام لم يتضمن نصًا عامًا يجيز للمحكمة اتخاذ هذه الإجراءات عند نظرها طلب إعادة التنظيم، بيد أنه يتضمن النص على إجراء وحيد هو استدعاء من لديه معلومات أو وثائق ذات صلة بطلب افتتاح إجراءات إعادة التنظيم المالي لحضوره جلسة النظر فيه م 48. ويجب على المستدعي تزويد المحكمة بما تطلبه من معلومات أو وثائق خلال المدة التي تحددها

**القسم الثاني،** ويضم القوانين التي تنص صراحة على سلطة المحكمة في الأمر باتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة للمحافظة على أموال المدين. ويندرج قانون الإفلاس البحريني ضمن هذا القسم من القوانين. تفصيل ذلك أن هذا القانون قد نص في المادة 16 من هذا القانون تحت عنوان " التدابير المؤقتة قبل الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس على أنه "يجوز للمحكمة بناء على طلب المدين أو الدائن أو أي طرف له مصلحة في الدعوى أن تتخذ تدابير مؤقتة قبل الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس، وذلك إذا كانت تلك التدابير ضرورية لحماية أموال المدين أو مصالح الدائنين...".

ويلاحظ على هذا القانون أنه أسهب في عرض أمثلة هذه التدابير وتلك الإجراءات وذكر منها فرض قيود مؤقتة على المدين في إدارة أعماله وتسيير

منشأته، وإسناد إدارة أعمال المدين وتسيير منشأته إلى أمين تقليسة مؤقت أو أي شخص مناسب، أو أية تدابير أخرى تقدرها المحكمة.

ويندرج في هذا القسم من القوانين كذلك، مشروع قانون الإفلاس الكويتي، حيث نجده ينتهج نهجاً آخر يتمثل في النص الصريح العام على سلطة دائرة الإفلاس في إتخاذ أي من التدابير التحفظية على أموال المدين عند نظرها طلب إعادة الهيكلة بناء على طلب يقدم إليها من الجهة الرقابية للمدين ومن كل ذي صفة سواء المدين أو الدائن م 26. وقد ذكر مشروع القانون أمثلة للتدابير التي يمكن أن تتخذها دائرة الإفلاس منها: "وضع الأختام على مقر أعمال المدين، وتعيين أمين مؤقت لإدارة أمواله، أو وضع قيود عليه في التصرف في أمواله، أو منعه ، وأي من اعضاء مجلس ادارته او مدرائه من السفر خلال فترة معينة او حتى تحقق امر معين".



## المبحث الرابع فحص الطلب ونتيجته

### تقديم وتقسيم

متى تم تقديم طلب إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم المالي إلى المحكمة أو الجهة المختصة بنظره، وتأكدت الجهة مستملة الطلب من توافر الشروط الشكلية لتقديم الطلب، فإنها تنتقل إلى المرحلة الثانية وهي النظر في الطلب للوصول إلى الموافقة على افتتاح الإجراء وتكملة المسائل الإجرائية له أو رفض افتتاح الإجراء. فإذا انتهت المحكمة إلى رفض افتتاح الإجراءات، فيكون من حق مقدم الطلب الطعن في قرار المحكمة في بعض القوانين محل المقارنة في هذا البحث، أو عدم تمكنه من ذلك في بعض القوانين الأخرى بحسب ما إذا كان القانون يجيز الطعن في قرارات المحكمة من عدمه، على النحو الذي سنوضحه في هذا المبحث. كما أن القوانين تختلف في تحديدها للمدة التي تستغرقها عملية فحص الطلب، والأسباب التي تؤدي إلى رفض افتتاح الإجراء.

وبناء على ذلك، سوف نبين المسائل المرتبطة بعملية فحص الطلب من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نبين في الأول مدة فحص الطلب، ونحدد في الثاني الحالات التي يجوز فيها رفض طلب إعادة الهيكلة، ونوضح في الثالث مدى جواز الطعن في القرار الصادر في رفض أو قبول افتتاح إجراء إعادة الهيكلة.

## المطلب الأول مدة فحص الطلب

عملاً بنص المادة 10 من في قانون الإفلاس العماني، تتولى الدائرة المختصة فحص طلبات إعادة الهيكلة واستيفاء مستندات الطلبات وتحضيرها وإعداد مذكرة بطلبات الخصوم وأسانيدهم خلال مدة لا تتجاوز 60 يوماً من تاريخ قيد الطلب. ومؤدى ذلك أن مدة السنتين يوماً المشار إليها في النص مخصصة لكل الإجراءات السابقة على عملية الوساطة التي سوف تتم بين الأطراف وفقاً للمادة 11 من القانون. أما المدة اللازمة لعملية الوساطة ذاتها، فلم يحدد لها المشرع العماني مدة معينة.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا انتهت الوساطة إلى تسوية بين الأطراف، تنتهي إجراءات إعادة الهيكلة برفع اتفاق التسوية إلى المحكمة لاعتماده وفقاً لما نصت عليه المادة 12 من القانون. وفي هذا الغرض، لم يحدد المشرع كذلك مدة معينة تعتمد فيه المحكمة اتفاق التسوية.

أما في حالة عدم اتمام التسوية بين الطرفين عن طريق الدائرة المختصة، في هذا الغرض يعتبر طلب إعادة الهيكلة مرفوضاً من الدائرة، يجوز لصاحب الشأن الطعن على هذا القرار خلال 15 يوم من تاريخ إبلاغه برفض الطلب. وقد ألزم المشرع العماني المحكمة بأن تفصل في الطعن خلال 7 أيام من تاريخ الإحالة إليها. وسواء كان قرار المحكمة بالرفض أو بالقبول، فلا يجيز القانون العماني الطعن

فيه؛ على إعتبره قراراً نهائياً.

ويجيز القانون كذلك للدائرة المختصة أثناء عملية الوساطة أن تستعين بلجنة إعادة الهيكلة من الخبراء المقيدون في الجدول لكي تضع خطة إعادة الهيكلة، وتقوم اللجنة برفع تقريرها إلى الدائرة، وتحيل الدائرة هذا التقرير إلى المحكمة متضمنًا الخطة. غير أن المشرع لم يحدد مدة معينة لعمل اللجنة يجب أن ترفع فيه تقريرها.

أما في قانون الإفلاس البحريني، فإنه وفقاً للمادة 7 منه، على المحكمة أن تتأكد وتحقق من توافر مستندات وبيانات الطلب المقدم من المدين قبل الفصل فيه، ثم تصدر قرارها بالموافقة أو الرفض خلال 5 أيام عمل من خلال ظاهر الأوراق دون فحص معمق. وفي حالة الموافقة، تصدر قراراً مؤقتاً بافتتاح إجراءات الإفلاس. أما في حالة عدم استيفاء لائحة الدعوى المتطلبات المنصوص عليها في القانون، فتعلن المدين بأوجه النقص وتحدد له مدة معينة لاستكمالها. وفي حالة فشله في ذلك، لها أن تصدر حكمها في الدعوى بحالتها أو ترفض الطلب، أو تستصدر القرار الذي تصوبه م 7/ج. ويجوز للدائن أن يعترض أمام المحكمة على قرارها بقبول طلب المدين بافتتاح الإجراءات خلال 30 يوماً من تاريخ افتتاح إجراءات الإفلاس، وإلا كان قرار المحكمة بافتتاح الإجراءات نهائياً.

أما في حالة دعوى الدائن بافتتاح الإجراءات، فقد أجازت المادة 9 من القانون

للمدين الاعتراض على هذه الدعوى خلال 15 يوم من إعلانه بالدعوى أو خلال المدة التي تحددها المحكمة. وفي حال تقديم الاعتراض في الميعاد، تحدد المحكمة جلسة استماع لرأي المدين والدائنين الذين رفعوا الدعوى. وفي النهاية، تقرر المحكمة قبول أو رفض الدعوى إذا تحققت أسباب الرفض والقبول المنصوص عليها في القانون.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس الإماراتي، فإن المحكمة تفصل في طلب افتتاح الإجراءات وفقاً للباب الرابع من القانون المتضمن إعادة الهيكلة والإفلاس دون خصومة خلال فترة 5 أيام عمل من تاريخ تقديم الطلب مستوفياً لشروطه، أو من إيداع تقرير الخبير حسب مقتضى الحال م 1/78. وقرار المحكمة إما أن يكون بقبول الطلب وإصدار أمر بافتتاح الإجراءات م 2/78، أو برفض الطلب إذا لم تقدم الوثائق والبيانات المنصوص عليها في القانون، أو قدمت ناقصة م 79. وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة 3 من المادة 73 من القانون ذاته تنص على أنه إذا وجدت المحكمة أن الوثائق المقدمة من المدين لا تكفي للبت في الطلب، فلها أن تمنحه أجلاً لتزويدها بأية بيانات أو مستندات إضافية تأييداً لطلبه.

أما فيما يتعلق بقانون الإفلاس المصري، فإنه وفقاً للمادة 5 منه يجب عرض أية طلبات ينص عليها في هذا القانون إلى رئيس إدارة الإفلاس، ويقوم بعرضها على قضاة الإفلاس لاتخاذ إجراء الوساطة بين الطرفين، وقد حدد لهم المشرع مدة 30 يوماً من تاريخ تقديم الطلب لإنهاء عملية الوساطة. ولرئيس إدارة الإفلاس مد هذه

المدة لمدد مماثلة، ولمرة واحدة فقط. وإما أن تنتهي الوساطة بالتسوية بين الطرفين، ويصدر قاضي الإفلاس قرارًا باعتماد التسوية ومنحها قوة السند التنفيذي م 9، أو برفض الطلب وتحديد جلسه لنظره أمام المحكمة المختصة م 10.

ويجوز للقاضي أن يستعين بلجنة من الخبراء المقدمين بجدول الخبراء تسمى " لجنة إعادة الهيكلة" وتختص بوضع خطة إعادة الهيكلة وإدارة أصول المدين التاجر وتقييمها م 14. وقد ألزم المشرع اللجنة حال تعيينها أن تقدم تقريراً إلى قاضي الإفلاس خلال 3 أشهر من تاريخ تقديم الطلب متضمناً رأياً عن سبب اضطراب أعمال التاجر م 20.

والجدير بالذكر أن قرارات قاضي الإفلاس في قانون الإفلاس المصري نهائية ولا يجوز الطعن عليها، ما لم يص القانون على خلاف ذلك، أو كان القرار مما يجاوز اختصاصه، ويكون الطعن في هذه الحالة أمام المحكمة المختصة خلال 10 أيام من تاريخ صدور القرار م 12.

وفي نظام الإفلاس السعودي، نجد أن المادة 2/47 تنص على المحكمة أن تحدد موعداً للنظر في طلب افتتاح الإجراء على أن يكون الموعد خلال 40 يوماً من تاريخ قيد الطلب. وعلى المحكمة أن تبلغ مقدم الطلب بموعد الجلسة خلال 5 أيام من تاريخ قيد الطلب. ويتضح من النص أن المنظم السعودي قد حدد مدة إجمالية يتم فيها الفصل في طلب إعادة التنظيم وهي مدة 40 يوماً، خلال هذه المدة ألزم

المحكمة بأن تبلغ المدين بموعد الجلسة خلال 5 أيام من تاريخ قيد الطلب، ومؤدى ذلك أن أول جلسة لنظر الطلب ستكون بعد 5 أيام من تاريخ قيد الطلب.

وخلال فترة الأربعين يومًا، سيكون قرار المحكمة إما بالموافقة على افتتاح الإجراء أو برفض الطلب في الحالات المشار إليها في المادة 47 من النظام.

أما مشروع قانون الإفلاس الكويتي، فقد نص في المادة 21 منه على أنه تقوم إدارة الإفلاس بإخطار المدين بالطلب خلال 3 أيام عمل من تاريخ تقديمه إذا كان مقدمًا من غيره، وفي هذه الحالة يجب أن يقدم المدين رده على الطلب خلال 10 أيام من تاريخ إخطاره. وفي حال طلب قاضي الإفلاس بعض المستندات والبيانات من المدين، وحدد له مدة معينة يقدمها فيها، وجب عليه الالتزام بهذه المدة. غير أن مشروع القانون لم يضع حد أقصى لهذه المدة، وترك الأمر لتقدير المحكمة.

وبيت قاضي الإفلاس في الطلب المقدم منه خلال 5 أيام عمل من تاريخ انتهاء المدة المحددة للرد عليه، ويجوز له كذلك أن يبيت في الطلب خلال موعد اقصاه خمسة أيام عمل من تاريخ تقديمه م 1/24. ويكون قرار القاضي بافتتاح الإجراءات وفقًا لما يراه محققًا لمصلحة المدين والعاملين لديه والدائنين م 2/24 أو يرفض الطلب إذا توافرت سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 25 من المشروع.

## المطلب الثاني

### حالات رفض طلب إعادة الهيكلة

تقترب كثيرًا القوانين محل المقارنة في هذا البحث من بيانها ومعالجتها للحالات التي يتم فيها رفض طلب إعادة الهيكلة؛ فمن ناحية قانون الإفلاس العماني، نجد أنه يحدد في المادة 21 خمسة أسباب لذلك، بالإضافة إلى السبب المذكور في المادة 13 المتعلق بعدم التوصل إلى التسوية بين المدين ودائنيه.

والأسباب المينة في المادة 21 تتمثل في الآتي:

1- إذا تعذر الاتفاق على خطة إعادة الهيكلة مع الدائنين.

2- إذا لم يرفق التاجر بطلبه المعلومات والمستندات المبينه في المادة 8 من القانون، أو تلك التي كلفته المحكمة بتقديمها خلال الأجل الذي حدد لذلك.

3- إذا لم يقم التاجر المدين بالوفاء بالتكاليف والمصروفات اللازمة لإجراءات إعادة الهيكلة ومن بينها أتعاب المعاون، أو إذا تبين أن موجوداته لا تكفي للوفاء بها.

4- زوال الأسباب التي دعت التاجر المدين إلى التقدم بطلب إعادة الهيكلة.

5- إذا كانت إجراءات إعادة الهيكلة غير ملائمة للتاجر المدين استنادًا إلى البيانات والمستندات المقدمة مع الطلب، أو استنادًا إلى التقرير الذي تعده لجنة إعادة

## الهيئة.

ونفس الأمر تقريبًا في قانون الإفلاس المصري، حيث تنص المادة 27 على عدة أسباب. غير أن هذه المادة تبدأ بعبارة "استثناء من حكم المادة 10...". وبالرجوع إلى هذه المادة نجدها تنص على أنه إذا لم يتم التوصل إلى تسوية بين الأطراف، يرفض قاضي الإفلاس الطلب ويحدد له جلسة أمام المحكمة المختصة..". وفي ذلك يختلف القانون المصري عن القانون العماني حيث إن في هذا الأخير إذا تم رفض التسوية من الأطراف تقوم الدائرة المختصة بحفظ الطلب فقط ولا تقوم برفع الأمر إلى المحكمة بتحديد جلسة، ولكنها تمنح كل ذي مصلحة الحق في الطعن على هذا القرار القاضي بالرفض، وذلك حسبما تنص المادة 13 من هذا القانون.

أما الأسباب التي وردت في المادة 27 فهي تتمثل في الآتي:

- 1- إذا تعذر الاتفاق على خطة إعادة الهيكلة.
- 2- إذا لم يوفق التاجر بطلبه المعلومات أو المستندات المبينة سلفًا أو التي كلف بتقديمها خلال الأجل الذي حدد لذلك.
- 3- إذا لم يقيم التاجر بسداد التكاليف والمصروفات اللازمة لإجراءات إعادة الهيكلة ومن بنيتها أتعاب المعاون أو إذا تبين أن موجوداته لا تكفي لسدادها.
- 4- زوال الأسباب التي دعت التاجر إلى التقدم بطلب إعادة الهيكلة.



5- إذا كانت إجراءات إعادة الهيكلة غير ملائمة للتاجر استنادًا إلى البيانات والمستندات المقدمة مع الطلب أو استنادًا إلى التقرير الذي تعده لجنة إعادة الهيكلة.

6- إذا لم يتفق جميع الورثة على إعادة الهيكلة.

أما نظام الإفلاس السعودي، فقد قصر رفض الطلب على حالات معينة بينها المادة 2/47-ب، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

1- إذا كان الطلب غير مستوف للمتطلبات النظامية أو غير مكتمل دن مسوغ مقبول. هذا بالإضافة إلى أن الفقرة ج من النص تجيز للمحكمة أن تؤجل الجلسة لمدة لا تزيد على 21 يوم لتقديم أي معلومة أو وثيقة إضافية تطلبها المحكمة.

2- إذا تصرف مقدم الطلب بسوء نية أو ارتكب أيًا من الأفعال المجرمة في النظام.

وفيما يتعلق بمشروع قانون الإفلاس الكويتي، فقد نص في المادة 22 منه على أنه يجوز لمقدم الطلب أن يتنازل عنه في أي وقت قبل صدور قرار الإفلاس بالبت فيه، أو اتخاذ دائرة الإفلاس أي إجراء تحفظي بشأنه. وفي هذه الحالة، يصدر قاضي الإفلاس قراره بحفظ الطلب ما لم يكن شخص آخر من الأشخاص الذين يجوز لهم تقديم طلب وفقا لهذا القانون قد تقدم بطلب آخر او قدم مذكرة برده على الطلب ابدى فيها رغبته في السير في الاجراءات. وبالإضافة إلى هذا السبب

الذي يجعل قاضي الإفلاس يحفظ الطلب، عدت المادة 25 من المشروع حالات أخرى يجوز فيها لقاضي الإفلاس رفض الطلب. وتتمثل هذه الحالات في الآتي:

1- إذا لم يتم تقديم المستندات والبيانات المنصوص عليها في المادتين 14، 16 من هذا القانون، أو إذا قدمت ناقصة دون مسوغ، وذلك ما لم يقرر قبول الطلب وفق الشروط التي يراها مناسبة.

2- إذا لم تتوفر في الطلب شروطه.

3- إذا تبين للقاضي أن طلب إعادة الهيكلة لم يقصد به سوى الاساءة للمدين. وفي هذه الحالة يجوز للمدين ولكل من لحقه ضرر من الطلب ان يطلب تعويضا عما اصابه من ضرر، وتقام دعوى المسؤولية امام دائرة الإفلاس.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس البحريني، فنجد أنه يحدد في المادة 31 الحالات التي يجوز فيها للمحكمة بناء على طلب أمين التقليسة أو لجنة الدائنين أو أي طرف له مصلحة في الدعوى رفض طلب افتتاح الإجراءات، وهي تتمثل في الآتي:

1- إذا كان رفض الدعوى يحقق أفضل مصلحة لكل من المدين ودائنيه.

2- إذا كانت الدعوى لن تحقق غرضا مشروعاً للإفلاس.

3- إذا تبين أن قرار الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس قد صدر مخالفاً لأحكام المواد 6 و7 و8 و9 و10 من هذا القانون. وتحدد هذه المواد شروط قبول

طلب افتتاح إجراءات الإفلاس، وتبين المستندات التي يجب أن تلحق بالطلب.

ونفس الأمر في قانون الإفلاس الإماراتي، حيث تقضي المادة 77 من القانون على أن " تقضي المحكمة بعدم قبول الطلب إذا لم يتم تقديم الوثائق والبيانات المنصوص عليها في المادتين 73 و74 من هذا المرسوم بقانون، أو إنقذمت ناقصة دون مسوغ، وذلك ما لم تقرر المحكمة قبول الطلب وفق الشروط التي تراها مناسبة مراعاة لمصلحة الدائنين".

وعملًا بهذا النص، فإن طلب افتتاح الإجراءات المقدم من المدين أو الجهة الرقابية له، يجب أن يرفق به المستندات والأوراق المنصوص عليه في المادة 73 من المرسوم، وإلا كان الطلب غير مقبول.

وتطبيقًا لذلك، قضت المحكمة الابتدائية بأبو ظبي برفض طلب افتتاح إجراءات الإفلاس في الحكم الصادر في أغسطس 2019 بسبب نقص في البيانات والمستندات المرفقة بالطلب، وتقول المحكمة في ذلك " وحيث إن الطالب بصفته الشريك المدير عن الشركة المدينة -لا تخضع إلى جهة رقابية- التقدم بطلب افتتاح إجراءات إشهار الإفلاس إلا أنه لم يرفع تقديم المستندات المشروطة في المادة 73 من المرسوم بقانون باللغة العربية ومنها صورة عن الدفاتر التجارية أو البيانات المالية المتعلقة بأعمال المدين عن السنة المالية السابقة على تقديم الطلب وتقرير صادر عن الجهة المختصة بالمعلومات الائتمانية بالدولة، وقرار الجمعية

العمومية باجتماع غير عادي بتحويل مقدم الطلب بتقديمه، وتسمية أمين يرشحه  
المدين..... على نحو يتخلف معه الشروط اللازمة لقبول الطلب المائل إعمالاً  
للمواد السابقة"<sup>1</sup>.

وإذا كان طلب افتتاح الإجراءات مقدم من الدائن، فيجب أن تتوافر فيه البيانات  
ويرفق به المستندات المنصوص عليها في المادة 74 من المرسوم وأهمها نسخة  
عن الإعذار المشار إليه في البند 1 من المادة 69 من المرسوم، وإلا كان غير  
مقبول كذلك.

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الابتدائية في أبو ظبي في الحكم الصادر في أكتوبر  
2018 برفض طلب مقدم من أحد الدائنين تدخل في طلب افتتاح الإجراءات ضد  
مدينه لعدم إنذار الدائن المدين قبل تقديم الطلب عملاً بنص المادة 74. وتقول  
المحكمة في ذلك "ولما كان ما تقدم وكان المدعي قد قدم طلبه في شكل دعوى  
طالباً إشهار إفلاس المدعي عليهم ولم يثبت من الأوراق قيام الطالب بإعذار  
المدعي عليهم وبتمام إخطار المعذر إليه واستلامه من المدين أو ممثله القانوني  
المطلوب إعذاره قبل تقديم الطلب ..... ومن ثم قد تخلف معه شرط قبول المحكمة  
لطلب افتتاح إجراءات الإفلاس الأمر الذي تقضي معه المحكمة بعدم قبول الطلب

---

<sup>1</sup> المحكمة الابتدائية بأبو ظبي، الحكم الصادر في الدعوى رقم 1645 لسنة 2019، بتاريخ

24 ذو الحجة 1440 هـ الموافق 2019/08/25 م.

على النحو الذي سيرد بالمنطوق" <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>المحكمة الابتدائية بأبو ظبي، الحكم الصادر في الدعوى رقم 2474 لسنة 2018، بتاريخ 28

محرم 1440 هـ الموافق 2018/10/09 م.

### المطلب الثالث

## مدى جواز الطعن في القرار الصادر برفض أو افتتاح طلب إعادة الهيكلة

الاتجاه الغالب في القوانين محل الدراسة هو عدم جواز الطعن في القرار الصادر من المحكمة أو الجهة المختصة برفض افتتاح إجراء إعادة الهيكلة أو بقبول افتتاح هذا الإجراء. ولم يشذ عن هذا الاتجاه سوى قانون الإفلاس البحريني وقانون الإفلاس الإماراتي. وبناء على ذلك يمكننا تقسيم موقف القوانين من مسألة مدى جواز الطعن في القرار رفض أو قبول افتتاح إجراء إعادة الهيكلة إلى قسمين، وذلك على النحو التالي:

**القسم الأول:** ويضم أغلبية القوانين التي لا تنص على جواز الطعن في هذا القرار. ويندرج ضمن هذا القسم قانون الإفلاس العماني. بيان ذلك أن أول طعن أمام القضاء يتعلق بإجراءات إعادة الهيكلة هو المنصوص عليه في المادة 13 المتعلق بحالة عدم التوصل إلى تسوية بين الأطراف أمام الدائرة المختصة حيث يعتبر ذلك قرارًا برفض الطلب، يجيز الطعن عليه أمام المحكمة خلال 15 يوم من تاريخ إبلاغه. غير أنه وفقًا لهذا النص، فإن قرار المحكمة الصادر في هذا الطعن سواء بالموافقة على افتتاح الإجراءات أو برفض الطلب يعتبر نهائيًا ولا يجوز الطعن فيه.

والأمر قريب من ذلك في قانون الإفلاس المصري حيث ينص في المادة 9 على

أنه إذا تم التوصل إلى تسوية النزاع بين الطرفين عن طريق قاضي الإفلاس، فإن القاضي سوف يعتمد التسوية وإنهاء الطلب، ويكون لهذا الاتفاق قوة السند التنفيذي. أما في حالة عدم التوصل إلى التسوية المناسبة، يرفض قاضي الإفلاس الطلب، ويحدد له مباشرة جلسة أمام المحكمة المختصة ويكلف من قدمه بإعلان ذوي الشأن، وذلك بصحيفة تودع قلم الكتاب. ويفهم من ذلك، أن قانون الإفلاس المصري لا يجيز الطعن في القرار الصادر بافتتاح إجراء إعادة الهيكلة أو رفض افتتاح الإجراء.

وفيما يخص مشروع قانون الإفلاس الكويتي، فإنه لم يتضمن أي نص يجيز أو يرفض الطعن في القرار الصادر برفض افتتاح الإجراءات أو بقبول افتتاحه مع أنه يحدد الحالات التي يجوز فيها للمحكمة رفض طلب افتتاح الإجراءات كما أوضحنا، كما أنه يتضمن النص في المادة 20 على أن قاضي الإفلاس لا يتقيد بالإجراء المطلوب اتخاذه وفقاً للطلب، ويعتبر الطلب المقدم باتخاذ أحد الإجراءات المبينة بهذا القانون بالنسبة له هو طلب لاتخاذ أي من الإجراءات الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون. ويترتب على ذلك أنه قد يصدر قراره بافتتاح إجراء التسوية الوقائية أو بافتتاح إجراء إعادة الهيكلة أو بإشهار الإفلاس م

.2/24

وعلى صعيد نظام الإفلاس السعودي، فنجد أنه لم يتضمن أي نص يجيز الطعن في قرارات المحكمة بافتتاح أو رفض افتتاح إجراء إعادة التنظيم. غير أنه قد نص

في المادة 44 منه على أنه في حالة تقديم طلب افتتاح الإجراء من غير المدين الدائن أو الجهة المختصة، فعلى المحكمة تبليغ المدين به خلال مدة لا تزيد على 5 أيام من تاريخ تقديمه، ويجوز للمدين الاعتراض على الطلب أمام المحكمة في الجلسة المحددة للنظر فيه في حالات محددة منها إذا كان الدين محل نزاع بين الطرفين، أو كان الدائن يسعى إلى اساءة استغلال الإجراء.

**القسم الثاني:** ويضم قانون الإفلاس البحريني وقانون الإفلاس الإماراتي الذين ينصان على جواز الطعن في القرار الصادر برفض أو بقبول إعادة الهيكلة. تفصيل ذلك أنه بالنسبة لقانون الإفلاس البحريني، فقد عالج هذه المسألة صراحة بوضع قاعدة عامة مفادها أنه لا يجوز كقاعدة عامة الطعن في قرارات وأوامر المحكمة في إجراءات الإفلاس، ولم يستثن من ذلك سوى حالات معينة تتمثل في القرارات الصادرة بافتتاح أو برفض الطلبات المتعلقة بإجراءات الإفلاس 30/أ-2، وكذلك المصادقة على خطة إعادة التنظيم أو تعديلها 30/أ-6. ونص في الفقرة ب من هذه المادة على أن الطعن في هذه القرارات والأوامر يكون أمام محكمة الاستئناف العليا المدنية خلال 20 يوم من تاريخ إيداع نسخة منها في السجل المنصوص عليه في الفقرة أ من المادة 5 من هذا القانون، أو من تاريخ إعلانها بحسب الأحوال. وفي الفقرة ج من المادة 30 نص على أن محكمة الاستئناف العليا تنظر في الطعون على وجه الاستعجال وتصدر قراراتها دون تأخير، ويعتبر القرار أو الحكم الصادر فيها نهائياً.



الجدير بالذكر أنه بالإضافة إلى تقرير حق الطعن، فقد نص هذا القانون في المادة 31/ب على أنه يجوز للمحكمة في حالة رفض دعوى الإفلاس أن تقرر ما تراه لازماً لحماية الأشخاص الذين اعتمدوا على القرارات والأوامر التي سبق للمحكمة أن أصدرتها في الدعوى.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس الإماراتي، فنجد أنه قد نص تحت عنوان "الاستئناف" في المادة 194 على أنه "يجوز للمدين أو الدائن أن يستأنف أي قرار أو حكم صادر من المحكمة بشأن قبول أو رفض افتتاح الإجراءات وفقاً لأحكام الباب الثالث والباب الرابع من هذا المرسوم بقانون". وعملاً بالمادة 67 من القانون، فإن الكتاب الرابع ينطبق على إجراء إعادة الهيكلة وإجراء الإفلاس". ولم يقتصر القانون الإماراتي على ذلك، وإنما أجاز للشخص الطبيعي أو الاعتباري المدخل في إجراء إعادة الهيكلة من جانب المحكمة أن يطعن في قرار المحكمة الصادر بالإدخال أمام محكمة الاستئناف المختصة م 2/80. ولا يترتب على الطعن - وفقاً لهذا النص - وقف الإجراءات، ويعتبر القرار الصادر في الطعن نهائياً<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر في ذلك، د. جمال عبد العزيز عمر العثمان، مرجع سابق، ص 207.

## المبحث الخامس

### الآثار المترتبة على الموافقة على إعادة الهيكلة

#### تقديم وتقسيم

إذا قدرت المحكمة أو الجهة المختصة أن إعادة هيكلة أعمال المدين أو إعادة تنظيم هذه الأعمال هو الإجراء المناسب لحالة وظروف المدين المالية، وأن طلب إعادة الهيكلة أو طلب افتتاح الإجراءات تتوافر فيه كل الشروط والبيانات المطلوبة، ومرفقًا به كل المستندات المنصوص عليها، فإنها تصدر قرارها بإفتتاح الإجراء. وهذا القرار يعتبر بداية مرحلة إعادة الهيكلة التي تبدأ بتعيين أمين إعادة الهيكلة، ووضع خطة إعادة الهيكلة، والتصديق عليها. هذا بالإضافة إلى أن هذا القرار يؤثر بالتأكيد على سلطة المدين في إدارة أمواله، فليس معنى أن المحكمة قد وافقت على إعادة الهيكلة أنه يتصرف كيفما يشاء في أمواله ويتوارى خلف القرار ويقوم بالتصرفات التي تضر بالدائنين، وكذلك ليس معنى اتخاذ القرار أن المدين يكون في وضع المفلس وتغل يده عن إدارة أعماله. ولهذا، يمكن القول بأنه في وضع وسط بين هذا وذاك، والمؤكد أنه ليس كما كان قبل افتتاح الإجراءات، أما سلطته فيما بعد افتتاح الإجراء فتختلف من قانون إلى آخر اتساعًا وضيقًا.

وعلى الرغم من تعدد وتنوع الآثار المترتبة على افتتاح هذا الإجراء المهم في حياة المدين، فسوف نحاول جمعها في مسائل أربعة نخصص لكل واحدة مطلبًا مستقلًا تتمثل في تعيين أمين إعادة الهيكلة والمراقبين، وإدارة المدين لأمواله

والتصرف فيها، ووقف سريان الدعوى والإجراءات القضائية ضد المدين، والتصديق على خطة إعادة الهيكلة والانتهاج من الإجراء.

## المطلب الأول

### تعيين أمين إعادة الهيكلة والمراقبين

سبق وأضحنا أنه من آثار تقديم طلب إعادة الهيكلة أو افتتاح الإجراءات في القوانين التي تنص على ذلك أنه يجوز للمحكمة أو الجهة المختصة أن تستعين بخبير أو أكثر أو حتى لجنة إعادة الهيكلة لتقييم حالة المدين المالية ومساعدة المحكمة في الوصول إلى قرار يتناسب مع حالة المدين. أما بعد الموافقة على افتتاح الإجراء، فتقوم المحكمة بتعيين خبير آخر أو تمد عمل الخبير السابق باعتباره أمين إعادة الهيكلة، وهو شخص أو أكثر يختلفون في سلطتهم وطريقة عملهم عن الخبراء المعيّنين قبل افتتاح الإجراء. والواقع أن تعيين أمين إعادة الهيكلة مسألة تتفق فيها كل القوانين محل المقارنة في هذا البحث على اعتبار أن هذا الشخص مهني متخصص يعاون المحكمة في إدارة إجراءات إعادة الهيكلة، ويشرف على تصرفات وأعمال المدين في هذه المرحلة. غير أن هذه القوانين تختلف في مدى سلطة الأمين في التصرف في أموال المدين وفي إدارتها أثناء سريان الإجراء.

فبالنسبة لقانون الإفلاس العماني، نجد أنه بالإضافة إلى الخبير المنصوص عليه في المادة 11، ولجنة إعادة الهيكلة المنصوص عليها في المادة 14، قد نص في المادة 2/16 على أنه يجوز للمحكمة أن تعين معاونًا للتاجر المدين من الخبراء المقيدين في الجدول. ويلاحظ على معالجة المشرع العماني للمعاون ما يلي:

1- لم يهتم المشرع بتنظيم تعيين وسلطات معاون إلا في عدد محدود من النصوص التي لم تتعرض لشروط تعيينه وسلطاته وذلك بخلاف الحال في إجراء الصلح الواقي من الإفلاس حيث نظم المشرع عمل أمين الصلح بشكل منظم ونص على وجوب تعيينه في حالة موافقة المحكمة على افتتاح إجراء الصلح م 33، وطريقة تعيينه، وحدد سلطاته م 34 وما يليها. ولهذا، جاءت الأحكام المنظمة لعمل المعاون ناقصة

2- تعيين المعاون في إجراء إعادة الهيكلة أمر جوازي للمحكمة وليس وجوبي عليها.

3- يتم تعيين المعاون من الخبراء المقيدون في جدول الخبراء أو من غيرهم ممن يختارهم الأطراف. ومن ثم يجوز للأطراف تعيين شخص المعاون.

4- الأصل أن يتفق مقدم الطلب والمعاون على أتعاب هذا المعاون، وتتدخل المحكمة في هذا التقدير فقط في حال تعذر الاتفاق بينهم.

5- حدد المشرع سلطات واختصاصات المعاون في المادة 17 بأنها تقديم المشورة والدعم الفني للتاجر المدين، ومساعدة التاجر المدين على تقويم وضعه المالي والإداري، ووضع آلية تنفيذ إجراءات خطة إعادة الهيكلة، ومساعدة التاجر المدين تنفيذ خطة إعادة الهيكلة بالتعاون مع الدائنين.

6- إعداد تقرير كل 3 أشهر بشأن تطبيق خطة إعادة الهيكلة، وعرضه على الدائرة

المختصة وأطراف الخطة لاطلاعهم على سير الإجراءات ومدى التزام التاجر  
المدين بها.

وقريب من ذلك قانون الإفلاس المصري حيث ينص في المادة 21 على أنه "   
ويعين قاضي الإفلاس معاونًا لمساعدة التاجر إذا رأى موجبًا لذلك". ويلاحظ على   
تعيين المعاون في القانون المصري ما يلي:

1-يتشابه القانون المصري بالقانون العماني في مسمى الشخص المعين بعد افتتاح   
الإجراء حيث يطلق عليه في القانونيين " معاون" على اعتبار أن هدفه هو معاونة   
المدين والمحكمة في تقييم حالة المدين ووضع خطة إعادة الهيكلة وتنفيذها كذلك.

2-يتفق القانون العماني مع القانون المصري كذلك في العديد من المسائل المتعلقة   
بالمعاون منها أن تعيينه أمر جوازي في القانون المصري، ويتضح ذلك من قول   
المشرع المصري " إذا رأى موجبًا لذلك". كما أنه يتم تعيين المعاون من الأمانة أو   
الخبراء المقيدين بجدول خبراء إدارة الإفلاس أو من غيرهم ممن يختاره الأطراف.   
وكذلك، فإن الأصل أن يتفق مقدم الطلب مع المعاون على أتعابه، ولا تتدخل   
المحكمة في التعيين إلا في حال تعذر هذا الاتفاق م 21. ويصل هذا التشابه كذلك   
بين القانونيين في السلطات والاختصاصات التي يتمتع بها المعاون م 22.

والأمر يختلف في نظام الإفلاس السعودي حيث يعرف أكثر من شخص يتدخل في   
عملية إعادة التنظيم بعد موافقة المحكمة على فتح الإجراء ومن هؤلاء الأشخاص:

أولاً: أمين إعادة التنظيم المنصوص عليه في المادة 1/50 والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه "تعين المحكمة في حكمها بافتتاح إجراء إعادة التنظيم أميناً من المدرجين بقائمة أمناء الإفلاس". وقد أجاز النص لمقدم طلب افتتاح الإجراء أن يقترح على المحكمة اسم الأمين الذي يرغب في تعيينه من بين المدرجين في القائمة. وتجدر الإشارة إلى أن مقدم الطلب قد يكون المدين أو الدائن أو الجهة المختصة كما تنص المادة 1/42 من النظام. وتنص الفقرة 5 من المادة 50 من النظام تعدد أشخاص ونظمت العمل الجماعي بينهم. ويسمح النظام السعودي للأمين أن يفوض بعض مهامه إلى أمين أو خبير آخر مدرج في قائمة الأمناء أو الخبراء، وذلك بعد موافقة المحكمة

ويلاحظ على تعيين الأمين في هذا النظام ما يلي:

- 1- أن تعيين الأمين إجباري في هذا النظام عملاً بنص المادة 50 منه.
- 2- أن المنظم السعودي اهتم بعملية تعيين الأمين فوضع الشروط والمؤهلات التي يجب أن تتوافر فيه، وحدد طبيعة التزامه في عمله م 50، وحدد الأشخاص الذين لا يجوز تعيينهم كأمين إعادة التنظيم في المادة 52، وبين سلطات واختصاصات هذا الأمين المواد من 56 وما يليها.
- 3- أجاز المنظم تعيين أكثر من أمين، ونظم طريقة عملهم م 5/50.

ثانياً: قاضي إعادة التنظيم المنصوص عليه في المادة 53، وتعيينه أمر جوازي

للمحكمة وفقاً لتقديرها، ويجوز لها تعيين قاضي أو أكثر للإشراف على تنفيذ إجراء إعادة التنظيم المالي، والمحكمة هي التي تحدد مهام القاضي أو القضاة. والمحكمة هي التي تقوم بتعيين القاضي من تلقاء نفسها وفق تقديرها وبدون طلب من الأمين. ثالثاً: الخبير المنصوص عليه في المادة 51، وهو أحد الخبراء المدرجين في قائمة الخبراء أو غيرهم لمساعدة الأمين. والمحكمة هي التي تعين الخبير وهو أمر جوازي لها، وذلك بعد طلب الأمين.

والأمر قريب في مشروع قانون الإفلاس الكويتي حيث ينص في المادة 28 على أنه "إذا قرر قاضي الإفلاس قبول طلب افتتاح إعادة الهيكلة أو شهر الإفلاس، يعين في ذات القرار الأمين ويحدد أتعابه". وفي المادة 29، نص المشروع على طريقة عمل الأمناء في حالة تعددهم، ومسؤوليتهم، وفي المادة 30 نظم مسألة تعيين الشخص الاعتباري ممثلاً له. ويلاحظ على تنظيم المشروع مسألة تعيين أمين إعادة الهيكلة ما يلي:

1- أن من يملك تعيين الأمين هو قاضي الإفلاس سواء من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من المدين، ولم ينص المشروع على جواز أن يعين المدين بنفسه الأمين.

2- حدد المشروع عدة أشخاص لا يجوز تعيين الأمين من أي منهم في المادة 31، وهم أشخاص يرتبطون بالمدين بصلة ما قد تؤثر على نزاهتهم أثناء عملهم كأمين.



3- لا يجيز المشروع أن يحدد المدين أتعاب الأمين، وإنما نص في المادة 32 على أن يستوفي الأمين أتعابه مقابل المهام التي يقوم بها. غير أنه من السهل معرفة من يحدد هذه الأتعاب بالرجوع إلى المادة 5/7 التي تبين اختصاصات إدارة الإفلاس بأن من بينها " وضع جدول بأتعاب الامناء والمراقبين الذين يتم تعيينهم وفقا لاحكام هذا القانون، وأي تكاليف يتحملونها بسبب اجراءات التسوية الوقائية او اعادة الهيكلة او الإفلاس"

أما فيما يتعلق بالمراقبين، فقد نص المشروع في المادة 33 على أنه أمر جوازي لقاضي الإفلاس حيث يجوز له أن يعين مراقبًا أو أكثر من بين الأشخاص الذين يمكنهم القيام بمهام الأمانة وفقًا للقانون، ويحدد القاضي أتعاب هذا المراقب. وقد حدد النص عمل المراقب بأنه وضع تقرير عن سير الإجراءات في حال طلب قاضي الإفلاس ذلك، ودون أن يتدخل في الإجراءات.

وبالإضافة إلى المراقبين، يجيز المشروع لقاضي الإفلاس بناء على طلب من ذوي الشأن أن يعين محققًا من بين الأشخاص الذين يجوز لهم القيام بأعمال الأمين. وقد حدد النص مهمة المحقق تتمثل في التحقيق في كل أعمال المدين أو أمواله أو تصرفاته أو التحقيق في واقعة أو وقائع محددة. وفي حالة تعيين أمين أو مراقب، يكون المحقق هو الأمين أو المراقب.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس البحريني، نجد أنه في المادة 18/ج قد نص على أن

تعين المحكمة فور موافقتها على افتتاح الإجراءات قاضيًا للتقليسه من بين أعضائها للإشراف على إجراءات الإفلاس. وفي المادة 33 نص القانون على ضرورة تعيين المحكمة لأمين تقليسه أو أكثر. ويلاحظ على تنظيم المشرع البحريني لأمين التقليسه ما يلي:

1- أن تعيين المحكمة لأمين التقليسه يكون بناء على ترشيح مقدم من لجنة الدائنين، أو على الأقل من الدائنين الذين يملكون ما لا يقل عن 10% من مجموع الديون غير المضمونة. فإذا لم يتم ترشيح شخص مناسب وفق تقدير المحكمة، تقوم المحكمة بتعيين الأمين أو تعيين بديل عن الشخص الذي تم اختياره إذا كان غير مناسب.

2- حدد المشرع البحريني الشروط الواجب توافرها في الشخص الذي يعين أمينًا وذلك في الفقرة د من المادة 33.

3- يتميز قانون الإفلاس البحريني بفكرة أمين التقليسه المؤقت المنصوص عليها في المادة 34. ويتضح من هذه المادة أن هذا الشخص يعين قبل البت في طلب افتتاح إجراءات الإفلاس للتحقق من حالة المدين المالية وأسباب اضطرابها وذلك إذا لم تظمن بقدر كاف لصحة البيانات والمعلومات المقدمة إليها. ويجوز أن تكلفه المحكمة بمهمة المحافظة على أصول التقليسه وإدارة أعمال المدين أو الإشراف عليها مؤقتًا. وقد نظم المشرع في هذه المادة طريقة عمل الأمين المؤقت.

4- أسهب المشرع البحريني في التفاصيل المتعلقة بأمين التفليسة بتنظيم العمل بينهم في حالة تعددهم م 35، أو القيد في جدول الخبراء م 36، و37، وتعارض المصالح بينه وبين عمل المدين الذي قد يؤثر على نزاهته في العمل م 38، ومكافأة أمين التفليسة م 39، وقد أسند المشرع مهمة تحديد هذه المكافأة للمحكمة التي تعينه / م 39/ب، وغيرها من المسائل المتعلقة بالأمين.

أما فيما يتعلق بقانون الإفلاس الإماراتي، فقد نص في المادة 1/82 على أنه إذا قررت المحكمة قبول الطلب المقدم وفقاً لأحكام هذا الباب تعين أميناً من بين الخبراء "...". ويلاحظ على تنظيم المشرع الإماراتي للأمين ما يلي:

1- أن تعيين الأمين أمر وجوبي على المحكمة، ويتم تعين الأمين الذي يتم تسميته من المدين وفقاً للمادة 3/73-هـ أو تعينه بنفسها من جدول خبراء أو من خارج هذا الجدول إذا لم تجد المحكمة من لديه الخبرة المطلوبة، وهذا ما أكدته محكمة دبي الابتدائية في حكمها الصادر في يوليو 209<sup>1</sup>.

2-أجاز القانون تعيين أكثر من أمين، وتسري عليهم في طريقة عملهم الأحكام الواردة في البند 3 و4 من النص السابق.

---

<sup>1</sup> المحكمة الابتدائية بدبي، الحكم الصادر في الدعوى رقم 24 لسنة 2018، جلسة

3-أجاز المشرع الإماراتي للأمين أن يطلب من المحكمة تعيين من يساعده خبير أو أكثر من جدول الخبراء، ويجوز للمحكمة تعيين هذا الخبير المعين بناء على طلب الأمين من جدول الخبراء أو من خارجه م 83.

4-حدد المشرع الإماراتي أشخاصًا لا يجوز تعيينهم كأمناء للتقليسة وذلك في المادة 84 من القانون.

5-لم يتضمن القانون الإماراتي ما يفيد أن أجر الأمين يعينه المدين أو يقترحه، وإنما نص في المادة 85 على أن يستوفي الأمين اتعابه مقابل المهام التي يقوم بها وتصرف له المصروفات اللازمة التي يتكبدها من أموال المدين<sup>1</sup>.

6-يلزم القانون الإماراتي المحكمة بتعيين مراقبين للتقليسة، وذلك في المادة 87 منها التي أحالت في أحكام تعيين المراقبين إلى ما ورد في الباب الثالث من القانون وهو الباب المتعلق بالصلح الواقي من الإفلاس. وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون نجد أنه ينص في الفصل الرابع من الباب ينظم بشكل مفصل تعيين المراقبين من الدائنين الذين يرشحون أنفسهم، وتحديد الأشخاص الذين لا يصح أن يكون مراقبًا، ومهام المراقب أو المراقبين، وذلك في المادة 29 من القانون.

وتطبيقيًا لذلك، قضت محكمة دبي الابتدائية في الحكم الصادر في مايو 2019 في

---

<sup>1</sup> انظر في هذا المعنى، د. جمال عبد العزيز عمر العثمان، مرجع سابق، ص 212.

منطوق الحكم بأنه " فلهذه الأسباب، قررت المحكمة قبول الطلب وافتتاح الإجراءات بالنسبة للمدعي عليهما الثانية والثالثة وتعيين خبير من خبراء الجدول أصحاب الدور المعتمدين في شئون إعادة التنظيم المالي والإفلاس أميناً للتقليسة على أن يكون من غير الأشخاص المنصوص عليهم بالمادة 84 من المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 2016 بشأن الإفلاس- وعلى مكتب إدارة الدعوى تبليغه بقرار تعيينه في موعد أقصاه اليوم التالي لصدور هذا القرار " <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة دبي الابتدائية، الحكم الصادر في الدعوى رقم 17 لسنة 2018 إجراءات إفلاس، بتاريخ 10-05-2019. ونفس الأمر في الحكم الصادر من محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ 28/01/2018، متكور سابقاً.

## المطلب الثاني

### إدارة المدين لأمواله والتصرف فيها أثناء الإجراء

على الرغم من أن إجراء إعادة الهيكلة قد قرره المشرعون لمساعدة المدين على تخطي الصعوبات التي تواجهه وتجعله عاجزاً عن سداد ديونه، ومن ثم يجب تركه يدير تجارته بشكل يمكنه من سداد ديونه خاصة وأن أمين إعادة الهيكلة يراقبه، إلا أن القوانين محل المقارنة في هذا البحث تختلف في مسألة ترك المدين يدير أمواله وأعماله أثناء سريان الإجراء من عدمه. ويمكن تقسيم هذه القوانين إلى قسمين على النحو التالي:

#### القسم الأول القوانين التي تمنح المدين حرية الإدارة وتقيّد حرية التصرف

ينتمي إلى هذا القسم كل من القانون العماني والقانون المصري. تفصيل ذلك أنه بالنسبة لقانون الإفلاس العماني، نجد يمنح المدين حرية إدارة أمواله وأعماله، ولكنه يضع عليه قيود في التصرفات التي تتم منه في هذه المرحلة، وذلك على النحو التالي:

**1- أعمال الإدارة:** يتضح من نص المادة 18 من القانون. بيان ذلك أنه في المادة 18 ينص على أن التاجر المدين يستمر في إدارة أمواله في مرحلة تنفيذ خطة إعادة الهيكلة، ولا تغل يده عن الإدارة في هذه المرحلة المهمة. ويظل المدين مسؤولاً عما ينشأ عنها من التزامات أو تعاقدات سابقة أو لاحقة لتاريخ اعتماد خطة

إعادة الهيكلة مادام الالتزام والتعاقد تم في حدود ما ورد في الخطة ولا يخالفها.

**2- أعمال التصرف:** يحظر القانون العماني بعض التصرفات على المدين في فترة تنفيذ خطة إعادة الهيكلة ويكون بذلك قد وازن بين حقوق المدين في التصرف في أعمال معينة، وحقوق الدائنين المتمثلة في حمايتهم من التصرفات غير المسؤولة التي يقوم بها المدين في هذه الفترة إضرارًا بهم. ولهذا، ينص في صدر المادة 19 على أنه لا يجوز للتاجر المدين القيام بأي من التصرفات التي تؤثر على مصالح الدائنين، وأعطى النص أمثلة لهذه التصرفات المحظورة منها البيع الذي لا علاقة له بممارسة أعماله التجارية المعتادة، وكذلك التبرع والهبات والاقتراض أو الإقراض، كذلك أي من أعمال التبرع والرهن<sup>1</sup>. وقد حرص المشرع على بيان أن هذه الأعمال المحظورة على المدين هي على سبيل الحصر من خلال ذكر عبارة " بما في ذلك"، ثم في نهاية النص أورد عبارة " أو أي عمل من الأعمال المماثلة بما يخالف خطة إعادة الهيكلة".

وحرصًا من المشرع على التزام المدين بهذا الحظر فقد نص في المادة 20 على أنه

---

<sup>1</sup> يلاحظ على النص أنه ذكر التبرع صراحة على أنه من التصرفات المحظورة على المدين، ولكنه عاد وذكر عبارة " أو أي من أعمال التبرع"، ويقصد بالمصطلح الأول التبرعات الصريحة التي تصدر من التاجر كما لو تبرع بمبلغ من المال لإحدى الجهات الخيرية أو لشخص معين. ويقصد بالمصطلح الثاني الأعمال التي تأخذ حكم التبرعات كالتنازل عن الحقوق دون مقابل أو عدم المطالبة بها لحين تقادم المطالبة بها، أو توريد منتجات أو تنفيذ خدمات مجانية.

يجوز لكل ذي مصلحة اللجوء إلى المحكمة بشأن إي إجراء يتعلق بخطة إعادة الهيكلة خلال مدة تنفيذها<sup>1</sup>.

والوضع مطابق في القانون المصري، حيث إنه في مرحلة الوساطة لا تتأثر سلطات المدين على أمواله، فيظل على رأس عمله يقوم بأعمال الإدارة والتصرف كما كان الوضع قبل عملية الوساطة.

أما أثناء إجراءات إعادة الهيكلة، فنجد أن المادة 24 تنص على أن التاجر يستمر في إدارة أمواله طيلة فترة إعادة الهيكلة، كما أنه يظل مسؤولاً عن أية التزامات أو تعاقبات سابقة أو لاحقة على إعداد الخطة. والأمر مطابق كذلك بين القانونين فيما يتعلق بأعمال التصرف التي تقع من المدين حيث تنص المادة 25 على قاعدة عامة مفادها أنه لا يجوز للتاجر القيام بأي من التصرفات التي تؤثر على مصالح الدائنين، ثم أعطى المشرع أمثلة على هذه التصرفات مطابقة لما ورد في التشريع العماني.

والأمر هو نفسه فيما يتعلق بحق كل ذي مصلحة في اللجوء لقاضي الإفلاس

---

<sup>1</sup> الجدير بالذكر أن غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها هو أيضاً من الآثار المترتبة على الحكم بإشهار إفلاس المدين في القانون العماني وفق المادة 10 من قانون الإفلاس الجديد التي كانت تقابل المادة 604 من قانون التجارة. انظر في تطبيق هذا الأثر في القضاء العماني، الحكم الصادر من محكمة مسقط ....., الدعوى رقم 99/224، جلسة السبت 2000/2/12.



للنظر في أي طلب يتعلق بخطة إعادة الهيكلة.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس البحريني، نجد أنه ينص في المادة 11 منه تحت عنوان " استمرار المدين في إدارة أعماله وتشغيل منشأته على أنه " لا يترتب على رفع دعوى الإفلاس أو الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس منع المدين على الاستمرار في إدارة أعماله...".، وفي المقابل قيد هذا القانون حرية المدين في إدارة أعماله وتسيير منشأته واستخدام أمواله فقط إذا كان ذلك في السياق المعتاد للأعمال، وما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك.

غير أنه في المادة 16 من القانون ذاته وتحت عنوان التدابير المؤقتة قبل الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس تنص على أنه يجوز للمحكمة اتخاذ بعض الإجراءات الضرورية لحماية أموال المدين، وعددت من بينها إسناد إدارة أعمال المدين وتسيير منشأته إلى أمين تفليسة مؤقت أو أي شخص مناسب آخر تعينه المحكمة.

ويلاحظ على قانون الإفلاس البحريني أمرين:

1- أنه لم يتضمن أي نص أكثر من ذلك تعرض لسلطة المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها بعد افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة، كما أن أمين التفليسة المؤقت يعين في الفترة السابقة على افتتاح الإجراء كما تنص المادة 34 من القانون.

ويرى الباحث أنه مادام المشرع البحريني قد نص على استمرار أعمال المدين بعد

تقديم الطلب وقبل البت فيه، فإن هذا الأثر يستمر بحيث يبقى المدين مستمراً في إدارة أمواله طيلة الإجراء خاصة في غياب نص صريح يغير من موقفه بعد افتتاح الإجراءات.

2- لم يتطرق القانون البحريني إلى حكم تصرف المدين في أمواله في هذه الفترة وما إذا كان يمكنه التصرف من عدمه، وحدود صحة تصرفاته.

ونفس الأمر في مشروع قانون الإفلاس الكويتي حيث ينص في المادة 81 منه على أن " يبقى المدين، بعد قرار افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة، قائم بإدارة أعماله وأمواله تحت إشراف المدين..". ويلاحظ على تنظيم المشرع الكويتي لهذه المسألة ما يلي:

1- جمع المشرع الكويتي الإدارة والتصرف من جانب المدين في موضع واحد وأجاز له أعمال الإدارة كلها تحت إشراف المدين، أما أعمال التصرف فقد أجازها جميعاً مادام النشاط التجاري يقتضيها ولا تؤثر على مصلحة الدائنين.

2- حظر المشرع الكويتي على المدين التصرف في أمواله بشكل يضر بمصلحة الدائنين، وعدد بعض الأعمال المحظورة عليه منها: البيع الذي لا علاقة به بممارسة أعماله التجارية المعتادة، والتبرع والهبات، والاقتراض، والإقراض، وأي من الأعمال المجانية، والكفالات، وتقرير أي رهن أو تأمين.

3- أبقى المشرع الكويتي المدين مسؤولاً عن التصرفات والالتزامات السابقة

واللاحقة لاعتماد خطة إعادة الهيكلة وبما لا يخالف الخطة، ما لم يقرر قاضي التفليسة خلاف ذلك. غير أن المشروع لم يتضمن النص على مسؤولية الأمين عن نتائج الأعمال التي يقوم بها المدين تحت إشراف الأمين.

والأمر كذلك فيما يتعلق بنظام الإفلاس السعودي، فنجد أنه من ناحية يبقي المدين على إدارة أمواله، غير أنه يعين الأمين مراقباً له في فترة تنفيذ الخطة بحيث يطلب من المحكمة اقضاء المدين عن إدارة في حالات معينة. أما بالنسبة لتصرفات المدين، فهو يتضمن مرونة أكثر من القانون الإماراتي - كما سوف نرى - وتقربه من القانونين العماني والمصري. تتمثل أحكام النظام السعودي فيما يتعلق بإدارة المدين لأمواله في التالي:

1- تنص المادة 69 من هذا النظام على أن يستمر المدين في إدارة أمواله خلال فترة إعادة التنظيم المالي تحت إشراف الأمين، ودون إخلال بسلطات الأمين.

2- إذا ارتكب المدين أثناء الإدارة تصرفاً ينم عن سوء إدارة أو إهمال أو عدم تعاون مع الأمين أو ارتكب فعلاً مجرمًا، فلأمين أن يطلب من المحكمة غل يد المدين عن الإدارة، ويجوز للمحكمة في هذه الحالة اتخاذ أي من الإجراءات التالية:

أ تعيين الأمين بدلاً منه في إدارة أمواله، وتنتقل إلى الأمين سلطات المدين م 2/69- أ.

ب تعيين من يحل محل المدين في الإدارة إذا كان حجم نشاط المدين ونوعه

يقتضي ذلك، وتنقل سلطات المدين إلى هذا الشخص. ويظل الأمين مراقبًا لهذا الشخص.

ج إنهاء إجراء إعادة التنظيم وافتتاح إجراء التصفية للمدين إذا رأته ذلك.

د أي إجراء آخر تتص عليه اللائحة.

والأحكام السابقة المتعلقة بإدارة أموال المدين تنطبق في الحالة التي يقرر فيها المدين عدم الاستمرار في إدارة نشاطه أثناء الإجراء لسبب يعود إليه م 2/69.

3- عدت المادة 70، من النظام بعض الأعمال التي لا يجوز للمدين القيام بها أثناء إدارته لأمواله في فترة الإجراء إلا بموافقة كتابية من الأمين، وكذلك الأمر في المادة 85. ومن هذه الأعمال: إعداد مقترح الخطة وتنفيذ إجراءات، طلب الحصول على تمويل، سداد الديون الحالية، إبرام عقد تأمين جديد يرتب التزام، إبرام أي اتفاق تسوية مع دائن، تقديم ضمان للغير أو تجديده، تغيير أي مقر أو مكتب مسجل، تعيين وكيل للتصرف عنه، إقامة أي دعوة منه على الغير أو اللجوء إلى التحكيم، نقل ملكية كل أو بعض أعماله أو أصوله خارج مزاولته نشاطه المعتاد. وقد أحسن المنظم السعودي بالنص على مسؤولية الأمين أمام الغير عن الأضرار التي تقع من المدين بسبب هذه الأعمال التي يقوم بها المدين بناء على موافقه الأمين.

4- أجاز المنظم السعودي تصرف المدين في أمواله فترة إجراء إعادة التنظيم بعد الموافقة على افتتاحه إذا كانت داخل نشاطه المعتاد، وقرر جزاء البطالان لتصرف

المدين بالمخالفة للبند 1/ن من المادة 70 وهذا البند متعلق بنقل ملكية كل أو بعض أعماله أو أصوله خارج نطاق مزاولته نشاطه المعتاد. أما باقي الأعمال المحظورة على المدين القيام بها أو التي تطلب المنظم موافقة الأمين عليها، فلم يضع لمخالفتها جزاء معين.

### القسم الثاني القوانين التي تجرد المدين من الإدارة والتصرف

يعتبر القانون الإماراتي هو الممثل لهذا النوع في القوانين محل المقارنة في هذا البحث. تفصيل ذلك أنه يضع المدين في مرحلة إعادة الهيكلة موضع وسط بين المدين الذي لا يدخل هذا الإجراء، والمدين الذي أشهر إفلاسه<sup>1</sup>. وهذا الوضع يتضح من نصوص المواد التي تبدأ من 157 إلى 161 والتي تتسم بالتنظيم الدقيق لهذه المرحلة المهمة من حياة المدين. وسوف نوضح موقف المشرع الإماراتي من المدين في هذه المرحلة في الآتي:

1- الأعمال التي يحظر على المدين القيام بها: حظر المشرع الإماراتي على المدين القيام بالآتي:

أ إدارة أمواله أو تسديد أية مطالبات نشأت قبل صدور قرار افتتاح الإجراءات.

ب التصرف بأي أمواله أو سداد أو اقتراض أية مبالغ ما لم يكن ذلك وفق المرسوم

---

<sup>1</sup> انظر في ذلك، د. جمال عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص 225.

بقانون الخاص بالإفلاس. والتصرفات التي يجريها المدين يوم افتتاح الإجراءات تعتبر حاصلة بعد صدوره.

ج تسجيل أي إجراء أو تصرف لا ينعقد أو لا ينفذ إلا بالتسجيل أو غيره من الإجراءات ما لم يكن قد تم التسجيل قبل افتتاح الإجراءات. وهذا الحظر يسري حتى ولو تم انعقاد التصرف قبل افتتاح الإجراءات؛ فالحظر يسري على إجراء التسجيل في حد ذاته.

د التصرف بحصص أو أسهم الشركة أو تغيير في ملكيتها أو الشكل القانوني إذا كان المدين شخصًا اعتباريًا.

ه عدم ترتيب ضمانات على أموال المدين.

2- الأعمال التي يرد عليها الحظر: تنص المادة 158 من القانون على أن حظر الإدارة والتصرف يرد على جميع الأموال التي تكون ملكًا للمدين في تاريخ صدور قرار افتتاح الإجراءات. ويشمل كذلك كل الأموال التي تؤول ملكيتها بعد صدور قرار افتتاح الإجراءات. ويستثنى من ذلك فقط الأموال التالية:

أ الأموال التي لا يجوز حجزها قانونًا ومبالغ الإعانة التي تتقرر له ولمن يعولهم.

ب الأموال المملوكة للغير.

ج الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية للمدين.

د الحقوق التي تتعلق بشخص المدين أو بصفته رب أسرة أو الحقوق التي تتناول مصلحة أدبية محضة.

3- الأعمال التي يجوز للمدين القيام بها هي:

أ سداد أي دفعات مقاصة تتم وفق أحكام الفصل الخامس من الباب الخامس من هذا المرسوم بقانون.

ب ترتيب ضمانات على أمواله إذا وافقت المحكمة على هذه الضمانات، أو كانت ضمن حالة الحصول على تمويل جديد وفق أحكام المرسوم بقانون.

ج يجوز لأمين إعادة الهيكلة أن يطلب من المدين القيام ببعض الأعمال الضرورية للحفاظ على مصالح هذا المدين، كما يجوز له أن يطلب من الوفاء بالعقود النافضة التي يعتبر طرفاً فيها. ويجوز للأمين أن يقوم بهذه الأعمال بنفسه.

4- الجزاء المترتب على قيام المدين بالأعمال المحظورة عليه: حرص المشرع الإماراتي على وضع جزاء صريح يطبق في حالة مخالفة المدين للحظر المفروض عليه في إدارة أمواله والتصرف فيها. وقد ذكر المشرع هذا الجزاء في أكثر من موضع منها المادة 1/157-ج، والمادة 2/157. ويتمثل هذا الجزاء في عدم نفاذ التصرف المخالف في مواجهة الدائنين. ويقصد بعدم النفاذ أن الإجراء لا تنفذ آثاره

في مواجهة الدائنين، ومن ثم لا يعتد به أمين إعادة الهيكلة ويعتبره كأن لم يكن، غير أن التصرف ذاته صحيح بين طرفيه، ويرتب آثاره.

ومنعاً من أي احتجاج للمدين بأن التصرف قد بدأ قبل افتتاح الإجراءات ويجب تكملته، فقد نص المشرع في المادة 60 على أنه يجو للمحكمة أن تأمر بوقف أي عمل من أعمال المدين بناء على طلب مستعجل من أمين إعادة الهيكلة سواء وقفاً كلياً أو جزئياً.



## المطلب الثالث

### وقف سريان الدعاوى والإجراءات القضائية ضد المدين

إذا وافقت المحكمة على افتتاح إجراء إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم المالي، فإن من أهم الآثار التي تترتب على ذلك منع أية مطالبات قضائية في صورة دعاوى ترفع ضد المدين أو في صورة إجراءات تنفيذ أحكام ضده طيلة فترة الإجراء. وتتفق القوانين محل المقارنة في هذا البحث في ترتيب هذا الأثر على قرار افتتاح الإجراءات على اعتبار أنها توفر بيئة مناسبة لعمل المدين دون إعاقة من جانب الغير.

وهذا الأثر ينص عليه قانون الإفلاس العماني في المادة 22 منه بقوله " يحظر بعد اعتماد خطة إعادة الهيكلة رفع أي دعوى بين التاجر المدين والأطراف الموقعين على الخطة أو السير فيها، وتوقف مدة التقادم المتعلقة بالدعاوى والمطالبات والديون الخاصة بهم لحين إنتهاء تنفيذ خطة إعادة الهيكلة...". ويلاحظ على تنظيم المشرع لهذا الأثر ما يلي:

1- أن وقف أو حظر المطالبات القضائية ضد المدين يبدأ في القانون العماني من اعتماد خطة إعادة الهيكلة وأثناء مدة تنفيذها إذا كانت الدعاوى متعلقة بإجراءات الخطة أو السير فيها. ومؤدى ذلك أن المشرع يجيز رفع الدعاوى الأخرى التي لا تتعلق بإجراءات الخطة كبطلان الخطة أو ارتكاب المدين سوء نية في تصرفه أثناء تنفيذها.

2- تنص المادة 20 من نفس القانون على أنه يجوز لكل ذي مصلحة اللجوء إلى المحكمة بشأن أي إجراء يتعلق بخطة إعادة الهيكلة خلال مدة تنفيذها. ويبدو للوهلة الأولى أن هناك تعارضًا بين ما ورد في المادة 22 من حظر، وبين ما ورد في المادة 20 من جواز اللجوء إلى المحكمة.

وتنسيقًا بين النصين، يرى الباحث أنه يجب فهم مصطلح " لكل ذي مصلحة" الوارد في نص المادة 20 على أنه لا يتضمن أطراف الخطة وهم المدين ومن وقعها من الدائنين، فكل ذي مصلحة غير هؤلاء يحق لهم حسب المادة 20 اللجوء إلى المحكمة بسبب أي إجراء يتعلق بها كأمين إعادة الهيكلة أو المحكمة. أما أطراف الخطة، فمحظور عليهم اتخاذ أي إجراء أو رفع أي دعوى تتعلق بالخطة وإجراءاتها بمقتضى المادة 22.

3- لا يسري الحظر المنصوص عليه في المادة 22 على كل الدائنين، وإنما يسري فقط على من منهم طرفًا في خطة إعادة الهيكلة مع المدين. ويرجع إلى أن القانون العماني لا يتطلب أغلبية معينة للتوقيع على خطة إعادة الهيكلة بعكس الحال في خطة الصلح الواقي من الإفلاس م 54، كما أنه لا يتبنى فكرة تصديق المحكمة على الخطة بما يجعلها ملزمة لكل الدائنين حتى ولو رفضوا التوقيع عليها، وإنما اكتفى بأن تكون خطة إعادة الهيكلة ملزمة لأطرافها فقط كما تنص المادة 16 من القانون، بخلاف إجراء الصلح الواقي من الإفلاس كذلك م 62.

ويترتب على ما ورد في المادتين 22 و 16 سالفتي الذكر، أنه يجوز لغير أطراف خطة إعادة الهيكلة رفع الدعاوى واتخاذ الإجراءات القضائية ضد المدين أثناء إجراء إعادة الهيكلة بل وبعد اعتماد الخطة من المحكمة كذلك.

4- يمتد الحظر الوارد على سلطة أطراف خطة إعادة الهيكلة إلى وقف مدة تقادم الدعاوى والمطالبات الخاصة بهم لحين الانتهاء من تنفيذ الخطة. ويدخل في الحظر كذلك أي إجراء أو أمر قضائي يقصد به إعاقة تنفيذ الخطة.

5- يستمر الحظر المنصوص عليه في المادة 22 من القانون لحين الانتهاء من تنفيذ الخطة، ويفترض النص بذلك أن الخطة سوف تنتهي بالتنفيذ من جانب المدين. ومؤدى ذلك أنه في الحالة التي تنتهي فيها الخطة بالفسخ أو البطلان أو لأي سبب آخر غير التنفيذ من جانب المدين، سوف يتحول إجراء إعادة الهيكلة إلى إجراء تصفية لأموال المدين، وسوف يمتد حظر رفع الدعاوى والمطالبات الشخصية إلى كل الدائنين والغير بسبب دخول المدين في حالة التصفية.

ويتطابق موقف المشرع المصري مع موقف المشرع العماني السابق، حيث ينص في المادة 29 منه على أنه "لا يجوز بعد اعتماد خطة إعادة الهيكلة رفع دعوى بين التاجر وأي من الدائنين الموقعين وتكون متعلقة بتلك الخطة أو السير فيها أو رفع الدعاوى الفردية أو إتخاذ الإجراءات القضائية، وتوقف مدة التقادم المتعلقة بالدعاوى والمطالبات والديون الخاصة بهم وذلك كله لحين إنتهاء إعادة الهيكلة...".

وعملاً بهذا النص وعلى غرار ما ورد في قانون الإفلاس العماني، فإن الحظر الوارد في النص يتعلق من الناحية الموضوعية بالدعاوى المتعلقة بالخطة وإجراءاتها وتنفيذها دون غيرها من الدعاوى والإجراءات، ومن الناحية الشخصية ينطبق فقط على الدائنين الذين وقعوا خطة إعادة الهيكلة دون غيرهم. ويرجع ذلك إلى أن خطة إعادة الهيكلة بعد اعتمادها من المحكمة تلزم الدائنين الموقعين فقط دون غيرهم م 21.

ولا يختلف القانون المصري عن القانون العماني إلا في مسألة وحيدة تتعلق بوقت انتهاء حظر رفع الدعاوى على المدين المنصوص عليه في المادة 29 حيث حدده المشرع بقوله " وذلك كله لحين انتهاء خطة إعادة الهيكلة". ونرى أن المشرع المصري حالفه التوفيق بالنص على انتهاء خطة إعادة الهيكلة وليس تنفيذ هذه الخطة بخلاف ما فعل المشرع العماني. ويرتب على ذلك أن الحظر يستمر لحين انتهاء الخطة لأي سبب في القانون المصري سواء بتنفيذها أو بالبطلان أو الفسخ.

وفيما يتعلق بالنظام السعودي، فقد عبر عن هذا الأثر المترتب على افتتاح إجراءات إعادة التنظيم ببساطة في المادة 1/46 بقوله " يترتب على قيد طلب افتتاح إجراءات إعادة التنظيم المالي أو افتتاحه تعليق المطالبات حتى تاريخ رفض طلب افتتاح الإجراء أو تصديق المحكمة على المقترح أو إنهاء الإجراء قبل ذلك".

ويلاحظ على هذا النص أنه قد علق المطالبات ضد المدين منذ افتتاح

الإجراء وحتى أحد تواريخ ثلاثة: إما رفض طلب افتتاح الإجراء لأي سبب من الأسباب الواردة في المادة 2/47، أو تصديق المحكمة على مقترح خطة إعادة التنظيم المالي المنصوص عليه في المادة 80، أو إنهاء الإجراء بالتنفيذ الطبيعي أو لبطلانه لأي سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 87 من النظام.

ونظرًا لأن الإجراءات القضائية والدعاوى التي ترفع على المدين تعتبر من وسائل التضييق المالي على المدين، فقد نص قانون الإفلاس الإماراتي في المادة 1/162 على أنه " في غير الأحوال التي ينص عليها في هذا المرسوم بقانون يترتب على قرار افتتاح الإجراءات وفقًا لأحكام المادة 78 من هذا المرسوم بقانون وإلى حين المصادقة على خطة إعادة الهيكلة وفقًا لأحكام المادة 108، وقف الدعاوى والإجراءات القضائية وإجراءات التنفيذ القضائي على أموال المدين، وذلك ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك". ويلاحظ على تنظيم المشرع الإماراتي لهذه المسألة ما يلي:

1- حدد المشرع الوقت الذي توقف فيه الإجراءات القضائية ضد المدين بأنه "إلى حين المصادقة على خطة إعادة الهيكلة وفقًا لأحكام المادة 108، وذلك لأنه بعد التصديق على الخطة تعود الحياة التجارية العادية للمدين، ويمكنه التصرف في أمواله.

2- حدد المشرع الأعمال التي يتم وقفها ضد المدين بأنها الدعاوى والإجراءات

القضائية وإجراءات التنفيذ القضائي على أموال المدين، وذلك ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك.

3- يتميز قانون الإفلاس الإماراتي بأمر أورده في البند الثاني من المادة 162 بعد تعديلها بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 2019 بتعديل بعض قانون الإفلاس. وعملاً بهذا النص، يجوز للدائنين المرتهنين أصحاب الديون المضمونة برهن أو الدائنين أصحاب الديون الممتازة إقامة الدعاوى والاستمرار فيها والتنفيذ على ضماناتهم متى كانت ديونهم مستحقة بعد الحصول على إذن المحكمة. وعلى المحكمة وهي في سبيلها لإصدار الأمر بالتنفيذ التأكد من عدم وجود تواطؤ بين المدين والدائن المضمون دينه برهن، ومن درجة أولوية الدائن المضمون دينه فيما لو كان هناك أكثر من دائن مضمون على نفس المال

4- يتميز القانون الإماراتي كذلك بأمر أورده في المادة 163 من القانون حيث يجيز للمحكمة أن تقرر بناء على طلب الأمين وبعد إعلان صاحب الشأن وقف سريان الفائدة القانونية والتعاقدية بما في ذلك الفائدة المستحقة، أو التعويض المستحق مقابل التأخير في السداد.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة دبي الابتدائية في حكمها الصادر في مايو 2019 في منطوق هذا الحكم بأنه " ثانيًا: يخطر السيد رئيس محكمة التنفيذ بذلك القرار للتفضل بالتنبيه بوقف أية إجراءات تنفيذ قضائية حالة أو مستقبلية والتأشير بكافة

ملفات التنفيذ التي يكون المدين المطلوب إشهار إفلاسه طرف منفذ ضده فيها بعدم صرف أية أموال أو أصول تخص ذلك المدين وعلى مكتب إدارة الدعوى تنفيذه وعرض كافة ما يقدمه أمين التفليسة من تقارير أو أوراق أو طلبات علنيًا فور ورودها"<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس البحريني، نجد أنه قد نظم مسألة وقف الدعاوى والإجراءات القضائية ضد المدين فترة سريان إجراءات الإفلاس ومنها إجراء إعادة التنظيم بشكل مفصل في أكثر من مادة تبدأ بالمادة 51 وتنتهي بالمادة 54. ويلاحظ على تنظيم المشرع البحريني لهذه المسألة ما يلي:

1- وضع المشرع القاعدة العامة في هذه المسألة في البند أ من المادة 51 بقوله " يترتب على قرار الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس وقف الدعاوى والإجراءات القضائية وإجراءات التنفيذ على أصول التفليسة أو على المدين". غير أن المشرع البحريني لم يكتف بالقاعدة العامة وإنما أعطى أمثلة للإجراءات التي يتم وقفها منها أي إجراء للتنفيذ على أصول التفليسة، أي إجراء للحجز على هذه الأصول.

2- في البند الثاني من المادة 51 حدد المشرع بداية سريان الوقف بقوله " فور الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس"، وحدد في البند ج المدة التي يبقى فيها هذا

---

<sup>1</sup> محكمة دبي الابتدائية، الحكم الصادر في الدعوى رقم 17 لسنة 2018 إجراءات إفلاس، جلسة 2019/05/15، مذكور سابقًا.

الوقف بأنه إلى حين نفاذ خطة إعادة التنظيم بمصادقة المحكمة عليها، وإن إنهاء التصفية، أو عند بيع أموال من أصول التقلية أو خرودها من أصول التقلية، وذلك ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك. وعملاً بنص البند د من القانون، يمتد وقف أي عمل أو إجراء إلى المدة التي كان يجب أن يتخذ فيها العمل أو الإجراء وفقاً لنص في قانون أو اتفاق.

3- استثنى المشرع البحريني في المادة 52 عدة إجراءات من الوقف حيث لا يسري عليها، منها عقود المشتقات المالية، ويقصد بها كما ورد في المادة الأولى من القانون وهي تلك العقود التي يرد تحديدها في قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم 64 لسنة 2006. وكذلك استثنى عدد كبير من الإجراءات مثل الإجراءات التي تتخذ لتنفيذ أمين التقلية واجباته، إجراء تحصيل دين على المدين إذا كان موجه لضا من أو كفيل أو لجهة مصدرة لخطاب ضمان، إجراء لتحصيل ديون على المدين لأغراض شخصية أو عائلية أو إستهلاكية.

4- نص القانون البحريني في المادة 53 على جزاء مخالفة وقف الإجراءات السابق بيانها حيث أجاز للمكمة بناء على طلب من أمين التقلية أو لجنة الدائنين وبعد إجراء الإعلان وإعطاء فرصة سماع الرأي، أن تحكم ببطلان الإجراء المخالف وإعادة الحال إلى ما كان عليه متى كان ذلك ممكناً، وإلزام المخالف بالتعويض الناجم عن الأضرار الفعلية التي لحقت بأصول التقلية ما لم يكن حسن النية عند



القيام بالإجراء .

5- خصص المشرع البحريني للديون المضمونة نصًا خاصًا يحدد أثر الوقف عليها في المادة 54، ونص على أن الوقف ينتهي تلقائيًا بالنسبة لهذه الديون بعد 120 يوم من موافقة المحكمة على افتتاح إجراءات الإفلاس، وذلك ما لم تقرر المحكمة مد الوقف حفاظًا على أصول التفليسة وتعظيم قيمتها.

وقد أجاز المشرع للمحكمة مد الوقف لهذه الديون أكثر من المدة السابقة في عدة أحوال منها موافقة الدائن على المد ويكون ذلك في صورة اتفاق بين أمين التفليسة والدائن. وفي هذه الحالة على المحكمة أن توفر حماية لمطالبة الدائن المضمون من تناقص قيمة الأموال المثقلة بضمان أو أية خسارة أخرى قد تلحق به.

وفي المقابل، تنص الفقرة د من المادة 54 سالفه الذكر أن تنهي الوقف عن دين الدائن المضمون وذلك في عدة حالات منها إذا كان الوقف غير ضروري لتعظيم قيمة أصول التفليسة لصالح الدائنين أو أي طرف له مصلحة في الدعوى، أو إذا تناقصت قيمة الأموال المثقلة بضمان نتيجة افتتاح إجراءات الإفلاس ولم يحصل الدائن المضمون على حماية كافية من تناقص القيمة أو أية خسائر أخرى خلال فترة الوقف، أو إذا لم تحصل خطة إعادة التنظيم على الموافقة في المواعيد المحددة لها، ما لم تأمر المحكمة بمدّها، أو إذا كانت الأموال المثقلة بضمان غير ضرورية لإعادة التنظيم أو عند البيع المحتمل لمنشأة المدين كمنشأة عاملة.

6- على غرار الديون المضمونة، أجاز المشرع البحريني للمحكمة إنهاء الوقف عن الديون غير المضمونة في عدة حالات منها: إذا كان الدين قد خضع لدعوى قضائية أمام هيئة قضائية أو تحكيمية، وأن حكم تلك الهيئة من شأنه أن يعزز إدارة أصول التفليسة على نحو فعال ومنتظم، أو إذا كان الدين يخضع لحق مقاصة، وأن إجراء المقاصة من شأنه أن يعزز إدارة أصول التفليسة على نحو فعال ومنتظم، أو أية أحوال أخرى من شأنها أن تعزز إدارة أصول التفليسة على نحو فعال ومنتظم.

وعلى صعيد مشروع قانون الإفلاس الكويتي، نجد أنه تعرض لمسألة وقف المطالبات ضد المدين في مادتين هما المادة 26 والمادة 27. وفي المادة 26 نص المشرع الكويتي على أنه لقاضي الإفلاس بناء على طلب يقدم إليه من المدين أن يصدر قراره بوقف المطالبات في أي وقت من تاريخ تقديم طلب افتتاح الإجراءات وحتى تاريخ البت فيه. ونفس الأمر تقريباً في المادة 27 مع اختلاف بسيط سوف نوضحه في الملاحظات التالية.

1- الوقف الذي يتحدث عنه مشروع القانون الكويتي يتعلق بالفترة من تقديم افتتاح الإجراءات حتى تاريخ البت فيه بالرفض أو بالقبول ولا يتعلق بالفترة التي تلي افتتاح الإجراءات. ولا يتضمن المشروع أي نص يتعلق بالوقف في هذه الفترة في الباب الرابع المعنون إعادة الهيكلة الذي يبدأ بالمادة 79.

2-الوقف يمكن أن يقوم به قاضي الإفلاس وهو أمر جوازي له، كما يبين من نص المادة 2/26، وقد تقوم به إدارة الإفلاس وهو أمر وجوبي لها كما يبين من نص المادة 1/27 من المشروع. وفي كلتا الحالتين، لا يتم الوقف إلا بناء على طلب من المدين.

## المطلب الرابع

### التصديق على الخطة والانتهااء من الإجراء

إن حصول مقدم طلب إعادة الهيكلة على خطة تعيد هيكلة ديونه وتلزم دائنيه وتمنحه مرونة في سداد هذه الديون لهو الهدف النهائي الذي يسعى إليه إجراء إعادة الهيكلة، بل وبحسب رأينا هو المعيار الذي يقاس في ضوءه نجاح مقدم الطلب في مسعاه. ونظرًا لأهمية خطة إعادة الهيكلة وضرورة ملاءمة بنودها للمدين من ناحية، وعدم الإضرار بحقوق الدائنين من ناحية أخرى، اهتمت القوانين محل المقارنة في هذا البحث بتنظيمها على نحو متوازن يحقق مصالح الطرفين.

فمن ناحية قانون الإفلاس العماني، نجد أنه قد نظم خطة إعادة الهيكلة على النحو التالي:

1- حدد المشرع أن المسؤول عن وضع الخطة هي لجنة إعادة الهيكلة وهي اللجنة المشكلة من الخبراء المقيدون في الجدول لإعداد خطة إعادة الهيكلة حسب تعريفها الوارد في المادة 1 من القانون. وهذه اللجنة قد تستعين بها الدائرة المختصة في مرحلة الوساطة بين الطرفين، وقد تستعين بها المحكمة في جميع الأحوال م 14. وتتولى الدائرة أو المحكمة بحسب الأحوال تقدير أتعاب اللجنة.

وعملاً بنص الماد 15 من القانون، فإن اللجنة ترفع تقريراً إلى الدائرة أو المحكمة حسب الأحوال خلال 3 أشهر من تاريخ تكليفها بالعمل، متضمناً رأياً في سبب

اضطراب أعمال المدین، وجدوی إعادة الهیکلة. وقد أوجب المشرع العماني تنفيذ الخطة في مدة لا تزيد على 5 سنوات.

2- بعد إعداد الخطة ووصولها إلى الدائرة، تقوم الدائرة المختصة وبناء على موافقة الأطراف الموقعين عليها بإحالتها إلى المحكمة لإعتمدها، وفي حالة اعتماد المحكمة للخطة تعتبر ملزمة لأطرافها فقط.

3- وإلى جانب لجنة إعادة الهیکلة ودورها الرئيسي في إعداد الخطة، فإن هناك دور يقوم به المعاون المنصوص عليه في المادتين 16 و 17 من القانون حيث يساهم المعاون في وضع آلية لتنفيذ الخطة م 17/ج، ويساعد المدین في تنفيذ الخطة بالتعاون مع دائنيه م 17/د، وإعداد تقرير كل 3 أشهر بشأن تطبيق خطة إعادة الهیکلة، وعرضه على الدائرة المختصة وأطراف الخطة.

4- تحقيقاً لمصلحة الدائنين في تنفيذ الخطة كما تم الاتفاق عليها مع الدائن، فقد أجاز المشرع في المادة 20 لكل ذي مصلحة اللجوء إلى المحكمة بشأن أي إجراء يتعلق بخطة إعادة الهیکلة خلال مدة تنفيذها.

5- مادام أن خطة إعادة الهیکلة يتم وضعها لمواجهة ظروف مؤقتة، فكان من الطبيعي أن تكون الخطة مؤقتة. ولهذا، حدد المشرع الحالات التي تنتهي فيها الخطة في المادة 23 بناء على قرار يصدر من المحكمة وبناء على طلب يقدم من الأطراف. وتتمثل هذه الحالات في الآتي:

أ تنفيذ الخطة على الوجه المتفق عليه بين أطرافها.

ب إذا تحسنت أوضاع المدين المالية والإدارية وقام بالوفاء بديونه.

ج إذا تعذر تنفيذ الخطة أو تم الإخلال بها لأي سبب

6- لم يربط المشرع العماني بين حالات إنهاء الخطة في حالة تعذر تنفيذها أو الإخلال بها وبين تحول إجراء إعادة الهيكلة وبين إجراء إشهار الإفلاس المنصوص عليه في المادة 69 وما يليها من القانون بل نظم هذا الأخير بشكل مستقل عن الأول، ووضع شروط جديدة لبدئه.

والأمر قريب من ذلك في قانون الإفلاس المصري حيث يبين من تنظيم هذا الأخير لخطة إعادة الهيكلة ما يلي:

1- تختص لجنة إعادة الهيكلة التي تتكون بقرار قاضي الإفلاس المختص، ويتولى القاضي تقدير أتعاب اللجنة م 14. وتختص اللجنة بوضع تقرير عن حالة المدين وتبين رأيها في جدوى إعادة الهيكلة والخطة المقترحة للمدين، وذلك كله خلال 3 أشهر من بدء عملها م 20. ويجوز لقاضي الإفلاس تمديد هذه الفترة ثلاثة أشهر أخرى. ومدة الخطة في القانون المصري لا تتجاوز خمس سنوات. وعند وضع الخطة من جانب لجنة إعادة الهيكلة، يعتمدها قاضي الإفلاس، وتكون ملزمة لأطرافها منذ الاعتماد م 21.

2- يجيز القانون المصري لقاضي الإفلاس تعيين معاونًا لمساعدة المدين م 21، ويساهم المعاون في خطة إعادة الهيكلة في أنه يضع آلية تنفيذ إجراءات خطة إعادة الهيكلة، وإعداد تقرير كل 3 أشهر يعرض على قاضي الإفلاس يوضح تقدم سير إجراءات خطة إعادة الهيكلة م21.

3- أجاز المشرع المصري كذلك لكل ذي مصلحة اللجوء إلى قاضي الإفلاس للنظر في أي طلب يتعلق بخطة إعادة الهيكلة.

4- فيما يتعلق بإنهاء خطة إعادة الهيكلة، فنجد أن القانون المصري قد حددها في المادة 28 في الآتي:

أ انتهاء تنفيذ الخطة من جانب المدين.

2 إذا تعذر تنفيذ الخطة لأي سبب أو تم الإخلال بها من جانب المدين لأي سبب.

وفيما يتعلق بنظام الإفلاس السعودي، فنجد أنه يختلف في تنظيمه لمسألة خطة إعادة الهيكلة عن القانونين العماني والمصري، ويلاحظ على تنظيمه ما يلي:

1- أن من يعد مقترح إعادة التنظيم المنصوص عليه في المادة 75 هو المدين بمساعدة الأمين، وذلك خلال المدة التي تحددها المحكمة في حكمها بافتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي. ويشرف الأمين على تنفيذ الخطة وإنهاء الإجراء.

2- اهتم المنظم السعودي بمضمون مقترح إعادة التنظيم كما يبين من المادة 2/75 و3 و4 من النظام، وكذلك المادة 16 من اللائحة التنفيذية للنظام. وقد اهتم المنظم السعودي كذلك بتنظيم التصويت على المقترح وتحديد من له الحق في التصويت من عدمه م76، واهتم كذلك بنصاب الاجتماع والأغلبية المطلوبة لصحة اجتماع الدائنين، وأحال إلى اللائحة التنفيذية للقانون في تحديد هذه المسائل م78.، واهتم كذلك بتنظيم عملية تصويت الدائنين على المقترح م79. ويرجع اهتمام المنظم السعودي بهذه المسائل إلى أن خطة مقترح إعادة التنظيم في هذا النظام بعد التصديق عليها من المحكمة تكون ملزمة لكل الدائنين الذين وافقوا عليها والذين رفضوها بخلاف الحال في القانون العماني حيث تلزم أطرافها فقط. ولهذا، فإن المنظم السعودي اهتم بالمسائل الإجرائية المرتبطة بالخطة بدءاً من وضعها لحين التصديق عليها.

3- إذا تحققت الأغلبية المطلوبة لصحة اجتماع الدائنين المنصوص عليها في المادة 79 وهي أغلبية ربع رأس المال على الأقل، وتحققت أغلبية الموافقة على المقترح وهي أغلبية ثلثي قيمة ديون المصوتين في الفئة ذاتها أو الحصص التي لها حق التصويت المنصوص عليها في هذه المادة كذلك، فعلى الأمين أن يطلب من المحكمة التصديق عليها، وعليه أن يبلغ الدائنين بالجلسة التي سوف تصدق فيها المحكمة على الخطة م1/80.

4-أجاز المنظم السعودي للدائن أن يعترض على مقترح إعادة التنظيم أمام



المحكمة في جلسة التصديق عليه بدعوى الإخلال بمعايير العدالة إذا كان قد صوت برفضه م 4/80

5-تنتهي خطة مقترح إعادة التنظيم في النظام السعودي في حالات معينة بينها المادتان 86 و 87 من النظام، وهي حالات كثيرة مقارنة بالحالات الواردة في القانون العماني والقانون المصري. وتتمثل في الآتي:

أ تنفيذ الخطة من جانب المدین، وفي هذه الحالة يتقدم الأمين بطلب إلى المحكمة لإنهائها، وعليه إبلاغ الدائنين بالطلب قبل تقديمه.

ب إذا تقدم المدین نفسه بطلب إنهاء الإجراء.

ج إذا تقدم الأمين بطلب إنهاء الإجراء لاكتمال تنفيذ الخطة وانتهاء مهماته.

د إذا تقدم الأمين بطلب إنهاء الإجراء لعدم تحقق النصاب المطلوب لتصويت الدائنين على المقترح أو تعذر تصويتهم عليه في الموعد المحدد لذلك.

ه إذا رفضت المحكمة التصديق على المقترح.

و إذا تقدم الأمين أو الدائن بطلب إنهاء الإجراء لتعذر تنفيذ الخطة.

ل إذا تقدم الأمين بطلب موقع من المدین بإنهاء الإجراء لعدم رغبة المدین في الاستمرار في إدارة نشاطه أو استكمال تنفيذ الخطة،

م إذا تقدم ذو مصلحة بطلب إنهاء الإجراء لوجود مخالفات مؤثرة خلال الإجراء أو لارتكاب المدين أحد الأفعال المجرمة في النظام خلال فترة سريان الإجراء .

6- ربط المنظم السعودي بين إجراء إعادة التنظيم المالي للمدين وإجراء تصفية أمواله عندما أجاز للمحكمة في حالة إنهاء إجراء إعادة التنظيم أن تقضي بافتتاح إجراء التصفية أو التصفية الإدارية إذا تحققت الشروط التالية:

ا أن يكون المدين متعثرًا أو مفلسًا.

ب استيفاء شروط افتتاح إجراء التصفية أو إجراء التصفية الإدارية المراد افتتاحه.

ج أن يكون إنهاء إجراء إعادة التنظيم مبنياً على الفقرة د أو الفقرة هـ أو الفقرة و أو الفقرة ل أو الفقرة م من المادة 87 من النظام.

وفيما يتعلق بقانون الإفلاس البحريني، فنجد أنه قد نظم مسألة إعداد خطة إعادة التنظيم في المواد التي تبدأ من 97 ومايليها. ويلاحظ على تنظيم المشرع البحريني في هذا الصدد ما يلي:

1- أن واجب تقديم مشروع خطة إعادة التنظيم يقع على عاتق المدين عملاً بنص المادة 3/97 التي توجب على المدين تقديم المشروع لأمين إعادة التنظيم لتمكينه من إعداد مقترح الخطة وفقاً للمادة 106 من القانون. كما يجب على المدين معاونة الأمين في إعداد الخطة والتفاوض بشأنها. ويفهم من هذه المادة الأخيرة أن

من يعد الخطة ويتفاوض بشأنها هو أمين إعادة التنظيم، ودور المدين هو تقديم مشروع الخطة ومعاونة الأمين في إعدادها. ويعد الأمين الخطة ويقدمها للمحكمة خلال 3 أشهر من تاريخ الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس. ويجوز للمحكمة تمديد هذه المدة بناء على طلب من المدين أو أمين إعادة التنظيم. وقد أوجبت الفقرة ب من المادة 106 سالفه الذكر على أمين إعادة التنظيم أن يتشاور حول بنود الخطة مع المدين ولجنة الدائنين المضمونين وأي طرف له مصلحة في الدعوى. كما يقع على الأمين أن يراعي عند إعداد الخطة عدة متطلبات أشارت إليها الفقرة ج من القانون أهمها أن يكون هناك إمكانية لتنفيذ بنود الخطة، وأن تتعامل الخطة مع مصالح الدائنين بشكل عادل لهم جميعاً دون تفرقة، وأن تكون الخطة عبارة عن عملية توافقية يراعي فيها مصالح المدين وجميع الأطراف.

2- أجاز القانون البحريني لعدة أشخاص آخرين بخلاف أمين إعادة التنظيم أن يقدموا مقترح إعادة إعادة التنظيم في حالات معينة. ويتمثل هؤلاء الأشخاص في الآتي: لجنة جماعة الدائنين، أو من الدائنين الذين لهم مطالبات لا تقل عن ثلث مجموع المطالبات المقدمة من المدين. ويجوز لهؤلاء تقديم مقترح الخطة للمحكمة في الحالات المذكورة في المادة 107/أ وهي: 1 مرور ستة أشهر على الأقل من الموافقة على افتتاح إجراءات الإفلاس. 2 إذا عجز أمين إعادة التنظيم عن تحقيق تقدم مناسب في إعداد مقترح خطة إعادة التنظيم. 3 إذا كان من المرجح أن تحقق الخطة المصلحة لأصول المدين. ويجب على هؤلاء الأشخاص تقديم مقترح الخطة

خلال 3 أشهر من تاريخ أذن المحكمة لهم بتقديم الخطة، كما يجوز للمحكمة تمديد هذه المدة 107/ب.

3- اهتم المشرع البحريني كذلك بمضمون ومحتوى الخطة، فأوجب في المادة 108 أن يتضمن هذا المضمون عدة بيانات منها نبذة موجزة عن نشاط المدين والأسباب التي أدت إلى اضطراب أوضاعه المالية، وكشف كامل عن جميع الدائنين وتفصيل ديون كل منهم، وتصنيف الدائنين إلى فئات ويكون لهم ذات الحقوق في إجراءات التصويت على الخطة، وغيرها من البنود التي تصل إلى 13 بند. هذا بالإضافة إلى أن المشرع اهتم كثيراً بالحلول والمقترحات التي يمكن أن تتضمنها الخطة لإنقاذ المدين وذلك في المادة 109 من القانون.

4- بعد إعداد خطة إعادة التنظيم ومراعاة الشروط والمقترحات المنصوص عليها في القانون، يقوم الأمين بعرضها على المحكمة خلال المدة القانونية المشار إليها سابقاً م 111/أ. وتقوم المحكمة بالإعلان عن الخطة، ويجوز لها السماح بالتصويت عليها قبل إعلانها م 111/ب. وتعين المحكمة ميعاداً لاجتماع الدائنين للتصويت على الخطة. ويتم التصويت عليها خلال 30 يوماً من تقديمها لأول مرة أو خلال 20 يوماً إذا تم تعديلها م 114/أ. ويلزم لصحة التوقيع على الخطة أن يوافق عليها جميع فئات الدائنين م 114/ب، وتعد الفئة موافقة على الخطة إذا تم التصويت عليها بالموافقة من قبل أغلبية الدائنين الذين قبلت مطالباتهم نهائياً أو مؤقتاً، بشرط أن يكونوا حائزين لثلاثي مجموع الديون غير المضمونة في تلك الفئة،

وذلك بعد استئصال ديون وعدد الدائنين الذين لم يشتركوا في التصويت م 114/ج.

5- يجيز القانون البحريني لكل دائن لم يصوت بالموافقة على خطة إعادة التنظيم حق حضور جلسة المصادقة على الخطة وإثبات اعتراضه عليها وأسبابه م 115/أ. وبعد سماع الاعتراضات، يجوز للمحكمة أن تتخذ أحد الإجراءات التالية: إما المصادقة على خطة إعادة التنظيم وإصدار قرار البدء بتنفيذها في حالات مبينة في الفقرة ب من المادة 115، أو رفض المصادقة على خطة إعادة التنظيم وطلب إعادة التنظيم إذا لم تستوف الخطة الشروط المشار إليها في البند أولاً من هذه الفقرة، أو منح طالب إعادة التنظيم أجلاً لا يجاوز عشرة أيام لتصحيح ما قد يعتري الخطة من أخطاء مادية لا يؤثر تصحيحها على حقوق أي من الدائنين، ومن ثم عرضها على المحكمة، بعد إعلان الدائنين، للمصادقة عليها. ويعد تصديق المحكمة على الخطة، تكون ملزمة لجميع الدائنين م 115/ج، وكذلك المادة 116.، ويتولى أمين إعادة التنظيم الإشراف على تنفيذها م 120.

6- ألزمت المادة 138 من القانون أمين إعادة التنظيم أن يتحقق من وقت إلى آخر مما إذا كانت المصلحة الفضلى لأصول المدين هي التحول من إعادة التنظيم إلى التصفية. وأجاز المشرع للمحكمة في الفقرة ب بناء على طلب مقدم من أمين إعادة التنظيم أو لجنة الدائنين أو أي شخص له مصلحة في الدعوى، أن تحول طلب إعادة التنظيم إلى التصفية وفقاً لأحكام الباب الرابع من هذا القانون، وذلك إذا قدرت أن التحول يحقق المصلحة الفضلى لأصول المدين.

وبالإضافة إلى حالة أن المصلحة الفضلى التي تقتضي التحول إلى التصفية السابقة، وبالإضافة كذلك إلى انتهاء إجراء إعادة التنظيم بتنفيذ خطته كما تنص المادة 140 من القانون، حددت الفقرة ج من المادة 138 حالات أخرى ينتهي فيها إجراء إعادة التنظيم ويتحول إلى إجراء التصفية تتمثل في الآتي:

1 إذا لم يتم تقديم مقترح خطة إعادة التنظيم وفقا للمواعيد المقررة بموجب أحكام هذا القانون.

2 إذا لم تتم الموافقة على خطة إعادة التنظيم وفقا لأحكام هذا القانون.

3 إذا ما رفضت المحكمة المصادقة على خطة إعادة التنظيم.

4 إذا ما قررت المحكمة قبول الاعتراض على الموافقة على خطة إعادة التنظيم.

5 إذا ثبت أن المدين قد أجرى بعد تقديم طلب إعادة التنظيم تصرفات ضارة بالدائنين بسوء نية.

6 إذا ما أخل المدين إخلالا جوهريا ببند خطة إعادة التنظيم، أو إذا ما ثبت عجزه عن تنفيذها.

ويقترب تنظيم المشرع الإماراتي لمسألة إعداد خطة إعادة الهيكلة والتصديق عليها وإنتهائها من تنظيم البحرينى السابق لها، حيث تتمثل معالجة المشرع الإماراتي لها في الآتي:

1-وفقًا للمادة 99، أمين إعادة الهيكلة هو المختص بإعداد الخطة وتطويرها، وعليه أن يعدها خلال 3 أشهر من تاريخ القرار بافتتاح الإجراءات. ويجوز للمحكمة مد هذه الفترة لمرّة ولمرات أخرى بشرط ألا يجاوز مجموعها 3 أشهر إضافية. وأثناء إعداد الخطة يخطر المدين المحكمة بصورة منتظمة كل 21 يوم بتقديم سيرها م 100.

2- بعد إعداد مشروع الخطة، يقوم الأمين بإيداع نسخة منها لدى المحكمة. وعلى غرار القانون البحريني، اهتم المشرع الإماراتي بمضمون مشروع الخطة، فأوجب أن يتضمن بيانات معينة أوردتها المادة 2/101 تعين المحكمة على اتخاذ القرار الملائم لحالة المدين، ثم أعطت الفقرة 3 من المادة 101 أيضًا للأمين حق تضمين مشروع الخطة أية أمور أخرى يراها مجدية.

3- زمن تنفيذ خطة إعادة الهيكلة في القانون الإماراتي هو خمس سنوات من تاريخ التصديق عليها من المحكمة، ويجوز تمديد هذه المدة 3 سنوات أخرى بموافقة أغلبية الدائنين الذين يملكون ثلثي الديون التي لم يتم تسديدها خلال الفترة الأولى من الخطة. وبذلك يعتبر القانون الإماراتي القانون الوحيد الذي يجوز أن تصل فيه خطة إعادة التنظيم إلى 8 سنوات، وهي مدة طويلة مقارنة بالظروف التي يواجهها إجراء إعادة الهيكلة م 102.

4-تقوم المحكمة خلال 10 أيام عمل من تاريخ تقديم الخطة بمراجعتها والتأكد من

أنها تراعي مصالح كل الأطراف، ويجوز لها أن تطلب من الأمين إدخال أية تعديلات لازمة لمشروع الخطة وإعادتها للمحكمة خلال 5 أيام من تاريخ إخطاره بقرار المحكمة م 103. وبعد تمام الخطة، يتم إعلان الدائنين بها، وإعتمادها منهم بموافقة أغلبية الدائنين بشرط أن تكون هذه الأغلبية حائزة لثلثي مجموع الديون العادية المقبولة. وفي حالة عدم الحصول على هذه الأغلبية، يتم إعادة الاجتماع مرة أخرى بعد 7 أيام عمل، وإذا لم تتحقق الأغليبتين مرة أخرى، يعتبر ذلك رفضاً للخطة م 107.

5- بعد اعتماد الخطة من أغلبية الدائنين السابقة، تعرض على المحكمة للتصديق عليها خلال 3 أيام من تاريخ اجتماع الدائنين للمصادقة عليها أو رفضها م 1/108. وفي حالة قبول الخطة، تقوم المحكمة بالتصديق عليها وتصبح ملزمة لجميع الدائنين حتى ولو كان منهم من رفض اعتمادها. أما إذا رفضت المحكمة التصديق عليها، يجب عليها إعادتها للأمين مرة أخرى وعرضها عليها للتصديق مرة ثانية م 1/109. ويجوز للمدين أو للدائنين المقبولة ديونهم بشكل نهائي التظلم لدى المحكمة على قرارها برفض التصديق على الخطة أو التعديل عليها م 2/109.

6- يتميز القانون الإماراتي عن القوانين محل المقارنة في هذا البحث في أنه قصر إنهاء الخطة بالإضافة إلى حالة إنهاء الخطة بتنفيذها في كل بنودها المنصوص عليها في المادة 115 من القانون، حدد الحالات التي تبطل فيها خطة إعادة



الهيئة وإنهاء الإجراء فيما يلي:

أ تبطل الخطة في حالة بدء التحقيق مع المدين في إحدى الجرائم المنصوص عليها في الباب السادس من القانون، ويتقرر البطلان من المحكمة بناء على طلب من كل ذي مصلحة خلال 6 أشهر من تاريخ بدئه. ويجب أن يقدم طلب البطلان كحد أقصى خلال سنتين من تاريخ صدور قرار تصديق على الخطة. وتبطل خطة إعادة الهيكلة كذلك إذا صدر بعد التصديق على الخطة حكم بإدانة المدين بإحدى هذه الجرائم كذلك م 117.

ب تنتهي خطة إعادة الهيكلة بفسخها بحكم من المحكمة بناء على طلب يقدم من كل طرف ذي مصلحة إذا لم يتم المدين بتنفيذ شروطها أو إذا توفى المدين واتضح أنه من المستحيل تنفيذ الخطة لأي سبب م 118.

والجدير بالذكر أن قانون الإفلاس الإماراتي ينص على أنه في حالة بطلان أو فسخ خطة إعادة الهيكلة، تصدر المحكمة حكماً بإشهار إفلاس المدين وتصفية أمواله م 6/124.

وفيما يتعلق بمشروع القانون الكويتي، نجد أن تنظيمه لمسألة إعداد الخطة والتصديق عليها يقترب في ذلك من القانون البحريني في تنظيمها. وتتمثل الأحكام التي يتضمنها مشروع القانون الكويتي فيما يلي:

1- عملاً بنص المادة 80 توجب أن يرفق طلب إعادة الهيكلة بعدة مستندات منها

ما ورد في البند الثاني وهو شرح مفصل لخطة إعادة الهيكلة مبين به شروطه وكيفية تنفيذه إن وجدت، والبرنامج الزمني للتنفيذ، وكذلك ما ورد في البند 3 المتعلق بموجز عن العقود والاتفاقيات اللازم توقيعها بين المدين والدائنين لتنفيذ خطة إعادة الهيكلة. والجدير بالذكر أنه وفقاً للمادة 79 من المشروع، فإن طلب إعادة الهيكلة يجوز أن يقدمه المدين والدائنين والجهة الرقابية. ومؤدى ذلك أي طلب يقدم من هذه الجهات يجب أن يتضمن شرح مفصل للخطة وكيفية تنفيذها، وبيان بالعقود اللازم تنفيذها إعمالاً لهذه الخطة.

2-المختص بإعداد الخطة وتطويرها هو المدين تحت إشراف أمين إعادة الهيكلة. ويعدّها المدين في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ صدور القرار، غير أنه يجوز لفاضي الإفلاس مد هذه الفترة لمدة مماثلة أو أكثر بناء على طلب المدين. وفي حالة التمديد لأكثر من ستة أشهر، ففي هذه الحالة يجب الحصول على موافقة الأغلبية المتطلبة للدائنين. وتتمثل هذه الأغلبية حسبما ورد في المادة 1 من المشروع في أغلبية عددية تتمثل في حضور دائن أو دائنين يمثلون نصف الديون الديون المتأثرة على الأقل، وأغلبية قيمية وهي أغلبية الدائنين الحائزين على ثلثي الديون الممثلة في الاجتماع.

ويخطر الأمين إدارة الإفلاس بتقديم سير الخطة كل شهر. وبعد إعداد الخطة، يقوم المدين بإيداع نسخة منها لدى دائرة الإفلاس مرفقاً بها ملخص، وعليه إخطار الأمين وممثل الدائنين وأعضاء لجنة الإفلاس بالخطة ومرفقاتها.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفق المادة 9 من المشروع تختص لجنة الإفلاس المشكلة بقرار من الوزير وفق المادة 8 بإبداء الرأي في خطة إعادة الهيكلة والصلح وخطة تصفية أموال المدين وتوزيعها بشأن هذه الديون.

3-اهتم مشروع القانون الكويتي بمشتملات ومضمون الخطة حيث أوجب أن تشمل 13 بند مبينة في المادة 102، بالإضافة إلى أية أمور أخرى يراها المدين مجدية في تنفيذ مقترح إعادة الهيكلة وتضمينها بالمقترح. أما الحلول والمقترحات التي يمكن أن يتضمنها مقترح الخطة، فقد ذكرت المادة 103 من المشروع بعضًا منها مثل تخلي المدين عن أمواله كلها أو بعضها مقابل التسوية كلها أو بعضها، سداد كامل الدين سدادًا عينيًا، إسقاط بعض الديون وبحيث تبرأ ذمته كلية من الدين أو من جزء منه.

4-بعد إعداد مقترح الخطة، يقوم المدين بدعوة الدائنين للموافقة على خطة إعادة الهيكلة بإخطار يشتمل على موعد الاجتماع ومكانه، وينعقد الاجتماع بعد 10 أيام على الأقل من الدعوة. ويترأس المدين الاجتماع 1/105، ويجوز بموافقة الأغلبية المطلوبة للدائنين - سواء الأغلبية العددية أو الأغلبية القيمية كما أوضحنا- تعيين الأمين أو أحد الدائنين أو غيرهم لترؤس الاجتماع 1/105. وبعد حصول الخطة على الأغلبية المتطلبة قانونًا، يقوم الأمين بإخطار إدارة الإفلاس بالخطة المعتمدة أو المفروضة من الدائنين م 1/106. وإما أن تصدق إدارة الإفلاس على الخطة وتكون ملزمة لجميع الدائنين، أو ترفض التصديق عليها وفي هذه الحالة

تصدر إدارة الإفلاس قرارًا بإنهاء إجراءات إعادة الهيكلة وحفظ الطلب. ويجوز لقاضي الإفلاس بناء على طلب يقدم له من المدين أو الجهة الرقابية أو الدائنين بافتتاح إجراءات إشهار الإفلاس ضد المدين وفقًا لما يراه ملائماً لوضع المدين ومحققاً لمصلحة الدائنين م 3/106.

5- حدد مشروع القانون الكويتي في المادة 11 الأسباب التي تؤدي إلى إنهاء إجراءات إعادة الهيكلة في حالتين فقط بخلاف الحالة المذكورة سابقاً وهي حالة رفض التصديق على الخطة المعتمدة من الأغلبية المطلوبة من الدائنين. وتتمثل هاتين الحالتين في الآتي:

أ إذا طلب المدين إنهاء الإجراءات استناداً الى أن شروط افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة لم تعد منطبقة عليه، أو كان من غير المتوقع تنفيذ خطة إعادة الهيكلة وفقاً لشروط الخطة. وفي هذه الحالة يجوز له بناء على طلب يقدم إليه من المدين أو الأمين أو الدائنين أن يقرر افتتاح إجراءات إشهار الإفلاس م 112.

ب إذا طلب المدين افتتاح إجراءات شهر الإفلاس.

## الخاتمة

في نهاية بحثنا لموضوع " دور إعادة الهيكلة في إنقاذ المشروعات والشركات التجارية في قانون الإفلاس العماني، دراسة تحليلية مقارنة"، توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات على النحو التالي<sup>1</sup>:

أولاً: تعتبر إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم المالي أحد أهم الوسائل التي تبناها قانون الإفلاس العماني، وتبنتها كذلك القوانين محل المقارنة في هذا البحث لمواجهة الظروف الطارئة التي تؤدي إلى عجز الشركات والمشروعات التجارية عن سداد ديونها. وقد تبنى المشرع العماني وسيلتين آخريتين لتحقيق نفس الهدف وهما "الصلح الواقي من الإفلاس" المواد من 24 إلى 68 الذي يمنع من اللجوء إلى إشهار الإفلاس، و"الصلح القضائي" المواد من 166 إلى 178 الذي يهدف إلى وقف إجراءات الإفلاس، وإزالة آثاره. وقد ميز القانون العماني إعادة الهيكلة بشروط تطبيق سهلة مقارنة بتلك التي تنطبق على الصلح الواقي من الإفلاس. غير أن تشابه الإجراءات في النتيجة النهائية تثير التساؤل عن أهمية الصلح الواقي من الإفلاس بجانب إعادة الهيكلة. وإذا كان الصلح الواقي قليل التطبيق قبل وجود إعادة الهيكلة، فسيجد مجالاً للتطبيق في وجودها.

---

1 سوف نتبع هنا مسلكاً مختلفاً عن المعتاد في البحوث القانونية؛ إذ نجمع بين النتيجة والتوصية في آن واحد دون فصلهما.

ونوصي المشرع العماني بإلغاء الصلح الواقي والإبقاء فقط على إعادة الهيكلة في الفترة السابقة على إشهار الإفلاس، مع الإبقاء على الصلح القضائي كمخرج أخير أمام المدين، مع ضرورة تعديل أحكام إعادة الهيكلة وفقاً للتوصيات التي سوف نبدئها في هذه الخاتمة؛ لتكون أكثر مرونة ودقة في التطبيق.

**ثانياً:** إذا كان فيروس كورونا كوفيد -19 قد أدى إلى خسائر فادحة في حركة التجارة على المستوى العالمي والإقليمي والوطني كذلك، فإن إجراء إعادة الهيكلة من الإجراءات الملائمة لمواجهة أثر هذا الفيروس والحد من أثره على الشركات والمشروعات. ويحمد للمشرع العماني تنظيمه البسيط لإجراءات إعادة الهيكلة الأمر الذي يجعله مؤهلاً للقيام بدوره، ولا تحتاج السلطنة من وجهة نظرنا إلى إصدار قانون لمواجهة آثار هذا الفيروس خصيصاً، فالمرونة التي يتمتع بها هذا الإجراء في القانون العماني تضمن له النجاح في مواجهة الفيروس بعكس بعض القوانين محل المقارنة التي أسهبت في تفاصيل الإجراء بحيث أصبحت تشكل عائقاً أمام تطبيقه كما هو الحال في القانون الإماراتي والقانون البحريني.

**ثالثاً:** نرى أن المشرع العماني قد أصاب عندما قصر إجراء إعادة الهيكلة المالية على التجار سواء أشخاص طبيعيين أو اعتباريين ولم يمدّه إلى المهنيين أو الشركات المدنية بخلاف ما فعلت بعض القوانين الأخرى. ويرجع تأييدنا لموقف المشرع العماني إلى أن فئة التجار هم أكثر الفئات التي تتعرض لتقلبات في الأسواق العالمية والمحلية، وهم أكثر الفئات التي تتضرر من جراء السياسات

الاقتصادية التي تتبعها الدول، ومن ثم فهم أكثر الفئات احتياجًا لهذا النوع من الإجراءات. هذا بالإضافة إلى أن هناك قواعدًا وأحكامًا تنظم إعسار المدينين المواد من 277 إلى 288 من قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 19 لسنة 2013، فإذا رُوي استقادتهم من فوائد إجراء إعادة الهيكلة، فيفضل معالجه ذلك في الأحكام المنظمة لإعسارهم بعيدا عن الإفلاس. ونلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الإماراتي قد وسع من إجراء إعادة الهيكلة إلى الشركات المدنية ذات الطابع المهني، ثم أصدر قانونًا خاصًا بالإعسار يسري على الأشخاص الطبيعيين المدنيين<sup>1</sup>، فأصبحت هناك تفرقة بين شركة محاماة مدنية على سبيل المثال، وبين محامي يمارس المهنة من خلال مكتب خاص به. فشركة المحاماة خاضعة لقانون الإفلاس، بينما المحامي يخضع لقانون الإعسار، مع أن كل منهما غير تاجر.

رابعًا: أعطى المشرع العماني ميزة طلب إعادة الهيكلة للمدين التاجر فقط، ولم يسمح للدائن أو للجهة الرقابية على المدين طلب إعادة هيكلة ديون المدين. وقد تطلب المشرع العماني لقبول طلب إعادة الهيكلة عدة شروط أهمها وقوع المدين في

---

<sup>1</sup> يقصد به المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2019 بشأن الإعسار، ونصوصه متاحة على الموقع

التالي:

<https://www.mof.gov.ae/ar/lawsAndPolitics/govLaws/Documents/المرسوم%2Bقانون%2Bاتحادي%2Bرقم%2B19%2Bبشأن%2Bالإعسار.pdf>

اضطراب مالي وإداري دون أن يحدد مفهوم هذا الاضطراب وهل يصل إلى درجة العجز عن سداد الديون بالفعل أو الخشية من الوقوع في العجز.

ونوصي المشرع العماني في هذا الإطار أن يجيز للدائن والجهة الرقابية بتقديم طلب إعادة الهيكلة مع تحديد مبلغ الدين لكل من المدين والدائن، وأن يضع تعريفاً محدداً لما يعد اضطراباً مالياً للمدين يجيز له تقديم الطلب، وحذف لفظ " الإداري " من مصطلح " الاضطراب المالي والإداري " ليصبح " الاضطراب المالي " فقط.

رابعاً: بتحليل النصوص التي تتعلق بمدّة تقديم طلب إعادة الهيكلة، نجد أن القانون العماني أكثر القوانين مرونة فيما يتعلق بالطلب الأول حيث منح المدين مهلة 6 أشهر كاملة يحق له فيها تقديم الطلب، وهي مدة كافية لتقدير أثر تقديم الطلب عليه، وتقييم وضعه المالي بدقة، وقدرته على تنفيذ ما تفرضه عليه خطة إعادة الهيكلة، ولكنها مدة طويلة قد تضر بحقوق الدائنين.

ونوصي بتخفيض هذه المدّة إلى 3 أشهر، أو اقل بحيث تضمن من ناحية الحكم الجيد على حال المدين، وتتفادى من ناحية أخرى إضرار الدائنين.

خامساً: يحمّد للمشرع العماني موقفه عندما لم يلزم المدين مقدّم الطلب بدفع مبالغ مالية عند تقديم الطلب تقديراً منه لظروف المدين، وتيسيراً عليه، إذ الأصل فيه أنه متعثر ولديه الرغبة في الاستفادة من إجراء إعادة الهيكلة لتنظيم أموره المالية. كما يحمّد له أن ترك تقدير قيمة المصروفات والتكاليف لسلطة المحكمة لتقديرها وفق



ظروف كل مدين من حيث يسره وعسره، وتنوع أنشطته أو تحديدها، ومن حيث قيمة الديون وعددها، وقيمة أصوله، وغير ذلك من الأسباب الشخصية له. غير أننا نرى أنه قد جانبه الصواب عندما نص في المادة 21 على سلطة المحكمة في حفظ الطلب إذا لم يعم المدين بسداد هذه المصروفات دون معرفة سبب هذا التصرف من المدين.

**ونوصي** بأن يستكمل المشرع العماني المنهج السليم الذي يتبعه بالنص على أنه يجوز للمحكمة أن تؤجل دفع التكاليف والمصروفات لحين وجود سيولة في أموال المدين، ويقتصر حفظ الطلب على حالة عدم وجود أصول تكفي لسداد المصروفات والتكاليف.

**سادساً:** يتفق القانون العماني مع أغلب القوانين محل المقارنة في هذا البحث وتتفق في أغليبتها في أنه في حال تقديم طلب إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم، يجب أن توقف الإجراءات الأخرى وخاصة الرامية إلى تصفية أعمال المدين، وذلك لحين البت في طلب إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم. كما أن هذه القوانين قد نظمت مسألة تقديم طلب إعادة هيكلة جديد في حالة رفض أو حفظ الطلب الأول.

وقد اختلف في هذه المسألة النظام السعودي ومشروع القانون الكويتي؛ فالأول لم يتضمن النص صراحة على وقف النظر في إجراء التصفية بسبب تقديم طلب إعادة التنظيم، أما الثاني فقد أجاز لقاضي الإفلاس أن يقرر عدم وقف النظر في

طلب تصفية الشركة أو وضع مالها تحت الحراسة عند تقديم طلب إعادة الهيكلة.

سابعًا: إن مدة الستين يوما المنصوص عليها في المادة 10 من القانون العماني المخصصة للدائرة المختصة لفحص طلب إعادة الهيكلة هي مدة طويلة مقارنة بالمدد المنصوص عليها في القوانين محل المقارنة في هذا البحث وعلى نحو ما أوضحنا، كما أنه يلاحظ عدم تحديد مدة معينة تنتهي فيها عملية الوساطة بين الطرفين بمعرفة الدائرة، وهذا قد يطيل أمد الإجراء، ويلاحظ كذلك عدم تحديد مدة معينة للمحكمة لاعتماد اتفاق التسوية الذي قد تتوصل إليه الدائرة مع أطرافها. ونوصي في هذا الصدد بتخفيض مدة الستين يوما المشار إليها، كما نوصي بوضع إطار زمني معقول تتم فيه عملية الوساطة واعتماد المحكمة للتسوية، ونقترح في هذا الصدد أن تكون هذه المدة 7 سبعة أيام عمل.

ثامنًا: نؤيد اتجاه قانون الإفلاس العماني وأغلبية القوانين محل المقارنة في هذا البحث في عدم جواز الطعن في القرار الصادر برفض افتتاح الإجراء أو الموافقة عليه؛ وذلك لسببين:

الأول، تجنبًا لإطالة إجراء إعادة الهيكلة؛ لأن السماح بالاستئناف وتحديد جلسة لنظره لا تتماشى مع طبيعة الظروف التي يمر بها المدين والتي تحتاج إلى سرعة اتخاذ الإجراء المناسب له.

الثاني، أن المحكمة أو الدائرة أو الجهة المختصة لن تصدر قرارها بالقبول أو

بالرفض إلا بعد تعيين من يعاونها من الخبراء الذي يدرسون حالة المدين وموقفه المالي وعرض الإجراء المناسب له.

ونرى أنه حسناً فعل المشرع العماني عندما سمح بالطعن ضد قرار الرفض الصادر من الدائرة المختصة في حالة عدم التوصل إلى تسوية؛ لأنها كما أوضحنا من قبل جهة إدارية تحتاج إلى مراجعة لقرارها من القضاء حتى ولو استعانت بخبير أو أكثر لتقدير حالة المدين المالية.

**تاسعاً:** حسناً فعل المشرع العماني بعدم الربط بين حالات رفض طلب إعادة الهيكلة أو حالات إنهاء إجراء إعادة الهيكلة وبين إشهار إفلاس المدين وتصفيته، واكتفى بإنهاء الإجراء فقط. ويرجع تفضيلنا لهذا المسلك إلى أن الصلة بين الإجراءين التي حرصت عليها بعض القوانين محل المقارنة كالقانون البحريني والإماراتي والنظام السعودي، أدت إلى زيادة حالات إشهار إفلاس المدين عما كان عليه الحال قبل تحديث قوانين الإفلاس وإدراج وسائل إنقاذ المشروعات فيها.

**عاشراً:** لم يتبن المشرع العماني فلسفة أن المدين هو من يضع خطة إعادة الهيكلة، وإنما أسندها للجنة إعادة الهيكلة، ولم يسند له دور إلا المساعدة في تنفيذ الخطة بالتعاون مع الدائنين حسبما تنص المادة 17/د.

**ونوصي** أن ينص المشرع العماني على أن المدين هو من يضع خطة إعادة هيكلة أمواله، ويكون دور لجنة إعادة الهيكلة مساعد له في طريقة إعدادها، ويحذو بذلك

حذو النظام السعودي، والقانون البحريني، ومشروع القانون الكويتي.

**حادي عشر:** حسناً فعل المشرع العماني عندما حظر في المادة 19 على المدين التصرف في أمواله طيلة فترة تنفيذ خطة إعادة الهيكلة حماية لمصالح الدائنين وتجنباً لأي سوء نية قد يبدر منه، ألا أنه يؤخذ عليه أنه لم يضع جزاءً يوقع على المدين في حالة المخالفة، كما أنه لم يحدد مصير التصرفات المخالفة وما إذا كانت نافذة في حق جماعة الدائنين أم لا.

**ونوصي المشرع العماني أن يحذو حذو المشرع الإماراتي عندما قرر جزاء عدم النفاذ لهذه التصرفات.**

**ثاني عشر:** لم يحدد المشرع العماني ميعاداً لرفع قيود التصرف التي فرضها على المدين وما إذا كانت تستمر لحين تنفيذ الخطة أو انتهاء الإجراء أم يمكن أن ترفع قبل ذلك. ونرى أنه مادام المشرع لم يحدد مدة معينة لرفع الحظر، فالأصل أن يستمر لحين انتهاء الإجراء بشكل طبيعي أو بشكل مبتسر بإنهائه قبل ذلك.

**ونوصي المشرع العماني بالنص على أنه يجوز للمحكمة أن ترفع بعض القيود عن التصرفات اللازمة لمباشرة النشاط بناء على تقرير أمين إعادة الهيكلة طيلة فترة تنفيذ الإجراء؛ لأن ذلك يحقق مصلحة المدين والدائنين على السواء.**

**ثالث عشر:** يؤخذ على المشرع العماني أنه قرر إلزامية خطة إعادة الهيكلة لمن وقع عليها فقط من الدائنين، وحظر بمقتضى المادة 22 رفع هؤلاء دعاوى على

المدين باعتبارهم أطراف الخطة وملزمين بما ورد فيها من بنود، أما غير هؤلاء من الدائنين الذين رفضوا التوقيع على الخطة، فلهم حق رفع الدعاوى على المدين. وفي حال رفع أي دائن دعوى إفلاس على المدين، فهنا سوف يسقط كل اتفاق بين المدين والدائنين أطراف الخطة؛ لأن تقيسة المدين في هذه الحالة سوف تتضمن كل أصوله بما في ذلك الأعمال محل الاتفاق بينه وبين الدائنين أطراف الخطة. وبذلك تكون خطة إعادة الهيكلة لا قيمة لها.

**ونوصي** المشرع العماني في هذا الصدد بأن يتبنى فلسفة القانون البحريني، والإماراتي والكويتي وأن يرتب على اعتماد المحكمة على الخطة نفس الآثار التي ترتبها هذه القوانين على التصديق على الخطة، فيمتنع على كل الدائنين مطالبة الدائن طيلة فترة سريان الإجراء.

**رابع عشر:** لم يسمح المشرع العماني لأصحاب الديون المرهونة برفع دعوى على المدين تتعلق بالأموال محل الرهن، ولم يسمح له بالتنفيذ على ضماناتهم من أصول المدين الأمر الذي قد يسبب له ضرراً كبيراً، والأصل أنهم حصلوا على ضماناتهم من المدين حتى يتفادوا مزاحمتهم من قبل الدائنين العاديين عندما يشهر إفلاس المدين.

**ونوصي** المشرع العماني بتمييز هؤلاء الدائنين والسماح له باتخاذ الإجراءات القضائية ضد المدين على الضمانات المقررة لهم استثناءً من الأصل العام وهو

عدم جواز اتخاذ الإجراءات القضائية ضد المدين طيلة مدة الوقف، وذلك على غرار القانون الإماراتي، أو على الأقل أن يجيز للمحكمة أن تسمح للدائن الذي يتقدم إليها بطلب رفع دعوى على المدين أو بطلب تنفيذ على مال معين له إذا كان هذا التنفيذ لا يؤثر على سريان إعادة الهيكلة كما فعل القانون البحريني.

**خامس عشر:** لم يتضمن قانون الإفلاس العماني نصًا يتعلق بوقف سريان الفوائد القانونية والاتفاقية، والتعويض المستحق عن التأخير في التنفيذ بدءًا من تاريخ افتتاح إجراء إعادة الهيكلة لحين قبول أو رفض التصديق على الخطة.

**ونوصي** المشرع العماني بالنص على وقف سريان الفوائد أسوة بما ورد في القانون الإماراتي.

**سادس عشر:** لم يحدد المشرع العماني في المادة 22 جزاء مخالفة وقف الإجراءات والدعاوى ضد المدين، ومصير الدعوى والإجراء المخالف في حال وقوعه من أطراف الخطة.

**ونوصي** المشرع العماني في هذا الصدد بتقرير جزاء التعويض على المخالف إن كان له مقتض، وبطلان الإجراء المخالف وإعادة الحال إلى ما كانت عليه كلما كان ذلك ممكنًا، وذلك على غرار القانون البحريني.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: المصادر والمراجع باللغة العربية:

- د. أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، الوجيز في شرح قانون التجارة العماني، القواعد العامة، الأعمال التجارية، التاجر، المتجر، دار الكتاب الجامعي، العين الإمارات، 2014.

- د. بشار حكمت ملكاوى، انقاذ المشروعات التجارية المتعثرة وفق مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس الإماراتي، بحث منشور في مجلة عجمان للدراسات والبحوث، المجلد 14، العدد الأول، 2015.

- د. بندر بن حمدان العتيبي، مبادئ القانون التجاري، الأعمال التجارية- التاجر - الشركات التجارية، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، 2016.

- د. جمال عبد العزيز عم العثمان، الجوانب القانونية لإعادة هيكلة الشركات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية شرطة دبي، 2018.

- د. حسين الماحي، الإفلاس، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، الطبعة الرابعة، 2016/2017.

- د. حمد سالم المسافري، وسائل حماية المشروعات التجارية في قانون الإفلاس الإماراتي الجديد، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة الكويت، العدد

الثاني، 2018.

- د. سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة، الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008.

- د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 2014.

- د. شريف محمد غنام، د. أحمد شعبان الطاير، شرح أحكام الإفلاس وفقاً للمرسوم بقانون رقم 9 لسنة 2016، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى 2018.

- علاء الدين عبد الله الخصاونة، حماية حقوق الدائنين والمدين في عملية إعادة التنظيم المالي وهيكله الشركات المتعثرة، دراسة في قانون الإفلاس الإماراتي لسنة 2016 والتشريع الفرنسي والأمريكي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السادس والسبعون، أكتوبر 2018.

- أ. فراس منصور الطلافيح، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة رأس مال الشركات المساهمة العامة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2012.

- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسيترال"، مشروع الدليل التشريعي لقانون الإعسار لسنة 2004م، الأمم المتحدة، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، 2005.



- د. محمد على العريان، شرح قانون التجارة العماني، الأعمال التجارية - التجار - المتجر، دار الجامعة الجديدة، 2019.

- د. محمد محمد إبراهيم، الإدارة وإعادة هيكلة المؤسسات العامة والخاصة، المدخل للتميز الإداري، ط 1، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2010.

- د. محمد مصطفى عبد الصادق، الأوراق التجارية والإفلاس في التشريعات العربية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2011.

- د. مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012.

- مقال بعنوان "تأثير فيروس كورونا على الاقتصاد العالمي" أن الفيروس قد تسبب في خسائر تقدر بخمسين مليار دولار، في حين تشير دراسات أخرى بان خسارة الاقتصاد العالمي قد وصلت 2 تريليون دولار. متاح على الموقع التالي:

<https://alwatannews.net/article/876652/Business/> تأثير-فيروس-  
كورونا-على-الاقتصاد-العالمي

-مقال بعنوان " ما تأثير فيروس كورونا المستجد على الاقتصاد العالمي: ركود أم كساد؟"، متاح على الموقع التالي:

<https://mostaqbal.ae/coronavirus-on-the-global-economy->

stagnation-or-recession/

- د. وليد على ماهر، مبادئ القانون التجاري، دار الكتب الجامعية، الشارقة - الإمارات، 2015.

- د. نشأت الأخرس، الصلح الواقي من الإفلاس، دراسة مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية واللبنانية والتونسية والقانون البريطاني، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

## ثانيًا المصادر والمراجع باللغات الأجنبية

- Difference Between Restructuring and Reorganization, at “<http://www.differencebetween.net/language/words-language/difference-between-restructuring-and-reorganization/>”
- GILSON S.-C., Creating value through corporate restructuring “Case Studies in Bankruptcies, Buyouts and Breakups”, Wiley Finance” John Wiley & Sons, Inc.”2008.
- The Institute of Company Secretaries of India, Professional Program Study Material Corporate Restructuring and Insolvency, Module II – Paper 4, Printed at Tan Prints, New Delhi, India, July 2014, p.2.



# النظام القانوني لملكية العلامة التجارية

## دراسة مقارنة

د. عايض راشد المري

الأستاذ المشارك بقسم القانون

كلية الدراسات التجارية

فطن التجار إلى أهمية العلامات التجارية منذ عصر الرومان، والعلامة التجارية هي إشارة تسمح بتمييز منتجات أو خدمات مشروع معين؛ لاجتذاب العملاء نحو هذا المشروع أو منتجاته<sup>1</sup>، وهي من أهم الوسائل التي يلجأ إليها الصانع والتاجر لتمكين المستهلك من تعرّف سلعته أينما وُجدت، وضمان عدم تضليل الجمهور، وهي مما يدفعه إلى بذل أقصى جهده في تحسين منتجاته، وتخفيض تكاليف الإنتاج؛ ليضمن تفوقها ورواجها على مثيلاتها في ميدان المنافسة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محمود مختار أحمد بريري - قانون المعاملات التجارية - الجزء الأول - دار الفكر العربي - 1987م - ص 704، محمود سمير الشراوي - القانون التجاري - الجزء الأول - دار النهضة العربية - 1989م - ص 574.

<sup>2</sup> محسن شفيق - القانون التجاري المصري - الجزء الأول - الطبعة الأولى - 1949م - ص 475، أحمد محمد محرز - القانون التجاري - دار الكتب القانونية - 2003م - ص 467، مصطفى كمال طه - أصول القانون التجاري - دار الفكر الجامعي - 2013م - ص 731.

والعلامة تعتبر رمزاً يميز مصدر السلعة أو الخدمة، وهي وسيلة لضمان صفات معينة في المنتجات أو الخدمات التي تغطيها العلامة، وهي وسيلة للإعلان عن السلع أو الخدمات<sup>1</sup>.

وقد عرّف المشرع الكويتي العلامة التجارية بأنها: "كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من أسماء، أو كلمات، أو إمضاءات، أو حروف، أو رموز، أو أرقام، أو عناوين، أو أختام، أو رسوم، أو صور، أو نقوش، أو تغليف، أو عناصر تصويرية، أو أشكال، أو لون، أو مجموعات ألوان، أو مزيج من ذلك، أو أية إشارة أو مجموعة إشارات، إذا كانت تُستخدم - أو يراد استخدامها - في تمييز سلع أو خدمات منشأة ما عن سلع أو خدمات المنشآت الأخرى، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات، أو على إجراء المراقبة أو الفحص للسلع أو الخدمات، ويمكن اعتبار العلامة الخاصة بالصوت أو الرائحة علامة تجارية"<sup>2</sup>.

ووفقاً لاتفاقية ترينس، فأى إشارة يمكن أن تُشكّل علامة تجارية، بشرط أن تكون قادرة على تمييز السلع والخدمات<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> عبد الرحمن السيد قرمان - الاتجاهات الحديثة في حماية العلامات التجارية المشهورة.. دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - 2008م - ص 4 وما بعدها.

<sup>2</sup> (المادة 2) من قانون العلامات التجارية الكويتي رقم 13 لسنة 2015.

<sup>3</sup> حيث نصت المادة 1/15 من الاتفاقية على أنه " تعتبر أي علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن

ولا شك أن الهدف الأساسي في قوانين العلامات التجارية حول العالم يكمن في حماية الجمهور من الغش والتضليل والخداع<sup>1</sup>، وكذلك حماية مَلاك العلامات التجارية من التعدي عليها من قبل الغير؛ وذلك لما تُمنَّه هذه العلامات من قيمة مالية كبيرة، وتأثيرها تأثيرًا كبيرًا في استمرار وازدهار تجارتهم؛ ولذلك كانت مسألة تنظيم تسجيل العلامات التجارية في سجلات معتمدة، في الدول التي يرغب مَلاك تلك العلامات في حمايتها فيها، من الأهمية بمكان؛ وذلك لما يترتب على هذا التسجيل من نشوء مجموعة من الحقوق، ولحمايتها من تعدي الغير عليها.

---

تكون علامة تجارية. وتكون هذه العلامات، لاسيما الكلمات التي تشمل أسماء شخصية وحروفا وأرقاما وأشكالا ومجموعات ألوان وأي مزيج من هذه العلامات ما يسمح بتمييز السلع والخدمات ذات الصلة، يجوز للبلدان الأعضاء أن تجعل الصلاحية للتسجيل مشروطة بالتمييز المكتسب من خلال الاستخدام. كما يجوز اشتراط أن تكون العلامات المزمع تسجيلها قابلة للإدراك بالنظر، كشرط لتسجيلها". أنظر كذلك جلال وفا محمين - الحماية القانونية للملكية الصناعية - دار الجامعة الجديدة للنشر - 2000م - ص 104.

<sup>1</sup>حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 205/2003 تجاري - جلسة 2003/12/1 - مجلة القضاء والقانون - س 31 - ج 3 - ص 231، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 87، 2007/123 تجاري - جلسة 2008/10/14 - مجلة القضاء والقانون - س 36 - ج 3 - ص 59، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 2006/120 إداري - جلسة 2008/10/28 - مجلة القضاء والقانون - س 36 - ج 3 - ص 113.



وهذا الأمر لاقى اهتمامًا كبيرًا على المستوى الوطني والدولي في أغلب دول العالم، فوجد أن اتفاقية ترينس تمثل أول اتفاقية دولية منحت حقوقًا موضوعية لمالك العلامة التجارية، وتتميز تلك الحقوق بأنها حقوق استثنائية دائمة، لكنها في نفس الوقت حقوق نسبية متعلقة فقط بالعلامات التجارية التي شملتها الحماية من حيث الفئة والتماثل، وهذا الحق الاستثنائي يُحوّل مالك العلامة التجارية منع الغير من استخدام علامات مطابقة أو مشابهة لتمييز السلع أو الخدمات التي سُجّلت بشأنها العلامة التجارية، حين يمكن أن يسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبس.

ويترتب على اكتساب مالك العلامة لهذه الحقوق نتيجةً لتسجيل العلامة التجارية، أنه يُجري على تلك العلامات التجارية كافة التصرفات القانونية؛ من تنازل، وهبة، وبيع، وترخيص، ورهن، وحجر، وغيرها من التصرفات القانونية، بل إن حماية هذه العلامات محددة بمدة زمنية، ويجب على مالكيها مراعاة تلك المواعيد وتجديدها كل مرة حتى تستمر الحماية لتلك العلامات؛ لأنه في حال ما إذا ترك تجديد تسجيل العلامة التجارية في مواعيدها؛ سقطت عنها تلك الحماية، وشُطب تسجيلها؛ مما يجعلها عرضة للاستيلاء عليها من الغير، ونشوء منازعات قد يطول أجلها؛ مما يؤثر سلبيًا على تجارته وسمعته التجارية.

وبالإضافة لاتفاقية ترينس، نجد على المستوى الوطني، أن المشرع الكويتي قد طبّق القانون الموحد للعلامات التجارية لدول مجلس التعاون الخليجي، وصدر به القانون رقم 13 لسنة 2015م، والذي ألغى بموجبه المواد المتعلقة بالعلامات التجارية بقانون التجارة، وحل القانون الموحد للعلامات التجارية لدول مجلس التعاون الخليجي محلها.

وبناءً عليه؛ سنقسم هذه الدراسة إلى فصلين، نتحدث في الفصل الأول منهما عن الحق في ملكية العلامات التجارية، وفي الثاني عن التصرفات القانونية المترتبة على ملكية العلامة التجارية، مقارنة بين اتفاقية تريس وبين ما تضمنه قانون العلامات التجارية الكويتي الجديد رقم 13 لسنة 2015م.

## الفصل الأول

### الحق في ملكية العلامة التجارية

العلامات التجارية من الأموال المعنوية التي ترد على شيء غير مادي، فهي نتاج الذهن، ووليدة الابتكارات العقلية، وبالتالي فهي أقرب إلى شخصية المبتكر؛ لذلك وجب تنظيم ملكيتها وحماية مالكها؛ لأن مالك المال المعنوي أولى بالحماية من مالك المال المادي؛ لأنه يجد في حيازته المادية لما يملكه ما يحميه ضد الاعتداء عليه<sup>1</sup>.

ونصت المادة (16) من اتفاقية ترينس على الحقوق الموضوعية لمالك العلامة التجارية، فالحق الذي تمنحه الاتفاقية لمالك العلامة التجارية يُعد حقاً استثنائياً، يُخوله منع الغير من استخدام علامات مطابقة أو مشابهة لتمييز سلع أو خدمات مطابقة أو مماثلة للسلع أو الخدمات التي سُجّلت بشأنها العلامة التجارية، حين يمكن أن يسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبس.

ويفترض احتمال حدوث لبس في حال استخدام علامة تجارية مطابقة بالنسبة لسلع أو خدمات مطابقة، ويعد هذا مثالاً يوضح ما أضافته اتفاقية ترينس

---

<sup>1</sup> أحمد محمد محرز - القانون التجاري - دار الكتب القانونية - 2003م - ص 483، محمد مصطفى عبد الصادق - الحماية القانونية للعلامات التجارية إقليمياً ودولياً - دار الفكر والقانون - 2011م - ص 225.

على الإطار الحالي لحماية الملكية الفكرية على المستوى الدولي<sup>1</sup>، وقد نصت اتفاقية تريبس في المادة (17) منها على بعض الحقوق الاستثنائية من الحقوق الناشئة عن العلامة التجارية، والتي سنتناولها لاحقاً في مطلب مستقل.

والأحكام الموضوعية الخاصة بالعلامات التجارية والواردة في اتفاقية باريس، تُعتبر ملزمة لجميع أعضاء منظمة التجارة العالمية، بغض النظر عما إذا كانوا أعضاء في اتفاقية باريس من عدمه، وذلك في الحدود المنصوص عليها في المادة (1/2) من اتفاقية تريبس، والتي ألزمت الدول الأعضاء بمراعاة أحكام المواد من 1-12 من اتفاقية باريس لعام 1967م؛ فانفاقية تريبس وإن كانت قد استحدثت أحكاماً موضوعية وإجرائية في شأن حماية العلامات التجارية، لم تمسّ بالتغيير أو الإلغاء بعض نصوص اتفاقية باريس السارية على المستوى الدولي، كما أقرّت كلاً من: مبدأ المعاملة الوطنية، ومبدأ الدولة الأفضل بالرعاية<sup>2</sup>.

وبالتالي سنتحدث في هذا الفصل عن طرق اكتساب ملكية العلامة التجارية، ثم نتحدث عن تسجيل العلامة التجارية، ونختم بالآثار المترتبة على ملكية العلامة التجارية، مقارنة بين اتفاقية تريبس وقانون العلامات التجارية الكويتي، على النحو التالي

---

<sup>1</sup>المادة 16 من اتفاقية تريبس، وكذلك محمد عبد الرحمن الشمري - حماية العلامة التجارية وفقاً لاتفاقية تريبس - بدون ناشر - 1426هـ - ص 283.

<sup>2</sup>جلال وفا محيين - مرجع سابق - ص 103.

## المبحث الأول

### طرق اكتساب ملكية العلامة التجارية

اتفاقية ترينس لم تفرض على الدول نظامًا معينًا لاكتساب ملكية العلامة التجارية، فالقاعدة فيها هي: عدم جواز رفض تسجيل العلامات التجارية بناءً على أسباب أخرى غير قابليتها للحماية، وذلك مع مراعاة ما ورد في المادة السادسة من اتفاقية باريس، والتي تقضي بعدم جواز رفض تسجيل العلامات أو إبطالها، إلا إذا كان من شأنها المساس بالحقوق المكتسبة للغير في الدولة التي تُطلب فيها الحماية، أو إذا كانت العلامة مجردة من أي صفة مميزة، أو كان تكوينها قاصرًا على إشارات أو بيانات يمكن أن تُستعمل في التجارة للدلالة على نوع السلعة، أو جودتها، أو كميتها، أو الغرض منها، أو قيمتها، أو محل المنشأ، أو وقت الإنتاج، أو إذا أصبحت العلامة شائعة في اللغة الجارية لدرجة تفقد معها القدرة على تمييز السلع في الدول التي تطلب فيها الحماية، أو إذا كانت العلامة مخالفة للنظام العام أو الآداب، ولا سيما إذا كانت مضللة للجمهور<sup>1</sup>.

فقد ساوت اتفاقية ترينس بين الأنظمة التي اتبعتها الدول المختلفة، والتي تتراوح بين الأخذ بواقعة الاستعمال كسبب منشئ لملكية العلامة التجارية، أو واقعة التسجيل، أو الاثنتين معًا - واقعة الاستعمال وقرينة التسجيل - فهي تأخذ بأسبقية

---

<sup>1</sup> جلال وفا محبين - مرجع سابق - ص 107.

الاستعمال للعلامة التجارية دون إغفال للتسجيل، بل تجعله قرينة على أولية ملكيتها.

وانقسام الدول حول الأساس القانوني لاكتساب ملكية العلامة التجارية يكون تبعاً لنظرة المشرع إلى الأهداف التي يرغب في أن تحققها العلامة التجارية<sup>1</sup>، وهو ما سنتناوله بالتفصيل في هذا المبحث على النحو التالي:

---

<sup>1</sup> يعقوب يوسف صرخوه - النظام القانوني للعلامات التجارية.. دراسة مقارنة - مطبوعات جامعة الكويت - 1993م - ص 130.

## المطلب الأول

### ثبوت ملكية العلامة التجارية تبعاً لأسبقية الاستعمال

فوفقاً لهذا النظام، تكتسب ملكية العلامة التجارية تبعاً لأسبقية استعمال العلامة التجارية، فمن يستعمل العلامة استعمالاً فعلياً قبل غيره، ويستخدمها على منتجاته وبضائعه وخدماته المقدمة للآخرين؛ تثبت له ملكية العلامة التجارية.

والاستعمال المراد به اكتساب ملكية العلامة التجارية - كما قلنا - هو: الاستعمال الفعلي والحقيقي الذي يتم بحسن نية، وبالتالي فالاستعمال الصوري لا يُشكّل استعمالاً تجارياً بحسن نية للعلامة التجارية. كما يجب أن يكون عاماً، وظاهراً، وغير منقطع، فالاستعمال المنقطع في مناسبات متفرقة لا ينشئ حقاً يمكن الاحتجاج به ضد آخر يستعمل العلامة التجارية استعمالاً مستمرّاً ومنتظماً<sup>1</sup>.

والاستعمال هنا يُعد قرينة على الملكية، ولكنها قرينة يمكن تقويضها بالدليل العكسي، فإذا نشب نزاع بين شخصين حول ملكية العلامة، فالأفضلية لمن يثبت منهما أنه استعمل العلامة قبل الآخر ولو قام أحدهما بتسجيلها باسمه ولحسابه، بمعنى أن التسجيل لا ينشئ حق الملكية على العلامة، وإنما يقرره ويكشفه.

ومن مزايا هذه النظرية أنها لا تحرم مالك العلامة الذي يُهمل تسجيلها من حق ملكيته عليها، فتجيز له استردادها من مغتصبها حتى ولو بادر بتسجيلها، ولكن من

---

<sup>1</sup> يعقوب صرخوه - مرجع سابق - ص 131.

مساوئها أنها تشجع أرباب العلامات على إهمال تسجيلها ما دام أن التسجيل لا ينشئ لهم حقاً، ولا يسقطه عنهم، وأيضاً تفتح باب المنازعات على مصراعيه المتعلقة بملكية العلامات؛ لأن مسجل العلامة لن يطمئن على ملكيته للعلامة، فمن الممكن أن يتعرض لمطالبة الغير بملكية العلامة وادعائه استعمالها قبله<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>محسن شفيق - مرجع سابق - ص 493 وما بعدها.



## المطلب الثاني

### ثبوت الملكية للعلامة التجارية بأسبوعية التسجيل

وبمقتضى هذا النظام يعتبر التسجيل منشئاً للعلامة التجارية، فهو قرينة لا تقبل إثبات العكس على أسبوعية استعمالها، ووسيلة للإشهار؛ وبالتالي لو ثار خلاف بين شخصين قام أحدهما بتسجيل العلامة التجارية ولم يقم به الآخر، فهنا ترجح كفة من قام بالتسجيل، حتى ولو كان خصمه يستعمل العلامة التجارية فترة من الزمن قبل من قام بتسجيلها، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة التسجيل بطريق الغش أو العلامات المشهورة<sup>1</sup>.

ومن مزايا هذا النظام أنه يضع حدًا للمنازعات حول ملكية العلامة التجارية؛ إذ إن ملكية العلامة التجارية تتحدد تبعاً لأسبوعية التسجيل، فمن قام أولاً بتسجيل العلامة التجارية من المتنازعين؛ حُكم له بملكية العلامة التجارية، ولكن الجانب السيئ في هذا النظام أنه قد يتفاجأ صاحب علامة تجارية يستخدمها منذ سنوات - ولكنه لم يقم بتسجيلها لسبب أو لآخر - بأن هذه العلامة قد قام بتسجيلها شخص أجنبي،

---

<sup>1</sup> محسن شفيق - مرجع سابق - ص 494 وما بعدها، يعقوب صرخوه - مرجع سابق - ص

134 وما بعدها.

وأصبحت ملغاً له بموجب القانون، كما في التشريع الألماني، والصيني<sup>1</sup>، والقانون  
السعودي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Hunter (Kate Colpitts), HERE THERE BE PIRATES: HOW CHINA IS MEETING ITS IP ENFORCEMENT OBLIGATIONS UNDER TRIPS, San Diego International Law Journal, Spring 2007, p. 536.

<sup>2</sup> سميحة القليوبي - مرجع سابق - ص 324، وكذلك: محمد الشمري - مرجع سابق - ص 288.

### المطلب الثالث

#### ثبوت ملكية التسجيل بأسبعية الاستعمال وقرينة التسجيل

ويعتبر هذا النظام نظاماً وسطاً بين النظامين الأول والثاني، فهذا النظام لا يعتد بالاستعمال وحده أو بالتسجيل وحده لاكتساب ملكية العلامة التجارية، وإنما تتم هذه الملكية عن طريق الاستعمال المقرون بالتسجيل كإثبات لهذه الملكية. كما أن هذه الملكية لا تستقر إلا بمضي مدة من الزمن بدون منازعة بشأن صحة تسجيل العلامة التجارية<sup>1</sup>، وذلك كما هو الوضع في القانونين الكويتي والمصري.

فلو تنازع شخصان على ملكية علامة، وكان أحدهما قد سجّل هذه العلامة، والآخر لم يسجلها، افترض في الأول أنه مالکها، بيد أن خصمه يستطيع أن يثبت أسبعية في استعمال العلامة، فتثبت له ملكيتها بالرغم من عدم قيامه بالتسجيل<sup>2</sup>.

ولما كان سبق الاستعمال واقعة مادية، فإن إثباته يكون جائزاً بكافة طرق الإثبات، ومنها شهادة الشهود، ولكن القضاء يتشدد في التمسك بقواعد العرف التجاري، وما

---

<sup>1</sup>أحمد محمد محرر - مرجع سابق - ص 711.

<sup>2</sup>مصطفى كمال طه - مرجع سابق - ص 738، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعان رقما 956، 2005/986 تجاري - جلسة 2007/2/11 - مجلة القضاء والقانون - س 35 - ج 1 - ص 120.

يتفق مع طبيعة استعمال العلامة؛ كوضع العلامة على منتجات التاجر قبل غيره، أو سبّقه نُشرها في وسائل الدعاية عن بضائعه قبل ظهور منتجات غيره<sup>1</sup>.

فقد نصت المادة (7) من قانون العلامات التجارية على أنه: "1- يعتبر من قام بتسجيل العلامة التجارية بحسن نية مالكاً لها، ولا تجوز المنازعة في ملكية العلامة متى اقترن تسجيل العلامة باستعمالها مدة خمس سنوات - على الأقل - دون وجود نزاع قضائي بشأنها. 2- يجوز لمن كان أسبق إلى استعمال العلامة ممن سجلت باسمه أن يطلب من المحكمة المختصة إلغاء هذا التسجيل خلال خمس سنوات من تاريخ التسجيل، ما لم يثبت رضاه الأول - صراحة أو ضمناً - باستعمال العلامة من قبل مَنْ سُجِّلَت باسمه".

ويظهر من النص أن المشرع الكويتي قرر أن ملكية العلامة التجارية هي لمن سبق له استخدامها قبل غيره، وقام أيضاً بتسجيلها، ولكن التسجيل في حد ذاته لا ينشئ الملكية بل يقرّها، وهو لا يصبح منشأً لحقّ الملكية إلا إذا استُخدمت العلامة بصفة ظاهرة مستمرة خمس سنوات من تاريخ التسجيل<sup>2</sup>؛ فقد جاءت الفقرة الثانية من المادة (7) من قانون العلامات التجارية؛ لتؤكد أهمية التسجيل في الملكية، فلو استخدمها شخص قام بتسجيلها لمدة خمس سنوات دون أن تُرفع عليه دعوى من

---

<sup>1</sup> أحمد محمد محرز - مرجع سابق - ص 484.

<sup>2</sup> يعقوب صرخوه - مرجع سابق - ص 137 وما بعدها.

أحد يدّعي ملكية تلك العلامة، فإن ذلك يمنحه تحصيلًا آخر ضدّ سلب ملكية العلامة التجارية منه مرة أخرى.

فتسجيل العلامة يُعدُّ قرينة على ملكيتها لمن سُجّلت باسمه، إلا إنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، أي يستطيع من سبق له استعمال العلامة التجارية إثبات عدم أحقية من سُجّلت باسمه العلامة التجارية، ولكن إذا اقترن هذا التسجيل باستعمال من سجّل العلامة لها لمدة خمس سنوات، بصفة مستمرة، من تاريخ التسجيل، مع سكوت من يستطيع المنازعة في ملكيتها عن رفع الدعوى على المسجّل بشأن صحتها؛ يُعدُّ قرينة قانونية قاطعة على ملكية العلامة لمن سجلها<sup>1</sup>، بشرط أن يكون هذا الاستعمال علنيًا وظاهرًا، وأن يكون مستمرًا، فلا يكفي استعمال العلامة مرة واحدة أو بضع مرات بطريقة لا يُجزم معها بأن التاجر يريد حقًا استخدام العلامة، وأيضًا يجب أن يكون هذا الاستعمال هادئًا، فلا تكون العلامة محلًا لدعاوى يحكم بصحتها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 1997/18 تجاري - جلسة 2006/3/15 - مجلة القضاء والقانون - س 34 - ج 1 - ص 215، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 2006/1042 تجاري - جلسة 2008/5/27 - مجلة القضاء والقانون - س 36 - ج 2 - ص 224، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 2007/1296 تجاري - جلسة 2008/11/13 - مجلة القضاء والقانون - س 36 - ج 3 - ص 168.

<sup>2</sup> محسن شفيق - مرجع سابق - ص 497.

وهذه الطريقة في الاعتراف بملكية العلامة التجارية تبعًا لأسبقية الاستعمال، مع وجود قرينة التسجيل، استطاع بها المشرع تقادي عيوب النظام القائم على الأثر المنشئ للتسجيل، والذي يُضيق حقوق من استعمل العلامة التجارية استعمالًا فعليًا فترة من الزمن، ومحابة مَنْ قام بتسجيلها فقط، كما أنه تقادي النظام القائم على سبق الاستعمال فقط، والذي يفتح باب المنازعة مفتوحًا إلى ما لا نهاية؛ مما يقلل من الاطمئنان على الحقوق، وعدم استقرار الأوضاع القانونية<sup>1</sup>.

وقد أجازت اتفاقية تريس للدول الأعضاء أن تجعل تسجيل العلامة التجارية معلقًا على الاستخدام الفعلي لها، ولكن هذا لا يعني أن الاستعمال الفعلي للعلامة التجارية شرط للتقدم للتسجيل؛ حيث منحت اتفاقية تريس لطالب التسجيل فترة ثلاث سنوات، اعتبارًا من تاريخ تقديم طلب التسجيل، قبل أن يقوم مكتب العلامات برفض الطلب<sup>2</sup>.

وقد أخذ قانون العلامات التجاري الفيدرالي الأمريكي "قانون لانهام"، في المادة (1) (B) منه، بهذا النظام<sup>3</sup>، وكذلك التشريع الفرنسي الصادر في 23 يونيو 1857م<sup>1</sup>،

---

<sup>1</sup> سميحة القليوبي - مرجع سابق - ص 326.

<sup>2</sup> انظر: نص المادة 3/15، وكذلك المادة 1/19 من اتفاقية تريس.

<sup>3</sup> Kur Annette), Studies in Industrial Property and Copyright Law, From GATT to TRIPS, The agreement on trade – related aspects of intellectual property rights, Beir Friedrich–Karl) & Schricker Gerhard),

والقانون المصري في المادة (22) من قانون العلامات التجارية، وكذلك قوانين دول مجلس التعاون الخليجي.

ومع ذلك تحيز اتفاقية ترس استمرار إمكانية تسجيل العلامة التجارية حتى بعد انتهاء الثلاث سنوات المنصوص عليها في الاتفاقية، إذا أثبت مالك العلامة قيام أسباب وجيهة تستند إلى وجود عقبات تحول دون هذا الاستخدام.

وتعتبر الأوضاع الناشئة بغير إرادة صاحب العلامة، والتي تحول دون استخدامها؛ كقيود الاستيراد المفروضة على السلع والخدمات التي تحميها العلامة التجارية المعنية، أو الشروط الحكومية الأخرى المفروضة عليها، أسبابًا وجيهة لعدم استخدامها.<sup>2</sup>

وهذا الحكم يستهدف حماية الشركات الكبيرة المالكة لعلامات تجارية مسجلة، ولكنها لا تستطيع استخدام تلك العلامات في أسواق معينة؛ كأسواق بعض الدول النامية، بسبب قيام تلك الدول بفرض قيود معينة على الاستيراد؛ للدفاع عن عملتها الوطنية أو غير ذلك من الأسباب.<sup>3</sup>

---

Published by Max Planck Institute for Foreign and International Patent,  
Copyright and Competition Law, Munich, 1996, p. 102

<sup>1</sup> يعقوب صرخوه - مرجع سابق - ص 133.

<sup>2</sup> المادة (1/19) من اتفاقية ترس.

<sup>3</sup> جلال وفا مجدين - مرجع سابق - ص 111.

## المبحث الثاني تسجيل العلامة التجارية

جاءت اتفاقية ترينس ببعض الأحكام المهمة المتعلقة بتسجيل العلامات التجارية، منها ما جاء في نص المادة (2/15) من الاتفاقية، عندما نصّت على عدم جواز رفض تسجيل أي علامة تتوافر فيها شروط الحماية، مع مراعاة ما نصت عليه المادة (6) من اتفاقية باريس، التي قضت بعدم جواز رفض تسجيل العلامات أو إبطالها، إلا إذا كان من شأنها المساس بالحقوق المكتسبة للغير في الدولة التي تطلب فيها الحماية، أو إذا كانت العلامة مجردة من أي صفة مميزة، أو كان تكوينها قاصراً على إشارات أو بيانات يمكن أن تستعمل في التجارة للدلالة على نوع السلعة، أو جودتها، أو كميتها، أو الغرض منها، أو قيمتها، أو محل المنشأ، أو وقت الإنتاج، أو إذا أصبحت العلامة شائعة لدرجة تفقد معها القدرة على تمييز السلع في الدول التي تطلب فيها الحماية، أو إذا كانت العلامة مخالفة

1

للنظام العام أو الآداب، أو كانت مضللة للجمهور .

كما أجازت الاتفاقية للدول الأعضاء جعل قابلية التسجيل معتمدة على الاستخدام، ولكنها حظرت اعتبار الاستخدام الفعلي للعلامة شرطاً للتقدم بطلب تسجيلها، ومنعت مبدأ

---

<sup>1</sup>المرجع السابق - ص 107.



رفض طلب التسجيل لمجرد أن الاستخدام لم يحدث قبل انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ تقديم طلب تسجيل العلامة<sup>1</sup>.

كذلك ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء بنشر كل علامة تجارية إما قبل تسجيلها، أو بعد التسجيل مباشرة، مع إعطاء فرصة معقولة لتقديم الالتماسات بإلغاء التسجيل، كما أتاححت الفرصة للدول الأعضاء للاعتراض على تسجيل العلامة التجارية<sup>2</sup>، وحددت مدة سبع سنوات كحدٍ أدنى لتجديد العلامة التجارية، مع القابلية للتجديد مرات غير محدودة<sup>3</sup>.

وستحدث في هذا المبحث عن موقف المشرع الكويتي وأحكام اتفاقية تريس فيما يخص الأشخاص الذين يحق لهم تسجيل العلامات التجارية، وإجراءات تسجيلها، على النحو التالي:

---

<sup>1</sup>المادة (3/15) من اتفاقية تريس.

<sup>2</sup>المادة (5/15) من اتفاقية تريس.

<sup>3</sup>المادة (18) من اتفاقية تريس

## المطلب الأول

### الأشخاص الذين يحقُّ لهم تسجيل العلامة التجارية

أحالت اتفاقية تريس لاتفاقية باريس بشأن شروط إيداع العلامات التجارية وتسجيلها في بلد معين، وطبقاً لمبدأ المعاملة الوطنية في اتفاقية تريس، فإنه يحقُّ لأي مواطن أو أي شخص مقيم في بلد عضو في منظمة التجارة العالمية، أو لأي شركة لها في ذلك البلد محلّ تجاري أو مصنع مثلاً، إيداع طلب تسجيل العلامة التجارية في أي بلد آخر يكون عضواً في منظمة التجارة العالمية، بموجب نفس الشروط المطبقة على المواطنين أو المقيمين الذين لهم أعمال في ذلك البلد العضو الآخر، ولا يجوز رفض أي طلب للقيام بالتسجيل، كما لا يجوز شطب أي تسجيل لعلامة تجارية بحجة أن مالك العلامة لم يقيم بتسجيلها في بلد المنشأ. كما أن أي علامة مسجلة في بلد عضوٍ يجب اعتبارها مستقلة عن العلامات المسجلة في البلدان الأخرى، بما في ذلك بلد المنشأ.

وعليه، فإن إلغاء تسجيل العلامة التجارية، أو نقله لمصلحة شخص آخر في بلد ما لا يؤثر على صحة التسجيل الذي جرى في بلد آخر<sup>1</sup>.

وقد جاء المشرع الكويتي في المادة (5) من قانون العلامات التجارية، فمَنح الحق في تسجيل العلامة التجارية لكل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بجنسية أي من دول

---

<sup>1</sup>المادة (6) من اتفاقية باريس، وكذلك: جلال وفا محبين - مرجع سابق - ص 113.

مجلس التعاون الخليجي، سواء كان صاحب مصنع، أو منتج، أو تاجر، أو حرفي، أو صاحب مشروع خاص بالخدمات.

أيضًا سمح المشرع الكويتي للأجانب، سواء كانوا من المقيمين في أي من دول مجلس التعاون الخليجي، بشرط أن يكون مصرحًا لهم بمزاولة عمل من الأعمال التجارية، أو الصناعية، أو الحرفية، أو الخدمية، أو من الأجانب المنتمين إلى دولة عضو في اتفاقية دولية متعددة الأطراف تكون الدولة من دول مجلس التعاون طرفًا فيها، أو يقيمون في تلك الدولة، أن يقوموا بتسجيل علاماتهم التجارية.

## المطلب الثاني إجراءات تسجيل العلامة التجارية

سنتحدث في هذا المطلب عن إجراءات تسجيل العلامة التجارية، سواء في اتفاقية تريس، أو اتفاقية باريس، أو في القانون الكويتي، على النحو التالي:

## الفرع الأول

### إجراءات تقديم طلب تسجيل العلامة التجارية

أحالت اتفاقية تريس للمادة (6) من اتفاقية باريس، التي تمنح الدول الأعضاء حرية تحديد شروط إيداع وتسجيل العلامات التجارية وفقاً لتشريعها الوطني، وكذلك للمادة (6 - خامساً) (1) من نفس الاتفاقية، التي نصّت على أن: "يقبل إيداع كل علامة تجارية أو صناعية مسجلة طبقاً للقانون في دولة المنشأ، كما يتم حمايتها بالحالة التي هي عليها في الدول الأخرى للاتحاد، وذلك مع مراعاة التحفظات الواردة في هذه المادة. ويجوز لتلك الدول أن تطلب - قبل إجراءات التسجيل النهائي - تقديم شهادة بتسجيل العلامة في دولة المنشأ، صادرة من السلطة المختصة بها، ولا يُشترط أي تصديق بالنسبة لهذه الشهادة".

ثم جاءت الفقرة (2) من نفس المادة لتؤكد على التزام الدول الأعضاء بقبول إيداع العلامات التجارية المسجلة في دولة المنشأ، وهي الدولة التي يكون لطالب التسجيل فيها منشأة صناعية أو تجارية حقيقية وفعالة، أو محل إقامة، أو إذا كان من رعايا إحدى دول الاتحاد.

ولكي يستفيد صاحب العلامة المسجلة من إحدى دول الاتحاد من هذا الحكم الاستثنائي، ويسجل علامته في سائر دول الاتحاد بالحالة التي هي عليها في بلد المنشأ، يجب أن يوضّح عند تقديمه لطلب تسجيل العلامة، الشكل الذي سبق أن سُجّلت به العلامة في بلد المنشأ، ويطلب تسجيلها بنفس هذا الشكل.

ولا يكفي أن تكون العلامة قد أودعت في بلد المنشأ أو سبق استعمالها، بل يشترط أن تكون قد سجلت طبقاً لقانون دولة المنشأ، ويعرف هذا المبدأ بمبدأ قبول تسجيل العلامة بالحالة التي هي عليها<sup>1</sup>، ويجوز للدولة أن تطلب - قبل إجراءات التسجيل النهائي - تقديم شهادة بتسجيل العلامة في دولة المنشأ، صادرة من السلطة المختصة بها، ولا يشترط أي تصديق بالنسبة لهذه الشهادات<sup>2</sup>.

ونصت المادة (6) من قانون العلامات التجارية الكويتي على أنه: "يُعدّ سِجِلٌّ في الجهة المختصة يُسمى سجل العلامات التجارية، تُدَوّن فيه جميع العلامات، وأسماء أصحابها وعناوينهم، وأوصاف سلعهم أو خدماتهم، وما يطرأ على العلامات من نقل الملكية أو التنازل، أو الترخيص بالاستعمال، أو الرهن، أو التجديد، أو الشطب، أو أية تعديلات أخرى، ولكل ذي مصلحة حقّ الاطلاع على هذا السجل، وأخذ مستخرجٍ مصدقٍ منه".

ومن ثم فإنه يحق لأي مواطن أو شخص مقيم في بلد عضو في منظمة التجارة العالمية، أو لأي شركة لها في ذلك البلد محل تجاري أو مصنع، إيداع طلب تسجيل العلامة في أي بلد آخر يكون عضواً في منظمة التجارة العالمية، بموجب نفس الشروط المطبقة على المواطنين أو المقيمين الذين لهم أعمال في ذلك البلد العضو الآخر، كما لا يجوز

---

<sup>1</sup> حسام الدين الصغير - الجديد في العلامة التجارية - دار الفكر الجامعي - 2005م - ص 25، 26.

<sup>2</sup> المادة 6 - خامساً (أ) 1 من اتفاقية باريس.

شطب أي تسجيل لعلامة بحجة أن مالك العلامة لم يتم بتسجيلها في بلد المنشأ. كما أن أي علامة مسجلة في بلد عضو يجب اعتبارها مستقلة عن العلامات المسجلة في البلدان الأخرى، بما في ذلك بلد المنشأ؛ وعليه فإن إلغاء تسجيل العلامة التجارية أو نقله لمصلحة شخص آخر في بلد ما لا يُؤثر في صحة التسجيل الذي جرى في بلد ما<sup>1</sup>.

ووفقاً للقانون الكويتي<sup>2</sup>، يُقدم طلب تسجيل العلامة التجارية على النموذج المُعد لذلك في الإدارة المختصة، من صاحب الشأن إذا كان له موطن في الدولة، أو من وكيل معتمد له موطن في الدولة ومُقيّد في قيد وكلاء تسجيل العلامات التجارية، والذي تحدده الجهة المختصة. كما تُسجل العلامة عن فئة واحدة أو أكثر من فئات المنتجات أو الخدمات المطلوب تسجيل العلامة التجارية عنها في الطلب الواحد، بموافقة الجهة المختصة، وذلك وفقاً للتصنيف الدولي للسلع والخدمات (تصنيف نيس) وتعديلاته، بما لا يتعارض مع النظام العام في كل دولة.

ويشتمل طلب التسجيل على: اسم الطالب، وعنوانه، وجنسيته، وإذا كان الطالب شخصاً معنوياً؛ وجب ذكر اسمه وعنوانه، ووصف العلامة التجارية

---

<sup>1</sup> جلال وفا محبين - مرجع سابق - ص 113.

<sup>2</sup> المادة (8) من قانون العلامات التجارية، والمادة (2) من اللائحة التنفيذية.

المطلوب تسجيلها وصفًا دقيقًا، وبيان عن المنتجات أو الخدمات المطلوب تسجيل العلامة عنها وفئتها، وتوقيع صاحب التسجيل أو وكيله المعتمد<sup>1</sup>.

وترفق مع طلبات التسجيل أربع صور للعلامة على النموذج المعدّ لذلك، وما يثبت مزاوله المهنة أو النشاط، وتقديم ترجمة باللغة العربية لو كانت العلامة المطلوب تسجيلها مشتملة على لفظ أو أكثر مكتوب بلغة أجنبية. وبالنسبة لعلامات الصوت، فيجب أن تقدم وفق نوتة موسيقية، أو وصف كتابي، وبالنسبة لعلامات الروائح، فتقدم بوصف كتابي<sup>2</sup>.

- حق الأولوية: يستحق حق الأولوية كلُّ من أودع قبل غيره طلب تسجيل العلامة التجارية، وهذا ما نصت عليه اتفاقية باريس، كما جاء في المادة (4) (أ) (1)، والتي تنص على أن: "كل من أودع طبقًا للقانون في إحدى دول الاتحاد طلبًا للحصول على براءة اختراع، أو تسجيل نموذج منفعة، أو رسم، أو نموذج صناعي، أو علامة صناعية أو تجارية، يتمتع هو أو خلفه، فيما يختص بالإيداع في الدول الأخرى، بحق أولوية خلال المواعيد المحددة فيما بعد".

---

<sup>1</sup>المادة (3) من اللائحة التنفيذية.

<sup>2</sup>المادة (4) من اللائحة التنفيذية.



وبالتالي يعتبر كل إيداع منشئ لحق الأولوية له حكم الإيداع الوطني الصحيح، بمقتضى التشريع الداخلي لكل دولة من دول الاتحاد، أو بمقتضى معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف مبرمة فيما بين دول الاتحاد<sup>1</sup>.

ويقصد بالإيداع الوطني الصحيح كل إيداع يكفي لتحديد التاريخ الذي أودع فيه الطلب في الدولة المعنية، أيًا كان المصير اللاحق للطلب<sup>2</sup>.

وقد حددت الاتفاقية مواعيد الأولوية بالنسبة للعلامة التجارية بستة أشهر، وحددت موعد سريانها بأنه ابتداء من تاريخ إيداع الطلب الأول، ولا يدخل يوم الإيداع في احتساب المدة<sup>3</sup>، كما وألزمت كل من يرغب في الاستفادة من أولوية إيداع سابق، أن يقدم إقرارًا يُبين فيه تاريخ ذلك الإيداع، والدولة التي تم فيها، وتحدد كل دولة المهلة القصوى التي يتعين فيها تقديم هذا الإقرار<sup>4</sup>.

وقد أكدت المادة (10) من قانون العلامات التجارية على حق الأولوية ذلك بنصها على أنه: "إذا طلب شخصان أو أكثر في وقت واحد تسجيل العلامة ذاتها، أو علامات متقاربة أو متشابهة عن فئة واحدة من المنتجات أو الخدمات، وجب وقف جميع الطلبات

---

<sup>1</sup>المادة (4) 2) من اتفاقية باريس.

<sup>2</sup>المادة (4) 3) من اتفاقية باريس.

<sup>3</sup>المادة (4) ج) 2) من اتفاقية باريس.

<sup>4</sup>المادة (4) د) 1) من اتفاقية باريس، وكذلك: محمد الشمري - مرجع سابق - ص 262.

إلى أن يقدم تنازل موقع من المتنازعين، ومصداق عليه من المتنازعين من الجهة المختصة لمصلحة أحدهم، أو إلى أن يصدر حكم نهائي في النزاع<sup>1</sup>.

وإذا رغب طالب تسجيل علامة تجارية أو خلفه في التمتع بحق الأولوية، استناداً إلى طلب سابق مودع في دولة عضو في اتفاقية دولية متعددة الأطراف، تكون الدولة من دول المجلس طرفاً فيها، فعليه أن يرفق بطلبه إقراراً يُبين فيه تاريخ الطلب السابق، ورقمه، والدولة التي أودع فيها<sup>2</sup>؛ وبالتالي فإن الأولوية هنا تكون بأولوية تاريخ تقديم الطلب، وليس قبوله في القانون الكويتي<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعانان رقما 87، 2007/123 تجاري - جلسة 2008/10/14 - مجلة القضاء والقانون - س 36 - ج 3 - ص 59.

<sup>2</sup> المادة (11) من قانون العلامات التجارية الكويتي، والمادة (5) من اللائحة التنفيذية.

<sup>3</sup> حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 2003/372 تجاري - جلسة 2004/1/17 - مجلة القضاء والقانون - س 32 - ج 1 - ص 73، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 2007/1296 تجاري - جلسة 2008/11/13 - مجلة القضاء والقانون - س 36 - ج 3 - ص 168.

## الفرع الثاني قبول الإدارة طلب التسجيل أو رفضه

تختلف الدول في كيفية فحص طلبات تسجيل العلامة التجارية، فبعضها لا تقبل طلبات تسجيل العلامة التجارية إلا إذا استوفت الشروط الشكلية، وبعضها الآخر يفحص طلبات تسجيل العلامة التجارية من حيث المضمون، مراعاة منها لمصالح الجمهور، ومنع المنافسة غير المشروعة، وفريق ثالث وسط بين النظامين يقوم على أساس التزام الجهة الإدارية المختصة بفحص طلبات تسجيل العلامة، من حيث توافر الشروط الشكلية، مع الحق في الاعتراض الإداري الذي يُمكن صاحب المصلحة من الاعتراض على الطلب الذي يرى فيه اعتداءً على حقوقه<sup>1</sup>.

وقد منحت اتفاقية باريس كلَّ دولة من الدول الأعضاء في الاتفاقية تحديد شروط إيداع وتسجيل العلامات التجارية، على حسب تشريعها الوطني.

وقد نصت المادة (12) من قانون العلامات التجارية الكويتي - وحسناً فعل - على أنه يجوز للجهة المختصة أن تفرض ما تراه من القيود والتعديلات؛ لتحديد العلامة التجارية وتوضيحها على وجه يمنع التباسها بعلامة أخرى سبق تسجيلها، أو سبق إيداع طلب تسجيلها، أو لأي سبب آخر ترتئيه، ثم أجازت للمتضرر من رفض تسجيل علامته التجارية، أو علق على شرط التظلم من قرار

---

<sup>1</sup>سميحة القليوبي - مرجع سابق - ص 305، 306.

الجهة المختصة خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه به أمام لجنة تُحدِّدها اللائحة التنفيذية. ويجوز الطعن في قرار اللجنة أمام المحكمة المختصة خلال ستين يوماً من إبلاغه بالقرار. أما إذا لم يتظلم طالب التسجيل، أو لم يتم بتنفيذ ما طلبته الجهة المختصة خلال هذا الميعاد؛ اعتبر متنازلاً عن طلبه<sup>1</sup>.

وإذا اعترض أحد على تسجيل الإدارة للعلامة التجارية، فإنه يتوجب على الجهة المختصة قبل أن تفصل في ذلك الاعتراض، أن تسمع للطرفين أو أحدهما إذا طُلب ذلك، ثم تُصدر قرارها بعد ذلك إما بقبول التسجيل أو رفضه، وفي الحالة الأولى (الموافقة)، للجهة المختصة أن تقرر ما تراه لازماً من القيود.

كما أجاز القانون لكل ذي شأن أن يطعن في قرار الجهة المختصة أمام المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره به، ولا يترتب على الطعن في القرار الصادر بقبول تسجيل العلامة التجارية وقف التسجيل، ما لم تقرر المحكمة المختصة خلاف ذلك<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> المادة (13) من قانون العلامات التجارية الكويتي، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 956، 2005/986 تجاري - جلسة 2007/2/11 - مجلة القضاء والقانون - س 35 - ج 1 - ص 120.

<sup>2</sup> المادة (15) من قانون العلامات التجارية الكويتي، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 2003/372 تجاري - جلسة 2004/1/17 - مجلة القضاء والقانون - س 32 - ج 1 - ص 73.

والتظلم الذي نص عليه المشرع الكويتي في قانون العلامات التجارية الجديد، والذي حل محل المواد التي تتناول العلامة التجارية في قانون التجارة، يُعدُّ تغييراً مستحقاً؛ حيث كان القانون الملغى يخوّل طالب التسجيل اللجوء إلى المحكمة المختصة مباشرةً حال رفض الوزارة تسجيل العلامة التجارية.

أما الآن، فأصبح هناك لجنة تُقدم لها الطعون على قرار رفض التسجيل قبل التوجُّه للمحكمة المختصة للبتِّ في قرار الرفض، وإذا قبلت الجهة المختصة العلامة التجارية؛ وجب عليها قبل تسجيلها أن تُعلن عنها بوسيلة النشر التي تُحددها الجهة المختصة، ولكل ذي شأن خلال ستين يوماً من تاريخ النشر، أن يُقدم للجهة المختصة اعتراضاً مكتوباً على تسجيل العلامة، ويتم إبلاغ طالب التسجيل خلال ثلاثين يوماً بصورة من الاعتراض، وعليه أن يقدم ردّاً مكتوباً على الاعتراض خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه به، وإلا اعتبر متنازلاً عن طلب التسجيل<sup>1</sup>.

وطبقاً لاتفاقية تريبس، فإن المادة (4/15) تلزم الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بنشر كل علامة إما قبل تسجيلها، أو بعد تسجيلها فوراً، وإعطاء

---

<sup>1</sup>المادة (14) من قانون العلامات التجارية الكويتي، والمادة (14) من اللائحة التنفيذية.

فرصة معقولة لتقديم الالتماسات بإلغاء التسجيل. كما تجيز للدول الأعضاء إتاحة الفرصة للاعتراض على تسجيل العلامات التجارية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>المادة (5/15) من اتفاقية تريبس.

## الفرع الثالث

### مدة تسجيل العلامة وتجديدها وتعديلها

إذا تم تسجيل العلامة التجارية من قبل المسجّل، فإن أثر هذا التسجيل ينسحب إلى تاريخ تقديم الطلب، وليس تاريخ الموافقة على التسجيل، وذلك كما ورد بنص المادة (1/17) من قانون العلامات التجارية الكويتي، وبمجرد إتمام ذلك التسجيل، فإن مالك العلامة يُعطى شهادة تشتمل على: رقم تسجيل العلامة، ورقم وتاريخ الأولوية، والدولة التي أودع فيها الطلب، وتاريخ تقديم الطلب، وتاريخ تسجيل العلامة، ومدة الحماية، واسم مالك العلامة، ولقبه، ومحل إقامته، وجنسيته، وصورة مطابقة للعلامة، وبيان بالسلع أو الخدمات المخصصة لها العلامة، وبيان فئتها.

وتستمر الحماية المترتبة على تسجيل تلك العلامة لمدة عشر سنوات<sup>1</sup>، ولصاحب الحق فيها أن يضمن استمرار الحماية لمدد جديدة إذا قدّم طلباً للتجديد خلال السنة الأخيرة، والقصد من ذلك إعلام الغير بأن مالك العلامة لا يزال

---

<sup>1</sup> حددت اتفاقية تريس أقل مدة للحماية بسبع سنوات قابلة للتجديد لمرات غير محدودة المادة (18)، وتبدأ تلك المدة من تاريخ تقديم الطلب، وليس من تاريخ التسجيل. انظر كذلك:

Hunter (Kate Colpitt), op. cit., P.536.; Pires de Carvalho Nuno), The TRIPS regime of trademarks and designs, Kluwer Law international, 2006, P.308

متمسكًا بها وبالحماية التشريعية المتعلقة بها، ويجوز له أن يكرر تجديدها مرات عديدة ما دام يرغب بالتمسك بها<sup>1</sup>.

ولقد حددت اتفاقية تريس مدة التسجيل الأول بسبع سنوات قابلة للتجديد مرات غير محدودة<sup>2</sup>.

وأثناء سريان مدة الحماية الممنوحة للعلامة التجارية، يجوز لمالك العلامة المسجلة أن يقدم، في أي وقت، طلبًا للجهة المختصة لإدخال أية تعديلات أو إضافة على علامته لا تمس ذاتيتها مساسًا جوهريًا، ويصدر قرار الجهة المختصة في ذلك وفقًا للشروط الموضوعية للقرارات الخاصة بطلبات التسجيل الأصلية، ويكون قابلاً للطعن بذات الطرق المقررة بالنسبة للقرارات الصادرة في هذه الطلبات<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> يعقوب صرخوه - مرجع سابق - ص 116.

<sup>2</sup> المادة (18) من اتفاقية تريس.

<sup>3</sup> المادة (18) من قانون العلامات التجارية الكويتي.



## المبحث الثالث

### الآثار المترتبة على ملكية العلامة التجارية

يترتب على اكتساب ملكية العلامة التجارية، أن يصبح لمالكها حقُّ احتكار استعمالها دون غيره على المنتجات المقرر وضعها عليها، وحقُّه في منع غيره من استخدام العلامة ذاتها، أو علامة مماثلة لتلك التي تم تسجيلها باسمه دون موافقته، ومنع الغير من استخدام علامة مطابقة أو مشابهة على نحو يؤدي للحطِّ من قدر علامته التجارية.

وهذا الحق يعتبر حقًا دائمًا، ما دام يقوم بتجديد تسجيل تلك العلامات في مواعيدها، ووفقًا للإجراءات التي نص عليها القانون، كما أن هذا الحق هو حق نسبي من حيث نوع المنتجات المخصص وضع العلامات التجارية عليها لتميزها، أو من حيث العناصر التي تتكون منها العلامة.

## المطلب الأول

### خصائص الحق المترتب على ملكية العلامة التجارية

للحق المترتب على ملكية العلامة التجارية خصائص تتمثل في: حق مالکها في الاستئثار باستعمال العلامة التجارية دون غيره، وحقه في منع الغير من استخدام هذه العلامة التجارية أو علامة مماثلة بغير موافقته، أو أن يستعملها على نحو يحطُّ من قيمتها التجارية، ومع ذلك فإن هذا الحق هو حق نسبي، أي إن هذه الحماية متعلقة بالسلع أو الخدمات المماثلة أو المشابهة لعلامته، على نحو من الممكن أن يثير اللبس والخداع للغير.

## الفرع الأول

### الحق في العلامة التجارية حق احتكاري

يترتب على ثبوت ملكية العلامة التجارية، أن يصبح لمالكها حق احتكار استعمال هذه العلامة على سلع أو منتجات مماثلة لتلك التي يروجها صاحب العلامة، ويمنع غيره من استخدامها إلا بترخيص منه، وإلا رجع عليه بدعوى المنافسة غير المشروعة<sup>1</sup>.

وقد أكدت على هذا المبدأ اتفاقية ترينس في المادة (16) (1)، بنصها على أنه: "يتمتع صاحب العلامة التجارية المسجلة بالحق المطلق في منع جميع الأطراف الثالثة، التي لم تحصل على موافقة صاحب العلامة، من استخدام العلامة ذاتها أو علامة مماثلة في أعمالها التجارية، بالنسبة للسلع والخدمات ذاتها أو المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها العلامة التجارية، حين يُمكن أن يُسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبسٍ. ويُفترض احتمال حدوث لبسٍ في حالة استخدام علامة تجارية مطابقة بالنسبة لسلع أو خدمات مطابقة. ويُحظر أن تضرَّ الحقوق الموصوفة أعلاه بأية حقوق سابقة قائمة حالياً، أو أن تؤثر في إمكانية منح البلدان الأعضاء حقوقاً في العلامات التجارية على أساس الاستخدام".

---

<sup>1</sup> أحمد محمد محرز - مرجع سابق - ص 714، محمود سمير الشرقاوي - مرجع سابق - ص

وهذا الحكم يضمن لصاحب العلامة حدًا أدنى من الحقوق، ولم يكن لهذا الحكم مقابل في اتفاقية باريس للملكية الصناعية، التي لم تحدد مضمون حق صاحب العلامة التجارية<sup>1</sup>.

أما إذا كان لا يتصور حدوث لبس من استخدام نفس العلامة التجارية على منتجات مختلفة، كما إذا وضعت شركة علامة "Nike" على معجون الأسنان مثلاً، فلا يتصور أن يؤدي هذا الاستخدام إلى حدوث لبس بين هذا المعجون الذي تنتجه الشركة وبين منتجات "Nike" الرياضية<sup>2</sup>!

وجاء المشرع الكويتي بنص مشابه؛ حيث منع تسجيل أية علامة تجارية مطابقة أو مشابهة لعلامة سبق إيداعها أو تسجيلها من قبل الآخرين عن ذات السلع أو الخدمات، أو عن سلع أو خدمات ذات صلة، إذا كان من شأن استعمال العلامة المطلوب تسجيلها أن يُؤدَّ انطباًغاً بالربط بينها وبين سلع أو خدمات مالك العلامة المسجلة، أو أن يؤدي إلى الإضرار بمصالحه<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> حسام الدين عبد الغني الصغير - مرجع سابق - ص 45.

<sup>2</sup> Hunter (Kate Colpitts), op. Cit. , P.536.; Pires de Carvalho Nuno),op.cit. , P.266

<sup>3</sup> الفقرة (11 من المادة 3) من قانون العلامات التجارية الكويتي.

كذلك منع المشرع تسجيل العلامات التي من شأنها أن تُضلل الجمهور، أو التي تتضمن بيانات كاذبة عن منشأ أو مصدر السلع أو الخدمات، أو عن صفاتها الأخرى، وكذلك العلامات التي تحتوي على اسم تجاري وهمي، أو مقلد، أو مزور<sup>1</sup>، علمًا بأن تقدير تشابه بين علامتين تجاريتين من شأنه خداع المستهلكين من عدمه خاضع لقاضي الموضوع<sup>2</sup>.

كما حظر المشرع أيضًا تسجيل العلامات التي من شأنها الحطّ من قيمة منتجات أو سلع تُميزها علامة تجارية مسجلة سابقًا.

وهذا النص في القانون الكويتي لم يقتصر على العلامات التجارية المشهورة، بل شمل أيضًا العلامات التجارية غير المشهورة<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للعلامات التجارية المشهورة<sup>1</sup>، فقد أعطتها اتفاقية تريبس حقًا أوسع؛ حيث يمكن لمالك العلامة التجارية منع الغير من استخدام علامة مماثلة

---

<sup>1</sup>الفقرة (9) من المادة (3) من قانون العلامات التجارية الكويتي، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 2008/130 تجاري - جلسة 2009/2/12 - مجلة القضاء والقانون - س 37 - ج 1 - ص 187.

<sup>2</sup>حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 2007/485 مدني - جلسة 2008/5/22 - مجلة القضاء والقانون - س 36 - ج 2 - ص 218.

<sup>3</sup>الفقرة (12) من المادة (3) من قانون العلامات التجارية الكويتي.

على سلع أو خدمات غير مماثلة، إذا كان قد أدى هذا الاستخدام إلى حدوث لبس أو ضرر بالنسبة لمالك العلامة التجارية نتيجة لذلك الاستخدام<sup>2</sup>.

وهذا الحكم في اتفاقية ترينس مأخوذ من قانون "لانهام" للعلامات التجارية الأمريكي؛ إذ إن ذلك القانون يحمي مالك العلامة ضد أي استعمال من جانب شخص آخر، إذا كان من شأن ذلك الاستعمال إحداث لبس لدى الجمهور، حتى ولو كان الاستعمال على بضائع أو خدمات غير متماثلة، وبغض النظر عن شهرة العلامة. كما ويعد هذا الحكم في اتفاقية ترينس تطوراً عما كان موجوداً في اتفاقية باريس، التي كانت تشترط لإسباغ الحماية - ضد الاستعمال غير المرخص به من المالك بالنسبة للعلامة المشهورة - تماثل وتطابق السلع التي تستعمل عليها العلامة<sup>3</sup>.

فمثلاً: علامة (Rolls-Royce) الخاصة بالسيارات الفاخرة، تعتبر من العلامات المعروفة عالمياً؛ وبالتالي لا يجوز لصاحب حانة مثلاً أن يضع علامة الرولز

---

<sup>1</sup> تُعرّف العلامة المشهورة بأنها: العلامة المعروفة لدى قطاع واسع من الجمهور، وتتمتع بمكانة مرموقة وسمعة طيبة. انظر: عبد الرحمن السيد قرمان - مرجع سابق - ص 28.

<sup>2</sup> الفقرة الثالثة من المادة (16) من اتفاقية ترينس، والتي أحالت إلى المادة (6 مكرر) من اتفاقية باريس.

<sup>3</sup> المادة (6 - ثانياً) (1) من اتفاقية باريس، وكذلك انظر: جلال وفا مجدين - مرجع سابق - ص

رويس على تلك الحانة، حتى ولو لم يكن من شأن ذلك أن يضلل المستهلك، الذي من الممكن أن يعتقد أن مالك شركة الرولز رويس قد قام بتوسيع أو تغيير منتجاته وفتح تلك الحانة، أو أن هناك تعاونًا ما بين صاحب هذه الحانة وصاحب شركة الرولز رويس<sup>1</sup>.

وقد أكد القانون الكويتي هذا المبدأ من خلال المادة (3)؛ حيث منع تسجيل العلامة التجارية التي تعدُّ نسخًا، أو تقليدًا، أو ترجمة لعلامة تجارية مشهورة، أو لجزء منها مملوك للغير، لاستعمالها في تمييز سلع أو خدمات مماثلة أو مشابهة لتلك التي تستعمل العلامة التجارية المشهورة لتمييزها.

ويشمل المنع أيضًا: العلامات التجارية التي قد تستعمل لسلع أو خدمات غير متماثلة أو غير متشابهة للعلامة المشهورة، إذا كان من شأن هذا الاستعمال أن يدل على صلة بين تلك السلع أو الخدمات، وبين تلك العلامة المشهورة، وأن يكون من المرجح إلحاق ضرر بمصالح مالك العلامة المشهورة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Bottero Nicola), Mangàni Andrea) and Ricolfi Marco), THE EXTENDED PROTECTION OF "STRONG" TRADEMARKS, Marquette Intellectual Property Law Review, Summer 2007, P. 270 –272.

<sup>2</sup> الفقرات 13، 14) من المادة (3) من قانون العلامات التجارية الكويتي.

## الفرع الثاني

### الحق في ملكية العلامة حق نسبي

لا يجوز لمالك العلامة التجارية الاحتجاج بحقه في مواجهة الكافة، وإنما له الاحتجاج به في مواجهة الأشخاص الذين يزاولون نفس النوع من البضاعة أو الخدمات التي يزاولها هو.

أي له الحق في منع الآخرين من تسجيل علامته، أو استعمال علامته الخاصة في تمييز منتجات أو بضائع أو خدمات مماثلة لتلك العائدة له، وأما لو اختلفت تلك المنتجات أو البضائع أو الخدمات عن منتجاته أو خدماته اختلافاً يمنع إيقاع الآخرين في اللبس بين بضاعته أو خدماته وغيرها؛ فلا يجوز له هنا منعهم من تسجيل تلك العلامات<sup>1</sup>.

وهذا ما أكدته اتفاقية تريبس، وكذلك المشرع الكويتي في المادة (3) من قانون العلامات التجارية، الذي نص على مبدأ نسبية الحق في العلامة التجارية؛

---

<sup>1</sup> محسن شفيق - مرجع سابق - ص 498، محمود سمير الشرقاوي - مرجع سابق - ص 588، عبد الرحمن السيد قرمان - مرجع سابق - ص 11 وما بعدها، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعانان رقما 956، 2005/986 تجاري - جلسة 2007/2/11 - مجلة القضاء والقانون - س 35 - ج 1 - ص 120، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 97/74 تجاري - جلسة 1998/2/22 - مجلة القضاء والقانون - س 26 - ج 1 - ص 140.



حيث منع من تسجيل أية علامة تجارية مطابقة أو مشابهة لعلامة سبق إيداعها أو تسجيلها من قبل الآخرين، عن ذات السلع أو الخدمات، أو عن سلع أو خدمات ذات صلة، إذا كان من شأن استعمال العلامة المطلوب تسجيلها أن يولّد انطباعاً بالربط بينها وبين سلع أو خدمات مالك العلامة المسجلة، أو أن يؤدي إلى الإضرار بمصالحه.

ومع ذلك، نجد أن اتفاقية تريبس قد منحت مالك العلامة التجارية حق منع جميع الأطراف الثالثة، التي لم تحصل على موافقة صاحب العلامة، من استخدام العلامة ذاتها أو علامة مماثلة في أعمالها التجارية، بالنسبة للسلع والخدمات ذاتها أو المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها العلامة التجارية، حين يمكن أن يسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبس<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>المادة (16) الفقرة الأولى من اتفاقية تريبس.

## الفرع الثالث

### الحق في ملكية العلامة حق دائم

نصت المادة (20) (1) من قانون العلامات التجارية الكويتي على أن: "مدة الحماية المترتبة على تسجيل العلامة عشر سنوات، ولصاحب الحق إذا رغب في استمرار الحماية لمدد مماثلة، أن يقدم طلباً بالتجديد خلال السنة الأخيرة، بالشروط المنصوص عليها في هذا القانون (النظام) ولائحته التنفيذية".

ويقابلها نص المادة (18) من اتفاقية ترينس، التي نصت على أن: "يكون التسجيل الأول للعلامة التجارية، وكل تجديد لذلك التسجيل لمدة لا تقل عن سبع سنوات، ويكون تسجيل العلامة التجارية قابلاً للتجديد لمرات غير محددة".

ويظهر من نص الاتفاقية أن مدة السبع سنوات تعتبر المدة الدنيا التي يجب على الدول مراعاتها، وعدم اشتراط مدد أقصر من هذه المدة، وهذا ما قام به المشرع الكويتي؛ حيث جعل المدة عشر سنوات، ويظهر أيضاً أن الحق في ملكية العلامة التجارية هو حق دائم، ما دام مالك العلامة التجارية يقوم بالتجديد للعلامة التجارية في المواعيد المحددة، على حسب القانون، فإنه سيكون مالكا للعلامة التجارية ملكية دائمة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر في تأييد هذا الرأي: د. سميحة الفليوبي - مرجع سابق - ص 326.

وهناك رأي من الفقه - ونحن نخالفه - يرى أن الحق في ملكية العلامة التجارية، وحتى بهذه الصورة، يعتبر حقاً مؤقتاً؛ ذلك لأن عدم قيام صاحب العلامة بتجديدها ودفع الرسوم عنها يؤدي إلى شطبها من السجل، وبالتالي زوالها وانتهاء خاصية الاستثنائية بها من قبل صاحبها، وكذلك الحال فيما إذا لم يُقم صاحبها باستعمالها بالفعل، متى ظهر أن عدم استعماله لعلامته يعود إلى أنه لم يكن ثمة نية صادقة لاستعمالها للبضائع التي سُجِّلت من أجلها، وأنها في الواقع لم تستعمل استعمالاً حقيقياً فيما يتعلق بتلك البضائع، أو بناء على أن تلك العلامة لم تستعمل بالفعل مدة محددة، إلا إذا ثبت في كل هاتين الحالتين أن عدم استعمال تلك العلامة يرجع إلى وجود أحوال تجارية خاصة، وليس إلى وجود نية ترمي إلى عدم استعمال العلامة المذكورة، أو التخلي عنها فيما يتعلق بالبضائع التي سُجِّلت من أجلها<sup>1</sup>.

فحق الملكية على العلامة التجارية هو حق دائم، يختلف في هذا عن حق المخترع على اختراعاته، أو المؤلف على مؤلفاته؛ إذ يتحدد حق هؤلاء عادةً بمدة معينة ينص عليها القانون. وعلى الرغم من أن المشرع قد نصَّ على أن التسجيل لا يحمي العلامة التجارية إلا لمدة عشر سنوات وإلا شطبت، فإنه لا شأن لهذه الأحكام بملكية العلامة، فهي قاصرة على الحماية التي يقرها القانون للعلامات

---

<sup>1</sup>صلاح زين الدين - الملكية الصناعية والتجارية - الطبعة الأولى - 2000م - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - ص 340.

المسجلة، فهو لا يفقد الحماية القانونية للعلامة إلا لأنه لم يتم بتجديد التسجيل، ولكنه لا يفقد الملكية على العلامة، ويعتبر في حكم مَنْ لم يسجل علامته أصلاً، ويظل على الرغم من ذلك مالكةا، ويستطيع أن يحمي حقوقه عليها بدعوى المنافسة غير المشروعة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>محسن شفيق - مرجع سابق - ص 499.

## المطلب الثاني

### الاستثناءات الواردة على حقوق مالك العلامة التجارية

نصت المادة (17) من اتفاقية تريبس على أنه: "يجوز للبلدان الأعضاء النصُّ على استثناءات محدودة من الحقوق الناشئة عن العلامات التجارية؛ كالأستخدام المُنصف لعبارات الوصف، شريطة أن تراعي هذه الاستثناءات المصالح المشروعة لصاحب العلامة التجارية والأطراف الثالثة".

والأستخدام العادل للعبارات الوصفية قد يتضمن مؤشرات تهدف إلى مجرد التعريف أو المعلومات؛ مثل: التعريف بالسلعة، ومواصفاتها، ودرجة جودتها، وأستخدام الأسماء الشخصية والأسماء الجغرافية بحسن نية، ومنتشأ السلعة<sup>1</sup>، فمثلاً: لو قامت شركة بتسجيل علامتها التجارية "حار" أو "Spicy" ووضعتها على منتجاتها، فإنه يمكن لشركة أخرى أن تضع نفس الكلمة أيضاً على منتجاتها أيضاً؛ لأن تلك الكلمة هي عبارة عن وصف لمذاق هذا المنتج، وبالتالي فلا يصلح أن تكون علامة فارقة ومميزة لمنتج دون غيره من المنتجات؛ وبالتالي يستحق الحماية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> حسام الدين عبد الغني الصغير - مرجع سابق - ص 46. وانظر: Pires de Carvalho

Nuno), op.cit., P. 972

<sup>2</sup> Hunter (Kate Colpitts(, op. Cit., P.536, note 118; Kur Annette), op.

Cit., P. 108

وقد منع المشرع الكويتي أيضاً تسجيل العلامات الخالية من أي صفة مميزة، أو العلامات المكونة من بيانات ليست إلا التسمية التي يُطلقها العُرف على السلع والخدمات، أو الرسوم المألوفة والصور العادية للسلع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المادة (1/3) من قانون العلامات التجارية الكويتي.

## الفصل الثاني

### التصرفات القانونية التي ترد على العلامة التجارية

تخضع العلامة التجارية لكل أنواع التصرفات القانونية؛ كالبيع، والهبة، والتنازل، والرهن، والترخيص، والرهن، والحجر، وغيرها من التصرفات القانونية، بالإضافة إلى أنه من الممكن أن تنقضي هذه الملكية بالعديد من الأسباب.

وقد عالجت اتفاقية تريس تلك التصرفات التي ترد على العلامة التجارية، وكذلك فعل المشرع الكويتي، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل؛ حيث سنقسمه إلى مبحثين: نتحدث في الأول منها عن انتقال ملكية العلامة التجارية، وفي الثاني عن انقضاء ملكية العلامة، على النحو التالي:

## المبحث الأول انتقال ملكية العلامة التجارية

عاجت اتفاقية تريس وقانون العلامات التجارية الكويتي<sup>1</sup> أوجه التصرفات القانونية التي ترد على العلامة التجارية، وذلك فيما يتعلق بانتقال تلك الملكية؛ حيث إن العلامة التجارية في ذاتها مال منقوم، وبالتالي يمكن بيعها ورهنها والحجز عليها مستقلة عن المحل التجاري الذي تدخل في مقوماته، فقد نصت المادة (21) على أنه: "يجوز للبلدان الأعضاء تحديد شروط الترخيص باستخدام العلامات التجارية، أو التنازل عنها، على أن يفهم أنه غير مسموح بالترخيص الإلزامي باستخدام العلامات التجارية، وأنه لصاحب العلامة التجارية حق التنازل عنها للغير مع أو بدون نقل المنشأة التي تعود العلامة التجارية إليها، لصاحب العلامة الجديد"، وبالتالي فقد أجازت الاتفاقية للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، الحق في تحديد شروط البيع والتنازل.

ومن ثم سنتحدث في هذا المبحث - بإذن الله - عن التصرفات القانونية التي يمكن أن تنتقل بها ملكية العلامة التجارية، في مطلبين: الأول: التنازل عن ملكية العلامة التجارية، والثاني: الترخيص باستخدام العلامة التجارية، على النحو التالي:

---

<sup>1</sup>في المواد من 27-33.



## المطلب الأول

### التنازل عن ملكية العلامة التجارية

نصُّ المادة (21) من اتفاقية ترينس - كما رأينا أعلاه - يجيز للدول الأعضاء تحديد شروط التنازل عن العلامة التجارية، وسمحت لصاحب العلامة بحُرِّيَّة التنازل عن العلامة التجارية مع أو بدون المنشأة التي تمثل العلامة التجارية منتجاتها، وكذلك حظرت مبدأ الترخيص الإلزامي باستخدام العلامة التجارية<sup>1</sup>.

وقد كانت اتفاقية باريس قد نصت على جواز التنازل بشرط عدم تضليل الجمهور، عندما نصت في المادة (6 - رابعاً) (2) على أنه: "... لا يترتب على الحكم السابق إلزام دول الاتحاد بأن تعتبر صحيحاً التنازل عن أية علامة يكون استعمالها بمعرفة المتنازل إليه من شأنه - في الواقع - تضليل الجمهور، لا سيما فيما يتعلق بمصدر المنتجات المخصصة لها العلامة، أو بطبيعتها، أو صفاتها الجوهرية".

وقد جاء القانون الكويتي ليواكب ما نصت عليه الاتفاقية، عندما أجاز لمالك العلامة التجارية نقل العلامة التجارية، كلياً أو جزئياً، بعوض أو بغير عوض، أو رهنها، أو الحجز عليها مع المحل التجاري أو مشروع الاستغلال الذي تستخدم العلامة في تمييز

---

<sup>1</sup> حسام الدين عبد الغني الصغير - مرجع سابق - ص 48.

سلعه أو خدماته، ما لم يُتَّفَق على غير ذلك، كما أجازت نقل ملكية العلامة التجارية بالإرث، أو الوصية، أو بالهبة<sup>1</sup>.

كما نصت المادة (28) من القانون نفسه على أنه: "1- يتضمن انتقال ملكية المحل التجاري أو مشروع الاستغلال العلامات المسجلة باسم ناقل الملكية، والتي يمكن اعتبارها ذات ارتباط وثيق بالمحل التجاري أو المشروع، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك. 2- وإذا نقلت ملكية المحل التجاري أو المشروع دون نقل ملكية العلامة ذاتها؛ جاز لناقل الملكية الاستمرار في صناعة ذات السلع، أو تقديم ذات الخدمات التي سُجِّلت عنها العلامة، أو الإتجار فيها، ما لم يُتَّفَق على غير ذلك".

ويظهر من النصوص السابقة أن المشرع أجاز بيع العلامات التجارية مع المحل التجاري أو بدونه، وبالتالي فإن العلامة التجارية قد تكون محلاً لكافة التصرفات القانونية مستقلة عن المحل التجاري.

كما واعترف المشرع بهذه النصوص للعلامة التجارية بقيمة مالية، وأن وظيفتها لم تعد محصورة في مسألة الدلالة على مصدر المنتجات، بل أصبحت تلك العلامات تساوي

---

<sup>1</sup>المادة (27) من قانون العلامات التجارية الكويتي، وانظر كذلك: مصطفى كمال طه - مرجع سابق - ص 738.

ثروة اقتصادية هائلة؛ حيث وصلت قيمة بعض العلامات التجارية بلايين الدولارات، ومنها - على سبيل المثال - "كوكا كولا"، "نستله"<sup>1</sup>.

وقد تناول المشرع الكويتي هذه التصرفات في المواد من (27 - 33) من قانون العلامات التجارية<sup>2</sup>، ففي حالة وفاة مالك العلامة التجارية، يكون لورثة مالك العلامة التجارية الطبيعيين حق نقل الملكية باسمهم مجتمعين، أو لأي منهم، بمستند تنازل مَوْعَّع ممن له حقُّ في العلامة التجارية.

ويتضمن انتقال ملكية المحل التجاري أو مشروع الاستغلال العلامات التجارية المسجلة باسم ناقل الملكية، التي يمكن اعتبارها ذات ارتباط وثيق بالمحل التجاري أو المشروع، ما لم يتفق على غير ذلك، وأما إذا نقلت ملكية المحل التجاري أو المشروع دون نقل ملكية العلامة ذاتها؛ جاز لناقل الملكية الاستمرار في صناعة ذات السلع أو تقديم ذات الخدمات التي سجلت عنها العلامة، أو الاتجار فيها، ما لم يُتَّفَق على غير ذلك.

ومن النادر أن يقع هذا الفرض عملياً؛ إذ غالباً ما يشترط مشتري المحل انتقال ملكية العلامة إليه، وإذا رضي ببقائها للبائع، فإنه يحرص عادةً على

---

<sup>1</sup>محمد الشمري - مرجع سابق - ص 323، وكذلك: صلاح زين الدين - مرجع سابق - ص 361، 362.

<sup>2</sup>ويقابلها في اللائحة التنفيذية لقانون العلامات التجارية في المواد من 24-34.

اشتراط عدم استعمالها لتمييز سلعة من ذات نوع السلعة موضوع المحل التجاري الذي يشتريه؛ حتى يتفادى منافسة البائع<sup>1</sup>.

كذلك أجاز المشرع أن يتم التأشير في سجل العلامات التجارية بوزارة التجارة والصناعة برهن العلامة، طبقاً لذات الإجراءات والأوضاع الخاصة بانتقال ملكية العلامة، وأما بالنسبة لفك رهن العلامة التجارية، فيتم بناءً على طلب يُقدم للإدارة المختصة من مالك العلامة مصحوباً بالمستندات الدالة على ذلك، موثقة ومصدقة حسب الأصول، ومترجمة للغة العربية، ومن ثم تقوم الإدارة المختصة بإشهار فك الرهن في النشرة التي تصدرها أو تحددتها الجهة المختصة، بعد التأشير بذلك في السجل.

أما بالنسبة للحجز على العلامة التجارية، فقد أجاز المشرع التأشير في السجل بالحجز على العلامة التجارية المسجلة بناءً على أمر قضائي، ولا يتم إلغاء الحجز إلا بناءً على حكم قضائي نهائي أيضاً.

---

<sup>1</sup>محسن شفيق - مرجع سابق - ص 506، 507.

## المطلب الثاني الترخيص باستخدام العلامة التجارية

نصت المادة (21) من اتفاقية ترينس على أنه: "يجوز للبلدان الأعضاء تحديد شروط الترخيص باستخدام العلامات التجارية أو التنازل عنها، على أن يفهم أنه غير مسموح بالتريخيص الإلزامي باستخدام العلامات التجارية، وبأن لصاحب العلامة التجارية حق التنازل عنها للغير مع أو بدون نقل المنشأة التي تعود العلامة التجارية إليها، لصاحب العلامة الجديد".

ويظهر من النص أن الاتفاقية أجازت للدول الأعضاء حرية وضع القواعد والشروط الخاصة بعقود التراخيص باستعمال العلامة التجارية، سواء كانت مقترنة بالمتجر أو منفصلة عنه، وأنها حظرت التراخيص الإجبارية باستخدام العلامات التجارية.

واتفاقية ترينس بهذا النص قد توسعت بذكر التصرفات التي يمكن أن ترد على العلامات التجارية عما ورد ذكره في اتفاقية باريس، التي لم تتطرق لمسألة الترخيص باستعمال العلامات التجارية، واكتفت بإيراد أحكام التنازل عن ملكية العلامة التجارية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Correa Carlos M.), Trade related aspects of intellectual property rights, oxford university press, 2007 p.202; Blakeney Michael), Trade related

ولكن ما هو المقصود بالترخيص باستعمال العلامة التجارية؟ ومن أين أتى هذا الاصطلاح؟

يقصد بعقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية هو: ذلك العقد الذي يجيز بموجبه مالك العلامة لشخص آخر أو أكثر باستخدام العلامة التجارية، عن كل أو بعض المنتجات أو الخدمات المسجلة عنها للعلامة<sup>1</sup>.

وقد عرف عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية أول الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، وما لبث أن انتشر في العالم بفعل المزايا التي يحققها كنظام للتعاون المستمر بين المشروعات، يتيح أفضل الفرص للتوسع التجاري اعتماداً على شهرة العلامة التجارية، فأطراف عقد الترخيص - المرخص والمرخص له - يمكن أن يوجدوا في بلد واحد أو بلدان مختلفة، وبالتالي أصبح عقد الترخيص أحد أهم وسائل توزيع المنتجات تحت علامة المرخص في أسواق بعيدة عن السوق الأم للعلامة، ومن قبل أشخاص آخرين غير صاحب العلامة<sup>2</sup>.

---

aspects of intellectual property rights: A concise guide to the Trips Agreement, Sweet & Maxwell, 1996, P 66

<sup>1</sup> د. محمد الشمري - مرجع سابق - ص 325.

<sup>2</sup> د. محمد الشمري - مرجع سابق - ص 325.

وتختلف الأحكام ما بين صور الترخيص، فقد يكون الترخيص كاملاً كما في عقود "الفرنشايز"، أو أن يكون الترخيص "فرنشايز"، ولكن لبيع التجزئة فقط<sup>1</sup>.

وعادة يشترط صاحب العلامة لمن يريد الترخيص له باستخدام العلامة التجارية شروطاً معينة؛ كاستخدام معايير الجودة مثلاً، وأن تكون المنتجات التي تحمل هذه العلامة على درجة معينة من الجودة، وعلى المرخص (صاحب العلامة) أن يفتش على المرخص له؛ للتأكد من أنه يتبع شروط الترخيص<sup>2</sup>.

- عقد الترخيص لعلامة تجارية وعقد الترخيص التجاري أو الامتياز (الفرنشايز):

عقد الترخيص التجاري (الفرنشايز) أشمل وأوسع من عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية؛ حيث يتضمن بالإضافة للترخيص باستعمال العلامة التجارية استخدام الوسائل الفنية التي يستعملها المرخص في توزيع المنتجات أو الخدمات، واستعمال بعض حقوق الملكية الفكرية الأخرى وبعض المعارف التقنية (Know –

---

<sup>1</sup> Wilkof Neil J.) and Burkit Daniel), Trademark Licensing, Second Edition, Sweet & Maxwell, 2005,P. 138.

وكذلك: نعيم مغبغب - الفرنشايز.. دراسة في القانون المقارن - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2009م - ص 13.

<sup>2</sup> Pires de Carvalho Nuno), op.cit. , P.351 & Barcamercial International USA Trust V. Tyfeild importers, Inc., 289 F. 3d 589 9<sup>th</sup> Cir., 2002).

(How)، بل يتجاوز ذلك إلى اسم المحل وشعاره وما شابه، بحيث إن محل الممنوح له الامتياز يظهر تجاه الجمهور بنفس المظهر والهوية العامة الموحدة لكل محلات مانح الحق؛ محلات "بينيتون" مثلاً، في دولة ما تبدو متشابهة مع نظيرتها في كل دول العالم.

وعقد الامتياز - كما قلنا - يغطي أيضاً طريقة البيع وخطط التوزيع والتسويق.

ومع هذا كله، يجب الانتباه إلى أنّ كلاً من مانح الحق والممنوح له الحق يعتبر مستقلاً عن الآخر كمتجر<sup>1</sup>.

وبالنسبة للوضع في القانون الكويتي، نجد أن المُشرِّع قد أجاز لمالك العلامة أن يرخص لأي شخص، طبيعي أو معنوي، باستعمالها على كلّ أو بعض السلع أو الخدمات المسجّلة عنها العلامة، ويكون لمالك العلامة الحق في أن يرخص لأشخاص آخرين باستعمال ذات العلامة، كما يكون له أن يستعملها بنفسه،

---

<sup>1</sup>كنعان الأحمر - ترخيص العلامات التجارية وعقود الامتياز - ندوة الويبو الوطنية حول العلامات التجارية - دمشق - ديسمبر 2003م - ص 7، مصطفى سلمان حبيب - الاستثمار في الترخيص الامتيازي الفرشائيز) - دار الثقافة للنشر والتوزيع - المملكة الأردنية الهاشمية - 2008م - ص 25، نعيم مغبغب - مرجع سابق - ص 19 وما بعدها.



ما لم يتفق على خلاف ذلك، ولا يجوز أن تزيد مدة الترخيص على المدة المقررة لحماية العلامة<sup>1</sup>.

كما وحظر المشرع أن تُفرض على المستفيد من الترخيص قيود غير مترتبة على الحقوق التي يخولها تسجيل العلامة، أو غير ضرورية للمحافظة على هذه الحقوق، ومع ذلك يجوز أن يتضمن عقد الترخيص القيود الآتية:

1- تحديد نطاق المنطقة أو مدة استخدام العلامة.

2- الشروط التي تستلزمها متطلبات الرقابة الفعالة لجودة السلع أو الخدمات.

3- الالتزامات المفروضة على المستفيد من الترخيص بالامتناع عن كافة الأعمال التي قد ينتج عنها الإساءة إلى العلامة التجارية<sup>2</sup>.

وفي حالة قيام مالك العلامة التجارية المسجلة بالترخيص لأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، باستعمال العلامة عن كل أو بعض المنتجات أو الخدمات المسجلة عنها، فيجب أن يكون عقد الترخيص مكتوباً، وموثقاً، ومصدقاً حسب

---

<sup>1</sup>المادة (29) من قانون العلامات التجارية الكويتي.

<sup>2</sup>المادة (30) من قانون العلامات التجارية الكويتي.

الأصول، و مترجماً، إذا كان الأصل بغير اللغة العربية، بشرط ألا تزيد مدة الترخيص عن المدة المقررة لحماية العلامة التجارية<sup>1</sup>.

كذلك لم يجز المشرع الكويتي للمستفيد من الترخيص التنازل عنه لغيره، أو منح تراخيص به من الباطن، ما لم يتفق على خلاف ذلك<sup>2</sup>؛ وذلك لأن عقود الترخيص من العقود ذات الاعتبار الشخصي<sup>3</sup>.

وفي حال رغب مالك العلامة التجارية في شطب قيد الترخيص، فإن ذلك يكون بناء على طلب يقدم للإدارة المختصة من المالك، أو وكيله المعتمد، أو المرخص له، مرفقاً به ما يُثبت انتهاء أو فسخ الترخيص، وتبلغ الإدارة المختصة الطرف الآخر بطلب شطب القيد كتابياً، وله في هذه الحالة الاعتراض عن طريق الطعن أمام المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه، بطلب الشطب، مع إيداع نسخة من الاعتراض، وما يفيد تقديمه لدى الإدارة المختصة، ويوقف الشطب إلى حين اتفاق الطرفين أو صدور حكم نهائي من المحكمة بالفصل في الاعتراض<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> المادة (30) من اللائحة التنفيذية لقانون العلامات التجارية.

<sup>2</sup> المادة (32) من قانون العلامات التجارية.

<sup>3</sup> محمد الشمري - مرجع سابق - ص 335.

<sup>4</sup> المادة (33) من اللائحة التنفيذية لقانون العلامات التجارية.

## المبحث الثاني انقضاء العلامة التجارية

نصت المادة (6) من اتفاقية تريس على أنه: "لأغراض تسوية المنازعات بموجب هذه الاتفاقية، مع مراعاة أحكام المادتين (3 و4)، لا تتضمن هذه الاتفاقية ما يمكن استخدامه للتعامل مع مسألة انقضاء حقوق الملكية الفكرية".

ويعني ذلك النص أن الاتفاقية لم تتناول أحكامًا خاصة بانقضاء الحق في ملكية العلامة التجارية<sup>1</sup>، ولكن الحق في ملكية العلامة التجارية شأنه شأن باقي الحقوق ينقضي وفقًا للطرق المعروفة لانتهاء الحقوق؛ فمثلًا ينقضي الحق بالترك أو عدم الاستعمال. يضاف إلى ذلك طريقة خاصة بالعلامة التجارية، وتتمثل في أن عدم تسجيلها من شأنه أن ينقضي معه الحق في ملكيتها.

وسنتحدث - بإذن الله - عن هذه الطرق بشيء من التفصيل على النحو التالي:

هناك حالات يمكن فيها شطب العلامة التجارية تناولها قانون العلامات

التجارية الكويتي، وكذلك اتفاقية تريس، وتتمثل في الحالات التالية:

الحالة الأولى: شطب العلامة بطلب من مالكيها: أجاز قانون العلامات

التجارية الكويتي لمالك العلامة التجارية أن يطلب من الجهة المختصة شطب

---

<sup>1</sup> Correa Carlos M.), op. Cit. p. 78.

العلامة من السجل، سواء عن كل السلع أو الخدمات التي سجلت عنها العلامة، أو عن جزء منها فقط.

ويقدم طلب الشطب وفقاً للشروط والإجراءات التي تُحددها اللائحة التنفيذية، وإذا ما كانت العلامة مرخصاً باستعمالها وفقاً لعقد مؤشر به في السجل، فلا يجوز شطبها إلا بناء على موافقة كتابية من المستفيد من الترخيص، ما لم يتنازل المستفيد من الترخيص عن هذا الحق صراحة<sup>1</sup>.

الحالة الثانية: الشطب لعدم التجديد: فكما قلنا سابقاً: إذا لم يتقدم مالك العلامة التجارية لتجديد العلامة التجارية المنتهية بعد الستة أشهر التالية لموعد انتهاء العلامة التجارية، فإن الجهة المختصة تقوم من تلقاء نفسها بشطب العلامة التجارية من السجل<sup>2</sup>.

فتتقضي ملكية العلامة التجارية بالترك، ويكون الترك صريحاً إذا ما تمثل في صورة تنازل صريح عن ملكيتها، وقد يكون الترك ضمناً؛ وذلك بإهمال

---

<sup>1</sup>المادة 23) من قانون العلامات التجارية الكويتي، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 87، 2007/123 تجاري - جلسة 2008/10/14 - مجلة القضاء والقانون - س 36 - ج 3 - ص 59.

<sup>2</sup>المادة 20) من قانون العلامات التجارية الكويتي.

صاحبها استعمالها أو استغلالها، وعدم مباشرة حقوقه عليها في حال الاعتداء عليها من الغير.

ويعتبر من قبيل القرائن الدالة على ترك العلامة التجارية تصفية الشركة التي كانت تستعمل العلامة التجارية في تمييز منتجاتها، أو اعتزال التجارة من قبل صاحب المنشأة، ومرور وقت كافٍ لعدم عودته إلى ذات التجارة واستعمال ذات العلامة، كما يعتبر تساهل صاحب العلامة في المحافظة على حقه في العلامة عند اغتصاب الغير للعلامة واستعمالها أو استغلالها.

ومتى ما تُركت العلامة من صاحبها على هذا النحو، أصبحت من الأموال المباحة التي يجوز لكل شخص استعمالها واستغلالها، دون أن يُعد ذلك جريمة يعاقب عليها القانون، وجدير بالذكر أن واقعة الترك هي واقعة مادية يعود تقدير وجودها من عدمه إلى قاضي الموضوع<sup>1</sup>.

الحالة الثالثة: شطب العلامة لتسجيلها بدون وجه حق: في حال ما إذا تم تسجيل العلامة التجارية بدون وجه حق، كما إذا وقع خطأ من الجهة المختصة؛ فقامت بتسجيلها على الرغم من أنها من العلامات التي لا يجوز تسجيلها، أو كان من قام بالتسجيل من الأشخاص الذين لا يجوز لهم التسجيل، أو كانت العلامة

---

<sup>1</sup>محسن شفيق - مرجع سابق - ص 500، سميحة القليوبي - مرجع سابق - ص 348:

تشبه علامة مسجلة<sup>1</sup>؛ كان للجهة الإدارية المختصة ولكل ذي مصلحة حق طلب الحكم بشطب العلامة التجارية من المحكمة المختصة، وتقوم الجهة المختصة بشطب التسجيل متى قدم لها حكم نهائي بذلك<sup>2</sup>.

الحالة الرابعة: الشطب لعدم الاستعمال: يمكن شطب العلامة التجارية لعدم الاستعمال؛ فقد نصت المادة (24) من قانون العلامات التجارية على أنه: "للمحكمة، بناءً على طلب كل ذي شأن، أن تأمر بشطب التسجيل إذا ثبت لديها أن العلامة لم تستعمل بصفة جدية لمدة خمس سنوات متتالية، إلا إذا قدم مالك العلامة ما يسوغ به عدم استعمالها".

وهذا الشرط فيه حماية لمالك العلامة التجارية؛ حتى لا يكون الشطب بالأمر الهين يقوم به من أراد<sup>3</sup>، وأيضًا المحكمة ليست مطلقة الحرية في الحكم بشطب العلامة التجارية، فإذا استطاع مالك العلامة التجارية تبرير عدم استعمال العلامة التجارية للسنوات الخمس الماضية، فإن المحكمة قد تحكم باستمرار تسجيل العلامة التجارية له.

---

<sup>1</sup>المرجع السابق - ص 530.

<sup>2</sup>المادة 22) من قانون العلامات التجارية الكويتي، حكم محكمة التمييز - الدائرة التجارية - الطعن رقم 1995/84 تجاري - جلسة 1995/12/5 - مجلة القضاء والقانون - س 23 - ج 2 - ص 180.

<sup>3</sup>د. سميحة القليوبي - مرجع سابق - ص 319.

وكما أشرنا سابقاً، فإن ملكية العلامة لا يزول بعدم الاستعمال؛ لأن مالك العلامة قد يترك استعمالها فترة من الزمن ثم يعود لاستعمالها، فيجب الاحتفاظ له بملكيتها، ومع ذلك إذا اتضح من عدم الاستعمال رغبة المالك في التنازل عنها، وجب اعتبارها من الأموال العامة بناءً على هذا التنازل الضمني لا على أساس عدم الاستعمال؛ حيث إن شطب التسجيل لعدم الاستعمال لا يعني زوال حق الملكية على العلامة، بل لا تزال محللاً للحماية المدنية بدعوى المنافسة غير المشروعة، وإن كانت قد فقدت بسبب شطب التسجيل الحماية الجنائية<sup>1</sup>.

وقد أوجب المشرع في جميع حالات الشطب للعلامة التجارية، أن يتم شهرٌ ذلك في النشرة التي تُصدرها أو تحددها الجهة المختصة، بعد دفع تكاليف النشر<sup>2</sup>.

ومن الآثار التي تترتب على شطب العلامة التجارية، أنه لا يجوز أن يعاد تسجيلها لصالح الغير عن ذات السلع أو الخدمات، أو عن سلع أو خدمات مشابهة، إلا بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ الشطب، ما لم يكن الشطب قد تم بناء على حكم من المحكمة المختصة، ويكون هذا الحكم قد حدد مدة أقل لإعادة تسجيل العلامة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>محسن شفيق - مرجع سابق - ص 501.

<sup>2</sup>المادة (26) من قانون العلامات التجارية، والمادة (34) من اللائحة التنفيذية.

<sup>1</sup>المادة (25) من قانون العلامات التجارية.

وبالنسبة لاتفاقية ترينس، فقد حدّدت المادة (19) (1) من اتفاقية ترينس المدة التي يجوز بعدها شطب العلامة التجارية بثلاث سنوات متواصلة من عدم استخدامها، ما لم يثبت صاحب العلامة التجارية وجود أسباب وجيهة تستند إلى وجود عقبات تحول دون هذا الاستخدام<sup>1</sup>.

وتعتبر الأوضاع الناشئة بغير إرادة صاحب العلامة، والتي تحول دون استخدامها؛ كقيود الاستيراد المفروضة على السلع والخدمات التي تحميها العلامة التجارية المعنية، أو الشروط الحكومية الأخرى المفروضة عليها، أسبابًا وجيهة لعدم استخدامها.

ويُرجع جانب من الفقه الهدف من هذا النص إلى حماية الشركات الدولية الكبرى المالكة لعلامات تجارية مسجلة، ولكنها لا تستطيع استخدام تلك العلامات في أسواق معينة؛ كأسواق بعض الدول النامية، نتيجة للقيود التي تفرضها تلك الدول على الاستيراد<sup>1</sup>؛ لذلك تم السماح باستمرار تسجيل العلامة حتى بعد انقضاء فترة الثلاث سنوات على عدم الاستخدام، عند وجود عقبات تحول دون ذلك.

---

<sup>1</sup> Pires de Carvalho Nuno), op. cit., P.313; Matthews Duncan), Globalising intellectual property rights, Routledge, Taylor & Francis Group, 2002, p.54

<sup>1</sup> جلال وفا محمين - مرجع سابق - ص 111.



كما لم تشترط اتفاقية تريس استعمال العلامة التجارية من جانب مالكيها  
نفسه حتى يمكن تسجيلها، بل يجوز أن تستخدم من قبل أي شخص آخر يكون  
خاضعًا لرقابة وسيطرة مالك العلامة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>المادة 19 (2) من اتفاقية تريس.

## خاتمة

استعرضنا في هذه الدراسة النظام القانوني لملكية العلامة التجارية وفقاً لكلٍ من قانون العلامات التجارية الكويتي واتفاقية تريس، وقد قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين، فأما الفصل الأول فخصصناه للحديث عن ملكية العلامة التجارية، وتناولنا في المبحث الأول منه طرق اكتساب ملكية العلامة التجارية، وعرفنا أن هناك ثلاثة أنظمة لاكتساب ملكية العلامة التجارية؛ فأولها يعتبر التسجيل وحده أساساً للملكية، والثاني يعتمد على الاستعمال الفعلي كسبب لاكتسابها، والثالث يأخذ بالتسجيل سبباً مع الاستعمال، وهو ما أخذ به القانون الكويتي.

وفي المبحث الثاني، تناولنا المسائل الإجرائية لمسألة التسجيل من حيث الأشخاص الذين يحق لهم تسجيل العلامة التجارية، وإجراءات تسجيل العلامة التجارية، ثم تناولنا في المبحث الثالث الآثار المترتبة على ملكية العلامة التجارية، وخصائص الحق المترتب على ملكيتها، والاستثناءات الواردة على حقوق مالكيها.

وأما الفصل الثاني، فخصصناه للحديث عن التصرفات القانونية التي ترد على العلامة التجارية، وتناولنا في المبحث الأول منه طرق انتقال ملكية العلامة التجارية من تنازل وترخيص وغيرهما، وفي الثاني تحدثنا عن انقضاء العلامة التجارية.

وقد توصلنا في نهاية الدراسة إلى بعض الاستنتاجات، وهي كما يلي:

أولاً: اعتمد المشرع الكويتي القانون الموحد الخليجي للعلامات التجارية أساساً قانونياً لتنظيم العلامات التجارية، وألغى المواد التي كانت تعالج العلامات التجارية في قانون التجارة.

ثانياً: لاحظنا اتفاق مواد القانون الكويتي مع ما ورد في اتفاقية تريس من أحكام تعالج العلامات التجارية، اتساقاً مع رغبة الكويت في أن تكون مركزاً مالياً عالمياً يربط ما بين الشرق والغرب.

ثالثاً: حرص المشرع الكويتي على توحيد الأنظمة القانونية الخليجية؛ من خلال تبنيه القانون الموحد لقانون العلامات التجارية لدول مجلس التعاون الخليجي.

## المراجع

### أولاً: المراجع باللغة العربية

- أحمد محمد محرز - القانون التجاري - دار الكتب القانونية - 2003م.
- جلال وفا محبين - الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) - دار الجامعة الجديدة للنشر - 2000م.
- حسام الدين عبد الغني الصغير - الجديد في العلامات التجارية في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد واتفاقية التريبس - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - 2005م.
- سميحة القليوبي - الملكية الصناعية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - 1996م.
- صلاح زين الدين - الملكية الصناعية والتجارية - الطبعة الأولى - 2000م - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن.
- عبد الرحمن السيد قرمان - الاتجاهات الحديثة في حماية العلامات التجارية المشهورة.. دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - 2008م.

- كنعان الأحمر - حماية العلامة التجارية ذائعة الشهرة - ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية - تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع الجامعة الأردنية - عمّان، من 6 إلى 8 إبريل/نيسان 2004م

WIPO/IP/UNI/AMM/04/DOC.04 -

- محسن شفيق - القانون التجاري المصري - الجزء الأول - الطبعة الأولى - 1949م - دار نشر الثقافة بالإسكندرية.

- محمد عبد الرحمن الشمري - حماية العلامة التجارية وفقاً لاتفاقية التريبس - دراسة تحليلية في ضوء أحكام الاتفاقية ونظام العلامة التجارية السعودي والقانون المصري وبعض التشريعات العربية والأجنبية المقارنة.. دراسة مقارنة - بدون ناشر - 1426هـ - السعودية.

- محمد مصطفى عبد الصادق - الحماية القانونية للعلامات التجارية إقليمياً ودولياً - دار الفكر والقانون - 2011م.

- محمود سمير الشرقاوي - القانون التجاري - الجزء الأول - دار النهضة العربية - 1989م.

- محمود مختار أحمد بريري - قانون المعاملات التجارية - الجزء الأول - دار الفكر العربي - 1987م.

- مصطفى سلمان حبيب - الاستثمار في الترخيص الامتيازي (الفرنشايز) - دار الثقافة للنشر والتوزيع - المملكة الأردنية الهاشمية - 2008م.
- مصطفى كمال طه - أصول القانون التجاري - دار الفكر الجامعي - 2013م.
- نعيم مغبغب - الفرنشايز.. دراسة في القانون المقارن - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2009م.
- يعقوب صرخوه - النظام القانوني للعلامات التجارية.. دراسة مقارنة - مطبوعات جامعة الكويت - 1993م.

#### ثانيًا: المراجع باللغة الأجنبية

- Blakeney (Michael), Trade related aspects of intellectual property rights: A concise guide to the Trips Agreement, Sweet & Maxwell, 1996.
- Bottero (Nicola), Mangàni (Andrea) and Ricolfi (Marco), THE EXTENDED PROTECTION OF "STRONG" TRADEMARKS, Marquette Intellectual Property Law Review, Summer 2007

- Correa (Carlos M.), Trade related aspects of intellectual property rights, oxford university press, 2007.
- Hunter (Kate Colpitts), HERE THERE BE PIRATES: HOW CHINA IS MEETING ITS IP ENFORCEMENT OBLIGATIONS UNDER TRIPS, San Diego International Law Journal, Spring 2007.
- Kur (Annette), Studies in Industrial Property and Copyright Law, From GATT to TRIPS, the agreement on trade – related aspects of intellectual property rights, Beir (Friedrich–Karl) & Schricker (Gerhard), Published by Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, 1996.
- Matthews (Duncan), Globalising intellectual property rights, Routledge, Taylor & Francis Group, 2002.
- Pires de Carvalho (Nuno), The TRIPS regime of trademarks and designs, Kluwer Law international, 2006.

- Wilkof (Neil J.) and Burkit (Daniel), Trademark Licensing, Second Edition, Sweet & Maxwell , 2005 , London.



## الملخص

يترتب على اكتساب مالك العلامة لعلامته التجارية، نتيجةً لتسجيل العلامة التجارية، أنه يُجري على تلك العلامات التجارية كافة التصرفات القانونية؛ من تنازل، وهبة، وبيع، وترخيص، ورهن، وحجر، وغيرها من التصرفات القانونية، بل إن حماية هذه العلامات محددة بمدة زمنية، ويجب على مالكيها مراعاة تلك المواعيد وتجديدها كل مرة حتى تستمر الحماية لتلك العلامات؛ لأنه في حال ما إذا ترك تجديد تسجيل العلامات التجارية في مواعيدها؛ سقطت عنها تلك الحماية، وشُطب تسجيلها؛ مما يجعلها عرضة للاستيلاء عليها من الغير، ونشوء منازعات قد يطول أجلها؛ مما يؤثر سلبيًا على تجارته وسمعته التجارية.

ويتحدث البحث عن النظام القانوني لملكية العلامة التجارية وفقا لكل من قانوني العلامات التجارية الكويتي واتفاقية تريبس، وتناولنا كل من طرق اكتساب ملكية العلامة التجارية والمسائل الإجرائية لمسألة التسجيل، والآثار المترتبة على ملكية العلامة التجارية. وبعد ذلك تطرقنا للتصرفات القانونية التي ترد على العلامة التجارية، فتحدثنا عن طرق انتقال ملكية العلامة التجارية وكذلك انقضاء العلامات التجارية.

## **Summary**

The importance of trademarking to the owner of the trademark, as a result of registering his trademark, is that he invokes all legal action upon his trademark; such as waiver, gift, sale, licensing, mortgage, reservation, and other legal actions, and that the protection of these trademarks is limited by a time period, and the owner of the trademark should be considerate of such time periods and renew them every time in order for the protection of the trademark to continue on, because in the event that the renew process of the trademark registration was not done in time, the protection will fall from it, and its registration cancelled, which makes it vulnerable to be acquired by others, and the emergence of disputes that may be prolonged; which may negatively affect his business and business reputation.

This research discusses the legal system of trademark ownership in accordance with both the Kuwaiti Trademark Laws and the TRIPS Agreement, and we discuss both

methods of acquiring trademark ownership, procedural issues of the issue of registration, and the implications for trademark ownership. Then we discuss the legal behaviours that correspond to the trademark, and we talk about the different ways of transferring the trademark ownership and the expiry of the commercial public.



## النظام القانوني للمؤشرات الجغرافية

د. محمد عبد المقصود غانم

مدرس القانون التجاري والبحري

كلية الحقوق جامعة دمياط

## أولاً موضوع البحث

تُشكل المؤشرات الجغرافية موضوع دراسة يقع عند التقاء الجغرافيا والاقتصاد والتجارة الدولية والقانون. فالعلاقة بين الجغرافيا والجودة تمثلها المؤشرات الجغرافية، وهذه الأخيرة هي إحدى أكثر فئات الملكية الفكرية إثارة للجدل إلى يومنا الحالي. وقد أصبحت المؤشرات الجغرافية ظاهرة عالمية، ويتم التعامل معها حالياً على أنها رصيد استراتيجي للدول، وأن حمايتها هي حماية للثقافة والتقاليد الوطنية في مواجهة العولمة المتعدية باستمرار. ونتيجة لذلك، تتطور القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية بوتيرة متسارعة من أجل إضفاء أكبر حماية على المؤشرات الجغرافية.

فالمؤشرات الجغرافية تُوضع على السلع، لبيان العلاقة بين الأصل الجغرافي لتلك السلع وجودتها أو سمعتها أو أية خصائص أخرى، وهذه العلاقة قد تستند إلى عوامل بيئية مثل المناخ والجيولوجيا. وفي بعض الدول، تكون المعرفة التكنولوجية البشرية عامل جغرافي إضافي يشرح جودة المنتجات؛ حيث يتم استخدام المعرفة التكنولوجية البشرية جنباً إلى جنب مع الموارد الطبيعية للمنطقة لشرح الصفات الفريدة التي تتمتع بها السلع وبصفة خاصة سلع الحرف اليدوية مثل

صناعة الفخار والأواني الزجاجية والمنحوتات الخشبية والحريز والمنسوجات الأخرى.

وعلى الرغم من أن المؤشرات الجغرافية لها تاريخ طويل، إلا أنها قد تكون الموضوع الأقل اهتماماً ضمن موضوعات قانون الملكية الفكرية. ومع ذلك، فهي موضوع يتزايد في الاهتمام والأهمية على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي. فالمؤشرات الجغرافية لا تزال على رأس جدول الأعمال، ولا سيما في الاتفاقات والمفاوضات التي يكون الاتحاد الأوروبي طرفاً فيها. كما أن غالبية دول العالم قد سنت قوانين لتنظيم المؤشرات الجغرافية.

## ثانياً أهمية البحث

تلعب حماية المؤشرات الجغرافية دوراً مهماً في العلاقات التجارية على المستويين الوطني والدولي. فالاستخدام الخاطئ للمؤشرات الجغرافية يتعارض مع الممارسات النزيفة والعادلة في الصناعة والتجارة. كما يمكن أن يكون مضللاً لمشتري السلع التي يتم استخدام التسمية أو الإشارة من أجلها؛ فالأشخاص الذين يشترون السلع معتقدين خطأً أنها تنشأ من المصدر المشار إليه قد يعانون من ضرر، وقد يزداد الوضع خطورة عندما يكون للمصدر المذكور سمعة خاصة بالنسبة إلى البضائع المعنية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الشخص الذي يستخدم التسمية بشكل خاطئ أو مضلل يكتسب ميزة غير عادلة على منافسيه، الذين قد

يفقدون كامل أو جزء من عائداتهم. وفي هذا السياق، يمكن اعتبار المؤشرات الجغرافية جانبًا خاصًا من الحماية ضد المنافسة غير المشروعة. ومع ذلك، فإن القواعد المتعلقة بالمؤشرات الجغرافية في قوانين بعض الدول تنص فقط على الحد الأدنى الضروري من الحماية. ومن ثم، فإن الحاجة ملحة لسن قواعد أكثر تفصيلاً لتعزيز حمايتها.

والمؤشرات الجغرافية ذات أهمية كبيرة لجميع الدول، وبصفة خاصة الدول النامية؛ حيث يتم تطبيقها على المنتجات الطبيعية والزراعية ومنتجات الحرف اليدوية والصناعية، مثل الخشب والسكر والفواكه والنبيد والبن والشاي والتبغ ومنتجات المنسوجات، وبصفة خاصة السجاد. وتساهم في تعزيز سمعة المنتج المعني وتخلق شهرة بين المستهلكين، مما سيساعد على توزيع المنتج وبيعه. وكثيراً ما يكون مستهلكو السلع المصدرة من الدول النامية في الدول الصناعية. ولهذا، كان من المهم حماية المؤشرات الجغرافية للبلدان النامية في الدول الصناعية المستوردة. ولكن هذه الحماية في حالات كثيرة، لن يتم توفيرها إلا عندما يكون المؤشر محمي في البلد المصدر نفسه. وبما أن معظم الدول النامية ليس لديها حتى الآن قوانين بشأن المؤشرات الجغرافية، فمن مصلحتها توفير وتنظيم هذه الحماية في أقرب وقت ممكن. وبالتالي سيمنعون تفويض سمعة منتجاتهم من خلال الاستخدام غير المشروع للتسميات المقابلة. وفي الوقت نفسه، سيعززون صادراتهم.



## ثالثاً مشكلة البحث

تلعب المؤشرات الجغرافية دوراً متزايد الأهمية في التجارة العالمية، ولكن جوانبها القانونية تزداد تعقيداً. ولا تملك العديد من الدول النامية قواعد قانونية لحماية للمؤشرات الجغرافية. كما لم تحظ إلى وقتنا الحالي باهتمام في تلك الدول على الرغم من أهميتها. ويبدو أن الدول النامية التي تملك قواعد لحماية المؤشرات الجغرافية قد سنتها فقط بسبب ضغوط اتفاقية التريبس وضرورة التزام الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بما ورد في هذه الاتفاقية.

وتتمتع جمهورية مصر العربية بالعديد من المؤشرات الجغرافية المهمة، سواء كانت ترجع بصفة أساسية إلى العوامل الطبيعية التي حباها الله بها، أو تستند إلى العوامل البشرية من أبناء البلد. وعلى الرغم من انتشار وشيوع ربط بعض المنتجات بمنطقة جغرافية محددة لدى الكثير من المستهلكين، إلا أن الآلية القانونية التي يمكن من خلالها حماية تلك المؤشرات الجغرافية تكاد تكون مفقودة لدى القائمين على إنتاج هذه السلع المرتبطة بالمؤشرات الجغرافية. الأمر الذي يجعلها عرضة للتعدي عليها من قبل الغير، سواء في الداخل أو الخارج.

ولهذا، يهدف البحث إلى بيان ماهية المؤشرات الجغرافية وتمييزها عن غيرها، وكذلك كيفية تسجيلها. بالإضافة إلى تحديد مضمون حماية المؤشرات الجغرافية على المستوى الوطني والدولي، ووسائل تلك الحماية، وكذلك الجزاءات

المدنية والجنائية المترتبة على التعدي على المؤشرات الجغرافية بأي صورة من صور التعدي.

#### رابعًا منهجية البحث

إن المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي المقارن؛ حيث تم تحليل النصوص القانونية المنظمة للمؤشرات الجغرافية واستقراء ما فيها من أحكام. كما تمت المقارنة بين الأحكام الواردة في العديد من القوانين الوطنية بهذا الشأن كالقانون الهندي والقانون السنغافوري والتشريعات الأوروبية وبصفة خاصة لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/1151 بشأن خطط الجودة للمنتجات الزراعية والمواد الغذائية، وكذلك الأحكام الوارد في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمؤشرات الجغرافية كاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية واتفاقية التريبس واتفاق لشبونة، بالإضافة إلى قانون المنظمة العالمية للملكية الفكرية النموذجي بشأن المؤشرات الجغرافية. وذلك بهدف الوقوف والاستفادة مما وصلت إليه تلك التشريعات من حلول لإضفاء أكبر قدر من الحماية على هذا الفرع المهم من فروع الملكية الفكرية، ومن ثم معالجة الخلل، وسد النقص الوارد بالقواعد المنظمة لهذا الفرع في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

## خامسًا خطة البحث

تم تقسيم خطة البحث في هذا الموضوع إلى مبحثين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية المؤشرات الجغرافية.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية.

## المبحث الأول ماهية المؤشرات الجغرافية

يمكن إرجاع جذور المؤشرات الجغرافية إلى الحضارة المصرية<sup>1</sup>؛ حيث استخدمها صانعي الطوب في ذلك الوقت من أجل الإشارة إلى أصل ومنشأ الطوب والأحجار المستخدمة في بناء الأهرامات، وما تتمتع به من مقاومة وصلابة<sup>2</sup>. كما اعتمد اليونانيون القدماء أيضًا على العلامات الجغرافية، للدلالة على جودتها وأصلها، كالبرونز الكورنثي Corinthian، والرخام الفريغاني Phrygian، ونيبيذ ثاسيان Thasian<sup>3</sup> ورووس Rhodian. ويرى البعض بأن المؤشرات الجغرافية تعود إلى القرن الرابع قبل الميلاد؛ حيث أن عملية طلب المنتجات بأسماء الأراضي التي جاءت

---

<sup>1</sup> وقد أرجع البعض تاريخ المؤشرات الجغرافية إلى عهد الملك سليمان؛ حيث استخدم أشجار غابات لبنان - والتي كانت تعرف باسم « Maison de la Forêt du Liban » - لبناء قصره والمعبد المقدس. راجع:

ARHEL,P., Répertoire de droit international “ Propriété intellectuelle :  
OMC – Protection des signes distinctifs”,Dalloz, paris, Janvier 2019,p82.

2European Commission , Why do geographical indications matter to us?,  
Brussels, 30 July 2003. p6. Available at:

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_03\\_160](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_03_160) last visited:

12-1-2020& OLSZAK,N., Répertoire de droit commercial “ Appellations  
d’origine et indications de provenance ",Dalloz ,Paris, Mai 2018, p.1.

<sup>3</sup> نسبة إلى جزيرة ثاسوس في مقدونيا.

منها كانت عادة بين شعوب البحر الأبيض المتوسط القديمة -الإغريق والرومان- لأنهم أدركوا أن المنتجات القادمة من بعض الأماكن لديها صفات معينة<sup>1</sup>.

وفي العصور الوسطى، عُرف ما يُسمى بعلامات النقابة " guild marks " وهي وسيلة شائعة للإشارة إلى الأصل الجغرافي للمنتجات، ولا يزال الكثير منها موجودًا حتى يومنا الحالي. فعلى سبيل المثال، زجاج مورانو من جزيرة مورانو بالقرب من البندقية بإيطاليا<sup>2</sup>.

وعلى المستوى التشريعي، وُجِدت القوانين التي تحمي المؤشرات الجغرافية منذ مئات السنين، ففي عام 1222 صدر قانون ستيفن في يوغسلافيا ليحكم بيع

---

<sup>1</sup>Goffic c., La protection des indications géographiques en France, dans la Communauté européenne et aux Etats-Unis, Ph.D. Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2009, p. 20 & Medeiros,M., Passador,C.S. and Passador,J.L., Implications of geographical indications: a comprehensive review of papers listed in CAPES' journal database, RAI Revista de Administração e Inovação, Vol. 13, No. 4, 2016, p316. available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1809203916310713> last visited: 19-1-2020

<sup>2</sup>Connor,B.O., "The Law of Geographical Indications", Cameron May, London, 2004, p21.

الخمور<sup>1</sup>. وكانت كل من فرنسا وإيطاليا - وما زالتا- من الدول الرائدة في مجال حماية المؤشرات الجغرافية. ففي إيطاليا، صدر مرسوم كوزيمو الثالث دي ميدشي حاكم مدينة توسكانا في 24 سبتمبر 1716 ليحدد أربع مناطق في المدينة لإنتاج الخمور تتسم بصفات معينة كالمناخ والتربة<sup>2</sup> - وذلك بعد تدهور سمعة وجودة إنتاج الخمور - وهي مناطق: شيانتي Chianti ، وبومينو Pomino ، فالدينو Valdarno ، وكارميجنانو Carmignano. كما تم فرض عقوبات على من يقوم بالاحتيال عن طريق استخدام هذه المؤشرات الجغرافية الأربعة سالفة الذكر على سلع ليست واردة من تلك المناطق، كما أنشئ في ذلك الوقت هيئة لمراقبة هذه السلع على غرار ما هو معرف اليوم باتحاد المنتجين<sup>3</sup>. وفي فرنسا، تعود القواعد القانونية المتعلقة بالمؤشرات الجغرافية إلى القرن الرابع عشر، من خلال الميثاق الملكي الذي وضعه الملك شارل الرابع بالنسبة للتسمية الجغرافية لـ " Le Roquefort " ،

---

<sup>1</sup>Ibid, p22.

<sup>2</sup> انظر على سبيل المثال، موقع شيانتي كلاسيك:

<https://www.chianticlassico.com/en/>

<sup>3</sup>Zappalaglio,A., "The why of geographical indications: The transformation of the link between the product and its place of origin in Europe, Ph.D thesis, Somerville College – University of Oxford, England ,2018, p67.

وكذلك الأوامر الصادرة من الملك "Jean Le Bon" عام 1350 بشأن الخمر بصفة عامة، ووضع اسم المنطقة التي أنتجت فيها هذه الخمر عليها<sup>1</sup>.

كما عُرف نظام تسمية المنشأ المراقبة في كل من فرنسا Appellation d'Origine Contrôlée وإيطاليا Denominazione di Origin Controllata كدلالة على أن المنتج تم تصنيعه وفقاً لقواعد محددة وأنه يتم تحضيره وتجهيزه وإنتاجه في منطقة جغرافية محددة<sup>2</sup>. وقد تم الاعتراف بشكل واضح من قبل المفوضية الأوروبية بتأثير كل من النظامين الفرنسي والإيطالي سالف الذكر عند وضع لائحة

---

<sup>3</sup>Hussey,A., Paris: The Secret History, penguin, Uk, 2013, p300.

<sup>2</sup> كانت أزمة الفيلوكسيرا - phylloxera - وهي نوع من الحشرات التي تتغذى على أوراق العنب وتؤدي إلى تدميرها ينشأ من أمريكا الشمالية ، ويتغذى على جذور وأوراق العنب التي تدمرها وأصل هذه الحشرة من أمريكا الشمالية ثم انتقلت إلى إنجلترا ثم إلى فرنسا عام 1863 ثم إلى جميع أنحاء أوروبا- وما أعقبها من عمليات الاحتيايل والغش الضخم للخمر، هي بداية الأحداث التي أدت في بداية القرن العشرين إلى بدء سن القوانين التي أدت إلى إدخال تسمية المنشأ AO وتسمية المنشأ المراقبة AOC في فرنسا ثم إلى إيطاليا؛ حيث كانت النتيجة الأولى للأزمة أن السوق الفرنسية أغرقت بالمنتجات المغشوشة. وفي الوقت نفسه، لم تتمكن الأدوات القانونية القائمة وقتئذ من منع استخدام مؤشرات المنشأ الزائفة أو المضللة. ولمزيد من التفصيل بشأن التطور التشريعي لحماية تسميات المنشأ، راجع:

Zappalaglio,A., Op.Cit, pp. 33-77.

الاتحاد الأوروبي رقم 2012/1151 الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ 21 نوفمبر 2012 بشأن خطط الجودة للمنتجات الزراعية والمواد الغذائية<sup>1</sup>.

وفي مصر، لم يعرف المشرع المصري تنظيمًا لحقوق الملكية الصناعية - بصفة عامة- إلا بعد إلغاء الامتيازات الأجنبية سنة 1939 بمقتضى معاهدة مونترو<sup>2</sup>، حينما صدر القانون رقم 57 لسنة 1939 بشأن العلامات والبيانات التجارية<sup>3</sup>. والذي تم إلغاؤه بالقانون رقم 82 لسنة 2002 بشأن إصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية<sup>4</sup>. كما أنه لم يعرف ثمة تنظيمًا قانونيًا للمؤشرات الجغرافية بصفة خاصة إلا مع صدور هذا القانون الأخير قانون حماية حقوق الملكية الفكرية وذلك بالمواد 104 إلى 118 منه، مع الأخذ في الاعتبار الاتفاقيات الدولية

---

<sup>1</sup>In 1992 the EU introduced a system to protect and promote traditional and regional food products inspired by existing national systems, for example the French AOC Appellation d'Origine Contrôlée and the Italian DOC Denominazione d'Origine Controllata systems". See: Ibid, p11.

<sup>2</sup> لمزيد من التفصيل، راجع: د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص17.

<sup>3</sup> والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 69 في 13 يولييه 1939.

<sup>4</sup> الجريدة الرسمية العدد 22 مكرر - بتاريخ 2-6-2002.



الخاصة بحماية الملكية الصناعية التي انضمت إليها مصر والتي تناولت بشكل مباشر أو غير مباشر موضوع حماية المؤشرات الجغرافية<sup>1</sup>.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف المؤشرات الجغرافية، ونخصص المطلب الثاني لبيان طبيعتها القانونية.

---

<sup>1</sup> انظر في تفصيل ذلك لاحقاً ص 83 وما بعدها.

## المطلب الأول

### تعريف المؤشرات الجغرافية

نقسم هذا المطلب إلى عدة فروع، نتناول في الفرع الأول مفهوم المؤشرات الجغرافية، وفي الفرع الثاني نبين خصائص المؤشرات الجغرافية وأهميتها، ونخصص الفرع الثالث لتمييز المؤشرات الجغرافية عما يشتهر معها، كما يلي:

## الفرع الأول

### مفهوم المؤشرات الجغرافية

نتناول مفهوم المؤشرات الجغرافية في التشريعات أولاً، ثم نُبين موقف المعاهدات الدولية ثانياً، على أن نكرس ثالثاً لتناول التعريفات الفقهية والقضائية لهذا المصطلح. وذلك على النحو التالي:

#### أولاً: مفهوم المؤشرات الجغرافية في التشريعات المقارنة

وفقاً لنص المادة 104 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002<sup>1</sup> فإن المؤشرات الجغرافية هي التي تحدد منشأ سلعة ما في منطقة أو جهة في دولة عضو في منظمة التجارة العالمية أو تعامل جمهورية مصر العربية معاملة المثل متى كانت النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلعة والمؤثرة في ترويجها راجعة بصورة أساسية إلى منشأها الجغرافي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> منشور بالجريدة الرسمية العدد 22 مكرر، بتاريخ 2-6-2002.

<sup>2</sup> ونفس التعريف ورد في المادة 70 من قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية السوري رقم 8 لعام 2007 متاح على الرابط التالي:

<http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?no=201&nid=4933&ref=tree>

كما ورد أيضاً في المادة 1 من قانون العلامات والبيانات التجارية العراقي رقم 21 لسنة 1957 المعدل بموجب الأمر رقم 80 الصادر بتاريخ 2004/04/26. وفي هذا التعديل تم تغيير تسمية القانون لقانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية. إلا أن المشرع قد عدل عن استخدام هذه

وورد نفس التعريف في التشريع المغربي مع التأكيد على بيان شكل المؤشر الجغرافي؛ فوفقاً لنص المادة 180 من قانون حماية الملكية الصناعية المغربي رقم 17 لسنة 1997<sup>1</sup>، فإن المؤشر الجغرافي هو " كل بيان يستعمل في تحديد منتج

---

التسمية، ونص في المادة 1 من القانون رقم 9 لسنة 2010 - نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4144 في 2010/2/15- على أن تحل تسمية قانون العلامات والبيانات التجارية محل تسمية قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية. متاح على الرابط التالي:

<http://arb.parliament.iq/archive/2010/02/15>

وكذلك ورد نفس التعريف بالمادة 32 من القانون اليمني رقم 23 لسنة 2010 بشأن العلامات

التجارية والمؤشرات الجغرافية. متاح على الرابط التالي: <https://www.wipo.int/edoc2ar.pdf>

أيضاً ورد نفس التعريف في المادة 3 من القانون عدد 68 لسنة 2007 بشأن تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية وبيانات المصدر لمنتجات الصناعات التقليدية التونسي. والمنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، عدد 104، سنة 150 بتاريخ 28-31 ديسمبر 2007. متاح على الرابط التالي:

<http://www.legislation.tn/sites/default/files/journal-officiel/2007.pdf>

ونفس التعريف جاء في المادة 2/2/8 من قانون المؤشرات الجغرافية الأردني رقم 8 لسنة 2000. متاح على الرابط التالي:

<http://www.tag-legal.com/Uploadfiles/al-Indisl--AR.pdf>

كما ورد نفس التعريف في المادة 16/1 من قانون حقوق الملكية الصناعية الصادر بالمرسوم السلطاني العماني رقم 67 لسنة 2008. متاح على الرابط التالي:

<https://www.gccpo.org/Scripts/Systems/omanlow.htm>

<sup>1</sup> والمعدل بالقانون رقم 31 لسنة 2005 بتاريخ 20-2-2006. متاح على الرابط التالي:

<http://www.ompic.org.ma/ar/content/qwnyn-w-nzm#>

من حيث منشئه في إقليم أو جهة أو موضع في ذلك الإقليم، حين تكون الجودة أو السمعة أو إحدى السمات الأخرى لهذا المنتج راجعة بصورة أساسية إلى هذا المنشأ الجغرافي. ويتكون البيان الجغرافي من كل شارة أو مجموعة من الشارات كيفما كان شكلها مثل الكلمات بما فيها الأسماء الجغرافية وأسماء الأشخاص وكذلك الحروف والأرقام والعناصر التصويرية والألوان، بما فيها الألوان الفريدة". ونفس النهج اتبعه المشرع البحريني والتايلندي؛ حيث نصت المادة الأولى من قانون حماية المؤشرات الجغرافية البحريني رقم 16 لسنة 2004<sup>1</sup> على أنه يُقصد بالمؤشرات الجغرافية " أي مؤشر يدل على أن سلعة ما قد نشأت في إقليم بلد عضو في منظمة التجارة العالمية او في منطقة أو موقع أو مكان من ذات الإقليم . إذا كانت نوعية السلعة أو شهرتها أو سماتها الأخرى راجعة بصورة أساسية إلى منشئها الجغرافي. ويجوز أن يكون المؤشر الجغرافي عبارة عن إشارة أو مجموعة إشارات في أي شكل كانت، مثل الكلمات- بما في ذلك الاسماء الجغرافية أو الشخصية- والحروف والأرقام والعناصر المجسمة واللون أو الألوان". كما نصت المادة 1/3 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية التايلاندي رقم 2546 لسنة 2003 على أن المؤشر الجغرافي يعني الاسم أو الرمز أو أي شيء آخر يستخدم

---

<sup>1</sup> والمعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2006، والمنشور بالجريدة الرسمية، عدد 2741، بتاريخ 2006-5-31. متاح على الرابط التالي:

للاتصال أو تمثيل أصل جغرافي ويمكن أن يحدد السلع الناشئة عن هذا الأصل الجغرافي حيث تُعزى جودة أو سمعة أو خاصية أخرى للسلع إلى هذا الأصل الجغرافي<sup>1</sup>.

وتنص المادة 3/2 من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري على أنه يقصد بمصطلح "المؤشر الجغرافي" أي مؤشر مستخدم في التجارة لتحديد السلع على أنها منشأها مكان ما، شريطة أن يكون: أ المكان بلد مؤهل أو منطقة أو محلية في بلد مؤهل. ب وأن جودة أو سمعة أو خاصية أخرى للسلع تُعزى بشكل أساسي إلى ذلك المكان<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>“Geographical Indication” means name, symbol or any other thing which is used for calling or representing a geographical origin and can identify the goods originating from such geographical origin where the quality, reputation or other characteristic of the goods is attributable to the geographical origin. Available at: <https://wipolex.wipo.int/ar/text/185549>

<sup>2</sup>“geographical indication” means any indication used in trade to identify a the place is a : goods as originating from a place, provided that qualifying country or a region or locality in a qualifying country; and b a given quality, reputation or other characteristic of the goods is essentially attributable to that place.

بينما عرفت المادة 6/1 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات التجارية الإندونيسي رقم 20 لسنة 2016 المؤشر الجغرافي بأنه أي مؤشر يحدد منشأ سلع و/ أو منتجات من منطقة معينة حيث تُعزى سمعة أو جودة أو الخصائص الأخرى للسلع المنتجة و / أو المنتجات إلى عوامل بيئتها الجغرافية بما في ذلك الطبيعة أو العمل البشري أو مزيج من هذين العاملين<sup>1</sup>.

---

ويُقصد بالبلد المؤهل في هذا الشأن: الدولة العضو في منظمة التجارة العالمية، أو الدولة العضو في اتفاقية باريس، أو الدولة التي تعينها الوزير المختص كبلد مؤهل. ونصوص هذا القانون متاحه على الرابط التالي:

<https://sso.agc.gov.sg/Act/GIA2014>

<sup>1</sup>Geographical Indication means any indication which identifies goods and/or a product as originating from a particular region of which its geographical environment factors including nature, labor, or combination of both factors are attributable to a given reputation, quality, and characteristics of the produced goods and/or product. Available at:

<http://ditjenpp.kemenumham.go.id/arsip/terjemahan/38.pdf> last visited: 12-2-2020

وذاً التعريف منصوص عليه في المادة 12/1 من قانون العلامات والبيانات التجارية والأسماء التجارية والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية القطري رقم 9 لسنة 2002. والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 8، بتاريخ 2002/08/26. متاح على الرابط التالي:

<http://www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2657&language=ar>

ونصت المادة 1/2/ج من قانون المؤشرات الجغرافية للسلع الهندي رقم 48 لسنة 1999<sup>1</sup> على أنه يقصد بتعبير "المؤشر الجغرافي"، فيما يتعلق بالسلع، بيان يحدد السلع مثل السلع الزراعية أو السلع الطبيعية أو السلع المصنعة على أنها منشئة أو مصنعة في إقليم بلد ما أو منطقة أو موقع في ذلك الإقليم، حيث تُعزى النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلع بصورة أساسية إلى منشأها الجغرافي، وفي حالة ما إذا كانت هذه السلع من السلع المصنعة، فإن أحد أنشطة إنتاج أو تجهيز أو إعداد السلع المعنية يتم في ذلك الإقليم أو المنطقة أو الموقع منه، بحسب الحال<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> متاح على الرابط التالي:

<http://ipindia.nic.in/act-1999.htm>

<sup>1</sup>"geographical indication", in relation to goods, means an indication which identifies such goods as agricultural goods, natural goods or manufactured goods as originating, or manufactured in the territory of a country, or a region or locality in that territory, where a given quality, reputation or other characteristic of such goods is essentially attributable to its geographical origin and in case where such goods are manufactured goods one of the activities of either the production or of processing or preparation of the goods concerned takes place in such territory, region or locality, as the case may be.

وقد تم تعديل القانون المذكور بالقانون رقم 123 لسنة 2019. متاح على الرابط التالي:



كما نصت المادة 3/1 من قانون المؤشرات الجغرافية الأوكراني رقم 32 لسنة 1999 على أن المؤشر الجغرافي هو تسمية منشأ تحدد منتجاً نشأ من مكان جغرافي معين وله جودة خاصة أو سمعة أو خصائص أخرى تتبع بشكل أساسي من مكان المنشأ الجغرافي هذا ، مع الحفاظ على أن واحدة على الأقل من مراحل تصنيع هذا المنتج الإنتاج الاستخراج و / أو المعالجة و / أو التحضير تتم في المنطقة الجغرافية المعنية<sup>1</sup>.

وتنص المادة 2/5 من لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/1151 الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ 21 نوفمبر 2012 بشأن خطط

---

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/544330>

<sup>1</sup>Geographical indication: appellation of origin identifying a product originating from certain geographical place and having special quality, reputation or other characteristics stemming mainly from this geographical place of origin, preserving that at least one of the stages of this product's manufacture production extraction and/or processing "and/or preparation takes place in a certain geographical area

ونفس التعريف ورد في المادة 2 من قانون المؤشرات الجغرافية وتسميات المنشأ للسلع والخدمات الكرواتي رقم 173 لسنة 2003 والمعدل بالقانون 76 لسنة 2007 والقانون رقم 49 لسنة 2011 والقانون رقم 46 لسنة 2018، مع الأخذ في الاعتبار أن القانون الكرواتي يشمل السلع والخدمات معاً. متاح على الرابط التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/478448>

الجودة للمنتجات الزراعية والمواد الغذائية<sup>1</sup> على أن المؤشرات الجغرافية تُشير إلى أن المنتج: أ- من أصل مكان أو منطقة أو بلد معين. ب- والتي تعزى جودته أو سمعته أو خصائصه أساسا إلى بيئة جغرافية معينة. ج- وواحدة على الأقل من مراحل الإنتاج التي تتم في المنطقة الجغرافية المحددة<sup>2</sup>.

وقد عرفت المادة ل2/721 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم 92-597 لسنة 1992<sup>3</sup> المؤشر الجغرافي بأنه " اسم منطقة جغرافية أو مكان محدد يستخدم لتعيين منتج بخلاف المنتجات الزراعية أو الطبيعية أو الغذائية أو البحرية، وينشأ منه وله جودة أو سمعة أو خصائص أخرى يمكن أن تعزى بشكل

---

<sup>2</sup>Official Journal of the European Union OJ, L 343, 14.2.2012, Available at: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/?uri=OJ:L:2012:34en:PDF>

<sup>1</sup>For the purpose of this Regulation, 'geographical indication' is a name which identifies a product: a originating in a specific place, region or country; b whose given quality, reputation or other characteristic is essentially attributable to its geographical origin; and c at least one of the production steps of which take place in the defined geographical area.

<sup>3</sup> والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 153 بتاريخ 3-7-1992 والمعدل بموجب القانون رقم 344 لسنة 2014 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 65 بتاريخ 18-3-2014.

أساسي إلى هذا الأصل الجغرافي. وتمتثل شروط إنتاج أو معالجة هذا المنتج، مثل القطع أو الاستخراج أو التصنيع، للمواصفات المعتمدة<sup>1</sup>.

ومما سبق، يمكننا القول بأن التشريعات المنظمة للمؤشرات الجغرافية قد انقسمت إلى ثلاث فئات، وذلك على النحو التالي:

الفئة الأولى، ويندرج تحتها التشريعات التي تبنت التعريف الوارد بالمادة 1/22 من اتفاقية التريبس، ودون أي إضافة أو تغيير في صياغته كالمشرع المصري والسنغافوري والأردني. أما الفئة الثانية، فهي تشمل التشريعات التي تبنت التعريف الوارد في المادة 2 من نفاق لشبونة لحماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصعيد الدولي كالمشرع الإندونيسي والقطري. بينما الفئة الثالثة، فهي التي التشريعات التي نصت على تعريفات أكثر تحديداً، للتأكد من أن المنتج له خصائص مميزة ترجع إلى أصله الجغرافي، مع الإشارة إلى أن العديد منها يشمل

---

<sup>3</sup>Constitue une indication géographique la dénomination d'une zone géographique ou d'un lieu déterminé servant à désigner un produit, autre qu'agricole, forestier, alimentaire ou de la mer, qui en est originaire et qui possède une qualité déterminée, une réputation ou d'autres caractéristiques qui peuvent être attribuées essentiellement à cette origine géographique. Les conditions de production ou de transformation de ce produit, telles que la découpe, l'extraction ou la fabrication, respectent un cahier des charges homologué.

العناصر الأساسية للتعريف الوارد في اتفاقية التريبس واتفاق لشبونة كالمشرع الأوكراني والهندي.

### ثانياً مفهوم المؤشرات الجغرافية في المعاهدات الدولية

اهتمت الهيئات الدولية بحماية الملكية الصناعية منذ وقت طويل، فأبرمت المعاهدات والاتفاقيات لحماية هذه الحقوق. وقد تناول عدد من هذه المعاهدات الدولية، بشكل جزئي أو كلي، موضوع حماية المؤشرات الجغرافية، وذلك على النحو التالي:

## - اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية 1883<sup>1</sup>:

تُطبق اتفاقية باريس على الملكية الصناعية بأوسع مفاهيمها<sup>2</sup>، فتشمل براءات الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم أو النماذج الصناعية والعلامات الصناعية أو التجارية وعلامات الخدمة والاسم التجاري والبيانات الخاصة بمصدر البضائع أو تسميات المنشأ وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة م/1 من الاتفاقية.

---

<sup>1</sup> أبرمت اتفاقية باريس سنة 1883 وتم تنقيحها في بروكسل سنة 1900، وفي واشنطن سنة 1911، وفي لاهاي سنة 1925، وفي لندن سنة 1934، وفي لشبونة سنة 1958، وفي استوكهولم سنة 1967، وعدلت سنة 1979. وقد انضمت مصر إلى هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم 165 لسنة 1950 بشأن الموافقة على الاتفاقات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية بتاريخ 2-10-1950، وبموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 1580 لسنة 1974 بشأن الموافقة على انضمام جمهورية مصر العربية إلى اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية الموقعة في 20 مارس سنة 1883 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 12 في 20 مارس 1975. ولمزيد من التفصيل حول الاتفاقية، راجع موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية على الرابط التالي:

[https://www.wipo.int/treaties/ar/ip/paris/summary\\_paris.html](https://www.wipo.int/treaties/ar/ip/paris/summary_paris.html)

<sup>2</sup> فلا يقتصر تطبيقها على الصناعة والتجارة بمعناها الحرفي وإنما تطبق كذلك على الصناعات الزراعية والاستخراجية وعلى جميع المنتجات المصنعة أو الطبيعية مثل الأنبذة والحبوب وأوراق التبغ والفواكه والمواشي والمعادن والمياه المعدنية والبيرة والزهور والدقيق م/3 من الاتفاقية .

وبالرغم من تنظيم اتفاقية باريس لبيان المصدر Indications of source أو تسمية المنشأ Appellations of origin ومنحهما الحماية القانونية من كل ادعاء غير مطابق للحقيقة<sup>1</sup>، إلا أنها تجاهلت وضع تعريف محدد لماهيتهما.

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال م1/10 من الاتفاقية تسري أحكام المادة السابقة في حالة الاستعمال المباشر أو غير المباشر لبيان غير مطابق للحقيقة يتعلق بمصدر المنتجات أو شخصية المنتج أو الصانع أو التاجر . وكذلك م 10 مكرر 2 / 3 " يجب أن يمنع على وجه الخصوص ما يلي:..البيانات والادعاءات التي يكون في استعمالها عند مزاوله التجارة تضليل الجمهور بالنسبة لطبيعة المنتجات أو طريقة صنعها أو خواصها أو قابلية استخدامها أو مقدارها ...".

- معاهد مدريد الخاصة بقمع بيانات المصدر غير المطابقة للحقيقة الموضوعة  
على البضائع 1981<sup>1</sup>

ينص هذا الاتفاق على أن كل السلع التي تحمل بيانا زائفا أو مضللا للمصدر، يشار فيه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى أن أحد الدول المتعاقدة أو أي مكان فيه هو البلد أو المكان الأصلي لها، يجب حجزها عند الاستيراد أو حظر استيرادها أو اتخاذ التدابير والعقوبات الأخرى في ذلك الشأن. وينص أيضا على الحالات التي يجوز فيها طلب الحجز وتنفيذه وعلى الطريقة المتبعة في ذلك. ويحظر استخدام كل بيانات الدعاية التي قد تخدع الجمهور فيما يخص مصدر

---

<sup>1</sup> جدير بالذكر أن الترجمة الرسمية في الوثائق الدولية هي اتفاق مدريد بشأن قمع بيانات مصدر السلع الزائفة أو المضللة

Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications  
.of Source on Goods

وقد أبرم الاتفاق سنة 1891 وتم تنقيحه في واشنطن سنة 1911، وفي لاهاي سنة 1925، وفي لندن سنة 1934، وفي لشبونة سنة 1958، وفي استوكهولم سنة 1967. وقد انضمت مصر إلى هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم 165 لسنة 1950 سالف الذكر. وبموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 1584 لسنة 1974 انضمت مصر إلى تعديل لشبونة في 31 أكتوبر سنة 1958 والعقد الإضافي المكمل لها والموقع في استوكهولم في 14 يوليو سنة 1967 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 13 في 27 مارس 1975.

السلع عند بيعها أو عرضها للبيع. وتختص محاكم كل دولة متعاقدة بالبت في مسألة التسميات التي لا تخضع لأحكام الاتفاق<sup>1</sup>.

وعلى غرار اتفاقية باريس تجاهلت معاهدة مدريد وضع تعريف محدد لماهية بيانات المصدر المشمولة بالحماية. إلا أنه يمكننا تعريف بيانات المصدر من خلال صياغة نص المادة 1/1 سالف الذكر بأنها " كل عبارة أو إشارة تستعمل للدلالة على بلد ما، أو إلى منطقة ما في ذلك البلد، باعتبارها المنشأ للمنتج. ومن ثم، يتعلق بيان المصدر بالأصل الجغرافي للمنتج وليس بجودته أو أية خصائص أخرى<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 1 من الاتفاقية على أن " كل منتج يحمل بيانا غير مطابق للحقيقة ومضلل تذكر فيه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة دولة من الدول التي تسري عليها هذه المعاهدة أو جهة ما واقعة في إحداها على أنها دولة أو جهة المصدر، يحجز عند الاستيراد في كل من الدول المذكورة. 2 ويوقع الحجز أيضاً في الدولة التي وضع فيها بيان المصدر غير المطابق للحقيقة أو المضلل وفي الدولة التي أدخل فيها الناتج الذي يحمل هذا البيان. وللاطلاع على نص الاتفاقية، راجع الرابط التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/333315>

2WIPO, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Possible Solutions for Conflicts between Trademarks and Geographical Indications and for Conflicts between Homonymous Geographical Indications, Sixth Session Geneva,



- اتفاق لشبونة بشأن حماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصعيد الدولي  
1958<sup>1</sup>

ينص اتفاق لشبونة على حماية تسميات المنشأ، وعرفت المادة الثانية من هذا الاتفاق كل من تسمية المنشأ وبلد المنشأ، فنصت على أن " 1- تعني تسمية المنشأ، طبقاً لهذا الاتفاق، التسمية الجغرافية لأي بلد أو إقليم أو جهة، التي تستخدم للدلالة على أحد المنتجات الناشئة في هذا البلد أو الإقليم أو الجهة، والتي تعود جودته أو خصائصه كلية أو أساساً إلى البيئة الجغرافية، بما في ذلك العوامل الطبيعية والبشرية. 2- بلد المنشأ هو البلد الذي يمثل اسمه تسمية المنشأ التي

---

March 12 to 16, 2001, p5. Available at: [https://www.wipo.int/sct/en/sct\\_6/sct\\_6\\_3.pdf](https://www.wipo.int/sct/en/sct_6/sct_6_3.pdf)

<sup>1</sup> وقد تم تعديله في في 28 سبتمبر 1979. وللاطلاع على نصوص الاتفاق، راجع الرابط التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/401904>

وراجع كذلك: التعليمات الإدارية لتطبيق اتفاق لشبونة 2010، واللائحة التنفيذية لاتفاق لشبونة بشأن حماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصعيد الدولي 2016 متاح على الرابط التالي:

[/https://www.wipo.int/treaties/ar/registration/lisbon](https://www.wipo.int/treaties/ar/registration/lisbon)

اشتهر بها المنتج، أو هو البلد الذي يقع فيه الإقليم أو الجهة التي يمثل اسمها تسمية المنشأ التي اشتهر بها المنتج"<sup>1</sup>.

3 - اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية التريبس<sup>2</sup>

<sup>2</sup>“appellation of origin” is “the geographical denomination of a country, region, or locality, which serves to designate a product originating therein, the quality or characteristics of which are due exclusively or essentially to the geographical environment, including natural and human factors”. and “country of origin” is “the country whose name, or the country in which is situated the region or locality whose name, constitutes the appellation of origin that has given the product its reputation”.

<sup>2</sup> ويُشار إليها بالإنجليزية TRIPS اختصارًا لـ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

<sup>3</sup> تُعد هذه الاتفاقية من أهم الاتفاقيات - والبالغ عددها 28 اتفاقية دولية تضمنتها الوثيقة الختامية- التي أسفرت عنها نتائج مفاوضات جولة أوروغواي. وقد انضمت مصر إلى اتفاقية مراكش بالمملكة المغربية بتاريخ 1994/4/15 بإنشاء منظمة التجارة العالمية والاتفاقات التي تضمنتها الوثيقة الختامية المتضمنة نتائج جولة أوروغواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 72 لسنة 1995. والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 24 تابع، بتاريخ 15-6-1995. ولمزيد من التفصيل حول اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية التريبس، راجع: د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية اتفاقية التريبس، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 109 وما بعدها؛ د/ جلال وفاء محيين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية

تتميز اتفاقية التريس بأنها لم تقتصر على معالجة فرعاً واحداً من فروع الملكية الفكرية، بل تناولت غالبية فروعها<sup>1</sup>، ومن ضمن هذه الأخيرة المؤشرات الجغرافية؛ ذلك المصطلح الذي ورد لأول مرة وبصورة صريحة- بدلاً من مصطلح تسميات المنشأ- في هذه الاتفاقية. فنصت المادة 1/22 منها على أنه " في هذه الاتفاقية تعتبر المؤشرات الجغرافية هي المؤشرات التي تحدد منشأ سلعة ما في أراضي بلد عضو، أو في منطقة أو موقع في تلك الأراضي، حين تكون النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلعة راجعة بصورة أساسية إلى منشأها الجغرافي"<sup>2</sup>.

---

الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية التريس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص13 وما بعدها؛ د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص4 وما بعدها.

<sup>1</sup> جدير بالذكر أن اتفاقية التريس لم تنسخ أحكام الاتفاقيات الدولية الرئيسية التي سبق إبرامها في مختلف مجالات الملكية الفكرية ، بل شملت واستغرقت وطورت أحكام هذه الاتفاقيات . وقد أحالت اتفاقية التريس إلى القواعد الموضوعية التي قررتها الاتفاقيات الدولية الرئيسية المبرمة من قبل في شأن حقوق الملكية الفكرية، وألزمت الدول الأعضاء بمراعاة أحكامها ومنها على سبيل المثال: المواد من 1 إلى 12 والمادة 19 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الفكرية الصناعية وفقاً لتعديل استكهولم 1967 المادة 1/2 من اتفاقية التريس. راجع: د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، المرجع السابق، ص129 وما بعدها.

<sup>1</sup>Geographical indications are defined, for the purposes of the Agreement, as indications which identify a good as originating in the territory of a Member, or a region or locality in that territory, where a

وقد أفردت الاتفاقية قسمًا مستقلاً - وهو القسم الثالث من الجزء الثاني-  
لمعالجة موضوع الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية وذلك بالمواد 22 إلى 24  
منها.

- وثيقة جنيف لاتفاق لشبونة بشأن تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية  
2015<sup>1</sup>

---

given quality, reputation or other characteristic of the good is essentially  
attributable to its geographical origin

<sup>1</sup> اعتمد هذه الوثيقة المؤتمر الدبلوماسي في جنيف في 20 مايو 2015 وذلك بناءً على قرار  
الجمعية العامة لليوبو في أكتوبر 2013، والذي تم عقده في الفترة من 11-21 مايو 2015.  
وقد دخلت هذه الوثيقة حيز النفاذ في 26 فبراير 2020 بانضمام خمس أطراف؛ حيث تنص  
المادة 2/29 من هذه الوثيقة على أن " تدخل هذه الوثيقة حيز النفاذ بعد أن تودع خمسة أطراف  
مؤهلة وفقاً للمادة 28 وثائق تصديقها أو انضمامها بثلاثة أشهر". ويبلغ عددهم حالياً 6 أطراف،  
وهم: ألبانيا وساموا والاتحاد الأوروبي وكوريا وكمبوديا وكوت ديفوار. وللاطلاع على نصوص  
الوثيقة راجع الرابط التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/372957>

وراجع كذلك اللائحة التنفيذية لوثيقة جنيف 2015، واللائحة التنفيذية المشتركة لاتفاق لشبونة  
بشأن حماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصعيد الدولي ووثيقة جنيف لاتفاق لشبونة بشأن  
تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية والمعتمدة في أكتوبر 2018. متاح على الرابط التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/505192>

&<https://wipolex.wipo.int/ar/text/372975>

اعتمدت وثيقة جنيف لاتفاق لشبونة بشأن تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية في جنيف 20 مايو 2015 وذلك لضمان تمكين أصحاب تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية من إيداع طلب واحد، ودفع مجموعة واحدة من الرسوم للحصول على الحماية في دول متعددة<sup>1</sup>.

وقد نصت المادة الثانية من هذا الاتفاق على أن " 1- أية تسمية محمية في طرف المنشأ المتعاقد وتتألف من اسم منطقة جغرافية أو تشتمل عليه، أو تتألف من أية تسمية أخرى يُعرف أنها تشير إلى تلك المنطقة أو تشتمل عليها، وتُستخدم لتعيين سلعة ما بمنشئها في تلك المنطقة الجغرافية حيث تعود نوعيتها أو خصائصها كلياً أو أساساً إلى البيئة الجغرافية، بما في ذلك العوامل الطبيعية والبشرية، التي أكسبت السلعة شهرتها. 2- وأي مؤشر محمي في طرف المنشأ المتعاقد ويتألف من اسم منطقة جغرافية أو يشتمل عليه، أو يتألف من أي مؤشر آخر يُعرف أنه يشير إلى تلك المنطقة أو يشتمل عليه، ويحدد سلعة ما بمنشئها حيث تعود نوعية السلعة أو شهرتها أو سماتها الأخرى أساساً إلى منشئها الجغرافي. ويجوز أن تتألف منطقة المنشأ الجغرافية كما ورد وصفها في الفقرة 1

---

<sup>1</sup> لمزيد من التفاصيل، راجع : المنظمة العلمية للملكية الفكرية، الأحكام والمزايا الرئيسية لوثيقة جنيف لاتفاق لشبونة، 2015، متاح على الرابط التالي:

<https://www.wipo.int/export/streaties/ar/registration/lisbon/mainprovisions.pdf>

من أراضي طرف المنشأ المتعاقد بأكملها أو من منطقة أو جهة أو مكان في أراضي طرف المنشأ المتعاقد. ولا يستتعي ذلك تطبيق هذه الوثيقة على منطقة المنشأ الجغرافية كما ورد وصفها في الفقرة 1 والتي تتألف من منطقة جغرافية عابرة للحدود، أو جزء منها.

## ثالثاً مفهوم المؤشرات الجغرافية في الفقه والقضاء

على صعيد الفقه، فقد تعددت التعريفات التي ذُكرت بشأن المؤشرات الجغرافية، وهي وإن اختلفت في ألفاظها إلا أن مدلولها واحد، وذلك على النحو التالي:

ذهب البعض إلى تعريف المؤشرات الجغرافية بأنها علامات إرشادية تستخدم على البضائع ذات الأصل الجغرافي المحدد وتمتلك صفات تنسب بشكل خاص إلى المكان المحدد الذي نشأت منه<sup>1</sup>. وذهب البعض الآخر إلى تعريفها بأنها أحد أشكال العلامات الوقائية المستخدمة للإشارة إلى منشأ المنتجات الغذائية والكحولية<sup>2</sup>. بينما ذهب بعض الفقه إلى تعريفها بأنها آليات للملكية الفكرية تنطبق

---

<sup>1</sup>Parwar, A., Importance of Geographical Indication in the Growing IPR World, 2009. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1444419> last visited: 15-3-2020 & Monteverde,P., Enforcement of geographical indications, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2012, Vol. 7, No. 4, p291.

<sup>2</sup>Williams,R.M, "Do geographical indications promote sustainable rural development? Two UK case studies and implications for New Zealand rural development policy, Master's Thesis, Lincoln University, 2007, p1. Available at: [https://www.researchgate.net/publication/237547703\\_rural\\_development](https://www.researchgate.net/publication/237547703_rural_development) last visited: 10-4-2020

على السلع والخدمات التي تتميز بالمكان الذي نشأت فيه -سواء جمعت أو أنتجت أو صنعت- وتتضمن الخصائص البيئية والتاريخية والاجتماعية والثقافية لهذا المكان<sup>1</sup>. ويرى البعض الآخر بأن المؤشرات الجغرافية هي أشكالاً من المقاومة ضد السلع والخدمات مجهولة المصدر، من خلال ربط الإنتاج بالجوانب الاجتماعية والثقافية والبيئية لأماكن معينة<sup>2</sup>. وعرفها البعض الآخر بأنها شكل من أشكال الملكية الفكرية، حيث يرتبط الاسم مع مكان منشأ المنتج أو تصنيعه فضلاً عن سمعة محددة للجودة أو الأصالة<sup>3</sup>. وعرفها البعض الآخر بأنها أسماء قائمة على الأماكن كالشمبانيا والريكفورد، تنقل الأصل الجغرافي ، وكذلك الهوية الثقافية والتاريخية، للمنتجات<sup>4</sup>. وعرفها البعض الآخر بأنها أسماء تُستخدم لتحديد وتسويق

---

<sup>1</sup> p315. , Op.Cit,Medeiros,M., Passador,C.S. and PassadorJ.L.

Mancini, M.C.<sup>2</sup>Geographical Indications in Latin America Value Chains: A “branding from below” strategy or a mechanism excluding the poorest? p296. Available at: Vol.32, 2013, Journal of Rural Studies, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0743016713000600> last visited: 21-1-2020

<sup>3</sup>Yeung ,M.T. and Kaplan D.M., Encyclopedia of Food and Agricultural p3. 2019, Ethics. “Geographic Indications”, Springer Dordrecht,

<sup>4</sup>and Zapata,A.Z., Geographical indications, terroir, and Bowen,S. socioeconomic and ecological sustainability: The case of tequila, Journal of Rural Studies, Vol 25, No. 1, January 2009, p109.



المنتجات الزراعية الطبيعية والمواد الغذائية والنبيد والمشروبات الروحية، وكذلك المنتجات التقليدية الأخرى مثل الحرف اليدوية، وهي متجذرة بعمق في بيئة جغرافية وثقافية معينة، وتعتمد الصفات والخصائص الفريدة لهذه المنتجات بشكل أساسي على أصلها الجغرافي بحكم المناخ وتكوين التربة والعوامل البشرية وغيرها<sup>1</sup>. وأطلق بعض الفقه<sup>2</sup> على هذا النوع من حقوق الملكية الصناعية مصطلح " مسميات بلد الإنتاج" وعرفها بأنها " التسمية الجغرافية التي تطلق على المنتجات والمستمدة من مكان زراعة أو صناعة المنتجات، حيث تستمد المنتجات خصائصها التي تميزها عن مثيلاتها من الظروف الجغرافية مثل التربة والشمس والمناخ وتقاليد الصناعة في إقليم معين".

وأما عن موقف القضاء من تعريف المؤشرات الجغرافية، فقد عرفت محكمة القضاء الإداري المؤشرات الجغرافية في أحد أحكامها بأنها " المؤشرات التي من شأنها أن تحدد منشأ المنتج في دولة أو منطقة أو جهة أو بلد ما متى كانت نوعية المنتج أو صفته أو سمعته أو شهرته أو سماته الأخرى أسباب طبيعية أو مهارات

---

<sup>1</sup>OriGIn, Practical Manual on Geographical Indications for ACP Countries, Switzerland, 2011, p2. Available at: [https://www.origin-gi.com/images/stories/PDFs/English/OriGIn\\_publications.pdf](https://www.origin-gi.com/images/stories/PDFs/English/OriGIn_publications.pdf)

<sup>2</sup> د/ محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 31.

بشرية والتي تؤثر في ترويج المنتج تعود بصورة أساسية لذلك المنشأ الجغرافي، ومن أمثلة المؤشرات الجغرافية القطن المصري، والبن البرازيلي، الشاي السيلاني<sup>1</sup>.

وجدير بالذكر أنه في عام 2001، قامت الأمانة العامة لمنظمة التجارة العالمية بدراسة مسحية للقوانين الوطنية للدول الأعضاء بالمنظمة، ووجدت 23 مصطلحًا مختلفًا مستخدمًا للدلالة على الأصل الجغرافي للمنتجات، ولهذا تبنت مصطلح مؤشرات المنشأ الجغرافي Indications of Geographical Origin كمصطلح مشترك لهذه المجموعة الكبيرة والمتنوعة من التعبيرات في القوانين الوطنية<sup>2</sup>. وقد تبنت بالفعل بعض القوانين هذه التسمية كدولة صربيا في قانون مؤشرات المنشأ الجغرافي رقم 18 لسنة 2010<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 43074 لسنة 62 ق، بتاريخ 2-7-2012.  
1 WTO Secretariat , in ‘Review under Article 24.2 of the application of the provisions of the section of the TRIPS Agreement on geographical indications, IP/C/W/253. Summary of the responses to the checklist of questions IP/C/13 and Add.1’ , April 2001, available at:  
[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-)

<sup>3</sup> متاح على الرابط التالي: [http://www.zis.gov.rs/upload/documents/igo\\_law.pdf](http://www.zis.gov.rs/upload/documents/igo_law.pdf)

فطبقاً لنص المادة 2/2 من القانون المذكور، تشمل مؤشرات المنشأ الجغرافي تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية معاً.

---

Indications of geographical origin shall be appellation of origin and geographical indications.

## الفرع الثاني

### خصائص المؤشرات الجغرافية وأهميتها

نتناول أولاً خصائص المؤشرات الجغرافية، ثم نُسلط الضوء ثانياً على

أهميتها. وذلك على النحو التالي:

#### أولاً خصائص المؤشرات الجغرافية

تتمتع المؤشرات الجغرافية بالعديد من الخصائص التي تميزها، ولعل أهمها

ما يلي:

**1- إقليمية المؤشرات الجغرافية<sup>1</sup>:** إن المؤشرات الجغرافية محكومة بمبدأ الإقليمية territoriality principle شأنه في ذلك شأن جميع حقوق الملكية الفكرية الأخرى. وبالتالي، عندما يتم الحصول على الحماية القانونية لمؤشر جغرافي معين في دولة ما طبقاً للقوانين المعمول بها، فإنه في هذا الحالة محمي في هذه الدولة فقط دون غيرها<sup>2</sup>. ويواجه المؤشر الجغرافي المخاطر المرتبطة بعدم الاعتراف به في الدول

---

<sup>1</sup>WIPO, Geographical Indications and the Territoriality Principle, 2002,

Available at: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct\\_9/sct\\_9\\_5.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_5.pdf)

<sup>2</sup> ومن الأمثلة البارزة هنا هي تسمية الفودكا الروسية المحمية في روسيا وبيلاروسيا باعتبارها مؤشراً جغرافياً ولكن في دولتها المجاورة لاتفياً تُعتبر كاسم عام، لأن المحاكم اللاتفية أثبتت أنها تشير إلى أمة، أي الروس ، وليس إلى الأصل الجغرافي، أي روسيا. راجع:

الأخرى وعدم حمايته. ولهذا، يمكن حماية المؤشر الجغرافي في الخارج - وذلك بعد حمايته في بلد المنشأ كشرط أساسي للحصول على الحماية في الخارج- من خلال الحصول على الحماية المباشرة في النظام القانوني المعني، أو عبر إبرام الاتفاقيات الثنائية أو الإقليمية بين الدول أو عن طريق أنظمة التسجيل الدولية كنظام لشبونة ونظام مدريد.

**2- نسبية المؤشرات الجغرافية:** يقتصر نطاق الحماية فقط على السلع - أو الخدمات إن كان التشريع المطبق يسمح بحمايتها- التي تُغطيها المؤشرات الجغرافية المسجلة وكذلك السلع أو الخدمات المماثلة، وذلك دون غيرها من المنتجات الأخرى، ويستثني مما سبق المؤشرات الجغرافية المشهورة عالمياً. وبعبارة أخرى، إن حق المنتجين في منطقة جغرافية معينة على المؤشر الجغرافي المسجل هو حق نسبي يتعلق بالسلع المماثلة فقط، وليس حقاً مطلقاً.

**3- عدم قابلية الحق على المؤشر الجغرافي للتصرف:** الحق على المؤشر الجغرافي المسجل ليس محلاً للتنازل أو النقل أو الترخيص أو الامتياز أو الرهن أو أي اتفاق آخر من هذا القبيل، وهذه الخاصية تتفق مع طبيعة المؤشرات الجغرافية

---

Mantrov, V., EU Law on Indications of Geographical Origin "Theory and Practice", Springer International Publishing, Switzerland, 2014, p59.

من حيث كونها لا تمنح حقًا خاصًا واستثنائيًا لشخص بعينه دون غيره، ويمكنه بالتبعية التصرف فيه بأي صورة من صور التصرف.

4- المؤشرات الجغرافية هي حق جماعي: خلافا لحقوق الملكية الصناعية الأخرى التي يتم إعطاؤها للفرد، تمنح المؤشرات الجغرافية لكل المنتجين التابعين لمنطقة معينة والذين يمثلون للضوابط المحددة الحق في استخدام المؤشر الجغرافي وذلك بعد التقدم بطلب للحصول على ترخيص باستخدامه من السلطة المختصة. فلا تمنح المؤشرات الجغرافية الحق الحصري لمنتج دون غيره من المنتجين في ذات المنطقة والذين يمثلون لشروط الاستخدام المنصوص عليها.

5- عملية تسجيل المؤشرات الجغرافية اختيارية وليست إجبارية وإن كان من الأفضل تسجيلها - وهذا ما تأخذ به غالبية القوانين<sup>1</sup> - وذلك للحصول على الحماية القانونية المقررة لها في حالة وقوع أي اعتداء عليها.

6- لا يسقط الحق بمرور الزمن بخصوص المؤشر الجغرافي. وعلى هذا الأساس لا يمكن لأي شخص غير مرخص له استعمالها بزعم سقوطها ضمن الملك العام. فالمؤشر الجغرافي المسجل محمي بدون أية قيود زمنية. وهذا يعني أن الحماية ستظل صالحة بدون الحاجة إلى التجديد، ما لم يتم إلغاء تسجيله. وعلى الرغم من

---

<sup>1</sup> انظر لاحقًا ص 41 وما بعدها.

أن الحماية الأبدية للمؤشر الجغرافي هي الأصل العام وهي التي تتفق مع مفهوم المؤشر الجغرافي، إلا أن بعض القوانين تنص على حماية مؤقتة للمؤشرات الجغرافية، والتي ما تكون في الغالب مدة عشر سنوات، يمكن تجديدها بعد ذلك<sup>1</sup>

6- المؤشرات الجغرافية لا تتعلق بالخدمات<sup>2</sup> - في الوقت الحالي - بل تستعمل فقط في تمييز السلع التي تُنتج في منطقة جغرافية محددة. فعلى الرغم من أنه من المتصور استخدام المؤشرات الجغرافية للخدمات، إلا أن هذا النطاق الواسع لتطبيق المؤشرات الجغرافية غير منصوص عليه في الوقت الحالي في الاتفاقات الدولية التي تديرها الويبو أو في اتفاقية التريبس. إلا أنه لا يوجد في الأخيرة ما يمنع الأعضاء من تجاوز الحد الأدنى من الالتزامات المنصوص عليها في القسم 3

---

<sup>1</sup> انظر لاحقاً ص 65 وما بعدها.

<sup>2</sup>See: WTO, Review under article 24.2 of the application of the provisions of the section of the TRIPS agreement on geographical indications: Summary of the responses to the checklist of questions, IP/C/13 and Add.1, 4 April 2001. Available at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-True&HasSpanishRecord=True&Mantrov,V., EU Law on Indications of Geographical Origin "Theory and Practice", Op.Cit, p56.](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-True&HasSpanishRecord=True&Mantrov,V.,%20EU%20Law%20on%20Indications%20of%20Geographical%20Origin%20%20%20Theory%20and%20Practice%20%20Op.Cit,%20p56)

وبالتالي إدراج الخدمات في تشريعاتهم الوطنية<sup>1</sup>. ويمكن تفسير هذا التردد -سواء على المستوى الدولي أو الداخلي- لأسباب تاريخية تتعلق بنشأة المؤشرات الجغرافية وارتباطها بالسلع دون الخدمات، وكذلك أسباب عملية تتمثل في أن المؤشرات الجغرافية تُطبق على الخدمات في ظروف خاصة ومحددة. فعلى سبيل المثال، في حالة الخدمات الفندقية أو المراكز التجارية، فمن الشائع جدًا أن تدرج في التسميات إشارة إلى مكان معين حيث يقع هذا الفندق أو المركز التجاري.

وقد قامت بعض الدول بالفعل بحماية الخدمات كمؤشرات جغرافية، كما هو الحال في دول ليشتنشتاين وبيرو وسويسرا ولاتفيا وألمانيا والبرازيل. بل إن بعض الدول نصت صراحة في عنوان القانون على الخدمات، كقانون المؤشرات الجغرافية وتسميات المنشأ للمنتجات والخدمات الكرواتي رقم 173 لسنة 2003؛ كما نصت المادة 1/1 من القانون المذكور على أنه ينظم طريقة الاستحواذ، ونظام الحماية وممارسة الحق في استخدام المؤشر الجغرافي وتسمية منشأ المنتجات

---

1UNCTAD-ICTSD, Resource book on TRIPS and development, Cambridge University Press, New York,2005,p 289. Available at: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2005d1\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2005d1_en.pdf)



والخدمات<sup>1</sup>. ويأتي أحد الأمثلة البارزة للمؤشرات الجغرافية ذات الجودة العالية المسجلة فيما يتعلق بالخدمات من البرازيل حيث أُعلن في 27 نوفمبر 2012 أن المؤشر الجغرافي Porto Digital قد تم تسجيله لتكنولوجيا المعلومات المتوفرة في مدينة ريسيفي Recife بالبرازيل<sup>2</sup>.

ويرى الباحث بأن التطور المستمر في قوانين المؤشرات الجغرافية، سيؤدي في النهاية إلى قبول وتبني فكرة امتداد المؤشرات الجغرافية لتشمل الخدمات في قطاعات متعددة كالفنادق، والخدمات المصرفية والمالية، والصحة والعلاج. فإدراج الخدمات في أنظمة المؤشرات الجغرافية الوطنية أمر غير مفاجئ من ناحية، حيث تتمتع الخدمات المصرفية السويسرية بسمعة دولية. ويبدو أن السمعة أساس مستقل لإشباع الصلة بالأصل في إطار اتفاقية التريبس واليوم يتم التعرف على العوامل البشرية إلى جانب العوامل الجغرافية الطبيعية.

---

<sup>1</sup>This Act regulates the manner of acquisition, the system of protection and the exercise of the right to use a geographical indication and a designation of origin of products and services".

<sup>2</sup>Fazio,S., Brazilian Commercial Law: A Practical Guide, 2<sup>ed</sup>, Kluwer Law International, USA, 2015, p432.

وراجع أيضًا موقع المعهد الوطني للملكية الصناعية البرازيلي The National Institute of INPI –Industrial Property على الرابط التالي:

<http://www.inpi.gov.br/english#s>

## ثانيًا أهمية المؤشرات الجغرافية

### 1- حماية المنتجين والمستهلكين: عبرت محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي

عن هذا الأمر " بأن حماية المؤشرات الجغرافية تهدف إلى حماية المنتجين<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> وفقًا لدراسة نشرتها المفوضية الأوروبية ، بلغت قيمة المبيعات العالمية المقدرة للمنتجات المحمية بالمؤشرات الجغرافية في الاتحاد الأوروبي في عام 2010 نحو 54.3 مليار يورو ويقدر أن المنتجات المحمية بالمؤشرات الجغرافية في الاتحاد الأوروبي تُباع في المتوسط بسعر أعلى بمقدار 2.23 مرة من سعر منتج مماثل غير محمي بمؤشر جغرافي. ولذلك إن خطر إساءة استخدام المؤشر الجغرافي مرتفع لأنه يوجد حافز للآخرين لاستعماله على منتجاتهم، وعليه من الضروري حماية المؤشرات الجغرافية من خلال منح المنتجين الذين يحق لهم استخدام اسم جغرافي معين الحق في استبعاد منتجين آخرين من استخدامه على منتجاتهم. راجع:

AND International and European Commission, Value of production of agricultural products and foodstuffs, wines, aromatised wines and spirits protected by a geographical indication GI, October 2012, pp.16–20.

Available at: [https://op.europa.eu/en/publication-detail/-](https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/131c84a8-3c1f)

/publication/131c84a8-3c1f last visited: 11-4-2020

ولمزيد من التفاصيل حول المقارنة بين أسعار السلع المحمية بمؤشر جغرافي مع السلع الأخرى المماثلة ولكنها غير محمية بمؤشرات جغرافية، راجع:

Giovanucci,D., Josling,T., Kerr,W., Connor,B. and Yeung,M.T., Guide to Geographical Indications linking products and their origins, International Trade Centre,Geneva,2009, pp.29–30.

والمستهلكين<sup>1</sup> معًا. فالمؤشرات الجغرافية تصف دائمًا -وعلى الأقل - منتجًا يأتي من منطقة جغرافية معينة. ومن ثم، ليس من الضروري ضمان حماية مصالح المنتجين المعنيين من المنافسة غير العادلة فقط، بل وحماية المستهلكين أيضًا من المعلومات التي قد تضللهم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أظهرت إحدى الدراسات السويسرية أن المستهلكين يهتمون كثيرًا بالأصل الجغرافي للمنتجات وقت الشراء، فعند شراء النبيذ على سبيل المثال يمثل معيار المنشأ الجغرافي نسبة 45% من قرار الشراء، مقارنة بـ 25% للسعر، و11% لنظام التخمير، و10% لنوع العنب، و4% للملصق، و4% للمنتج، و1% لشكل الزجاجاة. راجع:

Olszak, N., Droit des appellations d'origine et des indications de provenance, Tec&Doc, Paris, 2001, p.5.

كما أنه وفقًا للدراسة التي أجراها الاتحاد الأوروبي للمستهلكين في عام 1999 والتي أشارت إليها المفوضية الأوروبية، فإن 40% من المستهلكين على استعداد لدفع زيادة 10% للمنتجات المضمونة المنشأ. وقد تم اختبار موقف المستهلكين تجاه السلع التي تشير إليها المؤشرات الجغرافية من خلال استطلاعات المستهلكين في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. وأظهرت دراسة المستهلكين التي أجريت في بلجيكا وفرنسا وألمانيا وإيطاليا وهولندا والبرتغال وإسبانيا وسويسرا والمملكة المتحدة أن المستهلكين يطالبون بمنتجات عالية الجودة وذات منشأ مضمون. كما أظهرت دراسة مماثلة أجريت في دولة لاتفيا، أن بلد المنشأ للسلع مهم لـ 61% من المستهلكين، أي أن ثلثي المستهلكين في لاتفيا ينتبهون إلى منشأ السلع التي يشترونها. راجع:

Mantrov, V., Op.Cit, p10.

1Case 12-74 Commission of the European Communities v the Federal Republic of Germany, European Court Reports 1975 -00181- Sect, para. 7. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

2- تعزيز التنمية الريفية: تلعب المؤشرات الجغرافية أهمية كبرى، فيما يتعلق بالتنمية الاجتماعية للمناطق الجغرافية محل الإنتاج بها خاصة إذا تعلق الأمر بمناطق نائية ومهمشة، حيث تضمن استقرار سكان تلك المنطقة، عن طريق توفير نشاط اقتصادي، يضمن دخلاً مناسباً. وبعبارة أخرى، تؤدي المؤشرات الجغرافية إلى عرقلة أو منع ظاهرة الهجرة الريفية؛ فنظرًا إلى العوائد التي يحصل عليها المنتجون في هذه المناطق - والتي هي حق خاص بهم دون سواهم - ومن ثم توفير حياة كريمة لهم، سيحدث في النهاية نوع من الاستقرار في هذه المناطق، ولن يفكر أبناءها في الهجرة منها، بل سيعملون على تنميتها وتطويرها؛ حيث تُشكل المؤشرات الجغرافية أداة لمنح قيمة مضافة للمنتجات المعنية بها، وتضمن لها تسويقاً أفضل بالمقارنة مع المنتجات المشابهة لها، مما يسمح لمنتجها بالحصول على دخل أفضل.

---

content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0012 & Gangjee, D.S, Geographical Indications and Cultural Heritage , WIPO Journal, Vol. 4,2012, pp. 92-102. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2187768> & DULIAN,F.P., Répertoire de droit européen "Appellations d'origine – Approche de la notion par la Cour de justice des Communautés européennes ", Novembre 2019, pp.15-17.

3- الحفاظ على المعارف التقليدية<sup>1</sup>: إن المنتجات المعرّفة بمؤشر جغرافي تتجم غالباً عن معارف تقليدية تتوارثها أجيال مجتمع ما في منطقة محددة. وبالمثل يمكن لبعض المنتجات المعرّفة بمؤشر جغرافي أن تتألف من عناصر يختص بها التراث الثقافي التقليدي في منطقة معينة، أي من "أشكال التعبير الثقافي التقليدي". وينطبق ذلك بوجه خاص على المنتجات الملموسة مثل الحرف اليدوية المصنوعة باستخدام موارد طبيعية والتي تتسم بمزايا مستمدة من منشئها الجغرافي. وعلى الرغم من أن المؤشرات الجغرافية لا تكفل حماية مباشرة للموضوعات المرتبطة عامة بالمعارف التقليدية أو أشكال التعبير الثقافي التقليدي والتي تظل مدرجة في الملك العام بموجب الأنظمة التقليدية للملكية الفكرية. إلا أنه يمكن للمؤشرات الجغرافية أن تُسهم إسهاماً غير مباشر في حماية هذه الموضوعات من خلال حفظها للأجيال المقبلة مثلاً. ويمكن تحقيق ذلك من خلال وصف معايير إنتاج المنتج

---

<sup>1</sup> المنظمة العالمية للملكية الفكرية ، المؤشرات الجغرافية: مقدمة، منشورات الويبو، 2018، ص19. متاح على الرابط التالي:

& [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/wipo\\_pub\\_952.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/wipo_pub_952.pdf)  
Dagne,T.W., Intellectual Property and Traditional Knowledge in the Global Economy: Translating Geographical Indications for Development, Routledge, USA, 2016, pp.24-30 & Downes, D., How intellectual property could be a tool to protect traditional knowledge, Columbia Journal of Environmental Law , Vol.25,No 5,2000, p268.

المعني بالمؤشر الجغرافي التي قد تشمل وصفاً للمعارف التقليدية المستخدمة. وهكذا تكافئ المؤشرات الجغرافية المنتجين الذين يستخدمون العمليات القائمة على المعرفة التقليدية، وبالتالي يشجعون بشكل غير مباشر على استمرار استخدام المعارف التقليدية المرتبطة بها والحفاظ عليها. وعليه، فالمعارف التقليدية على هذا النحو ليست محمية، بل استمرار وجودها فقط من خلال دور المؤشر الجغرافي في تمكين الأشخاص من ترجمة معارفهم الجماعية والتراثية القديمة إلى سُبل عيش ودخل. ولذلك من الأنسب النظر إلى المؤشرات الجغرافية كوسيلة للحفاظ على المعارف التقليدية بدلاً من حمايتها<sup>1</sup>.

وعلى الرغم مما سبق، يرى البعض أن تأثير المؤشرات الجغرافية على المعارف التقليدية غامض؛ حيث قد يؤثر المؤشر الجغرافي في بعض الحالات سلباً على المعارف التقليدية. فقد أثبتت استراتيجية تسويق المؤشرات الجغرافية نجاحاً كبيراً لدرجة أن الضغط لزيادة الإنتاج قد يؤدي في الواقع إلى تأثير سلبي على استخدام المعرفة التقليدية. فقد تعمل المؤشرات الجغرافية أيضاً في حالة المعارف التقليدية غير المكشوف عنها ضد الحفاظ على المعارف التقليدية؛ حيث تتطلب القوانين التي تتعامل مع مراقبة الجودة من المتقدمين لتسجيل مؤشر جغرافي ما

---

<sup>1</sup>Ragavan,S., Protection of Traditional Knowledge, Minnesota Intellectual Property Review , Vol 2, No.2, 2001, pp.3-9.

تقديم تفاصيل حول طبيعة وجودة المنتج وكيفية الحفاظ عليه. وحذروا من أن هذا قد يفرض في بعض الحالات الكشف عن المعارف التقليدية التي لم يتم الكشف عنها سابقاً<sup>1</sup>.

**4- المؤشرات الجغرافية هي أداة للتسويق:** إن الاستعمال السليم للمؤشرات الجغرافية يسمح بتحويل هذه الإمكانيات إلى منتجات قابلة للتسويق بالأسواق الدولية<sup>2</sup>؛ حيث يوجه المستهلكون اهتمامًا متزايدًا إلى الأصل الجغرافي للمنتجات التي يقومون بشرائها، وذلك على أساس أن هناك مزايا وخصائص في منتجات هذه

---

Gopalakrishnan,N.S., Nair,2P.S. and Babu,A.K., Exploring the relationship between geographical indications and traditional knowledge: An analysis of the legal tools for the protection of geographical indications in Asia. ICTSD Working Paper, 2007, P35 & United Nations Development Programme “UNDP” , Geographical indications as trade related intellectual property.UNDP discussion paper,2007, Available at <http://www.snapundp.org/elibrary/Publications/GeographicalIndications.pdf> last visited: 9-3-2020

<sup>2</sup> لمزيد من التفصيل حول دور المؤشرات الجغرافية في الترويج للمنتجات المحلية في الأسواق العالمية، راجع:

Bowen,S.,Geographical indications: Promoting local products in a global market , Ph.D thesis, Graduate School of the University of Wisconsin-Madison, USA, 2008, pp. 5-31. Available at: <https://search.proquest.com/docview/304450516?accountid=178282>

المناطق لا تتوافر في غيرها من ذات المنتجات الواردة من مناطق أخرى، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى أن وضع المؤشر الجغرافي على السلع يُعد بمثابة تمييز لها وأداة من أدوات تسويقها. بالإضافة إلى ذلك، يُصبح للدول السائرة في طريق النمو امتيازًا تنافسيًا بالقطاعات كثيفة العمالة كالزراعة والحرف اليدوية<sup>1</sup>.

**5- التنمية الاقتصادية<sup>2</sup>:** تؤثر المؤشرات الجغرافية بصورة ايجابية على القطاعات الاقتصادية الأخرى، الأمر الذي يعود بالنفع على الاقتصاد ككل. فعلى سبيل المثال تعمل المؤشرات الجغرافية على تعزيز السياحة؛ حيث تعمل المؤشرات الجغرافية على تعزيز سمعة المنتج، ليس فقط داخل البلد ولكن أيضًا في جميع أنحاء العالم بأسره، مما يجعل الأشخاص من مختلف المناطق قادرين على رؤية

---

<sup>1</sup> المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية، تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية، متاح على الرابط التالي:

<http://www.ompic.org.ma/ar/content/lbynt-ljgrfy-w-tsmyt-lmns>

<sup>2</sup> لمزيد من التفصيل ، راجع:

Wipo, the Economics of Intellectual Property: Suggestions for Further Research in Developing Countries and Countries with Economies in Transition, 2009, p110. Available at:

[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/economics/1012/wipo\\_pub\\_1012.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/economics/1012/wipo_pub_1012.pdf)



أصل هذه المنتجات. الأمر الذي يؤدي إلى نمو وتعزيز السياحة بصفة عامة، والسياحة البيئية بصفة خاصة.

وعليه، تُصبح المؤشرات الجغرافية محركًا لنمو السياحة البيئية من خلال تعزيز السياحة في المناطق الريفية حيث ينصب التركيز على الزراعة. فعلى سبيل المثال، تُعد صناعة النبيذ أقرب وأفضل الأمثلة على السياحة البيئية. فتُعد السياحة البيئية حول هذه المنتجات شريحة سريعة النمو في صناعة السياحة. ويشمل ذلك تجربة المنتج عن طريق أخذ عينات منه في المطاعم المحلية وساحات النبيذ، وزيارة مرافق الإنتاج، والمشاركة في المهرجانات، والبقاء في مصانع النبيذ المحلية. وحجر الأساس لهذه التجربة برمتها هو المنتج المحمي بواسطة مؤشر جغرافي. ومن أهم المؤشرات الجغرافية المعروفة في مجال النبيذ هي بوردو، وهي منطقة في فرنسا؛ حيث يقوم المنتجون في هذه المنطقة بالترويج لها من خلال إقامة جولات في مناطق الإنتاج، ومصانع النبيذ، وإمكانية أخذ عينات من أنواع مختلفة من النبيذ، وكذلك إقامة مهرجانات النبيذ، وخلق سوق متميزة تلبى احتياجات السوق المتخصصة للسياح المحبين للنبيذ<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nanayakkara,T., Role of Intellectual Property in Enhancing the Competitiveness of the Tourism Industry, p9. Available at: [https://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/tourism\\_ip.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/tourism_ip.pdf) last visited: 12-11-2019

**6- الحفاظ على التنوع البيولوجي Preservation of biodiversity:** إن الحفاظ على التنوع البيولوجي ليس هدفًا مباشرًا لحماية المؤشرات الجغرافية. ففي بعض الحالات، يمكن للمؤشر الجغرافي أن يعزز حفظ التنوع البيولوجي بشكل مباشر، حيث قد يتم الإنتاج من استخدام موارد طبيعية محددة. وبشكل غير مباشر، من خلال تصميم مدونة الممارسات التي تأخذ في الحسبان اعتبارات التنوع البيولوجي والتي يتم تدوينها في مواصفات المنتج. فعلى سبيل المثال، تضع المؤشرات الجغرافية حدودًا للإنتاج، الأمر الذي يؤثر بشكل إيجابي على استدامة الموارد الطبيعية وعلى الحفاظ على التنوع البيولوجي. كما أن تسويق الموارد يؤدي إلى زيادة في سعر المنتج المحصود مما يزيد من تقييم المجتمعات المحلية لمواردها. ومن خلال زيادة قيمة المورد، فإن المؤشر الجغرافي يزيد من قيمة الحفاظ على المورد. وتجدر الإشارة إلى أن المؤشرات الجغرافية قد تؤدي إلى زيادة كبيرة في الطلب على المنتج مما قد يضع ضغطًا على النظم البيئية الضعيفة. كما قد تؤدي المؤشرات الجغرافية كذلك إلى "التآكل الجيني" في تلك الحالات التي يكون فيها منتج المؤشرات الجغرافية مشتقًا من مورد معين مع استبعاد الأنواع الأخرى<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Graham,D., Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity, London, Earthscan Publications Ltd., USA, 2013, p. 85 et s & Wipo, Worldwide Symposium on Geographical Indications, 2011, WIPO Publication No.798E, P60. Available at:

وقد عدت لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/1151 بشأن خطط الجودة للمنتجات الزراعية والمواد الغذائية أهداف هذه اللائحة، والتي تتمثل في ضمان المنافسة العادلة للمزارعين والمنتجين للمنتجات الزراعية والمواد الغذائية التي لها خصائص وسمات مميزة، ومكافأة جهود المنتج - من خلال ضمان عائد عادل- لصنع منتجات متخصصة عالية الجودة والتي تتمثل ميزتها الرئيسية في وجود "رابط جوهري بين خصائص المنتج أو المواد الغذائية والأصل الجغرافي ، وتوفير المعلومات الموثوقة المتعلقة بهذه المنتجات للمستهلكين، وكذلك تعزيز احترام حقوق الملكية الفكرية ، والعمل على نزاهة وسلامة السوق الداخلية، والمساهمة في تحقيق أهداف سياسة التنمية الريفية<sup>1</sup>.

---

[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo\\_geo\\_lim\\_11\\_compilation.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo_geo_lim_11_compilation.pdf)

<sup>1</sup> راجع الفقرات 2 ، 4 ، 17 ، 18، 19، 26 من ديباجة لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/1151 وكذلك المادة 1 من ذات اللائحة.

## الفرع الثالث

### التمييز بين نظام المؤشرات الجغرافية وما يتشابه معها

إن الدور الذي تلعبه المؤشرات الجغرافية في تمييز البضائع يكاد يسبب خلطاً في ذهن المستهلك العادي إذا كان لا يملك المعلومات اللازمة لتمييز المؤشرات الجغرافية عن البيانات المشابهة لها، الأمر الذي يستدعي -بالضرورة- مقارنة تلك البيانات مع المؤشرات الجغرافية، وذلك على النحو التالي:

#### المؤشرات الجغرافية والعلامات التجارية<sup>1</sup>:

المؤشرات الجغرافية والعلامات التجارية هي علامات تعيّن مصادر السلع، وتنقل معلومات حول أصل السلعة بما يمكّن المستهلكين من التمييز بين السلع وفقاً لمصدرها والجودة المحددة التي يمثلها هذا الأصل. كما أن لهما قيمة تجارية، وكلاهما أحد فروع الملكية الصناعية المشمولة بالحماية القانونية<sup>2</sup>، وقد يحدث خلط

---

<sup>1</sup> طبقاً لنص المادة 1/63 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 " العلامة التجارية هي كل ما يميز منتجاً سلعة كان أو خدمة عن غيره...". وقد عرفت المادة 1/15 من اتفاقية التريس بأنها "تعتبر أي علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية. وتكون هذه العلامات، لاسيما الكلمات التي تشمل أسماء شخصية وحروفاً وأرقاماً وأشكالاً ومجموعات ألوان وأي مزيج من هذه العلامات، مؤهلة للتسجيل كعلامات تجارية"

<sup>2</sup>Connor, B.O., Op.Cit, p112.

بينهما في حالة تسجيل علامة تشتمل على مؤشر جغرافي. إلا أنه على الرغم من ذلك يظل هناك فارق كبير بينهما، وذلك على النحو التالي:

1- يُشير المؤشر الجغرافي إلى منتج معين ناشئ من منطقة معينة تمنحه مزايا وخصائص فريدة، بينما تشير العلامة التجارية إلى المنتجات أو الخدمات الخاصة بمشروع تجاري معين. وبعبارة أخرى، تقوم العلامات الجارية بإضفاء الطابع الشخصي من خلال نسبة المنتجات أو الخدمات لمشروع تجاري معين وتمييزه عن غيره من المشاريع التجارية الأخرى، بينما لا تقوم المؤشرات الجغرافية بهذه الوظيفة بل تقوم بتحديد الأصل الجغرافي للمنتج أو الخدمة وجودته الناشئة من هذا المكان.

2- تتألف العلامة التجارية - غالباً- من إشارة أو تسمية إبداعية أو مبتكرة لا علاقة لها بمكان نشأة المنتجات أو صنعها. بينما الاسم المستخدم كمؤشر جغرافي فيقترن باسم المنطقة الجغرافية أو برمز له علاقة بالمنطقة الجغرافية.

3- من حيث الملكية: العلامات التجارية مملوكة ملكية فردية للشخص - الطبيعي أو الاعتباري- الذي قام بتسجيلها. بينما المؤشرات الجغرافية مملوكة بشكل جماعي للمنتجين الذين لديهم الحق في استخدامها، بسبب تواجدهم في المنطقة الجغرافية ذات الصلة. وعليه، يحق لجميع المنتجين في منطقة جغرافية استخدام المؤشرات الجغرافية التي تُشير إلى هذه المنطقة دون غيرهم؛ فلا يجوز نقل المؤشر الجغرافي واستخدامه من قبل منتج خارج المنطقة، وهذا يعني أنه لا يمكن الترخيص

باستعمال المؤشرات الجغرافية. بيد أن الأمر على خلاف ذلك في العلامات التجارية؛ حيث ترتبط بمالكها لا بمكان بعينه، ومن ثم يحق له التنازل عن ملكيتها أو تقرير رهن عليها أو الترخيص للغير باستعمالها وذلك في حدود نصوص القانون.

4- تأتي العلامات التجارية نتيجة للإبداع البشري من جانب المشروع المالك لها. بينما المؤشرات الجغرافية، تتطوي على قدر أقل بكثير من الإبداع البشري، على الأقل من النوع الذي يسعى نظام الملكية الفكرية إلى مكافأته<sup>1</sup>. وبالتالي، لا يمكن القول إن الابتكار والروح الإبداعية هو ما يشجع المؤشرات الجغرافية، بل الحفاظ على العلاقة التي لا تتغير بين مكان المنشأ الجغرافي والمنتجات التي تستمد خصائصها الفريدة منه والحفاظ عليها<sup>2</sup>. ونتيجة لذلك، تُستمد سمعة العلامة التجارية من الأعمال التجارية، والدعاية، والترويج للشركة. في حين تُستمد سمعة

---

<sup>1</sup> يقوم نظام حماية الملكية الفكرية على نظام الحوافز. فيتم منح براءات الاختراع وحقوق النشر، والاحتكارات المؤقتة التي تمنحها، من أجل تشجيع اختراع منتجات وعمليات جديدة.

<sup>2</sup>Connor,B.O., Op.Cit, p113.

المؤشر الجغرافي من هبة الطبيعة والتراث الثقافي وفي بعض الأحيان نتيجة للعامل البشري<sup>1</sup>.

5- المؤشرات الجغرافية لا تتعلق - كأصل عام- بالخدمات، بل تستعمل فقط في تمييز المنتجات التي تنتج في منطقة جغرافية محددة. بينما العلامات التجارية قد تستخدم للتمييز بين المنتجات أو الخدمات.

6- لا يمكن تسجيل المؤشرات الجغرافية إلا إذا كانت السلع أو الخدمات تتميز بجودة أو سمعة أو خصائص أخرى راجعة بشكل أساسي إلى الأصل الجغرافي. بينما لا يُشترط لتسجيل العلامات التجارية توافر جودة معينة أو خصائص أخرى للسلع أو الخدمات التي ستوضع عليها. ونتيجة لهذا، تخضع المؤشرات الجغرافية لرقابة مستمرة للتأكد من توافر الجودة في السلع أو الخدمات المتعلقة بها، بينما لا يخضع مالك العلامة التجارية لرقابة على منتجاته التي تحمل العلامة المسجلة من جهة أخرى للتأكد من توافر جودة أو أية خصائص أخرى من عدمه.

---

1CORTE,A., The Conflict Between Trade Marks and Geographical Indications – The Budweiser Case in Portugal, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Hart Publishing, USA, 2005, p149.

## المؤشرات الجغرافية وتسميات المنشأ

تسميات المنشأ Appellations of Origin<sup>1</sup> هي نوع خاص من المؤشرات الجغرافية<sup>2</sup>. وتسمية المنشأ والمؤشر الجغرافي كلاهما يقتضي رابطاً نوعياً بين المنتج الذي يشير إليه ومكان منشأه. وكلاهما يبيّن للمستهلك منشأ المنتج الجغرافي ومزايا أو خصائص المنتج المرتبطة بمكان منشئه. والفرق الأساسي بين المفهومين

---

<sup>1</sup> يقصد "بتسمية المنشأ" التسمية الجغرافية لجهة ما أو جزء منها، تستخدم للدلالة على المنتج الذي نشأ داخل حدود الجهة أو بجزء منها والذي تعود نوعيته أو خصائصه كلياً أو أساساً إلى البيئة الجغرافية، بما في ذلك العوامل الطبيعية والبشرية. وتشمل العوامل الطبيعية عامة المحيط الطبيعي المتأثري منه المنتج. وتشمل العوامل البشرية خاصة الخبرات الخصوصية التي امتلكها الحرفيون، ويشترط في هذه الخصوصية أن تكون نابعة من أعراف محلية عريقة وثابتة وذائعة الصيت. المادة 2 من القانون التونسي رقم 68 لسنة 2007 بشأن تسميات المنشآت والمؤشرات الجغرافية وبيانات المصدر لمنتجات الصناعات التقليدية. كما عرفت المادة 1/أ من القانون النموذجي للويبو - سابق الإشارة إليه - بأنها " الاسم الجغرافي لبلد أو منطقة أو مكان معين يعمل على تعيين منتج منشأ فيه، وحيث الصفات المميزة التي تعود حصرياً أو أساسياً إلى البيئة الجغرافية، بما في ذلك العوامل الطبيعية أو العوامل البشرية أو كليهما معاً على حد سواء.

"appellation of origin" means the geographical name of a country, region or specific place which serves to designate a product originating therein the characteristic qualities of which are due exclusively or essentially to the geographical environment, including natural factors, human factors, or both natural and human factors"

<sup>2</sup>Olszak,N., Les appellations d'origine en France, Les Cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 19, No. 2, 2007, p 527.



أن ذلك الرابط مع مكان المنشأ أقوى في المؤشر الجغرافي منه في تسمية المنشأ<sup>1</sup>. ولا بد أن تكون مزايا وخصائص المنتج المحمي باعتباره تسمية منشأ ناجمة حصراً أو أساساً عن منشئه الجغرافي. ويعني ذلك عموماً أن تكون تسمية المنشأ هي مصدر المواد الخام ومكان صنع المنتج<sup>2</sup>. أما في حالة المؤشرات الجغرافية، فيكفي توافر معيار واحد من المعايير المنسوبة للمنشأ الجغرافي سواء كان مزية أو خاصية أخرى في المنتج أو سمعته فقط.

ولا تقتصر المؤشرات الجغرافية على الأسماء الجغرافية فقط كما هو الحال بالنسبة لتسميات المنشأ، ولكنها قد تتضمن أيضاً علامات أخرى ذات أهمية جغرافية سواء كانت تتكون من كلمات أو عبارات أو رموز أو صور.

---

<sup>1</sup> Wipo, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, The Definition of Geographical Indications, SCT/9/4, Ninth Session Geneva, November 11 to 15, 2002,p13.

<sup>2</sup> عرفت المادة 19 من قانون الجمارك المصري رقم 66 لسنة 1963 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 142 بتاريخ 26-6-1963 منشأ البضاعة هو بلد إنتاجها سواء أكانت من المحصولات الزراعية أو الطبيعية أم من المنتجات الصناعية وتحدد بقرار من الوزير المختص القواعد التي تعين منشأ البضاعة إذا تناولتها يد الصناعة في بلد غير بلد الإنتاج الأولي.

وعليه، فإن مصطلح المؤشرات الجغرافية أعم وأشمل من مصطلح تسميات المنشأ، ومن ثم يمكننا القول بأن كل تسميات المنشأ تعتبر مؤشرات جغرافية، ولكن ليس كل المؤشرات الجغرافية تُعد تسميات منشأ<sup>1</sup>.

### المؤشرات الجغرافية وبيانات المصدر:

يمكن تعريف بيان المصدر Indication of Source بأنه بيان يشير إلى بلد بوصفه بلد منشأ منتج ما أو إلى منطقة من هذا البلد بوصفها منطقة منشأ هذا المنتج. وخلافاً للمؤشر الجغرافي، لا ينطوي بيان المصدر على وجود أية مزية أو سمعة أو خاصية للمنتج تُنسب أساساً إلى مكان منشئه. وكل ما تستلزمه بيانات المصدر هو أن يكون منشأ المنتج الحامل لتلك البيانات منطقة جغرافية محددة. وبعبارة أخرى، إن بيانات المصدر هي بيانات تهدف إلى تحديد مصدر المنتجات دون أن يقترن ذلك ببيان جودتها. ومن أمثلة بيانات المصدر إيراد اسم البلد على السلعة أو إيراد عبارات مثل "صنع في ... " أو "أنتج في ...". أما المؤشرات الجغرافية فتضمن تحديد المنطقة الجغرافية لمنشأ السلعة، بالإضافة إلى ضمان أن

---

<sup>1</sup>Wipo, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Op.Cit, p7.

نوعيتها أو سمعتها أو خصائصها منسوبة كلياً أو أساساً إلى البيئة الجغرافية، بما في ذلك العوامل الطبيعية والبشرية، التي أكسبت السلعة شهرتها<sup>1</sup>.

### المؤشرات الجغرافية والبيانات التجارية:

تُعرف البيانات التجارية بأنها مجموعة الإيضاحات التي يجب أن توضع على البضائع أو المنتجات بطريقة مباشرة أو غير مباشرةٍ للتعريف بها أو بصفتها المميزة<sup>2</sup>.

وعليه، فإن الهدف من تنظيم البيانات التجارية هو دعم المنافسة المشروعة بين المنتجين وحماية المستهلك<sup>3</sup> من خلال توفير أكبر قدر ممكن من المعلومات حول المنتج حتى يستطيع الاختيار بناءً على بيئة من أمره. بينما المؤشرات الجغرافية تهدف إلى إعلام المستهلك فقط بمنشأ المنتج الجغرافي ومزايا أو

---

<sup>1</sup> عرفت المادة 20 من قانون الجمارك المصري رقم 66 لسنة 1963 مصدر البضاعة بأنه هو البلد الذي استوردت منه مباشرة.

<sup>2</sup> وقد عرفت المادة 100 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 سابق الإشارة إليه بأنها " كل إيضاح يضعه التاجر أو المنتج على بضائعه أو منتجاته ويتعلق بصفة مباشرة أو غير مباشرة بعدد المنتجات أو مقدارها، أو مقاسها، أو كيلها، أو طاقتها، أو وزنها، أو الجهة أو البلد الذي صنعت أو أنتجت فيه المنتجات...".

<sup>3</sup> د/محمد حسني عباس، المرجع السابق، ص364.

خصائص المنتج المرتبطة بمكان منشئه. وعلى هذا النحو، يمكننا القول بأن المؤشرات الجغرافية هي أحد البيانات التجارية التي تُوضع على المنتج.

ويجوز أن يكون المؤشر الجغرافي عبارة عن إشارة أو مجموعة إشارات في أي شكل كانت، مثل الكلمات- بما في ذلك الاسماء الجغرافية أو الشخصية- والحروف والأرقام والعناصر المجسمة واللون أو الألوان لإعلام المستهلك بمنشأ المنتج الجغرافي ومزايا أو خصائص المنتج المرتبطة بمكان منشئه. بينما تتمثل البيانات التجارية في مجموعة من البيانات الإلزامية التي يلتزم المُنتج أو المُستورد بكتابتها على كل وحدة من البضائع أو المنتجات التي يُنتجها أو يستوردها وعلى عبوة تلك الوحدات بطريقة يَصُغب إزالتها كمقدار البضائع أو عددها أو وزنها أو سعرها أو تاريخ الإنتاج أو تاريخ انتهاء الصلاحية أو غيرها من البيانات<sup>1</sup>.

ويمكن تسجيل المؤشرات الجغرافية لدى الجهة المختصة في الدولة. بينما تستعصي البيانات التجارية منفردة على التسجيل. وعليه، فإن البيانات التجارية ليست محلاً للاستئثار أو الاحتكار من أحد، ويحق لجميع التجار الذين يعملون في

---

<sup>1</sup> نصت المادة 6 من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك -الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 822 لسنة 2019 بتاريخ 1-4-2019 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 13 مكرر أ- على أن "يلتزم المورد بأن يضع على السلع البيانات الآتية: 1- اسم السلعة. 2- بلد المنشأ....."

نفس المنتجات استعمالها على منتجاتهم دون أن يمثل ذلك أي اعتداء من طرفهم<sup>1</sup>.  
وذلك على خلاف المؤشرات الجغرافية التي تمنح المنتجين في المنطقة الجغرافية  
المحددة حق استئثار بهذا المؤشر متى تم تسجيله.

وإذا كانت المؤشرات الجغرافية تُعد أحد حقوق الملكية الفكرية. فإن البيانات  
التجارية على العكس من ذلك لا تُعد أحد عناصر الملكية الفكرية.

---

<sup>1</sup> فعلى سبيل المثال لا يمنع وضع التاجر لبيان متعلق بوزن أو مقدار أو عدد وحدة الإنتاج من  
قيام تاجر آخر من وضع نفس البيان على منتجاته.

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للمؤشرات الجغرافية

أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية لحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة جدلاً فقهيًا<sup>1</sup> حول إدراجها ضمن طائفة الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية؛ وذلك نظرًا لطبيعة هذا النوع من الحقوق، والذي يجمع بين الحق المالي والحق الأدبي في آن واحد. فذهب البعض إلى إدراجه ضمن طائفة الحقوق الشخصية، بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتباره حقًا عينيًا، وذهب رأي ثالث إلى اعتباره حق ذو طبيعة مختلطة، ومن ثم فهو يمثل نوع جديد من الحقوق المالية يُسمى "الحقوق المعنوية". والتي تنقسم بدورها إلى حقوق ملكية أدبية وفنية كحق المؤلف والحقوق المجاورة له، وحقوق ملكية صناعية وتجارية كالتالي ترد على براءات الاختراع والعلامات التجارية وغيرها<sup>2</sup>.

وإذا كان الأصل أن يكون الحق الوارد على علامة تجارية أو براءة اختراع أو تصميم مملوك من قبل شخص واحد يمكن تمييزه بشكل واضح أو أصحاب

---

<sup>1</sup>Vanbrabant, B., La propriété intellectuelle : nature juridique et régime patrimonial, Ph.D thesis, Département de droit, Université de Liège , Belgique, 2013, pp.170 – 190.

<sup>2</sup> د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص5-7.

حقوق مشتركين في حالة الملكية المشتركة، إلا أن الحق الوارد على المؤشرات الجغرافية يختلف عن باقي حقوق الملكية الفكرية.

وقد اختلف الفقه في مدى اعتبار المؤشرات الجغرافية حقاً من حقوق الملكية الفكرية. فذهب البعض إلى استبعادها من قائمة حقوق الملكية الفكرية المشمولة بالحماية<sup>1</sup>، بينما ذهب البعض الآخر إلى الاعتراف - من حيث المبدأ -

---

<sup>1</sup>Ilbert,H. and Petit,M., Are Geographical Indications a Valid Property Right? Global Trends and Challenges, Development Policy Review, Vol. 27, No.5, 2009, pp.503-528 & Stern,S., "Are GIs IP?", European Intellectual Property Review, Vol 29, No. 2, 2007, pp. 39-42. & Wang,S.Y., Geographical indications as intellectual property: in search of explanations of taiwan's gi conundrum, Ph.D. thesis, University of Newcastle Upon Tyne, England, 2013, p. 3.

حيث ينتقد هذا المؤلف الأخير فكرة أن المؤشرات الجغرافية هي أحد حقوق الملكية الفكرية، قائلاً: "إن استدعاء المؤشرات الجغرافية كأحد أشكال الملكية الفكرية، والتعامل معها في المعاهدات الدولية بهذه الصفة، لا يجعل المؤشرات الجغرافية شكلاً من أشكال الملكية الفكرية. وبدلاً من ذلك، يجب على المرء أن يسأل السؤال الأساسي عما إذا كانت المؤشرات الجغرافية تتناسب مع الوصف التقليدي للملكية الفكرية؟ ووفقاً للمؤلف، لا يمكن تعريف المؤشرات الجغرافية على أنها نتاج للمخرجات الفكرية.

Lorvellec,L., "La protection internationale des appellations d'origine contrôlées", Ecrits de droit rural et agroalimentaire, Dalloz, Paris, 2002, p.387.

بكونها حقًا من حقوق الملكية الفكرية، بيد أنهم اختلفوا في الأساس الذي يقوم عليه هذا الحق. ولذلك، فإن محاولة تحديد الطبيعة القانونية للمؤشرات الجغرافية يستلزم منا أن نحدد - وبدقة- طبيعة الحق الذي يرد على تلك المؤشرات من حيث كونه حقًا خاصًا شأنه في ذلك شأن باقي فروع الملكية الصناعية أم أنه حق جماعي لا يستأثر به فرد واحد دون غيره من الباقيين. وذلك على النحو التالي:

### - نظرية عدم وجود مالك للمؤشرات الجغرافية The Non-right-holder Theory of GIs

تبنى هذه النظرية خبراء المنظمة العالمية للملكية الفكرية وبعض الفقهاء<sup>1</sup>، ويذهبون إلى أنه لا يوجد صاحب حق على المؤشرات الجغرافية يستطيع أن يسمح

---

ومن جانبه، يرى لورفيليك أن "تسمية المنشأ أو المؤشرات الجغرافية هي فكرة غريبة تمامًا عن فكرة الملكية، بما في ذلك الملكية الفكرية، إنها مجرد علامة تهدف إلى إعلام المستهلكين ... إنه ليس من الممكن استدعاء حق الملكية بدون مالك وبدون محل محدد". وهو بذلك يرفض أي انتماء لقانون تسميات المنشأ أو المؤشرات الجغرافية لقانون الملكية الفكرية. ويعتبرها جزء من قانون حماية المستهلك، وليس الأصول التجارية. وهي تحدد قاعدة اللعبة في السوق، لكنها لا تخلق احتكارًا.

<sup>1</sup>WIPO , intellectual property handbook: policy, law and use, 2<sup>nd</sup>ed.

WIPO, Geneva,2004,p121 & WIPO, Model Law for Developing Countries on Appellations of Origin and Indications of Source ,WIPO Publication No. 809, Geneva, 1975, p32 & Afian,A., Geographical



باستخدام المؤشر الجغرافي في مكان غير المكان الذي نشأ فيه، كما لا يوجد شخص يستطيع منع الآخرين - في ذات المنطقة الجغرافية - من استخدام المؤشر الجغرافي على منتجاتهم، ولكن لكل شخص في المنطقة التي يشير إليها المؤشر الجغرافي الحق في استخدام المؤشر المذكور على المنتجات الصادرة في هذه المنطقة، مع خضوعها لمتطلبات الجودة المنصوص عليها في القوانين واللوائح. وقد ذهب البعض إلى الاستناد إلى فكرة الأشياء المشتركة Choses Communes أو الخارجة عن التعامل بطبيعتها كالماء والهواء<sup>1</sup>. فهي لا تدخل في ملك أحد، ولا يمكن تملكها، ويستطيع الجميع استخدامها والتمتع بها، ولا يحول انتفاع أحد بها دون انتفاع الآخرين، ويمكن للدولة تنظيم استخدامها. كما أن المؤشر الجغرافي غير قابل للتصرف فيه، ويحق للجميع في المنطقة الجغرافية المحددة استخدامه مع التزامهم بالضوابط التي تنص عليها السلطة العامة<sup>2</sup>.

---

, 2017, p26. Available at: indications: a property without an owner

<http://www.inprojournal.org/en/2-94-2017>

<sup>1</sup> راجع: المادة 2/81 من القانون المدني المصري لسنة 131 لسنة 1948 والمنشور بالوقائع المصرية 108 مكرر بتاريخ 29-07-1948، والمادة 714 من التقنين المدني الفرنسي. متاح على الرابط التالي:

<https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texteF>

<sup>2</sup> الشيء الشائع هنا هو اسم المكان، الذي يكون الاستخدام الشائع فيه لجميع السكان، ولكن هل اسم المكان المستخدم من قبل الجميع قابل للمقارنة مع اسم المكان الذي أصبح مؤشراً جغرافياً؟

كما ذهب البعض إلى القول بأن فكرة الملكية كما هي معروفة في القانون المدني لا تلائم طبيعة المؤشرات الجغرافية، وأن المشرع كان يهدف إلى حماية هذا الحق بأعلى حماية ممكنة، مع توفير ضمانات واسعة النطاق، وإجراءات أكثر فعالية<sup>1</sup>.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد الشديد لعدة أسباب، فمن ناحية لم تقم ثمة دليل على عدم وجود مالك للمؤشر الجغرافي، كما أنها لا تقدم تفسيراً للحقوق التي يكتسبها الشخص الذي يستخدم المؤشر الجغرافي، فكيف اكتسبها ومن أي شخص

---

يُمنح حق الاستخدام الجماعي للحصري للمنتجين لأن الاسم يصبح شيئاً مختلفاً عندما يصبح مؤشراً جغرافياً. فنحن لم نعد نواجه الشيء ولكن أحد استخداماته. راجع:

Vivien,D.M., Le droit des indications géographiques en Inde: un pays de l'Ancien monde face aux droits français, européen et international, Ph.D.thèse, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Centre d'études des normes juridiques – Yan Thomas, Paris, 2010, p 562. Available at: [https://www.researchgate.net/publication/260312028\\_Marie-Vivien\\_D\\_2010](https://www.researchgate.net/publication/260312028_Marie-Vivien_D_2010) last visited: 9-1-2019

<sup>1</sup> “ quoique la norme juridique de la propriété ne soit nullement convenable à un droit ainsi désigné, retenons simplement que le rédacteur de la loi, ou ses interprètes, ont entendu entourer le droit qui nous est soumis de la protection la plus large, des garanties les plus étendues, des actions les plus efficaces ". Plaisant,M. and Fernand,J., Traité des noms et appellations d'origine, Rousseau & cie., Paris, 1921, pp.53-55.

حصل عليها، وعلى أي سند يمكن لمستخدم المؤشر الجغرافي أن يمنع غيره من الاستخدام غير المشروع لهذا المؤشر. ومن ناحية أخرى، كيف يمكن تحديد حماية قانونية للمؤشرات الجغرافية بدون الفصل في مسألة ملكيتها، وتحديد المالك لها، ومن ثم تمتعه بالحماية القانونية.

## - نظرية الملكية العامة أو ملكية الدولة Public State Property

يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأنه يجوز للدولة أن تحتفظ بجميع حقوق الملكية على شيء ما، وتخصص استخدام الشيء لأشخاص معينين من خلال قواعد إدارية بدلاً من قواعد الملكية<sup>1</sup>. وعليه، فإن المؤشرات الجغرافية مملوكة للدولة ملكية عامة، فوجود حقوق حصرية ناشئة عن استخدام المؤشرات الجغرافية، يدحض أي ادعاء بأن المؤشرات الجغرافية بلا مالك؛ فوجود الملكية هو الذي يرتب الحقوق.

كما أنه من المعقول القول بملكية الدولة للمؤشرات الجغرافية على أساس أن الدولة نفسها هي التي تعترف وتمنح الحقوق المتعلقة بالمؤشرات الجغرافية من

---

<sup>1</sup>Piatti, M.C., L'appellation d'origine, essai de qualification, Revue Trimestrielle de Droit commercial, Vol.52, No. 3, 1999, p. 564.

حيث يري سيادته أن المالك ليس فردا خاصا بل الدولة من خلال منح ترخيص إداري لصالح حماية التراث الوطني

" Une licence administrative dans l'intérêt de la protection du patrimoine national."

القوانين التي تصدرها. كما يُعلل البعض بأن ملكية الدولة للمؤشرات الجغرافية هي التي تضمن من حيث المبدأ الاستقرار والمدة للمؤشرات الجغرافية<sup>1</sup>.

ويُرتب أنصار هذه النظرية على ذلك نتيجة مهمة مفادها أن حقوق ملكية المؤشرات الجغرافية تدرج في تكوين الممتلكات العامة للدولة، وبالتالي يجب قبول الدولة كمالك لهذه المؤشرات الجغرافية.

ويُضيف أنصار هذه النظرية، أن القول بملكية الدولة للمؤشرات الجغرافية يظهر من خلال الأحكام القانونية في بعض الدول ككوبا، وغواتيمالا، والمكسيك، وبنما، وبيرو وفيتنام<sup>2</sup>، وأيضًا في الحالات التي ترفض فيها الوزارة المختصة في

---

<sup>1</sup> "cette propriété étatique garantit en principe la stabilité et la durée des  
See: Olszak,N., Droit des appellations "indications géographiques  
d'origine et des indications de provenance, Op.Cit, p.96.

<sup>2</sup> انظر على سبيل المثال المادة 121 من قانون الملكية الفكرية الفيتنامي رقم 50 لسنة 2005 -والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 11 بتاريخ 29-11-2005- حيث تنص على أن مالك المؤشرات الجغرافية الفيتنامية هو الدولة. " The owner of geographical indication is the state of Vietnam ". فالقانون الفيتنامي يُعطي للدولة الحق في ملكية المؤشرات الجغرافية وإدارتها، وإن كان يمكن لها أن تفوض المنظمات المعنية التي تمثل أصحاب المصالح في هذه الإدارة، ويُعطي للأفراد والشركات حق استخدام هذه المؤشرات. ولمزيد من التفصيل حول هذه المسألة، راجع:

Binh,T., Geographical Indication in Vietnam: Reality, Policy, and  
Perspective, Agricultural Publishing House, USA, 2007, pp.47-50 &

الدولة تسجيل مؤشر جغرافي معين لأشخاص لصالح مدينة أو محافظة أو أي كيان حكومي . فعلى سبيل المثال، رفضت وزارة الزراعة في دولة لايفيا منح حقوق الملكية للمؤشر الجغرافي للنبذ المنتج على جبل سابيل<sup>1</sup>، لصالح البلدية المحلية.

وقد انتقد البعض وبشدة ملكية الدولة للمؤشرات الجغرافية بشكل عام وبصفة خاصة في حالة احتفاظها بالحق في استعمال هذه المؤشرات أيضاً سواء

---

Pick,B., Vivien,M., and Kim,D., The Use of Geographical Indications in Vietnam: A Promising Tool for Socioeconomic Development?, Cambridge University Press, UK, 2017,p316.available at: <https://agritrop.cirad.fr/579409/> & AUDIER,J., Indications Géographiques et mondialisation, Académie d’Agriculture, Séance publique du 6 décembre 2006, p11. Available at: [http://www.sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/026anexoxviaudier\\_ig\\_et\\_mondialisation.pdf](http://www.sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/026anexoxviaudier_ig_et_mondialisation.pdf) & Olszak,N., 'La Propriété Industrielle Est-Elle Bien Une Propriété?', Recueil Dalloz, Paris, 2002, pp.1894–1896 & Echols,M.A., Geographical Indications for Foods, Trips and the Doha Development Agenda. Journal of African Law, Vol 47, No.2, 2003, p202.Available at: <https://www.jstor.org/stable/30038563?seq=1>

<sup>1</sup> أبعد كرم شمالي في العالم حيث يزرع العنب البري. مشار إليه لدى:

Mantrov,V., Op.Cit, p69

بشكل كلي أو جزئي<sup>1</sup>، وذلك للعديد من الأسباب، منها: أن الملكية الجماعية تلعب دوراً حاسماً في ضمان تمتع المزارعين بالمزايا الاقتصادية من المؤشرات الجغرافية. وذلك لأن الملكية الجماعية تمنح المنتجين المزيد من القوة التفاوضية وتسهل تسويق منتجاتهم. وهناك سبب آخر يمنع الحكومة من التحكم في المؤشرات الجغرافية وهو فشل معظم حكومات الدول النامية في أداء وظائفها في القطاعات الحيوية مثل الصحة والبنية التحتية والتعليم والمياه والصرف الصحي. كما أن هناك مخاوف من أن تؤدي ملكية الحكومة إلى أرباح تنتهي في جيوب السياسيين والوسطاء وهذا مصدر قلق صحيح بسبب انتشار الفساد ونقص الشفافية في هذه الدول. فمن المرجح أن تصبح المشاركة في ملكية المؤشرات الجغرافية حاجزاً أمام الفوائد الاقتصادية للمنتجين. ويمكن السبب الثالث وراء عدم امتلاك الحكومات للمؤشرات الجغرافية هو حقيقة أن منظمات المنتجين أوضحت القدرة على إدارة

---

<sup>1</sup>المزيد من التفاصيل حول مخاطر تدخل الدولة كمالك للمؤشرات الجغرافية والتناقض الذي يمكن أن يحدث في مراحل عملية التسجيل، راجع:

Vivien,D.M., The Role of the State in the Protection of Geographical Indications: From Disengagement in France/Europe to Significant Involvement in India, The Journal of World Intellectual Property ,Vol.13, No.2, 2010, pp. 134– 147. Available at: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1747-](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1747- last visited: 5-2-2020)

مؤشراتنا الجغرافية. ففي الاتحاد الأوروبي على سبيل المثال، امتلكت منظمات المنتجين وأدارت بنجاح المؤشرات الجغرافية، مع الحد الأدنى من التدخل الحكومي<sup>1</sup>.

وفي النهاية، هذا لا يعني أنه يجب استبعاد الحكومة بالكامل من نظام المؤشرات الجغرافية. بل يجب أن يكون دور الحكومة هو التأكد من وجود إطار فعال يمكن من خلاله تنفيذ المؤشرات الجغرافية، وخلق بيئة قانونية وسياسية واقتصادية تعزز نجاح نظام المؤشرات الجغرافية.

#### - نظرية الملكية الجماعية Collective Property :

يرى أنصار<sup>1</sup> هذه النظرية أن الملكية الواردة على المؤشرات الجغرافية صورة استثنائية من صور الملكية الجماعية<sup>2</sup> للأشخاص المنتجين في حدود

---

1Kisuule, Y., Least developed countries and geographical indications: how can Uganda position itself to benefit from geographical indications?, Master Theses , Faculty Of Law, University of Cape Town., 2015, pp.34-36. Available at: [https://open.uct.ac.za/bitstream/handle/11427/15214/thesis\\_law\\_2015\\_kisuule\\_yvonne\\_alexandra.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://open.uct.ac.za/bitstream/handle/11427/15214/thesis_law_2015_kisuule_yvonne_alexandra.pdf?sequence=1&isAllowed=y) last visited: 4-1-2020



المنطقة الجغرافية التي نشأ عنها المؤشر الجغرافي. وبعبارة أخرى، لا تمنح المؤشرات الجغرافية حقوقاً فردية كما هو الحال في براءات الاختراع والعلامات

---

2Loucks,M.A., Trademarks and Geographical Indications: Conflict or Trademarks and Geographical Indications: Conflict or Coexistence? Coexistence?, Master thesis, School of Graduate and Post-doctoral Studies – University of Western Ontario, Canada, 2012, pp23–27& Ribeiro de Almeida,A., “The Legal Nature of Geographical Indications and Designations of Origin”, European intellectual property review “EIPR”, Vol 36, No.10, 2014, p. 640. Available at: <https://citizenseminars.blogactiv.eu/files/2009/03/trade-marks-in-pdf.pdf> & UNCTAD–ICTSD, Resource book on TRIPS and development, Peukert ,A., Individual, & Cambridge University Press, Op.Cit,p75. Multiple and Collective Ownership of Intellectual Property Rights – Which Impact on Exclusivity?, 2010, pp.12–18. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1563990> last visited: 3–2–2020

<sup>2</sup> وهي الملكية المعروفة في القوانين الجرمانية كالقانون الألماني والسويسري وفيها يكون المال محل الحق مملوكاً لمجموعة من الأشخاص اثنين فأكثر دون أن يكون لكل منهم فيه حصة شائعة ودون أن يكون لهذا المجموع شخصية معنوية، بحيث يرصد هذا المال لتحقيق غرض معين أو تحقيق مصلحة مشتركة لمجموع الشركاء وهو نظام مستقر في هذه القوانين وليس عابراً، ولا تنتهي هذه الملكية إلا بتحقيق غرض المصلحة المشتركة الذي أنشئت من أجله ولا يستطيع أي شريك أن يطلب قسمتها. راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثامن- حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون تاريخ نشر، ص794.

التجارية بل حقوق جماعية؛ حيث يكون الحق الحصري لاستخدام المؤشر الجغرافي  
حق لجميع المنتجين في المنطقة الجغرافية المحددة، وبشرط توافقه مع شروط

الإنتاج المحددة للمنتج في هذه المنطقة<sup>1</sup>. ووصفها البعض بأنها نوع من حقوق  
الاحتكار الجماعية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> وقد أخذت بعض القوانين بهذه النظرية، كالثلاثحة الحكومية الإندونيسية رقم 51 لسنة  
2007 بشأن المؤشرات الجغرافية والمنشورة بالجريدة الرسمية العدد 115، متاحه على الرابط  
التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/182324>

وذلك بالنص في المادة 4/2 على أن المؤشرات الجغرافية المسجلة لا تتدرج ضمن الملكية العامة  
وأن المالك لها هو مقدم طلب التسجيل وجميع المنتجين في المنطقة الجغرافية المحددة

“A registered Geographical Indication cannot fall into the public domain...  
The owner of a Geographical Indication is the applicant and group of  
people in the area where the good is produced”.

وكذلك قانون الملكية الفكرية البرتغالي رقم 110 لسنة 2018 في المادة 5/299

“An appellation of origin and geographical indication, when registered,  
shall constitute the common property of the residents or persons who  
are actually and seriously established in the locality, region or territory  
and may be used indiscriminately by persons who, in the respective  
area, work any field of characteristic production”

متاح على الرابط التالي: <https://wipolex.wipo.int/ar/text/508630>

<sup>2</sup>“ GIs are more appropriately characterised as collective monopoly  
rights”. See: Rangnekar, D., The Socio-Economics of Geographical  
Indications, ‘The Socio-Economics of Geographical Indications: A  
Review of Empirical Evidence from Europe’, Capacity Building Project on

ووجه النقد لهذه النظرية، أنها تُثبت ملكية المؤشرات الجغرافية للمنتجين في حدود المنطقة الجغرافية ملكية جماعية. ومنطق الملكية أن المالك يستطيع أن يتصرف في ملكه، وهذا يتعارض مع واقع المؤشرات الجغرافية، فلا يستطيع المنتجون - ولو كانوا مجتمعين - أن يتصرفوا في المؤشر الجغرافي بأي صورة من صور التصرف، كما لا يجوز لهم الترخيص للغير من خارج المنطقة الجغرافية باستعمال المؤشر الجغرافي على منتجاته.

#### - نظرية الملكية الخاصة أو الفردية Private Individual Property

يذهب أنصار<sup>1</sup> هذه النظرية إلى القول بأن حقوق الملكية الفكرية هي في الأساس حقوق خاصة Private Rights<sup>1</sup>، وتهدف على وجه التحديد إلى تحفيز

---

Intellectual Property Rights and Sustainable Development,  
UNCTAD/ICTSD, May 2004, p2. Available at:  
[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2004ipd8\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2004ipd8_en.pdf)

<sup>1</sup>Gangjee, D.S., Relocating the Law of Geographical Indications,  
Cambridge University Press, UK, 2012, p203 & Beresford L.,  
Geographical Indications: The Current Landscape, Fordham Intellectual  
Property, Media and Entertainment Law Fordham Intellectual Property,  
Media and Entertainment Law Journal, Vol 17, No.4, 2007, p 981 &  
Wipo, Workshop on the Enforcement of Intellectual Property Rights for  
Judges and Prosecutors, the Role of the Government Authorities in the

ومكافأة الابتكار الفردي والإبداع والاستثمار. وكما هو الحال مع أي نوع آخر من الحقوق الخاصة، فإن حماية وإنفاذ هذه الحقوق هو في المقام الأول أمر يخص أصحاب هذه الحقوق. ومع ذلك، لا يمكن القيام بهذا المهمة في كثير من الأحيان بطريقة مجدية وفعالة دون دعم من السلطات الحكومية.

ويُضيف أنصار هذه النظرية، أن اتفاقية التريبس نصت صراحة على أن المؤشرات الجغرافية هي حقوق ملكية فكرية، ونظرًا لأن هذه الاتفاقية تتعامل فقط مع الحقوق الخاصة، فإن المؤشرات الجغرافية بالتبعية هي حقوق ملكية خاصة شأنه في ذلك شأن باقي حقوق الملكية الفكرية. كما أن استغلال المؤشر الجغرافي من قبل المنتجين يجعله حقًا خاصًا؛ حيث لا يمكن استغلال المؤشر الجغرافي إلا من قبل مجتمع من الأفراد. وهذا الاستغلال من قبل المنتجين أنفسهم هو الذي يمنحه الحياة، والذي بدونه سيكون المؤشر الجغرافي بلا فائدة.

ومقتضى هذه النظرية، أن المؤشر الجغرافي يملكه من يقوم باستعماله في المنطقة الجغرافية التي نشأ فيها، فكما أن مالك الشيء له الحق في استعماله

---

Enforcement of Intellectual Property Rights., WIPO/IPR/JU/BEY/99/5B, 1999, p3.

<sup>1</sup> موضح في ديباجة اتفاقية التريبس من خلال تصور أن الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية تعترف بأن "حقوق الملكية الفكرية هي حق خاص"

" recognizing that intellectual property rights are private rights"

واستغلاله فإن له أيضاً الحق في التصرف فيه سواء كان التصرف لأشخاص في نطاق المنطقة الجغرافية المحددة للمؤشر أو خارجها. إلا أن هذه النتيجة المترتبة على ذلك تتعارض مع طبيعة المؤشرات الجغرافية ذاتها.

وقد أخذت بعض القوانين بصورة أو أخرى من صور الملكية الخاصة والمتعلقة بانتقال الحق على المؤشر الجغرافي للورثة بعد وفاة الشخص الذي كان يستخدمه، فبعد أن نصت المادة 24 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي على أن أي حق على مؤشر جغرافي مسجل ليس محلاً للتنازل أو النقل أو الترخيص أو الامتياز أو الرهن أو أي اتفاق آخر من هذا القبيل. نصت كذلك في الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه عند وفاة مستخدم المؤشر الجغرافي المرخص له بذلك، ينتقل حقه على هذا المؤشر الجغرافي المسجل إلى خلفه في الملكية بموجب القانون<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Notwithstanding anything contained in any law for the time being in force, any right to a registered geographical indication shall not be the subject matter of assignment, transmission, licensing, pledge, mortgage or any such other agreement; Provided that on the death of an authorised user his right in a registered geographical indication shall devolve on his successor in title under the law for the time being in force”.

## - رأينا الخاص

إذا كان الأصل - واستثناءً من ذلك يجوز لشخص واحد أن يستأثر بمؤشر جغرافي<sup>1</sup> - أن المؤشرات الجغرافية تستعصي بطبيعتها على أن يستأثر بها شخص دون غيره من الباقين في ذات المنطقة الجغرافية المحددة؛ حيث يحق لأي شخص في حدود هذه المنطقة أن يستعمل المؤشر الجغرافي على منتجاته بعد الترخيص له بذلك. ومن ثم، لا مجال في شأن المؤشرات الجغرافية للقول بنظرية الملكية الفردية والتي مفادها أن هناك شخص واحد يملك حق حصري على أحد حقوق الملكية

---

<sup>1</sup> حيث يمكننا بعض الحالات التي يتم فيها - وهي استثنائية - تخصيص مؤشرات جغرافية لشخص واحد بسبب تطورها التاريخي الخاص . كالمؤشر الجغرافي Budweiser Budvar حيث أنه مملوك لشركة تشيكية واحدة.، ومن الممكن تحديد أمثلة أخرى مماثلة مثل المؤشرات الجغرافية في لاتفيا مثل Allazhu kyimelis و Latvijas Dzidrais و Rigas Degvins المسجلة على مستوى الاتحاد الأوروبي ويتم إنتاجها من خلال شخص واحد على مدى طويل. فهذه المؤشرات الجغرافية يستخدمها شخص شرعي واحد، وهو "Latvijas balzams" في لاتفيا. هذا النوع من الاستثناء من القاعدة العامة للمؤشرات الجغرافية كحق جماعي للملكية الفكرية قد لا يتواجد إلا في ظروف خاصة عندما يكون التطور الوحيد الاجتماعي والاقتصادي لمؤشر جغرافي معين، قام شخص واحد فقط بتطويره وتسويقه. وهذا يشمل الجهود المبذولة لترسيخ سمعته وتطوير جودته و / أو خصائصه الأخرى، وبالتالي سيكون من الظلم تمامًا السماح لأشخاص آخرين بالاستفادة من نتائج هذه الجهود. وينبغي التأكيد مرة أخرى على أنه يجب النظر إلى هذه الحالات على أنها استثناء من القاعدة العامة التي لا تسعى في حد ذاتها إلى إنشاء قاعدة عامة. راجع في هذا الشأن:

الفكرية One person holding one exclusive IP right كما هو الحال في العلامات التجارية.

كما أنه لا مجال للقول بوجود ملكية متعددة Multiple Property، والتي مؤداها وجود مجموعة من حقوق الملكية الفكرية المستقلة عن بعضها البعض ولكنها مرتبطة بمنتج واحد a plurality of IP rights is relevant for a certain product، كما في حالة الابتكارات المزدوجة المستقلة والابتكار الجماعي فيما يتعلق بالعديد من الحقوق؛ حيث إن مؤدى الملكية المشتركة هو وجود عدد محدد من المالكين أصحاب الحقوق. وهذا بطبيعته يتعارض مع طبيعة المؤشرات الجغرافية والتي يحق لأي شخص يقع في نطاق المنطقة الجغرافية ويعتمد في إنتاجه عليها أن يستعمل المؤشر الجغرافي ويستوي في ذلك المنتجين الحاليين أو الجدد ما دام أن الإنتاج يتم في حدود المنطقة الجغرافية المحددة.

وعليه، فإن طبيعة المؤشرات الجغرافية تلائم من ناحية ما نظرية الملكية الجماعية، والتي تفترض وجود حق واحد، مع وجود عدد من المالكين، لكنه على عكس الملكية المشتركة هو عدد غير محدد، فهي ملكية مفتوحة لكل من يستوفي المعايير المنصوص عليها. فهي ليست حكراً على المنتجين الحاليين في المنطقة الجغرافية، بل هي أيضاً حق لأي منتج جديد ما دام أنه يستوفي المعايير المنصوص عليها للإنتاج وفي نطاق المنطقة الجغرافية المحددة.



وعليه، وبعد استعراض النظريات الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية للمؤشرات الجغرافية، وإزاء عدم معالجة التعريف الوارد في المادة 1/22 من اتفاقية التريس مسألة من يمكنه امتلاك المؤشر الجغرافي أو مسألة من يمكنه استخدامه، تاركة تنظيم ذلك الأمر - من حيث المبدأ - بموجب القوانين الداخلية لكل دولة. ونظرًا لاختلاف النهج المتبع في كل دولة. فأغلب التشريعات تذهب وبصفة عامة، إلى أن المنتجين الموجودين في المنطقة الذين تم تحديدهم بواسطة المؤشر الجغرافي سيكونون المستخدمين المؤهلين لهذا المؤشر الجغرافي. اعتمادًا على النظام المعتمد في الدولة، ويكون المؤشر الجغرافي مملوكًا بشكل جماعي من قبل المنتجين المنظمين ككيان قانوني يمثلهم ويضمن أن المنتج يفى بمتطلبات معينة وافقوا عليها أو التزموا بها. بينما تنص بعض التشريعات الأخرى على ملكية المؤشر الجغرافي للدولة أو السلطة العامة التي تدير المنطقة المحددة بواسطة مؤشر جغرافي، ويحق للمنتجين في المنطقة استخدام المؤشر الجغرافي شريطة أنه عند إنتاج المنتج المعني، يلتزمون بالقواعد أو اللوائح المعمول بها التي تحكم استخدام المؤشرات الجغرافية.

ومن ثم، نرى بأنه يجب التمييز بين مالك المؤشرات الجغرافية وصاحب الحق في الإدارة من ناحية، وصاحب الحق في الاستخدام من ناحية أخرى. ونرى بأن ملكية المؤشرات الجغرافية تؤول إلى الدولة. كما أن لها حق إدارتها أو التفويض في هذه الإدارة. وهي التي تمنح الحق في استعمال هذه المؤشرات إلى

المنتجين في المنطقة الجغرافية المحددة سواء بنفسها أو من خلال تفويضها لبعض المنظمات المعنية بهذا الشأن، وذلك كله وفقاً للقوانين واللوائح المنظمة لهذا الشأن. ويكون المنتجين في حدود نطاق المنطقة الجغرافية المتعلقة بالمؤشر الجغرافي هم أصحاب الحق في استعماله بعد الترخيص لهم بذلك، وبعد استيفائهم للمتطلبات المنصوص عليها<sup>1</sup>. وهذا الحق الجماعي في الاستخدام لا يعني أن يمارس

---

<sup>1</sup> قريب من هذا المعنى:

AUDIER, J., De la nature juridique de l'Appellation d'Origine, Bull. OIV, 1993, pp. 16-33.

حيث اقترح تحليل الطبيعة القانونية للمؤشرات الجغرافية من خلال فرق الفصل بين أصحاب الحقوق Droit à l'IG والمستخدمين Droit sur l'indication géographique / d'usage de l'IG بالنسبة للمؤشرات الجغرافية، وأسند الأولى للدولة بينما منح حق الاستعمال للمنتجين وفقاً للشروط التي تحددها الدولة.

" Sauf décision contraire, l'autorité publique est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur l'indication géographique qu'elle a reconnue, elle confère un droit d'usage de cette indication géographique aux personnes et groupements de personnes dans les conditions qu'elle détermine "

وإن كان المؤلف قد عدل عن هذا التقسيم بعد الإصلاح الفرنسي عام 2006 الذي كرس سحب دور السلطة العامة، ومن ثم واعترف بملكية المتقدم للتسجيل سواء كانت جماعات المنتجين أو المؤسسات العامة مع الاعتراف بحق جميع المنتجين في المنطقة الجغرافية باستخدام المؤشر الجغرافي على منتجاتهم طبقاً للمعايير المنصوص عليها.

المنتجون نشاطهم مجتمعون، بل يحق لكل منتج أن يمارس نشاطه بشكل مستقل عن الآخر<sup>1</sup> مع الالتزام بالمعايير المنصوص عليها.

وجدير بالذكر أن احتفاظ الدولة بحق الملكية لا ينبغي أن يؤدي إلى غياب المستخدمين المسجلين. خاصة وأن الاستفادة من حق الاستخدام تخضع لشروط معينة يمكن أن تجعل من الصعب الوصول إليها.

---

“les demandeurs à l’enregistrement groupements de producteurs ou entités publiques sont titulaires du droit sur l’IG alors que tous les  
See: AUDIER,J., Passé, présent "producteurs bénéficient du droit à l’IG et avenir des Appellations d’Origine dans le monde : vers la globalisation ?, OIV, No. 929–931, 2008, p425.

<sup>1</sup> فهو من ناحية الحق في الاستخدام – وعلى سبيل المجاز – حق فردي غير حصري،  
"l’IG de droit individuel non-exclusif "

قريب من هذا المعنى:

Ribeiro de Almeida,A., Geographical Indications Versus Trade Marks and Generic Terms: The US–China Agreement, International Review of Intellectual Property and Competition Law – IIC, Vol 51,No. 2, 2020, pp. 277–281. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-020-00923-1> last visited: 1–1–2020

## المبحث الثاني الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية

### تمهيد وتقسيم

يسود نهجان أساسيان للنظام القانوني لحماية للمؤشرات الجغرافية. ففي العديد من الدول، تُعتبر المؤشرات الجغرافية فرعاً من فروع الملكية الصناعية منفصل ومتميز - وإن كان يشبهه إلى حد كبير- عن فرع العلامات التجارية. وتضع هذه الأنظمة نظاماً محددًا للاعتراف بالمؤشرات الجغرافية وحمايتها، ويأخذ الاتحاد الأوروبي بهذا النهج، كما تمثل اتفاقية التريس فلسفة فريدة من نوعها لهذا النوع من الحماية. بينما تُعالج النظم القانونية الأخرى، خاصة أنظمة أستراليا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية، المؤشرات الجغرافية كمجموعة فرعية من العلامات التجارية. ومن ثم، يتم تسجيلها وفقاً لنفس الإجراءات التي تنطبق على العلامات التجارية، كما أن المحاكم تُطبق مبادئ العلامة التجارية بشكل أساسي في الفصل في النزاعات التي تنطوي على مؤشرات جغرافية<sup>1</sup>.

---

Ibele,E.W. 1"The Nature and Function of Geographical Indications in Law," Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy, Vol. 10, No.1, 2009, p 39.

وبناءً على ذلك، نري تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول شروط حماية المؤشرات الجغرافية، بينما نخصص المطلب الثاني منه لبيان وسائل حماية المؤشرات الجغرافية. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط حماية المؤشرات الجغرافية.

المطلب الثاني: وسائل حماية المؤشرات الجغرافية.

## المطلب الأول

### شروط حماية المؤشرات الجغرافية

الأصل أنه لا يتمتع من المؤشرات الجغرافية بالحماية القانونية إلا ما تم تسجيله منها، واستثناءً من هذا الأصل، فإن بعض الدول ، مثل سويسرا واليابان وسنغافورة والهند ولاتفيا وقطر وعمان<sup>1</sup>، لا تنص على التسجيل الإلزامي Compulsory Registration - على الرغم من وجود التسجيل الاختياري- للمؤشرات الجغرافية كشرط لإضفاء الحماية القانونية عليها؛ حيث تمنح قوانين هذه الدول حماية تلقائية للمؤشر الجغرافي، يطلق عليها الحماية "السلبية" Passive protection أو الحماية بدون تسجيل Non registration protection . فيجوز لأي طرف متضرر رفع دعوى أمام المحكمة ضد المؤشرات الكاذبة أو المضللة<sup>2</sup>. كما أن هناك بعض

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال: المادة 40 من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية اللاتيفي " تتمتع بالحماية طبقاً لأحكام هذا القانون المؤشرات الجغرافية ولو لم تكن مسجلة". والمادة 38 من قانون العلامات والبيانات التجارية والأسماء التجارية والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية القطري، والمادة 1/3 من قانون المؤشرات السنغافوري. والمادة 3 من قانون المؤشرات الجغرافية الماليزي.

Connor,B.O., Op.Cit, p75 & Augustin,L., 2Ilbert,H. and Saavedra.N.,  
Geographical Indications and International Agricultural Trade, Palgrave  
Macmillan UK, England, 2012, p146 & European IPR Helpdesk, Fact  
Sheet The value of geographical indications for businesses, 2016, p6.  
Available at: <https://www.iprhelpdesk.eu/sitesdocuments/Fact-Sheet->

الدول كالأردن وسريلانكا<sup>1</sup>، على الرغم من تنظيمهم للمؤشرات الجغرافية بأحكام خاصة وحمايتها ضد التعدي عليها أو الاستخدام الكاذب والمضلل لها، إلا أنها لم تتعرض لموضوع التسجيل سواء الإلزامي أو الاختياري.

وعليه، نتناول شروط تسجيل المؤشرات الجغرافية في فرع أول، ونخصص الفرع الثاني لبيان الآثار المترتبة على هذا التسجيل.

---

Geographical\_Indications\_2.pdf last visited: 5-2-2020& The Organization for an International Geographical Indications Network “origin”, Legal Systems to Protect GIs, Available at: <https://www.origin-gi.com/your-gi-kit/legal-info/item/4744-legal-systems-to-protect-geographical-indications-en-gb-4.html> last visited: 3-1-2020

<sup>1</sup> راجع المادة 2 من قانون المؤشرات الجغرافية الأردني؛ والمادة 161 من قانون الملكية الفكرية السريلانكي رقم 36 لسنة 2003. متاح على الرابط التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/184465>

## الفرع الأول

### شروط تسجيل المؤشرات الجغرافية

يجب توافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية لتسجيل المؤشر الجغرافي، وتتباين الدول في هذا الشأن؛ حيث يميل البعض إلى الإحالة إلى الأحكام المتعلقة بالعلامات التجارية بشأن أحكام التسجيل وبما لا يتعارض مع طبيعة المؤشرات الجغرافية. بينما يفضل البعض - نؤيده - وضع تنظيم قانوني مفصل لأحكام تسجيل المؤشرات الجغرافية. ونعرض للشروط الموضوعية أولاً، ثم للشروط الشكلية ثانياً. وذلك على النحو التالي.

#### أولاً الشروط الموضوعية

تتمثل الشروط الموضوعية الواجب توافرها لتسجيل المؤشرات الجغرافية في عدة شروط، كاقتران المؤشر بأصل جغرافي، وتعيينه لسلعة معينة، ووجود ارتباط بين المنتج وأصله الجغرافي، ومشروعية المؤشر الجغرافي. وهذا ما سنعرض له تباعاً على النحو التالي:

#### - اقتران المؤشر بأصل جغرافي

يجب أن يكون المؤشر الجغرافي إشارة تُستخدم للسلع التي لها منشأ جغرافي معين، ولكن ليس بالضرورة اسم مكان جغرافي على وجه الأرض. ومن ثم، لا تتكون المؤشرات الجغرافية من الأسماء الجغرافية فقط، كاسم مدينة أو



منطقة أو دولة ما وهي ما يُطلق عليها المؤشرات الجغرافية المباشرة Direct Geographical Indication، ولكنها قد تتكون أيضًا من رموز، فهذه الأخيرة قد تكون قادرة على الإشارة إلى أصل البضائع دون تسمية مكانها حرفيًا. ويطلق عليها تسمية المؤشرات الجغرافية غير المباشرة Indirect Geographical Indication، ومن الأمثلة على هذه النوع من المؤشرات برج إيفل لباريس أو ماترهورن لسويسرا أو برج بريديج بلندن أو تمثال الحرية لاستنتاج ارتباط مع الولايات المتحدة الأمريكية. كما يُعتبر "البسمتي" دلالة على الأرز القادم من شبه القارة الهندية، على الرغم من أنه ليس اسم مكان في حد ذاته.

#### - تعيين المؤشر الجغرافي لسلعة معينة

نظرًا لأن الهدف الأساسي من المؤشر الجغرافي هو ربطه بسلعة ما للدلالة على منشأها الجغرافي، فمن الطبيعي أن يقتصر هذا المؤشر بسلعة ما. ومع ذلك، لا يقتصر الأمر على نوع معين من السلع. وبالتالي يمكن تغطية جميع الفئات، سواء المنتجات الزراعية أو المواد الغذائية أو الحرف اليدوية أو المنتجات الصناعية.

وقد نصت المادة 1/ج من القانون النموذجي للويو سابق الإشارة إليه على أن المقصود بكلمة "المنتج" أي منتج طبيعي أو زراعي أو أي منتج من الحرف

اليديوية أو الصناعية<sup>1</sup>. وقد أعطى هذا معنى واسع النطاق في القانون النموذجي بحيث يغطي جميع المنتجات. وهذا مهم بشكل خاص في حالة المؤشرات الجغرافية بصفة عامة وتسميات المنشأ بصفة خاصة، في سياق اشتراط أن تكون الصفات المميزة للمنتج ناتجة حصرياً أو أساسياً عن البيئة الجغرافية. فقد تكون البيئة الجغرافية تتكون فقط من عوامل بشرية؛ عندما يكون هناك نمط خاص لتصنيع المنتج مرتبطاً بالتقاليد المهنية بمنطقة جغرافية معينة، فهذا يكفي للتأهيل كتسمية المنشأ بالمعنى المقصود في القانون النموذجي. وبالتالي يمكن استخدام تسمية المنشأ لمنتجات صناعة الحرف اليدوية، حتى عندما يتم إنتاجها من مواد خام قادمة من خارج المنطقة الجغرافية المعنية. والمنتج الطبيعي يعني المنتج الذي لم يخضع لأي تحول، مثل الحجارة أو المياه المعدنية. ومنتج الحرف اليدوية لا يشمل فقط منتجات أو أعمال الحرف اليدوية ولكن أيضاً الأعمال الفنية.

وقد أخذت العديد من التشريعات<sup>2</sup> فيما يتعلق بتعريف المنتج بنفس الحكم الوارد في القانون النموذجي؛ فنصت المادة 48 من قانون حماية الملكية الصناعية

---

"product .. means any natural or agricultural product 1or any product of handicraft or industry.

<sup>2</sup> كالمادة 4/2 من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري

"goods" means any natural or agricultural product or any product of handicraft or industry.

العماني على أنه " لأغراض هذا الفصل ، تعني كلمة " سلعة" كل منتج طبيعي أو زراعي أو أي منتج حرفي يدوي أو صناعي...". كما نصت المادة 3/3 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية التايلاندي على أن المقصود بالسلع في نطاق هذا القانون هي السلع التي يمكن المتاجرة بها أو تبادلها أو نقلها ، سواء كانت طبيعية أو من منتجات زراعية ، بما في ذلك منتجات الحرف اليدوية والمنتجات الصناعية<sup>1</sup>.

بينما قصرت لائحة الاتحاد الأوروبي 1151 لسنة 2012 المؤشرات الجغرافية طبقاً لنص المادة 1/2 منها على السلع الزراعية والمواد الغذائية دون

---

وكذلك المادة 6/2 من قانون المؤشرات الجغرافية الأوغندي مع إضافة المنتجات الحيوانية  
"goods" means a natural or agricultural product or animal product or a product of handcraft or industry;

وكذلك المادة 6/2 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي مع إضافة المنتجات الغذائية  
"goods" means any agricultural, natural or manufactured goods or any .goods of handcraft or of industry and includes food stuff

1"Goods" means articles which can be traded, exchanged or transferred, whether they are natural or are agricultural products, including handcraft and industrial products.

غيرها من السلع<sup>1</sup>. وعلى الرغم من هذا، فإن هناك بعض دول الاتحاد الأوروبي قررت منح حماية قانونية لسلع غير السلع الزراعية والمواد الغذائية، من خلال حمايتها عبر نظام المؤشرات الجغرافية. فعلى سبيل المثال، قامت فرنسا بمنح الحماية القانونية للمنتجات غير الزراعية كالسلع الصناعية والحرف اليدوية. وذلك لتعزيز السلع المحلية، وتوصيل معلومات أكثر شفافية للمستهلكين، و تجنب أي خطر على المستهلك يمكن أن يؤدي إلى تضليله<sup>2</sup>.

ونظرًا لأن اتفاقية التريبس تنص على حد أدنى من الحماية، فيمكن للأعضاء تجاوز نطاق الحماية، بأن يقرر أيا من منتجاته الخاصة يجب أن يستفيد من حماية المؤشرات الجغرافية لديه.

#### - وجود ارتباط بين المنتج وأصله الجغرافي:

---

2This Regulation covers agricultural products intended for human consumption listed in Annex I to the Treaty and other agricultural products and foodstuffs listed in Annex I to this Regulation

<sup>2</sup> وقد لفت انتباه المشرع الفرنسي بضرورة تدخله بمد الحماية للسلع الصناعية والحرف اليدوية، كثرة الدعاوى المقامة للحماية من التعدي على هذا السلع، وفي مقدمتها منتجي السكاكين في مدينة لاغويول "Couteaux de Laguiole" ومنتجي الصابون في مدينة مرسيليا " Savon de Marseille."

إن السلعة المحددة بواسطة المؤشر الجغرافي يجب أن يكون لها جودة أو سمعة أو أية خاصية أخرى ترجع بشكل أساسي إلى الأصل الجغرافي. وبعبارة أخرى، يجب أن يكون هناك ارتباط مباشر بين المكان المحدد بواسطة المؤشر الجغرافي وهذه الميزات.

وتكشف دراسة قامت بها منظمة التجارة العالمية<sup>1</sup> أن الإشارات إلى "الجودة" Quality في مختلف التعريفات الواردة في التشريعات الوطنية يتم التعبير عنها بصيغ مختلفة إلى حد ما. وهي تشمل، على سبيل المثال: جودة ثابتة established quality وجودة معينة given quality وجودة محددة specific quality وجودة فائقة superior quality وأعلى درجة من الجودة highest grade quality كما هو محدد بالرجوع إلى معايير المنتج التي يحددها القانون أو وفقاً للممارسات العرفية في الصناعة. ويشمل مفهوم "الجودة" الخصائص الفيزيائية physical characteristics للسلعة، أي سمات السلعة التي يمكن قياسها بشكل موضوعي.

---

<sup>1</sup>WTO, Review under article 24.2 of the application of the provisions of the section of the TRIPS agreement on geographical indications: Summary of the responses to the checklist of questions, Op.Cit, p22.

وبالنسبة للسمعة<sup>1</sup> Reputation، فإن العديد من التعاريف وليس كلها تشمل السمعة كخاصية محددة تتعلق بالأصل الجغرافي للمنتج الذي قد يبرر

---

<sup>1</sup> يمكن تفسير إدراج السمعة كمعيار مستقل يكفي وجوده لإثبات علاقة بين المنتج والأصل الجغرافي ومن ثم تمتع المؤشر الجغرافي بالحماية القانونية إلى محاولة واضعي اتفاقية التريبس التوفيق بين وجهتي النظر الألمانية والفرنسية؛ حيث تقوم وجهة النظر الألمانية على رابط السمعة بين المنتج ومكان نشأته لمنح المؤشر الحماية القانونية، بينما يقوم النهج الفرنسي على فكرة الأرض وارتباطها بالمنتج. ولمزيد من التفصيل حول رابط السمعة في المؤشرات الجغرافية، راجع:

Gangjee,D.S., From Geography to History: Geographical Indications and the Reputational Link. In: Calboli,I. and LoyW.N., eds, Geographical Indications at the Crossroads of Trade, Development, and Culture in the Asia–Pacific, Cambridge University Press, UK, 2017, pp. 36–60 & Zappalaglio,A., Op.Cit, pp.3–6 & Gangjee,D.,Relocating the Law of Geographical Indications, Op.Cit, pp.116–124, 223–237.

وراجع كذلك المسودات الأولى لمشروع اتفاقية التريبس ومقترحات الدول بشأن تعريف المؤشرات الجغرافية، والتي جاء فيها أن السمعة نفسها لم تكن هي التي قامت بشكل مباشر على الأصل الجغرافي ، ولكن جودة السلع أو خصائصها ، والتي بدورها خلقت السمعة.

UNCTAD–ICTSD, Resource book on TRIPS and development, Op.Cit,p288.

ويري البعض أن نص المادة 1/22 من اتفاقية التريبس لا يقدم أي توجيه بشأن نوع العلاقة التي يجب أن توجد بين المنتج ومصدره لإدخال السلعة في نطاق الاتفاقية ومن ثم التمتع بالحماية القانونية. راجع:

حمايته من خلال المؤشر الجغرافي<sup>1</sup>. وهذا هو الحال بالنسبة للأعضاء الذين يبنون تعاريفهم على اللغة المستخدمة في المادة 1/22 من اتفاقية التريبس. بينما أولئك الذين يؤسسون تعريفاتهم على ذلك في اتفاقية لشبونة بشكل عام لا يشيرون بشكل خاص إلى السمعة كخاصية للمنتج. وعلى وجه الخصوص، يتألف عنصر السمعة

---

Murphy, K.M., Conflict, Confusion, and Bias Under TRIPs Articles 22–24, American University International Law Rev, Vol 19, No. 5, 2003, p1214.

<sup>1</sup> هذه الطريقة في تفسير السمعة على أنها مجرد عنصر ذاتي تم اعتمادها من قبل السوابق القضائية لمحكمة العدل الأوروبية، بدءًا من قرار Exportur الشهير، الذي رأته المحكمة أن السمعة القوية التي يتمتع بها المنتج بين المستهلكين هي ما يثبت رابط المنتج بالمكان

The protection of geographical names extends to names, commonly known as indications of provenance, used for products which cannot be shown to derive a particular flavour from the land and to have been produced in accordance with quality requirements and manufacturing standards laid down by an act of public authority. Such names may enjoy, just as do designations of origin, a high reputation among consumers and constitute for producers established in the places to which they refer an essential means of attracting custom and are therefore entitled to protection. See: Case C-3/91, Exportur SA v LOR SA and Confiserie du Tech SA, 1992, European Court Reports 1992 I-05529, para 2. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HRCELEX:61991CJ0003>

بشكل تقليدي من سمعة السوق، أي الصورة التي تقدمها سلعة بشأن توقعات محددة في أذهان المستهلكين فيما يتعلق بخصائص وأصل المنتج. ومع ذلك، فإن عنصر السمعة هو أيضًا مرتبط بعوامل لا تعتمد فقط على آراء المستهلكين، مثل تاريخ المنتج وأهميته الاجتماعية والاقتصادية الحالية<sup>1</sup>. وعادة ما يتم استخدام رابط السمعة للمنتجات حيث تكون المهارات البشرية هي السائدة. وفي الممارسة، غالبًا ما يتم الاعتماد عليها في صناعة المنسوجات والألعاب والحرف اليدوية.

وتشير معظم التعاريف إلى الخصائص الأخرى Other characteristics للمنتج التي تُعزى إلى أصله الجغرافي، ولكنها لم تقدم سوى معلومات إضافية قليلة في هذا الصدد. ولهذا، فإن العوامل البشرية يمكن أن تلعب دورًا مهمًا فيما يتعلق بخصائص المنتجات المرتبطة بأصلها والتي قد تبرر الحماية. كما أن العوامل الطبيعية كالتربة والمناخ وغيرها من الظروف البيئية في

---

Zappalaglio,A., Guerrieri,F.1 and Carls,S., Sui Generis Geographical Indications for the Protection of Non–Agricultural Products in the EU: Can the Quality Schemes Fulfil the Task?, IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law ,Vol.51,No.3,2020, pp.31–43 & Zappalaglio,A., The Debate Between the European Parliament and the Commission on the Definition of Protected Designation of Origin: Why the Parliament Is Right. IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol.50,No.5, 2019, pp. 595–600.



المنطقة الجغرافية المحددة لها الدور الأساسي فيما يتمتع به المنتج من جودة وسمعة. وبعبارة أخرى، إذا تم فهم الجودة بشكل عام على أنها تشير إلى ميزة إيجابية، وكان من الشائع فهم السمعة على أنها تنطوي على انطباق إيجابي، فقد يعني مصطلح "خاصية أخرى" أن السلعة قد يكون لها سمة مثل اللون أو الملمس أو الرائحة.

وجدير بالذكر، أن تحقق معيار واحد من المعايير المنسوبة للمنشأ الجغرافي - الجودة أو السمعة أو الخصائص الأخرى - يمكن أن يكون كافياً للأهلية للتسجيل كمؤشر جغرافي. ومع ذلك، فإن الواقع العملي يشهد بأن سمعة المنتج محل المؤشر الجغرافي تعتمد على صورته في عقول المستهلكين. وتعتمد هذه الصورة بدورها على خصائص معينة وبشكل أعم على جودة المنتج. وفي نهاية المطاف، فإن سمعة المنتج تقوم على ما يتمتع به من جودة. وبعبارة أخرى، يجب على الدول أن تتبنى مفهوم ضيق لمصطلحي "السمعة" أو "تُنسب بشكل أساسي"، فيلزم أن ترتبط تلك السمعة بجودة أو خاصية أخرى.

وتجدر الإشارة إلى موقف المشرع الفرنسي في هذا الشأن؛ حيث يُعد من أفضل القوانين التي قدمت تفسيراً أكثر واقعية لطبيعة العلاقة بين المنشأ والمنتجات غير الزراعية كالمنتجات الصناعية والحرف اليدوية. فبعد أن نصت المادة 2/721 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي -سابق الإشارة إليه- على طبيعة العلاقة بين المنتجات غير الزراعية ومنشأها الجغرافي، وهي أن تُعزى جودتها أو سمعتها أو

خصائصها الأخرى بشكل أساسي إلى أصلها الجغرافي وهو ذات الحكم المنصوص عليه في طبيعة علاقة الارتباط في لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 1151 لسنة 2012. إلا أن القانون الفرنسي يمضي إلى أبعد من ذلك ويضيف في المادة 4/7/721 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي أنه بالإضافة إلى الجودة والسمعة والسمات الأخرى، يمكن ربط المنتجات بالمنطقة الجغرافية بحكم المعرفة الفنية التقليدية “traditional know-how”<sup>1</sup>. وبهذا، يُعد القانون الفرنسي هو القانون الأول والوحيد الذي يعترف في الوقت الحالي بأن الرابط الأصلي للمنتجات غير الزراعية والحرف اليدوية يمكن أن يستند أيضًا إلى طرق الإنتاج التقليدية المحلية. وهذا أمر منطقي لأن هذه السلع مرتبطة بمكان معين، في المقام الأول عن طريق الإنسان وليس عن طريق العوامل الطبيعية، وبالتالي، فإن مجرد ارتباط السمعة، بجميع أشكالها، ربما لا يكفي. فطريقة الإنتاج غالبًا ما تكون ضرورية من أجل تحديد المنتج وتمييزه عن غيره<sup>2</sup>.

---

Le cahier des charges d'une indication géographique précise :... 1 La qualité, la réputation, le savoir-faire traditionnel ou les autres caractéristiques que possède le produit concerné et qui peuvent être attribués essentiellement à cette zone géographique ou à ce lieu déterminé, ainsi que les éléments établissant le lien entre le produit et la zone géographique ou le lieu déterminé associé”

Zappalaglio ,A., Guerrieri,F. and Carls,S. 1Op.Cit , p 40

## - مشروعية المؤشر الجغرافي

ينص المشرع في أغلب الدول على عدم قبول السلطات المختصة تسجيل المؤشرات الجغرافية وعدم منحها الحماية القانونية إذا لم تكن مشروعة، ولبيان مدى مشروعية المؤشر من عدمه، فقد نص المشرعون على حالات محددة على سبيل الحصر لعدم المشروعية<sup>1</sup>، وما عداها يُعد مشروعاً، ومن ثم يجوز تسجيله. ويمكننا حصر هذه الحالات في الآتي:

- المؤشرات الجغرافية التي لا تتوافق مع التعريف الوارد في القانون المنظم للمؤشرات الجغرافية.

- المؤشرات التي تتعارض مع النظام العام أو الآداب في دولة التسجيل. وفكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان.

- المؤشرات غير المحمية أو التي انتهت حمايتها في بلدها الأصلي، أو التي لم تعد تستخدم في هذا البلد. وهذا أمر طبيعي، فإذا كان المؤشر غير مشمول

---

<sup>1</sup> راجع -على سبيل المثال- بشأن المؤشرات الجغرافية التي لا يمكن تسجيلها نص المادة 9 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي سابق الإشارة إليه، والقسم 41 من قانون المؤشرات الجغرافية في سنغافورة، والمادة 58 من قانون المؤشرات الجغرافية العماني، والمادة 5 مكرر من قانون المؤشرات الجغرافية البحريني، والمادة 7 من قانون المؤشرات الجغرافية الأردني، والمادة 1/56 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الإندونيسي.

بالحماية القانونية في بلده " بلد المنشأ" أيًا كان السبب، فليس مطلوبًا من دولة أخرى يُستخدم فيها هذا المؤشر أن تُضفي عليه الحماية القانونية لديها.

- المؤشرات الجغرافية التي أصبحت أسماءً عامة أو شائعة Generic Names للدلالة على السلع<sup>1</sup>: لا يمكن تسجيل المؤشرات الجغرافية التي تحولت إلى أسماء عامة، أي اسم نوع معين من السلع. فهي بذلك تفقد القدرة على التمييز بين الأصل الجغرافي للسلع المعنية. وتُظهر التسميات المستخدمة على نطاق واسع مثل رقائق البطاطس الفرنسية والخبز الفرنسي والسلطة اليونانية أو الإسباغيتي مدى انتشار المؤشرات الجغرافية التي فقدت معانيها الجغرافية وأصبحت أسماءً عامة. بالإضافة إلى ذلك، تأتي أمثلة مختلفة من قطاع الجبن مثل Brie و Camembert و Cheddar و Edam و Emmentaler و Gouda. ويحدث هذا التحول على مدى فترة طويلة من الزمن يتدهور معنى ووظيفة المؤشر الجغرافي تدريجيًا، بسبب تغير تصور المستهلكين وتطور اللغة<sup>2</sup>. ويُعد إدراك المستهلكين معيارًا أساسيًا

---

<sup>1</sup> وقد نصت المادة 108 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري على أنه "يجوز أن تطلق على بعض المنتجات أسماء جغرافية أصبحت تدل في الاصطلاح التجاري بصورة أساسية على جنس المنتج دون المنشأ الجغرافي له".

<sup>2</sup> أعطت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي CJEU وصفًا موجزًا لعملية التحول بانها هي "الطريقة التي يصبح بها اسم المنتج عامًا نتيجة لعملية موضوعية، وفي نهايتها، على الرغم من الإشارة إلى المكان الجغرافي الذي تم فيه تصنيع المنتج المعني أو تسويقه في الأصل، أصبح الاسم شائعًا وعامًا لهذا المنتج.

للنظر فيما إذا كان مؤشر جغرافي أصبح اسماً عاماً من عدمه، وقد يختلف زمان ومكان تحول مؤشر جغرافي إلى مصطلح عام. وقد يؤدي ذلك إلى أوضاع يعدُّ فيه مؤشر محدد مؤشراً جغرافياً في بعض الدول ومصطلحاً عاماً في بعض آخر منها. وعليه، إذا رأت أغلبية المستهلكين أنه مؤشر بالنسبة للمنشأ الجغرافي وليس كإشارة إلى نوع من السلع، لا يعتبر التعيين عاماً، ويظل محتفظاً بوصفه كمؤشر جغرافي<sup>1</sup>.

وجدير بالذكر أنه إذا أصبح المؤشر الجغرافي اسماً عاماً، فسيتم التعامل معه على أنه مصطلح عادي من قبل المستهلكين في الحياة اليومية ولا يمكن أن يعود مرة أخرى إلى معناه الجغرافي الأصلي. وعلى الرغم من ذلك، فإن الواقع

---

the way in which the name of a product becomes generic is the result of an objective process, at the end of which that name, although referring to the geographical place where the product in question was originally manufactured or marketed, has become the common name of that product. See: Case C-446/07 Alberto Severi v Regione Emilia Romagna [2009] ECR I-08041 – Salame Felino, Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2465946> last visited: 2-1-2020

<sup>1</sup> ولتحديد ما إذا كان مصطلح ما قد أصبح عاماً أم لا ، يجب مراعاة جميع العوامل ذات الصلة ، ولا سيما: أ الوضع القائم في مناطق الاستهلاك ؛ ب القوانين الوطنية ذات الصلة. راجع المادة 41 من لائحة الاتحاد الأوروبي.

العملي يشهد بتحول بعض المؤشرات الجغرافية إلى أسماء عامة أو شائعة غير مشمولة بالحماية القانونية فترة من الزمن، ثم تمتعها بالحماية مرة ثانية بعد الاعتراف بها كمؤشر جغرافي مسجل، ولعل خير مثال على ذلك الأمر، المؤشر الجغرافي المتعلق بالجبن اليوناني فيتا Feta، ففي عام 1994، تقدمت اليونان بطلب إلى المفوضية الأوروبية لتسجيل تسمية فيتا كتسمية منشأ محمية، ونجحت بالفعل في تسجيلها في سجل تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية في عام 1996 بموجب قرار المفوضية الأوروبية رقم 96 / 1107 في 12 يونيو 1996<sup>1</sup>. إلا أن حماية مصطلح فيتا كتسمية منشأ محمية لم يدم طويلاً؛ حيث رفعت دول الدنمارك وألمانيا وفرنسا دعوى لإلغاء هذا التسجيل. وقد ألغت محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي في حكمها الصادر في 16 مارس 1999<sup>2</sup> بشأن القضايا المشتركة 96 / C289 و C-293/96 و C-299/96، قرار المفوضية رقم 96/1107 المتعلق بتسجيل اسم "Feta" كتسمية منشأ محمية. ورأت المحكمة أن اللجنة "لم تأخذ في الاعتبار الواجب جميع العوامل التي نصت عليها المادة 1/3 من اللائحة الأساسية"، مؤكدة على وجه الخصوص أن اللجنة قد أولت اهتماماً غير كافٍ

---

<sup>1</sup> متاح على الرابط التالي: -/ 9ca6- /publication-detail/-/ op.europa.eu/en/ 9e65

<sup>2</sup> للاطلاع على الحكم كاملاً، راجع الرابط التالي:

https://eur-lex.europa.eu/legal-  
content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A66CJ0289

للوضع الفعلي في الدول الأعضاء. وترتيباً على هذا الحكم، صدر قرار المفوضية الأوروبية رقم 1999/1070<sup>1</sup> المعدل للقرار السابق رقم 96/1107 بحذف اسم "Feta" من سجل تسميات المنشأ المحمية والمؤشرات الجغرافية. وبعد ذلك ، أرسلت المفوضية في 15 أكتوبر 1999 استبياناً مفصلاً إلى كل دولة من الدول الأعضاء يهدف إلى تقديم صورة كاملة وشاملة للحالة في جميع الدول الأعضاء فيما يتعلق بإنتاج واستهلاك جبن "فيتا" ، ومدى شهرة هذا المصطلح بين المستهلكين في كل دولة، وبالفعل قُدمت المعلومات الواردة ردًا على الاستبيان إلى اللجنة العلمية التي أبدت رأيها في 24 ابريل 2001، وخلصت اللجنة بالإجماع إلى أن اسم " فيتا" لم يُصبح اسمًا عامًا أو شائعًا في الدول الأعضاء، فوفقًا للمعلومات التي أرسلتها الدول الأعضاء، تشير هذه الأجبان التي تحمل اسم "فيتا" في دول الاتحاد الأوروبي بشكل عام إلى إشارة صريحة أو ضمنية إلى الأراضي أو الثقافة أو التقاليد اليونانية، حتى عند إنتاجها في دول أعضاء أخرى غير اليونان، عن طريق إضافة نص أو رسومات ذات دلالة يونانية ملحوظة. وبالتالي، فإن الارتباط بين

---

<sup>2</sup>Commission Regulation EC No 1070/1999 of 25 May 1999 amending the Annex to Regulation EC No 1107/96 on the registration of geographical indications and designations of origin under the procedure laid down in Article 17 of Council Regulation EEC No 2081/92. Official Journal L 130 , 26/05/1999 P. 18. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31999R1070>

اسم "فيتا" واليونان يُفترض عمداً ويتم السعي إليه كجزء من استراتيجية المبيعات التي تستفيد من سمعة المنتج الأصلي، وهذا يخلق خطراً حقيقياً على المستهلك. كما أن تسميات جبن "Feta" التي لا تنشأ في اليونان ولكن يتم تسويقها فعلياً في الاتحاد تحت هذا الاسم دون إجراء أي تلميح مباشر أو غير مباشر لليونان هي الأقلية وكميات الجبن التي يتم تسويقها بالفعل بهذه الطريقة تمثل نسبة صغيرة جداً من سوق الاتحاد. وترتيباً على ما انتهت إليه اللجنة، أصدرت المفوضية الأوروبية قرارها رقم 20002/1829 في 14 أكتوبر 2002<sup>1</sup> بإعادة إضافة مصطلح "فيتا" في سجل تسميات المنشأ المحمية والمؤشرات الجغرافية، وإضفاء الحماية عليها، باعتباره نوع من الأجبان، التي تنتج في مناطق محددة في اليونان وفقاً للتفاعل بين الظروف الطبيعية في تلك المناطق والعوامل البشرية المتمثلة في طرق الإنتاج التقليدية.

---

Official Journal L 277 , 15/10/2002, P 10 – 14. Available at:  
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002R1829>



وأخيراً، لم يتم تأكيد حماية مصطلح "فيتا" بشكل نهائي إلا بحكم الدائرة العليا بمحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي في 25 أكتوبر 2005<sup>1</sup> في القضايا المشتركة C-465/02 و C-466/02 المرفوعة من ألمانيا والدنمارك ضد المفوضية الأوروبية، التي انتهت في حكمها إلى رفض الدعاوى المرفوعة من ألمانيا والدنمارك وتأكيد حق اليونان في تسجيل مصطلح "فيتا" كتسمية منشأ محمية في دول الاتحاد، وحمايتها من أي اعتداء.

وجدير بالذكر أن بعض الدول<sup>2</sup> لا تسمح بتحول المؤشرات الجغرافية بعد تسجيلها إلى أسماء عامه، ومن ثم تفقد الحماية القانونية.

---

1 Official Journal of the European Union, C 86/1, 8-4-2006. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:C2006/086/01>

<sup>2</sup> انظر على سبيل المثال المادة 2/13 من لائحة الاتحاد الأوروبي.

"Protected designations of origin and protected geographical indications " shall not become generic

ونفس الحكم وارد في المادة 12 من وثيقة جنيف لاتفاق لشبونة بشأن تسميات المنشأ والبيانات الجغرافية

"Protection against Becoming Generic: Subject to the provisions of this Act, registered appellations of origin and registered geographical

- تأخذ بعض الأنظمة القانونية<sup>1</sup> - كسنغافورة وإندونيسيا<sup>2</sup> - بعدم جواز تسجيل المؤشرات الجغرافية في حالة تعارضها مع اسم صنف نبات أو سلالة حيوانية، تقادياً لتضليل المستهلك بشأن المنشأ الحقيقي للمنتج. وتجزئ بعض القوانين الأخرى - استثناءً - تسجيل هذا النوع من المؤشرات الجغرافية بضوابط معينة كالقانون الأوكراني ولائحة الاتحاد الأوروبي<sup>3</sup>.

---

indications cannot be considered to have become generic in a Contracting Party”.

<sup>1</sup> لمزيد من التفصيل حول موقف التشريعات المختلفة بشأن مدى جواز تسجيل مؤشر جغرافي متضمن اسم صنف نباتي أو سلالة حيوانية، راجع الدراسة المسحية التي قامت بها اللجنة الدائمة المعنية بقانون العلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية والبيانات الجغرافية التابعة لليوبو.

WIPO, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indication, Compilation of the replies to questionnaire I on the national and regional systems that can provide a certain protection to geographical indications, Fortieth Session Geneva, November 12 to 16, 2018, SCT/40/5 PROV.2, pp. 224-227.

<sup>2</sup> القسم 1/41 من قانون المؤشرات الجغرافية في سنغافورة ، وكذلك المادة 3/1/56 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الإندونيسي.

<sup>3</sup> تنص المادة 6/8 من قانون المؤشرات الجغرافية الأوكراني على أنه يجوز تسجيل مؤشر جغرافي يحتوي على اسم نوع نباتي أو سلالة حيوانية ، إذا : أ احتوى المنتج على أو نشأ من الأصناف النباتية أو سلالات الحيوانات ذات الصلة ؛ ب عدم خداع المستهلكين ؛ ج استخدام اسم الصنف النباتي أو سلالة الحيوانات بحسن نية.

- المؤشرات الجغرافية التي تصور كذبًا للجمهور أن السلع المعنية نشأت في أراضي أخرى، على الرغم من أنها صحيحة حرفيًا فيما يتعلق بالأراضي أو المنطقة أو الموقع الذي نشأت فيه السلع. ومثال ذلك حالة تشابه أسماء المناطق أو المدن في أكثر من دولة، ويضع منتجو منطقة معينة مؤشر جغرافي يحمل اسم المنطقة أو المدينة الذي تم فيها الإنتاج، وهو مؤشر صحيح، ولكنه قد يحمل الاعتقاد لدى الجمهور بأن هذه السلعة قد تم إنتاجه في المنطقة الأخرى التي تحمل نفس الاسم.

- المؤشرات المتجانسة لفظيًا Homonymous Indications: وهي تلك المؤشرات التي تُكتب أو تُلفظ بالطريقة نفسها ولكنها تشير إلى منتجات تكون أماكن منشئها مختلفة وتقع عادة في بلدان مختلفة. وعادة ما تنشأ النزاعات المتعلقة بالمؤشرات الجغرافية ذات الأسماء المتجانسة حيث يتم بيع المنتجات التي يتم استخدام المؤشرات الجغرافية المتماثلة في نفس السوق. وتتفاقم المشكلة حيث يتم استخدام المؤشرات الجغرافية المتماثلة على منتجات متطابقة. ويمكن من حيث المبدأ أن تتزامن هذه المؤشرات على أن تستوفي ببعض الشروط. فقد يُشترط مثلاً

---

“This paragraph does not apply in the cases when: a a product contains or originates from the relevant plant variety or animal breed; b consumers are not deceived; c the name of plant variety or animal breed is used in good faith”

وراجع المادة 42 من لائحة الاتحاد الأوروبي سابق الإشارة إليها.

أن تُستخدم هذه المؤشرات مشفوعةً بمعلومات إضافية عن منشأ المنتج تفادياً لتضليل المستهلكين<sup>1</sup>. ويجوز رفض حماية مؤشر جغرافي استناداً إلى وجود مؤشر آخر متجانس لفظياً إذا رُوي أن استخدامه قد يُضلل المستهلكين عن المنشأ الحقيقي للمنتج.

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال المادة 10 من قانون المؤشرات الهندي حيث تنص على شرطين يجب مراعاتهما قبل منح الحماية لهذا النوع من المؤشرات الجغرافية المتجانسة؛ فيجب على السلطة المختصة أن تمنح الحماية فقط عندما تستوفي الشروط التالية: 1- القدرة عملياً على التمييز بين المنتجات فيما يتعلق بهذه المؤشرات الجغرافية من حيث طبيعة المنتج وجودته بحيث يتم تجنب كل احتمال لتضليل المستهلك. 2- ضمان المعاملة المنصفة للمنتجين المعنيين وعدم تضليل المستهلكين.

Subject to the "Registration of Homonymous Geographical Indications" provisions of Section 7, a homonymous geographical indication may be registered under this Act, if the Registrar is satisfied, after considering the practical conditions under which the homonymous indication in question shall be differentiated from other homonymous indications and the need to ensure equitable treatment of the producers of the goods concerned, that the consumers of such goods shall not be confused or "misled in consequence of such registration.

وراجع كذلك القسم 42 من قانون المؤشرات الجغرافية في سنغافورة بشأن ضوابط تسجيل المؤشرات الجغرافية المتجانسة. والمادة 3/7 من قانون المؤشرات الجغرافية الأوكراني. والمادة 3/6 من لائحة الاتحاد الأوروبي.

المؤشرات الجغرافية المطابقة أو المشابهة لعلامة تجارية سابقة: تبنت أغلب التشريعات<sup>1</sup> الحكم الوارد في اتفاقية التريبس بشأن التعارض السابق أو اللاحق بين مؤشر جغرافي وعلامة تجارية سواء كان أيًا منهما مسجل بالفعل أو في طور التسجيل بأن قُدم بشأنه طلب. والواقع أنه ينبغي قراءة المادة 3/22 بالتزامن مع المادة 5/24 من اتفاقية التريبس؛ حيث تنص المادة 3/22 على أن تلتزم الدول الأعضاء من تلقاء نفسها إن كانت تشريعاتها تسمح بذلك أو بناء على طلب من طرف له مصلحة في ذلك، برفض أو إلغاء علامة تجارية تشمل أو تتألف من مؤشر جغرافي فيما يتعلق بسلع لم تنشأ في الأراضي المشار إليها ، إن كان استخدام المؤشر في العلامة التجارية بالنسبة لهذه السلع في البلد العضو ذات طبيعة تضلل الجمهور فيما يتعلق بالمنشأ الحقيقي للسلع. وهذا النص السابق يضع سلطة تقديرية في أيدي السلطات المختصة بتسجيل العلامات التجارية؛ حيث تنص

---

<sup>1</sup> لمزيد من التفصيل حول موقف التشريعات المختلفة بشأن مسألة التعارض بين تسجيل المؤشر الجغرافي والعلامة التجارية المسجلة سابقًا أو العكس: راجع الدراسة المسحية التي قامت بها اللجنة الدائمة المعنية بقانون العلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية والبيانات الجغرافية التابعة للويبو سابق الإشارة إليها.

WIPO, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indication, Compilation of the replies to questionnaire I on the national and regional systems that can provide a certain protection to geographical indications, Op.Cit, pp. 204–224

على أنه يجب أن تتصرف بحكم السلطة المخولة إليها إذا سمح بذلك القانون الوطني بذلك، كما تضع في أيديهم على الأقل قرارًا أوليًا في تقدير ما إذا كان سيتم تضليل الجمهور في حالة استخدام مؤشر جغرافي. ويبدو أن المادة 3/22 تفرض التزامًا إيجابيًا على سلطات تسجيل العلامات التجارية لفحص سجلات العلامات التجارية الصادرة للحصول على أدلة على وجود تعارض مع المؤشرات الجغرافية لأغراض التطهير المحتمل للعلامات المضللة. وإلى هذا الحد، فإن الأمر لا يقتصر على العلامات المطلوب تسجيلها بل إنه يشمل العلامات التي سجلت بالفعل، وبالتالي يمكن إلغاء تسجيلها. إلا أن المادة 5/24 تستثني العلامات المسجلة أو التي قُدم بشأنها طلب تسجيل أو المكتسبة عن طريق الاستخدام بحسن نية<sup>1</sup> قبل دخول أحكام اتفاقية تريبس حيز النفاذ. فتتص على أنه " حين تقديم طلب بتسجيل علامة تجارية أو تسجيلها بحسن نية، أو حين تكون حقوق في ملكية علامة تجارية قد اكتسبت من خلال الاستخدام بحسن نية، إما: أ- قبل تاريخ تطبيق هذه الأحكام في ذلك البلد العضو حسبما يحدده الجزء السادس. ب- قبل منح المؤشر الجغرافي الحماية في بلد المنشأ. فإنه لا يجوز أن تخل التدابير المتخذة لتنفيذ أحكام هذا القسم بأهلية تسجيل العلامة التجارية أو باستمرار

---

<sup>1</sup> لم يتم تعريف معيار "حسن النية" على وجه التحديد ، ولكن قد يعني أن نية الاستفادة من ميزة غير عادلة من منافس كانت غائبة ، أو أن مقدم الطلب أو المسجل لديه اعتقاد معقول بأن أفعاله لا تتعارض مع المبادئ القانونية المعمول بها.

صلاحيتها أو بحق استخدامها على أساس أنها مطابقة أو مماثلة لمؤشر جغرافي". وبهذا النص، فلن يتم النظر إلا في العلامات التجارية المكتسبة في "سوء النية" أو المطلوب تسجيلها لاحقاً.

وهناك بعض الدول<sup>1</sup> التي لا تسمح بمبدأ التعايش Coexistence، أي تسجيل مؤشر الجغرافي مطابق أو مشابه لعلامة تجارية سابقة عليه، إلا بموافقة مالك العلامة التجارية صراحة، أو ضمناً في حال كان مقدم طلب تسجيل المؤشر الجغرافي هو نفسه مالك العلامة التجارية المسجلة.

وجدير بالذكر أن بعض التشريعات تسمح بتسجيل العلامات التجارية المطابق أو المشابهة لمؤشر جغرافي مسجل بالفعل، إذا كانت هناك موافقة من صاحب الحق في المؤشر الجغرافي وإذا كانت العلامة التجارية المراد تسجيلها تتعلق بسلع أو خدمات مغايرة لتلك المتعلقة بالمؤشر الجغرافي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> كاليابان ورومانيا وسويسرا. راجع :

WIPO, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indication, Compilation of the replies to questionnaire I on the national and regional systems that can provide a certain protection to geographical indications, Op.Cit, p.206.

<sup>2</sup> ككرواتيا والتشيك واليابان ونيوزيلندا ورومانيا وإنجلترا. راجع:

Ibid, p213.

وبالنسبة للمشرع المصري، فقد نصت المادة 8/67 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري على أنه " لا يسجل كعلامة تجارية أو كعنصر منها ما يأتي:.... العلامات والمؤشرات الجغرافية التي من شأنها أن تضلل الجمهور أو تحدث لبساً لديه أو التي تتضمن بيانات كاذبة عن مصدر المنتجات من السلع أو الخدمات أو عن صفاتها الأخرى..". ونُص على ذات الحكم في المادة 110 من ذات القانون بأنه " لا يجوز تسجيل العلامة التجارية التي تشتمل على مؤشر جغرافي إذا كان استعمالها من شأنه أن يضلّل الجمهور فيما يتعلق بالمنشأ الحقيقي للسلعة". وفي حالة انتفاء التضليل لدى الجمهور بشأن مصدر السلعة، فإنه لا يجوز تسجيل علامة تجارية متضمنة مؤشراً جغرافياً إلا إذا كان إنتاج السلعة بصفة مستمرة بمعرفة طالب التسجيل في المنطقة الجغرافية ذات الشهرة الخاصة م109 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري، وذلك ضمناً لعدم قيام مالك العلامة بعد تسجيلها بتغيير منطقة إنتاج السلعة ومن ثم تضليل الجمهور.

وفيما يتعلق بالعلامات المتضمنة مؤشراً جغرافياً، وكان الحق في هذه العلامات قد اكتسب من خلال استعماله بحسن نية قبل تاريخ العمل بقانون الملكية الفكرية المصري أو قبل منح المؤشر الجغرافي الحماية في بلد المنشأ، فلصاحبها الحق في تسجيلها. وفي هذا تنص المادة 111 على أنه " يجوز تسجيل العلامة التجارية التي تشتمل على مؤشر جغرافي إذا كان الحق في هذه العلامة قد اكتسب من خلال استعماله بحسن نية قبل تاريخ العمل بهذا القانون أو قبل منح المؤشر



الجغرافي الحماية في بلد المنشأ". وفي هذا حماية لحقوق الغير حسني النية عند استعمالهم لعلامات تجارية متضمنة مؤشراً جغرافياً.

وفيما يتعلق بالعلامات التجارية المشهورة Well-known Trademarks، فلا يتم تسجيل المؤشر الجغرافي المطابق لعلامة تجارية مشهورة أو مشابه لها إذا كانت هذه العلامة التجارية مشهورة، قبل تاريخ طلب تسجيل المؤشر الجغرافي في الدولة، وأيضاً إذا ترتب على تسجيل المؤشر الجغرافي تضليل المستهلكين فيما يتعلق بالهوية الحقيقية للبضائع المحددة بواسطة هذا المؤشر الجغرافي. واستثناءً من ذلك، يجوز تسجيل المؤشر الجغرافي على الرغم من تعارضه مع علامة تجارية مشهورة، إذا وافق صاحب هذه العلامة صراحة، أو ضمناً من خلال عدم معارضته في التسجيل بعد نشر طلب التسجيل لدى السلطة المختصة.

### ثانياً الشروط الشكلية

تتمحور الشروط الشكلية للمؤشرات الجغرافية في اتخاذ بعض الإجراءات الشكلية، والمتمثلة في تسجيل المؤشر الجغرافي، والتي تبدأ إجراءاته القانونية بتقديم طلب التسجيل للسلطة المختصة، مروراً بفحص هذا الطلب، ثم إصدار قرارها في هذا الشأن ونشره في الجريدة المخصصة لذلك، وصولاً إلى إتاحة الفرصة لكل صاحب مصلحة في الاعتراض على تسجيل المؤشر المعني، وأخيراً، الفصل في الاعتراضات المقدمة بقرار نهائي. ونعرض لذلك تباعاً على النحو التالي:



## أولاً طلب تسجيل المؤشر الجغرافي

### - من له الحق في التقدم بطلب تسجيل مؤشر جغرافي

يهتم بتسجيل المؤشرات الجغرافية عدة أشخاص، فيأتي في مقدمة هؤلاء من يمارسون نشاطاً مهنيًا في المنطقة الجغرافية المعنية فيما يتعلق بالمنتجات المشمولة بمؤشر جغرافي. ولهذا السبب، مُنح هؤلاء الأشخاص، وكذلك الكيانات القانونية التي قاموا بتشكيلها من أجل تمثيلهم، الحق في التقدم بطلب لتسجيل مؤشر جغرافي. وفي الوقت نفسه، فإن تسجيل المؤشرات الجغرافية يصب أيضًا في مصلحة المستهلكين لأن استخدام المؤشرات يساعدهم على الاختيار بين المنتجات المتنافسة. ولهذا، يحق لمجموعات المستهلكين التقدم بطلب لتسجيل مؤشر جغرافي. ومع ذلك، يجب منح حق التقدم للتسجيل فقط للمجموعات التي لديها بعض الاستقرار. علاوة على ذلك، وبما أن تسجيل المؤشر الجغرافي قد يكون في المصلحة العامة كسلاح ضد أنواع معينة من الاحتيال، فإن أي سلطة مختصة في الدولة يجب أن تكون قادرة على تقديم طلب لتسجيل المؤشرات الجغرافية، الأمر الذي سيتعين على كل دولة تعيين السلطة أو السلطات المختصة، التي عادة ما تكون هيئة رسمية كإدارة المدعي العام أو ربما أيضًا هيئة شبه رسمية مثل غرفة التجارة.

وجدير بالذكر أن الحق في التقدم بطلب تسجيل مؤشر جغرافي طبقاً للقانون النموذجي - والذي تبنت أحكامه العديد من الدول<sup>1</sup> - يكون للجهات التالية: أ الأشخاص الطبيعيين أو الكيانات القانونية التي تمارس نشاطاً كمنتج في المنطقة الجغرافية المحددة في الطلب، فيما يتعلق بالمنتجات المحددة، وكذلك مجموعات من هؤلاء الأشخاص. ب مجموعات المستهلكين؛ ج أي سلطة مختصة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال المادة 38 من قانون المؤشرات الجغرافية في سنغافورة رقم 19 لسنة 2014، الجريدة الرسمية العدد 17. متاح على الرابط التالي:

<https://sso.agc.gov.sg/Act/GIA2014>

Each of the following persons “ Persons who may apply for registration: shall be entitled to file an application for registration of a geographical a a person who is carrying on an activity as a producer in the :indication geographical area specified in the application with respect to the goods an association of persons referred to in b;specified in the application c a competent authority having responsibility for the ;paragraph a geographical indication for which registration is sought.”

2Section 6: Right to File Application: The following shall have the right to file an application with the Office: a natural persons or legal entities carrying on an activity as a producer in the geographical area specified in the application, with respect to the products specified in the application, as well as groups of such persons; b groups of consumers; c any competent authority.

وعليه، فإن موقف التشريعات يتباين فيمن له الحق في طلب تسجيل مؤشر جغرافي، فبعض القوانين يأخذ بما جاء في القانون النموذجي للويبو سالف الذكر<sup>1</sup>، والبعض الآخر لا يعترف لمجموعات المستهلكين بحق التقدم بطلب تسجيل مؤشر جغرافي<sup>2</sup>، وبعضها يُقصره على الشخص الطبيعي أو المعنوي صاحب المصلحة في طلب التسجيل<sup>3</sup>، بينما تمنح بعض القوانين حق التقدم بطلب تسجيل المؤشر الجغرافي لمنظمة أو جمعية تمثل المنتجين في المنطقة الجغرافية المحددة<sup>4</sup>. وعلاوة

---

<sup>1</sup> كالمشرع التايلندي في القسم 7 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية سابق الإشارة إليه.

وكذلك المشرع في جمهورية ترينيداد وتوباغو في المادة 2/8 من قانون المؤشرات الجغرافية رقم 20 لسنة 1996 والمعدل بالقانون 18 لسنة 2000، متاح على الرابط التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/498847>

والمشرع الصربي في المادة 18 من قانون المؤشرات الجغرافية.

<sup>2</sup> كالمشرع السنغافوري في القسم 38 من قانون المؤشرات الجغرافية، والمشرع الهندي في المادة 11 من قانون المؤشرات الجغرافية، والمشرع العماني في المادة 52 من قانون حقوق الملكية الصناعية.

<sup>3</sup> كالمشرع القطري؛ حيث نص في المادة 40 من قانون العلامات والبيانات التجارية والأسماء التجارية والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية على أن " لكل شخص طبيعي أو اعتباري ذي شأن أن يطلب تسجيل مؤشر جغرافي لحماية منشأ سلعة بعينها ولا يترتب على قبول التسجيل حق استثنائي للطالب، فيجوز استخدامه ممن يباشر نشاطه في هذا المنشأ الجغرافي".

<sup>4</sup> أيسلندا في المادة 11 من قانون المؤشرات الجغرافية، وفرنسا، واليابان، وانجلترا، والمادة 9 من قانون المؤشرات الجغرافية الأوكراني، والمادة 1/49 من لائحة الاتحاد الأوروبي.

على ما سبق، فإن بعض القوانين تمنح السلطة الحكومية سواء على مستوى المدينة أو المحافظة أو الدولة ككل حق التقدم بطلب تسجيل مؤشر جغرافي<sup>1</sup>.

#### - الجهة المختصة بتسجيل المؤشرات الجغرافية:

تتباين التشريعات بشأن تحديد الجهة المختصة بتسجيل حقوق الملكية الفكرية. فبعض التشريعات يعهد بهذه المهمة لجهة واحدة - وأياً كانت تسميتها- تتولي جميع المسائل المتعلقة بهذه الحقوق، وغالباً ما يُطلق عليها المكتب الوطني للملكية الفكرية كبيرو وبلجيكا ولبنان ولوكسمبورج وعمان والمملكة العربية السعودية. وبعض التشريعات الأخرى كالجزائر والارجنتين وكندا والتشيك وألمانيا والهند والولايات المتحدة الأمريكية تميل إلى تقسيم الجهات المختصة بحقوق الملكية الفكرية إلى جهتين فتعهد لإحدهما بالمسائل المتعلقة بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، بينما تُوكل للجهة الأخرى مهمة إدارة المسائل المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية بكافة فروعها. وهناك بعض التشريعات الأخرى ككوريا الشمالية واليونان وقطر ومصر تميل إلى تقسيم الجهة الأخيرة إلى جهتين: الأولى تختص بإدارة

---

<sup>1</sup> كالمشرع الإندونيسي في المادة 3/53 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات ؛ حيث يقصر حق التقدم بطلب تسجيل على السلطة الحكومية المختصة والجهات التي تمثل فئة معينة من المنتجين في منطقة جغرافية محددة.

العلامات التجارية والتصاميم والنماذج الصناعية. والثانية تختص بإدارة براءات الاختراع ونماذج المنفعة ومخططات التصميمات للدوائر المتكاملة<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق بالمؤشرات الجغرافية، فإن القواعد القانونية المنظمة لها تحدد جهة معينة مختصة بتلقي طلبات تسجيل المؤشرات الجغرافية وفحصها والبت فيها. فبعض الدول كالليونان وفلندا واسبانيا واليابان وبولندا وكوريا الشمالية تُسند مهمة تسجيل المؤشرات الجغرافية وإدارتها إلى وزارة الزراعة بها<sup>2</sup>. والبعض الآخر - وهو الغالب - كاستونيا والولايات المتحدة الأمريكية وفيتنام وتايلند يعهد بهذه المهمة إلى مكاتب براءات الاختراع والعلامات التجارية بها. بينما تميل بعض الدول<sup>3</sup> إلى إنشاء هيئة حكومية متخصصة تتولى تسجيل وإدارة المؤشرات الجغرافية.

---

<sup>1</sup> للاطلاع على هذه التقسيمات لجهات إدارة حقوق الملكية الفكرية في التشريعات المختلفة، راجع قائمة مكاتب الملكية الفكرية على موقع الويب، على الرابط التالي:

<https://www.wipo.int/directory/en/urls.jsp>

<sup>2</sup> وفي دولة كمبوديا فإن السلطة المختصة بتسجيل المؤشرات الجغرافية هي وزارة التجارة. راجع المادة 5 من قانون المؤشرات الجغرافية رقم 600/4110 لسنة 2014.

"The Ministry of Commerce shall be entrusted with all functions such as the administration, maintenance and registration of geographical indications in the Kingdom of Cambodia"

<sup>3</sup> كما هو الحال في ماليزيا حيث هناك نص قانون البيانات الجغرافية على إنشاء مكتب مركزي للمؤشرات الجغرافية، ويعين الوزير المختص بشؤون الملكية الفكرية مدير المكتب ونائبه

وبالنسبة للوضع في مصر، وإزاء صمت المشرع عن تحديد الجهة المختصة بتسجيل المؤشرات الجغرافية، فلا مفر من القول باختصاص الجهة المنوط بها تسجيل العلامات التجارية وهي مصلحة السجل التجاري طبقاً لنص المادة 64 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري<sup>1</sup>. وذلك نظراً لأن المشرع المصري تناول في الكتاب الثاني من قانون حماية الملكية الفكرية كلاً من العلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية والتصميمات والنماذج الصناعية، وأفرد الباب الأول من الكتاب المذكور للعلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية بينما خصص الباب الثاني منه للتصميمات والنماذج الصناعية. ونص صراحة في المادة 1/122 منه على أن " تختص مصلحة التسجيل التجاري بتسجيل التصميمات والنماذج الصناعية في السجل المعد لذلك". الأمر الذي يمكن القول معه، أن المشرع المصري قد أحال بشأن المؤشرات الجغرافية - وبما لا

---

ومساعدية. راجع المادة 8 من قانون المؤشرات الجغرافية الماليزي رقم 602 لسنة 2000 والمعدل بالقانون رقم أ 1141 لسنة 2002. متاح على الرابط التالي:

<https://wipo.int/ar/text/194799>

<sup>1</sup> "تختص مصلحة التسجيل التجاري بتسجيل العلامات التجارية في السجل الخاص بهذه العلامات وفقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وذلك مع مراعاة حكم المادتين 3، 4 من القرار بقانون رقم 115 لسنة 1958 في المكاتبات واللافقات بوجوب استعمال اللغة العربية". ويكون مكتب براءات الاختراع هو الجهة المختصة بشأن تسجيل براءات الاختراع ونماذج المنفعة ومخططات التصميمات للدوائر المتكاملة وفقاً لنص المادتين 5 49 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري.



يتعارض مع طبيعتها- إحالة ضمنية على الأحكام المتعلقة بالعلامات التجارية ومن بينها الجهة المختصة بالتسجيل.

#### - بيانات طلب التسجيل ومرفقاته:

على الرغم من تباين بيانات طلبات تسجيل المؤشرات الجغرافية من دولة لأخرى، إلا أنه بشكل عام، يجب أن يتضمن الطلب المقدم بشأن تسجيل مؤشر جغرافي بعض البيانات التي تُمثل حدًا أدنى، وذلك على النحو التالي:

بيانات تتعلق بمقدم الطلب؛ حيث يجب ذكر اسمه وعنوانه، وكذلك بيان جنسيته، حتى في حالة الكيان القانوني. كما يجب على مقدم الطلب أن يُعلن الصفة التي يتقدم بها للتسجيل.

كما يجب أن يحدد الطلب الاسم المطلوب تسجيله كمؤشر جغرافي.

ويجب تحديد المنطقة الجغرافية بشكل صحيح ودقيق حتى لا يكون هناك شك فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم استخدام المؤشر الجغرافي بعد تسجيله. بالإضافة إلى تحديد السلع التي ينطبق عليها المؤشر الجغرافي. وبيان مواصفات السلع ووصف للصلة بينها وبين الأصل الجغرافي. وبعبارة أخرى، بيان جودة السلع أو سمعتها أو خصائصها الأخرى وكيف تُعزى تلك الجودة أو السمعة أو خاصية أخرى بشكل أساسي إلى المكان الذي نشأت منه السلع.

وعندما يتعلق المؤشر الجغرافي الذي يُطلب التسجيل بشأنه ببلد غير بلد المنشأ، فيجب إرفاق دليل على أن المؤشر الجغرافي حصل على الاعتراف أو التسجيل كمؤشر جغرافي في بلد المنشأ<sup>1</sup>.

وغالبًا ما يتم دفع رسوم على تسجيل المؤشر الجغرافي<sup>1</sup>. ومن ثم، يلزم تقديم إيصال بدفع رسوم الطلب.

---

<sup>1</sup> راجع في ذلك القسم 7 من القانون النموذجي، والتي أخذت عنه غالبية التشريعات هذا الحكم

Section 7: Contents of Application 1 The application shall specify: a the name, address and nationality of the natural person or legal entity filing the application, and the capacity in which the applicant is applying for registration; b the appellation for which registration is sought; c the geographical area to which the appellation applies; d the products for which the appellation is used, in terms sufficiently precise to show, in particular, whether the products are raw materials, semi-finished products or finished products; e where feasible, the essential characteristic qualities of the products for which the appellation is used.

<sup>2</sup> The details of the application of this Section shall be fixed by the Rules.

وراجع كذلك: القسم 39 من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري، والمادة 8 من لائحة الاتحاد الأوروبي، والمادة 11 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية الهندي، والمادة 10 من القانون التونسي بشأن تسميات المنشآت والمؤشرات الجغرافية وبيانات المصدر لمنتجات الصناعات التقليدية. والمادة 10 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية الأوكراني،

## - فحص طلب التسجيل:

تقوم السلطة المختصة بتسجيل المؤشرات الجغرافية، بفحص الطلب المقدم

لتسجيل مؤشر جغرافي على مرحلتين:

**المرحلة الأولى:** مرحلة الفحص الشكلي: تتأكد السلطة المختصة في هذه المرحلة من استيفاء بيانات طلب تسجيل المؤشر الجغرافي، ودفع الرسوم المقررة، وأن مقدم الطلب من الأشخاص المخولين - بموجب القانون المطبق - حق التقدم بطلب لتسجيل مؤشر جغرافي. وفي حالة عدم استيفاء أيًا مما سبق، فإن السلطة المختصة تقوم بإصدار قرار بعدم قبول الطلب، ودونما حاجة إلى فحص ما فيه. وتذهب بعض التشريعات<sup>2</sup> إلى أنه في حالة نقص بيانات أو مرفقات طلب تسجيل المؤشر الجغرافي، يجب على السلطة المختصة مخاطبة مقدم الطلب أو وكيله

---

<sup>1</sup> وجدير بالذكر أن هناك بعض الدول التي لا تتطلب دفع رسوم على تسجيل المؤشرات الجغرافية كالليونان واليابان وبولندا . والبعض الآخر من الدول كالإكوادور يفرض رسومًا على تسجيل المؤشرات الجغرافية فقط في حالة المؤشرات الأجنبية. راجع:

WIPO, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indication, Compilation of the replies to questionnaire I on the national and regional systems that can provide a certain protection to geographical indications, Op.Cit, pp.101-104.

<sup>2</sup> انظر على سبيل المثال: المادة 7 من لائحة المؤشرات الجغرافية في اندونيسيا سابق الإشارة إليها. وانظر كذلك المادة 9 من القانون النموذجي لليوبو.

باستدراك أوجه القصور خلال مدة محددة تعينها، وإلا عُد الطلب المقدم مسحوبًا ويتم إخطاره بذلك، كما يتم نشره في الجريدة الرسمية للمؤشرات الجغرافية، ولا يتم استرداد أي رسوم تم دفعها.

**المرحلة الثانية: مرحلة الفحص الموضوعي:** تأتي هذه المرحلة بعد التأكد من استيفاء الطلب للبيانات سابق الإشارة إليها، وفيها تقوم السلطة المختصة بفحص الطلب فحصًا موضوعيًا للتأكد من صلاحية الاسم المقترح للتسجيل كمؤشر جغرافي، وما إذا كان المؤشر المودع يغطي كامل المنطقة الجغرافية المحددة في الطلب، وكذلك ما إذا كان المؤشر المودع يغطي جميع المنتجات المحددة في الطلب، وما إذا كانت الصفات الأساسية المميزة للسلع- كما هو محدد في الطلب- كافية. وبعبارة أخرى، يتم التأكد من توافر الشروط الموضوعية لتسجيل المؤشرات الجغرافية.

وللجهة المختصة حق الاستعانة بخبراء فنيين أثناء مرحلة الفحص الموضوعي<sup>1</sup>، ورأي الخبير في هذه الحالة استشاري وليس ملزم. كما أن بعض التشريعات تعهد بمهمة الفحص الموضوعي لطلب التسجيل إلى فريق خبراء المؤشرات الجغرافية

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال المادة 12 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية التايلاندي. والمادة 43 من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري. والمادة 27 من القانون الصربي.

The Geographical Indication Experts Team لديها<sup>1</sup>. ويجوز للسلطة المختصة تكليف مقدم الطلب أو وكيله خلال فترة زمنية محددة، بإجراء بعض التعديلات، أو تقديم بعض الإيضاحات أو المستندات. وهو بدوره، إما أن يستجيب لهذا التكليف في الميعاد المحدد، أو أنه لا يقوم بتنفيذ ما تم تكليفه به.

وبعد انتهاء السلطة المختصة من الفحص، فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين: رفض الطلب أو قبوله.

### الرفض الأول رفض الطلب المقدم

إذا أصدرت السلطة المختصة قرارها برفض الطلب المقدم لتسجيل المؤشر الجغرافي، فيجب إخطار مقدم الطلب بهذا الرفض مع أسبابه. وليس أمام هذا الأخير إلا أن يقبل هذا القرار، أو أن يتظلم منه خلال مدة محددة من تاريخ إخطاره به.

---

<sup>1</sup> انظر المواد 58، 59، 60 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الإندونيسية. وانظر كذلك المادة 9 من القانون التونسي حيث أنشأ لجنة فنية استشارية وأسند إليها الفصل في العديد من المسائل المتعلقة بفحص الطلبات المقدمة لتسجيل تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية، وقرارها ملزم في هذه المسائل.

وتتباين التشريعات في كيفية التظلم من قرار الرفض، فبعض التشريعات تنص على حق مقدم الطلب في الطعن أمام المحكمة مباشرة في هذا القرار<sup>1</sup>، والبعض الآخر<sup>2</sup> ينص على تشكيل لجنة تظلمات لنظر التظلمات المقدمة بشأن القرارات الصادرة من السلطة المختصة. وهذه اللجنة قد تُلغي القرار الصادر بالرفض، أو تؤيده. وفي الحالة الأخيرة يحق لصاحب الشأن الطعن أمام المحكمة المختصة<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال المادة 6/4/16 من قانون المؤشرات الجغرافية الماليزي. والمادة 2/16 من قانون المؤشرات الجغرافية في دولة ترينيداد وتوباغو.

<sup>2</sup> انظر المادة 13 ، 14 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية التايلاندي. والمادة 6 من قانون المؤشرات الجغرافية في كمبوديا حيث هناك مجلس المؤشرات الجغرافية Geographical Indication Board التي من بين مهامه الفصل في الاعتراضات على القرارات الصادرة من السلطة المختصة - وهي وزارة التجارة- بشأن تسجيل المؤشرات الجغرافية. متاح على الرابط التالي:

<https://www.cambodiaip.gov.kh/DocResources/367783ac-7f7b9a34-en.pdf>

<sup>3</sup> وبعض الدول تنص على أنه لا يجوز الطعن في القرار الصادر بالرفض إلا بعد أن يتم التظلم للوزير المختص بالملكية الصناعية أولاً ووجوباً، وصدور قرار بالرفض أو عدم قيام الوزير بالرد عليه خلال المدة المحددة قانوناً. راجع: المادة 11 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية البحريني.

وجدير بالذكر، أن بعض الدول<sup>1</sup> تسمح لمقدم الطلب بإبداء أسباب اعتراضه للسلطة المختصة خلال مدة محددة بناء على إخطار الأخيرة له، وقبل إصدارها لقرار رفض التسجيل. فإذا تقدم بأسباب اعتراضه على القرار المذكور خلال الميعاد المحدد، فإن السلطة المختصة تُعيد فحص تلك الأسباب مرة أخرى، وهي إما أن تؤيد قرارها السابق، أو تُلغيه. أما في حالة عدم تقديم صاحب الطلب لأي رد خلال الميعاد المذكور، فتقوم السلطة المختصة بإصدار قرارها بالرفض. كما يحق للمتقدم التظلم من هذا القرار أمام لجنة عليا للتظلمات، وأخيرًا يحق له الطعن أمام المحكمة المختصة.

#### الفرض الثاني: قبول الطلب:

إذا أصدرت السلطة المختصة قرارها بقبول طلب تسجيل المؤشر الجغرافي، فإنها تلتزم بنشره، والفصل في الاعتراضات المقدمة بشأنه، وذلك على النحو التالي:

#### - نشر طلب التسجيل:

---

<sup>1</sup> انظر المادة 9 ، 10 من لائحة المؤشرات الجغرافية في اندونيسيا. وراجع كذلك نص المادة 2/10 من القانون النموذجي للويبو.

إذا قبلت السلطة المختصة طلب التسجيل المقدم إليها، فعليها أن تقوم بنشره. وغالبًا ما تنص التشريعات على وجوب النشر بالطريقة التي يحددها الوزير المختص، وهذه الطريقة إما أن تكون النشر في جريدة مخصصة لذلك الغرض تُسمى " الجريدة الرسمية للمؤشرات الجغرافية"<sup>1</sup> أو أن يتم النشر في جريدة العلامات التجارية. وبصفة عامة، يجب أن يحتوى النشر على الحد الأدنى من البيانات اللازمة لإعلام الغير ببيانات المؤشر الجغرافي محل التسجيل حتى تُتاح لهم إمكانية الاعتراض. وعليه، يجب أن يحتوي النشر - بصفة خاصة - على رقم الطلب والاسم الكامل والعنوان الكامل لمقدم الطلب - وكذلك الوكيل إن وجد-، وتاريخ الإيداع، واسم المؤشر الجغرافي الجاري تسجيله، ومواصفاته وكذلك تحديد المنطقة الجغرافية للمؤشر الجغرافي.

وتذهب بعض التشريعات<sup>2</sup> إلى أن النشر لا يقتصر فقط على حالة الموافقة على طلب التسجيل، بل يلزم أيضًا في حالة رفض طلب تسجيل المؤشر الجغرافي.

#### - الاعتراض على طلب التسجيل:

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال المادة 96 من قواعد المؤشرات الجغرافية في سنغافورة رقم S 125 لسنة 2019، متاحة على الرابط التالي:

<https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S125-2019/Published/201e=20190301#pr96>

<sup>2</sup> انظر المادة 11 من لائحة المؤشرات الجغرافية في اندونيسيا.



إن الغاية من نشر قبول طلب تسجيل مؤشر جغرافي هو إعلام الغير بهذا الطلب وبياناته، حتى يتمكن - إن أراد- من المعارضة في هذا التسجيل. وعليه<sup>1</sup>، يجوز لأي شخص طبيعي أو اعتباري أو أي سلطة مختصة - محددة في القانون المنظم للمؤشرات الجغرافية والتي عادة ما تكون هيئة رسمية أو ربما هيئة شبه رسمية كغرفة تجارة - لديهم مصلحة مشروعة إبداء اعتراضهم على تسجيل المؤشر الجغرافي المعني، وذلك من خلال إخطار السلطة المختصة كتابة بهذا الاعتراض وأسبابه، خلال المدة المحددة والتي تبدأ من تاريخ نشر قبول الطلب في الجريدة المخصصة لذلك.

وعند النظر في مسألة المصلحة المشروعة، ينبغي أن يؤخذ في الحسبان المصلحة العامة، وخاصة مصلحة المستهلكين، بأن المؤشرات الجغرافية يجب ألا تخدع الجمهور. علاوة على ذلك، فإن الغرض من المعارضة هو لفت انتباه السلطة المختصة إلى الحقائق التي قد لا تكون على علم بها. ومن أجل ضمان حماية المصلحة العامة دائماً، يُمنح حق الاعتراض لأي سلطة مختصة. ويجوز أن

---

<sup>1</sup> جدير بالذكر أن هناك بعض التشريعات التي لا تسمح بتقديم أي اعتراضات على قبول طلب تسجيل المؤشرات الجغرافية. كقانون جمهورية كازاخستان رقم 456 الصادر 26 يوليو 1999 بشأن العلامات التجارية وعلامات الخدمة وتسميات المنشأ والمعدل بالقانون رقم 217 لسنة 2019. متاح على الرابط التالي:

تتص القواعد المنظمة على أنه لا يجوز قبول الاعتراض على طلب التسجيل إلا عند دفع الرسوم المقررة لذلك.

وعادة ما تحدد التشريعات المختلفة - على سبيل الحصر - الأسباب التي يمكن أن تكون محلاً لتقديم الاعتراضات، والتي تنحصر في مخالفة الشروط الموضوعية الواردة في القوانين لتسجيل المؤشرات الجغرافية<sup>1</sup>. وبالتالي لا يستطيع مُقدم الاعتراض أن يطلب توسيع المنطقة الجغرافية أو قائمة المنتجات التي يشملها المؤشر أو يطالب بمعايير أقل أو أعلى للصفات المميزة للمنتجات. وإذا رغب في ذلك، فليس أمامه إلا أن يتقدم بطلب جديد للتسجيل وذلك لطلب إلغاء التسجيل محل الاعتراض من المحكمة المختصة والقضاء له بذلك أو أن يتقدم بطلب لتصحيح التسجيل. وهذا الحل لتجنب إطالة أمد إجراءات التسجيل؛ إذ كان من

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال المادة 41 من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري، والمادة 28 من لائحة المؤشرات الجغرافية في سنغافورة. وتستغرق عملية تسجيل المؤشر الجغرافي في المتوسط سنة إلى سنتين، وفي بعض الدول كماليزيا وجورجيا والمكسيك وبيرو وكولومبيا لا تزيد مدة التسجيل عن ستة أشهر، ويرجع ذلك إلى أن إجراءات الاعتراض تستغرق حوالي شهرين فقط، بينما في بعض الدول الأخرى كروسيا والهند التي تزيد فيها مدة الاعتراضات وإمكانية اللجوء إلى المحاكم، فإن عملية التسجيل قد تستغرق من ثلاث إلى خمس سنوات. راجع:

Connor, B.O., "The Law of Geographical Indications", Op.Cit, p84 & European Commission, IP in the agri-food sector: geographical indications in Latin America, 2017, p5 . Available at: [https://ec.europa.eu/chafea/agri/sites/files/fs\\_agrifood\\_dos\\_and\\_gls\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/chafea/agri/sites/files/fs_agrifood_dos_and_gls_en.pdf)

الممكن أن يؤدي طلب الاعتراض على النحو السابق، إلى ضرورة إجراءات نشر جديدة ودعوة جديدة لأصحاب الشأن لتقديم اعتراضاتهم، الأمر الذي سيؤخر التسجيل لمدة أطول.

ويجب على السلطة المختصة إخطار مقدم طلب التسجيل - والذي يتوقع عادة تقديم اعتراضات بشأن طلبه- بكل الاعتراضات المتعلقة بهذا الطلب والأسباب التي بُنيت عليها، كما أن عليها أن تمنحه مهلة - عادة تكون ثلاثة أشهر- مناسبة لإبداء ملاحظاته على أسباب الاعتراضات المقدمة والرد عليها، وله أن يطلب تمديد هذه المهلة بطلب مسبب إلى السلطة المختصة.

وبعد انقضاء المدة المحددة، تفصل السلطة المختصة في الاعتراضات المقدمة بشأن طلب التسجيل، وهي إما أن تقوم بقبول الاعتراض، أو تقوم برفض الاعتراض والموافقة على تسجيل المؤشر الجغرافي.

- الطعن في قرار السلطة المختصة بشأن قبول الاعتراض على تسجيل المؤشر الجغرافي أو رفضه:

تسمح بعض القوانين بإمكانية الطعن على القرار الصادر في الاعتراض أمام المحكمة المختصة<sup>1</sup>، وهذه الأخيرة إما أن تقضي بصحة تسجيل المؤشر

---

<sup>1</sup> انظر المادة 4/16 ج من قانون المؤشرات الجغرافية الماليزي.

الجغرافي، أو إدخال أي تعديل لا يؤثر بأي شكل من الأشكال على هوية المؤشر الجغرافي، أو أنها تقضي بعدم تسجيل المؤشر الجغرافي.

## - تسجيل المؤشر الجغرافي

إذا لم تُقدم أي اعتراضات بشأن تسجيل المؤشر الجغرافي وانقضت مواعيد تقديم الاعتراضات، أو قُدمت ولكن تم رفضها، وانقضت مدة الطعن على القرار الصادر بشأن الاعتراض أو تم الطعن وصدر الحكم بتسجيل المؤشر الجغرافي كما هو أو مع إدخال تعديل على النحو السابق ذكره، فإن السلطة المختصة تُصدر قرارها النهائي بتسجيل المؤشر الجغرافي المطلوب في السجل المُعد لذلك " سجل المؤشرات الجغرافية". ويتم النشر في الجريدة الرسمية المعدة لذلك أيضًا. ويُعطى مقدم طلب التسجيل شهادة تُثبت تسجيل المؤشر الجغرافي. ويُحدث التسجيل أثره من تاريخ تقديم طلب التسجيل<sup>1</sup>، وفي بعض الدول من تاريخ التسجيل<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> راجع المادة 20 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية التايواني.

<sup>2</sup> كالمادة 1/17 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية الأوكراني

"The rights arising from the registration of a geographical indication shall be valid from the date of registration of a geographical indication".

وكذلك المادة 1/15 من قانون المؤشرات الجغرافية الأوغندي رقم 8 لسنة 2013 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 51.

"Registration of a geographical indication shall be effective for a period of ten years from the date of registration".

ومتاح على الرابط التالي: <https://wipolex.wipo.int/ar/text/424952>

وجدير بالذكر أن الأمر لا يقتصر على تسجيل المؤشر الجغرافي بواسطة مقدم الطلب، بل يلزم لكل منتج موجود في المنطقة الجغرافية المحددة بالمؤشر الجغرافي المسجل، ويرغب في استخدام هذا المؤشر على منتجاته - متى توافرت فيه الشروط المطلوبة- أن يطلب ترخيص باستعمال هذا المؤشر. ويتبع في شأنه نفس الإجراءات المتبعة بشأن الطلب المقدم بتسجيل مؤشر جغرافي، وفي حالة قبوله كمستخدم لمؤشر جغرافي مسجل، تقوم السلطة المختصة بتسجيل اسمه والبيانات الضرورية المتعلقة به في سجل المؤشرات الجغرافية أو في سجل منفصل خاص بالمستخدمين المصرح لهم باستخدام المؤشرات الجغرافية، كما يتم النشر أيضًا في جريدة المؤشرات الجغرافية أو جريدة العلامات التجارية على حسب الطريقة المتبعة في القانون المنظم. ويتم إعطائه شهادة بتسجيله كمستخدم مصرح له.

- مدة حماية المؤشر الجغرافي وتجديد تسجيله:

#### 1- مدة الحماية:

تذهب بعض الدول إلى منح حماية أبدية مادامت شروط التسجيل قائمة كالقانون الاندونيسي في المادة 1/61؛ حيث تنص على أنه يجب حماية المؤشر الجغرافي المسجل طالما أن الخصائص والجودة المحددة التي كانت أساس منح

الحماية لا تزال موجودة<sup>1</sup>، ومن ثم لا حاجة لإعادة تجديد التسجيل الأول. بينما يمنح البعض الآخر من الدول<sup>2</sup> - وهو الغالب - حماية مؤقتة لمدة عشرة سنوات، يلزم قبل انتهائها اتخاذ إجراءات تجديد تسجيل المؤشر الجغرافي ليستمر التمتع بالحماية القانونية له. وبعض الدول الأخرى كاستراليا تُقيم تفرقة بين المؤشرات الجغرافية المتعلقة بالخمور وباقي المؤشرات الجغرافية، فتمنح الأولى حماية أبدية مادامت شروط التسجيل قائمة، بينما يلزم تجديد تسجيل باقي المؤشرات الجغرافية كل عشر سنوات. بينما تذهب بعض الدول الأخرى كالإكوادور والمكسيك إلى التفرقة بين تسجيل المؤشر الجغرافي وهذا لا يحتاج إلى تجديد، وبين التصريح

---

<sup>1</sup>Geographical Indications are protected as long as their reputation, quality, and characteristics serving the grounds for granting protection of Geographical Indications to certain goods remain exist".

ونفس النهج في تشيلي، والبرازيل واليابان وبولندا وفيتنام والاتحاد الأوروبي. والمادة 21 من القانون التونسي " لا يسقط الحق بمرور الزمن بخصوص تسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي أو بيان المصدر. وعلى هذا الأساس لا يمكن لأي كان استعمالها بعنوان سقوطها ضمن الملك العام". وكذلك المادة 24 من قانون المؤشرات الجغرافية في كمبوديا

"The registration of geographical indication shall be valid from the date of the filing of the application provided that its registration is not cancelled or invalidated according to this Law".

<sup>2</sup> كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وجنوب إفريقيا ورومانيا ونيوزيلندا وماليزيا.

باستخدام المؤشر المسجل، والذي هو حق مؤقت يحتاج إلى التجديد كل عشر سنوات<sup>1</sup>.

## 2- تجديد التسجيل:

يتم تجديد التسجيل خلال الفترة المحددة قبل تاريخ انتهاء تسجيل المؤشر الجغرافي، ويجب على السلطة المختصة إرسال إخطار بالطريقة المحددة في القانون إلى المالك المسجل بتاريخ انتهاء صلاحية المؤشر الجغرافي المشار إليه. وبعبارة أخرى، لا يتم تجديد تسجيل المؤشر الجغرافي تلقائيًا، بل يجب أن يكون بناءً على طلب من مودع طلب التسجيل، وخلال المدة المحددة.

---

<sup>1</sup> وعلى نفس النهج القانون الصيربي؛ حيث تنص المادة 31 على الحماية الغير محدودة

"Period of validity of the registered appellation of origin or registered geographical indication shall not be limited". بينما تنص المادة 48 من ذات القانون على الحماية المقيدة بثلاث سنوات من تاريخ تسجيله كمستخدم مصرح، ويمكنه طلب تجديد التسجيل مرات أخرى

"Status of authorized user of appellation of origin or geographical indication shall be valid for three years of the date of entry of recognized status into the Register of Authorized Users of Indications of Geographical Origin"



ولا يخلو الأمر من أحد فرضين: الأول: إما أن يتم تقديم طلب تجديد تسجيل المؤشر الجغرافي من قبل المالك المسجل خلال الوقت المحدد قبل تاريخ انتهاء التسجيل. مع إرفاق ما يدل على سداد الرسم المقرر للتجديد. فتقوم السلطة المختصة بفحص الطلب، ويجوز لها طلب تفاصيل إضافية. ثم تُصدر قرارها بتجديد تسجيل المؤشر الجغرافي لمدة لا تتجاوز عشر سنوات. أما الفرض الثاني: فهو في حالة عدم تقدم المالك المسجل بأي طلب للتجديد أو تقديم الطلب بعد انقضاء المحدد. أو رفض المالك المسجل تقديم التفاصيل والمستندات المطلوبة منه عند تقديم طلب التجديد، وهنا ترفض السلطة المختصة تجديد تسجيل المؤشر الجغرافي، ويتم إخطار المالك المسجل بهذا القرار كتابة، كما يتم شطب المؤشر من سجل المؤشرات الجغرافية.

وجدير بالذكر أنه إذا كان الأصل أن يتم تقديم طلب التجديد قبل انتهاء مدة الحماية المقررة للمؤشر الجغرافي المسجل، فإن غالبية القوانين<sup>1</sup> المنظمة للمؤشرات الجغرافية تسمح بمهلة إضافية للمالك المسجل لكي يتقدم بطلب التجديد بعد انتهاء تاريخ التسجيل الأول وخلال مدة معينة بعد هذا التاريخ، والتي غالباً ما

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال المادة 51 من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري؛ والمادة 4/18 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي.

تكون ستة أشهر، مع دفع رسوم إضافية على هذا التأخير في التسجيل في الميعاد المحدد علاوة على الرسم الأصلي المقرر.

ويسري تجديد تسجيل المؤشر الجغرافي من تاريخ انتهاء التسجيل السابق.

#### - شطب تسجيل المؤشر الجغرافي

تمنح بعض التشريعات سلطة شطب مؤشر جغرافي مسجل للمحكمة المختصة فقط<sup>1</sup>، والبعض الآخر يُعطي للسلطة المختصة بالتسجيل والمحكمة سلطة شطب مؤشر جغرافي مسجل<sup>2</sup>. والبعض الآخر يُقصره على السلطة المختصة بالتسجيل فقط<sup>3</sup>.

يُحدد كل قانون على سبيل الحصر الحالات التي إذا توافر إحداها يتم شطب المؤشر الجغرافي المسجل، ويمكن إجمالها في الحالات الآتية:

---

<sup>1</sup> كالمادة 21 من القانون الأوكراني. والمادة 23 من قانون المؤشرات الجغرافية في ترينيداد وتوباغو. والمادة 12 من قانون المؤشرات الجغرافية في موريشيوس. والمادة 13 من القانون النموذجي للويبو. والمادة 55 من قانون حقوق الملكية الصناعية العماني.

<sup>2</sup> كالمادة 52 من قانون المؤشرات الجغرافية في سنغافورة.

<sup>3</sup> كالمادة 22 من قانون المؤشرات الجغرافية الماليزي. والمادة 2/61 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الاندونيسي؛ والمادة 22 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية التايلاندي؛ والمادة 11 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية البحريني.

**1- الشطب لعدم التجديد:** إذا لم يتقدم مودع طالب تسجيل المؤشر الجغرافي، وذلك خلال المدة المحددة قانونًا، أو تقدم بطلب للتجديد وتم رفض الطلب. فيتم شطب المؤشر الجغرافي المسجل بصورة تلقائية ودون حاجة إلى تقديم طلب بذلك.

وإذا تقرر شطب المؤشر الجغرافي لعدم تجديده تسجيله، فيجوز إعادة تسجيله، وذلك إذا تقدم مودع طلب التسجيل خلال مدة معينة من تاريخ انتهاء مدة التسجيل وليس من تاريخ الشطب. حيث تنص العديد من التشريعات<sup>1</sup> على أنه إذا قام مودع طلب التسجيل الأول بتقديم طلب لإعادة تسجيل المؤشر المشطوب لعدم التجديد، وذلك في غضون اثني عشر شهرًا من تاريخ انتهاء تسجيل المؤشر الجغرافي، و ثبت لدى السلطة المختصة بأنه: 1 لم يكن هناك أي استخدام للمؤشر الجغرافي بسوء نية خلال السنة التي تسبق شطبه مباشرة من السجل. أو 2 عدم نشوء خداع أو تضليل من استخدام المؤشر الجغرافي بسبب استخدامه السابق. فتقوم السلطة المختصة بإصدار قرارها بإعادة تسجيل المؤشر المشطوب في السجل المُعد لذلك طبقًا للأوضاع وبذات الإجراءات والرسوم المقررة للتسجيل أول مرة.

وجدير بالذكر أنه لا يجوز للسلطة المختصة بالتسجيل قبول أي طلب لتسجيل ذات المؤشر الجغرافي المشطوب إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ انتهاء

---

<sup>1</sup> راجع المادة 19/ب من قانون المؤشرات الجغرافية الماليزي؛ والمادة 19 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي.

تسجيل هذا المؤشر ويُعامل المؤشر المشطوب معاملة المؤشر المتمتع بالحماية والمقيد بالسجل المخصص للمؤشرات الجغرافية في هذا الشأن<sup>1</sup>، وهذا الحكم رعاية لمصالح المودع والمستخدمين المصرح لهم باستخدام هذا المؤشر، وإعطائهم الفرصة دون غيرهم بإعادة التسجيل خلال المدة المذكورة.

**2- الشطب لعدم الاستعمال:** إذا لم يتم استعمال المؤشر الجغرافي بصورة مستمرة، تنتفي الحكمة من تقرير الحماية المقررة له. ومن ثم تحدد القوانين مدة معينة متتالية، إذا لم يتم استخدام المؤشر الجغرافي المسجل خلالها، يتم شطبه من السجل وذلك بناءً على طلب مقدم من ذي شأن في شطب تسجيل المؤشر الجغرافي. فعلى سبيل المثال تنص المادة 1/21/ب من قانون حماية المؤشرات الجغرافية الأوكراني على أن تسجيل المؤشر الجغرافي يمكن أن ينتهي بحكم من المحكمة في حالات منها، عدم استخدام المؤشر الجغرافي لمدة سبع سنوات من تاريخ نشر تسجيل المؤشر الجغرافي أو من تاريخ آخر بعد هذا النشر. ويتم هذا الإنهاء بناءً على طلب أي شخص ذي شأن<sup>2</sup>. وذات الحكم منصوص عليه في

---

<sup>1</sup> راجع المادة 19 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي.

<sup>1</sup>The registration of a geographical indication may be terminated by the court if:... the geographical indication is not used within seven years from the date of publication of information on the registration of a

المادة 1/54 من لائحة الاتحاد الأوروبي؛ حيث يجوز للمفوضية الأوروبية من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من أي شخص طبيعي أو اعتباري صاحب مصلحة مشروعة، أن تشطب تسجيل المؤشر الجغرافي في الحالات الآتية ومنها، حالة عدم طرح أي منتج في السوق بموجب التخصص التقليدي المضمون، أو تسمية المنشأ المحمية أو المؤشر الجغرافي المحمي لمدة سبع سنوات على الأقل<sup>1</sup>.

**3- الشطب لعدم صلاحية المؤشر الجغرافي للتسجيل:** وهذه الحالة قد تتوفر منذ البداية، كما إذا تم تسجيل المؤشر الجغرافي بالمخالفة لأحكام القانون المنظم فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لصلاحية المؤشر الجغرافي للتسجيل، كأن تتوفر حالة من حالات عدم المشروعية، كأن يكون المؤشر الجغرافي المسجل مخالف

---

geographical indication or from another date after this publication. Such termination shall be made upon application of any interested person.”

<sup>1</sup>“The Commission may, on its own initiative or at the request of any natural or legal person having a legitimate interest, adopt implementing acts to cancel the registration of a protected designation of origin or of a protected geographical indication or of a traditional speciality guaranteed in the following cases:.... where no product is placed on the market under the traditional speciality guaranteed, the protected designation of origin or the protected geographical indication for at least seven years”.

للنظام العام أو الآداب العامة في الدولة أو أن يتم تسجيل المؤشر الجغرافي عن طريق الغش والتدليس.

كما أن عدم الأهلية للحماية القانونية قد تطرأ بعد عملية التسجيل. ففي هذه الحالة، يكون التسجيل صحيحاً من الناحية القانونية، وتوافرت شروطه، إنما طرأ على المؤشر الجغرافي المسجل في وقت لاحق ظروف تجعله لم يعد صالحاً للتمتع بالحماية القانونية. ومن ثم، وجب شطبه. ومثال ذلك، أن يُصبح المؤشر الجغرافي اسماً عامّاً أو شائعاً لا يستخدم لتمييز منتج بعينه عن طريق ربطه بأصله الجغرافي بل يُشير إلى اسم نوع من السلع. أو أن يفقد المؤشر الجغرافي المسجل الحماية في بلد المنشأ، أو أن يكون المؤشر الجغرافي المسجل قد فقد الرابطة السببية بين السلع والمنشأ الجغرافي كأن تتخلف الجودة أو السمعة أو الخصائص الأخرى للسلع والتي على أساسها تم منح الحماية للمؤشر الجغرافي.

ويتم تقديم طلب شطب التسجيل لدي المحكمة المختصة - أو لدى السلطة المختصة بالتسجيل في القوانين التي تسمح بذلك - من قبل أي شخص لديه مصلحة مشروعة، وكذلك أي سلطة مختصة يحددها القانون المنظم للمؤشرات

الجغرافية<sup>1</sup>. ويجب أن يتضمن طلب الشطب، اسم مقدم الطلب وعنوانه وجنسيته، وتحديد المؤشر الجغرافي المسجل والمطلوب شطبه، وأسباب الشطب والأدلة على توافرها<sup>2</sup>.

وبمجرد تقديم طلب بالشطب، يجب إخطار مودع طلب تسجيل المؤشر الجغرافي المسجل بطلب الإلغاء المقدم<sup>3</sup>. كما يجب نشر طلب الإلغاء في الجريدة المخصصة للمؤشرات الجغرافية، وذلك لإعلام الغير، والسماح لكل من له مصالح تتأثر بهذا الشطب، أن يتدخل ويعترض على هذا الطلب، والرد على الأسباب الواردة في طلب الإلغاء مع تقديم الأدلة على ذلك. وقد يكون المعترض على طلب الإلغاء هم الأشخاص المصرح لهم باستخدامه، أو جماعات المنتجين، أو جماعات المستهلكين، أو السلطة المختصة التي ينص عليها القانون.

---

<sup>1</sup> وتسمح بعض القوانين لمودع طلب تسجيل المؤشر الجغرافي أن يتقدم بطلب لإلغائه. انظر على سبيل المثال المادة 1/52/أ من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري. والمادة 1/28/ج من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي.

<sup>2</sup> المادة 2/13 من القانون النموذجي للويبو .

<sup>3</sup> وتوجب بعض القوانين ضرورة إخطار المستخدمين المصرح لهم باستخدام المؤشر الجغرافي المطلوب شطبه بطلب الشطب المقدم. كالمادة 3/22 من قانون المؤشرات الجغرافية الماليزي، والمادة 5/62 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الإندونيسي. والمادة 1/12 من قانون المؤشرات الجغرافية الموريشيوسي. والمادة 2/55 من قانون حقوق الملكية الصناعية العماني.

والأمر لا يخلو من أحد فرضين: الفرض الأول: ألا تُقدم أية اعتراضات على طلب الشطب، وهنا تفحص المحكمة الأسباب التي يقوم عليها والأدلة على توافرها، وإما أن تقبل الطلب وتقضي بالشطب، أو ترفض الطلب وتقضي بصلاحية المؤشر الجغرافي للاستمرار بالتمتع بالحماية القانونية. أما الفرض الثاني: فيتمثل في حالة تقديم اعتراضات على شطب المؤشر الجغرافي المسجل، وهنا تستمع المحكمة للطرفين وتفحص الأدلة المقدمة منهما، ثم تُصدر قرارها بقبول الشطب أو رفضه.

ويجب على المحكمة أن تُبين بشكل صريح في حكمها التاريخ الذي يسري منه الشطب، وهذا بطبيعة الحال يعتمد على السبب الذي بُني عليه قرار الشطب، ففي حالة المؤشر الجغرافي المسجل على أساس الغش أو التدليس أو كان غير مشروعاً من البداية فهنا الشطب يكون بأثر رجعي من تاريخ التسجيل، وكأن التسجيل لم يكن. بينما المؤشر الجغرافي الذي طرأ عليه بعد تسجيله صحيحاً سبباً من أسباب الإلغاء، فإن أثر الشطب يسري من تاريخ طلب الشطب أو قبل ذلك<sup>1</sup>. وفي جميع الأحوال، يجب إخطار السلطة المختصة بقرار المحكمة في هذا الشأن لكي يتم التنفيذ في سجل المؤشرات الجغرافية، كما يجب نشر القرارات الصادرة في هذا الشأن في الجريدة المخصصة للمؤشرات الجغرافية.

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال: المادة 52 من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري.



## - تعديل تسجيل مؤشر جغرافي:

تسمح معظم التشريعات المنظمة للمؤشرات الجغرافية<sup>1</sup> بإمكانية التقدم بطلب لتعديل تسجيل مؤشر جغرافي، وذلك بناءً على أسباب محددة، وهي تريبداً لنفس الحكم الوارد في المادة 1/13/ب من القانون النموذجي للويبو بشأن تعديل تسجيل المؤشر الجغرافي؛ حيث نصت على جواز التقدم بطلب التعديل بناءً على أحد سببين: الأول: أن المنطقة الجغرافية المحددة في التسجيل لا تطابق المؤشر الجغرافي. الثاني: أن بيان السلع المستخدم بشأنها المؤشر الجغرافي أو بيان النوعية أو الشهرة أو الخصائص الأخرى الخاصة بتلك السلع غير موجودة أو غير كافية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال: المادة 23 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية التايلاندي، والمادة 55 من قانون حقوق الملكية الصناعية العماني، والمادة 1/12/ب من قانون المؤشرات الجغرافية في ترينيداد وتوباغو، والمادة 1/22 من لائحة المؤشرات الجغرافية في اندونيسيا، والمادة 1/22/ب من قانون المؤشرات الجغرافية الماليزي.

<sup>1</sup>the rectification of a registration of an appellation of origin on the ground that the geographical area specified in the registration does not correspond to the appellation of origin, or that the indication of the products for which the appellation of origin is used or the indication of the essential characteristic qualities of such products is unsatisfactory".

وتتبع الإجراءات المنصوص عليها بشأن طلب إلغاء تسجيل مؤشر جغرافي، على الطلبات المقدمة بشأن التعديل.

وجدير بالذكر أنه يجوز للسلطة المختصة تصحيح الأخطاء المادية الواردة في سجل المؤشرات الجغرافية من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب مقدم إليها من مودع طلب التسجيل.

#### - تسجيل المؤشرات الجغرافية الأجنبية:

تسمح بعض الدول بتسجيل المؤشرات الجغرافية الأجنبية لديها بشروط معينة، بينما لا تُسجل دول أخرى هذا النوع من المؤشرات ولكنها في ذات الوقت قد تعترف بالمؤشر الجغرافي المسجل في بلد المنشأ وتمنحه الحماية، وذلك على النحو التالي:

بالنسبة للطائفة الأولى من الدول: فيجب لتسجيل مؤشر جغرافي لبلد أجنبي ومن ثم تمتعه بالحماية القانونية في هذا البلد، أن يكون هناك دليل رسمي معتمد من قبل السلطة المختصة بتسجيل المؤشر الجغرافية في بلد المنشأ بأن هذا

المؤشر الجغرافي محمي بموجب قانون بلد المنشأ وأنه تم استخدامه بشكل مستمر في بلده حتى تاريخ تقديم طلب التسجيل في بلد الحماية<sup>1</sup>.

وطبقاً لنص المادة 8 من قانون المؤشرات الجغرافية التايلندي، لا يمكن تسجيل المؤشرات الجغرافية الأجنبية إلا إذا كان مقدم طلب التسجيل يحمل جنسية إحدى الدول التي هي عضو في اتفاقية تتعلق بحماية المؤشرات الجغرافية وكانت تايلند منضمة إليها. وكان يملك محل إقامة أو مركز نشاط تجاري فعلي في تايلند أو في أي دولة من الدول الأعضاء في الاتفاقية الخاصة بالمؤشرات الجغرافية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر المادة 6 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية التايلندي. والمادة 2/54 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الإندونيسي؛ والمادة 5/49 من لائحة الاتحاد الأوروبي؛ حيث يقدم طلب تسجيل مؤشر جغرافي أجنبي للمفوضية الأوروبية مباشرة من قبل أصحاب الحق في طلب التسجيل أو بواسطة السلطة المختصة في هذا البلد. مع إرفاق ترجمة لجميع الأوراق المرفقة بأي لغة من لغات الاتحاد الرسمية.

<sup>2</sup>An applicant under Section 7 who is not a Thai national and wishes to apply for registration of a geographical indication of foreign country must also possess any of the following qualifications: 1 Having nationality of the country that is a member to the convention or the agreement among countries concerning protection of geographical indications to which Thailand is also a member. 2 Having domicile or actual business office in Thailand or in the country that is a member to the convention or the

ووفقاً للمادة 1/54 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الإندونيسية، فإن طلب التسجيل المقدم من شخص محل إقامته أو يقيم بشكل دائم خارج أراضي جمهورية إندونيسيا يجب أن يكون من خلال وكيله في إندونيسيا<sup>1</sup>.

وتُطبق الهند مبدأ المعاملة بالمثل فيما يتعلق بإمكانية تسجيل المؤشرات الجغرافية الأجنبية؛ حيث تذهب المادة 85 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي على أنه " عندما لا تمنح أي دولة أو دولة عضو في مجموعة دول أو اتحاد دول أو أي منظمة حكومية دولية تحدها الحكومة المركزية في هذا الصدد مواطني الهند نفس الحقوق فيما يتعلق بتسجيل وحماية المؤشرات الجغرافية مثل ما يتمتع به مواطنيها، فلا يحق لمواطني هذه الدولة: أ التقدم بطلب تسجيل أو التسجيل كمالك

---

agreement among countries concerning protection of geographical indications to which Thailand is also a member".

<sup>1</sup>Application filed by the Applicant residing or having a permanent domicile outside territorial of the Unitary State of the Republic of Indonesia must be filed through his/her Proxy in Indonesia".

ونفس النهج في المادتين 3/19 و 33 من قانون المؤشرات الجغرافية الكمبودي.

للمؤشرات الجغرافية. ب التقدم بطلب تسجيل أو التسجيل كمستخدم مرخص بموجب مؤشر جغرافي مسجل" <sup>1</sup>.

وتتبنى بعض الدول نهج الاعتراف بالمؤشر الجغرافي المسجل في دولة أخرى طبقاً للإجراءات والأوضاع المنصوص عليها في قانون هذه الدولة، وتمنحه الحماية القانونية شأنه في ذلك شأن المؤشر الجغرافي المحلي المسجل لديها، وعادة

---

"1Where any country or a country which is a member of a group of countries or union of countries or any Inter-Governmental Organisation specified by the Central Government in this behalf by notification in the Official Gazette does not accord to citizens of India the same rights in respect of the registration and protection of geographical indications as it accords to its own nationals, no nationals of such country or a country which is a member of a group of countries or union or countries or Inter-Governmental Organisations, as the case may be, shall be entitled: a to apply for the registration of, or be registered as the proprietor of geographical indication; b to apply for registration or be registered as an authorised user under of a geographical indication".

ما يكون هذا النهج من خلال المعاهدات الثنائية بين الدول<sup>1</sup>، أو المعاهدات الدولية الإقليمية<sup>2</sup> أو المعاهدات الدولية العالمية<sup>3</sup>.

فعلى سبيل المثال تعترف الدول المنضمة لاتفاق لشبونة بأي تسمية منشأ تم تسجيلها في أي دولة عضو- وهي تمثل بلد المنشأ- طبقاً للقانون المعمول بها، وذلك متى تم إيداع طلب تسجيل دولي لدى المكتب الدولي للويو وبرسم تسجيل واحد، وبعد أن يقوم المكتب بإخطار المكاتب المعنية في سائر الأطراف في الاتفاق بهذا التسجيل. ويمكن لأي دولة عضو أن رفض الاعتراف بهذه التسمية

---

<sup>1</sup> كذلك الاتفاقات الموقعة بين الاتحاد الأوروبي من جانب والعديد من دول آسيا من جانب آخر كفييتام وماليزيا واندونيسيا وتايلاند، واتفاقية التجارة الحرة بين المكسيك وتشيلي 1998، واتفاقية التجارة الحرة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأردن 2009. ولمزيد من التفصيل، راجع:

Mantrov, V., Op.Cit, p79

<sup>2</sup> تتعلق المعاهدات الدولية الإقليمية بتنظيم المؤشرات الجغرافية داخل منطقة معينة وتغطي فقط تلك الدول الواقعة في تلك المنطقة. كما هو الحال للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي؛ واتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية 1992- the North America Free Trade Agreement التي تغطي دول أمريكا الشمالية: الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك؛ واتفاقية الأنديز Agreement Andean المتعلقة بدول أمريكا الجنوبية. ورابطة دول جنوب شرق آسيا المعروف اختصاراً باسم آسيان بالإنجليزية: ASEAN اختصاراً لـ The Association of Southeast Asian Nations؛ وكذلك اتفاق بانغي 1977، والذي بموجبه تم إنشاء المنظمة الإفريقية للملكية الفكرية African Intellectual Property Organization- OAPI

<sup>3</sup> كاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، واتفاق مدريد بشأن قمع بيانات مصدر السلع، الزائفة أو المضللة، واتفاق لشبونة، ووثيقة جنيف لاتفاق لشبونة.

ومن ثم عدم منحها الحماية القانونية وذلك خلال عام من تسلمها الإخطار، ويلزم ان يكون الرفض مسبباً كأن تكون التسمية تتعارض مع علامة تجارية محمية لديها، أو أنها تدل على اسم عام لمنتج معين. ويمكن لأصحاب الشأن الطعن في قرار رفض منح الحماية - وذلك بعد إخطاره بالقرار - أن يطعن عليه أمام السلطات المختصة في الدولة المعنية. كما أنه يمكن أن تسحب هذه الأخير قرار الرفض بمنح الحماية أو تعلن منح الحماية بصورة صريحة، وذلك إذا ما تغيرت الظروف التي كانت تبرر الرفض.

ونظراً لأن اتفاق لشبونة لا يطبق سوى على تسميات المنشأ. فإن وثيقة جنيف - والتي دخلت حيز النفاذ في 26 فبراير 2020- توسّع نطاق الحماية ليشمل المؤشرات الجغرافية إلى جانب تسميات المنشأ، وطبقاً لنص المادة 9 من وثيقة جنيف يكفل كل طرف متعاقد الحماية لتسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية المسجلة في السجل الدولي - متى لم يرفض منح الحماية- في أراضيهِ. وبعبارة أخرى، تتمتع تسميات المنشأ والمؤشر الجغرافي بالحماية في أراضي كل طرف عضو مالم يرفض الحماية.

وجدير بالذكر أن هناك بعض الدول التي تمنح المؤشرات الجغرافية الأجنبية الحماية القانونية المقررة في القانون، ودونما حاجة إلى إعادة تسجيلها لديها، بشرط أن تكون محمية في بلد منشأها. كقانون حماية المؤشرات الجغرافية

البحريني؛ حيث تنص المادة 3 منه على أنه " تتمتع المؤشرات الجغرافية بالحماية المقررة في هذا القانون، ما دامت هذه المؤشرات محمية في بلد المنشأ".



## الفرع الثاني آثار التسجيل

نتناول أولاً صاحب الحق في استخدام المؤشر الجغرافي، ثم نطاق الحقوق المترتبة على تسجيل المؤشرات الجغرافية، وأخيراً، نسلط الضوء على الرقابة على المؤشرات الجغرافية، وذلك تباعاً على النحو التالي.

### أولاً: صاحب الحق في استخدام المؤشر الجغرافي

إن أصحاب الحق في استخدام المؤشر الجغرافي المسجل هم المنتجين في نطاق المنطقة الجغرافية المحدد معالمها في طلب التسجيل، وذلك بعد حصول كل مُنتج على ترخيص باستخدام المؤشر الجغرافي المسجل طبقاً للإجراءات المعمول بها. وتنص العديد من التشريعات المنظمة للمؤشرات الجغرافية<sup>1</sup> على أنه يُقصد بكلمة مُنتج في هذا الصدد: الشخص الذي يُنتج أو يستغل منتجات زراعية أو الشخص الذي يصنع منتجات حرفية أو يدوية أو صناعية أو الشخص الذي يتاجر في هذه المنتجات.

---

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال المادة 48 من قانون حقوق الملكية الصناعية العماني؛ والمادة 8/2 من قانون المؤشرات الجغرافية الأوغندي؛ والمادة 11/1/2 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي. والمادة 7/2 من قانون المؤشرات الجغرافية في ترينيداد وتوباغو. والمادة 13/2 من قانون المؤشرات الجغرافية الماليزي.

وهذا الحكم السابق ما هو إلا ترديد لما هو منصوص عليه في المادة 4/1

من القانون النموذجي للويبو بشأن التعريف الموسع للمُنتج producer<sup>1</sup>.

ولا يدخل الشخص الذي يُتاجر في المنتجات المتعلقة بالمؤشر الجغرافي ضمن مفهوم المُنتج طبقاً لبعض التشريعات، كالتشريع السنغافوري؛ حيث تنص المادة 11/2 من قانون المؤشرات الجغرافية على أن "المُنتج" يعني: أ فيما يتعلق بالمنتجات الزراعية، الشخص الذي ينتج تلك المنتجات للبيع أو لأغراض تجارية أخرى. ب فيما يتعلق بالمنتجات الطبيعية، الشخص الذي يستغل هذه المنتجات للبيع أو لأغراض تجارية أخرى. ج فيما يتعلق بمنتجات الحرف اليدوية أو الصناعة، الشخص الذي يصنع هذه المنتجات للبيع أو لأغراض تجارية أخرى<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>"producer" means: i any producer of agricultural products or any other person exploiting natural products, ii any manufacturer of products of handicraft, or industry, and iii any trader dealing in the said products  
"producer" means : 1a in relation to agricultural products, a person who produces those products for sale or other commercial purposes b in relation to natural products, a person who exploits those products for sale or other commercial purposes; or c in relation to products of handicraft or industry, a person who manufactures those products for sale or other commercial purposes.

ونفس النهج عند المشرع الإندونيسي؛ حيث نصت المادة 4/1 على أنه يُقصد  
"بالمنتج" الطرف الذي يُنتج السلع<sup>1</sup>.

ويجب أن يكون المستخدم - منتجًا أو تاجرًا- يمارس نشاطه في المنطقة  
الجغرافية المحددة في السجل. كما يجب أن تكون المنتجات التي يتم استخدام  
المؤشر الجغرافي لها هي تلك المحددة في السجل. وأخيرًا، يجب أن تتمتع  
المنتجات كذلك بالصفات المميزة الأساسية المحددة في السجل.

ويثور التساؤل في هذا المقام حول الوضع القانوني للمنتجين الذين لا  
يمارس نشاطهم في المنطقة المحددة في السجل أو يزاولونه في المنطقة ولكن  
يتعلق بمنتجات التي ليس لها الصفات المحددة في السجل، ويستخدمون المؤشر  
الجغرافي الذي تم تسجيله على هذه المنتجات. وبعبارة أخرى، هل يظل هؤلاء  
المنتجين يستخدموا المؤشر الجغرافي الذي تم تسجيله على منتجاتهم على الرغم من  
عدم استيفائهم لشروط استخدامه، أم أنه يحظر عليهم ابتداءً من تاريخ التسجيل  
استخدام هذا المؤشر الجغرافي المسجل على منتجاتهم بأي صورة كانت؟ لم  
تتعرض قوانين المؤشرات الجغرافية - على حد علم الباحث- إلى هذه المسألة،

---

<sup>1</sup>Producer shall mean a party who produces goods.

وكذلك نص المادة 7/2 من قانون المؤشرات الجغرافية في موريشيوس، لا يُدرج التاجر الذي  
يتجر في هذه المنتجات ضمن مفهوم المنتج.

ونؤيد الحكم الوارد في المادة 3/14 من قانون الويبو النموذجي<sup>1</sup> بأنه بالنسبة للمنتجين الذين يستخدمون المؤشر الجغرافي قبل تسجيله، وبحسن نية من قبل المنتجين ولا تتوافر فيهم شروط الاستخدام بعد التسجيل، يجوز للسلطة المختصة، بناءً على طلب هؤلاء المنتجين، منحهم الإذن بمواصلة استخدام المؤشر الجغرافي المسجل خلال مدة تحددها السلطة المختصة، لا تزيد على سنتين محسوبة من التسجيل المعني. ويتم تسجيل منح الإذن، كما يتم نشره. والهدف من هذا الحكم منع المشقة التي قد يسببها تسجيل مؤشر جغرافي لهؤلاء المنتجين؛ حيث سيضطر هؤلاء المنتجون فجأة، واعتباراً من تاريخ التسجيل، إلى التوقف عن تسويق منتجاتهم بموجب تسمية ربما كانوا يستخدمونها لفترة طويلة جداً. وهذا الامتياز مقصور فقط على المنتجين الذين يتصرفون بحسن نية؛ حيث تتمتع السلطة

---

<sup>1</sup>Where, before its registration, an appellation of origin was being used in good faith by producers not falling within the scope of subsection 1 the Office may, at the request of such producers, grant them permission to continue to use the appellation of origin during a period to be fixed by the Office and not exceeding two years counted from the registration concerned. The grant of permission shall be registered and published by the Office. When the said producers have put products on the market under a registered appellation of origin, any person shall have the right to use the appellation of origin for those products until the end of the period of permission.

المختصة بسلطة تقديرية في هذا الشأن، فلن يتم منح الإذن بمواصلة الاستخدام عندما يكون المنتج سيئ النية، كأن يكون قد بدأ في استخدام التسمية قبل وقت قصير من التسجيل بهدف الاستفادة من الفترة الانتقالية التي قد يُسمح بها. علاوة على ذلك، سيكون للسلطة المختصة الحرية في منح الإذن لفترة أقصر في بعض الحالات وفترة أطول في حالات أخرى، حسب الظروف الخاصة بكل حالة. وفي جميع الحالات، فلن تتجاوز المدة الممنوحة سنتين من تاريخ تسجيل المؤشر الجغرافي.

### ثانيًا نطاق الحقوق الناشئة عن تسجيل المؤشر الجغرافي

إذا تم الاعتراف بالمؤشر الجغرافي، فیتبع ذلك منحه الحماية القانونية، وذلك من خلال حماية الحقوق التي يتمتع بها المستخدمين المصرح لهم باستخدامه. ويمكن تقسيم الحقوق المتعلقة بالمؤشرات الجغرافية إلى قسمين: حقوق إيجابية وأخرى سلبية. وغالبًا، لا يتم تنظيم الحقوق الإيجابية المرتبطة باستخدام المؤشرات الجغرافية من الناحية القانونية، وذلك على عكس الحقوق السلبية التي يتم تنظيمها بشكل أكبر ومُفصل. ومع ذلك، فإن بعض التشريعات قد أوجدت تنظيمًا لهذا النوع الأول من الحقوق بشكل دقيق. ونبتاول ذلك على النحو التالي:

## أولاً الحقوق الإيجابية

تتعلق الحقوق الإيجابية بكل الاستخدامات القانونية والممكنة للمؤشرات الجغرافية المسجلة فيما يتعلق بالبضائع المعنية. وذلك على النحو التالي:

1- الحق في استخدام المؤشر الجغرافي: إن الهدف الأول لأي شخص يتقدم لتسجيل المؤشر الجغرافية أو الحصول على ترخيص من السلطة المختصة هو إمكانية استخدامه على منتجاته. وهنا يثور التساؤل حول تحديد مفهوم مصطلح الاستخدام في نطاق المؤشرات الجغرافية. حيث تنص أغلب القوانين المنظمة للمؤشرات الجغرافية على الحق في الاستخدام دون تحديد هذه الحق، وتكتفي بالنص على أن هذا الحق مقصور على المنتجين في المنطقة الجغرافية المحددة وبشأن المنتجات المحددة. ومع ذلك تذهب بعض القوانين إلى تنظيم الحق في الاستخدام تنظيمًا تفصيليًا، فالمادة 13/2 من قانون المؤشرات الجغرافية الأوغندي عرفت الاستخدام بأنه " الاستخدام بأي شكل من الأشكال، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، الاستخدام كجزء من أو فيما يتعلق بـ : أ أي معاملة، بما في ذلك الشراء أو البيع أو الهبة أو التبادل. ب أي استيراد أو تصدير. ج أي إعلان. د أي نشاط آخر ذي صلة<sup>1</sup>.

---

"<sup>1</sup>use" means use in any way, including without limitation, use as part of or in connection with : a any transaction, including a purchase, sale, gift,

ومن ثم، يعتبر المؤشر الجغرافي مستخدمًا إذا تم وضعه على المنتج أو على الملصق، أو لصقه على عبوة المنتج، أو عرض البضائع أو طرحها في السوق، أو استخدامه في الإعلان، أو تم تصدير البضائع أو استيراده بموجبه أو استخدامه على أوراق النشاط التجاري، والفواتير والمستندات الأخرى المصاحبة للمنتج<sup>1</sup>.

---

or exchange ;b any importing or exporting ;c any advertisement; or d any other related activity.

ونفس المعنى نصت عليه المادة 22/2 من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري.

<sup>1</sup> راجع نص المادة 3/17 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية الأوكراني

The use of a registered geographical indication shall be deemed to be: a applying it to the product or to the label; b applying it to the packaging of the product, the use in advertisement; c recording on letterheads, invoices and other documents accompanying the product.

ونفس المعنى ورد بالمادة 2/38 من قانون تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية للمنتجات والخدمات الكرواتي

The right referred to in paragraph 1 of this Article shall also comprise the use of a geographical indication or a designation of origin on packaging, catalogues, brochures, advertisements, and other forms of business documentation, and the import and export of products identified by such a geographical indication or a designation of origin.

وبصفة عامة، يشمل الحق في استخدام المؤشر الجغرافي المسجل النشاط التجاري بقدر ما يتعلق بإنتاج وتسويق البضائع. وتتص بعض القوانين على حق المستخدم المصرح له باستخدام المؤشر الجغرافي بوضع علامة "GO" أو "controlled geographical indication" في دائرة بجانب المؤشر الجغرافي المحمي على المنتجات لتمييزها عن غيرها<sup>1</sup>.

- الحق في اتخاذ تدابير لحظر استخدام المؤشرات الجغرافية من قبل الأشخاص الذين لا يحق لهم القيام بذلك.

- القيام بالأنشطة لضمان مطابقة المنتج الذي تم تسجيل المؤشر الجغرافي له، مع مواصفات المنتج المعتمدة من قبل السلطة المختصة بشكل خاص.

- نشر المعلومات والقيام بأي أنشطة أخرى تهدف إلى تعريف المستهلكين بالصفات المحددة للمنتج الذي تم تسجيل المؤشر الجغرافي له.

---

<sup>1</sup> راجع المادة 4/56 من قانون مؤشرات المنشأ الجغرافي، وكذلك المادة 18 من القانون الكرواتي.



## ثانياً الحقوق السلبية

تتضمن التشريعات المنظمة للمؤشرات الجغرافية قواعد تنظم الحقوق السلبية المتعلقة بها، والتي تشمل الحقوق المتعلقة بحظر الاستخدام غير القانوني للمؤشرات الجغرافية. ويمكن إجمال صور التعديت على المؤشرات الجغرافية على النحو التالي:

أ أي استخدام تجاري مباشر أو غير مباشر لاسم مسجل فيما يتعلق بمنتجات غير مشمولة بالتسجيل عندما تكون هذه المنتجات قابلة للمقارنة بالمنتجات المسجلة تحت هذا الاسم أو عندما يستغل استخدام الاسم سمعة المؤشر المحمي.

ب استخدام مؤشر جغرافي مسجل يعرف أية سلعة لم تنشأ في المكان الذي يشير إليه المؤشر الجغرافي المعني، حتى إذا تمت الإشارة إلى الأصل الحقيقي للمنتجات أو الخدمات أو إذا تمت ترجمة الاسم المحمي أو مصحوباً بتعبير مثل "تمط" أو "نوع" أو "صنف" أو "طريقة" أو "تقليد" أو ما شابهه.

ج أي استخدام لإشارة خاطئة أو مضللة لمصدر المنتج أو منشأه أو طبيعته أو صفاته الأساسية التي يتم استخدامها على العبوة الداخلية أو الخارجية أو المواد الإعلانية أو المستندات المتعلقة بالمنتج المعني.

د وبصفة عامة، أي ممارسة أخرى من شأنها تضليل المستهلك فيما يتعلق بالمنشأ الحقيقي للمنتج.

وقد نصت المادة 66 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الإندونيسي على أنه " يشمل التعدي على المؤشرات الجغرافية: أ- الاستخدام المباشر أو غير المباشر للبيانات الجغرافية للأغراض التجارية على السلع التي لا تتوافق مع دفتر الشروط. ب- الاستخدام المباشر أو غير المباشر لعلامة المؤشر الجغرافي للأغراض التجارية على السلع المحمية أو غير المحمية بقصد إثبات أن السلع تتمتع بجودة مماثلة لتلك التي تحميها البيانات الجغرافية، أو الاستفادة من هذا الاستخدام، أو الاستفادة من سمعة المؤشر الجغرافي. ج- استخدام المؤشر الجغرافي الذي يضلل الجمهور فيما يتعلق بالمنشأ الجغرافي للسلع. د- استخدام المؤشر الجغرافي دون حق حتى ولو تم تحديد مكان منشأ البضاعة. هـ- تقليد أو أي استخدام آخر يمكن أن يكون مضللاً فيما يتعلق بمكان المنشأ أو جودة البضائع الواردة في البيانات الظاهرة على العبوة أو في المواد الإعلانية أو على المستندات المتعلقة بالبضائع أو المعلومات التي يمكن أن تكون مضللة بشأن مكان

المنشأ في حالة التغليف. د- أي ممارسات أخرى من المحتمل أن تضلل الجمهور فيما يتعلق بالمنشأ الحقيقي للسلع<sup>1</sup>.

وإلى هنا، يثور تساؤل مهم حول نطاق الحماية الممنوحة للمؤشر الجغرافي المحمي من حيث تكوينه. وبعبارة أخرى هل تشمل الحماية القانونية كافة مكونات المؤشر

---

<sup>1</sup>Infringement of Geographical Indication shall include: a. Direct or indirect use of Geographical Indication for commercial purposes on goods which do not comply with the Book of Requirements; b. Direct or indirect use of sign of Geographical Indication for commercial purposes on goods which are protected or not protected with an intention: 1. to show that the goods have a comparable quality with those protected by Geographical Indication; 2. to gain benefits from such use; or 3. to gain benefits from the reputation of the Geographical Indication. c. Use of a Geographical Indication which misleads the public as to the geographical origin of the goods. d. Use of Geographical Indication without right even though the place of origin of the goods is indicated. e. Imitation or other misleading use which can be misleading as to the place of origin or the quality of the goods reflected in the statements appearing: 1. on packaging or wrapping; 2. in advertising materials; 3. on documents concerning the goods; or 4. information which can be misleading as to the place of origin in case of packaging or wrapping; or f. Any other practices which are likely to mislead the general public as to the true origin of goods".

الجغرافي الفردية ولو لم تكن أسماءً جغرافية، أم أن الأمر يتعلق فقط بالمؤشر الجغرافي ككل، أي كوحدة واحدة دون أن يشمل الأمر حماية كل مكون من مكوناته على حدة.

ولعل السبب في طرح هذا التساؤل، هو النتيجة العملية المترتبة عليه، ففي حالة حماية المؤشر الجغرافي ككل دون نظر إلى مكوناته الفردية، لن يمكن اعتبار استخدام الآخرين لأي مكون فردي من مكونات هذا المؤشر الجغرافي المحمي من قبيل التعدي على هذا الأخير، بينما على العكس من ذلك إذا تمت حماية مكونات المؤشر الجغرافي بشكل منفرد بالإضافة إلى حمايته كوحدة واحدة، فإن استخدام المؤشر ككل أو إحدى مكوناته يُعد من قبيل التعدي على المؤشر الجغرافي، والذي يخول لصاحب الحق في استخدامه رفع دعوى لوقف هذا التعدي.

وهذا التساؤل السابق ليس تساؤلاً نظرياً، بل إنه قد نشأ العديد من المنازعات حول هذا الأمر. ففي قضية المؤشر الجغرافي الإيطالي المحمي في الاتحاد الأوروبي "Aceto Balsamico tradizionale di Modena" خير مثال على ذلك. حيث تتلخص وقائع هذه القضية في قيام مُنتج ألماني للخل يُدعى " Balema GmbH"، بتسويق الخل الحلو المتبل الذي تم الحصول عليه من النبيذ في منطقة بادن الألمانية، وأطلق عليه تسمية Balsamico و Deutscher balsamico. مما حدا بالاتحاد المسئول عن تعزيز وحماية المنتج الأصلي من منطقة مودينا الإيطالية "Consorzio di Tutela dell ' Aceto Balsamico di Modena IGP" إلى

المطالبة بوقف استخدام تلك التسمية، باعتبار أن استخدام الصفة الإيطالية "balsamico" لمنتج ألماني يمثل انتهاكاً لمؤشره الجغرافي المحمي " Aceto Balsamico di Modena". وبعد الفشل في وقف استخدام التسمية الإيطالية، وكذلك الحصول على أمر قضائي في ألمانيا، سواء في الدرجة الأولى أو الثانية، رفع الاتحاد الإيطالي استئنافاً أمام المحكمة العليا الألمانية. وكانت المسألة المعروضة هي تحديد ما إذا كانت الحماية الممنوحة للمؤشر الجغرافي " Aceto Balsamico di Modena IGP" تمتد بالمثل إلى المكونات غير الجغرافية لهذا المؤشر. وتحقيقاً لهذه الغاية، أوقفت المحكمة الإجراءات، وأحالت سؤالاً أولياً إلى محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي حول ما إذا كان في ضوء المادة 1 من قرار المفوضية الأوروبية رقم 2009/583<sup>1</sup>، تشمل الحماية التي يتمتع بها التعبير الكامل " Aceto Balsamico di Modena" الاستخدام المنفصل لعناصرها غير الجغرافية "Aceto" و "Balsamico" و "Aceto Balsamico"؛ حيث تنص المادة 1 من هذا القرار على أن هذا الاسم الكامل يجب أن يتم قيده في السجل.

---

<sup>1</sup> والمنشورة بالجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي L175/7 في 2009/7/4 بشأن قيد اسم [Aceto Balsamico di Modena PGI] في سجل تسميات المنشأ المحمية والمؤشرات الجغرافية المحمية. متاح على الرابط التالي:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/3A32009R0583>

ويبدو أن محكمة العدل كانت واضحة تمامًا في اعتقادها أن الحماية الممنوحة للمؤشر ككل لم تكن تتألف من الحماية المنفصلة للمصطلحات الفردية. فقد ثبت للمحكمة أن مصطلح "aceto" اسم عام أو شائع. كما أن مصطلح "balsamico" هو الترجمة الإيطالية لصفة "balsamic" التي ليس لها دلالة جغرافية والتي هي في حالة الخل، تستخدم عادة للإشارة إلى الخل بنكهة حلوة وحامضة. ولهذا، وفي ضوء جميع الاعتبارات السابقة، كان رد المحكمة على السؤال المشار إليه هو أن المادة 1 من القرار رقم 2009/583 يجب تفسيرها على أنها تعني أن حماية اسم "Aceto Balsamico di Modena" كوحدة واحدة ولا تمتد الحماية إلى استخدام المصطلحات الفردية غير الجغرافية لهذا الاسم<sup>1</sup>.

### ثالثًا الرقابة على المؤشرات الجغرافية المسجلة

---

<sup>1</sup>Article 1 of Commission Regulation EC No 583/2009 of 3 July 2009 entering a name in the register of protected designations of origin and protected geographical indications [Aceto Balsamico di Modena PGI] must be interpreted as meaning that the protection of the name 'Aceto Balsamico di Modena' does not extend to the use of the individual non-geographical terms of that name".

C-432/18 Consorzio Tutela ولمزيد من التفصيل، راجع الحكم الصادر في هذه القضية Aceto Balsamico di Modena: متاح على الرابط التالي: <https://ipcuria.eu/case?>

C-432/18

تخضع المؤشرات الجغرافية المسجلة إلى الرقابة والتفتيش بصفة دورية<sup>1</sup>، وذلك من أجل التأكد من أن السلع الحاملة لهذه المؤشرات الجغرافية تتطابق مع الشروط والمواصفات الواردة بالتسجيل، وأن مستخدمي المؤشرات الجغرافية يمثلون لمعايير الإنتاج المتفق عليها.

والرقابة على المؤشرات الجغرافية رقابة مزدوجة، فهي من ناحية، قد تقوم بها السلطة المختصة بالتسجيل وهذه يمكن تسميتها برقابة خارجية رسمية، وقد تقوم بها الجمعيات - أيًا كان شكلها القانوني - التي ينتمي إليها هؤلاء المنتجين وهذا النوع من الرقابة يمكن تسميته بالرقابة الذاتية، وقد تقوم جمعيات حماية المستهلك بدور رقابي على السلع التي تحمل مؤشرات جغرافية مسجلة من أجل الحفاظ على مصلحة المستهلك وهذا النوع الأخير من الرقابة يمكن أن نطلق عليه رقابة خارجية غير رسمية. ومن ناحية أخرى، فالرقابة على المؤشرات الجغرافية تشمل مرحلتين: الأولى: مرحلة الإنتاج: وهي تشمل جميع العمليات اللازمة للوصول إلى السلع في صورتها النهائية، بما في ذلك تغليفها أو تخزينها لحين تصريفها. والمرحلة الثانية

---

<sup>1</sup> لمزيد من التفصيل حول الجهات الرقابية على المؤشرات الجغرافية، راجع:

European Union Intellectual Property Office , Protection and control of geographical indications for agricultural products in the EU Member States, Publications Office of the EU, 2017. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9483-01aa75ed71a1>

تتمثل في مرحلة طرح السلع التي تحمل المؤشرات الجغرافية في الأسواق أمام المستهلكين.

ويجب على المنتجين المرخص لهم باستخدام المؤشر الجغرافي المسجل السماح للجهة التي تتولى الرقابة بتفقد مواقع الإنتاج والحفظ، وكذلك الحصول على عينات من السلع للتأكد من مطابقتها للمواصفات، والاطلاع على المستندات.

وطبقاً لنص المادة 30 من قانون تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية التونسي يخول للأشخاص الذين يتولون الرقابة أثناء القيام بمهامهم:

1- دخول جميع المنشآت والمحلات والأماكن التي تحتوي على منتجات حاملة لتسميات منشأ أو لمؤشرات جغرافية أو لبيانات مصدر. 2- دخول محلات السكنى بما في ذلك تلك المصرح بممارسة نشاط في الصناعات التقليدية داخلها والتي يشتهر في كونها تحتوي على منتجات حاملة لتسميات منشأ أو لمؤشرات جغرافية أو لبيانات مصدر. ويكون دخول هذه المحلات طبقاً لمقتضيات مجلة الإجراءات الجزائية في ما يتعلق بالتفتيش وبترخيص مسبق من وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة. 3- معاينة المخالفات أثناء نقل المنتجات.



## المطلب الثاني

### وسائل حماية المؤشرات الجغرافية

اهتمت غالبية الدول بحماية المؤشرات الجغرافية في بادئ الأمر من خلال قوانينها الوطنية<sup>1</sup>، ولكنها كانت حماية محدودة؛ حيث اقتصرت على إقليم دولة المنشأ دون غيره. ونظرًا للتوسع في التجارة من خلال الأسواق الإقليمية والدولية، أصبح من الواضح، أن الحماية الوطنية لم تعد كافية؛ حيث تم تقليد المنتجات غالبًا خارج بلد المنشأ. ولذلك، كان التعاون الدولي مطلوبًا لضمان حماية المؤشرات الجغرافية أيضًا دوليًا في الأسواق التي يُرجح أن يتم تسويقها فيها، ووجود معاملة متبادلة في مستوى الحماية بين الدول.

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول حماية المؤشرات الجغرافية على المستوى الدولي، ونكرس الجهد في الفرع الثاني لبيان حماية المؤشرات الجغرافية على المستوى الوطني.

---

<sup>1</sup> تكشف البيانات الواردة من 92 دولة شاركت بياناتها لعام 2018 مع الويبو عن وجود 65900 مؤشر جغرافي محمي في هذه الدول. ولمزيد من التفصيل حول عدد المؤشرات الجغرافية التي تملكه كل دولة، راجع:

Wipo, World Intellectual Property Indicators 2019, Geneva, 2019, pp.

179-181. available at:

[https://www.wipo.int/edocsen/wipo\\_pub\\_941\\_2019.pdf](https://www.wipo.int/edocsen/wipo_pub_941_2019.pdf)



## الفرع الأول

### حماية المؤشرات الجغرافية على المستوى الدولي

يتم حماية المؤشرات الجغرافية على المستوى الدولي من خلال المعاهدات متعددة الأطراف التي تديرها الويبو والمتضمنة أحكاماً لحماية البيانات الجغرافية، وهي: اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، واتفاق مدريد لقمع بيانات مصدر السلع الزائفة أو المضللة، واتفاقية لشبونة لحماية تسميات المنشأ وتسجيلها الدولي، ووثيقة جنيف لاتفاق لشبونة بشأن تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية. بالإضافة إلى الأحكام الواردة باتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة اتفاقية التريبس والتي تتناول حماية المؤشرات الجغرافية في إطار أعضاء منظمة التجارة العالمية. ونعرض لذلك تباعاً على النحو التالي:

#### أولاً اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية 1883

- نطاق تطبيق الاتفاقية: تُعد اتفاقية باريس أول اتفاقية دولية متعددة الأطراف تناولت حماية حقوق الملكية الصناعية- بمعناها الواسع- بما في ذلك "مؤشرات المصدر أو تسميات المنشأ". ومع ذلك، لم تعرّف اتفاقية باريس هذه المصطلحات ولا تتطلب صراحة من الدول الأعضاء توفير الحماية لبيانات المصدر وتسميات المنشأ.

- مصادرة البضائع التي تحمل مؤشرات مصدر أو تسميات منشأ خاطئة: وفقاً لنص المادة 1/10 من الاتفاقية يتم مصادرة المنتجات التي تحمل بيان مخالف للحقيقة عن مصدر البيانات أو عن شخصية المنتج أو الصانع أو التاجر، وذلك في حالات الاستعمال المباشر أو غير المباشر. وهذه المصادرة تتم وفقاً لنص المادة 9 من الاتفاقية عند الاستيراد في دول الاتحاد التي يكون فيها لهذا المؤشر أو التسمية حق الحماية القانونية. كما توقع المصادرة أيضاً في الدول التي وضعت فيها المؤشرات أو التسميات الخاطئة أو في الدول التي تم استيراد المنتج إليها. وتقع المصادرة بناءً على طلب النيابة العامة أو أية سلطة مختصة أخرى أو من صاحب مصلحة سواء اكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً وذلك وفقاً للتشريع الداخلي لكل دولة. ولا تلتزم السلطات بتوقيع المصادرة على المنتجات التي تمر بالدولة في تجارة عابرة. وإذا كان تشريع الدولة لا يجيز المصادرة عند الاستيراد فيستعاض عن ذلك بحظر الاستيراد أو بالمصادرة داخل الدولة، وفي حالة إذا كان تشريع الدولة لا يجيز المصادرة عند الاستيراد ولا حظر الاستيراد ولا المصادرة داخل الدولة فيستعاض عن هذه الإجراءات بالدعاوى والوسائل التي يكفلها قانون تلك الدولة لرعاياها في الحالات المماثلة، وذلك حتى يتم التعديل اللازم في التشريع.

وطبقاً لنص المادة 2/10 من الاتفاقية يعتبر صاحب مصلحة، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كل منتج أو صانع أو تاجر يزاول إنتاج أو تصنيع تلك المنتجات أو الإتجار فيها ويكون مقره في الجهة التي ذكرت على غير الحقيقة

على أنها المصدر أو الإقليم الذي تقع فيه هذه الجهة أو في الدولة التي ذكرت على غير الحقيقة أو في الدولة التي استعمل فيها بيان المصدر أو تسمية المنشأ المخالفة للحقيقة.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية باريس تتناول المنتجات التي تحمل بيانات مصدر أو تسميات منشأ خاطئة False أو مخالفة للحقيقة وليس مضللة Misleading

- قمع المنافسة غير المشروعة Unfair Competition: توفر المادة 10 مكرر من الاتفاقية حماية ضد مؤشرات المصدر أو تسميات المنشأ الكاذبة أو المضللة كوسيلة لقمع المنافسة غير المشروعة. وتُعرف المادة 2/10 من الاتفاقية أعمال المنافسة غير المشروعة بأنها أي عمل منافس يتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية. ويكون محظوراً بصفة خاصة ما يلي: 1- كافة الأعمال التي من طبيعتها أن توجد بأية وسيلة كانت لبسا مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري. 2- الادعاءات المخالفة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري. 3- البيانات أو الادعاءات التي يكون استعمالها في التجارة من شأنه تضليل الجمهور بالنسبة لطبيعة السلع أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو صلاحيتها للاستعمال أو كميتها م 10 مكرر/3 من الاتفاقية.

وتسمح اتفاقية باريس في المادة 19<sup>1</sup> للأطراف بإبرام اتفاقات خاصة فيما بينهم لحماية الملكية الصناعية". وبالفعل، تم إبرام اتفاقيتين من هذا القبيل ذات صلة بالمؤشرات الجغرافية. وهما اتفاقية مدريد لعام 1891 واتفاقية لشبونة لعام 1958.

### ثانياً اتفاق مدريد بشأن قمع بيانات مصدر السلع الزائفة أو المضللة 1891

تحظر اتفاقية باريس استخدام مؤشرات المصدر أو تسميات المنشأ الزائفة أو الخاطئة، ولهذا اقترح عدد من الدول تنظيمًا أكثر شمولاً لما يعتبر إساءة استخدام هذا الحق من حقوق الملكية الفكرية، وكان اتفاق مدريد النتيجة المترتبة على ذلك. فهذا الأخير يُعد أول اتفاق دولي يتضمن قواعد محددة لقمع مؤشرات المصدر الزائفة والمضللة.

مصادرة السلع التي تحمل مؤشرات زائفة أو مضللة: وفقاً لنص المادة 1/1 من الاتفاقية فإن أي سلعة تحمل بياناً زائفاً أو مضللاً يتم بموجبة الإشارة بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى أن أحد الدول التي ينطبق عليها هذا الاتفاق، أو أحد الأماكن الواقعة فيه، هو بلد أو مكان المنشأ، يقع الحجز عليها عند استيرادها في أي بلد من هذه الدول. يقع الحجز على حد سواء في البلد الذي وضع فيه بيان المصدر

---

<sup>1</sup> "من المتفق عليه أن تحتفظ دول الاتحاد لنفسها بالحق في ان تبرم على انفراد فيما بينها اتفاقات خاصة لحماية الملكية الصناعية طالما أن هذه الاتفاقات لا تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية".

الزائف أو المضلل، أو الذي استوردت فيه السلع التي تحمل هذا البيان الزائف أو المضلل. وإذا كان تشريع أي بلد لا يجيز الحجز عند الاستيراد، فإنه يستعاض عن الحجز بحظر الاستيراد. أما إذا كان تشريع أي بلد لا يجيز الحجز عند الاستيراد، ولا حظر الاستيراد، ولا الحجز داخل البلد، فإنه يستعاض عن هذه التدابير بالإجراءات والوسائل التي يكفلها قانون هذا البلد للمواطنين في الحالات المماثلة، وذلك إلى حين تعديل تشريع البلد تبعاً لذلك. وفي حالة عدم وجود جزاءات خاصة تكفل قمع بيانات المصدر الزائفة أو المضللة، تطبق الجزاءات المنصوص عليها في الأحكام النظرية في قوانين العلامات أو الأسماء التجارية.

ويتضح من النص السابق، أن اتفاق مدريد يشمل قمع المؤشرات الزائفة والمؤشرات المضللة. ويكمن الفرق بينهما في أن المؤشرات المضللة قد يكون اسم المكان حيث منشأ السلعة صحيحاً إلا أنه مع ذلك قد يكون مربكاً للمشتري فيما يتعلق بمنشأ السلعة الحقيقي وجودتها. أما المؤشرات الزائفة فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون الاسم الحقيقي لمنشأ السلعة. كما أنه يجب حجز هذه السلع عند الاستيراد أو حظر استيرادها أو اتخاذ التدابير والعقوبات الأخرى في ذلك الشأن.

وطبقاً لنص المادة 2 من الاتفاقية فإن الحجز يقع بناء على طلب إدارة الجمارك التي يجب عليها أن تخطر في الحال صاحب الشأن، شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، لكي يتمكن إذا رغب في ذلك من اتخاذ الإجراءات المناسبة بشأن الحجز الواقع بصورة تحفظية. ومع ذلك، يجوز للنياحة العامة أو أية سلطة مختصة

أخرى أن تطالب بإجراء الحجز، سواء بناء على طلب الطرف المضرور أو من تلقاء نفسها. وتأخذ الإجراءات عندئذ سيرها العادي. لا تلتزم السلطات بإجراء الحجز في حالة تجارة المرور العابر.

- **حظر استخدام المؤشرات المضللة أو الخادعة في الإعلانات:** وفقاً لنص المادة 3 مكرر تتعهد الدول الأطراف بأن تحظر، فيما يخص بيع أي سلعة أو عرضها أو تقديمها للبيع، استعمال أية بيانات ذات طابع إعلاني من شأنها أن تضلل الجمهور بالنسبة لمصدر السلع، وذلك بوضعها على اللافتات أو الإعلانات أو الفواتير أو قوائم النبيذ أو الرسائل أو أوراق المراسلات التجارية أو أية رسائل تجارية أخرى. واستثناءً مما سبق، لا تمنع هذه الأحكام البائع من بيان اسمه أو عنوانه على السلع الواردة من بلد غير البلد الذي يتم البيع فيه. بيد أنه يجب في هذه الحالة أن يكون العنوان أو الاسم مصحوباً ببيان دقيق وبحروف ظاهرة لبلد أو مكان الصنع أو الإنتاج، أو أي بيان آخر كافٍ لتجنب وقوع أي خطأ بشأن المصدر الحقيقي للبضائع م3 من الاتفاقية.

- **المؤشرات العامة أو الشائعة Generic indications:** لم يمنح اتفاق مدريد حماية للتسميات العامة بل منح اختصاص لمحاكم كل دولة عضو في تحديد مؤشرات المصدر التي لا تقع ضمن أحكام الاتفاق بسبب كونها تسمية عامة. فتنص المادة 4 على أن "تقرر محاكم كل بلد التسميات التي لا تخضع بسبب طابعها النوعي لأحكام هذا الاتفاق، علمًا بأن التسميات الإقليمية لمصدر منتجات النبيذ لا تخضع



للتحفظ المنصوص عليه في هذه المادة". وقد اختلفت المحاكم الوطنية في النهج المتبع بشأن الحماية من المؤشرات الزائفة في شكل مترجم أو مقترنة بعبارات مثل نوع أو طريقة أو صنف، والتي فشل اتفاق مدريد في النص على حكم بشأنها. ولعل هذا الأمر يفسر إجماع بعض الدول التجارية المهمة كالولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا وإيطاليا عن الانضمام لاتفاق مدريد<sup>1</sup>

ويمكننا القول، بأن اتفاق مدريد لم يضيف مزيداً من الحماية على تلك المقدمة بموجب اتفاقية باريس، إلا أنه مع ذلك يمد الحماية إلى المؤشرات المضللة بالإضافة إلى المؤشرات الزائفة.

### ثالثاً بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات 1989<sup>2</sup>

أبرم بروتوكول اتفاق مدريد بهدف جعل نظام مدريد أكثر مرونة واتساقاً مع التشريعات الوطنية في بعض الدول أو المنظمات الدولية الحكومية التي لم يكن بإمكانها الانضمام إلى الاتفاق. ويسمح النظام بحماية العلامة في عدد كبير من الدول عن طريق التسجيل الدولي الذي يسري في كل من الأطراف المتعاقدة

---

<sup>1</sup>Connor, B.O., "The Law of Geographical Indications", Op.Cit, p32.

<sup>2</sup> تم تعديل هذا البروتوكول في 3 أكتوبر 2006، وكذلك في 12 نوفمبر 2007. ومتاح على الرابط التالي:

المعينة. وينظم تطبيق اتفاق مدريد وبروتوكول مدريد نسان هما اللائحة التنفيذية المشتركة<sup>1</sup> والتعليمات الإدارية<sup>2</sup>.

ويكون للتسجيل الدولي الأثر نفسه في كل طرف متعاقد<sup>3</sup> معين اعتباراً من تاريخ التسجيل الدولي كما لو كانت العلامة قد أودعت مباشرة لدى مكتب ذلك الطرف المتعاقد. وإن لم يصدر إخطار برفض الحماية خلال المهلة المحددة أو إذا أصدر أحد الأطراف المتعاقدة إخطاراً بالرفض ثم سحبه، تسري حماية العلامة المذكورة اعتباراً من تاريخ التسجيل الدولي كما لو كانت العلامة قد سجلت لدى مكتب ذلك الطرف المتعاقد. ويسري التسجيل الدولي لمدة 10 سنوات قابلة للتجديد لفترات إضافية مدة كل منها 10 سنوات مقابل سداد الرسوم المنصوص عليها. وقد تشمل الحماية بعض السلع والخدمات أو جميعها، ويجوز التخلي عنها في بعض

---

<sup>1</sup> نافذة اعتباراً من 1 فبراير 2019. ومتاحة على الرابط التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/text/501865>

<sup>2</sup> التعليمات الإدارية لتطبيق اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات وبروتوكول الاتفاق

نافذة اعتباراً من 1 فبراير 2019. ومتاحه على الرابط التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/03248>

<sup>3</sup> يضمّ نظام مدريد حالياً 106 عضواً، بما يشمل 122 دولة. ويُمثّل هؤلاء الأعضاء أكثر من

80% من التجارة العالمية، وللاطلاع على قائمة الدول الأعضاء، راجع الرابط التالي:

<https://www.wipo.int>

[/sites/www/treaties/en/documents/pdf/madrid\\_marks.pdf](https://www.wipo.int/sites/www/treaties/en/documents/pdf/madrid_marks.pdf)

الأطراف المتعاقدة المعنية فقط. ويجوز نقل التسجيل الدولي فيما يخص جميع الأطراف المتعاقدة المعنية أو بعضها وكل السلع والخدمات أو بعضها<sup>1</sup>.

ويحقق نظام مدريد مزايا عديدة لأصحاب العلامات التجارية. فبدلاً من إيداع عدة طلبات وطنية في جميع الدول المعنية وتحريها بلغات مختلفة وفقاً للقواعد والأنظمة الإجرائية الوطنية والإقليمية المتباينة ودفء عدد كبير من الرسوم المختلفة التي غالباً ما تكون مرتفعة، يمكن أن يتم التسجيل الدولي بمجرد إيداع طلب لدى المكتب الدولي عن طريق المكتب الوطني بلغة واحدة الإنكليزية أو الفرنسية أو الإسبانية وبتسديد مجموعة واحدة من الرسوم فقط. ويكفل النظام المزايا ذاتها فيما يتعلق بالاحتفاظ بالتسجيل وتجديده. وإذا نقل التسجيل الدولي إلى الغير أو طرأ أي تغيير آخر كتبديل الاسم والعنوان أو أحدهما، تقيّد تلك البيانات باتخاذ إجراء واحد ويسري أثرها في جميع الأطراف المتعاقدة المعنية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> المنظمة العالمية للملكية الفكرية، ملخص عن اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات لسنة 1891 وبروتوكول اتفاق مدريد لسنة 1989. متاح على الرابط التالي:

[https://www.wipo.int/treaties/ar/registration/madrid/summary\\_madrids.html](https://www.wipo.int/treaties/ar/registration/madrid/summary_madrids.html)

<sup>2</sup> ولمزيد من التفصيل، راجع: المنظمة العالمية للملكية الفكرية، دليل التسجيل الدولي للعلامات بناء على اتفاق مدريد وبروتوكول مدريد، 2019. متاح على الرابط التالي:

[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/wipo\\_pub\\_455\\_2019.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/wipo_pub_455_2019.pdf)

ويمكن حماية المؤشرات الجغرافية بموجب نظام مدريد للتسجيل الدولي للعلامات كعلامات جماعية أو علامات تصديق أو علامات ضمان<sup>1</sup>. بيد أن الأمر يقتصر على تلك الدول التي تحمي المؤشرات الجغرافية من خلال نظام العلامات التجارية وليس لديها قواعد محددة لحماية المؤشرات الجغرافية. وبعبارة أخرى، لا يمكن استخدام هذا النظام من قبل الدول التي لديها قوانين مستقلة ومحددة لحماية المؤشرات الجغرافية باعتبارها فرعاً مستقلاً من فروع الملكية الفكرية.

رابعاً اتفاقية لشبونة بشأن حماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصعيد الدولي

أنشأت اتفاقية لشبونة نظاماً دولياً لتسجيل وحماية تسميات المنشأ<sup>2</sup> بين أعضاء اتحاد لشبونة، والتي تضم الدول الموقعة، وقد جاءت هذه الاتفاقية استجابة للحاجة إلى نظام دولي ييسر حماية فئة خاصة من المؤشرات الجغرافية في دول

---

<sup>1</sup> ويمكن البحث عن التسجيلات الدولية للعلامات المحمية بموجب نظام مدريد، من خلال قاعدة بيانات المنظمة العالمية للملكية الفكرية، والمتاحة على الرابط التالي:

<https://www3.wipo.int/madrid/monitor/en/>

<sup>2</sup> وفي عام 2018، بلغ عدد تسميات المنشأ المسجلة وفقاً لنظام لشبونة عدد 1012 تسمية منشأ، بزيادة بنسبة 2.1٪ عن العام السابق، مدفوعة في الغالب بالنمو القوي من إيطاليا وجمهورية إيران الإسلامية. ولا تزال فرنسا أكبر مستخدم لهذا النظام بعدد 509 تسمية منشأ بنسبة 50.3٪ من إجمالي التسميات، تليها إيطاليا 17.3٪ وجمهورية التشيك 7.4٪ وجمهورية إيران الإسلامية 6٪ وبلغاريا 3.9٪. راجع:

Wipo, World Intellectual Property Indicators 2019, Op.Cit, p 181.

عديدة بخلاف بلد المنشأ بإجراء واحد وبأقل قدر من الشكليات والنفقات. وتلزم المادة 2/1 الأطراف في الاتفاقية بأن تتعهد طبقاً لنصوص هذه الاتفاقية، بأن تسهر داخل أراضيها على حماية تسميات المنشأ الخاصة بمنتجات الدول الأخرى الأعضاء في الاتحاد الخاص، تلك التسميات المعترف بها والخاضعة بهذه الصفة لحماية بلد المنشأ، والمسجلة لدى المكتب الدولي للملكية الفكرية والمشار إليه في الاتفاقية التي أُسِّنت بموجبها المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

وقد فشلت اتفاقية لشبونة في اجتذاب الدعم من الدول إلا عدد قليل منها<sup>1</sup>. ويُعزى البعض ذلك، إلى أن الانضمام يقتصر على تلك الدول التي تحمي تسميات المنشأ "في حد ذاتها". وهكذا، تم إغلاق الباب أمام الدول التي تحمي هذا الشكل من الملكية الفكرية تحت قوانين العلامة التجارية أو المنافسة غير المشروعة أو قوانين حماية المستهلك. كما لم تنص الاتفاقية على استثناء لتسميات المنشأ، التي أصبحت بالفعل عامة في الدول الأعضاء<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> حيث بلغ- حتى تاريخ 2020/5/7- عدد الدول المنضمة لاتفاق لشبونة 1958 30 دولة، بينما بلغ مجموع الأطراف المتعاقدة في وثيقة استوكهولم 1967 29 دولة، وللاطلاع على قوائم هذه الدول، راجع الرابط التالي:

[https://www.wipo.int/treaties/ar/Showsultsg=ar&treaty\\_id=10](https://www.wipo.int/treaties/ar/Showsultsg=ar&treaty_id=10)

<sup>2</sup>Blakeney, M., The Protection of Geographical Indications: Law and Practice, Edward Elgar Pub, UK, 2019, p14.

- **مضمون الحماية:** تكفل اتفاقية لشبونة الحماية لتسميات المنشأ من أي انتحال أو تقليد، حتى لو كانت هناك إشارة إلى المنشأ الحقيقي للمنتج أو كانت التسمية مستخدمة في شكل ترجمة أو مصحوبة بعبارات مثل "نوع" أو "طراز" أو "نموذج" أو "تقليد" أو ما يماثل ذلك م3. ولا تستبعد أحكام هذه الاتفاقية إطلاقاً الحماية الممنوحة سابقاً لتسميات المنشأ في أي بلد من الدول الأعضاء في الاتحاد الخاص، بموجب وثائق دولية أخرى، مثل اتفاقية باريس وتعديلاتها اللاحقة، واتفاق مدريد بشأن قمع بيانات مصدر السلع، الزائفة أو المضللة، وتعديلاتها اللاحقة، أو بموجب التشريع الوطني أو أحكام القضاء م4.

- **التسجيل الدولي لتسميات المنشأ:** نصت المادة 5 من الاتفاقية المذكورة على إجراءات عملية التسجيل في السجل الدولي لتسميات المنشأ لدى المكتب الدولي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية. وفي البداية، فإننا أمام تسمية منشأ قد سجلت بالفعل في بلد المنشأ، ونحتاج إلى الاعتراف بها في دول أخرى في نطاق الدول الأعضاء في اتفاقية لشبونة، ومنحها الحماية القانونية. وتبدأ عملية التسجيل بطلب إدارات الدول الأعضاء في الاتحاد الخاص، تسجيل تسميات المنشأ لدى المكتب الدولي باسم أي شخص طبيعي أو معنوي، خاص أو عام، له حق استخدام هذه التسميات بموجب التشريع الوطني. ومن ثم، لا يحق لأصحاب الحق في استخدام تسمية المنشأ المسجلة التقدم مباشرة للمكتب الدولي بإيداع طلب تسجيل دولي، بل

يكون هذا الطلب مقصوراً على الجهة الحكومية المختصة في بلد المنشأ بناء على طلب هؤلاء.

ثم يباشر المكتب الدولي دون تأخير إخطار إدارات مختلف الدول الأعضاء في الاتحاد الخاص بالتسجيلات التي تجرى، وينشرها في مجلة دورية<sup>1</sup> م2/5.

ويتولى المكتب الدولي، حالما يتم تسجيل تسمية المنشأ، موافاة السلطة المختصة التي التمتت التسجيل بشهادة تستنسخ فيها البيانات المقيدة في السجل الدولي، وإخطار السلطة المختصة بجميع دول الاتحاد بالتسجيل مقترناً بالبيانات نفسها.

---

<sup>1</sup> مجلة تسميات المنشأ "Appellations of origin" Bulletin هي المجلة الرسمية لنظام لشبونة. وهي صادرة عن الويبو لنشر التسجيلات الجديدة والتسجيلات الأخرى في السجل الدولي وكذلك المعلومات المتعلقة بالتغييرات في الإطار القانوني لنظام لشبونة. بالإضافة إلى ذلك، تحتوي المجلة على معلومات إحصائية تتعلق بتسميات المنشأ المسجلة. متاحة على الرابط التالي:

<https://www.wipo.int/lisbon/en/bulletin/>

كما يمكن البحث عن تسميات المنشأ المسجلة وفقاً لنظام لشبونة من خلال قاعدة بيانات لشبونة إكسبريس، والمنتجات التي تنطبق عليها، وأصحاب الحق في استخدامها وكافة البيانات المتعلقة بهذه التسميات. متاحة على الرابط التالي:

<https://www.wipo.int/ipdl/lisbon/search-struct.jsp>

ويجب ضمان حماية تسمية المنشأ التي كانت موضوع تسجيل دولي من تاريخ التسجيل الدولي في كل دولة متعاقدة لم تُصدر رفضًا لمنح الحماية. ومع ذلك، يجوز للدولة المتعاقدة أن تعلن أن الحماية مكفولة في ذلك البلد من تاريخ مختلف، والذي قد لا يتجاوز تاريخ انتهاء فترة الرفض وهي عام واحد.

وطبقًا لنص المادة 3/5 " يجوز لإدارة أي بلد أن تعلن عن عدم إمكانها ضمان حماية إحدى تسميات المنشأ التي تم الإخطار بتسجيلها، شرط أن تقوم بإخطار المكتب الدولي بهذا الإعلان، مع بيان الأسباب خلال عام من تاريخ تسلم الإخطار بالتسجيل، وشرط ألا يؤدي هذا الإعلان في البلد المعني إلى المساس بأشكال الحماية الأخرى للتسمية، التي في إمكان مالكيها أن يطالب بها بمقتضى المادة 4 أعلاه". ويفهم من هذا النص يجب أن يكون هذا الرفض للحماية موضوع إعلان بهذا المعنى، كما يجب أن يستوفي شرطين: الأول: شرط زمني؛ فيجب إخطار الرفض للمكتب الدولي في غضون سنة واحدة من تاريخ استلام ذلك البلد لإخطار التسجيل الدولي. والثاني هو شرط يتعلق بمضمون الرفض؛ فيجب أن يحدد إعلان الرفض أسباب الرفض. فعلى سبيل المثال، قد ترفض دولة حماية تسمية المنشأ لأنها تعتبر أن التسمية قد اكتسبت بالفعل طابعًا عامًا في أراضيها فيما يتعلق بالمنتج الذي تشير إليه أو لأنها تعتبر أن التسمية الجغرافية لا تتوافق مع تعريف تسمية المنشأ في اتفاقية لشبونة أو لأن التسمية ستتعارض مع علامة تجارية أو حق آخر محمي بالفعل في البلد المعني.



ولا يجوز لإدارات الدول الأعضاء في الاتحاد المعارضة في هذا الإعلان، بعد انقضاء مهلة العام المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة الخامسة. وعلى المكتب الدولي أن يخطر بأسرع وقت ممكن السلطة المختصة لبلد المنشأ بأي إعلان رفض منح الحماية تصدره السلطة المختصة بأي بلد آخر. ويجوز لصاحب الشأن، حالما تُخطره سلطته الوطنية بالإعلان الصادر من بلد آخر، أن يمارس في هذا البلد الأخير كل طرق الطعن القضائية أو الإدارية المتاحة لمواطني هذا البلد.

ووفقاً لنص المادة 6/5 إذا كانت إحدى التسميات التي تتمتع بالحماية في بلد ما بناءً على إخطار بتسجيلها على الصعيد الدولي، تستخدم بالفعل من قبل الغير في هذا البلد منذ تاريخ سابق على هذا الإخطار، فإن السلطة المختصة في هذا البلد يكون لها الحق في أن تمنح هذا الغير مهلة لا تزيد على عامين لكي يضع حداً لهذا الاستخدام، وذلك شرط إبلاغ المكتب الدولي بذلك خلال الأشهر الثلاثة التالية على انقضاء مهلة العام من تاريخ تسلم الإخطار.

ويجوز للدولة المتعاقدة أن تسحب الرفض الصادر عنها، في وقت لاحق إذا تغيرت الظروف التي كانت مبرراً لرفض منح الحماية. كما أنه منذ يناير 2010، أصبح يحق للدول المتعاقدة أن تصدر بيان منح للحماية، وهو ما من شأنه أن يعزز عملية الإبلاغ عن حالة التسجيلات الدولية في الدول الأعضاء. ويصدر بيان منح الحماية في حالتين: الأولى: عندما يكون الطرف المتعاقد بالفعل في وضع يسمح له بمعرفة أنه لن يصدر إعلان برفض الحماية قبل انتهاء فترة

الرفض المعمول بها سنة واحدة من استلام إخطار التسجيل. الثانية: بعد إعلان الرفض، يجوز للسلطة المختصة في البلد المتعاقد التي أخطرت إعلان الرفض للمكتب الدولي، بدلاً من إبلاغها بسحب الرفض، أن ترسل إلى المكتب الدولي بياناً مفاده أن الحماية مُنوحة لتسمية المنشأ موضوع التسجيل الدولي في البلد المتعاقد المعني.

وإذا لم يتم تقديم أي إعلان لرفض الحماية، فتتمتع تسمية المنشأ المسجلة بالحماية القانونية في هذه الدولة، مالم تقض في وقت لاحق محكمة وطنية في دولة متعاقدة، وبحكم نهائي بإبطال آثار التسجيل الدولي. ففي هذه الحالة، يجب على السلطة المختصة في البلد المعني إخطار المكتب الدولي وفقاً لذلك. وعقب هذا الإخطار، يسجل المكتب الدولي حالة الإبطال في السجل الدولي ويرسل نسخة من الإخطار إلى السلطة المختصة في بلد المنشأ.

- **مدة الحماية:** لم تنص اتفاقية لشبونة على مدة محددة لحماية تسميات المنشأ المسجلة بل إن المادة 1/7 نصت على أن يكفل التسجيل لدى المكتب الدولي طبقاً للمادة 5 سريان الحماية طوال الفترة المشار إليها في المادة السابقة، دون الحاجة إلى تجديد التسجيل. وبهذا النص نستنتج أن تسمية المنشأ المسجلة تظل مشمولة بالحماية، طالما أنها معترف بها في بلد المنشأ. وهذا هو القيد الوارد في المادة 6 والتي أحالت إليه المادة 1/7.

- رسوم التسجيل: وفقاً لنص المادة 2/7 يُسدد رسم واحد فقط مقابل تسجيل كل تسمية منشأ. وهذا الحكم السابق فيه تخفيف على طالب التسجيل؛ فلا يكون ملزماً بسداد رسم في كل دولة تعترف بتسمية المنشأ المسجلة، بل رسم واحد يسدد عند طلب التسجيل الدولي لدى مكتب الويبو بالإضافة إلى الرسم الذي سبق وأن قام بسداده عند تسجيل التسمية في بلد المنشأ. وتُدفع جميع الرسوم في إطار نظام لشبونة بالفرنك السويسري.

- تسميات المنشأ العامة أو الشائعة: لم تأخذ اتفاقية لشبونة بإمكانية تحول تسمية المنشأ المسجلة إلى تسمية عامة أو شائعة ومن ثم عدم تمتعها بالحماية وذلك مادامت متمتعة بالحماية في بلد المنشأ، بل نصت المادة 6 على أن أي تسمية تتمتع بالحماية في أحد بلدان الاتحاد الخاص بمقتضى الإجراءات المنصوص عليها في المادة 5، لا يجوز النظر إليها كما لو كانت قد أصبحت تسمية مشتركة، طالما ظلت مشمولة بالحماية على أساس أنها تسمية منشأ في بلد المنشأ.

- الإجراءات القضائية: يجوز وفقاً لنص المادة 8 اتخاذ الإجراءات القضائية الضرورية بهدف حماية تسميات المنشأ في كل دولة من الدول الأعضاء في الاتحاد الخاص، طبقاً للتشريع الوطني، وذلك: 1- بناء على طلب الإدارة المختصة أو النيابة العامة. 2- بواسطة أي طرف ذي مصلحة، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، خاصاً أم عاماً.

## خامسًا اتفاقية جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة " التريبس "

كانت حماية المؤشرات الجغرافية مطلبًا رئيسيًا للمفاوضين الأوروبيين في جولة أوروغواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف التي أجريت في إطار الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة GATT . وكانت المراكز المتنافسة هي الاتحاد الأوروبي وسويسرا من ناحية، والتي اقترحت أسلوبًا فرنسيًا للحماية، والولايات المتحدة الأمريكية من ناحية أخرى، والتي فضّلت حماية المؤشرات الجغرافية من خلال نظام علامات التصديق أو الضمان. ونتيجة لذلك، تم تخصيص قسم محدد من اتفاقية منظمة التجارة العالمية بشأن جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة للمؤشرات الجغرافية. وهي بهذا الأمر تُعد أول معاهدة دولية متعددة الأطراف تتناول المؤشرات الجغرافية في حد ذاتها كفرع مستقل من حقوق الملكية الفكرية.

وفيما يتعلق بالأحكام الواردة باتفاقية التريبس بشأن حماية المؤشرات الجغرافية، فهناك مستويين من الحماية: 1- حد أدنى من الحماية للمؤشرات الجغرافية المتعلقة بجميع السلع. 2- حماية إضافية للمؤشرات الجغرافية فيما يتعلق بالمشروبات الروحية والخمور.

- الحد الأدنى من الحماية للمؤشرات الجغرافية المتعلقة بجميع السلع

تلتزم الدول الأعضاء وفقاً لنص المادة 2/22 بتوفير الوسائل القانونية للأطراف المعنية لمنع: أ- استخدام أية وسيلة في تسمية أو عرض سلعة ما توهي بان السلعة المعنية نشأت في منطقة جغرافية غير المنشأ الحقيقي، بأسلوب يضل الجمهور بشأن المنشأ الجغرافي للسلعة. ب- أي استخدام يشكل عملاً من أعمال المنافسة غير المنصفة حسبما يتحدد معناها في المادة 10 مكررة من معاهدة باريس 1967.

كما تلتزم الدول الأعضاء باتخاذ الوسائل القانونية ضد المؤثرات الجغرافية التي تصور كذباً للجمهور أن السلع المعنية نشأت في أراضي أخرى، على الرغم من أنها صحيحة حرفياً فيما يتعلق بالأراضي أو المنطقة أو الموقع الذي نشأت فيه السلع م4/22. ويظهر من هذا النص، أن اتفاقية التريبس تلزم أعضاء منظمة التجارة العالمية بتطبيق أحكامه في قوانينها الداخلية، إلا أنه مع ذلك، لا يحدد الوسائل التي ينبغي لأعضاء منظمة التجارة العالمية تنفيذ شرط حماية المؤشرات الجغرافية. ولهذا السبب، لا يوجد نهج موحد بين الدول الأعضاء فيما يتعلق بوسائل الحماية المقدمة.

ووفقاً لنص المادة 3/22 " تلتزم الدول الأعضاء، من تلقاء نفسها إن كانت تشريعاتها تسمح بذلك أو بناء على طلب من طرف له مصلحة في ذلك، برفض أو إلغاء تسجيل علامة تجارية تشمل أو تتألف من مؤشر جغرافي: 1- فيما يتعلق بسلع لم تنشأ في الأراضي المشار إليها. 2- وكان استخدام المؤشر في العلامة

التجارية بالنسبة لهذه السلع في البلد العضو ذات طبيعة تضلل الجمهور فيما يتعلق بالمنشأ الحقيقي للسلع".

ويُفهم من هذا النص، أن استخدام علامة تجارية تحتوي أو تتألف من مؤشر جغرافي، بشكل لا يضلل الجمهور فيما يتعلق بمنشأ السلعة الحقيقية لا يُشكل انتهاكاً لأحكام اتفاقية التريبس.

كما نصت اتفاقية التريبس على مبدأ حسن النية والذي يمنع إبطال العلامات التجارية المماثلة أو المطابقة لمؤشر جغرافي إذا تم تسجيلها بحسن نية قبل أ تاريخ تطبيق أحكام اتفاقية التريبس في ذلك البلد العضو. أو ب منح المؤشر الجغرافي الحماية في بلد المنشأ. فوفقاً لنص المادة 5/24 من اتفاقية التريبس " حين تقديم طلب بتسجيل علامة تجارية أو تسجيلها بحسن نية، أو حين تكون حقوق في ملكية علامة تجارية قد اكتسبت من خلال الاستخدام الحسن النية إما: أ قبل تاريخ تطبيق هذه الأحكام في ذلك البلد العضو حسبما يحدده الجزء السادس. أو ب قبل منح المؤشر الجغرافي الحماية في بلد المنشأ. فإنه لا يجوز أن تخل التدابير المتخذة لتنفيذ أحكام هذا القسم بأهلية تسجيل العلامة التجارية أو باستمرار صلاحيتها أو بحق استخدامها على أساس أنها إما مطابقة أو مماثلة لمؤشر جغرافي".

ويُفهم من سياق هذا النص السابق، أن اتفاقية التريبيس تسمح بإمكانية التعايش بين علامة تجارية مسجلة سابقًا - وفقًا للشروط المنصوص عليه- ومؤشر جغرافي محمي في وقت لاحق.

وجدير بالذكر أن مستوى الحماية للمؤشرات الجغرافية لأي دولة عضو في منظمة التجارة العالمية يثبت عند الحد الذي بلغه عند دخول اتفاقية منظمة التجارة العالمية حيز التنفيذ، وذلك تطبيقًا لنص المادة 3/24 من اتفاقية التريبيس والتي تحظر على الدول الأعضاء أثناء تنفيذ القسم الثالث من اتفاقية التريبيس الإنقاص من الحماية الممنوحة للمؤشرات الجغرافية التي كانت قائمة في تلك الدولة العضو قبيل تاريخ سريان اتفاقية منظمة التجارة العالمي.

ووفقًا للمادة 9/24 من اتفاقية التريبيس، لا يوجد التزام على الدول الأعضاء بحماية المؤشرات الجغرافية غير المحمية أو التي انتهت حمايتها في بلد منشأها، أو التي لم تعد مستخدمة في ذلك البلد.

وبالنسبة للتسميات التي أصبحت عامة أو شائعة فإن المادة 6/24 من اتفاقية التريبيس نصت على أنه لا يلزم أي من الأحكام التي ينص عليها القسم الثالث من الاتفاق المذكور أيًا من الدول الأعضاء بتطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بمؤشر جغرافي خاص بأي بلد عضو آخر فيما يتعلق بسلع أو خدمات يكون المؤشر الدال عليها مطابقة للعبارة المألوفة في اللغة الدارجة على إنها الاسم الدارج

لهذه السلع أو الخدمات في أراضي ذلك البلد العضو. كما أنه لا يلزم أي من الأحكام التي ينص عليها هذا القسم أياً من الدول الأعضاء بتطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بإشارة جغرافية خاصة بأي دولة عضو أخرى فيما يتعلق بإنتاج الكرمة التي تعتبر المؤشر الدال عليها مطابقة للاسم الدارج لنوع من الأعناب الموجودة في أراضي ذلك البلد العضو اعتباراً من تاريخ نفاذ اتفاق منظمة التجارة العالمية.

ولا يجوز في سياق العمل التجاري أن يخل أي من الأحكام التي ينص عليها هذا القسم بأي شكل بحق أي شخص في استخدام اسم ذلك الشخص أو اسم سلفه في المجال التجاري، إلا إذا استخدم ذلك الاسم بطريقة تضلل الجمهور م/24/8 من اتفاقية التريبس.

- الحماية الإضافية للمؤشرات الجغرافية فيما يتعلق بالمشروبات الروحية والخمور:

بالإضافة إلى الحماية العامة للمؤشرات الجغرافية للخمور والمشروبات الروحية ضمن السياق العام لحماية المؤشرات الجغرافية الواردة في المادة 22، يتم منح حماية إضافية للمؤشرات الجغرافية للمشروبات الروحية والخمور بواسطة المادة 23. والتي تتمثل في الآتي:

تلتزم الدول الأعضاء بتوفير الوسائل القانونية للأطراف المعنية لمنع استخدام المؤشرات الجغرافية التي تحدد منشأ الخمور لتسمية الخمور التي لم تنشأ



في المكان الذي تشير إليه المؤشرات الجغرافية المعنية، أو المؤشرات التي تعرف نشأة المشروبات الروحية لتسمية المشروبات الروحية التي لم تنشأ في المكان الذي تشير إليه المؤشرات الجغرافية المعنية حتى حين يبين المنشأ الحقيقي للسلع، أو حين تستخدم المؤشر الجغرافي مترجمة أو مقرونة بعبارات مثل "نوع" و "صنف" و "نسق" و "تقليد" أو ما يشابهها م1/23. وطبقاً لهذا النص، ليس من الضروري للقول بوقوع تعدي على المؤشر الجغرافي إظهار أنه قد أدى إلى وقوع تضليل للجمهور أو أن الاستخدام يُشكل عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة. وبعبارة أخرى، إن الحماية هنا حماية موضوعية وتلقائية.

كما تلتزم الدول الأعضاء برفض أو إلغاء تسجيل أي علامة تجارية بشأن الخمر تشمل أو تتألف من مؤشر جغرافي يحدد منشأ الخمر، أو بشأن المشروبات الروحية تشمل أو تتألف من مؤشر جغرافي يحدد منشأ المشروبات الروحية، من تلقاء نفسها إن كانت تشريعاتها تسمح بذلك، أو بناء على طلب من طرف معنى فيما يتعلق بالخمر أو المشروبات الروحية التي لم تنشأ في تلك الأماكن م2/23. وبغض النظر عما إذا كان استخدام المؤشر في العلامة التجارية ذات طبيعة مضللة للجمهور فيما يتعلق بالمنشأ الحقيقي للسلع من عدمه.

ومع ذلك، نصت اتفاقية التريبس على ما يُعرف بشرط القدم "grandfather clause" والذي بمقتضاه لا تلتزم أي من الدول الأعضاء بمنع الاستخدام المستمر أو المماثل لمؤشر جغرافي معين خاص ببلد عضو آخر تعرف خمورا أو مشروبات

روحية، وذلك فيما يتعلق بسلع أو خدمات ينتجها أي من مواطنيها أو الأشخاص المقيمين فيها الذين ظلوا يستخدمون تلك المؤشر الجغرافي استخداماً مستمراً بالنسبة للسلع أو الخدمات ذاتها أو المتصلة بها في أراضي ذلك البلد العضو إما: أ على الأقل لمدة عشرة سنوات سابقة لتاريخ 15 أبريل 1994 ، أو ب بحسن نية قبل هذا التاريخ.

وعلاوة على الحماية الإضافية للمؤشرات الجغرافية فيما يتعلق بالمشروبات الروحية والخمور، فإن اتفاقية التريبس تنص على حماية أعلى بالنسبة للمؤشرات الجغرافية المتعلقة بالخمور، وتتمثل تلك الحماية فيما يلي:

بالنسبة للخمور التي تحمل مؤشرات جغرافية متماثلة الاسم، تُمنح الحماية لكل المؤشرات الجغرافية المتماثلة الاسم. وتحدد كل دولة عضو الأوضاع العملية للفرقة بين المؤشرات الاسمية المتماثلة المعنية، مع مراعاة: 1- ضرورة ضمان المعاملة المنصفة للمنتجين المعنيين. 2- عدم تضليل المستهلكين. فالمؤشرات الجغرافية المتماثلة أو المتجانسة تُعد مشكلة حقيقية، ويمكن أن تسبب العديد من المشاكل. فعلى سبيل المثال، ريوجا Rioja هو اسم لمنطقة في كل من إسبانيا والأرجنتين، ويتم استخدام التسمية في النبيذ المنتج في كلا البلدين، الأمر الذي يؤدي إلى نشوب العديد من النزاعات عندما يتم بيع كلا المنتجين في نفس السوق وحيث يكون لمنتج إحدى الدولتين صفات وخصائص غير موجودة في منتج الدولة الأخرى، ومن ثم فإن استخدام ذات التسمية لنفس المنتج يؤدي إلى تضليل

الجمهور بشأن المنشأ الحقيقي للمنتج<sup>1</sup>. وقد أوصت اللجنة الدائمة المعنية بقانون العلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية والمؤشرات الجغرافية التابعة لليوبيو بالنظر في توسيع نطاق هذا المبدأ ليشمل المؤشرات الجغرافية كلها، بغض النظر عن نوع المنتجات التي تستخدم من أجلها<sup>2</sup>.

كما تتمثل الحماية الإضافية في إنشاء نظام متعدد الأطراف للإخطار وتسجيل المؤشرات الجغرافية للخمر المؤهلة للحصول على الحماية في الدول الأعضاء بمنظمة التجارة العالمية المشاركين في النظام. فوفقاً لنص المادة 4/23 " لتسهيل حماية المؤشرات الجغرافية الخاصة بالخمر، تجرى مفاوضات في مجلس الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية حول إنشاء نظام دولي للإخطار بالمؤشرات الجغرافية وتسجيلها بالنسبة للخمر المؤهلة للحماية في الدول الأعضاء المشاركة في النظام".

---

<sup>1</sup>Connor,B.O., "The Law of Geographical Indications", Op.Cit, p58.

<sup>2</sup>WIPO Standing Committee On The Law Of Trademarks, Industrial Designs And Geographical Indications, 'Possible Solutions For Conflicts Between Trademarks and Geographical Indications and for Conflicts Between Homonymous Geographical Indications', WIPO Doc, Sct/5/3, June 2000.

وتنص المادة 1/24 من اتفاقية التريبيس على أن أعضاء منظمة التجارة العالمية "يوافقون على الدخول في مفاوضات تهدف إلى زيادة حماية البيانات الجغرافية الفردية بموجب المادة 23". وبالإضافة إلى ذلك، تتضمن المادة 2/24 التزامًا عامًا على مجلس التريبيس بأن يبقي قيد المراجعة تطبيق أحكام القسم 3 من اتفاقية التريبيس، والتي تحتوي على الفصل الخاص بالمؤشرات الجغرافية، وأن تتم أول مراجعة من هذا النوع خلال عامين من دخول اتفاقية منظمة التجارة العالمية حيز التنفيذ. وقد ثار العديد من الجدل في المفاوضات بشأن إنشاء نظام متعدد الأطراف للخمر والمشروبات الروحية والمراجعة العامة لأحكام المؤشرات الجغرافية، بما في ذلك إمكانية توسيع الحماية الممنوحة للخمر والمشروبات الروحية إلى منتجات أخرى بالإضافة إلى توسيع النظام المتعدد الأطراف لهذه المنتجات الأخرى.

## سادسًا وثيقة جنيف لاتفاق لشبونة بشأن تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية 2015

يمكن استخدام وثيقة جنيف لاتفاق لشبونة لحماية المؤشرات الجغرافية في دول أخرى غير بلد المنشأ؛ حيث تحدّث وثيقة جنيف وتعزّز نظام التسجيل الدولي القائم لحماية التسميات التي تعرّف المنشأ الجغرافي للمنتجات من خلال اتفاق لشبونة بشأن حماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصعيد الدولي لعام 1958. ولكن نظرًا لكون الأخير لا يُطبق إلا على تسميات المنشأ، فإن وثيقة جنيف توسّع

نطاق الحماية ليشمل المؤشرات الجغرافية إلى جانب تسميات المنشأ، من أجل مراعاة الأنظمة الوطنية أو الإقليمية القائمة لحماية التسميات المميزة المتعلقة بالمنتجات المرتبطة جودتها بمنشأ ما. وإضافة إلى ما سبق، توفر الوثيقة أقصى قدر من المرونة فيما يتعلق بكيفية تنفيذ معيار الحماية في القانون أي من خلال نظام خاص لتسميات المنشأ أو المؤشرات الجغرافية أو من خلال نظام العلامات التجارية. وتتيح وثيقة جنيف أيضاً لبعض المنظمات الحكومية الدولية إمكانية الانضمام إليها، بما يعزز الطابع الشامل لنظام الحماية الدولي، بل إن السبب الرئيسي وراء المراجعة الكاملة لاتفاقية لشبونة 1958 وإدخال التحسينات على أحكامها هو زيادة العضوية من خلال جذب المزيد من الأعضاء، بما في ذلك السماح للمنظمات الحكومية الدولية بأن تكون طرفاً في وثيقة جنيف. ويشكل اتفاق لشبونة ووثيقة جنيف لاتفاق لشبونة معاً نظاماً لشبونة الذي يوفر حماية دولية فعالة وشاملة أكثر لأسماء المنتجات التي ترتبط جودتها بمنشأ ما<sup>1</sup>.

- **الالتزام بالحماية:** طبقاً لنص المادة 9 فإن على كل طرف متعاقد أن يكفل الحماية لتسميات المنشأ المسجلة والمؤشرات الجغرافية المسجلة في أراضيه، في نطاق نظامه وممارساته القانونية ولكن وفقاً لأحكام هذه الوثيقة، مع مراعاة أي

---

<sup>1</sup> لمزيد من التفصيل، راجع: المنظمة العالمية للملكية الفكرية، الأحكام والمزايا الرئيسية لوثيقة جنيف لاتفاق لشبونة 2015، 2018، ص 3-5. متاح على الرابط التالي:

رفض أو تخل أو إبطال أو إلغاء قد يصبح نافذاً بالنسبة إلى أراضيهِ، على أن يكون من المفهوم أن الأطراف المتعاقدة التي لا تميز بين تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية في تشريعاتها الوطنية أو الإقليمية لن تكون ملزمة بإدراج هذا التمييز في تشريعاتها الوطنية أو الإقليمية. كما يقع على كل طرف متعاقد أن يتيح جزاءات قانونية فعالة لحماية تسميات المنشأ المسجلة والمؤشرات الجغرافية المسجلة ويجيز لأي سلطة عامة أو جهة معنية، سواء كانت شخصاً طبيعياً أم معنوياً، عاماً أو خاصاً، رفع إجراءات قانونية لضمان حمايتها بحسب نظام الطرف المتعاقد وممارساته القانونيين م14.

- **شكل الحماية:** منحت وثيقة جنيف الحرية لكل طرف متعاقد في اختيار نوع التشريعات التي سيكفل بموجبها الحماية المنصوص عليها في هذه الوثيقة، على أن تلبى تلك التشريعات المتطلبات الموضوعية لهذه الوثيقة. كما لا يجوز أن تؤثر أحكام وثيقة جنيف بأي شكل من الأشكال في أية حماية أخرى قد يمنحها طرف متعاقد لتسمية منشأ مسجلة أو مؤشر جغرافي مسجل بموجب تشريعه الوطني أو الإقليمي أو بموجب صكوك دولية أخرى. بالإضافة إلى أنه لا يترتب على العمل بأحكام هذه الوثيقة الحد من أية التزامات مترتبة على الأطراف المتعاقدة بعضها تجاه البعض أو الإخلال بأية حقوق يتمتع بها طرف بموجب أية صكوك دولية أخرى.

- **مضمون الحماية**

طبقاً لنص المادة 11 من وثيقة جنيف، يكفل كل طرف متعاقد فيما يتعلق

بتسمية منشأ مسجلة أو مؤشر جغرافي مسجل الوسائل القانونية لمنع ما يلي:

أ استخدام تسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي:

1- فيما يخص سلعا من نوع مماثل لنوع السلع التي تنطبق عليها تسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي والتي لم تنشأ في منطقة المنشأ الجغرافية أو التي لا تمتثل للمتطلبات المطبقة الأخرى لاستخدام تسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي؛

2- فيما يخص سلعا ليست من نفس نوع السلع التي تنطبق عليها تسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي أو فيما يخص خدمات، إذا كان ذلك الاستخدام من شأنه أن يشير إلى وجود صلة بين تلك السلع أو الخدمات والمستفيدين من تسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي ومن المرجح أن يضر بمصالحهم، أو حسب ما ينطبق، بالنظر إلى سمعة تسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي من المرجح أن ينتقص بصورة غير عادلة من تلك السمعة أو يضعفها أو أن ينتفع بها دون وجه حق.

ب أية ممارسة أخرى تؤدي إلى تضليل المستهلك إزاء المنشأ الحقيقي للسلع أو مصدرها الحقيقي أو طبيعتها الحقيقية.

كما تسري الفقرة 1/أ أيضا على أي استخدام لتسميات المنشأ أو المؤشرات

الجغرافية الذي يعدّ تقليدا لها، حتى وإن ذكر المنشأ الحقيقي للسلع، أو إذا

استُخدمت تسمية المنشأ أو استخدم المؤشر الجغرافي في شكل ترجمة أو بإضافة بمصطلحات مثل "نمط" أو "نوع" أو "طرز" أو "صنع" أو "تقليد" أو "طريقة" أو "منتج في" أو "مثل" أو مشابه" أو ما إلى ذلك.

ويتعيّن على الطرف المتعاقد، تلقائياً إذا سمح تشريعه بذلك، أو بناء على طلب جهة معنية، أن يرفض تسجيل علامة تجارية لاحقة أو أن يبطلها إذا أدى استخدام العلامة التجارية إلى حالة من الحالات المذكورة في الفقرة 1. وذلك كله دون الإخلال بأحكام المادة 1/13 التي تقضي بأن أحكام هذه الوثيقة لا تخل بعلامة تجارية سابقة مطلوبة أو مسجلة بحسن نية أو مكتسبة بالاستخدام بحسن نية، في طرف متعاقد. وفي حال كان قانون الطرف المتعاقد ينص على استثناء محدود للحقوق الممنوحة بموجب علامة تجارية يفيد أن تلك العلامة التجارية السابقة لا يجوز، في ظروف معينة، أن تخوّل مالكيها الحق في منع تسمية منشأ مسجّلة أو مؤشر جغرافي مسجّل من الحصول على الحماية أو الاستخدام في ذلك الطرف المتعاقد، فإن حماية تسمية المنشأ المسجّلة أو المؤشر الجغرافي المسجّل لن تحدّ من الحقوق الممنوحة بموجب تلك العلامة التجارية بأية طريقة أخرى.



وتأخذ وثيقة جنيف بمبدأ الحماية ضد التحول إلى اسم عام<sup>1</sup>؛ حيث تنص المادة 12 على أنه لا يمكن اعتبار تسميات المنشأ المسجلة والمؤشرات الجغرافية المسجلة على أنها أصبحت اسماً عاماً في طرف متعاقد. ومن المفهوم أنه في حال اكتست بعض عناصر التسمية أو المؤشر المؤلف لتسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي طابع الاسم العام في أراضي طرف المنشأ المتعاقد، فإن حمايتها بموجب هذه الفقرة لا تُشترط في الأطراف المتعاقدة الأخرى. ولمزيد من اليقين، لا يمكن أن

---

<sup>1</sup> ولعل هذا الحكم - بالإضافة إلى غيره- يُعد السبب الأول في إجماع الولايات المتحدة الأمريكية عن الانضمام لوثيقة جنيف وكذلك اتفاق لشبونة؛ حيث لا تحمي الولايات المتحدة المصطلحات الجغرافية العامة للسلع أو الخدمات أي المصطلحات أو الإشارات المستخدمة على نطاق واسع بحيث ينظر إليها المستهلكون على أنها تصنف فئة من جميع السلع أو الخدمات من نفس النوع ، بدلاً من كونها مؤشرات للأصل الجغرافي . وبسبب وجهة النظر هذه، فإن أي مُنتج حر في استخدام المؤشرات الجغرافية في الولايات المتحدة بمجرد اعتبارها عامًا. ويعتمد منع استخدام العلامة عادةً على تضليل المستهلك إذا كان الاستخدام من قبل طرف غير مصرح له من المحتمل أن يسبب تضليل، ففي هذه الحالة يمكن لمالك العلامة التجارية أو المؤشر منع استخدامهما. وهذا يتناقض مع الحماية الأعلى لاتفاقية لشبونة لتسميات المنشأ، والتي تمنع مثل هذا الاستخدام بغض النظر عن تضليل المستهلك من عدمه. كما تخشى الولايات المتحدة من تأثير وثيقة جنيف على التجارة العالمية، وتحديدًا على الشركات التي تعتمد أعمالها على استخدام الأسماء الشائعة أو العامة. فعلى سبيل المثال، لا يمكن حماية "التفاح" كعلامة تجارية في الولايات المتحدة لأن "التفاح" هو اسم عام لنوع من الفاكهة. ولمزيد من التفصيل، راجع:

Dudding,D., The Lisbon Agreement: Why the United States Should Stop Fighting the Geneva Act, The Journal of Entertainment & Technology Law, Vol. 18, No.1 , pp.185-189.

يستند رفض علامة تجارية أو إبطالها أو الكشف عن تعدد في الأطراف المتعاقدة بموجب شروط المادة 11 إلى العنصر الذي يكتسي طابع الاسم العام. كما أنه من المفهوم أيضاً أن المادة 12 لا تخلّ بتطبيق أحكام هذه الوثيقة فيما يخص الاستخدام السابق، إذ يمكن، قبل التسجيل الدولي، أن تكون التسمية أو يكون المؤشر المؤلف لتسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي اسماً عاماً، كلياً أو جزئياً، في طرف متعاقد غير طرف المنشأ المتعاقد نظراً مثلاً إلى أن التسمية أو المؤشر أو جزء منهما مطابق لمصطلح اعتيادي في لغة دارجة بوصفه الاسم الاعتيادي لسلعة أو خدمة في ذلك الطرف المتعاقد أو نظراً إلى أنه مطابق للاسم الاعتيادي المطلق على صنف عنب مثلاً في ذلك الطرف المتعاقد.

- **مدة صلاحية التسجيل:** نصت وثيقة جنيف صراحة في المادة 1/8 على أن التسجيلات الدولية تكون سارية المفعول إلى أجل غير مسمى، مع الأخذ في الاعتبار أن حماية تسمية المنشأ المسجلة أو المؤشر الجغرافي المسجل تُصبح غير مطلوبة إذا أصبحت التسمية التي تتكون منها تسمية المنشأ أو يتكون منها المؤشر الجغرافي غير محمية في طرف المنشأ المتعاقد. وفي هذا الحالة يتعين على الإدارة المختصة لدى طرف المنشأ المتعاقد أن تطلب إلغاء التسجيل الدولي.

- **تقديم طلبات التسجيل:** تبنت وثيقة جنيف مزيداً من المرونة فيما يتعلق بتقديم طلبات التسجيل؛ حيث سمحت للمستفيدين أو للشخص الطبيعي أو المعنوي إيداع الطلب إذا سمح بذلك تشريع طرف المنشأ المتعاقد م/3/5، ولا تسري الفقرة الفرعية

أ إلا إذا قام الطرف المتعاقد بتقديم إعلان يفيد أن تشريعه يسمح بذلك. ويجوز للطرف المتعاقد أن يُدلي بذلك الإعلان عند إيداعه وثيقة تصديقه أو انضمامه أو في أي وقت لاحق. وإذا أدلى بالإعلان في وقت إيداع وثيقة التصديق أو الانضمام، أصبح الإعلان نافذاً لدى دخول هذه الوثيقة حيز النفاذ في الطرف المتعاقد المعني. أما إذا أدلى بالإعلان بعد دخول هذه الوثيقة حيز النفاذ في الطرف المتعاقد، أصبح الإعلان نافذاً بعد التاريخ الذي يتسلم فيه المدير العام الإعلان بثلاثة أشهر م 3/5/ب.

وبالإضافة إلى الطلبات المودعة مباشرة من المستفيدين أو الشخص الطبيعي أو المعنوي، فإن الأصل أن يودع طلب التسجيل الدولي لتسمية منشأ أو مؤشر جغرافي مباشرة من خلال الإدارة المختصة في الدولة العضو باسم: 1- المستفيدين<sup>1</sup>. 2- أو شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بالأسس القانونية بموجب قانون طرف المنشأ المتعاقد لتأكيد حقوق المستفيدين أو حقوق أخرى تتصل بتسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي م 2/5.

ونظراً لأن وثيقة جنيف تُطبق على منطقة المنشأ الجغرافية التي تتألف من منطقة جغرافية عابرة للحدود، أو جزء منها. ففي هذه الحالة، يجوز للأطراف

---

<sup>1</sup> وتعني كلمة "المستفيدين" الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يخول لهم قانون طرف المنشأ المتعاقد استخدام تسمية منشأ أو مؤشر جغرافي م 17/1 من وثيقة جنيف.

المتعاقدة المجاورة، وفقا لاتفاقها، إما: 1- الاشتراك في إيداع طلب واحد من خلال إدارة مختصة تتفق على تعيينها. أو 2- أن يتقدم كل طرف بطلب تسجيل مستقل.

- **الرسوم:** أخذت اتفاقية جنيف بمبدأ الرسم الفردي. فبالإضافة إلى رسم التسجيل الدولي، نصت المادة 4/7 على أنه يجوز لأي طرف متعاقد أن يخطر المدير العام، بموجب إعلان، بأن الحماية الناجمة عن التسجيل الدولي لن تمتد إلى أراضيه إلا إذا سُدد رسم لتغطية تكلفة الفحص الموضوعي للتسجيل الدولي. ويحدّد مبلغ هذا الرسم الفردي في الإعلان ويمكن تغييره في إعلانات لاحقة. ولا يجوز أن يتعدى هذا الرسم المبلغ المطلوب بموجب التشريعات الوطنية أو الإقليمية للطرف المتعاقد بعد خصم الوفورات الناجمة عن الإجراء الدولي. وإضافة إلى ذلك، يجوز للطرف المتعاقد أن يخطر المدير العام، بموجب إعلان، بأنه يشترط رسمًا إداريًا يتعلق باستعمال تسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي من قبل المستفيدين في ذلك الطرف المتعاقد. وفي حالة عدم تسديد الرسم الفردي، طبقًا للاتحة التنفيذية، يُعدّ هذا الأمر بمثابة التخلي عن الحماية في أراضي الطرف المتعاقد الذي يشترط دفع الرسم.

- **ضمانات أفضل لحقوق الغير:** تكفل وثيقة جنيف ضمانات أفضل لحماية حقوق الغير، فيجوز لأي شخص تتأثر مصالحه بأي تسجيل دولي لتسمية منشأ او مؤشر جغرافي أن يطلب من السلطة الوطنية المختصة في دولته الإخطار برفض الحماية فيما يتعلق بهذا التسجيل. بالإضافة إلى حق السلطة الوطنية في إصدار مثل هذا

الإخطار بالرفض من تلقاء نفسها بالنسبة لأي تسجيل دولي طبقاً لأحكام وثيقة جنيف، وعلى هذا تنص المادة 15 بأنه "يجوز للإدارة المختصة لدى طرف معني أن تخطر المكتب الدولي في غضون المهلة المحددة في اللائحة التنفيذية برفض آثار التسجيل الدولي في أراضيها. ويجوز للإدارة المختصة أن تتقدم بإخطار الرفض هذا من تلقاء نفسها إذا سمحت تشريعاتها بذلك أو بناء على طلب جهة معنية. ويحدد إخطار الرفض الأسباب التي يقوم عليها الرفض. كما يتيح كل طرف متعاقد فرصة معقولة لأي أحد ستتأثر مصالحه بتسجيل دولي كي يطلب من الإدارة المختصة الإخطار بالرفض فيما يخص التسجيل الدولي

وعلاوة على ما سبق، فإن أحكام وثيقة جنيف لا تخل بحق أي شخص في استخدام اسمه الشخصي أو اسم أسلافه في مزاوله نشاطه التجاري إلا إذا استخدم هذا الاسم بصورة تضلل الجمهور م2/13. ولا تخل أيضاً بحق أي شخص في استخدام تسمية صنف نباتي أو سلالة حيوانية في سياق التجارة إلا إذا استخدمت هذه التسمية بصورة تضلل الجمهور م3/13.

وإذا قدّم الطرف المتعاقد الذي رفض آثار تسجيل دولي على أساس الاستخدام بموجب علامة تجارية سابقة أو حق سابق آخر، إخطاراً بسحب ذلك الرفض بموجب المادة 16 أو بمنح الحماية بموجب المادة 18، فإن الحماية المترتبة لتسمية المنشأ أو المؤشر الجغرافي لا تُخل بذلك الحق أو باستخدامه إلا إذا كانت الحماية قد مُنحت عقب إلغاء أو عدم تجديد أو إسقاط الحق أو إبطاله.

وجدير بالذكر، أن السجل الدولي الذي أنشأته وثيقة جنيف قد سهل حماية المؤشرات الجغرافية وتسميات المنشأ في الدول الأعضاء بخلاف دولة المنشأ، الأمر الذي أدى إلى زيادة اليقين القانوني في التجارة الدولية لجميع المتعاملين سواء منتجين أو تجار أو مستهلكين.

ويمكننا القول بأن وثيقة جنيف قد نقلت اتفاق لشبونة من اتفاقية صغيرة تضم أقل من ثلاثين عضوًا إلى اتفاقية أثارت القلق والجدل العالميين. ومع ذلك، فإن الدفع من أجل حماية أعلى للمؤشرات الجغرافية في جميع المجالات ليس مفهومًا جديدًا؛ حيث كانت حماية المؤشرات الجغرافية بشكل أكبر موضوع مناقشة لمدة عقد من الزمن في منظمة التجارة العالمية ومن غير المحتمل أن تتراجع في أي وقت قريب. فوثيقة جنيف تمنح الحماية المطلوبة من قبل أعضاء منظمة التجارة العالمية التي تريد حماية أعلى للمؤشرات الجغرافية، بينما تسمح في ذات الوقت أيضًا بالتسجيل الدولي السريع الذي من شأنه حماية المنتجات المحلية عبر جميع الدول المتعاقدة في الاتفاقية. وبعبارة أخرى، فإنه على الرغم من أن وثيقة جنيف قد تطرح في البداية بعض المشاكل العملية، إلا أنها تحاول مواجهة بعض القضايا التي تحيط حاليًا بعالم الملكية الفكرية الدولية. ففي حين أن مراجعاتها توسعية بالتأكيد، إلا أن القضايا التي تتناولها هي نفسها التي تتم مناقشتها في

المنتديات العالمية الأخرى ومن غير المرجح أن تختفي ببساطة إذا بقيت في مجال  
المفاوضات<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Op.Cit, p191.Dudding,D.

## الفرع الثاني

### حماية المؤشرات الجغرافية على المستوى الوطني

#### تمهيد وتقسيم

يختلف النهج المتبع في كل دولة بشأن حماية المؤشرات الجغرافية، ولعل ذلك يرجع إلى أن اتفاقية التريبس وغيرها من المعاهدات الدولية المتعلقة بالمؤشرات الجغرافية ركزت على تحقيق نتيجة معينة وهي حماية المؤشرات الجغرافية على النحو الوارد بها، ولم تنص على وسيلة قانونية معينة للحماية، بل تركت للدول الأعضاء مطلق الحرية في اختيار الوسيلة المناسبة في النظام القانوني لديها ووفقاً لظروفها التاريخية والاقتصادية<sup>1</sup>. الأمر الذي أدى في نهاية المطاف إلى وجود طائفة متنوعة من النهج المتبعة في توفير الحماية للمؤشرات الجغرافية. وبالتبعية اختلافات في نطاق وشروط الحماية الممنوحة.

ويمكننا التمييز بين أنظمة حماية المؤشرات الجغرافية الرئيسية، والتي قد تكون عبر قوانين خاصة لحماية المؤشرات الجغرافية فقط، أو نظام الحماية من

---

<sup>1</sup>Kireeva, I. and O'Connor, B., Geographical Indications and the TRIPS Agreement: What Protection is Provided to Geographical Indications in WTO Members?, The Journal of World Intellectual Property , Vol.13, No.2, 2010, p267.



خلال التشريعات القائمة. وهذه الأخيرة قد تكون القوانين التي تركز على الممارسات التجارية كحماية المستهلك ومكافحة المنافسة غير المشروعة أو القوانين المتعلقة بالعلامات التجارية، أو المخططات الإدارية للموافقة على المنتجات أو من خلال دعوى المسؤولية التقصيرية. وغالباً ما يتم استخدام مزيج من نهجين أو أكثر من أنظمة الحماية المذكورة. ونتناول ذلك تباعاً على النحو التالي:

### أولاً الأنظمة الفريدة أو الخاصة بالحماية *Sui generis* systems

يتعلق النظام الخاص بالقواعد التي تهدف على وجه التحديد إلى حماية المؤشرات الجغرافية، وهذه قد تكون في شكل قوانين مستقلة، أو قواعد مدرجة ضمن قوانين الملكية الفكرية ولكنها مستقلة عن غيرها من حقوق الملكية الفكرية. والقوانين الخاصة قد تكون قوانين تحكم المؤشرات الجغرافية بشكل عام ودون تحديد لنوع معين السلع. وقد تتعلق بنوع معين من السلع دون غيره وهي ما يطلق عليها قوانين المؤشرات الجغرافية الفردية. فعلى سبيل المثال، يحمي المشرع الألماني المؤشرات الجغرافية المتعلقة بمنتجات الفولاذ المقاوم للصدأ كالسكاكين والمقصات وغيرها من أدوات المائدة بموجب تشريع خاص كمؤشر جغرافي محمي تحت اسم سولينجين "Solingen"<sup>1</sup>. وفي سويسرا، صدر مرسوم المجلس الفيدرالي المؤرخ في 23

---

<sup>1</sup> نسبة إلى مدينة سولينجين الألمانية، مركز صناعة أدوات المائدة وصناعة المقصات الألمانية، لعدة قرون، وبالتحديد عام 1571، عندما أعطى الدوق فيلهلم فون بيرغ الأمر بتسمية كل شفرة

ديسمبر 1971 الذي ينظم استخدام تسمية " سويسرا أو سويسري" على منتجات صناعة الساعات<sup>1</sup>. وفي العديد من الدول يتم حماية المؤشرات الجغرافية المتعلقة

---

مصنوعة في سولينجن بالكلمات اللاتينية " Me made " = "ME FECIT SOLINGEN" Solingen" أي صنّع سولينجن. وهذه المنتجات ذات جودة عالية بشكل مميز، بفضل المواد عالية الجودة والعمال المؤهلين والحرفية الممتازة، وتشتهر هذه المنتجات في جميع أنحاء العالم. ويتم حماية الاسم بموجب القانون منذ عام 1938. واليوم، يتم توفير الحماية للاسم من خلال التشريعات العامة للعلامات التجارية وقانون محدد يسمى مرسوم Solingen. وللإطلاع على القواعد القانونية الصادرة بهذا الشأن، راجع: قانون حماية اسم سولينجن المعروف باسم "قانون سولينجن" والمنشورة بالجريدة الرسمية الألمانية، بتاريخ 16 ديسمبر 1994، ص 3833. وكذلك قرارات وزارة العدل الاتحادية، بالاتفاق مع الوزارة الاتحادية للاقتصاد والتكنولوجيا والوزارة الاتحادية للأغذية والزراعة وحماية المستهلك. وأيضًا لائحة غرفة التجارة والصناعة لمنطقة فويرتال-سولينغن رمشايد Wuppertal-Solingen-Remscheid لاستخدام العلامة الجماعية "Solingen". متاح على الرابط التالي:

<http://www.gesetze-im-internet.de/solingenv/index.html> &  
<https://www.germanysolingen.com/pdf/Regulations-for-the-Use-data-1.pdf> &[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo\\_ds\\_vrs\\_08\\_www\\_102737.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo_ds_vrs_08_www_102737.pdf)

<sup>1</sup> تم تنقيح المرسوم المذكور بناءً على طلب قطاع صناعة الساعات في 17 يونيو 2016 على أن يدخل حيز التنفيذ في 1 يناير 2017 ، مع مهلة زمنية إضافية سنتان تنتهي في 1 يناير 2019 لإدخال المنتجات الصناعية المتداولة التي تمتثل لشروط المنشأ المعمول بها بموجب التشريع القديم والتي تم تصنيعها قبل 1 يناير 2017. ولمزيد من التفصيل، راجع:

Abegg,B., The Geographical Trade Mark: A Swiss Innovation Worth Copying?. IIC – International Review of Intellectual Property and

بمنتجات الخمر بموجب قانون خاص بهذا النوع فقط كما هو الحال في المملكة المتحدة فيما يتعلق بلوائح ويسكي سكوتش Scotch Whisky<sup>1</sup>، وفي مولدوفيا بشأن نبيذ غريكوفا Cricova<sup>2</sup>.

---

Competition Law, Vol 49, No.6, 2018, pp. 565–590. & Federation of the Swiss Watch Industry FH, Guide to the use of the designation “Swiss” for watches Based on the "Swissness" proposal and on the revision of the Ordinance governing the use of the designation “Swiss” for watch, 2018. Available at: [https://www.fhs.swiss/file/8/Guide\\_FH\\_v.5\\_en.pdf](https://www.fhs.swiss/file/8/Guide_FH_v.5_en.pdf) last visited: 9–3–2020

<sup>1</sup> لوائح رقم 2890 لسنة 2009. متاحة على الرابط التالي:

<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2009/2890/regulation/3/made>

<sup>2</sup> بموجب القانون رقم 15-322 لسنة 2003 بشأن إعلان مجموعة مصانع نبيذ غريكوفا، كجزء من الإرث الثقافي الوطني لجمهورية مولدوفا. والقانون رقم 16-199 لسنة 2005. ولمزيد من التفصيل، راجع:

Protection of geographical indications in the Republic of Moldova, Wipo, Available at: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo\\_geo\\_.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo_geo_.pdf)

وتتمتع المؤشرات الجغرافية بالحماية القانونية مدنياً وجنائياً عند الاعتداء عليها، وذلك على النحو التالي:

### أولا الحماية المدنية

تتمتع المؤشرات الجغرافية بالحماية العامة شأنها في ذلك شأن باقي حقوق الملكية الصناعية، وذلك عبر رفع دعوى المنافسة غير المشروعة<sup>1</sup> على كل من صدر منه اعتداء على المؤشر الجغرافي، ويستوي في ذلك كون المؤشر الجغرافي مسجلاً أو غير مسجل.

وبالإضافة إلى هذه الحماية العامة، فإن غالبية القوانين الخاصة بالمؤشرات الجغرافية تنص على حق كل ذي مصلحة في رفع دعوى مدنية أمام المحكمة

---

<sup>1</sup> أو من خلال دعوى التميرير في دول القانون المشترك. فعلى سبيل المثال تنص المادة 2/20 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي على أنه ليس في هذا القانون ما يعتبر مؤثراً على الحق في رفع دعوى ضد أي شخص لتميريره سلعه على أنها سلع شخص آخر أو التعويضات المتعلقة به.

"Nothing in this Act shall be deemed to affect rights of action against any person for passing off goods as the goods of another person or the remedies in respect thereof ".

المختصة حال التعدي على المؤشر الجغرافي المسجل<sup>1</sup> بأي صورة من صور التعدي والاستخدام غير المصرح به على السلع أو الخدمات المنصوص عليها على سبيل الحصر والتي تشمل استخدام أية وسيلة في تسمية أو عرض سلعة ما توحي بأن السلعة المعنية نشأت في منطقة جغرافية غير المنشأ الحقيقي، بأسلوب يضل الجمهور بشأن المنشأ الجغرافي للسلعة، أو أي استخدام يشكل عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة وفقاً لحكم المادة 10/ثانياً من اتفاقية باريس.

وذلك للمطالبة بأحد أمرين أو كليهما: 1- وقف الاعتداء على المؤشر الجغرافي. 2- تعويض الأضرار الناجمة عن هذا التعدي.

وهنا يثور التساؤل، من هو صاحب الحق في رفع الدعوى السابقة؟ بطبيعة الحال يكون لكل شخص ذي مصلحة رفع هذه الدعوى، ويأتي في مقدمة هؤلاء من تم تسجيل المؤشر الجغرافي باسمه، وكذلك من له الحق في استخدام المؤشر

---

<sup>1</sup> فعلى سبيل المثال تنص المادة 1/20 من قانون المؤشرات الجغرافية الهندي على أنه لا يحق لأي شخص رفع دعوى لمنع أو التعويض عن التعدي على مؤشر جغرافي غير مسجل.

" No person shall be entitled to institute any proceeding to prevent, or to recover damages for, the infringement of an unregistered geographical indication".

الجغرافي كمستخدم مصرح له بذلك، وأيضًا الجمعيات التي تمثل هؤلاء المنتجين أو التجار أو الصناع، أو جمعيات المستهلكين<sup>1</sup>.

وطبقًا لنص المادة 112 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية<sup>2</sup> يجوز لكل ذي مصلحة رفع الدعوى أمام المحكمة الاقتصادية المختصة بالطرق المعتادة بطلب منع استخدام أي مؤشر جغرافي لم تتضمنه علامة تجارية مسجلة إذا كان من شأن هذا الاستخدام تضليل الجمهور بشأن المنشأ الحقيقي للسلعة. وتكون المحكمة الاقتصادية المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرتها مكان استخدام المؤشر الجغرافي<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> راجع المادة 2/67 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الإندونيسية والمادة 2/56 من لائحة المؤشرات الجغرافية في إندونيسيا؛ والمادة 1/128 من قانون العلامات التجارية الألماني؛ والمادة 4 من قانون المؤشرات الجغرافية السنغافوري.

<sup>2</sup> ونفس الحكم منصوص عليه في المادة 69 من قانون حقوق الملكية الصناعية العماني، والمادة 8 من قانون المؤشرات الجغرافية الأردني، والمادة 79 من قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة السوري.

<sup>3</sup> كان النص الأصلي للمادة يُسند الاختصاص للمحكمة الابتدائية المختصة، ولكن بعد صدور القانون رقم 120 لسنة 2008 بشأن إصدار قانون بإنشاء المحاكم الاقتصادية- والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 21 تابع بتاريخ 22-5-2008 - أصبح الاختصاص نوعيًا لهذه الأخيرة.

- الحق في اتخاذ الإجراءات التحفظية عند الاعتداء على المؤشر الجغرافي:

وفقاً لنص المادة 115<sup>1</sup> من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري، فإن لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع بناء على طلب كل ذي شأن، وبمقتضى أمر يصدر على عريضة، أن يأمر بإجراء أو أكثر من الإجراءات التحفظية المناسبة، وعلى وجه الخصوص: 1- إثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية. 2- إجراء حصر ووصف تفصيلي للآلات والأدوات التي تستخدم أو تكون قد استخدمت في ارتكاب الجريمة والمنتجات أو البضائع أو عناوين المحال أو الأغلفة أو الفواتير أو المكاتبات أو وسائل الإعلان أو غير ذلك مما تكون قد وضعت عليه العلامة أو البيان أو المؤشر الجغرافي موضوع الجريمة، وكذلك البضائع المستوردة من الخارج إثر ورودها. 3- توقيع الحجز على الأشياء المذكورة في البند 2.

وهذه الإجراءات التحفظية سألقة الذكر جاء سردها على سبيل المثال. ومن ثم، يجوز لرئيس المحكمة المختصة اتخاذ أي إجراء تحفظي آخر يراه مناسباً ومحققاً للغرض المطلوب. كما يملك في جميع الأحوال أن يأمر بئدب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة م/2/115 من ذات القانون. وهذه الكفالة رعاية لمصلحة صاحب السلع

---

<sup>1</sup> ونفس الحكم منصوص عليه في المادة 12 من قانون حماية المؤشرات الجغرافية البحريني.

المدعى بأنها تحمل مؤشرات جغرافية زائفة أو مضللة، لتعويضه في حالة ثبوت عدم صحة واقعة الاعتداء.

وطبقاً لنص المادة 3/115 من ذات القانون، يجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الأمر، وفي حالة عدم رفع الدعوى بأصل النزاع في الميعاد المذكور، فإن المشرع وضع جزاءً متمثلاً في زوال كل أثر للأمر الصادر بالإجراءات التحفظية.

ويجوز لمن صدر ضده أمر القاضي باتخاذ أي إجراء تحفظي من الإجراءات سابقة البيان، أن يتظلم منه إلى رئيس المحكمة الأمر بذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره أو إعلانه له حسب الأحوال، ويكون لرئيس المحكمة تأييد الأمر أو إلغاؤه كلياً أو جزئياً م 116 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

كما يجوز طبقاً لنص المادة 1/117 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري للمحكمة في أية دعوى مدنية أو جنائية أن تحكم ببيع الأشياء المحجوزة أو التي تحجز فيما بعد واستنزال ثمنها من التعويضات أو الغرامات أو الأمر بالتصرف فيها بأية طريقة أخرى تراها المحكمة مناسبة. فالأمر بالبيع هنا جوازي؛ حيث للمحكمة سلطة تقديرية في هذا الشأن.



كما يجب على المحكمة الأمر بإتلاف العلامات المخالفة. والأمر هنا وجوبي ولا تملك المحكمة بشأنه أية سلطة تقديرية، بينما تملك سلطة تقديرية فيما يتعلق بالأمر بإتلاف المنتجات أو البضائع أو عناوين المحال أو الأغلفة أو الفواتير أو المكاتبات أو وسائل الإعلان أو غير ذلك مما يحمل تلك العلامة أو يحمل بيانات أو مؤشرات جغرافية بالمخالفة لأحكام هذا الكتاب، وكذلك إتلاف الآلات والأدوات التي استعملت بصفة خاصة في ارتكاب الجريمة م2/117 من ذات القانون. ويجوز للمحكمة أيضاً أن تأمر بنشر الحكم في جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه 3/117 من ذات القانون السابق.

### ثانياً الحماية الجنائية

تقتصر بعض التشريعات على توفير الحماية المدنية دون الجنائية للمؤشرات الجغرافية كالمشرع الأردني. بينما يوفر البعض الآخر الحماية المدنية والحماية الجنائية على حدٍ سواء.

ولا تُرفع الدعوى الجنائية إلا من قبل النيابة العامة بناءً على شكوى من السلطة المختصة بإدارة المؤشرات الجغرافية - إذا خولها القانون هذا الحق- أو من الشخص المسجل باسمه المؤشر الجغرافي محل الاعتداء أو أحد الأشخاص المرخص لهم باستخدامه.

ولا أهمية فيما يتعلق بالدعوى الجنائية لما إذا كان مرتكب الجريمة قد حقق أرباحاً أم لم يحقق، كما أنه لا أهمية لكون فاعل الجريمة قد استعمل المؤشرات الجغرافية على سلع أقل جودة بما يُسئ إلى سمعة الجهة الأصلية للإنتاج أو حتى سلع أكثر جودة. كما أنه لا ينفي وقوع الجريمة عدم وقوع ضرر للمستخدمين المصرح لهم باستخدام المؤشر الجغرافي<sup>1</sup>. ويجب توافر القصد الجنائي لدى مرتكب الجريمة، فيلزم إثبات سوء النية لديه.

وطبقاً لنص المادة 114 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين - مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في أي قانون آخر - 1- كل من وضع على السلع التي يتجر بها - في جهة ذات شهرة خاصة في إنتاج سلعة معينة - مؤشرات جغرافية بطريقة تضلل الجمهور بأنها نشأت في هذه الجهة. 2- كل من استخدم أية وسيلة في تسمية أو عرض سلعة ما توحى بطريقة تضلل الجمهور بأنها نشأت في منطقة جغرافية ذات شهرة خاصة على خلاف المنشأ الحقيقي لها. 3- كل منتج سلعة في جهة ذات شهرة خاصة في إنتاجها وضع مؤشراً جغرافياً على ما ينتجه من سلع شبيهة في مناطق أخرى يكون من شأنها أن توحى بأنها منتجة في الجهة المشار إليها.

---

<sup>1</sup> راجع: د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق/ ص533.

وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن شهر والغرامة التي لا تقل عن أربعة آلاف جنية ولا تجاوز عشرين ألف جنية.

كما تنص المادة 101 من قانون المؤشرات الجغرافية والعلامات الإندونيسي على معاقبة كل شخص يستخدم بشكل غير قانوني أي علامات مطابقة أو مشابهة للمؤشرات الجغرافية لأطراف أخرى لسلع ومنتجات مشابهة أو مطابقة للسلع والمنتجات المسجلة أو بإحداهما، بالسجن لمدة لا تزيد عن أربع سنوات والغرامة التي لا تجاوز 2 مليار روبية أو بأحدهما. كما يُعاقب طبقاً لنص المادة 102 من ذات القانون كل شخص يتاجر في هذه السلع أو الخدمات أو المنتجات، مع علمه بأنها تحمل مؤشرات جغرافية غير صحيحة، بالسجن لمدة عام واحد أو الغرامة التي لا تزيد عن مائتي مليون روبية.

وتأخذ بعض الدول بعقوبة الغرامة فقط كالقانون التونسي؛ حيث تنص المادة 27 على أن يعاقب كل من يخالف أحكام الفصل 19<sup>1</sup> من هذا القانون، بغرامة من 1.000 إلى 20.000 ألف دينار. وفي حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف. كما تطبق نفس العقوبات على كل من يقوم بتوريد منتجات صناعات تقليدية أجنبية مقلدة تتمتع بالحماية في الجمهورية التونسية وفق المعاهدات الدولية المصادق عليها. ونفس الأمر في تايلند؛ حيث تنص المادة 39 على أن يعاقب

---

<sup>1</sup> والتي عددت صور التعدي على المؤشرات الجغرافية.

بغرامة لا تزيد على مائتي ألف بات أي شخص يرتكب أي فعل بموجب المادة 27 والمتعلق بالاستخدام غير المشروع للمؤشرات الجغرافية.

وجدير بالذكر أنه، يمكن للمحكمة الجنائية شأنها في ذلك شأن المحكمة المدنية التي تنظر أصل النزاع، الأمر بأحد الإجراءات التحفظية المنصوص عليها في المادة 115 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية أو غير ذلك من الإجراءات، لإثبات واقعة الاعتداء على المؤشر الجغرافي، ولمنع الاستمرار في هذا التعدي، وذلك بناءً على طلب ذوي الشأن. كما يجوز للمحكمة الجنائية أن تأمر بأحد الإجراءات المشار إليها في المادة 1/117، 2، 3 من ذات القانون السابق، حتى في حالة الحكم بالبراءة م4/117 من ذات القانون السابق.

### ثانياً القوانين التي تركز على الممارسات التجارية

يُمكن حماية المؤشرات الجغرافية بموجب القوانين التي تركز على الممارسات التجارية كحماية المستهلك ومكافحة المنافسة غير المشروعة أو القوانين المتعلقة بالعلامات التجارية، أو من خلال المخططات الإدارية للموافقة على المنتجات. بيد أن هذه القوانين تعمل على ضمان الممارسات التجارية العادلة، أكثر من ضمان جودة المنتج. وبعبارة أخرى، تعمل هذه القوانين على حظر الاستخدام غير المصرح به للمؤشرات الجغرافية من قبل الغير، بدلاً من إنشاء حقوق ملكية فردية على هذه المؤشرات.

## أولاً قوانين حماية المستهلك ومكافحة المنافسة غير المشروعة

يعمل قانون حماية المستهلك أو قانون مكافحة المنافسة غير المشروعة على تعزيز المنافسة والتجارة العادلة وكذلك توفير الحماية للمستهلكين، والمنتجين. ومع ذلك، يمكن استخدام تلك القوانين لحماية المؤشرات الجغرافية، من خلال حظر الممارسات التجارية غير المشروعة، بما في ذلك المعلومات المضللة أو الكاذبة المتعلقة بالصفات الرئيسية للمنتج، مثل منشأه الجغرافي.

فعلى سبيل المثال، تنص المادة 2/3/43 من قانون حماية المستهلك الايرلندي رقم 19 لسنة 2007 على أنه إذا كان من المحتمل أن تتسبب الممارسة التجارية في خداع أو تضليل المستهلك العادي فيما يتعلق بأي أمر موضح في القسم الفرعي 3 ومنها الخصائص الرئيسية للمنتج بما في ذلك المنشأ الجغرافي أو التجاري، تُعد من قبيل الممارسة التجارية المضللة<sup>1</sup>.

كما تنص المادة 5 /9 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018<sup>2</sup> على أن يلتزم المورد أو المعلن بتجنب أي سلوك خادع، وذلك متى انصب هذا السلوك على أي عنصر من العناصر المحددة، والتي من بينها جهة

---

<sup>1</sup> متاح على الرابط التالي:

<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2007/act/19/section/43>

<sup>2</sup> والمنشور في الجريدة الرسمية، عدد 37 "تابع" بتاريخ 13-09-2018.

إنتاج السلعة أو تقديم الخدمة. ونصت المادة 66 من ذات القانون على أن يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مليوني جنيه، أو مثلي قيمة المنتج محل المخالفة أيهما أكبر، كل مورد خالف أحكام المادة 9 سالفه الذكر.

كما نص قانون التجارة النيوزلندي رقم 121 لسنة 1986 في المادة 10/13 على أنه لا يجوز لأي شخص في مجال التجارة، تقديم بيانات زائفة أو مضللة بشأن مكان منشأ السلع أو الخدمات<sup>1</sup>.

كما ينص قانون الممارسات التجارية الأسترالي رقم 51 لسنة 1947<sup>2</sup> في المادة 52 بشكل عام، على حظر أي سلوك كاذب أو مضلل في التجارة<sup>1</sup>. كما

---

<sup>1</sup>No person shall, in trade, in connection with the supply or possible supply of goods or services or with the promotion by any means of the supply or use of goods or services:...make a false or misleading representation concerning the place of origin of goods or services.

وقد تم تعديل هذه المادة على النحو السالف ذكره بالقانون 143 لسنة 2013. متاح على الرابط التالي:

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2013latest/DLM3672914.html#DLM>

<sup>2</sup> تم تعديله بالقانون رقم 44 لسنة 2010، متاح على الرابط التالي:

<https://www.legislation.gov.au/Details/C2010C00426>

نص كذلك في المادة 53 على حظر البيانات الكاذبة أو المضللة وعلى وجه الخصوص البيانات المتعلقة بمكان منشأ السلع<sup>2</sup>.

كما تنص المادة 3 من قانون مكافحة المنافسة غير المشروعة الغاني رقم 589 لسنة 2000 على أنه " أي فعل أو ممارسة في سياق الأنشطة الصناعية أو التجارية، التي تضلل أو من المحتمل أن تضلل الجمهور، فيما يتعلق بمشروع أو أنشطته، وعلى وجه الخصوص، المنتجات أو الخدمات التي تقدمها تلك المؤسسة، يشكل - فعلاً غير عادل للمنافسة. وقد ينشأ التضليل من الإعلان أو الترويج، وعلى وجه الخصوص، يحدث فيما يتعلق ببيان الأصل الجغرافي لمنتج أو

---

<sup>3</sup>A corporation shall not, in trade or commerce, engage in conduct that is misleading or deceptive or is likely to mislead or deceive "

<sup>4</sup>A corporation shall not, in trade or commerce, in connexion with the supply or possible supply of goods or services or in connexion with the promotion by any means of the supply or use of goods or services:.. make a false or misleading representation concerning the place of origin of goods;..."

وللاطلاع على القواعد المتعلقة بالبيانات المتعلقة ببلد منشأ السلع، راجع القسم 1أ/1 من ذات القانون.

خدمة<sup>1</sup>. كما نصت المادة 14/1/2 من قانون مكافحة المنافسة غير المشروعة الياباني رقم 47 لسنة 1993<sup>2</sup> على أن استخدام إشارة إلى السلع أو الخدمات أو في إعلان عنها أو في وثائق تجارية أو مراسلات إلكترونية بطريقة من المحتمل أن تكون مضللة فيما يتعلق بمكان المنشأ تُعد من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة<sup>3</sup>. كما نصت المادة 6/2/21 من ذات القانون على أن الشخص الذي

---

<sup>1</sup> Misleading may arise out of advertising or promotion and may, in a product or the geographical origin of...to with respect particular, occur .service

ونصوص هذا القانون متاحة على الرابط التالي:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gh/gh005en.pdf>

<sup>2</sup> والمعدل بالقانون رقم 54 لسنة 2015. متاح على الرابط التالي:

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2803&vm=02&re=02>

<sup>2</sup>The term "Unfair Competition" as used in this Act means any of the following:... the act of using an indication on goods or services, in an advertisement thereof, or in trade documents or electronic correspondence thereof, in a way that is likely to mislead as to the place of origin, quality..."



يرتكب مخالفة لنص المادة السابقة يعاقب بالسجن مع الشغل لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، أو غرامة لا تزيد عن خمسة ملايين ين، أو كليهما<sup>1</sup>.

كما نصت المادة 1/1/5 من قانون مكافحة المنافسة غير المشروعة الألماني رقم 1 لسنة 2004<sup>2</sup> على أن الممارسة التجارية تعتبر مضللة إذا كانت تحتوي على معلومات غير صحيحة أو معلومات أخرى مؤدية للخداع فيما يتعلق بالحالات الآتية، ومنها: الخصائص الأساسية للسلع أو الخدمات مثل: المنشأ الجغرافي والتجاري<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>A person who falls under any of the following items will be punished by imprisonment with work for not more than five years, a fine of not more than five million yen, or both:... a person who makes a false indication on goods or services or in an advertisement thereof or in trade documents, or electronic correspondence, that is likely to mislead as to the place of origin, quality....”

<sup>2</sup>متاح على الرابط التالي: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=822>

<sup>2</sup>Unfairness shall have occurred where a person uses a misleading commercial practice. A commercial practice shall be deemed to be misleading if it contains untruthful information or other information suited to deception regarding the following circumstances: the essential characteristics of the goods or services, such as ... geographical or commercial origin, ...

وعلى الرغم من إمكانية توفير قدر معين من الحماية للمؤشرات الجغرافية من خلال قوانين حماية المستهلك أو مكافحة المنافسة غير المشروعة. إلا أنه من الناحية العملية، تظل تلك القوانين محدودة في مدى قدرتها على توفير حماية فعالة ضد إساءة استخدام المؤشرات الجغرافية. وعلاوة على ذلك، لا تزال هذه القوانين تختلف اختلافاً كبيراً من دولة عضو إلى أخرى.

## ثانياً قانون العلامات التجارية

---

ونفس الحكم منصوص عليه في المادة 1/6/ب من التوجيه الأوروبي رقم 2005/29 والمتعلق بالممارسات التجارية غير العادلة بين الشركات والمستهلكين في السوق الداخلية، والمنشور بالجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي عدد ل149-22 بتاريخ 11-6-2005.

“A commercial practice shall be regarded as misleading if it contains false information and is therefore untruthful or in any way, including overall presentation, deceives or is likely to deceive the average consumer, even if the information is factually correct, in relation to one or more of the following elements, and in either case causes or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise:.. the main characteristics of the product, such as... geographical or commercial origin”.

متاح على الرابط التالي: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>  
&from=EN

يُثير استخدام المؤشرات الجغرافية كعلامات تجارية نوعين من المشاكل؛ حيث أنه في حالة الإشارة إلى الأصل الجغرافي للسلع أو الخدمات المتعلقة بها، فلا يمكن استخدام المؤشر الجغرافي كعلامة تجارية؛ حيث أنها في هذه الحالة علامة وصفية وليست مميزة. ومن ثم، لا يجوز تسجيلها. وإذا لم يكن المنشأ الجغرافي المشار إليه هو المنشأ الحقيقي للسلع أو الخدمات، فسُتعد في هذه الحالة من قبيل العلامات المضللة أو الزائفة. وعلى الرغم من ذلك، يتم حماية المؤشرات الجغرافية في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية<sup>1</sup> وأستراليا وكندا والصين من خلال نظام العلامات التجارية القائم لديها، وذلك عبر أنواع خاصة من العلامات التجارية كالعلامات الجماعية وعلامات التصديق أو الضمان أو من خلال العلامات التجارية الفردية. ويتم تبرير ذلك على أساس أن نظام العلامات التجارية الحالي، نظام مألوف بالفعل للشركات، سواء الأجنبية أو المحلية. إضافة إلى ذلك، لا يستلزم توفير موارد إضافية لإنشاء نظام جديد لتسجيل المؤشرات الجغرافية أو حمايتها؛ حيث يتم استخدام الموارد المخصصة بالفعل لنظام العلامات التجارية لكي يتم تطبيقه على المؤشرات الجغرافية. كما أن هذا النظام يستوعب بسهولة المؤشرات الجغرافية التي ليست مجرد أسماء مناطق، ولكن إشارات مثل الكلمات

---

<sup>1</sup> يتم التعامل مع المؤشرات الجغرافية في الولايات المتحدة الأمريكية كمجموعة فرعية من العلامات التجارية؛ حيث إنها تقوم بنفس وظائف العلامات التجارية.

والشعارات والتصميمات وعلامات الأبعاد الثلاثية والألوان أو حتى الأصوات والروائح<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من الاستخدام الواسع لهذا النهج من الحماية، وتنظيم اتفاقية باريس للملكية الصناعية للعلامات الجماعية في المادة 7 مكرر إلا إنه لا يوجد تعريف موحد ومقبول بشكل عام على المستوى الدولي بالنسبة للعلامات الجماعية أو علامات التصديق أو الضمان. ومن ثم، لا مفر من اللجوء إلى التشريعات الوطنية، والتي تباينت في تعريفاتها بهذا الشأن. وتُعرف العلامة الجماعية<sup>2</sup> بأنها

---

Rahman,F., 1An Exploration of the Laws and Systems for the Protection of Geographical Indications in USA, China and India: A Comparative Analysis, 2016, p133. Available at: <http://docs.manupatra.in/.pdf>

<sup>2</sup> هناك نوعان من العلامات الجماعية في الولايات المتحدة: 1 علامات تجارية جماعية أو علامات خدمة جماعية: وهي علامة تتبناها "جماعة" أي جمعية أو نقابة أو كيان قانوني منظم آخر لاستخدامها فقط من قبل أعضائها الذين يستخدمون بدورهم العلامة لتحديد سلعهم أو خدماتهم وتمييزها عن غير الأعضاء. ولا تبيع "الجماعة" نفسها السلع ولا تؤدي خدمات بموجب العلامة التجارية الجماعية أو علامة الخدمة الجماعية، ولكن يجوز للجماعة أن تعلن أو تروج بأي شكل آخر للسلع أو الخدمات التي يبيعها أو يقدمها أعضاؤها تحت هذه العلامة. 2 علامات عضوية جماعية: وهي علامة يتم تبنيها لغرض الإشارة إلى العضوية في كيان جماعي منظم، مثل اتحاد أو جمعية أو منظمة أخرى. ولا تستخدم المجموعة ولا أعضائها علامة العضوية الجماعية لتحديد السلع أو الخدمات وتمييزه. بل إن الوظيفة الوحيدة لهذه العلامة هي الإشارة إلى أن الشخص الذي يعرض العلامة هو عضو في الكيان الجماعي المنظم. ولمزيد من التفصيل، راجع:

علامة مسجلة باسم مجموعة أو جمعية أو تنظيم آخر لاستخدامها من قبل أعضاء هذه التنظيم فيما يتعلق بالتجارة للإشارة إلى عضوية المستخدمين في هذا التنظيم. كما تُعرف علامة التصديق بأنها علامة يسيطر عليها تنظيم، قادرة على مراقبة سلع أو خدمات معينة، ويتم استخدامها من قبل جمعيات أو أشخاص غير هذا التنظيم على سلعهم أو خدماتهم للمصادقة على الأصل الجغرافي أو المواد الخام أو طريقة التصنيع أو الجودة أو الخصائص المحددة الأخرى لتلك السلع أو الخدمات<sup>1</sup>. ويوجد ثلاثة أنواع من علامات التصديق المستخدمة للإشارة إلى: 1 أن السلع أو الخدمات تنشأ من أصل جغرافي معين. 2 السلع أو الخدمات تفي

---

United States Patent and Trademark Office, Geographical Indication

Protection in the United States, p5. Available at:

[https://www.uspto.gov/sites/default/files/web/offices/dcom/pdf/gi\\_system.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/web/offices/dcom/pdf/gi_system.pdf)

<sup>1</sup> وقد نص المشرع المصري في المادة 1/69 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أن " تستخدم العلامة التجارية الجماعية لتمييز منتج ينتجه مجموعة من الأشخاص ينتمون إلى كيان معين ولو كان لا يملك بذاته منشأة صناعية أو تجارية". كما نصت المادة 1/70 من ذات القانون على أنه " للوزير المختص - تحقيقاً للمصلحة العامة - أن يرخص للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين يزاولون أعمال مراقبة المنتجات أو فحصها بتسجيل علامة تخصص للدلالة على إجراء المراقبة أو الفحص لتلك المنتجات وذلك فيما يتعلق بمصدرها أو عناصر تركيبها أو طريقة إنتاجها أو صفتها أو حقيقتها أو أية خاصية أخرى تميزها".

بمعايير معينة فيما يتعلق بالمواد المستخدمة أو طريقة التصنيع أو الجودة. 3 أن مؤدوا الخدمات أو مصنعي السلع أعضاء في اتحاد أو تنظيم معين.

وبشكل عام، لا تكون العلامات التجارية الجماعية وعلامات التصديق مملوكة بشكل فردي؛ حيث يتم تسجيل العلامات الجماعية باسم كيان جماعي لمصلحة أعضائه، مثل جمعية تجارية أو جمعية منتجين أو مصنعين. وتُعطى العضوية في الكيان الجماعي الحق في استخدام العلامة الجماعية. وقد تعتمد هذه العضوية بدورها على الامتثال للشروط، كاستخدام طرق إنتاج معينة على سبيل المثال. كما أن علامات التصديق مملوكة لكيان قانوني عام أو خاص، يتعهد بالتصديق على أن السلع أو الخدمات التي يتم استخدام علامة التصديق عليها تتوافق مع معايير معينة للإنتاج والجودة، فهي لا تشير إلى مصدر تجاري ولا تميز سلع أو خدمات شخص ما عن سلع شخص آخر.

وعليه، يمكن لأكثر من شخص في ذات التوقيت استخدام العلامات الجماعية أو علامات التصديق على نفس السلع أو الخدمات، ولكن بينما يقتصر استخدام العلامة الجماعية على عضو من أعضاء الجمعية مالكة العلامة، فإن علامة التصديق يمكن استخدامها من قبل أي شخص يمثل للمتطلبات والمعايير التي يحددها صاحب العلامة. كما أن مالك علامة التصديق أو الضمان لا يمكنه أن يستخدم هذه العلامة بنفسه أو أن يزاول نشاطاً تجارياً في نفس نوع السلع أو الخدمات المتعلقة بها، وذلك كله تفادياً لتضارب المصالح.

وجدير بالذكر أن هناك مناهج تشريعية مختلفة بين دول العالم لتنظيم المؤشرات الجغرافية كعلامات جماعية أو علامات تصديق. فهناك دول تسمح بتسجيل العلامات الجماعية فقط، كالدنمارك، ليتوانيا، والنمسا. ومن ناحية أخرى، هناك دول أخرى مثل كندا وجاميكا، يتم السماح بتسجيل المؤشرات الجغرافية كعلامات التصديق فقط. وفي الوقت نفسه، هناك دول أخرى تنص على تسجيل إمكانية تسجيل المؤشرات الجغرافية كعلامات جماعية أو علامات تصديق، كدول القانون العام كالمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية وكذلك دول المكسيك وفيتنام وسنغافورة<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول كرومانيا والبرتغال والصين والولايات المتحدة الأمريكية وإيسلندا ومصر تسمح بتسجيل المؤشرات الجغرافية كعلامات تجارية فردية. فعلى سبيل المثال، تنص المادة 1/16 من قانون العلامات التجارية الصيني 2013<sup>2</sup> على أنه " لا يجوز تسجيل العلامة التجارية ويحظر استخدامها

---

<sup>1</sup> لمزيد من التفاصيل، راجع:

WIPO, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indication, Compilation of the replies to questionnaire I on the national and regional systems that can provide a certain protection to geographical indications, Op.Cit, pp. 12-17.

<sup>2</sup> متاح على الرابط التالي:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn.pdf>

إذا كانت تتألف من إشارة جغرافية فيما يتعلق بسلع غير منشأها المنطقة المشار إليها، أو تحتوي على مؤشر جغرافي لدرجة تضلل الجمهور. ومع ذلك، تظل التسجيلات التي تتم بحسن نية صالحة الاستخدام". كما تنص المادة 8/67 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أنه " لا يسجل كعلامة تجارية أو كعنصر منها ما يأتي:...العلامات والمؤشرات الجغرافية التي من شأنها أن تضلل الجمهور أو تحدث لبساً لديه أو التي تتضمن بيانات كاذبة عن مصدر المنتجات من السلع أو الخدمات أو عن صفاتها الأخرى..."

ويُفهم من هذين النصين السابقين- وبمفهوم المخالفة- أنه يجوز تسجيل المؤشرات الجغرافية التي ليس من شأنها أن تضلل الجمهور أو تحدث لبس لديه كعلامات تجارية.

ويمكن تبرير الحكم السابق، بأنه إذا كان الأصل عدم جواز تسجيل العلامات الوصفية أو الكاذبة أو المضللة، إلا أنه إذا تم استخدام علامة جغرافية بطريقة تحدد مصدر السلع أو الخدمات، وعلى مر الوقت، بدأ المستهلكون في التعرف عليها على أنها تحدد شركة أو مصنعاً معيناً أو مجموعة من المنتجين، فإن العلامة الجغرافية لم تعد تصف فقط من أين تأتي تلك السلع أو الخدمات، بل



تصف أيضًا "مصدر" السلع أو الخدمات. وعندئذ، يكون للعلامة معنى ثانوي أو تميز مكتسب acquired distinctiveness. فيكون المعنى الأصلي للمستهلكين هو الأصل الجغرافي، بينما المعنى الثانوي هو الأصل التجاري. فإذا كان للعلامة الوصفية معنى ثانوي على النحو السابق عند المستهلكين، فإن للعلامة القدرة على تحديد المصدر ويمكن حمايتها كعلامة تجارية. وإلى هذا المعنى السابق، أشارت المادة 2/10 من قانون العلامات التجارية الصيني إلى أنه لا يجوز استخدام الاسم الجغرافي لتقسيم إداري على مستوى الدولة أو اسم جغرافي أجنبي معروف للجمهور كعلامة تجارية، ما لم يكن للاسم الجغرافي معنى آخر أو يتم استخدام الاسم الجغرافي كجزء من علامة جماعية أو علامة تصديق، وتظل العلامات التجارية المسجلة التي تتكون من أو تحتوي على أسماء جغرافية صالح للاستخدام<sup>1</sup>.

### ثالثًا المخططات الإدارية للحماية

---

<sup>1</sup>The geographical name of an administrative division at or above the county level or a foreign geographical name well-known to the public shall not be used as a trademark, unless the geographical name has another meaning or the geographical name is used as a component part of a collective mark or a certification mark; registered trademarks consisting of or containing geographical names shall continue to be valid.

عند استخدام المؤشرات الجغرافية على السلع التي يخضع تسويقها لإجراء الموافقة الإدارية، يجوز تطبيق هذا الإجراء أيضًا للتحكم في استخدام المؤشرات الجغرافية المطبقة على تلك السلع. والمثال الذي يتبادر إلى الذهن بسهولة هو الخمر والمشروبات الروحية، التي يتم بيعها في العديد من الدول.

وبموجب مخطط إداري للحماية، تتحكم السلطة المكلفة بإدارة ذلك المخطط فيما إذا كان المنتج الذي يُطلب الحصول على إذن تسويق له يتوافق مع المتطلبات القانونية ذات الصلة، بما في ذلك الاستخدام المسموح به لمؤشر جغرافي على ملصق المنتج. فإذا لم يتم استيفاء متطلبات الموافقة، لأنه لا يُسمح باستخدام مؤشر جغرافي معين على منتج ما على سبيل المثال، لا يتم منح موافقة التسويق، وبالتالي لا يمكن استخدام المؤشر الجغرافي.

### ثالثًا نظام الحماية القائم على دعوى المنافسة غير المشروعة أو دعوى التمرير

يمكن أيضًا حماية المؤشرات الجغرافية من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة، أو عبر ما يُعرف بدعوى التمرير Passing Off، وعادة ما يتم استخدام هذه الوسيلة- بالإضافة إلى غيرها- لحماية المؤشرات الجغرافية في دول القانون المشترك كالمملكة المتحدة أو الولايات المتحدة الأمريكية أو دول الكومنولث مثل نيوزيلندا، وأستراليا، وكندا. ومع ذلك، فإن هناك بعض الدول الأخرى التي تبنت

هذا النهج كالجغرافية التشيكية، وسلوفاكيا<sup>1</sup>. وهذا النظام يؤدي الدور الذي يقوم به قانون مكافحة المنافسة غير المشروعة في دول القانون المدني.

وقد استندت المحاكم إلى هذه الدعوى منذ أوائل القرن التاسع عشر، وذلك عندما أصبح تقليد علامات المنافس ممارسة شائعة بشكل متزايد. ويمكن للتاجر أن يلجأ إلى تلك الدعوى في حالة قيام تاجر آخر بعرض سلعه أو خدماته بطريقة قد تؤدي إلى الإضرار بتجارة الأول أو سمعته التجارية. وفي نطاق المؤشرات الجغرافية، يمكن استخدام دعوى التمير إذا حدث استخدام مضلل للمؤشرات الجغرافية، ونشأ عن ذلك اعتقاد المستهلكين بأن السلع المعروضة من المدعى عليه هي سلع المدعي<sup>2</sup>.

وعليه، لكي يتمكن المدعي من الحصول على الحماية بموجب دعوى التمير، عليه أن يثبت العناصر التالية: 1- وجود شهرة أو سمعة مرتبطة بالسلع أو الخدمات في ذهن الجمهور المشتري من خلال الارتباط بين الصفات المميزة لسلع أو خدمات المدعي. 2- قيام المدعى عليه بتدليس وتحريف للجمهور -سواء أكان مقصودًا أم لا- يؤدي أو من المحتمل أن يؤدي إلى اعتقاد الجمهور بأن

---

<sup>1</sup>Mantrov,V., EU Law on Indications of Geographical Origin “Theory and Practice”, Op.Cit, p84.

<sup>2</sup>Connor,B.O., “The Law of Geographical Indications”, Op.Cit, p70.

السلع أو الخدمات التي يقدمها هي سلع أو خدمات المدعي. 3- الضرر الفعلي الذي لحق به أو الضرر الذي من المحتمل أن يصيبه جراء هذه الاعتقاد الخاطئ الناتج عن تدليس وتحريف المدعى عليه<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق بدعوى المنافسة غير المشروعة والمعروفة في دول القانون المدني ومنها مصر، فإنها دعوى يجوز رفعها من قبل كل من أصابه ضرر<sup>2</sup>- يستوي في ذلك أن يكون صاحب الحق المعتدى عليه أو المرخص له باستخدامه أو أحد المستهلكين<sup>3</sup>- بسبب خطأ الغير، مطالبًا بالتعويض عن الضرر الناجم وإزالته<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> وهناك العديد من القضايا التي تم حماية المؤشرات الجغرافية استنادًا لدعوى التمير كقضية الشمبانيا الاسبانية وقضية الويسكي الاسكتلندي. راجع:

Blakeney, M., Op.Cit, pp. 340-344.

<sup>2</sup> ويرى البعض أن دعوى المنافسة غير المشروعة لا تتوقف على وجود الضرر، بل يكفي أن يكون الضرر محتمل الوقوع. فهي دعوى لا تقتصر على تعويض الضرر إن وجد، ولكنها تهدف أيضًا إلى وقف ومنع الأفعال التي تُمثل منافسة غير مشروعة بالنسبة للمستقبل. ولذلك، فتكون لدعوى المنافسة غير المشروعة وظيفة وقائية إلى جانب جبر الضرر. ولمزيد من التفصيل، راجع: د/ على حسن يونس، القانون التجاري، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 368 وما بعدها.

<sup>3</sup> ويرى البعض أن دعوى المنافسة غير المشروعة لا يمكن إقامتها إلا إذا كان ثمة منافسة، وهذه الأخيرة يلزم لوجودها أن يكون الفاعل والمضرور يزاولان التجارة أو الصناعة، وأن تكون التجارة من نفس النوع بحيث تكون ثمة منافسة بينهما، وحتى بالنسبة للأعمال التي يقصد به الاخط من

وطبقاً لنص المادة 66 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999  
"1- يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في  
المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات  
الغير أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية  
التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسراره أو ترك  
العمل عنده وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث اللبس في المتجر أو  
في منتجاته أو إضعاف الثقة في مالكة أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته.  
2- كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها، وللمحكمة  
أن تقضي- فضلاً عن التعويض- بإزالة الضرر وبنشر ملخص الحكم على نفقة  
المحكوم عليه في إحدى الصحف اليومية".

والنص السابق، يدل على أن المشرع بعد أن عرف المنافسة غير  
المشروعة بأنها كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية،  
أعقب ذلك بتعداد لبعض الأمثلة لأكثر هذه الأفعال انتشاراً في العمل، ثم أضاف  
أن هذا التعداد لما يعتبر من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة، لم يرد على

---

قيمة المنتجات أو بث عدم الثقة في المنشأة فإن الأمر لا يعد منافسة غير مشروعة ما لم تكن  
هناك منافسة قائمة فعلاً بين المنشأتين، وهذا واضح من اسم الدعوى. انظر: د/ محمد حسني  
عباس، المرجع السابق، ص487.

<sup>1</sup> د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص524.

سبيل الحصر، وأن من حق المحاكم أن تقحم في هذا التعداد أعمالاً أخرى ترى وجوب اعتبارها من قبيل المنافسة غير المشروعة ولها أن تلجأ لبلوغ هذا الهدف إلى منطوق القياس أو الاجتهاد الحرفي إطار التعريف العام الوارد في مطلع الفقرة الثانية من نص المادة 66. ولهذا يمكن الاستناد إلى دعوى المسؤولية غير المشروعة في حماية المؤشرات الجغرافية حال الاعتداء عليها بأي صورة.

وتعد المنافسة غير المشروعة من ضمن حالات الخطأ التصريحي التي توجب المسؤولية عن تعويض الضرر المترتب عليه إعمالاً للأصل العام الوارد بنص المادة 163 من التقنين المدني والخطأ كركن في المسؤولية التصريحية يغني عن سائر النعوت وتنصرف دلالاته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حدٍ سواء وهو متروك تحديده لتقدير القاضي مسترشداً في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهى القانون عن الإضرار بالغير ومخالفة هذا النهى هي التي ينطوي فيها الخطأ ويقتضي هذا الالتزام تبصراً في التصرف يوجب إعماله بذل عناية الشخص العادي، وهذا المعيار ليس أداة لإنشاء التزام لم ينشئه القانون، وإنما هو أداة فقط لتعيين مدى التزام أنشأه القانون فعلاً، وهذه السلطة التقديرية للقاضي يدخل فيها كل ما يمكن اعتباره منافسة غير مشروعة على النحو سالف البيان بغية توفير الحماية القانونية للحق المتنافس عليه سواء كان اسماً تجارياً أو شعاراً أو إعلاناً تجارياً أو علامات تجارية من كل ما من شأنه تضليل جمهور المستهلكين وخداعهم وهذا

يستشف من مظاهر الأداء التنافسي من واقع الأوراق واستخلاص كل خطأ يرتب  
المسئولية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> نقض مدني، الطعن رقم 4536 لسنة 80 ق، بتاريخ 27-3-2012.

## الخاتمة

يتبين لنا من خلال البحث في موضوع " النظام القانوني للمؤشرات الجغرافية" أن تاريخ استخدام التسميات الجغرافية بصفة عامة، والمؤشرات الجغرافية بصفة خاصة، ليس حديثاً، بل هو تاريخ قديم يعود إلى الحضارة المصرية واليونانية. وقد زاد الاهتمام بموضوع المؤشرات الجغرافية، نتيجة لإدراك الدول الأهمية الكبيرة المترتبة على حماية هذا الحق من حقوق الملكية الفكرية، والعوائد التي تُجنيها أي دولة من تلك الحماية سواء على المستوى السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي. كما أدت زيادة عدد المنازعات المتعلقة بالمؤشرات الجغرافية إلى ضرورة التعاون المشترك على المستوى الدولي لإيجاد نظام قانوني فعال لضمان حماية المؤشرات الجغرافية. فضلاً عن الحماية على المستوى الوطني. وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نُجملها في الآتي:

## أولاً النتائج

- 1- ليس هناك تعريف متفق عليه للمؤشرات الجغرافية في القوانين الوطنية المقارنة، وإن كانت غالبية الدول تتبنى التعريف الوارد في المادة 1/22 من اتفاقية التريبس.
- 2- إذا كانت غالبية الدولة تنظر إلى المؤشرات الجغرافية باعتبارها حق مستقل من حقوق الملكية الفكرية، وتنظمه على هذا الأساس، فإنه على العكس من ذلك،



تتعامل بعض الدول الأخرى كالولايات المتحدة الأمريكية مع المؤشرات الجغرافية باعتبارها فرعاً من فروع العلامات التجارية لديها.

3- تتمتع المؤشرات الجغرافية بالعديد من الخصائص التي تميزها عن غيرها من حقوق الملكية الفكرية الأخرى. ويأتي في مقدمتها، أنها تمثل حق جماعي؛ حيث يحق لكل المنتجين التابعين لمنطقة معينة والذين يمثلون للضوابط المحددة استخدام المؤشر الجغرافي وذلك بعد التقدم بطلب للحصول على ترخيص باستخدامه من السلطة المختصة.

4- يمكن أن تكون المؤشرات الجغرافية - وبحق - قاطرة التنمية في جميع المجالات في الدول التي تُحسن تنظيم استخدام المؤشرات الجغرافية وتكفل حمايتها.

5- لا تسمح غالبية الدول باستخدام المؤشرات الجغرافية إلا على السلع، والبعض الآخر يقصرها على السلع الزراعية والغذائية فقط دون غيرها من المنتجات الطبيعية أو منتجات الحرف اليدوية والصناعية. بينما تسمح دول أخرى باستخدام المؤشرات الجغرافية على السلع بجميع أنواعها، وكذلك الخدمات المقدمة.

6- آثرت غالبية الدول المنظمة للمؤشرات الجغرافية عدم التعرض لموضوع ملكية المؤشر الجغرافي، وبدلاً من ذلك تم التركيز على تنظيم صاحب الحق في

استخدام المؤشر الجغرافي. بينما تصدت دول أخرى صراحة لملكية المؤشرات الجغرافية ومنحتها للدولة كالقانون الفيتنامي.

7- أن حماية المؤشرات الجغرافية في بد المنشأ شرط أساسي في غالبية القوانين للمطالبة بحمايتها عند الاعتداء عليها خارج حدود إقليم بلد المنشأ. ويمكن الحصول على الحماية الدولية للمؤشرات الجغرافية من خلال أنظمة التسجيل الدولية كنظام مدريد ولشبونة، أو من خلال إبرام الاتفاقيات الثنائية أو الإقليمية أو الدولية.

8- تتباين الدول فيما بينها على المستوى الوطني، بشأن الوسيلة المستخدمة لإضفاء الحماية القانونية على المؤشرات الجغرافية، فالغالبية العظمى من تلك الدول تملك قوانيناً مستقلة لتنظيم المؤشرات الجغرافية، بينما تفضل دول أخرى حمايتها من خلال قوانين العلامات التجارية، هذا بالإضافة إلى استخدام القوانين التي تركز على الممارسات التجارية كقوانين حماية المستهلك والمنافسة غير المشروعة، وكذلك المخططات الإدارية للحماية.

9- تتباين الدول فيما بينها من حيث إمكانية تسجيل المؤشرات الجغرافية الأجنبية في إقليم الدولة التي يُراد حماية المؤشر الجغرافي بها، فالبعض يستلزم تسجيل المؤشر الجغرافي الأجنبي في دولة المنشأ لكي يمكن المطالبة بحمايته في

إقليمها، بينما تسمح دول أخرى بحماية المؤشرات الجغرافية الأجنبية على إقليمها تلقائيًا وبدون إعادة تسجيلها لديها، وذلك متى كانت مسجلة في دولة المنشأ.

10- تتباين الدول فيما بينهما بشأن مدة الحماية الممنوحة للمؤشر الجغرافي، فالبعض يمنحه حماية أبدية غير مقيدة بمدة زمنية، مادامت شروط التسجيل قائمة، بينما يلزم في بعض الدول الأخرى تجديد تسجيل باقي المؤشرات الجغرافية بعد انقضاء فترة زمنية محددة وغالبًا ما تكون عشر سنوات. كما تذهب بعض الدول الأخرى إلى التفرقة بين تسجيل المؤشر الجغرافي وهذا لا يحتاج إلى تجديد، وبين التصريح باستخدام المؤشر المسجل فهو حق مؤقت ويحتاج إلى تجديد.

11- تخضع المؤشرات الجغرافية المسجلة لرقابة داخلية وخارجية مستمرة على استخدامها طيلة مدة التسجيل على عكس حقوق الملكية الفكرية الأخرى كالعلامات التجارية التي لا يخضع مالكيها لأي رقابة بعد عملية تسجيلها. فبالنسبة للمؤشرات الجغرافية لا ينتهي الأمر عند مرحلة الحصول على ترخيص بالحق في استخدام مؤشر جغرافي، بل تظل الرقابة مستمرة للتأكد من الالتزام بالمعايير والشروط المطلوبة، والمسجلة في سجل المؤشرات الجغرافية.

12- وأخيرًا، من خلال تحليلنا لموقف المشرع المصري بشأن تنظيم المؤشرات الجغرافية، فإن المشرع قد خصص بعض المواد من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية للمؤشرات الجغرافية، فأورد تعريفًا على غرار التعريف الوارد في اتفاقية

الترييس ونص على جزاءات مدنية وجنائية حال ثبوت التعدي على المؤشرات الجغرافية المحمية. وعلى الرغم من هذا التنظيم، فلا يمكننا أن نقف على موقف المشرع المصري بالنسبة للمؤشرات الجغرافية، هل يعاملها كحق مستقل من حقوق الملكية الفكرية، أم كفرع تابع للعلامات التجارية. وإذا كانت الأولى، فإنه المشرع لم ينظم طريقة تسجيل هذا الحق، كما أنه لم ينص على الإحالة على أحكام العلامات التجارية في هذا الشأن. ويمكننا القول بأن المشرع المصري شأنه في ذلك شأن العديد من الدول قد أورد تنظيمًا لهذا الحق من حقوق الملكية الفكرية بسبب ضغوط اتفاقية الترييس وضرورة التزام الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بما ورد فيها. وليس إدراكًا منه بأهمية المؤشرات الجغرافية وما يمكن أن تقدمه للدولة المصرية على مستوى جميع المجالات. وما يؤكد وجهة نظرنا هذه أنه إلى الآن لم يتم تسجيل مؤشر جغرافي واحد في مصر. وإن كان تم الإعلان مؤخرًا من قبل وزير التموين على بدء تدشين تسجيل وحماية المؤشرات الجغرافية للمنتجات والسلع المصرية بمحافظة مطروح وذلك لسلع التين وزيت الزيتون والعنب. ولكن يثور التساؤل حول الآلية القانونية التي سيتم بها هذا التسجيل.

## ثانيًا التوصيات

في ختام هذه الدراسة، نخلص إلى جملة من التوصيات، نُجملها في الآتي:

- 1- نوصي المشرع المصري بإعادة النظر في المواد المنظمة للمؤشرات الجغرافية والواردة بقانون حماية حقوق الملكية الفكرية، ونقترح سن قواعد مستقلة - سواء وردت في نفس القانون أو في قانون مستقل - شاملة لتنظيم تسجيل المؤشرات الجغرافية في مصر والرقابة عليها.
- 2- ضرورة وضع تعريف محدد لكلٍ من مصطلحي المؤشر الجغرافي وتسمية المنشأ، منعاً للخلط بينهما.
- 3- توسيع نطاق المؤشرات الجغرافية لتشمل جميع أنواع السلع، وكذلك الخدمات المقدمة.
- 4- منح المؤشرات الجغرافية للسلع والخدمات نفس مستوى الحماية دون تفرقة بين السلع المرتبطة بالخمور والمنتجات الروحية وغيرها من السلع الأخرى.
- 5- العمل على تفعيل دور المستهلكين والجمعيات في الرقابة على المؤشرات الجغرافية، وتمكينهم من اتخاذ الإجراءات اللازمة للتصدي للاعتداءات الواقعة على المؤشرات الجغرافية.
- 6- حث الدول على كفالة حماية قانونية مدنية وجنائية للمؤشرات الجغرافية المسجلة.

7- حث الدول - ومنها مصر- على الانضمام لنظام لشبونة الذي يوفر حماية دولية فعالة وشاملة للمؤشرات الجغرافية وتسميات المنشأ من خلال نظام التسجيل الدولية.

8- وأخيراً، نؤكد أنه على الرغم من أن المؤشرات الجغرافية لها خصائص واضحة وإيجابية يمكن أن تجعلها أصولاً قيّمة لأي بلد. إلا أنها مع ذلك، ليست إنجازاً سهلاً. وفي بعض الحالات، لن يكون اتباع استراتيجية المؤشر الجغرافي هو الحل الأمثل لحل العديد من قضايا الأعمال والتنمية الريفية؛ فإنشاء المؤشرات الجغرافية واستدامتها هو مهمة طويلة وتستهلك مواردًا كثيرة، فالمؤشرات الجغرافية الناجحة تجاريًا لا تنشأ ببساطة وسهولة. فهناك بعض الشروط المسبقة، كما تتطلب استراتيجية وموارد مدروسة جيدًا لتنفيذها. وإذا كانت حماية المؤشرات الجغرافية عنصرًا حيويًا في عملية تطويرها، لكنها ليست كافية لضمان نجاحها؛ حيث إن البيئة التمكينية مهمة أيضًا، فالعوامل السياسية والاجتماعية والتنافسية التي يمكن أن تؤثر عادة على القطاعات المختلفة سيكون لها أيضًا تأثير على المؤشرات الجغرافية. ففي بعض الأحيان، قد تكون الموارد النادرة في العديد من الدول موجهة بشكل أفضل نحو استراتيجيات التنمية بخلاف المؤشرات الجغرافية، فهي ليست جرعة سحرية، ولكنها بالتأكيد أداة قوية. فهناك طرق أفضل، وطرق أسوأ، للتعامل معها وتطبيقها. فإذا تم تطبيقها بشكل سيئ أو بلا مبالاة، فقد يكون لها تأثيرات سلبية. ومع ذلك، إذا تمت إدارتها بعناية، فإنها يمكن أن تقدم العديد من الفوائد

خاصة للمناطق التي قد لا تدرك بسهولة الإمكانيات الكامنة في أصولها الجغرافية  
والثقافية.

## قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

د/ جلال وفاء محبين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية التريس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.

د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، الجديد في العلامات التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.

- أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية اتفاقية التريس، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

- الترخيص باستعمال العلامة التجارية، بدون دار نشر، 1993.

د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

د/ عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثامن - حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون تاريخ نشر.



د/ محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية،  
القاهرة، بدون تاريخ نشر.

ثانيًا المراجع باللغة الأجنبية

## (1) Books

**Augustin,L., Ilbert,H. and Saavedra.N.**, Geographical Indications and International Agricultural Trade, Palgrave Macmillan UK, England, 2012.

**Binh,T.**, Geographical Indication in Vietnam: Reality, Policy, and Perspective, Agricultural Publishing House, USA, 2007.

**Blakeney,M.**, The Protection of Geographical Indications: Law and Practice, Edward Elgar Pub, UK, 2019.

**Connor,B.O.**, “The Law of Geographical Indications”, Cameron May, London, 2004.

**CORTE,A.**, The Conflict Between Trade Marks and Geographical Indications – The Budweiser Case in Portugal,

Studies in Industrial Property and Copyright Law, Hart Publishing ,USA.

**Dagne,T.W.**, Intellectual Property and Traditional Knowledge in the Global Economy: Translating Geographical Indications for Development, Routledge, USA, 2016.

**Fazio,S.**, Brazilian Commercial Law: A Practical Guide, 2<sup>ed</sup>, Kluwer Law International, USA, 2015.

**Gangjee,D.S.**, From Geography to History: Geographical Indications and the Reputational Link February 25, 2017. In: **Calboli,I. and LoyW.N.**, eds, Geographical Indications at the Crossroads of Trade, Development, and Culture in the Asia–Pacific, Cambridge University Press, UK, 2017.

**Gangjee,D.S.**,Relocating the Law of Geographical Indications, Cambridge University Press, UK,2012.

**Giovannucci,D., Josling,T., Kerr,W., Connor,B. and Yeung,M.T.**, Guide to Geographical Indications linking

products and their origins, International Trade  
Centre, Geneva, 2009.

**Graham, D.**, Intellectual Property Rights, Trade and  
Biodiversity, London, Earthscan Publications Ltd., USA, 2013.

**Hussey, A.**, Paris: The Secret History, penguin, UK, 2013.

**Mantrov, V.**, EU Law on Indications of Geographical Origin  
“Theory and Practice”, Springer International Publishing,  
Switzerland, 2014.

**Pick, B., Vivien, M., and Kim, D.**, The Use of Geographical  
Indications in Vietnam: A Promising Tool for Socioeconomic  
Development?, Cambridge University Press, UK,  
2017. available at: <https://agritrop.cirad.fr/579409/>

**Plaisant, M. and Fernand, J.**, Traité des noms et appellations  
d'origine, Rousseau & cie., Paris, 1921.

**UNCTAD–ICTSD**, Resource book on TRIPS and  
development, Cambridge University Press, New York, 2005.

Available at:

[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2005d1\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2005d1_en.pdf)

**WIPO** , intellectual property handbook: policy, law and use,  
2<sup>nd</sup>ed. WIPO, Geneva,2004.

## **(2) Studies, Researches, Reports:**

**Abegg,B.**, The Geographical Trade Mark: A Swiss Innovation Worth Copying?. IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol 49, No.6.

**Afian,A.**, Geographical indications: a property without an owner , 2017. Available at: <http://www.inprojournal.org/en/2-94-2017-3>

**AND International and European Commission**, Value of production of agricultural products and foodstuffs, wines, aromatised wines and spirits protected by a geographical indication GI, October 2012. Available at:

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/131c84a8-3c1f-4835-9a83-fbdd0abc9b2e>

**ARHEL,P.**, Répertoire de droit international “ Propriété intellectuelle : OMC – Protection des signes distinctifs”,Dalloz, paris, Janvier 2019.

**AUDIER,J.**, Passé, présent et avenir des Appellations d’Origine dans le monde : vers la globalisation ?, OIV, No. 929-931, 2008.

–Indications Géographiques et mondialisation, Académie d’Agriculture, Séance publique du 6 décembre 2006.

Available at:

[http://www.sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documents/026anexoxxviaudier\\_ig\\_et\\_mondialisation.pdf](http://www.sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documents/026anexoxxviaudier_ig_et_mondialisation.pdf)

– De la nature juridique de l’Appellation d’Origine, Bull. OIV, 1993.

**BeresfordL.**, Geographical Indications: The Current Landscape, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal ,Vol 17, No.4 , 2007.

**Bowen,S. and Zapata,A.Z.**, Geographical indications, terroir, and socioeconomic and ecological sustainability: The case of tequila, Journal of Rural Studies, Vol 25, No. 1, January 2009.

**Casabiancad,F., Boutonnetc,J., Bérard,L., and Vivien,D.m.**, Are French Geographical Indications Losing Their Soul? Analyzing Recent Developments in the Governance of the Link to the Origin in France, World Development, Vol 98, No.2, 2017. Available at:  
<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii>

**Downes,D.**, How intellectual property could be a tool to protect traditional knowledge, Columbia Journal of Environmental Law, Vol.25,No 5,2000.

**Dudding,D.**, The Lisbon Agreement: Why the United States Should Stop Fighting the Geneva Act, The Journal of Entertainment & Technology Law, Vol. 18, No.1.

**DULIAN,F.P.**, Répertoire de droit européen “Appellations d'origine – Approche de la notion par la Cour de justice des Communautés européennes ”, Novembre 2019.

**Echols,M.A.**, Geographical Indications for Foods, Trips and the Doha Development Agenda. Journal of African Law, Vol 47, No.2, 2003. Available at:

<https://www.jstor.org/stable/30038563?seq=1>

**European Commission** , Why do geographical indications matter to us?, Brussels, 30 July 2003. Available at:

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_03\\_160](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_03_160)

**European Commission**, IP in the agri–food sector:

geographical indications in Latin America, 2017. Available at:

[https://ec.europa.eu/chafea/agri/sites/chafea/files/fs\\_agrifood\\_dos\\_and\\_gls\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/chafea/agri/sites/chafea/files/fs_agrifood_dos_and_gls_en.pdf)

**European IPR Helpdesk**, Fact Sheet The value of geographical indications for businesses, 2016. Available at: [https://www.iprhelpdesk.eu/sites/default/files/newsdocuments/Fact-Sheet-Geographical\\_Indications\\_2.pdf](https://www.iprhelpdesk.eu/sites/default/files/newsdocuments/Fact-Sheet-Geographical_Indications_2.pdf)

**European Union Intellectual Property Office** , Protection and control of geographical indications for agricultural products in the EU Member States, Publications Office of the EU, 2017. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0c120946-6eb3>

**Evans, G.E. and Blakeney, M.**, The Protection of Geographical Indications After Doha: Quo Vadis? Journal of International Economic Law, Vol.9, No. 3, 2006. Available at: <https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/9/3/575/2193651>



**Federation of the Swiss Watch Industry FH**, Guide to the use of the designation “Swiss” for watches Based on the "Swissness" proposal and on the revision of the Ordinance governing the use of the designation “Swiss” for watch, 2018.

Available at:

[https://www.fhs.swiss/file/8/Guide\\_FH\\_v.5\\_en.pdf](https://www.fhs.swiss/file/8/Guide_FH_v.5_en.pdf)

**Gangjee,D.S.**, Geographical Indications and Cultural Heritage , WIPO Journal, Vol. 4,2012. Available at SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=2187768>

**Gopalakrishnan N.S, Nair P.S and Babu,A.K**, Exploring the relationship between geographical indications and traditional knowledge: An analysis of the legal tools for the protection of geographical indications in Asia. ICTSD Working Paper, 2007.

**Ibele,E.W.**, "The Nature and Function of Geographical Indications in Law," Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy, Vol. 10, No.1, 2009.

**Ilbert,H. and Petit,M.**, Are Geographical Indications a Valid Property Right? Global Trends and Challenges, Development Policy Review, Vol. 27, No.5, 2009.

**Kireeva,I. and O’Connor,B.**, Geographical Indications and the TRIPS Agreement: What Protection is Provided to Geographical Indications in WTO Members?, The Journal of World Intellectual Property , Vol.13, No.2, 2010.

**Lorvellec,L.**, "La protection internationale des appellations d'origine contrôlées", Ecrits de droit rural et agroalimentaire, Dalloz, Paris, 2002.

**Mancini,M.C.**, Geographical Indications in Latin America Value Chains: A “branding from below” strategy or a mechanism excluding the poorest? Journal of Rural Studies, Vol. 32, 2013. Available at:  
<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S07430167130600>

**Medeiros,M., Passador,C.S. and Passador J.L.,**

Implications of geographical indications: a comprehensive review of papers listed in CAPES' journal database, RAI Revista de Administração e Inovação, Vol. 13, No. 4, 2016.available at:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1809203916310713>

**Monteverde,P.,** Enforcement of geographical indications, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2012, Vol. 7, No. 4.

**Murphy,K.M.,** Conflict, Confusion, and Bias Under TRIPs Articles 22–24 , American University International Law Rev, Vol 19, No. 5, 2003.

**Nanayakkara,T.,** Role of Intellectual Property in Enhancing the Competitiveness of the Tourism Industry. Available at: [https://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/\\_ip.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/_ip.pdf)

**OLSZAK,N.**, Répertoire de droit commercial “ Appellations d’origine et indications de provenance”, Dalloz ,Paris, Mai 2018.

- Les appellations d’origine en France, Les Cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 19, No. 2, 2007.

- 'La Propriété Industrielle Est–Elle Bien Une Propriété?', Recueil Dalloz, Paris, 2002.

- Droit des appellations d'origine et des indications de provenance, Tec&Doc, Paris, 2001.

**OriGIn**, Practical Manual on Geographical Indications for ACP Countries, Switzerland, 2011. Available at:

<https://www.origin->

[gi.com/images/stories/PDFs/English/OriGIn\\_publications/manual\\_acpcomplet.pdf](https://www.origin-gi.com/images/stories/PDFs/English/OriGIn_publications/manual_acpcomplet.pdf)

**Parwar, A.**, Importance of Geographical Indication in the Growing IPR World, 2009. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1444419>

**Peukert,A.**, Individual, Multiple and Collective Ownership of Intellectual Property Rights – Which Impact on Exclusivity?, 2010. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1563990>

**Piatti,M.C.**, L'appellation d'origine, essai de qualification, Revue Trimestrielle de Droit commercial, Vol.52, No. 3, juillet–septembre 1999.

**Ragavan,S.**, Protection of Traditional Knowledge, Minnesota Intellectual Property Review , Vol 2, No.2, 2001.

**Rahman,F.**, An Exploration of the Laws and Systems for the Protection of Geographical Indications in USA, China and India: A Comparative Analysis, 2016. Available at: <http://docs.manupatra.in/.pdf>

**Rangnekar,D.**, The Socio–Economics of Geographical Indications, ‘The Socio–Economics of Geographical Indications: A Review of Empirical Evidence from Europe’, Capacity Building Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development, UNCTAD/ICTSD, May 2004. Available at:  
[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2004ipd8\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2004ipd8_en.pdf)

**Ribeiro de Almeida,A.**, Geographical Indications Versus Trade Marks and Generic Terms: The US–China Agreement, International Review of Intellectual Property and Competition Law – IIC, Vol 51,No. 2, 2020. Available at:

<https://link.springer.com/article/s40319-020-00923-0>

- “The Legal Nature of Geographical Indications and Designations of Origin”, European intellectual property review “EIPR”, Vol 36, No.10, 2014. Available at:

<https://citizenseminars.blogactiv.eu/files/2009/de-marks-in-pdf.pdf>

**Stern, S.**, “Are GIs IP?”, European Intellectual Property Review, Vol 29, No. 2, 2007.

**The Organization for an International Geographical Indications Network “origin”**, Legal Systems to Protect GIs, Available at: <https://www.origin-gi.com/your-gi-kit/legal-info/item/4744-legal-systems-to-protect-geographical-indications-en-gb-4.html>

**United Nations Development Programme “UNDP”**, Geographical indications as trade related intellectual property. UNDP discussion paper, 2007, Available at <http://www.snapundp.org/Publications/GeographicalIndications.pdf>

**United States Patent and Trademark Office**, Geographical Indication Protection in the United States. Available at: [https://www.uspto.gov/sites/default/files/globalip/pdf/gi\\_system.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/globalip/pdf/gi_system.pdf)

**Vivien,D.M.**, The Role of the State in the Protection of Geographical Indications: From Disengagement in France/Europe to Significant Involvement in India, The Journal of World Intellectual Property,Vol.13, No.2, 2010, Available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/j.1747-1796.2009.00375.x>

**Wipo**, World Intellectual Property Indicators 2019, Geneva, 2019. available at: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_941\\_2019.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2019.pdf)

- Geographical Indications, An Introduction, 2018, Available at: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/geographicalwipo\\_952.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/geographicalwipo_952.pdf)

- Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indication, Compilation of the replies to questionnaire I on the national and regional systems that can provide a certain protection to geographical



indications, Fortieth Session Geneva, November 12 to 16, 2018, SCT/40/5 PROV.2.

- Worldwide Symposium on Geographical Indications, 2011, WIPO Publication No.798E. Available at:

[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/\\_geo\\_lim\\_11\\_compilation.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/_geo_lim_11_compilation.pdf)

- the Economics of Intellectual Property: Suggestions for Further Research in Developing Countries and Countries with Economies in Transition, 2009. Available at:

[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en\\_1012.pdf#page=121](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en_1012.pdf#page=121)

- Geographical Indications and the Territoriality Principle, 2002, Available at:

[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct\\_9/sct\\_9\\_5.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_5.pdf)

- Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, The Definition of Geographical Indications, SCT/9/4, Ninth Session Geneva, November 11 to 15, 2002.

- Standing Committee on the law of Trademarks, Industrial Designs And Geographical Indications, ‘Possible Solutions For Conflicts Between Trademarks and Geographical Indications and for Conflicts Between Homonymous Geographical Indications’, WIPO Doc, Sct/5/3, June 2000.
- Workshop on the Enforcement of Intellectual Property Rights for Judges and Prosecutors, the Role of the Government Authorities in the Enforcement of Intellectual Property Rights., WIPO/IPR/JU/BEY/99/5B, 1999.
- Model Law for Developing Countries on Appellations of Origin and Indications of Source, WIPO Publication No. 809, Geneva, 1975.
- Protection of geographical indications in the Republic of Moldova, Available at:  
<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/w/wipdf>

**WTO Secretariat** , in ‘Review under Article 24.2 of the application of the provisions of the section of the TRIPS

Agreement on geographical indications, IP/C/W/253.

Summary of the responses to the checklist of questions

IP/C/13 and Add.1' , April 2001, available at:

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-D](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-D)

**Yeung, M.T and Kaplan, D.M.**, Encyclopedia of Food and Agricultural Ethics. “Geographic Indications”, Springer Dordrecht, 2019.

**Zappalaglio, A.**, The Debate Between the European Parliament and the Commission on the Definition of Protected Designation of Origin: Why the Parliament Is Right. IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol.50, No.5, 2019.

**Zappalaglio, A., Guerrieri, F. and Carls, S.**, Sui Generis Geographical Indications for the Protection of Non-Agricultural Products in the EU: Can the Quality Schemes Fulfil the Task?, IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol.51, No.3, 2020.

### **(3) Thesis:**

**Bowen,S.**,Geographical indications: Promoting local products in a global market , PhD thesis, Graduate School of the University of Wisconsin–Madison, USA, 2008. Available at:  
<https://search.proquest.com/docview/304450516?accountid=178282>

**Goffic,C.**, La protection des indications géographiques en France, dans la Communauté européenne et aux Etats–Unis, Ph.D. Thèse, Université Panthéon–Assas ,Paris, 2009.

**Kisuule,Y.**, Least developed countries and geographical indications: how can Uganda position itself to benefit from geographical indications?, Master Theses, Faculty Of Law, University of Cape Town, 2015. Available at:  
[https://open.uct.ac.za/bitstream/thesis\\_lawpdf?sequence=1&isAllowed=y](https://open.uct.ac.za/bitstream/thesis_lawpdf?sequence=1&isAllowed=y)

**Loucks,M.A.**, Trademarks and Geographical Indications: Conflict or Trademarks and Geographical Indications: Conflict

or Coexistence? Coexistence?, Master thesis, School of Graduate and Post-doctoral Studies – University of Western Ontario, Canada, 2012.

**Vanbrabant,B.**, La propriété intellectuelle : nature juridique et régime patrimonial, Ph.D thesis, Département de droit, Université de Liège , Belgique, 2013.

**Vivien,D.M.**, Le droit des indications géographiques en Inde: un pays de l'Ancien monde face aux droits français, européen et international, Ph.D.thèse, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Centre d'études des normes juridiques – Yan Thomas, Paris, 2010. Available at:

[https://www.researchgate.net/publication/\\_Marie-Vivien\\_D\\_2010](https://www.researchgate.net/publication/_Marie-Vivien_D_2010)

**Wang,S.Y.**, Geographical indications as intellectual property: in search of explanations of taiwan's gi conundrum, Ph.D. thesis, University of Newcastle Upon Tyne, England, 2013.

**Williams, R.M.**, “Do geographical indications promote sustainable rural development? Two UK case studies and implications for New Zealand rural development polic, Master’s Thesis, Lincoln University, 2007. Available at: [https://www.researchgate.net/publication/237547703\\_rural\\_development](https://www.researchgate.net/publication/237547703_rural_development)

**Zappalaglio, A.**, “The why of geographical indications: The transformation of the link between the product and its place of origin in Europe, Ph.D thesis, Somerville College – University of Oxford, England, 2018.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية:

- موقع الاتحاد الأوروبي

[https://europa.eu/european-union/index\\_en](https://europa.eu/european-union/index_en)

- موقع محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي

[https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/en/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/)

- موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية " الويبو "

<https://www.wipo.int/portal/ar/>

- موقع منظمة شبكة المؤشرات الجغرافية الدولية

<https://www.origin-gi.com/>

- موقع منظمة التجارة العالمية

<https://www.wto.org/english>

- موقع المنظمة الأفريقية للملكية الفكرية

<https://www.aripo.org/>







## أبحاث في المرافعات المدنية والتجارية



استنفاد ولاية الفصل في الدعوى بين النظرية والتطبيق

في مجالي القضاء والتحكيم

دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة في

القانون المصري والنظام السعودي

دكتور

محمود علي عبدالسلام وافي

أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة عين شمس

## أولاً تحديد إشكالية الدراسة

بالرغم من أهمية فكرة الولاية كأساس لمباشرة العضو القضائي وظيفته القضائية، وكذا مباشرة المُحَكِّم لمهمته التحكيمية إلا أن كثيراً من الإشكالات العملية تعترض التطبيق الصحيح والمنضبط لهذه الفكرة.

ويبدو الإشكال أكثر وضوحاً وأوسع نطاقاً في رحاب النظام القضائي السعودي، إذ جرى العمل على تقديم الاعتراض على الحكم للمحكمة التي أصدرته لتعيد النظر في الحكم في ضوء الاعتراض قبل أن ترفعه لمحكمة الاعتراض، ويكون لها في هذه المرحلة تعديل حكمها إذا اقتنعت بأوجه الاعتراض عليه ولا ترفعه من ثم لمحكمة الاعتراض، وهو ما يصطدم بفكرة استنفاد الولاية.

بل إن محكمة الاستئناف -في النظام القضائي السعودي- إذا تراءى لها عدم صحة الحكم محل الاعتراض أو عدم عدالته تبدي عليه ما تراه من ملاحظات وتعيده مرة أخرى للمحكمة التي أصدرته لإعادة نظره في ضوء ما ارتأته محكمة الاستئناف من ملاحظات، وهو ما يتجاوز حدود الاصطدام بفكرة استنفاد الولاية ليتعارض مع مبدأ الأثر الناقل للاستئناف.

فما سبب الخروج على فكرة استنفاد الولاية في النظام السعودي مقارنة بالقانون المصري تحديداً، وما تقييمه؟ وما هو مصيره في ظل التطور التنظيمي المتلاحق؟.

هذا، ونظرًا لما يلعبه التحكيم من دور هام لم يعد يقل عن دور القضاء في حسم المنازعات، فإن تساؤلًا يطرح نفسه على بساط البحث يكمن في: ما حدود استفاد الولاية في مجال التحكيم؟، وهل توجد في التحكيم نفس إشكالات الولاية القائمة في المجال القضائي؟.

إن محل هذه الأسئلة هو جوهر إشكالية هذه الدراسة، كما أن إيجاد إجابات منضبطة لها هو هدف هذه الدراسة.

### ثانيًا أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تأصيل فكرة استفاد الولاية، ورصد إشكالاتها، وتحليل النظام القانوني لها، للوقوف على إجابات محددة لما تضمنته إشكالية الدراسة من تساؤلات، سواء في خصوص القضاء أو التحكيم، وفي إطار المقارنة بين القانون المصري والنظام السعودي.

### ثالثًا تمهيد وتقسيم

الولاية القضائية هي الوسيلة الإجرائية التي يتم من خلالها تحديد ما يدخل في الوظيفة القضائية للدولة، وتوزيع هذه الوظيفة بين جهتي القضاء العادي والإداري في الدول التي تأخذ بازدواجية الجهاز القضائي.

وكي يباشر العضو القضائي وظيفته على نحو صحيح فلا يكفي توافر السلطة والصلاحيات بل يلزم فضلاً عن ذلك أن تثبت له الولاية القضائية على ما يتولى نظره والفصل فيه.

أما ولاية التحكيم فنستطيع وصفها بالوسيلة الإجرائية التي يتم من خلالها تحديد ما يدخل في مجال التحكيم، ومن ثم حسمه عن طريق التحكيم بدلاً عن القضاء، مع رسم نطاق التداخل بين القضاء والتحكيم من خلال ما يقوم به القضاء من دور داعم للتحكيم من خلال تدخله بالمساعدة والرقابة.

وتحديداً لموضوع بحث "استنفاد ولاية الفصل في الدعوى" ينبغي علينا التمييز أولاً بين "ثبوت الولاية" و"بقاء الولاية" و"امتداد الولاية" من ناحية، وبين "انقضاء الولاية" و"زوال الولاية" و"استنفاد الولاية" من ناحية أخرى.

فثبوت الولاية يقصد به تحقق المفترضات اللازمة لاتصال العضو القضائي أو هيئة التحكيم بالدعوى.

بيد أن انقضاء الولاية ينصرف إلى خروج الدعوى عن الوظيفة القضائية للدولة (انقضاء مطلق) أو عن ولاية جهة قضائية معينة ودخولها في ولاية جهة قضائية أخرى داخل ذات الدولة (انقضاء نسبي)، ولكون العضو القضائي هو المنوط به مباشرة الوظيفة القضائية للدولة فإن دخول دعوى معينة في هذه الوظيفة يعني في ذات الوقت وبذات القدر دخولها في ولاية العضو القضائي بصفة عامة، وإن كان

هذا لا يحول دون انتفاء ولاية قاضي بعينه وثبوت ولاية قاض آخر بحسب الجهة القضائية التي يتبعها ومدى ثبوت ولايتها على الدعوى، كما أن خروج دعوى ما عن الوظيفة القضائية للدولة يقطع بخروجها عن الولاية القضائية لكل عضو قضائي داخل هذه الدولة.

وفي خصوص التحكيم نستطيع كذلك رصد نوعين من انتفاء الولاية، ينصرف الأول منهما إلى خروج الدعوى عن ولاية التحكيم في عمومها، كونها مما لا يجوز فيه التحكيم (انتفاء مطلق)، بينما ينصرف النوع الثاني منها لخروج الدعوى عن ولاية التحكيم لعدم الاتفاق على حسم موضوعها عن الطريق التحكيم مع كون موضوعها مما يصح فيه التحكيم (انتفاء نسبي).

أما بقاء الولاية فمعناه استمرار ثبوت الولاية للعضو القضائي أو لهيئة التحكيم كونها ثبتت له ولم يستفرغ جهده في موضوعها بقرار قضائي أو تحكيمي قطعي، بيد أن امتداد الولاية القضائية فيعبر عن حالة استثنائية اقتضت اعتبارات العدالة القضائية أو الضرورة الإجرائية إقرارها، ويأخذ الامتداد إحدى صورتين، الأولى منهما تتمثل في إبقاء الولاية رغم صدور قرار قطعي في الموضوع بما كان يستتبع -مقتضى حكم القواعد العامة- انقضاء الولاية عن العضو القضائي، كما هو الحال في خصوص تصحيح وتفسير الحكم القضائي، أما الثانية منهما فتتمثل في إثبات الولاية على خلاف مقتضى القواعد العامة منا هو الحال في النظر في التعويض



عن الدعاوى والإجراءات الكيدية من المحكمة التي بوشرت أمامها الدعوى ولو لم تكن من ولايتها وفقاً للقواعد العامة إعمالاً لقاعدة قاضي الأصل قاضي الفرع.

وفي مجال التحكيم يمكن الحديث عن امتداد الولاية التحكيمية من خلال تناول مسألة امتداد شرط التحكيم، سواءً بمد شرط التحكيم من عقد أصلي إلى عقد تبعية لا يشتمل عليه، أو بمد شرط التحكيم الذي وافقت عليه شركة إلى عقود لشركات أخرى لا تتضمن شرط التحكيم كونهما ينتميان إلى مجموعة أو مشروع تعاقدى واحد، وهو ما يمكن تسميته بالأسرة العقدية<sup>1</sup>.

أما زوال الولاية فينصرف إلى إسقاط ولاية الفصل في الدعوى عن العضو القضائي أو هيئة التحكيم بعد سبق ثبوتها، كما هو الحال في الدعاوى غير الإدارية التي كانت من ولاية القضاء الإداري ثم سلخت عنه وأعطيت للقضاء العادي<sup>2</sup>، وكما هو

---

<sup>1</sup> إبراهيم أحمد إبراهيم، بعض المشاكل العلمية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات قضايا التحكيم، مؤتمر مراكز التحكيم العربي الثاني ببيروت، 17/ 18 أيار 1999م، ص8.

<sup>2</sup> في القانون المصري نص المادة 15 من قانون السلطة القضائية الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم 46 لسنة 1972م، وفي النظام السعودي المادة الخامسة والعشرون من نظام القضاء، وما يقرره نظام ديوان المظالم في الفصل الثالث منه "اختصاصات المحاكم"، نصوص المواد من 11 إلى 15.

الحال في خصوص التحكيم الإجباري الذي سلخ عن ولاية التحكيم وعاد إلى القضاء<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> في القانون المصري قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية التحكيم الإجباري، استناداً على أنه: "لا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق إذ يحدد طرفاه -وفقاً لأحكامه- نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها ويلتزم المحتكمون بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة، وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان ذلك إن مقتضى الاتفاق عليه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها، ومؤدى ما تقدم جميعه أنه إذا ما فرض المشرع التحكيم قسراً بقاعدة قانونية أمره فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذى كفله الدستور". (حكمها في الطعن رقم 65، س ق 18، بتاريخ 2001/01/06)، وهو ما أكدته محكمة النقض بحكمها في الطعن رقم ١٦٨٢، س٦٤، جلسة ٢٠١٩/1/1.

وإن كان هذا لا ينفي بقاء صورة للتحكيم الإجباري وهي تلك التي تتم بين جهات حكومية وشركات القطاع العام؛ ولذا قضت محكمة النقض في حكم حديث بأن: "المقرر أن نص المادة ٥٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن هيئات القطاع العام وشركاته على أن (يفصل في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام بعضها وبعض أو بين شركة قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى عن طريق التحكيم دون غيره على الوجه المبين في هذا القانون) يدل -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن تختص هيئات التحكيم دون غيرها بنظر كل نزاع بين الجهات سالفة

بيد أن استنفاد الولاية يعني انقضاء الولاية القضائية "أو التحكيمية" عن العضو القضائي "أو هيئة التحكيم" بعد سبق ثبوتها بسبب استقراغ الجهد في موضوع الدعوى؛ بما لم يبق معه ما يبذل من جهد، وينصرف إلى الأثر المترتب على صدور قرار قضائي (حكم أو أمر) أو تحكيمي قطعي في مسألة معينة؛ بما يحول دون العدول عن هذا القرار أو تعديله<sup>1</sup>.

هذا: وينحصر موضوع هذا البحث في استنفاد الولاية في المجالين القضائي والتحكيمي وفق التحديد السابق.

ونقسمه إلى مبحثين الأول منهما عن ماهية استنفاد ولاية الفصل في الدعوى، نعرضه في مطلبين الأول منهما عن ماهية استنفاد الولاية في مجال القضاء، والثاني عن خصوصية استنفاد الولاية في مجال التحكيم، أما المبحث الثاني فيتناول التطبيق العملي لاستنفاد الولاية، ونعرض له في مطالب ثلاثة، الأول منها يتناول استنفاد الولاية في تطبيقات القضاء المصري، والثاني يتناول استنفاد الولاية

---

البيان ويلزم لاختصاص تلك الهيئات أن يكون جميع أطراف النزاع ممن عدتهم المادة سالفة البيان". حكمها في الطعن رقم ١٥٤، س٨٨ق، جلسة ٢٠١٩/٤/١٤، وحكمها في الطعن رقم ١٣٩٤٢، س٨١ق، جلسة ٢٠١٨/٣/١٢، وحكمها في الطعن رقم ٢٤٩٢، س٨١ق، جلسة ٢٠١٨/٢/١.

<sup>1</sup> فتحي والي، مبادئ القضاء المدني، 1974م، ص385، وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط4، دار النهضة العربية، 2004م، ص464.

في تطبيقات القضاء السعودي، بينما يتناول الثالث منها أثر استنفاد الولاية في  
مجال التحكيم، وذلك على النحو التالي:

## المبحث الأول

### ماهية استنفاد ولاية الفصل في الدعوى

للقوف على ماهية استنفاد ولاية الفصل في الدعوى في مجالي القضاء والتحكيم ينبغي تحديد مفهوم استنفاد الولاية في كلا المجالين، وحدوده، خصوصية استنفاد الولاية في مجال التحكيم عما هو مقرر في المجال القضائي، وذلك على النحو التالي:

## المطلب الأول

### ماهية استنفاد الولاية في مجال القضاء

للقوف على ماهية استنفاد الولاية في مجال القضاء يتعين تحديد مفهوم استنفاد ولاية القاضي، ثم رصد حدود هذا الاستنفاد، وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

### مفهوم استنفاد ولاية القاضي

يتعين لتحديد مفهوم استنفاد ولاية القاضي بحث مضمون استنفاد الولاية القضائية،  
ثم بيان مبرراتها وذلك على النحو التالي:

## الغصن الأول

### مضمون استنفاد الولاية القضائية

المصدر اللغوي لكلمة "استنفاد" من "نفد" أي "انتهى"، ومنه قوله تعالى "قل لو كان البحر مدادًا لكلمات ربي لنفد البحر قبل أن تنفذ كلمات ربي ولو جئنا بمثله مددًا"<sup>1</sup>، ويقال نفد الشيء أي فني، ويقال خصم منافذ أي يستفرغ جهده في الخصومة<sup>2</sup>.

أما كلمة ولاية في اللغة فتعني "سُلطة شخص مُنتخب"، وتأتي بمعنى متسلط على شخص أو شيء يدبر أمره ويصدر ما يراه بشأنه بصورة ملزمة<sup>3</sup>.

ولا يختلف المعنى الاصطلاحي لمصطلح "استنفاد الولاية" عن حقيقة معناه اللغوي مع نسبه للقاضي، فهو استفرغ القاضي جهده في مسألة معينة، بحيث لا يحق له معاودة النظر فيها مرة أخرى، ولو تبين له خطأ ما انتهى إليه أو عدم عدالته، ويسري ذات المعنى في خصوص المُحكَّم<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> الآية رقم 109 من سورة الكهف.

<sup>2</sup> محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، 1340هـ، 1922م، ص671.

<sup>3</sup> محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، ص624.

<sup>4</sup> محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن حقوق عين شمس، العدد 26، يوليو 1984م، ص57.



ولا يتأسس استنفاد الولاية على انتفاء الولاية أو عدم الاختصاص، بل على العكس الاستنفاد لا يكون إلا لمحكمة ذات ولاية واختصاص، وإنما يتأسس على سقوط سلطة المحكمة القضائية تجنباً من تكرار الفصل في ذات المسألة من ذات القاضي، ويجد الاستنفاد بهذا المعنى مصدره في القانون الروماني إذ كان يعبر عنه بأن القاضي بعد الفصل في المسألة المعروضة عليه لم يعد قاضياً، كناية عن زوال سلطته القضائية بشأن ما تم الفصل فيه، وهو جوهر استنفاد الولاية<sup>1</sup>.

إذن الاستنفاد فكرة قانونية إجرائية مفادها منع القاضي من مباشرة وظيفته القضائية بصدد مسألة معينة أكثر من مرة، فلا يمكن المساس بما انتهى إليه تعديلاً أو إلغاءً أو إضافة أو حذفاً أو عدولاً ولو باتفاق الخصوم، ويعد الاستنفاد بهذا المعنى أثراً مستقلاً للحكم القضائي القطعي، بغض النظر عن آثاره الأخرى فهو لا يرتبط بحجية الأمر المقضي، إذ إن الحكم يستنفد ولاية المحكمة ولو لم يرتب حجية الأمر المقضي متى كان قطعياً، كالحكم بثبوت الاختصاص أو بعدمه، وكالحكم

---

<sup>1</sup> طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، 2009م، ص258، وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1967م، ص561.

بالقبول أو بعدمه، فجميعها أحكام مستفدة لولاية المحكمة رغم كونها لا ترتب حجية الأمر المقضي كون هذه الأخيرة ترتبط وجودًا وعدمًا بالقضاء الموضوعي<sup>1</sup>.

وتتشابه فلسفة الحجية والاستنفاد، ذلك أن الحجية تعبر عن قوة إجرائية تلحق بالقرار القضائي فتضفي عليه حصانة تجعله غير قابل للمنازعة خارج الإجراءات التي صدر فيها، بما يحقق للعمل فاعليته في إزالة عوارض النظام القانوني، فالحجية تلزم مصدر القرار القضائي وكذلك الخصوم، فالحجية تقتزن بالقرار القضائي القطعي في الموضوع أو في مسألة متعلقة به؛ ويستفرغ فيه القاضي جهده، ومن ثم يستنفد ولايته القضائية<sup>2</sup>.

ويعد الأساس القانوني للحجية في ذات الوقت مبررًا منطقيًا لفكرة استنفاد الولاية، وقد أثير اختلافًا فقهيًا واسعًا في تحديد أساس الحجية، فظهرت العديد من النظريات

---

<sup>1</sup> وجدي راغب، النظرية العامة، ص211، فتحي والي، مبادئ القضاء المدني، بند117، ص272، إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص114.

<sup>2</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء، ص52، ولسيادته النظرية العامة للعمل القضائي، ص239، سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط1425هـ/ 2005م، ص736.

منها ما أسست الحجية على اعتبارات موضوعية وما أرجعتها إلى اعتبارات إجرائية<sup>1</sup>.

ونرى أن أساس الحجية يتحدد بالنظر إلى طبيعتها، فهي مركز إجرائي ينشأ عن القرار القضائي، يفرض القانون على القاضي والخصوم احترامه، فالحجية وسيلة العمل القضائي في تحقيق وظيفته من تحقيق اليقين القانوني للحقوق والمراكز تأكيداً لهيبة الدولة وسيادة القانون واستقرار الحقوق والمراكز القانونية.

ولذات السبب ومسيرة لذات المنطق فإن القرار القضائي وكذا القرار التحكيمي حتى يحقق الغاية المنشودة منه لا بد أن يستند ولاية مصدره "العضو القضائي وكذا هيئة التحكيم".

هذا ويلاحظ أن القرار القضائي في الدفع الموضوعي يعد قضاءً موضوعياً، ومن ثم يرتب الحجية ويستند الولاية في ذات الوقت، ذلك أن الحكم في الدفع الموضوعي يعد فاصلاً في الموضوع (وجوداً وعدمًا، أو مقداراً، أو بقاءً واستمراراً)، ومن ثم فإنه يعد حكماً موضوعياً؛ وهو ما يعني أنه يرتب حجية الأمر المقضي

---

<sup>1</sup> راجع وجدي راغب فهمي، النظرية العامة، ص184، سيد أحمد محمود، أصول النقااضي، ص743، محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، 1989م، ص424، أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط6، 1989م، بند 181، ص719، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الناشر نادي القضاة بالقاهرة، ط1، 1980م، ص154.

لارتباطها وجودًا وعدمًا بالقضاء الموضوعي، كما يستتفد ولاية مُصَدِرُهُ؛ بما يترتب على ذلك من نتائج.

كما أن الحكم في الدفع بعدم القبول لا يستتفد ولاية المحكمة بالنسبة للموضوع، فإذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى (أي بإجابة الدفع بعدم القبول) فإنها لا تكون قالت كلمتها في موضوع الدعوى؛ وعلى ذلك إذا رفعت أمامها نفس الدعوى مرة أخرى بعد توافر شروط قبولها فلا تكن ممنوعة من نظرها، كذلك إذا طعن على حكمها بعدم القبول وتم إلغاؤه من محكمة الطعن فيجب على هذه الأخيرة إعادة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بعدم القبول كي تفصل في موضوعها<sup>1</sup>.

وفي ذات السياق وإعمالاً لذات المنطق فإن الحكم الصادر في دعاوى الحيازة لا يستتفد الولاية ولا يحوز الحجية، كونه مبني على الترجيح والغالب من الظن دون تحقيق أو غوص في الأدلة والمستندات، على خلاف القضاء الموضوعي الذي يتأسس على القطع واليقين بعد استفراغ الجهد في البحث والتحري والوقوف على الأدلة والبراهين وتفنيدها والفحص والتدقيق؛ ولذا فمن المقرر أن القضاء الموضوعي يرتب الحجية ويستتفد ولاية القاضي بخلاف القضاء الوقتي أو

---

<sup>1</sup> أحكام النقض في الطعون أرقام 740 - س53ق - ج18/5/1989، ط 185 - س56ق - ج5/12/1989، 1715 - س56ق - ج28/4/1991.

المستعجل لا يرتب الحجية ولا يستنفد ولاية القاضي، وهو ما يسري بلا فارق في مجال التحكيم.

ولكن هل هذا يعني تطابق مجال الحجية مع استنفاد الولاية بحيث لا يتصور وجود إحداها دون الأخرى؟ لا شك أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على محل القرار "القضائي أو التحكيمي"، فإن كان محله موضوعي كانت الإجابة بالإيجاب، أما إذا كان محله إجرائي كانت الإجابة بالنفي، وهنا يتسع مجال الاستنفاد عن مجال الحجية.

تفصيل ذلك القرار القضائي في خصوص إجراءات الخصومة القضائية يستنفد ولاية المحكمة إن كان قطعياً بيد أنه لا يرتب حجية الأمر المقضي، فالقرار القضائي الصادر في الدفوع الإجرائية وبالرغم من أنه لا يتمتع بحجية الأمر المقضي يستنفد ولاية المحكمة، وذلك في خصوص المسألة الإجرائية التي فصل فيها، فلا شك أن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص يستنفد ولاية المحكمة؛ ولا يجوز لها الرجوع عنه، فإذا انتهت إلى عدم اختصاصها وجب عليها الإحالة ولو تعلق الأمر بالولاية<sup>1</sup>، وإذا انتهت إلى انعقاد الاختصاص لها تعين عليها السير قدماً في نظر الموضوع، ولا يجوز لها قبول مناقشة مسألة مدى اختصاصها مرة

---

<sup>1</sup> نص المادة 110 من قانون المرافعات المصري، ونص المادة 78 من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

أخرى، كما لا يتسنى لها العدول عن قرارها بالاختصاص، وعلى ذلك يوجد فارق ملحوظ بين أعمال فكرة الحجية فيما يتعلق بالإجراءات وأعمال فكرة استنفاد الولاية في هذا الخصوص<sup>1</sup>.

وإذا كان الربط بين فكرتي الحجية والاستنفاد غير حتمي فإن الربط بين فكرتي الاستنفاد والقطعية حتمي، فكل قرار قطعي يستنفد ولاية مُصْدِرَهُ وكل قرار غير قطعي لا يستنفد ولاية مُصْدِرَهُ، ذلك أن الأعمال القضائية من حيث مدى جواز العدول عنها تنقسم على قطعية وغير قطعية، فالقطعي منها هو ما يتم من خلاله الفصل في مسألة موضوعية أو إجرائية فصلاً حاسماً لا يجوز العدول عنه، بما يستنفد (أي ينهي) الولاية في خصوص هذه المسألة، كالحكم بإجابة المدعي لكل أو بعض طلباته أو رفضها، والحكم في مسألة الاختصاص ثبوتاً أو نفيًا، والحكم

---

<sup>1</sup> هذا ويجب التمييز بين استنفاد الولاية في خصوص المسألة الإجرائية، وبين استنفاد الولاية في خصوص موضوع الدعوى حال الجمع بينهما، ففي فرض أول قد يتضمن القرار القضائي الفصل في مسألة إجرائية استقلالاً، وهنا لا يستنفد هذا القرار سلطة العضو القضائي في الموضوع؛ وعليه إذ تم الطعن على هذا القرار أمام محكمة ثاني درجة فألغته وجب عليها إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لتتظر الموضوع وتقل فيه كلمتها، وفي فرض ثانٍ قد يتضمن القرار القضائي فصلاً في مسألة إجرائية مع الموضوع (وهو احتمال متصور)، وهنا يستنفد هذا القرار ولاية العضو القضائي في خصوص الموضوع، ولا يعد هذا من قبيل الاستثناء على فكرة الاستنفاد، ذلك أن القرار القضائي في هذا الفرض يعد مركباً من قرارين قضائيين، أولهما في خصوص الإجراءات، وثانيهما في خصوص الموضوع، وهذا الأخير هو الذي يرتب الحجية رغم أن كليهما يستنفد الولاية القضائية، وفقاً للقاعدة العامة في استنفاد الولاية.

في مسألة القبول ثبوتًا أو نفيًا، بيد أن غير القطعي منها لا يعبر عن رأي نهائي، إذ يتعلق بمسائل تحضيرية، يباح العدول عنها، كقرار الضم للارتباط، أو التفويض القضائي "الاستخلاف"، أو نذب خبير، أو استدعاء شهود، أو حجز القضية للحكم، أو اتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات أو العدول عنه، أو إحالة الدعوى للتحقيق، أو قفل باب المرافعة، أو إعادة فتحه، فيجوز العدول عن أي من هذه القرارات؛ ولذا فهي لا تستند ولاية مُصِدِّرها<sup>1</sup>.

فإذا انقضت الخصومة دون الفصل في الدعوى فإن القرارات القطعية المتخذة فيها تبقى قائمة إذا ما تم تحريك ذات الدعوى مرة أخرى بخصومة جديدة، على خلاف جميع القرارات غير القطعية إذ تزول فور زوال الخصومة، بحيث لا يكون لها أية آثار حال رفع الدعوى بخصومة جديدة.

هذا، وتعد فكرة استنفاد الولاية مبررًا للإبقاء على القرارات القطعية دون غير القطعية، إذ إن هذه القرارات "القطعية" استنفدت ولاية المحكمة فإذا زالت الخصومة ثم رفعت خصومة جديدة بذات الدعوى غلت يد المحكمة عن إعادة نظر ما استنفد العضو القضائي الجهد فيه مسبقًا، ولو اختلفت المحكمة التي تنتظر الدعوى في

---

<sup>1</sup> راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 266- س46ق- ج 1982/11/17، وكذا الطعن رقم 501- س42ق- ج 1983/6/12، 1175- س50ق- ج 1984/5/20.

المرّة الثانية عن تلك التي صدر عنها القرار القطعي في المرّة الأولى، إذ إن العبرة ليست بمن صدر عنه القرار القطعي وإنما العبرة بقطعية هذا القرار<sup>1</sup>.

## الفصل الثاني

### الأساس القانوني لاستنفاد الولاية القضائية

لم تتضمن نصوص المرافعات تقنيًا صريحًا لاستنفاد الولاية القضائية، بيد أن الأمر مستقر قضاءً وفقهاً على تأكيد هذا المبدأ، كما أن نصوص المرافعات تفيد هذا المعنى بصورة ضمنية، بل إن المبدأ أصبح من الأصول العامة للتقاضي، التي استقر القضاء على مراعاتها، تحقيقًا لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية، ووضع حدًا للخصومة القضائية تنتهي عنده<sup>2</sup>.

والمواقع أن جل الكتابات الفقهية ذات الصلة تتعرض لاستنفاد الولاية كأحد الآثار الإجرائية المترتبة على الحكم القضائي مبينة مضمونه ونطاقه دون التعرض مباشرة للأساس القانوني له؛ وهذا ما دفعني لمحاولة البحث عن هذا الأساس، إذ قبل

---

<sup>1</sup> ارتأى المنظم السعودي أولوية نظر ذات الدعوى أمام نفس الهيئة القضائية التي صدر عنها القرار القضائي في المرّة الأولى، فقرر في الترك إذا تم رفع الدعوى المتروك خصومتها مرّة أخرى أن تحال - مع مراعاة قواعد الاختصاص - إلى نفس الدائرة التي كانت تنظرها قبل الترك (المادة 1/93 من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية)، وهو ما لم يقره القانون المصري.

<sup>2</sup> في تأصيل المبدأ من الناحية الفقهية راجع فتحي والي، الوسيط، بند 83، ص 137، وجدي راغب، النظرية العامة، ص 210.



الإجابة على أسئلة ما هو الاستنفاد وما نطاقه ينبغي الإجابة على تساؤل هام وهو  
لماذا الاستنفاد؟

واعتقد أن الإجابة على هذا التساؤل تنطلق من الدور القانوني للنشاط القضائي،  
بمعنى الغاية من الوظيفة القضائية، فبتحديد هذه الغاية يتأكد انتهاء الدور المنوط  
بالقضاء ومن ثم لم يعد له دورًا يقوم به، ولعل هذا يتمشى مع القاعدة المستقرة  
تاريخياً في القانون الروماني من أن القاضي إذا أصدر حكمه لم يعد قاضياً،  
لتحقيق الدور المطلوب منه في المسألة المعروضة، فلا بد أن يوقف نشاطه في  
خصوصها ويوجهه إلى مسألة أخرى لم يستقرغ بعد فيها جهده، سواء ضمن ذات  
القضية المعروضة أو ضمن قضية أخرى.

وفي بحثنا عن غاية القضاء أو دوره ووظيفته يعرض لنا الكثير من النظريات  
الفقهية العتيقة سواء في القانون الفرنسي أو الإيطالي تحديداً والتي نقلت إلى الفقه  
الإجرائي العربي بمضامينها وحججها ونقدها، وحتى لا نخرج عن سياق هذه  
الدراسة المنصرفة بالأساس إلى فكرة استنفاد الولاية، نحيل بشأن النظريات المتعددة  
إلى أمهات كتب الفقه الإجرائي، ونقتصر على عرض الراجح منها برأينا، ورأي  
غالبية الفقه الإجرائي الحديث.

تبدو وفقاً لما نؤيده وظيفة القضاء في إزالة عوارض النظام القانوني<sup>1</sup>، فالأصل أن يتم التطبيق التلقائي للقانون من المخاطبين بأحكامه، بما ينشئ تناسقاً بين الواقع وأحكام القانون، بيد أن الأمور لا تسير على هذا النسق، فلسنا في المدينة الأفلاطونية الفاضلة التي لم تجد لها تطبيقاً سوى في كتب التاريخ، إذ يعترض هذا التطبيق التلقائي بعض العوارض التي لا بد من تدخل الجهاز القضائي لإزالتها، بوصفه مباشر السلطة أو الوظيفة القضائية للدولة القانونية الحديثة.

هذه العوارض تتمثل في التجهيل، والخشية من فوات الوقت، والقصور في إرادة المخاطبين بأحكام القانون، ومخالفة الواقع لما يستلزمه القانون، فيتدخل القضاء بالحماية الموضوعية لمواجهة التجهيل وتحقيق اليقين باستبعاد الآراء الذاتية للخصوم وإحلال إرادة القانون فيصير الحكم هنوئاً للحقيقة، ويتدخل بالحماية الوقتية لمواجهة الخشية من فوات الوقت بمنح حماية قضائية سريعة تبدد هذا العارض، كما يتدخل بالحماية الولاية لجبر القصور في الإرادة ليوصلها لمبتغاها المقرر قانوناً وقد عجزت بمفردها عن بلوغه، وأخيراً يتدخل بالحماية التنفيذية لمواجهة عارض مخالفة الواقع للقانون بجبر المخالف على الانصياع لمقتضى القانون تحقيقاً لاتساق الواقع وتمشيه مع مقتضى القانون.

---

<sup>1</sup> راجع في عرض هذه النظرية وتأييدها ونقد النظريات الأخرى وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص36.

فإذا ما حقق القضاء وظيفته المنوطة به بأداء دوره ووصل إلى غايته، ولما كان القضاء في ذاته ليس بغاية وإنما هو وسيلة لمنح الحماية القضائية المطلوبة بأضبط إجراءات وبأسرع وقت، فإن منحه الحماية المطلوبة يستتفد ولايته التي منحت له تمكينًا له من أداء دوره، ومن هنا يأتي الأساس القانوني بل والمنطقي لفكرة استنفاد الولاية.

بيد أن هذا المنطق قد لا يبدو كافيًا لتأصيل الأساس القانوني لجميع القرارات القطعية للقاضي، وبخاصة ما يتعلق بالإجراءات، فقد يقال الحكم في مسائل الاختصاص والقبول ليست غاية للعمل القضائي فما أساس استنفاد ولاية القاضي بشأنها؟ وأعتقد أن هذا الاعتراض مردود بالقاعدة المستقرة فقهاً من أن ما لا يلزم الشيء إلا به فهو لازم، فلأن القضاء لا يمكنه أداء وظيفته الأساسية إلا بحسم بعض الأمور الإجرائية فغن استقراغه الجهد بصدد هذه المسائل الإجرائية يرتب ذات الأثر المتولد عن منحه أية صورة من صور الحماية القضائية المذكورة؛ ومن ثم فيجب وضع حدًا للنقاش حول هذه المسائل توصلًا للغاية الأسمى المتمثلة في بذل الحماية القضائية المطلوبة، وهو ما لا يتأتى إلا بإعمال فكرة استنفاد الولاية.

غير أن اعتراضًا آخر قد يثار بشأن ما انتهينا إليه أساسًا قانونيًا ومنطقيًا لفكرة استنفاد الولاية، يتعلق بإحدى صور الحماية القضائية التي لا تستنفد ولاية القضاء ألا وهي الحماية الوقتية، فإن قيل بأن تحقق غاية القضاء تنتهي ببذل الحماية

القضائية المطلوبة ومن ثم يستنفد القضاء ولايته فإن ذات الشيء متحقق في الحماية الوقتية ولا يستنفد القاضي ولايته!

والحقيقة أن هذا الاعتراض يؤكد صحة ما خلصنا إليه أساسًا لاستنفاد الولاية، تفصيل ذلك أنه وإن كان المقرر أن القضاء الوقتي لا يرتب حجية الأمر المقضي كونه قائم على الترجيح لا على القطع واليقين، وأن تغير الظروف التي صدر فيها القرار القضائي الوقتي يبيح إعادة طرح ذات الموضوع مرة أخرى على ذات القاضي ليقرر ما يراه لمواجهة ما استجد من ملابسات، إلا أن هذا كله لا يتعرض مع استنفاد الولاية، ذلك أن هذه الفكرة تقتضي منع القاضي من العدول عما قرره، وهو متحقق في القضاء الوقتي فالقاضي لا يجوز له تعديل قضاءه الوقتي أو إلغائه متى بقيت الظروف التي صدر فيها قائمة، وهنا مناط استنفاد الولاية، فإذا ما تغيرت الظروف فقد نشأ العارض الذي استلزم منح الحماية في المرة الأولى من جديد؛ بما يستتبع تدخل القضاء ليقوم بدوره ويؤدي وظيفته المتمثلة في رفع العارض المذكور، وهو ما لا يتأتى إلا من خلال إصدار قراره القضائي المؤيد أو المعدل أو الملغي لقراره الأول في ضوء ما استجد من ملابسات<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> وجددي راغب فهمي، مبادئ القضاء، ص 330.

ولذا فإن الفقه يصف القضاء الوقي بالشرطي، ويطلق على الأحكام الوقتية والمستعجلة الأحكام الشرطية، أي المشروطة بعدم تغير الظروف التي صدرت في ضوئها<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> راجع في تفصيلات ذلك محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم الشرطي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1998م.

## الفرع الثاني

### حدود استنفاد الولاية القضائية

إذا كانت فكرة استنفاد الولاية القضائية تنطلق من أن القاضي بعد إصداره قراره القطعي في مسألة موضوعية أو إجرائية لم يعد قاضياً، بحيث يتمتع عليه معاودة النظر فيما فصل فيه، سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم أو بإحالة من قاضٍ آخر، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه على بساط البحث ينصرف إلى كيفية تحديد محل هذا الاستنفاد؟ بمعنى ما هو القرار القضائي الذي يستنفد ولاية القاضي؟ وما حكم المسائل المرتبطة به والمتولدة عنه هل يشملها الاستنفاد أم ينحصر عنها؟

إن استنفاد الولاية القضائية ينطلق من استعمال السلطة القضائية واستفراغ الجهد، بيد أن هذا لا يعني أن كل أعمال القاضي تستنفد ولايته في خصوص محلها، فقد سبق أن ذكرنا أن هناك العديد من الأعمال التحضيرية وكذا جميع صور الحماية الوقتية لا تستنفد ولاية القاضي، فهناك نوع واحد من الأعمال القضائية يستنفد ولاية العضو القضائي وهو العمل القضائي القطعي.

ويلاحظ في التنظيم القضائي المقارن وجود فروض محددة يصدر فيها العمل القضائي القطعي مستنفداً لولاية العضو القضائي ثم يباع إعادة طرح ذات الموضوع مرة أخرى على ذات العضو القضائي لإعادة النظر في قراره السابق في ضوء

بعض المستجدات التي لم تطرح عليه في المرة الأولى، وهو ما لا نراه متعارضًا مع فكرة الاستنفاد، ذلك أن هذه الفكرة تقوم كما ذكرنا على استقراغ الجهد، وفي الفرض المذكور لم يستفرغ العضو القضائي جهده، كما أن هناك حالات أخرى يحتاج القرار المستنفد لولاية العضو القضائي تصحيحًا أو تفسيرًا أو استكمالًا فيعيد العضو القضائي النظر فيما سبق أن أصدره من عمل لا بهدف العدول عما سبق أن أصدره أو تعديله نقصًا أو إضافة وإنما لتأكيدِه أو إكماله؛ ولذا فهو ما لا يتعارض مع فكرة الاستنفاد، وذلك على النحو التالي:

## الغصن الأول

### مراجعة الحكم بغير طريق الطعن

إذا كان إصدار الحكم المنهي للخصومة يستنفد ولاية المحكمة، بما يعني انتهاء سلطة المحكمة على القضية، وفقد صلاحية مراجعة الحكم أو تعديله، غير أن هناك بعض الحالات التي لا تستنفد المحكمة فيها ولايتها رغم صدور الحكم في موضوع الدعوى، حيث تستطيع المحكمة -في فروض معينة وبضوابط محددة- مراجعة الحكم<sup>1</sup>، وهذه الفروض هي:

#### أولاً: تصحيح الحكم

لكونهم بشر فإن ما يصدر عن القضاة من قرارات قضائية قد يعتريه من الأخطاء "المطبعية أو الكتابية أو الحسابية" ما يخرج عن صحة وبطلان العمل في ذاته ويقتصر على سلامته المادية؛ وعليه يتعين تصحيح هذا الخطأ المادي بغض النظر عن القوة الإجرائية للحكم، وما إذا كان من طائفة الأحكام الجائز الطعن عليها أم لا، وهو ما يسري على حكم التحكيم والحكم القضائي على السواء.

بيد أن إشكالية تصحيح الأخطاء المادية في الحكم لا تثار عملاً إلا بصدد تنفيذه، فإذا وقع بالحكم خطأ مادي أو حسابي (كخطأ في اسم المدعي أو المدعى عليه،

---

<sup>1</sup> راجع في خصوص التصحيح والتفسير والاستكمال بصفة عامة سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص 763.



أو في مقدار المبلغ المحكوم به) بما يحول دون تنفيذه، فيتم تقديم طلب التصحيح من صاحب الصفة والمصلحة إلى المحكمة "أو هيئة التحكيم" التي أصدرت الحكم، كما يحق لهذه الأخيرة أن تقوم بالتصحيح من تلقاء نفسها ودون طلب إذا ما تبين لها هذا الخطأ، ويتم التصحيح دون تبليغ الطرف الثاني أو تحديد جلسات لعدم وجود مرافعة، ويجري التصحيح على نسخة الحكم الأصلية، ويوقع من الهيئة التي أصدرته، بعد تدوين قرار التصحيح، وإذا كان طلب التصحيح مقدم من أحد الخصوم ورفضت المحكمة التصحيح فيجوز الاعتراض على ذلك مع الاعتراض على الحكم المطلوب تصحيحه، أما إذا أصدرت المحكمة قرارها بالتصحيح فيجوز الاعتراض عليه -من الخصم الآخر- على استقلال بطرق الاعتراض الجائزة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 191 من قانون المرافعات على أن: "تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة. ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه في الفقرة السابقة وذلك بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح أما القرار الذي يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال"، وهو نفس ما قرره نظام المرافعات الشرعية في المادتين 171 و172.

بيد أن هناك فارقان في تصحيح الأحكام بين القانون المصري والنظام السعودي، إذ أورد هذا الأخير حكمان لا وجود لهما في القانون المصري يتمثلان فيما يقرره نص المادة 172 من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في بيانه لكيفية الاعتراض على حكم المحكمة في خصوص التصحيح من التمييز بين اكتساب الحكم الأصلي المطلوب تصحيحه للقطعية من

ويسري ذات المبدأ في خصوص حكم التحكيم، مع فارق أن تجاوز هيئة التحكيم صلاحياتها في التصحيح أو رفضه لا يمكن الاعتراض عليه بطرق الاعتراض المقررة في الأحكام القضائية كون حكم التحكيم لا يخضع لها، وإنما يتم الاعتراض بذات الآلية المقررة في خصوص حكم التحكيم، أي بدعوى بطلان أصلية، أو مع دعوى بطلان الحكم الأصلية<sup>1</sup>.

---

عدمه، فإذا كان مكتسباً القطعية وجب على المحكمة أن تصدر قراراً مستقلاً بالتصحيح يخضع لطرق الاعتراض، فإذا اكتسب القرار القطعية فيهمش على الصك الأساس بما يلزم، أما إذا كان الحكم غير مكتسب القطعية فيجب التمييز بين فرضين: الأول منهما صدور حكم برفض التصحيح إذ يكون الاعتراض عليه مع الحكم نفسه، والثاني منهما صدور حكم بالتصحيح إذ يجوز الاعتراض عليه مع الحكم نفسه أو على استقلال، ولم يميز القانون المصري بين ما إذا كان الحكم المطلوب تصحيحه جائز الاعتراض عليه أم لا، كما قرر النص المذكور في خصوص الدعاوى البسيرة عدم جواز الاعتراض على الحكم الصادر في طلب التصحيح بغض النظر عما إذا صدر بالتصحيح أم برفضه، ولم يتضمن القانون المصري هذا الحكم.

<sup>1</sup> تنص المادة 50 من قانون التحكيم على أن: "1- تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، وتجرى هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك. 2- ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين (53، 54) من هذا القانون"، وهو ما قرره نظام التحكيم في المادة 47 منه مع فارقين الأول أنه جعل مدة طلب

ويبقى فارقاً في التنظيم القانوني بين تصحيح الحكم القضائي وحكم التحكيم،  
فبالرغم من وجود إجماع تشريعي وقضائي وفقهي بين نظم القانون المقارن على  
اختصاص المحكمة بتصحيح ما قد يقع في أحكامها من أخطاء مادية إلا أنه لا  
وجود لمثل هذا الإجماع فيما يتعلق باختصاص هيئة التحكيم بتصحيح ما يقع في  
حكم التحكيم من أخطاء مادية.

فمعظم النظم القانونية ومنها النظامين المصري والسعودي تعترف لهيئة التحكيم  
بهذه الصلاحية كونها الأقدر على ذلك، بيد أن بعض النظم ومنها النظام القانوني  
الإيطالي يدعمه بعض الفقه يرى أن استفاد ولاية هيئة التحكيم بصدور الحكم  
يسلبها هذه الصلاحية، ومن ثم تخول للقضاء سواء متمثلاً في المحكمة المختصة  
أصلاً بنظر النزاع أو المحكمة التي تتولى إصدار الأمر بالتنفيذ<sup>1</sup>.

بينما ذهب البعض إلى أحقية هيئة التحكيم في تصحيح حكمها أثناء سريان مهلة  
التحكيم، وانتقال هذا الاختصاص إلى القضاء بانتهاء هذه المهلة اعتماداً على أن  
مهلة التحكيم تعد قيداً زمنياً على ولاية التحكيم التي تزول بانقضائها، بيد أن  
آخرون عولوا على صدور الأمر بتنفيذ الحكم فقبل هذه المرحلة تختص هيئة

---

التصحيح وكذا مدة قيام الهيئة بالتصحيح 15 يوم، والثاني أنه لم يخول هيئة التحكيم صلاحية  
زيادة هذه المدة.

<sup>1</sup> في عرض هذا التوجه والنظم التي تتبناه راجع فتحي والي، الوسيط، ص 946.

التحكيم بالتصحيح وبيدئها ينتقل الاختصاص إلى قضاء الدولة، على سند من أن مرحلة تنفيذ حكم التحكيم مرحلة قضائية تخرج عن ولاية التحكيم<sup>1</sup>.

وإن كان الاتجاه الحديث في جميع النظم يذهب إلى اختصاص هيئة التحكيم بتصحيح أحكامها، كون من يملك إصدار الحكم يملك تصحيحه من باب أولى<sup>2</sup>.

### ثانيًا تفسير الحكم

الفرض أن الحكم القضائي "أو التحكيمي" وقع به من الغموض أو اللبس والإبهام ما يحول دون تنفيذه، كاستخدامه اسم إشارة دون وضوح المشار إليه، أو استعماله أحد المشتركات اللغوية التي تحتمل فيها المصطلحات أكثر من معنًا، فهنا يحق لأي خصم رفع الأمر للمحكمة "أو لهيئة التحكيم" التي أصدرت الحكم لتقوم بتفسيره، من خلال بيان مقصودها من الحكم، بالصورة التي ترفع عن الحكم كل لبس أو غموض<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> في عرض هذا التوجه والنظم التي تتبناه راجع محمود محمد هاشم، استفاد ولاية المحكمين، ص97.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، ط4، 1983م، بند 117، ص226.

<sup>3</sup> تنص المادة 192 من قانون المرافعات على أنه: "يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقة من غموض أو إبهام ويقدم الطلب الأوضاع المعتادة

وقد مر الأمر بتطور كبير في خصوص منح هيئة التحكيم سلطة تفسير حكمها، ففي بداية الأمر وجد اتجاه لبعض التشريعات مدعوماً ببعض الفقه بسلب هذه السلطة من هيئة التحكيم، إلا إذا وجد اتفاق صريح يخولها لها، وأن الأمر متروك لقضاء الدولة بصدد مراجعة الحكم أو إصدار الأمر بتنفيذه، خاصة وأن تفسير الحكم لا تثار إلا بصدد تنفيذه فمن يملك الأمر بالتنفيذ يملك لتفسير<sup>1</sup>.

ولكون هذا الاتجاه يقلص من سلطات هيئة التحكيم دون مقتضى من المنطق، ونظراً لرسوخ التحكيم كطريق أصيل موازٍ للقضاء وليس استثنائياً فقد تبددت تلك النظرة واستقر الأمر على منح هيئة التحكيم سلطة تفسير حكمها كونها من أصدرته وهي الأعم بمقصوده، بغض النظر عن انقضاء مهلة التحكيم من عدمه، ودونما حاجة إلى وجود اتفاق بين الخصوم على منحها هذه الصلاحية، وهو ما قررتته صراحة نصوص التحكيم في كل من القانون المصري والنظام السعودي<sup>2</sup>.

---

لرفع الدعوى. ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية، وهو ما قرره نص المادة 173 من نظام المرافعات الشرعية.

<sup>1</sup> محمود محمد هاشم، استفاد ولاية المحكمين، ص99.

<sup>2</sup> وتتص المادة 49 من قانون التحكيم على أنه: "1- يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم. 2- يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم،

وفي خصوص القضاء فمن الثابت والمقرر في النظم المقارنة ثبوت حق التفسير للمحكمة مصدرة الحكم ولو تم الطعن على الحكم، ويقتصر التفسير على الأحكام القطعية مع قيام الحاجة إلى تفسيره، وبالطبع لا يحق للمحكمة اتخاذ التفسير ذريعة لتعديل الحكم أو المساس بقضائها محل التفسير<sup>1</sup>.

بيد أن نظام المرافعات الشرعية السعودي تفرد بما لم يتضمنه قانون المرافعات المصري وذلك في حكمين:

الحكم الأول: تناول -ولأن الأقدر على تفسير الحكم هو من أصدره- فرض انتقال القاضي الذي أصدر الحكم إلى محكمة أخرى، فقرر أن يقدم طلب التفسير إلى القاضي الذي أصدره ولو انتقل إلى محكمة أخرى مختلفة عن المحكمة التي صدر عنها الحكم، كما تناول فرض انتهاء الوظيفة القضائية لمصدر الحكم القضائي،

---

ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يومًا أخرى إذا رأت ضرورة لذلك. 3- ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متممًا لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم في المادة 46.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ط3، بند 376، ص753.

فقرر أنه لو لم يعد القاضي مصدر الحكم على رأس عمله لأي سبب "ك وفاة أو تقاعد أو عزل" فيرفع الطلب لمحكمة الاستئناف<sup>1</sup>.

غير أن هذا النص لم يعالج كل الفروض المتصورة، فقد يتعلق التفسير بحكم صادر عن دائرة مشكلة من أكثر من قاضي، كأن تكون الدائرة ثلاثية وينتقل أحد قضااتها إلى محكمة أخرى، أو قاضيان إلى محكمة أخرى أو إلى محكمتين مختلفتين، ونفس الشيء في فروض الوفاة والتقاعد والعزل لعضو أو أكثر من أعضاء الدائرة، فهل يقدم الطلب لمحكمة الاستئناف لتحقيق العارض في خصوص عضو أو اثنين من أعضاء الدائرة مصدرة الحكم؟ أم لنفس الدائرة لو بقي أحد قضااتها في تشكيلها الجديد؟.

كما أن التفسير لا يتعلق فقط بأحكام محاكم الدرجة الأولى، فقد يتحقق مفترضه في الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا (في الفروض التي تحكم فيها بوصفها محكمة موضوع)، إذ لا يمكن القول بتقديم طلب تفسير حكم صادر من المحكمة العليا إلى محكمة الاستئناف لتقرير ما يلزم بشأنه!.

---

<sup>1</sup> نص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات في المادة 2/173 على أنه: "إذا لم يكن حاكم القضية على رأس العمل وحصل في حكمه غموض أو لبس فيرفع لمحكمة الاستئناف لتقرير ما يلزم بشأنه".

ولذا أعتقد أن إعمال روح النص تقتضي القول بتقديم طلب التفسير-حال خروج القاضي الذي أصدره عن رأس العمل- إلى محكمة الاستئناف سواء كان صادر من محكمة أول طبقة (عامة أو تجارية أو عمالية أو أحوال شخصية أو جزائية)، أو من محكمة الاستئناف، أما إن كان الحكم صادر من المحكمة العليا فيقدم الطلب لهذه المحكمة.

الحكم الثاني: نص نظام المرافعات السعودي دون القانون المصري صراحة على جواز تقديم طلب التفسير في أي وقت دون التقيد بمواعيد الطعن، كما تضمن تحديداً تفصيلياً لإجراءات التصحيح بخلاف قانون المرافعات المصري الذي لم يورد أي تنظيم إجرائي للتفسير<sup>1</sup>.

### ثالثاً: استكمال ما أُغفلَ الفصل فيه

إذا تم الفصل في موضوع الدعوى بصورة غير كاملة كأن يكون للمدعي "أو المحتكم" طلبين فيتم الفصل من المحكمة "أو هيئة التحكيم" في أحدهما دون الفصل صراحة أو ضمناً في الطلب الآخر، فيجوز للمدعي "أو المحتكم" طلب الفصل فيما أُغفلَ الفصل فيه، مع تبليغ الخصم الآخر للحضور أمام المحكمة "أو

---

<sup>1</sup> نصوص المواد 172 و 173 و 174 من نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية.



هيئة التحكيم"، كي يتم استكمال الفصل فيما لم يتم الفصل فيه من موضوع الدعوى، مراعاةً للمواجهة بين الخصوم واحترامًا لحق الدفاع<sup>1</sup>.

ولا يتعارض هذا الحكم مع فكرة استنفاد الولاية كأثر للقرار القضائي "أو التحكيمي" الموضوعي، ذلك أن المحكمة "أو هيئة التحكيم" لا تراجع حكمها، ولا تعيد الفصل في مسألة سبق أن فصلت فيها، بل إنها تفصل فيما أغفلت الفصل فيه، ولا يتصور هذا الفرض إلا حال تعدد الطلبات في الدعوى، سواء كان هذا التعدد أصليًا "في صحيفة افتتاح الدعوى"، أو عارضًا "أثناء سير الإجراءات"، وبغض النظر عما إذا كان الطلب الذي أغفل الفصل فيه قد تقدم به المدعي أو المدعى عليه، غير أنه يلزم أن يتعلق الأمر بطلب لا بدفع أو دليل إثبات، أي أن يتعلق بالإغفال بدعوى لا بإجراء من إجراءات الخصومة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 193 من قانون المرافعات على أنه: "إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه"، وهو ما قرره نظام المرافعات الشرعية في المادة 175 منه.

<sup>2</sup> استلزم القانون "م/193 من قانون المرافعات، م/175 من نظام المرافعات الشرعية" أن يتعلق الإغفال بطلب موضوعي، وحددت اللائحة التنفيذية للنص المذكور من نظام المرافعات الطلبات الموضوعية بأنها الطلبات التي تتعلق بموضوع النزاع، أو بأصل الحق، كطلب إثبات الملكية والاستحقاق في الربع ونحوها، ويشمل ذلك ما إذا كان الطلب في صحيفة الدعوى أو كان عارضًا.

غير أن الامتناع عن الفصل في الطلب العارض لعدم ارتباطه بالطلب الأصلي، أو لخروجه عن اتفاق التحكيم، لا يمكن مواجهته بطلب الاستكمال، لأن الفرض القائم أنه تم نظر الطلب والفصل فيه بقرار قاطع بعدم القبول.

فإذا كان الأمر أمام القضاء فيكون للطالب رفع دعوى جديدة بهذا الطلب وفقاً لقواعد الولاية والاختصاص القضائيين، كما أن له الطعن على الحكم بعدم قبول طلبه باتباع القواعد المقررة للطعن في الأحكام<sup>1</sup>.

وإذا تعلق الأمر بالتحكيم، وكان مرد عدم الفصل في الطلب العارض خروجه عن اتفاق التحكيم فللطالب الخيار بين رفع دعوى قضائية بطلبه وفق القواعد العامة في التقاضي، أو أن يعترض على القرار التحكيمي بدعوى البطلان إذا لم يقتنع بخروج طلبه العارض عن حدود اتفاق التحكيم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 3/175 من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية على أنه: "في حال أغفلت الدائرة طلباً موضوعياً لعدم ارتباطه بالدعوى الأصلية، أو عدم شموله للصور الواردة في المادتين الثالثة والثمانين والرابعة والثمانين من هذا النظام، فتحكم بعدم قبوله، ويخضع حكمها لطرق الاعتراض، ولا يمنع ذلك من تقديمه بدعوى مستقلة تحال حسب التوزيع"، وإن كانت نصوص قانون المرافعات المصري لم تتضمن هذا الحكم صراحة غير أنه يدخل في إطار الأحكام الإجرائية العامة التي لا تحتاج إلى نص صريح يقرها.

<sup>2</sup> تنص المادة 22 من قانون التحكيم المصري على أن: "1- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع... 3- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في

وبالطبع إذا ما عدل الخصم طلباته فالعبرة بالطلب الختامي شريطة أن يندرج ضمن الحدود الموضوعية والشخصية لاتفاق التحكيم، ولا يقال بتحقق الإغفال لعدم الفصل في الطلب المعدول عنه، وهو ما يسري على التحكيم والقضاء على السواء.

وهناك عدة مفترضات بديهية لثبوت سلطة الاستكمال لهيئة التحكيم، فيلزم ألا يتجاوز الطلب حدود اختصاصها، وأن يكون قد قدم للهيئة بشكل واضح وصريح إذ ليس لها الحكم بما لم يطلب منها، وألا يتخذ ذريعة لإعادة طرح النزاع أو بعض جوانبه من جديد بما يتعرض وحجية الحكم، وأن يكون الطلب الذي أغفلت الهيئة الفصل فيه قدم أثناء إجراءات التحكيم وقبل إصدار حكم التحكيم الفاصل في النزاع، وظل قائمًا حتى إقفال باب المرافعة دون تنازل من مقدمه.

كما يلزم تقديم طلب لهيئة التحكيم لإصدار حكم إضافي، فلا تستطيع مباشرة الاستكمال من تلقاء نفسها، على أنه يحق تقديم هذا الطلب من أي خصم فلا

---

الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معًا، فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها وفقا لمادة (53) من هذا القانون"، وهو ما قرره نص المادة 20 من نظام التحكيم.

يقتصر على من أغفل الحكم الفصل في طلبه، وإنما يحق تقديمه ممن كان الطلب الذي أغفل موجهًا إليه<sup>1</sup>.

وقد استلزمت قواعد التحكيم تقديم طلب الاستكمال خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان الحكم، كما أوجبت على الهيئة الفصل في هذا الطلب خلال ستين يومًا قابلة للتمديد ثلاثين يومًا أخرى، ولكن هل هذا الميعاد حتمي أم تنظيمي؟ لم تجب نصوص القانون على هذا التساؤل، مع أهميته، فلو قيل بحتمية الميعاد لترتب على انقضائه سقوط الحق في تقديم الطلب؛ بما يترتب على ذلك من نتائج، ولو قيل بكونه تنظيمي يرمي إلى حث الخصم على الإسراع بتقديم الطلب لحق تقديمه بعد فوات الميعاد المذكور، وهو ما يسري على ميعاد الفصل في الطلب<sup>2</sup>.

واعتقد في ضوء فلسفة التحكيم وخصوصيته أن الأمر بالأخير متوقف على اتفاق الأطراف، فإذا تقدم طرف بطلب الاستكمال بعد الميعاد، وقبلته الهيئة، ولم يعترض

---

<sup>1</sup> فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط1، 2007م، ص476.

<sup>2</sup> تنص المادة 51 من قانون التحكيم المصري على أنه: "1- يجوز لكل من طرفي التحكيم، ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يومًا التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه. 2- وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يومًا من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يومًا أخرى إذا رأت ضرورة لذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي بصورة حرفية في المادة 48 منه.

الطرف الآخر فلا شك في انعقاد الاختصاص للهيئة وتوليها إصدار الحكم، أما إذا امتنعت الهيئة أو اعترض الطرف الآخر سواء أخذت باعتراضه الهيئة وتوقفت عن الفصل في الطلب أو أصدرت حكمها في الطلب فلا مناص من اعتراض الخصم الذي لم تلبى رغبته على الحكم بطريق دعوى البطلان، ويسري أحكام هذه الدعوى. وإذا تعذر انعقاد هيئة التحكيم لوفاء المُحكِّم الفرد أو أحد أعضاء هيئة التحكيم، أو قيام مانع، تعين اتخاذ ما قررته نصوص القانون بصدد تحقق هذا العذر أثناء سير إجراءات التحكيم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> أحمد السيد صاوي، التحكيم وفقاً لقانون 27 لسنة 1994، ص205، عيد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، 2004/2003م، ص210، فتحي والي، التحكيم، ص478.

تنص المادة 21 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا انتهت مهمة المُحكِّم بالحكم برده أو عزله أو تنحيته أو بأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المُحكِّم الذي انتهت مهمته"، وهو ما قرره نظام التحكيم في المادة 19 منه.

## الغصن الثاني الطعن في الحكم أمام نفس المحكمة

بالرغم مما سبق التأكيد عليه من أن كل قضاء يحوز حجية الأمر المقضي يستتبع استنفاد الولاية، إلا أن هناك فروض يصدر فيها حكمًا قضائيًا حائزًا لحجية الأمر المقضي، ومستنفدًا من ثم لولاية المحكمة ثم يعاد طرح ذات النزاع مرة أخرى على ذات المحكمة لتعيد النظر فيه، فهل هذا يعد خروجًا على استنفاد الولاية واستثناء عليها؟.

تفصيل ذلك أن الحكم القضائي يحوز حجية الأمر المقضي متى كان فاصلاً في موضوع الدعوى، وأن هذه الحجية لا تناقش أو تزول إلا من خلال الطعن بطرق الطعن المقررة؛ وعليه تستنفد المحكمة ولايتها حال إصدارها قرارًا قضائيًا موضوعيًا حائزًا للحجية، بيد أنه وفي تحديده لطرق الطعن في الأحكام القضائية ميز القانون بين نوعين من هذه الطرق، في النوع الأول منهما يتم الطعن على القرار القضائي أمام نفس القاضي مصدره، وهو ما يتحقق في طريقي الطعن بالمعارضة والتماس إعادة النظر، أما في النوع الثاني منهما فيتم الطعن أمام قاضٍ آخر أو محكمة أخرى مختلفة عن مصدره القرار القضائي الطعين، وهو ما يتحقق في طريقي الطعن بالاستئناف والنقض.

وعلى ذلك فإنه حال الطعن بالمعارضة أو التماس إعادة النظر، ورغم استنفاد مصدر القرار القضائي ولايته فور صدوره فإنه يسترد هذه الولاية من جديد، لإعادة دراسة موضوع الدعوى والانتهااء إلى قرار قضائي آخر، قد يتطابق أو يتعارض مع قراره الأول.

والحقيقة أن تقرير استرداد الولاية القضائية من خلال الطعن بالمعارضة أو بالتماس إعادة النظر لا يتعارض مع فكرة استنفاد الولاية بل إنه من تطبيقاتها، ذلك أن فكرة الاستنفاد تقتضي أن يقول العضو القضائي كلمته في الموضوع فيمتنع عليه التعديل فيما انتهى إليه أو العدول عنه، والملاحظ في طريقي الطعنين محل الدراسة أن العضو القضائي يطرح عليه من خلال كل منهما ما لم يسبق أن قال كلمته فيه.

ففي الطعن بالمعارضة فإن المفترض صدور الحكم في غيبة الخصم؛ ومن ثم فإن العضو القضائي لم يسمع وجهة نظره، فإذا ما طعن بالمعارضة وأتى إلى القضاء عارضاً موقفه ووجهة نظره فإن ما يطرح في حضرة العضو القضائي لم يسبق طرحه من ذي قبل ومن ثم لم يقل كلمته فيه، فمن المنطقي ألا تستنفد ولايته عما لم يقل كلمته فيه من ذي قبل.

ويبدو الأمر أكثر جلاءً في طريق الطعن بالالتماس، ذلك أن جميع حالات الالتماس تدور حول وجود مستند أو واقعة لم تعرض أصلاً على العضو القضائي

حال إصداره قراره القضائي، أو عرضت بشكل غير صحيح، ومن ثم لم يسبق أن قال كلمته بشكل صحيح<sup>1</sup>.

ففي الطعن بالمعارضة وكذا الالتماس لا يعترض الطاعن على القرار القضائي بقدر ما يطلب إطلاع القاضي على ما لم يسبق اطلاعه عليه؛ بما أثره تغيير وجه الرأي في الدعوى، وهو ما لا يتعارض البتة مع فكرة استنفاد الولاية التي تتأسس على استفراغ العضو القضائي جهده في محل القرار القضائي.

---

<sup>1</sup> في تحديدها لحالات التماس إعادة النظر تنص المادة 241 مرافعات مصري على أن: "للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية: 1. إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم. 2. إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها. 3. إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة. 4. إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها. 5. إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه. 6. إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض. 7. إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية. 8. لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم"، وهو نفس ما قرره نص المادة (200) مرافعات شرعية. بيد أنه يلاحظ أن هذا النص قد أضاف حالة غير موجودة بالقانون المصري وهي "إذا كان الحكم غيابياً"، وذلك منطقي بعد إلغاء الأحكام الغيابية كقاعدة في القانون المصري في غير المجال الجنائي على خلاف الحال في النظام السعودي.



## المطلب الثاني

### خصوصية استنفاد الولاية في مجال التحكيم

بالرغم من كونه بديلاً عن القضاء يقوم بدوره في حسم الخصومات بقرارات باتة ملزمة، إلا أن اختلاف طبيعته عن القضاء، وتباين منهجه الإجرائي عما هو مقرر في الخصومة القضائية ليفرض تساؤلاً عما إذا كانت أحكام استنفاد ولاية القاضي تسري عليه وما إذا كانت هناك أوجه لخصوصية هذا الاستنفاد في مجال التحكيم، خاصة وأن فارقاً بين التحكيم والقضاء لا يمكن غض الطرف عنه في هذا الخصوص يتمثل في أن استنفاد ولاية قاضي الدعوى لا يحول دون ثبوت الولاية القضائية بذات الدعوى لقاضي آخر، بما مؤداه أن استنفاد الولاية القضائية يمكن وصفه بالاستنفاد الجزئي، بيد أن الوضع في التحكيم جد مختلف، ذلك أن ولاية الفصل في الدعوى التحكيمية تثبت لمحكم واحد، فغذا ما قيل باستنفاد ولايته فهذا يعني انتهاء الولاية بالنسبة للتحكيم في عمومها وهو ما يمكن وصفه بالاستنفاد الكلي أو الكامل.

إن أساس خصوصية استنفاد الولاية في مجال التحكيم لينبع من خصوصية هذه الولاية، وهو ما ينعكس على تحديد المجال الفعلي لهذا الاستنفاد، وهو ما نحاول بيانه على النحو التالي:

## الفرع الأول أساس خصوصية ولاية التحكيم

تتأسس خصوصية ولاية هيئة التحكيم للفصل في النزاع التحكيمي على اختلاف وظيفة التحكيم في النظام القانون عن وظيفة القضاء، وهو ما ينطلق من تمايز فلسفة التحكيم عن فلسفة القضاء؛ بما يستتبعه ذلك من وجود محددات لولاية هيئة التحكيم لا وجود لها في خصوص الولاية القضائية، وهو ما نعرض له على النحو التالي:

## الغصن الأول

### أثر فلسفة التحكيم على تحديد ولايته

تقوم فلسفة التحكيم على الاتفاق الذي هو دستوره وأساس ثبوت ولاية الفصل في النزاع لهيئة التحكيم وسلبه من القضاء<sup>1</sup>؛ فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق إما لانعدامه أو بطلانه أو عدم الاعتداد به لعدم توافر مفترضات صحته كالاتفاق على التحكيم فيما لا يجوز فيه؛ ترتب على ذلك عدم ثبوت ولاية الفصل في النزاع لهيئة التحكيم، كما أن هذا اتفاق الأطراف هو الذي يحدد نطاق ولاية هيئة التحكيم إذ تنحصر فيما تضمن هذا الاتفاق عرضه على التحكيم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المنطق حين قضت بأن "التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء مقتضاه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها". (حكمها في الطعن رقم 84، س ق 19، بتاريخ 1999/11/6)، كما أكدت أن اتفاق ذوي الشأن هو الأساس الذي تستمد منه هيئة التحكيم ولايتها (حكمها في الطعن رقم 13، س ق 15، بتاريخ 1994/12/17)، وكذا حكمها في الطعن رقم 65، س ق 18، بتاريخ 2001/1/6، كما قضت بأن "التحكيم مصدره الاتفاق؛ إذ يحدد طرفاه -وفقاً لأحكامه- نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها" (حكمها في القضية رقم 15، س ق 27، "تنازع"، بتاريخ 10 ديسمبر 2006م).

<sup>2</sup> أكدت محكمة استئناف القاهرة هذا المعنى حين قضت بأن: "اتفاق التحكيم هو دستوره وأساس مشروعيته ومنه يستمد المُحكَّم سلطته في الفصل في النزاع كما أنه يعد الأساس القانوني المباشر لإخراج النزاع محله من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة؛ ومن ثم فإن عدم وجود اتفاق

إن اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع قائم أو محتمل على التحكيم، أثره نقل ولاية الفصل في هذا النزاع من قضاء الدولة إلى التحكيم كآلية قانونية معتبرة لحسم المنازعات بأحكام قطعية ملزمة، وإن بقي لقضاء الدولة دور معتبر في مجال التحكيم سواء بالمساعدة أو الرقابة غير أن ولاية الفصل في موضوع النزاع تبقى لهيئة التحكيم مستأثرة بها لا دور للقضاء بشأنها، إلا إذا خرجت الهيئة على مقتضى القانون، ووقع في عملها عيباً من العيوب المرصودة أسباباً لبطلان حكم التحكيم، إذ يحل القضاء محلها في هذا الفرض لرفع هذا العيب وفق مقتضى القانون<sup>1</sup>.

فإذا ما تم تشكيل هيئة التحكيم سواء باتفاق الأطراف أو بتدخل القضاء فقد انعقدت لها ولاية الفصل في النزاع محل اتفاق التحكيم بالفعل، وامتنع على قضاء الدولة

---

صحيح يفضي إلى انعدام حكم التحكيم، لانعدام ولاية المُحكِّم في إصداره، ولافتئات المُحكِّم المذكور على السلطة القضائية في الدولة وغصب ولايتها بما يشكله من اعتداء على النظام العام". (حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة التجارية 91 بتاريخ 2006/5/30 في القضية رقم 95 لسنة 122 قضائية).

<sup>1</sup> راجع في تأكيد هذا المعنى حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٠٢٦، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٨/5/14.

نظر موضوع النزاع والفصل فيه، وإن اختلف الفقه الإجرائي حول تكييف هذا الامتناع وما إذا كان انتقاءً للولاية أو زوالاً للاختصاص<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ذهب اتجاه فقهي تدعمه محكمة النقض في بعض أحكامها إلى أن التمسك بوجود اتفاق التحكيم يعد دفعًا بعدم الاختصاص؛ وعليه يعد من الدفوع الشكلية "الإجرائية" ويخضع للنظام القانوني لها، بينما ذهب اتجاه فقهي آخر إلى تكييف التمسك بوجود اتفاق تحكيم لمنع القضاء من نظر الدعوى إنما هو من قبيل الدفع بعدم القبول، كون اتفاق ذوي الشأن على عرض النزاع على التحكيم تنازلاً صريحاً عن حق الدعوى أمام القضاء، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتباره من قبيل الدفوع الإجرائية المتعلقة بانتقاء الولاية، بيد أن آخرون يرون منه دفعاً إجرائياً محله بطلان المطالبة القضائية لوجود اتفاق إجرائي بين الخصوم يمنع من عرض محل الطلب على القضاء. في تفصيل ذلك وحجج كل رأي راجع محمد نور عبد الهادي شحاته، المنشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، ص100، أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، بند 41، ص120، علي محمد عبدالله العلوي، هيئات التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2018، ص323.

هذا وقد جاءت نصوص القانون بصياغات غير محددة ولا يمكن التعويل عليها لحسم هذا الخلاف فقانون التحكيم المصري ينص في المادة 1/13 على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 1/11 وإن استعمل اصطلاحاً مرادفاً لاصطلاح عدم القبول وهو "عدم جواز نظر الدعوى"، ورغم أن النص اعتبر التمسك بعدم نظر النزاع أمام القضاء دفعاً بعدم القبول إلا أنه لم يرتب آثار ذلك التي كانت توجب على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، وعدم سقوط الحق فيه، وجواز إبدائه لأول مرة أمام محكمة النقض "العليا"، بل رتب النظام القانوني للدفوع الإجرائية، إذ استلزم أن يتمسك به الخصم، وأن يتم ذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

وهكذا ينبغي التمييز بين ثبوت ولاية التحكيم وانعقادها، تمامًا على غرار الوضع بالنسبة لقضاء الدولة، فولاية الفصل في المنازعات محددة وموزعة بين المحاكم قبل بدء النزاع، فمعلوم أن أي نزاع أحوال شخصية تثبت ولاية الفصل فيه لمحكمة الأسرة في القانون المصري أو محكمة الأحوال الشخصية في النظام السعودي قبل نشوب النزاع أصلاً، فغذا ما نشب النزاع انعقدت الولاية به للمحكمة صاحبة الولاية والاختصاص، ولذا فمن المقرر في قواعد المرافعات أن الخصومة القضائية تبدأ بالطلب القضائي وتتعد بالإعلان "التبليغ"<sup>1</sup>.

وما نود التركيز عليه خصوصية هذه الولاية، فهي ولاية احتمالية غير ثابتة، بمعنى أنها تحتاج إلى اتفاق من ذوي الشأن في حدود الضوابط القانونية المقررة للاتفاق على التحكيم، سواء فيما يتعلق بشروط هذا الاتفاق، أو مجاله من حيث ما يجوز وما لا يجوز التحكيم فيه، أو متطلباته كاستلزام موافقة معينة لاعتماد الاتفاق على

---

ثم إن القانون كيف الأمر أمام هيئة التحكيم بالاختصاص وليس عدم القبول، إذ تنص المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري على أن: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 1/20.

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، الموجز في مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، ط1، 1977، ص249، نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في نظام المرافعات، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص16.

التحكيم كما هو الحال في خصوص التحكيم في المنازعات الإدارية، وهذا كله على عكس الولاية القضائية، إذ إنها ثابتة دونما حاجة إلى أية إجراءات أو اشتراطات.

كما أن ولاية هيئة التحكيم ولاية خاصة تنحصر على محل الاتفاق التحكيمي، فلا تتسع لتشمل ما عداه من منازعات ولو كانت بين أطراف التحكيم، بل ولو تعلقت أو ارتبطت بموضوعه ومحلّه، متى كانت خارجة عن هذا المحل وذلك الموضوع، فلو اقتصر اتفاق التحكيم على طائفة معينة من المنازعات بين طرفيه فلا تثبت لهيئة التحكيم ولاية الفصل في غيرها من منازعات ولو ارتبطت بالمتفق عليها ارتباطاً وثيقاً، ذلك أن الأصل ثبوت هذه الولاية للقضاء، ولا تنتزع منه إلا باتفاق صريح توافرت فيه مفترضاته واشتراطاته القانونية، وعلى النقيض من هذا تأتي الولاية القضائية التي تتسع لتشمل جميع المنازعات إلا ما يخرج عن حدود الولاية القضائية استثناءً وبنصوص صريحة وقاطعة لا يتوسع في تفسيرها ولا يقاس عليها ويقتصر تطبيقها على ما وردت بشأنه، كما هو الحال في خصوص أعمال السيادة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> في تأكيد هذا المعنى في التطبيق القضائي راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 13، س ق 15، بتاريخ 1994/12/17، وحكمها في الطعن رقم 145، س ق 19، بتاريخ 1998/6/6.

وفضلاً عن ذلك فإن ولاية هيئة التحكيم ولاية محدود غير مستغرقة، فهي لا تشمل جميع أعمال حسم النزاع محل التحكيم، إذ لا تتمتع هذه الهيئة بالسلطات التي تخولها من ذلك، فليس لها إلزام الغير على المثل أمامها، بل لا تملك إجبار الخصم على تقديم مستند يحوزه، وليس لها أن تأمر أية جهة عاملة أو خاصة بتقديم مستند منتج في الدعوى، وإجمالاً لا تملك سلطة الأمر إلا تجاه الخصوم وفي حدود اتفاق التحكيم؛ ولذا كان تدخل القضاء بالمساعدة في مجال التحكيم.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أنه وبالرغم من تعدد احتمالات الحاجة إلى تدخل القضاء بالمساعدة إلا أن القانون لم يتضمن تنظيمًا متكاملًا في هذا الخصوص، إذ اقتصر نصوصه على تدخل القضاء لإلزام الخصم بتنفيذ أمر يتعلق بتدبير وقتي أو تحفظي<sup>1</sup>، أو للإبادة القضائية، أو لحمل الشهود على المثل

---

<sup>1</sup> تنص المادة 2/24 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم، بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ"، وهو ما تقره المادة 2/23 من نظام التحكيم السعودي.



أمام الهيئة ومعاقتهم حال امتناعهم عن أداء الشهادة أو ارتكابهم لجريمة الشهادة الزور<sup>1</sup>.

ونظرًا لوجود حالات لا يمكن حصرها تستدعي تدخل القضاء في مجال التحكيم بالمساعدة؛ أرى تعديل النصوص المنظمة لذلك لتكون أكثر شمولية، ومناسبة للفروض العملية، من خلال استبعاد تعداد حالات التدخل بالمساعدة، وأن يستبدل بها النص على أن يختص القضاء -بناءً على طلب هيئة التحكيم- باتخاذ كل إجراء يتوقف على اتخاذه الفصل في الدعوى التحكيمية وفق مقتضيات العدالة، ولا مانع من ذكر الحالات الواردة بالقانون ولكن على سبيل التمثيل لا الحصر.

### كما أن ولاية التحكيم ولاية مؤقتة من ناحيتين

فهي من ناحية أولى تثبت لهيئة التحكيم في خصوص نزاع محدد كما هو معلوم وكما بينا منذ قليل فإذا انقضى لنزاع محل التحكيم زالت عن هيئة التحكيم ولايتها، سواء انقضى صلحًا أو أداءً من المحكم ضده، أو إبراءً من المحكم، أو بانعدام محل النزاع، أو بحكم قطعي لهيئة التحكيم، إذ إن ولاية هيئة التحكيم نهضت وثبتت

---

<sup>1</sup> تنص المادة 37 من قانون التحكيم المصري على أن: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب هيئة التحكيم بما يأتي:- 1- الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين (78 و80) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. 2- الأمر بالإلابة القضائية"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 2/22 و3.

لها لغاية محددة هي الفصل في نزاع قائم، فإن انقضى النزاع لأي سبب فقد زال محلها، وتبدد الهدف الذي لأجله وجدت فتزول بذلك، بل قد يتفق الأطراف على انتهاء مهمة التحكيم<sup>1</sup>.

وهي من ناحية ثانية تثبت للهيئة خلال مدة زمنية محددة هي مهلة التحكيم، وتزول بانتهائها، ولو لم يتم الحكم، ولم ينقضي النزاع، إذ إن النظم القانونية بلا معارض ضربت أجلاً لهيئة التحكيم للفصل في النزاع التحكيمي خلاله، وإلا زالت عن الهيئة ولايتها، بل وعن التحكيم بالكلية ولايته، واسترد قضاء الدولة ولاية الفصل في النزاع التي نزعته منه بالتحكيم، وذلك سواء جاء تحديد مهلة التحكيم بنص القانون أو باتفاق الأطراف أو بقرار القضاء؛ وعليه فلمهلة التحكيم أثر مباشر في تقليص ولاية التحكيم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 1/48-أ من قانون التحكيم الصري على انتهاء مهمة التحكيم: "أ- إذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 1/41-أ.

<sup>2</sup> تنص المادة 45 من قانون التحكيم على أنه: "(1) على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذي أتفق عليه الطرفان فأن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال أثنى عشر شهرًا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. (2)- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون، أن يصدر أمرًا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين

ويضاف إلى كل ما سبق كون ولاية هيئة التحكيم غير متعلقة بالنظام العام، إذ يمكن توسيعها باتفاق الأطراف المعنيين على مد ولاية الهيئة إلى نزاع أو منازعات أخرى تخرج عما نهضت بشأنه ولاية هيئة التحكيم ابتداءً، كما يجوز في المقابل قصر هذه الولاية عن بعض ما نهضت مشتملة عليه.

وهنا تجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين عدم تعلق ولاية هيئة التحكيم بالنظام العام على نحو ما مر وبين تعلق حظر التحكيم في مسائل معينة بالنظام العام، ذلك أنه من النظام العام في مجال التحكيم عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح، وعليه يرد على ولاية التحكيم قيد هو من النظام العام<sup>1</sup>.

فالمقصود أنه فيما يجوز فيه التحكيم يمكن للأطراف التعديل في ولاية التحكيم، وفق ما يحقق مصالحهم ومن هذه الناحية ينتفي عن ولاية التحكيم تعلقها بالنظام العام.

---

عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 40.

<sup>1</sup> تنص المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، بينما تنص المادة 2/2 من نظام التحكيم السعودي على أن: "لا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، فأضاف مسائل الأحوال الشخصية وبالطبع ينصرف النص إلى مسائل الأحوال الشخصية التي يجوز فيها الصلح إذ لا يجوز فيها التحكيم للنص الصريح على حظر التحكيم فيها.

وأخيرًا فإن ولاية التحكيم ولاية مشروطة، بمعنى أن إعمال مقتضاها متوقف على شرط واقف يتمثل في تمسك صاحب الصفة والمصلحة بإعمالها؛ ولذا فقد أجمعت النظم القانونية ومنها النظامين المصري والسعودي على أن امتناع القضاء عن نظر الدعوى لوجود اتفاق تحكيم يتوقف على تمسك المدعى عليه بذلك، قبل الكلام في الموضوع، وإلا سقط الحق فيه<sup>1</sup>.

ورغم صراحة نصوص نظام التحكيم السعودي، ورغم استقرار القضاء السعودي على كون الدفع بوجود التحكيم دفعًا إجرائيًا يجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه، واستمرت ولاية القضاء في نظر الدعوى، إلا أن حكمًا قضائيًا أيد استئنافيًا ذهب إلى عكس ذلك، إذ انتهت فيه المحكمة إلى صرف النظر عن الدعوى لوجود اتفاق التحكيم دون تمسك من المدعى عليه، واعترض الخصمين على الحكم، فأيدته محكمة الاستئناف<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 1/13 من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، وهو ما قرره المادة 1/11 من نظام التحكيم السعودي بصورة حرفية.

<sup>2</sup> رفعت دعوى أمام المحكمة العامة بجدة، وبعد عرض المدعي دعواه، وإجابة المدعى عليه عليها بعدما استمهل لأجل إعداد مذكرة بدفاعه، وبعد عقد عدة جلسات تقدم فيها كل خصم بما يدعم موقفه في الدعوى، وبعد تقدم المدعى عليه بطلب مقابل، انتهت المحكمة -ودون تمسك من المدعى عليه بل ودون طرحها الأمر على الخصوم للنقاش- إلى صرف النظر عن دعوى

المدعي وعن طلب المدعى عليه، وبإفهامهما بأنه يلزمهما إجراء التحكيم، فقرر عدم القناعة بالحكم، وبعرض الطعن على محكمة استئناف مكة المكرمة التي انتهت إلى أنه: "بدراسة الصك وصورة ضبطه ولأحتته الاعتراضية تقرر الموافقة على الحكم" (رقم الصك 3461567، في 14/3/1434هـ، رقم الدعوى 33573700، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف 34204483، في 4/5/1434هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 8، ص 276).

في عكس ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى: "جاءت الأوراق خلواً مما يفيد أن الشركة الطاعنة قد قبلت إحالة النزاع بعد وقوعه إلى هيئات التحكيم حتى ينعقد لها الاختصاص بنظره ومن ثم فإن الاختصاص بنظر النزاع ينعقد للقضاء العادي باعتباره صاحب الولاية العامة دون هيئات التحكيم، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع المبدى من الطاعنة بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه". (حكمها في الطعن رقم 3869، س 81ق، جلسة 3/5/2018م).

كما أنها استلزمت استمرار تمسك المدعى عليه بشرط التحكيم فلو لم يتمسك به في مذكرته الختامية عد متنازلاً عنه ولو تمسك به في مذكرته الافتتاحية إذ إن العبرة بالطلبات الختامية، فقضت بأنه: "إذ كان البين من الأوراق -بعد ضم الملفات- أن الشركة المطعون ضدها ولئن احتجت في مذكرة دفاعها أمام محكمة أول درجة بجلسة 25/1/2004 على الطاعن بشرط التحكيم الوارد بوثيقة التأمين المبرمة بينهما، إلا أنها أغفلت التمسك بهذا الشرط في مذكرتها الختامية المقدمة أمام ذات المحكمة في 30/5/2005 والتي حددت فيها دفوعها وأوجه دفاعها تحديداً جامعاً فطلبت رفض الدعوى وسقوط حق الطاعن المؤمن له وانتهت إلى طلب نذب خبير من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين دون أن تحيل إلى ما أورده في مذكرات دفاعها السابقة فإن خلو مذكرتها الختامية من التمسك بشرط التحكيم يعد نزولاً ضمنياً عنه وينطوي على التسليم بصحة إجراءات الخصومة والرضا بطرح النزاع أمام القضاء. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد حكم أول درجة بقبول الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"، وقد أسست حكمها على أن "التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، عدم تعلقه بالنظام العام. فلا يجوز للمحكمة أن

وهكذا يبدو اختلاف أساس ولاية الفصل في النزاع بين التحكيم والقضاء واضحاً، كون هذا الأخير ملازماً عاماً للجميع بوصفه تطبيقاً لإحدى السلطات الأساسية للدولة القانونية، كونه القاضي الطبيعي للخصوم، فلا يتوقف ثبوت الولاية له على اتفاق من ذوي الشأن، كما لا يحد بموضوع دون سواه، فكل ما يتصور الاختلاف بشأنه يندرج في الولاية العامة للقضاء، كما أن ولاية القضاء دائمة لا تزول ما بقي النزاع قائماً حتى يحسم بقرار قضائي يستبدل بالتجهيل يقيناً قانونياً؛ وعليه تبدو ولاية التحكيم أخص وأضيق من ولاية القضاء.

## الفصل الثاني

### محددات ولاية التحكيم

على خلاف ولاية القضاء تخضع ولاية هيئة التحكيم للعديد من المحددات التي تؤثر بصورة مباشرة في ثبوت هذه الولاية من عدمه ابتداءً، ثم في تحديد نطاقها ضيقاً وسعة، ثم انتهائها، وذلك على النحو التالي:

#### المحدد الأول: اتفاق التحكيم

يأتي اتفاق الأطراف على عرض النزاع على التحكيم دون القضاء أول وأهم قيود ولاية التحكيم، سواء من حيث ثبوتها أو حدودها، فقد ذكرنا في الصفحات السابقة

---

تقضي به من تلقاء نفسها، وجواز النزول عنه صراحة أو ضمناً". (حكما في الطعن رقم ١٤٧١٤، س٧٩ق، جلسة 2018/2/5).

كيف أن هذا الاتفاق هو دستور التحكيم وأساس ثبوت ولاية الفصل في النزاع لهيئة التحكيم، وأنه المحدد الرئيس لهذه الولاية بحيث تثبت في إطاره وتتعدم خارجه، ومنعاً من التكرار نحيل إلى ما سبق ذكره في هذا الخصوص.

وما نود إضافته في هذا السياق ما قد يتضمنه اتفاق التحكيم من توسيع أو تضيق في ولاية هيئة التحكيم وما تتمتع به من صلاحيات وسلطات، بدءاً بتحديد توقيت ممارسة هيئة التحكيم لولايتها<sup>1</sup>، ومروراً بتحديد مكان مباشرة إجراءات التحكيم<sup>2</sup>، وتحديد لغة التحكيم<sup>3</sup>، وتحديد المواعيد الإجرائية<sup>4</sup>، ومدى الحاجة إلى عقد جلسات

---

<sup>1</sup> تنص المادة 27 من قانون التحكيم المصري على أن: "تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 26 منه.

<sup>2</sup> تنص المادة 28 من قانون التحكيم المصري على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 28 منه.

<sup>3</sup> تنص المادة 1/29 من قانون التحكيم المصري على أن: "يجرى التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 1/29 منه.

<sup>4</sup> من قبيل ذلك ما تنص عليه المادة 30 من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى من أن: "يرسل المدعى خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه"، وفي فقرتها الثانية على أن: "يرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي

مرافعة<sup>1</sup>، ومدى استلزام إعداد محضر جلسات يسلم للخصوم<sup>2</sup>، وتحديد سلطة هيئة التحكيم في إنهاء الإجراءات<sup>3</sup>، وصولاً إلى كيفية إصدار الحكم<sup>1</sup>، كما يلعب اتفاق

---

وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردًا على ما جاء ببيان الدعوى"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 30 منه في فقرتها الأولى والثانية.

<sup>1</sup> تنص المادة 1/33 من قانون التحكيم المصري على أن: "تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 1/33 منه.

كما تنص المادة 4/36 من قانون التحكيم المصري على أن: "لهيئة التحكيم بعد تقديم تقرير الخبير أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبير مع إتاحة الفرصة للطرفين أن يقدم في هذه الجلسة خبيرًا أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 1/36 منه.

<sup>2</sup> تنص المادة 3/33 من قانون التحكيم المصري على أن: "تدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلّم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك"، ولم يتبنى نظام التحكيم السعودي ها الحكم.

<sup>3</sup> تنص المادة 1/34 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا لم يقدم المدعي -دون عذر مقبول- بيانًا مكتوبًا بدعواه وفقًا للفقرة الأولى من المادة (30) وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 1/34 منه.

كما تنص المادة 1/38-أ من قانون التحكيم المصري على أن: تنتهي إجراءات التحكيم "إذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 1/41-أ منه.



الأطراف دورًا هامًا في تحديد الإطار الزمني لثبوت ولاية الفصل في النزاع لهيئة التحكيم، وذلك في خصوص تحديد مهلة التحكيم ومدتها<sup>2</sup>.

### المحدد الثاني: نوع التحكيم

<sup>1</sup> تنص المادة 40 من قانون التحكيم المصري على أن: "يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من مُحكَّم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك"، كما تنص المادة 2/43 من ذات القانون على أنه: "يجب أن يكون حكم التحكيم مسببًا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك"، ولم يتبنى نظام التحكيم السعودي ها الحكم، إذ جاء النص المقابل في المادة 1/42 منه مؤكدًا على أن: "يصدر حكم التحكيم كتابة ويكون مسببًا، ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من مُحكَّم واحد يُكتفى بتوقعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في محضر القضية أسباب عدم توقيع الأقلية"، دون منح الأطراف سلطة تقديرية في هذا الخصوص.

وفي التطبيق القضائي أكدت محكمة النقض عدم تعلق تسبب حكم التحكيم بالنظام العام، فقررت: "أن خلو حكم التحكيم من الأسباب -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يعد متصلًا بالنظام العام إذ أجازت المادة ٤٣ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٤٩ في شأن التحكيم الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من تسبب الحكم الصادر منها". (حكمها في الطعن رقم ١٣٢٦٢، س٨٦ق، جلسة ٢٥/١١/٢٠١٨م).

<sup>2</sup> تنص المادة 1/45 من قانون التحكيم المصري على أن: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرًا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 40 في فقرتها الأولى والثانية.

تتقيد ولاية التحكيم ضيقاً واتساعاً بحسب نوعه، فهي تتسع في التحكيم بالصلح عنها في التحكيم بالقانون ، وهنا تبدو ولاية التحكيم أوسع من ولاية القضاء، فهي تماثل في محلها ولاية القضاء إذا ما كان التحكيم بالقانون ، بينما تتسع في محلها عن ولاية القضاء إذا ما كان التحكيم بالصلح.

تفصيل ذلك أن التحكيم ينقسم إلي تحكيم بالقانون بالقضاء وتحكيم بالصلح، ويبدو معيار التمييز بينهما فيما يسمح به أطراف التحكيم لهيئته من صلاحيات تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وتحديد إجراءات التحكيم.

والتحكيم بالقانون هو التحكيم الذي يتفق طرفاه على التزام المُحكَّم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية لقانون يحدده، فلا يجوز لهيئة التحكيم الخروج عن مقتضاه، الذي يحكم النزاع، ويسميه البعض "التحكيم بالقضاء"، ويسميه البعض الآخر "التحكيم العادي"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - فتحي والي، قانون التحكيم، ص37، أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، 2002م، ص12، عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، 1998م، ج1، ص269.

أما التحكيم بالصلح فهو التحكيم الذي لا يقيد طرفاه المُحكَّم بقواعد موضوعية أو إجرائية معينة، سواء بالاتفاق على حرية المُحكَّم في اختيار هذه القواعد أو بالسكوت عن تحديد القواعد المتعين على المُحكَّم إخضاع نزاعهما لها<sup>1</sup>.

وعلى ذلك فإن عدم اتفاق أطراف التحكيم على تحديد القواعد الموضوعية أو الإجرائية واجبة التطبيق على النزاع يترتب عليه اتساع ولاية هيئة التحكيم لتشمل توليها تحديد هذه القواعد، وإن كانت مقيدة بمراعاة طبيعة النزاع وانقضاء القواعد الأقرَب إلى موضوعه<sup>2</sup>.

وقد يتفق طرفا التحكيم صراحة على أن يتولى المُحكَّم الحكم بينهما وفق قواعد العدالة والإنصاف، وهنا لا يتقيد المُحكَّم بأي قواعد قانونية، بل يفصل في النزاع وفق ما يراه محققاً للعدالة ومراعياً لمصلحة الخصمين، بغض النظر عن مدى موافقته لقواعد القانون الموضوعي، وهو ما يسميه البعض "التحكيم الطليق"،

---

<sup>1</sup> - أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1965، ص 18.

<sup>2</sup> تنص المادة 2/39 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع"، وتنص المادة 25 منه على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 2/25 والمادة 1/38-ب.

ويسميه البعض الآخر "التحكيم مع التفويض بالصلح"<sup>1</sup>، ولقد نص القانون على ذلك صراحة<sup>2</sup>.

وإذا كان المُحكَّم في التحكيم بالصلح غير مقيد بقواعد قانونية معينة إلا أنه مقيد بالمبادئ الأساسية للتقاضي، من احترام حقوق الدفاع، والمساواة بين أطراف التحكيم، إلى غير ذلك من القواعد المتعلقة بالنظام العام، كما أن التحكيم بالصلح لا يفترض، بل ينبغي النص عليه صراحة في اتفاق التحكيم؛ وعليه فلا تكفي العبارات المبهمة أو الفضفاضة لاعتبار المُحكَّم مفوضاً بالصلح، فالاتفاق على إعفاء المُحكَّم من أحكام قانون المرافعات يقتصر على منح المُحكَّم صلاحية اختيار الإجراءات التي يراها مناسبة، ولا يشمل تفويضه بالصلح في موضوع النزاع<sup>3</sup>.

والخلاصة أن نوع التحكيم يحدد مدى اتساع ولاية هيئة التحكيم، فهي ولاية مقيدة بقواعد القانون الموضوعي والإجرائي الذي يحدده الأطراف في التحكيم بالقانون "بالتضاء"، وهي واسعة في التحكيم بالصلح إذ تشمل اختيار المُحكَّم للقواعد واجبة

---

<sup>1</sup> عبد الحميد الأحذب، التحكيم، ج1، ص275.

<sup>2</sup> تنص المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم -إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح- أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 2/38 منه.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص41.

التطبيق على النزاع محل التحكيم، وهي أكثر اتساعاً في التحكيم مع التفويض بالصلاح إذ تحرر ولاية المُحكِّم من التقيد بأية قواعد موضوعية إذ يفصل في النزاع وفق ما يراه هو أكثر تحقيقاً للعدالة والإنصاف.

### المحدد الثالث: نطاق خصومة التحكيم

إن من أهم محددات ولاية التحكيم تقيدها بأشخاص وموضوع النزاع محل التحكيم، وهذا المحدد يختلف في مداه عما هو مقرر في خصوص القضاء، ذلك أنه رغم انحصار ولاية المحكمة في أشخاص ومحل الخصومة إلا أنها تستطيع من تلقاء نفسها أو بطلب صاحب الصفة والمصلحة من الخصوم إدخال خصوم جدد، والتعديل في موضوع الدعوى.

أما في خصوص التحكيم فالأمر جد مختلف، إذ لا ولاية لهيئة التحكيم على غير أطراف اتفاق التحكيم، فليس لها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أن تدخل في الإجراءات من لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم، كما لا يحق لها أن تنتظر فيما لم يتضمنه موضوع هذا الاتفاق مهما كان مرتبطاً بمحل الاتفاق.

وقد جرى العمل على مراعاة هذا المحدد بصرامة، فقد صدر حكم من مركز القاهرة الإقليمي استناداً على اتفاق تحكيم بين شركتين، بعد أن تقرر بإدخال شركة أخرى للتضامن مع المحتكم ضدها، وتضمن الحكم إلزامها بدفع مبلغ مالي، فتم الطعن ببطلان الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة استناداً على أن الشركة الصادر ضدها

الحكم مستقلة عن المحتكم ضدها، ولم تكن طرفاً في العقد المتضمن شرط التحكيم؛  
ففضى ببطلان الحكم، وتم الطعن على حكم الاستئناف أمام محكمة النقض، التي  
انتهت إلى تأييده، كون المطعون ضدها ليست طرفاً في اتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

كما أن هذا المحدد يقطع باقتصار ولاية التحكيم من الناحية الموضوعية على ما  
تم الاتفاق بين الأطراف على عرضه على التحكيم، وما تضمنه الاتفاق بين  
الأطراف من جهة وبين هيئة التحكيم من جهة أخرى على حسمه تحكيمياً، ولا  
يصح التعديل في هذا المحل إلا باتفاق الجميع، وينصرف الاستنفاد إلى موضوع  
النزاع الذي تم الفصل فيه مما ورد باتفاق التحكيم صراحة، فلا يمتد إلى المسائل  
الأخرى لا صراحة أو ضمناً<sup>2</sup>.

مع ملاحظة أن الحكم في الموضوع يتضمن حكماً ضمناً بشأن ثبوت الاختصاص  
للمحكم الذي أصدره، وصحة مهمته، وصحة الإجراءات؛ وبالتالي يستنفد سلطته  
بالنسبة للموضوع وللمسائل الإجرائية التي يتوقف الفصل في الموضوع على  
حسمها، حتى وإن كان الحكم باطلاً<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 4729، والطعن رقم 4730، س72ق، بجلسة  
2004/6/22م، وحكمها في الطعن رقم 498، س70ق، بجلسة 2011/3/22.

<sup>2</sup> عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، 1998، ص69.

<sup>3</sup> فتحي والي، التحكيم، ص463، محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمين، ص70.



## الفرع الثاني مجال استنفاد ولاية التحكيم

يوجد اتفاق قضائي وفقهي على سريان فكرة استنفاد الولاية القضائية على ولاية المُحكِّم، رغم اختلاف طبيعة حجية حكم التحكيم عن حجية الحكم القضائي كون فكرة الاستنفاد تختلف عن فكرة الحجية، ولا تمتزج بها على نحو ما سيلي تفصيله فيما بعد<sup>1</sup>، ودون إسقاط ما تضيفه خصوصية التحكيم على فكرة الاستنفاد من خصوصية عما هو مقرر أمام القضاء وهو ما نعرض ليه على النحو التالي:

وفي محاولتنا لتحديد مجال استنفاد ولاية التحكيم لابد من الوقوف على أثر خصوصية إجراءات التحكيم مقارنة بالخصومة القضائية في رسم هذا المجال، فضلاً عن عدم تعلق فكرة الاستنفاد ذاتها في مجال التحكيم بالنظام العام وما يتولد عن ذلك من اثر مباشر في تحديد مجال استنفاد الولاية في مجال التحكيم، وما

---

<sup>1</sup> قيل تمييزاً لذلك بتماثل التحكيم مع القضاء من حيث الطبيعة القضائية، كما قيل بوحدة الحكمة والهدف من استنفاد ولاية القضاء وولاية التحكيم، المتمثل في الحاجة إلى استقرار الحقوق والمراكز القانونية، وقيل بغير ذلك، ونرى أن المبررات التي دفعت إلى تقرير فكرة الاستنفاد الولاية القضائية هي ذاتها التي تفرض إعمال فكرة الاستنفاد على ولاية المُحكِّم مع تبيننا الطبيعة الذاتية الاستقلالية للتحكم، وتأكيدنا نفي الطبيعة القضائية عنه.

راجع في تفصيل ذلك فتحي والي، التحكيم، ص462، طلعت دويدار، ضمانات التقاضي، ص260، هدى عبد الرحمن، دور المُحكِّم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، 1997م، ص86.



يثيره هذين المحددين في الواقع العملي من إشكالات وتساؤلات تبرز بما لا يدع مجالاً للشك اختلاف فكرة استنفاد الولاية في مجال التحكيم عنها في مجال القضاء، وهو ما نحاول تتبعه وتفصيله على النحو التالي:

## الغصن الأول

### خصوصية إجراءات التحكيم كمحدد لمجال استنفاد الولاية

انطلاقاً من كون التحكيم وسيلة أصيلة لحسم الخصومات، بل هو أسبق تاريخياً من القضاء، وتأسسه على مبدأ سلطان الإرادة كدستور له، وما يتمتع به التحكيم من طبيعة مستقلة، ومراعاة لفلسفة التحكيم التي تقوم على تبسيط الإجراءات، والتخفيف من الشكلية الإجرائية المقررة أمام القضاء؛ فلا يستساغ جعل قواعد المرافعات الشريعة العامة لإجراءات التحكيم؛ يركن إليها تلقائياً حال وجود فراغ قانوني، بل يجب ابتكار الحلول الإجرائية بما ينسجم مع هذه الفلسفة، ويحقق غايات وطموحات أطراف التحكيم، الذين استبدلوا بالقضاء التحكيم رغم كلفته أملاً في التخلص من ما يكتنف إجراءات التقاضي التقليدية من بيروقراطية إجرائية<sup>1</sup>.

---

1 أكدت محكمة النقض هذا المعنى في كثير من مناسبات وفي حكم حديث لها حين عطلت أعمال معيار الغاية من الإجراء المقرر في قواعد المرافعات فقررت أن: "النص في الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية -الذي يسرى على واقعة النزاع- أن "ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه" يدل على أن ميعاد إقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لا يفتح إلا بإعلان ذلك الحكم للمحكوم عليه، ولا يغير من ذلك علم الأخير بالحكم بأي طريق آخر، إذ إن المقرر أنه متى رتب القانون بدء سريان ميعاد على إجراء معين فإنه لا يجوز الاستعاضة عن هذا الإجراء بأي إجراء آخر، كما لا يغير من هذا النظر أيضاً القول بتحقيق الغاية من الإجراء وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات وذلك لما هو مقرر من أنه لا يجوز إهدار القانون

فيتعين عدم إخضاع مسائل التحكيم لقواعد المرافعات إلا في أضيق الحدود، حال وجود نص قانوني صريح، أو اتفاق بين الأطراف، أو إذا تعلق الأمر بالمبادئ الإجرائية التي تمثل الحد الأدنى والحتمي لتحقيق العدالة الإجرائية، كما أن الإحالة إلى قواعد المرافعات لا تعني انتفاء كل خصوصية لإجراءات التحكيم، بل ينبغي إعمال القواعد الإجرائية العامة في المرافعات في إطار ذاتية فلسفة التحكيم، وخصوصيته الإجرائية.

لكل ما تقدم فضلاً عن كون إجراءات التحكيم لا تتعلق -في جملتها- بالنظام العام، وأن ولاية التحكيم لا تستهضها قاعدة قانونية آمرة، بل مردها إلى الإرادة الخاصة التي يفصح عنها اتفاق التحكيم، فإن لخصوصية إجراءات التحكيم أبرز الأثر في تحديد مجال استنفاد الولاية التحكيمية، وهو ما نحاول رصده من خلال رصد أبرز أوجه هذه الخصوصية ذات الأثر على تحديد مجال استنفاد الولاية في مجال التحكيم على النحو التالي:

---

الخاص لإعمال القانون العام لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض الذي من أجله وضع القانون الخاص". حكمها في الطعن رقم ٩٢٨٦، س٨٨ق، جلسة ٢٠١٩/٤/١١م.

كما قررت عدم بطلان حكم التحكيم لذات الأسباب المبطله لحكم القاضي، فقضت بأن: "المقرر -في قضاء محكمة النقض- أن حكم التحكيم ... لا يبطله القصور في التسبب أو الفساد في الاستدلال أو إيراده تفريرات قانونية خاطئة". (حكمها في الطعن رقم ١٣٢٦٢، س٨٦ق، جلسة ٢٠١٨/١١/٢٥م).



## أولاً استنفاد ولاية التحكيم تبعاً لاستبعاد المُحَكِّم

من المقرر في خصوص القضاء أن القضاة يعملون بصفاتهم لا بشخصهم، فيحل كل منهم محل غيره، فإذا حدث للقاضي ناظر الدعوى مانع يحول دون استمراره في نظرها حل محله غيره دون أدنى أثر على سير واستمرار الإجراءات، ولا يرد على ذلك أية قيود سوى ألا يشترك في إصدار الحكم من لم يسمع المرافعات بيد إن الأمر على خلاف ذلك في خصوص التحكيم<sup>1</sup>.

ذلك أن وجود مانع يحول دون استمرار المُحَكِّم في نظر الدعوى التحكيمية قد يستتبع استنفاد ولاية النظر في التحكيم برمته، وبالطبع لا يتحقق هذا الأثر في جميع الحالات إذ يتعين التمييز بين فرضين على النحو التالي:

### الفرض الأول عدم استنفاد ولاية التحكيم رغم استبعاد المُحَكِّم

الأصل أن اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاعهم على التحكيم مستبعدين بذلك ولاية القضاء لا يجعل من شخصية المُحَكِّم مقصدًا لهم، وإنما التحكيم كآلية لفض المنازعات هو المقصد، وعليه لا تتلاشى ولاية الفصل في النزاع تحكيمياً لعارض

---

<sup>1</sup> تنص المادة 167 من قانون المرافعات المصري على أنه: "لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً"، وهو ما يقرره نص المادة 160 من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

لحق بهيئة التحكيم، وهو ما تنبتهت له نصوص التحكيم فبينت كيفية مواجهة ما قد ينال تشكيل هيئة التحكيم من عوارض تستلزم تغيير الهيئة أو أحد أعضائها<sup>1</sup>.

### الفرض الثاني استنفاد ولاية التحكيم إثر استبعاد المُحَكَّم

رغم كونه وسيلة لحسم النزاع بغض النظر عن من يتولاه فإن التحكيم قد يغلق كطريق بديل عن القضاء -ومن ثم يسترد هذا الأخير ولاية الفصل في النزاع محل التحكيم- بسبب عارض حال دون استمرار المُحَكَّم في أداء مهمته التحكيمية، وهنا يصح القول باستنفاد ولاية التحكيم تبعاً لاستبعاد المُحَكَّم.

ويجد هذا الفرض تطبيقاً له في نصوص قانون التحكيم واحتمالات الواقع العملي على السواء، واحتراماً لاتفاق الأطراف على حسم النزاع تحكيمياً كدستور للتحكيم، إذ يتصور عملاً أن يتفق الأطراف على حسم النزاع بطريق التحكيم شريطة أن يتولى التحكيم شخصاً بعينه؛ بحيث لا يقبل مباشرة إجراءات التحكيم من غيره، وهو

---

<sup>1</sup> تنص المادة 20 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا تعذر على المُحَكَّم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم يتتح ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين"، كما تنص المادة 21 منه تكملة لحكم النص السابق على أنه: "إذا انتهت مهمة المُحَكَّم بالحكم برده أو عزله أو تحيته أو بأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المُحَكَّم الذي انتهت مهمته"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادتين 18 و19.

احتمال وارد وفق مبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم، ولا يوجد قانوناً أو عملاً ما يمنعه، فإذا ما حدث مانع يحول دون استمرار المُحَكِّم المختار في أداء مهمته التحكيمية، سواء تحقق هذا المانع بسبب يرجع إليه كاعتزاله التحكيم، أو إلى أحد الأطراف كرد المُحَكِّم أو الحصول على موافقة من المحكمة المختصة على عزله، أو لأمر قهري كوفاة أو مرض مقعد يستحيل معه استمراره في أداء المهمة التحكيمية، ففي جميع هذه الحالات تنقضي الولاية التحكيمية، بمعنى أنه لا يمكن حسم النزاع من خلال التحكيم، وتعود هذه الولاية لقضاء الدولة باعتباره القاضي الطبيعي، ويحق وقتئذ حسم النزاع قضاءً.

وفي هذا الاحتمال تتداخل ولاية التحكيم مع ولاية المُحَكِّم بحيث يترتب على زوال هذه الأخيرة استنفاد الأولى.

### ثانياً أثر ترك الدعوى التحكيمية على استنفاد الولاية

ترك الدعوى هو تنازل المدعي عن حماية القضاء لمحل دعواه؛ وهو ما يستتبع انقضاء إجراءات نظر هذه الدعوى، لزوال غايتها، إذ إن غاية كل خصومة إنما تتمثل في الحصول على صورة من صور الحماية القضائية، كما أن الترتك يتضمن تنازلاً عن جواز عرض الادعاء مرة أخرى على القضاء؛ وهو ما يحول دون رفع ذات الدعوى بإجراءات

جديدة، فالأمر يتعلق بنهاية أبدية لإجراءات التقاضي لتنازل المدعي عن حق التقاضي، وهذا جوهر استنفاد الولاية<sup>1</sup>.

### أما في خصوص إجراءات التحكيم فالأمر جد مختلف وذلك من ناحيتين

فمن ناحية أولى لا وجود لهذه الفكرة الإجرائية في مجال التحكيم، ذلك أن هذه الإجراءات لا تتأسس على حق الدعوى بل تتأسس على اتفاق التحكيم، حتى فإن انتهاء إجراءات التحكيم لأي سبب ولو تعلق باتفاق التحكيم كبطلانه- لا يمكن وصفه أو تسميته بترك الدعوى، وعليه فلا مكن- للتخلص من إجراءات التحكيم- أن يترك المدعي الدعوى التحكيمية، وكل ما يتاح له إما التنازل عن الحق الموضوعي محل الدعوى، أو التنازل عن خصومة التحكيم.

---

<sup>1</sup> قد يظن البعض بأن ترك الدعوى قد يكون إجبارياً كجزاء إجرائي على المدعي إذا لم يقيم بتعجيل الدعوى التي أوقفت اتفاقياً خلال عشرة أيام وفق نص المادة 2/128 من قانون المرافعات المصري (والمادة 3/86 من نظام المرافعات الشرعية السعودي) التي تنص على أنه: "إذا لم تعجل الدعوى في ثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل اعتبر المدعي تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً استئنافه"، بيد أن هذا التصور غير صحيح تماماً فترك الدعوى الوارد بالنص مقصود به ترك الخصومة، وكثيراً ما يستعمل القانون خطأً مصطلح الدعوى ويكون المقصود الخصومة، ولذا فلا خلاف حول أحقية رفع الدعوى مرة أخرى بعد سبق اعتبار المدعي تاركاً دعواه، ولو تعلق الأمر بترك الدعوى لاستحالة عليه ذلك.



ومن ناحية ثانية فإن زوال حق الدعوى أمام القضاء يعني سقوطه للأبد، بينما لا يؤثر زوال اتفاق التحكيم على حق الأطراف في تجديده، أو إبرام اتفاق جديد، وعرض دعواهم من جديد على ذات هيئة التحكيم أو هيئة أخرى، كما إنه لا يؤثر على حق الدعوى لدى طرفي التحكيم، إذ يحق لأي منهما رفع دعواه أمام القضاء.

وهكذا يبدو استفاد الولاية في مجال القضاء أوسع منه في مجال التحكيم.

### ثالثاً تقليص ولاية هيئة التحكيم في مجال الطلبات العارضة

تنحصر الولاية الموضوعية لهيئة التحكيم على ما تم الاتفاق على حسمه تحكيمياً؛ ومن ثم لا يمكن تقديم طلبات عارضة لهيئة التحكيم إذا كان موضوعها يخرج عن حدود اتفاق التحكيم، مهما كانت متصلة بالطلب الأصلي، وذلك على خلاف ما هو مقرر أمام القضاء.

ففي الخصومة القضائية تتعدد صور الطلبات العارضة التي قد تقدم من المدعي أو المدعى عليه أو من غير الخصوم، ذلك أن الطلبات العارضة تتسع لتشمل كل طلب يقدم أثناء سير الإجراءات، متعلقاً بالطلب الأصلي تعديلاً (من المدعي)، أو ردّاً على الطلب الأصلي (من المدعى عليه أو الغير).

وقد تضمنت نصوص المرافعات تنظيمًا متكاملًا للطلبات العارضة المتصور تقديمها عل القضاء تبعًا للطلب الأصلي، فقررت للمدعي نوعان من الطلبات العارضة (طلبات إضافة، وطلبات تنازل أو نقصان)<sup>1</sup>.

كما قررت للمدعي عليه تقديم طلبات في مقابلة دعوى المدعي، وتسمى بالطلبات المقابلة أو دعاوى المدعي عليه، وفيها يتحول المدعي عليه من الدفاع إلى الهجوم؛ ولذا فهي تقلب المدعي عليه إلى مدع والمدعي إلى مدعًا عليه (فالادعاء عباءة يتناوبها أطراف الخصومة)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 124 من قانون المرافعات المصري على أن: "للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي، أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى، وما يكون مكملًا للطلب الأصلي، أو مترتبًا عليه، أو متصلًا به اتصالاً لا يقبل التجزئة، وما يتضمن إضافة أو تغييرًا في سبب الدعوى مع إبقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله، بالإضافة إلى طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي، فضلاً عن ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي"، وهو ما قرره نص المادة من نظام المرافعات الشرعية في المادة 83.

<sup>2</sup> تقرر المادة 125 من قانون المرافعات المصري أنه يحق للمدعي عليه تقديم كل طلب مرتبط بالطلب الأصلي ارتباطاً لا يقبل التجزئة تأذن به المحكمة، فضلاً عن طلب المقاصة القضائية، بالإضافة إلى طلب التعويض عن أضرار أصابته لسلوك كيدي من المدعي في الدعوى، وإجمالاً كل طلب يترتب عليه عدم الحكم للمدعي بكل أو بعض طلباته، وأخيراً طلب إجراء وقتي أو تحفظي، وهو ما قرره نص المادة من نظام المرافعات الشرعية في المادة 84.

بل إن قواعد المرافعات لم تقصر إمكان تقديم الطلبات العارضة على الخصوم طرفي الدعوى القضائية وإنما خولته لغيرهما، وذلك من خلال ما يسمى بالتدخل الاختصاصي أو الهجومي<sup>1</sup>.

### أما فيما يتعلق بخصوصية التحكيم فالأمر جد مختلف، وذلك من ناحيتين

فمن ناحية أولى لا يقبل من الطلبات العارضة إلا ما كان داخلاً في اتفاق التحكيم، فكل ما لا يشمل هذا الاتفاق لا يمكن إثارته أمام هيئة التحكيم مهما كانت درجة الارتباط بينه وبين الطلب الأصلي محل الدعوى التحكيمية، ومن ناحية ثانية لا يتصور تقديم طلبات عارضة من غير الخصوم، وذلك تقييداً بالنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم.

بل وفي الحالات التي يقبل فيها تقديم الطلبات العارضة من طرفي التحكيم فإن الأمر أضيق بكثير مما هو مقرر أمام القضاء، فعلى سبيل المثال وبالرغم من النص صراحة على جواز التمسك بالمقاصة أمام هيئة التحكيم إلا أن نطاق التمسك بها أضيق بكثير مما

---

<sup>1</sup> تنص المادة 126 من قانون المرافعات المصري على أنه: "يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى"، وهو ما قرره نظام المرافعات الشرعية في المادة 81.

هو مقرر أمام القضاء؛ بما يعني تقلص ولاية التحكيم عن ولاية القضاء في هذا الخصوص<sup>1</sup>.

فالمقاصة أمام القضاء تتعدّد أنواعها، فقد تكون مقاصة قانونية وقد تكون مقاصة قضائية، وهذه الأخيرة هي التي تخلف عنها أحد شروط المقاصة القانونية المتمثل في ألا يكون الحق محلاً لنزاع، فتخلف هذا الشرط يحول دون انطباق المقاصة القانونية؛ فيعمد القضاء إلى النزاع المذكور فيحسمه، ثم يعمل المقاصة ويرتب آثارها<sup>2</sup>.

بيد أن الأمر على خلاف ذلك في خصوص التحكيم، فحدود ولاية هيئة التحكيم الموضوعية منحصرة فيما تضمنه الاتفاق على التحكيم؛ وبالتالي لا يدخل في ولايتها حسم

---

<sup>1</sup> تنص المادة 2/30 من قانون التحكيم المصري على أن للمدعى عليه في مذكرة رده على المدعي: "أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 2/30.

<sup>2</sup> تنص المادة 2/84 من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي على أنه "لا يشترط في المقاصة القضائية ثبوت دين المدعى عليه عند نظر الدعوى بل تنتظر الدائرة في ثبوته خلال نظرها ثم يجري المقاصة بعد ثبوته"، وإن لم يرد مثل هذا النص في قانون المرافعات المصري إلا أن العمل القضائي استقر عليه، راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم 5703، س71ق، جلسة 2012/6/6م.

النزاع المتعلق بحق المُحْتَكَمِ ضده تجاه المُحْتَكَمِ إن كان محلاً للنزاع؛ ومن ثم لا يمكن التمسك بالمقاصة أمام هيئة التحكيم إلا إذا توافرت جميع شروطها القانونية<sup>1</sup>.

وأثر إتمام المقاصة انقضاء إجراءات الخصومة، فإن شملت المقاصة كل محل الدعوى انقضت الإجراءات لزوال المحل، وإن انحصرت في جزء من الدعوى زالت الإجراءات في خصوص هذا الجزء، وبقيت مستمرة فيما سواه توصلًا لاستيفائه وانحصرت بذلك ولاية الفصل في الدعوى عن ما تمت فيه المقاصة؛ ولأن التمسك بالمقاصة أمام التحكيم أضيق نطاقاً منه أمام القضاء فإنه ولاية التحكيم في مجال الطلبات العارضة أضيق منها في خصوص ولاية القضاء.

---

<sup>1</sup> في بيان وتحديد النطاق الموضوعي للنزاع التحكيمي راجع نجم رياض نجم الربضي، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2003، ص193.

## الغصن الثاني

### عدم تعلق ولاية التحكيم بالنظام العام كمحدد لمجال استنفادها

سبق الحديث عن ارتباط استنفاد الولاية بحجية الأمر المقضي، وتبين أن الفصل في موضوع النزاع بصورة قطعية يرتب حجية الأمر المقضي وفي الوقت ذاته يستتبع استنفاد الولاية سواء في خصوص العمل القضائي أو المهمة التحكيمية، بيد أن السؤال الذي يفرض نفسه على بساط البحث يتمثل فيما إذا كان استنفاد الولاية يأتي على غرار حجية الأمر المقضي في الارتباط بالنظام العام؟، ومدى تماثل الحال في خصوص القرار التحكيمي مع ما هو مقرر في خصوص الحكم القضائي؟

بداية وفي خصوص مدى تعلق حجية أحكام القضاء بالنظام العام فقد مر الأمر بتطور، ففي مصر وقبل صدور قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 أثير خلافاً فقهيًا حول هذا الأمر، حيث ذهب الرأي الغالب إلى التمييز بين الأحكام الصادرة في المسائل المدنية وتلك الصادرة في المسائل الجنائية، فجعل الحجية في

خصوص الأولى غير متعلقة بالنظام العام خلافاً للثانية حيث جعلها من النظام العام<sup>1</sup>.

وقد سائر هذا الفقه الرأي الغالب في الفقه الفرنسي وقتئذ الذي كان يقرر عدم ارتباط حجية الأحكام القضائية بالنظام العام بما يترتب على ذلك من نتائج<sup>2</sup>.

وانتهى الأمر بصدور قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 متضمناً في مادته رقم 101 النص صراحة على أن تقضي المحكمة بالحجية من تلقاء نفسها، بما يقطع بأن حجية جميع الأحكام القضائية الصادرة في موضوع الدعوى تتعلق بالنظام العام بغض النظر عن طبيعة المسألة التي فصل فيها الحكم، ثم جاء نص المادة رقم 116 من قانون المرافعات مؤكداً ذات المعنى، وعللته مذكرته الإيضاحية بأن إهدار الحجية يترتب عليه تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، بند 765، ص726، عبد الباسط جميعي، شرح قانون الإجراءات المدنية، ص482، إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1967، ص152.

<sup>2</sup> أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دار النهضة العربية، 1995م، ص51.

<sup>3</sup> تنص المادة 116 على أن: "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به من تلقاء نفسها".

إن خطورة الحجية وأهميتها في ذات الوقت يحولان دون اعتبارها حقًا ذاتيًا يتوقف إعماله على ضرورة التمسك به من الخصم صاحب الصفة والمصلحة، فالحجية كما قيل وبحق تعد مركزًا قانونيًا يترتب على الأحكام الموضوعية يقيد جميع الخصوم وهو ما يتناقض مع فكرة الحق الذاتي التي تقوم على مفترض مغاير، هو وجود مكنة أو سلطة تنسب لصاحبها فحسب<sup>1</sup>.

وهكذا فإن صدور حكم قضائي فاصل في موضوع النزاع يستتبع استفاد ولاية القضاء بصورة لا يحد منها سوى إلغاء الحكم وفق طرق الاعتراض المقررة على الأحكام القضائية.

أما في خصوص حجية حكم التحكيم، ونظرًا لعدم وجود نص صريح في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فقد أثير ذات الخلاف الفقهي حول مدى تعلقها بالنظام العام، ويمكننا التمييز بين اتجاهين فقهيين في هذا الصدد، ولكن قبل الخوض في هذه المسألة الخلافية لابد من التنويه إلى أن المقصود حجية حكم التحكيم العادي، ذلك أن الأمر مختلف في خصوص حجية أحكام التحكيم الإجباري في حالات تطبيقه المقررة حصرًا، ذلك أنه لو قيل بعدم تعلق حجية حكم

---

<sup>1</sup> أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص86، وانظر حكم النقض في الطعن رقم 424، س43ق، جلسة 1981/1/26م.



التحكيم الإلزامي بالنظام العام لأهدرت الحكمة منه بالكلية، وهو ما أكدته محكمة النقض<sup>1</sup>.

أما في خصوص التحكيم الاختياري فنستطيع التمييز بين اتجاهين في تحديد مدى تعلق حجية حكمه بالنظام العام على النحو التالي:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام على غرار ما هو مقرر في خصوص الحكم القضائي، خاصة وأن التحكيم يقوم بذات دور القضاء، بل إن التحكيم - خاصة في مجال العلاقات الدولية - قد بات هو القضاء الطبيعي الذي يفضل المتعاملين اللجوء إليه مقدميه على قضاء الدولة، الذي يصعب معه الحصول على العدالة السريعة المتخصصة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> أكدت سمو حجية حكم التحكيم على اعتبارات النظام العام تمامًا كما هو مقرر في خصوص الأحكام القضائية، وذلك في خصوص بحثها لحجية حكم لجنة التحكيم العالي (المشكلة بنص المادة ٥٧ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ١٦٠ لسنة ٢٠٠٠) بشأن المنازعات الجمركية، حكمها في الطعن رقم ١٨٤٥، س٨١ق، جلسة ٢٠١٨/٤/١٠، والطعن رقم ٥٣١٥، س٧٧ق، جلسة ٢٠١٨/٣/١١م.

<sup>2</sup> عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، ص60، حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر العربي، 1996، ص7، كمال عبد الحميد عبدالرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1421هـ/ 2000 م، ص253.

ويؤسس بعض أنصار هذا الاتجاه تعلق حجبية حكم التحكيم بالنظام العام على توافر مفترضات تعلق حجبية الحكم القضائي بالنظام العام، من الرغبة في تحقيق استقرار الحقوق لأصحابها، ومنعاً من تضارب الأحكام، ورعاية لحسن سير العدالة، وتجنباً لتأبيد المنازعات، وضماناً للاستقرار الاقتصادي والقانوني، وهي جميعها أهداف تتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام<sup>1</sup>.

بيد أن البعض يؤسس تعلق حجبية حكم التحكيم بالنظام العام على الطبيعة القضائية للتحكيم، وتمتع حكمه بما يتمتع به الحكم القضائي<sup>2</sup>.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى عدم تعلق حجبية أحكام المحكمين بالنظام العام، بما يترتب على ذلك من نتائج<sup>3</sup>، وقد ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه<sup>4</sup> إلى تأسيس ذلك على ما هو مستفاد من نص المادة 55 من قانون التحكيم المصري الذي لم

---

<sup>1</sup> على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، 2001م، ص223.

<sup>2</sup> محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، 1993م، ص129.

في تأكيد الصفة القضائية للتحكيم وترتيب آثارها راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٨١١٦، س٨٨ق، جلسة ٢٠١٩/6/11م، وكذا حكمها في الطعن رقم ١٢٤٧٦، س٨٧ق، جلسة ٢٠١٨/9/16م.

<sup>3</sup> محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية، ص129.

<sup>4</sup> محمد علي سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، 2006م، ص178.

يتضمن ما تضمنته المادة 101 من قانون الإثبات وكذا نص المادة 116 مرافعات من إعمال حجية الأمر المقضي دون استلزام التمسك بها من جانب صاحب الصفة، فضلاً عن الطبيعة الخاصة للتحكيم، وأن الإرادة الخاصة لأطرافه هي دستور، الذي يتأسس عليه ويتقيد به؛ ومن ثم فلا تُفَعَّل الحجية في مجاله إلا وفق مقتضى هذه الإرادة، أي إذا تمسك بها صاحب الصفة<sup>1</sup>.

واستند بعض أنصار هذا الاتجاه<sup>2</sup> على انتفاء المبررات التي حدت بالمشرع إلى ربط حجية الأحكام القضائية بالنظام العام، ذلك أن التنظيم القانوني للقضاء يختلف عنه في خصوص التحكيم، فهذا الأخير يعد تنظيمًا تعاقديًا في أساسه قضائيًا في مرماه وأهدافه، وحيث يلعب مبدأ سلطان الإرادة دورًا بارزًا في مجال التحكيم بدءًا من اختيار هيئة التحكيم وجواز استبدال المحكمين بغيرهم، فإن أثر ذلك ارتباط حجية حكم التحكيم بهذا المبدأ؛ فلا تفعل إلا إذا تمسك بها صاحب الصفة والمصلحة.

كما أن حكم التحكيم في تعلقه بإرادة الأطراف يختلف عن حكم القضاء الذي يرتبط بمرفق العدالة كمرفق عام؛ ولذا كانت الحجية التي يتمتع بها حكم التحكيم بعيدة

---

<sup>1</sup> نجيب عبد الله أحمد ثابت الجبلي، التحكيم في القانون اليمني، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، 1996م، ص433.

<sup>2</sup> محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص96.

عن أي اعتبارات تتعلق بالدولة أو بأحد مرافقها أو ما يرتبط بها من مصالح عامة، وإن كانت تفضي في النهاية إلى حماية المصلحة العامة لما بين التحكيم والقضاء من وجود قاسم مشترك هو كون كلٍ منهما آلية لفض المنازعات ترنو إلى تحقيق عدالة سريعة ومتميزة.

ومن جانبنا نرى أن المنطق القانوني الصحيح يؤكد عدم تمتع حجية حكم التحكيم بالنظام العام، لقوة الحجج التي سيقت لتبرير هذا المعنى، وضعف السند القانوني للرأي المخالف، وأضيف إلى هذا وذاك ما يلي:

1- إن اتصال فكرة معينة بالنظام العام لا يحتاج إلى عناء أو إلى التفتن في ابتناء البراهين الداعمة لذلك، إذ إن النظام العام يفرض نفسه بنفسه، ولا أدري ما هي الأضرار التي ستنتال النظام العام إذا تم تعطيل حجية حكم التحكيم؟!، وأي دعائم للدولة ستضطرب إن حدث هذا التعطيل؟!، حتى يقال بأن حجية حكم التحكيم من النظام العام؟.

2- إذا كان التحكيم لا يجوز إلا فيما يجوز فيه الصلح؛ فهذا يعني أن المجال الموضوعي للتحكيم برمته لا يتصل بالنظام العام، وإلا لما جاز فيه التحكيم أصلاً؛ وإذا كان ذلك كذلك فكيف يمكن القول بتعلق الحكم الصادر فيما لا علاقة له بالنظام العام من النظام العام?!.

3- إن فلسفة التحكيم وطبيعته المستقلة وذاتيته الفريدة كل ذلك يحتم امتناع قياس التحكيم على القضاء، بل وعدم خضوعه للتنظيم الإجرائي للخصومة القضائية إلا إذا وجد موجب لهذا على سبيل الاستثناء وفي حدوده، وهو ما يعني أن قياس حجية حكم التحكيم على حجية الحكم القضائي مما لا يستساغ منطقاً، ولا يمكن قبوله أو التسليم به.

4- سلطان الإرادة هو دستور التحكيم، هذا المبدأ أصبح من المسلمات في مجال التحكيم، بحيث لم يعد يحتاج إلى نص قانوني لإقراره، أو مسلك قضائي لتفعيله، أو اجتهاد فقهي لتبريره، وذلك في القوانين محل الدراسة أو النظم المقارنة على السواء، وهو ما يقطع بخضوع جميع مسائل التحكيم كقاعدة عامة وأصل ثابت لاتفاق أطراف التحكيم، فما هو الأساس أو المبرر للخروج على هذا كله بمنع الأطراف - مراعاة لحجية حكم التحكيم- من الاتفاق على إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم مرة أخرى؟، وإذا أبيع للأطراف مثل هذا الاتفاق فلا يمكن بعد هذا النقاش حول مدى تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام.

5- أعتقد أن نصوص قانون التحكيم تدعم القول بعدم تعلق حجية التحكيم بالنظام العام، إذ إنها لم تعتبر الاتفاق على التحكيم أو وجود خصومة تحكيم بالفعل مانعاً من مباشرة خصومة قضائية متضمنة ذات النزاع المعروف على التحكيم،

واستلزمت التمسك أمام القضاء بوجود هذه الخصومة أو ذاك الاتفاق، وحكم التحكيم هو الإجراء الختامي في خصومة التحكيم، فيسري عليه ذات المنطق<sup>1</sup>.

ومقتضى ذلك أن حكم التحكيم وإن كانت له حجية إلا أن هذه الحجية لا تثار إلا إذا تمسك بها من تقررت لصالحه، ويترتب على منطق هذا الرأي جواز طرح ذات النزاع الذي سبق حسمه بحكم تحكيم حاز حجية الأمر المقضي من جديد على قضاء الدولة أو ذات هيئة التحكيم التي أصدرته أو هيئة تحكيم مختلفة، بشرط اتجاه إرادة الطرفين إلى إعادة عرض النزاع مرة أخرى للفصل فيه من جديد، وهذا الاتفاق يتصور أن يكون صريحاً كما قد يكون ضمناً.

والاتفاق الضمني لا يتصور فيه إعادة طرح النزاع من جديد إلا أمام قضاء الدولة، حيث يعمد أحد طرفي الدعوى التحكيمية المنتهية بصدور حكم تحكيم فاصل في موضوعها إلى عرض ذات النزاع من جديد على المحكمة المختصة، ثم يباشر الطرف الآخر الإجراءات القضائية -بعد إعلانه وتكليفه بالحضور- دون أن يتمسك بسبق الفصل في ذات الموضوع من خلال التحكيم، وهذا المسلك يعد موافقة ضمنية منه على التنازل عن حجية حكم التحكيم.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 1/13 من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في نص المادة 1/11.

أما إعادة عرض النزاع مرة أخرى على هيئة تحكيم جديدة فلن يتصور فيه التنازل الضمني عن الحجية، إذ إن الأمر في هذا الفرض يستلزم موافقة الطرفين على إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم مرة أخرى، ثم اتفاق جديد مع بين الطرفين وهيئة التحكيم التي ستتولى نظر موضوع النزاع مرة أخرى، وهو ما يعد تنازلاً صريحاً عن حجية حكم التحكيم.

وفي احتمال آخر - يبدو أبعد تصوراً - يتصور عرض ذات النزاع من جديد أمام ذات الهيئة التي أصدرت الحكم السابق، والحقيقة أن إصدار هيئة التحكيم حكماً ينهي النزاع أمامها ويحوز الحجية يؤدي إلى انتهاء "استنفاد" ولايتها؛ مما يسقط عنها وصفها كهيئة تحكيم، وهذا يعني أن إعادة طرح النزاع عليها من جديد إنما يعني عرض النزاع على هيئة تحكيم جديدة، وإن كانت هي ذات الهيئة التي فصلت في ذات النزاع من ذي قبل.

وترتيباً على ذلك يلزم وجود اتفاق جديد بين المحكّمين من جهة وهيئة التحكيم من جهة أخرى، واعتبار هذا الاتفاق بمثابة اتفاق تحكيم جديد يترتب ضرورة مراعاة أحكام الاتفاق على التحكيم بصفة عامة، سواء من حيث تحديد الإجراءات واجبة الاتباع، أو القانون الموضوعي واجب التطبيق، وكذا مهلة التحكيم، فضلاً عن أتعاب التحكيم، إذ إن هيئة التحكيم لن تتولى الفصل في ذات النزاع من جديد بذات الأتعاب التي استحققتها من فصلها في النزاع أول مرة.

والخلاصة إذن وإذا ما سلمنا بعدم تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام وما يستتبعه ذلك من جوزا إعادة طرح ذات النزاع مرة أخرى على التحكيم فإن أثر ذلك في خصوص موضوع هذه الدراسة أن استنفاد ولاية التحكيم على نقيض استنفاد الولاية القضائية ليست نهائية، ذلك أن استنفاد الولاية التحكيمية إثر صدور الحكم المنهي للنزاع موقوتة ومرهونة بعدم الاتفاق من جديد على إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم مرة أخرى.

بيد أن هذه النتيجة الهامة تخص ولاية التحكيم لا ولاية هيئة التحكيم، ذلك ان إصدار هيئة التحكيم حكماً فاصلاً في موضوع النزاع محل التحكيم يستنفد ولايتها بصورة نهائية وللأبد، فلا يتصور تمكّنها من إعادة النظر في حكمها أو تعديله، كما لا يمكن إعادة طرح ذات النزاع عليها مرة أخرى ولو باتفاق الأطراف.

ذلك أنه في الفرض الأخير وعلى ما انتهينا إليه على جواز عرض النزاع مرة أخرى على التحكيم، وتصور أن يتم عرضه على ذات الهيئة التي أصدرته، وإن كان هذا الفرض غير متصور عملاً إلا أنه وحال حدوثه فإن هيئة التحكيم تفقد صفتها الأولى وتعد هيئة تحكيم جديدة، ولو كانت بذات التشكيل، ذلك ان الاتفاق الذي أعاد لها ولاية نظر الموضوع من جديد وإعادة الفصل فيه يعد اتفاقاً جديداً مختلفاً عن الاتفاق الذي تم بناء عليه عرض النزاع عليها في المرة الأولى.



## المبحث الثاني

### التطبيق العملي لاستنفاد الولاية

للوقوف على التطبيق العملي لاستنفاد الولاية في مجال القضاء والتحكيم ينبغي للوقوف على التطبيق العملي للمبدأ في إطار القضاء المصري والسعودي، ثم للتطبيق العملي في مجال التحكيم، ذلك أن فارقاً واضحاً في التطبيق العملي للمبدأ في القضاء السعودي عما يقره النظام السعودي بظاهر نصوصه، كما أن ذات الفارق يوجد بين تطبيقات المبدأ في القضاء السعودي عنه في القضاء المصري، وذلك على النحو التالي:

## المطلب الأول

### استنفاد الولاية القضائية في تطبيقات القضاء المصري

أكد القضاء المصري عبر تاريخه فيما لا يمكن حصره من تطبيقات قضائية مبدأ استنفاد ولاية القاضي حال توافر مفترضاته، وهو ما يمكن رصده من ناحيتين، أولاهما حالات يتوافر فيها مفترضات المبدأ ومن ثم يتم تطبيقه بما له من آثار ونتائج، وثانيهما حالات لا تتوافر فيها مفترضات تطبيق المبدأ ومن ثم لا يمكن تطبيقه، وبالطبع لا يمكن في هذا الفرض الأخير الحديث عن تعطيل للمبدأ إذ لم تتحقق مفترضات تطبيقه ابتداءً، وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

### حالات تحقق مفترضات استنفاد الولاية

تتعدد تطبيقات القضاء المصري لمبدأ استنفاد الولاية، ومنها ما يتعلق باستنفاد الولاية بقرار في الخصومة دون الدعوى، ومنها ما يتولد فيها استنفاد الولاية لسبب موضوعي، وذلك على النحو التالي:

## الغصن الأول

### حالات استنفاد الولاية بقضاء في الشكل

الحكم في مسألة شكلية بما ينهي الخصومة القضائية يستنفد ولاية محكمة أول درجة، فلا تتعرض بعده لموضوع الدعوى، فإن تم الطعن على هذا الحكم وتم تأييده من محكمة الطعن فإن هذه الأخيرة تستنفد ولايتها هي الأخرى؛ بحيث لا يبقى لها نظر الموضوع، فإن خالفت المحكمة هذا المقتضى وفصلت في الموضوع فحكمها باطل لقضائها خارج حدود ولايتها التي استنفدتها بتأييد حكم أول درجة<sup>1</sup>.

كما أن حكم محكمة أول درجة المنهي للخصومة دون الفصل في الموضوع يستنفد ولايتها بما يخرج القضية من حوزتها ولا تسترد هذه الولاية إلا إذا قضي ببطلان هذا الحكم حيث ينبغي طرح القضية أمامها من جديد لتفصل في موضوعها، فإن محكمة الاستئناف إن هي ألغت حكم محكمة أول درجة استنفدت ولايتها فلا يحق لها نظر الموضوع احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي لا يمكن تجاوزه من المحكمة كما لا يجوز للخصوم الاتفاق على تجاوزه كونه من النظام العام<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 7089، س 61ق، جلسة 28 ديسمبر 1998م، وحكمها في الطعن رقم 6748، س59ق، جلسة 27 يناير 1992م، وحكمها في الطعن رقم 6287، س 55ق، جلسة 28 يناير 1988م.

<sup>2</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 13، س 71ق، جلسة 8 مايو 2003م، وحكمها في الطعن رقم 4169، س73ق، 19 يونيو 2013م.

ينبغي على محكمة الاستئناف الفصل في الشكل أولاً قبل التعرض للموضوع، فإن انتهت إلى عدم قبول الاستئناف شكلاً لرفعه بعد الميعاد فقد استنفدت ولايتها على القضية بحيث لا يحق لها التعرض للموضوع أو دراسة المستندات، "تعرض الحكم المطعون فيه لدفاع الخصم ومستنداته ثم انتهائه إلى تأييد الحكم الغيابي بعدم قبول الاستئناف شكلاً يصم الحكم بالاضطراب والخطأ بما يوجب نقضه"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 14807، س 60، جلسة 29 ديسمبر 1993م.

## الغصن الثاني

### حالات استنفاد الولاية بقضاء في الموضوع

في نظر المعارضة ينبغي على المحكمة الفصل أولاً في صحة الحكم المعارض، فإن رأته صحيحاً انتهت ولايتها عند هذا الحد، وإن رأته غير صحيح ألغته ثم انتقلت إلى موضوع الدعوى، وفي هذه الحالة تقف ولايتها عند حد تعديل الحكم لمصلحة المعارض، فإن هي استبدلت محل الحكم على خلاف مصلحة المعارض تكون قد تجاوزت حدود ولايتها القضائية بما يبطل حكمها<sup>1</sup>.

الحكم بمبدأ التعويض لثبوت المسؤولية مع الحكم بتعويض مؤقت يستنفد ولاية المحكمة في تحقق المسؤولية ولا يبقى بعد ذلك سوى تقدير التعويض، فإن رفع المضرور دعواه مطالباً بالتعويض النهائي فانتهدت المحكمة إلى رفض الدعوى لعدم ثبوت المسؤولية في حق المدعي عليه فإنها تكون قد تجاوزت حدود ولايتها القضائية، وأعدت النظر فيما استنفدت ولايتها بشأنه مما يبطل حكمها<sup>2</sup>.

وفي مجال تدخل القضاء بالرقابة على أعمال المحكمين فإن سلطة محكمة البطلان تنحصر في تحديد مدى صحة أو بطلان حكم التحكيم؛ وعلى ذلك فهي لا تمتد

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 11343، س 63ق، جلسة 3 نوفمبر 2002م، وحكمها في الطعن رقم 14619، س 67ق، جلسة 6 ديسمبر 2006م.

<sup>2</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 10140، س 76ق، جلسة 20 مارس 2013م.

لتشمل تقدير مدى عدالة الحكم أو ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين، يستوى في ذلك أن يكون المحكومون قد أصابوا أو أخطأوا، فالمحكمة لا شأن لها بالنتيجة التي خلص إليها الحكم أو بصحة تطبيق المُحَكَّم للقواعد القانونية التي تحكم المنازعة من ناحية الموضوع، كما أن المحكمة إن انتهت إلى بطلان حكم التحكيم فإن هذا الحكم يستنفذ ولايتها فلا يبقى لها ولاية الفصل في الموضوع، وإلا لأهدرت الحكمة من اتفاق الأطراف على حسم موضوع النزاع بطريق التحكيم دون القضاء<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٦٩٨، س٨٦ق، جلسة ٢٠١٨/3/13م.

## الفرع الثاني

### حالات تخلف مفترضات استنفاد الولاية

ليس كل قضاء يستتبع استنفاد ولاية القاضي، كما أن استنفاد ولاية القاضي لا تحول دون توليه بعد الأعمال القضائية المرتبطة بالموضوع الذي استنفد ولايته فيه، وتعددت التطبيقات العملية لعدم استنفاد الولاية حال تخلف أي من مفترضاته، ويمكن تقسيمها إلى طائفتين، على النحو التالي:



## الغصن الأول

### تخلف مفترضات استنفاد الولاية لعدم التعرض للموضوع

في بعض الفروض تنتهي الخصومة القضائية أمام المحكمة رغم عدم تعرضها لموضوعها، كما هو الحال عند الحكم بعدم الاختصاص، أو بعدم القبول، أو ببطلان المطالبة القضائية؛ فإذا ما ألغي هذا الحكم أعيدت الدعوى من جديد أمام نفس المحكمة للفصل في موضوعها الذي لم تستنفد ولايتها فيه، ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الخصوص ما يلي:

#### أولاً: الفصل في الخصومة دون الموضوع لا يستنفد الولاية القضائية

التمسك بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها يستلزم وحدة الأشخاص والموضوع والسبب بين الدعيين، وكون الحكم الأول قد فصل في الموضوع إيجاباً أو سلباً، فإذا تخلف أي من هذه المفترضات أضحي الحكم بعدم جواز نظر الدعوى قد "أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه، ولما كان هذا الخطأ قد حجب محكمة الموضوع عن نظر موضوع الدعوى فإنه يجب أن يكون النقض مقروناً بالإعادة"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 7614، س79ق، جلسة 20 يناير 2018م، وحكمها في الطعن رقم 4836، س67ق، جلسة 13 مايو 2010م، وحكمها في الطعن رقم 5290، س67ق، جلسة 26 يونيه 2010م، وحكمها في الطعن رقم 2199، س87ق، جلسة 15 فبراير 2018م.

كما قُضِيَ بأن: "الحكم بعدم جواز رفع الدعوى لتحصل قرارات لجنة التحكيم العالي ... قضاء لا تستند به محكمة أول درجة ولايتها في الفصل في الموضوع فإنه يتعين إلغاؤه وإعادة الأوراق إليها"<sup>1</sup>.

وأن: "من المقرر أن قضاء محكمة أول درجة بقبول الدفع بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى هو قضاء في دفع شكلي لا تستند به ولايتها بنظر الموضوع، فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه وجب عليها أن تعيد الدعوى لمحكمة أول درجة للفصل في موضوعها الذي لم تقل كلمتها فيه، ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدي لهذا الموضوع"<sup>2</sup>.

#### ثانياً: عدم القبول الشكلي لا يستند الولاية القضائية

"إن المشرع عندما عرض للدفع بعدم قبول الدعوى فرق بين الدفع بعدم القبول الموضوعي والدفع بعدم القبول الشكلي فجعل مرد الأول عدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفعها باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع بشأنه بطلب تقريره كإعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها مما لا يختلط بال نوع

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 1094، س67ق، جلسة 10 يناير 2010م.

<sup>2</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 12164، س78ق، جلسة 23 مارس 2017م، وحكمها في الطعن رقم 7593، س74ق، جلسة 28 إبريل 2014م.

الثاني المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى ومن ثم لا تنطبق القاعدة الواردة في المادة 115 من قانون المرافعات على الدفع الشكلي الذي يتخذ اسم عدم القبول لأن هذا النوع من الدفوع يتعلق بإجراء أوجب القانون اتخاذه حتى تستقيم الدعوى وهو بهذه المثابة لا تستند به محكمة أول درجة ولايتها في نظر الدعوى"<sup>1</sup>.

وفي حكم آخر ورد نفس القضاء وأضاف: "على محكمة الاستئناف إذا ما ألغت هذا الحكم أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه بعد ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدي للموضوع لما يترتب عليه ذلك من تفويت إحدى درجات التقاضي على الخصوم"<sup>2</sup>.

كما أكدت محكمة النقض في ذات السياق أن: "قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا تستند به ولايتها في موضوع النزاع، فإنه يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف وإعادة الدعوى إليها للفصل في موضوعها"<sup>3</sup>.

وفي ذات السياق فإن ولاية محكمة الموضوع في نظر الطعون على قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي تقتصر على مدى صحة القرار، تعرضها لما

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 5101، س71ق، جلسة 10 ديسمبر 2003م.

<sup>2</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 15503، س78ق، جلسة 8 إبريل 2012م.

<sup>3</sup> حكمها في الطعن رقم ١٦٨٢، س٦٤ق، جلسة ١/1/٢٠١٩م.

لم يعرض على اللجنة أو سقط الحق في إبدائه عليها يخرج عن حدود ولايتها بما يبطل حكمها<sup>1</sup>.

الحكم بعدم الاختصاص النوعي إذا انتهى ميعاد الاعتراض عليه أصبح باتاً يستتفد ولاية المحكمة التي انتهى إلى اختصاصها بالموضوع ولو لم تكن مختصة وفق القواعد العامة للاختصاص القضائي، فيجب على المحكمة الفصل في الموضوع وعدم بحث مدى اختصاصها كون قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام، فإن خالفت المحكمة ذلك فقد قضت بما استتفدت فيه الولاية القضائية بما يبطل حكمها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 6633، س62ق، جلسة 25 ديسمبر 2007م.

<sup>2</sup> حكم محكمة النقض في الطعن 4204، س83ق، جلسة 27 نوفمبر 2014م، وحكمها في الطعن رقم 665، س75ق، جلسة 19 مارس 2015م، وحكمها في الطعن رقم 80، س84ق، جلسة 19 مارس 2016م.

## الغصن الثاني

### تخلف مفترضات استنفاد الولاية رغم التعرض للموضوع

في بعض الفروض تتعرض المحكمة لموضوع الدعوى، ومع ذلك فإن تعرضها لا يعتد به؛ ومن ثم فلا يستنفد ولايتها القضائية؛ فإذا ما أُلغي هذا الحكم أعيدت الدعوى من جديد أمام نفس المحكمة للفصل في موضوعها الذي لم تستنفد ولايتها فيه، وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يعد من دعائم النظام العام القضائي<sup>1</sup>، ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الخصوص ما يلي:

#### أولاً القرار القضائي المنعدم لا يستنفد الولاية القضائية

"لكي تصبح هذه المحكمة مختصة بالفصل في موضوع هذه القضية لا يكفي حصول الطعن أمامها للمرة الثانية في نفس القضية وقبول هذا الطعن، بل يجب فوق ذلك أن يتحقق شرطان أساسيان، أولهما سبق الحكم بالنقض، وثانيهما أن يكون كلا الحكمين قد فصلا في موضوع الدعوى، لما كان ذلك، وكان شرط اعتبار الحكم فاصلاً في الدعوى أن يكون قد صدر مستوفياً مقومات وجوده قانوناً ومن بينها صدوره من هيئة لها صلاحية الفصل في الدعوى، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد صدر من هيئة فقدت صلاحيتها لنظر الدعوى محذور عليه

---

<sup>1</sup> حكم محكمة القضاة في الطعن رقم 480 والطعن رقم 2042، س64ق، جلسة 26 يونيو 2001م.

الفصل فيها، ومن ثم يكون قد صدر باطلاً وهو بطلان جوهرى متعلق بأصل وجوده لا مجرد عيب يشوبه، وهو ما ينحدر به إلى حد الانعدام، فلا يعتد به كحكم فاصل في موضوع الدعوى للمرة الثانية، ولا تستنفد به محكمة الموضوع ولايتها في نظر الدعوى والفصل فيها، فإنه يتعين أن يكون النقض مقروناً بالإعادة إلى محكمة الموضوع ... إذ الحكم المطعون فيه قد صدر معدوماً لا وجود له، وحتى لا يجرم الطاعنون من مرحلة من مراحل التقاضي"<sup>1</sup>.

### ثانياً الأوامر الولائية لا تستنفد الولاية القضائية

"الأوامر التي يصدرها القاضي بما له من سلطة ولائية في غيبة الخصوم ودون تسبب لا تحوز حجية ولا يستنفد القاضي سلطته بإصدارها، ومن ثم فهي تختلف عن الأعمال القضائية التي تتولاها المحاكم بالتشكيل المحدد لها قانوناً بحسبانها هيئة محكمة وما يصدر عنها لدى مباشرتها العمل القضائي هو حكم له خصائص معينة وأوجب القانون أن يتضمن بيانات محددة لم يستلزم توافرها في الأمر الصادر من القاضي عند قيامه بالعمل الولائي"<sup>2</sup>.

### ثالثاً القرارات التحضيرية لا تستنفد الولاية القضائية

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 536، س79ق، جلسة 10 يونيو 2009م.

<sup>2</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 1029، س64ق، جلسة 4 ديسمبر 2000م.

"إن قرار المحكمة بالانتقال إلى محل النزاع لا يستنفد ولايتها في القضاء في شكل الاستئناف فلا يحول دون الحكم بعدم قبوله شكلاً لرفعه بعد الميعاد، إذ هو مجرد قرار تحضيري، لا يقيد المحكمة ولا يعبر عن رأي لها وتظل معه الدعوى على حالها بما لها وما عليها"<sup>1</sup>، كما أنه يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات كونها من الأحكام التمهيدية التي لا تستنفد ولاية المحكمة<sup>2</sup>.

#### رابعاً عدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني لا يستنفد ولاية المحكمة

إذا رسم القانون طريقاً محدداً لرفع الدعوى بموجبه يتم عرض النزاع على لجنة معينة قبل عرضه على محكمة أول درجة، ثم تم رفع الدعوى مباشرة دون عرضه على اللجنة المحددة قانوناً، فقضت محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون، فهي لم تستنفد ولايتها في خصوص موضوع النزاع، فإن تبين عدم دخول المنازعة فيما يتعين عرضه على اللجنة المذكورة فإنه يتعين إلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى ثم إعادة الدعوى إليها لتفصل في موضوعها كونها لم تقل كلمتها فيه<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 119، س18ق، جلسة 15 يونيو 1950م.

<sup>2</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 3234، س82ق، جلسة 13 ديسمبر 2016م.

<sup>3</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 608، س67ق، جلسة 24 مارس 2009م.

## المطلب الثاني

### استنفاد الولاية في تطبيقات القضاء السعودي

بالمقارنة بالنظم القانونية المعاصرة فإن النظام السعودي تفرد على صعيدي التقنين "التشريع" والقضاء "التطبيق العملي" بتقليصه لفكرة استنفاد الولاية القضائية بصورة غير معهودة في أي نظام قانوني آخر، وهو ما نستطيع رصده بالوقوف على موقف القضاء السعودي من فكرة استنفاد الولاية، والأساس القانوني لهذا الموقف، وذلك على النحو التالي:



## الفرع الأول

### موقف القضاء السعودي من استنفاد الولاية

على عكس ما استقر عليه العمل في الأنظمة القضائية المقارنة استقر القضاء السعودي على تعطيل فكرة استنفاد الولاية القضائية بصورة شبه كلية، وإن جاء موقفه هذا انعكاسًا لمنهج المنظم السعودي في معالجته للمبدأ، متأسسًا على النصوص النظامية ذات الصلة، ولكن بغض النظر عن مدى توافر الأساس القانوني لهذا الموقف -الذي سنفرد له تفصيله بعد قليل- فإن ما يهمننا في هذا الصدد التساؤل عن مدى نجاح التطبيق العملي في تحقيق الاستقرار والإنجاز اللازمين في حماية الحقوق والمراكز القانونية، وهو ما سنحاول تتبعه على النحو التالي:

## الغصن الأول

### حدود تطبيق القضاء السعودي لمبدأ استنفاد الولاية

ذكرنا أن استنفاد الولاية معناه زوال الولاية القضائية عن العضو القضائي بعد استفرغ الجهد في المسألة الموضوعية أو الإجرائية التي فصل فيها بقرار قطعي، وهو ذو شقين، الشق الأول عدم استنفاد الولاية القضائية إذا لم يستفرغ القاضي جهده في المسألة المعروضة، والشق الآخر انقضاء هذه الولاية عن كل مسألة صدر فيها قرار قطعي، فما موقف القضاء السعودي من شقي المبدأ؟ هذا ما سنتناوله على النحو التالي:

#### أولاً بقاء الولاية القضائية حال صدور قرار غير فاصل في الموضوع

استقر القضاء السعودي على تفعيل الشق الأول من مبدأ استنفاد الولاية، ففي كل حالة لا يستفرغ فيها القاضي جهده في موضوع الدعوى لا تخرج عن ولايته، ومن تطبيقات القضاء السعودي في هذا الخصوص:

ما قرره من أن: "صرف النظر عن الدعوى يعد من الأسباب المنهية لخصومتها دون فصل في الموضوع؛ وهو ما يؤدي إلى عدم استنفاد ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم، فإذا ما أراد المدعي رفع دعواه من جديد أمام ذات المحكمة بعد تحريرها جاز له ذلك، كما أنه إذا طعن في الحكم بصرف النظر وألغته محكمة الطعن امتنع عليها التعرض للموضوع احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، لأن

محكمة أول درجة لم نقل كلمتها في الموضوع، وعلى محكمة الطعن إعادة الدعوى لمحكمة أول درجة للفصل في موضوعها<sup>1</sup>.

### ثانياً بقاء الولاية القضائية رغم الفصل في الموضوع بحكم قطعي

خروجاً على مقتضى فكرة استنفاد الولاية، وبالمخالفة للمستقر عملاً في جميع النظم القضائية المقارنة، استقر العمل في القضاء السعودي على أن إصدار القاضي حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى لا ينهي ولايته، فله العدول عن قضاؤه تعديلاً أو إلغاءً من تلقاء نفسه، أو بناء على اعتراض الخصم متى رأي القاضي لهذا الاعتراض مقتضى<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> راجع حكم محكمة الخرج الصادر في الدعوى رقم 32605456 بتاريخ 1433/6/23.

<sup>2</sup> تم رفع دعوى أمام المحكمة الجزائية بتبوك تمسك فيه المدعي بأنه وضع ألف بلكة لتسوير أرض له، فقام المدعى عليه بتكسير بعضها ونقل بعضها قرابة مائة متر، وطلب إلزامه بإعادة البلك لمحلّه وتعويضه عن البلك المكسور، وبعد الاطلاع على الأدلة المقدمة ومنها تقرير مركز الشرطة، وبعد توجيه اليمين من المدعي لعجزه عن الإثبات وأداء المدعى عليه اليمين انتهت المحكمة بتاريخ 1434/3/29 إلى رفض الدعوى، وبتاريخ 1434/4/1 هـ وبحضور المدعي واستناداً على قول عمر رضي الله عنه: (ولا يمنعك قضاء قضيتّه بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع للحق)، وعلى أن دعوى المدعي بطلب إعادة البلك لمحلّه ناشئة عن إثبات تملك الأرض وأن النظر في ثبوت التملك اختصاص المحكمة العامة، قررت المحكمة عدم الاختصاص بنظر الدعوى وأن للمدعي رفع دعواه أمام المحكمة العامة، ثم تم عرض القضية على الدائرة الحقوقية الأولى بمحكمة الاستئناف بمنطقة تبوك

بل إن محكمة الاستئناف حال الطعن في الحكم أمامها إذا رأَت عدم صحته أو وجود خطأ به تبدي ما تراه من ملاحظات وتعيد الحكم مرة أخرى لذات المحكمة التي أصدرته لتعويض النظر فيه في ضوء ما أورده محكمة الاستئناف من ملاحظات، وقد يصير قاضي أول درجة على موقفه أو يعدل حكمه ثم ترى محكمة الاستئناف وجود ملاحظات جديدة على التعديل.

وفي مثل هذين الفرضين تبدي محكمة الاستئناف ما تراه من ملاحظات وتعيد القضية لذات القاضي مصدر الحكم، بما يستتبع تصور إعادة القضية من محكمة الاستئناف لذات المحكمة التي أصدرت الحكم عدة مرات، حتى ينتهي الأمر إما بامتثال قاضي الدرجة الأولى لملاحظات محكمة الاستئناف<sup>1</sup>، أو أن تقنع هذه الأخيرة بما انتهى إليه الأول<sup>1</sup>.

---

فصادقت على الحكم مع التنبية على أن عدم الاختصاص راجع لكونها من دعاوى التعرض للحيازة في العقار. (رقم الصك 34175102 في 1434/3/29هـ، رقم الدعوى 33335945، رقم قرار تصديق محكمة الاستئناف 34249121، في 1434/6/24هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 28، ص173).

<sup>1</sup> في دعوى مرفوعة أمام المحكمة العامة بالرياض تمسك المدعى عليه بوجود شرط تحكيم؛ ومن ثم تمسك بعدم اختصاص المحكمة لنظر الدعوى بناء على المادتين 71 و72 من نظام المرافعات الشرعية، والمادة 11 من نظام التحكيم، فرد المدعي ببطلان شرط التحكيم، وأن نصوص نظام التحكيم الملغي هي واجبة التطبيق على موضوع الدعوى، فردت المحكمة عليه بصدور نظام تحكيم جديد بالمرسوم الملكي رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24، وأنه هو ما يسري

على الدعوى الماثلة، وانتهت إلى صرف النظر عن القضية لعدم الاختصاص، فتم الطعن على الحكم أمام محكمة الاستئناف، التي أعادتها للمحكمة العامة وبرفقتها القرار المتضمن ما لاحظه أصحاب الفضيلة بقولهم: (وبدراسة الصك وصورة ضبطه واللائحة الاعتراضية وأوراق المعاملة لوحظ أن فضيلته بنى حكمه على نظام التحكيم الصادر في عام 1433 ولم يتضح أن هذا النظام قد فعل وبدء العمل به وبالله التوفيق)، فأجاب على ذلك قاضي المحكمة العامة: "فقد تأملت ما ذكره أصحاب الفضيلة وتعجبت مما ذكره فمذ متى كان تفعيل النظام وبدء العمل به حجة في إهماله وما المستند النظامي في عدم إعمال النظام إذا لم يفعل، والواقع أن نظام التحكيم صدر وعمم بموجب تعميم معالي وزير العدل رقم 4599/ت/13، وتاريخ 1433/6/8هـ، متضمناً النص على أن: "يعمل بهذا النظام بعد ثلاثين يوماً من نشره، وقد نشر بأمر القري برقم 4413 وتاريخ 1433/7/18، وعليه فيكون العمل به من تاريخ 1433/8/18هـ، وعليه فالعمل بالنظام واجب ولا يملك أحد أن يوقف العمل به إلا من الجهات العليا المختصة، وإذا لدى أصحاب الفضيلة حجة في عدم العمل بالنظام فلعلمهم ببينونه، لذا فلم يظهر لي خاف ما حكمت به وأمرت بإعادة المعاملة لمحكمة الاستئناف حسب المتبع"، ثم أعادت محكمة الاستئناف القضية مرة أخرى للمحكمة العامة متضمنه قرارها رقم 34957751 وتاريخ 1434/8/22 المتضمن: (وبالاطلاع على ما أجاب به فضيلة القاضي وألحقه الصك وصورة ضبطه فإن المقصود بالملاحظة أن عمل محكمة الاستئناف ما زال تدقيقاً ولم يفعل نظام الاستئناف وبالله التوفيق)، فأجاب قاضي المحكمة العامة: "إن ما ذكره أصحاب الفضيلة من أن عمل محكمة معلوم لدي وهذا أمر ليس له علاقة بقضيتنا ولم أطلب من أصحاب الفضيلة أمراً في الإجابة ونظام التحكيم واجب العمل به كما بينته مفصلاً في الإجابة السابقة ولا أملك أنا ولا أصحاب الفضيلة قضاة الاستئناف إيقاف العمل به ومصدر النظام عندما أصدره لم يخف عليه ما ذكره أصحاب الفضيلة من أن عمل محكمة الاستئناف لا زال تدقيقاً، وحيث نصت المادة 11 من نظام التحكم على عدم جواز نظر الدعوى في مثل هذه الحالة والمدعى عليه متمسك بذلك فلم يظهر لي خلاف ما حكمت به وبالله التوفيق"، ثم صدقت محكمة الاستئناف بخطابها رقم 34957751

في 1434/11/27 الحكم بما نصه: «الحمد لله وحده وبعد، فقد اطلعنا على قرار القاضي بالمحكمة العامة بالرياض الشيخ ... وأصدرنا القرار رقم ... المتضمن المصادقة على الحكم بعد الجواب الأخير». (حكم المحكمة العامة بالرياض الصادر بالصك رقم 3444382، في 1434/2/23هـ، رقم الدعوى 32328746، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف 34368736، في 1434/11/24هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 28، ص100).

كما رفعت هيئة التحقيق والادعاء العام دعوى ضد شخص أمام المحكمة العامة بادعاء تجاوزه على أفراد الأمن، فقررت صرف النظر عن الدعوى لعدم الاختصاص كونها تتعلق بنظام الرشوة وتكييفها اعتداء على موظف عام مما يدخلها في اختصاص المحكمة الإدارية، فقرر المدعي العام الاعتراض على الحكم، فقررت محكمة الاستئناف أنه: "بدراسة القرار وصورة ضبطه وأوراق المعاملة لوحظ ما أشير إليه بالحكم من عدم الاختصاص في نظر هذه القضية في غير محله فلا ينطبق على الفعل الصادر من المدعى عليهما نظام مكافحة الرشوة فعلى فضيلته الاستعانة بالله وإكمال نظر القضية والله الموفق"، فأعيدت القضية على قاضي المحكمة العامة الذي قرر: "جواباً على ما ذكره أصحاب الفضيلة فإن هذه الدعوى وأمثالها من اختصاص القضاء الإداري (ديوان المظالم) لكونها تهديد موظف عام وهذا اجتهادي وما توصل إليه فهمي والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد وعليه فقد قررت رفع الجلسة وإرسال المعاملة لمحكمة الاستئناف للتمييز على الحكم حسب التعليمات"، فقررت محكمة الاستئناف إعادة القضية إلى المحكمة العامة بالقرار: "حيث سبق دراسة القرار وصورة ضبطه وأوراق المعاملة وبالإطلاع على ما أجاب به فضيلته على قرارنا تقرر الموافقة على الحكم". (حكم المحكمة العامة بشرورة، في الدعوى رقم 3426194، وتاريخ 1434/2/4هـ، المصدق بقرار محكمة الاستئناف رقم 341054909 الصادر بتاريخ 1434/5/13، منشور بمجموعة الأحكام القضائية لعام 1424هـ، صادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل، 1436هـ، رقم الإيداع 1436/2721).

<sup>1</sup> رفعت دعوى أمام المحكمة العامة بينبع التي انتهت إلى عدم الاختصاص، فطعن أمام محكمة الاستئناف التي قررت اختصاص المحكمة العامة بنظرها ومن ثم أعادتها لها بالقرار رقم

وفي كثير من الطعون بالاستئناف تنتهي محكمة الاستئناف بتصديق حكم محكمة الدرجة الأولى بناء على دراسته في ضوء ملف القضية دون أية مرافعات أو جلسات أو أدلة جديدة، واستقر العمل على أن يأتي التصديق بهذه الصيغة: "بعد

---

321436968 وتاريخ 1433/2/1 للفصل في موضوعها، فأصر قاضي المحكمة العامة على صرف النظر عن الدعوى، فتم الطعن بالاستئناف للمرة الثانية، وانتهت محكمة الاستئناف بتاريخ 1433/3/26 إلى: "إعادتها لفضيلة ناظرها لملاحظة أن صرف النظر عن السير في القضية في غير محله بل يتعن على فضيلته سماع دعوى المدعي وإجابة المدعى عليه ثم إجراء المقتضى الشرعي بعد ذلك"، وبعد تداول القضية أمام المحكمة العامة عدة جلسات، ونظر موضوعها، وتقديم الخصوم أدلة الإثبات وطلباتهم ودفعهم وبعد تحقيق الموضوع ودراسته والتأمل انتهى القاضي إلى: "صرف النظر لعدم الاختصاص"، فاعترض كلا الخصمين على الحكم أمام محكمة الاستئناف للمرة الثالثة، التي أعادت القضية لنفس قاضي أول درجة للمرة الرابعة بقرار الملاحظة رقم 341260729 وتاريخ 1434/6/19 الذي جاء فيه: "وبدراسة الحكم وصورة ضبطه تقرر إعادتها لناظر القضية حيث لم نجد فضيلته عمل أي إجراء على ضوء قرارنا السابق فيتعن إكمال اللزوم حسبما صدر لفضيلته من توجيه"، وأخيرًا التزم قاضي أول درجة قرار محكمة الاستئناف وأصدر حكمه في الموضوع الذي صدق من محكمة الاستئناف. (حكم المحكمة العامة بينبع الصادر بالصك رقم 33122571 وتاريخ 1432/3/8هـ، رقم الدعوى 32538467، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف 34279180 بتاريخ 1434/7/25هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 28، ص130).

حكم المحكمة العامة بشرورة، في الدعوى رقم 3426194، وتاريخ 1434/2/4هـ، المصدق بقرار محكمة الاستئناف رقم 341054909 الصادر بتاريخ 1434/5/13، منشور بمجموعة الأحكام القضائية لعام 1424هـ، صادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل، 1436هـ، رقم الإيداع 1436/2721.

الاطلاع على القرار الصادر عن فضيلة ... القاضي بمحكمة ... المتضمن ...  
وبدراسة الحكم وصورة ضبطه، تقرر الموافقة عليه. والله موفق<sup>1</sup>.

ولا يلزم أن تكون ملاحظة محكمة الاستئناف على الحكم موضوعية كي يتم إعادة  
القضية مرة أخرى لمحكمة أول درجة، فقد تتمثل الملاحظة في جهالة سند الحكم<sup>2</sup>،  
وقد تتمثل الملاحظة في طلب استيفاء أوراق<sup>1</sup>، أو تكملة بيان في الحكم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> راجع الحكم الصادر بالصك رقم 34173795، في 1434/3/28هـ، رقم الدعوى 3432216،  
رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف 34179539، في 1434/4/6هـ، منشور بمجموعة  
الأحكام، المجلد 28، ص58، والحكم الصادر بالصك رقم 3436726، في 1434/2/13هـ، رقم  
الدعوى 33503972، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف 3436726، في  
1434/2/13هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 28، ص64، والحكم الصادر بالصك رقم  
3453923، في 1434/3/2هـ، رقم الدعوى 33179841، رقم قرار التصديق من محكمة  
الاستئناف 34216888، في 1434/5/20هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 28، ص70، والحكم  
الصادر بالصك رقم 3445903، في 1434/2/24هـ، رقم الدعوى 3459534، رقم قرار  
التصديق من محكمة الاستئناف 34186029، في 1434/4/13هـ، مجموعة الأحكام، المجلد  
28، ص77.

<sup>2</sup> قرار محكمة الاستئناف رد القضية لقاضي الدرجة الأولى وقد كان المدعي يطلب إلزام المدعى  
عليه بسداد مبلغ 25000 ريال فانتهى القاضي إلى إلزام المدعى عليه بسداد مبلغ 15000  
ريال، "لملاحظة أن فضيلته أثبت أن رأس المال هو خمسة عشر ألف ريال ولم يوضح  
كيفية ثبوت ذلك"، فأجاب قاضي الدرجة الأولى "أن المدعي وكالة والمدعى عليه قد قرروا  
في الجلسة الأولى أن رأس المال مبلغ وقدره خمسة عشر ألف ريال، فقد اشترى مكفول  
المدعى عليه من المدعي أصالة خمسة عشر مكيفا أجل بثمن قدره سبعة وعشرون ألف



ريال ثم باع المشتري على البائع المكيفات بثمن حال قدره خمسة عشر ألف ريال"، فصدقت محكمة الاستئناف الحكم. (رقم الصك 33238846 في 1433/5/10هـ، رقم الدعوى 3392948 ، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف 3444605 في 1434/5/23هـ، مجموعة الأحكام، المجلد الأول، ص182).

<sup>1</sup> أعادت محكمة الاستئناف القضية إلى محكمة الدرجة الأولى بعد أن أبدت ملاحظة تمثلت في: "أنه بدراسة الحكم وصورة ضبطه تقرر بالأكثرية إعادتها لفضيلة حاكمها لإرفاق صورة من القرار الذي أشار إليه المدعي في دعواه"، وعليه قام قاضي محكمة الدرجة الأولى بإكمال الزام، ورفعت القضية لمحكمة الاستئناف التي صدقت على الحكم. (رقم الصك 34201835 في 1434/4/30هـ، رقم الدعوى 33680077 ، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف تاريخ 34261896 في 1434/7/8هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 28، ص182).

<sup>2</sup> رفعت دعوى أمام المحكمة العامة بمكة المكرمة استند فيها المدعي على وجود عقد توريد مع المدعى عليه الذي أخلت بالتزاماته التعاقدية، وطلب الحكم بالتعويض عن الأضرار والتأخير في تنفيذ العقد، وتمسك المدعى عليه بتضمن العقد المشار إليه النص على أن تتم تسوية ما قد ينشأ عنه من منازعات بواسطة التحكيم، فرد المدعي بأن شرط التحكيم لا ينطبق على الدعوى الماثلة، وانتهت المحكمة إلى: "عدم جواز نظر الدعوى"، تم الطعن على الحكم، ثم عادت القضية من محكمة الاستئناف بقرار الملاحظة ونصه: "بدراسة الصك وصورة ضبطه ولأئحته الاعتراضية تقرر إعادتها لفضيلة حاكمها لملاحظة: 1- إرفاق صورة من العقد المبرم بن المدعي والمدعى عليه. 2- إكمال الفراغ بالسطر الخامس عشر بالصفحة الثانية من صك الحكم بذكر اليوم والشهر إن وجد فإن لم يوجد فيكتب عبارة ( بدون )"، فاستوفى القاضي الملاحظات المذكورة، وبرفعه لمحكمة الاستئناف صدر قرار التصديق. (رقم الصك 3419952 في 1434/1/21هـ، رقم الدعوى 33699557 ، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف 34179473 في 1434/4/6هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 28، ص187).

كما لا يلزم في تطبيقات القضاء السعودي للمعترض على الحكم تقديم مذكرة باعتراضه، وإنما فقط له أن يثبت أمام محكمة الدرجة الأولى عدم قناعته بالحكم، فتقوم برفع القضية لمحكمة الاستئناف لمراجعة الحكم في ضوء مرفقاته، وتنتهي محكمة الاستئناف إما إلى تأييده أو إبداء ملاحظاتها عليه وإعادة مرة أخرى لمحكمة الدرجة الأولى<sup>1</sup>، وهو ما يتعارض مع صريح نص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية<sup>2</sup>.

وقد استقر التطبيق القضائي على استئناف الحكم رغم عدم اعتراض المحكوم ضده، بل ورغم غيابه، إذ يتم: "رفع الحكم لمحكمة الاستئناف لتعذر تبليغ المدعى عليه"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> راجع على سبيل المثال الحكم الصادر بالصك رقم 34294324 وتاريخ 15/8/1434هـ، رقم الدعوى 33161210، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف 34306146 وتاريخ 25/8/1434هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 28، ص143.

<sup>2</sup> تنص المادة 187 من هذه اللائحة على أن: "لا ترفع محكمة الدرجة الأولى القضية إلى محكمة الاستئناف إلا بعد تقديم المعترض لمذكرة اعتراضه وانتهاء مدة الاعتراض".

<sup>3</sup> رقم الصك 34168504 في 22/3/1434هـ، رقم الدعوى 33136578، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف 34289497 في 7/8/1434هـ، مجموعة الأحكام، المجلد 8، ص221.

## الغصن الثاني تقييم موقف القضاء السعودي

برأيي فإن موقف القضاء السعودي وما انطوى عليه من تعطيل لفكرة استنفاد الولاية له من الجانب الإيجابي ومن السلبيات ما لا يصح تسليط الضوء على أحدهما دون الآخر:

### أولاً الجانب الإيجابي

مقارنة بالنظم القضائية المقارنة فإن منح القاضي مصدر الحكم ولاية تعديله من تلقاء نفسه أو بطلب الخصوم ميزة كبيرة تؤدي إلى توفير الوقت والجهد كما تسهم في حل تكسد القضايا أمام المحاكم، غذب تجنب الخصوم والجهاز القضائي مغبة بدء خصومة استئناف أمام محكمة أخرى ستنتهي إلى انتهى إليه قاضي أول درجة حين عدل عن قضائه محل الاعتراض من الخصوم، وذلك في فرض قناعة الخصمين بالحكم بعد تعديله.

وتأتي ميزة منح القاضي مراجعة حكمه في أقصى درجاتها في الفروض التي لا يكون الحكم فيها قابلاً للاستئناف، إما لكونه من طائفة الأحكام الصادرة في

الدعوى اليسيرة، إذ لا مجال لتعديل الحكم إن كان غير عادل أو به عيب باتباع أي طريق من طرق الطعن<sup>1</sup>.

ومما يضبط الميزة المذكورة كونها مقيدة بوقت، وليست مطلقة؛ بما لا يهدد استقرار الحقوق والمراكز القانونية، ذلك أن عدول القاضي عن حكمه سواء من تلقاء نفسه أو بطلب الخصوم لا يمكن أن يتم إلا في ميعاد الاستئناف، لأن الأحكام تكتسب القطعية بفوات ميعاد الطعن.

## ثانياً الجانب السلبي

رغم إيجابيته فإن موقف القضاء السعودي من فكرة استنفاد الولاية القضائية لا يخلو من نقد، إذ يؤخذ عليه عدة مآخذ، من أبرزها ما يلي:

1- تعطيل مبدأ التقاضي على درجتين، ذلك أن واقع العمل القضائي أن دور محكمة الاستئناف يقتصر على إبداء الملاحظات على حكم محكمة أول درجة ومن

---

<sup>1</sup> تنص المادة 1/185 من نظام المرافعات الشرعية على أن: "جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى قابلة للاستئناف باستثناء الأحكام في دعاوى اليسيرة التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء".

ومن الجدير بالذكر أن النظام السعودي لم يأخذ بما أخذ به القانون المصري من عدم جواز استئناف الأحكام لسبق اتفاق الخصوم على انتهائية الحكم وعدم قابليته للاستئناف، 2/219 من قانون المرافعات المصري على أنه: "ويجوز الاتفاق ولو قبل الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً".

ثم إعادة القضية مرة أخرى لهذه الأخيرة كي تعدل الحكم في ضوءها، وكان هذا المبدأ يقتضي أن تعيد محكمة الاستئناف نظر الموضوع مرة أخرى، وتفتح باب الترافع، وتقبل أدلة الإثبات الجديدة، وتعيد تحقيق الموضوع كاملاً ثم تنتهي إلى حكم في الموضوع إما بتأييد أو تعديل أو إلغاء الحكم المستأنف<sup>1</sup>.

2- تعطل الفصل في الدعوى، وتشتت الخصوم، إذ قد يتم الطعن بالاستئناف على الحكم الواحد أكثر من خمس مرات، وقد أوردنا العديد من التطبيقات لذلك، ولا أدري ما المبرر لإعادة القضية لنفس القاضي الذي سبق أن أصر أكثر من مرة على قضائه وعدم الامتثال لملاحظات محكمة الاستئناف!؟

3- زيادة تكس القضايا أمام المحاكم، ذلك أن القضية الواحدة تنظر عدة مرات أمام كل من محكمة أول درجة وكذا محكمة الاستئناف، ولو تم إعمال فكرة استنفاد الولاية لنظرت مرة واحدة فقط أمام كل محكمة منهما.

---

<sup>1</sup> يتعارض ما جرى عليه العمل مع ما يقرره نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ في مادته السابعة عشرة من أن: "تتولى محاكم الاستئناف النظر في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة من محاكم الدرجة الأولى، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم، وفق الإجراءات المقررة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية".

## الفرع الثاني

### الأساس القانوني لموقف القضاء السعودي

في خروجه على فكرة استنفاد الولاية القضائية فإن القضاء السعودي لم يخرج عن الإطار التنظيمي العام للمملكة، بل وعلى العكس من ذلك تمامًا إذ جاء موقفه متسقًا مع المنظومة القانونية في المملكة، سواء فيما يتعلق بفلسفة النظام السعودي وخصوصيته بما يميزه عن غيره من النظم القانونية المقارنة، أو بشأن تقيده بنصوص الأنظمة الإجرائية التي أسست بدورها لمنهج القضاء السعودي، وهو ما نرصده على النحو التالي:

## الغصن الأول

### خصوصية استنفاد الولاية في النظام السعودي

يتسم التنظيم الإجرائي السعودي بخصوصية ذاتية تميزه عن باقي النظم الإجرائية سواء على المستوى الخليجي أو العربي أو المستقر في نظم القانون المقارن على المستوى العالمي، وأعتقد أن مرجع هذه الخصوصية شدة التأثير بالفقه الإسلامي أكثر من باقي الدول الإسلامية من ناحية، والطبيعة الخاصة لحياة البدو في المملكة التي أثرت كثيرًا على النظم القانونية بالمملكة.

وبالطبع لسنا في موضع تقييم للفلسفة التشريعية الخاصة بالمملكة ولكننا بصدد بين أساس وجود اختلافات جوهرية في التنظيم القضائي السعودي عن غيره من النظم.

ويبدو لنا الاختلاف واضحًا فيما يتعلق بمنهج الاعتراض على الأحكام القضائية، الذي تولد عنه الخروج على مبدأ استنفاد الولاية، بالنظر إلى نصوص المرافعات الشرعية المنظمة للاستئناف بوصفه طريق طعن على الأحكام القضائية وثيق الصلة بالمبدأ، ذلك أنه تقرر للتوفيق بين اعتبارين متعارضين، الأول أن القضاة بشر ويتصور الخطأ في أحكامهم، والثاني استنفاد ولاية القاضي بمجرد إصداره الحكم، فلا بد أن يعهد لقاضي آخر بمراجعة الحكم وتصويب ما قد يعتريه من خطأ أو ينتابه من قصور، وهو ما يتم من خلال الطعن بالاستئناف.

وتتفق كلمة جميع النظم الإجرائية على أن مراجعة الحكم بالاستئناف تتم من خلال محكمة أعلى طبقة من المحكمة التي أصدرته، وينتفي كل دور للمحكمة التي أصدرت الحكم "محكمة أول درجة" إلا إذا قررت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم ولم تكن محكمة أول درجة فصلت في الموضوع فينبغي إعادة الدعوى مرة أخرى لهذه الأخيرة كي تقول كلمتها في الموضوع احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، حتى لا يفوت درجة من درجات التقاضي، وهو ما لا يتعارض البتة مع فكرة الاستنفاد كون محكمة أول درجة لم تفصل في الموضوع وهذه الفكرة قائمة على استنفاغ الجهد والفصل القطعي في الموضوع.

#### فتضمنت النظم القانونية المقارنة التأكيد على أمرين:

الأمر الأول: أن الاستئناف لا يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، وإنما إلى المحكمة الاستئنافية، كون هذه الأخيرة هي المعنية به<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 230 من قانون المرافعات المصري على أن: "يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى"، وهو ما قرره جميع النظم القانونية عدا السعودي، من قبيل ذلك المادة 162 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992م، والمادة 137 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بالمرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980، والمادة 219 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2002/29، والمادة 217 من قانون المرافعات المدنية



الأمر الثاني: أن محكمة الاستئناف تملك جميع صلاحيات محكمة الموضوع، فلها تأييد الحكم، ولها تعديله جزئياً، ولها إلغائه والفصل في الموضوع بحكم جديد، ولا يرد عليها أية قيود في هذا الخصوص سوى التزامها بإعادة القضية لمحكمة أول درجة إذا لم تكن قد فصلت في كل أو بعض موضوع الدعوى<sup>1</sup>.

### أما نظام المرافعات الشرعية السعودي فقد خرج على ذلك التأكيد في جانبه:

فمن ناحية أولى: فقرر أن يقدم الاستئناف إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، ومنحها أحقية إعادة دراسة الحكم في ضوء الاعتراض المقدم، فإذا ما اقتنعت بأوجه

---

والتجارية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971، والمادتان 167 و168 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1990.

<sup>1</sup> تقرر هذا الحكم في جميع النظم القانونية عدا النظام السعودي، بيد أن النص الأكثر تفصيلاً هو نص المادة 228 قانون بحريني، الذي جاء على النحو التالي: "تقضي محكمة الاستئناف إما برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف، وإما بقبوله وتعديل الحكم المستأنف أو إلغائه وإصدار حكم بديل في موضوع الدعوى. وإذا قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف، وجب عليها إحالة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتقصل فيها من جديد، وذلك في أية حالة من الحالات التالية:- 1- إذا كان الحكم المستأنف صادراً في مسألة تتعلق بالاختصاص. 2- إذا قضت محكمة الدرجة الأولى في الطلبات الأصلية وأغفلت الحكم في الطلبات الاحتياطية. 3- إذا أغفلت محكمة الدرجة الأولى الفصل في أحد الطلبات المقدمة إليها"، ومع اختلاف الصياغة تؤكد هذا الحكم في المادتين 233 و234 مرافعات مصري، والمادتين 228 و231 إجراءات مدنية عماني، والمادتين 144 و145 مرافعات مدنية كويتي، والمادة 166 إجراءات مدنية إماراتي، والمادة 171 مرافعات مدنية قطري.

الاعتراض عدلت حكمها، وإن لم تقتنع أحالت الحكم والاعتراض إلى محكمة الاستئناف<sup>1</sup>.

ومن ناحية ثانية: في فرض عدم اقتناع المحكمة مصدره الحكم باعتراض المعارض ومن ثم رفع الاستئناف لمحكمة الاستئناف وبالرغم من إسناده نظر الموضوع لهذه الأخيرة إلا أنه قرر لمحكمة الاستئناف تدوين ما تراه من ملاحظات على الحكم وإعادته لمحكمة أول درجة لتعيد النظر فيه في ضوء هذه الملاحظات، حتى حال سبق نظر موضوع الدعوى من محكمة أول درجة وفصلها فيه، وهو ما يعد خروجاً

---

<sup>1</sup> تنص المادة 188 من نظام المرافعات الشرعية على أن: "1- يحصل الاعتراض بطلب الاستئناف أو التدقيق بمذكرة تودع لدى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم، مشتملة على بيان الحكم المعارض عليه ورقمه وتاريخه والأسباب التي بني عليها الاعتراض وطلبات المعارض وتوقيعه وتاريخ إيداع مذكرة الاعتراض. 2- تقيد إدارة المحكمة مذكرة الاعتراض في يوم إيداعها في السجل الخاص بذلك، وتحال فوراً إلى الدائرة التي أصدرت الحكم"، وتنص المادة 189 منه على أنه: "بعد اطلاع الدائرة التي أصدرت الحكم المعارض عليه على مذكرة الاعتراض يجوز لها أن تعيد النظر في الحكم من ناحية الوجوه التي بني عليها الاعتراض من غير مرافعة ما لم يظهر مقتضى لها، وعليها أن تؤكد حكمها أو تعدله حسب ما يظهر لها، فإذا أكدت حكمها رفعت مع صورة ضبط القضية ومذكرة الاعتراض وجميع الأوراق إلى محكمة الاستئناف، أما إن عدلته فيبلغ الحكم المعدل للخصوم، وتسري عليه في هذه الحالة الإجراءات المعتادة"، وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النص الأخير على أنه: "1- إذا اطّعت الدائرة على مذكرة الاعتراض ولم تجد فيها ما يؤثر على ما حكمت به، فعليها تدوين ذلك في ضبط القضية والشرح بذلك على المذكرة. 2- في حال انتهت ولاية قاضي الدائرة أو قضاتها أو بعضهم فيتولى من يحل محلهم إجراء ما ورد في المادة بما في ذلك تعديل الحكم إن ظهر ما يوجب ذلك".

جديدًا على المبدأ، كون محكمة أول درجة استقرغت جهودها في موضوع الحكم، وأُتيح لها مراجعته حال نظرها الاعتراض، وأصرت على قضائها، ورغم هذا يعاد لها الموضوع للمرة الثالثة لتعيد النظر فيه<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 190 من نظام المرافعات الشرعية على أن: "2- تنتظر محكمة الاستئناف في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق استنادًا إلى ما في الملف من الأوراق وما يقدمه الخصوم إليها من دفوع أو بيانات جديدة لتأييد أسباب اعتراضهم المقدم في المذكرة، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق -إذا رأيت النظر فيه مرافعة- بتأييد الحكم أو نقضه كليًا أو جزئيًا وتحكم فيما نقض"، وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النص على أنه: "7- إذا نظرت محكمة الاستئناف في القضية مرافعة وحكمت فيها، فتصدر صكًا من واقع ما ضبط لديها، وفقًا لما ورد في الفقرة (1) من المادة السادسة والستين بعد المائة من هذا النظام، ويكون الصك حاويًا منطوق حكم الدرجة الأولى كاملاً وما هو مستأنف فيه، والمحكمة الصادر منها الصك ورقمه وتاريخه، وتذيله بالصيغة التنفيذية، ثم يهشم على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله بضمون حكم محكمة الاستئناف ورقمه وتاريخه".

كما تنص المادة 191 من ذات النظام على أنه: "إذا وجدت محكمة الاستئناف أن منطوق الحكم في القضايا التي يتم تدقيقها دون مرافعة موافقًا من حيث نتيجته لأصوله الشرعية، أيده مع التوجيه بما قد يكون لها من ملحوظات لا تقتضي نقض الحكم، وإذا نقضت الحكم كليًا أو جزئيًا، فعليها أن تحكم فيما نقض بعد سماع أقوال الخصوم"، وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النص على أنه: "1- إذا حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المدقق فتصدر قرارًا بذلك، وتهشم بضمونه على صك حكم محكمة الدرجة الأولى، وتبعثه رفق ملف القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتدوين مضمونه على الضبط والسجل. 2- إذا وجدت محكمة الاستئناف على الحكم المدقق ملحوظات قد تقتضي بنقضه ولا تستوجب حضور الخصوم ولا غيرهم فلها استيفؤها دون مرافعة. 3- إذا حكمت محكمة الاستئناف بنقض الحكم المدقق كليًا فتصدر قرارًا بذلك، ويهشم

## الغصن الثاني

### الخروج على فكرة الأثر الناقل للاستئناف

يقصد بالأثر الناقل للاستئناف أن الطعن بالاستئناف يؤدي إلى نقل كافة الوقائع، والإجراءات، والطلبات والدفع وأدلة الإثبات، وكافة ما تم اتخاذه من أعمال إجرائية بصورة تلقائية من محكمة أول درجة إلى محكمة الاستئناف، وذلك في خصوص ما رفع عنه الاستئناف<sup>1</sup>.

---

بمضمونه على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله، ثم تنظر في الدعوى وفقاً للإجراءات المعتادة لرفعها. 4- إذا حكمت محكمة الاستئناف بنقض الحكم المدقق جزئياً وأيدت الباقي فتصدر قراراً بذلك، ويهمل بمضمونه على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله، ثم تنظر فيما نقض وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى".

وأخيراً تنص المادة 192 من ذات النظام على أنه: "إذا حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بعدم الاختصاص، أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى، وجب عليها أن تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للنظر في موضوعها".

<sup>1</sup> في التطبيق العملي للأثر الناقل للاستئناف فيما يتعلق بالطلبات (الأصلية والاحتياطية والعارضة) في القانون المصري راجع أحكام النقض في الطعون أرقام 4950، س66ق، جلسة 1998/3/8، 2600، س60ق- جلسة 1995/3/14م، 4497، س62ق، جلسة 1994/1/27م، 1839، س49ق، جلسة 1983/5/3م.

بل إن مقتضى الأثر الناقد للاستئناف نقل كل عناصر القضية من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الاستئناف ولو لم يتضمنها الاستئناف صراحة متى كانت مرتبطة بموضوع الاستئناف، أو أساساً له، أو أثرًا حتميًا له<sup>1</sup>.

**وهو ما يوجب أمرين:**

الأمر الأول: تخلي محكمة الدرجة الأولى كلياً ونهائياً عن النزاع، إذ تستند ولايتها الأصلية فيه بصدر حكمها الفاصل، فلا يجوز لها معاودة نظره بأية صورة وتحت أي مسماً<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 229 مرافعات مصري على أن: "استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ... واستئناف الحكم الصادر في الطلب الاحتياطي يستتبع حتماً استئناف الحكم الصادر في الطلب الأصلي وفي هذه الحالة يجب اختصام المحكوم له في الطلب الأصلي ولو بعد فوات الميعاد"، وهو ما قرره نصوص المواد 4/144 مرافعات كويتي، 5/165 إجراءات مدنية إماراتي، 218 إجراءات مدنية عماني، 214 مرافعات بحريني، 166 مرافعات قطري.

كما تنص المادة 232 مرافعات مصري على أن: "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط"، وهو ما قرره نصوص المواد 223 مرافعات بحريني، 1/223 إجراءات مدنية عماني، 1/144 مرافعات كويتي، 1/165 إجراءات مدنية إماراتي، 169 مرافعات قطري، كما قررت المادة 1/186 من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ذات الحكم.

<sup>2</sup> لذا فقد أجمعت النظم القضائية على عدم صلاحية القاضي بصورة مطلقة لنظر الدعوى إذا كان قد سبق له نظرها قاضياً، فإذا رقي إلى محكمة الاستئناف امتنع عليه نظر الطعون على

الأمر الثاني: التزام محكمة الاستئناف بالفصل في موضع الطعن، ولها إعادة تحقيق الدعوى، وقبول أدلة الإثبات، وما يتعلق بها من تدخل انضمامي، وإدخال الغير لتقديم مستند منتج، وهذا معنى مبدأ التقاضي على درجتين، فكل ما يتاح لمحكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوع الدعوى يتاح لمحكمة الدرجة الثانية للفصل في موضوع الاستئناف<sup>1</sup>.

---

الأحكام التي أصدرها أو اشترك فيها وقت أن كان قاضيًا بمحكمة الدرجة الأولى، فكيف يستساغ أن يعاود النظر فيها وهو من أصدرها ومن ذات المحكمة؟! راجع نصوص المواد 5/146 مرافعات مصري، 102 مرافعات كويتي، 132/هـ إجراءات مدنية عماني، 1/114-ز إجراءات مدنية إماراتي، 5/98 مرافعات قطري، وهو ما أكدته نظام المرافعات الشرعية السعودي ذاته في نص المادة 94/هـ الذي ينص على أن: "يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم في الأحوال الآتية: هـ- إذا ... كان قد سبق له نظرها قاضياً".

<sup>1</sup> تنص المادة 233 مرافعات مصري على أنه: "يجب على المحكمة أن تنتظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قام من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى"، وهو ما تضمنته نصوص المواد 2/144 مرافعات كويتي، 224 مرافعات بحريني، 2/165 إجراءات مدنية إماراتي، 224 إجراءات مدنية عماني، 170 مرافعات قطري. وفي جواز التدخل الانضمامي أمام محكمة الاستئناف راجع نصوص المواد 2/236 مرافعات مصري، 226 مرافعات بحريني، 3/144 مرافعات كويتي، 4/165 إجراءات مدنية إماراتي، 2/226 إجراءات مدنية عماني، 2/173 مرافعات قطري.

كما تسري الأحكام الإجرائية لخصومة الدرجة الأولى على خصومة الاستئناف<sup>1</sup>.

فإذا ما أعملنا الأثر الناقل للاستئناف في ضوء مبدأ التقاضي على درجتين خلصنا إلى نتيجة منطقية وحتمية تتمثل في أن إعادة محكمة الاستئناف القضية لمحكمة الدرجة الأولى ينحصر في حالات عدم فصل هذه الأخيرة في موضوع الدعوى، ففي فرض أول قد تغض الطرف عن الطلب الاحتياطي كونها قضت بالطلب الأصلي، فيرفض هذا الطلب من محكمة الاستئناف، وفي فرض ثانٍ قد لا تنتظر محكمة الدرجة الأولى أصلاً للموضوع وذلك حينما تحكم بعدم الاختصاص أو بعدم القبول، فيتوجب إعادة القضية في مثل هذه الحالات لمحكمة الدرجة الأولى للفصل في الطلب الاحتياطي في الفرض الأول، والفصل في موضوع الدعوى في الفرض الثاني<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة 240 مرافعات مصري على أن: "تسري على الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بالأحكام ما لم يقض القانون بغير ذلك"، وهو ما يقره نصوص المواد 222 مرافعات بحريني، 144 مرافعات كويتي، 168 إجراءات مدنية إماراتي، 230 إجراءات مدنية عماني، 177 مرافعات قطري، وهو ما لم يتضمنه نظام المرافعات الشرعية السعودي.

<sup>2</sup> نصوص المواد 234 مرافعات مصري، 161/2 و 166 إجراءات مدنية إماراتي، 223 و 2/231 إجراءات مدنية عماني، 145 مرافعات كويتي، 2/228 مرافعات بحريني، 171 مرافعات قطري.

بيد أن نظام المرافعات الشرعية السعودي خرج على تلك المبادئ المستقرة في نظم القانون المقارن وذلك من عدة نواجٍ لعل من أبرزها وأهمها على الإطلاق عدم التطبيق الكامل لمبدأ التقاضي على درجتين.

ويقصد بهذا المبدأ أحقية الخصم في نظر موضوع دعواه أمام محكمتين على التتابع، تكون المحكمة الثانية أعلى طبقة من المحكمة الأولى<sup>1</sup>.

فهو يقوم على مفترضات ثلاثة تتمثل في تعدد مرات نظر موضوع ذات النزاع<sup>2</sup>، وتعدد المحاكم التي تنظر ذات الموضوع، فلو تعددت مرات نظر موضوع ذات النزاع أمام محكمة واحدة فلا يعد هذا تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين<sup>3</sup>، وأن

---

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط، ص724، أحمد عوض هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص551.

وراجع في تأكيد هذا المعنى قضاءً حكم محكمة النقض في الطعن رقم 1520، س67ق، جلسة 6 يونيه 2010.

<sup>2</sup> فلو رفعت دعوى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وهذا وارد استثناء في بعض الحالات، ثم تم الطعن في الحكم أمام المحكمة العليا لبحث مدى تطبيقه الصحيح للقواعد الشرعية أو النظامية فلا يعد هذا تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، رغم نظر نفس القضية مرتين متتابعتين أمام محكمتين مختلفتين تعد الثانية منهما أعلى طبقة من الأولى، والتعليل أن تعدد نظر القضية لم يصاحبه تعدد أو تكرار نظر موضوعها.

<sup>3</sup> فالطعن في الحكم عن طريق التماس إعادة النظر وكذا الطعن بالمعارضة لا يعدان تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، كونهما يتمان أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم.



تكون المحكمة التي تنظر موضوع الدعوى للمرة الثانية أعلى طبقة من المحكمة التي نظرته للمرة الأولى<sup>1</sup>.

وقد اعتمدت النظم الإجرائية المعاصرة جميعها هذا المبدأ توفيقاً وموازنة بين اعتبارين متعارضين تحقيقاً لمقتضيات العدالة الإجرائية، الأول منهما ضرورة الإسراع في حسم المنازعات، لأن العدالة البطيئة هي والظلم سواء، أو هي درب من دروب الظلم كما أنه لا بد من وضع حد لاستمرار النزاع وحسمه بصورة لا نقاش فيها تحقيقاً لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية، والثاني أن القضاة بشر قد يخطئون، ويجب الوصول إلى الحق مهما كلف من وقت ومشقة، وهو ما يستدعي تكرار نظر موضوع الدعوى إلى ما لا نهاية، ذلك أن تصور الخطأ قائم في كل حالة يتم فيها الفصل في موضوع الدعوى.

وموازنة بين الاعتبارين المذكورين رُؤيَ إقرار مبدأ تكرار نظر موضوع الدعوى "مراعاة للاعتبار الثاني" مع قصر ذلك على مرتين فقط "مراعاة للاعتبار الأول"، لأنه لو قيل بعدم التكرار لأهدر الاعتبار الثاني بالكلية، ولو قيل بزيادة تكرار نظر الموضوع على مرتين لأهدر الاعتبار الأول.

---

<sup>1</sup> وعلى ذلك لا يتحقق مبدأ التناضي على درجتين ولو تعدد نظر موضوع ذات الدعوى أمام محكمتين مختلفتين من ذات الطبقة سواء إذا اتحدتا في النوع أو اختلفتا.

هذا، ورغم تنبيه مبدأ التقاضي على درجتين ألا أن النظام السعودي لم يأخذ بالتطبيق الكامل للمبدأ من عدة أوجه، لعل من أبرزها تنبيه نوعين من الاستئناف

أخذ النظام السعودي بصورتين للاستئناف، هما الاستئناف تدقيقاً والاستئناف مرافعةً، ويقصد بالأول عرض الحكم الطعين وما سبق تقديمه من أدلة ودفع على محكمة الاستئناف لتقييم الحكم في ضوءها، وهذا الاستئناف لا يحتاج إلى مرافعات ولا جلسات لتداول الدعوى من جديد ولا مجال فيه لمبدأ المواجهة وغيره من مبادئ الخصومة القضائية، أما الثاني "المرافعة" فهو على غرار الاستئناف المقرر في النظم القانونية المقارنة إذ يعاد فيه نظر موضوع الدعوى أمام محكمة الاستئناف وفق مبدأ التقاضي على درجتين<sup>1</sup>.

ويلاحظ في نطاق النظام السعودي أن الاستئناف مرافعة أضيق نطاقاً من الاستئناف تدقيقاً غير أنه أوسع منه محلاً، فأما ضيق نطاقه فيتجلى بالنظر إلى وجود طائفة من الأحكام لا تستأنف إلا تدقيقاً، وأن امتناع المحكوم ضده عن الاستئناف في بعض الحالات يوجب على المحكمة استئناف الحكم تدقيقاً، كما أن عدم تقديم أسباب الاستئناف وأدلته تحوله من استئناف مرافعة إلى تدقيق، ونستطيع

---

<sup>1</sup> راجع للمؤلف مبادئ المرافعات الشرعية في ضوء نظام المرافعات الشرعية الجديد لعام 1435هـ، والنظم المرتبطة به، وأحدث التطبيقات القضائية، مكتبة الرشد بالرياض، ط2، 1437هـ/2016م، ص314.

القول بأن الاستئناف تدقيقاً يعد في كثير من الأحيان وسيلة النظام القضائي في المراجعة الشكلية للحكم للتأكد من صحته دون بحث موضوعه في الحالات التي لا يرى فيها المحكوم ضده الاستئناف مرافعة، وكذلك في حالات الدعاوى اليسيرة<sup>1</sup>.

وأما فيما يتعلق بكون الاستئناف مرافعة أوسع محلاً من الاستئناف تدقيقاً فلأن الدعوى فيه تفتح من جديد أمام محكمة الاستئناف، وتباشر المرافعات، وتقدم المذكرات، ويستدعى الشهود، وتقدم أدلة إثبات جديدة، ويعاد مناقشة الأدلة السابق تقديمها أمام محكمة الدرجة الأولى، ويناقش تناول الحكم المستأنف للأدلة المقدمة في خصومة أول درجة، إلى غير ذلك، مما يتصور تناوله في خصومة الاستئناف مرافعة.

والأصل أن المستأنف هو الذي يختار نوع استئنافه فله أن يقصره على التدقيق فقط، غير أن هناك بعد الأحكام التي لا يجوز استئنافها إلا تدقيقاً، بمعنى ألا خيار للمحكوم ضده بشأنها، فإما أن يستأنفها تدقيقاً أو يرضى بالحكم على حاله، كما أنه في الفرض الذي يختار فيه المستأنف التدقيق دون المرافعة فإن الأمر يتوقف على

---

<sup>1</sup> تنص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في المادة 8/57 على أنه: "إذا صدر حكم غيابي على من لم يعرف له مكان إقامة عام أو مختار فيرفع الحكم إلى محكمة الاستئناف مباشرة لتدقيقه دون تبليغ المحكوم عليه به"، وفي المادة 1/180 على أن: "يكون تبليغ ورثة المعترض أو من يمثل من قام به المعارض حسب إجراءات التبليغ المذكورة في هذا النظام، فإذا تعذر التبليغ فيرفع الحكم لمحكمة الاستئناف لتدقيقه".

ما يراه خصمه، الذي يحق له طلب المرافعة بدلاً من التدقيق، بل إن المحكمة نفسها لها أن تقرر نظر الاستئناف مرافعة بدلاً من الاكتفاء بتدقيقه تحقيقاً للعدالة الإجرائية، ولو لم يطلب أي من الخصوم ذلك<sup>1</sup>.

وعموماً تنتهي محكمة الاستئناف -سواء في الاستئناف مرافعة أو تدقيقاً- إما إلى تأييد الحكم أو تعديله جزئياً أو إلغائه وإصدار حكم آخر أو إبداء ملاحظاتها عليه

---

<sup>1</sup> ينص نظام المرافعات في المادة 185 على أن: "2- يحدد المجلس الأعلى للقضاء الأحكام التي يكتفى بتدقيقها من محكمة الاستئناف"، وأن "3- للمحكوم عليه بحكم قابل للاستئناف أن يطلب -خلال المدة المقررة نظاماً للاعتراض- الاكتفاء بطلب التدقيق من محكمة الاستئناف دون الترافع أمامها، ما لم يطلب الطرف الآخر الاستئناف، وفي جميع الأحوال يجوز لمحكمة الاستئناف نظر الدعوى مرافعة إذا رأت ذلك"، وأنه "4- إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف، أو وصياً، أو ولياً، أو ممثل جهة حكومية ونحوه، ولم يطلب الاستئناف، أو طلب الاستئناف أو التدقيق ولم يقدم مذكرة الاعتراض خلال المدة المقررة نظاماً، أو كان المحكوم عليه غائباً وتعذر تبليغه بالحكم فعلى المحكمة أن ترفع الحكم إلى محكمة الاستئناف لتدقيقه، مهما كان موضوع الحكم".

كما تنص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في المادة 188 على أنه: "3- إذا لم يبين المعارض في مذكرته الاعتراضية نوع طلب الاستئناف من حيث كونه مرافعة أو تدقيقاً، فتنتظره محكمة الاستئناف مرافعة. 4- إذا طلب المعارض في مذكرته الاعتراضية أحد نوعي الاستئناف -مرافعة أو تدقيقاً- فله أن يرجع إلى النوع الآخر وذلك خلال المدة المحددة للاعتراض".

وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النظام في المادة 4/190 على أنه: "إذا طلب المعارض تدقيق الحكم ورأت محكمة الاستئناف النظر فيه مرافعة فتحدد موعداً لنظرها وتبلغ الخصوم بذلك وفق إجراءات التبليغ المعتادة فإذا تبلغ المعارض ولم يحضر سقط حقه في الاستئناف والتدقيق ويدون ذلك في الضبط".

وإعادته للمحكمة التي أصدرته لإعادة النظر فيه في ضوء هذه الملاحظات،  
والمحدد لما تنتهي إليه محكمة الاستئناف هو مدى صلاحية الدعوى للحكم فيها،  
ومقدار العيب الذي انتاب الحكم وما إذا كان بسيطاً أو جوهرياً وفق ما تراه<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ينص نظام المرافعات الشرعية في المادة 190 منه على أن: "1- تحدد محكمة الاستئناف جلسة للنظر في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق إذا رأت النظر فيه مرافعة، فإن لم يحضر المستأنف أو من طلب التدقيق بعد إبلاغه بموعد الجلسة، ومضى ستون يوماً ولم يطلب السير في الدعوى، أو لم يحضر بعد السير فيها، فتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بسقوط حقه في الاستئناف أو التدقيق... 2- تنظر محكمة الاستئناف في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق استناداً إلى ما في الملف من الأوراق وما يقدمه الخصوم إليها من دفوع أو بينات جديدة لتأييد أسباب اعتراضهم المقدم في المذكرة، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق -إذا رأت النظر فيه مرافعة- بتأييد الحكم أو نقضه كلياً أو جزئياً وتحكم فيما نقض".

وتنص المادة 191 من ذات النظام على أنه: "إذا وجدت محكمة الاستئناف أن منطوق الحكم في القضايا التي يتم تدقيقها دون مرافعة موافقاً من حيث نتيجته لأصوله الشرعية، أيدته مع التوجيه بما قد يكون لها من ملحوظات لا تقتضي نقض الحكم، وإذا نقضت الحكم كلياً أو جزئياً، فعليها أن تحكم فيما نقض بعد سماع أقوال الخصوم".

وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النص على أنه: "2- إذا وجدت محكمة الاستئناف على الحكم المدقق ملحوظات قد تقتضي بنقضه ولا تستوجب حضور الخصوم ولا غيرهم فلها استيفؤها دون مرافعة... 4- إذا حكمت محكمة الاستئناف بنقض الحكم المدقق جزئياً وأيدت الباقي فتصدر قراراً بذلك، وبهمش بمضمونه على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله، ثم تنظر فيما نقض وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

وخلاصة الأمر فإن تبني الاستئناف تدقيقاً في نظام المرافعات الشرعية السعودي يعد تعطيلاً لمبدأ التقاضي على درجتين في حدود تبني هذا النوع من الاستئناف.

### المطلب الثالث

#### أثر استنفاد الولاية التحكيمية

أثير عملاً التساؤل عن أثر بطلان حكم التحكيم من حيث مدى وجوب فصل المحكمة التي أُلغته في موضوع النزاع، إذ لم تتضمن نصوص التحكيم إجابة لهذا التساؤل رغم أهميته وخطورته، بل وكثرة تصوره في الواقع العملي.

وفي محاولة لتحديد جوهر التساؤل محل البحث فإن هناك فروض محسومة لا تثير أي خلاف، تتمثل في:

#### الفرض الأول وجود اتفاق صريح بين الأطراف

الاتفاق دستور التحكيم؛ ولا شك أن للأطراف الاتفاق على عرض النزاع مرة أخرى على التحكيم، سواء جاء هذا الاتفاق قبل البدء في إجراءات التحكيم الأولى أو بعد انتهائها دون الوصول إلى حكم، أو دون الوصول إلى حكم مرضٍ لهما، أو بعد إبطال القضاء لحكم التحكيم، فقد يتضمن اتفاق التحكيم صراحة أنه إذا لم يصدر حكم هيئة التحكيم خلال مهلة التحكيم المحددة، أو إذا انتهت الإجراءات دون حكم، أو حال التوصل لحكم غير مرضٍ لهما، أو إذا ما تم إبطال حكم التحكيم بعد

صدوره، أن يتم تشكيل هيئة تحكيم جديدة لنظر ذات النزاع، ولا شك أن هذا الاتفاق نافذ وملزم إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة<sup>1</sup>.

وبذات المنطق إذا تضمن اتفاق التحكيم عرض النزاع على القضاء وإغلاق طريق التحكيم حال تحقق أي من الفروض المذكورة.

وهذا الفرض باحتماليه لا يثير جدلاً أو نقاشاً أو أية إشكالات عملية، بل وعلى العكس من ذلك يأتي حاسماً لفكرة ولاية الفصل في موضوع النزاع بتأكيد سلب هذه الولاية من القضاء بصورة نهائية ومنحها للتحكيم، أو تقييد ولاية التحكيم وحظر تكرار عرض النزاع على التحكيم.

### الفرض الثاني وجود اتفاق ضمني بين الأطراف

يتحقق هذا الفرض إذا ما توجه أحد الأطراف إلى القضاء وتبعه الطرف الآخر ولم يتمسك بالتحكيم، إذ سيتولى القضاء نظر الدعوى والحكم فيها، ولو وجد اتفاق تحكيم؛ ذلك أن حجب القضاء عن نظر الدعوى يستلزم التمسك أمامه بالتحكيم، كما يدخل في هذا الفرض حالة ما إذا تقدم أحد الأطراف إلى الآخر مطالباً له اختيار محكماً عنه للبدء في إجراءات التحكيم من جديد، فاستجاب هذا الأخير

---

<sup>1</sup> رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، مد أثر بطلان حكم التحكيم على اتفاق التحكيم، نظرية استهلاك اتفاق التحكيم، ط3، دار النهضة العربية، 2009م، ص173، عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ص384.

وبدأت الإجراءات، ذلك أن هذا الفرض يتضمن اتفاقاً ولو ضمناً على عرض النزاع على التحكيم أو على أقل تقدير تجديد اتفاق التحكيم الأول بذات شروطه.

### الفرض الثالث بطلان اتفاق التحكيم "شرطاً أو مشاركة"

مما لا خلاف فيه إذا تقرر بطلان اتفاق التحكيم مع عدم وجود اتفاق جديد بين الأطراف على عرض النزاع على التحكيم فلا نقاش حول انتفاء ولاية التحكيم وثبوت ولاية الفصل في النزاع للقضاء، كون التحكيم بديلاً عن القضاء لا يلجأ إليه إلا باتفاق قاطع الدلالة على الرغبة المتحققة بين الأطراف على حسم النزاع تحكيمياً بدلاً من حسمه قضاءً<sup>1</sup>.

كما أنه مما لا نقاش فيه أن المحكمة التي تنتظر دعوى بطلان حكم التحكيم لا تملك سلطة نظر الموضوع إذا ما انتهت إلى بطلان الحكم، أولاً احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين كونها محكمة درجة ثانية والنزاع لم يفصل فيه قضاءً من محكمة الدرجة الأولى، وثانياً لأن تصدي محكمة الاستئناف لموضوع الدعوى يكون

---

<sup>1</sup> فالتحكيم طريق بديل لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، وركيزته اتفاق الأطراف عليه، راجع في تأكيد هذا المعنى أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ١٣٩٤، س٨٦ق، جلسة ٢٠١٧/٦/١٣م، و٤٢٧٨، س٧٨ق، جلسة ٢٠١٧/٥/٢٥م، و١٧٥١٨، س٧٦ق، جلسة ٢٠١٧/٣/٢٨م.



عقب مباشرة طريق طعن يبيحه القانون، بيد أن دعوى البطلان ليست طريقاً للطعن<sup>1</sup>.

أما الاحتمال الأكثر تصوراً من الناحية العملية، والذي يثير التساؤل عن مدى جواز السير في إجراءات التحكيم برغبة طرف تعويلاً على استمرار اتفاق التحكيم الأول وعدم استفاده رغم رفض الطرف الآخر الصريح العودة لمحاولة حسم النزاع تحكيمياً من جديد، فهو محل البحث والدراسة الدراسة على النحو التالي:

في الإجابة على هذا التساؤل تعددت الآراء الفقهية، كما تباينت الأحكام القضائية على النحو التالي:

---

<sup>1</sup> أكدت محكمة النقض هذا المعنى في كثير من المناسبات، منها ما قررته من أن: "دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً عليه فهي لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع بل لمراقبة صحة تطبيق وتوافر إعمال القانون المنطبق". (حكمها في الطعن رقم ١٣٢٦٢، س٨٦ق، جلسة ٢٠١٨/١١/٢٥م).

## الفرع الأول

### موقف الفقه من أثر استنفاد ولاية المحكّم

لم تتفق كلمة الفقهاء وشراح التحكيم حول أثر فشل خصومة التحكيم الأولى في حسم النزاع محل التحكيم، سواء ببطلان حكم التحكيم، أو انقضاء الإجراءات دون حكم، وما إذا كان ذلك لا يمنع إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم بإرادة المحكّم رغم رفض المحكّم ضده، أو أن أثر ذلك استرداد ولاية القضاء وتبدد كل احتمال لحسم النزاع تحكيمياً، ونستطيع التمييز بين ثلاثة تصورات فقهية في هذا الخصوص على النحو التالي:

## الفصل الأول التمييز بين شرط ومشاركة التحكيم

ذهب أنصار هذا الرأي إلى التمييز بين شرط ومشاركة التحكيم، فأجاز الرجوع إلى التحكيم في الشرط دون المشاركة، بمعنى أنه إذا كان اللجوء إلى التحكيم أول مرة تم بناء على شرط تحكيم فيجوز معاودة الرجوع إلى التحكيم ثانية لحسم النزاع استناداً على هذا الشرط، أما إذا كان اللجوء إلى التحكيم تم بناء على مشاركة تحكيم فلا يمكن معاودة الرجوع للتحكيم إلا باتفاق جديد وفق القواعد المقررة في هذا الخصوص<sup>1</sup>.

وأساس المغايرة في الحكم بين شرط التحكيم ومشارطته وفق هذا الرأي أن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه قبل حدوث أي نزاع، ويتضمن حسم ما قد ينشأ بين الأطراف من نزاع محتمل من خلال التحكيم، فهو لا ينطوي على تحديد لنزاع معين

---

<sup>1</sup> إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 1997، ص85، سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 1984، ص75، حسني المصري، شرط التحكيم التجاري، مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي، القانون الدولي، العريش، 1987، ص158، سامي محسن حسين السري، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2004، ص98.

يحسم بطريق التحكيم على خلاف مشاركة التحكيم إذ تتضمن تحديداً تفصيلياً للنزاع وإلا كانت باطلة<sup>1</sup>.

فشرط التحكيم يتضمن قبولاً لمبدأ التحكيم من الطرفين في شأن منازعات محتملة مستقبلاً وغير محددة، في حين أن مشاركة التحكيم تنطوي على قبول مبدأ التحكيم بين الطرفين في شأن نزاع محدد بعينه وقائم بالفعل؛ فإذا ما أبطل حكم التحكيم أو انتهت مهلة التحكيم دون حكم بالنسبة لشرط التحكيم فلا يؤدي ذلك إلى استرداد قضاء الدولة لولايته، إذ يظل ممنوعاً من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائماً وقابلاً للتطبيق بالنسبة لما قد يطرأ بين الطرفين من منازعات أخرى، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لمشاركة التحكيم، إذ إنها تنصب على نزاع محدد بعينه وقائم بالفعل؛ ومن ثم فإن انقضاء ميعاد التحكيم دون إصدار الحكم المنهني

---

<sup>1</sup> أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، 1993، ص22، سامي محسن حسين السري، القواعد الإجرائية، ص98، ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 1996، ص45.

وهو ما يستفاد من حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 583، س46ق، بجلسة 1979/3/5م.

للخصومة أو بطلان الحكم بعد صدوره يعني انقضاء مبدأ التحكيم الذي تم الاتفاق عليه؛ ويفتح باب القضاء من جديد باعتباره القاضي الطبيعي<sup>1</sup>.

فشرط التحكيم -على عكس مشاركة التحكيم- يمكن تفعيله للمرة الثانية حال بطلان حكم التحكيم نتيجة لاستنفاد هيئة التحكيم لولايتها بانقضاء ميعاد التحكيم أو المدة المحددة لإصدار الحكم المنهي لخصومة التحكيم.

---

<sup>1</sup> عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ص383، مصطفى الجمال وعبدالعال عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1، 1998، ص681.

## الفصل الثاني استهلاك اتفاق التحكيم

ذهب أنصار هذا الرأي إلى استهلاك اتفاق التحكيم بانتهاء مهلة التحكيم دون حكم، أو ببطلان حكم التحكيم، لا فارق في ذلك بين شرط التحكيم ومشاركة؛ بحيث لا يمكن العودة إلى التحكيم لحسم ذات النزاع مرة أخرى؛ ويتم عرض النزاع على القضاء لحسمه وفق القواعد العامة المقررة في هذا الخصوص<sup>1</sup>.

ويؤسس أنصار هذا الرأي تصورهم على سند من أن اتفاق التحكيم يعتبر عقداً محدد المدة يستهلك زمنياً بانقضاء مدته "مهلة التحكيم"، أو بتحقيق هدفه "صدور حكم فاصل في النزاع"، فاتفاق التحكيم "يعد عقداً زمنياً يظل سارياً ومنتجاً لآثاره طوال المدة المحددة له قانوناً أو اتفاقاً ويتوقف عن إنتاج تلك الآثار بانتهاء مدته، ويسقط إذا لم يستعمل خلال تلك المدة"<sup>2</sup>.

فاتفاق التحكيم وفق منطق هذا الرأي عقد محدد المدة بحكم القانون، الذي قرر له مدة إذا لم يتفق الطرفين على مدة محددة، كما ناقش فروض تمديد هذه المدة إذا

---

<sup>1</sup> رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، ص 173.

<sup>2</sup> مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1999، ص 235.

اقتضت الظروف ذلك<sup>1</sup>، وأخيراً قرر سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته؛ وعلى ذلك فإنه لا يجوز في جميع الأحوال أن يكون اتفاق التحكيم غير محدد المدة<sup>2</sup>.

ولا ينال من هذا الرأي جواز تمديد مهلة التحكيم إلى مدد لا حد لها، ذلك أن تحديد مدة إصدار الحكم لا يتعلق بقاعدة أمرة، بيد أن فكرة الزمنا ملازمة لاتفاق التحكيم، وهو مكن اعتبار العقد من العقود الزمنية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> نص المادة 45 من قانون التحكيم المصري، والمادة 40 من نظام التحكيم السعودي.

<sup>2</sup> تنص المادة 1/53/أ من قانون التحكيم المصري، على أن: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: - أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للأبطال أو سقط بانتهاء مدته"، وهو ما قرره المادة 1/50-أ من نظام التحكيم السعودي.

<sup>3</sup> أكدت محكمة النقض عدم تعلق تحديد مهلة التحكيم بالنظام العام، حيث قضت بصدد موقف المشرع من تحديد مهلة التحكيم بأن: "أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة متروك لإرادة الأطراف، وبذلك يكون قد نفى عن الميعاد اللازم لإصدار هذا الحكم وصف القاعدة الإجرائية الأمرة، فتضحى تبعاً لذلك القواعد الوارد ذكرها في المادة (٢٤) من قواعد التحكيم بغرفة التجارة الدولية I.C.C بباريس سالفه البيان -والتي تقابلها المادة (٣٠) من قواعد غرفة التجارة الدولية الحالية- هي الواجبة الأعمال على إجراءات الدعوى التحكيمية محل التداعي والتي بمقتضاها تمنح هيئة التحكيم سلطة تقدير المدة اللازمة لإصدار حكمها فيها وفقاً لظروف كل دعوى والطلبات فيها، كما أجازت للمحكمة تمديد أجل التحكيم بناء على طلب مسبب من هيئة التحكيم أو من تلقاء نفسها إذا قررت أن ذلك ضرورياً". (حكمها في الطعن رقم ١٤٩١، س٨٣ق، جلسة ٢٠١٥/12/24م)، وهو ما أكدته في حكمها في الطعون أرقام ١٣٩٤، س٨٦ق، جلسة ٢٠١٧/6/13م، و١٧٥١٨، س٧٦ق، جلسة ٢٠١٧/3/28م.

## الفصل الثالث التعويل على مهلة التحكيم

توسط هذا الرأي بين الرأيين السابقين، فعول على مهلة التحكيم، فإذا ما استهلكت هذه المهلة بالكامل فلا يمكن العودة من جديد إلى التحكيم لحسم ذات النزاع، ولا مناص من اللجوء إلى القضاء، أما إذا كانت هناك مدة متبقية من هذه المهلة جاز العودة إلى التحكيم مرة أخرى، إما بتراضي الطرفين أو بلجوء أحدهما للمحكمة المختصة بالمساعدة لتشكل هيئة تحكيم جديدة تفصل في النزاع، مع جواز مد مهلة التحكيم باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة وفق القواعد المقررة في هذا الخصوص<sup>1</sup>.

---

1 راجع في عرض هذا الرأي رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، ص4. وتنص المادة 1/45 من قانون التحكيم المصري على أنه: "في جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة 2/40.



## الفرع الثاني موقف القضاء

باستقراء التطبيق القضائي في خصوص الإشكالية محل الدراسة نستطيع التمييز بين توجهين على النحو التالي:

## الغصن الأول

### التوجه الأول استهلاك اتفاق التحكيم

قرر هذا التوجه استهلاك اتفاق التحكيم بمجرد صدور حكم من هيئة التحكيم منه للإجراءات، سواء كان حكماً موضوعياً أو إجرائياً، وسواء تعلق الأمر بشرط تحكيم أو بمشارطة تحكيم.

ففي إحدى القضايا وبعد صدور حكم قضائي ببطلان حكم التحكيم قام أحد الخصوم برفع دعوى أمام القضاء للفصل في النزاع السابق عرضه على التحكيم، فدفعت الخصم الآخر بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق تحكيم، إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع مقررّة أن: "هيئة التحكيم قد استنفدت ولايتها بموجب الحكم الصادر فيها والذي قضي ببطلانه، وكان المشرع قد تغيى من إجازة سلب اختصاص القضاء العادي واللجوء الى التحكيم، حكمة التيسير على المتعاقدين وتقادي طول الإجراءات وسرعة الفصل مع الأخذ في الاعتبار ما يتفق عليه المتعاقدين وهو ما أفصح عنه تحديد ميعاد أقصاه اثني عشر شهراً لإنهاء إجراءات التحكيم في حالة غياب اتفاق المتعاقدين على تحديده ... ولما كانت إرادة المتعاقدين طرفي التداعي في الدعوى الماثلة لم تتجه إلى الإشارة نحو امتداد التحكيم مرة أخرى بعبارة صريحة وأن الشركة المدعى عليها فضلاً عن نزولها عن الرخصة المخولة لها بنص المادة 2/45 من قانون التحكيم في حق التقدم بطلب للمحكمة بتحديد ميعاد إضافي لإصدار حكم التحكيم اكتفاءً بإنذار الشركة المدعية على غير مقتضى

النص، فإنها لم تنهض الدليل على وجود اتفاق لاحق على امتداد التحكيم واللجوء إليه مرة أخرى صريحاً كان أم ضمنياً، ومن ثم فإن القول باللجوء إلى التحكيم مرة أخرى لا يعدو أن يكون إهدار لرغبة المشرع في سعيه الحثيث نحو تقادي طول الإجراءات للوصول إلى الفصل في المنازعة على الوجه الصحيح في أسرع وقت، فضلاً عن إفساح الطريق للعبث بمصالح ومقدرات الخصوم في ظل تصور تكرار اللجوء إلى التحكيم إلى ما لا نهاية، وهو ما يعد افتتاتاً على حق الشركة المدعية في اللجوء إلى قاضيتها الطبيعي<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في الدعوى رقم 1178 لسنة 2002، الدائرة 14 تجاري، بجلسة 2003/10/28، وراجع في التعليق على هذا الحكم رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، ص42.

## الفصل الثاني

### التوجه الثاني بقاء اتفاق التحكيم

أكدت محكمة النقض بصورة قاطعة استمرار اتفاق التحكيم شرطاً أو مشاركة بعد انتهاء الإجراءات دون حسم موضوع النزاع التحكيمي بسبب بطلان حكم التحكيم، متى كان الاتفاق في ذاته صحيحاً ولم يشمل بطلان حكم التحكيم؛ بما يستتبع اللجوء إلى التحكيم ثانية لحسم النزاع بطريق التحكيم من خلال تشكيل هيئة تحكيم جديدة وفق الإجراءات المقررة في تشكيل هيئة التحكيم الأولى.

فقد تمسكت الطاعنة بأن: "شرط التحكيم الوارد في العقد المؤرخ 23 من ديسمبر سنة 1996 تم نسخه بموجب مشاركة التحكيم التي تضمنها محضر جلسة 22 من فبراير سنة 1999 في التحكيم رقم 124 لسنة 1999 بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بين طرفي النزاع والتي استنفدت كافة آثارها بانتهائه وصدور حكم هيئة التحكيم في موضوعه، ومن ثم فلا يصلح الاستناد إلى شرط التحكيم الوارد بالعقد في إقامة التحكيم الجديد رقم ... لسنة ... -موضوع التداعي- وإجبارها على قبول الدخول فيه قسراً عنها رغم عدم وجود اتفاق تحكيم ساري المفعول يمكن الاستناد إليه، سيما وقد صدر الحكم رقم ... لسنة ... ق القاهرة ببطلان حكم التحكيم السابق وتضمنت أسبابه انقضاء مشاركة التحكيم الواردة في العقد، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعوى بطلان حكم التحكيم تأسيساً على أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستمراً على استبعاد اللجوء إلى

القضاء لحل النزاع ويجوز إعادة استخدامه بعد إبطال حكم التحكيم إذا لم يكن حكم البطلان مؤسسًا على بطلان اتفاق التحكيم، وهو ما لا يصلح ردًا على دفاع الطاعنة سالف البيان".

فردت محكمة النقض هذا الاعتراض مقررة أن: "التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، وإذا كان اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المعروض عليها يرتكن أساسًا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب ولاية جهات القضاء إلا أن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، فإرادة المتعاقدين هي التي توجه التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها، وأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم نصوص مشاركة التحكيم وتعرف ما قصد منها دون التقيد بألفاظها بحسب ما تراه أوفى نية أصحاب الشأن مستهدية في ذلك بوقائع الدعوى وظروفها ولا رقابة عليها في ذلك ما دامت قد بينت الاعتبارات المقبولة التي دعته إلى الأخذ بما ثبت لديها والعدول عما سواه، وإذا قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم فإنه يترتب على ذلك زواله كله أو جزء منه بحسب ما إذا كان البطلان كليًا أو جزئيًا ويزول كل ما ترتب على حكم التحكيم أو على الجزء الذي أبطل منه من آثار وتنتهي الخصومة أمامها،

ويبقى للاتفاق على التحكيم أثره بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم، فلا يوجد ما يمنع الطرفين من إبرام مشاركة تحكيم جديدة بالنسبة لنفس النزاع، وإذا لم تعقد هذه المشاركة وكان الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم لم يعرض لمسألة وجود أو صحة أو نفاذ أو بطلان اتفاق التحكيم فإن هذا الحكم لا يؤثر على في اتفاق التحكيم ويكون لكل ذي مصلحة بعد صدور حكم البطلان اللجوء إلى التحكيم نفاذاً لهذا الاتفاق، أما إذا كان هذا الحكم قد تعرض لمسألة صحة أو بطلان اتفاق التحكيم ففضى ببطلان حكم التحكيم استناداً إلى بطلان الاتفاق شرطاً أو مشاركة أو إلى سقوطه أو عدم نفاذه -سواء كان قضاؤها بذلك صريحاً أو ضمناً- فإن الحكم ببطلان حكم التحكيم يمنع الالتجاء إلى التحكيم ويجب على ذي المصلحة إن أراد المطالبة بحقه أن يلجأ إلى المحكمة، ما لم يبرم الطرفان اتفاق تحكيم جديد، أما في حالة ما إذا كان هناك شرط تحكيم وأبرمت بعده مشاركة تحكيم وحكم ببطلان المشاركة وبالتبعية ببطلان حكم التحكيم الذي صدر استناداً إليها، فإن هذا الحكم لا يبطل شرط التحكيم السابق عليها، فيبقى لهذا الشرط أثره في الالتزام الطرفين باللجوء إلى التحكيم، لما كان ذلك ... وأصدرت هيئة التحكيم حكمها والذي قضي ببطلانه بالحكم الصادر في الدعوى رقم ... لسنة ... ق القاهرة تأسيساً على أن هيئة التحكيم فصلت في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف ولم تتقيد بتطبيق أحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان، ولم يتعرض حكم البطلان إلى صحة أو بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد أو مشاركة

التحكيم المتفق عليها في محضر جلسة التحكيم، فإن هذا الحكم لا يبطل شرط التحكيم الوارد في البند التاسع من العقد ويظل لهذا الشرط أثره في التزام الطرفين بالالتجاء إلى التحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بهذا العقد، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فإن النعي عليه يكون على غير أساس"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض في الطعن رقم 17518، س76ق، جلسة 28 مارس 2017م.

## خاتمة الدراسة

### أولاً ملخص الدراسة

يستند متولي الفصل في موضوع الدعوى ولايته سواء كان قاضيًا أو محكمًا باستقراغ جهده بما لا يبقى معه مزيد جهد، بما يحول دون إعادة النظر فيما فصل فيه، وإن كان هذا الاستنفاد لا يحول دون استكمال الشكل اللازم للقرار الصادر تصحيحًا أو تفسيرًا، كما أنه لا يحول دون الفصل فيما اغفل الفصل فيه كونه لم يبذل جهدًا حتى يقال باستقراغه، وتجد فكرة استنفاد الولاية أساسًا لها في وظيفة الفصل في الخصومات "قضاءً أو تحكيمًا".

ورغم استقرار هذه الفكرة في جميع النظم القانونية المعاصرة، بيد أن النظام السعودي اتسم بخصوصية ملحوظة انطوت على تعطيل هذه الفكرية أحيانًا وتقليص نطاقها أحيانًا أخرى، وهو ما يجد مبررًا له في خصوصية جوهر النظام السعودي في ذاته، تبعًا لخصوصية المجتمع السعودي الذي يأتي التنظيم القانوني انعكاسًا له، وهو ما يبرر -رغم وحدة النظام القانوني- استقرار فكرة استنفاد الولاية في مجال التحكيم عنه في مجال القضاء.

إن خصوصية استنفاد الولاية لا تتم دائمًا عن مسلك غير محمود إذ إنها تعمل في نطاق كبير على مساعدة العضو القضائي في أداء وظيفته بصورة أضبط وأيسر



وأُسرع في الوقت ذاته، كما أن هذه الخصوصية لها ما يبررها عملاً في كثير من الظروف نظراً لاختلاف البيئة القضائية في المملكة عنها في باقي دول العالم.

وبالرغم من كونهما وسيلتين معتمدتين ومتوازيتين لحسم الخصومات إلا أن استفاد الولاية في المجال القضائي تختلف عنها في مجال التحكيم سواء من حيث الساس القانوني، أو النطاق، أو الأثر المترتب على تحقق فكرة الاستنفاد، ولعل أبرز أوجه الاختلاف استمرارية مرفق القضاء بخلاف التحكيم؛ بما يؤدي إلى استمرار ولاية القضاء حال استئناف نظر النزاع أو تجده بخلاف التحكيم الذي نشب الخلاف بشأن مدى استمراره ونطاق استهلاك اتفاق التحكيم بما يعيد الولاية للعضو القضائي كونه القاضي الطبيعي لكل المتقاضين.

إن نظرة تحليلية لواقع العمل القضائي والتحكيمي في كلا النظامين المصري والسعودي لينتج عنها العديد من التوصيات التي تسهم حال تفعيلها في تحقيق تقدم نوعي في مجال حسم المنازعات، سواء على الصعيد القضائي أو التحكيمي، وهو ما خلصنا إليه في توصيات هذه الدراسة.

## ثانياً أبرز نتائج الدراسة

1- حجية الحكم القضائي تعد مركزاً إجرائياً ينشأ عن القرار القضائي، يفرض بموجبه القانون على القاضي والخصوم احترامه، كوسيلة للعمل القضائي أساسها

تحقيق وظيفة هذا العمل من تحقيق اليقين القانوني للحقوق والمراكز تأكيداً لهيئة الدولة وسيادة القانون واستقرار الحقوق والمراكز القانونية.

بيد إن حجية حكم التحكيم تتأسس على الاتفاق وتدور في فلكه، فلا تتعلق بالنظام العام، ولا تقيد هيئة التحكيم ولا الخصوم إلا في حدود هذا الاتفاق.

2- تتمايز الحجية عن استنفاد الولاية في مضمونها ونطاقها، فالحجية تنحصر على القضاء الموضوعي بيد أن استنفاد الولاية ينصرف إلى كل قرار قطعي بغض النظر عما إذا تعلق بالموضوع أو بالإجراء، فالاستنفاد أوسع نطاقاً من الحجية.

3- إذا تعلق الاستنفاد بمسألة إجرائية تم الفصل فيها استقلالاً فلا استنفاد لسلطة العضو القضائي في الموضوع؛ وعليه إذ تم إلغاء هذا القرار من محكمة الطعن إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لنتظر الموضوع وتقل فيه كلمتها، أما إذا تضمن القرار القضائي فصلاً في مسألة إجرائية مع الموضوع فيستنفد ولاية العضو القضائي في خصوص الموضوع.

4- إذا كان الربط بين فكري الحجية والاستنفاد غير حتمي فليس كل قرار يستنفد الولاية يرتب الحجية، فإن الربط بين فكري الاستنفاد والقطعية حتمي، فكل قرار قطعي يستنفد ولاية مُصدِرُهُ وكل قرار غير قطعي لا يستنفد ولاية مُصدِرُهُ.

5- تبدو وفقاً لما نؤيده وظيفة القضاء في إزالة عوارض النظام القانوني، بيد أن وظيفة التحكيم تبدو في تلبية متطلبات الإرادة الخاصة للأطراف، وتدور في فلكها وتتقيد بقيودها.

6- لا يتعارض مع فكرة استنفاد الولاية مراجعة الحكم بغير طريق الطعن سواء من خلال تصحيحه أو تفسيره أو استكمال ما أغفل الفصل فيه، كما لا يتعارض معها الطعن على الحكم أمام نفس المحكمة التي أصدرته، كما هو الحال في المعارضة والتماس إعادة النظر، كون المحكمة في جميع هذه الفروض لم تستفرغ جهدها بعد.

7- تتمتع فكرة استنفاد الولاية في التحكيم بخصوصية عما هو مقرر أمام القضاء، وهذه الخصوصية تتأسس على اختلاف وظيفة التحكيم في النظام القانوني عن وظيفة القضاء، وهو ما ينطلق من تمايز فلسفة التحكيم عن فلسفة القضاء؛ بما يستتبعه ذلك من وجود محددات لولاية هيئة التحكيم لا وجود لها في خصوص الولاية القضائية.

8- يلاحظ في واقع القضاء السعودي تعطيل التطبيق الكامل لمبدأ التفاضلي على درجتين، ذلك أن واقع العمل القضائي لدور محكمة الاستئناف يقتصر على إبداء الملاحظات على حكم محكمة أول درجة؛ ومن ثم إعادة القضية مرة أخرى لهذه الأخيرة كي تعدل الحكم في ضوءها، وكان هذا المبدأ يقتضي أن تعيد محكمة الاستئناف نظر ذات الموضوع مرة أخرى، وتفتح باب الترافع، وتقبل أدلة الإثبات

الجديدة، وتعيد تحقيق الموضوع كاملاً ثم تنتهي إلى حكم في الموضوع بتأييد أو تعديل أو إلغاء الحكم المستأنف، بما يجنب تعطيل الفصل في الدعوى، وتشتيت الخصوم، إذ قد يتم الطعن بالاستئناف على الحكم الواحد أكثر من خمس مرات، مع انتفاء كل مبرر لإعادة القضية لنفس القاضي الذي سبق أن أصر أكثر من مرة على قضائه وعدم الامتثال لملاحظات محكمة الاستئناف.

9- يتولد عن أعمال فكرة استنفاد الولاية معالجة عملية لتكدس القضايا أمام المحاكم، فالقضية الواحدة تنظر عدة مرات أمام كل من محكمة أول درجة وكذا محكمة الاستئناف، ولو تم أعمال فكرة استنفاد الولاية لنظرت مرة واحدة فقط أمام كل محكمة منهما.

10- خرج النظام القضائي السعودي على فكرة الأثر الناقل للاستئناف من زاويتيهما، فلم يقرر تخلي محكمة الدرجة الأولى كلياً ونهائياً عن النزاع، إذ لا تستنفد ولايتها بصدور حكمها الفاصل، فتعاود نظره بأكثر من صورة وتحت أكثر من مسماء، كما لا تلتزم محكمة الاستئناف بالفصل في موضوع الطعن، وإنما فقط تؤيد الحكم أو تبدي ملاحظاتها عليه وتعيده من ثم لنفس القاضي الذي أصدر الحكم.

11- يثار على زوال إجراءات التحكيم دون حسم موضوع النزاع العديد من التساؤلات والاختلافات الفقهية والقضائية حول مدى استهلاك اتفاق التحكيم، وما إذا كان من الممكن اللجوء للتحكيم مرة ثانية للفصل في موضوع النزاع، وهو ما

مجال له في خصوص القضاء، كون ولاية القضاء مستمرة بخلاف ولاية التحكيم مؤقتة ومشروطة.

## ثالثاً أهم توصيات الدراسة

1- ضرورة إلغاء النظام السعودي للاستئناف تدقيقاً كونه إخلالاً بمبدأ النفاذ على درجتين كدعامة أساسية للتنظيم القضائي المعاصر.

2- ضرورة تفعيل النظام السعودي للأثر الناقل للاستئناف بما يستتبعه من آثار ونتائج تعمل على تعظيم دور محكمة الاستئناف، ووضع حد لتكرار نظر محكمة الدرجة الأولى لذات الموضوع أكثر من مرة.

3- ضرورة تقديم الطعن في القانون المصري للمحكمة التي أصدرت الحكم، مع السماح لها بتعديله إذا تراءى لها منطقية أسباب الاعتراض، وهو ما يوفر على القضاء والمتقاضين مغبة ولوج خصومة الاستئناف.

4- يتعين تضمين أنظمة التحكيم نصاً صريحاً يتضمن التأكيد على إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم ولو لأكثر من مرة حتى يتم التوصل لحسم نهائي لموضوع النزاع متى بقي اتفاق التحكيم صحيحاً وقائماً مراعاة لمبدأ سلطان الإرادة، وإعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وما تتولد عنه شرعاً من قوله تعالى: "يا أيه الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، وقول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم".

5- على المحكّمين تضمين الاتفاق على التحكيم بعدم استهلاكه إذا ما انتهت الإجراءات دون حسم موضوع النزاع، متى بقي الاتفاق صحيحاً لحين أن يتم التعديل التشريعي الذي ننادي به، رفعاً لكل لغط أو اختلاف في الواقع العملي.

### وهذه التوصيات تقتضي تعديل النصوص الآتية

#### 1- تعديل قانون المرافعات المصري

تعديل نص المادة 230 ليصبح: "1- يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى. 2- يقيد قلم كتاب المحكمة الاستئناف في يوم إيداعه في السجل الخاص بذلك، ويحال فوراً إلى الدائرة التي أصدرت الحكم. 3- بعد اطلاع الدائرة التي أصدرت الحكم المعارض عليه على مذكرة الاعتراض يجوز لها أن تعيد النظر في الحكم بالنظر إلى الوجوه التي بني عليها الاعتراض من غير مرافعة ما لم يظهر مقتض لها، وعليها أن تؤكد حكمها أو تعدله حسب ما يظهر لها، فإذا أكدت حكمها رفعته مع كامل ملف القضية وصحيفة الاعتراض إلى محكمة الاستئناف، أما إن عدلته فيبلغ الحكم المعدل للخصوم، وتسري عليه في هذه الحالة الإجراءات المعتادة".

#### 2- تعديل نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي على النحو التالي:

أ- حذف كلمة تدقيق من جميع نصوص نظام المرافعات وهي نصوص المواد أرقام 165، 179، 185، 187، 188، 190، 191، 225، وكذا حذف ذات المصطلح من اللائحة التنفيذية لهذا النظام أينما وردت وتحديداً من نصوص المواد أرقام 57، 70، 180، 188، 188، 190، 223، 225، 231، 232، 235.

ب- تعديل نص المادة 176 ليصبح: "طرق الاعتراض على الأحكام هي المعارضة والاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر"، بزيادة طريق المعارضة تمشياً مع نص المادة 1/60 من ذات النظام التي تنص على أن: "يكون للمحكوم عليه غيابياً -خلال المدد المقررة للاعتراض في هذا النظام- المعارضة على الحكم لدى المحكمة التي أصدرته من تاريخ إبلاغه أو وكيله بالحكم".

3- تعديل قانون التحكيم المصري، ونظام التحكيم السعودي:

تضاف مادة برقم "14 مكرر" في قانون التحكيم المصري، وبرقم "12 مكرر" في نظام التحكيم السعودي نصها على النحو التالي: "يبقى اتفاق التحكيم سارياً متى لم يتم حسم النزاع المتفق على حسمه تحكيمياً ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

**أهم المراجع**



إبراهيم أحمد إبراهيم، بعض المشاكل العلمية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات قضايا التحكيم، مؤتمر مراكز التحكيم العربي الثاني ببيروت، 17/ 18 أيار 1999م.

إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974م.

أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، ط4، 1983م.

\* عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974م.

\* نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط6، 1989م.

أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، 2002م.

أحمد عوض هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2006م.

أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دار النهضة العربية، 1995م.

حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر العربي، 1996م.

رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، مد أثر بطلان حكم التحكيم على اتفاق التحكيم، نظرية استهلاك اتفاق التحكيم، ط3، دار النهضة العربية، 2009م.

سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 1984م.

سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط 1425هـ / 2005م.

طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، 2009م.

عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، 1998م.

عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، 1998م.

عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، 2004/2003م.

فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الناشر نادي القضاة بالقاهرة، ط1، 1980م.

\* قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط1، 2007م.

محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم الشرطي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1998م.

محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، 1993م.

محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمن في قوانين المرافعات، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن حقوق عين شمس، العدد 26، يوليو 1984م.

قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، 1989م.

محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمن وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية، ط1.

نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في نظام المرافعات، دار الجامعة الجديدة، 1999م.

هدى عبد الرحمن، دور المُحَكِّم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، 1997م.

وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط4، دار النهضة العربية، 2004م.



سلطة القاضى المدنى فى تحقيق إدعاء التزوير الإلكترونى  
دراسة تحليلية مقارنة  
بين القانون المصرى والفرنسى

دكتور

مجدى عبدالغنى خليف

دكتوراه قانون المرافعات

كلية الحقوق جامعة الاسكندرية

## مقدمة

المحرر الإلكتروني هو محرر يبرم إلكترونياً عبر شبكة الانترنت بين الأطراف دون تلاقهم وجهاً لوجه في مكان معين. وهو بهذه المثابة ليس له كياناً مادياً، ولا يحمل توقيعاً يدوياً، ولا يمكن التفرد بين أصله والنسخ التي تستخرج منه، فضلاً عن سهولة تعديل وتحريف مضمونه دون إمكانية إكتشاف ذلك. ولعل هذا من شأنه أن يجعل المحرر الإلكتروني عرضةً بشكل كبير للتحريف والتزوير من قبل لصوص شبكة الانترنت<sup>1</sup>، الأمر الذي يضرر بمصالح الأطراف ويهدد مراكزهم

---

<sup>1</sup> KERBOUCI F., «La preuve écrite électronique et le droit français», Interprétation, manipulation et falsification des écrits électroniques: de nouveaux enjeux pour l'exercice de la justice, Paris, 21 Janvier 2010, P. 3. At; <http://www.e-juristes.org/> & Arnoud, la signature électronique, 2001, P. 37,38.

ولمزيد من التفاصيل حول إشكاليات التعاقد عبر شبكة الانترنت وإثباته، أنظر: أ/رامي وشاح - الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل الإلكترونية - مجلة جامعة عزة - سلسلة العلوم الانسانية - 2009 - مجلد 11 - العدد 1 - ص 225 وما بعدها & د/إبراهيم الدسوقي ابو الليل - الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة - بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت - جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المنعقد في الفترة ما بين 1: 3 مايو 2000 - المجلد الثالث - ط3 - 2004 - ص 1002 وما بعدها & د/أسامة أبو الحسن مجاهد - خصوصيات التعاقد عبر الانترنت - بحث مقدم لذات المؤتمر - المجلد الأول - ط3 - 2004 - ص 104 وما بعدها.

القانونية على نحو يترتب عليه هدم الثقة في التعاملات الإلكترونية واستقرار العلاقات القانونية.

ونتيجة لذلك، اتجه المشرع إلى الاعتراف صراحة بالدلالة القانونية للمحرر الإلكتروني في الإثبات، فأصدر قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 كتشريع مستقل يضى على المحرر الإلكتروني، بعنصره الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، الحجية القانونية في الإثبات أمام القضاء أسوة بالمحرر التقليدي ويتناول تنظيم المبادئ القانونية العامة للإثبات الإلكتروني<sup>1</sup>.

ولقد واصل المشرع مسلكه المتقدم، فأصدر اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني لتنظيم الضوابط الفنية للمحررات الإلكترونية من حيث كيفية إنشائها وحفظها والتحقق من صحتها، فضلاً عن توضيح نصوص هذا القانون واستكمال ما نقصه وتدارك ما فاتته من أحكام<sup>2</sup>.

وعلى هذا النحو، يكون المشرع المصري قد تبنى مسلك القانون الفرنسى ليس فقط فى الاعتراف بالحجية القانونية للمحرر الإلكتروني فى الإثبات، وإنما

---

1 أنظر: المذكرة الإيضاحية لقانون التوقيع الإلكتروني: مضبطة مجلس الشعب - الفصل التشريعى الثامن - دور الانعقاد العادى الرابع - الجلسة 52.

2 بموجب القرار الوزارى رقم 109 لسنة 2005 فى مايو 2005 المنشورة بالوقائع المصرية - العدد 115 - 25 مايو 2005.



كذلك فى طريقة معالجة وتنظيم هذه الحجة<sup>1</sup>، حيث قام بوضع الأحكام القانونية الأساسية المنظمة لمسائل الإثبات الإلكتروني بصلب قانون التوقيع الإلكتروني، فى

---

1 حيث أصدر المشرع الفرنسى القانون رقم 330 لسنة 2000 فى 13/3/2000 المعدل للمادة 1316 من التقنين المدنى والذى أضاف إليها أربعة فقرات لتنظيم المسائل القانونية الرئيسية للإثبات الإلكتروني. بينما أسند إلى مجلس الدولة مهمة إصدار القرارات التنفيذية المنظمة للمسائل الفنية لصحة التوقيعات والمحركات الإلكترونية. وبالفعل أصدر مجلس الدولة المرسوم رقم 272 لسنة 2001 فى 30/3/2001 المنظمة لكيفية إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق من صحته، كما حدد نماذج شهادات التصديق الإلكتروني ومفترضاها، ثم أعقبه المرسوم رقم 535 لسنة 2002 الصادر فى 18/4/2002 المنظمة لضوابط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني والمحدد لجهات التصديق الإلكتروني ورقابها. أنظر فى ذلك:

*Eric CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique»*,: quel cadre juridique pour la confiance dans les communications électroniques internationales?, Paris, P. 19. AT; [www.caprioli-avocats.com](http://www.caprioli-avocats.com).

وبذلك يكون المشرع الفرنسى قد تجنب وضع المسائل الفنية فى صلب التقنين المدنى، وإنما أفرد لها مرسوم خاص بها حتى يسهل تعديله.

Jérôme Huet, *Le code civil et les contrats électroniques*, contribution à l'ouvrage pour le Bicentenaire du Code civil, Université de Paris II, Dalloz, 2004, P. 10.

ولم يكتف المشرع الفرنسى بذلك، بل قام بإدخال تعديلات على التقنين المدنى حيث أضاف إليه مواد جديدة بموجب القانون رقم 575 لسنة 2004 والمعروف بقانون الثقة فى الاقتصاد الرقوى، كما أصدر القانون رقم 674 لسنة 2005 بشأن بيان العقود الإلكترونية، وأعقبه القانون رقم 973 لسنة 2005 بشأن المحركات الإلكترونية الرسمية. أنظر فى ذلك:

Eric CAPRIOLI, préc.

حين فضل ترك أمر بيان الضوابط الفنية لهذه المسائل إلى لائحته التنفيذية باعتبارها مسائل متطورة بطبيعتها تكون عرضة للتغيير، نظراً للتطوير التكنولوجي السريع والمستمر في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات<sup>1</sup>، وذلك حتى يسهل تعديلها إذا اقتضى الأمر ذلك<sup>2</sup>.

وعلى أثر ما نص عليه القانون الفرنسي<sup>3</sup>، حدد المشرع بالمادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني عدة شروط لمنح المحرر الإلكتروني الحجية القانونية في

---

ثم أخير عدل المشرع الفرنسي التقنين المدني تعديلاً شاملاً بالقانون رقم 2016/131 الصادر في 10 فبراير 2016 والنافذ في 1 أكتوبر 2016، فلم يقتصر على تعديل قواعد الإثبات فقط، وإنما شمل كذلك نظرية العقد، وتناول أيضاً نظرية الالتزامات. أنظر:

Ordonnance no. 2016-131 du 10 fevrier 2016 portant reforme du droit des contrats, du regime general et de la preuve des obligations, JUSC1522466R, available through [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>1</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>2</sup> ويلاحظ أن تعديل اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني إنما يكون بقرار يصدر من وزير الاتصالات والمعلومات. والواقع أن وزير الاتصالات والمعلومات قد أصدر عدة قرارات بتعديل هذه اللائحة وهي؛ القرار الوزاري رقم 7 لسنة 2007 الصادر في 2007/1/14، وذلك بإضافة المادة رقم 15 مكرر إليها، وكذلك القرار الوزاري رقم 307 لسنة 2010 الصادر في 2010/11/21 وذلك بإضافة الفقرة 27 إلى المادة الأولى وإضافة المادة 20 مكرر إليها. وكذلك القرار الوزاري رقم 86 لسنة 2013.

<sup>3</sup> Voir: Jérôme Huet, Le code civil et les contrats électroniques, OP. Cit., P. 8,9.

الإثبات، وهى ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده، وسيطرة الموقع على توقيعه الإلكتروني، وإمكانية كشف التعديل يطرأ على المحرر والتوقيع الإلكترونيين. كما وضعت المادة 8 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون شرطاً رابعاً وهو ضرورة حفظ المحرر الإلكتروني لدى جهات مستقلة بمنأى عن أطرافه وبطريقة آمنة بحيث يصعب تعديله والعبث به.

ونظراً لصعوبة إثبات هذه الشروط، انتهج المشرع المصرى نهج الشارع الفرنسى فى تبني قرينة صحة التوقيع والمحرر الإلكترونيين بلا حاجة إلى إثبات ذلك طالما توافرت ضوابط فنية معينة. ولقد أطلق عليها المشرع الفرنسى اصطلاح قرينة الموثوقية<sup>1</sup>، وهو الاصطلاح الذى سوف نستخدمه فى هذه الدراسة. بينما وصفها المشرع المصرى بقرينة منظومة تكوين التوقيع الإلكتروني المؤمنة<sup>2</sup>، وهى - كما سنرى - قرينة قانونية مفترضة بقوة القانون تقوم على تقنيات التشفير والتصديق الإلكتروني بمقتضاها يفترض صحة المحرر الإلكتروني، مضموناً وتوقيعاً. وبذلك، تسهل هذه القرينة على هذا الوجه عملية الإثبات الإلكتروني على

---

1 Voir: HUET, Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, Dalloz, 2000, Chronique 95, No 4. Et Joly-passantE, le décret du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relative à signature électroniques, Revue lamy Droit des affaires, juillet, 2001.

2 طبقاً للمادة 5 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

الخصوم، وتعفى قاضى الموضوع من عبء تقدير المسائل الإلكترونية بما لا يكون أمامه سوى الأخذ بها.

**غير أنه من المتصور أن ينازع الخصم المنسوب صدور المحرر الإلكتروني إليه فى صحته، فيدعى تزويره لهدم حجيته القانونية فى الإثبات، سواء كان الإدعاء منصباً على مضمون المحرر ذاته أو منصباً على الوسيط الإلكتروني الذى يستخدم فى إنشائه أو وارداً على السجل الإلكتروني الذى يحفظه ويحوى بياناته أو كان محله التوقيع الإلكتروني. وفى هذا الفرض، يجب على القاضى المدنى أن يتحقق من توافر شروط صحة المحرر الإلكتروني، وذلك للفصل فى إدعاء التزوير الإلكتروني.**

**وهنا تثور التساؤلات حول مدى سلطة القاضى المدنى فى إثبات التزوير الإلكتروني بقرينة الموثوقية المشار إليها الدالة على صحة المحرر الإلكتروني، ومدى جواز إثبات عكسها وسلطة القاضى فى ذلك؟ وإذا كان ذلك جائزاً وحدث تنازع أو تعارض بين هذه القرينة ونقيضها، فهل يملك القاضى المدنى المفاضلة والموازنة بينهما، وعلى أى أساس تتم عملية المفاضلة؟**

وقد تعجز قرينة الموثوقية أو ما يطلق عليها المشرع المصرى بقرينة منظومة تكوين التوقيع الإلكتروني المؤمنة عن البت فى مسألة مدى صحة المحرر الإلكتروني وتزويره بحيث لا تكفى لتكوين عقيدة القاضى المدنى وإصدار حكمه،

أو قد لا تتوفر شروط انطباقها، فهل يملك الأمر بتحقيق إدعاء التزوير الإلكتروني، وما هي الشروط اللازمة لذلك؟

وإذا لجأ القاضى المدنى إلى التحقيق الإلكتروني، فما هي خصوصياته وطرقه، وما مدى سلطته فى تقدير نتيجة هذا التحقيق؟ وهل يجوز له إجراء هذا التحقيق بنفسه باعتباره الخبير الأعلى فى النزاع دون الاستعانة بأهل الخبرة فى ذلك وهم جهات التصديق الإلكتروني؟ وإذا استعان بهذه الجهات، فهل يلتزم بأرائها الفنية؟

وهل سلطة قاضى الموضوع فى كل هذه الأمور سلطة مطلقة أم أنها مقيدة تخضع لرقابة محكمة النقض، بمعنى هل تخضع سلطة قاضى الموضوع فى تقدير أدلة التزوير الإلكتروني لرقابة محكمة النقض، وإذا كانت هناك رقابة بالفعل، فما هي آلياتها وكيف تمارس وما هي نطاقها ومداهها؟

وحتى يمكن وضع الحلول المناسبة للتساؤلات والإشكاليات المتقدمة التى يثيرها تحقيق إدعاء التزوير الإلكتروني، فإننا سوف نقوم بتحليل مسلك المشرع المصرى مع مقارنته بنظيره الفرنسى الذى احتذى به فى صياغة نصوصه، على

أن يتضمن ذلك الإشارة إلى مستحدثات القانون المدنى الجديد رقم 131/2016 والمرافعات الفرنسى الجديدة لعام 2016<sup>1</sup>، فضلاً عن عرض موقف القضاء.

غير أنه يحسن بنا قبل أن نتصدى إلى ذلك، أن نبدأ أولاً بمعالجة النظام القانونى للمحرر الإلكتروني، ثم نعرض لماهية التزوير الإلكتروني وخصوصيات إدعائه أمام القضاء المدنى، وذلك حتى تتجلى ملامح سلطة قاضى الموضوع وتتضح خصوصياتها فى تحقيق إدعاء التزوير الإلكتروني.

ونود أن نشير فى البداية إلى أن هذه الدراسة سوف تقتصر على بيان خصوصيات القواعد المنظمة لحجية المحررات الإلكترونية والتحقق من صحتها. أما القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات، فهى تخرج عن نطاق هذه الدراسة، حيث ليس لها أية خصوصية. ولذا نحيل بشأنها إلى المراجع المتخصصة فى بيانها.

---

<sup>1</sup> ويلاحظ أننا سوف نستخدم فى هذه الدراسة عبارة التقنين الجديد للتعبير عن قانون المدنى الفرنسى الجديد رقم 131 لسنة 2016، بينما نستخدم عبارة التقنين المدنى القديم لتعبير عن قانون المدنى الفرنسى الملغى الصادر عام 1804. كما سوف نستخدم مصطلح قانون المرافعات الجديد للتعبير عن قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسية الجديد رقم لسنة 2016، فى حين نستخدم اصطلاح قانون المرافعات القديم للتعبير عن قانون أصول المحاكمات المدنية القديم. أنظر فى نصوص التقنين المدنى وقانون المرافعات الفرنسى الجديد:

وتأسيساً على ما تقدم، نرى تقسيم هذه الدراسة إلى خمسة فصول على

النحو التالى:

الفصل الأول: النظام القانونى للمحرر الإلكترونى.

الفصل الثانى: ماهية التزوير الإلكترونى وخصوصيات إدعائه.

الفصل الثالث: سلطة القاضى فى إثبات التزوير الإلكترونى بقرينة الموثوقية.

الفصل الرابع: سلطة القاضى فى التحقيق الإلكترونى.

الفصل الخامس: رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق التزوير

الإلكترونى.

## الفصل الأول

### النظام القانونى للمحرر الإلكتروني.

#### تمهيد وتقسيم

لا شك أن استخدام شبكات الإنترنت فى إبرام المحرر الإلكتروني دون حاجة للحضور الشخصى للأطراف وتلاقيهم فى مكان مادي معين يحقق الاقتصاد فى الوقت والنفقات ويجنب الأطراف مشقة السفر وتكاليفه.

غير أن إنعقاد المحرر الإلكتروني على هذا النحو هو أمر يصاحبه العديد من المخاطر والصعوبات، كصعوبة تحديد هوية الأطراف، فضلاً عن سهولة تحريفه وتعديله، وذلك لكون شبكة الانترنت شبكة مفتوحة للجميع تعجز عن تقديم ضمانات حقيقية للمعاملات الإلكترونية التى تتم من خلالها. وهنا يثور التساؤل حول مدى حجية المحرر الإلكتروني فى الإثبات؟

غير أنه يجدر بنا قبل التطرق إلى الإجابة عن هذا التساؤل، أن نوضح ماهية المحرر الإلكتروني ونبين أوجه التمييز بينه وبين المحرر التقليدى، وذلك حتى تتضح ملامحه وتتجلى خصوصياته.

وهكذا، تتحدد دراستنا لهذا الفصل فى مبحثين متعاقبين فيما يلى.

المبحث الأول: ماهية المحرر الإلكتروني وتمييزه عن المحرر التقليدى.



المبحث الثانى: حجة المحرر الإلكترونى فى الإثبات.

## المبحث الأول

ماهية المحرر الإلكترونى وتمييزه عن المحرر التقليدى.

### تقسيم

لبيان ماهية المحرر الإلكترونى وتمييزه عن المحرر التقليدى، فإننا سوف

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين، وذلك على النحو التالى.

المطلب الأول: ماهية المحرر الإلكترونى.

المطلب الثانى: تمييز المحرر الإلكترونى عن المحرر التقليدى.

## المطلب الأول ماهية المحرر الإلكتروني.

تقتضى دراسة ماهية المحرر الإلكتروني التطرق إلى ثلاثة نقاط أساسية، نخصص الأولى لبيان مفهومه، ونتعرض في الثانية لمعالجة مكوناته، ونتناول في الثالثة إيضاح أنواعه، وذلك فيما يلي.

### أولاً مفهوم المحرر الإلكتروني.

لم يضع المشرع الفرنسي تعريفاً محدداً للمحرر الإلكتروني<sup>1</sup>. غير أن غالبية الفقه الفرنسي قد اتجهت إلى القول بأن المحرر الإلكتروني هو المحرر الذي

---

1 سواء في القانون المدني أو القانون الجنائي. فنجد أن المشرع الفرنسي يستخدم اصطلاح الكتابة الإلكترونية للتعبير عن المحرر الإلكتروني بالمادة 1366، و6/1127 من القانون المدني رقم 131 لسنة 2016. في حين أنه يطلق عليه قانون العقوبات اصطلاح الوثيقة المعلوماتية. أنظر: د/أحمد حسام طه - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلى - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ط2000- ص419 وما بعدها. وتبرير ذلك في رأى البعض أن مدلول المحرر يرتبط على وجه اللزوم بالأوراق المادية. وبالتالي فلا يعد المستند الإلكتروني من قبيل المحررات، فثمة فروق جوهرية بينهما. أنظر في هذا الرأى وتفرقة بين اصطلاحى المستند والمحرر: د/أشرف توفيق - الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني- بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المنعقد في الفترة ما بين 10: 12 مايو 2003 - المجلد الثانى - ص499، 504، 505. وأنظر كذلك: د/محمد المرسى زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2008 - ص187، 188. وحقيقة الواقع أن هذا الرأى لم يعد مقبولاً حال

يخضع فى إصداره وإنشائه لنظام المعالجة الإلكترونية، أى يتم الحصول عليه بالوسائل الإلكترونية<sup>1</sup>. وهو بذلك يفترق عن المحرر التقليدى الذى ينتج عن طريق خط اليد<sup>2</sup>.

أما **المشرع المصرى**، فقد عرفت المادة 1/أ من قانون التوقيع الإلكتروني المحرر الإلكتروني بأنه رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تندمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل، كلياً أو جزئياً، بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى متشابهة<sup>3</sup>.

---

اعتراف المشرع بالمستندات الإلكترونية ومنحها ذات الحجية القانونية فى الإثبات المقررة للمستندات التقليدية. وهذا ما سيأتى تفصيله فى حينه.

1 Gassin R. informatique fraude informatique J.C.P, 1989. No. 234, p.29 & Buffelan J.P., la repression de la fraude informatique, expertises, favre, 1988, p. 106.

مشار إليه لدى: د/أيمن فكرى - جرائم نظم المعلومات - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - 2007 - ص332، 333.

2 Buffelan J.P., OP. Cit., p. 106.

مشار إليه لدى د/أيمن فكرى - المرجع السابق - ص333.

وجدير بالملاحظة أن المشرع كان حريصاً فى صياغة هذه المادة على ألا يكون نصها بمثابة 3 عائق أمام التطور التكنولوجى وما قد ينجم عنه مستقبلاً من الوسائل الإلكترونية التى تستخدم فى إبرام المحرر الإلكتروني، وذلك بإضافة عبارة "بأية وسيلة أخرى متشابهة"، وذلك حتى يمكن مسايرة هذا التطور واستيعاب ما يفرزه من وسائل إلكترونية على نحو يجارى متطلبات تطور

والبين من هذا التعريف أن المشرع قد تبني مفهوماً موسعاً لفكرة المحرر الإلكتروني<sup>1</sup>، فلم يشترط أن تجرى مراحل إعداد المحرر الإلكتروني وحفظه واستخدامه - سواء بإرساله أو استقباله - جميعها بشكل إلكتروني، وإنما أكتفى أن يتم استخدام الوسيلة الإلكترونية في أحد هذه المراحل حتى يصعب عليه هذا

---

المجتمع وروح العصر. وهذا هو المسلك العام الذي تبناه المشرع بالنسبة للمسائل الإلكترونية كما وضعنا مسبقاً. ويقصد باصطلاح وسيلة مشابهه؛ أى وسيلة فنية تقوم بذات الوظيفة التي تقوم بها الوسائل الإلكترونية الحالية المستخدمة فى إنشاء المعلومات الإلكترونية وإرسالها وتخزينها كالبريد الإلكتروني. أنظر: المذكرة الإيضاحية لأمانة الاونسيترال بشأن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية فى العقود الدولية - الأمم المتحدة - نيويورك - النسخة العربية - ط2007 - بند93. منشورة على الموقع الإلكتروني للاونسيترال: <http://www.uncitral.org>.

والواقع أن المشرع المصرى كان متأثراً إلى حد كبير فى مسلكه المتقدم بمسلك قانون الاونسيترال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية الموسع فى استيعاب كافة التطورات التقنية القائمة والمتوقع ظهورها فى المستقبل فى رسالة البيانات. أنظر فى مسلك قانون الاونسيترال النموذجى: دليل تشريع قانون الانسيترال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 - النسخة العربية - بند31 - منشور على الموقع الإلكتروني للاونسيترال: <http://www.uncitral.org>.

<sup>1</sup> الطعن الجنائى رقم 75 لسنة 85ق - جلسة 2016/6/27 غير منشور.

المسمى<sup>1</sup>. وهذا ما عبرت عنه المادة المتقدمة بعبارة "كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية"<sup>2</sup>.

والحقيقة - فى اعتقادنا - أن المشرع لم يكن موفقاً فى تعريف المحرر الإلكتروني حيث لم يفرق بين المحرر الإلكتروني بالمعنى الفنى للكلمة الذى يتم إنشائه من البداية، مضموناً وتوقيعاً، إلكترونياً، وبين المحرر المادى الذى ينشأ كتابةً وتوقيعاً بشكل مادى على الأوراق المادية ويتم إرساله أو تخزينه عبر الوسائل الإلكترونية<sup>3</sup> حيث أدخل الأخير فى مدلول الأول على الرغم من أنهما ليسا ذات مدلول واحد، فضلاً عن اختلاف أثرهما<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر: الطعن الجنائى رقم 75 لسنة 76ق - جلسة 2007/11/20.

<sup>2</sup> ويقترب البعض من ذلك حيث يرى - وهو رأى محل نظر كما سنوضح فى المتن الآن - أن المحرر الإلكتروني أو ما يسميه بالمحرر المعلوماتى هو المعلومات المعالجة بالنظام المعلوماتى سواء أنشأت من الأصل بوسائل معلوماتية، أو كانت محررات تقليدية بحسب الأصل، غير أنها انتقلت إلى المجال المعلوماتى وتحولت إلى الشكل الإلكتروني. د/أيمن فكرى - المرجع السابق - ص334.

<sup>3</sup> كأن يتم كتابة المحرر بخط اليد على أوراق مادية ويتم إرساله عبر الفاكس أو يتم أخذ صورة منه عن طريق تقنية الماسح الضوئى وإرسالها عبر البريد الإلكتروني أو تخزينه فى ملف خاص بالحاسب الألى أو نسخه على أقراص ممغنطة.

<sup>4</sup> أنظر فى التفرة بين المحررات أو المستندات الإلكترونية والمستندات التى يتم إرسالها بطريقة إلكترونية: د/أشرف توفيق - المرجع السابق - ص531.

**فالمحرر الإلكتروني** هو محرر يتم إنشائه إبتداءً إلكترونياً بشكل يستغنى فيه عن الحضور المادى لأطرافه، فضلاً عن أنه ينشأ - كما سنرى - عبر وسائل فنية آمنة تضمن سلامته وتؤكد صحته وتحول دون العبث فى محتواه. ولذا فهو يتمتع بالحجية القانونية الكاملة فى الإثبات<sup>1</sup>.

أما **المحرر المادى الذى يرسل أو يخزن بطريقة إلكترونية**، فهو محرر ينشأ من البداية بشكل تقليدى وبوسائل مادية، وهو بهذه المثابة ينتقى عنه الوصف الإلكتروني. ناهيك عن ذلك أن إنشائه لم يتم بوسائل إلكترونية آمنة تربطه بصاحبه وتضمن سلامته وتحول دون تعديله. ومن ثم، فيسهل تحريفه وتغييره أبان عملية إرساله أو تخزينه عبر الوسائل الإلكترونية. مثال ذلك؛ قيام أحد الأشخاص بتصوير توقيع اليد المذيل بالمحرر الورقى عبر تقنية الماسح الضوئى ووضعه على أى محرر آخر ونسبته إليه. ومن ثم ينشأ المحرر الأخير بشكل غير صحيح وإن كان منسوباً إلى توقيع صحيح<sup>2</sup>. وعليه، فهو لا يتمتع بالحجية القانونية فى الإثبات إذا أنكره صاحبه ونازع فى صحته، كما سيتضح فيما بعد<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر فى حجية المحرر الإلكتروني: ما يلى - بند 13 وما يليه.

<sup>2</sup> Voir: CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», 2005, P. 6,8. AT;http://www.caprioli-avocats.com/pdf/securite-informatique-electronique.pdf.

وعلى ذلك، فإن اصطلاح المحرر الإلكتروني ينبغي أن يقتصر على المحرر الذي يتم إنشائه وإبرامه ابتداءً بوسائل إلكترونية<sup>2</sup>، وإن اتخذ بعد ذلك الشكل التقليدي، كطبعه على أوراق مادية مثلاً<sup>3</sup>. أما المحرر الذي ينشأ من الأصل بشكل

---

والماسح الضوئي هو جهاز يقوم بتحويل المستندات الورقية إلى مستندات إلكترونية وكذلك نقل التوقيع التقليدي الذي تم بخط اليد عن طريق التصوير بواسطة جهاز يسمى Scanner لئتم إعادة وضعه على أية وثيقة إلكترونية للإيهام بنسبته إلى هذه الوثيقة وأنه التوقيع الفعلي لصاحبه على الرغم من عدم ارتباطه به. أنظر في ذلك: د/حسن جمعي - إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2000 - ص35.

1 أنظر: ما يلي - بند8، 75.

<sup>2</sup> وذلك عن طريق إخضاعه للمعالجة الإلكترونية التي تتم إلكترونياً باستخدام الحاسب الألى أو أى وسيلة أخرى بعيداً عن الوسائل التقليدية.

<sup>3</sup> فعملية طباعة المحرر الإلكتروني على أوراق مادية لا تتال من مضمونه وخصوصياته، فالأوراق المادية التي يطبع عليها المحرر الإلكتروني ما هي إلا وسيلة لإظهار الكتابة الإلكترونية المثبتة على دعائم إلكترونية. أنظر في ذلك: د/محمد أبوزيد - تحديث قانون الإثبات - مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الإلكترونية - الطبعة الأولى - 2002 - ص32. وكذلك الأمر حال تخزين المحرر الإلكتروني على دعائم مادية كالشرائط الممغنطة والديسكات، فهذه الدعائم هي وسيلة لإظهار مضمونه. فالدعامة الإلكترونية - طبقاً لنص المادة 14/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني - هي وسيط مادي لحفظ وتداول الكتابة الإلكترونية ومنها؛ الأقراص المدمجة أو الأقراص الضوئية أو الأقراص الممغنطة أو الذاكرة الإلكترونية أو أى وسيط آخر مماثل.

ولذا تجدر الإشارة إلى أن هناك فارق جوهري بين دلالة المحرر الإلكتروني ويقصد بها فحواه ومضمونه، وهي الكتابة الإلكترونية، وبين الدعامة التي تحوى المحرر الإلكتروني وهي الوعاء

تقليدى وتحول بعد ذلك إلى الشكل الإلكتروني، فلا يصدق عليه وصف المحرر الإلكتروني بمعناه الفنى، وذلك لأن كتابة هذا المحرر وتوقيعه قد تم بحسب الأصل بشكل تقليدى، وهذا ما يتعارض مع خصوصيات المحرر الإلكتروني باعتباره محرراً يكتب ويوقع ويحفظ إلكترونياً دون انتقال الأشخاص إلى مكان مادي معين<sup>1</sup>.

ولعل هذا يتفق مع تعريف المجلس الدولي للإرشيف فى دليل إدارة التسجيلات الإلكترونية الصادر فى 1997 حيث وصف المحرر الإلكتروني

---

الذى يتجسد فيه ويظهر عليه بشكل مادي ملموس دون أن يكون هناك ارتباط بينهما. فالمحرر الإلكتروني بدون الدعامة لا يمكن الوقوف حول حقيقة ومضمون الكتابة الإلكترونية. فالدعامة هى بمثابة وسيلة فنية لإظهار المحرر الإلكتروني وفهم مضمونه والوقوف حول حدوده، بمعنى خروجه من حيز العدم إلى حيز الوجود.

<sup>1</sup> فالطابع الإلكتروني هو الذى يسيطر على إبرام العقود والمحررات الإلكترونية بحيث تتعقد بشكل إلكترونى فى غياب العنصر البشرى. أنظر فى خصائص المحررات والعقود الإلكترونية: د/نزيه المهدي - التعاقد الإلكتروني - بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية بين الشريعة والقانون - جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - مايو - 2009 - المجلد الأول - ص159 وما بعدها & د/أسامة حسن - خصوصيات التعاقد عبر الانترنت - المرجع السابق - ص142 وما بعدها & د/تامر الدميّاتى - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ط2009 - ص158 وما بعدها & د/أيمن فكرى - المرجع السابق - ص36، 37.



بالمعلومات التي تنشأ أو تودع على دعائم إلكترونية أو في هيئة رموز أو أرقام لا يمكن قراءة مضمونها وفهمها إلا عن طريق الحاسب الألى أو تقنية مماثلة<sup>1</sup>.

ويقترب البعض من ذلك حيث يعرف المحرر الإلكتروني بوصفه وثيقة إلكترونية بأنه كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الألية للمعلومات سجلت عليه معلومات معينة سواء كان معداً للاستخدام الإلكتروني أو الاستخدام المادى<sup>2</sup>.

وعلى ضوء ما سلف، يمكن تعريف المحرر الإلكتروني بأنه "كل محرر ينشأ عبر الوسائل الإلكترونية دون تلاقى أطرافه معاً فى مكان مادى معين، أيا كان سبب إنشائه سواء كان بقصد إرساله أو دمج أو تخزينه ، وسواء بقى على حاله أو تحول إلى محرر ورقى".

### ثانياً مكونات المحرر الإلكتروني.

بالنظر إلى طبيعة المحرر الإلكتروني باعتباره محرراً كتابياً بالمعنى الصحيح، فإنه لن يرقى إلى مرتبة الدليل الكتابى الكامل ويكون له حجية قانونية

---

1 أنظر: د/تامر الدميأتى - المرجع السابق - ص158، 159.

2 فى هذا المعنى: د/أحمد حسام طه - المرجع السابق - ص422.

وقيمة فعلية تجاه أطرافه ، إلا إذا اجتمع فيه عناصر المحرر الكتابي وهي الكتابة والتوقيع ولكن بشكلهما الإلكتروني<sup>1</sup>.

وبالنظر إلى طبيعة البيئة الإلكترونية وما يحيط بها من مخاطر الغش والتزوير الإلكتروني، والتي تتسم بسهولة حدوثها وصعوبة اكتشافها، فلقد استلزم الأمر أن يتم إنشاء المحرر الإلكتروني - بعنصريه الكتابة والتوقيع الإلكترونيين - وفقاً لأنظمة التشفير الأمانة وحفظه لدى جهات مستقلة عن أطرافه تسمى "جهات التصديق الإلكتروني" بحيث يمكن اللجوء إلى الأصل المحفوظ لديها إذا ثار

---

1 Poullet et Royen, Vers la confiance ou comment assurer, le développement du commerce électronique, 1998, P.13.

AT:<http://www.agora98.org/fr./conso/fconso.htm>

وأنظر بالتفصيل في عناصر المحرر الكتابي: د/عبدالرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - مصادر الالتزام - طبعة نادى القضاء - 2014 - بند 106 وما بعدها - ص 150 وما بعدها & د/سليمان مرقس - أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية - الجزء الأول - الأدلة المطلقة - ط 1986 - بند 64 ما بعده - ص 192 وما بعدها & د/حسن جميعي - المرجع السابق - ص 26. وأنظر كذلك: الطعن رقم 111 لسنة 65 ق - جلسة 2005/6/28؛ والطعن رقم 5735 لسنة 64 ق - جلسة 2004/6/14.

الخلاف بين الأطراف حول صحته. وهذا ما سوف نطلق عليه في إطار هذه الدراسة مسمى «اصطلاح التصديق الإلكتروني بمعناه الموسع»<sup>1</sup>.

وتأسيساً على ذلك، يمكن القول أن المحرر الإلكتروني يتكون من ثلاثة عناصر هي الكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني، والتصديق الإلكتروني. وسوف نتولى الآن معالجة عنصرى الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، على أن نتعرض إلى معالجة عنصر التصديق الإلكتروني في موضع آخر من هذه الدراسة<sup>2</sup>.

## 1- الكتابة الإلكترونية.

الكتابة الإلكترونية هي عبارة عن كتابة يعبر عن مضمونها بالرموز أو الأرقام أو الحروف وتكون قابلة للحفظ والاسترجاع والنقل من مكان لآخر بسهولة

---

1 وذلك على اعتبار أن جهات التصديق الإلكتروني قد أصبحت هي المختصة بإصدار التوقيعات الإلكترونية الرقمية القائمة على تقنية التشفير والتحقق من صحتها، وكذلك توثيق المحررات الإلكترونية وحفظها في نظامها الإلكتروني بما يضمن عدم تحريفها. أنظر في تفصيل ذلك: ما يلي - بند 29.

2 على أنه تجدر الإشارة إلى أن المجال هنا ليس محلاً لمعالجة عناصر الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني بشكل تفصيلي، فهي تخرج عن نطاق بحثنا، وإنما نقصر على بيان الجانب الوظيفي لها في مجال الإثبات الإلكتروني والاعتراف بحجيتها القانونية. أنظر في دراسة تفصيلية لهذه العناصر: رسالتنا للدكتوراه - بعنوان أوجه الرقابة على التحكم الإلكتروني - دراسة مقارنة - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - 2016 - بند 48 وما يليه.

تامة عبر وسائل الاتصال الحديثة دون أن يأخذ ذلك حيزاً يذكر ويمكن استخراجها على أوراق مادية<sup>1</sup>.

ولقد تبني المشرع الفرنسي مفهوماً موسعاً لعنصر الكتابة، أياً كان الشكل الذي يتخذه، ودون الاعتداد في ذلك بالطريقة التي يتم بها أو بالدعامة التي يثبت عليها على نحو يؤدي إلى الاعتراف بالكتابة الإلكترونية<sup>2</sup>. وهذا هو المستفاد من المادة 1365 من التقنين المدني الجديد - رقم 131 لسنة 2016 - والتي تنص على أن الكتابة هي مجموعة منتظمة من الحروف أو العلامات أو الأرقام أو أى رموز أو إشارات أخرى ذات دلالة تعبيرية مفهومة، أياً كانت الدعائم المثبتة

---

<sup>1</sup> JULIA HÖRNLE, ONLINE DISPUTE RESOLUTION MORE THAN THE EMPEROR'S NEW CLOTHES? PROCEEDING OF THE UNECE FORUM ON ODR, 2003. p. 3.

ONLINE:HTTP://WWW.ODR.AC.INFO/UNECE2003.

<sup>2</sup> KERBOUCI F., «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit, P. 7. & Eric Caprioli, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., p.5.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي يستخدم اصطلاح الكتابة الإلكترونية في التقنين المدني الجديد م1366، و6/1127 بدلاً من اصطلاح الكتابة المتخذة شكلاً إلكترونياً الذي كان يستخدمه بالتقنين القديم م1/1316. وهذا ما لم يلق قبولاً لدى البعض حيث يفضل استخدام الاصطلاح الثاني. أنظر:

Eric Caprioli, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., p. 5.

عليها<sup>1</sup>. وهذا ما جرى عليه القضاء الفرنسى حيث اعترف بصحة الكتابة الإلكترونية الصادرة على دعامة غير مادية أو على وسيط إلكترونى<sup>2</sup>.

ويقترب **المشرع المصرى** من موقف نظيره الفرنسى حيث تنص المادة 1/أ من قانون التوقيع الإلكتروني على أن الكتابة الإلكترونية هي كل حروف أو أرقام أو رموز أو أى علامات أخرى مثبتة على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية ، أو أية وسيلة أخرى متشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك.

ومفاد هذا النص أن المشرع لم يقتصر على الاعتراف بالكتابة الإلكترونية فحسب مثل نظيره الفرنسى، وإنما كذلك تبني مفهوماً موسعاً لفكرة الكتابة الإلكترونية على نحو تمتد معه إلى أى شكل تتخذه هذه الكتابة للتعبير عنها<sup>3</sup>. ويقطع بذلك استعماله اصطلاح "أى علامات أخرى" بخصوص الشكل الذى تتخذه الكتابة الإلكترونية، واستخدامه أيضاً اصطلاح "أية وسيلة أخرى مشابهه" بشأن

---

<sup>1</sup> وهى ذات نص المادة 1316 من التقنين المدنى الملغى مع تعديل بسيط فى الصياغة والتى كانت تنص على أن الدليل المكتوب يتمثل فى مجموعة منتظمة من الحروف أو الأشكال أو الأرقام أو الإشارات أو الرموز ذات دلالة تعبيرية مفهومة، أيا كانت الدعائم المثبتة عليها أو الكيفية التى تنقل بها.

<sup>2</sup> Voir: Cour de Cassation, Cass. Com, 2 Der., 1997, JCPed. G 1998, Actualite. P. 905. obs. Voir: Eric Caprioli, «Le juge et la prevue électronique», op. cit., p. 5.

<sup>3</sup> الطعن الجنائى رقم 75 لسنة 85ق - جلسة 2016/6/27 غير منشور.

الدعامة التي تثبت عليها هذه الكتابة. وبهذه المثابة يكون المشرع قد أخذ بالمدلول الوظيفي للكتابة الإلكترونية وليس بمفهومها الفنى. وهذا ما يمكن التعبير عنه بمبدأ الفصل بين الكتابة الإلكترونية والدعامة التي تثبت عليها<sup>1</sup>.

**ويبدو لنا أن مسلك المشرع فى الاعتراف بالكتابة الإلكترونية على النحو المتقدم كان مراعيًا إلى حد بعيد طبيعة التطور التكنولوجى السريع والمستمر فى مجال تكنولوجيا المعاملات. ولذا فضل استخدام المدلول الموسع للكتابة الإلكترونية على نحو يسمح باستعاب كافة الصور الإلكترونية التى تتخذها هذه الكتابة، سواء الحالية أو التى يستحدثها هذا التطور مستقبلاً<sup>2</sup>.**

## 2- التوقيع الإلكتروني<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> فالدعامة هى مجرد وسيلة لأحتواء الكتابة الإلكترونية وإظهارها، ليس لها أى دور فى تحديد مفهومها. أنظر مفهوم ودور الدعامة: ما تقدم - بند5.

<sup>2</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني: مضبطة مجلس الشعب - الفصل التشريعى الثامن - دور الانعقاد العادى الرابع - الجلسة 52.

<sup>3</sup> ويطلق البعض عليه تعبير التوقيع الاجرائى على اعتبار أنه ينتج عن اتباع إجراءات محددة تؤدي على نتيجة معينة، وذلك دون أن يتم التوقيع باليد بالمعنى التقليدى. أنظر: د/محمد زهرة - الدليل الكتابى وحجية مخرجات الكمبيوتر فى الإثبات فى المواد المدنية والتجارية - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت - جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المنعقد فى الفترة ما بين 1: 3 مايو - 2000 - الطبعة الثالثة - 2004 - المجلد الثالث - ص814 & د/حسن جميعى - المرجع السابق - ص34.

لم يضع المشرع الفرنسي تعريفاً محدداً للتوقيع الإلكتروني بالمادة 4/1316 من التقنين المدني الملغى، وإنما اكتفى بالإشارة إلى وظائف التوقيع بوجه عام، سواء كان إلكترونياً أو تقليدياً، الماثلة تحديد هوية الموقع، والتعبير عن موافقته لمضمون المحرر والإلتزام به<sup>1</sup>. وهذا هو ذات ما نصت عليه المادة 1376 من التقنين الجديد.

وبذلك، يكون المشرع الفرنسي قد أخذ بالمدلول الوظيفي للتوقيع على نحو يضيف وصف التوقيع الإلكتروني على أى وسيلة فنية يكون فى استطاعتها تحقيق وظائف التوقيع المتقدمة، أيا كان الشكل الذى تتخذه. وحسناً هذا المسلك لكونه يتفق مع طبيعة التطور التكنولوجى الذى يصعب مسابرة لطرحه كل يوم آليات جديدة فى هذا الخصوص على نحو يفتح الباب على مصراعيه لتبنى الوسائل الفنية التى ينتجها هذا التطور التى تستخدم فى إنشاء التوقيع الإلكتروني طالما كانت جديرة بتحقيق وظائف التوقيع<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, Paris, 2000, N. 18. [http://www.cndwebzine.hcp.ma/IMG/pdf/Preuve\\_et\\_signature\\_electronique.pdf](http://www.cndwebzine.hcp.ma/IMG/pdf/Preuve_et_signature_electronique.pdf) & Eric CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique», Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, 2000, P. 9. AT; <http://www.caprioli-avocats.com>.

<sup>2</sup> See: Mason S, «Electronic Signatures in Practice», Journal of High Technology Law, vol. VI, no. 2, 2006, p. 160,161.

وفى المقابل، عرف **المشرع المصرى** التوقيع الإلكتروني بأنه ما يضع على محرر إلكترونى ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارة أو غيرها ويكون له طابعاً متفرداً يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره<sup>1</sup>.

وبهذه المثابة، يكون **المشرع المصرى** قد تبنى مسلك نظيره **الفرنسى** المتقدم فى الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني أسوة بالتوقيع التقليدى لكونه يؤدى ذات وظائفه، فهو يعد علامة خاصة لتمييز شخصية الموقع عن غيره، فضلاً عن كونه يعد تصرفاً إرادياً يكشف عن هوية صاحبه، ودليلاً على موافقته ورضائه لمضمون ما وقع عليه<sup>2</sup>. كما اتفق المشرع معه أيضاً فى تبنى المفهوم الموسع للتوقيع الإلكتروني قاصداً استيعاب جميع الأشكال التى يتخذها هذا التوقيع، سواء الحالية

---

وأنظر كذلك: دليل تشريع قانون الاونسترال للتوقيعات الإلكترونية الصادر فى 2001 - النسخة العربية - بند 118، 119.

1 طبقاً لنص المادة رقم 1/ج من قانون التوقيع الإلكتروني.

2 See: Mason, «Electronic Signatures in Practice», supra p. 159, 160. & Eric CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 9 et S.

وأنظر كذلك: د/محمد زهرة - الدليل الكتابى وحجية مخرجات الكمبيوتر - المرجع السابق - ص 817، 818 & د/ثروت عبدالحميد - التوقيع الإلكتروني - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - 2002 - ص 52، 71 وما بعدها & د/سعيد قنديل - المرجع السابق - ص 61، 103 وما بعدها. وأنظر بالتفصيل فى وظائف التوقيع الإلكتروني: رسالتنا السابقة - بند 46، 47.



أو التي سينتجها التطور التكنولوجي في المستقبل، طالما كانت آمنة وجديرة بالتعويل عليها وقادرة على تحقيق وظائف التوقيع سالفة الذكر<sup>1</sup>.

غير أنه في إطار منح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية الكاملة في الإثبات، فقد قصر المشرعان الاعتراف بهذه الحجية على نوع معين من التوقيعات الإلكترونية، وهو التوقيع الرقمي باعتباره أكثرها شيوعاً واستخداماً<sup>2</sup>. فضلاً عن كونه

---

1 وهذا هو ذات مسلك قانون الاونسترال للتوقيعات الإلكترونية الصادر عام 2001 وغالبية القوانين الوطنية. أنظر: منشور لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الاونسترال - بعنوان تعزيز الثقة بالتجارة الالكترونية - المسائل القانونية الخاصة باستخدام طرائق التوثيق والتوقيع الالكتروني على الصعيد الدولي - النسخة العربية - فينا - 2009 - بند 21 - ص 15.

2 حيث أن هناك صور أخرى للتوقيع الإلكتروني بخلاف التوقيع الرقمي، ومنها: التوقيع بواسطة الماسح الضوئي، وفي هذه الصورة يتم التوقيع عن طريق نقل التوقيع اليدوي بعد تصويره عبر جهاز SCANNER إلى المحرر الذي يراد تذييله بهذا التوقيع. وهناك التوقيع باستخدام الخواص الذاتية، وهو توقيع يعتمد على الخصائص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأفراد، كبصمة العين أو بصمة الصوت أو البصمة الشخصية مثلاً، حيث يتم أخذ صورته دقيقة لأحدهم وتخزينها داخل الحاسب الألى بصورة مشفرة، وذلك لاستخدامها في إبرام التصرفات القانونية عبر شبكات الانترنت. وهناك أيضاً التوقيع بالقلم الإلكتروني، وبواسطته يجري التوقيع عن طريق استخدام قلم حساس ذات طبيعة خاصة، وبموجب برنامج إلكتروني معين يتم التوقيع يدوياً على شاشة الحاسب الألى باستخدام هذا القلم. وهناك كذلك ما يسمى بالتوقيع باستخدام البطاقات الممغنطة بالرقم السري، وهو المستخدم لدى البنوك. ويقترب إلى حد كبير من مدلول التوقيع الرقمي، طبيعة وحكماً، حيث يصدر وفقاً لأنظمة فنية آمنة تضمن سلامته ويتم حفظه في النظام الإلكتروني للبنوك. ويتم التوقيع عن طريق تمرير الموقع للبطاقة الممغنطة داخل أجهزة الصراف الألى مع إدخال الرقم السري الذي حوزته. وبمجرد إتمام هذين الاجرائين - في وقت واحد -

يحقق أعلى درجات الثقة والأمان للمعاملات الإلكترونية<sup>1</sup>، حيث ينشأ عبر نظم التشفير أو الترميز غير المتناظرة التي تأمنه وتكفل صحة المحرر الإلكتروني المرتبط به وتضمن سلامتهما<sup>2</sup>. ولذا، يعد الترميز أو التشفير هو أحد السمات الرئيسية للتوقيع الرقمي<sup>3</sup>. وتفصيل موقف المشرعين المتقدم فيما يلي.

---

يكون التوقيع الإلكتروني قد تم بالفعل. أنظر في هذه الصور: د/ثروت عبد الحميد - المرجع السابق - بند 41 وما يليه - ص 53 وما بعدها & د/حسن جميعي - المرجع السابق - ص 35 وما بعدها & د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل - توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بدولة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي - في الفترة من 10:12 مايو 2003 - الجزء الخامس - ص 1853 وما بعدها & د/هدى قشقوش - الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر شبكات الانترنت - دار النهضة العربية - ط 2000 - بند 65 وما يليه - ص 75 وما بعدها. وأنظر كذلك: منشور لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - بعنوان تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 24 وما يليه - ص 16 وما بعدها.

<sup>1</sup> CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. cit., P. 6,7. & Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 22, 27.

2 منشور لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 25 - ص 17.

3 والتشفير هو تقنية فنية تستخدم لإنتاج التوقيع الرقمي وتشفير المحرر الإلكتروني المرتبط به وفك تشفيره والتحقق من صحتها. وإذا تم ذلك بواسطة مفتاح واحد سُمي بالتشفير المتماثل، أما

بالنسبة للمشرع الفرنسي، فلقد فرقت المادة الأولى من المرسوم رقم 272 لسنة 2001 بين نوعين من التوقيعات الإلكترونية وهما؛ التوقيع الرقمي أو ما أطلقت عليه مسمى التوقيع المؤمن، والتوقيع البسيط<sup>1</sup>.

ويقصد بالتوقيع الإلكتروني المؤمن هو التوقيع الذي يتم إنشاء بياناته باستخدام تقنيات التشفير الآمنة التي من شأنها تأمينه ضد التحريف والتزوير الإلكتروني وتجعله دائماً تحت سيطرة صاحبه وتربطه بالمحرر الإلكتروني إرتباطاً وثيقاً، بما لا يمكن معه فصل أحدهما عن الآخر. فضلاً عن اعتماده من أحد جهات التصديق الإلكتروني والتي تتولى حفظه وإصدار شهادة تصديق معتمدة بشأنه تفيد صحته وتؤكد إرتباطه بصاحبه<sup>2</sup>. ولذا، فإن تسميته بهذا الاسم إنما مرده هو كونه مؤمناً دائماً عبر تقنيات التشفير ومعززاً بشهادة التصديق الإلكتروني<sup>3</sup>.

---

إذا تم بواسطة مفتاحين يطلق عليهما المفتاح العام والخاص، سُمى بالتشفير اللامتمائل. أنظر في مفهوم تقنية التشفير وأهميتها وأنواعه: ما يلي - بند 36 وما يليه.  
<sup>1</sup> أنظر في هذه التفرقة بشكل تفصيلي: رسالتنا السابقة - بند 65.

<sup>2</sup> CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques», op. cit., P.7. & Mason, «Electronic Signatures in Practice», supra, p. 157. & Sarcy and Darques, «Electronic Signature Comparison Between French», supra, p. 2.

<sup>3</sup> CAPRIOLI E, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 21.

غير أنه في واقع الأمر تم تجسيده في فكرة التوقيع الرقمي لكونه عبارة مجموعة من الأرقام أو المفاتيح تنشأ عبر تقنيات التشفير<sup>1</sup>.

أما التوقيع الإلكتروني البسيط، فهو التوقيع الذي يتم بشكل إلكتروني دون أن يعتمد على تقنيات التشفير، ودون أن يصدق عليه من جهات التصديق الإلكتروني. وبالتالي، فلا يصدر بشأنه شهادة التصديق الإلكتروني التي تعزز صحته وتؤهله للحماية القانونية<sup>2</sup>. وهكذا يتضح مدى الاختلاف بينه وبين التوقيع الرقمي أو المؤمن أو المعزز. فالتوقيع البسيط هو كل توقيع إلكتروني ليس رقمياً أو مؤمناً<sup>3</sup>.

وبهذه المثابة، يكون المشرع الفرنسي قد اعتمد نظام التوقيع الرقمي - أو المؤمن - ومنحه كامل القوة الثبوتية بحيث يقوم بذاته دليلاً كافياً على صحة المحرر الإلكتروني، شريطة توافر الشروط القانونية والفنية التي حددها المشرع<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> POULLET et ROYEN, Vers la confiance, op. cit., no. 5.

<sup>2</sup> CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques», op. cit., P.7.

<sup>3</sup> كالتوقيع بواسطة الماسح الضوئي، والتوقيع بالقلم الإلكتروني. فهي توقيعات غير مؤمنة ولا ترتبط بصاحبها ويسهل العبث بها.

<sup>4</sup> أنظر في هذه الشروط: ما يلي - بند 13 وما يليه.

ورغم ذلك، فهو لم يستبعد التوقيع غير الرقمي أو ما يطلق عليه اصطلاح "التوقيع البسيط" كدليل إثبات، وذلك بشرط عدم منازعة الشخص المنسوب صدوره إليه في صحته<sup>1</sup>.

**ونعتقد أن مسلك المشرع المصرى جاء متفقاً بعض الشيء مع موقف نظيره الفرنسى حيث اعتمد التوقيع الرقمى القائم على تقنية المفتاحين، العام والخاص، أو ما يسمى بالتشفير الامتثال باعتباره وسيلة آمنة موثوق بها لإضفاء الحجية القانونية على المعاملات الإلكترونية، وذلك على الرغم من أنه لم يأخذ بالتفرقة المتقدمة بين أنواع التوقيعات الإلكترونية التى أخذ بها المشرع الفرنسى.**

**وسندنا فى ذلك استخدام المشرع عبارة "يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها " عند تعريفه للتوقيع الإلكتروني بالمادة 1/ج من قانون التوقيع الإلكتروني<sup>2</sup>، إنما هو تعريفاً لمدلول التوقيع الرقمى القائم على استخدام الأرقام والرموز والمفاتيح. وكذلك استخدامه عبارة "يكون له طابعاً منفرداً يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره" بذات المادة، إنما تعنى مفاتيح الشفرة الخاصة به والتى تستخدم فى إنشاء التوقيع الرقمى<sup>3</sup>. وعليه، فإذا كانت الألفاظ التى**

---

1 أنظر فى ذلك: ما يلى - بند 75.

2 أنظر: ما تقدم - بند 5.

3 وفقاً لما تنص عليه المادة 8/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

استخدمها قانون التوقيع الإلكتروني على هذا النحو لا تعبر بشكل صريح عن تقنية تشفير المفاتيح القائم عليها التوقيع الرقمي، إلا أن صياغتها قاطعة الدلالة على تبني المشرع هذا التوقيع.

وهذا ما أكدته مفترق نصوص اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني حيث عبرت بجلاء على تبني المشرع للتوقيع الرقمي الذي يعمل وفقاً لتقنية شفرة المفاتيح العام والخاص لاسيما **المادة 3/أ** منها والتي تنص على أنه «يجب أن تتضمن منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤمنة الضوابط الفنية والتقنية اللازمة وعلى الأخص أن تكون المنظومة مستندة إلى تقنية شفرة المفاتيح العام والخاص ....». وكذلك **المادة 11** حيث تنص على أنه «يتم من الناحية الفنية والتقنية كشف أى تعديل أو تبديل فى بيانات المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونياً باستخدام تقنية المفاتيح العام والخاص.....».

وإذا كان المشرع بهذه المثابة لم يعتمد سوى التوقيع الرقمي باعتباره توقيعاً آمناً، إلا أن ذلك لا يعنى عدم الاعتراف بالتوقيعات الإلكترونية الأخرى غير الآمنة، لاسيما وأنه ليس فى قانون التوقيع الإلكتروني نصاً خاصاً يحول دون ذلك<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> وهنا يدق التساؤل فى هذا الصدد حول مدى صحة اتفاق الاطراف على استبعاد استخدام التوقيع الرقمي فى معاملاتهم الإلكترونية واللجوء إلى الصور الأخرى للتوقيعات الإلكترونية،

## ثالثاً أنواع المحرر الإلكتروني.

على أثر التفرة التي أخذ بها المشرع الفرنسي على النحو المتقدم بين التوقيع الآمن، والمعروف بالتوقيع الرقمي، وبين التوقيع غير الآمن - أو البسيط - ، ويقترب منه المشرع المصري إلى حد ما، نرى تقسيم المحرر الإلكتروني من منظوره التقني إلى محرر إلكتروني آمن ومحرر إلكتروني غير آمن<sup>1</sup>.

والمحرر الإلكتروني الآمن هو كتابة إلكترونية تم إنشائها وتذييلها بتوقيع إلكتروني رقمي، يحدد شخصية صاحبه، ويكفل سلامة محتواها ويضمن عدم العبث بها. وبعبارة أخرى هو المحرر الذي يكون ممهوراً بتوقيع رقمي قائم على تقنية التشفير ومصحوباً بشهادة تصديق إلكتروني تؤكد صحته وتضمن عدم تعديله<sup>2</sup>.

بينما نقصد بالمحرر الإلكتروني غير الآمن، الكتابة الإلكترونية التي لا تتضمن توقيعاً رقمياً آمناً، أو التي تكون مذيلة بتوقيعاً لكنه غير آمن، ولا تكون

---

ومدى سلطة قاضي الموضوع في قبول هذا الاتفاق وتقدير هذه التوقيعات. وسوف يكون هذا التساؤل محلاً لإجابة تفصيلية في موضع آخر من هذه الدراسة. أنظر: ما يلي - بند 75.

<sup>1</sup> فلا نقصد بأنواع المحرر الإلكتروني انقسامه إلى محرر عرفي ومحرر رسمي، فهذا أمر بديهي لا يحتاج إلى بيان، فضلاً عن أنه لا يمثل أية خصوصية في هذه الدراسة. ولذا، فهو يخرج عن نطاقها ونحيل بشأنه إلى المراجع العامة والمتخصصة في ذلك.

<sup>2</sup> Voir: CAPRIOLI E, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 21.

مقترنة بشهادة تصديق إلكتروني بحيث تعجز عن تحديد شخصية صاحبها ويسهل تزويرها وتعديلها عبر شبكات الانترنت.

وبهذه المثابة، فإن أمن المحرر الإلكتروني يدور وجوداً وعدمياً بأمن التوقيع الإلكتروني المتمثل في التوقيع الرقمي. فطالما كان التوقيع الإلكتروني رقمياً، كنا بصدد محرر إلكتروني آمن غير قابل للتعديل والتحريف. والعكس صحيح. ويجد ذلك أساسه من الناحية الفنية في أن المحرر الإلكتروني بمجرد تذييله بالتوقيع الرقمي، فإنه يتحول إلى معادلة رياضية مشفرة غير مفهومة بما يتعذر فهمه وتعديله<sup>1</sup>، فضلاً عن أنه يرتبط بهذا التوقيع ارتباطاً وثيقاً بحيث يصبح جزءاً واحداً بما يصعب فصل أحدهما عن الآخر. وبالتالي، فإن تحريف التوقيع الرقمي أو تغيير بياناته الإلكترونية يؤدي بالضرورة إلى تغيير المحرر الإلكتروني ذاته<sup>2</sup>.

ونتيجة لهذا، ميز المشرع الفرنسي بين المحرر الإلكتروني الآمن أى الناتج عن التوقيع الرقمي الآمن، وبين نظيره غير الآمن من حيث درجة القوة الثبوتية،

---

1 د/حسن جميعي - المرجع السابق - ص42 & د/ثروت عبد الحميد - المرجع السابق - ص62.

2 أنظر: منشور لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند29، 30 - ص19. وأنظر بالتفصيل في ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر الإلكتروني: ما يلي - بند15 وما يليه.



وطرق الإثبات، والطرف الملتزم بالإثبات. فمنح الأول دون الثانى الحجية القانونية المطلقة فى الإثبات بما لا يجوز إنكاره واعتبره دليلاً ملزماً للقاضى، بل وافترض صحته دون حاجة إلى إثبات ذلك. ويتفق المشرع المصرى بعض الشئ مع موقف نظيره الفرنسى. وهذا ما سنفصله فيما بعد.

## المطلب الثانى

### تمييز المحرر الإلكتروني عن المحرر التقليدى.

تبنى المشرع المصرى مسلك نظيره الفرنسى فى الاعتراف بالدلالة القانونية للمحرر الإلكتروني فى الإثبات، إذ منحه الحجية القانونية فى الإثبات أسوة بالمحرر التقليدى على نحو يقتضى شموله بالحماية القانونية المقررة للأخير. ورغم ذلك، فإن ثمة فروق جوهرية بين المحررين. وسوف نوضح ذلك فيما يلى.

### أولاً مبدأ التكافؤ الوظيفى بين المحرر الإلكتروني و التقليدى.

تبنى المشرع الفرنسى مبدأ التكافؤ - أو التعادل - الوظيفى بين المحرر التقليدى والمحرر الإلكتروني حيث أنزل الثانى منزلة الأول مساوياً بينهما تماماً من حيث قبولهما ومنحهما ذات الحجية القانونية فى الإثبات<sup>1</sup>. وهذا ما رسمته المادة 1366 من التقنين المدنى الجديد والتي تنص على أن يكون للكتابة على دعامة إلكترونية نفس القوة فى الإثبات التى تثبت للكتابة على الورق<sup>2</sup>. ويسرى هذا المبدأ على المحرر الإلكتروني، بمكوناته الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، بهدف الارتقاء

---

<sup>1</sup> KERBOUCI, «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 7. & Jérôme Huet, Le code civil et les contrats électroniques, OP. Cit., P. 5.

<sup>2</sup> وتقابلها المادة 3/1316 من التقنين المدنى القديم.

بهما إلى المرتبة القانونية لنظيرتهما التقليدية في الإثبات وعدم إنكار آثارهما القانونية<sup>1</sup>.

والأمر نفسه نجده في القانون المصري حيث تبنت المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني مبدأ التكافؤ الوظيفي فنصت على المساواة التامة بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي من حيث الاعتراف القانوني به ومنحه الحجية القانونية الكاملة في الإثبات<sup>2</sup>.

ويقصد بمبدأ التكافؤ الوظيفي تمتع المحرر الإلكتروني بالحجية القانونية في الإثبات بذات القدر المعترف به للمحرر التقليدي<sup>3</sup>. بمعنى أنه لا ينبغي أن يكون هناك اختلاف في المعاملة القانونية بين المحرر الإلكتروني ونظيره التقليدي

---

<sup>1</sup> CAPRIOLIE, Le juge et la preuve électronique, Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, 2000, P. 5,6. & POULLET et ROYEN, «Vers la confiance», op. cit., P. 6 et s.

<sup>2</sup> وتتص المادة 15 على أن للكتابة والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

<sup>3</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني المصري - التعليق على المادة .15

بسبب الوسط الذى ينتقل من خلاله أو بسبب الطريقة التى يتم بها. ولا يجوز أن يكون ذلك سبباً فى حرمان المحرر الإلكتروني من أثره القانونى كدليل إثبات بالمعنى الصحيح<sup>1</sup>.

وتغدو الحكمة من تبنى مبدأ التكافؤ الوظيفى فى دعم الثقة فى استخدام الوسائل الإلكترونية وتشجيع التعامل بمقتضاها، فضلاً عن تسهيل أداء الخدمات للأفراد<sup>2</sup>. ومن ثم منح المحرر الإلكتروني مدلوله القانونى فى الإثبات.

غير أنه ينبغى الأخذ فى الحسبان أن المشرع المصرى<sup>3</sup> ونظيره الفرنسى<sup>1</sup> قد قيد الاعتراف بالمحرر الإلكتروني ومنحه ذات قوة المحرر التقليدى فى الإثبات

---

<sup>1</sup> voir: CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., p. 5,6.

<sup>2</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني المصرى - التعليق على المادة 15. و جدير بالبيان أن الفضل فى ابتداء مبدأ التكافؤ الوظيفى يرجع إلى قانون الأونسترال للتجارة الإلكترونية الصادر عام 1996 حيث قد وجد أن الاشتراطات القانونية اللازمة لصحة المستندات الورقية تمثل عقبة رئيسية قد تحول دون الاستفادة من تقنيات وسائل الاتصال الحديثة فى إنجاز المعاملات والصفقات الإلكترونية. ولذا اعترف بالمستندات الإلكترونية ومنحها ذات حجية المستندات التقليدية. دليل تشريعى قانون الأونسترال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 15، 48.

<sup>3</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني المصرى - التعليق على المادة 15.

بضرورة حيازته للشروط القانونية والفنية التي تكفل صحته وسلامته<sup>2</sup>، وذلك لأن من شأن هذه الشروط أن تجعل المحرر الإلكتروني يؤدي ذات الوظائف التي يقوم بها المحرر المادي الماثلة في تجسيد إرادة الأطراف، الإيجاب والقبول، وتحديد هويتهم، فضلاً عن إمكانية حفظه لفترة طويلة من الزمن دون أن يطرأ عليه أى تعديل أو تحريف بحيث يستطيع الأطراف الرجوع إليه عند الضرورة<sup>3</sup>. وسوف تكون هذه الشروط محلاً للمعالجة بالتفصيل في حينه.

### ثانياً التمييز بين المحرر الإلكتروني والتقليدي.

على الرغم أن المشرعين المصرى والفرنسى يعترفان للمحرر الإلكتروني بالحجية القانونية فى الإثبات أسوة بالمحرر التقليدى - كما قدمنا -، إلا أنه هناك فروق أساسية بين المحررين من نواحي عديدة؛

---

<sup>1</sup> voir; KERBOUCI, «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 7.

<sup>2</sup> أنظر: الطعن رقم 403 لسنة 2014 تجارى الامارات - جلسة 2014/9/11.

<sup>3</sup> أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند70، 49 وما بعده. وأنظر كذلك: د/ثروت عبد الحميد - المرجع السابق - ص175 وما بعدها.

**فمن ناحية أولى** أن المحرر الإلكتروني ينشأ عبر الوسائل الإلكترونية، ولا يرتبط بالدعامة المادية<sup>1</sup> وينفصل عنها تماماً حيث يمكن نقله من دعامة لأخرى<sup>2</sup>، وهو ما يتعذر معرفته وكشفه إلا بالاستعانة بشخص آخر وهو شخص مقدم خدمة التصديق الإلكتروني، باعتباره الخبير الفني المختص فى منازعات التوقيعات والمحررات الإلكترونية<sup>3</sup>. بينما ينجم المحرر التقليدى عن خط اليد، ويرتبط بالدعامة التى ينشأ عليها ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يمكن فصله عنها اللهم إلا بإتلافها أو تغيير مكوناتها، ويمكن كشف هذا الاتلاف بواسطة العين المجردة أو بالاستعانة بأهل الخبرة فى هذا الخصوص<sup>4</sup>.

**ومن ناحية ثانية** أن المحرر الإلكتروني حال تذييله بالتوقيع الرقمية، فإن مضمونه يندمج مع هذا التوقيع ويتحول إلى صياغة رقمية غير ذات معنى أو

---

<sup>1</sup> أنظر فى مفهوم وطبيعة المحرر الإلكتروني: ما تقدم - بند5.

<sup>2</sup> KERBOUCI, «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 18.

<sup>3</sup> أنظر بالتفصيل: ما يلى - بند67، 70.

<sup>4</sup> د/حسن جمعى - المرجع السابق - ص23 & د/فايد عابد - د/عابد فايد - الكتابة الالكترونية فى القانون المدنى بين التطور القانونى والأمن التقنى - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ط 2014 - ص65. وفى ذات المعنى: د/أشرف توفيق - المرجع السابق - ص504.

معادلة رياضية مشفرة غير مفهومة<sup>1</sup>. بينما لا يتأثر المحرر التقليدي حال التوقيع عليه حيث لا تندمج الكتابة بالتوقيع<sup>2</sup>. وأثراً لهذا، فإن مضمون المحرر الإلكتروني يكون عبارة عن بيانات ومعلومات غامضة مشفرة يتعذر قراءتها إلا بواسطة الحاسب الألى أو أى وسيلة إلكترونية مشابهة<sup>3</sup>، وذلك بخلاف المحرر التقليدي الذى يكون مدوناً بحروف ورموز مفهومة بحيث يسهل قراءته بالعين المجردة<sup>4</sup>.

**ومن ناحية ثالثة أنه إذا كانت عناصر المحرر التقليدي هي الكتابة والتوقيع، وهذا ما يجعله دليلاً كتابياً كاملاً، فإن عناصر المحرر الإلكتروني هي الكتابة والتوقيع والتصديق الإلكتروني بمفهومه الواسع المتضمن الحفظ الإلكتروني<sup>5</sup>. ولعل هذا ما يجعله ليس فقط دليلاً كتابياً كاملاً فى الإثبات، وإنما**

---

1 د/إبراهيم الدسوقي - توثيق المعاملات الإلكترونية - المرجع السابق - ص 1857 & د/عبدالله مسفر ود/حسن عباس- التوقيع الإلكتروني - دراسة نقدية لمشروع وزارة التجارة والصناعة الكويتية - مجلة العلوم الاقتصادية والادارية - المجلد 19 - العدد الاول - يونيو - 2003 - ص21.

2 د/محمد زهرة - الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر - المرجع السابق - ص810.

<sup>3</sup> KERBOUCI, «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 11,12.

4 د/عبدالله مسفر ود/حسن عباس - المرجع السابق - ص23.

<sup>5</sup> أنظر فى مكونات المحرر الإلكتروني والتقليدي: ما تقدم - بند6.

أيضاً من قبيل الأدلة المهيأة أو المجهزة<sup>1</sup>، بل كذلك من الأدلة المفترض صحتها بقوة القانون دون حاجة إلى إثباتها نتيجة لآمن تقنية التصديق الإلكتروني فى الحفاظ عليه دون أن يشوبه ثمة تعديل أو تغيير بما يسهل إثباته. وهذا ما يعرف بقرينة الموثوقية، والتي ستكون محلاً للبيان فيما بعد.

وآثراً لذلك، فإن المحرر الإلكتروني الآمن يتمتع بحجية قانونية، وهى حجية مفترضة بقوة القانون، تفوق بكثير تلك التى يتمتع بها المحرر التقليدى، على نحو يمكن القول معه أن المحرر الأول لا يطبق عليه ما يسرى على المحرر الثانى من حيث قوته وعبء إثباته وطرق الطعن عليه. بيد أن ذلك لا يعد سبباً لأن يرقى المحرر الإلكتروني الآمن إلى مصاف ومرتبة المحرر الرسمى حيث أن مناط رسمية المحررات هى تدخل الموظف العام فى إنشائه.

---

<sup>1</sup> وذلك لأن من شأن عملية التصديق الإلكتروني - كما سنرى - حفظ بيانات المحرر الإلكتروني، بما فى ذلك التوقيع الإلكتروني، فى سجل إلكترونى معد لذلك الغرض بحيث يسهل الرجوع إلى الأصل المحفوظ للتحقق من صحة المحرر الإلكتروني المتنازع عليه.

وجدير بالذكر أن الدليل المهيأ هو الدليل الكتابى الذى يعده الأطراف مسبقاً عند نشوء العلاقة القانونية بينهما، للاستناد إليه عند قيام الخلاف بينهما مستقبلاً بمناسبة هذه العلاقة. د/السنهورى - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند6 - ص88 وما بعدها & د/سليمان مرقص - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند41 - ص132 وما بعدها.



## المبحث الثانى حجية المحرر الإلكتروني فى الإثبات.

### تمهيد وتقسيم

تنص المادة 1366 من التقنين المدنى الفرنسى الجديد على تتمتع الكتابة الإلكترونية بنفس القوة فى الإثبات المقررة للكتابة على الدعائم الورقية شريطة أن يكون إمكانها تحديد هوية الشخص الذى صدرت عنه، وأن تنشأ وتحفظ فى ظروف من طبيعتها تضمن سلامتها<sup>1</sup>.

ومفاد هذا النص أن المشرع الفرنسى قد اشترط لتمتع الكتابة الإلكترونية بالحجية القانونية فى الإثبات شرطين مجتمعين هما: تحديد هوية أطرافها، وأن يتم إنشائها وحفظها بشكل يضمن سلامتها وعدم تحريف مضمونها<sup>2</sup>.

---

1 وتقابلها المادة رقم 1/1316 من التقنين القديم مع تعديل بسيط فى الصياغة حيث استخدم المشرع اصطلاح الكتابة الإلكترونية بدلاً من مسمى الكتابة المتخذة شكلاً إلكترونياً، فى حين أنه تبنى ذات الشروط المقررة للاعتراف لهذه الكتابة بالدلالة القانونية فى الإثبات. حيث كانت المادة 1/1316 تنص على على أن تقبل الكتابة المتخذة شكلاً إلكترونياً، شريطة أن يكون فى الإمكان تحديد هوية الشخص الذى صدرت عنه، وأن تنشأ وتحفظ فى ظروف من طبيعتها تضمن سلامتها.

<sup>2</sup> KERBOUCI, «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 11,12. & Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op.

كما اشترط المشرع الفرنسي بموجب الفقرة الثانية من المادة 1367 من ذات التقنين لتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية القانونية في إثبات المحرر الإلكتروني أن يتكون من وسيلة موثوق بها تكون قادرة على تحديد هوية الموقع وتضمن صلته وارتباطه بالمحرر الذي وقع عليه<sup>1</sup>. وكذلك أضافت الفقرة الثانية من المادة الأولى من قرار مجلس الدولة الفرنسي إلى هذه الشروط ضوابط أخرى لتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية القانونية في الإثبات تدور حول؛ ارتباطه بشخص الموقع وحده، وأن يتم بوسيلة يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت سيطرته، وأن يكون مرتبطاً بالمحرر المدرج به بحيث يمكن كشف التعديل الذي يطرأ على هذا المحرر<sup>2</sup>.

ومؤدى مجمل النصوص المتقدمة أنه يشترط لمنح المحرر الإلكتروني، بعنصره الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، الحجية القانونية في الإثبات توافر أربعة شروط هي؛ ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده، وسيطرة الموقع على توقيعه

---

cit.,n. 8, P. 5. Et Voir: Eric Caprioli, «Le juge et la prevue électronique», op. cit., p. 6.7.

1 والتي تنص على أنه "عندما يكون التوقيع الإلكتروني إلكترونياً، فإنه يجب أن يتم استخدام طريقة موثوق بها لتمييز هوية صاحبه ولضمان ارتباطه بالتصرف القانوني الصادر منه. ويفترض موثوقية هذه الطريقة حتى يثبت العكس". وتقابلها الفقرة الثانية من المادة 4/1316 من التقنين القديم.

2 رقم 272 لسنة 2001 الصادر في 30 مارس 2001.

الإلكتروني، وأن ينشأ هذا التوقيع عبر وسيلة فنية يكون باستطاعتها كشف التعديل الذي قد يشوب المحرر الإلكتروني - بعنصريه - وأن يتم حفظ هذا المحرر بشكل يضمن سلامة البيانات الواردة به وعدم تحريفها<sup>1</sup>.

وقد تبنى **المشرع المصري** صراحة ذات هذه الشروط حيث تنص المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني على أنه «يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية أ ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره. ب سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني. ج إمكانية كشف أى تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك».

كما أضافت المادة 8 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون شرطاً آخر لتلك الشروط يتمثل في ضرورة حفظ المحرر الإلكتروني وفقاً لنظام إلكتروني مستقل عن شخص مصدره، وذلك لضمان سلامته وعدم العبث ببياناته.

---

<sup>1</sup> Voir: Eric Caprioli, «Le juge et la prevue électronique», *op. cit.*, p. 10. & Christiane Féral-Schul, Cyberdroit, «le droit à l'épreuve de l'internet», Paris, Dalloz, 6ème éd., 2010. & Huet, «Le code civil et les contrats électroniques», *op. cit.*, P. 8, 9.

غير أن التحقق من صحة شروط المحرر الإلكتروني المتقدمة يبدو بالأمر الصعب، وذلك لأن المحرر الإلكتروني بوصفه محرراً يبرم عبر شبكة الانترنت بين الأطراف دون تلاقيمهم وجهاً لوجه في مكان معين ليس له كياناً مادياً، ولا يحمل توقيعاً يدوياً، ويصعب تحديد هوية الأطراف، فضلاً عن سهولة تعديل بياناته وتحريف مضمونه دون إمكانية إكتشاف ذلك. وبذلك فلا وجود للتوقيع باليد والورق المادى مناط صحة المحررات الكتابية ومنحها الحجية القانونية فى الإثبات<sup>1</sup>.

من أجل ذلك، تبنى المشرع الفرنسى آليات فنية بديلة عن التوقيع باليد والوسائط المادية تحمل ذات فاعليتها بحيث يمكن بمقتضاها التحقق من صحة المحرر الإلكتروني وحيازته للشروط الأربعة سالفة الذكر بذات الطريقة التى انسج منها، وهى الطريقة الإلكترونية. وتتمثل هذه الآليات فى تقنية التشفير والتى بموجبها يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني بشكل يضمن عدم تعديله، فضلاً عن وجود جهات تصديق إلكترونى محايدة تضطلع بالتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني ومضمون المحرر الإلكتروني، وحفظهما فى سجلات خاصة لديها حتى يمكن

---

<sup>1</sup> فالتوقيع باليد هو الشرط الوحيد لصحة المحرر الكتابى، وهو المصدر الحقيقى لإضفاء الحجية على ما يرد به من أحكام والتزامات وبدونه يفقد حجيته فى الإثبات وطبيعته كدليل كتابى كامل. الطعن رقم 3958 لسنة 76ق - جلسة 2012/5/3 ؛ والطعن رقم 111 لسنة 65ق - جلسة 2005/6/28 ؛ والطعن رقم 6889 لسنة 64ق - جلسة 2004/6/13. كذلك أن للدعامة الورقية دور هام فى الحفاظ على المحرر الكتابى حيث ترتبط به ارتباطاً لا يقبل الانفصام بحيث لا يمكن تعديله اللهم إلا بإتلافها.

للأطراف اللجوء إليها - مستقبلاً - إذا ثار الخلاف بينهم<sup>1</sup>. وهى ما تمثل - كما جاء مسبقاً - الآليات القائم عليها نظام التوقيع الرقمية<sup>2</sup>.

وقد أخذ المشرع المصرى بهذه الآليات فى اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني حيث أحال إليها تحديد الضوابط الفنية لصحة المحرر والتوقيع الإلكترونيين وحيازتهما للشروط القانونية التى نص عليها سالفه الذكر<sup>3</sup>.

والواقع أن جهات التصديق الإلكتروني قد أصبحت تختص - كما سنرى - بابتكار تقنية التشفير باعتبارها وسيلة آمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني المسمى بالتوقيع الرقمية. هذا بالإضافة إلى اختصاصها بالتحقق من صحة هذا التوقيع وإثبات حيازته للشروط الواجب توافر التى نحن بصدد بيانها. ولذا ، فإننا سوف نستخدم فى هذه الدراسة مسمى التصديق الإلكتروني بمعناه الواسع على اعتبار أن جهات التصديق الإلكتروني قد أصبحت تقوم بعملية التشفير مناط إنشاء التوقيع الرقمية والتحقق من صحة المحررات الإلكترونية معاً فى آن واحد.

---

<sup>1</sup> Voir: CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. cit., P. 9.

<sup>2</sup> أنظر: ما تقدم - بند 8.

<sup>3</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني - التعليق على المادة 18.



ولبيان ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين فيما يلي.

المطلب الأول: شروط صحة المحرر الإلكتروني.

المطلب الثاني: التصديق الإلكتروني مناط حياة المحرر الإلكتروني لشرائطه القانونية.

## المطلب الأول شروط صحة المحرر الإلكتروني

### تمهيد وتقسيم

ذكرنا للتو أنه يشترط لصحة المحرر الإلكتروني ومنحه الحجية القانونية في الإثبات توافر أربعة شروط يقع على عاتق الشخص المتمسك به إثباتها هي؛ ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده، وسيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني المثبت عليه توقيع الإلكتروني، وإمكانية إظهار التعديل الذي يشوب المحرر الإلكتروني، وأن يتم حفظ هذا المحرر بشكل يضمن سلامته وعدم تحريفه.

ولمعالجة هذه الشروط بشئ من التفصيل؛ فإنه سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع متعاقبة كالتالى:

الفرع الأول: ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده.

الفرع الثانى: سيطرة الموقع على التوقيع الإلكتروني.

الفرع الثالث: سهولة كشف التعديل الذى يطرأ على المحرر الإلكتروني.

الفرع الرابع: حفظ المحرر الإلكتروني.



## الفرع الأول

### إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده.

سبق القول أن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن مجرد بيانات إلكترونية تأخذ شكل حروف أو رموز أو إشارات لا تنتج عن طريق خط اليد كالتوقيع اليدوي، وإنما تنشأ بواسطة أجهزة إلكترونية. وهو بهذه المثابة ينفصل مادياً عن صاحبه بحيث تنقطع الصلة بينهما بما يتعذر تحديد هوية الموقع وتمييز شخصيته.

ولذلك، يشترط المشرع الفرنسي<sup>1</sup> لنهوض التوقيع الإلكتروني بأداء وظيفته في إثبات المحرر الإلكتروني أن يكون هناك إرتباط بينه وبين صاحبه لا يقبل الانفصال<sup>2</sup>، وذلك لأن واقعة إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع يكون من شأنها تحديد هويته<sup>3</sup> وتحقيق الصلة المطلوبة بين التوقيع الإلكتروني والمحرر الإلكتروني، ومن ثم منح الأخير دلالاته القانونية وأثره في الإثبات<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> طبقاً لنص المادة 1367 من التقنين المدني الجديد سالفه الذكر.

<sup>2</sup> Huet, «Le code civil et les contrats électroniques», op. cit., n. 12, P. 8.

<sup>3</sup> Eric Caprioli, «Le juge et la prevue électronique», op. cit., p. 11.

<sup>4</sup> Voir: Huet, «Le code civil et les contrats électroniques», op. cit., n. 12, P. 8.

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الشرط صراحة حيث اشترط للاعتداد بالتوقيع الإلكتروني فى إثبات صحة المحرر الإلكتروني أن يكون مرتبطاً بصاحبه وحده ومتصلاً به اتصالاً وثيقاً<sup>1</sup>. وفيما يلى بيان مفهوم الارتباط وأهميته، وكيفية تحقيقه.

### أولاً مفهوم ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وأهميته.

لا يقصد بالارتباط بين التوقيع الإلكتروني وشخص الموقع الارتباط المادى بينهما<sup>2</sup>، وذلك نظراً لأن التوقيع الإلكتروني - بحسب طبيعته الإلكترونية - ينفصل مادياً عن شخص الموقع بحيث تنقطع الصلة المادية بينهما، وإنما يقصد به الارتباط الفنى أو التقنى بينهما. ويقصد بالارتباط الفنى أن يكون هناك وسيلة فنية

---

1 طبقاً لنص المادة 18/أ من قانون التوقيع الإلكتروني سالفه الذكر.

2 كما هو الحال بين التوقيع والمحرر بمفهومهما التقليدى إذ يوجد ثمة تلازم مادى وثيق على نحو لا يمكن فصلهما عن بعض، وذلك لأن التوقيع التقليدى ينتج عن حركة يد الموقع على المحرر المادى بحيث يتخذ حيزاً منه ويترك أثراً مادياً يدل عليه. أنظر: د/محمد زهرة - الدليل الكتابى وحجية مخرجات الكمبيوتر - المرجع السابق - ص 810 & د/حسن جميعى - المرجع السابق - ص 31، 32 & د/ثروث عبدالحميد - المرجع السابق - ص 28.

آمنة يكون من شأنها ربط بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده بحيث يكون هناك تلازم وارتباط بينهما<sup>1</sup>.

والحكمة من اشتراط الإرتباط الفنى بين التوقيع الإلكتروني وصاحبه على هذا النحو تغدو فى أنه بمقتضى هذا الارتباط يتحقق الارتباط القانونى بينهما المائل فى تعيين هوية الموقع وتحديد شخصيته والتعبير عن رضائه لمضمون ما وقع عليه<sup>2</sup>. ومن ثم إمكانية نسبة المحرر الإلكتروني إلى شخص الموقع وعدم تتصله من آثاره القانونية.

وبهذه المثابة، فإن جوهر تمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية القانونية فى إثبات المحرر الإلكتروني هو ارتباطه بالموقع فنياً بحيث يتعذر فصل أحدهما عن

---

1 دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند97. وأنظر كذلك:

CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique»,  
op. cit., P. 21.

<sup>2</sup> Voir: Eric Caprioli, «Le juge et la prevue électronique», op. cit., p. 11.

وبعبارة أخرى أن شرط الاتباط يعد تطبيقاً لوظيفة التوقيع المتمثلة فى تعيين شخصية الموقع. أنظر: د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص257 & د/أحمد الرفاعى - قوة التوقيع الإلكتروني فى الاثبات - دار النهضة العربية - ص67 & د/تامر الدمياطى - المرجع السابق - ص587.

الأخر واتصاله به قانونياً بشكل مباشر. وبالتالي، فإذا كان التوقيع الإلكتروني لا يرتبط فنياً بشخص الموقع، فإن أثر ذلك هو عدم تمتع المحرر الإلكتروني بالدلالة القانونية في الإثبات<sup>1</sup>. وسوف ننتقل الآن إلى معالجة طرق تحقيق هذا الارتباط.

---

1 See: CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 21.

## ثانياً طرق تحقيق ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع.

تبنى المشرع الفرنسي<sup>1</sup> آليتين فئيتين لتحقيق الارتباط الفنى بين التوقيع الإلكتروني والموقع هما؛ شهادة التصديق الإلكتروني، ومنظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤمنة المعروفة بتقنية شفرة المفتاحين العام والخاص، وذلك لقدرتهم على تحقيق الارتباط الفنى - والقانونى بالتبعية - بين التوقيع الإلكتروني وشخص الموقع رغم انفصاله عنه مادياً<sup>2</sup>. فبموجب هاتين الآليتين يتم ربط التوقيع الإلكتروني بشخص الموقع وحده من الناحية الفنية إرتباطاً وثيقاً بما لا يتصور فصل أحدهما عن الآخر<sup>3</sup>. ومن ثم، يتم تحديد هوية الموقع وتمييز شخصيته عن غيره<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> وفقاً للفقرة الأولى من المادة 5 من مرسوم مجلس الدولة رقم 272 لسنة 2001.

<sup>2</sup> Voir: CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. cit., P. 9. & POULLET et ROYEN, «Vers la confiance», op. cit., N. 19, 20.

<sup>3</sup> أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 121.

<sup>4</sup> Eric Caprioli, «Le juge et la prevue électronique», op. cit., p. 11.

وهذا ما أقره **المشروع المصرى** حيث حددت المادة 9 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني، بالإضافة إلى تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص باعتبارها المنظومة المؤمنة لتكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، كوسائل فنية يمكن من بواسطتها التحقق فنياً من إرتباط التوقيع الإلكتروني بشخص الموقع وتحديد هويته<sup>1</sup>.

وعلى ذلك، فإذا كان التوقيع التقليدى يستمد حجيته القانونية من واقعة التصاقه بالمحرر الكتابى، فإن التوقيع الإلكتروني يستمد حجيته من أمن الوسيلة الفنية المستخدمة فى إنشائه وجدارتها على عدم تعديله، وتدخل جهات التصديق الإلكتروني للتحقق من صحته والحفاظ عليه وضمان عدم العبث به<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر بالتفصيل فى دور هذه الوسائل فى تحديد هوية الأطراف وتمييزهم: ما يلى - بند 37 وما يليه.

<sup>2</sup> POULLET et ROYEN, «Vers la confiance», op. cit., N. 19.

## الفرع الثانى

### سيطرة الموقع على التوقيع الإلكتروني.

18. لقد اقتضت طبيعة التوقيع الإلكتروني باعتباره بيانات إلكترونية تتفصل مادياً عن صاحبه أن يتم وضع هذه البيانات وثبتها داخل وسيط إلكترونى، وذلك حتى يمكن استخدامه فى عملية التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني<sup>1</sup>. ويقصد بالوسيط الإلكتروني الأدوات والأنظمة التى تدخل فى إنشاء التوقيع الإلكتروني المرتبط بمحرر ما<sup>2</sup>، ومنها أجهزة تسجيل البصمات وأنظمة التشفير مثلاً<sup>3</sup>.

ونظراً لأن طبيعة الوسيط الإلكتروني الماثلة فى سهولة نقله من شخص لآخر، سواء بقصد أو بدون قصد، فقد استلزم المشرع المصرى - بموجب المادة 18/ب من قانون التوقيع الإلكتروني - للاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ومنحه

---

<sup>1</sup> ويلاحظ أن المقصود من اصطلاح البيانات الإلكترونية للتوقيع الإلكتروني هو مفاتيح الشفرة الخاصة للموقع التى تستخدم فى وضع التوقيع الإلكتروني الموقع على المحرر الإلكتروني، أو ما يطلق عليها المفتاح الخاص. أنظر: المادة 8/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>2</sup> المادة 1/د من قانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>3</sup> المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني - التعليق على المادة الأولى.

الحجية القانونية في إثبات المحرر الإلكتروني ضرورة سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني المثبت عليه بيانات التوقيع الإلكتروني والمدرجة به<sup>1</sup>.

ولقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الشرط أيضاً حيث تنص المادة 2/1 من قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 مارس 2001 على أن التوقيع الإلكتروني يكون صحيحاً إذا تم بوسيلة يمكن للموقع وحده الاحتفاظ بها تحت سيطرته المباشرة<sup>2</sup>.

وهنا يدق التساؤل حول مدلول اصطلاح سيطرة الموقع على وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني، وبالأحرى السيطرة على الوسيط الإلكتروني المثبت عليه التوقيع الإلكتروني حسب تعبير المشرع المصري، وما هي الطرق التي بمقتضاها يمكن التحقق من هذه السيطرة؟ وسوف نتناول الإجابة عن هذا التساؤل على النحو التالي.

### أولاً مفهوم شرط السيطرة.

---

<sup>1</sup> أنظر: د/أيمن سعد - التوقيع الإلكتروني - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ط2013 - ص24 وما بعدها.

<sup>2</sup> Voir: Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P. 5. & Eric Caprioli, «Le juge et la prevue électronique», op. cit., p. 12.



يقصد بشرط سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني المثبت عليه بيانات التوقيع الإلكتروني؛ تمكين الموقع من بسط رقابته على هذا الوسيط الإلكتروني، بشكل مباشر واستثنائي على نحو تكون معه هذه البيانات تحت تصرفه وسيطرته الفعلية بحيث يتمكن وحده من إجراء عملية التوقيع الإلكتروني<sup>1</sup>. ومعنى ذلك أن يجب أن تكون المفتاح الخاص مثبتاً على وسيط إلكتروني يكون في حوزة الموقع فقط<sup>2</sup>. والواقع أن المشرع المصري قد جسد فكرة الوسيط الإلكتروني في تقنية البطاقة الذكية<sup>3</sup>.

وعلى هذا، فإن المقصد من شرط السيطرة في هذا الصدد هو أن تكون البطاقة الذكية المثبت عليها التوقيع الإلكتروني والمستخدم في وضع هذا التوقيع على المحرر الإلكتروني في حياة الموقع وحده وتحت سيطرته المادية، وذلك حتى

---

<sup>1</sup> أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 122، 126.

<sup>2</sup> Eric Caprioli, «Le juge et la prevue électronique», op. cit., p. 12.

<sup>3</sup> والبطاقة الذكية؛ هي وسيط إلكتروني مؤمن يستخدم في عملية إنشاء وتثبيت التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني ويحتوي على شريحة إلكترونية بها معالج إلكتروني وعناصر تخزين وبرمجيات التشغيل. ويشمل هذا التعريف الكروت الذكية والشرائح الإلكترونية المنفصلة أو ما يماثلها في تحقيق الوظائف المطلوبة بالمعايير التقنية والفنية المحددة في هذه اللائحة. المادة 15/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

يكون التوقيع الإلكتروني صادراً من صاحبه ومرتبباً به<sup>1</sup>. ولذا، فلا يقصد بشرط السيطرة حيازة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ذاتها، فهي تكون فى حوزة جهات التصديق الإلكتروني - كشخص محايد - بمنأى عن الموقع. فثمة فارق بين الأمرين سنوضحه فى البند التالى.

ثانياً التمييز بين السيطرة على وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني والسيطرة على البطاقة الذكية المثبت عليها.

الحقيقة - فى اعتقادنا - أن هناك فارق جوهري بين مدلول السيطرة على وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني، ومدلول السيطرة على الوسيط الإلكتروني أو البطاقة الذكية المثبت عليها هذا التوقيع، حكماً وطبيعة.

فالسيطرة على وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني، وهى ما تسمى بالمفتاح الجذرى<sup>2</sup>، إنما تكون لجهات التصديق الإلكتروني حيث تحتفظ بالنسخة الأصلية

---

<sup>1</sup> فشرط سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني ما هو إلا وجه آخر لشرط ارتباط التوقيع الإلكتروني بشخص الموقع سالف البيان، فشرط الارتباط يدور وجوداً وعدمياً مع شرط السيطرة. فكما كان هناك سيطرة فعلية على بيانات التوقيع الإلكتروني، كان هناك بالتبعية ارتباط بين التوقيع الإلكتروني وصاحبه، والعكس صحيح. أنظر فى هذا المعنى: دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 123.

<sup>2</sup> ويقصد به أداة إلكترونية تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة تبتكرها هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وتقدمها لجهات التصديق الإلكتروني حتى تتمكن من النهوض بمهامها

لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني فى نظامها الإلكتروني كشخص محايد ومستقل عن الأطراف بحيث يمكن اللجوء إليها عن الضرورة لإثبات صحة هذا التوقيع. بينما السيطرة على الوسيط الإلكتروني المثبت عليه التوقيع الإلكتروني، وهى البطاقة الذكية، فهى تكون للموقع ذاته حيث يحتفظ بالبطاقة الذكية المثبت عليها التوقيع الإلكتروني كوسيلة تمكنه من عملية التوقيع على المحرر الإلكتروني. وهذا ما رسمته المادة 12/ز من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني حيث نصت على أنه يجب أن يتوافر لدى طالب الحصول على الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني نظام حفظ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادات التصديق الإلكتروني.... وذلك فيما عدا مفاتيح الشفرة الخاصة التى تصدرها للموقع، فلا يتم حفظها إلا بناء على طلب الموقع<sup>1</sup>. وبيان ذلك عملياً؛ أن المفاتيح الخاص أداة وضع التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني يكون فى حوزة الموقع وتحت سيطرته هو فقط، بينما تحتفظ جهات التصديق الإلكتروني بالمفاتيح

---

وهى إنشاء التوقيع الإلكتروني وإصدار شهادات التصديق الإلكتروني. لمزيد من التفاصيل، أنظر: ما يلى - بند 37.

<sup>1</sup> وتقابلها المادة 6 ثانياً فقرة ط من مرسوم مجلس الدولة الفرنسى رقم 2001/272 حيث حظرت على جهات التصديق الإلكتروني الاحتفاظ بالمفاتيح الخاصة بالموقع التى تستخدم فى إنشاء التوقيع الإلكتروني.

العام حتى تستطيع تقديم خدماتها باعتباره مناط التحقق من صحة التوقيعات والمحركات الإلكترونية<sup>1</sup>.

ونظراً لهذه التفرقة، نجد المشرع المصرى لم يتبن اصطلاح «سيطرة الموقع» وحده دون غيره على وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني» الذى استخدمه نظيره الفرنسى، بل فضل استخدام اصطلاح «سيطرة الموقع» وحده على الوسيط الإلكتروني» عوضاً عنه. وسبب ذلك - فى رأينا - هو رغبة المشرع فى أن يسبغ على نصوصه القانونية طابعاً من الدقة، فأتى بالاصطلاح الأخير قصداً به عدم مخالفة مبدأ عدم اصطناع الشخص دليلاً لنفسه كأحد المبادئ الأساسية فى الإثبات. فضلاً عن تدعيم الثقة فى التوقيع الإلكتروني والحفاظ على حقوق الأطراف ومراكزهم القانونية. ولا شك أن هذا مسلك محمود إذ يجب أن تكون الاصطلاحات التى يستخدمها المشرع، واضحة الدلالة، صريحة الألفاظ، دقيقة المضمون، وذلك لتجنب الانحراف إلى غير ما قصده المشرع<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ولمزيد من التفاصيل، أنظر: ما يلى - بند 37، 38.

<sup>2</sup> فاصطلاح سيطرة الموقع على وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني معناه أن تكون الأنظمة الفنية التى تم استخدامها فى إنشاء بيانات التوقيع الإلكتروني خاضعة لإرادة الموقع وتحت تصرفه. وإذا كان الأمر كذلك، فإنه ليس من الجائز قانونياً الاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني فى هذه الحالة لتعارضه مع مبدأ عدم اصطناع الشخص دليلاً لنفسه كأحد المبادئ الأساسية فى الإثبات، فضلاً عن سهولة قيام الموقع بتعديل بيانات توقيعه الإلكتروني بعد إبرامه المحرر الإلكتروني دون

## ثانياً طرق تحقيق شرط السيطرة.

تتحقق السيطرة الفعلية على الوسيط الإلكتروني المستخدم فى إنشاء وتثبيت بيانات التوقيع الإلكتروني عن طريق حيازة الموقع للأرقام السرية أو الرموز المشفرة محل التوقيع الإلكتروني حيازة فعلية على سبيل الإنفراد بحيث يتعذر على الغير العلم بها أو استعمالها<sup>1</sup>، كأن يتم وضع وحفظ هذه الأرقام فى صورة بطاقة ذكية مؤمنة تقترن بكود سرى يحتفظ بهما صاحب التوقيع الإلكتروني وحده. وهذا ما رسمته المادة 10 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصرى<sup>2</sup>.

ونتيجة لهذا، لا يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية القانونية فى الإثبات إذا فقد صاحبه سيطرته على الوسيط الإلكتروني الذى يتضمن بيانات التوقيع

---

إمكانية اكتشاف ذلك، والإدعاء بعدم ارتباطه بها للتصل من أثاره القانونية. ولمزيد من التفاصيل حول مفهوم مبدأ عدم اصطناع الشخص دليلاً لنفسه وأليات تفاديه، أنظر: ما يلى - بند30.

<sup>1</sup> دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند97.

<sup>2</sup> وتتص هذه المادة على أنه يتحقق من الناحية الفنية والتقنية سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني المستخدم فى عملية تثبيت التوقيع الإلكتروني عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفرى الخاص متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والكود السرى المقترن بها.

الإلكتروني، أى فقد البطاقة الذكية بحيث أصبحت فى حيازة الغير غير مأمنه، وذلك لأن صدور التوقيع الإلكتروني فى هذه الحالة لا يعبر عن إرادته صاحبه<sup>1</sup>.

وفى هذا السياق، أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف الذى رفض القضاء بصحة التوقيع الإلكتروني لأحد الأشخاص لانتفاء شرط سيطرة صاحبه على البيانات السرية للتوقيع الإلكتروني نظراً لانتقالها من تحت حيازته إلى حيازة محاميه - باعتباره شخص الغير- حيث قدم هذه البيانات فى صحيفة الدعوى المقدمة للمحكمة، وهو ما ينتهى معه طابع السرية الذى كان ينبغى أن تتسم به هذه البيانات<sup>2</sup>.

ونعتقد أن هذا الحكم فى غير محله، وذلك لأن تقديم المدعى بيانات توقيعه الإلكتروني إلى محاميه، إنما هو مجرد تقديم للمعلومات المسجلة على

---

<sup>1</sup> فضلاً عن أنه يتعذر تمييز هوية الموقع وتحديد شخصيته. أنظر: د/مدوح مبروك - مدى حجية التوقيع الإلكتروني فى الإثبات - المرجع السابق - ص164 & د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص31. ولهذا، يرى البعض أن التوقيع الإلكتروني الذى يتم عبر التليفون المحمول ليس له حجية قانونية، وذلك لانتفاء شرط السيطرة الفعلية عليه إذ يسهل لأى شخص الحصول عليه وحيازته، فضلاً عن سهولة الحصول على كوده السرى عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة. د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص29.

<sup>2</sup> Voir: Cour de Cassation, Cass. 2<sup>e</sup>. Civ., 30 Avr., 2003. No. 2003-018798.

منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة النقض الفرنسية.

البطاقة التي تحمل هذا التوقيع دون تسليمه البطاقة ذاتها التي تخضع لسيطرة الموقع وإرداته فقط باعتبارها مناط إجراء عملية التوقيع الإلكتروني، فبدون البطاقة لا تتم عملية التوقيع الإلكتروني ذاتها. وبذلك، فإن إظهار بيانات التوقيع الإلكتروني للموقع في صحيفة الدعوى لا يعنى فقد الموقع شرط سيطرته على توقيعه الإلكتروني مناط منحه الحجية القانونية في إثبات صحة المحرر الإلكتروني<sup>1</sup>. ناهيك عن أن المدعى حال تقديمه لبيانات توقيعه الإلكتروني إلى محاميه على هذا النحو قد تم برضائه التام وكامل إرادته<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> كما هو الحال عند تقدم شخص إلى الشراء، فيبادر عند سداد قيمة المشتريات بإخراج بطاقة الفيزا وإعطائها للبائع، فيقوم البائع بتمرير البطاقة على جهاز الدفع الإلكتروني، ثم يطلب منه الرقم السرى فيخبره به وقد يسمعه الغير فيعرفه. ويلاحظ أنه رغم علم الغير بالرقم السرى، إلا أنه يتعذر عليه استخدام هذه البطاقة، وذلك لأن الرقم السرى يرتبط ببطاقة الفيزا التي تكون في حيازة صاحبها وتحت سيطرته بما لا يتصور استخدام أحدهما دون الآخر.

غير أن الوضع يختلف تماماً إذا فقد الموقع البطاقة الذكية دون الرقم السرى لها، فهنا يسهل بواسطة هذه البطاقة الحصول على الرقم السرى واستخدامها دون رضاء صاحبها. وفي هذا الفرض ينبغي على صاحب البطاقة إبلاغ الجهات التي أصدرتها، سواء كانت جهات التصديق الإلكتروني أو أحد البنوك المرخص لها، وذلك لوقف التعامل بها. أنظر: د/على قاسم - المرجع السابق - ص31.

<sup>2</sup> أنظر في عكس هذا التعليق وتأييد هذا الحكم: د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص30. وأنظر كذلك:

Feral-schuhl, le droit à La prevue de l'internet, Dalloz 2006, p, 230, 231.

ويلاحظ أن حيازة الموقع للبطاقة الذكية - بوصفها الوسيط الإلكتروني الذي يثبت عليه التوقيع الإلكتروني - على النحو المتقدم هو في حقيقة الأمر حيازة رمزية يكون من شأنها تخويله حق استخدام التوقيع الإلكتروني ومنحه سلطة فعلية كاملة ومباشرة عليه<sup>1</sup>. ولا يشترط أن تكون هذه الحيازة دائمة، وإنما يكفي أن تكون حيازة مؤقتة يكون من شأنها امتلاك الموقع السيطرة المادية على بيانات التوقيع الإلكتروني لحظة إجراء عملية التوقيع الإلكتروني<sup>2</sup>.

ومفاد ذلك أنه يشترط أن يكون هناك تعاصر بين حيازة الموقع للبطاقة الذكية محل التوقيع الإلكتروني، وبين لحظة استخدامها في عملية التوقيع على المحرر الإلكتروني. ومن ثم، فإذا فقد الموقع سيطرته على هذه البطاقة - لأى سبب - بعد ذلك، فإنه لا أثر لذلك على الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني والمحرر الإلكتروني بالتبعية.

---

<sup>1</sup> غير أنها في ذات الوقت تفرض عليه بذل عناية معقولة في المحافظة على سرية بيانات التوقيع الإلكتروني، ومنع الغير من التعرف عليها والعبث بها شأنها شأن العناية التي يبذلها الشخص العادى. فالترام الموقع إذن هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة. ولعل المعيار فى ذلك بطبيعة الحال هو معيار موضوعى وفقاً لظروف وملابسات الحال. دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 138، 139.

<sup>2</sup> أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 122، 123.



ونرى أنه يجوز للموقع مباشرة السيطرة المادية على البطاقة الذكية وحيازتها بنفسه بشكل فعلى، وهذا هو الأصل باعتباره صاحب التوقيع الإلكتروني. بيد أنه لا ضير من أن يباشر الموقع هذه السيطرة بواسطة الغير، وذلك بأن يكلف الغير باستخدام هذه البطاقة الذى يسلمها له برضائه التام. وهنا تنتقل السيطرة المادية من الموقع - صاحب التوقيع الإلكتروني - إلى الغير، والذى ينعت بوصف "الحائز"، شريطة أن يتم استخدام البطاقة الذكية باسم الموقع ويعلمه ولصالحه<sup>1</sup>. كما لو كان الشخص الموقع شخصاً معنوياً كشركة أو مؤسسة، فيصح فى هذا الفرض أن يباشر التوقيع الإلكتروني ويستخدمه مديرها مثلاً. وهذا ما يمكن أن نسميه - نحن - بالتوقيع الإلكتروني بالوساطة.

---

<sup>1</sup> وهنا تجدر التفرقة بين الموقع والحائز؛ فالحائز هو مجرد حائز للبطاقة الذكية دون التوقيع الإلكتروني ذاته فهو لصيق بشخص الموقع. بينما الموقع ليس مجرد حائز فقط، وإنما كذلك هو الشخص الذى صدرت عنه بيانات التوقيع الإلكتروني، سواء استخدم التوقيع الإلكتروني نفسه أو أناب غيره فى ذلك. وعليه يمكن القول بأن كل موقع يكون حائزاً للبطاقة الذكية، ولكن ليس كل حائز للبطاقة ينعت بوصف الموقع.

ولذلك، فقد اقترح البعض عند مناقشة مشروع قانون التوقيع الإلكتروني أن يكون الموقع هو الشخص الذى صدرت عنه بيانات التوقيع الإلكتروني، فالموقع ليس مجرد حائزاً، ولكنه هو الذى تصدر عنه هذه البيانات، سواء وقع عن نفسه أو عن ينوب أو يمثله قانونياً. ولكن هذا الاقتراح - وهو اقترح حسن فى محله - لم يلق قبول المشرع حال إصدار قانون التوقيع الإلكتروني. أنظر: مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 54 - دور الانعقاد الرابع - الفصل التشريعى الثامن - ص21.

ونشير أن **المشرع المصرى** قد أجاز توقيع الوساطة. وهذا هو البين من دلالة نص المادة 1/هـ من قانون التوقيع الإلكتروني والتي تنص على أن الموقع هو الشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع ويوقع عن نفسه أو عن يئيبه أو يُمثله قانونياً<sup>1</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسى حيث اعتبر الموقع هو أى شخص طبيعى يستعمل جهاز لإنشاء التوقيع الإلكتروني لحساب نفسه أو لحساب شخص آخر طبيعى أو اعتبارى يُمثله<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> وهذا هو ذات ما نصت عليه المادة 5/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>2</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 3/1 من المرسوم رقم 2001/272.

## الفرع الثالث

### إمكانية كشف التعديل الذى يطرأ على المحرر الإلكتروني.

22. من المسلم به أن الدعائم الإلكترونية - كالاسطوانات والأشرطة الممغنطة - تعجز عن كفالة سلامة المحررات الإلكترونية المخزنة عليها، فهي فى حد ذاتها ليست وسيلة لحمايتها، إذ من السهل تعديلها والعبث بها دون إكتشاف ذلك<sup>1</sup>، وذلك على خلاف الدعائم المادية - كالورق - حيث تكفل سلامة المحررات التقليدية وتضمن عدم المساس بمضمونها<sup>2</sup>. وبهذا، فإن تأمين المحرر الإلكتروني وضمان سلامته هو حجز الزواية فى قبوله والاعتراف به كدليل إثبات<sup>3</sup>.

وتأسيساً على ذلك، فإنه يشترط لتمتع المحرر الإلكتروني بالحجية القانونية فى الإثبات - بحكم طبيعته الإلكترونية - أن يتم إنشائه عبر وسيلة فنية تكون

---

<sup>1</sup> Poullet et J.ROYEN, « Vers la confiance », op. cit., P. 13.

<sup>2</sup> وذلك لأنه بحكم طبيعتها لا تقبل الانفصام عن المحررات الورقية اللهم إلا بإتلافها أو تغيير مكوناتها الأساسية، كالخبر أو الورق ذاته. د/حسن جمعى - المرجع السابق - ص 32 & د/فايد عابد - الكتابة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 65. ولذا، فإن المحرر التقليدى يستمد قوته من واقعة التصاقه بالدعائم المادية، فضلاً عن واقعة التوقيع ذاتها. أنظر:

Poullet et J.ROYEN, « Vers la confiance », op. cit., P. 3, 19.

<sup>3</sup> أنظر: د/إبراهيم الدسوقي - توثيق التعاملات الإلكترونية - المرجع السابق - ص 1861. وأنظر كذلك:

Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P. 3.

قادرة وجديرة على القيام بذات الوظيفة التي تقوم بها الدعائم المادية في حماية المحرر التقليدي، بحيث يكون في استطاعتها تأمين المحرر الإلكتروني ضد مخاطر التزوير الإلكتروني وإجلاء التعديل الذي يطرأ عليه وإظهار التغيير الذي يشوبه<sup>1</sup>.

وهذا ما تنص عليه المادة 18/ج من قانون التوقيع الإلكتروني حيث رهنتمتع المحرر الإلكتروني بالحجية القانونية في الإثبات بشرط إمكانية كشف التعديل الذي قد يطرأ على بياناته ومضمونه. وتقابلها المادة 2/1 من قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 مارس 2001.

والواقع أن المشرع الفرنسي أخذ بتقنية التصديق الإلكتروني كألية فنية جديرة بتأمين المحرر الإلكتروني وما يذيل به من توقيعات إلكترونية من الوقوع في أيدي لصوص شبكة الانترنت من المحتالين والمزورين<sup>2</sup>، فضلاً عن قدرتها على

---

<sup>1</sup> KERBOUCI, «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 26.

<sup>2</sup> POULLET et J.ROYEN, «Vers la confiance» op. cit., no. 12. & Eric Caprioli, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., p. 12.

إكتشاف ما قد يطرأ عليه من تعديلات<sup>1</sup>. كما أخذ بتقنية شفرة المفتاحين العام والخاص فى هذا الخصوص<sup>2</sup>.

وهذا هو ما قننه المشرع المصرى حيث تبنت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني<sup>3</sup> تقنية المفتاحين العام والخاص، وشهادة التصديق الإلكتروني كوسائل فنية يمكن بمقتضاها التحقق من صحة المحرر الإلكتروني وإظهار آوجه التحريف أو التعديل التى تطرأ عليه. كما استحدث المشرع<sup>4</sup> طريقة فنية خاصة للتحقق من سلامة شهادات التصديق الإلكتروني ذاتها، تسمى بصمة شهادة التصديق الإلكتروني الجذرية<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Huet J, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit, P. 9.

<sup>2</sup> Isabelle, op. cit, , P. 20,21. & Huet J, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit, P. 9,10.

<sup>3</sup> طبقاً لنص المادة 11 من هذه اللائحة.

<sup>4</sup> وفقاً للقرار الوزارى رقم 307 لسنة 2010 الصادر فى 2010/11/21 بإضافة المادة 20 مكرر إلى اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>5</sup> وسوف تكون هذه النظم الفنية محلاً لدراسة تفصيلية فى موضع آخر. لذا نحيل إليها منعاً للتكرار والإطالة. أنظر: ما يلى - بند 77 وما يليه.

## الفرع الرابع

### حفظ المحرر الإلكتروني.

أضاف **المشرع المصري** بموجب الفقرة الأولى من المادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني شرطاً إضافياً لشروط منح المحرر الإلكتروني الحجية القانونية فى الإثبات، وهو شرط ضرورة حفظ المحرر الإلكتروني وفقاً لوسيلة فنية مستقلة عن الأطراف وغير خاضعة لسيطرتهم بحيث يمكن بمقتضاها تحديد وقت إنشائه، وتحديد هوية منشئه، فضلاً عن قدرتها على ضمان سلامته وعدم العبث به<sup>1</sup>.

---

1 وتنص الفقرة الأولى من المادة 8 من اللائحة على أنه "مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها فى القانون، تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية لمنشئها إذا توافرت الضوابط الفنية والتقنية الآتية: أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكترونى مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات أو لسيطرة المعنى بها".

والواقع أن غالبية الفقه قد استطرد فى شرح شروط تمتع المحرر الإلكتروني بالشروط الثلاثة التى نصت عليها المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني متجاهين بذلك شرط الحفظ الإلكتروني المنصوص عليه بالفقرة السابقة من اللائحة التنفيذية لهذا القانون باعتبارها المتمم والمكمل له. أنظر: د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص254 وما بعدها & د/الانصارى النيدانى - القاضى والوسائل الإلكترونية - دار الجامعة الجديدة - ط2009 - ص وما بعدها. عكس ذلك؛ نجد أن البعض قد أولى شرط الحفظ الإلكتروني عناية خاصة،

وهذا هو ذات مسلك القانون الفرنسى حيث رهنّت المادة 1366 من التقنين المدنى الجديد الاعتراف بالقوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني بضرورة حفظ بياناته - الكتابة الإلكترونية - على نحو تبقى سليمة دون تغيير<sup>1</sup>. وكذلك اشترط المرسوم الفرنسى رقم 575 لسنة 2004 بشأن تعزيز الثقة فى الأقتصاد الرقوى طبقاً للمادتي 25، 27 ضرورة حفظ الكتابة الإلكترونية التى تثبت العقد<sup>2</sup>. وأيضاً

---

وسبب ذلك هو اعتماده على ما قننه المشرع الفرنسى بالمادة 1/1316 من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة 1366 من التقنين الجديد الذى جعلت عنصر الحفظ الإلكتروني شرطاً لتمتع المحرر الإلكتروني بالحجية القانونية فى الإثبات. أنظر: د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص55 وما بعدها & د/أسامة أبو الحسن - الوسيط فى المعاملات الإلكترونية - المرجع السابق - ص427 وما بعدها & د/تامر الدمياطى - المرجع السابق - ص650 وما بعدها & د/عابد فايد - الكتابة الإلكترونية - المرجع السابق - بند47 وما يليه - ص55 وما بعدها. كذلك أولت بعض أحكام القضاء شرط الحفظ الإلكتروني أهمية خاصة. أنظر: حكم المحكمة الاقتصادية فى الدعوى رقم 41 لسنة 2013 - جلسة 2015/1/31.

<sup>1</sup> Cour de Cassation Cass. 2re civ. Cham civ 2, 30 April 2003, case no. 00-46467. Et Voir: Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 77, 79. & Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., n. 26, P. 20, 21.

<sup>2</sup> Voir: CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 19.

المرسوم رقم 973 لسنة 2005 المتعلق بالمحركات الرسمية حيث أوجب إنشاء سجل إلكترونى يسجل فيه كل بيانات المحركات الرسمية<sup>1</sup>.

وبذلك، يكون المشرع المصرى قد اتفق مع موقف نظيره الفرنسى على اعتبار الحفظ الإلكتروني شرطاً ضرورياً لا غنى عنه لتمتع المحرر الإلكتروني بالحجية القانونية فى الإثبات<sup>2</sup>. ولا شك فى أن حفظ المحرر الإلكتروني بطريقة آمنة بحيث يصعب تعديل مضمونه أو تغيير بياناته من شأنه درء المنازعة فى صحته مستقبلاً<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر فى المرسوم: د/عابد فايد - الكتابة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 204 وما يليه - ص 204 وما بعدها.

<sup>2</sup> ونرى أنه ينبغى التمييز فى هذا الخصوص بين أمرين هما؛ عدم تعرض المحرر الإلكتروني للتعديل، وقدرته على كشف التعديل الذى يشوب. فثمة فارق كبير بينهما؛ فالأول يعنى الحفاظ عليه وضمان سلامته بحيث تكون بياناته بمنأى عن التحريف والتزوير الإلكتروني، وهو ما يتحقق إذا تم حفظه فى سجلات إلكترونية معدة لهذا الغرض بما يتعذر تعديله ويمكن الرجوع إليها عن نشوء الخلاف حول صحته. أما الثانى فيعنى قدرة المحرر الإلكتروني ذاته على إظهار التعديلات التى تطرأ على بياناته، وأن يترك أثراً واضحاً عليها، ويتحقق ذلك - كما رأينا - عن طريق تقنيات التشفير والتصديق الإلكتروني.

<sup>3</sup> أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 70، 49 وما بعده.



ولمعالجة ماهية الحفظ الإلكتروني ومقتضياته، فإنه يتعين أولاً تحديد مفهوم الحفظ الإلكتروني ومبرراته وأهميته، ثم بيان طرقه، ونختم بالتصدي لبيان شروطه، وذلك على نحو تفصيلي فيما يلي.

## أولاً مفهوم الحفظ الإلكتروني ومبرراته وأهميته.

يقصد بالحفظ الإلكتروني؛ حفظ المحرر الإلكتروني وتسجيل بياناته وما يذيل بها من توقيعات إلكترونية بصيغته الأصلية التي نشأ بها في سجل خاص معد خصيصاً لذلك بشكل يضمن إعادة عرضه عرضاً دقيقاً بسهولة تامة والحصول على نسخة مطابقة منه عند الضرورة، وذلك على نحو يكفل دقة وصحة هذه البيانات وعدم تغييرها أو تعديلها<sup>1</sup>.

ويجد شرط الحفظ الإلكتروني تبريره في ضمان سلامة المحرر الإلكتروني وعدم تعديله، وذلك إذ من السهل عبر شبكات الانترنت العبث في مضمون هذا

---

<sup>1</sup> Voir: CAPRIOLIE, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 7. & Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., n. 26, P. 20, 21.

وأنظر كذلك: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند56.

المحرر وتغييره<sup>1</sup>، فضلاً عن سهوله نقله من دعامة إلى أخرى دون اكتشاف ذلك. ناهيك عن صعوبة التفرقة بين أصل المحرر الإلكتروني والصور المنسوخة منه<sup>2</sup>.

وأهمية حفظ المحرر الإلكتروني واضحة وهي تيسير الإطلاع عليه في أى وقت خلال الفترة المحددة لعملية الحفظ الإلكتروني. فضلاً عن تيسير عملية إثباته وتشجيع رقابة القضاء عليه فيما يحصل من منازعات بشأنه<sup>3</sup>، باعتباره من قبيل الأدلة المهيأة<sup>4</sup>. ومن ثم الحفاظ على حقوق أطرافه واستقرار مراكزهم القانونية.

وعلى ذلك، يعتبر الحفظ الإلكتروني شرطاً للاعتراف بالمحركات الإلكترونية، ومناطق قبولها أمام القضاء، وحجر الزاوية في تمتعها بالحجية القانونية

---

<sup>1</sup> CAPRIOLIE, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 12. & Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 53.

<sup>2</sup> Arnoud, la signature électronique, op. cit., P. 37,38.

<sup>3</sup> أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 80، 81. وأنظر كذلك: د/على قاسم - المرجع السابق - ص 30 & د/تامر الدمياطى - المرجع السابق - ص 656 & د/عابد فايد - نظم الإثبات - دار النهضة العربية - ط 2015 - بند 339 - ص 313. وأنظر أيضاً:

Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 52, 53.

<sup>4</sup> أنظر: ما تقدم - بند 12.

فى الإثبات، فهى تدور وجوداً وعدمأ معه<sup>1</sup>، وذلك لأن المحررات الكتابفة - كقاعدة - تستمد قوتها من استمرارها فترة طويلة من الزمان<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر: دليل تشرف قانون الاونسترال النموذجى بشأن التوففعات الإلكترونفة - المرجع السابق - بند56. وأنظر كذلك: د/مجد أبوزفد - المرجع السابق - ص157 & د/مصطفى أبومندور - المرجع السابق - بند55 - ص83 وما بعدها & د/عابد فايد - نظم الإثبات - المرجع السابق - بند345 - ص318. وأنظر كذلك:

Françoise Banat-Berger et Anne Canteaut, Intégrité, signature et processus d'archivage. At; francoise.banatberger @ culture.gouv.fr & Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 52.

<sup>2</sup> أنظر: د/مصطفى أبومندور - المرجع السابق - بند55 - ص83.

## ثانياً طرق الحفظ الإلكتروني.

لم يحدد المشرع المصري بالمادة 1/8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني سאלفة الذكر طريقة معينة لعملية الحفظ الإلكتروني، وإنما عول على كل وسيلة فنية تكون قادرة على تخزين بيانات المحرر الإلكتروني وما يذيل به من توقيعات إلكترونية بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة. ولعل هذا هو ذات مسلك نظيره الفرنسي حيث لم يبين طريقة بعينها لحفظ المحرر الإلكتروني<sup>1</sup>.

وبهذا يبدو واضحاً أن كلا المشرعين المصري والفرنسي لم ينظر إلى عملية الحفظ الإلكتروني من منظورها التقني، وإنما من منظورها الوظيفي باعتبارها أداة لتدوين فحوى المحررات الإلكترونية ومضمونها بشكل يضمن سلامتها وعدم العبث بها. ومرجع ذلك هو الرغبة في مواكبة التطور الفني وما يأتي به مستقبلاً من وسائل تقنية جديدة في هذا الخصوص قد يتعذر على القواعد القانونية الحالية استيعابها<sup>2</sup>. ولاشك أن لهذا المسلك وجاهته، وذلك لأنه يتفق مع سنة التطور التقني

---

<sup>1</sup> Voir: Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 77, 79. & Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., n. 26, P. 20, 21.

<sup>2</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني. وأنظر كذلك:

Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 54, 57.

الذى يصعب مسايرته وتوقع ما ينتجه من الأنظمة الفنية فى المعاملات الإلكترونية<sup>1</sup>.

على أنه تجدر الإشارة إلى أنه أيا كانت الوسيلة الفنية التى سيتم استخدامها فى عملية حفظ المحرر الإلكتروني، فإنه ينبغى أن تكون وسيلة موثوق بها ومؤمنة ضد كافة المؤثرات، سواء أكانت طبيعية أو بشرية أو تكنولوجية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> عكس ذلك، اتجهت بعض التشريعات إلى تبني فكرة السجل الإلكتروني "Electronic record" كوسيلة فنية موثوق بها يتم بموجبها حفظ المحرر الإلكتروني وتسجيل عملية التصديق الإلكتروني التى تقوم بها جهات التصديق الإلكتروني بشكل يضمن سلامته والحفاظ عليه، بما يمكن الرجوع إلى الأصل المحفوظ فى أى وقت. كما ساوت هذه التقنيات بين السجل الإلكتروني والسجل الورقى من حيث الأثر القانونى المترتب على أى منها، واعترفت له بالحجية القانونية فى الإثبات. كقانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي فى مادته رقم 1/8، 2/7؛ وقانون المعاملات الإلكترونية الأردنى فى مادتيه رقم 7، 8. وأنظر فى ماهية السجل الإلكتروني ونظامه القانونى بتفصيل مناسب: د/أشرف توفيق - المرجع السابق - ص 509 وما بعدها. وأنظر كذلك:

Uniform Electronic Evidence Act, «consultation paper», September, 1998. AT; <http://www.ulcc.ca/en/poam2/index.cfm?sec=1998>. & The United Nations Archives and Records Management, «Section V – the establishment and preservation of records» AT; <http://www.un.org/arabic/archives/index.html>>

<sup>2</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 54–58. & Françoise et Anne Canteaut, Intégrité, signature et processus d'archivage, préc.

بمعنى أن يتوافر فيها معايير الأمان القانونى التى يحددها المشرع<sup>1</sup>. هذا فضلاً عن استيفاء عملية الحفظ الإلكتروني للشروط القانونية التى تكفل انتظامها وجدارتها بالثقة المطلوبة فى أداء وظيفتها فى الإثبات، والتى سيلي بيانها الآن.

### ثالثاً شروط الحفظ الإلكتروني.

وضعت الفقرة الأولى من المادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني أربعة شروط لصحة عملية الحفظ الإلكتروني للمحركات الإلكترونية، وهى:

#### 1- أن يتم الحفظ الإلكتروني لدى جهات محايدة ومستقلة عن الأطراف.

يشترط المشرع المصرى لصحة حفظ المحرر الإلكتروني أن يتم بواسطة جهات مستقلة عن أطرافه بحيث لا يكون خاضعاً للسيطرتهم<sup>2</sup>. ولقد عهد إلى

---

<sup>1</sup> وقد تبني المشرع الفرنسى معيار الايزو 27001 فى طريقة الحفظ الإلكتروني وهو المعيار المعترف دولياً لتأمين نظم المعلومات. أنظر:

Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 56.

وهذا ما أخذه به المشرع المصرى. ونوه أنه فى سبتمبر عام 2009 قامت هيئة "البيدا" التابعة لوزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات بمنح شهادة الايزو 27001 لتأمين نظم المعلومات لكل من شركة مصر للمقاصة والإيداع والقيد المركزى، وشركة ايجيبت ترست، وشركة المصرية لخدمات الشبكات وتأمين المعلومات SNS. أنظر فى ذلك: ما يلي - بند33.

<sup>2</sup> طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

جهات التصديق الإلكتروني مهمة الاشراف على عملية حفظ المحرر الإلكتروني والتحقق من صحة بياناته<sup>1</sup>، وذلك على أساس ما تتسم به هذه الجهات من الحياد والاستقلال<sup>2</sup>. ولعل هذا هو مسلك نظيره الفرنسي حيث أسند إلى جهات التصديق الإلكتروني التي قامت بالتصديق على المحرر والتوقيع الإلكترونيين عملية حفظهما<sup>3</sup>.

والعلة من هذا الشرط واضحة، وهي وضع المحرر الإلكتروني في مكان بعيداً عن أطرافه بحيث يكون بمنأى عن سيطرتهم ولا يكون عرضة للتحريف والتعديل<sup>4</sup>. فضلاً عن تقادى الاصطدام بمبدأ عدم اصطناع الشخص دليلاً لنفسه

---

<sup>1</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني - التعليق على المادة الثانية. وأنظر كذلك: المادة 12/ز من اللائحة المتقدمة.

<sup>2</sup> د/إبراهيم الدسوقي - توثيق المعاملات الإلكترونية - المرجع السابق - ص 1868 وما بعدها & د/سعيد قنديل - المرجع السابق - ص 75.

3 Françoise et Anne Canteaut, Intégrité, signature et processus d'archivage, préc. & Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 78.

ولمزيد من التفاصيل عن موقف المشرع الفرنسي: أنظر: د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص 56 وما بعدها & د/عابد فايد - الكتابة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 199 وما بعدها.

<sup>4</sup> د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص 56.



إذا ما تم حفظ المحرر الإلكتروني تحت سيطرة أطرافه<sup>1</sup>. ولا شك أن ذلك من شأنه دعم الثقة في المحررات والتوقيعات الإلكترونية وإضفاء المصدقية عليها، ومن ثم إرساء الطمأنينة والأمان لدى نفوس الأطراف والغير<sup>2</sup>.

على أنه تجدر ملاحظة أن حفظ المحرر الإلكتروني لدى جهات التصديق الإلكتروني هو التزام تبعي يقع على عاتقها تلقائياً لمجرد قيامها بالتصديق على التوقيع الإلكتروني حيث تلتزم آنذاك بحفظ كافة البيانات والمعلومات محل التصديق الإلكتروني في سجل خاص لديها<sup>3</sup>. بيد أنه ليس هناك ما يمنع من اتفاق الأطراف على حفظ المحرر الإلكتروني لدى جهة غير التي قامت بالتصديق على التوقيع الإلكتروني أو حفظه لدى أحدهم<sup>4</sup>، ذلك أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام بما يجوز الاتفاق على مخالفتها<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر في هذا المبدأ: ما يلي - بند 30.

<sup>2</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>3</sup> Voir: CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op oct., P. 14, 20.

<sup>4</sup> د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص 56.

<sup>5</sup> أنظر: د/فتحي والي - المبسوط - ج 2 - المرجع السابق - بند 41 - ص 123 & د/نبيل سعد - المرجع السابق - ص 76، 77 & د/سحر عبدالستار - دور القاضى فى الإثبات - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - 2001 - بند 156 - ص 246 وما بعدها.



## 2- أن يتضمن الحفظ الإلكتروني وقت وتاريخ إنشاء المحرر الإلكتروني.

وهذا الشرط أمّلته طبيعة المحرر الإلكتروني والمخاطر التي يتعرض لها حال إبرامه بين الأطراف وتبادل إرساله بينهم عبر الوسائل الإلكترونية التي تعجز عن حمايته، إذ من السهل العبث في تاريخ إبرام المحرر الإلكتروني وتحريفه دون أن يتم إكتشاف ذلك، سواء بتقديمه أو تأخيره، بحسب ما يؤدي إلى عدم الاعتداد به والتتصل من آثار القانونية<sup>1</sup>. فضلاً عن أن الدعائم الإلكترونية التي يفرغ فيها المحرر الإلكتروني لا تقدم ضماناً حقيقياً في هذا الصدد، إذ من السهل تحوير تاريخ إبرامه دون أن يتم إكتشافه.

ولذلك، قيدت المادة 8/ج من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني حجية المحرر الإلكتروني بضرورة تحديد وقت وتاريخ إنشائه. وعليه، فإنه يتعين أن تتضمن عملية الحفظ الإلكتروني بيان تاريخ ووقت إنشاء المحرر الإلكتروني، هذا بالإضافة إلى بيان تاريخ حفظه<sup>2</sup>. وفي هذا الخصوص ينبغي استخدام تقنيات فنية آمنة لذلك<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 60.

<sup>2</sup> أنظر: د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص57.

ويلاحظ أنه يجوز إثبات التاريخ بكافة طرق الإثبات. أنظر: د/السنهوري - مصادر الالتزام- المرجع السابق - بند126 وما بعده - ص206 وما بعدها & د/سليمان مرقس - الأدلة المطلقة

ولا يخفى عن أحد أهمية تاريخ إبرام التصرفات القانونية فى حماية حقوق الأطراف. فإذا كان التاريخ لا يعد شرطاً من شروط صحة التصرف القانونى، إلا أنه يعد أمراً لازماً لترتيب آثاره القانونية<sup>2</sup>.

وجدير بالإشارة أن حفظ تاريخ إنشاء المحرر الإلكتروني ينشأ تبعاً لعملية التصديق الإلكتروني عليه، وذلك لأن التاريخ يعد من البيانات الجوهرية التى يتعين على جهات التصديق قيدها فى السجل الإلكتروني المحفوظ لديها<sup>3</sup>.

---

- المرجع السابق - بند 82 وما بعده - ص 261 وما بعدها & د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 310 وما بعدها.

<sup>1</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 61.

<sup>2</sup> فالأصل فى التصرفات القانونية أنها تنتج آثارها القانونية بغض النظر عن تاريخ حصولها متى توافرت فيها شروط صحتها، بل أن أطرافها يتقيدون بها ولو لم يكن لها تاريخ أصلاً، وذلك لأن التاريخ لا يعد ركناً من أركانها، ولا شرطاً لصحتها ونفاذها بين أطرافها. غير أن أهمية تحديد التاريخ تظهر من الناحية العملية فى سريان نطاق التصرف القانونى الشخصى والموضوعى، كما لو كان أحد الأطراف قاصراً وقت إبرام التصرف القانونى، أو كما لو ادعى الخلف الخاص بأن التصرف قد صدر فى مرض موت مورثه. أنظر: د/سليمان مرقس - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 75 - ص 228 وما بعدها. وأنظر كذلك: د/أشرف توفيق - المرجع السابق - ص 512.

<sup>3</sup> CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 34.

### 3- أن يتم الحفظ الإلكتروني خلال مدة زمنية معينة.

إذا كانت الغاية الأساسية من حفظ المحرر الإلكتروني هي تيسير اللجوء إلى الأصل المحفوظ إذا ثار النزاع حول صحته، فإن من اللازم أن يتم الحفظ الإلكتروني خلال مدة زمنية معينة<sup>1</sup>. فالاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني مدة زمنية - طويلة أو قصيرة بحسب الأحوال - هو مناط الاعتراف بحجيته القانونية في الإثبات<sup>2</sup>.

ولقد حدد المشرع الفرنسي مدة حفظ المحررات الإلكترونية بعشرة سنوات تبدأ من وقت إنشائها طبقاً للمرسوم رقم 137 لسنة 2005<sup>3</sup>. بيد أن المشرع المصري لم يحدد مدة الحفظ الإلكتروني، لا في قانون التوقيع الإلكتروني، ولا في لائحته التنفيذية. ورغم ذلك، فإن تحديد هذه المدة يتم بداهة وفقاً للطبيعة القانونية للمحرر الإلكتروني، بحسب كونه مستنداً مدنياً أو تجارياً، وبحسب كونه محرراً

---

<sup>1</sup> د/على قاسم - المرجع السابق - ص30. وكذلك:

Françoise et Anne Canteaut, Intégrité, signature et processus d'archivage. préc. & CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op oct., P. 20.

<sup>2</sup> د/مصطفى مندور - المرجع السابق - بند55 - ص82، 83.

<sup>3</sup> أنظر: د/عابد فايد - الكتابة الإلكترونية - المرجع السابق - بند55 - ص63.

رسمياً أو عرفياً<sup>1</sup>. وتبعاً لهذا، فإنه يشترط أن يتم حفظ المحرر الإلكتروني طوال مدة التقادم للتصرف الذي يتضمنه هذا المحرر<sup>2</sup>.

غير أن الترخيص الصادر من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات - المعروفة باسم "أيتيدا" - بمنح ترخيص خدمات التوقيع الإلكتروني رقم 103 لسنة 2006، قد حدد مدة حفظ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادات التصديق الإلكتروني بحد أدنى 15 عاماً، في حين تكون مدة الحفظ 30 عاماً بالنسبة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادات التصديق الإلكتروني الصادرة للجهات الحكومية<sup>3</sup>.

#### 4- أن يتم حفظ كافة البيانات التي تؤكد صحة المحرر الإلكتروني.

لا تقتصر عملية الحفظ الإلكتروني على حفظ المحرر الإلكتروني ذاته، مضموناً وتوقيعاً، وإنما تشمل كذلك حفظ البيانات والوسائل الإلكترونية التي

---

<sup>1</sup> د/عابد فايد - الإثبات - المرجع السابق - بند 343 - ص 317 & د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص 58.

<sup>2</sup> د/سعيد قنديل - المرجع السابق - ص 104 & د/عابد فايد - الكتابة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 56 - ص 63، 64.

<sup>3</sup> أنظر في هذا الترخيص: <http://www.esignature.gov.eg/materials/license-july-2006.doc>

استخدمت فى إنشاء وحفظه، وهى بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادة التصديق الإلكتروني وكافة البيانات الإلكترونية الدالة على صحته<sup>1</sup>.

على أنه تجدر ملاحظة أن عملية الحفظ الإلكتروني على هذا الوجه لا تتضمن مفاتيح الشفرة الخاصة التى تصدرها جهات التصديق الإلكتروني للموقع ليقوم بموجبها بوضع توقيعه الإلكتروني على المحررات الإلكترونية، إلا بناء على طلبه<sup>2</sup>. وبعبارة أكثر إيضاحاً أنه إذا كان لجهات التصديق الإلكتروني الاحتفاظ بالمفتاح العام للموقع فى نظامها الإلكتروني بحسابه مناط تحديد هويته والتحقق

---

<sup>1</sup> أنظر: د/مصطفى مندور - المرجع السابق - بند 57 - ص 86 & د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص 56، 57. وأنظر كذلك:

Politique de Certification «Authentification forte», pour les ac de la profession, comptable, Version 6.0, du 31 août 2011, P. 29,30. AT; [https://www.signexpert.fr/PC/PC\\_Experts-Comptables\\_AS.pdf](https://www.signexpert.fr/PC/PC_Experts-Comptables_AS.pdf)

<sup>2</sup> وهذا ما رسمته المادة 12/ز من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني حيث نصت على أنه يجب أن يتوافر لدى طالب الحصول على الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني نظام حفظ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادات التصديق الإلكتروني....، وذلك فيما عدا مفاتيح الشفرة الخاصة التى تصدرها للموقع، فلا يتم حفظها إلا بناء على طلب الموقع وبموجب عقد مستقل. وتقابها المادة 2/6 فقرة ك من المرسوم الفرنسى رقم 272 لسنة 2001 والتى تنص على ينبغى على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني حفظ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني وكافة المعلومات المتعلقة بها اللازمة لإثباتها أمام القضاء.

من صحة التوقيع والمحرر الإلكترونيين، فإنه لا يجوز لها الاحتفاظ بالمفتاح الخاص للموقع، وإنما يكون في حوزة الموقع وحده فقط حفاظاً على سرية<sup>1</sup>.

وتغدو الحكمة من وراء حفظ المفتاح العام للموقع وشهادة التصديق الإلكتروني لدى جهات التصديق الإلكتروني في أهمية هذه التقنيات في إثبات المحرر الإلكتروني والتحقق من صحته أمام القضاء في حالة إذا ما ثار النزاع بين الأطراف<sup>2</sup> إذ من خلالها يمكن - كما سنرى - كشف ما قد يشوب المحرر الإلكتروني من تحريف وتعديل. فضلاً عن أهميتها في التحقق من هوية الموقع ومدى ارتباط التوقيع الإلكتروني به. ولعل هذا من شأنه أن يضيف الثقة على مضمون المحرر الإلكتروني ويبعث على الاعتقاد بسلامة محتواه وصحته، ومن ثم الحفاظ على المعاملات الإلكترونية واستقرارها.

---

<sup>1</sup> وتقنية المفتاحين العام والخاص هي نظام إلكتروني يشكل معاً التوقيع الإلكتروني الرقمي، بحيث يكون المفتاح الخاص مناط تشفير المحرر الإلكتروني وضمان عدم تعديله، بينما يكون المفتاح العام هي مناط فك هذا التشفير والتحقق من هوية الموقع وسلامة المحرر الإلكتروني. ولذلك، فبديهيًا أن يكون المفتاح العام في حوزة جهات التصديق الإلكتروني حتى تقوم بأعمالها في التحقق من صحة التوقيعات والمحررات الإلكترونية، وأن يكون المفتاح الخاص في حوزة صاحبه باعتباره أداة تذييل المحرر الإلكتروني بتوقيعه الإلكتروني. ولمزيد من التفاصيل، أنظر: ما يلي - بند 37، 38.

<sup>2</sup> CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. oct., P. 20.





رأينا فيما مضى أن المشرع المصري قد نظم الاعتراف بحجية المحررات الإلكترونية بعنصرها، الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، في أكثر من نص في قانون التوقيع الإلكتروني. فأتى بالمادة 14 قصداً بها الاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني<sup>1</sup>، ثم أتى بالمادة 15 قصداً منها الاعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية<sup>2</sup>، ثم جاء بالمادة 18 فأشار فيها إلى الشروط اللازمة لصحة التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> والتي تنص على أن للتوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

<sup>2</sup> والتي تنص على أن للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

<sup>3</sup> والتي تنص على أن يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية: أ ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره. ب سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني. ج إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك.

وفى تقديرنا أن المشرع لم يسبغ على نصوصه طابعاً من الدقة حيث أتى بنصوص متكررة لا تضيف جديداً<sup>1</sup>، فضلاً عن كونها معيبة حيث تميز بين اصطلاحات التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية على نحو يوحي بانفصالها عن بعض ويؤكد عدم ارتباطها، وذلك على الرغم من أن طبيعة بيانات التوقيع الإلكتروني ذاتها أنها تندمج بالكتابة الإلكترونية المذيلة بها لتصبح كياناً واحداً لا يقبل الانفصال، وهو المحرر الإلكتروني. وبعبارة أدق أن التوقيع والكتابة الإلكترونيين هما عناصر المحرر الإلكتروني.

ولذلك، نعتقد أنه من المستحسن والأجدر أن يلغى المشرع نصى المادة 14 و15 باعتبارهما من قبيل التزايد والتكرار الذى لا مبرر له، ليبقى على المادة 18 على أن يعاد صياغتها من جديد<sup>2</sup>، وذلك باستبدال تعبير «يتمتع التوقيع

---

<sup>1</sup> ويبدو لنا أن هذا التكرار هو فى حقيقة الواقع إنما جاء نتيجة اقتباس المشرع نصوصه من التقنين المدنى الفرنسى الملغى الذى جاءت نصوصه متكررة وغير دقيقة فى مضمونها. أنظر فى ذلك:

POULLET et J.ROYEN, «Vers la confiance» op. cit., no. 17, 18.

<sup>2</sup> وذلك على غرار ما فعل المشرع الفرنسى بالتقنين المدنى الجديد رقم 131 لسنة 2016 حيث تدارك تكرار النصوص المنظمة للاثبات الإلكتروني وغير دقيقة مضمونها التى كانت واردة بالتقنين الملغى الصادر عام 1804، حيث استبدل المادة 1316 بفقرتها الاربعة بالمواد أرقام 1366، 1367، 1368. أنظر فى نصوص التقنين الجديد:

الإلكترونى والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية» بعبارة «تتمتع المحركات الإلكترونية» فقط، فهى أكثر اقتضاباً للتعبير عن قصد المشرع. وعليه، يكون نص المادة 18 كالاتى «تتمتع المحركات الإلكترونية بالحجية فى الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية ..... إلخ». وذلك على أن يضاف إليها شرط الحفظ بشكل أساسى وبصورة صريحة على أن يترك المسائل الفنية له باللائحة التنفيذية كما هو مقرر بالمادة 8 منها.

## المطلب الثانى

### التصديق الإلكتروني مناط حيازة المحرر الإلكتروني لشرائطه القانونية.

#### تمهيد وتقسيم

مضت الإشارة إلى أن التصديق الإلكتروني يعد وسيلة فنية يمكن الاستعانة بها للتثبت من حيازة المحرر الإلكتروني لشرائطه القانونية سالفة الدراسة، ومن ثم التحقق من صحته.

ومن ناحية أخرى، أصبحت جهات التصديق الإلكتروني فى حقيقة الواقع هى الجهة المناط بها إصدار التوقيعات الإلكترونية الرقمية للأطراف التى تعتمد على تقنية المفتاح العمومى أو ما تسمى بتقنية المفتاحين، العام والخاص، وفحصها والتحقق من صحتها، وكذلك توثيق جميع المحررات الإلكترونية وحفظها فى نظامها الإلكتروني.

ونظراً لأهمية التصديق الإلكتروني على هذا النحو، فإننا سوف نتولى معالجته فى ثلاثة فروع متتالية فيما يلى.

الفرع الأول: ماهية التصديق الإلكتروني.

الفرع الثانى: تفعيل التصديق الإلكتروني فى مصر.

الفرع الثالث: مقتضيات التصديق الإلكتروني.

## الفرع الأول

### ماهية التصديق الإلكتروني.

وسوف نتصدى إلى معالجة ماهية التصديق الإلكتروني في عدة نقاط أساسية؛ هي مدلول التصديق الإلكتروني، وأهميته، وطبيعة عمل جهات التصديق الإلكتروني، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً مدلول التصديق الإلكتروني.

يقصد بالتصديق الإلكتروني لجوء الأطراف إلى شخص ثالث محايد ومستقل عنهم يطلق عليه جهات التصديق الإلكتروني لما يمتلكه من أنظمة معلوماتية متطورة بمقتضاها يتم التحقق من هوية الأطراف والتصديق على توقيعاتهم الإلكترونية الرقمية، فضلاً عن توثيق تعاملاتهم الإلكترونية والحفاظ عليها بما يضمن الرجوع إليها عند الضرورة<sup>1</sup>. وبعبارة أكثر إيضاحاً وإختصاراً هو

---

<sup>1</sup> أنظر: د/إبراهيم الدسوقي - توثيق المعاملات الإلكترونية - المرجع السابق - ص 1868 وما بعدها & د/سعيد قنديل - المرجع السابق - ص 75 & دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 65،67. وأنظر أيضاً:

لجوء الأطراف إلى جهات التصديق الإلكتروني لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية،  
أطرافاً وتوقيعاً ومضموناً وتاريخاً<sup>1</sup>.

والواقع أن المهام التي تقوم بها جهات التصديق الإلكتروني متعددة، فهي  
تضطلع بتحديد هوية الأطراف، كما تختص بإصدار التوقيع الرقمي باعتباره أكثر  
التوقيعات استخداماً وأمناً، كما يقع على كاهلها أيضاً التصديق على هذا التوقيع  
وتوثيق المحرر الإلكتروني المرتبط به والتحقق من صحتها، كما تقوم بتسجيل  
وحفظ هذه المهام في سجلاتها الإلكترونية حتى يمكن الرجوع إليها عند الضرورة<sup>2</sup>.

وهذا ما أخذ به **المشرع المصري** حيث أسند إلى جهات التصديق  
الإلكتروني مهمة إنشاء التوقيع الرقمي القائم على تقنية التشفير الآمن لتقديمه  
للأشخاص حال طلبه من أجل إتمام معاملاتها الإلكترونية كبديل عن التوقيع  
التقليدي. كما أسند إليها أيضاً مهمة التصديق على هذا التوقيع الآمن وإصدار  
شهادة تصديق إلكتروني تؤكد صحته، وصحة المحرر الإلكتروني المرتبط به

---

CAPRIOLI E, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit.,  
P. 8, 9. & Politique de Certification «Authentification forte», op. cit., P.  
12, 19.

<sup>1</sup> Voir: THIERRY, Certification électronique: Pratique et modélisation, :  
<http://www.e-betobe.com/texteece.htm>.

<sup>2</sup> أنظر بالتفصيل في دور جهات التصديق الإلكتروني: رسالتنا السابقة - بند 53 وما يليه.

بالتبعية، فضلاً عن حفظ نسخ من ذلك التوقيع وهذه الشهادة لديها فى سجلات  
معدة خصيصاً لهذا الغرض بما يكفل للأطراف الرجوع إليها إذا نشأ الخلاف بينهم  
حول صحتها<sup>1</sup>.

وبهذه المثابة، يكون المشرع المصرى قد سائر منهج نظيره الفرنسى فى  
تبنى فكرة التصديق الإلكتروني بمعناها الواسع المائل فى خضوع إنشاء المحرر  
الإلكترونى - مضموناً وتوقيعاً - وفقاً لنظام التشفير الآمن، ثم إصدار شهادة  
تصديق إلكترونية تؤكد صحته، ثم حفظ كل ذلك فى سجلات خاصة لذلك<sup>2</sup>.

وبذلك يبدو واضحاً مدلول التصديق الإلكتروني الذى نقصده فى إطار هذه  
الدراسة، وهو معناه الواسع المائل فى لجوء الأطراف إلى جهات التصديق  
الإلكترونى من أجل الحصول على التوقيع الرقوى القائم على تقنية التشفير،  
والتصديق عليه وتوثيق مضمون المحرر الإلكتروني المرتبط به، وحفظ كل ذلك فى  
نظامها الإلكتروني<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني - التعليق على المادة 4. وأيضاً  
أنظر: د/عابد فايد - نظم الإثبات - المرجع السابق - بند 365 - ص 339 وما بعدها.

<sup>2</sup> Voir: CAPRIOLI E, «De l'authentification à la signature électronique»,  
op. cit., P. 32,33.

<sup>3</sup> وجدير بالذكر أن التصديق الإلكتروني فكرة قانونية جديدة تتشابه مع فكرة التوثيق التقليدى فى  
أن كلاهما يهدف إلى توثيق المحررات الكتابية والاحتفاظ بأصولها فى سجلات معدة لذلك



## ثانياً أهمية التصديق الإلكتروني.

الحقيقة أن خضوع المحرر والتوقيع الإلكترونيين لنظام التصديق الإلكتروني بمفهومه المتقدم من شأنه التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه، فضلاً عن تحديد هويته، وكذلك الحفاظ على صحة المحرر الإلكتروني بصورته الأولية التي صدر بها دون أن يتعرض مضمونه للتحريف أو

---

إصدار شهادات توثيق بشأنها. وبالتالي، فلا اختلاف بينهما من حيث الجوهر والمضمون. بيد أن الفارق الجوهرى بينهما هو الوسط الذى تجرى فيه إجراءات التوثيق. فلئن كان صحيحاً أن الموثق التقليدى هو الملجأ والملاذ الذى يلجأ إليه الأطراف للتصديق على توقعاتهم التقليدية حماية لحقوقهم على أرض الواقع، فإن جهات التصديق الإلكتروني هو مناط الثقة والطمأنينة لدى نفوس الأطراف وصيانة مراكزهم القانونية عبر شبكات الانترنت حيث تضطلع بتحديد هوية الأطراف والتصديق على توقعاتهم وتوثيق معاملاتهم الإلكترونية وحفظها فى نظامها الإلكتروني. غير أنه ينبغى الإشارة هنا إلى أن الأنظمة المعنية بالمعاملات الإلكترونية، ومنها قانون التوقيع الإلكتروني المصرى، فضلت استعمال اصطلاح التصديق، ولم تستخدم اصطلاح التوثيق، وذلك لأن المتبادر إلى الأذهان أن اصطلاح التوثيق يقتصر على المحررات الرسمية فضلاً عن أنه يتم وفقاً لإجراءات خاصة وشكليات معينة. فحين أن اصطلاح التصديق يسرى على كافة المحررات الإلكترونية، سواء عرفية أو رسمية، دون اتباع إجراءات معينة. أنظر:

CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 9.

وأنظر فى مفهوم التوثيق التقليدى وإجراءاته : د/السنهورى - آثار الالتزام - المرجع السابق - بند80 وما بعده - ص111 وما بعدها & د/سليمان مرقص - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند52 وما بعده - ص155 وما بعدها.

التغيير<sup>1</sup>. وبذلك يضمن التصديق الإلكتروني حيازة المحرر الإلكتروني لشروط صحته سالفة الذكر. ومن ثم، فهو يضيف الثقة والأمان القانوني على المحررات والتوقيعات الإلكترونية لدى المتعاملين بها<sup>2</sup>.

كما تغدو أهمية التصديق الإلكتروني في إعفاء الشخص المتمسك بالمحرر والتوقيع الإلكترونيين من عبء إثبات شروط صحتها، باعتبارها شروطاً صعبة الإثبات، ونقل هذا العبء إلى عاتق الشخص الذي ينازع في صحته، وذلك على اعتبار أن التصديق الإلكتروني يعد قرينة قانونية على صحة المحرر والتوقيع الإلكترونيين دون حاجة إلى إثبات ذلك. وهي ما تسمى بقرينة الموثوقية أو قرينة التصديق الإلكتروني. وسوف تكون محلاً للبيان والتفصيل في موضع آخر من هذه الدراسة<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند73، 74. وأنظر كذلك:

JACQUET, DELEBECQUE et CORNELOUP, Droit du commerce international, Dalloz, 2007, p. 423.

<sup>2</sup> أنظر: د/إبراهيم الدسوقي - توثيق المعاملات الإلكترونية - المرجع السابق - ص1868 & د/ثروت عبدالحميد - المرجع السابق - ص76.

<sup>3</sup> وهي ما تعرف بقرينة الموثوقية. أنظر: ما يلي - بند53 وما يليه.

ومن فوائد التصديق الإلكتروني أيضاً تلاشى مخالفة الأصول العامة للإثبات ومبدأ عدم اصطناع الشخص دليلاً لنفسه حيث تضطالع جهات التصديق الإلكتروني كجهات مستقلة ومحايدة - كما جاء متقدماً<sup>1</sup> - بإنشاء التوقيع الإلكتروني وحفظ المحرر الإلكتروني بعد تذييله بهذا التوقيع فى نظامها الإلكتروني بعيداً عن سيطرة الموقع، وهو ما يحول دون قيام الموقع بتعديل توقيعه والعبث به للحيولة دون التنصل من التزاماته وتعهدهاته<sup>2</sup>.

ثالثاً طبيعة عمل جهات التصديق الإلكتروني.

---

<sup>1</sup> أنظر: ما تقدم - بند 26.

<sup>2</sup> ويقصد بمبدأ عدم اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، أنه لا يجوز للشخص أن يتخذ من عمله نفسه دليلاً يحتج به على خصمه، وإنما يجب أن يكون الدليل الذى يحتج به على الخصم صادراً من الخصم ذاته. فالقاعدة أن الشخص لا يمكن أن يلتزم إلا ما يصدر عنه. أنظر فى هذا المبدأ: د/محمود زكى - المبادئ العامة فى نظرية الاثبات - مطبعة جامعة القاهرة - ط2001 - بند 13 - ص 77، 78

وتبعاً لذلك، فإن احتفاظ الموقع بالمحرر الإلكتروني، مضموناً وتوقيعاً، فى نظامه الإلكتروني يعنى خضوعه لسيطرته الكامل وإمكانية تعديله بإرادته المنفردة دون أن يتم اكتشاف ذلك، الامر الذى تنتفى معه ضمانات الثقة والامان القانونى المطلوبين فى المعاملات الإلكترونية. وبالتالي، فلا يصح فى هذه الحالة لصاحب المحرر الإلكتروني التمسك به، وإن كان للغير هذا الحق. أنظر بالتفصيل فى هذه المسألة: د/ثروت عبدالحميد - المرجع السابق - بند 64 وما يليه - ص 76 وما بعدها. وهنا يأتى دور جهات التصديق الإلكتروني لتلاشى هذه المشكلة عن طريق حفظ المحرر والتوقيع الإلكترونيين فى سجلاتها الإلكترونية.

جهات التصديق الإلكتروني هي جهات تتسم بالحياد والاستقلال يرخص لها إصدار شهادة التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات التوقيع الإلكتروني<sup>1</sup>. وهي في حقيقة الأمر أما أن تكون جهات حكومية، وهذا هو الأصل، أو تكون هيئات خاصة<sup>2</sup> شريطة حصولها على ترخيص من الجهات المختصة بمزاولة خدمات التصديق الإلكتروني<sup>3</sup>.

ولقد حدد المشرع الفرنسي طبقاً للمرسوم رقم 535 لسنة 2002 الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي - بتاريخ 18 أبريل 2002 - جهات التصديق الإلكتروني في المراكز التي تعتمد من لجنة الاعتمادات الفرنسية للتصديق أو من المنظمة الأوروبية للاعتماد، وتعتبر هذه الجهة الأخيرة هي الوحيدة المسموح لها بالتصديق على التوقيع الإلكتروني<sup>4</sup>. وتسمى هذه الجهات بجهات الفحص<sup>1</sup>، وتخضع مباشرة لرقابة الحكومة الفرنسية على ما يقومون به من خدمات<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> الفقرة 6 من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>2</sup> دليل تشريع قانون الاونسترال للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 58 - ص 35.

<sup>3</sup> Voir: CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. oct., P. 14.

<sup>4</sup> أنظر: المرجع السابق - ص 11 وما بعدها. وأنظر كذلك: د/تامر الدمياطي - المرجع السابق - ص 467 وما بعدها.

هذا وقد اعتبر **المشروع المصري** هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات<sup>3</sup> المعروفة باسم "إيتيدا"<sup>1</sup> هي سلطة التصديق الإلكتروني العليا في هذا الصدد<sup>2</sup>. مع

---

<sup>1</sup> أنظر: د/أيمن سعد- المرجع السابق - ص54.

<sup>2</sup> د/سعید قنديل - المرجع السابق - ص113. وأنظر بالتفصيل:

CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. oct., P. 13, 14.

<sup>3</sup> وهي هيئة عامة لها شخصية اعتبارية مستقلة وتتبع الوزير المختص، ويكون مقرها الرئيسي محافظة الجيزة ، ولها إنشاء فروع في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية. م2 من قانون التوقيع الإلكتروني.

وتهدف هذه الهيئة إلى تحقيق الأغراض الآتية: أ تشجيع وتنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. ب نقل التكنولوجيا المتقدمة للمعلومات وتحقيق الاستفادة منها. ج زيادة فرص تصدير خدمات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ومنتجاتها. د الإسهام في تطوير وتنمية الجهات العاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. ه توجيه وتشجيع وتنمية الاستثمار في صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. و رعاية المصالح المشتركة لأنشطة تكنولوجيا المعلومات. ز دعم البحوث والدراسات في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتشجيع الاستفادة بنتائجها. ح تشجيع ودعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة في مجال استخدام وتوظيف آليات المعاملات الإلكترونية. ط تنظيم نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات. م3 من قانون التوقيع الإلكتروني

وتباشر هذه الهيئة الاختصاصات اللازمة لتحقيق أغراضها على الأخص ما يأتي : أ إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات ، وذلك وفقا لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها. ب تحديد معايير منظومة التوقيع الإلكتروني بما يؤدي إلى ضبط مواصفاتها الفنية.

ملاحظة أنه لا يشترط أن تباشر هيئة "أيتيدا" مهام التصديق الإلكتروني بنفسها، وإنما يجوز لها أن تسندها إلى الغير من جهات التصديق الإلكتروني<sup>3</sup> شريطة

---

ج تلقي الشكاوى المتعلقة بأنشطة التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات واتخاذ ما يلزم في شأنها. د تقييم الجهات العاملة في مجال أنشطة تكنولوجيا المعلومات وتحديد مستوياتها الفنية بحسب نتائج هذا التقييم. ه تقديم المشورة الفنية بشأن المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المعنية بأنشطة التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات. و تقديم المشورة الفنية إلى الجهات العاملة في أنشطة تكنولوجيا المعلومات ، وتدريب العاملين فيها. ز إقامة المعارض والمؤتمرات والندوات المتخصصة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات داخليا وخارجيا. ح إنشاء الشركات التي تساعد في تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أو المساهمة فيها. ط إيداع و قيد و تسجيل النسخ الأصلية لبرامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات، التي تتقدم بها الجهات أو الأفراد الناشرون والطابعون والمنتجون لها للمحافظة على حقوق الملكية الفكرية وغيرها من الحقوق. م4 من قانون التوقيع الإلكتروني. وللزيد، أنظر: المذكرة الايضاحية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>1</sup> أنظر الموقع الإلكتروني للهيئة: <http://www.itida.gov.eg>

<sup>2</sup> حيث تنص المادة 1/5 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني على أن الهيئة هي سلطة التصديق الإلكتروني العليا في جمهورية مصر العربية.

<sup>3</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 2/7 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني بقولها أنه "يجوز للهيئة أن تعهد للغير بتقديم هذه الخدمة - ويقصد بها خدمة فحص التوقيع الإلكتروني - تحت إشرافها". وكذلك المادة 6 من ذات اللائحة حيث نصت على أنه "يجوز للهيئة أن تعهد للغير بتقديم هذه الخدمة - ويقصد بها خدمة فحص بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني - تحت إشرافها".

حصول الأخيرة على ترخيص مزاولة خدمات التصديق الإلكتروني<sup>1</sup>، على أن تخضع في تقديم هذه الخدمات لإشراف هيئة "أيتيدا"<sup>1</sup>. والواقع، نجد أن هيئة "أيتيدا"

---

<sup>1</sup> وهذا ما أكدته المادة 19 من قانون التوقيع الإلكتروني حيث نصت على أنه لا تجوز مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني الا بترخيص من الهيئة، وذلك نظير مقابل يحدده مجلس إدارتها وفقاً للإجراءات والقواعد والضمانات التي تقرها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. ولقد وضعت المادة 12 من هذه اللائحة شروط معينة للحصول على هذا الترخيص يمكن إجمالها في ثلاثة شروط هي:

الأول؛ ضرورة إمساك جهة التصديق الإلكتروني المرخص لها لمنظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة طبقاً للضوابط التي حددتها المادة 3 من اللائحة التنفيذية.

والثاني؛ أن يتوافر لدى لهذه الجهة تقنيات معلوماتية متطورة، جديرة بالثقة، تكفل الأمان التقني والتشغيري للوظائف التي تؤديها، وتضمن صحة عمليات التصديق الإلكتروني بشكل يجنبها محاولات الغش والتحويل عبر شبكات الانترنت، سواء في مرحلة الإنشاء أو مرحلة التخزين أو مرحلة الإبلاغ. كما يتعين عليها استخدام ذات التقنيات إزاء عملية إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، وذلك لتسهيل عملية فحص التوقيع الإلكتروني والتحقق من صحتها.

والثالث؛ كما يجب أن يكون لدى جهات التصديق الإلكتروني الكوادر البشرية التي يتوافر لديها الخبرة الفنية والكفاءة التكنولوجية اللازمة لتقديم خدمات التصديق الإلكتروني، وذلك حتى يكون للأخيرة الدلالة القانونية في الإثبات. وهو ما يتطلب أن يكون موظفيه على علم بتقنيات التوقيع الإلكتروني وخدمات التصديق الإلكتروني، وأن يكونوا على دراية بكيفية استعمال الأجهزة الإلكترونية المستخدمة في ذلك. وينبغي أن يمارس شخص مقدم خدمات التصديق الإلكتروني وموظفيه عملهم بقدراً من الحياد والاستقلال تجاه الغير.

أنظر بالتفصيل في شروط الحصول على ترخيص القيام بخدمات التصديق الإلكتروني: المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني. وأنظر كذلك ترخيص تقديم خدمات التصديق الإلكتروني الصادر من هيئة أيتيدا رقم 103 لسنة 2006:

قد أسندت بالفعل - كما سنرى - مهمة أعمال التصديق الإلكتروني إلى جهات أخرى تخضع لإشرافها<sup>2</sup>.

والحقيقة أن إشراف الدولة - ممثلة في هيئة "إيتيدا" - على جهات التصديق الإلكتروني - المرخص لها - يصعب على أعمال هذه الجهات طابع الرسمية<sup>3</sup>. وعليه، تكتسب واقعة التصديق الإلكتروني الصفة الرسمية وتتمتع بكافة الضمانات الرسمية<sup>4</sup>، وأهمها أن واقعة التصديق الإلكتروني على التوقيعات الإلكترونية من قبل

---

<http://www.esignature.gov.eg/materials/license-july-2006.doc>

وأنظر أيضاً المادة رقم 2/6 - بند هـ من المرسوم الفرنسى الصادر فى 30 مارس 2001. وكذلك: حكم محكمة استئناف باريس الصادر بجلسة 2011/2/23. مشار إليه لدى: CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 23.

<sup>1</sup> وهذا ما أكدته المادة 16 من اللائحة المتقدمة بقولها أنه "تقوم الهيئة بالتفتيش على الجهات المرخص لها للتحقق من مدى التزامها بالترخيص".

<sup>2</sup> أنظر: الفرع التالى.

<sup>3</sup> لاسيما وأن هيئة "إيتيدا" هى التى تقوم بأعمال فحص التوقيعات الإلكترونية والتحقق من صحتها بنفسها باعتبارها هى المختصة بأعمال الخبرة الفنية فى منازعات التى تنشأ بين الأفراد حول صحة هذه التوقيعات. أنظر فى ذلك: ما يلى - بند 69.

<sup>4</sup> مع ملاحظة أن التصديق على التوقيع لا يكسب المحرر ذاته الصفة الرسمية، ولا يسمح بتذييله بالصفة التنفيذية التى يصح تذييل المحرر الرسمى بها. محكمة التمييز الكويتية - الطعن رقم 527 لسنة 2003 تجارى - جلسة 2005/2/19.



جهات التصديق الإلكتروني تعتبر قرينة على صحة هذه التوقيعات بما لا يصح معه إنكارها أو جحد حجيتها القانونية إذا ما خلت من شوائب التزوير<sup>1</sup>. وهذا ما سنفصله فيما بعد.

---

<sup>1</sup> وذلك نظراً لأن الأوضاع المقررة بشأن التصديق الإلكتروني لا تختلف كثيراً عن الأوضاع المتبعة بإجراءات التصديق التقليدي. فالفارق بينهما هو الوسط الذي تجرى فيه إجراءات التصديق. أنظر في التفرقة بينهما: ما تقدم - بند 29.

## الفرع الثانى

### تفعيل التصديق الإلكتروني فى مصر

رغم صدور قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 إلا أنه لا يعدو فى الواقع أن يكون مجرد إطار قانونى تضمن نصوص تشريعية ليس لها ظلاً فى الحقيقة. وسبب ذلك هو عدم تفعيل نظام التصديق الإلكتروني ونشأة جهات التصديق الإلكتروني التى ستختص بتقديم خدماته وإعتمادها من السلطة المختصة.

وظل ذلك حتى قامت السلطة التنفيذية بتفعيل تقنية التصديق الإلكتروني، وقيام هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المعروفة بمسمى "إيتيدا"<sup>1</sup> بالترخيص لجهات التصديق الإلكتروني الحكومية وغيرها بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني<sup>2</sup>، فضلاً عن ذلك قيام هيئة "إيتيدا" بإنشاء مركز إلكترونى يسمى

<http://www.itida.gov.eg>

<sup>1</sup> أنظر الموقع الإلكتروني للهيئة:

<sup>2</sup> وذلك فى إطار بروتوكول التعاون الثلاثى الموقع بين وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، ووزارة المالية، وهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات "إيتيدا"، فقد تم تشكيل لجنة تضم الأطراف الثلاثة الموقعة على الاتفاق لإدارة ومتابعة تنفيذه وتقديم المقترحات اللازمة لتذليل العقبات التى قد تعترض تنفيذ المشروع وتقوم اللجنة برفع توصياتها لاتخاذ ما يلزم من تعديلات مستقبلية. بينما تقوم وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات باعتماد الدراسات الفنية والتوصيات الهندسية الخاصة بالأعمال الكهروميكانيكية، والمشاركة فى وضع الشروط والمواصفات الخاصة بالأعمال الكهروميكانيكية، واستلامها. فى حين تلتزم وزارة المالية بتحديد أعداد القائمين على

«بمركز تميز التوقيع الإلكتروني esignature» لتقديم خدمات إنشاء مراكز البنية التحتية للتوقيع الإلكتروني وأجهزة بنية شفرة المفتاح العام وتقديم الاستشارات الفنية للأفراد. وسوف نوضح ذلك بالتفصيل فيما يلي.

أولاً إطلاق خدمات التصديق الإلكتروني في الحكومة والقطاع الخاص.

تفعيلاً لنظام التصديق الإلكتروني، أصدرت وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في سبتمبر لعام 2009 إذناً ببدء تشغيل سلطة التصديق الإلكتروني بهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات "ايتيدا"، والتي قامت بدورها بالترخيص لسلطة التصديق الإلكتروني الحكومية بوزارة المالية لتقديم خدمات التصديق الإلكتروني بين الجهات الحكومية. كما قامت الهيئة "ايتيدا" بمنح ترخيص مزاولة خدمات التصديق الإلكتروني لعدد من الشركات وهي شركة مصر للمقاصة والإيداع والقيود المركزي، وشركة ايجيبت ترست، والشركة المصرية لخدمات الشبكات وتأمين المعلومات حيث حصلت هذه الشركات على شهادة الايزو 27001 لتأمين نظم المعلومات<sup>1</sup>. وهي بمثابة المعيار المعترف به دولياً لتأمين نظم المعلومات والمعاملات الإلكترونية.

---

تشغيل الموقع الأساسي والاحتياطي لسلطة التصديق الإلكتروني المطلوب تدريبهم والمشاركة في فحص واستلام الأعمال التي تم تنفيذها وذلك بتكلفة إجمالية 24 مليون جنيه.

<sup>1</sup> مقال بعنوان: وزارة المالية تقدم خدمات التصديق الإلكتروني في 24 كياناً حكومياً - لأستاذ أحمد يعقوب - منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع - في 2018/6/16.

وفى هذا السياق، قامت وزارة المالية بالبدء فى تنفيذ مشروع تطوير وتحديث نظام التصديق الإلكتروني الحكومى التابع للوزارة طبقاً للمعايير والمقاييس العالمية لأمن وجودة تكنولوجيا المعلومات أيزو 27001 والذي يستهدف تدعيم التطبيقات الرقمية لخدمات الحكومية من خلال استخدام تكنولوجيا مفاتيح الشفرة لتوثيق التعاملات بالجهات الحكومية حيث قامت وزارة المالية بإنشاء سلطة التصديق الإلكتروني الحكومية GOV-CA. وعليه، وقعت وزارة المالية عقود رسمية لتقديم خدمات التصديق الإلكتروني مع 24 كياناً حكومياً حتى الآن، فضلاً عن أنه تم تدريب عدد من الكوادر البشرية على تكنولوجيا المعلومات فى 14 كياناً حكومياً على أعمال التصديق الإلكتروني إلى جانب تنظيم عدد من ورش العمل لتوعية العاملين بالجهات الحكومية على مزايا منظومة التوقيع الإلكتروني لإعمالها<sup>1</sup>.

وجدير بالإشارة أن هيئة "ايتيدا" باعتبارها سلطة التصديق الإلكتروني العليا تسعى إلى دمج التوقيع الإلكتروني مع بطاقة الرقم القومى، وذلك حتى يكون كل شخص توقيعاً إلكترونياً مسجلاً خاصاً به. وهو ما يعد خطوة هامة لإرساء ما

---

<sup>1</sup> المقال السابق.

يعرف بالهوية الرقمية<sup>1</sup>. وهو ما يتم فتح المجال أمام نشر تطبيقات الرقمية فى كافة المعاملات والتصرفات القانونية، للتيسير على المواطنين توفيراً للوقت والنفقات.

---

<sup>1</sup> أنظر الموقع الإلكتروني للهيئة <http://www.itida.gov.eg>

## ثانياً مركز تميز التوقيع الإلكتروني **esignature**

لم تكنف هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات "ايتيدا" بتفعيل نظام التصديق الإلكتروني على الوجه المتقدم، بل قامت بإنشاء مركز يتبع لها يسمى «بمركز تميز التوقيع الإلكتروني **esignature**» يعمل بالتعاون مع الشركة المصرية لتقديم خدمات التتبع وتكنولوجيا المعلومات على تطوير البنية الأساسية والمعدات الحالية لسلطة التصديق الإلكتروني الحكومية<sup>1</sup>.

ويقدم المركز خدمات إنشاء مراكز البنية التحتية للتوقيع الإلكتروني وخدماته وتطبيقاته على مختلف أنظمة التشغيل وتحقيق الترابط والتكامل بين البرمجيات وأجهزة بنية شفرة المفتاح العام، ونظم تأمين سرية المعلومات، وتأمين بوابات الحكومات الإلكترونية وخدماتها، وكافة المعاملات المدنية والأعمال التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت<sup>2</sup>.

كما يقدم مركز التميز **esignature** الخدمات الاستشارية للأفراد لاستفسار عن الضوابط القانونية والفنية للتوقيع الإلكتروني وأعمال التصديق الإلكتروني، وذلك لتعميم الثقافة التكنولوجية بين أفراد المجتمع على وجه يرفع مستوى الوعي الإلكتروني لهم.

---

<sup>1</sup> أنظر الموقع الإلكتروني لمركز التميز: <http://www.esignature-egypt.com>

<sup>2</sup> الإشارة السابقة.

ويضم المركز مجموعة من الكوادر البشرية الحاصلة على أعلى شهادات الخبرة العالمية والتي يتوافر لديها الخبرة الفنية والكفاءة التكنولوجية اللازمة لتقديم خدمات التصديق الإلكتروني، فضلاً عن درايتهم بكيفية استعمال الأجهزة الإلكترونية المستخدمة في ذلك<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> وجدير بالذكر أن مركز "تميز التوقيع الإلكتروني" قد قام بمنح "البنك الأهلي المتحد مصر" شهادة اعتماد تأمين برمجياته وأنظمتها الإلكترونية، وذلك بهدف تأمين الحسابات والتحويلات المالية لعملائه من الشركات وأصحاب المشروعات التجارية عن طريق الانترنت ومنصات التجارة الإلكترونية. ويعتبر البنك الأهلي المتحد مصر هو أول بنك في جمهورية مصر العربية يحصل على تلك الشهادة، وهو أحد أهم المؤسسات المالية والمصرفية في منطقة الشرق الأوسط العاملة في مصر. أنظر في ذلك:

## الفرع الثالث

### مقتضيات التصديق الإلكتروني.

تدور مقتضيات التصديق الإلكتروني حول تقنية المفتاحين العام والخاص المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني الرقمي وآمنه، وشهادة التصديق الإلكتروني الدالة على صحة المحرر الإلكتروني. وبيان هذه المقتضيات فيما يلي.

#### أولاً تقنية المفتاحين العام والخاص.

أشرنا مسبقاً إلى أن المشرع المصرى ونظيره الفرنسى قد تبنى فكرة التوقيع الرقمى القائم على نظام التشفير أو الترميز، وذلك لقدرته على حماية المحرر الإلكتروني من التحريف والتعديل.

وفى هذا الصدد، اعتنق المشرعين تقنية المفتاحين العام والخاص كأحد طرق التشفير التى بموجبها يتم إنشاء التوقيع الرقمى أو ما تسمى بالترميز غير المتناظر أو الترميز بالمفتاح العمومى<sup>1</sup>. وسوف نتولى بيان مفهوم تقنية المفتاحين العام والخاص، وأهميتها، وضوابطها، فيما يلي.

---

<sup>1</sup> ويقصد بالتشفير أو الترميز مجموعة من التقنيات والوسائل تستخدم لتحويل المعلومات من حالتها الأصلية المقروءة إلى رموز وإشارات غير مفهومة المعنى بهدف إخفاء مضمونها والحفاظ عليه للحيلولة دون إطلاع الغير عليها وتعديلها وتغييرها. أنظر: د/على قاسم - المرجع السابق - ص 10، 11 & د/ثروت عبدالحميد - المرجع السابق - ص 62 & د/هدى قشقوش - الحماية



الجنائية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 60، 61 & د/مدحت رمضان - المرجع السابق - ص 31 & د/تامر الدمياطى - المرجع السابق - ص 431.

ولقد عرف المشرع المصرى بأنه منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونياً بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة. المادة 9/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني. فى حين عرف قانون الاونسترال النموذجى للتوقيعات الالكترونية بأنه فرع من الرياضيات التطبيقية الذى يعنى بتحويل الرسائل إلى صيغة تبدو غير مفهومة ثم إعادتها إلى صياغتها الأصلية. دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 36 - ص 26. ومفاد ذلك أن مناط عملية التشفير هو استخدام مفاتيح خاصة يطلق عليها مفاتيح التشفير بمقتضاها يتم تحويل المعلومات إلى رموز غير مفهومة للغير بغرض حمايتها والحفاظ على خصوصيتها من أي اختراق أو تلاعب. كما تستخدم هذه المفاتيح فى إعادة تحويل المعلومات المشفرة إلى سيرتها الأولى وصياغتها الأصلية. وبذلك فالتشفير هو ضمان فنى لتدعيم إنتظام وأمن المعلومات، ومن ثم أمن المعاملات القانونية. أنظر:

Eric CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique », op. cit, P. 24.

والواقع أن عملية التشفير ترتبط بمعلومات سرية سواء خاصة بالإفراد أو بإسرار الدولة، وهو ما يعنى تعلقها بشكل وآخر بأمن البلاد. د/هدى قشقوش - الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 62. ولذلك أناط المشرع بهيئة تنمية وصناعة تكنولوجيا المعلومات القيام أعمال التشفير حيث تتولى إصدار المفاتيح الجذرية الخاصة لجهات التصديق الإلكتروني مناط إنشاء التوقيع الإلكتروني. المادة 1/5 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني. وهذا هو المسلك المعتمد لدى العديد من الدول. أنظر: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى - تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 27 - هامش ص 17.

## 1- مفهوم تقنية المفتاحين وأهميتها.

تبنى المشرع المصرى تقنية المفتاحين العام والخاص كوسيلة فنية يتم بمقتضاها إصدار التوقيع الرقى وتذييله بالمحرر الإلكتروني<sup>1</sup>، والتحقق من صحتها<sup>2</sup>، علاوة على ضمان سلامة محتوى المحرر الإلكتروني وعدم تعديله<sup>3</sup>. وهذا هو مسلك نظيره الفرنسى<sup>4</sup>، وغالبية الأنظمة القانونية<sup>5</sup>.

وتقنية المفتاحين هى منظومة إلكترونية تسمح لكل شخص، طبيعى أو معنوى، بأن يكون لديه مفتاحين منفردين؛ أحدهما عام ويكون متاحاً إلكترونياً للجميع، والثانى خاص يحتفظ به الشخص على درجة عالية من السرية بحيث يتعذر على غيره معرفته<sup>1</sup>، بحيث يشكل المفتاحان فى مجموعهما التوقيع الرقى<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر: المادة 3/أ من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>2</sup> أنظر: المادة 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>3</sup> أنظر: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى - تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 25 - ص 17.

<sup>4</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 27.

<sup>5</sup> كالنظام القانونى الألمانى والإيطالى والدانمارك وغالبية تشريعات الولايات المتحدة وغيرها. أنظر: د/محمد رشدى - المرجع السابق - ص 207، 208.

<sup>1</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 10/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>2</sup> Poullet et J.ROYEN, «Vers la confiance» op. cit., N. 5.

وتسمى هذه التقنية بالتشفير غير المتناظر أو اللامتماثل، وذلك على اعتبار أن الأطراف لا تستخدم مفتاح واحد في تشفير المحرر الإلكتروني إلى رموز غير مفهومة وفك هذا التشفير وإعادته إلى صياغته المقروءة<sup>1</sup>، وإنما تستخدم في هذا الخصوص مفاتيح مختلفين غير متناظرين أو غير متماثلين أحدهما للتشفير محتوى المحرر الإلكتروني والآخر لفكه وإعادته إلى أصله<sup>1</sup>.

---

وجدير بالإشارة أن إنشاء المفاتيح العام private key والخاص public key يتم بواسطة برنامج إلكتروني يسمى "المفتاح الشفري الجذري" تتولى هيئة تنمية وصناعة تكنولوجيا المعلومات "أيتيدا" ابتكاره وتقديمه إلى جهات التصديق الإلكتروني حتى تتمكن من النهوض بمهامها، وهي إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق من صحته وإصدار شهادات التصديق الإلكتروني. ولعل هذا معناه أن التحقق من صحة المحررات الإلكترونية - توقيعاً ومضموناً - وشهادات التصديق الإلكتروني يتم أما عن طريق اللجوء مباشرة إلى هيئة "أيتيدا" باعتبارها الجهة مبتكرة الجهاز الإلكتروني المستخدم في إنشاء المحررات والتوقيعات الإلكترونية، وهذا هو الأصل، أو اللجوء إلى جهات التصديق الإلكتروني المرخص لها. أنظر في مفهوم المفتاح الشفري الجذري الفقرة 13 من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>1</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 28.

أنظر في مفهوم التشفير اللامتماثل وضوابطه وعيوبه: د/فوزى عبدالهادي - المرجع السابق - ص 8 & د/على قاسم - المرجع السابق - ص 13 & د/عبدالله مسفر ود/حسن عباس - المرجع السابق - ص 8 وما بعدها & د/تامر الدمياطي - المرجع السابق - ص 439 وما بعدها.

<sup>1</sup> أنظر: د/محمد رشدي - المرجع السابق - ص 203، 204 & د/على قاسم - المرجع السابق - ص 14 & د/هدى قشقوش - الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 76 &

وهكذا، تتعدد استخدامات تقنيات تشفير المفاتيح، فلم يعد يقتصر استخدامها على أداء وظائف حماية البيانات وسلامتها من التحريف فحسب، وإنما يمتد دورها كذلك إلى تسهيل عملية الإثبات الإلكتروني، إذ بموجبها يتم تحديد هوية الأطراف وتمييزها عن غيرها، والتحقق من صحة توقعاتهم الإلكترونية وموافقهم على إنعقاد المحرر الإلكتروني<sup>1</sup>. كذلك أن لها دور في تأمين المحرر والتوقيع الإلكترونيين والحفاظ عليهما، والتحقق من صحتهما<sup>2</sup>.

---

د/ثروت عبدالحميد - المرجع السابق - ص 60، 62. وأنظر كذلك: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 26 - ص 17.

<sup>1</sup> أنظر: د/على قاسم - الإشارة السابقة & د/تامر الدمياطى - المرجع السابق - ص 436 & د/فوزى عبدالهادى - المرجع السابق - ص

<sup>2</sup> وهنا يدق التساؤل حول كيفية وضع التوقيع الرقوى على المحرر الإلكتروني والتحقق من صحتهما حال تحرير هذا المحرر؟

المفترض أن الأطراف قد تقدمت إلى جهات التصديق الإلكتروني وحصلت على توقيع رقمي، المائل في مفاتيح أحدهما عام والأخر خاص. وعند إبرام المحرر الإلكتروني، فما على الطرف الراغب في التعاقد سوى وضع مفتاحه الخاص على الرسالة الإلكترونية المتضمنة المحرر الإلكتروني والذي يؤدي إلى تشفيرها بحيث تتحول إلى رموز لا يمكن فهمها مرفقاً معها مفتاحه العام. عندئذٍ يقوم الطرف مستلم الرسالة بإرسال المفتاح العام لشخص الراسل إلى جهة التصديق الإلكتروني مصدره هذه المفاتيح، للتأكد من صحته. فإذا كان صحيحاً، قام هو كذلك بوضع مفتاحه الخاص على ذات الرسالة التي استلامها وإعادة إرسالها مرة أخرى للطرف الآخر. والذي يقوم بدوره من التحقق من صحة توقيعه الإلكتروني بذات الطريقة ليتأكد من صحة وسلامة الرسالة المتضمنة المحرر الإلكتروني. أنظر في ذلك: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي

## 2- ضوابط تقنية المفتاحين<sup>1</sup>.

تقوم تقنية المفتاحين - مناط التوقيع الرقوى - بداهة على مفتاحين اثنين، يطلق عليهما المفتاح الخاص والمفتاح العام،

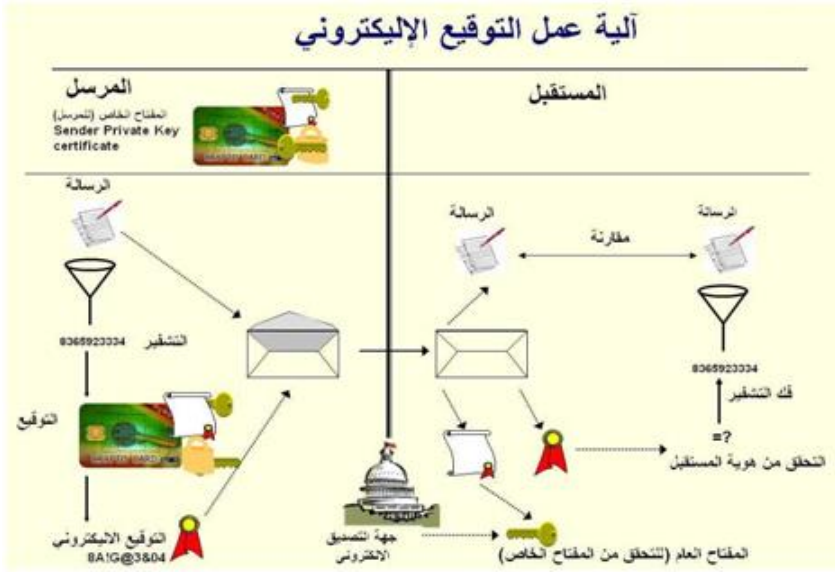
---

بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 62 - ص 37، 38 & وتقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 29، 30 - ص 19. وأنظر كذلك: د/إبراهيم الدسوقى - توثيق المعاملات الإلكترونية - المرجع السابق - ص 1857 وما بعدها & د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص 25، 26 & د/مدحت عبدالعال - المسئولية المدنية الناشئة عن تقديم خدمة التوقيع الإلكتروني - الطبعة الأولى - 2010 - المركز القومى للإصدارات القانونية - ص 22 وما بعدها.

والشكل التالى يوضح طريقة عمل التوقيع الإلكتروني والتحقق من صحته من الناحية الفنية:

أما عن كيفية التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني المتنازع عليه أمام القضاء، فإنه سوف تكون محلاً للدراسة فى حينه.

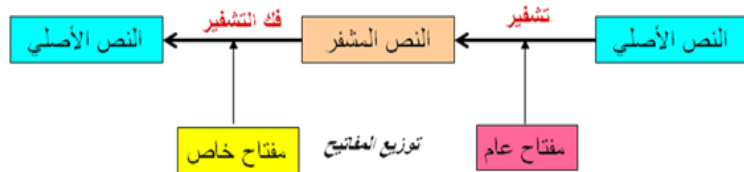
<sup>1</sup> أنظر بالتفصيل: دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 38، 39 - ص 26، 27 & وتقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 27 وما يليه - ص 17 وما بعدها.



يستخدم **الأول** في تشفير الرسائل والمحركات الإلكترونية، بينما يستخدم **الثاني** في فك هذا التشفير<sup>1</sup>. ولا يتصور تعديل المحرر الإلكتروني إلا باجتماع المفتاحان معاً<sup>2</sup>.

ويقصد **بالمفتاح الخاص** أداة إلكترونية خاصة بالموقع وحده تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة يستخدمها الموقع لوضع توقيعته الإلكتروني على المحركات

<sup>1</sup> كما هو موضح في الشكل التالي:



<sup>2</sup> د/ثروت عبد الحميد - المرجع السابق - ص 62.

الإلكترونية<sup>1</sup>، ويتم الاحتفاظ به على بطاقة ذكية مؤمنة<sup>2</sup>. بينما يقصد بالمفتاح العام أداة إلكترونية متاحة للكافة تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة تستخدم فى التأكد من شخصية الموقع والتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني وسلامة محتوى المحرر الإلكتروني وعدم شائبته بأى تعديل أو تغيير<sup>3</sup>. فهو بمثابة إثبات هوية الموقع<sup>4</sup>،

ومناطق التحقق من صحة التوقيع والمحرر الإلكترونيين<sup>5</sup>.

والواقع أن المفتاحين، العام والخاص، هما مجرد زوج من الأرقام غير متماثلين، بمعنى أنه ليس بينها أى ارتباط، فلا يؤدي معرفة أحدهما إلى الوصول إلى الآخر<sup>6</sup>، وذلك على الرغم أن كلاهما مكمل للأخر<sup>1</sup>. وبالتالي، فإذا فرض أن

---

<sup>1</sup> المادة 12/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>2</sup> ويقصد بالبطاقة الذكية هى وسيط إلكترونى مؤمن يستخدم فى عملية إنشاء وتثبيت التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني ويحتوى على شريحة إلكترونية بها معالج إلكترونياً وعناصر تخزين وبرمجيات التشغيل. طبقاً للمادة 15/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>3</sup> المادة 11/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>4</sup> د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص28.

<sup>5</sup> د/محمد رشدى - المرجع السابق - ص204 & د/مدحت عبدالعال - المرجع السابق - ص22.

<sup>6</sup> أنظر: د/على قاسم - المرجع السابق - ص14. وأنظر كذلك: تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند33 - ص20.

أحد الأشخاص قد تحصل على المفتاح العام - باعتباره متاحاً للكافة ويسهل معرفته - وقام باستخدامه في فك تشفير المحرر الإلكتروني والاطلاع على مضمونه، فإن ذلك لا يؤدي إلى اكتشاف المفتاح الخاص واستخدامه في تغيير التوقيع الرقمي<sup>2</sup>، بما يتعذر معه تغيير مضمون المحرر الإلكتروني بوجه عام.

ورغم ما تقدم، إلا أن إمكانية وصول قرصنة شبكات الانترنت إلى المفتاح الخاص والتلاعب في مضمون المحرر الإلكتروني وتعديله من الناحية الفنية هو احتمال قائم بدرجة كبيرة نظراً للتطور التكنولوجي المستمر<sup>3</sup>، فضلاً عن أن المفتاح العام في حد ذاته لا يحدد شخصية الأطراف وهويتهم<sup>4</sup>، فهو مجرد رموز وإشارات ليس بينها وبين الموقع أية صلة<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Poullet et J.ROYEN, «Vers la confiance» op. cit., N. 5.

<sup>2</sup> أنظر في هذا المعنى: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 38 - ص 28 & تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 27 - ص 18.

<sup>3</sup> CAPRIOLI E, « Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 7.

وأنظر: تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 27 - هامش ص 18.

<sup>4</sup> أنظر: د/على قاسم - المرجع السابق - ص 14 & د/محمد رشدي - المرجع السابق - ص 204.

<sup>5</sup> رسالتنا السابقة - بند 55.



من أجل هذه الاعتبارات، باتت الحاجة إلى وجود جهات التصديق الإلكتروني كطرف ثالث محايد في المعاملات الإلكترونية التي تتم بين الأطراف<sup>1</sup>، وذلك لقدرتها على ربط المفتاح العام مع نظيره الخاص بصاحبه إرتباطاً لا يتصور فصل أحدهما عن الآخر<sup>2</sup>، بما يؤدي إلى تحديد شخصيته وهويته، وضمان نسبة التوقيع الإلكتروني برمته لصاحبه<sup>3</sup>. فضلاً عن قدرتها على تأكيد صحة البيانات الموقع عليها محل المحرر الإلكتروني وضمان عدم العبث بها بحيث يصبح كلا التوقيع والمحرر الإلكترونيين بمنأى عن محاولات العبث والتزوير الإلكتروني<sup>4</sup>. وتصدر في هذا الصدد شهادة تصديق إلكتروني سوف نتولى معالجتها الآن.

### ثانياً شهادة التصديق الإلكتروني.

---

<sup>1</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 32.

وأنظر كذلك: د/محمد رشدي - المرجع السابق - ص204، 205 & د/هدى قشقوش - الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص77.

<sup>2</sup> CAPRIOLI E, « Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 7.

<sup>3</sup> POULLET et J.ROYEN, Vers la confiance, op. cit., P. 11,12. & Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N. 33.

<sup>4</sup> أنظر في هذا المعنى: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند50. وكذلك: تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند42 - ص23.

شهادة تصديق إلكترونى هى شهادة تقدمها جهات التصديق الإللكترونى إلى الأطراف تفيد صحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين وخضوعهما لنظام التصديق الإللكترونى، بداية من إنشاء التوقيع الإللكترونى، ومروراً بإبرام المحرم الإللكترونى وتمهيره بهذا التوقيع، وانتهاءً بحفظها فى سجلات إلكترونية معدة خصيصاً لهذا الغرض.

ونظراً لأهمية شهادة التصديق الإللكترونى على هذا الوجه، فإننا سوف نتصدى لشرحها وبيانها فى النقاط الأساسية التالية.

#### 1- مفهوم شهادة التصديق الإللكترونى وصورها.

تنص الفقرة 7 من المادة الأولى من قانون التوقيع الإللكترونى على أن شهادة التصديق الإللكترونى هى الشهادة التى تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع<sup>1</sup>.

ومفاد هذا النص أن شهادة التصديق الإللكترونى هى وثيقة تمنحها جهات التصديق الإللكترونى لمن يطلبها بعد سداد الرسم المستحق دون حاجة إلى مراعاة

---

<sup>1</sup> وهى بذلك لا تختلف عن معناها التقليدى المعروف بحسبانها مستنداً يؤكد به شخص وقائع معينة، غير أن الطابع الإللكترونى هو المعيار الفاصل بينهما. أنظر فى هذا: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإللكترونية - المرجع السابق - بند 95 - ص 53.

أوضاع معينة<sup>1</sup>، قوامها التثبت من هوية الموقع والتحقق من صحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين<sup>2</sup>.

هذا وتتخذ شهادة التصديق الإلكتروني لدى الشارع المصرى عدة صور، بحسب الوقت الذى تطلب فيه، وبحسب البيان المطلوب التحقق من صحته عما إذا كان التوقيع الإلكتروني أو المحرم الإلكتروني.

فهنالك ما تسمى بشهادة فحص بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني<sup>3</sup>، وهى شهادة يطلبها الأطراف قبل الإقدام على إبرام المحرم الإلكتروني وانعقاد العلاقة القانونية بينهما، وذلك للتحقق من هوية الموقع وصحة بيانات إنشاء توقيعه الإلكتروني<sup>4</sup> المجرى<sup>5</sup>، أى التحقق من ارتباط المفتاح العام بشخص الموقع قبل استخدامه. وبهذه المثابة، فإن هدف هذه الشهادة هو طمأننة الأطراف بعضهم

---

<sup>1</sup> أنظر فى طلب شهادة التصديق الإلكتروني :

– Politique de Certification «Authentification forte», op. cit., P. 29, 30.

<sup>2</sup> أنظر فى دور التصديق الإلكتروني فى التحقق من هوية الموقع والتحقق من صحة المحرم والتوقيع الإلكترونيين: رسالتنا السابقة – بند54، 55.

<sup>3</sup> أنظر: المادة 20/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>4</sup> وهذا ما رسمته المادة 6 من اللائحة المذكورة والتى تنص على أنه « تقدم الهيئة بناء على طلب كل ذى شأن خدمة الفحص والتحقق من صحة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني نظير مقابل يحدد فئاته مجلس ادارة الهيئة».

<sup>5</sup> ونقصد باصطلاح التوقيع المجرى؛ التوقيع قبل استخدامه من قبل الموقع.

البعض وتحديد شخصيتهم قبل إبرام المحرر الإلكتروني على نحو يبث الثقة لدى نفوس الأفراد فى التعاملات الإلكترونية.

وهناك ما تسمى بشهادة فحص التوقيع الإلكتروني<sup>1</sup>؛ وهى الشهادة التى يتم اللجوء إليها بعد إبرام المحرر الإلكتروني حال إثارة الخلاف بين الأطراف أمام القضاء مناطها فحص التوقيع والمحرر الإلكترونيين المتنازع عليهما للبت فى مسألة صحتها، فضلاً عن التحقق من صحة شهادة التصديق الإلكتروني إذا كانت هى محل النزاع<sup>2</sup>.

والواقع أن التفرقة التى أتى بها المشرع المصرى إنما هى اقتباس عن النظام الفرنسى الذى نظم نوعين من شهادات التصديق الإلكتروني وهما؛ شهادة

---

<sup>1</sup> أنظر: المادة 21/1 من اللائحة المذكورة.

<sup>2</sup> وهذا هو البين من نص المادة 7 من اللائحة المذكورة والتى تنص على أنه « تقدم الهيئة بناء على طلب كل ذى شأن خدمة فحص التوقيع الإلكتروني نظير مقابل يحدد فئاته مجلس إدارة الهيئة فى سبيل القيام بذلك مما يأتى:

أ- سلامة شهادة التصديق الإلكتروني وتوافقها مع بيانات التوقيع الإلكتروني.

ب- إمكان تحديد مضمون المحرر الإلكتروني الموقع بدقة.

ج- سهولة العلم بشخص الموقع سواء فى حالة استخدام اسمه الأصلى أم استخدامه لاسم مستعار أم اسم شهرة.

ويجوز للهيئة أن تعهد للغير بتقديم هذه الخدمة تحت إشرافها. وفى جميع الأحوال تصدر الهيئة شهادة فحص التوقيع الإلكتروني». «.

التصديق الإلكتروني العادية والتي تقتصر على بيان مدى صحة بيانات التوقيع الإلكتروني وصلته بالموقع فقط لحظة إبرام المحرر الإلكتروني. وشهادة التصديق الإلكتروني المعتمدة ، وهي تتضمن كافة البيانات التي بموجبها يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني المتنازع عليه. ويتم اللجوء إليها بعد إنعقاد المحرر الإلكتروني إذا الخلاف بين الأطراف<sup>1</sup>.

## 2- أهمية شهادة التصديق الإلكتروني.

تتمثل أهمية شهادة التصديق الإلكتروني في أنه بموجبها يمكن التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى شخص الموقع وتحديد هويته قبل إبرام المحرر الإلكتروني<sup>2</sup>، حيث من شأنها ربط الأرقام أو المفاتيح السرية محل هذا التوقيع بشخص الموقع<sup>3</sup>.

كما أن لشهادة التصديق الإلكتروني دور حال إبرام المحرر الإلكتروني، إذا بمقتضاها يتم تأهيل المحرر الإلكتروني للحماية القانونية وتجهيزه مقدماً لأن يكون

---

<sup>1</sup> أنظر في هذه التفرقة:

Lamberterie et Blanchette, op. cit., p. 1273- 1275.

<sup>2</sup> أنظر: د/على قاسم - المرجع السابق - ص14 & د/سعيد قنديل - المرجع السابق - ص76.

<sup>3</sup> Y. POULLET et J.ROYEN, « Vers la confiance », op. cit., P. 11,12. & CAPRIOLI E, « Le juge et la preuve électronique», op. cit., P.

دليل إثبات يسهل الرجوع إليه عند الضرورة، بمعنى أنها تهيئ دليلاً عاجلاً لنزاع محتمل آجل<sup>1</sup>.

كما يمتد دور شهادة التصديق الإلكتروني أيضاً بعد إبرام المحرر الإلكتروني، إذ بموجبها يتم التحقق من إستيفاء هذا المحرر لشروطه الفنية والقانونية دون حاجة إلى تقديم الدليل على توافرها، ومن ثم التحقق من صحته وخلوه من خطر التزوير الإلكتروني<sup>2</sup>. وبهذه المثابة، تتبدى أهمية شهادة التصديق الإلكتروني في تسهيل عبء الإثبات الإلكتروني وتغادي صعوباته أمام القضاء، إذ يمكن للقاضي الاعتماد عليها في الفصل في منازعة صحة التوقيع والمحرر الإلكترونيين التي تعرض عليه<sup>3</sup>. وبعبارة أخرى تعد شهادة التصديق الإلكتروني بمثابة قرينة على صحة المحرر والتوقيع الإلكترونيين دون حاجة إلى إثبات ذلك<sup>4</sup>. وهي ما تعرف بقرينة الموثوقية والتي ستكون محلاً للدراسة في حينه.

---

<sup>1</sup> CAPRIOLI E, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. cit., P. 19.

<sup>2</sup> أنظر ذات المعنى تقريباً:

– Politique de Certification « Authentification forte », op. cit., P. 13.

<sup>3</sup> CAPRIOLI E, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. cit., P. 20.

<sup>4</sup> أنظر: د/أيمن سعد – المرجع السابق – ص 37، 38.

### 3- حجية شهادة التصديق الإلكتروني في الإثبات.

تتمتع شهادة التصديق الإلكتروني بالقوة الثبوتية المطلقة بحيث لا يجوز دحضها إلا بإثبات عكسها أو الطعن عليها بالتزوير طالما توافرت شرائطها القانونية<sup>1</sup>. أما الشرط الأول؛ أن تتضمن هذه الشهادة مجموعة من البيانات تدور حول تحديد هوية مقدم خدمات التصديق الإلكتروني وتوقيعه الإلكتروني واسم الموقع وهويته ومفتاحه العام ... إلخ<sup>2</sup>. وبعبارة أدق، فإنه يجب تحديد شهادة التصديق الإلكتروني تحديداً رقمياً وتاريخياً ومصدراً ومضموناً لعدم اختلاطها

---

<sup>1</sup> هذا مع الاخذ في الاعتبار توافر مقومات إصدارها الماثلة في ضرورة حصول جهة التصديق الإلكتروني على ترخيص مزاولة خدمات التصديق الإلكتروني من الجهات المختصة. أنظر في شروط إصدار هذا الترخيص: ما تقدم - بند 31.

<sup>2</sup> ولم يتضمن قانون التوقيع الإلكتروني بيان البيانات التي يجب أن تشمل عليها شهادة التصديق الإلكتروني، وإنما حددتها المادة 20 من اللائحة التنفيذية له. بينما حدد المشرع الفرنسي هذه البيانات بالمادة رقم 6 ثانياً - ك من مرسوم مجلس الدولة الصادر في 30 مارس 2001. أنظر:

CAPRIOLI E, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. cit., P. 9.

وأنظر بالتفصيل في بيانات شهادة التصديق الإلكتروني: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 80 - ص 45 & د/سعيد قنديل - المرجع السابق - ص 90، 91.

بغيرها<sup>1</sup>، وهذا ما يضمن صحتها فيما تتضمنه من معلومات<sup>2</sup>. والحكمة من تضمن شهادة التصديق الإلكتروني هذه البيانات أنها تعد مناط حجيتها والاعتراف بمدلولها القانوني في الإثبات.

**والشرط الثاني،** هو أن يتم توثيق شهادة التصديق الإلكتروني لدى جهات التصديق الإلكتروني وحفظ بياناتها، من حيث أطرافها ومضمونها وصلاحياتها وتاريخها، بطريقة منتظمة ومؤمنة وفقاً لأنظمة فنية متطورة موثوق بها في سجلاتها الإلكترونية على نحو يؤكد صحتها ويكفل سلامة بياناتها<sup>3</sup>. وبالتالي، فإذا تعرضت بيانات شهادة التصديق الإلكتروني للسرقة أو للتحريف، وعلى وجه الخصوص المفاتيح الخاص للموقع، كأن يفقد الموقع سيطرته عليه، فإن الشهادة تفقد جدارتها وأمنها<sup>4</sup> بما لا يجوز التعويل عليها أُنذلك في التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Politique de Certification « Authentification forte », op. cit., P. 8.

<sup>2</sup> انظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - ص78.

<sup>3</sup> انظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 80، 81 - ص45. وكذلك:

Politique de Certification, Authentification forte, op. cit., P. 30.

<sup>4</sup> دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 57 - ص35.



وإذا كان المشرع المصرى قد اشترط حفظ شهادة التصديق الإلكتروني على هذا النحو إذا لزم جهات التصديق الإلكتروني أن يتوافر لديها نظاماً لحفظ شهادات التصديق الإلكتروني<sup>2</sup>، إلا أنه لم يحدد أصولاً معينة لطريقة الحفظ الإلكتروني<sup>3</sup>. وهو مسلك حسن لأخذه فى الاعتبار طبيعة التطور التكنولوجى السريع والمستمر بما يتعذر ملاحظته.

---

<sup>1</sup> فسيان شهادة التصديق الإلكتروني وعدم تعليقها أو إلغائها هو شرط من شروط صحتها وإمكانية التعويل عليها فى التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني. أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 55 - ص 34.

<sup>2</sup> طبقاً لنص الفقرة ز من المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>3</sup> كل ما فى الأمر أنه ينبغى على جهات التصديق الإلكتروني أن يتوافر لديها منظومة إلكترونية لحفظ شهادات التصديق الإلكتروني بأرقام متسلسلة فى سجل إلكترونى معد لذلك يختلف بديهاً عن السجل الإلكتروني الذى يوثق فيه التوقيعات والمحركات الإلكترونية المصدق عليها. ويلاحظ أن على الرغم من اختلاف السجلين إلا أن كلاهما يتم فى آن واحد، حتى تكون البيانات المدرجة فيهما واحدة لا تباين بينهما بما يضمن ارتباطهما ارتباطاً وثيقاً. ولعل هذا من شأنه إحاطة المحرر الإلكتروني بالضمانات التى تكفل سلامته وتوافر الثقة فيه. أنظر: رسالتنا السابقة - بند 58.

وحرى بالذكر أن المشرع المصرى - طبقاً للمادة 22 من قانون التوقيع الإلكتروني - ونظيره الفرنسى - طبقاً للمادة 9 من المرسوم رقم 535 - 2002 - قد اعترف كذلك بشهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية شأنها شأن نظيرتها الوطنية طالما توافرت الضمانات التقنية والفنية فى إنشائها وإصدارها - التى نحن بصدد شرحها - طبقاً لمبدأ عدم التمييز بين شهادة التصديق الوطنية وشهادة التصديق الأجنبية فى المعاملة القانونية. أنظر فى هذا المبدأ: دليل تشريع قانون

والغرض من حفظ شهادة التصديق الإلكتروني واضح، وهو ضمان صحتها وعدم العبث في محتواها حماية لحقوق أطرافها. فضلاً عن السماح للأطراف والقاضي بالرجوع إلى أصل الشهادة المحفوظ لدى جهات التصديق الإلكتروني كشخص محايد، بما يسهل إثبات صحة المحرر الإلكتروني، مضموناً وتوقيعاً<sup>1</sup>. وحيث أنه سبق معالجة نظام الحفظ الإلكتروني بتفصيل مناسب، لذا نحيل إليه منعاً للتكرار وإزدوج البحث<sup>2</sup>.

---

الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 152 وما يليه - ص 84 وما بعدها & ومنشور لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - بند 137 وما يليه - ص 67 وما بعدها. وأنظر في دراسة تفصيلية لحجية شهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية: د/طارق كميل - حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية - بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية - المنعقد في جامعة الامارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون - 2009 - المجلد الثاني - ص 594 وما بعدها.

<sup>1</sup> أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 56. وأنظر كذلك:

CAPRIOLI E, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. cit., P. 20.

<sup>2</sup> أنظر: ما تقدم - بند 23 وما يليه.

## الفصل الثانى

### ماهية التزوير الإلكتروني وخصوصيات الإدعاء به أمام القضاء

تمهيد وتقسيم:

لم يقتصر تأثير الوسائل الإلكترونية على تغيير طريقة إبرام المحررات بحيث أصبحت تتعدّد بين الأطراف دون تلاقيهم معاً فى مكان مادي معين، وإنما امتد آثارها إلى طريقة تزويرها، فظهر التزوير الإلكتروني<sup>1</sup>. وينعت بهذا الوصف، وذلك لأنّ تغيير الحقيقة فى المحررات الإلكترونية إنما يتم بذات الطريقة التى تنشأ بها، وهى الطريقة الإلكترونية. وهذا هو مناط خصوصية التزوير الإلكتروني وذاتيته.

وإذا كان مناط التزوير الإلكتروني على هذا النحو هو استخدام الوسائل الإلكترونية فى وقوعه، فهل لهذه الخصوصية أثراً على المدلول القانونى للتزوير وجوهره كوسيلة لتغيير الحقيقة فى المحررات بقصد الإضرار بأصحابها والأشخاص المستفيدة منها، وهل لذلك أثراً أيضاً على مفهوم وإجراءات الإدعاء به أمام القضاء المدنى؟

---

<sup>1</sup> Electronic Forgery

وللإجابة على هذه التساؤلات، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين متتاليين

فيما يلي.

المبحث الأول: ماهية التزوير الإلكتروني.

المبحث الثاني: مفهوم إدعاء التزوير الإلكتروني وخصائصه.

# المبحث الأول

## ماهية التزوير الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

أفرد كلا المشرعين المصرى والفرنسى نصوص خاصة لمعالجة التزوير الإلكتروني تتفق مع جوهره كمكنة لتغيير الحقيقة فى المستندات والمحركات الكتابية وتتلائم مع خصوصياته لكونه يقع عبر الوسائل الإلكترونية. فأصدر المشرع الفرنسى القانون رقم 19 لسنة 1988 بإضافة المادتين رقما 5/462 و6/462 إلى قانون العقوبات لتنظيم التزوير الإلكتروني، ثم أعد تنظيمة مرة أخرى فى قانون العقوبات الجديد الصادر عام 1994<sup>1</sup>، والمعدل عام 2016<sup>2</sup>. وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصرى حيث بادر بإصدار قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 وأورد به المادة 23 لتنظيم التزوير الإلكتروني.

---

<sup>1</sup> أنظر فى بيان الموقف التشريعى للقانون الفرنسى فى تنظيم التزوير الإلكتروني: د/على القهوجى - الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت - جامعة الامارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون - المنعقد فى الفترة ما بين 1: 3 مايو - 2000 - المجلد الثانى - الطبعة الثالثة - 2004 - ص589 وما بعدها & د/غنام محمد غنام - مدى ملائمة القواعد التقليدية فى قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر - بحث مقدم لذات المؤتمر - ذات المجلد الثانى - ص656، 657 & د/أحمد حسام طه - المرجع السابق - ص402 وما بعدها & د/أشرف توفيق - المرجع السابق - ص538، 539.

<sup>2</sup> available through: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

وعلى ضوء النصوص المتقدمة، فإننا سوف نعالج هذا المبحث في مطلبين

فيما يلي.

المطلب الأول: مدلول التزوير الإلكتروني.

المطلب الثاني: مواضع التزوير الإلكتروني.

## المطلب الأول مدلول التزوير الإلكتروني

وللتعرف على مدلول التزوير الإلكتروني، فإننا سوف نتعرض إلى عدة نقاط أساسية هي؛ مفهومه، وطبيعته وخصائصاته، وطرقه، وذلك على النحو التالي:

### أولاً مفهوم التزوير الإلكتروني.

علاج المشرع الفرنسي التزوير الإلكتروني بالمادة 5/462 من قانون العقوبات القديم<sup>1</sup> حيث وصفه بأنه تزوير المستندات المعالجة ألياً، أيا كان شكلها بما يؤدي إلى حدوث ضرر للغير<sup>2</sup>. غير أنه لم يحدد مفهوم المستندات المعالجة ألياً، لكونه اصطلاحاً فنياً بالمعنى المعروف في عالم الإلكترونيات يتعذر على غير المتخصصين فهمه وإدراك حقيقته، فضلاً عن أنه تعبير متطور بطبيعته يخضع للتطورات التكنولوجية السريعة في المجتمع<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> المضافة بالقانون رقم 19 لسنة 1988 الصادر في 5 يناير عام 1988.

<sup>2</sup> أنظر: د/على القهوجي - المرجع السابق - ص590، 591 & د/غنام محمد غنام - المرجع السابق - ص656 & د/هدى حامد قشقوش - جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن - دار النهضة العربية - ط1992 - ص119.

<sup>3</sup> د/على القهوجي - المرجع السابق - ص593.

ولذلك اتجه البعض إلى تعريف المستندات المعالجة ألياً بأنها المعلومات المبرمجة وتشمل برامج الحاسب الألي ذاتها والمعلومات المسجلة في ذاكرته أو المخزنة على الاسطوانات والأشرطة الممغنطة<sup>1</sup>.

وأنذلك كان الفقه الفرنسى يستلزم لوقوع جريمة التزوير الإلكتروني فى المستندات المعالجة ألياً أن يتم إخراجها فى صورة مكتوبة، وذلك بأن يتم طباعتها على أوراق مادية بحيث يكون لها أثراً مادياً ملموساً وظاهراً بما يمكن قراءتها<sup>2</sup>. بمعنى أن يتم تحويلها من المستندات المدونة فى ذاكرة الحاسب الألي أو المخزنة على الأشرطة الممغنطة إلى مستندات ورقية بحيث ينطبق عليها وصف المحرر بمعناه القانونى<sup>3</sup>. وبالتالي، فإن التزوير الإلكتروني وفقاً للقانون الفرنسى هو تغيير الحقيقة فى البيانات والمعلومات المبرمجة فى جهاز الحاسب الألي أو على

---

<sup>1</sup> د/هدى قشقوش - جرائم الحاسب الإلكتروني - المرجع السابق - ص120، 121 & د/غنام محمد - المرجع السابق - ص646، 654.

<sup>2</sup> Voir: Vitu, Traite dr droit penal special, no, 1196. & Wilfrid jrandidier, interpretation de la loi penale, juris-class penal, n. 38.

مشار إليه لى: د/غنام محمد غنام - المرجع السابق - ص655.

<sup>3</sup> أنظر: د/سامى الشوا - ثورة المعلومات وأنعكاسها على قانون العقوبات - دار النهضة العربية - ط1994 - ص144، 145.



الأشرطة أو الاسطوانات إذا تم طباعتها على أوراق مادية بحيث يمكن إدراكها ولمسها<sup>1</sup>.

وتبعاً لذلك، فإن تغيير الحقيقة في الوثائق الإلكترونية المخزنة على دعائم إلكترونية قبل أن يتم إخراجها وتحويلها إلى مستندات ورقية لا يعد تزويراً بمعناه القانوني<sup>2</sup>. وسند ذلك أن هذه الوثائق بحسبانها مستندات معالجة آلياً لا تعتبر من قبيل المحررات حيث ليس لها أثراً مادياً، ويتعذر قراءتها<sup>3</sup>، بما لا يصح أن تتعد بوصف المحرر<sup>4</sup>. ولذا، كان يخرج عن دائرة التزوير الإلكتروني - آنذاك - التغيير الذى يطرأ على الكتابة الموجودة على جهاز الحاسب الألى أو المخزنة على الأشرطة والاسطوانات، نظراً لطبيعتها غير المادية وتعذر قراءتها، فهى فى حد

---

<sup>1</sup> أنظر: د/هدى قشقوش - جرائم الحاسب الإلكتروني - المرجع السابق - ص 121 & د/أحمد حسام طه - المرجع السابق - ص 390، 391 & د/سامى الشوا - المرجع السابق - ص 144، 145.

<sup>2</sup> د/هدى قشقوش - جرائم الحاسب الإلكتروني - المرجع السابق - ص 120، 121 & د/غنام محمد - المرجع السابق - ص 33، 34.

<sup>3</sup> د/جميل عبدالباقي - الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة - دراسة تطبيقية فى القضاء الفرنسى والمصرى - دار النهضة العربية - ط 2003 - ص 116. وأنظر كذلك: د/نايلة عادل قورة - جرائم الحاسب الالى الاقتصادية - دراسة نظرية وتطبيقية - منشورات الحلبي الحقوقية - ط 2005 - ص 584 وما بعدها & د/شيماء عبدالغنى - الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية - دار الجامعة الجديدة - 2007 - ص 82.

<sup>4</sup> أنظر: د/غنام محمد - المرجع السابق - ص 655.

ذاتها ليست محلاً للحماية القانونية. والقاعدة هي أن التزوير يرتبط بالمحررات الكتابية ارتباطاً وثيقاً.

من أجل ذلك، استحدثت المشرع الفرنسي المادة 1/441 من قانون العقوبات الجديد الصادر عام 1994، وذلك حتى يمتد التزوير الإلكتروني لكافة المحررات الإلكترونية، سواء كانت وثائق مبرمجة أو وثائق معلوماتية، وسواء كانت فى شكلها الإلكتروني أو تم طبعتها على أوراق مادية. وتتص هذه المادة على أن التزوير الإلكتروني هو كل تغيير فى الحقيقة بطريق الغش، أيا كان وسيلته، ويكون من شأنه إحداث ضرر، سواء كان فى محرر مكتوب أو فى أى دعامة أخرى تحوى تعبير عن الفكر، طالما كان له أثراً فى إثبات حق أو واقعة ذات أثر قانونى<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> KERBOUCI, «La preuve écrite électronique», op. cit., P. 25, 26.

وهنا تجدر التفرقة بين الوثائق المبرمجة - أى المستندات المعالجة آلياً - والوثائق المعلوماتية؛ فالأولى هى عبارة عن برامج الحاسب الألى ذاتها والمعلومات المسجلة فى ذاكرته أو المخزنة على الاسطوانات والأشرطة المغنطة دون أن تخرج إلى حيز الوجود وتتخذ شكلاً مادياً. أما الأخيرة، فهى اصطلاح أوسع نطاقاً فىشمل برامج الحاسب الألى ومخرجاته، سواء تمت على حالها أو تم إخراجها على دعائم إلكترونية كالاسطوانات أو اتخذت شكلاً تقليدياً بطابعها على أوراق مادية. أنظر فى تعريف الوثيقة المبرمجة: د/على القهوجى - المرجع السابق - ص593 وما بعدها & د/أحمد حسام طه - المرجع السابق - ص419 وما بعدها.

وبهذا النص يكون المشرع الفرنسى قد وسع من نطاق التزوير الإلكتروني بحيث يستوعب الوثائق المعلوماتية إلى جانب الوثائق المبرمجة المعالجة آلياً<sup>1</sup>. وعليه، فإن التزوير الإلكتروني هو تغيير الحقيقة فى المستندات المعالجة آلياً والمستندات المعلوماتية على السواء<sup>2</sup>.

ورغم أن المشرع المصرى قد عالج التزوير الإلكتروني بقانون التوقيع الإلكتروني، إلا أنه لم يضع تعريفاً محدداً له، وإنما اكتفى - كما سنرى - بتحديد صورته. ونعتقد أن هذا مرجعه هو أن وقوع التزوير عبر الوسائل الإلكترونية لا يؤثر

---

<sup>1</sup> أنظر: د/على القهوجى - المرجع السابق - ص611، 612 & د/غنام محمد - المرجع السابق - ص657.

وجدير بالتنويه أن كثير من التشريعات قد سلكت نفس المسلك الذى سلكه المشرع الفرنسى فى استحداث نصوص جديدة لمواجهة التزوير الإلكتروني بحيث يمتد ليشمل البيانات المخزنة إلكترونياً حتى ولو لم تتخذ شكلاً مادياً ملموساً، كقانون العقوبات الألمانى والانجليزى والكندى والفلىندى والاسترالى واليونانى. أنظر فى ذلك: د/سامى الشوا - المرجع السابق - ص148 وما بعدها & د/شيماء عبدالغنى - المرجع السابق - ص86 وما بعدها & د/نائلة قورة - المرجع السابق - ص589 وما بعدها. كما لاقى ذلك تأييد القضاء فى العديد من الدول كالقضاء الفرنسى والانجليزى واليابانى. أنظر: د/شيماء عبدالغنى - المرجع السابق - ص83، 84 & د/نائلة قورة - المرجع السابق - ص590.

<sup>2</sup> وتطبيقاً لذلك، فإن تغيير الحقيقة فى درجات الطلاب المسجلة فى كمبيوتر الجامعة يعد تزويراً بمعناه القانونى، حتى ولو لم يتم طبوعها فى صورة ورقية بحيث يكون لها مظهراً مادياً. د/غنام محمد - المرجع السابق - ص657.

على جوهره المائل فى تغيير الحقيقة بغية الإضرار بالغير<sup>1</sup>. فذاتية التزوير الإلكتروني إنما تكمن فى وسيلته الإلكترونية، والتي لا تؤثر إطلاقاً على جوهره المائل فى تغيير الحقيقة فى محرر للحصول على نتائج غير صحيحة.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن تغيير الحقيقة فى البطاقات الائتمانية هو فى حقيقة الأمر تزويراً بمعناه القانونى فى محرر إلكترونى وإن تم عن طريق الوسائل الإلكترونية<sup>2</sup>. ولا ينال من ذلك عدم قابليتها للقراءة بالعين المجردة إذ من الجائز قراءتها بواسطة أجهزة الكمبيوتر، فليس فى القانون ما يستوجب قراءة بيانات المحرر الكتابى بالعين المجردة<sup>3</sup>.

وعلى ذلك، نرى أن التزوير الإلكتروني ما هو إلا تزويراً بمعناه القانونى المعروف. فهو ليس نظاماً قانونياً قائماً بذاته، وإنما هو صورة متطورة للتزوير التقليدى تتلائم مع خصوصيات المستندات والمحررات الإلكترونية حيث يتم بنفس الوسيلة الإلكترونية التى تنشأ بها. وعليه، نعرف التزوير الإلكتروني بأنه تغيير

---

<sup>1</sup> فالتزوير هو تغيير الحقيقة فى محرر بطريق الغش بإحدى الطرق التى بينها القانون تغييراً يكون من شأنه أن يحدث ضرراً للغير. الطعن الجنائى رقم 28274 لسنة 74ق - جلسة 2004/12/7؛ والطعن المدنى رقم 17639 لسنة 67ق - جلسة 1998/12/17 س49 ص1786؛ والطعن المدنى رقم 813 لسنة 44ق - جلسة 1979/2/13.

<sup>2</sup> الطعن الجنائى رقم 45302 لسنة 76ق - جلسة 2007/11/20.

<sup>3</sup> أنظر: الطعن الجنائى رقم 39505 لسنة 77ق - جلسة 2016/3/15.

الحقيقة في المحرر الإلكتروني بقصد الإضرار بالشخص المستفيد منه بأحد الوسائل الإلكترونية، فهو انتاج تقنيات المعلومات واتساع نطاق تطبيقها<sup>1</sup>.

### ثانياً طبيعة التزوير الإلكتروني وخصائصه.

ذكرنا للتو أن الوسائل الإلكترونية هي السمة المميزة للتزوير الإلكتروني، فهي مناط التمييز بينه وبين التزوير التقليدي. فكلاهما ذات جوهر واحد وهو تغيير وتحريف ما يرد في المحرر من حقائق للحصول على نتائج غير حقيقية بقصد الإضرار بالغير.

والواقع أن الفارق بين التزويرين، الإلكتروني والتقليدي، لا يتمثل فقط في كون الأول يُجرى على المحررات والبرامج الإلكترونية، وإنما كذلك أنه يتم إلكترونياً عبر الوسائل الإلكترونية بمعناها الفني. وهذا ما يمثل طبيعة التزوير الإلكتروني<sup>2</sup>.

ومن هذا المنطلق، تتبدى خصوصية التزوير الإلكتروني في سهولة وقوعه، غير أنه من الصعب اكتشافه<sup>1</sup>، وذلك لأن شبكات الانترنت التي يتم

---

<sup>1</sup> ويلاحظ أن لفظ المحرر الإلكتروني يقصد به أي معلومات إلكترونية سواء كانت منشأة أو مخزنة أو مرسله بأي وسيلة. أنظر في مفهوم المحرر الإلكتروني: ما تقدم - بند5.

<sup>2</sup> أنظر في هذا المعنى: د/هدى قشقوش - الحماية الجنائية التوقيع الإلكتروني - بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية - جامعة الإمارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المنعقد في الفترة ما بين 10: 12 مايو 2003 - المجلد الثاني - ص584.

بواسطتها إبرام المحررات الإلكترونية أو حفظها لدى أطرافها أو جهات التصديق الإلكتروني تسمح لأي شخص بالاطلاع على هذه المحررات والقيام بتعديلها والعبث في محتواها بسهولة تامة دون يكتشف أحد أمره<sup>2</sup>.

ونضيف إلى ذلك أن تغيير الكتابة الإلكترونية - محل المحرر الإلكتروني - باعتبارها مجرد رموز وأرقام، هو بطبيعته لا يترك أثراً مادياً ظاهراً يدل على وقوعه حيث يتم بدرجة عالية من التكنولوجيا، الأمر الذي يتعذر معه إدراكه وإقامة الدليل على حدوث التزوير الإلكتروني<sup>3</sup>، اللهم إلا بالرجوع إلى أهل الخبرة والأجهزة الإلكترونية المتخصصة في هذا المجال<sup>4</sup>. وبهذه المثابة، يعتبر التزوير الإلكتروني أسهل وقوعاً، وأصعب اكتشافاً، في آن واحد من التزوير العادي.

**ومن خصوصيات التزوير الإلكتروني أيضاً أن تحقيقه وإثباته له طابع خاص حيث أفرز التطور التكنولوجي آليات فنية يمكن لها اكتشاف التزوير**

---

<sup>1</sup> Voir: KERBOUCI, «La preuve écrite électronique», op. cit., P. 26, 27.

<sup>2</sup> See: Kaufmann, Kohler and Schultz, The Use of Information Technology in Arbitration, La Haye, Kluwer, 2006, à paraître., Rz. 191, P. 39.

<sup>3</sup> أنظر: أشرف توفيق - المرجع السابق - ص 537.

<sup>4</sup> أنظر: ما يلي - بند 67، 70.

الإلكترونى الذى يطرأ على المحرر الإلكتروني. ولذا، فقد قنن المشرع المصرى ونظيره الفرنسى لتحقيق التزوير الإلكتروني وإثباته إجراءات محددة وطرق خاصة تختلف عن إجراءات وطرق تحقيق التزوير التقليدى. وهذا ما سيكون محلاً لدراسة تفصيلية فيما بعد<sup>1</sup>.

### ثالثاً طرق التزوير الإلكتروني وصوره<sup>2</sup>

لم يحدد المشرع الفرنسى طريقة بعينها لوقوع التزوير الإلكتروني<sup>3</sup>. وهذا هو المستفاد من اصطلاح «أيا كانت وسيلته»، وكذلك اصطلاح «محرر مكتوب أو فى أى دعامة أخرى» الواردين بالمادة 441 سالفه الذكر. لا سيما وأن المشرع

---

<sup>1</sup> أنظر: ما يلى - بند 77 وما يليه.

<sup>2</sup> وننوه فى البداية إلى أننا لا نقصد باصطلاح طرق التزوير الإلكتروني؛ بيان طرقه المادية والمعنوية المعروفة فى قانون العقوبات، فهذا يخرج عن مضمون ونطاق بحثنا، فضلاً عن أن المشرع المصرى بقانون التوقيع الإلكتروني ونظيره الفرنسى بقانون العقوبات قد هجر هذا التقسيم بخصوص التزوير الإلكتروني كما سنرى، وإنما الذى نقصده فى هذا الصدد هو بيان الصور والأشكال الإلكترونية التى يجرى بها التزوير الإلكتروني من الناحية الفنية.

<sup>3</sup> أنظر: د/حسام طه - المرجع السابق - ص 405 & د/أشرف توفيق - المرجع السابق - ص 540.

قد حذف طرق تغيير الحقيقة التى كان ينص عليها قانون العقوبات القديم على نحو خرجت معه المادة 441 دون أن تتضمن بيان هذه الطرق<sup>1</sup>.

ونسارع بالقول أنه فى ظل التعديل التى به التقنين المدنى الفرنسى والذى بموجبه تبنى المشرع المفهوم الموسع للكتابة والتوقيع الإلكترونيين<sup>2</sup>، والاعتراف بحجيتهما القانونية الكاملة فى الإثبات<sup>3</sup>، فإن التزوير الإلكتروني قد أصبح يمتد

---

<sup>1</sup> ورغم ذلك، يرى البعض أن التزوير الإلكتروني لا يتصور وقوعه إلا بالطرق المادية للتزوير دون المعنوية، وذلك لأن الطرق المعنوية لا تتم إلا أثناء التعبير عن الأفكار، أى لحظة إبرام المحررات والمستندات الإلكترونية بين الأطراف، والفرض فى التزوير الإلكتروني أن هذه الأفكار تكون قد تم التعبير عنها من قبل. بمعنى أن تكون المحررات الإلكترونية قد انعقدت بالفعل. ومن ثم فلا يكون هناك مجالاً للتزوير المعنوى فيها. أنظر: د/على القهوجى - المرجع السابق - ص612. والحقيقة فى اعتقادنا أن هذا الرأى قد جانبه الصواب إذ من المتصور وقوع التزوير الإلكتروني بالطرق المعنوية، وذلك حالة إذا ما عهد الأطراف إلى جهات التصديق الإلكتروني مهمة إنشاء التوقيع الإلكتروني وتوثيق المحرر الإلكتروني، فتقوم هذه الجهات بتغيير الحقيقة حال تسجيل بيانات الأطراف أو مضمون المحرر الإلكتروني فى نظامها الإلكتروني. ناهيك عن ذلك أن التزوير الإلكتروني يقع - كما نوهنا مسبقاً - بوسيلة إلكترونية لا يتخلف عنها أثراً مادياً بحيث لا يمكن كشفه إلا بواسطة جهات التصديق الإلكتروني والأجهزة الإلكترونية المتخصصة فى ذلك الموجودة لديها.

<sup>2</sup> أنظر فى ذلك: ما تقدم - بند7، 8.

<sup>3</sup> أنظر فى ذلك: ما تقدم - بند11، 13 وما يليه.



لكافة الوثائق والمستندات والأجهزة الإلكترونية القائمة والتي سيفرزها التطور التكنولوجى مستقبلاً<sup>1</sup>.

هذا وقد أخذ المشرع المصرى بمذهب نظيره الفرنسى فى تبنى سياسية التعدد لصور التزوير الإلكتروني، حيث تنص المادة 23/ب من قانون التوقيع الإلكتروني على أنه «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أتلف أو عيَّب توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً إلكترونياً، أو زوّر شيئاً من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحويل أو بأى طريق آخر».

---

<sup>1</sup> عكس ذلك: د/غنام محمد - المرجع السابق - ص658. حيث يرى أنه على الرغم من إطلاق نص المادة 441 من قانون العقوبات الفرنسى على نحو يمتد معه التزوير الإلكتروني إلى تغيير الحقيقة الذى يرد على الوثائق المبرمجة - أى برامج الحاسب الألى والمعلومات المخزنة فيه - إلا أن التزوير الإلكتروني لا يسرى على كافة المعلومات والبرامج الإلكترونية التى تقدمها شبكة الانترنت، لكونها ليست معدة للإخراج كمستندات تصلح للإحتجاج بها. وهو رأى محل نظر - فى اعتقادنا - حال اعتراف المشرع الفرنسى فى التقنين المدنى بقوتها الثبوتية ودلالاتها القانونية فى الإثبات على نحو ما جاء مسبقاً.

ومؤدى هذا النص أن التزوير الإلكتروني هو تغيير الحقيقة فى المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني أو الوسيط الإلكتروني الذى يحويهم بطريقة الإصطناع أو التعديل أو التحويل أو بأى طريقة أخرى<sup>1</sup>.

وجدير بالملاحظة أن المشرع اتفق مع نظيره الفرنسى فى تبنى سياسية عدم الحصر لطرق التزوير الإلكتروني وأشكاله، وهذا هو البين من تعبير «بأى طريق آخر» الوارد بالمادة المتقدمة<sup>2</sup>. وهو مسلك - فى رأينا - حسن، وذلك لما يسمح به من تبنى كافة الصور الإلكترونية لتغيير الحقيقة التى ترد على المحررات والوثائق الإلكترونية، سواء الحالية أو التى تستحدثها التقنيات التكنولوجية يوماً بعد يوم فى ظل ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات<sup>3</sup>. ورغم ذلك، لم يضع المشرع

---

<sup>1</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية لقانون التوقيع الإلكتروني - التعليق على المادة 23.

<sup>2</sup> وتجدر ملاحظة أن المشرع لم ينص على التقليد كصور من صور تغيير الحقيقة فى تزوير المحرر الإلكتروني، على الرغم من كونه أحد طرق التزوير التقليدى، وإنما فضل استخدام اصطلاح اصطناع، وهذا أمر بديهي، وذلك لكون كتابة المحرر الإلكتروني تتم بواسطة الكتابة الإلكترونية، وهى مجرد رموز وإشارات ذات طبيعة واحد لا تتغير من محرر لآخر. وبهذه المثابة، لا يسرى التقليد كطريقة لتغيير الحقيقة على التزوير الإلكتروني. والتقليد هو كتابة محرر بخط يشابه الخط المكتوب به محرر صحيح على نحو يوهم بأنه المحرر الأصلى. وهو بذلك يختلف عن اصطلاح الاصطناع والذى يقصد به إنشاء محرر ليس له وجود على غرار آخر موجود.

<sup>3</sup> وهذا ما يبرر عدم وضع المشرع تعريف محدد للتزوير الإلكتروني على النحو المتقدم.

تعريفاً محدداً لطرق التزوير الإلكتروني المتقدمة. ولذا، فإنه يكون من اللازم وضع تعريفاً لها.

ونقصد بالاصطناع<sup>1</sup> إنشاء محرر إلكتروني غير صحيح ليس له وجوداً من قبل على غرار محرر آخر موجود، بحيث يكون ثمة تشابه بينه وبين المحرر الصحيح للإيهام بصحته، وذلك بكامل مكوناته، الكتابة والتوقيع والسجل الإلكتروني الذي يحفظ فيه<sup>2</sup>. وبعبارة مختصرة خلق محرر إلكتروني برمته غير صحيح مشابهاً لآخر صحيح دون المساس بمضمونه.

وبهذه المثابة، فإن اصطلاح الاصطناع ينصرف إلى المحرر الإلكتروني برمته، مضموناً وتوقيعاً وسجلاً، حيث يصعب فصل التوقيع الإلكتروني عن المحرر الإلكتروني، وذلك لأن من طبيعة التوقيع الإلكتروني أن بياناته - الماثلة

---

<sup>1</sup> واصطلاح الاصطناع لغة هو مصدر لفعل صنع، ويعنى التزوير والتزييف. ويقال اصطنع الوثيقة أى زورها وزيفها. أنظر: معجم اللغة العربية المعاصرة - د/أحمد مختار عمر - ط1 - عالم الكتب - القاهرة - 2008.

وقد عرفت محكمة النقض الاصطناع بأنه إنشاء محرر بكامل أجزائه على غرار أصل موجود أو خلق محرر على غرار مماثل سابق مادام أن المحرر فى الحاليتين متضمناً لواقعة ترتب عليها آثاراً قانونية وصالحاً لأن يحتج به فى إثباتها. نقض جنائى 1971/12/27 مجموعة القواعد القانونية - السنة 12 رقم 200 ص 833.

<sup>2</sup> ومكونات المحرر الإلكتروني هى عنصرى الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، فضلاً عن السجل الإلكتروني الذى يحفظه. أنظر: ما تقدم - بند6.

فى الرموز أو الإشارات - تتدمج مع مضمون المحرر الإلكتروني لتصبح أحد عناصره على نحو يشكلان معاً كياناً واحداً لا يقبل الانفصال.

وبذلك يبدو واضحاً أن التزوير الإلكتروني بطريق الاصطناع لا يتم على المحرر الإلكتروني الأسمى فى حد ذاته، وإنما يتم بابتداع محرر جديد مماثل على نحو يكون ثمة تشابه بين المحررين، الأسمى والمصطنع، وذلك بعكس التزوير الإلكتروني بطريق التحوير والتعديل، فهو يقع على المحرر الإلكتروني الأسمى بشكل يترتب عليه تغيير مضمونه.

ونقصد باصطلاح **التعديل** تغيير بيانات المحرر الإلكتروني بحذف جزء منها أو إضافة بيانات جديدة لها<sup>1</sup>، وذلك على نحو يؤدي إلى تحريف معناه. بينما نقصد باصطلاح **التحوير**<sup>2</sup> استبدال المحرر الإلكتروني برمته بغيره، وذلك على نحو يؤدي إلى تغيير مضمونه.

---

<sup>1</sup> KERBOUCI, «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 26.

<sup>2</sup> وأصل كلمة التحوير فى اللغة هو حَوَّرَ ويَحْوَرُّ، أى رجع أو غَيَّرَ الشئ من حال إلى حال. والتحوير هو الترجيع والمحاورة. ويعنى تغيير الشئ من حال إلى حال، أو الرجوع من موضع إلى موضع آخر. ويقال فى اللغة العربية "حَوَّرَ الكلام" أى حرفه وغير اتجاهه، وتجاوز فلان وفلان أى تراجعا الكلام بينهما حتى يتغلب أحدهما عن الآخر. أنظر فى ذلك: للمؤلف - سلطة

وقد يبدو - كما يرى البعض - أن التحوير والتعديل اصطلاحان مترادفان ذات مدلول واحد يتمثل في تغيير المحرر الإلكتروني<sup>1</sup>، إلا أننا نرى أنهما ليسا ذات مدلول واحد، فثمة فارق بينهما. فالتحوير هو تغيير يرد على المحرر الإلكتروني برمته على نحو يؤدي إلى استبداله بغيره، في حين أن التعديل هو تغيير يرد على أحد البيانات الإلكترونية للمحرر الإلكتروني - ومنها التوقيع الإلكتروني باعتباره أحد بياناته - دون تغييره كلياً. ولذا، فإن كل تحوير هو بمثابة تعديل، والعكس ليس صحيحاً<sup>2</sup>.

غير أنه ينبغي التنويه إلى أن طرق التزوير الإلكتروني المتقدمة، الاصطناع والتعديل والتغيير، قد ترد على التوقيع الإلكتروني وحده قبل تذييله بالمحرر الإلكتروني، إذ من المتصور ابتداءً أو تخليق توقيع إلكتروني غير صحيح مماثل لتوقيع إلكتروني آخر صحيح، كصناعة بطاقة ائتمان تماثل بطاقة أخرى حقيقية<sup>3</sup>، وذلك لأن الأرقام والرموز والاشارات المكونة للتوقيع الإلكتروني مجرد

---

القاضي المستعجل في التحوير - دراسة تحليلية تطبيقية - دار الجامعة الجديدة - ط2018 - بند3 - ص16.

<sup>1</sup> د/أشرف توفيق - الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ط2006 - ص133.

<sup>2</sup> ولمزيد من التفرقة بين اصطلاح التحوير واصلاح التعديل، أنظر: للمؤلف - المرجع السابق - بند3 - ص23، وبند11 - ص45، 46.

<sup>3</sup> أنظر: د/هدى قشقوش - الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني - المرجع السابق - ص585.

بيانات إلكترونية تفصل مادياً عن شخص صاحبها وتحفظ بشكل مستقل على وسيط إلكتروني كالبطاقة الذكية<sup>1</sup>، بما يسهل معه الاستيلاء عليها وابتداع بيانات إلكترونية مشابهة لها، وذلك على اعتبار أن البيانات الإلكترونية المكونة للتوقيع الإلكتروني ذات شكل وطبيعة واحدة لا تتغير من توقيع لأخر<sup>2</sup>. ومن المتصور أيضاً أن يرد التعديل والتحوير على التوقيع الإلكتروني في حد ذاته.

ونود أن ننوه إلى أن شهادة التصديق الإلكتروني في حد ذاتها قد تكون محلاً للتزوير الإلكتروني رغم أن المشرع لم ينص على هذا صراحة. وهذا ما سنفصله في المطلب التالي.

---

<sup>1</sup> أنظر في ذلك: ما تقدم - بند 18.

<sup>2</sup> وهنا تتجلى أهمية التشفير في الحفاظ على التوقيع الإلكتروني، وذلك بتحويله إلى غير ذات معنى بما يصعب معرفة مضمونه، ومن ثم يتعذر اصطناع مشابه له. وكذلك الأمر بالنسبة للمحرر الإلكتروني. أنظر في مفهوم التشفير وأهميته: ما تقدم - بند 36، 37.

## المطلب الثاني

### مواضع التزوير الإلكتروني

يقصد بمواضع التزوير الإلكتروني؛ مكونات المحرر الإلكتروني التي يمكن الطعن عليها بالتزوير الإلكتروني والتي يجب أن تحتويها صحيفة إدعاء التزوير الإلكتروني<sup>1</sup>. ومكونات المحرر الإلكتروني - كما ذكرنا مسبقاً - هي عنصرى الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، فضلاً عن السجل الإلكتروني الذى يحفظه.

---

<sup>1</sup> وينبغى التفرقة بين شواهد التزوير ومواضعه؛ فيقصد بشواهد التزوير كافة الوقائع والظروف والقرائن وأوجه الثبوت التى يتعين على الطرف الطاعن تقديمها أو على الأقل إظهار استعدادة لتقديمها، ليؤيد بها إدعائه. د/سليمان مرقس - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 132 - ص 351؛ د/سمير تناغو - النظرية العامة فى الإثبات - المرجع السابق - بند 96 - ص 188، 189. أو هى كل ما يستند إليه مدعى التزوير فى إثبات التزوير من وقائع وقرائن وأمارات. د/أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - ط 13 - 1980 - بند 523 - هامش ص 651. أما يقصد بمواضع التزوير هى أجزاء المحرر التى يطعن عليها بتزويرها وعدم صحتها. د/سليمان مرقس - المرجع السابق - بند 131 - ص 349. وقد تتمثل هذه المواضع فى التوقيع ذاته أو متن المحرر الذى جرى العرف على تسميته بصلب المحرر. الطعن رقم 1461 لسنة 71 ق - جلسة 2004/12/12.

وجدير بالتنويه أن رفع دعوى التزوير الإلكتروني كدعوى أصلية وفقاً للمادة 63 من قانون المرافعات بحيث تتضمن وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيده، فضلاً عن بيان مواضع التزوير والشواهد عليه وطريقة تحقيقها يغنى عن التقرير بالطعن بالتزوير فى قلم الكتاب وإعلان شواهد، وذلك لأن هذان الإجراءان - التقرير والطعن - يتتفیان مع طبيعتها حالة كونها دعوى

ويلاحظ أن المشرع المصرى لم يحدد صراحة مواطن التزوير الإلكتروني التي يمكن الارتكان إليها في إيداع التزوير الإلكتروني أمام القضاء المدني، وإن كان قد عد - كما قدمنا - صور التزوير الإلكتروني التي تكون محلاً للمسألة الجنائية بالمادة 23 من قانون التوقيع الإلكتروني، والتي تدور حول المساس أو التعرض للمحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني المذيل به أو الوسيط الإلكتروني الذي يحويه بالاصطناع أو التحريف أو بأى طريقة يكون من شأنها تغيير حقيقته. وبداية تمثل هذه الصور مواطن التزوير الإلكتروني أمام القضاء المدني<sup>1</sup>.

وتفريعاً على هذا، فإنه يجوز دحض حجية المحرر الإلكتروني وإسقاط قوته القانونية في الإثبات، وذلك بالإدعاء بتزوير مضمونه أو تزوير بيانات التوقيع الإلكتروني المدرجة به أو تزوير الوسيط الإلكتروني الذي يستخدم في عملية تثبيت وإنشاء هذه البيانات<sup>2</sup>، وذلك سواء بالاصطناع أو التعديل أو التحويل. كما أنه من المحتمل أن يكون السجل الإلكتروني الذي يحوى ويحفظ بيانات المحرر والتوقيع

---

مبتدأة وليست دعوى تزوير فرعية. الطعن رقم 104 لسنة 70 ق - جلسة 2013/3/20. وأنظر كذلك: أ/عزمى البكرى - المرجع السابق - ص155.

<sup>1</sup> رسالتنا السابقة - بند74.

<sup>2</sup> ويقصد بالوسيط الإلكتروني - وفقاً للمادة 1/د من قانون التوقيع الإلكتروني - أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني.



الإلكترونيين أو بيانات شهادة التصديق الإلكتروني محلاً للطعن بالتزوير الإلكتروني<sup>1</sup>.

ونرى أنه من المتصور أن تكون شهادة التصديق الإلكتروني في حد ذاتها محلاً للتزوير الإلكتروني، أيا كان شكلها أو هدفها، وإن كان المشرع لم ينص على ذلك صراحة، إلا أن ذلك ليس بحاجة إلى نص قانوني، فهي تعتبر مستنداً أو محرراً إلكترونياً بالمعنى الدقيق، حيث تتضمن إثبات واقعة قانونية معينة، وهي صحة التوقيع والمحرر الإلكتروني لأحد الأشخاص، فضلاً عن أنها تحمل توقيع مصدرها وهي جهة التصديق الإلكتروني بما يؤكد صحته<sup>2</sup>.

وعلى ذلك، فإن الإدعاء بالتزوير الإلكتروني أمام القضاء المدني قد يكون منصباً على بيانات المحرر الإلكتروني أو بيانات التوقيع الإلكتروني أو بيانات شهادة التصديق الإلكتروني ذاتها. وقد يكون وارداً على الوسيط الإلكتروني الذي يستخدم في إنشاء هذه البيانات، أو السجل الإلكتروني الذي يحويها ويحفظها.

---

<sup>1</sup> أنظر في مفهوم السجل الإلكتروني: ما تقدم - بند 25.

<sup>2</sup> أنظر في مفهوم شهادة التصديق الإلكتروني وصورها وشروط صحتها: ما تقدم - بند 39 وما يليه.

كما أنه من المتصور أن ينصب التزوير الإلكتروني على تاريخ المحرر الإلكتروني<sup>1</sup>. وفى ذلك، قضت محكمة استئناف باريس بأن قيام المتهم بتغيير التاريخ المثبت على أحد البرامج المخزنة على ديسكات بغرض إثبات أنه من قام بإعداده وليس الشركة التى كان يعمل بها بما تنتفى معه سلطتها عليه يعد تزويراً<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> وهنا تكمن أهمية تضمن عملية الحفظ الإلكتروني بيان تاريخ إبرام المحرر الإلكتروني. أنظر فى ذلك: ما تقدم - بند 26.

<sup>2</sup> C.A pairs, 24 mai 1996, juris-data, no, 021988.

مشار اليه لدى د/شيماء عبدالغنى - المرجع السابق - ص 90.

## المبحث الثانى مفهوم إدعاء التزوير الإلكترونى وخصوصياته

تقسيم:

عرضنا فى المبحث السابق لمفهوم التزوير الإلكترونى وطبيعته وخصوصياته وصوره، وبيننا مواضع هذا التزوير. وسوف نعالج فى هذا المبحث مفهوم إدعاء التزوير الإلكترونى أمام القضاء المدنى، ثم نتطرق بعد ذلك إلى بيان خصوصياته. وعلى ذلك، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى.

المطلب الأول: مفهوم إدعاء التزوير الإلكترونى.

المطلب الثانى: خصوصيات إدعاء التزوير الإلكترونى.

## المطلب الأول

### مفهوم إدعاء التزوير الإلكتروني

إدعاء التزوير التقليدي هو الإجراءات التي تتبع لإثبات تزوير المحررات التقليدية وإسقاط حجيتها في الإثبات<sup>1</sup>. وهي رخصة لصاحبها لا تسقط بالتقادم<sup>2</sup>.

ولا يختلف مفهوم إدعاء التزوير الإلكتروني كطريق لهدم حجية المحرر الإلكتروني عن هذا المفهوم، وذلك لأن خصوصية هذا الإدعاء ليست في طريقة تقديمه إلى القضاء<sup>3</sup>، وإنما تكمن في طريقة تحقيقه والفصل فيه، كما سيجئ في

---

<sup>1</sup> أنظر: الطعن رقم 1886 لسنة 54ق - جلسة 1991/5/9 س42 ص1048.

<sup>2</sup> بحيث يتمكن من الإلتجاء الدائم إلى القضاء مهما طال الأمر على ارتكاب جريمة التزوير. الطعن رقم 3664 لسنة 70ق - جلسة 2012/4/26.

<sup>3</sup> والواقع أن ثمة طريقين لتقديم إدعاء التزوير إلى القضاء؛ الأول تقديمه بطريق الطلب كدعوى تزوير أصلية ترفع مقدماً قبل نشوء النزاع الأصلي محل الحق الذي يشهد عليه المحرر محل الإدعاء. والثاني تقديمه بطرق الدفع في الخصومة القائمة التي يستند فيها إلى هذا المحرر كوسيلة من وسائل الدفاع الموضوعي. الطعن رقم 4583 لسنة 70ق - جلسة 2002/3/27؛ والطعن رقم 3743 لسنة 59ق - جلسة 1998/6/23؛ والطعن رقم 1813 لسنة 55ق - جلسة 1991/6/12. وأنظر كذلك: الطعن رقم 104 لسنة 70ق - جلسة 2013/3/20.

حينه. ولذلك لم يضع المشرع المصرى وكذلك نظيره الفرنسى تعريفاً محدداً لإدعاء التزوير الإلكتروني، وهو أمر منطقي<sup>1</sup>.

وإذا كانت إجراءات تقديم إدعاء التزوير الإلكتروني إلى القضاء المدنى ليست لها أية خصوصية على هذا النحو، فضلاً عن أنها تخرج عن نطاق هذه

---

1 وينبغى عدم الخلط بين الإدعاء بالتزوير وإنكار التوقيع حيث يوجد ثمة فروق جوهرية بينهما ومنها: أن الإدعاء بالتزوير يرد على التوقيع كما يرد على متن المحرر. الطعن رقم 1461 لسنة 70ق - جلسة 2004/12/12؛ والطعن رقم 511 لسنة 70ق - جلسة 2001/12/11. أما الدفع بالإنكار لا يرد إلا على التوقيع فقط. الطعن رقم 3608 لسنة 87ق - جلسة 2009/4/22؛ والطعن رقم 4331 لسنة 72ق - جلسة 2004/3/23. كذلك أن الدفع بالإنكار لا يكون إلا بشأن المحررات العرفية، فى حين أن الإدعاء بالتزوير يرد على المحررات الرسمية والعرفية. الطعن رقم 5111 لسنة 76ق - جلسة 2011/5/23؛ والطعن رقم 66 لسنة 60ق - جلسة 1996/11/21. ومواطن الاختلاف بينهما أيضاً؛ أن الدفع بالإنكار لا يعد دعواً موضوعياً بالمعنى الصحيح. د/فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند 284 وما بعده - ص 486 وما بعدها. وبالتالي، فإن مناقشة الخصوم لموضوع النزاع هو بمثابة تسليم بصحة التوقيع المنسوب للخصم المنازع فى صحته. الطعن رقم 9532 لسنة 66ق - جلسة 2010/1/5؛ الطعن رقم 879 لسنة 64ق - جلسة 2004/4/26. بينما الادعاء بالتزوير هو مجرد وسيلة من وسائل الدفاع الموضوعى مؤداها الفصل فى صحة صدور المحرر الكتابى ممن نسب إليه. الطعن رقم 3466 لسنة 65ق - جلسة 1997/11/13؛ والطعن رقم 2872 لسنة 60ق - جلسة 1995/1/8. ولمزيد من مواطن الاختلاف بينهما: أنظر: د/عيد القصاص - الإدعاء بالتزوير أمام القضاء المدنى - دار النهضة العربية - ط 1998 - بند 13 - ص 45 وما بعدها.

الدراسة، فإننا نحيل بشأنها إلى المراجع العامة والمتخصصة منعاً للإطالة دون داع<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### خصوصيات إدعاء التزوير الإلكتروني

**50مكرر** . لإدعاء التزوير الإلكتروني عدة خصوصيات؛ فهو من ناحية أولى يقتصر على المحررات والتوقيعات الإلكترونية الآمنة. ومن ناحية ثانية، أن تحقيقه له طرق فنية خاصة وإجراءات محددة تتفق مع طبيعة هذه المحررات والتوقيعات. ومن ناحية ثالثة، أن تقدير قاضى الموضوع له والفصل فيه وخضوعه فى ذلك لرقابة محكمة النقض له ذاتية خاصة به.

وسوف نقتصر الآن على معالجة الخصوصية الأولى، على أن نتصدى لشرح وبيان الخصوصية الثانية والثالثة فى مواضع أخرى من هذه الدراسة فيما بعد. إقتصار إدعاء التزوير الإلكتروني على المحررات والتوقيعات الآمنة.

---

<sup>1</sup> راجع فى ذلك: د/سليمان مرقس - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند22 وما يليه - ص336 وما بعدها & د/سمير تناغو - النظرية العامة فى الإثبات - منشأة المعارف - ط999 - ص202 وما بعدها & د/أحمد أبوالوفا - المرافعات - المرجع السابق - هامش ص656 & د/عيد القصاص - المرجع السابق - بند14 وما يليه - ص53 وما بعدها & د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - ص177 وما بعدها.

فرق **المشروع الفرنسي** بين التوقيعات الرقمية الأمانة ونظيرتها غير الأمانة - المسماة بالتوقيعات البسيطة<sup>1</sup> - مقررًا كقاعدة كفاية الإنكار لدحض حجية الأخيرة في إثبات صحة المحرر الإلكتروني وإهدار قوته الثبوتية. في حين أنه منح الأولى دلالتها القانونية الكاملة في إثبات صحة المحرر الإلكتروني مفترضاً صحتها بما لا يكفى مجرد إنكارها لدحض حجية المحرر الإلكتروني. ومن ثم، يتعين في ذلك سلك طريق الإدعاء بالتزوير أو إثبات العكس<sup>2</sup>.

أما **المشروع المصري**، فنجد أنه لم ينظم هذه المسألة بنص صريح بقانون التوقيع الإلكتروني. وليس معنى ذلك تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها بقانون الإثبات<sup>3</sup> على نحو يمكن القول معه أن هناك طريقتين للمنازعة في حجية المحرر الإلكتروني، وهما الإنكار والإدعاء بتزويره، بما يجوز لمن يحتج عليه به أن يختار بينهما، ومن ثم كفاية الإنكار لهدم هذه الحجية طالما أن المحرر الإلكتروني لم يكن محرراً رسمياً، وإنما الصحيح - **في تقديرنا** - أن مناط اختيار طريقة دحض الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني هو نوع التوقيع الإلكتروني

---

<sup>1</sup> أنظر في هذه التفرقة: ما تقدم - بند 8.

<sup>2</sup> VOIR: CAPRIOLI E, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques», op. cit., P.9,10. & Huet J., *Le code civil et les contrats électroniques*, op. cit., P. 9.

<sup>3</sup> إعمالاً لنص المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني. أنظر في ذلك: ما يلي - بند 64.

المذيل به - أو كما عبر المشرع الفرنسي - أمن الوسيلة الإلكترونية المستخدمة  
فى إنشاء التوقيع الإلكتروني.

وعليه، فإذا كان المحرر الإلكتروني مديلاً بتوقيع رقمي، فلا يكفي الإنكار  
لهدم حجيته، وإنما يجب لذلك سلك طريق الإدعاء بالتزوير. أما إذا كان المحرر  
الإلكتروني عبارة عن مجرد كتابة إلكترونية لا تحمل توقيعاً إلكترونياً أو كانت  
تحمل توقيعاً إلكترونياً لكنه توقيعاً غير أمن أو ليس توقيعاً رقمياً، فيكفي لدحض  
حجيته القانونية مجرد إنكاره<sup>1</sup>.

ويجد ذلك أساسه لدينا من الناحية الفنية فى خصوصية التوقيع الرقمي  
باعتباره رموز أو إشارات مشفرة سرية تكون فى حوزة الموقع وحده بحيث لا يعلمها  
غيره<sup>2</sup>، ومن ثم يخضع استعمالها لمطلق حرية الموقع بحيث إذا ما تم التوقيع بها،  
فالمفترض أنها قد صدرت منه<sup>3</sup>. والتوقيع الرقمي بهذا الوصف كمجرد رموز

---

<sup>1</sup> وهذا ما سيكون محلاً للشرح والتفصيل فى حينه. أنظر: ما يلى - بند 75.

<sup>2</sup> د/إبراهيم الدسوقي - توثيق المعاملات الإلكترونية - المرجع السابق - ص 1862 & د/محمد  
زهره - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 235 & د/نجوى أبوهيبه -  
المرجع السابق - ص 442، 447.

<sup>3</sup> د/محمد السعيد رشدى - المرجع السابق - ص 198 & د/نجوى أبوهيبه - التوقيع الإلكتروني -  
المرجع السابق - ص 448 & وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية - الدائرة الأولى - الصادر  
بجلسة 1989/16/11/9 مشار إليه لدى: د/إبراهيم الدسوقي - الجوانب القانونية للتعامل عبر  
وسائل الاتصال الحديثة - المرجع السابق - ص 1010.



وأشارات، وهى بحسب طبيعتها الإلكترونية تتفصل مادياً عنه<sup>1</sup>، - وإن كانت ترتبط به إلكترونياً<sup>2</sup> - من المتصور الاستيلاء عليها واستخدامها فى التوقيع الإلكتروني بغير علم صاحبها أو رضائه. وبالتالي، فإن الإدعاء بإنكار حدوث التوقيع الرقْمى هو فى واقع الأمر طعن بالتزوير، وذلك لأنه إدعاء بسرقة هذا التوقيع أو اختلاسه أو سيطرة الغير عليه واستخدامه دون علمه<sup>3</sup>، وليس إدعاءً بعدم صحة التوقيع الرقْمى، فهو فى حد ذاته توقيعاً صحيحاً، غير أنه تم دون رضاء صاحبه. وهذا ما اتجهت إليه أحكام القضاء حيث تواترت على أن الإدعاء باختلاس التوقيع لا يعد دعواً بالإنكار، وإنما هو فى حقيقته طعناً بالتزوير<sup>4</sup>.

ومن ناحية أخرى، أن التوقيع الرقْمى - كما قدمنا - يصدر من جهات التصديق الإلكتروني وتقوم بالتصديق عليه حال وضعه على المحرر الإلكتروني وتحتفظ بنسخة منه فى نظامها الإلكتروني، وهى فى حقيقة الأمر جهات رسمية أو هيئة خاصة تشرف عليها الدولة، بما يصبغ على أعمالها طابع الرسمية. ولهذا،

---

<sup>1</sup> د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص329.

<sup>2</sup> أنظر فى ارتباط التوقيع الإلكتروني بصاحبه إلكترونياً: ما تقدم - بند16.

<sup>3</sup> د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص329.

<sup>4</sup> الطعن رقم 2864 لسنة 60ق - جلسة 1997/1/12؛ والطعن رقم 2799 لسنة 57ق - جلسة 1990/1/24.

تكتسب واقعة التصديق الإلكتروني الصفة الرسمية وتعتبر وسيلة لدرء المنازعة في صحتها إذا ما خلت من شوائب التزوير الإلكتروني<sup>1</sup>.

وعلى ذلك، يتمتع المحرر الإلكتروني المذيل بتوقيع رقمي بكامل الحجية القانونية في الإثبات. وبالتالي، فإن المنازعة فيه، إنما تكون بالإدعاء بتزويره، فلا يكفي مجرد إنكاره لهدم قوته الثبوتية<sup>2</sup>. وهذا ما يمكن التعبير عنه بقاعدة ارتباط التزوير الإلكتروني بالمحرر الإلكتروني الآمن، فهو يدور معه وجوداً وعدم<sup>3</sup>. وبذلك يكون الدفع بالإنكار غير مقبول على إطلاقه كطريق للمنازعة في صحة المحرر الإلكتروني الآمن.

---

<sup>1</sup> أنظر: ما تقدم - بند 31.

<sup>2</sup> في تأييد ذلك: د/محمد أبو زيد - المرجع السابق - ص 240 وما بعدها. عكس ذلك: أنظر: د/تامر الدمياطي - المرجع السابق - ص 778، 779.

<sup>3</sup> ويقصد بالمحرر الإلكتروني الآمن، الكتابة الإلكترونية التي تم إنشائها وتذييلها بتوقيع رقمي بحيث تكون معززة بشهادة تصديق إلكتروني تؤكد صحتها. أنظر: ما تقدم - بند 9.

## الفصل الثالث

### سلطة القاضي فى إثبات التزوير الإلكترونى بقريئة الموثوقية

تمهيد وتقسيم:

مضت الإشارة إلى أن كلا المشرعين المصرى والفرنسى حدد لصحة المحرر الإلكترونى، مضموناً وتوقيعاً، عدة شرائط قانونية يقع على عاتق الشخص المتمسك به عبء إثباتها<sup>1</sup>.

غير أنه نظراً لاعتبارات عملية ترجع إلى صعوبة إثبات هذه الشروط، ولاعتبارات فنية ترجع إلى الطريقة المستخدمة فى إنشاء التوقيع الإلكترونى حيث ينشأ عبر تقنيات التشفير ويكون معزراً دائماً بشهادة التصديق الإلكترونى على نحو تضمن معه سلامة المحرر الإلكترونى وعدم تحريف محتواه<sup>2</sup>، فأقام المشرع

---

<sup>1</sup> والتي تدور حول إرتباط التوقيع الإلكترونى بالموقع، وخضوع بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى لسيطرة الموقع، وإمكانية كشف أى تعديل يطرأ على بيانات التوقيع والمحرر الإلكترونيين ، فضلاً عن ضرورة حفظ المحرر الإلكترونى وفقاً لنظام تقنى أمن يحافظ عليه ويضمن صحته وسلامته. أنظر فى هذه الشروط: ما تقدم - بند 14 وما يليه.

<sup>2</sup> Voir: CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 12.

الفرنسى قرينة موثوقية التوقيع الإلكتروني بالفقرة الثانية من المادة 1367 من التقنين المدنى الجديد لرفع عبء هذا الإثبات<sup>1</sup>.

والامر نفسه نجد فى المشرع المصرى حيث قننت المادة الخامسة - والثانية - من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني قرينة الموثوقية، غير أنها أطلقت عليها مسمى قرينة "تكوين التوقيع الإلكتروني المؤمنة". وبذلك، فإن صحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين هى واقعة يفترض المشرع قيامها دون حاجة إلى إثباتها.

ونحن نفضل استخدام اصطلاح قرينة الموثوقية الذى اختاره المشرع الفرنسى فى هذه الدراسة، لكونه تعبيراً موجزاً مختصراً دالاً على المعنى المقصود منه، على خلاف الاصطلاح الذى استخدمه المشرع المصرى باعتباره تعبيراً مطولاً رغم وضوح دلالاته.

وإذا كانت قرينة الموثوقية على هذا النحو قرينة قانونية بالمعنى الفنى للكلمة على صحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين، فإن الطرف المتمسك بهما لا

---

<sup>1</sup> Voir: Joly-passantE, le décret du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relative à signature électroniques, Revue lamy Droit des affaires, juillet, 2001.

يكون ملزماً بإثباتها، كما أن قاضى الموضوع لا يكون مكلفاً بالتحقق من صحتها.  
غير أنه ينبغي ملاحظة أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات نقيضها.

ولبيان ما سبق، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين متعاقبين على النحو  
التالى.

المبحث الأول: ماهية قرينة الموثوقية.

المبحث الثانى: سلطة القاضى فى تقدير قرينة الموثوقية.

# المبحث الأول

## ماهية قرينة الموثوقية

### تمهيد وتقسيم

قرينة الموثوقية هي قرينة بمقتضاها يفترض صحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين دون حاجة إلى إثبات ذلك طالما توافرت شروط قيامها، وهي أن يكون إنشاء التوقيع الإلكتروني قد تم بوسائل فنية آمنة تضمن عدم تعديله، وأن يكون قد صدر بشأنه شهادة تصديق إلكتروني تؤكد صحته<sup>1</sup>. وهي بهذه المثابة تقي الخصوم صعوبة إثبات صحة المحرم الإلكتروني، مضموناً وتوقيعاً، وحيازته لشرائطه القانونية، فضلاً عن أنها تُجنب قاضي الموضوع صعوبة تحقيق هذه الشروط وتقدير المسائل الإلكترونية.

ولإيضاح ما تقدم، فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين على النحو التالي.

المطلب الأول: مدلول قرينة الموثوقية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لقرينة الموثوقية.

---

<sup>1</sup> Voir: HUET, Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, Dalloz, 2000, Chronique 95, No 4.

## المطلب الأول مدلول قرينة الموثوقية

أولاً مفهوم قرينة الموثوقية.

الأصل أن عبء إثبات شروط صحة المحرر الإلكتروني يقع على عاتق الشخص المتمسك به<sup>1</sup>. ونظراً لصعوبة إثباتها، فقد قنن المشرع الفرنسي قرينة موثوقية التوقيع الإلكتروني وفقاً للفقرة الثانية من المادة 1367 من التقنين المدني<sup>2</sup> والتي تنص على أنه "إذا كان التوقيع إلكترونياً، فإنه يستخدم وسيلة آمنة لتحديد هوية الشخص ولضمان صلته بالتصرف الملحق به. ويفترض موثوقية هذه الوسيلة إلى أن يثبت العكس طالما أن التوقيع الإلكتروني قد أنشئ وتم التحقق من هوية الموقع وضمان سلامة التصرف المحرر، وذلك بالشروط التي يحددها مرسوم من مجلس الدولة".

---

<sup>1</sup> Cour de Cassation Cass. Com, 2 decembre 1997, case no. 95-14-251.

<sup>2</sup> المقابلة للفقرة الثانية من المادة 4/1316 من التقنين السابق.

ومفاد هذا النص أن المشرع الفرنسي قد افترض صحة التوقيع الإلكتروني مقررًا بشأنه قرينة الموثوقية طالما أنه قد أنشئ عبر وسيلة فنية آمنة موثوق بها يكون من شأنها تحديد هوية الموقع وأن تحافظ على سلامة المحرر الإلكتروني المرتبط به<sup>1</sup>. وبهذا، فإنه بموجب قرينة الموثوقية يفترض ثبوت صحة كلا التوقيع والمحرر الإلكترونيين دون حاجة إلى إقامة الدليل على ذلك<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CAPRIOLI, De l'authentification à la signature électronique, op. cit., P. 21 & POULLET, J.ROYEN, «Vers la confiance», op. cit., n. 12. Et Voir: Joly-passant E, le décret du 30 mars 2001, Paris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relative à signature électroniques, Revue lamy Droit des affaires, juillet, 2001. Et Cour de Cassation Cass. 2re civ. Cham civ 1, 30 Nov., 2008, case no. 08-10.456.

<sup>2</sup> والقرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة معلومة ثابتة. الطعن رقم 860 لسنة 74 ق - جلسة 2009/10/13؛ والطعن رقم 496 لسنة 25 ق - جلسة 1961/4/27 س12 ص399. وهي طريق غير مباشر من طرق الإثبات حيث لا ينصب الإثبات فيها بشكل مباشر على الواقعة المتنازع عليها باعتبارها واقعة عسيرة الإثبات، وإنما على واقعة أخرى بديلة سهلة الإثبات يكون من شأن ثبوتها إثبات الواقعة الأصلية. د/السنهوري - نظرية الالتزام - المرجع السابق - بند58 - ص81 & د/سمير تناغو - المرجع السابق - بند36 - ص92 & د/نبيل سعد - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - ط2000 - دار الجامعة الجديدة - ص193، 194.

ومن المعروف أن القرائن نوعان؛ منها ما ينص عليه القانون، فتسمى بالقرينة القانونية، ومنها ما يستخلصه القاضي من دلائل الحال وشواهد، فتسمى بالقرينة القضائية. الطعن رقم 860 لسنة 74 ق - جلسة 2009/10/13. ويلاحظ أن مناط الخلاف بينهما أن القرينة القانونية لا



ويلاحظ أن قرينة الموثوقية ترتبط بالتوقيع الإلكتروني الآمن، والذي شاع استخدامه بتعبير التوقيع الرقمي القائم على التشفير اللامتناهات<sup>1</sup>، فهي تدور معه وجوداً وعدمياً بحيث لا يتمتع بها غيره من التوقيعات الإلكترونية غير الآمن<sup>2</sup>. ومرجع ذلك هو جدارة وأمن الوسيلة الفنية المستخدمة في إنشاء البيانات الإلكترونية للتوقيع الرقمي واقتارانه بشهادة تصديق إلكتروني تؤكد صحته، حيث يعتمد إصدار التوقيع الرقمي على تقنيات التشفير الآمنة التي تؤكد صحته وتضمن عدم العبث به، سواء في إنشائه أو استعماله أو حفظه، فضلاً عن أنه يتم التصديق عليه وحفظه لدى جهات التصديق الإلكتروني بحيث يمكن الرجوع إليها للتأكد من صحة

---

تقرر إلا بنص قانوني فلا تخضع للقياس، ويلتزم القاضى بإعمالها بذاتها دون سلطان له في تقديرها، فهي ليست وسيلة من وسائل الإثبات. بعكس القرينة القضائية لا يمكن حصرها حيث يستنتجها القاضى باجتهاده وذكائه من ظروف الحال ويكون للقاضى سلطة واسعة فيها باعتبارها طريقاً من طرق الإثبات. أنظر في هذه التفرقة بشكل مفصل: د/السنهورى - نظرية الالتزام - المرجع السابق - بند 322 - ص 542، 543 & د/سليمان مرقص - أصول الإثبات وإجراءاته - ج 2 - الأدلة المقيدة - الطبعة الرابعة - 1986 - بند 273 - ص 86 & د/سمير تناغو - المرجع السابق - بند 51 - ص 117 & د/نبيل سعد - المرجع السابق - ص 193.

<sup>1</sup> أنظر في ذلك: ما تقدم - بند 8.

<sup>2</sup> CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P.12.

المحرر الإلكتروني وحيازته للشروط القانونية الواجب توافرها فيه<sup>1</sup>. وهذا ما يمثل -  
كما سنرى - شروط قيام قرينة الموثوقية.

وبهذه المثابة، يكون المشرع الفرنسي قد راعى مصلحة الطرف المتمسك  
بالمحرر الإلكتروني المذيل بالتوقيع الرقمي وأولها رعايته، حيث أجاز له بدلاً من  
إثبات خلوه من خطر التزوير الإلكتروني، وذلك بإثبات حيازته للشروط التي نص  
عليها المشرع لمنحه القوة الثبوتية، أن يقدم الدليل على أن البيانات الإلكترونية لهذا  
التوقيع قد تم إنشائها وفقاً لأنظمة تقنية موثوق به<sup>2</sup>.

والواقع أن المشرع الفرنسي لم يضع مفهوماً محدداً لقرينة الموثوقية<sup>3</sup>، لأن  
تعبير الموثوقية في حد ذاته هو اصطلاح غامض ذات طبيعة فنية ليس له مدلولاً

---

<sup>1</sup> Voir: Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit.,  
P. 9. & CAPRIOLI, De l'authentification à la signature  
électronique, op. cit., P. 21. & CAPRIOLI, Le juge et la preuve  
électronique, op. cit., P. 12.

<sup>2</sup> Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P. 9.

<sup>3</sup> Voir: Joly-passant, op. cit., p. 20. & CAPRIOLI, Le juge et la preuve  
électronique, op. cit., P. 7.

قانونياً<sup>1</sup>، غير أنه جسد هذه القرينة ومثلها في فكرة التصديق الإلكتروني<sup>2</sup> حيث أجاز إثبات واقعة التصديق الإلكتروني<sup>3</sup>، للتوقيع والمحرر الإلكترونيين كواقعة بديلة سهلة الإثبات بدلاً من إثبات شروط صحة المحرر الإلكتروني باعتبارها واقعة - أصلية - عسيرة الإثبات، وذلك عن طريق شهادة التصديق الإلكتروني التي تؤكد صحة المحرر الإلكتروني وسلامة المعلومات الواردة به<sup>4</sup>.

ولهذا يطلق البعض على قرينة الموثوقية اصطلاح قرينة التصديق الإلكتروني، وذلك على اعتبار أن شهادة التصديق الإلكتروني هي قرينة على

---

<sup>1</sup> ويقصد باصطلاح الموثوقية *fiabilité* فنياً قدرة التقنية الفنية على أداء وظيفتها على النحو المطلوب خلال مدة زمنية معينة. أنظر:

Robert, Nouvelle édition remaniée et amplifié, Paris, 1993, P. 915.

مشار إليه لدى د/عمرو الدمياطى - المرجع السابق - ص614.

<sup>2</sup> CAPRIOLI, Sécurité et confiance dans les communications électroniques, op. cit., P. 9.

<sup>3</sup> ونسارع بالقول إلى أن المقصود بالتصديق الإلكتروني في هذا الصدد معناه الواسع المتمثل - كما قدمنا - في اصطلاح جهات التصديق الإلكتروني بإنشاء بيانات التوقيع الإلكتروني وفقاً لتقنيات التشفير الآمنة - المفتاحين العام والخاص -، فضلاً عن حفظها في سجلات إلكترونية خاصة لديها بحيث يمكن اللجوء إليها عن الضرورة بشكل يضمن سلامته وعدم تعرضه للتعديل، وإصدار شهادة تؤكد كل ذلك. أنظر: ما تقدم - بند29.

<sup>4</sup> Voir: Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P. 10. & CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 7,12.

صحة التوقيع الإلكتروني وسلامة المحرر الإلكتروني المرتبط به بالتبعية، وذلك لأن بواسطتها يمكن التثبت من هوية الموقع والتحقق من صحة التوقيع والمحرر الإلكترونيين في أى وقت<sup>1</sup>.

والواقع - فى اعتقادنا - أنه على الرغم من أن المشرع المصرى لم ينص صراحة على قرينة الموثوقية بالمادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني، إلا أنه قنن هذه القرينة - باعتبارها مسألة فنية - باللائحة التنفيذية لهذا القانون حيث تنص المادة الثانية منها على أنه «تكون منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة متى استوفت....». كما تنص المادة الخامسة منها على أنه «تعتبر المنظومة - أى منظومة تكوين بيانات انشاء التوقيع الإلكتروني - بعد منح الترخيص وطوال مدة نفاذ مفعوله مؤمنة وفعالة ما لم يثبت العكس». فعبارة "تكون منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة" الواردة بالمادة الثانية، وعبارة "تعتبر المنظومة مؤمنة" الواردة بالمادة الخامسة سالفه الذكر هى عبارات

---

<sup>1</sup> Voir: Joly-passant, *op. cit.*, p. 20, 21. & CAPRIOLI, De l'authentification à la signature électronique, *op. cit.*, P. 21. & CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, *op. cit.*, P. 11,12.

وأنظر كذلك: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند115، 118.

قاطعة الدلالة على تبنى المشرع قرينة موثوقية التوقيع الإلكتروني وافترض سلامة منظومته الإلكترونية.

وعلى ذلك، يكون المشرع المصري قد نهج مسلك المشرع الفرنسي فى تبنى قرينة الموثوقية والتي بموجبها يفترض صحة التوقيع الإلكتروني، غير أنه استخدم للتعبير عنها اصطلاح "منظومة تكوين التوقيع الإلكتروني المؤمنة". وبهذا يبدو مفهوماً أن إشارة المشرع إلى تعبير "المنظومة المؤمنة" إنما تعنى - فى تقديرنا - قرينة صحة التوقيع الإلكتروني أو قرينة الموثوقية على حد تعبير المشرع الفرنسي، رغم من أنه لم ينص عليها صراحة بالمادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني<sup>1</sup>،

---

<sup>1</sup> وجدير بالتنويه أنه كان هناك اقتراح من المشرع بإضافة عبارة «ويفترض توافر هذه الشروط فى التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية حتى يقوم الدليل على عكس ذلك» إلى المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني، إلا أن المشرع حذف هذه العبارة مفضلاً صياغتها على النحو الذى خرجت به. أنظر: مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 62 - دور الانعقاد العادى الرابع - الفصل التشريعى الثامن - ص45.

ونعتقد أنه رغم أن واضعى تقنين التوقيع الإلكتروني قد نقلوا نفس النصوص التى تضمنها التقنين المدنى الفرنسى بشأن النظام القانونى للتوقيعات والمحركات الإلكترونية وطرق إثباتها، إلا أنهم حذفوا العبارة المتقدمة. غير أن هذا الحذف لا يعنى إنكار قرينة الموثوقية أو القول بأنها غير موجودة ومن ثم عدم العمل بها، وإنما هى موجودة بالفعل واردة باللائحة التنفيذية لهذا

ولعل ما يؤكد ذلك أن المشرع قد تبنى ذات الضوابط القانونية والفنية التي وضعها نظيره الفرنسي لقيام قرينة الموثوقية، وهي الضوابط التي تضمن صحة التوقيع الإلكتروني وسلامة المحرر الإلكتروني وعدم العبث في مضمونه، وهي تقنية المفتاحين وشهادة التصديق الإلكتروني. وهذا هو المستفاد من نصوص المواد 9، 10، 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني<sup>1</sup>. فضلاً عن ذلك أن جهات التصديق الإلكتروني المختصة بإصدار التوقيع الإلكتروني والتصديق عليه والتحقق من صحته تخضع لإشراف هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات - بوصفها سلطة التصديق العليا - وهي جهة رسمية. ومن ثم فالبيانات التي تصدرها

---

القانون. وفي رأينا أن المشرع فضل ذلك تجنباً للتفصيلات باعتبار أن قرينة الموثوقية ذات طابع فني على نحو يكون مكانها المناسب هو اللائحة التنفيذية.

وفي تأييد ذلك: أسامة أبو الحسن - الوسيط في المعاملات الإلكترونية - المرجع السابق - ص 404 & د/الانصاري النيداني - القاضى والوسائل الإلكترونية - المرجع السابق - ص 103. حيث يرى هذا الجانب من الفقه أنه على الرغم من أن المشرع قد خلا من النص صراحة على قرينة الموثوقية بالمادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني، إلا أنها موجودة بداهة دون حاجة إلى نص، إذ يمكن استنتاجها من شتى نصوص قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية. خلاف ذلك، هناك من يرى أن المشرع لم ينص مطلقاً على قرينة افتراض صحة التوقيع الإلكتروني، ومن ثم فلا يصح إعمالها، وهو رأى محل نظر. أنظر في هذا الرأى وحججه: د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 334 & د/محمد أبو زيد - المرجع السابق - ص 257 & د/تامر الدمياطى - المرجع السابق - ص 605، 820 & د/محمد السادات - حجية المحررات الإلكترونية - دار الجامعة الجديدة - ط 2009 - ص 151.

<sup>1</sup> أنظر في هذه الضوابط: ما تقدم - بند 17، 22.

الأصل فيها الصحة بما لا يصح إنكارها إلا بإثبات عكسها أو الطعن عليها بالتزوير<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن المشرع قد فضل استخدام اصطلاح "المنظومة المؤمنة" بدلاً من اصطلاح "الموثوقية" الذي اختاره نظيره الفرنسي، نظراً لغموض فكرة الموثوقية وعدم وضعه - كما رأينا - مفهوماً محدداً لها. ولا شك أن ذلك مسلك جدير بالاعتبار، وذلك لأن اصطلاح "المنظومة المؤمنة" هو تعبير واضح الدلالة وأجلى من اصطلاح "الموثوقية". ولعل هذا من شأنه تفادي اختلاف القضاة في تفسير وتقدير اصطلاح الموثوقية وما يصاحبه من صدور أحكام قضائية متعارضة<sup>2</sup>، وذلك على نحو قد يؤدي إلى عدم استقرار الروابط القانونية وزعزعة الثقة في التعاملات الإلكترونية<sup>3</sup>.

ورغم أن المشرع المصري قد تبني قرينة صحة التوقيع الرقمي على النحو المتقدم، إلا أنه لم يضع تعريفاً معيناً لها، غير أنه جسدها - اتفاقاً مع مسلك نظيره الفرنسي - في شهادة التصديق الإلكتروني حيث اعتبرها بمثابة قرينة على صحة

---

<sup>1</sup> أنظر: ما تقدم - بند 31.

<sup>2</sup> CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 7.

<sup>3</sup> غير أن المشرع قد استخدم اصطلاح "الموثوقية" مؤخراً بالفقرة 27 من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني، والمضافة بالقرار الوزاري رقم 307 لسنة 2010 الصادر في 2010/11/21.

التوقيع الإلكتروني وأمنه، ومن ثم منح المحرر الإلكتروني قوته القانونية الكاملة في الإثبات<sup>1</sup>.

وبناء على ما سلف، نعرّف قرينة الموثوقية بأنها قرينة قانونية لصيقة بالتوقيع الرقمي، بمقتضاها يفترض دائماً صحة المحرر الإلكتروني وتأكيد جدارته في إثبات المعاملات الإلكترونية القصد منها تغاды صعوبات إثباتهما، باعتبارهما تقنيات فنية معقدة يصعب على القاضى فهمها وتقييمها.

---

<sup>1</sup> وهذا هو الظاهر من نصوص المواد 7، 9، 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.



## - ثانياً شروط قرينة الموثوقية

وضع المشرع الفرنسي<sup>1</sup> شرطان لقيام قرينة الموثوقية الدالة على صحة التوقيع الإلكتروني، والمحرم الإلكتروني بالتبعية، يقع على عاتق من تقررت هذه القرينة لصالحه أن يقيم الدليل على اجتماعهما: الأول أن يكون التوقيع الإلكتروني قد تم إصداره وفقاً لأنظمة تقنية آمنة موثوق بها ذات طابع سرى، وهى أنظمة التشفير. بمعنى أن يكون توقيعاً رقمياً آمناً. والثانى أن يكون التوقيع الإلكتروني قد خضع لنظام التصديق الإلكتروني وصدر بشأنه شهادة تصديق إلكترونى بحيث تم التحقق من صحة إصداره وتم حفظ بياناته ووسائل تشفيره لديها فى سجلات خاصة لذلك حال إبرام المحرم الإلكتروني بحيث يمكن الرجوع إليها فى أى وقت إذا ثار الخلاف بين الأطراف - مستقبلاً - حول صحته<sup>2</sup>.

ويقترب المشرع المصرى من موقف نظيره الفرنسى حيث تبنت المادتان 9، 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني تقنية تشفير المفاتيح العام

---

<sup>1</sup> وفقاً للمادة الثانية من مرسوم مجلس الدولة الفرنسى رقم 272 لسنة 2001.

<sup>2</sup> Voir: HUET, Vers une consécration, *op. cit.*, No 4,5. & Joly-passant, *op. cit.*, p. 21. & Françoise et Anne Canteaut, Intégrité, signature et processus d'archivage. préc.

والخاص وآلية التصديق الإلكتروني كوسائل للدلالة على صحة المحرر الإلكتروني، توقيعاً ومضموناً، وموثوقية إنشائه وأمن إصداره<sup>1</sup>.

وعلى ذلك، فإنه يشترط لإعمال قرينة موثوقية التوقيع الإلكتروني توافر شرطين أساسيين هما؛ ثبوت إنشاء التوقيع الإلكتروني عبر تقنية التشفير كطريقة أمانة موثوق بها تحافظ عليه، واقتران هذا التوقيع بشهادة تصديق إلكتروني بموجبها يتم التحقق من صحة المحرر والتوقيع الإلكترونيين، سواء لحظة إبرام هذا المحرر أو أبان نشوء الخلاف حول صحته<sup>2</sup>. وهذا ما يمثل مقومات التوقيع الرقمي.

والواقع أن السبيل لإثبات الشخص المتمسك بالمحرر الإلكتروني لهذين الشرطين، حتى يتم إعفائه من إثبات صحته وحيازته لشرائطه القانونية، هو تقديم شهادة التصديق الإلكتروني التي تفيد صحة المحرر الإلكتروني والتوقيع الرقمي المدرج به وإرتباطهما بشخص الموقع، وتثبت أن إنشاء هذا التوقيع قد تم وفقاً لنظام

---

<sup>1</sup> أنظر في هذا المعنى: د/أيمن سعد - المرجع السابق - ص37، 38 & د/الانصاري النيداني - المرجع السابق - ص104. وأنظر في دور هذه الوسائل في التحقق من صحة المحرر الإلكتروني: ما يلي - بند77 وما يليه.

<sup>2</sup> Sarcy and Darques, «Electronic Signature Comparison Between French», supra, p. 2. & Mason, «Electronic Signatures in Practice», supra, p. 157.

تقنى سرى أمن، وهو نظام التشفير<sup>1</sup>. بمعنى إثبات خضوع المحرر الإلكتروني لنظام التصديق الإلكتروني فى كافة مراحل المائلة فى إنشائه وحفظه وطريقة التحقق من صحته<sup>2</sup>.

وإذن، فليس هناك صعوبة فى إثبات صحة المحرر الإلكتروني، مضموناً وتوقيعاً، إذ يكفى لذلك تقديم شهادة التصديق الإلكتروني مناط صحته وأمنه وعدم تعرضه لخطر التزوير الإلكتروني إذ بموجبها يمكن التحقق من توافر شروط صحة المحرر الإلكتروني وتمتعه بالقوة القانونية فى الإثبات.

---

<sup>1</sup> Voir: HUET, Vers une consécration, op. cit., No 4. & CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 10,12.

<sup>2</sup> ولعل مرجع ذلك هو أن جهات التصديق الإلكتروني قد أصبحت تقوم بالعديد من المهام، فلم يعد دورها يقتصر على التصديق على التوقيعات الإلكترونية، وإنما أصبحت أيضاً تختص بإصدار هذه التوقيعات وتوثيقها وفقاً لما تمتلكه من أنظمة تشفير آمنة، بل كذلك يقع على كاهلها توثيق المحررات الإلكترونية فى سجلات خاصة لذلك، هذا فضلاً عن تحديد هوية أطراف. وهذا ما يمثل المفهوم الموسع للتصديق الإلكتروني سالف البيان.

## ثالثاً دور قرينة الموثوقية

مضت الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد راعى مصلحة الطرف المتمسك بالمحرر الإلكتروني المذيل بالتوقيع الإلكتروني الرقمي المعزز بشهادة التصديق الإلكتروني، إذ أجاز له بدلاً من إثبات حيافة المحرر الإلكتروني لشرائطه القانونية اللازمة لمنحه القوة القانونية في الإثبات، أن يقدم هذه الشهادة كدليل على توافر هذه الشرائط، لتصبح في غير حاجة إلى إثبات.

وبهذه المثابة، فإن دور قرينة الموثوقية أو شهادة التصديق الإلكتروني يتبلور في تخفيف عبء الإثبات عن عاتق من تقررت لمصلحته<sup>1</sup>، وذلك بنقل عبء الإثبات من واقعة صحة التوقيع والمحرر الإلكترونيين الأصلية المطلوب إثباتها باعتبارها واقعة مستعصية الإثبات إلى واقعة التصديق الإلكتروني باعتبارها

---

<sup>1</sup> وهذا هو الدور الأساسي للقرائن القانونية بوجه عام، وذلك بنقل الإثبات من فكرة يستعصى إثباتها إلى واقعة بديلة سهلة الإثبات. أنظر: د/السنهوري - نظرية الالتزام - المرجع السابق - بند323- ص545 & د/سمير تناغو - المرجع السابق - بند33 - ص84 & د/سليمان مرقص - الأدلة المقيدة - المرجع السابق - بند278 - ص107 & د/محمود ذكي - المبادئ العامة في الإثبات - المرجع السابق - بند31 - ص153 & د/فايد عابد - نظم الإثبات - المرجع السابق - ص55.

واقعة بديلة يسهل إثباتها<sup>1</sup>. بمعنى أنه بدلاً من إثبات توافر شروط صحة المحرر الإلكتروني، وهي شروط يصعب إثباتها، أن يتم إثبات توافر شروط انطباقها<sup>2</sup>، أي إثبات خضوع المحرر الإلكتروني لنظام التصديق الإلكتروني في كافة مراحلها، إنشائه وحفظه وطريقة التحقق من صحته<sup>3</sup>. وهو ما يكون - كما نوهنا مسبقاً - عن طريق شهادة التصديق الإلكتروني.

وأثراً لذلك، يتمثل دور شهادة التصديق الإلكتروني، باعتبارها مناط قرينة الموثوقية، في إعفاء الشخص المتمسك بالمحرر الإلكتروني من إثبات صحته إكتفاءً منه بإثبات خضوعه للتصديق الإلكتروني باعتبارها واقعة أسهل إثباتاً<sup>4</sup>. وبهذا تكون شهادة التصديق الإلكتروني قد نقلت عبء الإثبات من عاتق الطرف المتمسك بالتوقيع الإلكتروني وألقت به على عاتق خصمه الذي ينازعه في صحته

---

<sup>1</sup> Huet, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P. 9. & CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 8. & Joly-passant, op. cit., p. 21.

<sup>2</sup> Voir: Cour de Cassation Cass. 2re civ. Cham civ 1, 30 Nov., 2008, case no. 08-10.456.

<sup>3</sup> أنظر في ذلك : البند المتقدم.

<sup>4</sup> Voir: CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 21.

ليثبت هو بدوره العكس، وذلك بإثبات عدم صحة صدور التوقيع الإلكتروني المنسوب إليه<sup>1</sup>.

كما يمتد دور قرينة الموثوقية إلى القاضى ذاته حيث بمقتضاها يتم إعفاء القاضى من عملية تقدير الأنظمة التقنية المعقدة لإنشاء التوقيع الإلكتروني<sup>2</sup>، وعبء تقدير شروط صحة المحرر والتوقيع الإلكترونيين باعتبارها مسائل فنية بحتة يتعذر عليه فهم طبيعتها والأمام بخصوصياته<sup>3</sup>. فالقاضى بحكم طبيعة عمله القانونى لا يمتلك الثقافة التكنولوجية والمهارة الفنية فى استخدام الوسائل الإلكترونية التى تؤهله لتقدير التقنيات الفنية لإنشاء التوقيع والمحرر الإلكتروني بحسبانها أنظمة فنية معقدة تحتاج إلى خبراء متخصصين فى هذا المجال<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir: Joly-passant, *op. cit.*, p. 22. & HUET, Vers une consécration, *op. cit.*, No 4.

<sup>2</sup> د/أحمد الرفاعى - المرجع السابق - ص70.

<sup>3</sup> CAPRIOLI, De l'authentification à la signature électronique, *op. cit.*, P. 24. & KERBOUCI, «La preuve écrite électronique et le droit français», *op. cit.*, P. 9.

<sup>4</sup> Voir: CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique», *op. cit.*, P. 8.

## المطلب الثانى الطبيعة القانونية لقرينة الموثوقية

### قرينة الموثوقية قرينة قانونية

ذكرنا للتو أن قرينة الموثوقية أو قرينة التصديق الإلكتروني أو قرينة منظومة تكوين التوقيع الإلكتروني المؤمنة - بحسب اصطلاح المشرع المصرى - هى قرينة قانونية بالمعنى الصحيح، وذلك لأن أساسها هو نص القانون. وبالتالي، فإن الشخص المتمسك بقرينة الموثوقية يستند إلى واقعة يفترض القانون قيامها، وهى واقعة التصديق ويؤسس عليها ويعفيه بذلك من عبء إقامة الدليل على صحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين، وذلك على نحو تكاد أن تكون معه هذه القرينة من الأدلة المجهزة أو المهياة. ولا شك أن لذلك أثراً على سلطة قاضى الموضوع ورقابتها أمام محكمة النقض سوف نفضله فى موضعه.

### قرينة الموثوقية قرينة بسيطة

إذا كان قرينة الموثوقية هى قرينة قانونية بالمعنى الدقيق للكلمة كما قدمنا، فهل تعد قرينة قاطعة بحيث لا يصح إثبات خلاف دلالتها أم أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، وإذا كانت قابلة لإثبات نقيضها، فما هى طرق ذلك؟

نص المشرع الفرنسي صراحة على اعتبار قرينة الموثوقية قرينة بسيطة، حيث أجازت المادة 2/1367 من القانون المدني الجديد<sup>1</sup> للخصم الذي ينازع في صحة المحرر الإلكتروني، والتمسك ضده بقرينة الموثوقية أن يقيم الدليل على خلافها بحسبانها قرينة بسيطة يجوز نفيها بإثبات عكسها<sup>2</sup>. وبالتالي، فيقع على هذا الخصم عبء تقديم الدليل على خلاف دلالتها، وذلك لإثبات عدم صحة التوقيع الإلكتروني<sup>3</sup>، وذلك حتى يفقد المحرر الإلكتروني حجيته القانونية في الإثبات.

وبهذه المثابة، تكون قرينة الموثوقية - الماثلة في شهادة التصديق الإلكتروني - قد قلبت عبء الإثبات من عاتق الشخص المتمسك بصحة المحرر

---

<sup>1</sup> أنظر: الإشارة السابقة.

<sup>2</sup> CAPRIOLI, De l'authentification à la signature électronique, op. cit., P. 21. & POULLET et ROYEN, «Vers la confiance», op. cit., N,13, P. 10.

<sup>3</sup> Voir: CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 6, 7. & Huet J., Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P.9, 10.



الإلكتروني وألقت به على كاهل الشخص المنازع في صحته<sup>1</sup>، فمن يدعى خلاف صحة التوقيع الإلكتروني الرقمي الموثوق به يقع عليه إثبات ما يدعيه<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فنعتقد أنه يتفق مع موقف نظيره الفرنسي في اعتبار قرينة صحة التوقيع الإلكتروني الرقمي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، وليست قاطعة حتمية<sup>3</sup>. وهذا ما رسمته المادة 5 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني والتي تنص على أنه "تتحقق الهيئة - أيتيدا - قبل منح ترخيص مزاوله نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني من أن منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني لدى الجهة المرخص لها مؤمنة. وتعتبر المنظومة بعد منح الترخيص وطوال مدة نفاذ مفعوله مؤمنة وفعالة ما لم يثبت العكس".

---

<sup>1</sup> المقابلة للمادة 4/1316 من القانون المدني الملغى.

<sup>2</sup> إعمالاً لقاعدة أن من يدعى خلاف الأصل، فعليه إثبات ما يدعيه. أنظر في هذه القاعدة: الطعن رقم 440 لسنة 59ق - جلسة 1993/4/4؛ والطعن رقم 1069 لسنة 55ق - جلسة 1991/2/24؛ والطعن رقم 2077 لسنة 58ق - جلسة 1990/11/14.

<sup>3</sup> والقرينة البسيطة هي نوع من القرائن القانونية ينص عليها الشارع لغرض معين تقبل إثبات نقيضها، وبموجبها ينتقل عبء الإثبات من عائق من تقرر لمصلحته إلى خصمه. وهي بذلك تختلف عن القرينة القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس. د/السنهوري - نظرية الالتزام - المرجع السابق - بند 338 - ص 563 & د/فتحي والى - المبسوط - ج 2 - بند 39 - ص 117، 118 & د/سليمان مرقص - الأدلة المقيدة - المرجع السابق - بند 288 - ص 123 وما بعدها & د/سمير تناغو - المرجع السابق - بند 52 - ص 118 & د/نبيل سعد - المرجع السابق - ص 192، 193 & د/عابد فايد - نظم الإثبات - المرجع السابق - ص 184 وما بعدها.

ومفاد هذا النص أن قرينة منظومة تكوين التوقيع الإلكتروني المؤمنة - أو قرينة الموثوقية بحسب اصطلاح الذى اختاره المشرع الفرنسى أو قرينة التصديق الإلكتروني بحسب ما جرى عليه الفقه - هى قرينة بسيطة يجوز نقضها بإثبات خلاف دلالتها. ومن ثم يجوز للخصم الذى ينازع فى صحة التوقيع الإلكتروني أن يقدم الدليل المناهض لهذه القرينة. وبهذا يساير المشرع نظيره الفرنسى فى تبنى سياسة عدم منح شهادات التصديق الإلكتروني الثقة المطلقة فى الإثبات<sup>1</sup>.

**عكس هذا، يرى البعض** أن المشرع المصرى قد اعتبر قرينة التصديق الإلكتروني بمثابة قرينة قانونية قاطعة على صحة التوقيع الإلكتروني الرسمى والمحرم الإلكتروني بالتبعية بما لا يجوز معه نقضها بأى دليل<sup>2</sup>. ويستند هذا الرأى فى ذلك إلى أن التصديق على المحرم الإلكتروني لدى جهات التصديق

---

<sup>1</sup> وذلك على اعتبار أن تزوير هذه الشهادات والعبث فى مضمونها هو احتمال قائم عبر شبكات الانترنت. أنظر فى ذلك:

Huet J., Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P.9.

<sup>2</sup> د/عبدالغواب مبارك - الدليل الإلكتروني أمام القضاء المدنى - دار النهضة العربية - ص 129 & د/تامر الدمياتى - المرجع السابق - ص 605، 820. وأنظر كذلك: د/محمد أبو زيد - المرجع السابق - ص 240. قرب ذلك: د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 308.

الإلكتروني يكسبه طابع الرسمية ليكون بذلك محرراً رسمياً، وبذلك لا يجوز إثبات عكسه<sup>1</sup>.

غير أن هذا الاتجاه غير سليم - في تقديرنا<sup>2</sup>، وذلك لأن الأصل في القرائن القانونية هو أنها بسيطة غير قاطعة بما يصح إثبات عكسها والاستثناء هو أن تكون قاطعة<sup>3</sup>. وبالتالي، فإنه ينبغي لاعتبار القرينة من قبيل القرائن القاطعة أن يتم النص على صفتها القاطعة بنص تشريعي صريح لا يجيز إثبات نقضها بالدليل العكسي<sup>4</sup>، طبقاً لقاعدة أنه لا استثناء إلا بنص صريح يجيزه<sup>5</sup>. وطالما أن قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية لم ينص صراحة على اعتبار قرينة التصديق

---

<sup>1</sup> د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص308.

<sup>2</sup> وقد كنا نؤيد هذا الرأي مسبقاً استناداً إلى أنه كان هناك اقتراح من المشرع بإضافة عبارة «ويفترض توافر هذه الشروط في التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية حتى يقوم الدليل على عكس ذلك» إلى المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني، إلا أن المشرع حذف هذه العبارة مفضلاً صياغة هذه المادة على النحو الذي هي عليه الآن. أنظر: رسالتنا السابقة - بند66. إلا أننا نرى أن هذا الرأي غير صحيح، ومن ثم فقد عدلنا عنه في الدراسة للأسباب المبينة في المتن.

<sup>3</sup> أنظر: د/سليمان مرقس - الأدلة المقيدة - المرجع السابق - بند288 - ص126 وما بعدها & د/فتحي والي - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند39 - ص119.

<sup>4</sup> أنظر: د/سمير تناغو - المرجع السابق - بند9 - ص25.

<sup>5</sup> أنظر: الطعن رقم 1598 لسنة 74ق - جلسة 2008/6/12 ؛ والطعن رقم 7061 لسنة 64ق - جلسة 2007/11/8.

الإلكتروني قرينة قاطعة، فلا يصح القول بغير ذلك، لما فيه من تحميل لنصوص القانون ما لا تحمله.

وعلى هذا النحو، يكون المشرع المصري قد منح الخصوم فرصاً متكافئة بصدد مسألة إثبات صحة المحرر الإلكتروني أو عدم صحته، فلم يسد باب إثبات عكس قرينة التصديق الإلكتروني الدالة على صحة التوقيع الإلكتروني أمام الخصم الذي ينازع في صحته بإطلاقها<sup>1</sup>، مراعاة لاعتبارات العدالة وحسن سيرها إذ ليس من المقبول أن يسمح لطرف بالاستفادة من قرينة التصديق الإلكتروني والاستناد عليها في إثبات إدعائه، في مقابل حرمان خصمه من نفيها وإقامة الدليل على خلافها، لاسيما وأن قابلية المحرر الإلكتروني المصدق عليه إلكترونياً للتحريف والتزوير من قبل لصوص شبكات الانترنت، وهو احتمال قائم بدرجة كبيرة. وسوف نعالج مفهوم إثبات العكس وطرقه في المبحث التالي.

---

1 وذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ احترام حقوق الدفاع واللذان يعنيان تمكين كل خصم من مناقشة الدليل المقدم من خصمه وتفنيده وإثبات عكسه. أنظر في حق الخصوم في إثبات عكس الأدلة: د/السنهوري - نظرية الالتزام - المرجع السابق - بند 27 - ص 28 & د/سليمان مرقس - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 8 - ص 23 & د/سمير تناغو - المرجع السابق - بند 9 - ص 24، 25.

## المبحث الثانى

### سلطة القاضى فى تقدير قرينة الموثوقية

#### تمهيد وتقسيم

القاعدة هى جواز إثبات التزوير بالقرائن<sup>1</sup>. وتقريراً عليها، فإنه يجوز إثبات التزوير الإلكتروني الذى يشوب المحرر الإلكتروني بموجب قرينة الموثوقية دون حاجة إلى الأمر بالتحقيق، وذلك لأن التوقيع الإلكتروني الرقمى المذيل به هو فى واقع الأمر توقيع آمن ومصدق عليه إلكترونياً لدى جهات التصديق الإلكتروني<sup>2</sup>.

وقرينة الموثوقية بوصفها قرينة قانونية بالمعنى الصحيح على صحة التوقيع والمحرر الإلكترونيين، فإنه لا يجوز لقاضى الموضوع تقديرها، وإنما يملك التحقق من توافر شروط انطباقها. وبحسبانها قرينة بسيطة، فإنه يجب عليه عدم الأخذ بها إلا بعد السماح للخصوم بإثبات عكسها.

---

<sup>1</sup> أنظر: د/سليمان مرقس - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 109 - ص 311 & د/سمير تناغو - المرجع السابق - بند 102 - ص 199، 200 & د/ فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند 297 - ص 523. وكذلك: الطعن رقم 1698 لسنة 55 ق - جلسة 1990/11/7؛ والطعن رقم 101 لسنة 36 ق - جلسة 1970/4/28؛ والطعن رقم 521 لسنة 34 ق - جلسة 1969/1/14 س 20 ص 95.

<sup>2</sup> أما إذا كانت التوقيع المذيل بالمحرر الإلكتروني توقيعاً بسيطاً، أى غير مقترنة بقرينة الموثوقية، فإنه يكفى لدحض حجية المحرر الإلكتروني القانونية مجرد إنكاره. فمناطق تمتعه بالحجية القانونية هو عدم المنازعة فى صحته. أنظر فى ذلك: ما يلى - بند 75.

ولمعالجة سلطة قاضى الموضوع فى إعمال قرينة الوثوقية وتقديرها، فإننا

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: سلطة القاضى فى إثبات التزوير الإلكترونى بقرينة الوثوقية.

المطلب الثانى: سلطة القاضى فى إثبات عكس قرينة الوثوقية.

## المطلب الأول

### سلطة القاضى فى إثبات التزوير الإلكترونى بقرينة الموثوقية

60- نظم المشرع الفرنسى سلطة القاضى فى إثبات التزوير الإلكترونى بقرينة الموثوقية حيث تنص المادة 1/288 قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه «عندما يكون التوقيع الإلكترونى مستنداً إلى قرينة الموثوقية، فإنه يتعين على القاضى أن يبين فى حكمه العناصر التى قدمت إليه....».

ومفاد هذا النص أنه يجوز لقاضى الموضوع أن يقضى فى إدعاء التزوير الإلكترونى استناداً إلى قرينة الموثوقية الماثلة فى شهادة التصديق الإلكترونى بحسبانها قرينة تكفى لتكوين عقيدته وبناء حكمه بصحة المحرر الإلكترونى عليها<sup>1</sup>. وسلطة قاضى الموضوع فى هذا الصدد تقتصر على تطبيق قرينة الموثوقية والتحقق من توافر شروط انطباقها، دون أن تمتد إلى سلطة تقدير دلالتها أو مطابقتها للحقيقة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 7, 10.

<sup>2</sup> Voir: CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 7. & Huet J., Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P. 9,10. & POULLET et J.ROYEN, «Vers la confiance», op. cit., no, 11.

وفى المقابل، لم يرد بقانون التوقيع الإلكتروني المصرى نصاً تشريعياً  
مقابلاً للنص الفرنسى المتقدم ينظم سلطة القاضى فى أعمال قرينة الموثوقية أو  
التصديق الإلكتروني. ورغم ذلك، فإن ما قرره النص الفرنسى ما هو إلا تطبيقاً  
للقواعد العامة فى أعمال القرائن القانونية<sup>1</sup>. وإذا كان الصحيح أن نص المادتين  
الثانية والخامسة من اللائحة التنفيذية لهذا القانون - المقررين لقرينة التصديق  
الإلكترونى<sup>2</sup> - قد خلا من إشارة إلى ما يخالف هذه القواعد، فإنه لا جرم من  
تطبيقها على هذه القرينة.

وتفريعاً على هذا، فإنه متى ثار النزاع حول صحة المحرر الإلكتروني وتمسك  
الخصم الذى تقررت قرينة الموثوقية لصالحه بها، وجب على القاضى آنذاك أن  
يحكم بمقتضاها باعتبارها قرينة قانونية ملزمة بقوة القانون دون أن يكون له سلطة  
تقدير مطابقتها أو عدم مطابقتها للواقع. فهى بحكم طبيعتها القانونية تخرج عن  
نطاق سلطته التقديرية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر فى تطبيق القرائن القانونية: د/السنهورى - نظرية الالتزام - المرجع السابق - بند 322 -  
ص 542، 543 & د/سليمان مرقص - الأدلة المقيدة - المرجع السابق - بند 287 - ص 122.  
<sup>2</sup> أنظر: ما تقدم - بند 55.

<sup>3</sup> Poullet et J.ROYEN, «Vers la confiance», op. cit., no, 11.

وأنظر بالتفصيل فى القوة الملزمة للقرينة القانونية: د/السنهورى - الإشارة السابقة & د/سليمان  
مرقص - الإشارة السابقة.



ولعل ذلك ليس معناه انحسار دور قاضى الموضوع فى هذا الخصوص، وإنما يكون له سلطة التحقق من توافر شروط انطباق قرينة الموثوقية سالفه الذكر<sup>1</sup>. ولذلك، فإنه يتعين على قاضى الموضوع أن يبين فى حكمه الظروف والدلائل التى استند إليها فى حكمه بخصوص تطبيق هذه القرينة بوصفها قرينة قانونية بالمعنى الفنى للكلمة<sup>2</sup>. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1/288 من التشريع الفرنسى سالفه الذكر.

وعلى ما تقدم، فإنه يجوز إثبات التزوير الإلكتروني بشهادة التصديق الإلكتروني مناط قرينة الموثوقية باعتبارها وسيلة تصلح فى حد ذاتها لإثبات صحة المحرر الإلكتروني أو تزويره. وفى هذه الحالة يمكن للقاضى الفصل فى إدعاء التزوير الإلكتروني مستغنياً بذلك - كما سنرى فيما بعد<sup>3</sup> - عن اللجوء إلى التحقيق الإلكتروني.

---

<sup>1</sup> والبدیهى أن عبء إثبات شروط قيام قرينة الموثوقية يقع على عاتق الخصم المتمسك بها. أنظر: ما تقدم - بند 57.

<sup>2</sup> أنظر: الطعن رقم 1560 لسنة 70 ق - جلسة 2001/12/20؛ والطعن رقم 2522 لسنة 4ق - جلسة 1991/3/12؛ والطعن رقم 57 لسنة 57 ق - جلسة 1989/5/28.

<sup>3</sup> أنظر: ما يلى - بند 73 وما يليه.

## المطلب الثانى

### نطاق سلطة القاضى فى إثبات عكس قرينة الموثوقية

إذا كانت قرينة الموثوقية - الخاصة بالتوقيع الرقوى - هى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، فالبدئى أنه يجوز للخصم الذى تقررت ضده هذه القرينة إثبات نقيضها. وبالتالي، فإنه لا يصح لقاضى الموضوع أن يحكم فى إدعاء التزوير الإلكتروني بمقتضى قرينة الموثوقية، إلا بعد عرضها على الخصم الذى تقررت ضده والسماح له بإثبات عكسها باعتبارها قرينة بسيطة. وفيما يلى بيان مفهوم إثبات عكس قرينة الموثوقية وطرقه، وحدود دور القاضى فى ذلك.

### أولاً مفهوم وطرق إثبات عكس قرينة الموثوقية

لا يقصد بإثبات عكس قرينة الموثوقية إثبات العكس بالمعنى الفنى للكلمة، وذلك بإثبات عدم صحتها، إذ لا يصح بأى حال من الأحوال إثبات عكس ما افترضه المشرع<sup>1</sup>، وإنما يقصد به منازعة الخصم الذى يحتج عليه بهذه القرينة فى شروط قيامها وإثبات عدم تطابقتها لواقع الحال وتقديم الدليل على خلاف

---

<sup>1</sup> فلا شك أن القرينة القانونية هى فى حقيقة الأمر قاعدة تشريعية أساسها هو نص القانون الذى يقرها، فلا قرينة بغير نص أنظر: د/السنهورى - نظرية الالتزام - المرجع السابق - بند 322 - ص 542، 543 & د/سليمان مرقص - الأدلة المقيدة - المرجع السابق - بند 285 - ص 120، 121 & د/فتحي والى - الإشارة السابقة. وبالتالي لا يجوز بأى حال من الأحوال التطرق إلى مناقشة نص تشريعى، لأن القاعدة هى أن القانون لا ينسخ إلا بقانون مثله.

دالاتها<sup>1</sup>، كأن يثبت الخصم مثلاً فقده البطاقة الذكية التي تستخدم فى التوقيع الرقمة أو عدم سرية الأرقام التي تتضمنها، أو يثبت أن جهات التصديق الإلكترونية لم تتبع فى إصدار التوقيع الرقمة وتوثيقه الإجراءات اللازمة لجعله توقيعاً آمناً من الناحية الفنية، أو يثبت أن هذه الجهات غير مأهلة أصلاً لهذه الأمور<sup>2</sup>، أو لم تحصل على ترخيص مزوالة مهام التصديق الإلكترونية من السلطة المختصة<sup>3</sup>، أو يثبت أنه لم يحرر المحرر الإلكتروني أصلاً أو أنه صدر بغير رضاه<sup>4</sup>.

والواقع أن المشرع المصرى ونظيره الفرنسى لم يحدد طرماً معينة لإثبات خلاف قرينة موثوقية التوقيع الرقمة. ومؤدى ذلك أنه يجب أن يتبع الأحكام والقواعد العامة، فيجرى إثبات عكس قرينة الموثوقية بالطرق التي كان يمكن إثبات الواقعة الأصلية بمقتضاها، وهى واقعة صحة المحرر الإلكتروني، كالأقرار واليمين مثلاً. وهنا يتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقديرية واسعة فى تقدير الأدلة المقدمة

---

<sup>1</sup> أنظر: دليل تشريع قانون الاونسترال النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 129 - ص 68.

<sup>2</sup> See: CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 6.

<sup>3</sup> فالوصول على الترخيص يعد شرطاً لصحة أعمال جهات التصديق الإلكترونية. أنظر: ما تقدم - بند 31.

<sup>4</sup> See: Huet J., Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., n. 8, P. 5.

من الخصوم باعتبارها سلطة أصلية تثبت له دون نص قانوني، غاية الأمر أنه يتقيد بقاعدة أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.

وحيث أن ذلك ليس له أية خصوصية في هذه الدراسة. ولذا نحيل بشأنه إلى هذه القواعد منعاً للإطالة دون داع<sup>1</sup>. غير أن وجه الخصوصية في هذا الصدد هو حالة كون الدليل المناقض لقرينة الموثوقية دليلاً مادياً. فأيهما يفضله قاضي الموضوع. هذا ما سنوضحه بالتفصيل في حينه.

### ثانياً سلطة القاضي في إثبات عكس قرينة الموثوقية

تنص المادة 1/288 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد على أنه «عندما يكون التوقيع الإلكتروني مستنداً إلى قرينة الموثوقية، فإنه يتعين على القاضي أن يبين في حكمه العناصر التي قدمت إليه والتي تثبت عكس هذه القرينة»<sup>2</sup>.

ومفاد هذا النص أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم في إدعاء تزوير المحرر الإلكتروني استناداً إلى شهادة التصديق الإلكتروني الدالة على صحته وخلوه من

---

<sup>1</sup> أنظر بالتفصيل: د/السنهوري - نظرية الالتزام - المرجع السابق - بند 339 - ص 564 وما بعدها & د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص 244 وما بعدها.

<sup>2</sup> تم استحداثها بموجب المرسوم رقم 1436 لسنة 2002.

خطر التزوير الإلكتروني دون أن يعرضها على الطرف الآخر، ويسمح له بمناقشتها ودحضها بإثبات نقيضها<sup>1</sup>. فإذا عجز عن إثبات خلاف هذه القرينة، حكم القاضي بمقتضاها. وبذلك يبدو واضحاً أن المشرع الفرنسي قد راعى مصلحة الخصم الذي ينازع في صحة المحرر الإلكتروني المصحوب بشهادة التصديق الإلكتروني حيث أتاح الفرصة له في أن يقدم الدليل الذي يناقض هذه الشهادة باعتبارها قرينة بسيطة يصح إثبات خلافها<sup>2</sup>.

ويتفق المشرع المصري - في اعتقادنا - كما قدمنا - مع موقف نظيره الفرنسي في اعتبار قرينة صحة التوقيع الإلكتروني الرقمي قرينة بسيطة، وليست قاطعة قاطعة. وهذا هو المستفاد من نص المادة 5 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني بنصها على أن "... تعتبر المنظومة - أى منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني - بعد منح الترخيص وطوال مدة نفاذ مفعوله مؤمنة وفعالة ما لم يثبت العكس"<sup>3</sup>. ومن ثم يجوز للخصم الذي ينازع في صحة

---

<sup>1</sup> CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 21.

<sup>2</sup> Voir: CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 6. & Huet J., Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P.9.

<sup>3</sup> أنظر: ما تقدم - بند 58.

التوقيع الإلكتروني أن يقدم الدليل المناهض لقرينة الموثوقية بحسابها قرينة بسيطة يجوز نقضها بإثبات خلاف دلالتها.

وتطبيقاً لما تقدم، فإنه يتعين على مدعى تزوير المحرر الإلكتروني أن يقدم الدليل المناقض لقرينة شهادة التصديق الإلكتروني والذي بموجبه يتم إثبات عدم صحة المحرر الإلكتروني وشأئبته بالتزوير الإلكتروني. فإذا عجز عن ذلك، اعتبر عجزه قرينة على صحة إدعاء خصمه بصحة المحرر الإلكتروني. وعندئذ يتقيد القاضى بهذه الشهادة ويلتزم بمضمونها كدليل على صحة المحرر الإلكتروني، نظراً لعدم ثبوت ما يخالفها<sup>1</sup>، باعتبارها قرينة قانونية بالمعنى الصحيح لا يملك القاضى - كما سبق أن أشرنا - تقديرها، ما لم يثبت التزوير الإلكتروني بطريق آخر على نحو ما سيتضح فى حينه.

### ثالثاً سلطة القاضى فى الترجيح بين قرينة الموثوقية ونقيضها

على الرغم من أن المشرع المصرى ونظيره الفرنسى يجيزان إثبات عكس قرينة موثوقية التوقيع الإلكتروني على النحو المتقدم باعتبارها قرينة بسيطة يصح إثبات نقيضها، إلا أنهما لم يحددا طرقاً معينة لذلك، وهذا ما يعنى جواز إثبات ذلك بأى دليل، سواء كان مادياً أو إلكترونياً.

---

<sup>1</sup> CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 7. & Huet J., Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P. 9,10.

وتبدو الصعوبة قائمة وتزداد إذا كان الدليل الذى يناهض قرينة الموثوقية دليلاً مادياً، الأمر الذى يترتب عليه حدوث ثمة تعارض بين دليلين؛ أحدهما إلكترونى وهو شهادة التصديق الإلكتروني. والآخر دليل مادي وهو الدليل العكسى الذى يناقض صحتها. هذا مع الأخذ فى الحسبان أن مضمون كلا الدليلين متعارضاً. عندئذ تنثور الصعوبة أمام قاضى الموضوع المختص بنظر نزاع التزوير الإلكتروني بشأن الترجيح والمفاضلة بين هذين الدليلين، فأيهما يفضل ولماذا، وما هو معيار المفاضلة بينهما<sup>1</sup>؟

لم يتطرق المشرع المصرى إلى معالجة هذا الفرض<sup>2</sup>، على خلاف المشرع الفرنسى الذى خول قاضى الموضوع سلطة ترجيح الدليل الكتابى الذى يجعل الحق المدعى به أقرباً للصحة. فنصت المادة 1368 من التقنين المدنى الجديد على أنه

---

<sup>1</sup> مع ملاحظة أن عملية المفاضلة بين الدليل الإلكتروني والدليل المادي المتعارضين وترجيح أحدهما عن الآخر يجب أن تكون بين دليلين متساوين فى القوة القانونية ويتمتعان بذات المرتبة القانونية فى الإثبات؛ كأن يكونا دليلاً كتابياً كاملاً. وبالتالي، فلا مجال للمفاضلة بين دليلين غير متساوين، كأن يكون أحدهما دليلاً كاملاً والآخر مبدأ ثبوت بالكتابة حيث يفضل الأول لقوته الثبوتية. د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص332، 333. وكذلك:

CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 8.

<sup>2</sup> أنظر: د/محمد أبو زيد - المرجع السابق - ص273 & د/محمد زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية - المرجع السابق - ص333 & د/عابد فايد - نظم الإثبات - المرجع السابق - بند468 - ص448.

"ما لم ينص القانون على مبادئ أخرى أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإنه يتعين على القاضى أن يفصل فى التنازع بين الأدلة الكتابية لتحديد السند الأقرب إلى الصحة، آيا كانت مادته"<sup>1</sup>.

ومؤدى هذا النص أن لقاضى الموضوع فى حالة التعارض بين الأدلة الكتابية - سواء كانت إلكترونية أو ورقية - سلطة فض هذا التعارض، فيقع على عاتقه عبء تحديد الدليل الكتابى الذى ترشحه ظروف وملابسات النزاع، آيا كانت الدعامة المستخدمة فى تدوينه، ليكون الأكثر مصداقية أو الأقرب إلى الصحة عن غيره من الأدلة الكتابية الأخرى تمهيداً لاعتماده كدليل إثبات يحسم به النزاع ، وذلك ما لم يوجد نصاً قانونياً أو اتفاقاً خاصاً ينظم هذه المسألة<sup>2</sup>. والواضح أن هذه السلطة هى بمثابة سلطة احتياطية لا تثبت لقاضى الموضوع إلا فى حالة عدم وجود نص قانونى أو اتفاق صريح بين الأطراف ينظم هذه المسألة .

وجدير بالملاحظة أن النص المتقدم لم يفرق بين الدليل الإلكتروني والدليل المادى ويجعل لأحدهما الأفضلية عن الآخر بسبب اختلاف الدعامة التى تحويه أو الوسط الذى ينشأ فيه. وهذا هو المستفاد من عبارة "آيا كانت مادته". وبالتالي،

---

<sup>1</sup> المقابلة للمادة رقم 2/1316 من التقنين القديم.

<sup>2</sup> CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 8. & Huet J., Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P. 11,12.



فلا يجوز لقاضى الموضوع فى حالة نشوء التعارض بين هذين الدليلين أن يرفض الدليل الإلكتروني كأداة إثبات لكونه يتم بشكل إلكترونى ويرجح الدليل المادى عنه لكونه دليلاً ورقياً<sup>1</sup>. فلا شك أن الأخذ بذلك قد يؤدى إلى منح الدليل الإلكتروني مرتبة أدنى من الدليل المادى فى الإثبات، وهو ما يتعارض مع مبدأ المساواة والتكافؤ الوظيفى بين الأدلة الإلكترونية والأدلة التقليدية من حيث قبولها وقوتها فى الإثبات<sup>2</sup>.

كما يلاحظ أن المشرع الفرنسى لم يضع معايير موضوعية محددة لقاضى الموضوع بحيث يتقيد بها إزاء مسألة الترجيح بين الأدلة الإلكترونية ونظيرتها المادية، وإنما منحه سلطة تقديرية مطلقة فى ترجيح الدليل قريب الاحتمال إلى الصحة<sup>3</sup>. وتطبيقاً لذلك، قضى بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تحقيق الأدلة المتنازعة<sup>4</sup>. وتبعاً لهذا، يمتلك القاضى سلطة تقديرية واسعة فى بحث قرينة الموثوقية الماثلة فى شهادة التصديق الإلكتروني والقرينة المادية المناهضة لدلالاتها

---

<sup>1</sup> CAPRIOLIE, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 8.

<sup>2</sup> أنظر فى هذا المبدأ : ما تقدم - بند 11.

<sup>3</sup> CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 8. & Maître Valérie, Preuve et signature électronique, n. 15.

<sup>4</sup> Cour de Cassation, Cass. Ch. Civ., 1, 15 Feb., 2000. Et Maître Valérie, Preuve et signature électronique, n. 16.

وترجيح ما يطمئن إليه منها بلا معقب عليه في ذلك<sup>1</sup>. وله في ذلك الاستعانة بالخبراء الفنيين في هذا الخصوص<sup>2</sup>.

والحقيقة - في اعتقادنا - أن إغفال المشرع المصرى تنظم مسألة ترجيح الأدلة المتعارضة على النحو الذى نظمه المشرع الفرنسى، إنما هو إغفال مقصود ، وذلك لأن ترجيح الأدلة المتعارضة هي سلطة تثبت بحسب الأصل لقاضى الموضوع ، وهي بذلك لا تحتاج إلى نص تشريعى. فالأحكام التى أتى بها المشرع الفرنسى فى هذه المسألة، إنما هي فى واقع الأمر تردداً للقواعد العامة بشأن سلطة القاضى فى تقدير الأدلة المقدمة لها وترجيح بعضها عن الأخر، والأخذ بما تطمئن إليه وإطراح ما عداه<sup>3</sup>. ويعزز ذلك أن قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية لم يتضمن نصاً صريحاً يقيد القاضى بصدد نظر المنازعات الخاصة بالمحركات الإلكترونية والبت فى مدى صحتها.

---

<sup>1</sup> See: Huet J., Le code civil et les contrats électroniques, op. cit., P. 10.

<sup>2</sup> KERBOUCI, La preuve écrite électronique et le droit français, op. cit., P. 8, 9.

<sup>3</sup> أنظر: الطعان رقما 607 لسنة 73 ق و658 لسنة 73 ق - جلسة 2012/2/27؛ والطعن رقم 4702 لسنة 61 ق - جلسة 2011/2/26؛ والطعن رقم 234 لسنة 69 ق - جلسة 2011/10/24.

وبالتالى، فيكون قاضى الموضوع حراً فى تقدير الأدلة المتنازع عليها التى تعرض عليه، أى شهادة التصديق الإلكتروني والدليل المناهض لها، ليرجح بينهما ويأخذ بأحدهما دون الآخر وفقاً لاقتناعه<sup>1</sup>. ويجوز له الاستعانة بكافة الوسائل التى يراها مناسبة وضرورية لمساعدته فى عملية الترجيح ، كالاستعانة بالخبراء<sup>2</sup>. وتعتبر مسألة ترجيح الدليل الراجع صحته من المسائل الموضوعية التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>3</sup>، شريطة أن يكون هذا الدليل منطقياً وسائغاً له أصل فى الأوراق، وأن يمكن قاضى الموضوع الخصم بمناقشته وتفنيده إعمالاً لمبدأ عدم القضاء بالعلم الشخصى<sup>4</sup>. وسوف نفرّد لرقابة سلطة قاضى الموضوع فى ترجيح الأدلة مبحثاً مستقلاً فيما بعد. نحيل إليه منعاً للتكرار.

---

<sup>1</sup> فمن المقرر أن تقدير أدلة وقرائن التزوير مما تستقل به محكمة الموضوع. الطعن رقم 9639 لسنة 66ق - جلسة 2009/4/22 ؛ والطعن رقم 1106 لسنة 68ق - جلسة 2009/3/26 ؛ والطعن رقم 10464 لسنة 76ق - جلسة 2008/9/22.

<sup>2</sup> CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 6.

<sup>3</sup> الطعن رقم 5291 لسنة 74ق - جلسة 2014/7/1؛ والطعن رقم 573 لسنة 75ق أحوال شخصية - جلسة 2014/9/9.

<sup>4</sup> أنظر فى ذلك: ما تقدم - بند 70.

## الفصل الرابع

### سلطة القاضي فى التحقيق الإللكترونى

#### تمهيد وتقسيم

من المتصور ألا تكفى وقائع دعوى التزوير الإللكترونى ومستنداتها لتكوين عقيدة القاضى بشأن البت فى مدى صحة المحرر الإللكترونى؛ أو قد يعجز القاضى عن تقدير وفهم قرينة الموثوقية الماثلة فى شهادة التصديق الإللكترونى ونقيضها المقدمة إليه من الخصوم وترجيح أحدهما باعتبارهما أدلة متناقضة؛ أو قد يطعن الخصم المنسوب إليه المحرر الإللكترونى بالتزوير على شهادة التصديق الإللكترونى ذاتها مناط صحته. وفى هذه الفروض، يجوز لقاضى الموضوع اللجوء إلى التحقيق الإللكترونى. ونقصد باصطلاح التحقيق الإللكترونى فى هذه الدراسة - كما سنوضحه بعد - تحقيق صحة التوقيع والمحرر الإلكترونيين بواسطة الخبير الإلكترونى، وهو جهة التصديق الإلكترونى الماثلة فى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المعروفة باسم "هيئة أيتيدا".

ولقد عالج المشرع الفرنسى سلطة قاضى الموضوع فى التحقيق الإلكترونى حيث أفرد لها أحكاماً خاصة تتمشى مع طبيعتها وتتلائم مع خصوصياتها فى

المواد من 287 وحتى 295 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد الصادر  
2016<sup>1</sup>.

وفى المقابل، لم يتطرق المشرع المصرى إلى معالجة سلطة القاضى فى  
التحقيق الإلكترونى وتقدير الأدلة التى تعرض عليه حيث لم يرد بقانون التوقيع  
الإلكترونى نصاً تشريعياً ينظم هذه المسألة، وإنما أحال بشأنها عملاً بالمادة 17  
منه إلى القواعد العامة المقررة بقانون الإثبات<sup>2</sup>، وذلك على الرغم من أنه قد نظم

---

<sup>1</sup> وهى ذات المواد التى تم تعديلها بموجب المرسوم رقم 1436 لسنة 2002 الصادر فى 3  
ديسمبر 2002 ، لكى تتلاءم مع التعديل التشريعى لقواعد الإثبات الواردة بالقانون المدنى خاصة  
المادة 1316 بكامل فقراتها، وذلك حتى تستوعب المحررات الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية  
على السواء. أنظر فى هذا المرسوم:

Jean deveze, Apropos de l'adaptation du droit de la preuve aux  
technologies de l'information par le décret no 2002-1436 du 3  
décembre 2002, communications commerce électronique, mars, 2003.

<sup>2</sup> والتى تنص على أنه «تسرى فى شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية  
والتوقيع الإلكترونى، فيما لم يرد بشأنه نصاً فى هذا القانون أو فى لائحته التنفيذية، الأحكام  
المنصوص عليها فى قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية».

ومفاد هذا النص أن نصوص قانون التوقيع الإلكترونى ولائحته التنفيذية هى الأحكام واجبة  
التطبيق بخصوص إثبات صحة المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكترونى والكتابة الإلكترونية.  
فإذا لم يوجد بها نصاً فى هذا الشأن، فإنه يجب تطبيق الأحكام الواردة بقانون الإثبات فى المواد  
المدنية والتجارية. وهذا هو البين من استخدام المشرع عبارة "فيما لم يرد بشأنه نصاً فى هذا  
القانون أو فى لائحته التنفيذية".

وفى اعتقادنا أن المادة 17 قد وضعت القاعدة الأساسية فى إثبات صحة المحررات والتوقيعات الإلكترونية وهى أن قانون التوقيع الإلكتروني هو المرجع الأساسى فى الإثبات الإلكتروني. فإذا خلا من نص يعالج هذه المسألة خضعت للأحكام الواردة بلائحته التنفيذية. فإذا خلت تعين تطبيق القواعد العامة فى قانون الإثبات. وبالتالي تعد هذه اللائحة المرجع المباشر والاحتياطى لقانون التوقيع الإلكتروني، فى حين يأتى قانون الإثبات فى المرتبة الثالثة فى هذا الشأن. ويعزز ذلك أن قانون الإثبات إنما يتضمن قواعد وضعت لمعالجة المنازعات فى المحررات التقليدية، وهى بذلك لا تقدر على استيعاب خصوصيات الإثبات الإلكتروني والتصدى لمعالجة منازعاته. فضلاً عن أن القاعدة هى أنه لا رجوع إلى القانون العام مع قيام قانون خاص إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام. وبالتالي، فلا رجوع إلى قانون الإثبات فى أى مسألة، إلا إذا إغفال قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية عن تنظيمها. أنظر فى هذه القاعدة: الطعن رقم 5162 لسنة 79ق - جلسة 2016/6/21 ؛ والطعن رقم 13774 لسنة 78ق - جلسة 2016/2/25 ؛ والطعن رقم 2944 لسنة 66ق - جلسة 2009/12/28 ؛ والطعن رقم 14887 لسنة 77ق - جلسة 2010/3/22.

وبالتالى، فليس من المقبول لدينا حينئذ القول - كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوقيع الإلكتروني - بأن الأحكام الواردة بقانون الإثبات هى المرجع المباشر حال خلو قانون التوقيع الإلكتروني من نص قانونى ينظم إثبات صحة المحررات والتوقيعات الإلكترونية يليها فى المرتبة اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني. أنظر: المذكرة الإيضاحية للمشروع قانون التوقيع الإلكتروني - التعليق على المادة 17. ولا شك أن المشرع المصرى ولو قصد جعل القواعد المنصوص عليها بقانون الإثبات هى الشريعة العامة بشأن أحكام قانون التوقيع الإلكتروني لكان قد نص على ذلك صراحة، ولجاءت صياغة هذه المادة كما اعتادت صياغة القوانين على شكل "مع مراعاة الأحكام العامة الواردة بقانون الإثبات".

وتقريباً على ذلك، يمكن القول أن المشرع قد فرق فى منازعات إثبات صحة المحررات الإلكترونية بين المسائل الموضوعية والمسائل الإجرائية لها، فيبدو أنه قد خص قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية بتنظيم المسائل الموضوعية لصحة المحررات الإلكترونية، وأحال

طرقاً فنية خاصة للتحقيق الإلكتروني. ويبدو هذا منطقي، وذلك لأن إجراء التحقيق الإلكتروني عبر هذه الطرق الفنية لا يتعارض مع سلطة القاضي في تقدير الأدلة باعتباره الخبير الأعلى في الدعوى. وبعبارة أخرى أن مسألة تقدير وترجيح الأدلة هي سلطة ثابتة للقاضي لا تحتاج لنص خاص تثبت له بحكم وظيفته الماثلة في فض المنازعات بين الأفراد.

---

بشأن المسائل الإجرائية إلى القواعد العامة في قانون الإثبات على سند أنه ليس لها أية خصوصية. وبهذا تكون قواعد إثبات المحررات الإلكترونية موزعة بين قانون الإثبات ويتضمن القواعد الإجرائية، وقانون التوقيع الإلكتروني - ولائحته التنفيذية - ويتضمن القواعد الموضوعية. قارن: د/هاني دويدار - مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية - مؤتمر المعاملات الإلكترونية - جامعة الإمارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المجلد الثاني - ص 483 وما بعدها. وهنا تجدر التفرقة بين قواعد الإثبات الموضوعية وقواعد الإثبات الإجرائية، فالأولى تحدد طرق الإثبات وحجية وقوة كل طريق منها ومحل الإثبات ومن يقع عليه عبؤه، فضلاً عن أنها تتعلق بتكوين عقيدة القاضي. في حين أن الثانية ترسم الإجراءات التي يجب اتباعها أمام القضاء لسلوك طرق الإثبات المختلفة. ولمزيد من هذه التفرقة، أنظر: د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند 80 وما يليه - ص 192 وما بعدها & د/نبيل سعد - المرجع السابق - ص 83 وما بعدها & د/محمد زهرة - الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر - المرجع السابق - ص 832.

وبذلك يكون المشرع المصري قد نهج ذات نهج المشرع الفرنسي والذي اكتفى بتنظيم القواعد الموضوعية للإثبات الإلكتروني بالتقنين المدني الجديد، وإن لم يفرغ لها قانون مستقل كالمشرع المصري، وإنما قام بإدخال نصوص قانونية لتنظيم حجية الدليل الإلكتروني وقوته القانونية وأثاره وحجته في الإثبات. أنظر في موقف المشرع الفرنسي:

ولمعالجة ما تقدم، نرى تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث متعاقبة فيما

يلى.

المبحث الأول: ماهية التحقيق الإلكتروني.

المبحث الثانى: نطاق سلطة القاضى فى اللإلتجاء إلى التحقيق الإلكتروني.

المبحث الثالث: سلطة القاضى فى تحديد طرق التحقيق الإلكتروني وتقديرها.



# المبحث الأول

## ماهية التحقيق الإلكتروني

### تقسيم

سوف نتصدى بالشرح والبيان لهذا المبحث فى مطلبين متتاليين فيما يلى.

المطلب الأول: مفهوم التحقيق الإلكتروني وخصائصه.

المطلب الثانى: إلزامية الاستعانة بالخبير الإلكتروني.

## المطلب الأول

### مفهوم التحقيق الإلكتروني وخصائصه

#### أولاً مفهوم التحقيق الإلكتروني

جهات التصديق الإلكتروني هي - كما أشرنا - جهات مستقلة محايدة موثوق بها تمتلك أنظمة معلوماتية متطورة لا تتوافر لدى غيرها بمقتضاها يتم فحص التوقيعات والمحركات الإلكترونية والتحقق من صحتها. فضلاً عن أن نظامها الإلكتروني يحتفظ بنسخة من التوقيعات والمحركات الإلكترونية في سجلات إلكترونية معدة لذلك، وهو ما يسهل الإطلاع عليها وإجراء عملية المضاهاة بينها وبين نظيرتها المتنازع عليها، ومن ثم كشف مواطن التزوير الإلكتروني التي تطرأ عليها.

ولذلك، فقد أناط المشرع الفرنسي إلى جهات التصديق الإلكتروني مهمة فحص المحرر والتوقيع الإلكترونيين والتحقق من سلامتهما وخلوهما من خطر التزوير الإلكتروني<sup>1</sup>. وتسمى هذه الجهات في هذا الصدد بجهات الفحص، لكونها تقوم بفحص التوقيعات والمحركات الإلكترونية المتنازع عليها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit. N0 32 et s.

<sup>2</sup> أنظر بالتفصيل: ما تقدم - بند 31.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصرى حيث أسند إلى جهات التصديق الإلكترونية مهمة تحقيق التزوير الإلكتروني إذ عقد الاختصاص لها بالتحقق من صحة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني<sup>1</sup>، وكذلك التحقق من سلامة شهادة التصديق الإلكتروني وتوافقها مع بيانات التوقيع الإلكتروني<sup>2</sup> وكذلك التحقق من صحة مضمون المحرر الإلكتروني<sup>3</sup> وكشف التغيير والتحرير الذى يشوبه، وذلك سواء فى مرحلة إبرامه عبر شبكات الإنترنت أو حال إثارة الخلاف بين الأطراف مستقبلاً حول صحته.

ولقد جعل المشرع - كما سنرى - هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات "ايتيدا" هى الخبير الإلكتروني المختص بتولى أعمال الخبرة بشأن المنازعات التى تثار بين الأطراف حول صحة التوقيعات والمحررات الإلكترونية حيث اعتبارها سلطة التصديق الإلكتروني العليا.

وعلى ذلك، تكون هيئة "ايتيدا" هى الجهة المختصة بتحقيق التزوير الإلكتروني حيث تستطيع بما لها من خبرة فنية فى مجال نظم المعلومات وما لديها

---

<sup>1</sup> أنظر: المادة 6 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

<sup>2</sup> أنظر: المادة 1/7 أ من اللائحة المتقدمة.

<sup>3</sup> أنظر: المادة 1/7 ب من اللائحة المتقدمة.

من أجهزة إلكترونية حديثة كشف أوجه التزوير التي تشوب بيانات المحرر الإلكتروني دون استخدام الوسائل المادية التقليدية.

وعليه، فإن التحقيق الإلكتروني هو عملية فنية تجريها جهات التصديق الإلكتروني باستخدام مجموعة من الأجهزة الإلكترونية المعقدة والمتطورة الخاصة بها بهدف التحقق من صحة المحرر الإلكتروني المتنازع عليه، مضموناً أو توقيماً. وبذلك، يتضح مفهوم اصطلاح التحقيق الإلكتروني الذي اقترناه في هذه الدراسة، فهو يعنى بدهاة تحقيق صحة المحرر الإلكتروني بواسطة جهة التصديق الإلكتروني - هيئة أيتيدا - عبر أجهزتها الإلكترونية<sup>1</sup>.

### ثانياً خصوصيات التحقيق الإلكتروني.

على ضوء المفهوم المتقدم للتحقيق الإلكتروني ، يمكن القول بأنه يتميز بعدة خصائص هي؛

#### 1- إجراء التحقيق الإلكتروني بواسطة جهات التصديق الإلكتروني.

يتميز التحقيق الإلكتروني أنه يُجرى بواسطة جهات التصديق الإلكتروني، باعتبارها الخبير الفنى المختص فى مجال أنشطة التوقيع الإلكتروني وتكنولوجيا

---

<sup>1</sup> غير أنه ينبغي التنويه إلى أن اللجوء إلى التحقيق الإلكتروني بهذا المفهوم يقده مجموعة من الشروط سوف نتعرض لها لاحقاً. أنظر: ما يلي - بند72.

المعلومات. وبالتالي، فهي الجهة المناط بها البت في المسائل الفنية التي تتعلق بمنازعات صحة المحررات الإلكترونية<sup>1</sup>. وهذا ما أكدته مفترق نصوص قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية، كما سيجيء في موضعه<sup>2</sup>.

ونتيجة لذلك، يمكن القول بأنه لا مجال للاستعانة بالشهود للبت في مسألة صحة المحرر الإلكتروني أو بطلانه، كما هو الحال بالنسبة للتحقيق التقليدي<sup>3</sup>. ويجد ذلك أساسه الفنى في أن واقعة إبرام المحرر الإلكتروني وتذييله بالتوقيع الإلكتروني هو مسألة فنية بحتة تخرج بطبيعة الحال عن نطاق بصر وسماع غير أطرافه، لكونه محرراً يبرم عن بعد عبر شبكات الإنترنت دون تلاقهم في مكان مادي معين وعلى غير مسمع أو مرى من أحد.

ومن ناحية أخرى، أنه يمكن اعتبار جهات التصديق الإلكتروني بمثابة الشاهد - الوحيد - على واقعة إبرام المحرر الإلكتروني، مضموناً وتوقيعاً، وذلك تأسيساً على أنها قد شهدت الشخص المنسوب إليه المحرر الإلكتروني وهو يحرره

---

<sup>1</sup> CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 12.

<sup>2</sup> أنظر: ما يلي - بند69.

<sup>3</sup> أنظر في ضوابط التحقيق التقليدي بشهادة الشهود: د/فتحى والى - المبسوط في قانون القضاء المدني - ج2 - المرجع السابق - بند55 & د/سليمان مرقص - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند115 - ص322، 323 & د/عيد القصاص - المرجع السابق - ص & د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - بند154 وما يليه - ص244 وما بعدها.

ويوقعه، وذلك حال لجوء الأطراف إليها للتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني وتوثيق المحرر الإلكتروني وحفظهما في نظامها الإلكتروني<sup>1</sup>. وهذا هو مناط التحقيق بشهادة الشهود المنصوص عليه بالمادة 42 من قانون الإثبات<sup>2</sup>.

ناهيك عن ذلك أن فحص المحرر والتوقيع الإلكترونيين واكتشاف التزوير الإلكتروني الذي يطرأ عليهما لا يكون إلا عبر أجهزة فنية متخصصة لدى جهات التصديق الإلكتروني، كما سنبينه الآن.

## 2. اكتشاف التزوير الإلكتروني يتم بواسطة الأجهزة الإلكترونية

سبق القول أن الكتابة الإلكترونية مضمون المحرر الإلكتروني هي مجرد رموز وأرقام إلكترونية، وتعديلها وتحريفها بطبيعته لا يترك أثراً مادياً ظاهراً بحيث يصعب إكتشافه وتبينه. وفي هذا الخصوص، أفرز التطور التكنولوجي أجهزة

---

1 وهنا يفترض أن يكون المحرر الإلكتروني آمناً بالمعنى الذي سبق بيانه. أنظر: ما تقدم - بند9.

<sup>2</sup> فتحقيق التزوير بشهادة الشهود مناطه هو أن تنصب الشهادة على واقعة الكتابة أو التوقيع عليها للتحقق من صحة المحرر الكتابي دون أن تتعدى ذلك. بمعنى قصر الشهادة على أن الشاهد قد رأى من يشهد عليه المحرر وهو يكتبه ويوقع عليه. د/سليمان مرقص - الإشارة السابقة & د/نبيل سعد - المرجع السابق - ص164 & د/فتحي والي - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند55 - ص165. وكذلك: الطعن رقم 101 لسنة 36 ق - جلسة 1970/4/28؛ والطعن رقم 40 لسنة 11 ق - جلسة 1942/1/29.

تكنولوجية وطرق فنية يكون في استطاعتها فحص المحرر الإلكتروني وإظهار أوجه التغيير والتزوير التي تطرأ عليه بسهولة تامة<sup>1</sup>، وهي - كما سيأتي الحديث عنها بعد - تقنية المضاهاة الإلكترونية ونظام الفحص الإلكتروني حيث يتم فحص التوقيع والمحرر الإلكترونيين محل النزاع عبر الأجهزة الفنية المتخصصة الموجودة لدى جهات التصديق الإلكتروني.

وأثراً لذلك، يمكن القول أن تحقيق التزوير الإلكتروني وإيضاح مواطنه يتسم بأنه يجرى بواسطة الأجهزة التكنولوجية المتطورة المتخصصة في ذلك دون تدخل بشري في ذلك - كما سيتضح في حينه -، وذلك بخلاف التزوير التقليدي الذي يتم اكتشافه بواسطة أهل الخبرة في هذا الخصوص.

### 3- عدم الحضور الشخصي للخصوم

إذا كان التحقيق الإلكتروني يجرى إلكترونياً عبر الأجهزة الإلكترونية سألقة الذكر، فإنه لا مجال - بطبيعة الحال - للحديث عن حضور الخصوم إلى مكان معين واتفاقهم على إجراء المضاهاة على أوراق معينة أو حضور الخصم المنسوب إليه المحرر الإلكتروني للاستكتاب وتوقيع الجزاء المقرر على عدم حضوره<sup>2</sup>،

---

<sup>1</sup> Voir: CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 12.

<sup>2</sup> وهنا نستطيع القول أنه لا مجال لإعمال الشروط والإجراءات المنصوص عليها بالمواد من 33 حتى 38 من قانون الإثبات في التحقيق الإلكتروني لعدم تلائمتها وتناسبها مع خصوصياته.

فالمحرر الإلكتروني، بحسبانه محرراً يكتب ويوقع إلكترونياً وليس بخط اليد، لا يخضع لنظام الاستكتاب<sup>1</sup>. وعليه، فإن التحقيق الإلكتروني يتميز بأنه يُجرى دون الحضور الشخصى الخصوم فى مكان معين فى ذلك.

---

أنظر فى هذه الشروط والإجراءات: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند55 - ص166 وما بعدها & د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - بند113 وما يليه - ص160 وما بعدها & عزمى البكرى - المرجع السابق - ص31 وما بعدها.

<sup>1</sup> الذى يجرى على خط وكتابة الطاعن أو المنكر. أنظر فى مدلول الاستكتاب وخطواته: الكتاب الدورى الصادر من السيد المستشار النائب العام رقم 4 لسنة 2001 والصادر فى 2001/3/13.



#### 4- عدم استطاعة القاضى إجراء التحقيق الإلكتروني بنفسه

لم يعالج قانون التوقيع الإلكتروني مسألة إمكانية إجراء قاضى الموضوع التحقيق الإلكتروني بنفسه بنص صريح ضمن النصوص التى تنظم منازعات المحررات الإلكترونية، فهل هذا معناه الرجوع إلى القواعد العامة - إعمالاً للمادة 17 منه - بحيث يمكن القول أن استعانة القاضى بجهات التصديق الإلكتروني لإجراء التحقيق الإلكتروني هى رخصة من الرخص المخولة له وما يتفرع عنها حقه فى إجراء هذا التحقيق بنفسه<sup>1</sup>؟

**نعتقد** أن هذا القول ليس صحيحاً على إطلاقه، وإنما الصحيح هو أن الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني لإجراء التحقيق الإلكتروني - بأحد الطرق التى حددها المشرع - قد أصبح مفترضاً بديهياً وأمرأً لازماً لا غنى عنه بما لا يجوز للقاضى أن يجرى التحقيق الإلكتروني بنفسه، وإنما يتعين عليه الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني بوصفها الخبير المختص فى منازعة التزوير

---

<sup>1</sup> فالأصل المسلم به فى الإثبات التقيدى أن قاضى الموضوع يتمتع بسلطة كاملة فى تحرى الحقيقة بنفسه. أنظر: د/سليمان مرقص - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 109 - ص 310 & د/سمير تناغو - المرجع السابق. وبالتالي، فيجوز له إجراء التحقيق بالمضاهاة بنفسه دون الاستعانة فى ذلك بالخبراء باعتبارها سلطة متفرعة على سلطته فى تكوين عقيدته من وقائع الدعوى ومستنداتها وتقديرها. الطعن رقم 36 لسنة 43ق - جلسة 1977/4/5؛ والطعن رقم 333 لسنة 38ق - جلسة 1974/5/7.

الإلكترونى والاستعانة بأنظمتها الفنية المتطورة لكشف التزوير الإلكتروني..  
وسنفضل مبررات ذلك فيما يلى.

## المطلب الثانى

### إلزامية الاستعانة بالخبير الإلكتروني "أيتيدا"

ذكرنا للتو أن الاستعانة بالخبير الإلكتروني لإجراء التحقيق الإلكتروني هو طريق إلزامى لا يمكن الاستغناء عنه، غير أنه يجدر بنا قبل التطرق إلى بيان مبررات ذلك أن نضع مفهوماً محدداً لفكرة الخبير الإلكتروني، وذلك على النحو التالى.

#### أولاً مفهوم الخبير الإلكتروني.

ثمة فارق بين اصطلاح جهات التصديق الإلكتروني وبين اصطلاح الخبير الإلكتروني الذى نقصده، فالأول هو اصطلاح يطلق على أى شخص أو جهة مرخص لها القيام بأعمال التصديق الإلكتروني، سواء كانت جهة حكومية أو جهة خاصة<sup>1</sup>.

أما اصطلاح الخبير الإلكتروني الذى نغنيه، فهو يطلق على هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المعروفة باسم "أيتيدا"، حيث أناط المشرع بها القيام بأعمال الفحص والتحقق من صحة التوقيعات والمحركات الإلكترونية، على نحو تكون معه هى الخبير الفنى المختص على وجه الانفراد فى مجال منازعات صحة المحركات الإلكترونية التى تنشأ بين الأفراد.

---

<sup>1</sup> أنظر فى ذلك: ما تقدم - بند 31.

وهذا ما نظمه قانون التوقيع الإلكتروني بنصه فى المادة 4/ هـ منه على «أن تباشر الهيئة تقديم المشورة الفنية بشأن المنازعات التى تنشأ بين الأطراف المعنية بأنشطة التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات». ولقد جاءت اللائحة التنفيذية لهذا القانون مؤكدة ذلك بالمادة 19 منها والتى تنص على «أن تكون الهيئة هى الجهة المختصة بتقديم المشورة الفنية وأعمال الخبرة بشأن المنازعات التى تنشأ بين الأطراف المعنية بأنشطة التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات على أن يتم التنسيق مع الجهات المعنية فيما يتعلق بشأن أعمال الخبرة». ونصت كذلك فى المادة 5 منها على «أن الهيئة هى سلطة التصديق الإلكتروني العليا».

وعلى هذا النحو، فإذا كان المشرع قد أجاز لهيئة أيتيدا الترخيص لجهات التصديق الإلكتروني بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني، إلا أنه قصر القيام بأعمال الخبرة الفنية بشأن المنازعات التى تنشأ بين الأفراد والشركات أمام القضاء عليها. وبعبارة أخرى أنه على الرغم من برامج إنشاء التوقيعات الإلكترونية وكذلك أصول شهادات التصديق الإلكتروني محل التحقق من التوقيعات والشهادات المتنازع عليها موجودة فى النظام الإلكتروني لجهات التصديق الإلكتروني، إلا أن عبء فحص هذه التوقيعات والشهادات يقع على عاتق هيئة "ايتيدا". وهذا ما رسمته المادة 12/ك من اللائحة المتقدمة والتى تنص على «أنه يجب أن يتوافر لدى طالب الحصول على الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني نظام

يتيح ويبسر للهيئة التحقق من صحة بيانات التوقيع الإلكتروني وبخاصة في إطار أعمال الفحص والتحقق من جانب الهيئة».

ومعنى ذلك، أن هيئة أيتيدا هي المهيمنة على أعمال فحص التوقيعات والمحركات الإلكترونية المتنازع عليها، والأدق هي المختصة وحدها بإصدار تقارير وشهادات عن نتيجة هذا الفحص، وذلك للتحقق من صحة هذه التوقيعات والمحركات، ومن ثم الفصل في النزاع<sup>1</sup>. والعلة من ذلك هي إضفاء الثقة والطمأنينة لدى الأفراد في تقارير فحص المسائل الإلكترونية المتنازع عليها بما يضمن حماية حقوق الأشخاص ويحافظ على مصالحهم القانونية، واستقرار الروابط القانونية بوجه عام.

### ثانياً مبررات الاستعانة بالخبير الإلكتروني

يدور الفصل في طلب إدعاء التزوير الإلكتروني وجوداً وعدمياً بالاستعانة بالخبير الإلكتروني هيئة "أيتيدا" على نحو يكون معه اضطلاع هذه الهيئة بتحقيق التزوير الإلكتروني هو الوسيلة الوحيدة للخصوم لإثبات مدعاهم، بما لا يجوز

---

<sup>1</sup> وهذا ما أكدته المادة 6 من اللائحة المذكور حيث تنص على أنه «... تصدر الهيئة شهادة فحص بيانات التوقيع الإلكتروني». وكذلك المادة 7 من ذات اللائحة حيث تنص على أنه «...تصدر الهيئة شهادة فحص التوقيع الإلكتروني». فقد أناطت اللائحة بالهيئة وحدها مهمة إصدار هذه الشهادات.

لقاضى الموضوع حينئذ رفض طلب الخصوم باللجوء إلى التحقيق الإلكتروني<sup>1</sup>. بل ينبغي عليه اللجوء إليه دون أن يتوقف ذلك على طلبهم بحيث يأخذ ذلك طابع الإلزام والوجوب<sup>2</sup>. ونعتقد أن وجوب استعانة قاضى الموضوع بهيئة "ايتيدا" فى إجراء التحقيق الإلكتروني على هذا الوجه إنما مرده إلى عدة اعتبارات قانونية وفنية؛

**فمن ناحية أولى**، أن المشرع لم يضع أية قواعد خاصة تجيز لقاضى الموضوع إجراء التحقيق الإلكتروني بنفسه، وإنما وضع نصوص محددة لتنظيم التحقيق الإلكتروني بواسطة هيئة "ايتيدا" على نحو يمكن القول معه باختصاصها

---

<sup>1</sup> وفى ذلك قضت محكمة النقض بأن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونياً هو حق له إذا كانت هى الوسيلة الوحيدة له فى الإثبات. ولما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت بدفاعها بأنها أوفت للشركة المطعون ضدها كامل الثمن على النحو المبين بوجه الطعن وطلب ندب خبير لتحقيق دفاعها. فإن إغفال الحكم المطعون فيه هذا الدفاع، فإن يكون معيباً بما يتوجب نقضه. الطعن رقم 6807 لسنة 78 ق - جلسة 2010/2/8.

<sup>2</sup> ونبادر بالقول أن أخذ استعانة قاضى الموضوع بالخبير الإلكتروني طابع الإلزام والوجوب إنما مرده هو خلو النزاع من ثمة دليل يمكن له التعويل عليه فى البت فى النزاع. ولذا، فإذا وجود قاضى الموضوع دليلاً سائغاً مقدماً من الخصوم ومثبتاً بواسطتهم، كان ذلك سبباً فى عدم اللجوء أصلاً إلى التحقيق الإلكتروني. وهذا ما سنفصله فى موضعه.

وحدها بإجرائه واستثنائها به. وهذا ما أكدته مفترق نصوص قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية المشار إليها في البند السابق<sup>1</sup>.

وبهذه المثابة، فلا شبهة في أن المشرع قد استوجب لجوء قاضى الموضوع إلى هيئة "أيتيدا" للفصل في منازعات صحة المحرر الإلكتروني. ولا شك أن القول بغير ذلك هو بمثابة انحراف إلى غير ما قصده المشرع، ومن ثم القضاء في إدعاء التزوير الإلكتروني بغير الطريق الذى حدده القانون.

**ومن ناحية ثانية،** أن ليس بالإمكان اكتشاف التزوير الإلكتروني وإيضاحه - كما قدمنا<sup>2</sup>، إلا بواسطة أجهزة فنية وبرامج إلكترونية متطورة ومعقدة لا تكون تحت يد القاضى، وليس له عالماً بها، وإنما تكون فى حوزة جهات التصديق الإلكتروني والتي تكون دائماً لهيئة "أيتيدا"<sup>3</sup> حيث بموجب هذه الأجهزة تتمكن الهيئة من إظهار وكشف أوجه التزوير والتحريف التى تشوب المحررات الإلكترونية بسهولة تامة.

---

<sup>1</sup> وكذلك أن الواضح من دلالة نصوص المواد 9؛ 10؛ 11 من هذه اللائحة أن تحقيق صحة المحرر والتوقيع الإلكترونيين باعتبارها مسألة فنية بالمعنى الفنى الدقيق مناطه الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني. أنظر فى بيان ذلك: ما يلى - بند 77 وما يليه.

<sup>2</sup> أنظر: ما تقدم - بند 46.

<sup>3</sup> طبقاً لنص المادة 12/ك من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

ومن ناحية ثالثة، أن إبرام المحررات الإلكترونية وتزويرها هي مسائل فنية بحتة ودقيقة لا يتصور إمام القاضى بخصوصياتها بحكم طبيعة عمله القانونى<sup>1</sup>. فهو ليس متخصصاً فى معالجة البيانات الإلكترونية وبهذه المثابة، فهو لا يقدر

---

<sup>1</sup> والمسائل الفنية هي المسائل التي يحتاج تحقيقها إلى دراسة متعمقة واستعمال أجهزة دقيقة وخبرة عملية، ولا يتصور أن يكون القاضى ملماً بها وعالماً بطبيعتها بحيث يمكنه فهمها والوقوف حول خصوصياتها، ومن ثم البت فيها. وبذلك فالغرض من اللجوء إلى أهل الخبرة فى المسائل الفنية هو تزوير القاضى فى هذه المسائل التي تقصر عنها معارفه العامة. أنظر فى ذلك: د/على الحديدى - دور الخبير الفنى فى الخصومة المدنية - طبعة 1989 - ص244، 245 & د/محمود جمال الدين ذكى - الخبرة فى المواد المدنية والتجارية - طبعة1990 - ص20 وما بعدها & د/سليمان مرقص - الأدلة المقيدة - المرجع السابق - بند335 - ص324 وما بعدها. وأنظر أيضاً: الطعن رقم 4719 لسنة 72ق - جلسة 2017/2/23 ؛ والطعن رقم 1211 لسنة 69ق - جلسة 2011/4/13.

والأصل أن الاستعانة بالخبراء هو أمر جوازى للمحكمة اللهم إلا إذا استلزم القانون الاستعانة بهم أو كانت المسألة المتنازع عليها مسألة فنية لا يجوز للمحكمة أن تقضى فيها بعلمها الخاص. أنظر فى ذلك: د/سليمان مرقص - الأدلة المقيدة - المرجع السابق - بند335 - ص324 وما بعدها & د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند509 - هامش ص626 & د/أحمد صاوى - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند502 - ص881 & د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند88 - ص250 & د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - بند286 - ص494 وما بعدها. وهذا ما يطلق عليه البعض اصطلاح الخبرة الملزمة. أنظر بالتفصيل: د/على الحديدى - المرجع السابق - ص121 وما بعدها. وتأكيداً لذلك يذهب البعض إلى القول بأن الاستعانة بالخبراء ليس فى حاجة إلى نص يحصر مهمة الخبراء فى المسائل الفنية، لأنها نتيجة حتمية بديهية لعدم استطاعة القاضى الفصل فيها لتجاوزها ثقافته ومعرفته. د/محمود جمال ذكى - المرجع السابق - ص23.



على إبداء الرأي فيها بما لا يصح له أن يحل نفسه محل الخبير الفني فيها إعمالاً للقاعدة أنه لا يجوز للقاضي الفصل في المسائل الفنية بعلمه الشخصي، بل يتعين عليه الرجوع إلى أهل الخبرة<sup>1</sup>. وبالتالي، فإذا فصل القاضي في إدعاء التزوير الإلكتروني استناداً على ما إجره بنفسه من تحقيق للمحرر الإلكتروني المتنازع عليه، كان قضائه في ذلك قضاء بعلمه الشخصي<sup>2</sup>، ومحلاً للطعن بالنقض على نحو ما سنبينه في حينه.

---

<sup>1</sup> الطعن رقم 3986 لسنة 75ق - جلسة 2011/4/11 ؛ والطعن رقم 9424 لسنة 66ق - جلسة 2010/4/20 ؛ والطعن رقم 524 لسنة 67ق - جلسة 2004/7/5 ؛ والطعن رقم 82 لسنة 70ق - جلسة 2002/10/22 ؛ والطعن رقم 49 لسنة 44 ق - جلسة 1978/4/12.

<sup>2</sup> ويقصد بعلم القاضي الشخصي معلوماته الشخصية التي تحصل عليها من خارج الخصومة بصدد وقائع النزاع المعروف عليه ومدى ثبوتها وصحتها بغير الطريق الذي رسمه المشرع بحيث يكون لها أثراً في تكوين عقيدته عند الفصل في النزاع. د/وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - رسالة جامعة عين شمس - ط1974 - ص542 & د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند83 - ص196 & د/إبراهيم نجيب - قانون القضاء الخاص - ج2- منشأة المعارف - ط1980 - ص263، 264.

والظاهر من هذا المفهوم أن مقتضيات توافر العلم الشخصي لدى القاضي هي:

**1-** أن تكون المعلومات التي تصل إلى علم القاضي من المعلومات الشخصية التي يحظر عليه بناء حكمه عليها. ولا يعد من قبيل المعلومات الشخصية، المعلومات العامة التي يفترض إلمام الكافة بها، وكذلك المعلومات المستمدة من وقائع مشهورة حيث لا تحتاج إلى إثبات. أما المسائل الفنية فتعد من المعلومات الشخصية.

2- أن تصل المعلومات الشخصية إلى القاضى بغير الطريق الذى حدده القانون، كأنه يكون القاضى قد تحصل عليها من خارج النزاع المعروض عليه أو لم يطرحها الخصوم عليه ويقوموا بإثباتها.

3- أن يكون للمعلومات الشخصية أثراً مباشراً فى تكوين عقيدة القاضى. وبالتالي، فإذا لم يؤسس القاضى حكمه على المعلومات الشخصية التى استند إليها، وإنما بناه على أسباب أخرى سائغة تكفى لحمل قضائه، كان حكمه صحيحاً وليس قضاءً بعلمه الشخصى.

أنظر فى مفهوم العلم الشخصى ومقتضياته: د/نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية - المرجع السابق - بند 402, 403 - ص 478 وما بعدها & د/عيد القصاص - التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة دكتوراه - جامعة الزقازيق - ط 1994 - ص 304 وما بعدها

وبناء على ذلك، يقصد بقاعدة عدم القضاء بالعلم الشخصى أنه ينبغى على القاضى ألا يكون عقيدته إلا بناء على عناصر الإثبات التى قدمت له بالشكل الذى يحدده القانون وكانت محلاً للنقاش بين الخصوم. فإذا استناد القاضى فى بناء حكمه وتكوين عقيدته على معلومات وأدلة تحصل عليها من خارج نطاق الخصومة المطروحة عليه وبغير الطريق الذى رسمه القانون، كان ذلك قضاء بعلمه الشخصى أو الخاص. د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند 83 - ص 196 & د/فتحي والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند 161 - ص 307 وما بعدها & د/وجدى راغب - المرجع السابق - ص 541، 542 & د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق - بند 8 - ص 11.

وتغدو العلة من هذه القاعدة فى أن علم القاضى هنا يعد دليلاً، ويحق للخصوم مناقشته كدليل إثبات، الأمر الذى يترتب عليه أن ينزل القاضى منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً فى آن واحد، وهو ما لا يجوز. د/السنهورى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - بند 27 - ص 29 & د/سمير تناغو - المرجع السابق - ص 20. وتجد هذه القاعدة أساسها لدى البعض فى مبدأ احترام حقوق الدفاع، بينما يرى البعض أن أساسها يرجع إلى مبدأ حياد القاضى. وأنظر فى دراسة تفصيلية لهذه القاعدة، مفهومها وأساسها: د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى - المرجع السابق & د/عيد القصاص - المرجع السابق - ص 304 وما بعدها

إن، نخلص مما تقدم أن استعانة قاضى الموضوع بهيئة "إيتيدا" باعتبارها الخبير الفنى فى المسائل الإلكترونية هو أمر لازم ومفترض ضرورى لا يمكن الاستغناء عنه، وذلك لاكتشاف التزوير الإلكتروني وإيضاح مواطنه، إعمالاً لقاعدة امتناع القاضى عن الحكم فى المسائل الفنية بعلمه الشخصى. ونرى أن ذلك لا يتوقف على طلب الخصوم، وذلك لأن قاضى الموضوع - بحكم عمله القانونى - لا يستطيع الفصل فى المنازعات الإلكترونية ذات الطبيعة الفنية البحتة. وهذا ما يعد خروجاً عن المبدأ المسلم به بأن الحاجة إلى الاستعانة بأهل الخبرة أمر تقدره محكمة الموضوع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> الطعن رقم 1402 لسنة 65 ق - جلسة 2011/10/10.

## المبحث الثانى

### نطاق سلطة القاضى فى الإلتجاء إلى التحقيق الإللكترونى

#### تمهيد وتقسيم

إذا كان من المسلم به أن اللجوء إلى التحقيق فى المنازعات التقليدية هو أمر مرجعه إلى قاضى الموضوع، فيجوز له الأمر به أو عدمه، فهل يسرى ذلك أيضاً على التحقيق الإللكترونى بحيث يمتلك قاضى الموضوع حق اللجوء إليه أو عدم اللجوء إليه؟

هذا ما سنوضحه من خلال معالجة هذا المبحث فى مطلبين متتاليين على النحو التالى.

المطلب الأول: سلطة القاضى فى الأمر بالتحقيق الإللكترونى.

المطلب الثانى: سلطة القاضى فى الاستغناء عن التحقيق الإللكترونى.

## المطلب الأول

### سلطة القاضي فى الأمر بالتحقيق الإلكترونى

قد يعجز قاضى الموضوع عن الفصل فى إدعاء التزوير الإلكترونى استناداً إلى الأدلة المقدمة والمثبتة بواسطة الخصوم لعدم كفايتها، وربما يتعذر عليه فهمها وتقديرها باعتبارها - فى واقع الأمر - مسائل فنية بحتة لا تتصل بمعلوماته وثقافته القانونية ويستعصى عليه فهمها والإحاطة بها<sup>1</sup>، الأمر الذى يكون من الأوفق عليه - إن لم يكن من اللازم - إحالة دعوى التزوير الإلكترونى إلى التحقيق الإلكترونى إذا توافرت شروطه<sup>2</sup>، وذلك للتحقق من صحة المحرر الإلكترونى وشأئبته من خطر التزوير الإلكترونى

---

<sup>1</sup> أنظر فى هذه الفروض: ما تقدم - بند64.

<sup>2</sup> ويشترط للجوء إلى التحقيق الإلكترونى طائفتين من الشروط؛ الطائفة الأولى شروط عامة، وهى: 1- أن يكون الإدعاء بالتزوير منتجاً فى الدعوى. 2- أن تكون وقائع الدعوى ومستنداتها غير كافية لتكوين عقيدة المحكمة فى شأن صحة التزوير. 3- أن يكون إجراء التحقيق منتجاً. الطعن رقم 1560 لسنة 70ق - جلسة 2001/12/20. ويلاحظ أن تقدير ذلك إنما مرجعه إلى قاضى الموضوع. الطعن رقم 197 لسنة 47ق - جلسة 1982/3/4. أنظر فى هذه الشروط بالتفصيل: د/سليمان مرقص - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند125 - ص342 وما بعدها & د/سمير تتاغو - المرجع السابق - بند98 - ص191 وما بعدها & د/عيد القصاص - الادعاء بالتزوير - المرجع السابق - بند29 - ص91، 92. والطائفة الثانية، شروط خاصة وتتمثل فى: 1- ألا تتوافر قرينة قرينة الوثوقية، وذلك لأن توافر على الوجه الصحيح يغبى القاضى عن اللجوء إلى التحقيق الإلكترونى حيث تكفى وحدها - كما

وهذا ما اتجه إليه المشرع الفرنسي صراحة حيث تنص المادة 1/287 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد على أنه «إذا كان الإنكار أو عدم العلم متعلقاً بمحرر أو توقيع إلكتروني، فإنه يجب على القاضى التحقق من مدى توافر الشروط اللازمة لصحة المحرر أو التوقيع الإلكتروني التي نصت عليها المادتين 1366 و1376 من التقنين المدني<sup>1</sup>».

---

قدما - لتكوين عقيدته في البت في مسألة صحة المحررات الإلكترونية أو تزويرها، فضلاً عن أن القاضى يكون ملزماً بالأخذ بها باعتبارها قرينة قانونية ملزمة بالمعنى الفنى للكلمة ما لم تنقض بإثبات عكسها، استناداً إلى أن القرائن تكفى وحدها - كقاعدة - للفصل في التزوير دون اللجوء إلى التحقيق. ومن ثم يجوز للقاضى الإكتفاء بقرينة التصديق الإلكتروني وبناء حكمه عليها دون الأمر بالتحقيق الإلكتروني. لاسيما وأنه تم تفعيل نظام التصديق الإلكتروني وظهور جهات التصديق الإلكتروني في مصر على نحو ما سبق بيانه. أنظر: ما تقدم - بند32 وما يليه. 2- أن يكون المحرر الإلكتروني المتنازع عليه دليلاً كاملاً أى يحمل توقيع صاحبه. 3- وألا يكون هناك اتفاق بين الأطراف على حجية المحرر الإلكتروني. وبالتالي، فإذا لم يتوافر شرطاً من هذه الشروط، فإنه يجوز لقاضى الموضوع الفصل في إدعاء التزوير الإلكتروني مستغنياً في ذلك عن اللجوء إلى التحقيق الإلكتروني. وهذا ما سيكون محلاً للدراسة فيما بعد. أنظر: ما يلي - بند73 وما بعده.

1 ويلاحظ أن قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي قد أحال بشأن إجراءات تحقيق إدعاء التزوير إلى المواد المنظمة لإجراءات تحقيق دعوى تحقيق الخطوط - والمعدلة كى تستوعب المحررات الإلكترونية - لتكون بذلك هى النصوص واجبة التطبيق على إجراءات تحقيق إدعاء تزوير المحررات الإلكترونية. أنظر:

ومؤدى هذا النص أن المشرع الفرنسى أوجب على القاضى المختص بنظر إيداع التزوير الإلكتروني أن يتحقق من توافر الشروط القانونية اللازمة لصحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين بإلزام الخصوم بإثباتها، وذلك للبت فى مدى صحة هذا الإيداع<sup>1</sup>، أى يتثبت من توافر شرط ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده، وشرط سيطرة الموقع على توقيعه الإلكتروني، وشرط إمكانية كشف أى تعديل أو تبديل فى بيانات المحرم الإلكتروني، فضلاً عن توافر شرط حفظ المحرم الإلكتروني<sup>2</sup>. وتطبيقاً لذلك؛ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قاضى الموضوع يكون ملزماً بالتحقق من صحة الأوراق المتنازع عليها والتثبت من توافر شروطها القانونية المنصوص عليها بالتقنين المدنى<sup>3</sup>.

---

Jean deveze, Apropos de l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information par le décret no 2002-1436 du 3 décembre 2002, communications commerce électronique, mars, 2003.

<sup>1</sup> Voir: Eric CAPRIOLI, La preuve et copies numeriques, *communications Commerce électroniques*, 2010, AT; [www.caprioli-avocats.com](http://www.caprioli-avocats.com). Et Eric CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique», op. cit., P. 21.

<sup>2</sup> أنظر فى هذه الشروط تفصيلياً: ما تقدم - بند 14 وما يليه.

<sup>3</sup> Cass Civ. 2<sup>re</sup>, 23 sept. 2010, No 09-68.367 & Cass Civ. 3<sup>re</sup>, 9 mars. 2005, No 03-14.686. & Cass Civ. 1<sup>re</sup>, 10 janv. 1995, No 92-17.239.

أما **المشروع المصري**، فنجد أن قانون التوقيع الإلكتروني - ولائحته التنفيذية - لم يضع أية قواعد خاصة لبيان نطاق سلطة القاضي بشأن الأمر بإحالة دعوى تزوير المحرر الإلكتروني للتحقيق، وذلك لبيان ما إذا كان هناك تزوير من عدمه. غير أنه بالرجوع إلى المادة 52 من قانون الإثبات - عملاً بالمادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني -، نجد أنها منحت لقاضي الموضوع سلطة الأمر بتحقيق صحة المحرر الكتابي أو تزويره<sup>1</sup>.

**ويبدو لنا أن عدم ورود نص في التقنين المصري** يقابل النص الفرنسي المتقدم بشأن تنظيم سلطة قاضي الموضوع في الأمر بالتحقيق الإلكتروني يعد إغفالاً مقصوداً، وذلك باعتبار أن تطبيق القواعد العامة يؤدي إلى ذات ما قننه المشروع الفرنسي. ومن ثم فلا حاجة إذن لنص خاص لتنظيم هذه السلطة. ناهيك عن رغبة المشروع في إحال كافة مسائل الإثبات الإجرائية إلى القواعد العامة في قانون الإثبات - كما وضعنا مسبقاً - بحسبانها أمور لا تنال من خصوصيات منازعات صحة المحررات الإلكترونية.

---

<sup>1</sup> والتي تنص على أنه "إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن في مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق".



وعلى ذلك، فإن يجب على قاضى الموضوع التحقق من شروط صحة المحرر الإلكتروني على نحو يكون ملزماً بالسير فى إجراءات التحقيق الإلكتروني واللجوء إلى الخبير الإلكتروني للبت فى مدى صحة إدعاء التزوير الإلكتروني<sup>1</sup> بحيث تقيد سلطته فى تكوين عقديته فى ذلك<sup>2</sup>، ما لم يجد دليلاً سائغاً مقدماً من الخصوم ومثبتاً بواسطتهم يكفى لتكوين عقديته وبناء حكمه عليه بحيث يغنيه عن إجراء التحقيق الإلكتروني ويعفيه من الالتجاء إلى الخبير الإلكتروني<sup>3</sup>.

وفى حالة إذا ما رأى قاضى الموضوع السير فى إجراءات التحقيق الإلكتروني، فإنه يصدر حكماً بذلك. ويجب أن يتضمن حكم التحقيق بيان الوقائع

---

<sup>1</sup> أنظر مبررات الاستعانة بالخبير الإلكتروني: ما تقدم - بند 70.

<sup>2</sup> وهذا ما أكدته محكمة النقض حيق قضت بأن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونياً هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هى الوسيلة الوحيدة له فى الإثبات. ولما كان ذلك وكانت الطاعنة قد طلبت ندب خبير لتحقيق دفاعها. فإن إغفال الحكم المطعون فيه هذا الدفاع، فإن يكون معيباً بما يتوجب نقضه. الطعن رقم 6807 لسنة 78 ق - جلسة 2010/2/8.

<sup>3</sup> كأن يكون المحرر الإلكتروني مقترناً بقرينة الموثوقية مثلاً كما قدمنا. مع ملاحظة أن قاضى الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض فى هذا الصدد حيث تراقب مدى منطقية الدليل الذى استند إليه وعدم فساده. وهذا ما سنعالجه بالتفصيل فيما بعد.

المراد إثباتها والتي قبل القاضى تحقيقها<sup>1</sup>. فضلاً عن ضرورة اشتماله على البيانات المنصوص عليها بالمادة 32 من قانون الإثبات، وهى تعيين خبير أو ثلاثة خبراء؛ وتحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق؛ والأمر بإيداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته<sup>2</sup>.

ويلاحظ أن حكم التحقيق هو - بحسب طبيعته - حكم تمهيدى بإجراء من إجراءات الإثبات<sup>3</sup>. ولذا، فلا يشترط تسببه طبقاً لنص المادة 1/5 من قانون الإثبات<sup>4</sup>، لكون حكماً غير قطعى، لا يحسم النزاع بين الخصوم<sup>1</sup>، ولا يقبل الطعن

---

<sup>1</sup> د/أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند 523 - ص 651، 652 & د/أحمد صاوى - المرجع السابق - بند 487 - ص 856. وأنظر: الطعن رقم 2465 لسنة 52 ق - جلسة 1986/5/6؛ والطعن رقم 1351 لسنة 8 ق - جلسة 1965/1/23.

<sup>2</sup> ولا يشترط اشتمال حكم التحقيق الإلكتروني على بيان ندب أحد قضاة المحكمة، وذلك لأن مناط هذا البيان هو إجراء التحقيق بشهادة الشهود. وبالتالي فلا يكون له مقتضى فى التحقيق الإلكتروني، لأنه لا يجرى - كما سنرى - إلا بالمضاهاة الإلكترونية والفحص الإلكتروني. وهذا ما رسمته محكمة النقض حيث قضت بأن اشتمال الحكم الصادر بالتحقيق على ندب أحد قضاة المحكمة إنما يكون محله إذا رأت المحكمة إجراء التحقيق بشهادة الشهود. الطعن رقم 230 لسنة 29 ق - جلسة 1964/1/30.

<sup>3</sup> الطعن رقم 9137 لسنة 64 ق - جلسة 2005/12/10. وكذلك: د/أحمد أبو الوفا - الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى - 1949 - بند 56 - ص 64. وأنظر: الطعن رقم 2184 لسنة 55 ق - جلسة 1990/12/30.

<sup>4</sup> أنظر فى الأحكام التمهيدية: الدعوى رقم 31 لسنة 2015 مدنى كلى تعويضات الاسكندرية - جلسة 2015/6/28؛ والدعوى رقم 64 لسنة 2015 مدنى كلى الاسكندرية - جلسة

فيه على حده<sup>2</sup>، ومن ثم تنتفى الحاجة إلى تسببيه<sup>3</sup>. ويجوز لقاضى الموضوع أن يصدر حكماً تمهيدياً بنذب خبراء جهات التصديق الإلكتروني، وهو الأكثر اتفاقاً مع طبيعة الحال. وهو حكم غير قطعى<sup>4</sup>، بما لا يلزم تسببيه<sup>5</sup>. فالخبرة "expertise" هى طريق من طرق التحقيق، وهنا ينبغى مراعاة القواعد المقررة بقانون الإثبات المتعلقة بالخبرة<sup>6</sup>.

---

2015/5/30 ؛ والدعوى رقم 7999 لسنة 99 مدنى كلى شمال القاهرة الابتدائية - د/ 28 مدنى - جلسة 2001/6/30.

<sup>1</sup> الطعن رقم 9137 لسنة 64 ق - جلسة 2005/12/10.

<sup>2</sup> د/محمود ذكى - الإثبات - المرجع السابق - بند 35 - ص 164.

<sup>3</sup> أنظر: د/أحمد أبوالوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند 498 مكرر - ص 609، 610 & د/أحمد صاوى - المرجع السابق - بند 487 - ص 856 & د/عزمى عبدالفتاح - تسبيب الأحكام وأعمال القضاة - دار الفكر العربى - الطبعة الأولى - 1983 - ص 128 وما بعدها.

<sup>4</sup> أنظر: الطعن رقم 126 لسنة 63 ق - جلسة 2000/4/27.

<sup>5</sup> فأحكام ندب الخبراء هى أحكام تمهيدية لا يلزم تسببها عملاً بالمادة 1/5 من قانون الإثبات. الطعن رقم 7307 لسنة 79 ق اقتصادية - جلسة 2014/6/22. عكس ذلك المشرع الفرنسى حيث استلزم تسبيب الحكم الصادر بنذب الخبراء. أنظر: د/عزمى عبدالفتاح - المرجع السابق - ص 131، 132 & د/مصطفى قنديل - دعوى الخبرة - ط 2008 - دار الجامعة - ص 289.

<sup>6</sup> وهى المواد من 135 إلى 162 من قانون الإثبات. أنظر فى ذلك: د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - بند 115 - ص 166 وما بعدها.

ويجب أن يتم إيداع المحرر الإلكتروني لدى المحكمة المختصة بنظر إيداع التزوير الإلكتروني<sup>1</sup>. ويقصد بالإيداع هنا تسليمه إلى قلم كتاب هذه المحكمة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ويجدير بالاشارة إلى أن الاختصاص بنظر دعوى التزوير الإلكتروني الأصلية ينعقد نوعياً إلى المحكمة الاقتصادية طبقاً لنص المادة 10/6 من القانون رقم 120 لسنة 2008، وذلك لكونها منازعة تستدعي تطبيق أحكام قانون التوقيع الإلكتروني المنظم لأحكام المحررات الإلكترونية. الطعن رقم 12415 لسنة 87ق - دائرة اقتصادية - جلسة 2018/12/23.

ويلاحظ أن قيمة دعوى التزوير الإلكتروني إنما تقدر بحسب قيمة التصرف الذي يتضمنه المحرر الإلكتروني. فإذا كانت قيمته لم تتجاوز خمسة ملايين جنيه، كانت الدعوى من اختصاص الدوائر الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية المختصة. أما إذا تجاوزت قيمة التصرف خمسة ملايين، اختصت بنظرها الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية المختصة. طبقاً للمادة 6 فقرة 1، 2 من ذات القانون. أنظر: الطعن رقم 11230 لسنة 81ق مدنى - جلسة 2015/1/8 ؛ والطعن رقم 8171 لسنة 81ق مدنى - جلسة 2015/6/22. ولقد صار الاختصاص القيمي للمحكمة الاقتصادية بعد تعديل قانون المحاكم الاقتصادية 2019 يقدر بمبلغ عشرة ملايين جنيه بدلاً من خمسة ملايين جنيه.

غير أنه من المتصور أن يكون هناك ثمة نزاع أصلى مطروحاً أمام المحاكم المدنية، فيدعى أحد الخصوم بتزوير محرر إلكترونى مقدم إلى قاضى الموضوع أو يوجه دعوى فرعية بتزويره. وفى هذه الحالة نكون بصدد فرضين هما؛ أما ينعقد الاختصاص بإيداع التزوير الإلكتروني الفرعى أو الدفع للمحكمة الأصلية إعمالاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل، أو ينبغى على المحكمة الأصلية القضاء بعدم اختصاصها نوعياً بنظر النزاع برمته وإحالاته إلى المحكمة الاقتصادية المختصة؟

نعنتقد أن الفرض الأخير هو الأصوب، وذلك لأن اختصاص دوائر المحكمة الاقتصادية، وهو اختصاص يتعلق بالنظام العام، ليس مرده نوع المنازعة أو طبيعتها فى حد ذاتها، وإنما أساسه أن يكون الفصل فيها يستدعى تطبيق أى من قائمة القوانين المنصوص عليها بالمادة

وتغدو الحكمة من الإيداع فى المحافظة عليه، فضلاً عن تمكين قاضى الموضوع من التحقق من صحته أو تزويره<sup>2</sup>.

والأصل أن يقع عبء إيداع المحرر الإلكتروني على الطرف مدعى تزويره. فإذا لم يكن تحت يده، انتقل عبء الإيداع إلى خصمه إذا كان المحرر فى حوزته. وإيداع المحرر الإلكتروني على هذا النحو يصح أن يتم فى شكله الإلكتروني، فى صورة إسطوانة مثلاً، فى ظل اعتراف المشرع بحجيته القانونية

---

السادسة على سبيل الحصر. ومن ثم، فينعد الاختصاص بنظر دعوى التزوير الإلكتروني الفرعية إلى المحكمة الاقتصادية. أنظر فى تأييد وجهة نظرنا: الطعن رقم 3234 لسنة 82ق اقتصادية - جلسة 2016/12/13؛ والطعن رقم 14029 لسنة 85ق مدنى - جلسة 2016/5/18؛ والطعن رقم 15345 لسنة 82ق اقتصادية - جلسة 2014/2/24؛ الطعن رقم 17051 لسنة 82ق مدنى - جلسة 2016/1/11.

<sup>1</sup> حيث أن العمل يجرى أمام المحاكم أن يتم وضع المحرر بعد التوقيع عليه من رئيس الجلسة والكاتب فى مظروف مختوم بالشمع الأحمر ليتم وضعه فى خزانة كاتب أول المحكمة حتى يتم تسليمه للخبير. أ/عزمى البكرى - المرجع السابق - ص28.

<sup>2</sup> د/سليمان مرقس - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند133 - ص353.

أسوة بنظيره التقليدي<sup>1</sup>. ويجوز أن يقدم فى صورة مادية عن طريق طبعه على أوراق مادية بواسطة جهاز الطباعة وتقديمه فى صورة مستند ورقى<sup>2</sup>.

والغالب أن يكون المحرر الإلكتروني فى حوزة جهات التصديق الإلكتروني، بمعنى أنه يكون مصدقاً عليه إلكترونياً إبان مرحلة إبرامه بحيث تم حفظه لديها فى سجل إلكترونى معد خصيصاً لهذا الغرض بحيث يمكن الرجوع إليه عند نشوء الخلاف حول صحته<sup>3</sup>. ومن ثم، فإن الحصول على المحرر الإلكتروني فى هذا الغرض يعد من الأمور الميسورة حيث يمكن للطرف مدعى التزوير اللجوء إلى جهات التصديق الإلكتروني والحصول على نسخة منه من واقع السجل الإلكتروني المحفوظ به<sup>4</sup>. وهذا ما من شأنه معالجة حالات تعذر تقديم المحرر محل التزوير<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر فى الاعتراف بحجية المحرر الإلكتروني ومساواته بالمحرر التقليدى: ما تقدم - بند 11.

<sup>2</sup> فتقديم المحرر الإلكتروني فى شكله الإلكتروني أو فى صورة مستند ورقى ما هو إلا وسيلة لإظهار مضمونه وفحواه لا تتال من طبيعته الإلكترونية. أنظر: ما تقدم - بند 5.

<sup>3</sup> أنظر فى حفظ المحرر الإلكتروني: ما تقدم - بند 23 وما بعده.

<sup>4</sup> ويكفى للحصول على نسخة أصلية من المحرر الإلكتروني مجرد تقديم طلب من ذوى الشأن وسداد الرسم المستحق دون حاجه إلى مراعاة أوضاع معينة. أنظر:

Politique de Certification «Authentification forte», op. oct., P. 29,30.

<sup>5</sup> كامتناع الخصم عن تسليم المحرر أو فقده أو هلاكه. د/سليمان مرقس - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 133 - ص 354.

## المطلب الثانى

### سلطة القاضى فى الاستغناء عن التحقيق الإللكترونى

يحق لقاضى الموضوع الفصل فى إيداع التزوير الإللكترونى مستغنياً فى ذلك عن اللجوء إلى التحقيق الإللكترونى، وذلك فى أربعة حالات؛ الأولى أن يكون المحرر الإللكترونى مقترناً بقرينة الموثوقية. والثانية أن تكون الدعوى متضمنة عناصر واقعية ثابتة، أى أدلة مقدمة ومثبتة بواسطة الخصوم، تكفى للفصل فى النزاع. والثالثة أن يكون المحرر الإللكترونى المتنازع عليه مجرد كتابة إلكترونية غير مذيلة بتوقيع صاحبها الإللكترونى. والرابعة وجود اتفاق بين الأطراف على حجية المحرر الإللكترونى. وحيث أنه قد سبق بيان الحالة الأولى، فإننا سوف نقتصر على معالجة الحالات الأخرى فيما يلى.

### أولاً وجود أدلة تكفى للفصل فى إيداع التزوير الإللكترونى

إذا كانت القاعدة بخصوص دعوى التزوير التقليدى هى أن قاضى الموضوع يتمتع بحرية مطلقة بشأن تقدير صحة المحرر التقليدى أو تزويره دون حاجة إلى الأمر بالتحقيق الذى يطلبه الشخص مدعى التزوير، وذلك إذا ما وجد فى وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لذلك<sup>1</sup>، فهل تسرى هذه القاعدة على إيداع التزوير

---

<sup>1</sup> د/سليمان مرقس - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 143 - ص 376، 377 & د/أحمد أبوالوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند 523 - ص 651 & د/فتحى والى - الوسيط فى

الإلكتروني، بمعنى أنه هل يملك قاضي الموضوع أن يقضى من تلقاء نفسه فى مسألة صحة المحرر الإلكتروني دون الإحالة إلى التحقيق متى وجد بأوراق الدعوى ومستنداتها ما يقنعه بذلك<sup>1</sup>؟

استخدام **المشعر الفرنسى** عبارة "يجب على القاضى التحقق" بالمادة 1/287 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد، والملاحظ أن هذا الاصطلاح وإن كان يتضمن فى ظاهره معنى الوجوب والالزام بخصوص الأمر بالتحقيق، إلا أن ذلك ليس مفاده التزام القاضى بإحالة الدعوى للتحقيق وسلب سلطته التقديرية فى هذه الخصوص، وإنما يعنى وجوب تحقق القاضى من توافر شروط صحة المحرر

---

قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند 298 - ص 533 & د/سمير تناغو - المرجع السابق - بند 98 - ص 192، 193 & د/محمود ذكى - الاثبات - المرجع السابق - بند 36 - ص 165، 166. وكذلك: الطعن رقم 18 لسنة 70 ق - جلسة 2010/2/9.

1 ونبادر بالإشارة إلى أننا لا نقصد بمستندات الدعوى وأدلتها شهادة التصديق الإلكتروني بوصفها القرينة القانونية على صحة المحرر الإلكتروني وموثوقية التوقيع الإلكتروني المذيل به، فهى بذاتها تكفى للفصل فى إدعاء التزوير الإلكتروني وتغنى القاضى عن اللجوء إلى التحقيق الإلكتروني، وإنما المقصود بالمستندات هنا أية مستندات تدل على التزوير بخلاف هذه الشهادة باعتباره واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات. ولقد أفردنا مسبقاً لبيان هذه القرينة وقوتها القانونية فى إثبات صحة المحرر الإلكتروني مبحثاً مستقلاً من هذه الدراسة. ولذا نحيل إليه منعاً للإطالة وإزدواج البحث. أنظر: ما تقدم - بند 55 وما يليه.



الإلكتروني أيا كانت طريقة ذلك، سواء من خلال وقائع الدعوى ومستنداتها أو من خلال إحالة الدعوى إلى التحقيق بواسطة الخبراء إذا كان لا مفر من ذلك<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك؛ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن لقاضي الموضوع السلطة الكاملة في تقدير صحة المستندات الإلكترونية دون اتخاذ إجراءات التحقيق طالما وجد في الدعوى أدلة كافية للفصل فيها<sup>2</sup>.

ولعل ما يؤكد ذلك أن المادة 308 من ذات القانون الفرنسي<sup>3</sup> قد منحت القاضي سلطة موسعة في قبول أو رد وبطلان المحرر المدعى بتزويره اعتماداً على عناصر الدعوى التي قدمته إليه<sup>4</sup>. وبالتالي، يحق للقاضي الفصل في صحة

---

<sup>1</sup> Voir: Jean deveze, Apropos de l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information, *préc.* & Dalloz-actu-etudiant.fr & Cass Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 aur. 1973, No.

<sup>2</sup> Cass Civ. 2<sup>ème</sup>, 4 nov. 2010 & Cass Civ. 1<sup>ère</sup> 20 fevr 2007, no. 06-14.278 & Cass Civ. 1<sup>ère</sup> 3 nov. 1999, No. 98-22.308.

<sup>3</sup> وتقابها المادة 58 من قانون الاثبات المصري والتي تنص على أنه يجوز للمحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة أن تحكم برد أي محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته ومن ظروف الدعوى أنه مزور. ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي تبينتها ذلك.

<sup>4</sup> أنظر: د/عيد القصاص - المرجع السابق - ص وأنظر بالتفصيل في سلطة القاضي في رد وبطلان المحررات: د/سليمان مرقص - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 144 - ص 377 وما بعدها & د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - بند 94 - ص 138، 139.

المحرر الإلكتروني دون الأمر بإحالة الدعوى إلى التحقيق<sup>1</sup> استناداً إلى سلطته المطلقة في تقييم الأدلة التي تقدم إليه والتي تتفرع منها<sup>2</sup>.

**وفي القانون المصري،** فنجد أن قانون التوقيع الإلكتروني - ولائحته التنفيذية - لم ينظم هذه المسألة. وعليه، فإنه لا مناص والحال كذلك سوى الرجوع إلى القواعد العامة<sup>3</sup>، حيث خولت المادة 52 من قانون الإثبات لقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في الحكم بصحة المحرر الكتابي أو تزويره دون حاجة إلى اللجوء إلى التحقيق طالما كانت ظروف الدعوى ومستنداتها تكفي لذلك<sup>4</sup>. بمعنى أن الالتجاء إلى التحقيق هو أمر مقيد بعدم كفاية وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة القاضي في صحة المحرر المتنازع عليه<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> voir: Cass Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 1998, No. 96-20174.

<sup>2</sup> KERBOUCI, «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 4.

<sup>3</sup> عملاً بالمادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني. أنظر: ما تقدم - بند 64.

<sup>4</sup> أنظر: د/سليمان مرقص - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 108 - ص 304 وما بعدها & د/محمود ذكي الاثبات - المرجع السابق - بند 36 - ص 166 - 168.

<sup>5</sup> الطعن رقم 580 و 620 لسنة 69 ق تجارى - جلسة 2009/1/12؛ الطعن رقم 984 و 122 لسنة 72 ق - جلسة 2003/6/30؛ والطعن رقم 6889 لسنة 94 ق - جلسة 2004/6/13؛ والطعن رقم 233 لسنة 49 ق - جلسة 1981/6/15.

وعلى ذلك، فإنه يجوز للقاضي أن يقضى من تلقاء نفسه بصحة المحرر الإلكتروني أو تزويره دون الأمر بالتحقيق حتى ولو تمسك الخصوم بطلب إجراء التحقيق طالما وجد في أوراق الدعوى ومستنداتها من البيانات ما يقنعه بما يقضى به. فالقاعدة هي أن تقدير مدى الحاجة الملحة لعملية التحقيق في النزاع من عدمه إنما مرجعه إلى تقدير القاضي، فله أن يأمر به أو لا يأمر به، وذلك على أساس أن إجراء التحقيق ليس حقاً للخصوم، وإنما هو وفقاً لتعبير محكمة النقض مجرد رخصة يمتلكها قاضي الموضوع<sup>1</sup>. فضلاً عن أن الأمر بالتحقيق هو مجرد إجراء الغرض منه اقناع القاضي برأى يرتاح إليه في حكمه، فإذا كان هذا الاقتناع موجوداً بالفعل، فلا حاجة إذن لهذا الاجراء<sup>2</sup>.

### ثانياً سلطة القاضي في تقدير المحررات والتوقيعات غير الامنة

التوقيعات الإلكترونية غير الآمنة، هي التي تصدر دون الاعتماد على تقنيات التشفير والتصديق الإلكتروني بحيث لا تكون مؤمنة، ولا يكون لها أصلاً لدى جهات التصديق الإلكتروني، ولا تكون مقترنة بشهادة تصديق إلكتروني تؤكد

---

<sup>1</sup> الطعن رقم 2590 لسنة 63ق - جلسة 2011/11/14 ؛ والطعن رقم 18 لسنة 70ق - جلسة 2010/2/9 ؛ والطعن رقم 456 لسنة 64ق - جلسة 2000/2/28.

<sup>2</sup> نقض مدني - جلسة 1965/1/14 - مجموعة أحكام النقض - س6 ص57 رقم 10 ؛ ونقض مدني - جلسة 1955/12/8 - مجموعة أحكام النقض - س6 ص1557. وأنظر: د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - بند95 - ص140.

صحتها، أى تلك التى لا يتوافر فيها الضوابط التى وضعها المشرع. مثال ذلك؛ التوقيع الإلكتروني عبر تقنية الماسح الضوئى<sup>1</sup>. أما المحررات الإلكترونية غير الآمنة، فهى الكتابة الإلكترونية التى لا تحمل توقيعاً إلكترونياً، مثال ذلك؛ المقال المنشور عبر شبكات الانترنت، أو تحمل توقيعاً غير أنه توقيع غير رقمى أو غير آمن بحيث لا تتوافر قرينة الموثوقية.

والحقيقة أن المشرع الفرنسى قد منح المحرر الإلكتروني غير الآمن، مضموناً وتوقيعاً، الحجية القانونية فى الإثبات ولم يستبعده كدليل إثبات، رغم من عدم جدارة وأمن الوسيلة الفنية المستخدمة فى إنشائه وإصداره<sup>2</sup>، وذلك بشرط عدم منازعة الشخص المنسوب صدوره إليه فى صحته وإنكاره<sup>3</sup>. فإنكار الكتابة الإلكترونية التى لا تحمل توقيعاً، وإنكار التوقيع الإلكتروني غير الآمن كافٍ

---

<sup>1</sup> أنظر: ما تقدم - بند 9.

<sup>2</sup> والواضح أن المشرع الفرنسى قد قصد من ذلك عدم اعتبار إنشاء التوقيع الإلكتروني بلا وسيلة فنية آمنة سبباً فى رفضه كدليل من أدلة الإثبات، حتى لا يكون لذلك أثراً سلبياً على استقرار المراكز القانونية للأطراف وتعرض حقوقهم للضياع أو الانقاص منها.

CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 6.

<sup>3</sup> CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques», op. cit., P.10.

لتجريدتهما من حجيتهما القانونية دون حاجة إلى نقل عبء الإثبات إلى الطرف المنكر<sup>1</sup>.

وتفريعياً على هذا، فإن قاضى الموضوع لا يكون ملزماً بالجوء إلى التحقيق الإلكتروني فى حالات المحررات الإلكترونية غير موقعة من أطرافها، أى الكتابة الإلكترونية المجردة من توقيع أصحابها، وذلك لأن هذه المكنة تقتصر على المحررات الإلكترونية التى تحمل توقيعاً إلكترونياً. **وتطبيقاً لذلك**؛ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قاضى الموضوع غير ملزم بإجراء تحقيق صحة المحرر الإلكتروني فى حالة إنكاره إذا كان غير موقع من أطرافه<sup>2</sup>.

ويقتررب **المشروع المصرى** من موقف نظيره الفرنسى حيث منح المحرر الرقى الناتج عن منظومة إلكترونية آمنة الحجية القانونية الكاملة فى الإثبات، بخلاف غيره، فلا حجية له لسهولة تزويره وتحريفه<sup>3</sup>. غير أن ذلك لا يعنى عدم

---

<sup>1</sup> Voir: Cour de Cassation, Cass. Ch. Civ., 1, 13 Nov., 2008, Cass No, 08-10.456.

<sup>2</sup> Cour de Cassation, Cass Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2010, No 09-68.555 & Cass Civ. 1<sup>re</sup> 27 juin 2006, no 05-15.676.

<sup>3</sup> أنظر فى موقف المشروع المصرى فى الاعتراف بالتوقيعات الآمنة وغير الآمنة: ما تقدم - بند8.

الاعتراف بالأخير، لا سيما وأنه ليس فى قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية نصاً خاصاً يحول دون ذلك.

وعلى ذلك، فإن حجبة الكتابة الإلكترونية التى لا تحمل توقيعاً إلكترونياً، وحجبة التوقيع الإلكتروني غير الآمن تتوقف على اعتراف الخصم بتلك الكتابة وعدم إنكاره لهذا التوقيع، وذلك دون حاجة إلى إثبات عدم صحتها أو اتخاذ أى إجراء آخر<sup>1</sup>. وبذلك، فإذا كان المحرر الإلكتروني الآمن يستمد حجبه من التوقيع الرقوى المذيل به، فإن المحرر الإلكتروني غير الآمن، مضموناً وتوقيعاً، يستمد حجبه من عدم المنازعة فيه وإنكار قوته الثبوتية.

ويلاحظ أنه فى حالة إنكار الكتابة الإلكترونية التى لا تحمل توقيعاً إلكترونياً، أو تحمل توقيعاً لا يتوافر فيه الضوابط التى حددها المشرع، فإن حجبتها تظل موقوفة حتى يقوم الطرف المتمسك بها بتقديم الدليل على صحتها، فإن عجز عن ذلك سقطت حجبتها. وفى هذا الفرض، تعد الكتابة الإلكترونية مبدأ ثبوت بالكتابة إذ يجوز تكملتها بأى دليل آخر<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 8.

<sup>2</sup> HUET, Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, op. cit., No 2. & CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 8.

ومبدأ الثبوت بالكتابة هي مجرد كتابة صادرة من شخص لا تتضمن توقيعه، وهي بذلك لا ترقى مرتبة الدليل الكامل. غير أنها تتمتع بما يتمتع به الدليل الكتابي من قوة في الإثبات إذا تم تكملتها بدليل آخر كشهادة الشهود والقرائن. ويشترط في مبدأ ثبوت بالكتابة - طبقاً لنص المادة 2/62 من قانون الإثبات المصري - ثلاثة شروط: الأول وجود كتابة مجردة من توقيع صاحبها. والثاني، أن يكون مضمون الكتابة منسوباً إلى الشخص المتمسك ضده بها أو من يمثله. والثالث، أن يكون ما في الكتابة من شأنه أن يجعل الواقعة قريبة الاحتمال. ولقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير هذه الشروط وتقدير الدليل الذي يقدمها الخصم لتكملة مبدأ الثبوت بالكتابة. أنظر في مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة وشروطه وسلطة قاضي الموضوع: د/السنهوري - نظرية الإثبات - المرجع السابق - بند 206 وما يليه - ص 377 وما بعدها & د/فتحي والي - المبسوط - ج 2 - المرجع السابق - بند 65 - ص 190 وما بعدها & د/سليمان مرقص - الأدلة المقيدة - المرجع السابق - بند 401 - ص 529 وما بعدها & د/ثروت عبدالحميد - المرجع السابق - ص 127 وما بعدها & د/عاطف عبدالحميد - مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث - دار النهضة العربية - ط 2002 - ص 43 وما بعدها.

وعلى ذلك، نرى أنه إذا كانت الكتابة الإلكترونية لا تحمل توقيعاً إلكترونياً، غير أنه كان بالإمكان تحديد مصدرها ونسبتها إليه، وكان التصرف القانوني الذي تتضمنه قريب الاحتمال الى الصحة، فإنه يجوز هنا اعتبارها مبدأ الثبوت بالكتابة. وبالتالي يمكن إعفاء الخصم المتمسك بالكتابة الإلكترونية من إثبات الشروط القانونية التي حددها قانون التوقيع الإلكتروني سالفه البيان، اكتفاءً بإثبات توافر مقتضيات مبدأ الثبوت بالكتابة فيها، وإثبات حصول التصرف القانوني الذي تتضمنه بكافة طرق الإثبات، كالقرائن والخبرة. وتطبيقاً لذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية الرسائل الإلكترونية غير الموقعة من صاحبها المرسله لأحد الشركات مبدأ ثبوت بالكتابة وليس دليلاً كاملاً.

Cour de Cassation, Cass, 1<sup>re</sup> civ., 20 mai 2010, n, 09-65.854 Juris Data n, 2010-006994.

الحكم منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية.

## ثالثاً سلطة القاضي في تقدير اتفاق الأطراف على حجبة المحرر الإلكتروني

نظم المشرع المصرى - ونظيره الفرنسى - حجبة المحررات والتوقيعات الإلكترونية على الوجه الذى قدمناه مسبقاً، غير أنه من المتصور أن يتفق الأطراف على تحديد حجبة هذه المحررات بما تتضمنه من تحديد وسيلة الإثبات وقوتها والشخص الذى سيلقى عليه عبء الإثبات. وهنا يدق التساؤل حول مدى صحة هذا الاتفاق المخالف للقواعد الموضوعية التى حددها قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية ، سواء المنظمة لعبء الإثبات أو طرقه وقوة كل طريق منها؟

القاعدة هى جواز اتفاق الأطراف على مخالفة قواعد الإثبات الموضوعية، لكونها لا تتعلق بالنظام العام، وإنما تتعلق بحماية مصالح خاصة، وهى حقوق

---

ويرى البعض أن المحرر الإلكتروني الأمن والذى اتبع فى إصدار واسترجاعه وحفظه تقنيات أمنية جديرة بالحفاظ عليه يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن تكملته بالبنية أو القرائن أو الخبرة حتى يصبح دليلاً كتابياً كاملاً. د/ثروت عبدالحميد - التوقيع الإلكتروني - المرجع السابق - ص131، 132. ونعتقد أن هذا الرأى محل نظر، وذلك لأن المحرر الإلكتروني الأمن - كما جاء مسبقاً - هو بحكم طبيعته دليلاً كتابياً كاملاً، بل من الأدلة المفترض صحتها بقوة القانون. ولذا، فلا حاجة لاعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة، وإنما الذى يعد ذلك هو المحرر الإلكتروني الذى يحمل توقيعاً إلكترونياً غير أمن، فىأخذ نفس حكم الكتابة الإلكترونية المجردة من التوقيع على النحو المتقدم. ويلاحظ أن الرأى قد استند فى تبرير رأيه إلى بعض أحكام المحاكم الفرنسية التى تقررت قبل اعتراف التقنين المدنى الفرنسى الحالى بالمحرر الإلكتروني الأمن ومنحه كامل القوة القانونية فى الإثبات.



خصوم النزاع<sup>1</sup>. وتقريباً على هذه القاعدة، فإنه يجوز للاطراف الاتفاق على مخالفة نص قواعد قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية التي تحدد حجية المحررات والتوقيعات الإلكترونية وطرق إثباتها باعتبارها قواعد إثبات موضوعية.

وهذا هو المسلك الذي سلكه المشرع الفرنسي بالمادة 1368 من التقنين المدني الجديد والتي تنص على أنه ما لم ينص القانون على مبادئ أخرى أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإنه يتعين على القاضى أن يفصل فى النزاع بين الأدلة الكتابية لتحديد السند الأقرب إلى الصحة، أيا كانت مادته<sup>2</sup>. وبهذا النص يكون المشرع الفرنسي قد أجاز الاتفاق على تحديد حجية المحررات والتوقيعات الإلكترونية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر بالتفصيل: د/السنهورى - الإثبات - المرجع السابق - ص & د/محمود نكى - المبادئ العامة فى الإثبات - المرجع السابق - بند 34 - ص 156 وما بعدها & د/نبيل سعد - المرجع السابق - ص 83 وما بعدها & د/ثروت عبد الحميد - المرجع السابق - ص 95، 96. وكذلك: الطعن رقم 3859 لسنة 76 ق - جلسة 2010/1/12.

<sup>2</sup> المقابلة للمادة 2/1316 من التقنين القديم.

<sup>3</sup> Voir: CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 8. & Huet J, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit, P. 12.

أنظر عكس ذلك: د/محمد زهرة - الدليل الكتابى وحجية مخرجات الحاسب الأولى - المرجع السابق - ص 831 وما بعدها.

وعلى ذلك، فإننا نتفق مع البعض على أن المحرر الإلكتروني غير الآمن لا يستمد حجته من عدم المنازعة فيه على النحو المتقدم فقط، وإنما يستمدّها أيضاً من اتفاق أطرافه حيث يجوز للأطراف الاتفاق مقدماً على استخدام التوقيعات والمحررات الإلكترونية غير الآمنة في معاملاتهم الإلكترونية<sup>1</sup>.

واتفاق الأطراف على هذا الوجه إنما هو اتفاق مسبق على تحديد قيمة المحررات والتوقيعات الإلكترونية غير الآمنة، وحجيتها في الإثبات، والطرف الملزم بإثباتها على غير النحو الذي نظمه المشرع، وذلك بقصد تسهيل عملية الإثبات الإلكتروني<sup>2</sup>. وهنا تنحصر سلطة قاضي الموضوع على التحقق من توافر شروط صحة اتفاق الأطراف باعتباره تصرفاً قانونياً بالمعنى الصحيح، دون أن تمتد إلى سلطة تحقيق الدليل محل الاتفاق وتقديره<sup>3</sup>. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض

---

<sup>1</sup> CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 8. & Huet J, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit, P. 11.

قرب ذلك: د/عاطف عبدالحميد - مبدأ الثبوت بالكتابة - المرجع السابق - ص43 وما بعدها. وأنظر عكس ذلك: د/محمد زهرة - المرجع السابق - ص831 وما بعدها.

<sup>2</sup> أنظر: د/محمد زهرة - المرجع السابق - ص831 & د/ثروت عبدالحميد - المرجع السابق - ص99.

<sup>3</sup> CAPRIOLIE, «Le juge et la preuve électronique», op. cit., P. 8.

الفرنسية بصحة اتفاق الأطراف على طريقة الإثبات بما لا يصح إهداره، غير أن ذلك لا يمنع قاضي الموضوع من تقدير صحة الاتفاق ذاته<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### سلطة القاضي في تحديد طرق التحقيق الإلكتروني وتقديرها

---

وأنظر كذلك: الطعن رقم 1041 لسنة 73 ق - جلسة 2010/12/14. عكس ذلك: أنظر: د/محمد زهرة - المرجع السابق - ص832، 833. حيث يرى أنه لا يجوز الاتفاق على خلاف القواعد المنظمة لحجية أدلة الإثبات بما يتوجب ترك تقدير حجية الدليل لقاضي الموضوع ولا يجوز سلب سلطته في تقدير الدليل المتفق عليه في الإثبات.

<sup>1</sup> Cour de Cassation, Cass, 1<sup>re</sup> civ., 8 Nov. 1989, no, 86-16196.

الحكم منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية. ومشار إليه لدى: د/ثروت عبدالحميد - المرجع السابق - ص111.

ويرى البعض أن المحرر الإلكتروني الأمن والذي اتبع في إصدار واسترجاعه وحفظه تقنيات آمنة جديرة بالحفاظ عليه يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن تكملته بالبنية أو القرائن أو الخبرة حتى يصبح دليلاً كتابياً كاملاً. د/ثروت عبدالحميد - التوقيع الإلكتروني - المرجع السابق - ص131، 132. ونعتقد أن هذا الرأي محل نظر، وذلك لأن المحرر الإلكتروني الأمن - كما جاء مسبقاً - هو بحكم طبيعته دليلاً كتابياً كاملاً، بل من الأدلة المفترض صحتها بقوة القانون. ولذا، فلا حاجة لاعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة، وإنما الذي يعد ذلك هو المحرر الإلكتروني الذي يحمل توقيعاً إلكترونياً غير آمن، فيأخذ نفس حكم الكتابة الإلكترونية المجردة من التوقيع على النحو المتقدم. ويلاحظ أن الرأي قد استند في تبرير رأيه إلى بعض أحكام المحاكم الفرنسية التي تقررت قبل اعتراف التقنين المدني الفرنسي الحالي بالمحرر الإلكتروني الأمن ومنحه كامل القوة القانونية في الإثبات.

## مكرر - تمهيد وتقسيم

ويقصد بهذه السلطة؛ سلطة قاضى الموضوع فى اختيار طرق التحقيق الإلكتروني التى نص عليها المشرع، وكذلك سلطته فى تقدير الرأى الفنى لجهات التصديق الإلكتروني الناتج عن التحقيق الإلكتروني.

ولإيضاح لهذه السلطات، نرى نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين على النحو التالى.

المطلب الأول: سلطة القاضى فى اختيار طرق التحقيق الإلكتروني.

المطلب الثانى: سلطة القاضى فى تقدير نتيجة التحقيق الإلكتروني.

## المطلب الأول

### سلطة القاضى فى اختيار طرق التحقيق الإلكتروني

تبنى المشرع الفرنسى عدة طرق فنية للتحقق من صحة التوقيعات والمحركات الإلكترونية هى شهادة التصديق الإلكتروني، ونظام التدقيق الإلكتروني عن طريق البرامج الإلكترونية محل إنشاء التوقيع الإلكتروني، الذى مثله البعض فى تقنية المفتاحين<sup>1</sup>.

ولقد أخذ الشارع المصرى بهذه الطرق مقتضياً فى هذا أثر المشرع الفرنسى، حيث حدد لقاضى الموضوع عدة طرق فنية لإجراء التحقيق الإلكتروني من أجل إثبات صحة أو تزوير المحرر الإلكتروني، مضموناً وتوقيعاً، هى؛ خدمة الفحص الإلكتروني، والمضاهاة الإلكترونية سواء بواسطة تقنية المفتاحين العام والخاص، أو مضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات المحفوظة سلفاً لدى جهات التصديق الإلكتروني. كما استحدث الشارع أيضاً تقنية بصمة شهادة التصديق الإلكتروني

---

<sup>1</sup> Voir: Isabelle, op. cit, , P. 20,21. & Huet J, Le code civil et les contrats électroniques, op. cit, P. 9,10.

الجزرية كوسيلة فنية خاصة للتحقق من صحة شهادات التصديق الإلكتروني المتنازع عليها<sup>1</sup>.

ونوه التنبيه في بادئ الأمر إلى أن اللجوء إلى الطرق المتقدمة يرتبط بالمحركات الإلكترونية الموقعة إلكترونياً عبر تقنية التوقيع الرقمية والصادر بشأنها شهادة تصديق إلكتروني. وهذا هو البين من نص المادة 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني بنصها أنه « يتم من الناحية الفنية والتقنية كشف أى تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونياً باستخدام تقنية المفتاحين العام والخاص». وبالتالي، فإن قاضى الموضوع يكون ملتزماً حال تكوين عقيدته للفصل في إدعاء التزوير الإلكتروني بالاستعانة بالطرق المتقدمة باعتبارها الطرائق التي حددها القانون في إثبات صحة المحركات الإلكترونية الموقعة توقيعاً

---

<sup>1</sup> وجدير بالملاحظة أن هذه الوسائل قد وضعت خصيصاً كى توائم خصوصيات المحرر الإلكتروني باعتباره محرراً يكتب ويوقع ويحفظ إلكترونياً. وهى بذلك تختلف تماماً بطبيعة الحال عن طرق التحقيق التقليدى. فمن المقرر أن التحقيق التقليدى قد يجرى بالبينه والمضاهاة بواسطة أهل الخبرة فى الخطوط أو بإحدى الطريقتين. الطعن رقم 1351 لسنة 8 ق - جلسة 1965/1/23 - المكتب الفنى السنة 10 - ص439 - فقرة 2. أنظر فى طرق التحقيق التقليدى: د/سليمان مرقص - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند 109 وما يليه - ص308 وما بعدها & د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند 55 - ص165 وما بعدها & د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - بند 111 - ص158، 159.

رقمياً. فالقاعدة أن أنه ليس للقاضي تكوين عقيدته، إلا طبقاً للطرق التي حددها القانون بحيث لا يجوز له قبول سواها.

وفى المقابل، ليس للقاضي الموضوع التقيد بالطرق المتقدمة، إذا كان محل النزاع محرراً إلكترونياً موقِعاً توقيعاً ليس رقمياً، أو كان المحرر مجرد كتابة إلكترونية لا تحمل توقيعاً أصلاً، ولا تقترن بشهادة تصديق إلكتروني، وإنما يجوز له اللجوء إلى أى وسيلة قانونية أخر بخلافها، كاللجوء إلى الخبير أو توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم، وذلك بحسبان أن المحرر الإلكتروني فى هذا الفرض ليس دليلاً كتابياً كاملاً، بما يجوز لقاضى الموضوع استكمالها.

وسوف نتولى معالجة طرق التحقيق الإلكتروني فيما يلي.

### أولاً خدمة الفحص الإلكتروني

تبنى المشرع الفرنسى "نظام التدقيق الإلكتروني" كأداة فنية مخصصة للتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني تجرى عن طريق عمليات تقنية ورياضة معقدة جداً<sup>1</sup>. ويتميز هذا النظام بقدرته على كشف التغيير أو التحريف الذى يطرأ

---

<sup>1</sup> KERBOUCI F., «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 32. & Lamberterie et Blanchette, Ledecret du 30 mars 2001, relatif A La signature électronique, LeTURE CRITIQUE technique ET JURIDIQUE LA SEMAINE JURIDIQUE ENTREPRISES, P. 1274.

على التوقيع الإلكتروني وبياناته الإلكترونية. ومن ثم فبموجبه يمكن تحديد هوية الموقع والتحقق من صحة توقيعه الإلكتروني<sup>1</sup>. ولهذا يمكن لقاضي الموضوع اللجوء إليه لتحقيق إدعاء التزوير الإلكتروني إذا كان منصّباً على التوقيع الإلكتروني ذاته<sup>2</sup>.

ولقد أخذ **المشروع المصري** بنظام التدقيق الإلكتروني كوسيلة فنية بموجبها يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني وسلامة بياناته، غير أنه أطلق عليه مسمى "خدمة الفحص الإلكتروني". وهذا ما نصت عليه المادة 9/ب من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني بقولها أنه يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني عن طريق تقنية الفحص الإلكتروني المنصوص عليها بالمادة 7 من هذه اللائحة<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N 29,30. Françoise et Anne Canteaut, Intégrité, signature et processus d'archivage. préc.

<sup>2</sup> Lamberterie et Blanchette, op. cit., p. 1274

<sup>3</sup> وتتص المادة 7 على أنه « تقدم الهيئة بناء على طلب كل ذى شأن خدمة فحص التوقيع الإلكتروني نظير مقابل يحدد فئاته مجلس إدارة الهيئة فى سبيل القيام بذلك مما يأتى: أ- سلامة شهادة التصديق الإلكتروني وتوافقها مع بيانات التوقيع الإلكتروني. ب- إمكان تحديد مضمون المحرر الإلكتروني الموقع بدقة. ج- سهولة العلم بشخص الموقع سواء فى حالة استخدام اسمه



ولا يختلف اصطلاح "الفحص الإلكتروني" الذي تبناه المشرع المصرى عن اصطلاح "التدقيق الإلكتروني" الذي استخدمه المشرع الفرنسى، فهما اصطلاحان مترادفان لمعنى ومدلول واحد، وهو فحص التوقيع الإلكتروني عبر الأجهزة الفنية المتخصصة فى ذلك للتحقق من مدى صحته. غير أننا نرى أن مسمى الفحص الإلكتروني هو - فى الحقيقة - اصطلاح أدق لغوياً حيث يشير إلى حقيقة المقصود منه فى هذا الصدد<sup>1</sup>. ولذلك نحبذ استخدامه فى هذه الدراسة.

ونظام الفحص الإلكتروني - طبقاً لنص المادة 7 من اللائحة - هو تقنية فنية بمقتضاها تتمكن جهات التصديق الإلكتروني عبر ما لديها من أجهزة إلكترونية من فحص التوقيع الإلكتروني، وذلك لتحديد هوية صاحبه ومدى ارتباطه بالمحرر الإلكتروني، والوقوف حول عما إذا كان ثمة تعديل أو تغيير قد أصاب بياناته الإلكترونية من عدمه<sup>2</sup>. ومن ثم كشف التزوير الإلكتروني الذى يطرأ عليه.

وتتم عملية الفحص الإلكتروني فى واقع الأمر عن طريق إدخال التوقيع الإلكتروني المتنازع عليه فى الأجهزة الإلكترونية الموجودة لدى جهات التصديق

---

الأصلى أم استخدامه لاسم مستعار أم اسم شهرة. ويجوز للهيئة أن تعهد للغير بتقديم هذه الخدمة تحت إشرافها. وفى جميع الأحوال تصدر الهيئة شهادة فحص التوقيع الإلكتروني».

<sup>1</sup> ويقصد بالفحص لغة التدقيق أو التحقق أو كشف الحقيقة.

<sup>2</sup> Voir: KERBOUCI F., «La preuve écrite électronique et le droit français», op. cit., P. 32.

الإلكترونى، والمتضمنة النسخة الأصلية لهذا التوقيع، ليتم مقارنة بياناته بالبيانات الأصلية المحفوظة بهذه الأجهزة بحيث إذا تطابق التوقيع الإلكتروني المتنازع عليه مع أصله المحفوظ لدى تلك الجهات، كان توقيماً صحيحاً. والعكس صحيح بديهياً<sup>1</sup>.

وتصدر جهات التصديق الإلكتروني فى هذا الخصوص تقريراً فنياً يؤكد صحة التوقيع الإلكتروني محل المنازعة يطلق عليه المشرع مسمى "شهادة فحص التوقيع الإلكتروني". وهذا هو البين من نص المادة 7 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني والذي جرى مفادها على أن تقدم الهيئة - أى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات - خدمة فحص التوقيع الإلكتروني.....، وتصدر الهيئة شهادة فحص التوقيع الإلكتروني<sup>2</sup>.

وجدير بالإشارة أن المشرع المصرى قد ميز بين نوعين من خدمة الفحص الإلكتروني هما؛ خدمة فحص التوقيع الإلكتروني المنصوص عليها بالمادة 7 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني، وبين خدمة فحص بيانات إنشاء التوقيع

---

<sup>1</sup> أنظر: مدحت عبدالعال - المرجع السابق - ص25. وأنظر كذلك:

Maitre Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., N 29, 30.

<sup>2</sup> ويقصد بشهادة فحص التوقيع الإلكتروني؛ الشهادة التى تصدرها الهيئة بنتيجة فحصها لصحة وسلامة التوقيع الإلكتروني. المادة 21/1 من اللائحة المذكورة.

الإلكتروني المنصوص عليها بالمادة 6 من ذات اللائحة<sup>1</sup>، وهي تفرقة - من وجهة نظر البعض - غير منطقية<sup>2</sup>.

ونحن نتفق مع هذا الرأي، فعلى الرغم من أن ثمة فارق بين الخدمتين من عدة أوجه، فالثانية - المنصوص عليها بالمادة 6- تتم من قبل الأطراف أنفسهم لحظة الإقدام على إبرام الصفقات والعقود الالكترونية، بينما الأولى - المنصوص عليها بالمادة 7 - تتم في الغالب من قبل القاضى أو الخبير حال نشوء الخلاف بين الأطراف، إلا أنه من الناحية الفنية أن عملية فحص التوقيع الإلكتروني المذيل بالمحرر الإلكتروني المتنازع عليه تستغرق بالفعل التحقق من صحة إنشاء بياناته الإلكترونية. وبمعنى آخر أن فحص أحدهما يؤدي بالضرورة إلى فحص الآخر، وكلاهما يؤدي إلى ذات النتيجة المطلوبة وهي التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني. ولهذا يحسن على المشرع حذف المادة 6 من هذه اللائحة باعتبارها من قبيل التزايد الذي لا تبرير له<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> حيث تنص المادة 6 على أنه « تقدم الهيئة بناء على طلب كل ذى شأن خدمة الفحص والتحقق من صحة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني نظير مقابل يحدد فئاته مجلس إدارة الهيئة.... وفى جميع الأحوال تصدر الهيئة شهادة فحص بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني».

<sup>2</sup> أنظر: د/محمد السادات - المرجع السابق - ص 129، 130.

<sup>3</sup> والحقيقة أن التمييز الذى جسده المشرع على هذا النحو إنما جاء اقتباساً من التفرقة التى جاء بها نظيره الفرنسى بين خدمة التحقق من صحة التوقيع الالكترونى التى تتم بعد مرور فترة من

## ثانياً المضاهاة الإلكترونية.

يقصد بالمضاهاة التقليدية إجراء مقارنة بين توقيع الشخص المنسوب إليه المحرر الذى يشهد عليه وتوقيع له صحيح وثابت، سواء تمثل التوقيع فى خط أو إمضاء أو بصمة أو ختم<sup>1</sup>.

ويقتررب مدلول المضاهاة الإلكترونية<sup>2</sup> بعض الشئ من المفهوم المتقدم، فهى مقارنة أيضاً بين بيانات المحرر الالكترونى - بما فيها التوقيع الإلكتروني المذيل به والمرتبب به - الثابتة بشهادة التصديق الإلكتروني الدالة على صحتها،

---

إنشاء بياناته، وبين خدمة التحقق من صحة منظومة إنشاء التوقيع الالكترونى ذاتها لحظة إبرام المحرر الإلكتروني. أنظر فى هذه التفرقة:

Lamberterie et Blanchette, op. cit., p. 1274, 1275.

<sup>1</sup> أنظر: د/سليمان مرقص - الأدلة المطلقة - المرجع السابق - بند113 - ص315 & د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند55 - ص166. وفى ذات المعنى: د/عيد القصاص - المرجع السابق - ص93 & د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - بند112 - ص160.

<sup>2</sup> أنظر فى مفهوم المضاهاة الإلكترونية: د/أشرف توفيق - المرجع السابق - ص514، 515.

بالأصل الصحيح المحفوظ مسبقاً لدى جهات التصديق الإلكترونيين، وذلك باستخدام أجهزة إلكترونية معينة<sup>1</sup>.

وبذلك، فإن المفترض في تقنية المضاهاة الإلكترونية هو وجود أصل المحرر الإلكتروني محفوظاً مسبقاً لدى جهات التصديق الإلكتروني بحيث يمكن التحقق من صحة المحرر الإلكتروني المتنازع عليه أو تزويره عن طريق مقارنته بالإصل المحفوظ لدى هذه الجهات.

---

<sup>1</sup> غير أن مناط الاختلاف بين المضاهاة الإلكترونية والمضاهاة التقليدية؛ أن الأولى تتم بواسطة الأجهزة الإلكترونية حيث يتم كشف التزوير الإلكتروني بذات الطريقة التي تتم بها دون الاعتماد في ذلك على الخبراء الفنيين أو التقيد بالقواعد التقليدية التي يتقيد بها الخبراء في فحص الخطوط. أنظر: ما تقدم - بند66. أما الثانية، فهي تُجرى بواسطة القاضى بنفسه أو بواسطة أهل الخبرة. الطعن رقم 168 لسنة 19ق - جلسة 1951/14. والغالب أن تجربتها خبراء الخطوط الفنيون. فيقوم الخبير بفحص الخط الذي حصل إنكاره. ودراسة خطوط الكتابة باليد لها قواعد وأصول أساسها أن لكل شخص طريقة معينة في الكتابة لا يشترك معه فيها أحد غيره حتى لو كانا قد تعلمتا الكتابة معاً منذ الصغر. هذا بالإضافة إلى عوامل أخرى كثيرة منها درجة الثقافة والتعليم وطريقة إمساك الشخص للقلم أو الريشة، وطريقة جلوسه أو قيامه أثناء كتابته وحالته النفسية. وتعتمد عملية مضاهاة الخطوط على خبرة القائمين بها مع التقيد بالقواعد والأصول التي يتعين على الخبير أن يلتزم بها أثناء فحصه للخط، ومنها شكل الخط بصفة عامة وهل هو كبير أو صغير، وطريقة كتابة السطور، ومدى الضغط على الخطوط في أجزاء الكلمات المختلفة، ثم وقفات اليد عليها، وإستقامة الخط أو ميله إلى إحدى الجهات أو تقطعه في مواضع مختلفة. الطعن رقم 1351 لسنة 8ق - جلسة 1965/1/23 - مكتب فنى السنة 10 - ص439 - فقرة3.

ومن ناحية أخرى، يتجلى الفارق بين نظام الفحص الإلكتروني سالف البيان ونظام المضاهاة الإلكترونية كطريقتين فنيين من طرق التحقيق الإلكتروني؛ فنظام الفحص الإلكتروني يُجرى بحسب طبيعته على التوقيع الإلكتروني، وذلك لتحديد هوية صاحبه ومدى ارتباطه بالمحرر الإلكتروني، ومن ثم التحقق من توافر مقتضيات القانونية لصحة التوقيع بوجه عام. فى حين أن المضاهاة الإلكترونية تتم على المحرر الإلكتروني، مضموناً وتوقيعاً، وذلك بمضاهاته بالأصل المحفوظ لدى جهات التصديق الإلكتروني، حتى يتم كشف مواطن التغيير التى طرأت عليه<sup>1</sup>.

وللمضاهاة الإلكترونية طريقتان هما تقنية المفتاحين العام والخاص، ومضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات المحفوظة سلفاً لدى جهات التصديق الإلكتروني. وهذا ما رسمته المادة 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني بنصها أنه « مع عدم الإخلال بما هو منصوص عليه فى المواد 2، 3، 4 من هذه اللائحة، يتم من الناحية الفنية والتقنية كشف أى تعديل أو تبديل فى بيانات المحرر الإلكتروني

---

<sup>1</sup> وعلى ذلك، فإذا انصب الإدعاء بالتزوير على التوقيع الإلكتروني، فإن التحقق من صحته يجرى عن طريق تقنية الفحص الإلكتروني. بينما إذا انصب الإدعاء بالتزوير على المحرر الإلكتروني ذاته، فإنه يمكن التحقق من صحته بمقارنته بالإصل المحفوظ، وهو ما يتم عن طريق تقنية المضاهاة الإلكترونية.

الموقع إلكترونياً باستخدام تقنية المفتاحين العام والخاص وبمضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات أو بأى وسيلة مشابهة».

وجدير بالملاحظة أن تعدد طرق المضاهاة الإلكترونية الوارد بنص المادة 11 سالفة الذكر إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر. وهذا هو المستفاد من عبارة "أى وسيلة مشابهة". ولا شك أنه مسلك تشريعى جدير بالاعتبار القصد منه مواكبة التطور التكنولوجى المستمر والسريع الذى قد يخلق صور جديدة أخرى للمضاهاة الإلكترونية بحسب طرق التوقيع الإلكتروني التى يستحدثها ذلك التطور.

وبناء على ذلك، يمكن عرض هاتين الطريقتين على النحو التالى:

#### أ- المضاهاة بواسطة تقنية المفتاحين العام والخاص

سبقت الإشارة إلى أن تقنية المفتاحين العام والخاص هى منظومة تسمح لكل شخص بأن يكون لديه مفتاحين متفردين؛ أحدهما عام ويكون متاحاً إلكترونياً للجميع بموجبه يتم التثبت من هوية الموقع والتحقق من صحة المحرر الإلكتروني، والثانى خاص يحتفظ به الشخص على بطاقة ذكية مؤمنة يستخدم فى وضع

التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني وتحويلهما إلى صيغة مشفرة غير مفهومة<sup>1</sup>.

ونظراً لأهمية تقنية المفتاحين على هذا النحو باعتبارها وسيلة فنية للحفاظ على المحرر الإلكتروني وكشف التحريف أو التعديل الذي يشوبه ، فقد تبناها المشرعان المصرى والفرنسى كوسيلة للتحقق من صحة وسلامة المحرر الإلكتروني حال نشوء الخلاف حول ذلك.

والواقع أن المضاهاة عبر تقنية المفتاحين العام والخاص تختلف بحسب محل إدعاء التزوير الإلكتروني؛ فإذا منصباً على مضمون المحرر الإلكتروني ذاته، فإن المضاهاة تجرى عن طريق مقارنة المحرر الإلكتروني المتنازع عليه قبل تشفيره بذاته بعد تشفيره. ويتم ذلك عن طريق إدخال المفتاح الخاص بالموقع على المحرر والذي يؤدي إلى تشفيره، ثم إدخال جهات التصديق الإلكتروني المفتاح الخاص المودع لديها على المحرر فى مرة أخرى ليتم تشفيره ليتم مقارنة ناتج التشفير فى كلاهما<sup>2</sup>. فإذا كانت تطابقت نتيجة المقارنة ، كان هذا المحرر محرراً صحيحاً. أما وجد اختلاف بين الأمرين، كان المحرر مزوراً.

---

<sup>1</sup> أنظر بالتفصيل: ما تقدم - بند 36 وما بعده.

<sup>2</sup> Maître Valérie, Preuve et signature électronique, op. cit., n. 30. & Poullet et J.ROYEN, «Vers la confiance», op. cit., no, 5.



أما إذا كان التزوير الإلكتروني منصباً على التوقيع الإلكتروني، كأن يدعى مدعى التزوير الإلكتروني اختلاس توقيعه أو تزويره مثلاً، فإن المضاهاة الإلكترونية تجرى بأن يطلب من الشخص إدخال المفتاح الخاص الذى بحوزته لدى بطاقة ذكية مؤمنة، ليتم مطابقتها بالمفتاح الخاص المحزن سلفاً لدى جهات التصديق الإلكتروني بحيث إذا تطابقت كان التوقيع الإلكتروني صحيحاً والعكس صحيح<sup>1</sup>.

ب- المضاهاة بواسطة المفتاح الشفرى الجدى.

تتبت المادة 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني تقنية مضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات المحفوظة سلفاً لدى جهات التصديق الإلكتروني كطريقة للتحقق من صحة المحررات الإلكترونية الموقعة إلكترونياً، أيا كان نوعه.

---

ولمزيد أنظر: د/عبدالله مسفر ود/حسن عباس - المرجع السابق - ص8 وما بعدها. وأنظر كذلك:

CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», op. cit., P.15, 16.

<sup>1</sup> د/أشرف توفيق - المرجع السابق - ص515.

ويلاحظ أن إجتماع بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادة التصديق الإلكتروني معاً يكونان ما يعرف "بمنظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني"، وهى وسيلة إلكترونية يتم بواسطتها التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني، وذلك باستخدام بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادة التصديق الإلكتروني التى تنشأ بواسطة "طريقة المفتاح الشفرى الجذرى"<sup>1</sup>.

وبذلك، فإن المفتاح الشفرى الجذرى هو مناط إنشاء بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادة التصديق الإلكتروني محل المضاهاة الإلكترونية. ولذا، فإننا نقترح تسمية هذه الطريقة بمسمى "المضاهاة بواسطة المفتاح الشفرى الجذرى"، وذلك لأن المضاهاة الإلكترونية فى هذا الخصوص تُجرى عن طريق الرجوع إلى النسخة الأصلية لهذا المفتاح الموجود فى النظام الإلكتروني لجهات التصديق الإلكتروني ليتم مضاهاتها بشهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المتنازع عليها.

وننوه إلى أن اللجوء إلى هذه الطريقة لا يقتصر على التوقيع الرقى فقط، وإنما يمتد إلى كافة المحررات الإلكترونية الموقعة إلكترونياً، أيا كان نوع التوقيع

---

<sup>1</sup> ويقصد به أداة إلكترونية تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة تبتكرها هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وتقدمها لجهات التصديق الإلكتروني حتى تتمكن من النهوض بمهامها وهى إنشاء التوقيع الإلكتروني وإصدار شهادات التصديق الإلكتروني. لمزيد من التفاصيل، أنظر: ما يلى - بند 37.

الإلكتروني<sup>1</sup>. بخلاف المضاهاة عبر تقنية المفاتيح حيث ترتبط وجوداً وعدمًا بالتوقيع الرقمي، باعتبارها وسيلة إنشائه.

---

<sup>1</sup> وهذا هو البين من استخدام المشرع عبارة «مضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات»، فاصطلاح "بيانات إنشاء التوقيع" لا يقتصر على التوقيعات الرقمية، وإنما يشمل كافة التوقيعات الإلكترونية التي تعتمد على المفاتيح والرموز التي تستخدم في عملية إنشاء التوقيع الإلكتروني لتوفير الترابط بين الأخير وصاحبه. أنظر في ذلك: دليل تشريع قانون الاونسترال للتوقيعات الإلكترونية - المرجع السابق - بند 97 - ص 54.

## ثالثاً بصمة شهادة التصديق الإلكتروني الجذرية

استحدثت **المشروع المصري** طريقة فنية خاصة للتحقق من سلامة شهادات التصديق الإلكتروني، تسمى بصمة شهادة التصديق الإلكتروني الجذرية. وهي بصمة متفردة تتكون من أحرف وأرقام ورموز تنتج من عملية حسابية، إحادية الاتجاه، يتم إجراؤها على محتويات شهادة التصديق الإلكتروني الجذرية الموقعة ذاتياً تكون ذات مرجعية وموثوقية ودلالة على تلك الشهادة لا تسمح باسترجاع محتويات الشهادة بصورة منفصلة<sup>1</sup>. ويطلق على العملية الحسابية المستخدمة في إنتاج هذه البصمة إحادية الاتجاه، وذلك يتعذر اشتقاق ذات البصمة من شهادتين مختلفتين.

وبموجب هذه البصمة الإلكترونية يمكن التيقن والتثبت من صحة وسلامة شهادة التصديق الإلكتروني الجذرية الموقعة ذاتياً عبر شبكات الانترنت<sup>2</sup>، وذلك لأن بمقتضاها يمكن التحقق من ارتباط هذه الشهادة بشخص الموقع على نحو يستدل معه على شخصيته وهويته، والتثبت من صحة التوقيع الإلكتروني.

---

<sup>1</sup> الفقرة 27 من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني. والمضافة بالقرار الوزاري رقم 307 لسنة 2010 الصادر في 2010/11/21.

<sup>2</sup> المادة 20 مكرر من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني. والمضافة بالقرار الوزاري السابق.

وجدير بالتويه أن المفترض فى تقنية بصمة شهادة التصديق الإلكتروني الجذرية هو سبق حفظ وتوثيق هذه الشهادة بشكل منتظم فى سجل إلكترونى مخصص لذلك فى النظام الإلكتروني لجهات التصديق الإلكتروني، وذلك حتى يمكن للأطراف الرجوع إلى هذا السجل عند نشوء الخلاف بينهم حول مضمون هذه الشهادة وبياناتها<sup>1</sup>.

وعلى ذلك، يكون هناك أصلاً محفوظاً من شهادة التصديق الإلكتروني لدى جهات التصديق الإلكتروني بحيث إذا ثار خلاف بين الأطراف حول صحة التوقيع أو المحرر الإلكتروني الذى تتضمنه هذه الشهادة أو نازع أحدهم فى صحتها، فإنه يمكن الرجوع إلى الأصل المحفوظ للتحقق فى صحة هذا الادعاء.

---

<sup>1</sup> ويلاحظ أن حفظ شهادة التصديق الإلكتروني يعتبر شرطاً لصحتها وتمتعها بالحجية القانونية فى الإثبات. أنظر: ما تقدم - بند 42.

## المطلب الثانى

### سلطة القاضى فى تقدير نتيجة التحقيق الإلكتروني

مضت الإشارة إلى أنه من اللازم على قاضى الموضوع الاستعانة بهيئة أيتيدا باعتبارها الخبير الإلكتروني فى المسائل الإلكترونية وجهة التصديق الإلكتروني العليا، وذلك لإكتشاف مواطن التزوير الإلكتروني باعتباره من المسائل الفنية الذى يتعذر عليه تحقيقها والفصل فيها<sup>1</sup>.

بيد أن ذلك ليس معناه أن يكون الرأى الفنى لهذه الهيئة ملزماً لقاضى الموضوع بالمعنى الفنى للكلمة بما يتوجب عليه التقيد به، وإنما تبقى له سلطته فى الترجيح والمفاضلة بينه وبين مستندات الدعوى المقدمة والمثبته بواسطة الخصوم<sup>2</sup>، وذلك استناداً إلى قاعدة أن قاضى الموضوع لا يتقيد بالأراء الفنية للخبراء باعتباره الخبير الأعلى فى الدعوى<sup>3</sup>، وأن تقارير الخبراء لا تعدو أن تكون مجرد عنصر من

---

<sup>1</sup> أنظر فى ذلك: ما تقدم - بند70.

<sup>2</sup> بل له فوق كل ذلك سلطة تقويم تقرير الخبير بنفسه فى حالة أوجاجه أو إعادة فحصه بأى طريق من طرق الإثبات. الطعن رقم 609 لسنة 70ق - جلسة 2011/11/28.

<sup>3</sup> الطعن رقم 3687 لسنة 78ق - جلسة 2016/1/3.

عناصر الإثبات فى الدعوى يخضع لتقديره، إعمالاً لسلطة قاضى الموضوع التامة فى تقدير الأدلة المطروحة عليه وفقاً لمدى إقتناعه دون معقب عليه فى ذلك<sup>1</sup>.

وعلى ذلك، فإن قاضى الموضوع لا يتقيد بالتقرير الفنى الذى يصدر من هيئة أيتيدا، وإنما يكون له سلطة كاملة فى تقديره، فله الأخذ به، وله طرح ما يحتويه، كله أو بعضه، والاعتماد على وقائع الدعوى ومستنداتها فى الفصل فى إدعاء التزوير الإلكتروني. بمعنى أنه يجوز له دحض هذا التقرير وعدم التعويل عليه طالما كان هناك دليل أو مستند آخر فى الدعوى مطروحاً عليه ومثبتاً من قبل الخصوم، بشرط أن يكون كافٍ لإعمال حكم القانون، ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها، ويبرر عدم التعويل على ذلك التقرير<sup>2</sup>.

---

1 الطعن رقم 8171 لسنة 81ق اقتصادية - جلسة 2015/6/22 ؛ والطعن رقم 3815 لسنة 82ق - جلسة 2013/12/26 ؛ والطعن رقم 457 لسنة 69ق - جلسة 2012/11/8 ؛ والطعن رقم 6231 لسنة 64ق - جلسة 2011/11/14. وأنظر بالتفصيل: د/سليمان مرقص - الأدلة المقيدة - المرجع السابق - بند359 - ص383 وما بعدها & د/محمود ذكى - الخبرة - المرجع السابق - ص163 وما بعدها؛ والإثبات - المرجع السابق - بند38 - ص184 وما بعدها & د/على الحديدى - المرجع السابق - ص363 وما بعدها & د/سحر عبدالستار - المرجع السابق - بند305 - ص547 وما بعدها.

<sup>2</sup> أنظر فى سلطة القاضى فى تقدير كفاية الأدلة المقدمة فى الدعوى: د/نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية - المرجع السابق - بند396 وما يليه - ص470 وما بعدها & د/محمود ذكى - الإثبات - المرجع السابق - بند38 - ص184 وما بعدها.

وعلى نقيض ذلك تماماً، **نعتقد** أن قاضى الموضوع يكون مقيداً بالرأى  
الفنى لهيئة أيتيدا، بما يتوجب عليه التقيد به والحكم بمقتضاه<sup>1</sup>، وذلك متى كان هذا  
الرأى هو الدليل الوحيد فى الدعوى استناداً إلى قاعدة التزام القاضى ببناء حكمه  
على أدلة قدمت إليه وطرحت للمناقشة. فضلاً عن أن النزاع من المسائل الفنية  
البحثة التى لا يصح فيها بداهة حلول القاضى محل هيئة ايتيدا بوصفها الخبير  
الإلكترونى فى النزاع. وعليه، فلا يسوغ لقاضى الموضوع الحكم فى إدعاء التزوير  
الإلكترونى فى هذا الفرض، لأنه قضاؤه فى ذلك سوف يكون قضاء غير سائغ

---

<sup>1</sup> وجدير بالملاحظة أن فصل قاضى الموضوع فى إدعاء التزوير الإلكتروني إنما يكون بمنهج  
الفصل فى الخصومة القضائية العادية، غير أن المقام هنا ليس مجالاً لمعالجة ماهية الحكم  
الصادر فى خصومة التزوير الإلكتروني، فهو يخرج عن نطاق هذه الدراسة، وإنما نشير إليه  
بإيجاز، فهو يصدر بوصفه حكماً قضائياً بكل معنى الكلمة حاسماً للنزاع حول صحة المحرر  
الإلكترونى، ويخضع للقواعد العامة للأحكام من حيث صدوره أو الطعن فيه. ولا يخرج الحكم عن  
أمرين، إما صحة المحرر الإلكتروني أو بتزويره. وفى كلا الفرضين يضع حداً نهائياً للنزاع حول  
صحة هذا المحرر. أنظر فى طبيعة وجوه الأحكام الصادرة فى دعاوى التزوير: الطعن رقم  
1813 لسنة 55ق - جلسة 12/6/1991. الطعن رقم 1673 لسنة 56ق - جلسة  
27/12/1991.

غير أنه ينبغى التنويه إلى أن القضاء بتزوير المحرر الإلكتروني ليس إلا سوى قضاء بعدم  
صحة المحرر ذاته، دون أن يمتد ذلك إلى التصرف القانونى الذى يتضمنه هذا المحرر، إذ  
يجوز للطرف صاحب المصلحة إثبات صحته عبر أى دليل آخر مقبول قانونياً، وذلك لأن ثمة  
فارق بين التصرف والدليل المعد لإثباته. أنظر: الطعن رقم 9177 لسنة 79ق - جلسة  
3/10/2012 ؛ والطعن رقم 7155 لسنة 64ق - جلسة 18/9/2004.



ليس له أصلاً في الاوراق مستنداً إلى معلومات الشخصية، ومن ثم يكون محلاً  
للطعن بالنقض على نحو ما سيتضح في حينه.

## الفصل الخامس

# رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق التزوير الإلكترونى

### تمهيد وتقسيم:

سبق البيان أن قاضى الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية موسعة فى تحقيق إدعاء التزوير الإللكترونى. فهو الذى يقدر فى ضوء النزاع المطروح عليه مدى الحاجة إلى الاستعانة بالتحقيق الإللكترونى أو الاستغناء عنه والفصل فى النزاع استناداً إلى قرينة الموثوقية والمائلة فى شهادة التصديق الإللكترونى. وإذا فصل فى النزاع استناداً إلى هذه القرينة، كان عليه التحقق من توافر شروط انطباقها والسماح للخصوم بإثبات نقيضها. أما إذا لجأ إلى التحقيق الإللكترونى، فهو الذى يقدر مدى مناسبة الاستعانة بوسائل الإثبات الإللكترونى ويحدد الوسيلة المناسبة التى نص عليها المشرع لإجراء التحقيق الإللكترونى. وله أيضاً حق تقدير نتيجة التحقيق الإللكترونى وعدم الالتزام بالأراء الفنية لجهات التصديق الإللكترونى بشأن صحة المحررات الإللكترونية.

غير أن ذلك ليس معناه إطلاق سلطة قاضى الموضوع فى تحقيق إدعاء التزوير الإللكترونى بصورها المختلفة سالفة الذكر، وإنما يخضع فى ممارسته لتلك

السلطة لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>، وذلك تأسيساً على أن سلطة القاضى التقديرية ليست مطلقة أو واسعة المدى، وإنما هى سلطة غائية تنقيد بالأهداف والغايات التى حددها المشرع<sup>2</sup>، ومن المتصور أن يسيء استخدامها أو ينحرف عن الهدف الذى يبتغيه المشرع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> باعتبارها المناط بها توحيد أحكام القضاء حيال تطبيق أحكام القانون وتفسيره. ومن ثم وحدة القانون ذاته وحسن تطبيقه. د/أحمد الصاوى - نطاق رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع فى المواد المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 1984 - بند3 - ص7 & /أحمد فهمى ود/محمد حامد - النقض فى المواد المدنية والتجارية - مطبعة لجنة التأليف والنشر - ط1937 - بند1 وما يليه - ص3 وما بعدها. أنظر فى ذلك أيضاً: د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند208 - ص611 وما بعدها & د/فتحي سرور - النقض الجنائى - دار الشروق - الطبعة الخامسة - بند17 - ص38 & د/أحمد المليجى - أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - 1991 - بند3 - ص27 وما بعدها & د/أحمد هندی - أحكام محكمة النقض أثارها وقوتها - دراسة تحليلية فى القانونين المصرى والفرنسى - دار الجامعة الجديدة - ط2006 - بند1 - ص8، 9 & د/مصطفى المتولى - نحو دور جديد لمحكمة النقض كدرجة من درجات التقاضى - ط2013 - ص39، 40.

<sup>2</sup> وهذا أمر بديهى، وذلك لأن قانون المرافعات لا يترك القاضى حراً تماماً فى تكوين العمل والرأى القضائى، وإنما يورد عليه العديد من الضوابط الموضوعية والقيود الإجرائية. فلا يعرف قانون المرافعات - كقاعدة - السلطة المطلقة بالمعنى الفنى للكلمة، وإنما قنن السلطة التقديرية فى اختيار السلوك الملائم للغايات التى يحددها القانون وقيدها فى تحديد هذه الغايات. د/نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية - المرجع السابق - بند68 - ص105. وأنظر بالتفصيل: د/وجدى راغب - العمل القضائى - المرجع السابق - ص315 وما بعدها & د/نبيل عمر - ذات المرجع

وعلى هذا، تبسط محكمة النقض رقابتها على سلطة قاضى الموضوع فى تحقيق إدعاء التزوير الإلكتروني فتراقب سلامة استخلاصه القانونى والواقعى للنزاع وصحة تقديره لأدلة التزوير الإلكتروني، وما إذا كان قد مارس هذه السلطة وفقاً للحدود التى حددها المشرع من عدمه<sup>2</sup>. بمعنى أن محكمة النقض تراقب

---

- بند 94 وما يليه - ص 112 وما بعدها & د/عزمى عبدالفتاح - المرجع السابق - ص 193، 194. قارن ذلك: د/فتحى سرور - المرجع السابق - بند 151 - ص 299. حيث يرى أن اصطلاح السلطة التقديرية يتصل بالقانون الإدارى، ويقتصر على تطبيق القانون فقط.

1 من هنا يأتى الدور الأساسى لمحكمة النقض، وهو تقويم ما يقع فى الأحكام من شذوذ فى تطبيق القانون وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من مسائل. الطعن رقم 138 لسنة 43ق - جلسة 1977/1/19؛ والطعن رقم 1083 لسنة 53ق - جلسة 1984/10/29.

<sup>2</sup> فمن المسلم به أن محكمة النقض قد أصبحت تبسط رقابتها على الواقع والقانون على السواء رغم أنها محكمة قانون. أنظر فى ذلك: أ/حامد فهمى ود/محمد حامد - المرجع السابق - بند 46 - ص 155 & د/أحمد الصاوى - نطاق رقابة محكمة النقض - المرجع السابق - بند 70 - ص 121، 122 & د/فتحى والى - المبسوط - ج 2 - المرجع السابق - بند 213 - ص 626 وما بعدها & د/فتحى سرور - المرجع السابق - بند 151 - ص 300 & د/أحمد أبوالوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند 127 - ص 302 وما بعدها & د/نبيل عمر - الوسيط فى الطعن بالنقض - دار الجامعة الجديدة - ط 2015 - بند 72 - ص 154 وما بعدها & د/أحمد المليجى - المرجع السابق - بند 11 - ص 68 & أ/وليد الجارحى - النقض المدنى - ط 1998 - ص 400، 401، 424 & د/مصطفى المتولى - المرجع السابق - ص 47.

ونعتقد أن القول بأن محكمة النقض تختص بمسائل القانون دون مسائل الواقع، معناه أن محكمة النقض لا تختص بإعادة تقدير الواقع الذى طرحه الخصوم على قاضى الموضوع ولم يؤكده الحكم المطعون فيه بحيث لا تبسط رقابتها عليه، لكونه واقعاً غير منتج، أو واقعاً قدم على

احترام قاضى الموضوع لنصوص القانون التى يجب عليه إعمالها فى إثبات صحة المحرر الإلكتروني أو تزويره، فضلاً عن رقابة منطقية فهمه وتقديره من حيث الواقع ومدى كفاية الوقائع التى أثبتتها حكمه ومدى تحريفها، وذلك للتحقق من إنزاله حكم القانون الصحيح على وقائع النزاع.

بيد أن هذه الدراسة ليست محلاً لمعالجة رقابة محكمة النقض على نشاط قاضى الموضوع فى الفصل فى إدعاء التزوير الإلكتروني بكافه صورها وأشكالها، وإنما تتحصر هذه الدراسة فى معالجة رقابة محكمة النقض على سلوك قاضى الموضوع فى تطبيق قواعد الإثبات الإلكتروني الموضوعية التى نص عليها قانون التوقيع الإلكتروني، فضلاً عن رقابة سلطته فى الأمر بالتحقيق الإلكتروني وتقدير أدلة التزوير الإلكتروني لاسيما رأى الفنى لجهات التصديق الإلكتروني بحسبانها الخبير الفنى فى المسائل الإلكترونية للتحقق من منطقية تقديره للواقع، وذلك لما

---

غير النحو الذى رسمه القانون، أو قدم ولم يثبتته الخصوم، ومن باب أولى الواقع الجديد الذى لم يعرض أصلاً على قاضى الموضوع. أما الواقع الذى أثبتته وأكده الحكم المطعون فيه، فهو يخضع لرقابة محكمة النقض، وذلك لأنه فى هذه الحالة يكون قاضى الموضوع قد أنزل عليه أحكام القانون فأصبح موصوفاً بالقانون ومرتبباً به ارتباطاً لا يقبل التجزئة بحيث يتعذر على محكمة النقض بمكان أن تنظر مسائل القانون بمعزلٍ عن واقع الدعوى. غير أنه ينبغي ملاحظة، أن رقابة محكمة النقض على وقائع الدعوى لا تعنى رقابة اقتناع قاضى الموضوع رأيه، وإنما تعنى رقابة منطقية هذا الاقتناع ومصادره وكيفية الوصول إليه. بمعنى أنها لا تراقب العناصر الواقعية فى حد ذاتها، وإنما تراقب كيفية تحقيقها وتقديرها. وهذا ما سنوضحه فى حينه.

تمثله من وجه الخصوصية فى هذه الدراسة. أما باقى صور الرقابة، كرقابة التزام القاضى بالقواعد الإجرائية المقررة لسلك طرق الإثبات الإلكتروني ورقابة التكييف القانونى للنزاع وغيرها من صور الرقابة، فهى تخرج عن نطاق دراستنا حيث ليس لها أية خصوصية. ولذا نحيل بشأنها إلى المراجع المتخصصة منعاً للتكرار والإطالة دون داع<sup>1</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم، سوف نتناول فى هذا الفصل بيان مدلول ونطاق رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق إدعاء التزوير الإلكتروني، كما سوف نتطرق إلى معالجة مظاهر هذه الرقابة وصورها، وذلك فى مبحثين متعاقبين على النحو التوالى.

المبحث الأول: مدلول ونطاق رقابة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق التزوير الإلكتروني.

---

<sup>1</sup> أنظر فى صور رقابة محكمة النقض على سلطة قاضى الموضوع: د/أحمد صاوى - نطاق رقابة محكمة النقض - المرجع السابق - بند72 ومابعده - ص123 ومابعدها & د/فتحي سرور - المرجع السابق - بند129 وما يليه - ص259 وما بعدها & د/أحمد مليجي - المرجع السابق - بند10 وما يليه - ص67 وما بعدها & د/أحمد أبوالوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند127 - ص302 وما بعدها & د/نبيل عمر - الطعن بالنقض - المرجع السابق - بند72 - ص154 وما بعدها & د/مصطفى كبيره - النقض المدنى - ط1992 - بند309 وما يليه - ص283 وما بعدها & أوليد الجارحي - المرجع السابق - ص403 وما بعدها.

المبحث الثانى: مظاهر رقابة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق التزوير  
الإلكترونى.

المبحث الأول  
مدلول ونطاق رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى  
تحقيق إدعاء التزوير الإلكترونى

تقسيم:

سوف نتناول دراسة هذا المبحث فى مطلبين متتاليين فيما يلى.

المطلب الأول: مدلول رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق  
التزوير الإلكترونى.

المطلب الثانى: نطاق رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق  
التزوير الإلكترونى.



## المطلب الأول

### مدلول رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق إدعاء التزوير الإلكترونى

لا نقصد برقابة محكمة النقض على سلطة قاضى الموضوع فى تحقيق إدعاء التزوير الإلكترونى رقابة تقديره لمسائل الواقع والقانون فى الدعوى برمتها، فهذا يخرج عن نطاق دراستنا - كما نوهنا مسبقاً -، وإنما نقصد بها؛ رقابة سلطته فى إثبات الواقع وفقاً لقواعد الإثبات الإلكترونى التى نص عليها المشرع، فضلاً عن رقابة منطقية تقديره للأدلة الإلكترونية المطروحة عليه والمثبتة بواسطة الخصوم. وبعبارة مختصرة رقابة أدلة التزوير الإلكترونى من حيث إثباتها ومنطقية تقديرها. وسوف نوضح مفهوم هذه الرقابة بصورتها بشئ من التفصيل فيما يلى.

## 1- مفهوم رقابة النقض على سلطة القاضى فى الإثبات الإلكترونى للواقع<sup>1</sup>.

يقصد بهذه الرقابة؛ رقابة مدى التزام قاضى الموضوع بقواعد الإثبات الموضوعية التى نص عليها قانون التوقيع الإلكترونى فى إثبات صحة المحرر الإلكترونى وتحقيق أدلة التزوير الإلكترونى، فضلاً عن مدى إعماله لقواعد الإثبات الإجرائية التى بينهما قانون الإثبات.

---

<sup>1</sup> وفى هذا الخصوص، يجدر بنا التفرقة بين سلطة قاضى الموضوع فى التحقق من الوجود المادى للواقع وبين سلطته فى إثبات الواقع للتمييز بينهما، فهما وإن كان يشتركان فى تحصيل فهمه للدعوى، إلا أنهما يختلفان فى المدلول والطبيعة. والتحقق من مادية الواقع هو عملية ذهنية يقوم بها قاضى الموضوع بحرية تامة بقصد التحقق من وجود الوقائع التى يدعيها الخصوم وفقاً لمدى إقتناعه، أو بهدف تحديد الواقعة محل النزاع وتقرير ما إذا كانت موجودة من عدمه، وهى على هذا النحو لا يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض. بينما يقصد بسلطة قاضى الموضوع فى إثبات الواقع، سلطته فى تقدير مدى إنتاجية الواقعة التى حددها عند التحقق من مادية الوقائع، أو هى سلطته فى تقرير ما إذا كانت الوقائع المطروحة عليه ثابتة أو غير ثابتة. ويكون قاضى الموضوع مقيداً فى ذلك باحترام قواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة فى القانون. ولذا، فهو يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض. أنظر فى هذه التفرقة: أ/حامد فهمى ود/محمد حامد - المرجع السابق - بند38 - ص134 & د/أحمد أبوالوفا - المرجع السابق - بند81 - ص193؛ بند127 - ص302، 303 & د/نبيل عمر - الطعن بالنقض - المرجع السابق - بند72 - ص154، 156 & د/أحمد صاوى - نطاق رقابة محكمة النقض - المرجع السابق - بند72، 73 - ص123، 124 & د/أحمد مليجى - المرجع السابق - بند14 - ص76.

غير أن نطاق البحث في هذا الصدد سوف يقتصر على معالجة رقابة تطبيق قواعد الإثبات الموضوعية التي نص عليها قانون التوقيع الإلكتروني باعتبارها وجه الخصوصية في هذه الدراسة<sup>1</sup>.

وتأسيساً على هذا، فإذا كان قانون التوقيع الإلكتروني - كما قدمنا - قد اعترف بالمحرر الإلكتروني ومنحه الحجية القانونية الكاملة في الإثبات أسوة بالمحرر التقليدي شريطة استيفائه للشروط التي حددتها نصوصه القانونية، كما بين أيضاً طرق الإثبات الإلكتروني ومن يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم، كذلك حدد للتحقيق الإلكتروني خصوصيات وطرقاً وإجراءات معينة، فإنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يراعى هذه القواعد ويتقيد بها عند إثبات التزوير الإلكتروني بحيث إذ تجاوزها أو خالف أحدها، كان حكمه آنذاك محلاً للطعن بالنقض، وذلك على اعتبار أن هذه المسائل هي مسائل قانونية بالمعنى الفني للكلمة تخضع لرقابة محكمة النقض بحكم طبيعتها القانونية.

وتطبيقاً لذلك؛ قضت محكمة النقض المصرية بأنه يتعين على قاضي الموضوع أن يكون إثباته للواقع على ضوء القواعد القانونية في الإثبات الموضوعية

---

<sup>1</sup> أما قواعد الإثبات الإجرائية، فهي تخرج عن نطاق دراستنا حيث ليس لها أية خصوصية. ولذلك نحيل بشأنها إلى المراجع العامة والمتخصصة منعاً للتكرار. وأنظر في مدلول القواعد الموضوعية للإثبات الإلكتروني والتفرقة بينها وبين القواعد الإجرائية: ما تقدم - بند 64.

والإجرائية على السواء، وهو عند تطبيقه لهذه القواعد يكون مقيداً بحكم القانون وخاضع لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>.

وهكذا، يخضع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض فى إثباته للحالة الواقعية المطروحة عليه بواسطة الخصوم فى دعوى التزوير الإلكتروني، وذلك للتحقق من إعماله لقواعد الإثبات الإلكتروني الموضوعية التى حددها المشرع. فالقاعدة هى أن سلطة قاضى الموضوع فى الإثبات ليست سلطة مطلقة، وإنما هى سلطة معلقة على شرط احترامه قواعد الإثبات التى حددها المشرع<sup>2</sup>.

وتفريعاً على هذه القاعدة، فإن قاضى الموضوع يستقل بتقدير أدلة التزوير الإلكتروني التى تقدم إليه من الخصوم وتثبت بواسطتهم باعتبارها من إطلاقات

---

<sup>1</sup> الطعن رقم 7745 لسنة 66ق - جلسة 2009/2/2 ؛ والطعن رقم 8933 لسنة 65ق - جلسة 2007/12/10.

<sup>2</sup> أنظر فى هذه القاعدة: أ/حامد فهمى ود/محمد حامد - المرجع السابق - بند38 وما يليه - ص134 وما بعدها & د/أحمد صاوى - نطاق رقابة النقض - المرجع السابق - بند80 وما يليه - ص135 وما يليه & د/أحمد أبوالوفا - المرجع السابق - بند80 - ص193 & د/فتحي سرور - المرجع السابق - بند151 - ص299، 300 & د/نبيل عمر - الطعن بالنقض - المرجع السابق - بند72 - ص155، 156 & أ/مصطفى كبييه - المرجع السابق - ص229 وما بعدها & د/أحمد مليجي - المرجع السابق - بند16 - ص77 وما بعدها & أ/وليد الجارحي - المرجع السابق - ص403 وما بعدها.

سلطته, إلا أن ذلك مشروطاً بعدم مخالفة نصوص قانون التوقيع الإلكتروني أو الخطأ في تطبيقها.

وبالتالي, فإنه يمتنع على قاضى الموضوع إثبات صحة المحرر الإلكتروني إلا بالطرق التى بينها قانون التوقيع الإلكتروني, وهى الفحص الإلكتروني والمضاهاة الإلكترونية وبصمة شهادة التصديق الإلكتروني الجذرية. كذلك يكون قاضى الموضوع مقيداً بقواعد عبء الإثبات الإلكتروني. فإذا كان المحرر الإلكتروني محرراً أمنياً, فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الخصم الذى ينازع فى صحته, أما إذا كان المحرر الإلكتروني محرراً غير أمنى, فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الخصم المتمسك به, دون أن يكون لقاضى الموضوع سلطة فى ذلك. وهذا ما سنعالجه بالتفصيل عن دراسة مظاهر رقابة محكمة النقض لاحقاً.

## 2- مفهوم رقابة منطقية تقدير أدلة التزوير الإلكتروني

من المسلم به أن سلطة قاضى الموضوع التقديرية هي سلطة منطقية<sup>1</sup>. وعليه، فإنه ينبغي على قاضى الموضوع أن يقيم تقديره لأدلة الدعوى المطروحة عليه على أسباب سائغة ومنطقية تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي توصل إليها وتبرر ما قضى به<sup>2</sup>. فإذا بنى حكمه على دليل لا أساس له في الأوراق أو دليل غير مقبول أو كان الدليل الذي اعتمد عليه ليس من شأنه أن يؤدي عقلاً إلى ما انتهى

---

<sup>1</sup> ويقصد بها أن رأى القاضى يجب أن يكون نتيجة منطقية لمقدمات صحيحة تؤدي إليه وفقاً للمنطق العادل المقبول. د/وجدى راغب - العمل القضائي - المرجع السابق - ص 523، 524. أو هي حرية القاضى فى تقدير النزاع الذى يعرض وفقاً لمنهج أو فكر منطقى بموجبه يقوم القاضى من خلال مقدمات موضوعية معروضة عليه للوصول إلى نتائج منطقية بحيث يكون حكمه الذى سيصدره نتيجة استنباط سليم قائماً على أسباب منطقية تبرره. ولذا، فإذا كان قاضى الموضوع ملزماً بتبرير كل استنتاج ينتهى إليه، فإنه يجب أن يتسم هذا التبرير بالمنطقية. أنظر فى ذلك: د/نبيل عمر - الفساد فى الاستدلال - دار الجامعة الجديدة - ط 1 - ص 20 وما بعدها & د/أحمد الصاوى - نطاق رقابة النقض - المرجع السابق - بند 68 - ص 116، 117 & د/عزمى عبد الفتاح - تسبيب الأحكام - المرجع السابق - ص 462، 463 & د/أحمد المليجى - المرجع السابق - بند 23، 24 - ص 98 وما بعدها & أوليد الجارحى - المرجع السابق - ص 665 وما بعدها.

<sup>2</sup> الطعن رقم 1983 لسنة 81ق - جلسة 2013/1/14 ؛ والطعن رقم 372 لسنة 70ق - جلسة 2009/12/10.

إليه، كان حكمه مشوباً بالفساد فى الاستدلال<sup>1</sup>. وذلك حتى يكون تقديره صحيحاً قائماً على أسباب سائغة ومنطقية فى الدعوى حتى يكون بمنأى عن رقابة محكمة النقض. فثمة فارق جوهرى بين سلطة قاضى الموضوع فى تقدير الدليل ومنطقية هذا التقدير<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> الطعن رقم 233 لسنة 69ق - جلسة 2011/2/23 ؛ والطعن رقم 1730 لسنة 66ق - جلسة 2009/11/9 ؛ والطعن رقم 1614 لسنة 74ق - جلسة 2009/12/28.

ويقصد بالفساد فى الاستدلال الاستخلاص غير السائغ إنطواء الحكم على عيب يمس سلامة الإستنباط ويكشف عن الانحراف عن المنطق السليم فى الاستدلال أو بالمخالفة لأصول المنطق وضوابطه. الطعن رقم 2893 لسنة 68ق - جلسة 2016/1/18، بحيث تنفى العلاقة المنطقية بين النتيجة التى انتهى إليها الحكم المنطوق وأسبابه الثابتة. أنظر: الطعن رقم 1828 لسنة 67ق - جلسة 2010/1/13 ؛ والطعن رقم 4511 لسنة 71ق - جلسة 2012/5/12. وبعبارة أخرى هو عدم منطقية النتيجة التى استخلصها القاضى فى منطوق حكمه من مقدمات الدعوى الثابتة بسبب وقوع خلل إزاء قيامه بعملية القياس القضائى لهذه المقدمات أدى إلى إعمال قاعدة قانونية ما كان يصح إعمالها. أنظر فى هذا المعنى: د/وجدى راغب - المرجع السابق - ص538 & د/نبيل عمر - الفساد فى الاستدلال - المرجع السابق - ص21، 22.

ويلاحظ أن البعض يعبر عن اصطلاح "المقدمات" بعبارة "الأسباب الواقعية والقانونية" معاً. أنظر: د/وجدى راغب - ذات الإشارة السابق & د/عزى عبدالفتاح - المرجع السابق - ص490 وما بعدها. عكس ذلك: هناك من يعبر عن اصطلاح "المقدمات" بعبارة الأدلة. أنظر: د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - ص & د/فتحي سرور - المرجع السابق - بند146 - ص284، 285 - بند158 - ص312. وقارب: د/أحمد المليجى - المرجع السابق - بند24، 25 - ص101، 102. والطعن رقم 2752 لسنة 75ق - جلسة 2013/1/14.

<sup>2</sup> أنظر: ما تقدم - بند88.

والواقع أن وجه الخصوصية في هذه الدراسة هو حالة استناد قاضي الموضوع إزاء فصله في إدعاء التزوير الإلكتروني إلى أدلة غير مقبولة من الناحيتين القانونية والموضوعية. وهذا ما سيكون محور دراستنا في هذا المقام. أما باقى حالات الفساد فى الاستدلال، فليس لها أية خصوصية. ولذا نحيل بشأنها إلى المراجع المتخصصة فى ذلك تفادياً للإطالة دون داع<sup>1</sup>.

ويكون الدليل غير مقبول قانونياً إذا لم يقرره نص القانون، أو كان الدليل باطلاً لا يجوز الاستدلال به ولا يتصور أن يستمد القاضى قناعته منه<sup>2</sup>. ويكون الدليل غير مقبول موضوعياً إذا كان تقديره يجافى العقل والمنطق بما يتعذر

---

<sup>1</sup> وحالات الفساد فى الاستدلال هى: 1- استناد القاضى فى إقتناعه إلى أدلة غير صالحة قانونياً وموضوعياً للإقتناع بها. 2- عدم فهم القاضى لعناصر الدعوى الواقعية الثابتة. 3- اعتماد القاضى على عناصر واقعية متناقضة. الطعن رقم 985 لسنة 70 ق - جلسة 2012/3/7 ؛ والطعن رقم 16659 لسنة 81 ق - جلسة 2012/10/3 ؛ والطعن رقم 1348 لسنة 68 ق - جلسة 2009/5/6 ؛ 3608 لسنة 78 ق - جلسة 2009/4/22 . وأنظر بالتفصيل فى هذه الحالات: د/فتحي سرور - المرجع السابق - بند176 وما يليه - ص354 وما بعدها & د/عزى عبدالفتاح - المرجع السابق - ص490 وما بعدها & د/نبيل عمر - الفساد فى الاستدلال - المرجع السابق - ص104 وما بعدها.

2 الطعن رقم 2893 لسنة 68 ق - جلسة 2016/1/18. وأنظر كذلك: د/فتحي سرور - المرجع السابق - بند177 - ص356، 357.



الاقتناع به أو عدم صلاحيته لأن يكون دليلاً منطقياً سائغاً يمكن الاستناد إليه في تبرير الحكم<sup>1</sup>.

**ولعل خير مثال لذلك؛ أن الكتابة الإلكترونية المجردة من توقيع صاحبها، كالبريد الإلكتروني غير الموقع، لا تصلح في حد ذاتها لأن تكون دليلاً لإثبات صحة المحرر الإلكتروني أو تزويره ما لم تعزز بدليل آخر، فهو مجرد مبدأ ثبوت الكتابة<sup>2</sup>. ومن ثم، فلا يجوز لقاضي الموضوع الاستناد إليها وحدها في الفصل في إدعاء التزوير الإلكتروني. كذلك أنه لا يجوز لقاضي الموضوع أن يقضى في إدعاء التزوير الإلكتروني بعلمه الشخصي<sup>3</sup>. كما لا يجوز لقاضي الموضوع أن يجرى عملية التحقيق الإلكتروني بأحد الطرق التي حددها المشرع بنفسه، وإنما يتعين عليه اللجوء إلى جهات التصديق الإلكتروني - أيتيدا - بوصفها الخبير الفني في المسائل الإلكترونية بما لا يجوز له أن يحل محلها، على اعتبار أن التزوير الإلكتروني من المسائل الفنية التي تقصر عنها معارفه ويتعذر عليه الأمام بها<sup>4</sup>.**

---

1 أنظر في هذا المعنى: د/فتحي سرور - المرجع السابق - بند 178 - ص 358، 359.

2 أنظر بالتفصيل: ما تقدم - بند 75.

3 أنظر بالتفصيل: ما تقدم - بند 70.

4 أنظر في خصوصيات التحقيق الإلكتروني: ما تقدم - بند 67.

وعلى ذلك، يخضع قاضى الموضوع فى تقديره لأدلة التزوير الإلكترونى لرقابة محكمة النقض، فتراقب سلامة هذا التقدير للتحقق من منطقيته وعدم فساده وبنائه على أدلة صحيحة لها دلالتها القانونية وتكون مطروحة ومثبتة من الخصوم ولها أصلها فى الأوراق ولم تصل إليه وفقاً لمعلوماته الشخصية.

من المسلم به أن سلطة قاضى الموضوع التقديرية هى سلطة منطقية<sup>1</sup>. وعليه، فإنه ينبغى على قاضى الموضوع أن يقيم تقديره لأدلة الدعوى المطروحة عليه على أسباب سائغة ومنطقية تؤدى عقلاً إلى النتيجة التى توصل إليها وتبرر

---

<sup>1</sup> ويقصد بها أن رأى القاضى يجب أن يكون نتيجة منطقية لمقدمات صحيحة تؤدى إليه وفقاً للمنطق العادل المقبول. د/وجدى راغب - العمل القضائى - المرجع السابق - ص 523، 524. أو هى حرية القاضى فى تقدير النزاع الذى يعرض وفقاً لمنهج أو فكر منطقى بموجبه يقوم القاضى من خلال مقدمات موضوعية معروضة عليه للوصول إلى نتائج منطقية بحيث يكون حكمه الذى سيصدره نتيجة استنباط سليم قائماً على أسباب منطقية تبرره. ولذا، فإذا كان قاضى الموضوع ملزماً بتبرير كل استنتاج ينتهى إليه، فإنه يجب أن يتسم هذا التبرير بالمنطقية. أنظر فى ذلك: د/نبيل عمر - الفساد فى الاستدلال - دار الجامعة الجديدة - ط 1 - ص 20 وما بعدها & د/أحمد الصاوى - نطاق رقابة النقض - المرجع السابق - بند 68 - ص 116، 117 & د/عزى عبد الفتاح - تسبيب الأحكام - المرجع السابق - ص 462، 463 & د/أحمد المليجى - المرجع السابق - بند 23، 24 - ص 98 وما بعدها & أ/وليد الجارحى - المرجع السابق - ص 665 وما بعدها.

ما قضى به<sup>1</sup>. فإذا بنى حكمه على دليل لا أساس له فى الأوراق أو دليل غير مقبول أو كان الدليل الذى اعتمد عليه ليس من شأنه أن يؤدى عقلاً إلى ما انتهى إليه، كان حكمه مشوباً بالفساد فى الاستدلال<sup>2</sup>. وذلك حتى يكون تقديره صحيحاً

---

<sup>1</sup> الطعن رقم 1983 لسنة 81ق - جلسة 2013/1/14 ؛ والطعن رقم 372 لسنة 70ق - جلسة 2009/12/10.

<sup>2</sup> الطعن رقم 233 لسنة 69ق - جلسة 2011/2/23 ؛ والطعن رقم 1730 لسنة 66ق - جلسة 2009/11/9 ؛ والطعن رقم 1614 لسنة 74ق - جلسة 2009/12/28.

ويقصد بالفساد فى الاستدلال الاستخلاص غير السائغ إنطواء الحكم على عيب يمس سلامة الإستنباط ويكشف عن الانحراف عن المنطق السليم فى الاستدلال أو بالمخالفة لأصول المنطق وضوابطه. الطعن رقم 2893 لسنة 68ق - جلسة 2016/1/18، بحيث تنفى العلاقة المنطقية بين النتيجة التى انتهى إليها الحكم المنطوق وأسبابه الثابتة. أنظر: الطعن رقم 1828 لسنة 67ق - جلسة 2010/1/13 ؛ والطعن رقم 4511 لسنة 71ق - جلسة 2012/5/12. وبعبارة أخرى هو عدم منطقية النتيجة التى استخلصها القاضى فى منطوق حكمه من مقدمات الدعوى الثابتة بسبب وقوع خلل إزاء قيامه بعملية القياس القضائى لهذه المقدمات أدى إلى إعمال قاعدة قانونية ما كان يصح إعمالها. أنظر فى هذا المعنى: د/وجدى راغب - المرجع السابق - ص538 & د/نبيل عمر - الفساد فى الاستدلال - المرجع السابق - ص21، 22.

ويلاحظ أن البعض يعبر عن اصطلاح "المقدمات" بعبارة "الأسباب الواقعية والقانونية" معاً. أنظر: د/وجدى راغب - ذات الإشارة السابق & د/عزمى عبدالفتاح - المرجع السابق - ص490 وما بعدها. عكس ذلك: هناك من يعبر عن اصطلاح "المقدمات" بعبارة الأدلة. أنظر: د/فتحي والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - ص & د/فتحي سرور - المرجع السابق - بند146 - ص284، 285 - بند158 - ص312. وقارب: د/أحمد المليجى - المرجع السابق - بند24، 25 - ص101، 102. والطعن رقم 2752 لسنة 75ق - جلسة 2013/1/14.

قائماً على أسباب سائغة ومنطقية فى الدعوى حتى يكون بمنأى عن رقابة محكمة النقض. فثمة فارق جوهرى بين سلطة قاضى الموضوع فى تقدير الدليل ومنطقية هذا التقدير<sup>1</sup>.

ونود التنبية إلى أن خضوع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض على هذا النحو لا يتعارض مع قاعدة سلطان القاضى فى تقدير الأدلة وحرية فى الاقتناع بها واستخلاص الصحيح منها، ومن ثم تكوين رأيه وبناء حكمه عليها. فينبغى عدم الخلط بين حرية قاضى الموضوع فى تقدير الأدلة<sup>2</sup>، وبين منطقية هذا التقدير ومصدره الذى نحن بصدد شرحه. فثمة فارق جوهرى بينهما حكماً وطبيعة. فالأولى من مسائل الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض، فى حين تخضع الثانية لهذه الرقابة<sup>3</sup>. وهذا ما يعبر عنه البعض بأن محكمة النقض لا تراقب رأى القاضى ذاته، وإنما تراقب طريقة تكوين هذا الرأى<sup>4</sup>، أى تراقب مصادر اقتناع

---

<sup>1</sup> أنظر: ما تقدم - بند 88.

<sup>2</sup> أنظر بالتفصيل: ما تقدم - بند 83.

<sup>3</sup> وفى ذلك، قضى بأن لقاضى الموضوع سلطة تقدير أدلة التزوير المطروحة أمامه وفى تكوين عقيدته فى تزوير الورقة المدعى بتزويرها أو صحتها بناء على هذا التقدير ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك متى كان تقديره سائغاً. الطعون أرقام 5291 و6152 و9213 لسنة 83ق - جلسة 2014/7/1.

<sup>4</sup> د/ وجدى راغب - نظرية العمل القضائى - المرجع السابق - ص 521.

القاضي بالواقع أو مصادر السلطة التقديرية للقاضي<sup>1</sup>. وبعبارة أخرى أنها لا تراقب الأدلة الواقعية في حد ذاتها، وإنما تراقب كيفية تحقيقها وتقديرها من جانب قاضي الموضوع.

وتفريعاً على ذلك، يخضع تقدير قاضي الموضوع للدليل الذي استند إليه في الفصل في إدعاء التزوير الإلكتروني لرقابة محكمة النقض، وذلك للتحقق من منطقيته وأن استخلاصه كان استخلاصاً سائغاً. ويقصد بهذه الرقابة التحقق من قيام الحكم على أسباب واقعية سائغة مستمدة من عناصر الدعوى كما طرحها وأثبتها الخصوم بحيث يبررها المنطق والعقل وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم. مثال ذلك؛ حالة عدم اعتماد قاضي الموضوع للرأى الفنى لهيئة أيتيبدأ، فإنه يجب يُبين في حكمه الوقائع والأدلة التي تبرر مسلكه هذا. بمعنى أنه في حالة عدم اقتناع قاضي الموضوع بهذا الرأى، فإنه يجوز له عدم الأخذ به، وهذا ما يمثل سلطته، إلا أنه في هذه الحالة يجب أن يبينى حكمه على دليل له أصل في الأوراق مثبت ومقدم من الخصوم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> د/نبيل عمر - السلطة التقديرية للقاضي - المرجع السابق - بند444 - ص508 وما بعدها & د/وجدى راغب - نظرية العمل القضائى - المرجع السابق - ص535، 536.

<sup>2</sup> وهنا تظهر أهمية تسببب الأحكام الماثلة فى بيان كيفية اتخاذ القاضي قراره، ومدى إلمامه بالوقائع المطروحة عليه واستيعابه لدفاع الخصوم ومراقبة صحتها وما استخلصه منها. الطعن رقم 12683 لسنة 75 ق - جلسة 2015/2/9؛ والطعن رقم 11929 لسنة 80 ق - جلسة

---

2012/4/3؛ والظعن رقم 588 لسنة 71 ق "أحوال شخصية" - جلسة 2014/6/1؛ والظعن رقم 1321 لسنة 69 ق - جلسة 2011/2/27. وبالتالي، فالتسبيب من شأنه أن يُسلم القاضى من منظنة التحكم، ويرفع عنه الريب، ويطمئن الناس كافة والخصوم خاصة إلى حيدة ونراهة وعدالة القضاء، فضلاً عن تمكين محكمة النقض من مباشرة رقابتها. الظعن رقم 10013 لسنة 82 ق - جلسة 2016/1/14. وأنظر فى دراسة تفصيلية لأهمية التسبيب: د/عزمى عبدالفتاح - تسبيب الأحكام - المرجع السابق - ص15 وما بعدها & د/أحمد أبوالوفا - نظرية الأحكام - المرجع السابق - بند65 - ص172، 173 & أوليد الجارحى - المرجع السابق - ص566 وما بعدها.

## المطلب الثانى

### نطاق رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق إدعاء

### التزوير الإلكترونى

القاعدة أن محكمة النقض ليست محكمة موضوع، فهى لا تعيد بحث وتقدير وقائع النزاع من جديد، وإنما هى تسلم بها كما أكدها وأثبتها الحكم المطعون فيه<sup>1</sup>. فالخصومة أمام محكمة النقض ليست امتداداً للخصومة الأصلية، وإنما هى خصومة ذات طبيعة خاصة محلها مخاصمة الحكم المطعون عليه<sup>2</sup>، وذلك للتحقق من مدى صحته من حيث سلامة تطبيقه للقانون فى حدود ما عرض عليه من

---

<sup>1</sup> د/أحمد أبوالوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند644 - ص868 & د/أحمد الصاوى - الوسيط فى المرافعات - المرجع السابق - بند681 - ص1148 & د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند208 - ص612، 613 & د/نبيل عمر - الطعن بالنقض - المرجع السابق - بند13 - ص17 & د/أحمد هندى - المرجع السابق - بند317 - ص635، 636 & د/مصطفى المتولى - المرجع السابق - ص43، 44.

<sup>2</sup> الطعن رقم 2943 لسنة 62ق - جلسة 2003/2/27 ؛ والطعن رقم 6217 لسنة 65ق - جلسة 2002/11/25؛ والطعن رقم 8740 لسنة 63ق - جلسة 2001/2/4 ؛ والطعن رقم 4770 لسنة 62ق - جلسة 1999/3/14.

وقائع وطلبات وأوجه دفاع<sup>1</sup>، وذلك دون أن تتسع لإعادة نظر موضوع النزاع الذى فصل فيه قاضى الموضوع أو التطرق إلى بحث مدى صحة وعدالة حكمه.

وبالتالى، فلا يجوز طرح النزاع برمته من جديد أمام محكمة النقض<sup>2</sup>، وإنما يطرح فقط العيوب القانونية التى تشوب الحكم المطعون عليه، فهى محكمة قانون

---

<sup>1</sup> الطعن رقم 1730 لسنة 66ق - جلسة 2009/9/28 ؛ والطعن رقم 2069 لسنة 62ق - جلسة 1993/5/18 ؛ والطعن رقم 973 لسنة 51ق - جلسة 1985/3/27.

<sup>2</sup> وذلك بخلاف خصومة الاستئناف؛ فهى تعد امتداداً للخصومة الأصلية واستمراراً لها، إذ يترتب على رفع الاستئناف وإعادة طرح النزاع برمته على محكمة الاستئناف لتفصل فيه من جديد من الناحيتين القانونية والموضوعية. فرقابة الاستئناف لا تقتصر على رقابة الحكم المطعون عليه من الناحية القانونية فقط كرقابة النقض، وإنما تمتد إلى رقابته من الناحية القانونية والواقعية على السواء. الطعن رقم 1017 لسنة 70ق - جلسة 2001/3/19؛ والطعن رقم 8471 لسنة 65ق - جلسة 2002/5/2 ؛ والطعن رقم 3956 لسنة 70ق - جلسة 2003/7/6 ؛ وهذا ما يعرف بقاعدة الأثر الناقل للاستئناف. الطعن رقم 8505 لسنة 65ق - جلسة 2008/2/26. وأنظر فى هذه القاعدة: د/فتحى والى - المبسوط - ج2 - المرجع السابق - بند109 - ص565 وما بعدها & د/أحمد أبوالوفا - المرافعات - المرجع السابق - بند620 وما يليه - ص810 وما بعدها & د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - المرجع السابق - ص639 وما بعدها & د/نبيل عمر - نطاق الطعن بالاستئناف فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الأولى - ط1999 & د/أحمد هندى - المرافعات - المرجع السابق - بند306 وما يليه - ص615 وما بعدها.

وبذلك، فإذا كان لخصومة الطعن بالاستئناف أثراً ناقلاً للنزاع، فإن خصومة الطعن بالنقض ليست كذلك. فهما طريقان للطعن على الأحكام يختلفان حكماً وطبيعة وهدفاً. أنظر عكس ذلك: د/نبيل عمر - الطعن بالنقض - المرجع السابق - بند171، 172 - ص345 وما بعدها حيث



لا واقع تحاكم الحكم المطعون فيه فى شقه القانونى دون شقه الموضوعى للتحقق من صدوره بالشكل الذى نص عليه القانون<sup>1</sup>.

وتفريعياً على هذا، فإن نطاق رقابة محكمة النقض لخصومة إدعاء التزوير الإلكتروني - والتي حصرنها فى هذه الدراسة فى رقابة أدلة التزوير الإلكتروني من حيث إثباتها ومنطقية تقديرها<sup>2</sup> - يقتصر على رقابة أدلة التزوير الإلكتروني التى حققها قاضى الموضوع وأثبتها الحكم المطعون عليه، وذلك للتحقق من منطقية تقديرها وعدم فسادها وأن لها أصل فى الأوراق، فضلاً عن التثبت من عدم مخالفة تحقيقها لقواعد الإثبات الإلكتروني التى حددها المشرع، ومن ثم التحقق من حسن تطبيق قاضى الموضوع للقانون، كما سنرى بالتفصيل فى المبحث التالى.

---

يرى - رحمه الله - أن الطعن بالنقض له أثر ناقل، غير أنه يقصد به النطاق الشخصى والموضوعى للنزاع أمام محكمة النقض.

<sup>1</sup> أنظر: أ/حامد فهمى ود/محمد حامد - المرجع السابق - بند & د/فتحي والى - المبسوط - ج 2 - المرجع السابق - بند 212 - ص 624 وما بعدها & د/أحمد صاوى - نطاق رقابة محكمة النقض - المرجع السابق - بند 72 وما بعده - ص 123 وما بعدها & د/فتحي سرور - المرجع السابق - بند 226 - ص 464 & د/أحمد مليجي - المرجع السابق - بند 2 - ص 17 & د/أحمد هندی - أحكام محكمة النقض - المرجع السابق - بند 1 - ص 10، 11 & د/مصطفى المتولى - المرجع السابق - ص 46.

<sup>2</sup> كما نوهنا فى المطلب السابق - بند 86.

وفى المقابل، فإن محكمة النقض لا تملك أن تجرى تحقيقاً جديداً لإدعاء التزوير الإلكتروني الذى فصل فيه قاضى الموضوع، أو تعيد بحث وتقدير أدلة التزوير الإلكتروني التى حققها قاضى الموضوع من جديد، وإنما هى مكلفة بأن تسلم بما أثبتته وحققه الحكم المطعون عليه من أدلة فتفترض صحتها<sup>1</sup>، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، لا يصح لمحكمة النقض، وهى فى سبيل التحقق من صحة الحكم المطعون عليه، أن تبحث أدلة التزوير الإلكتروني الجديدة التى يقدمها الخصوم أمامها لأول مرة طالما لم يسبق إبدائها أمام قاضى الموضوع، لأن ذلك يقتضى تحقيقاً وتقديراً موضوعياً جديداً لواقع خصومة إدعاء التزوير الإلكتروني من جانب محكمة النقض بحيث تصبح محكمة موضوع، وهو ما تتأى عنه وظيفتها<sup>2</sup>. فهى محكمة قانون لا تنتظر إلا العيوب القانونية التى شابته الحكم المطعون عليه دون مناقشة مسائل الواقع التى تعد من إطلاقات قاضى الموضوع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ومرجع ذلك هو قاعدة سلطة قاضى الموضوع فى تقدير الأدلة التى تطرح عليه وحرية فى الاقتناع بها سائلة البيان. أنظر: ما تقدم - بند 83.

<sup>2</sup> فالقاعدة هى عدم جواز إبداء أسباب جديدة أمام محكمة النقض، بما يتمتع عليها تبعاً لذلك نظر المسائل الواقعية التى تعرض عليها لأول مرة طالما لم تقدم إلى قاضى الموضوع. أنظر: الطعن رقم 8171 لسنة 81ق - جلسة 2015/6/22 ؛ والطعن رقم 1601 لسنة 81ق اقتصادية - جلسة 2014/5/12 ؛ والطعن رقم 1325 لسنة 77ق - جلسة 2009/3/24 ؛

## المبحث الثانى

### مظاهر رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى تحقيق إدعاء التزوير الإلكترونى.

#### تمهيد وتقسيم

تتنوع مظاهر رقابة محكمة النقض على سلطة قاضى الموضوع فى تحقيق إدعاء التزوير الإلكترونى وإثباته فى ضوء النصوص التى وضعها المشرع، سواء المصرى أو الفرنسى. فهى تراقب سلطته فى إعمال قرينة صحة التوقيع والمحرر الإلكترونيين المعروفة بقرينة الموثوقية وإثبات نقيضها. كما تراقب أيضاً سلطته فى إعمال القواعد الموضوعية للإثبات الإلكترونى، وذلك على اعتبار أن هذه المسائل هى أمور قانونية بالمعنى الصحيح تخضع لرقابة محكمة النقض بحكم وظيفتها القانونية البحتة.

---

والطعن رقم 1030 لسنة 81ق - جلسة 2012/7/1. وأنظر فى دراسة تفصيلية لهذه القاعدة: & د/نبيل عمر - الطعن بالنقض - المرجع السابق - بند178 وما يليه - ص356 وما بعدها & د/أحمد هندى - المرافعات - المرجع السابق - بند325 - ص659 وما بعدها & د/فتحى سرور - المرجع السابق - بند232 وما يليه - ص470 وما بعدها & أ/وليد الجارحى - المرجع السابق - ص914 وما بعدها. وعلى وجه الخصوص، أنظر: د/أحمد صاوى - الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى & د/فكرى صيام - الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 2003.

<sup>1</sup> الطعن رقم 655 لسنة 70ق - جلسة 2010/2/9.

غير أنه لا رقابة لمحكمة النقض على سلطة قاضى الموضوع فى الأمر بالتحقيق الإلكترونى وتقدير الآراء الفنية لجهات التصديق الإلكترونى وتقدير أدلة التزوير الإلكترونى والترجيح بينها طالما كان حكمه قائماً على أسباب مقنعة وسائغة لها أصل فى الأوراق وليس بناء معلوماته الشخصية.

ولا شك أن بيان التطبيقات القضائية وتحليلها فى هذا الصدد سوف يساعد إلى حد كبير فى إجلاء طبيعة هذه الرقابة، وبيان حدوده ونطاقها، وإيضاح خصوصيتها، وهو ما يسهم بداهة إسهاماً إيجابياً فى إثراء هذه الدراسة وإيضاحها. لاسيما قضاء محكمة النقض الفرنسية الذى اجتهد فى إبراز هذه الرقابة<sup>1</sup>.

ولإيضاح ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب متتالية على النحو التالى.

المطلب الأول: رقابة محكمة النقض على أعمال القاضى لقرينة الموثوقية.

المطلب الثانى: رقابة محكمة النقض التزام القاضى بالقواعد الموضوعية للإثبات الإلكترونى.

---

<sup>1</sup> والمنشورة على الموقع الإلكترونى لمحكمة النقض الفرنسية. أنظر فى عنوان هذا الموقع:

المطلب الثالث: رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى فى الأمر بالتحقيق  
الإلكترونى وتقدير أدلة التزوير الإلكتروني.

## المطلب الأول

### رقابة محكمة النقض على أعمال القاضى لقرينة الموثوقية

مضت الإشارة إلى أن كلا المشرعين المصرى والفرنسى قد تبنى قرينة الموثوقية بنصوص قانونية صريحة لتفادى صعوبات الإثبات الإلكتروني، إذ بمقتضاها يفترض صحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين وتأكيد جدارتهما فى إثبات المعاملات الإلكترونية دون حاجة إلى إثبات صحتها<sup>1</sup>. وقرينة الموثوقية بحسب طبيعتها هى قرينة قانونية بالمعنى الفنى للكلمة. كما أنها تقبل إثبات عكسها شأنها شأن القرائن القانونية<sup>2</sup>.

وعلى ذلك، فإن نشاط قاضى الموضوع فى أعمال قرينة الموثوقية يتبلور فى عملين؛ الأول التحقق من توافر شروط إنطباق هذه القرينة التى حددها المشرع إذا أخذ بها. والثانى إتاحة الفرصة للخصم الذى تقررت ضده هذه القرينة لإثبات عكسها. وفيما يلى بيان حدود رقابة محكمة النقض على هذين العملين.

### أولاً رقابة سلطة القاضى فى التحقق من شروط قرينة الموثوقية

---

<sup>1</sup> أنظر فى مفهوم قرينة الموثوقية وموقف المشرعان بشأنها: ما تقدم - بند 54، 55.

<sup>2</sup> أنظر فى الطبيعة القانونية لقرينة الموثوقية: ما تقدم - بند 57، 58.

إذا كانت قرينة الموثوقية على النحو المتقدم أساسها هو نص القانون، فإن سلطة قاضى الموضوع تنحصر فى التحقق من توافر الشروط اللازمة لانطباقها التى نص عليها المشرع، دون أن تمتد إلى سلطة تقديرها<sup>1</sup>. وعمل القاضى هنا يعد - بداهة - عملاً قانونياً يخضع لرقابة محكمة النقض، وذلك لكونه يتحقق من مسألة قانونية وضعها المشرع وقيده بها.

وعلى ذلك، فإنه يتوجب على قاضى الموضوع إذا أخذ بقرينة الموثوقية أن يتحقق من توافر شروط أعمالها وقيامها. فيقع عليه عبء التحقق من أن التوقيع الإلكتروني هو توقيع رقمى تم إنشائه وفقاً لأنظمة التشفير الآمنة، وتم التصديق عليه لدى جهات التصديق الإلكتروني بحيث يكون محفوظاً فى سجلاتها الإلكترونية ومصحوباً بشهادة تصديق الإلكتروني بواسطتها يتم التحقق من صحته<sup>2</sup>. وبالتالي، فإذا لم يأخذ القاضى بقرينة الموثوقية رغم توافر شروط انطباقها - وطالما أن الخصم الذى تقررت لصالحه قد أثبتها<sup>3</sup> - أو أغفل التحقق من قيام

---

<sup>1</sup> حيث تنعدم سلطة قاضى الموضوع فى تقدير قرينة الموثوقية. وقيامه بالتحقق من شروط أعمالها لا يمس تقديرها باعتبارها استنباط فرضه المشرع لا يجوز لقاضى الموضوع تقديره. أنظر بالتفصيل فى سلطة القاضى فى تقدير قرينة الموثوقية: ما تقدم - بند 59 وما يليه.

<sup>2</sup> أنظر فى شروط قرينة الموثوقية: ما تقدم - بند 55.

<sup>3</sup> ويكون ذلك عن طريق تقديم شهادة التصديق الإلكتروني، فهى مناط توافر قرينة الموثوقية حيث بموجبها يمكن التحقق من أمن التوقيع الإلكتروني وصحته. أنظر فى ذلك: الإشارة السابقة.

هذه الشروط، كان ذلك بمثابة تجاهل لأحكام القانون يعيب حكمه بعبء مخالفة القانون، وهو ما يعد وجهاً من أوجه الطعن بالنقض.

ويشترط لإعمال محكمة النقض لرقابتها في هذا الخصوص أن يكون الخصم الذى تقررت قرينة الموثوقية لصالحه قد تمسك بها أمام قاضى الموضوع<sup>1</sup> على نحو صحيح وبشكل جازم<sup>2</sup>. فلا يصح إثارة هذه المسألة لأول مرة أمام محكمة النقض، وذلك على اعتبار أن التمسك بالقرائن القانونية من الدفوع القائمة على الواقع التى يتعين عرضها على محكمة الموضوع<sup>3</sup>. والقاعدة هى عدم جواز التمسك بالدفوع التى تخالط الواقع لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>4</sup>.

**وتطبيقاً لذلك،** أنه فى إحدى الدعاوى المقامة من مالك عقار ضد مستأجر لطره من الشقة محل الإيجار، قدم المستأجر إلى محكمة الاستئناف رسالة

---

<sup>1</sup> من المقرر أن التمسك بالقرائن القانونية إنما يكون من صاحب المصلحة، وليس لقاضى الموضوع أن يتصدى لها من تلقاء نفسه. الطعن رقم 11 لسنة 49ق - جلسة 1983/1/2.

<sup>2</sup> فالعبارة فى الطلبات هى بالطلبات الجازمة الختامية التى يتمسك بها صاحبها بشكل صريح طوال سير الخصومة. أنظر: الطعن رقم 125 لسنة 68ق - جلسة 2008/10/22؛ والطعن رقم 16332 لسنة 77ق - جلسة 2009/4/27.

<sup>3</sup> الطعن رقم 134 لسنة 41ق - جلسة 1976/1/19س 27 ص 240 & الطعن رقم 394 لسنة 44ق - جلسة 1978/3/14س 29 ص 735.

<sup>4</sup> الطعن رقم 562 لسنة 69ق - جلسة 2012/1/18؛ والطعن رقم 747 لسنة 67ق - جلسة 2011/3/9؛ والطعن رقم 655 لسنة 70ق - جلسة 2010/2/9.



إلكترونية مرسله إليه من المالك تفيد رغبته في تجديد العقد، قام المالك بدوره بأنكرها وجد حجيتها القانونية. فقضت محكمة الاستئناف بعدم قبول دعوى مالك العقار استناداً إلى عدم تقديمه الدليل على عدم صحة الرسالة الإلكترونية باعتباره الخصم المنازع في صحتها. تم الطعن بالنقض على هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية، فقضت بنقض حكم محكمة الاستئناف تأسيساً على عدم التزامها بالتحقق من توافر شروط صحة المحرر الإلكتروني ومدى قيام قرينة الموثوقية المنصوص عليها بالتقنين المدني بشأن الرسالة الإلكترونية، وكان على المتمسك بهذه الرسالة - وهو المستأجر - أن يقيم الدليل على صحتها، وهو ما يعد بمثابة مخالفة لأحكام القانون<sup>1</sup>.

**والواقع أن قضاء محكمة النقض الفرنسية في رأينا جدير بالاعتبار، وذلك لأن النزاع يدور في جوهره حول مدى توافر قرينة الموثوقية في الرسالة الإلكترونية المقدمة من المستأجر حتى يفترض صحتها دون حاجة إلى إثبات ذلك. ولذا، فقد كان يتوجب على محكمة الاستئناف في هذا الصدد أن تتحقق من توافر الشروط القانونية لقيام قرينة الموثوقية التي بينها القانون المدني، وهي أن تكون الرسالة الإلكترونية مذيلة بتوقيع إلكتروني آمن ومصدق عليه لدى جهات التصديق**

---

<sup>1</sup> Cour de Cassation Cass Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2010, No 09-68.555.

منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية.

الإلكترونى ومحفوظ فى سجلاتها الإلكترونية. وإذا اقتصر دور المتمسك بالرسالة الإلكترونية - وهو المستأجر - على التمسك بها دون تقديم الدليل على موثوقيتها وأمنها، فإنه يكون ملزماً بإثبات صحتها وتوافر الشرائط القانونية اللازمة لصحة المحررات الإلكترونية حال إنكار المدعى عليه لهذه الرسالة. وحيث أنه عجز عن ذلك، فإنه لا مناص والحال كذلك سوى اعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة بحيث لا تصلح وحدها كدليل إثبات ما لم يعزز بدليل آخر<sup>1</sup>. وعلى هذا، يكون حكم محكمة الاستئناف فى غير محله معيباً بمخالفة أحكام القانون وتطبيقه، وهو ما يخضع بداهة لرقابة محكمة النقض.

### ثانياً رقابة سلطة القاضى فى إثبات عكس قرينة الموثوقية

اعتبر المشرعان المصرى والفرنسى قرينة الموثوقية - كما أسلفنا - من القرائن البسيطة التى تقبل إثبات العكس<sup>2</sup>. ونتيجة لهذا، فلا يجوز لقاضى الموضوع الاعتماد على هذه القرينة كدليل على إثبات صحة المحرر الإلكتروني، إلا بعد

---

<sup>1</sup> أنظر فى ذلك: ما تقدم - بند 75.

<sup>2</sup> ويلاحظ أن إثبات العكس لا يقصد به إثبات عدم صحتها، وإنما يقصد به إثبات عدم تطابقتها لواقع الحال، وذلك بإثبات عدم توافر شروط انطباقها. أنظر مفهوم إثبات عكس قرينة الموثوقية وطرقه: ما تقدم - بند 61.

عرضها على الخصم الذى تقررت ضده والسماح له بإثبات نقيضها، إعمالاً لمبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المساواة بين الخصوم<sup>1</sup>.

وبذلك يقع على قاضى الموضوع عبء إتاحة الفرصة للخصوم لإثبات عكس قرينة الموثوقية. ونشاطه فى ذلك هو عمل قانونى يخضع لرقابة محكمة النقض. وتبعاً لهذا، فإذا طلب الخصم المتمسك ضده بقرينة الموثوقية إثبات عكسها، فإنه يتوجب على قاضى الموضوع إجابته إلى طلبه، وإلا كان حكمه عرضةً للطعن عليه بالنقض لمخالفة أحكام القانون.

وفى المقابل، فإنه لا رقابة لمحكمة النقض على عمل قاضى الموضوع فى تقديره للدليل المناهض لقرينة الموثوقية باعتباره من مسائل الواقع التى تخضع - كما سنرى فيما بعد - لسلطة قاضى الموضوع التقديرية طالما كان تقديره فى ذلك قائماً على أسباب موضوعية سائغة ولها أصل فى الأوراق.

---

<sup>1</sup> أنظر فى سلطة قاضى الموضوع فى إثبات عكس قرينة الموثوقية: ما تقدم - بند 62.

## المطلب الثانى

### رقابة احترام القاضى للقواعد الموضوعية للإثبات الإلكترونية

أفرد المشرع المصرى ونظيره الفرنسى على النحو السالف بيانه مجموعة من القواعد الموضوعية لتنظيم إثبات صحة المحرر الإلكتروني تتواءم مع خصوصياته باعتباره اتفاقاً يتم إلكترونياً عبر شبكة الانترنت دون التقاء أطرافه فى مكان مادي معين. وتشتمل هذه القواعد على بيان الشروط الموضوعية لصحة المحرر الإلكتروني وبيان قوته، وتحديد من يقع عليه من الخصوم عبء الإثبات الإلكتروني، وتفصيل طرقه وأحوال اختيار كل طريق<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ولقد أورد المشرع المصرى تنظيم هذه القواعد لطابعها الإلكترونية الخاص فى قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية كقانون مستقل نأى به عن المسائل الإجرائية والتي أحالها إلى قانون الإثبات على سند أنه ليس لها أية خصوصية. وهذا هو ذات نهج المشرع الفرنسى حيث اكتفى بتنظيم القواعد الموضوعية للإثبات الإلكتروني بالتقنين المدنى وإن لم يفرغ لها قانون مستقل كالمشرع المصرى. أنظر فى ذلك: ما تقدم- بند64.

ولا شك في أن سلطة قاضي الموضوع في تكوين عقيدته تكون مقيدة بتلك القواعد حال فصله في إدعاء التزوير الإلكتروني، وهو في ذلك يخضع بداهة لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>. وفيما يلي بيان صور هذه الرقابة.

### أولاً رقابة التزام القاضي بالقوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني

أشرنا فيما سبق أن المحرر الإلكتروني قد أصبح يتمتع بالحجية القانونية في الإثبات أسوة بالمحرر التقليدي، وذلك شريطة استيفائه مجموعة من الشروط هي؛ أن يكون التوقيع الإلكتروني خاصاً بصاحبه ومرتبطاً به، وأن يكون خاضعاً لسيطرة الموقع، وإمكانية كشف أى تعديل يطرأ على بيانات التوقيع والمحرر الإلكترونيين، فضلاً عن ضرورة حفظ المحرر الإلكتروني وفقاً لنظام تقنى آمن يحافظ عليه ويضمن صحته وسلامته<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> فمن المقرر أن الفصل في الدعوى دون بيان القانون الواجب التطبيق أو يعرض قواعد الإثبات الواجب إعمالها، أو بيان عبء الإثبات، هو قضاء معيب يخضع لرقابة النقض. أنظر: الطعن رقم 979 لسنة 73 ق - جلسة 2006/4/11.

<sup>2</sup> أنظر في هذه الشروط : ما تقدم - بند 14 وما يليه.

ولذلك, فإنه ينبغي على قاضى الموضوع الالتزام بالقوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني بما لا يصح له إهداره طالما أنه استوفى الشروط القانونية المتقدمة, فيقع عليه عبء التحقق والتثبت من توافر هذه الشروط<sup>1</sup>.

واعتراف قاضى الموضوع بالمحرر الإلكتروني وتحققه من حيازته للشروط التى نص عليها المشرع على هذا النحو, إنما هى مسائل قانونية يخضع فى تقديرها لرقابة محكمة النقض<sup>2</sup>.

والواقع أن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت سلطة قاضى الموضوع فى التثبت من توافر شروط صحة المحرر الإلكتروني التى حددها المشرع لرقابتها حيث راقبت عمل قاضى الموضوع فى هذا الصدد باعتباره عملاً قانونياً يخضع لرقابتها. ومن تطبيقاتها فى هذا الشأن ما قضت به أن قاضى الموضوع يكون

---

<sup>1</sup> Cour de Cassation Cass. Com, 2 decembre 1997, case no. 95-14-251. Et Voir: CAPRIOLI, Le juge et la preuve électronique, op. cit., P. 8.

<sup>2</sup> استناداً إلى قاعدة التزام قاضى الموضوع باستظهار الحكم القانونى الصحيح الذى ينطبق على الواقعة المطروحة عليه وأن ينزله عليها. الطعن رقم 20952 لسنة 77ق - جلسة 2014/2/27 ؛ والطعن رقم 6853 لسنة 79ق اقتصادية - جلسة 2016/5/10.

ملزماً بالتحقق من توافر الشروط القانونية لصحة المحرر الإلكتروني إذا نازع أحد الخصوم في صحته، وهو في ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>.

كذلك أنه في إحدى الدعاوى طلب وكيل المدعى الحكم بصحة التوقيع الإلكتروني موكله المقدم بياناته الإلكترونية ذات الطابع السرى في الدعوى، فقضت محكمة الاستئناف برفض طلبه لعدم توافر شرط سيطرة الموقع على توقيعه الإلكتروني، حيث أن قيام المدعى بتقديم بيانات توقيعه الإلكتروني إلى محاميه والذي قام بدوره بإيرادها بصحيفة الدعوى المقدمة إلى المحكمة ترتب عليه انتقال حيازة التوقيع الإلكتروني من الموقع إلى حيازة شخص الغير. وقد أيدت محكمة النقض هذا النظر<sup>2</sup>.

ومن أحكام القضاء المصري في هذا الخصوص، أنه في أحد الدعاوى أقام المدعى دعواه بغية القضاء له بتعويض مادي وأدبى جراء فعل الشركة المدعى

---

<sup>1</sup> Cour de Cassation Cass Civ. 2<sup>e</sup>, 23 sept. 2010, No 09-68.367. & Cass Civ. 1<sup>e</sup>, 20 mai. 2010, No 09-65.854.

منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية.

<sup>2</sup> Voir: Cour de Cassation, Cass. 2<sup>e</sup>. Civ., 30 Avr., 2003. No. 2003-018798.

منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية. وأنظر في تعليقنا على هذا الحكم: ما تقدم - بند 21.

عليها بوقف خطوط التليفون المحمول التي اشتراها المدعى بوصفه موزع معتمد للشركة المدعى عليها التي تعمل في مجال الاتصالات، فدفعت الشركة بأن البريد الإلكتروني الخاص بها غير معترف به. وتم ندب أحد الخبراء في الدعوى وأدع تقريره بالاوراق. فقضت المحكمة بالزام الشركة المدعى عليها بصفتها بأن تؤدي للمدعى مبلغ .... تعويضاً عن الأضرار المادية والادبية تأسيساً على تقرير الخبير وعدم إنكار الشركة المدعى عليها عنوان بريدها الإلكتروني الذي تضمن قيام الشركة ببيع خطوط التليفون المحمول للمدعى والذي اعتبرته من قبيل المحررات الإلكترونية وفقاً لأحكام المواد 1، 15، 16 من قانون التوقيع الإلكتروني وأنه مستوفى للشرائط القانونية اللازمة لمنح المحررات الإلكترونية الحجية القانونية في الإثبات المنصوص عليها بالمادة 8 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون<sup>1</sup>.

**والواقع أن هذا القضاء في تقديرنا ليس في محله، فهو لا يتفق مع المنطق القانوني السليم، وذلك لأنه منح البريد الإلكتروني الحجية القانونية الكاملة في الإثبات استناداً إلى توافر الشروط التي نصت عليها المادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني دون التحقق والتثبت من حيازته للشرائط القانونية التي نصت عليها المادة 18 من هذا القانون للاعتراف له بالدلالة القانونية الكاملة في الإثبات. بمعنى أن قاضى الموضوع لم يتحقق من كون البريد الإلكتروني**

---

<sup>1</sup> حكم المحكمة الاقتصادية في الدعوى رقم 41 لسنة 2013 - جلسة 2015/1/31.



مذيلاً بتوقيع إلكتروني أمن من عدمه، بمعنى التحقق من ارتباط البريد الإلكتروني بصاحبه ومدى تعرضه للتعديل من عدمه. ولا يقدح في ذلك ما انتهى إليه الحكم من عدم إنكار الشركة المدعى عليها عنوان بريدها الإلكتروني، وذلك لأن التحقق من هذه الشروط هي مسألة قانونية يتعين على قاضي الموضوع أن يتحقق منها من تلقاء نفسه لاسيما وأن الشركة المدعى عليها قد تمسكت بأن بريدها الإلكتروني غير معترف به<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> وفي تأييد ذلك، قضت محكمة نيويورك بأنه على الرغم من أن البريد الإلكتروني يعد وسيلة اتصال حديثة تشابه الرسائل البريدية إلا أنه ليس كافياً للاعتداد به، فهو مجرد موقع افتراضي على شبكة الانترنت قابل للتعديل والتحريف. أنظر في هذا الحكم:

Eprints. Qut.edu.au/15830/4/04chapter3.pdf.

وكذلك ما قضى القضاء البريطاني من أن وضع الشخص اسمه وعنوانه الإلكتروني لا يعتبر توقيماً إلكترونياً إذ ليس من شأنه النهوض بوظيفة التوقيع الإلكتروني. أنظر في هذا الحكم:

Mehtavy Pereira fernandes, SA 2006, EWCA13 ch, AT;

<http://www.ibls.com/interent-law-news-Portal>.

عكس ذلك: أنه في أحد الدعاوى أقام المدعى دعواه ضد المدعى عليه بالتعويض لإنهاء عقد إيجار قطعة أرض زراعية استناداً إلى العقد المبرم بينهم عبر البريد الإلكتروني، نازع المدعى عليه في توافر شرطى الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في البريد الإلكتروني. فقضت المحكمة العليا في سنغافورة بالزام المدعى عليه بالتعويض لإنهاء عقد الإيجار استناداً إلى انعقاده عبر البريد الإلكتروني والذي منحه الحجة القانونية على سند من القول أنه يحمل اسم مرسله. أنظر وثيقة الاونسترال 2006 - بشأن أحكام المحاكم المتعلقة بالقانون النموذجي للتحكيم - الصادرة في 2006/9/1 - ص6. والواقع أن هذا القضاء محل نظر على النحو المبين في المتن.

## ثانياً رقابة سلطة القاضى فى تحديد عبء الإثبات الإلكتروني

نظم كلا المشرعين المصرى والفرنسى عبء الإثبات الإلكتروني مفرقاً بين المحرر الإلكتروني الأمن ونظيره غير الأمن<sup>1</sup>، حيث افترض صحة المحرر الأول بحيث لا يكلف الخصم المتمسك به بإثبات صحته وحيازته لشرائطه القانونية، وإنما يقع عبء الإثبات على الخصم المنازع فيه ليثبت بدوره عدم صحته، وذلك لكونه مذنباً بتوقيع رقمى آمن ومصداقاً عليه لدى جهات التصديق الإلكتروني، بحسبان أن واقعة التصديق الإلكتروني - بمفهومها الموسع - تعد قرينة على صحة المحرر الإلكتروني والمعروفة بقرينة الموثوقية، وهذا هو الدور الرئيسى لهذه القرينة<sup>2</sup>. وعليه، فإن عبء الإثبات الإلكتروني يقع على الشخص الذى يدعى عدم صحة المحرر الإلكتروني، وذلك إعمالاً لقاعدة أن الأصل فى الإجراءات هو صحتها وأن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته<sup>3</sup>.

أما المحرر الإلكتروني غير الأمن، فهو محرر غير آمن بطبيعته حيث لا يقترن به أية وسائل فنية أمنه وتؤكد صحته، ومن ثم لا يفترض صحته.

---

1 ولمزيد من التفرة بين المحررين، أنظر: ما تقدم - بند9.

<sup>2</sup> أنظر دور قرينة الموثوقية: ما تقدم - بند56.

<sup>3</sup> الطعن رقم 386 لسنة 65ق - جلسة 2000؛ والطعن رقم 440 لسنة 95ق - جلسة 1993/4/4.

وبالتالى، فيقع عبء إثبات صحته على الخصم المتمسك به، كما هو الحال بالنسبة للكتابة الإلكترونية الذى لا تحمل توقيع صاحبها<sup>1</sup>.

وهكذا، فإن قاضى الموضوع يلتزم باحترام القواعد المتقدمة بخصوص تحديد الخصم المكلف بإثبات صحة المحرر الإلكتروني، وهو فى ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض بحيث تتعدم سلطته التقديرية فى هذا الصدد. فليس له أن يعين الخصم الذى يكلف بالإثبات الإلكتروني، أو قلب عبء هذا الإثبات من عاتق الشخص المكلف به إلى خصمه.

**وتطبيقاً لذلك، أنه فى إحدى الدعاوى، أقام أحد البنوك بصفته مدعى دعواه بمطالبة أحد عملائه بقيمة القرض التى منح له على سند من القول أنه تعاقد مع البنك على اقتراض قرضاً، ورفضه سداًه ، وقدم البنك صورة من عقد القرض، نظراً لفقده أصل العقد وعدم وجوده بسجلاته الإلكترونية، فرفضت محكمة الاستئناف منح صورة عقد القرض الحجية القانونية فى الإثبات استناداً إلى عدم وجود أصل هذا العقد. وقضت بأنه إذا كان المدعى البنك قد عجز عن إثبات توافر شروط هذه الحجية التى نص بينها القانون، فإن عبء الإثبات يقع على**

---

<sup>1</sup> أنظر بالتفصيل: ما تقدم - بند 75.

عائق العمل ليثبت بدوره عدم صحة صورة العقد. فطعن على الحكم بالنقض فقضت بنقض الحكم وذلك لمخالفته أحكام عبء الإثبات<sup>1</sup>.

ونحن نتفق مع قضاء محكمة النقض الفرنسية، وذلك لأن المحرر الإلكتروني المائل في عقد القرض هو مجرد صورة ليس لها أصلاً في السجل الإلكتروني للبنك المدعى، بما لا يصح معه افتراض صحته وإعفاء البنك من إثبات ذلك وتكليف الشخص المدعى عليه بالإثبات كما اتجهت محكمة الاستئناف. فإذا كانت الأخيرة قد رفضت الاعتراف بصحة صورة عقد القرض لفقدان أصله، وهو مسلك محمود، إلا أنها - في ذات الوقت - خالفت قواعد عبء الإثبات الإلكتروني حيث نقلته من عاتق البنك المتمسك بصورة عقد القرض وألقت به على كاهل الشخص المنازع فيه، وهو ما يخالف أصول الإثبات الإلكتروني والذي يقتضى التزام البنك بإثبات صحة المحرر الإلكتروني المائل في عقد القرض الذي لا أصل له، باعتباره محرراً غير آمن بمفهومه المتقدم.

---

<sup>1</sup> Cour de Cassation Cass. Chambre civile, 13 Novembre 2008, case no. 08-10.456.

منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية.

وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر حيث قضت بأنه مادام أن المحرر الإلكتروني مصدقاً عليه إلكترونياً لدى جهات التصديق الإلكتروني، فإن عبء إثبات عدم صحته يقع على الخصم الذي يدعى خلاف ذلك. وإذا التزم قاضي الموضوع بذلك بأن نقل عبء الإثبات من عاتق الشخص المتمسك بالمحرر الإلكتروني إلى خصمه، فإنه حكمه يكون صحيحاً متفقاً وأحكام القانون.

على أنه تجدر ملاحظة أنه يجوز للخصوم الاتفاق على نقل عبء الإثبات من أحدهما إلى الآخر<sup>1</sup>. ومن ثم فإذا ارتضى أحد الخصوم أثناء نظر إدعاء التزوير الإلكتروني أمام قاضي الموضوع تحمل عبء الإثبات، فليس له بعد ذلك أن يعيب عليه أمام محكمة النقض نقله عبء الإثبات الإلكتروني وعدم تقيده بقرينة الموثوقية<sup>2</sup>.

### ثالثاً رقابة التزام القاضى بطرق الإثبات الإلكتروني

---

<sup>1</sup> أنظر بالتفصيل في اتفاق الأطراف حول مخالفة قواعد الإثبات الإلكتروني: ما تقدم - بند 76.

<sup>2</sup> فمن المسلم به أن القواعد المنظمة لعبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام بما يصح الاتفاق على خلافها. وبالتالي، فإذا لم يعترض الخصم على تحمله عبء الإثبات في البداية، فإنه لا يملك النعي بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض. الطعن رقم 9868 لسنة 80 ق - جلسة 2010/1/12؛ والطعن رقم 3859 لسنة 67 ق - جلسة 2012/3/11.

حدد المشرع المصرى عدة طرق فنية للتحقق من صحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين هي؛ الفحص الإلكتروني، والمضاهاة الالكترونية - سواء باستخدام تقنية المفتاحين أو شهادة التصديق الإلكتروني-، والبصمة الجذرية لشهادة التصديق الإلكتروني<sup>1</sup>. وبالتالي، فإذا أمر قاضى الموضوع بالتحقيق الإلكتروني، تعين عليه تحديد الطريقة التى ستجرى بها عملية التحقيق الإلكتروني، فهو مقيد بإتباع ما نص عليه القانون، ونشاطه فى هذا الصدد يخضع لرقابة محكمة النقض. وهذا هو ذات المسلك الذى تبناه المشرع الفرنسى حيث تبنى تقنية الفحص الإلكتروني، والمضاهاة الالكترونية كطريقتين فنيين للتحقق من صحة التوقيع والمحرم الإلكترونيين<sup>2</sup>.

وعلى ذلك، فليس لقاضى الموضوع تحقيق إدعاء التزوير الإلكتروني بخلاف الطرق التى يتطلبها المشرع فى هذا الصدد. فهو مقيد فى تكوين عقيدته بهذه الطرق، وفى الحدود التى رسمها لها، بما لا يصح له قبول سواها. فلا يجوز

---

<sup>1</sup> أنظر فى هذه الطرق: ما تقدم - بند 77 وما يليه.

<sup>2</sup> الإشارة السابقة.

له، مثلاً، الإثبات بشهادة الشهود<sup>1</sup>، وإلا كان قضاؤه في هذا الخصوص باطلاً وعرضه للنقض، لاستناده إلى دليل غير جائز الأخذ به قانونياً<sup>2</sup>.

غير أنه ينبغي ملاحظة أن طرق الإثبات الإلكترونية سالفه الذكر ترتبط بالتوقيع الرقمي وجود وعدمه. وبالتالي، فلا يتم اللجوء إليها في حالة كون التوقيع الإلكتروني توقيعاً غير رقمي أو كونه ليس مصداقاً عليه لدى جهات التصديق الإلكتروني أو كون المحرر الإلكتروني مجرد كتابة إلكترونية خالية من التوقيع الإلكتروني لصاحبها. وهذا هو المستفاد من نص المادة 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني<sup>3</sup>.

وإعمالاً لذلك، قيدت محكمة النقض الفرنسية التزام قاضي الموضوع باللجوء إلى التحقيق الإلكتروني ومباشرته إجراءاته بالطرق التي بينها القانون بضرورة قيام مقومات المحرر الإلكتروني، وعلى وجه الخصوص أن يكون مذيلاً بتوقيع إلكتروني وأن يتم حفظه إلكترونياً، بحيث إذا ظهر له أن المحرر الإلكتروني

---

<sup>1</sup> أنظر: ما تقدم - بند 67.

<sup>2</sup> وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه ليس لقاضي الدعوى أن يحصل فهم الواقع منها إلا بالدليل القانوني الذي يجوز الاستدلال به في صورتها وبشرط أن يقع هذا الاستدلال على الوجه المبين بالقانون، والقاضي في التقيد بذلك يخضع لرقابة النقض. أنظر: أ/حامد فهمي ود/محمد فهمي - المرجع السابق - ص 138 - هامش 1.

<sup>3</sup> أنظر: ما تقدم - بند 77.

لا يحمل توقيعاً إلكترونياً أو كان مجرد صورة لا أصل لها، فلا الزام على قاضى الموضوع بإتخاذ إجراءات وطرق التحقق من صحته، وذلك لأن المحرر الإلكتروني هنا لا يعدو أن يكون مجرد كتابة إلكترونية لا تحمل توقيعاً إلكترونياً. وأن مجرد إنكار الشخص المنازع فيها يفقدها حجيتها القانونية دون حاجة إلى اللجوء إلى التحقيق الإلكتروني<sup>1</sup>.

**ومن تطبيقات ذلك، أن ثمة دعوى مقامة ضد أحد الجمعيات لقيامها بنشر مقال على موقعها الإلكتروني بتشويه سمعة زوجين، وقدم الزوجين المدعين دليل ذلك عبارة عن صورة مطبوعة لهذا المقال أنكرتها الجمعية المدعى عليها. فقضت محكمة الاستئناف برفض الدعوى تأسيساً على أن إنكار الجمعية المدعى عليها لصورة المقال سند الدعوى. طعن بالنقض على هذا الحكم، فقضت محكمة النقض بتأييده على اعتبار أن المقال المطبوع مجرد صورة لا تتوفر فيها شروط حجية الصور المنسوخة للمحررات الإلكترونية. ومن ثم فيكفى لدحض حجيتها مجرد**

---

<sup>1</sup> Voir: Cour de Cassation, Cass. Ch. Civ., 1, 13 Nov., 2008, Cass No, 08-10.456. & Cour de Cassation, Cass. 1re Civ., 30 Sept., 2010, Cass No, 09-68.555.



انكرتها وعدم الاعتراف بها. وفي هذا الصدد، لا يكون قاضى الموضوع ملزماً بالجوء إلى التحقيق الإلكتروني<sup>1</sup>.

ونحن نتفق مع هذا الحكم، وذلك لأنه يتفق مع القواعد العامة فى الإثبات والتي تقضى بأنه لا حجية لصور المحررات ولا قيمة لها فى الإثبات إذا أنكرها المنسوبة إليه إذ هى لا تحمل توقيعه<sup>2</sup>. وهذا ما أخذ به المشرع المصرى بالمادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cour de Cassation, Cass.1re Civ., 22 Juin., 2006, Cass No, 05-15.676.

<sup>2</sup> الطعن رقم 630 لسنة 53ق - جلسة 1988/3/31 ؛ والطعن رقم

<sup>3</sup> والتي تنص على أن الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمى حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الإلكتروني الرسمى والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية.

### المطلب الثالث

## رقابة سلطة القاضى فى الأمر بالتحقيق الإللكترونى وتقدير أدلة الإللكترونى

98- لعل من صور السلطة التقديرية لقاضى الموضوع حال فصله فى إيداع التزوير الإللكترونى؛ سلطته فى الأمر بالتحقيق الإللكترونى أو الاستغناء عنه. وكذلك سلطته فى تقدير أدلة التزوير الإللكترونى وترجيحها، وعلى وجه الخصوص الآراء الفنية لجهات التصديق الإللكترونى "أيتيدا". فحينما يمارس قاضى الموضوع هذه السلطات، فإنه يتمتع بحرية واسعة بحسبانه الخبير الأعلى فى الدعوى. ورغم ذلك، فإن هذه السلطات ليست بمنأى عن رقابة محكمة النقض. وفيما يلى بيان صور رقابة محكمة النقض على هذه السلطات وضوابطها.

### أولاً رقابة سلطة القاضى فى الأمر بالتحقيق الإللكترونى

سبق القول أن قاضى الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية موسعة فى اللجوء إلى التحقيق الإللكترونى بواسطة جهات التصديق الإللكترونى أو الاستغناء عنه، وذلك لأن الأمر بالتحقيق - وهو فى الغالب يأخذ حكم تمهيدى بنذب الخبير - فى

حد ذاته ليس حقاً مقررًا للخصوم، وإنما هو رخصة من الرخص المخولة لقاضى الموضوع، فله وحده تقدير لزومه أو عدم لزومه<sup>1</sup>.

فإذا كان من اللازم على قاضى الموضوع التحقق من حيازة المحرر الإلكتروني لشرائطه القانونية مناط تمتعه بالقوة القانونية فى الإثبات، فإن ذلك ليس مؤداه التزامه بإحالة الدعوى إلى التحقيق الإلكتروني وسلب سلطته التقديرية فى هذا الخصوص، وإنما هو يتمتع بسلطة كاملة فى تقدير مدى الحاجة إلى اللجوء إلى التحقيق الإلكتروني من عدمه، دون رقابة عليه من جانب محكمة النقض.

غير أنه يشترط لإطلاق سلطة قاضى الموضوع فى هذه المسألة أن يكون بأوراق الدعوى أدلة ومستندات - مقدمة ومثبتة بواسطة الخصوم - تكفى فى حد ذاتها للفصل فى إدعاء التزوير الإلكتروني والرد على حجج الخصوم<sup>2</sup>، بحيث تغنيه عن إجراء هذا التحقيق، وإلا كان حكمه مشوباً بالفساد فى الاستدلال<sup>3</sup>. ويخضع بذلك لرقابة محكمة النقض. وتطبيقاً لهذا، حكمت محكمة النقض بأنه ينبغى على قاضى الموضوع فى حالة الاستغناء عن اللجوء إلى التحقيق أن يبين فى أسبابه

---

<sup>1</sup> أنظر: ما تقدم - بند 71 وما يليه.

<sup>2</sup> أنظر: الطعن رقم 767 لسنة 76 ق - جلسة 2010/5/27.

<sup>3</sup> أنظر فى مفهوم الفساد فى الاستدلال وخصوصيته: ما تقدم - بند 88.

حكمه العناصر والمستندات التي كون منها عقيدته وإلا كان حكمه قاصراً  
التسبيب<sup>1</sup>.

كذلك يكون قاضى الموضوع ملزماً بإحالة الدعوى للتحقيق بواسطة الخبراء  
إذا كان ذلك هو الوسيلة الوحيدة لإثبات الدعوى بما لا يصح له رفضه ما لم يتوافر  
سبب معقول مبرر له<sup>2</sup>. وفى ذلك قضت محكمة النقض بتقضى الحكم المطعون  
عليه تأسيساً على رفضه طلب الطاعن بنذب خبير فى الدعوى لإثبات مدعاه دون  
بيان سبب ذلك<sup>3</sup>. كما قضت بأنه رفض الحكم المطعون فيه إجابة طلب الطاعنين  
بإحالة الدعوى للتحقيق لإثبات دفاعهم رغم أنه وسيلتهم الوحيدة فى الإثبات، فإنه  
يكون قد خالف القانون وأخل بحقهم فى الدفاع<sup>4</sup>.

ثانياً رقابة سلطة القاضى فى تقدير أدلة التزوير الإلكتروني.

---

<sup>1</sup> الطعن رقم 11230 لسنة 81ق - جلسة 2015/1/8.

<sup>2</sup> الطعن رقم 15345 لسنة 82 اقتصادية - جلسة 2014/3/24 ؛ والطعن رقم 3815 لسنة  
82ق - جلسة 2013/12/26 ؛ والطعن رقم 655 لسنة 70ق - جلسة 2010/2/9.

<sup>3</sup> الطعن رقم 18437 لسنة 83ق - جلسة 2015/2/18 ؛ والطعن رقم 15345 لسنة 82ق -  
جلسة 2014/3/24.

<sup>4</sup> الطعن رقم 1833 لسنة 67ق - جلسة 1998/6/9.

القاعدة أن قاضى الموضوع هو الخبير الأعلى فى الدعوى وأن له كامل السلطة فى تقدير تقارير الخبراء، وتقدير أدلة التزوير المطروحة عليه فى الدعوى<sup>1</sup>. غير أن هذه القاعدة يقيدتها ضرورة بناء قاضى الموضوع حكمه على أدلة سائغة ومنطقية قائمة فى الدعوى<sup>2</sup>، بحيث تكون كافية للرد على الدفاع الجوهري للخصوم وحججهم<sup>3</sup>.

وتفريعياً على ذلك، فإنه يجوز لقاضى الموضوع عدم التعويل على أدلة التزوير الإلكتروني المطروحة عليه فى الدعوى، لا سيما الرأى الفنى لجهات التصديق الإلكتروني "أيتيدا"، شريطة بيان العلة من إسقاط دلالة هذه الأدلة، ولماذا أثر قاضى الموضوع دليل آخر عليها وجعل له قوة فى الإثبات تعلو فى المرتبة عليها، وذلك حتى يكون تقديره صحيحاً قائماً على أسباب سائغة ومنطقية فى

---

<sup>1</sup> أنظر: ما تقدم - بند83. وأنظر كذلك: بند63.

<sup>2</sup> وفى ذلك، قُضى بأنه إذا كان من الجائز لقاضى الموضوع أن يطرح النتيجة التى انتهى إليها الخبير ويأخذ بنتيجة مخالفة، فإنه ينبغى عليه وهو يباشر هذه السلطة أن يقيم حكمه على أدلة صحيحة سائغة من شأنها أن تؤدى عقلاً إلى النتيجة التى انتهى إليها. الطعن رقم 11488 لسنة 77ق - جلسة 2009/7/7. وأنظر كذلك: الطعن رقم 2128 لسنة 67ق - جلسة 2010/3/28؛ والطعن رقم 5962 لسنة 79ق - جلسة 2010/6/24.

<sup>3</sup> الطعن رقم 7988 لسنة 81ق - جلسة 2012/2/25؛ والطعن رقم 1255 لسنة 68ق - جلسة 2010/4/26.

الدعوى حتى يكون بمنأى عن رقابة محكمة النقض. فثمة فارق جوهري بين سلطة قاضى الموضوع فى تقدير الدليل ومنطقية هذا التقدير<sup>1</sup>.

**وتطبيقاً لذلك؛** أنه فى أحد الدعاوى، أقامة شركة شحن دعوى ضد أحد الشركات بإلزامها بقيمة تكاليف نقل وشحن بضائعها استناداً إلى مراسلات التلكس التى أرسلتها إليها. جددت الشركة المدعى عليها هذه المراسلات سند الدعوى. فندبت محكمة الموضوع خبيراً للتحقق من صحة مطابقة هذه المراسلات للأصل وانتهى فى تقريره إلى أنه لا يمكن الوقوف على صحة هذه التلكسات لعدم وجود سجلات، فضلاً عن أنه يمكن اصطناعها بسهولة ويسر. قضت محكمة الموضوع بإلزام الشركة المدعى عليها .... تأسيساً على الدليل المستمد من رسائل التلكس التى إنكارتها الشركة المدعى عليها واعتبرتها إقرار غير قضائى. تم الطعن بالنقض على هذا الحكم، فقضت محكمة النقض بنقض هذا الحكم لاستدلاله على دليل فاسد هو رسائل التلكس الذى تم دحض حجيتها<sup>1</sup>.

**ونحن نتفق مع قضاء محكمة النقض،** فالبين من وقائع هذا الحكم أن محكمة الموضوع لم تأخذ بتقرير الخبير فى الدعوى، وهو رغم أنه من إطلاقات سلطتها، إلا أن قيد ذلك هو اعتمادها على دليل آخر ثابت فى الدعوى. فاستندت

---

<sup>1</sup> أنظر: ما تقدم - بند88.

<sup>1</sup> الطعن رقم 4773 لسنة 71ق - جلسة 2003/5/22.

المحكمة إلى رسائل التلكس، وهو دليل فاسد لا يصلح التعويل عليه لنفى ما ورد بتقرير الخبير لإنكاره. فرسائل التلكس لا تعتبر محرر إلكترونيًا آمنًا، وإنما هي مجرد كتابة إلكترونية غير موقعة إلكترونيًا. وهي بذلك تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تحتاج إلى دليل يعززها، بل تفقد حجيتها حال إنكارها طالما لا أصل لها<sup>1</sup>. وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض.

وبهذه المثابة، فإذا كانت محكمة النقض لا تراقب تقدير قاضى الموضوع للأراء الفنية لخبراء جهات التصديق الإلكتروني، وعدم التزامه بالتعويل عليها، إلا أنها تراقب الأسباب - أى الأدلة - التى جعلت قاضى الموضوع يستبعدا ويفضل عليها دليلاً آخر<sup>2</sup>.

ومن ناحية أخرى، كما أنه لا يجوز لقاضى الموضوع دحض الرأى الفنى لجهات التصديق الإلكتروني استناداً إلى معلوماته الشخصية<sup>3</sup>، وإلا كان ذلك بمثابة

---

<sup>1</sup> أنظر فى اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة: ما تقدم - بند 75.

<sup>2</sup> وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض حيث قضت بأنه ولئن كانت محكمة الموضوع غير مقيدة برأى الخبير المنتدب فى الدعوى الذى لا يعدو أن يكون مجرد عنصراً من عناصر الإثبات التى تخضع لتقديرها، إلا أنها ملزمة بأن تورد فى حكمها أسباباً لترحها. الطعن رقم 36687 لسنة 78ق - جلسة 2016/1/3.

<sup>3</sup> أنظر فى امتناع قاضى الموضوع عن القضاء بالعلم الشخصى: ما تقدم - بند 70.

قضاءً بعلمه الشخصى يصيب حكمه بعوار البطلان<sup>1</sup>، وهو ما يؤدى بدوره إلى فساد النتيجة التى سيتوصل إليها.

---

<sup>1</sup> أنظر: الطعن رقم 1157 لسنة 48ق - جلسة 1981/11/29.



## المراجع العامة.

- 1- د/إبراهيم سعد - القانون القضائي الخاص - ج 1 - منشأة المعارف - ط1974.
- 2- د/أحمد أبوالوفا - المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - الطبعة الرابعة عشر - 1986.
- 3- د/أحمد أبوالوفا - التعليق على قانون المرافعات - منشأة المعارف - الطبعة الثالثة - 2000.
- 4- د/أحمد الصاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2011.
- 5- د/أحمد هندى - قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة - طبعة 2016.
- 6- د/رمزى سيف - قانون المرافعات - الطبعة الثامنة - 1968.
- 7- د/سليمان مرقص - أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية - الجزءان الأول والثانى - الطبعة الرابعة - 1986.
- 8- د/سمير تناغو - النظرية العامة للإثبات - منشأة المعارف - ط1999.
- 9- د/عابد فايد - نظم الإثبات - دار النهضة العربية - ط2016.

- 10- د/عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الأجزاء الأول والثانى - ط2014 - تحدث المستشار مدحت المراغى.
- 11- د/فتحى والى - المبسوط فى قانون القضاء المدنى - جزاءن - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2016.
- 12- د/فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - مطبعة جامعة القاهرة - طبعة 1997.
- 13- د/محمود جمال الدين ذكى - المبادئ العامة فى نظرية الإثبات - مطبعة جامعة القاهرة - ط2001.
- 14- د/نبيل سعد - قانون الإثبات - دار الجامعة الجديدة - ط2009.
- 15- د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - دار الفكر العربى - الطبعة الأولى - 1987/1986.

## المراجع الخاصة.

- 1- د/إبراهيم الدسوقي ابو الليل - الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة - بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت - جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المنعقد فى الفترة ما بين 1: 3 مايو 2000 - المجلد الثالث - الطبعة الثالثة - 2004.
- 2- د/إبراهيم الدسوقي ابو الليل - توثيق التعاملات الالكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر - مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بدولة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - فى الفترة من 10:12 مايو 2003- الجزء الخامس.
- 3- د/إبراهيم نجيب سعد - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - منشأة المعارف - 1981.
- 4- د/أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - منشأة المعارف - الطبعة الرابعة - 1980.
- 5- د/أحمد حسام طه - الجرائم الناشئة عن الحاسب الألى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - ط2000.

- 6- د/ أحمد صاوى - نطاق رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع فى المواد المدنية والتجارية - - دار النهضة العربية - ط1 - 1984.
- 7- د/ أحمد صاوى - الاسباب الجديدة أمام النقض - دار النهضة العربية - ط1990.
- 8- د/أحمد الرفاعى - قوة التوقيع الإلكتروني فى الإثبات - دار النهضة العربية.
- 9- د/أحمد مليجى - أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى - ط2 - دار النهضة العربية 1991
- 10- د/أحمد هندى - أحكام محكمة النقض، أثارها وقوتها - دراسة تحليلية فى القانونين المصرى والفرنسى - دار الجامعة الجديدة - ط2006
- 11- د/أسامة أبو الحسن مجاهد - خصوصيات التعاقد عبر الانترنت - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت - جامعة الامارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون - المنعقد فى الفترة ما بين 1: 3 مايو 2000 - المجلد الأول - الطبعة الثالثة - 2004.
- 12- د/أسامة أبو الحسن مجاهد - الوسيط فى المعاملات الالكترونية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - ط2007.

13- د/أشرف توفيق - الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني - بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المنعقد فى الفترة ما بين 10: 12 مايو 2003 - المجلد الثانى.

14- د/الانصارى النيدانى - القاضى والوسائل الإلكترونية - دار الجامعة الجديدة - ط2009.

15- د/أيمن سعد - التوقيع الإلكتروني - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ط2013.

16- د/أيمن فكرى - جرائم نظم المعلومات - دار الجامعة الجديدة - 2007.

17- د/تامر الدميائى - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - 2009.

18- د/ثروت عبد الحميد - التوقيع الإلكتروني - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - 2002.

19- د/جميل عبدالباقي الصغير - الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة - دراسة تطبيقية فى القضاء الفرنسى والمصرى - دار النهضة العربية - ط2003.

- 20- أ/حامد فهمى ود/محمد حامد فهمى - النقض فى المواد المدنية والتجارية - مطبعة لجنة التأليف والنشر - القاهرة - ط1937.
- 21- د/حسن جمعى - إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الانترنت - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2000
- 22- د/سامى الشوا - ثورة المعلومات وأنعكاسها على قانون العقوبات - دار النهضة العربية - ط1994.
- 23- د/سحر عبدالستار - دور القاضى فى الإثبات - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - 2001.
- 24- د/سعيد السيد قنديل - التوقيع الالكترونى - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - الطبعة الثانية - 2006.
- 25- د/شيماء عبدالغنى - الحماية الجنائية للتعاملات الالكترونية - دار الجامعة الجديدة - 2007.
- 26- د/فكرى صيام - الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض - رسالة جامعة القاهرة - 2003.
- 27- د/عابد فايد - الكتابة الإلكترونية فى القانون المدنى بين التطور القانونى والأمن التقنى - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ط2014.

28- د/عبد الله مسفر ود/حسن عباس - التوقيع الإلكتروني - دراسة نقدية  
لمشروع وزارة التجارة والصناعة الكويتية - مجلة العلوم الاقتصادية والادارية  
- المجلد 19 - العدد الاول - يونيو - 2003.

29- د/عبدالنواب مبارك - الدليل الإلكتروني أمام القضاء المدني - دار النهضة  
العربية - 2010.

30- أ/ عزمى البكرى - الطعن بالإنكار والإدعاء بالتزوير - الطبعة الأولى -  
2016/2015 - الناشر دار محمود.

31- د/عزمى عبد الفتاح - تسبيب الاحكام وأعمال القضاة - دار الفكر العربى  
- طبعة 1983.

32- د/عيد القصاص - الإدعاء بالتزوير أمام القضاء المدني - دار النهضة  
العربية - الطبعة الأولى - ط1998.

33- د/عيد القصاص - التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة دكتوراه -  
جامعة الزقازيق - ط1994.

34- د/على القهوجى - الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً - بحث  
مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت - جامعة الامارات العربية - كلية

الشرية والقانون - المنعقد فى الفترة ما بين 1: 3 مايو 2000 - المجلد  
الثانى - الطبعة الثالثة - 2004.

35- د/على سيد قاسم - بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكترونى - مجلة  
القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - العدد الثانى والسبعون.

36- د/غنام محمد غنام - مدى ملائمة القواعد التقليدية فى قانون العقوبات  
لمكافحة جرائم الكمبيوتر - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت -  
جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المنعقد فى الفترة ما بين  
1: 3 مايو 2000 - المجلد الثانى - الطبعة الثالثة - 2004.

37- د/فتحى سرور - النقض الجنائى - الطبعة الخامسة - دار الشروق -  
بند 151 - ص 299.

38- د/فوزى العوضى - الجوانب القانونية للبريد الالكترونى - دار النهضة  
العربية - الطبعة الاولى - 2005.

39- أ/وليد الجارحى - النقض المدنى - ط 1998 - دون تحديد دار النشر.

40- د/مجدى عبدالغنى خليف - سلطة القاضى المستعجل فى التحويل - دراسة  
تحليلية تطبيقية - دار الجامعة الجديدة - ط 2018.



- 41- د/مجدى عبدالغنى خليف - أوجه الرقابة على التحكيم الإلكتروني - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة الاسكندرية - 2016.
- 42- د/محمد أبوزيد - تحديث قانون الاثبات - مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الإلكترونية - الطبعة الأولى - 2002 - ص141 وما بعدها.
- 43- د/محمد السادات - حجية المحررات الإلكترونية - دار الجامعة الجديدة - ط2009.
- 44- د/محمد السعيد رشدى - التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها فى الاثبات - طبعة 2005 - دون تحديد دار النشر.
- 45- د/محمد المرسى زهرة - الدليل الكتابى وحجية مخرجات الكمبيوتر فى الإثبات فى المواد المدنية والتجارية - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت - جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المنعقد فى الفترة ما بين 1:3 مايو 2000 - المجلد الثالث - الطبعة الثالثة - 2004.
- 46- د/محمد المرسى زهرة - الحماية المدنية للتجارة الالكترونية - دار النهضة العربية - الطبعة الاولى - 2008 - ص187، 188.
- 47- د/ممدوح مبروك - مدى حجية التوقيع الالكتروني فى الاثبات - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى - دار النهضة العربية - 2008.

48- د/مدحت عبدالعال - المسئولية المدنية الناشئة عن تقديم خدمة التوقيع الإلكتروني - الطبعة الأولى - المركز القومي للإصدارات القانونية - 2010.

49- د/مصطفى أبو مندور - التوثيق الإلكتروني - دار الجامعة الجديدة - ط2005.

50- د/مصطفى المتولى - نحو دور جديد لمحكمة النقض كدرجة من درجات التقاضى - بحث منشور بمجلة الشريعة القانون - جامعة الامارات - 2013.

51- د/مصطفى كبيره - النقض المدنى - ط1992 - دون تحديد دار النشر.

52- د/هانى دويدار - مستقبل مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية - مؤتمر المعاملات الإلكترونية - جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - المجلد الثانى.

53- د/هدى حامد قشقوش - جرائم الحاسب الإلكتروني فى التشريع المقارن - دار النهضة العربية - ط1992.

54- د/هدى حامد قشقوش - الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر شبكات الانترنت - دار النهضة العربية - ط2000.

55- د/هدى حامد قشقوش - الحماية الجنائية التوقيع الإلكتروني - بحث مقدم  
لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - جامعة  
الإمارات المتحدة - كلية الشريعة والقانون - المنعقد في الفترة ما بين 10:  
12 مايو 2003 - المجلد الثاني.

56- د/نايلة عادل قورة - جرائم الحاسب الالى الاقتصادية - دراسة نظرية  
وتطبيقية - منشورات الحلبي الحقوقية - ط2005.

57- د/نبيل عمر - نطاق الطعن بالاستئناف فى قانون المرافعات المصرى  
والفرنسى - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الأولى - ط1999.

58- د/نبيل عمر - الفساد فى الاستدلال - دار الجامعة الجديدة - الطبعة  
الأولى.

59- د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى فى قانون  
المرافعات - دار الجامعة الجديدة - ط2011.

60- د/نبيل عمر - الوسيط فى الطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية -  
دار الجامعة الجديدة - ط2015.

61- د/نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية فى قانون المرافعات المدنية والتجارية  
- منشأة المعارف - الطبعة الاولى - 1984.

62- د/نجوى أبوهيبه - التوقيع الإلكتروني- بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - جامعة الامارات المتحدة - كلية الشريعة والقانون - المنعقد فى الفترة ما بين 10: 12 مايو - 2003 - المجلد الثانى.

63- د/نزيه المهدي - التعاقد الإلكتروني - بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية - جامعة الامارات العربية - كلية الشريعة والقانون - مايو - 2009 - المجلد الاول.

64- د/وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - رسالة دكتوراة - جامعة عين شمس - ط1976.

ثانياً المراجع الأجنبية

المراجع باللغة الانجليزية.

1- Politique de Certification «Authentification forte», pour les ac de la profession, comptable, Version 6.0, du 31 août 2011. AT; [https://www.signexpert.fr/PC/PC\\_Experts-Comptables\\_AS.pdf](https://www.signexpert.fr/PC/PC_Experts-Comptables_AS.pdf)

**2**– Kaufmann–Kohler GK, et Schultz Th, «Using Information Technology in Arbitration», La Haye, Kluwer, 2006, à paraître.

**3**– Mason S., «Electronic Signatures in Practice», Journal of High Technology Law, vol. VI, no. 2, 2006.

Sarcy and Darques, «Electronic Signature, Comparison Between French & U.S. Law», International Business Law Journal, 2001. At: < <http://www.signelec.com>>.

**4**– Thomas and Hill R., «Electronic Signature Legislation», At:

**5**–<http://library.findlaw.com/1999/Jan/1/241481.html>

**6**– Mason S, «Electronic Signatures in Practice», Journal of High Technology Law, vol. VI, no. 2, 2006.

7- Julia Hörnle, Online Dispute Resolution more than The Emperor's New Clothes? Proceeding of the UNECE forum on ODR, 2003.

online:<http://www.odr.ac.info/unece2003>.

### المراجع باللغة الفرنسية

1-Arnoud, la signature électronique, 2001, P. 37,38

2- Eric CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique», Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, 2000. AT; <http://www.caprioli-avocats.com>.

3- Eric CAPRIOLI, «Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen», 2005. AT; [http://www.caprioli-](http://www.caprioli-avocats.com/pdf/securite-informatique-electronique.pdf)

[4-avocats.com/pdf/securite-informatique electronique.pdf](http://www.caprioli-avocats.com/pdf/securite-informatique-electronique.pdf)

5- Eric CAPRIOLI, «De l'authentification à la signature électronique», : quel cadre juridique pour la confiance dans les communications électroniques internationales?, Paris. AT; [www.caprioli-avocats.com](http://www.caprioli-avocats.com).

6- Eric CAPRIOLI, La preuve et copies numériques, communications Commerce électronique, 2010, AT; [www.caprioli-avocats.com](http://www.caprioli-avocats.com).

7- Françoise Banat-Berger et Anne Canteaut, Intégrité, signature et processus d'archivage, At;

8- [francoise.banatberger @ culture.gouv.fr](mailto:francoise.banatberger@culture.gouv.fr)

9- HUET, Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, Dalloz, 2000.

10- Jean deveze, A propos de l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information par le décret no 2002-1436 du 3 décembre 2002, communications commerce électronique, mars 2003,

11- Jérôme Huet, Le code civil et les contrats électroniques, contribution à l'ouvrage pour le Bicentenaire du Code civil, Université de Paris II, Dalloz. 2004.

12- JACQUET J.- M., DELEBECQUE Ph. et CORNELOUP S., Droit du commerce international, Dalloz, 2007.

13- Joly-passantE, le décret du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relative à signature électroniques, Revue lamy Droit des affaires, juillet, 2001.

14- KERBOUCI F., «La preuve écrite électronique et le droit français», Interprétation, manipulation et falsification des écrits électroniques: de nouveaux enjeux pour l'exercice de la justice, Paris, 21 Janvier 2010. At; <http://www.e-juristes.org/>

15- Karim Benyekhlef et Fabienne Gélinas, "Online Dispute Resolution", Lex Electronica, Vol 10, No. 2, 2005.



16- POULLET et J.ROYEN, «Vers la confiance» ou comment assurer, le développement du commerce électronique, 1998. AT:

<http://www.agora98.org/fr./conso/fconso.htm>

17- Robert, Nouvelle édition remaniée et amplifiéc, Paris, 1993.

18- Schultz Th, «Réguler le commerce électronique par la Résolution des litiges fr ligne»,critique approche une Université de Genève, 2005.

19- Christiane FERAL-SCHUHI, Cyber Droit "Le Driot A Lepreuve par Linternet" 2e ed, Dolloz, 2001.

20- Maître Valérie, Preuve et signature électronique, Paris, 2000,

[http://www.cndwebzine.hcp.ma/IMG/pdf/Preuve\\_et\\_signatu re\\_electronique.pdf](http://www.cndwebzine.hcp.ma/IMG/pdf/Preuve_et_signatu re_electronique.pdf)

21- Mairi S. MacDonald, Focus on Electronic Authentication

<http://www.cba.org/cba/practicelink/tayp/authentication.asp>

x

22-THIERRY, Certification électronique: Pratique et

modélisation,: <http://www.e-betobe.com/texteece.htm>



## أبحاث في الشريعة الإسلامية



أثر اللبن الثائب من غير حمل في نشر الحرمة بالرضاع

دراسة فقهية معاصرة

د. الفت سعد إسماعيل عبيد

أستاذ مساعد بكلية العلوم والدراسات الإنسانية جامعة شقراء

## ملخص البحث

عنوان البحث: أثر اللبن الثائب من غير حمل في نشر الحرمة بالرضاع دراسة  
فقهية معاصرة

### مفردات البحث:

لبن المرأة الذي تترتب عليه الآثار الشرعية للرضاع لا يشترط أن يكون قد  
تاب من جماع زوج أو من حمل وولادة، وهذا عند جمهور الفقهاء؛ لوجود حالات  
يفرز فيها ثدي المرأة اللبن من غير جماع زوج ومن غير حمل وولادة، ويفرز ثدي  
المرأة اللبن من غير حمل في حالتين؛ الحالة الأولى هي: اللبن الثائب للمرأة من  
تلقاء نفسه ويعرف طبياً باسم ثر اللبن، وتحدث هذه الحالة غالباً عند النساء غير  
الحوامل أو غير المرضعات، حتى اللاتي لم ترزقن بأطفال أو اللاتي تخطين  
مرحلة انقطاع الطمث، والبكر، والحالة الثانية هي: اللبن الثائب للمرأة باستخدام  
الوسائل المحفزة لإدرار اللبن، وهذه الحالة تعتبر من القضايا الفقهية المعاصرة  
وتعرف طبياً باسم الرضاعة المستحثة؛ ولأهمية بيان الأحكام الفقهية المتعلقة بهذا  
الموضوع قمت بإعداد هذا البحث، واشتمل على تمهيد وفصلين:

التمهيد: في بيان مفهوم اللبن الثائب من غير حمل وحالاته.

الفصل الأول: أثر اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن في نشر الحرمة بالرضاع.

الفصل الثاني: أثر اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن الرضاعة المستحثة في نشر الحرمة بالرضاع.

### الكلمات المفتاحية للبحث:

مفهوم الرضاع، مفهوم اللبن الثائب من غير حمل، حالات اللبن الثائب من غير حمل ثر اللبن - الرضاعة المستحثة، أثر اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن في نشر الحرمة بالرضاع، أثر اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن الرضاعة المستحثة في نشر الحرمة بالرضاع.



## **Abstract**

### **Research title:**

The effect of loose milk without pregnancy on spreading sanctity by breastfeeding contemporary juris prudence study.

### **Research summary:**

The milk of the woman which has the legal effects of breast feeding is not required that it was rewarded for having intercourse with a husband or from a pregnancy and childbirth. This is among the majority of jurists because there are cases in which a woman is breast excretes milk without intercourse with a husband, pregnancy or childbirth. A woman is breast milk is excreted without pregnancy and childbirth in two cases the first case is loose milk of a woman on its own is medically know as pour milk this case often occurs in non-pregnant or non-breast feeding women. Even those who have no children or who have gone beyond menopause and a maid. The second case is loose milk of the woman using the

means to stimulate milk. This case is considered a contemporary jurisprudential issue and is known medically as the name of induced breastfeeding and for the importance of explaining the jurisprudence provisions related to this topic. I have prepared this research which included a preamble and two chapters.

The preamble: to clarify the concept of loose milk without pregnancy and its conditions.

The first chapter: The effect of milk on its own in spreading sanctity by breastfeeding.

The second chapter: The effect of loose milk by using milk stimulating methods in spreading sanctity by breast feeding.

**The key word of the research:**

The concept of breastfeeding, the concept of loose milk without pregnancy. The cases of loose milk without pregnancy induced breast feeding–pour milk. The effect of loose milk on

its own in spreading sanctity by breastfeeding. The effect of  
loose milk by using milk stimulating methods to generate milk  
induced breast feeding in spreading sanctity by breast  
feeding.

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين  
سيدنا محمد الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد..

اهتم الفقه الإسلامي بموضوع الرضاع اهتمامًا كبيرًا لما له من أثر في  
ثبوت الحرمة، لقوله Y: .... وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ....  
1.

ولقد أباح الإسلام الرضاع؛ وهو أن يرضع الطفل من لبن امرأة غير  
أمه للحاجة إلى ذلك. وبناءً على ذلك، فإنه يترتب على هذا الرضاع آثار شرعية  
من أهمها ثبوت العلاقة النسبية بين المرضع والمرتضع كالعلاقة بين الأم وولدها،  
لكن هذه العلاقة تثبت متى ما توافرت مجموعة من الشروط ذكرت في كتب الفقهاء  
منها المتفق عليها ومنها المختلف فيها.

والأصل في نشر الحرمة بالرضاع أن يكون لبن المرأة ثاب من حمل  
وولادة. لكن هناك مسائل ذكرت في كتب الفقهاء تفيد بنشر الحرمة حتى وإن كان  
لبن المرأة ثاب من غير حمل وولادة، وهو اللبن الثائب من تلقاء نفسه، مثل لبن

---

<sup>1</sup> سورة النساء آية رقم 23.

البكر والثيب التي لا زوج لها واليائسة من المحيض، ويعرف طبيًا باسم ثر اللبن، وهذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء.

ويلحق بهذه المسألة قضية فقهية معاصرة وهي: أثر اللبن الثائب من المرأة باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن مثل الأدوية والأجهزة الطبية في نشر الحرمة بالرضاع، وتعرف طبيًا باسم الرضاعة المستحثة، وصدرت فيها عدة فتاوى من هيئات علمية.

ولأهمية بيان الأحكام الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع قمت بإعداد هذا البحث موضحة فيه أثر اللبن الثائب من غير حمل في نشر الحرمة بالرضاع مع تناول القضايا الفقهية المعاصرة المتعلقة بهذا الموضوع.

### أسباب اختيار الموضوع:

كان وراء اختياري لهذا الموضوع عدة أسباب من أهمها ما يلي:

أولاً: الرضاع المحرم يعتبر من الموضوعات الاجتماعية الهامة التي يحرص أبناء المجتمع الإسلامي على معرفة أحكامه الشرعية لما له من أثر مهم في تحريم النكاح، وثبوت المحرمية المفيدة لجواز النظر والخلوة.

ثانياً: ظهور بعض القضايا الفقهية في العصر الحالي المرتبطة بهذا الموضوع؛ نظرًا للتطور العلمي السريع في جميع المجالات، مثل اختلاف العلماء المعاصرين

في أثر اللبن الثائب من المرأة باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن في نشر  
الحرمة بالرضاع.

ثالثاً: إبراز اهتمام الإسلام بالإنسان منذ ولادته، وأن الشريعة الإسلامية لا تتعارض  
في أحكامها مع القضايا العلمية التي تظهر في الحياة، وتعود على البشرية بالخير  
والصلاح.

#### الدراسات السابقة:

أولاً: بحث الفقهاء المتقدمون في كتب الفقه أثر اللبن الثائب من غير حمل في  
نشر الحرمة بالرضاع ضمن المسائل المتعلقة بالرضاع المحرم.

ثانياً: هناك أبحاث ومؤلفات فقهية حديثة في أحكام الرضاع بصفة عامة مثل:

1- الرضاع المحرم في الفقه الإسلامي للدكتورة هند الخولي كلية الشريعة -  
جامعة دمشق.

2- كتاب أحكام الرضاع في الإسلام لسعد الدين بن محمد الكبي.

ثالثاً: هناك عدة فتاوى صدرت من هيئات علمية وأهل العلم تتعلق بالمسائل الفقهية  
المعاصرة التي لها صلة بموضوع البحث، ومن ذلك فتوى أ. د علي جمعة عضو  
هيئة كبار علماء الأزهر الشريف بعنوان: حكم ثبوت المحرمية بإنزال لبن الرضاعة  
بالأدوية أو الأجهزة الصناعية، وفتوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث بعنوان:

حكم الرضاعة الحاصلة من إدرار الحليب بالعقاير، وفتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية بعنوان: حكم التداوي لإدرار لبن الرضاع وما يترتب عليه.

لذلك كان الموضوع جدير بإفراده ببحث مستقل يضاف له القضايا الفقهية المعاصرة المتعلقة به.

### منهج البحث:

أولاً: اخترت المنهج الاستقرائي التحليلي النقدي وذلك بتتبع المسائل الفقهية المرتبطة بأثر اللبن الثائب من غير حمل في نشر الحرمة بالرضاع وأدلتها ثم تحليلها ونقدها.

ثانياً: ذكرت أقوال الفقهاء موثقة قول كل مذهب من مراجعه الأصلية المعتمدة في المذهب وإذا اتفق مذهب مع غيره أذكره مع من وافقه ثم أذكر المخالفين تبعاً ثم أذكر سبب الخلاف بين الفقهاء في المسألة، ثم أقوم بذكر أدلة كل فريق مع بيان وجه الدلالة ثم أقوم بمناقشة أدلة الفقهاء إن وجد والرد عليها، ثم أقوم بذكر الرأي المختار بناء على قوة الأدلة أو تحقيق المصلحة العامة أو دفع المفسدة.

ثالثاً: قمت بذكر الآيات القرآنية وإلحاق كل آية بسورتها.

رابعاً: قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في البحث اعتماداً على كتب السنن والصحاح والمسانيد والمصنفات والمعاجم.

خامسًا: قمت بترجمة الأعلام الوارد ذكرها في البحث.

سادسًا: قمت ببيان بعض المصطلحات اللغوية والفقهية والعلمية التي احتاجت إلى إيضاح.

سابعًا: الرجوع إلى المؤلفات الحديثة والمجلات العلمية والمواقع الإلكترونية التي لها صلة بموضوع البحث، وتتبع الفتاوى الصادرة من دور الإفتاء وأهل العلم. ثامنًا: ذكرت في نهاية البحث خاتمة تشمل أهم النتائج المترتبة على البحث.

#### خطة البحث:

يشتمل البحث على: مقدمة، وتمهيد، وفصلين، وخاتمة

المقدمة: تحدثت فيها عن أهمية الموضوع وأسباب اختياره، وأهم الدراسات السابقة، ومنهجي الذي اتبعته فيه، والخطة التي سرت عليها.

التمهيد: في بيان مفهوم اللبن الثائب من غير حمل وحالاته.

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الرضاع المحرم وشروطه.

ويشتمل على مطلبين:



المطلب الأول: تعريف الرضاع في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: شروط الرضاع المحرم في الجملة.

المبحث الثاني: مفهوم اللبن الثائب من غير حمل وحالاته ثر اللبن - الرضاعة المستحثة.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم اللبن الثائب من غير حمل.

المطلب الثاني: حالات اللبن الثائب للمرأة من غير حمل.

الفرع الأول: اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن.

الفرع الثاني: اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن الرضاعة المستحثة.

الفصل الأول: أثر اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن في نشر الحرمة بالرضاع.

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: أثر اللبن الثائب من امرأة لا زوج لها في نشر الحرمة بالرضاع.

المبحث الثاني: أثر اللبن الثائب من امرأة ذات زوج من غير حمل في نشر الحرمة بالرضاع.

الفصل الثاني: أثر اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن الرضاعة المستحثة في نشر الحرمة بالرضاع.

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: حكم استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل.

المبحث الثاني: أثر اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن في نشر الحرمة بالرضاع.

خاتمة: وتشمل أهم النتائج المترتبة على البحث.

## التمهيد

بيان مفهوم اللبن الثائب من غير حمل وحالاته

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الرضاع المحرم وشروطه.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الرضاع في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: شروط الرضاع المحرم في الجملة.

المبحث الثاني: مفهوم اللبن الثائب من غير حمل وحالاته.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم اللبن الثائب من غير حمل.

المطلب الثاني: حالات اللبن الثائب للمرأة من غير حمل.

## المبحث الأول

### المطلب الأول تعريف الرضاع في اللغة والاصطلاح

#### أولاً تعريف الرضاع في اللغة

رضع: امتص ثديها، والجمع: رُضِع<sup>1</sup>.

الرضاعة، بالفتح والكسر: الاسم من الإرضاع، الرضاع: مص اللبن من الثدي. وامرأة مرضع: ذات رضيع أو لبن رضاع، والمرضعة التي ترضع، وإن لم يكن لها ولد أو كان لها ولد<sup>2</sup>.

والمرضع: التي معها صبي ترضعه، ويجيء مرضع على معنى ذات إرضاع، أي لها لبن وإن لم يكن لها رضيع<sup>3</sup>.

#### ثانياً تعريف الرضاع في الاصطلاح

---

<sup>1</sup> تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف محمد بن عبد الرازق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، 100-96/21، دار الهداية.

<sup>2</sup> لسان العرب، تأليف أحمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري، 126/8، دار صادر- بيروت، الطبعة الثالثة 1414هـ. مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ص123، المكتبة العصرية بيروت- لبنان، الطبعة الخامسة 1420هـ/1999م.

<sup>3</sup> تاج العروس، 99/21.

اختلف الفقهاء في تعريف الرضاع:

أولاً: تعريف الرضاع عند الحنفية: مص الرضيع من ثدي الأدمية في وقت مخصوص<sup>1</sup>.

### ثانياً تعريف الرضاع عند المالكية

قال ابن عرفة<sup>2</sup>: حصول لبن امرأة وإن ميتة أو صغيرة بوجور أو سعوط أو حقنة يكون غذاء<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، تأليف عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، 181/2، المطبعة الأميرية - بولاق - القاهرة، الطبعة الأولى. العناية شرح الهداية، تأليف محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي، 438/3، دار الفكر. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف زين الدين إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، 238/3، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

<sup>2</sup> هو محمد بن عرفة بن حماد أبو عبد الله الورغمي التونسي نسبته إلى ورغمة قرية بإفريقية، فقيه تونس وإمامها وعالمها وخطيبها، ولد سنة ستة عشرة وسبعمائة وتجر في العلوم وفاق في الأصول وعلم الكلام وتقدم في الفقه والنحو والتفسير، أخذ العلم عن جماعة من العلماء منهم والده أبو عبد الله بن الوادياشي من كتبه المختصر الكبير في فقه المالكية والمختصر الشامل في التوحيد ومختصر الفرائض والمبسوط في الفقه. توفي سنة 803هـ بتونس. غاية النهاية في طبقات القراء، لشمس الدين أبي الخير محمد بن محمد بن الجزري، 243/2، مكتبة المتنبّي بالقاهرة، الأعلام، لخير الدين الزركلي، 43/7، دار العلم للملايين، الطبعة السابعة 1986م.

## ثالثاً تعريف الرضاع عند الشافعية

اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في جوف طفل<sup>2</sup>.

رابعاً: تعريف الرضاع عند الحنابلة:

مص لبن ثاب من حمل من ثدي امرأة، أو شربه ونحوه<sup>3</sup>.

وبالنظر إلى تعريف الرضاع في اللغة وعند الفقهاء يتضح أن:

أولاً: الرضاع يطلق على اللبن الثائب من حمل أو من غير حمل، وهو ما يفهم من تعريف الرضاع في اللغة والاصطلاح، حيث أطلق الرضاع في اللغة على اللبن

---

<sup>1</sup> مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تأليف شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، 4/178، دار الفكر، الطبعة الثالثة 1412هـ/1992م. التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي، 5/535، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1416هـ/1994م.

<sup>2</sup> تحفة المحتاج في شرح المنهاج، تأليف أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، 8/284، دار إحياء التراث العربي - بيروت، طبعة 1357هـ/1983م. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، 5/123، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1415هـ/1994م.

<sup>3</sup> شرح منتهى الإرادات، تأليف منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، 3/213، عالم الكتب، الطبعة الأولى 1414هـ/1993م. المبدع في شرح المقنع، تأليف إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين، 7/118، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ/1997م.

الثائب من ثدي المرأة سواء ثاب بسبب حمل أو غيره، وأيضاً بعض الفقهاء اشترط في التعريف أن يكون اللبن ثاب من حمل، والبعض الآخر لم يشترط ذلك وأطلق الرضاع على عموم اللبن الثائب من المرأة.

ثانياً: هذه التعريفات وإن اختلفت ألفاظها وما تشتمل عليه إلا أن معناها واحد وهو: أن الرضاع عبارة عن حصول اللبن من ثدي المرأة، مع اختلاف الفقهاء في كيفية ذلك سواء كان عن طريق المص أو الشرب نحوه.

## المطلب الثاني شروط الرضاع المحرم في الجملة

اتفق الفقهاء<sup>1</sup> على أن الرضاع في الجملة يحرم منه ما يحرم من النسب وأن المرضعة تنزل منزلة الأم، فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب.

والأصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع:

أولاً: الكتاب: قوله: [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ.....]<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، 2/4، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1986/1406م. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد، 3/59، دار الحديث - القاهرة، طبعة 1425هـ / 2004م. التنبيه في الفقه الشافعي، تأليف أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ص 204، عالم الكتب. كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، 442/5، دار الكتب العلمية.

<sup>2</sup> سورة النساء آية رقم 23.



## وجه الدلالة من الآية:

ذكر الله تعالى في الآية ما يحل من النساء وما يحرم، ومن المحرمات

الأمهات من الرضاعة والأخوات من الرضاعة، غير جائز نكاح واحدة منهن<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تفسير القرطبي، تأليف أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، 105/5، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية 1384هـ / 1964م.

ثانيًا: السنة: عن ابن عباس<sup>1</sup> - رضى الله عنهما - قال: قال لي النبي: { يَحْرُمُ  
مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ }<sup>2</sup>.

### وجه الدلالة من الحديث:

استدل بهذا الحديث على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب<sup>3</sup>.

ثالثًا: الإجماع: أجمع علماء الأمة على التحريم بالرضاع<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> هو عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي ابن عم النبي  $\rho$ ، ولد  
وبنو هاشم محصورين بالشعب، دعا له النبي  $\rho$  بأن يفقهه في الدين ويعلمه التأويل، فكان يقال  
له الحبر والبحر لكثرة علمه. مات سنة 68 هـ وقيل سنة 69 هـ وقيل 70 هـ تهذيب التهذيب،  
تأليف شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، 276/5، الطبعة الأولى  
1326 هـ. الإصابة في تمييز الصحابة، تأليف أحمد بن علي العسقلاني المعروف بابن حجر،  
130/5، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى 1390هـ/1970م.

<sup>2</sup> صحيح البخاري، تأليف محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، 170/3، كتاب  
الشهادات - باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم - حديث 2645،  
تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى 1422هـ.

<sup>3</sup> نيل الأوطار، تأليف محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، 376/6-377، تحقيق  
عصام الدين الصبابطي، دار الحديث - مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ / 1993م.

<sup>4</sup> الإجماع، تأليف محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ص82، تحقيق ودراسة: د. فؤاد عبد  
المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1425هـ/2004م.

وثبوت العلاقة النسبية بين المرتضع والمرضع إنما تترتب عليها الآثار من تحقق المحرمية وحرمة النكاح متى ما توافرت مجموعة من الشروط، منها المتفق عليها بين الفقهاء، ومنها المختلف فيها بين الفقهاء.

ولا يقع التحريم بالرضاع في الجملة إلا بوجود عدة شروط هي:

1- أن يكون الرضاع في الحولين<sup>1</sup> لقوله تعالى: [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...]<sup>2</sup>، واختلف الفقهاء في ثبوت التحريم فيما زاد عن الحولين.

2- أن يكون لبن آدمية امرأة<sup>3</sup>.

3- أن يكون الرضاع في حال حياة المرأة، واختلف الفقهاء في وقوع الحرمة بلبن الميتة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 5/4. المدونة، تأليف الإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، 297/2، الطبعة الأولى 1415هـ/1994م. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 179/4. المهذب في فقه الإمام الشافعي، تأليف أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، 142/3، دار الكتب العلمية. المبدع في شرح المقنع، 123/7. السيل الجرار التدفق على حدائق الأزهار، ص470، تأليف محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، دار ابن حزم، الطبعة الأولى.

<sup>2</sup> سورة البقرة آية رقم 233.

<sup>3</sup> رد المحتار على الدر المختار، تأليف محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، 209/3، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية 1412هـ/1992م. مواهب الجليل، 178/4. المهذب، 141/3. تحفة المنهاج، 284/8. شرح منهي الإيرادات، 213/3، المحلى بالآثار، تأليف أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، 185/10، دار الفكر - بيروت. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ص470.

4- أن يكون الرضاع خمس رضعات مشبعات<sup>2</sup>،

وهذا الشرط ليس محل اتفاق بين الفقهاء، بل يرى البعض أن قليل الرضاع وكثيره سواء في التحريم<sup>3</sup>.

وبالنظر في شروط الرضاع المحرم في الجملة يتضح أن:

1- التحريم يحصل بمطلق اللبن الثائب من المرأة دون شرط الزوجية، لأن العلة في تحريم الرضاع هي الجزئية؛ بمعنى أن جزءًا من المرضعة وهو اللبن صار جزءًا من الرضيع باغتذائه به وصيرورته من أعضائه.

---

<sup>1</sup> تحفة الفقهاء، تأليف محمد بن أبي أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي، 238/2، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية 1414هـ/1994م. الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني، تأليف أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي، 55/2، دار الفكر، طبعة 1415هـ/1995م. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 284/8. المبدع في شرح المقنع، 126/7. المحلى بالآثار، 188/10. السيل الجرار، ص470.

5 نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، تأليف شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، 179/7، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأخيرة 1404هـ/1984م. المهذب، 141/3. الروض المربع شرح زاد المستتقع، تأليف منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ص614، دار المؤبد - مؤسسة الرسالة. المبدع في شرح المقنع، 124/7. المحلى بالآثار، 189/10.

1 تحفة الفقهاء، 237/2. الاختيار لتعليل المختار، تأليف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي مجد الدين أبو الفضل الحنفي، 117/3، مطبعة الحلبي - القاهرة، طبعة 1356 هـ / 1937م، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 54/2.

2- إفراز اللبن من ثدي المرأة قد يكون بسبب الحمل والولادة، أو من غير حمل وولادة، وهذا يفهم من شروط الرضاع المحرم حيث لم ينص غالب الفقهاء على اشتراط كون اللبن ثاب عن حمل لنشر الحرمة بالرضاع.

3- شروط الرضاع متعددة، وتختلف من مذهب إلى آخر، وفي الجملة لا يقع التحريم بالرضاع إلا بتوافر جميع شروطه، وإذا فقد شرط من الشروط لم تثبت الحرمة، ويمكن القول إن الشروط السابق ذكرها هي شروط الرضاع المحرم عند جمهور الفقهاء.

## المبحث الثاني

### مفهوم اللبن الثائب من غير حمل وحالاته

إن إفراز اللبن من ثدي الأم يرتبط بالحمل والولادة وهي عملية طبيعية تحدث عند الولادة لإرضاع الطفل، ولكن قد يكون إفراز اللبن من الثدي من غير حمل وولادة، وفي هذا المبحث سوف يتم توضيح مفهوم اللبن الثائب من غير حمل مع ذكر حالاته وأسباب كل حالة.

## المطلب الأول

### مفهوم اللبن الثائب من غير حمل

المركب لا يمكن أن يعلم إلا بعد العلم بمفرداته، واللبن الثائب من غير حمل جملة مركبة، فلا بد أولاً من تعريف مفردات هذه الجملة في اللغة، ومن خلال التعريف اللغوي يمكن التوصل إلى مفهوم أو تعريف اللبن الثائب من غير حمل.

#### أولاً: تعريف اللبن الثائب من غير حمل في اللغة:

اللبن في اللغة: اللبن اسم جنس، اللبن خلاص الجسد ومستخلصه من بين الفرث والدم<sup>1</sup>، وهو سائل أبيض يكون في إناث الأدميين، لبنتلباً نزل اللبن في ثديها أو ضرعها فهي لبنة، اللبان الرضاع ويقال هو أخوه بلبان أمه<sup>2</sup>.

الثائب في اللغة: أصل الكلمة الواو، لأنه من ثاب يثوب إذا رجع، قولهم: وبئر ذات ثيب إذا استقي منها عاد مكانه ماء آخر، أي من ثاب الماء: بلغ إلى حاله الأول بعد ما يستقي<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> لسان العرب، 372/13.

<sup>2</sup> المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة إبراهيم مصطفى/أحمد الزيات/حامد عبد القادر/محمد النجار، 813/1، دار الدعوة. معجم اللغة العربية المعاصرة، تأليف د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، 1992/3، عالم الكتب، الطبعة الأولى 1429هـ/2008م.

<sup>3</sup> تاج العروس، 115/2، مختار الصحاح، ص 51.





ويقال: ثاب الماء: اجتمع في الحوض. يقال: ثاب اللبن لامرأة: اجتمع لها<sup>1</sup>.

الحَمْلُ في اللغة: ما يحمل في البطن من الولد، ج: حِمَالٌ بالكسر وأحمال ومنه قوله تعالى: [....وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...]<sup>2</sup>. وحملت المرأة حملا حبلت والمرأة جنينها وبه علقته به فهي حامل<sup>3</sup>.

ومن خلال تعريف مفردات الجملة المركبة في اللغة يمكن استنتاج مفهوم اللبن الثائب من غير حمل، وهو:

إفراز اللبن من ثدي امرأة، من غير حمل وولادة، دون سبب مخصوص، سواء ثاب من تلقاء نفسه أو بسبب دواء أو جهازاً.

### شرح التعريف:

ثدي امرأة: خرج به لبن الرجل أو البهيمة، لا يتعلق به التحريم بالرضاع.

امرأة: يدخل فيه من لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا أو يائسة من المحيض، ومن لها زوج وثاب منها اللبن من غير حمل.

---

<sup>1</sup> القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا، تأليف الدكتور سعدي أبو حبيب، ص45، دار الفكر- دمشق، الطبعة الثانية 1408هـ/1988م.

<sup>2</sup> سورة الطلاق آية رقم 4.

<sup>3</sup> تاج العروس، 343/28. المعجم الوسيط، 199/1.

من غير حمل وولادة: خرج به اللبن الثائب بسبب الحمل والولادة.

دون سبب مخصوص: تعددت الأسباب لحالات إفراز اللبن من ثدي المرأة من غير حمل.

ثاب من تلقاء نفسه: لأسباب كثيرة منها وجود اضطرابات في هرمونات الجسم.

أو بسبب دواء أو جهازاً: يقصد به استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل مثل الأدوية والأجهزة الطبية.

## المطلب الثاني

### حالات اللبن الثائب للمرأة من غير حمل

يفرز ثدي المرأة اللبن من غير حمل في حالتين؛ الحالة الأولى: اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن، والحالة الثانية: اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن الرضاعة المستحثة، وفيما يلي بيان كل حالة منهما من حيث التعريف والأسباب.

## الفرع الأول

### الحالة الأولى: اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن

يُعد إفراز اللبن أمرًا طبيعيًا، وذلك عند النساء الحوامل قبل الولادة وبعدها وقد يستمر إفراز اللبن من حلمة الثدي حتى بعد التوقف عن الرضاعة بعد الفطام، ولكنه يعد أمرًا غير طبيعيًا إذا ثاب من تلقاء نفسه من غير حمل وولادة وهذه الحالة تعرف طبيًا باسم ثر اللبن.

وتُوجد عدة أسباب تؤدي إلى نزول اللبن من تلقاء نفسه من غير حمل وولادة، وقبل ذكر الأسباب لابد أولاً من تعريف مصطلح ثر اللبن لغويًا وطبيًا.

### أولاً: تعريف ثر اللبن في اللغة:

الثرة، بالفتح: كثرة اللبن، ثر: غزير. وثر يثر إذا اتسع، ثر السائل ثرا وثرورا غزر وكثر<sup>1</sup>. اللبن؛ سائل أبيض تفرزه أنثاء إناث الادميين<sup>2</sup>.

### ثانيًا: تعريف ثر اللبن طبيًا:

ترجمة مصطلح ثر اللبن بالإنجليزية: Galactorrhoea.

---

1 لسان العرب، 4/102. تاج العروس، 10/318. المعجم الوسيط، 1/95.

2 سبق التعريف ص 14.



وهو: التدفق التلقائي للحليب من الثدي، غير المرتبط بالولادة<sup>1</sup>.

وقيل هو: إنتاج حليب الثدي عند الرجال أو النساء اللاتي لا يُرضعن<sup>2</sup>.

ويفهم من التعريف الطبي لمصطلح ثر اللبن عدة أمور أهمها:

1- ثر اللبن؛ هو خروج اللبن من الثدي، ولا يُعتبر مرض مستقل، ولكن يمكن أن يكون مؤشر لمشكلة كامنة.

2- ثر اللبن غير مرتبط بالولادة؛ فهو إفرازات حليبيّة لا علاقة لها بإنتاج اللبن الطبيعي للرضاعة الذي يكون بسبب الحمل والولادة.

3- تحدث هذه الحالة غالبًا عند النساء غير الحوامل أو غير المرضعات، حتى اللاتي لم ترزقن بأطفال أو اللاتي تخطين مرحلة انقطاع الطمث، ويمكن أن تحدث أيضاً عند الرجال، والأطفال حديثي الولادة.

---

<sup>1</sup> القاموس الطبي الإنجليزي، تقديم الدكتور ماهر الحسامي، ترجمة الدكتور ناصر فضل الله ناصر الدين، 271/1، دار رسلان للطباعة والنشر والتوزيع دمشق - سورية. الموسوعة العربية، 296/7.

<sup>2</sup> انظر الدليل الإرشادي لشركة MSD مقدم المعلومات الطبية الأول الموثوق منذ عام 1899م.

### ثالثاً: أسباب اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن:

تتعدد أسباب نزول اللبن من الثدي من تلقاء نفسه ثر اللبن، منها ما هو غير معروف السبب، ويطلق عليه اللبن المجهول، وقد تزول الحالة من تلقاء نفسها، ومنها ما هو معروف السبب، وفيما يأتي توضيح لأسباب نزول اللبن من الثدي من تلقاء نفسه:

1- ورم في الغدة النخامية: يسبب الورم في الغدة النخامية إنتاج كمية عالية من هرمون الحليب المسؤول عن عملية الرضاعة، وتختلف أعراض وجود ورم في الغدة النخامية بين الذكور والإناث، وفي حال كان الورم كبيراً، فقد يضغط على الأعصاب المجاورة له، ويُسبب الصداع، ومشكلات في الرؤية.

2- أورام مختلفة: وجود أي ورم قريب من الغدة النخامية أي عند قاع الدماغ سيضغط عليها، وسيوقف إنتاج هرمون الدوبامين، والذي له عدة وظائف منها التحكم بالمشاعر، وتثبيط إنتاج هرمون الحليب، ففي حال عدم إنتاج كمية مناسبة من هرمون الدوبامين، سيرتفع مستوى هرمون الحليب في الجسم، وينتج عن ذلك خروج اللبن من الثدي.



3- أسباب تحدث عند الذكور فقط: قد تكون حالة نزول اللبن عند الذكور مرتبطة بنقص هرمون التستوستيرون وذلك بسبب قصور في الغدة التتاسلية عند الرجال، وعادةً ما يصاحبها نمو وزيادة في حجم الثدي<sup>1</sup>.

4- أسباب تحدث عند الإناث فقط: استخدام حبوب منع الحمل، والذي يؤثر على مستوى هرمونات الجسم، وقد يسبب نزول اللبن من الثدي.

4- أسباب تحدث عند حديثي الولادة: قد يحدث نزول اللبن عند حديثي الولادة، نتيجة ارتفاع مستوى هرمون الأستروجين في جسم الأم أثناء الحمل، فتنقل هذه الهرمونات عبر المشيمة إلى دم الجنين قبل الولادة، وهذا يسبب زيادة في حجم الثدي لديهم، كما يسبب خروج إفرازات من حلمة الثدي، وهذه الإفرازات تكون مؤقتة وتزول من تلقاء نفسها.

5- أسباب مختلفة تحدث عند الذكور والإناث: كسل الغدة الدرقية؛ وذلك يعني عجز الغدة الدرقية عن إنتاج ما يكفي من هرموناتها، واستخدام بعض الأدوية مثل

---

<sup>1</sup> انظر موقع: <https://hyatoky.com>

Retrieved 23-12-2019. "Galactorrhea ", clevelandclinic,12-06-2018 Edited.

انظر مقال ثر اللبن: Galactorrhea الأسباب والأعراض والتشخيص والعلاج، ترجمة: رامي طحطوح، تدقيق: سلمى توفيق، مراجعة: نغم رابي.

أدوية علاج الضغط، أمراض الكلى المزمنة، واستخدام بعض أنواع الأعشاب ومنها اليانسون وبذور الشمر.

ويمكن أن يسبب ثر اللبن إنتاجًا غير متوقع للحليب، وحدوث عقم عند الرجال والنساء، وعندما تعجز الأدوية منفردةً عن إيقاف إنتاج البرولاكتين أو خفض حجم الورم، فقد يتم اللجوء إلى الجراحة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر الدليل الإرشادي لشركة Msd مقدم المعلومات الطبية الأول الموثوق منذ عام 1899م.

أنظر موقع: <https://hyatoky.com>

Retrieved 23-12-2019. "Galactorrhea ", clevelandclinic,12-06-2018

Edited.

أنظر موقع عيادات Mayo clinic تضم أكبر العيادات وأكثرها خبرة في الولايات المتحدة الأمريكية.

## الفرع الثاني

الحالة الثانية: اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار

### اللبن الرضاعة المستحثة

يمكن لأي امرأة لم تحمل سواء سبق لها الزواج أم لا أن تحفز غدد الثدي لإفراز اللبن إذا أرادت تبني رضيع، ويكون ذلك عن طريق تناول بعض الأدوية المحفزة لإدرار اللبن أو الأعشاب، أو استخدام الأجهزة الطبية التي تساعد على ذلك، وتعرف هذه الحالة طبيًا باسم الرضاعة المستحثة، وتعتبر هذه المسألة من القضايا الفقهية المعاصرة.

وقبل بيان الوسائل المحفزة لإدرار اللبن لابد أولاً من تعريف مصطلح الرضاعة المستحثة لغويًا وطبيًا.

أولاً: تعريف الرضاعة المستحثة في اللغة:

الرضاعة، بالفتح والكسر: الاسم من الإرضاع، الرضاع: مص اللبن من الثدي<sup>1</sup>.

حثه حثًا أعجله إجمالاً متصلاً<sup>2</sup>، حثه على الشيء واستحثه بمعنى، أي حثّه

---

1 انظر ص 9.

2 المعجم الوسيط، 1/155.

عليه،<sup>1</sup>.

## ثانياً: مفهوم الرضاعة المستحثة طبيًا:

محاولة الحثّ على الرضاعة؛ أي تحفيز الغدّة الثديية لدى امرأة غير محضرة للرضاعة، مثل حالات عدم وجود الحمل، وعدم جاهزية الجسم من مستوى الهرمونات، كامرأة تبنت رضياً<sup>2</sup>.

وقيل: هي عملية استدرار الحليب في ثدي المرأة غير الواضع أو غير المرضعة؛ بهدف إرضاع طفلٍ دون أن يتهيأ جسدها طبيعياً لإنتاج الحليب<sup>3</sup>.

ويفهم من التعريف الطبي لمصطلح الرضاعة المستحثة عدة أمور أهمها:

1- محل الرضاعة المستحثة المرأة غير الواضع أو غير المرضعة، بخلاف الرضاعة الطبيعية محلها المرأة الواضع أو المرضعة.

---

<sup>1</sup> الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تأليف أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، 278/1، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة 1407 هـ / 1987 م

<sup>2</sup> انظر جريدة الجمهورية، June 29, 2019.

<sup>3</sup> انظر مقال مسألة أخلاقية في الاسترضاع، كتبه عبد الرحمن المحتسب، 2016/10/22م.

2- مفهوم الرضاعة المستحثة يختلف عن مفهوم الرضاعة الطبيعية الناتجة عن حمل وولادة حيث يتهيأ جسد المرأة طبيعياً لإنتاج اللبن، بخلاف الرضاعة المستحثة التي تعتمد على استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن.

### ثالثاً وسائل الرضاعة المستحثة

إن تطور الثدي في الإرضاع لدى المرأة الحامل يمر بخمس مراحل لتهيئة الثدي، حيث أن هرمون "البرولاكتين" يرتفع بشكل طبيعي لدى السيدة الحامل، ويستمر بالارتفاع خلال فترة الإرضاع، وهذا ما تفقده المرأة غير المتزوجة أو المتزوجة ولم يسبق لها الحمل، وهو تهيئة الثدي للإرضاع؛ لكونها لا تمر بالمرحلة الطبيعية التي تمر بها الحامل، وعادةً ما ينتج إدرار اللبن الطبيعي من الثدي عن تفاعل معقد بين ثلاثة هرمونات: الإستروجين، والبروجسترون، ومحفز الإلبان المشيمي البشري أثناء الأشهر الأخيرة من الحمل. وعند الولادة، تنخفض مستويات الإستروجين والبروجسترون، مما يتيح زيادة إفراز هرمون البرولاكتين لبدء إدرار اللبن، وتعتمد الرضاعة المستحثة على النجاح في إحداث تأثير مماثل لما ينتج عن تلك الخطوات.

ويتم تحفيز إدرار اللبن للمرأة العقيم أو المرأة التي لم يسبق لها الزواج لكبر أو غيره بهدف تمكينها من إرضاع الطفل اليتيم الذي ترغب في احتضانه بعدة وسائل هي:

1- تحفيز حلمات الثدي والثدي يدويًا: من الأفضل أن تبدأ العملية قبل عدة أشهر من حضانه الطفل اليتيم.

2- استخدام الأجهزة المعينة على إنتاج اللبن:

يجوز اللجوء إلى مضخة الثدي لِيتمّ إنتاج اللبن. وسحب اللبن من الثدي إحدى الوسائل المعينة على إدرار اللبن، وكلما تكررت عملية السحب زاد إدرار الثدي للبن، وخاصة عند استخدام نوعية عالية الجودة من أجهزة مضخة سحب اللبن. ومن الممكن شفط اللبن بأكثر من طريقة، مثل: الشفاط الذي يعمل بالبطارية، أو الشفاط شبه الأوتوماتيكي، أو الشفاط الكهربائي الخاص بالاستعمال الشخصي، أو مضخة الثدي الكهربائية المخصصة للاستعمال بالمستشفيات.

2- الأدوية الهرمونية: الطريقة الأكثر فعالية للحثّ على إنتاج اللبن من الثدي هي استخدام بعض الأدوية الموصوفة، والمكملات الغذائية.

ويجب على المرأة أن تراجع طبيب في بداية المسألة لاستخدام أدوية لتحفيز اللبن، وأيضاً للاطمئنان لعدم وجود حالة مرضية من الممكن انتقالها للطفل، لأن

بعض الفيروسات ممكن أن تنتقل عن طريق اللبن، خصوصا أن في حالة الأم البيولوجية الطفل يكتسب مناعة منها أثناء فترة الحمل والولادة، لكن في حالة الأم البديلة نحتاج فحوصات لأخذ احتياطات معينة أثناء الرضاعة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> انظر موقع [www.mayoclinic.org](http://www.mayoclinic.org) تضم أكبر العيادات وأكثرها خبرة في الولايات المتحدة الأمريكية. أنظر بوابة أخبار اليوم، مقال رضاعة بدون زواج.. أمر يمكن تحقيقه بالعلم والشرع، عدد السبت 16 نوفمبر 2019م.

## الفصل الأول

### أثر اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن في نشر الحرمة بالرضاع

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: أثر اللبن الثائب من امرأة لا زوج لها في نشر الحرمة بالرضاع.

المبحث الثاني: أثر اللبن الثائب من امرأة ذات زوج من غير حمل في نشر الحرمة  
بالرضاع.



## مقدمة

سبق في الفصل التمهيدي بيان مفهوم اللبن الثائب من غير حمل وحالاته، ومن تلك الحالات اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن، وتحدث هذه الحالة غالباً عند النساء غير الحوامل أو غير المرضعات، حتى اللاتي لم ترزقن بأطفال أو اللاتي تخطين مرحلة انقطاع الطمث. ويمكن أن تحدث أيضاً عند الرجال، والأطفال حديثي الولادة.

ومن تعريف الرضاع في اللغة والاصطلاح يتضح أن الرضاع وما يترتب عليه من أحكام شرعية وهي تحريم النكاح، وإباحة النظر والخلوة، وثبوت المحرمية يتعلق بلبن المرأة فقط دون غيره مثل لبن الرجل<sup>1</sup>، ولذلك سوف نقتصر في هذا الفصل على بيان أثر اللبن الثائب من المرأة من تلقاء نفسه ثر اللبن.

---

<sup>1</sup> اختلف الفقهاء في ثبوت التحريم بلبن الرجل إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو لجمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والصحيح عند الشافعية والحنابلة، قالوا: إذا ثاب للرجل لبن، وأرضع به طفلاً فلا يثبت به التحريم.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 4/4. المدونة، 303/2. المهذب، 144/3. المبدع في شرح المقنع، 122/7

الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه الكرابيسي من الشافعية، قال: يثبت به التحريم.

المهذب، 144/3. الكرابيسي هو: عبد الله بن الحسن بن علي بن عبد الله بن أحمد بن عبد الله بن أحمد بن شاذان بن محمد بن علوية الكرابيسي من أهل سرخس، كانت ولادته في حدود سنة

أربعين وأربعمائة، حدث بالكثير وصار شيخ بلده، توفي سنة أربع وعشرين وخمسمائة. التحبير في المعجم الكبير، لأبو سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور السمعاني، 364/1، تحقيق / منيرة ناجي سالم.

الأدلة

أولاً: أدلة الرأي الأول: استدلت أصحاب هذا الرأي على عدم ثبوت الحرمة بلبن الرجل بالكتاب والمعقول:

أولاً: الكتاب:

قوله تعالى : [..وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ...]. سورة النساء آية رقم 23.

وجه الدلالة: جعل الله تعالى الرضاع الذي يتعلق به الحكم من الوالدات، وهذا ليس بوالدة، ولا من

جنس الوالدات، فلم يتعلق بإرضاعه حكم، فإنما يحرم ألبان بنات آدم لا ما سواها. المدونة،

296/2. البيان في مذهب الشافعي، تأليف أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني

اليمني الشافعي، 156/11، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى

1421هـ/ 2000م.

ثانياً: المعقول: استدلو بعد أوجه هي:

1- إن لبن الرجل لا يسمى رضاعاً عرفاً ولا عادةً، ومعنى الرضاع أيضاً لا يحصل به؛ وهو:

اكتفاء الصغير به في الغذاء؛ لأنه لا يغنيه من جوع فصار كلبن الشاة.

2- إن لبن الرجل ليس بلبن على التحقيق فإن اللبن لا يتصور إلا ممن يتصور منه الولادة =

## المبحث الأول

### أثر اللبن الثائب من امرأة لا زوج لها في نشر الحرمة بالرضاع

المرأة التي لا زوج لها: إما أن تكون بكرًا<sup>1</sup>، أو ثيبًا، أو يائسة من المحيض التي لا تلد لكبر سن، وفيما يلي بيان أثر اللبن الثائب منهن في نشر الحرمة بالرضاع.

---

= فصار كما إذا نزل من ثدي البكر ماء أصفر. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 4/4. تبين الحقائق، 186/2. المهذب، 144/3.

ثانيًا: أدلة الرأي الثاني: استدل أصحاب هذا الرأي على ثبوت الحرمة بلبن الرجل بالقياس: ثبوت التحريم بلبن الرجل قياسًا على ثبوت التحريم بلبن المرأة؛ لأن كل منهما يعتبر لبن آدمي. البيان في مذهب الشافعي، 156/11. المهذب، 144/3.

نوقش هذا الاستدلال:

ليس هناك شبه بين لبن الرجل ولبن المرأة؛ لأن لبن الرجل لم يجعل غذاء للمولود فلم يثبت به التحريم كلبن البهيمة. المهذب، 144/3

#### الرأي المختار

بعد ذكر آراء الفقهاء وأدلّتهم وما ورد عليها من اعتراضات، يبدو لي أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون إن لبن الرجل لا ينشر الحرمة هو الرأي المختار؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدلوها بها وخلوها من المعارضة، وعدم مخالفة هذا الرأي للنصوص الواردة في المسألة.

<sup>1</sup> المراد بها التي لم تجامع قط لنكاح أو سفاح رد المختار على الدر المختار، 217/3، المدونة، 299/2.

وقبل ذكر أقوال الفقهاء في هذه المسألة لابد أن نشير إلى أن هناك فرق بين اللبن الثائب من ثدي المرأة من تلقاء نفسه وبين ما يخرج من الثدي من ماء أصفر أو غيره، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم ثبوت التحريم بالرضاع إذ كان ما خرج من الثدي ماءً أصفرًا أو دمًا أو غيره؛ لأنه ليس لبنًا<sup>1</sup>.

واختلف الفقهاء في أثر اللبن الثائب من البكر، أو الثيب التي لا زوج لها، أو اليائسة من المحيض في نشر الحرمة بالرضاع إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والزيدية.

قالوا: إذا ثاب للبكر ذات تسع سنين فصاعدًا لبن، أو لثيب لا زوج لها، أو يائسة من المحيض، فأرضعت به طفلًا، فإنه يكون ناشرًا للحرمة بينهما<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> رد المحتار على الدر المختار، 218/3. مواهب الجليل، 179/4. مغني المحتاج، 124/5.

<sup>2</sup> مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تأليف عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، 378/1، دار إحياء التراث العربي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 185/2. المدونة، 299/2. بداية المجتهد، 63/3-64. المهذب، 144/3. البيان في مذهب الإمام الشافعي، 138/11. المبدع في شرح المقنع، 122/7. كشف القناع عن متن الإقناع، 444/5، المغني، 180/8. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ص 470.

واختلف أصحاب هذا الرأي فيما إذا تاب للبكر لبن وهي دون تسع سنين إلى رأيين:

الأول: ذهب الحنفية وبعض المالكية وأصحاب هذا الرأي من الشافعية والحنابلة إلى أنه لا ينشر الحرمة<sup>1</sup>.

الثاني: وهو المشهور عند المالكية، قالوا: إذا وقع الرضاع من المرأة، وكانت من الصغر في سن من لا توطأ، حصلت به الحرمة<sup>2</sup>.

الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية والأصح عند الحنابلة، قالوا:

إذا تاب للمرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة، سواء كانت بكرًا، أو ثيبًا، أو يائسة من المحيض<sup>3</sup>.

---

1 رد المحتار على الدر المختار، 218/3. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 179/4. شرح مختصر خليل للخرشي، تأليف محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، 177/4، دار الفكر للطباعة - بيروت. البيان في مذهب الشافعي، 138/11. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 285/8. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، 331/9، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.

2 مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 179/4. شرح مختصر خليل للخرشي، 177/4.

3 البيان في مذهب الإمام الشافعي، 138/11. روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، 3/9، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت-

## سبب الخلاف

عدم اتفاق الفقهاء على اشتراط أن يكون اللبن ثاب من حمل لنشر الحرمة بالرضاع. فمن اعتبره شرطاً من شروط الرضاع قال: بعدم ثبوت الحرمة بلبن البكر، والثيب التي لا زوج لها، واليائسة من المحيض؛ لأنه لبن ثائب من غير حمل وولادة، ومن لم يعتبره شرطاً من شروط الرضاع المحرم قال: بثبوت الحرمة.

## الأدلة

### أولاً أدلة الرأي الأول

استدل أصحاب هذا الرأي على أنه إذا ثاب للبكر ذات تسع سنين فصاعداً لبن، أو لثيب لا زوج لها، أو يائسة من المحيض، فأرضعت به طفلاً، فإنه يكون ناشراً للحرمة بينهما بالكتاب والقياس والمعقول:

### أولاً: الكتاب:

---

دمشق- عمان، الطبعة الثالثة 1412هـ / 1991م. المبدع في شرح المقنع، 122/7، كشف القناع عن متن الإقناع، 444/5. المغني، 180/8. حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، 97/7.

قوله تعالى : [...وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ...]<sup>1</sup>.

وجه الدلالة:

دلت الآية مطلقاً على تحريم الأمهات والأخوات بالرضاعة<sup>2</sup> دون شرط أن يكون اللبن ثابت من حمل وولادة، فيثبت حكم الرضاع وهو نشر الحرمة على العموم<sup>3</sup>، ويدخل في ذلك لبن البكر ذات تسع سنين فصاعداً، والثيب التي لا زوج لها، واليائسة من المحيض.

---

1 سورة النساء آية رقم 23.

<sup>1</sup> فتح القدير، تأليف محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، 512/1، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق - بيروت، الطبعة الأولى 1414هـ.

<sup>2</sup> تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 185/2. المبدع في شرح المقنع، 122/7.

## ثانيًا: القياس

قياس لبن البكر ذات تسع سنين فصاعدًا، والثيب التي لا زوج لها، والياثسة من المحيض على لبن غيرهن من النساء الثائب من وطء وحمل في نشر الحرمة؛ لأن اللبن الثائب سبب النشوء والنمو فيثبت به شبهة البعضية إذا هو لبن حقيقة<sup>1</sup>.

## ثالثًا: المعقول

1- إنه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو تاب بوطء<sup>2</sup>.

2- إن لبن المرأة خلق لغذاء الطفل، وإن كان هذا نادرًا؛ لأن جنسه معتاد<sup>3</sup>.

واستدل من قال: إن لبن البكر إذا تاب وهي دون تسع سنين لا ينشر الحرمة

بالقياس والمعقول:

## أولًا: القياس

قياسًا على الولادة، فكما لا يتصور الولادة ممن كانت من الصغر في سن من لا

---

<sup>1</sup> مجمع الأنهر، 378/1. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 185/2.

<sup>2</sup> المدونة، 144/3. المغني، 180/8. المبدع في شرح المقنع، 122/7.

<sup>3</sup> المهذب، 144/3. البيان في مذهب الإمام الشافعي، 138/11. المغني، 180/8. كشف

القناع عن متن الإقناع، 444/5. المبدع في شرح المقنع، 122/7.





توطأ، أيضا لا يتصور الرضاعة<sup>1</sup>.

ثانياً: المعقول:

1- إن اللبن لا يتصور إلا ممن تتصور منه الولادة فيحكم بأنه ليس لبناً<sup>2</sup>.

2- إن البكر دون تسع سنين لا تحتل الولادة واللبن المحرم فرعها<sup>3</sup>.

واستدل من قال: إن لبن البكر إذا ثاب وهي دون تسع سنين ينشر الحرمة

بالكتاب والسنة:

أولاً: الكتاب:

قوله تعالى : [ ...وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ... ]<sup>4</sup>.

وجه الدلالة:

عموم الآية، حيث لم تفرق في وقوع الحرمة بين لبن البكر بنت تسع سنين فصاعداً

---

<sup>1</sup> مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 4/179.

<sup>2</sup> رد المحتار على الدر المختار، 3/218.

<sup>3</sup> تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 8/285.

<sup>4</sup> سورة النساء آية رقم 23.

أو دون ذلك<sup>1</sup>.

ثانيًا: السنة:

قال النبي: { يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ }<sup>2</sup>.

وجه الدلالة:

يدل عموم الحديث على أن الرضاع ينشر الحرمة بين الرضيع والمرضعة<sup>3</sup>. لا فرق بين لبن البكر بنت تسع سنين فصاعدًا أو دون ذلك.

ثانيًا: أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحاب هذا الرأي على أنه إذا ثاب للمرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة، سواء كانت بكرًا، أو ثيبًا، أو يائسة من المحيض بالمعقول:

1- إنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال، أشبه لبن الرجل لا حرمة له<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> فتح القدير، 512/1. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 178/4. شرح مختصر خليل للخرشي، 176/4.

<sup>2</sup> سبق تخريجه ص 11.

<sup>3</sup> تحفة الأحوذني بشرح جامع الترمذي، تأليف أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، 254/4، دار الكتب العلمية - بيروت.

اعترض على هذا الاستدلال:

ندرة وجوده لا تعمل عمل الدليل إذا وجد<sup>2</sup>.

2- إنه ليس بلبن حقيقةً، بل رطوبة متولدة؛ لأن اللبن ما أنشز العظم وأنبت اللحم، وهذا ليس كذلك<sup>3</sup>.

### الرأي المختار

بعد ذكر آراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات يبدو لي أن ما ذهب إليه أصحاب القول الأول القائلون إن لبن البكر ذات تسع سنين فصاعداً، والثيب التي لا زوج لها، واليائسة من المحيض يكون ناشراً للحرمة، وأن لبن البكر التي لم تبلغ تسع سنين لا يكون ناشراً للحرمة هو الرأي المختار وذلك للآتي:

1- عموم الآيات والأحاديث التي تفيد نشر الحرمة بالرضاع بدون تقييد ذلك بأن يكون لبن المرأة ثاب من حمل وولادة.

---

<sup>1</sup> البيان في مذهب الإمام الشافعي، 138/11. المبدع في شرح المقنع، 122/7.

<sup>2</sup> تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 185/2.

<sup>3</sup> المبدع في شرح المقنع، 122/7. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 331/9. المغني، 180/8.

2- سبق تعريف مصطلح ثر اللبن طبيًا؛ وهو: التدفق التلقائي للحليب من الثدي غير المرتبط بالولادة، ويفهم من ذلك أن إفراز اللبن من الثدي لا يعتمد على الولادة فقط، وسبق توضيح ذلك في الفصل التمهيدي.

3- لبن المرأة الثائب من تلقاء نفسه من غير حمل وولادة يعتبر غذاء للطفل مثله مثل اللبن الثائب من حمل وولادة، سواء كانت المرأة بكرًا بنت تسع سنين فصاعدًا، أو ثيبًا لا زوج لها، أو يائسة من المحيض، وبالتالي يكون ناشرًا للحرمة.

4- لبن البكر بنت تسع سنين ينشر الحرمة لكون بلوغ هذا السن - وهو سن الحيض - يترتب عليه احتمال كونها تحيض وتحبل وتلد، وهذا الاحتمال كاف في اعتبار اللبن ناشرًا للحرمة، أما إذا كانت البكر دون تسع سنين وثاب لها لبن فلا ينشر الحرمة؛ لأن احتمال البلوغ غير قائم، ولأنها لا تحتمل الولادة واللبن المحرم فرعها.

وينبغي الإشارة إلى أن ثبوت الحرمة بالرضاع في هذه المسألة متوقف على تحقق باقي شروط الرضاع المحرم.

## المبحث الثاني

### أثر اللبن الثائب من امرأة ذات زوج من غير حمل في نشر الحرمة بالرضاع

إذا تزوج رجل امرأة ولم تحمل ولم تلد منه قط، وثاب لها لبن وأرضعت به طفلاً، فهذا الإرضاع يترتب عليه أحكام شرعية اختلف فيها الفقهاء من حيث ثبوت الأمومة والأبوة ونشر الحرمة، أو عدم ثبوت كل منهما، أو ثبوت البعض دون البعض، وهذا ما سوف يتم تناوله في هذا المبحث بالتفصيل.

اختلف الفقهاء في نشر الحرمة وثبوت الأمومة والأبوة باللبن الثائب من تلقاء نفسه من المرأة المتزوجة إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة، قالوا:

إذا تاب للمرأة المتزوجة لبن ولم تحمل، فأرضعت به طفلاً صار أبناً لها، ولم يصير ابناً لزوجها<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> رد المحتار على الدر المختار، 221/3. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، 140/5. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 178/7. حاشية الروض المربع شرح زاد المستتقع، 97/7. منار السبيل في شرح الدليل، تأليف ابن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم، 292/2، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة السابعة 1409هـ/1989م. الكافي في فقه الإمام أحمد،

الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة، قالوا:

إن الطفل الرضيع إذا شرب لبن امرأة بعد أن يصيبها الزوج وقبل الحمل، فإنه يكون ولدًا لها ويكون ولدًا لزوجها، أما لو تاب للمرأة لبن قبل أن يصيبها الزوج ثبتت الحرمة في حقها دونه<sup>1</sup>.

الرأي الثالث: وهو الأصح عند الحنابلة، قالوا:

لا يحرم لبن الموطوءة، ولا يقع التحريم إلا بلبن المرأة التي تاب لها من حمل<sup>2</sup>.

سبب الخلاف

---

تأليف أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، 222/3 - 223، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1414هـ/1994م.

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، 504/2، دار الفكر. وجاء فيه: قَوْلُهُ: مِنْ حِينِ وَطْنِهِ لَهَا الَّذِي أَنْزَلَ فِيهِ أَيُّ لَا مِنْ حِينِ عَقْدِهِ عَلَيْهَا وَلَا مِنْ حِينِ وَطْنِهِ لَهَا بَعْدَ إِنْزَالِ فِيهِ فَإِذَا رَضَعَ وَوَدَّ عَلَى امْرَأَةٍ ثُمَّ عَقَدَ عَلَيْهَا رَجُلًا أَوْ رَضَعَهَا بَعْدَ عَقْدِهِ عَلَيْهَا وَقَبْلَ وَطْنِهِ لَهَا أَوْ رَضَعَهَا بَعْدَ أَنْ وَطْنَهَا وَلَمْ يُنْزَلْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ الرَّضِيعُ ابْنًا لِذَلِكَ الرَّجُلِ. المدونة، 296/2. شرح مختصر خليل للخرشي، 179/4. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، 139/5. الشرح الممتع على زاد المستنقع، تأليف محمد بن صالح بن محمد العثيمين، 443/13، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى 1422 - 1428 هـ.

<sup>2</sup> حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، 97/7. المغني، 180/8.

بالنظر إلى أقوال الفقهاء نجد أن أصحاب الرأي الأول اثبتوا الأمومة دون الأبوة، والرأي الثاني أثبتوا الأمومة مطلقاً، والأبوة بشرط أن يكون الإرضاع بعد أن يصيب الزوج المرأة، والرأي الثالث لم يثبتوا كل منهما الأمومة والأبوة، ويرجع سبب الخلاف في ذلك إلى اختلاف الفقهاء في الشروط التي ينبغي توافرها في الرضاع حتى يترتب عليه الآثار الشرعية من تحريم النكاح، وإباحة النظر والخلوة، وثبوت المحرمية، ومن تلك الشروط المختلف فيها اشتراط أن يكون اللبن ثاب للمرأة من حمل لثبوت الحرمة بالرضاع، فمن اعتبره شرطاً من شروط الرضاع قال: بعدم ثبوت الحرمة، ومن لم يشترط ذلك قال: بثبوت الحرمة مع اختلافهم في ثبوت حرمة الرضاع في حق المرأة والزوج أو ثبوتها في حق المرأة فقط.

## الأدلة

### أولاً: أدلة الرأي الأول

استدل أصحاب هذا الرأي على أنه إذا ثاب للمرأة المتزوجة لبن ولم تحمل، فأرضعت به طفلاً صار ابناً لها، ولم يصر ابناً لزوجها بالتالي:

استدلوا على ثبوت الأمومة ونشر الحرمة في جانب المرأة بالكتاب والمعقول:

### أولاً: الكتاب:



قوله تعالى : [...وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ...].<sup>1</sup>

وجه الدلالة:

دلت الآية على تحريم الأمهات والأخوات بالرضاعة<sup>2</sup> دون شرط أن يكون اللبن  
ثاب من حمل وولادة، فيبقى النص على عمومه، ويثبت حكم الرضاع وهو نشر  
الحرمة على العموم<sup>3</sup>، ويدخل في ذلك المرأة المتزوجة إذا ثاب لها لبن ولم تحمل،  
فأرضعت به طفلاً صار ابناً لها.

ثانياً: المعقول:

1- إن اللبن الثائب سبب النشوء والنمو فيثبت به شبهة البعضية إذا هو لبن  
حقيقة<sup>4</sup>.

2- إن لبن المرأة خلق لغذاء الطفل، وإن كان هذا نادراً؛ لأن جنسه معتاد<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> سورة النساء آية رقم 23.

<sup>1</sup> فتح القدير، 512/1.

<sup>2</sup> تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 185/2. المبدع في شرح المقنع، 122/7.

<sup>3</sup> مجمع الأنهر، 378/1. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 185/2.

<sup>4</sup> المهذب، 144/3. البيان في مذهب الإمام الشافعي، 138/11. المغني، 180/8. كشاف

القناع عن متن الإقناع، 444/5. المبدع في شرح المقنع، 122/7.

3- الحكمة من كون اللبن محرماً هو تغذية الطفل، فإذا تغذى به الطفل حصل المقصود<sup>1</sup>.

---

<sup>5</sup> الشرح الممتع على زاد المستنقع، 13/440-441.

واستدلوا على عدم ثبوت الأبوة ونشر الحرمة في جانب الزوج بالمعقول:

1- لا يكون الزوج أبًا للولد؛ لأنه ليس ابنه لأن نسبته إليه بسبب الولادة منه فإذا انتفت الولادة انتفت النسبة<sup>1</sup>.

2- لا يحرم إلا لبن حمل لاحق بالواطئ نسبة، والواطئ اللاحق به الحمل الذي تاب عنه اللبن، وهذا اللبن لم يثب بوطئه، فلم يكن منه، ولذلك لم يعتبر الطفل ابنًا للزوج<sup>2</sup>.

ثانيًا: أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحاب هذا الرأي على أن الطفل الرضيع إذا شرب لبن امرأة بعد أن يصيبها الزوج وقبل الحمل، فإنه يكون ولدًا لها ويكون ولدًا لزوجها بالسنة والمعقول:

---

<sup>1</sup> رد المحتار على الدر المختار، 3/221. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 3/243. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تأليف أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ص259، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى 1425هـ/2005م.

<sup>2</sup> منار السبيل في شرح الدليل، 2/292. الكافي في فقه الإمام أحمد، 3/223.

أولاً: السنة:

قال النبي : {لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنِ الْغِيلَةِ حَتَّى ذَكَرْتُ أَنَّ الرُّومَ وَفَارِسَ يَصْنَعُونَ ذَلِكَ، فَلَا يَضُرُّ أَوْلَادَهُمْ} <sup>1</sup>.

وجه الدلالة:

نهى النبي عن الغيلة<sup>2</sup>؛ وهي: أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع، وقال العلماء سبب همه بالنهي عنها أنه خاف من فساد أجساد أمته وضعف قوتهم من أجلها، فأراد النبي أن ينهي عنها لذلك فرأى أن فارس والروم يفعلون ذلك ولا يبالون به ثم أنه لا يعود على أولادهم بضرر فلم ينه، والحديث يدل على جواز الغيلة فإنه لم

---

<sup>1</sup> صحيح مسلم، تأليف مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، 1066/2، كتاب النكاح، 24- باب جواز الغيلة، وهي وطء المرضع، وكراهة العزل - حديث رقم 1442، المحقق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت. موطأ الإمام مالك، تأليف مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني، 607/2، كتاب الرضاع - باب جامع ما جاء في الرضاعة - حديث رقم 16، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، طبعة 1406هـ / 1985م.

<sup>2</sup> هو أن يطأ المرأة المرضع فإذا حملت فسد لبنها وكان من ذلك فساد الصبي. لسان العرب، 336/3.

ينه عنها وبين سبب ترك النهي<sup>1</sup>. ويفهم من الحديث أن ماء الرجل يغيل على اللبن، ويكون فيه غذاء، ولذلك يكون ناشراً للحرمة لكل من المرأة والزوج، فيكون الطفل ولداً لها ولزوجها.

---

<sup>3</sup> المنتقى شرح الموطأ، تأليف أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، 156/4، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة الثانية. تحفة الأحوذى، 208/6.

## ثانيًا: المعقول:

- 1- إن الوطء يدر اللبن ويكون منه استنزال اللبن فيحرم<sup>1</sup>.
  - 2- إن الزوج ثور أعضاء المرأة بالوطء ونتج عن ذلك اللبن فثبتت الحرمة في حقه كما ثبتت في حق المرأة<sup>2</sup>.
  - 3- إن ماء الرجل يغيل اللبن، ويكون فيه غذاءً للولد<sup>3</sup>.
- واستدل أصحاب هذا الرأي على أنه لو تاب للمرأة لبن قبل أن يصيبها الزوج ثبتت الحرمة في حقه دونه بالمعقول:
- إن اللبن تاب للمرأة من غير حمل ولا وطء فثبتت الأمومة دون الأبوة، فتكون المرأة أمًا للولد دون الزوج<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> المدونة، 296/2. الشرح الممتع على زاد المستنقع، 443/13.

<sup>2</sup> مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، 140/5.

<sup>3</sup> المدونة، 296/2.

<sup>4</sup> منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، ص259. الشرح الممتع على زاد المستنقع، 443/13.

### ثالثاً: أدلة الرأي الثالث:

استدل أصحاب هذا الرأي على أن لبن الموطوءة لا يحرم، ولا يقع التحريم إلا بلبن المرأة التي تاب لها من حمل بالمعقول:

- 1- إنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال، أشبه لبن الرجل لا حرمة له<sup>1</sup>.
- 2- إنه يشترط في نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي تاب اللبن بوطئه، ان يكون لبن حمل ينتسب إلى الواطئ<sup>2</sup>.

### الرأي المختار

بعد ذكر آراء الفقهاء وأدلتهم يبدو لي أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني القائلون إن لبن المرأة إذا تاب بعد أن يصيبها الزوج وقبل الحمل، فأرضعت به طفلاً، فإنه يكون ولدًا لها ويكون ولدًا لزوجها، أما إذا تاب قبل أن يصيبها الزوج وأرضعت به طفلاً تثبت الحرمة في حقها دونه هو الرأي المختار وذلك للآتي:

- 1- إن اللبن الثائب للمرأة بعد أن يصيبها الزوج يكون ناشراً للحرمة لكل منهما، فتثبت الأمومة والأبوة؛ لان هذا اللبن در من وطء ويكون فيه غذاء.

---

<sup>1</sup> المبدع في شرح المقنع، 122/7.

<sup>2</sup> المغني، 178/8.

2- إن الطفل يكون ولدًا للزوج؛ لأنه يعتبر صاحب اللبن من وطئه، فيصدق على الولد أنه شرب من لبن ذلك الفحل، فكأنه حاصل من بطنها ومن ظهره.

3- عدم نشر الحرمة في جانب الزوج وعدم ثبوت الأبوة إذا تاب اللبن للمرأة قبل نكاحه إياها وقبل أن يصيبها؛ يرجع إلى أن الولد لم يشرب من لبنه حتى يكون ابنًا أو بنتًا له، فلا توجد علاقة بينهما لتثبت الأبوة.

وينبغي الإشارة إلى أن ثبوت الحرمة بالرضاع في هذه المسألة متوقف على تحقق باقي شروط الرضاع المحرم.



## الفصل الثاني

### أثر اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن الرضاعة المستحثة في نشر الحرمة بالرضاع

يشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: حكم استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل.

المبحث الثاني: أثر اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن في نشر  
الحرمة بالرضاع.

## مقدمة

يرى جمهور العلماء أن لبن المرأة الذي تترتب عليه آثاره لا يشترط أن يكون قد  
ثاب من جماع زوج أو بعد ولادة ، بل تترتب عليه الآثار الشرعية وإن ثاب من  
غير جماع أو ولادة، وسبق في الفصل الأول من هذا البحث توضيح الآثار  
الشرعية المتعلقة بالحالة الأولى من حالات اللبن الثائب من غير حمل وهي اللبن  
الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن، وفي هذا الفصل سوف أوضح الآثار الشرعية  
المتعلقة بالحالة الثانية من حالات اللبن الثائب من غير حمل وهي اللبن الثائب  
للمرأة باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن، وهي تعتبر من القضايا الفقهية  
المعاصرة.

## المبحث الأول

### حكم استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل

يمكن للمرأة في العصر الحالي إرضاع طفل لم تلده ودون أن تتزوج، حتى وإن لم تتجب من قبل أو حتى إذا وصلت إلى سن انقطاع الطمث، وذلك عن طريق تناول بعض الأدوية المحفزة لإدرار اللبن، أو الأعشاب، أو استخدام الأجهزة الطبية المخصصة لاستدرار اللبن من الثدي مثل مضخة الثدي الكهربائية للمساعدة على الوصول إلى القدر المناسب من إدرار اللبن من الثدي، وسبق تناول ذلك بالتفصيل في التمهيد.

وقد منحت هذه الوسائل المساعدة على إدرار اللبن للنساء غير المتزوجات والعقيمت فرصة الأمومة، عن طريق إرضاع الطفل لتكون بمنزلة الأم الشرعية له بتوفر أهم شرط لذلك، وهو إرضاعه من لبنها.

ولم أجد في كتب الفقهاء قديمًا ما يدل على الحكم الشرعي في هذه المسألة، نظرًا لكونها من المسائل الفقهية المعاصرة، ولكن ورد عن الفقيه محمد بن رشد

المالكي<sup>1</sup> - رحمه الله - رأي في مسألة مماثلة لها سوف يتم ذكره ضمن آراء الفقهاء في هذه المسألة.

واختلف العلماء في حكم استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: وهو ما ذهب إليه الفقيه محمد بن رشد المالكي<sup>2</sup>:

قال: كره للنساء شرب هذه الشجرة التي يزعمن أنها تدر اللبن من غير وطء، ولم يحقق ما يزعمن من ذلك.

وكلامه هذا كان تعليقاً على كلام الإمام مالكاً عندما سئل عن المرأة تشرب الشجرة فيدر بشربها لبنها فترضع به، أيجرم بذلك الرضاع؟ فقال: نعم، يحرم بذلك، أليس بلبن؟ فقال: بلى، فقال: نعم، يحرم بذلك<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي أبا الوليد، قرطبي زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب ومقدمهم المعترف له بصحة النظر وجودة التأليف ودقة الفقه، كان بصيراً بالأصول والفروع والفرائض، من مؤلفاته كتاب المقدمات، ولي قضاء الجماعة بقرطبة. توفي في الحادي عشر لذي القعدة سنة عشرين وخمسائة ودفن بمقبرة العباس. الديباج المذهب، لإبراهيم بن علي فرحون اليعمري المالكي، ص 278-279، دار الكتب العلمية - بيروت.

<sup>1</sup> سبق تعريفه ص 34.

ويمكن أن يقاس على ذلك تناول المرأة غير الحامل للمنشطات الهرمونية والعقاقير الطبية وغيرها المحفزة لإدرار اللبن بغرض إرضاع طفلاً.

الرأي الثاني: وهو فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية وبعض أهل العلم المعاصرين منهم الأستاذ الدكتور علي جمعة عضو هيئة كبار علماء الأزهر الشريف، قالوا:

إن حكم تناول الأدوية أو غيرها لإدرار اللبن من غير حمل مباح ما لم يحصل به ضرر راجح فيحرم حينئذ<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تأليف أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، 153/5، حققه د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية 1408هـ/1988م.

<sup>1</sup> لجنة الإفتاء، حكم التداوي لإدرار لبن الرضاع وما يترتب عليه، رقم الفتوى: 2691، بتاريخ 19-09-2012، دار الإفتاء - المملكة الأردنية الهاشمية.

انظر <https://www.aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=2691>

حكم ثبوت المحرمية بإنزال لبن الرضاعة بالأدوية أو بالأجهزة الصناعية، أ. د علي جمعة عضو هيئة كبار علماء الأزهر الشريف، الإثنين 2016/2/7م.

انظر <https://www.draligomaa.com/index.php/>

الرأي الثالث: وهو لبعض العلماء المعاصرين منهم الشيخ الدكتور إبراهيم بن محمد الزبيدي، عضو الدعوة والإرشاد بمنطقة الرياض، والشيخ وليد بن راشد السعيدان<sup>1</sup>، قالوا:

بعدم جواز استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل<sup>2</sup>.

سبب الخلاف

بالنظر إلى أقوال العلماء في المسألة نجد أن سبب الخلاف هو احتمال وجود الضرر أو عدمه في استخدام المرأة للوسائل المحفزة لإدرار اللبن سواء كانت أدوية أو أجهزة، سواء كان هذا الضرر للرضعة أو الرضيع، فمن رأى أن استخدام هذه الوسائل سوف ينتج عنه ضرر قال: بعدم الجواز، ومن رأى أن استخدام هذه الوسائل لا يترتب عليه ضرر بل توجد فيه مصلحة للرضعة والرضيع قال: بالإباحة.

الأدلة

أولاً: أدلة الرأي الأول

---

<sup>2</sup> داعية سعودي، صاحب كتاب الإفادة الشرعية في بعض المسائل الطبية وعدة كتب فقهية أخرى، عالم بالفقه والحديث والتفسير والعقيدة.

<sup>3</sup> صحيفة سبق الإلكترونية، عدد 14 فبراير 2017م - 17 جمادى الأولى 1438م.

استدل أصحاب هذا الرأي على أن تناول المرأة للأعشاب أو غيرها بغرض إدرار اللبن من غير وطء مكروه بالمعقول:

احتمال أن يكون ذلك من قول الفواجر وما يعتذرون به إذا كثرت لبنهن من الفجور<sup>1</sup>.  
يمكن مناقشة هذا الاستدلال:

يفهم من هذا أن تناول المرأة غير الحامل للأعشاب أو غيرها بغرض إدرار اللبن من غير وطء مكروه حتى لا تتخذ بعض النساء غير العفيفات ذلك حجة حال نزول اللبن لهن لنفي التهمة عنهن. ولكن هذا الدليل يقابل مصلحة عامة لا ضرر فيها وهي مساعدة وتمكين النساء العفيفات الراغبات بحضانة الأيتام وغير القادرات على الإرضاع على إدرار اللبن لإرضاع الأطفال وذلك باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن.

### ثانيًا: أدلة الرأي الثاني

استدل أصحاب هذا الرأي على أن حكم تناول الأدوية أو غيرها لإدرار اللبن من غير حمل مباح ما لم يحصل به ضرر راجح فيحرم بالسنة:

قال النبي ص: { لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ }<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، 5/153.

وجه الدلالة:

دل الحديث على تحريم الضرر، والضرر ضد النفع، لأنه إذا نفى ذاته دل على النهي عنه لأن النهي لطلب الكف عن الفعل وتحريم الضرر معلوم عقلاً وشرعاً إلا ما دل الشرع على إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة<sup>2</sup>. ويدخل في عموم هذا الحديث تحريم استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن إذا كان يترتب عليها ضرر سواء كان هذا الضرر للرضعة أو الرضيع، أما إذا لم يترتب على ذلك ضرر فهو على أصل الإباحة.

### ثالثاً: أدلة الرأي الثالث

استدل أصحاب هذا الرأي على عدم جواز تناول الأدوية أو غيرها لإدرار اللبن من غير حمل بالمعقول:

- 
- 1 سنن ابن ماجة، تأليف محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، 392/1، 13 - كتاب الأحكام - 17 باب من بنى ما يضر بجاره - حديث رقم 2340، دار الفكر بيروت. مسند الإمام أحمد بن حنبل، 327/5، هذا حديث صحيح ورجاله ثقات إلا أنه منقطع، دار صادر. مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة، لشهاب أحمد بن أبي بكر البوصيري، 221/2، تحقيق موسى محمد علي، دار الكتب الإسلامية، ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، 408/3، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية 1405 هـ / 1985 م.
- 2 سبل السلام، تأليف محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني الصنعاني، 122/2، دار الحديث.



1- إن اللبن الثائب باستخدام المحفزات كالأدوية والأجهزة الطبية يختلف في تركيبه كثيرًا عن اللبن الطبيعي، ولا يحمل الفائدة التي يحتويها اللبن الأصلي، من عناصر مغذية، وأخرى مسؤولة عن منح مناعة أولية للرضيع، والتي تحميه من الكثير من الأمراض.

يمكن مناقشة هذا الاستدلال:

إن اللبن الثائب باستخدام المحفزات كالأدوية والأجهزة الطبية هو بنفس خصائص لبن الأم الطبيعي التي أثبتتها المنظمات العالمية بناءً على دراسات تمت في عدة دول حول العالم، والتدي في حالته الطبيعية لا يفرز سوى اللبن.

2- ما فيه من الضرر الحاصل للرضعة، حيث إن أخذ المرأة للأدوية المدرة للبن بغرض إنتاج اللبن للرضاعة دون حدوث حمل، يشكل خطرًا كبيرًا عليها. لأنها عبارة عن هرمونات، ومحفزات للغدة النخامية لزيادة إنتاج البرولاكتين المسؤول عن إدرار اللبن، ومع حقن المرأة بهذه الهرمونات سيحدث خلل وارتباك في الغدة النخامية، فتضطرب وظائفها، وتحدث مضاعفات ثانوية أقلها زيادة الوزن مع ما ينتج عنه من أضرار، ومضاعفات أخرى في النظر، أو الإبصار، واحتمال الإصابة بورم في الغدة النخامية على المدى الطويل أو القصير.

3- ما فيه من الضرر الحاصل للرضيع، وهو خطر مرور الأدوية التي تناولتها المرأة إلى الطفل عبر اللبن والذي يحدث خللاً كبيراً في نظام الهرمونات عند الطفل، ولو كان بنسبة قليلة<sup>1</sup>.

يمكن مناقشة هذه الأدلة:

كما يوجد احتمال الضرر للرضعة والرضيع نتيجة استخدام المحفزات لإدرار اللبن، أيضاً يوجد احتمال عدم الضرر من ذلك، والأمر متروك تقديره للمختصين من الأطباء في هذا المجال حسب الحالة الصحية للمرأة، ونتائج الفحوصات التي تجريها قبل استخدام هذه المحفزات، وتقدير حجم الأضرار المتوقعة مستقبلاً سواء للرضعة أو الرضيع. لذلك ينصح الأطباء دائماً بضرورة مراجعة الطبيب قبل استخدام أدوية لتحفيز اللبن، وأيضاً للاطمئنان لعدم وجود حالة مرضية من الممكن انتقالها للطفل.

### الرأي المختار

بعد ذكر آراء العلماء المعاصرين والفتاوى الصادرة في المسألة وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات يبدو لي أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني القائلون إن

---

<sup>1</sup> صحيفة سبق الإلكترونية، عدد 14 فبراير 2017م - 17 جمادى الأولى 1438م.

حكم تناول الأدوية أو غيرها لإدرار اللبن من غير حمل مباح ما لم يحصل به ضرر راجح فيحرم هو الرأي المختار وذلك للآتي:

1- قول النبي ص: { الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ، فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْهُ }<sup>1</sup> يدل على أن الأصل في الأعيان والأشياء الإباحة إلى أن يرد منع أو إلزام<sup>2</sup>، ويدخل في هذا العموم إباحة استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل لعدم وجود التحريم لها بنص أو قياس أو مقاصد شرعية.

2- هذا الرأي هو ما يتوافق مع قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم<sup>3</sup> ولم يوجد دليل شرعي يحرم استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل، فيبقى على الأصل وهو الإباحة.

3- حث الإسلام على رعاية الأيتام، واحتضانهم، والوقوف معهم، وتسهيل كل الطرق لكفالتهم ورعايتهم، وإباحة استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير

---

<sup>1</sup> سنن ابن ماجه، 1117/2، كتاب الأطعمة - باب أكل الجبن والسمن - حديث رقم 3367، وقال الألباني: حديث حسن صحيح وضعيف سنن ابن ماجه، تأليف محمد ناصر الدين الألباني، 367/7، مركز الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

<sup>2</sup> نيل الأوطار، 120/8.

<sup>1</sup> الأشباه والنظائر، تأليف عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، ص 60، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1411 هـ / 1990م.

حمل يعتبر من طرق كفالة الأيتام، حيث إن استخدام هذه الوسائل يساعد المرأة على إرضاع الطفل اليتيم، لتكون بمنزلة الأم الشرعية له، ويترتب على هذا الإرضاع الآثار الشرعية من تحريم النكاح، وإباحة النظر، وثبوت المحرمية.

4- تحريم استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل في حالة ثبوت الضرر للمرأة أو الطفل في الحاضر وفي المستقبل جاء حفاظاً على حياة كل منهما، ودفع الضرر عنهما، عملاً بعموم قوله تعالى: [.. وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ..]<sup>1</sup>.

---

<sup>2</sup> سورة البقرة آية رقم 195.

## المبحث الثاني

### أثر اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن الرضاع المستحثة في نشر الحرمة بالرضاع

تلجأ بعض النساء غير المتزوجات غالبًا، أو المتزوجات ولا ينجبن أطفالًا، أو العقيمت في هذا العصر إلى استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن مثل الأدوية وأجهزة شفت اللبن وغير ذلك، لكفالة الأيتام والتمكن من إرضاعهن حتى تكون المرضعة أمًّا للرضيع. وأصبح هذا الأمر شائعًا في جميع دول العالم الإسلامي لحرمة التبني في الشريعة الإسلامية.

وإدرار اللبن من غير حمل باستخدام الوسائل المحفزة لذلك سواء كان عن طريق الأدوية أو الأجهزة أو غير ذلك يعتبر من القضايا الفقهية المعاصرة، ولا يوجد في كتب الفقهاء قديمًا مسألة بهذا النص، ولكن ورد في البيان والتحصيل عن الفقيه محمد بن رشد تعليقًا على كلام الإمام مالكًا عندما سئل عن المرأة تشرب الشجرة فيدر بشربها لبنها فترضع به، أيحرم بذلك الرضاع؟ فقال: نعم، يحرم بذلك، أليس بلبن؟ فقال: بلى، فقال: نعم، يحرم بذلك.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المرأة إذا در لبنها بشيء تشربه فأرضعت به، إنه لبن يحرم، هو مثل ما في المدونة من أن لبن الجارية البكر يحرم. وأن لبن النساء

يُحْرَمُ عَلَى كُلِّ حَالٍ، بِظَاهِرِ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: [وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ  
وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ....]<sup>1</sup>. وَلَمْ يَخْصِ ذَاتَ زَوْجٍ مِّمَّنْ لَا زَوْجَ لَهَا<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> سورة النساء آية رقم 23.

<sup>2</sup> البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، 5/153.

ويفهم من كلام الفقيه محمد بن رشد:

1- إن إدرار اللبن بواسطة شيء تشربه المرأة - يقصد به الأعشاب الطبية - ينشر الحرمة بالرضاع.

2- قياس هذه المسألة في الحكم وهو نشر الحرمة بالرضاع على لبن الجارية البكر؛ لأن اللبن في كل منهما ثابت للمرأة من غير حمل.

3- إن لبن النساء يحرم على كل حال سواء كان ناتج من حمل وولادة، أو ثابت من تلقاء نفسه، أو عن طريق الوسائل المحفزة لإدرار اللبن.

وسبق في الفصل الأول تناول آراء الفقهاء في أثر اللبن الثابت من تلقاء نفسه في نشر الحرمة بالرضاع سواء كانت المرأة بكرًا، أو ثيبًا لا زوج لها، أو يائسة من المحيض، أو ذات زوج وثابت لها اللبن من غير حمل.

واختلف العلماء المعاصرين في نشر الحرمة بلبن المرأة الثابت باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية<sup>1</sup>، وفتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية

الهاشمية<sup>2</sup>، وبعض العلماء المعاصرين منهم فضيلة الأستاذ الدكتور علي جمعة عضو هيئة كبار علماء الأزهر الشريف<sup>3</sup>، وفضيلة الأستاذ الدكتور شوقي إبراهيم علام مفتي جمهورية مصر العربية، قالوا:

إن المرأة التي تناولت منشطات هرمونية لإدرار اللبن وأرضعت الطفل خمس رضعات مشبعات في الحولين الأولين من عمره؛ تصبح أمًا له بالرضاعة، والحرمة بالرضاع تثبت للمرضعة وحدها إن لم تكن متزوجة، وإن كانت متزوجة وثار اللبن بغير سبب الزوج بتعاطي الأدوية مثلاً فالمرأة هي أمه من الرضاع، وزوج المرأة

---

1 فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، رقم 25191، بتاريخ 30-5-1432هـ.

انظر <http://www.al-jazirah.com/2011/20111223/rj5.htm>

<sup>1</sup> لجنة الإفتاء، حكم التداوي لإدرار لبن الرضاع وما يترتب عليه، رقم الفتوى: 2691، بتاريخ 19-09-2012، دار الإفتاء - المملكة الأردنية الهاشمية.

انظر <https://www.aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=2691>

2 حكم ثبوت المحرمية بإنزال لبن الرضاعة بالأدوية أو بالأجهزة الصناعية، أ. د علي جمعة عضو هيئة كبار علماء الأزهر الشريف، الإثنين 2016/2/7م.



المرضعة لا يكون أباً في الرضاعة، ولكن تصبح الرضیعة ربیبة لزوج المرضعة من الرضاع بعد دخوله بالمرضعة.

فتثبت بین الرضیعة وزوج المرضع المحرمیة بكل أحكامها، لا من جهة أنه أبوها من الرضاع، بل من جهة أنها ابنة زوجته من الرضاع ربیبته.

الرأي الثاني: وهو فتوى المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث<sup>1</sup>، قالوا:

ذهب أكثر العلماء أن اللبن الذي ارتضع به الطفل لو تاب للمرأة من غير وطء أي زوج، أنه يحرم الرضاع به، وتصير المرضعة أمًا للطفل، ويبقى بعد ذلك قول الأطباء المختصين: هل هذا الذي خرج بواسطة العقاقير أو غيرها هو لبن يجتمع مع حليب الأم في جميع الصفات أو غالبها فيعطى الغالب حكم الجميع؟ فإن كان كذلك فإنه يحرم أي يكون الرضيع ابنًا رضاعيًا للأم، وإن كان غير ذلك فإنه لا يحرم أي لا يكون الابن رضاعيًا. وإن كانت المرأة متزوجة فإن أثر الرضاعة لا ينتقل إلى الزوج، فلا ينسب الرضيع إلى الزوج. ولكن تكون رضيعتها ربيبة لزوجها، فيحرم زواجه منها بهذا الاعتبار، ويكون محرماً لها.

### سبب الخلاف

من رأى من العلماء أنه لا فرق بين لبن الأم الطبيعي واللبن المستحث بالأدوية وغيرها في الصفات والخصائص قال: بنشر الحرمة بالرضاع؛ لأن العبرة بالإرضاع، ومن رأى أن هناك احتمال بوجود اختلاف بين لبن الأم الطبيعي واللبن المستحث بالأدوية وغير ذلك قال: بالرجوع إلى المختصين من الأطباء للفصل في هذه المسألة، فإن كان رأي الأطباء بعدم وجود فرق بينهما في الخصائص

---

<sup>1</sup> فتوى المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، رقم الفتوى: 4127، فتوى 128/23، تاريخ النشر 7 نوفمبر 2018م.

والصفات تثبت الحرمة بالرضاع، وإن كان رأي الأطباء بوجود فرق بينهما فلا تثبت  
الحرمة بالرضاع.

## الأدلة

### أولاً: أدلة الرأي الأول

استدل أصحاب هذا الرأي على أن المرأة التي تناولت منشطات هرمونية لإدرار اللبن وأرضعت الطفل خمس رضعات مشبعات في الحولين الأولين من عمره؛ تصبح أمًا له بالرضاعة، والحرمة بالرضاع تثبت للرضعة وحدها سواء لم تكن متزوجة، أو كانت متزوجة بالسنة والمعقول:

### أولاً: الكتاب:

قوله تعالى : [...وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ....]<sup>1</sup>.

وجه الدلالة:

دللت الآية على تحريم الأمهات والأخوات بالرضاعة دون شرط أن يكون اللبن ثاب من حمل وولادة، فيبقى النص على عمومته، ويثبت حكم الرضاع وهو نشر الحرمة على العموم<sup>2</sup>، ويدخل في ذلك اللبن الثائب من المرأة باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن.

---

<sup>1</sup> سورة النساء آية رقم 23.

<sup>2</sup> فتح القدير، 512/1.



## ثانِيًا: السنة:

1- قال النبي ص: { يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ }<sup>1</sup>.

وجه الدلالة من الحديث:

يدل الحديث في العموم على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب<sup>2</sup>. ويدخل في هذا العموم الرضاع باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن.

2- عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: { كَانَ فِيهَا أَنْزَلَ مِنَ الْقُرْآنِ: عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحْرِمْنَ، ثُمَّ نُسِخْنَ، بِخَمْسِ مَعْلُومَاتٍ، فَتُوْفِّي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَهُنَّ فِيهَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ }<sup>3</sup>.

وجه الدلالة من الحديث:

دل الحديث على مقدار الرضاع المحرم؛ وهو خمس رضعات دون اشتراط أن يكون اللبن ناتجاً من حمل فيبقى النص على عمومته، والعمل على ما أفاده هو أرجح

---

<sup>1</sup> سبق تخريجه ص 11.

<sup>2</sup> نيل الأوطار، 377-376/6.

<sup>3</sup> صحيح مسلم، 1075/2، كتاب الرضاع، 6- باب التحريم بخمس رضعات، حديث رقم 1452.



الأقوال<sup>1</sup>.

ثالثاً: المعقول:

1- المنظور إليه شرعاً خصوص الإرضاع، دون اشتراط سبب مخصوص، سواء كان السبب ولادة أم دواءً أم جهازاً أم هرموناً، ما دام الإنبات والإنتاش قد حصل.

2- المحرمية بالرضاع تثبت بمطلق اللبن النازل من المرأة، ولو كان سبب النزول دواءً أو نحوه ولم يكن بسبب ولادة<sup>2</sup>.

واستدل أصحاب هذا الرأي على عدم نشر الحرمة في جانب الزوج بالرضاع، وإنما تصبح الرضيعة ربيبة لزوج المرضعة من الرضاع بعد دخوله بالمرضعة بالتالي:

استدلوا على عدم نشر الحرمة في جانب الزوج بالرضاع بالمعقول:

لأن الزوج لم يتسبب في اللبن فلا يصير لبن فحل، وبالتالي فهو ليس أباً للرضيع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> سبل السلام، 315/2.

<sup>2</sup> حكم ثبوت المحرمية بإنزال لبن الرضاعة بالأدوية أو بالأجهزة الصناعية، أ. د علي جمعة عضو هيئة كبار علماء الأزهر الشريف، الإثتين 2016/2/7م.

<sup>3</sup> لجنة الإفتاء، حكم التداوي لإدرار لبن الرضاع وما يترتب عليه، رقم الفتوى: 2691، بتاريخ 2012-09-19، دار الإفتاء - المملكة الأردنية الهاشمية.



واستدلوا على ثبوت المحرمية بين الرضیعة وزوج المرضع من جهة أنها ربیبة لزوج  
المرضعة من الرضاع بالكتاب:

قوله تعالى: [...وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ...]<sup>1</sup>.

---

انظر <https://www.aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=2691>

<sup>1</sup> سورة النساء آية رقم 23.

وجه الدلالة:

بين الله سبحانه وتعالى في هذه الآية ما يحل وما يحرم من النساء، ومنهن الربايب وهي بنت امرأة الرجل من غيره، وقد اتفق الفقهاء على أن الربيبة تحرم على زوج أمها إذا دخل بالأم<sup>1</sup>. وينطبق وصف الربيبة أيضا على بنت المرأة من الرضاعة فتكون الرضيعة ربيبة لزوج المرضعة من الرضاع بعد دخوله بالمرضعة؛ فتثبت بين الرضيعة وزوج المرضع المحرمية بكل أحكامها، لا من جهة أنه أبوها من الرضاع، بل من جهة أنها ابنة زوجته من الرضاع ربيبة<sup>2</sup>.

### ثانياً: أدلة الرأي الثاني

استدل أصحاب هذا الرأي على نشر الحرمة بالرضاع في جانب المرأة المرضعة إذ أقر الأطباء المختصين بأن اللبن الثائب له نفس صفات لبن الأم بالقياس: قياس اللبن الثائب بواسطة العقاقير أو غيرها ويجتمع مع لبن الأم في جميع الصفات أو غالبها على لبن المرأة البكر أو الثيب في ثبوت الحرمة بالرضاع وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

<sup>1</sup> فتح القدير، 512/1.

<sup>2</sup> لجنة الإفتاء، حكم التداوي لإدرار لبن الرضاع وما يترتب عليه، رقم الفتوى: 2691، بتاريخ 19-09-2012، دار الإفتاء - المملكة الأردنية الهاشمية.

واستدلوا على عدم نشر الحرمة بالرضاع في جانب المرأة المرضعة إذ أقر الأطباء المختصين بأن اللبن الثائب ليس له نفس صفات لبن الأم بالمعقول:

إن اللبن الثائب لا يجتمع مع لبن الأم في جميع الصفات أو غالبها فلا يحرم؛ لأنه لا يسمى لبنًا حينئذٍ.

واستدلوا على أن أثر الرضاعة لا ينتقل إلى الزوج، ولكن تكون رضيعتها ربيبة لزوجها، فيحرم زواجه منها بهذا الاعتبار، ويكون محرماً لها بالمعقول:

إن الزوج لا دخل له في إدرار الحليب، وإنما كان الأثر في حليب الزوج أن اللبن در بسببه، فإذا انتفى السبب انتفى المسبب. كما لو أن هذه الزوجة أرضعت طفلاً قبل الزواج، فإنها أم رضاعية؛ لأنها أرضعته، ولا ينسب إلى الزوج<sup>1</sup>.

### الرأي المختار

بعد ذكر آراء العلماء المعاصرين والفتاوى الصادرة في المسألة وأدلتهم يبدو لي أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون إن المرأة التي تناولت منشطات هرمونية لإدرار اللبن وأرضعت الطفل خمس رضعات مشبعات في الحولين الأولين من عمره؛ تصبح أمًا له بالرضاعة، والحرمة بالرضاع تثبت للمرأة وحدها دون

---

<sup>1</sup> فتوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، رقم الفتوى: 4127، فتوى 128 /23، تاريخ النشر 7 نوفمبر 2018م.

الزوج إن كانت متزوجة، فلا يكون أباً في الرضاعة، ولكن تصبح الرضیعة ربیبة لزوج المرزعة من الرضاع بعد دخوله بالمرزعة هو الرأى المختار وذلك للآتی:

1- عموم الأدلة الواردة في الرضاع المحرم، حیث لم تفرق في نشر الحرمة بین اللبن الثائب من حمل أو غيره، بل أثبتت التحريم بالرضاع على العموم، ویدخل في عموم هذه الأدلة اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن.

2- إن لبن المرأة یحرم على كل حال سواء كان ناتجاً من حمل أو من غير حمل، ولذلك لم یمنع جمهور الفقهاء أن تكون المرأة بكرة لم یسبق لها زواج وحمل ترضع فتصیر أمّاً في الرضاعة، بل نقل ابن المنذر<sup>1</sup> الإجماع على ذلك قال: واجمعوا على أن البكر التي لم تتكح، ثم نزل لها لبن، فأرضعت به مولوداً، أنه ابنها، ولا أب له من الرضاعة<sup>2</sup>. واللبن الثائب بالأدوية وغيرها من الوسائل المحفزة لإدرار اللبن یشبه لبن البكر؛ لأنه ثابت من غير حمل.

---

<sup>1</sup> هو الإمام أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المجمع على إمامته، ووفور علمه، وجمعه بین التمكن في علمي الحديث والفقہ، وله المصنفات المهمة النافعة في الإجماع والخلاف، وبيان مذاهب العلماء، منها الأوسط، والإشراف، وكتاب الإجماع، وغيرها، وتوفى بمكة سنة تسع أو عشر وثلاثمائة. تهذيب الأسماء واللغات، تأليف أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، 196/2-197، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

<sup>2</sup> الإجماع لابن المنذر، ص 108.

3- العلة في تحريم الرضاع هي الجزئية؛ بمعنى أن جزءًا من المرضعة صار جزءًا من الرضيع؛ وبما يحصل باللبن الذي هو جزء الأدمية في إنبات اللحم وإنشاز العظم، وهذه العلة كما هي موجودة في اللبن الطبيعي الثائب من حمل وولادة موجودة أيضًا في اللبن المستحث باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن.

وينبغي الإشارة إلى أن ثبوت الحرمة بالرضاع في هذه المسألة متوقف على تحقق باقي شروط الرضاع المحرم.

## خاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

بعد عرض حالات اللبن الثائب من غير حمل، وتبين الحكم الشرعي في كل حالة منها من حيث نشر الحرمة بالرضاع، انتهى البحث إلى عدة نتائج.

ويمكن تلخيص أهم النتائج التي توصلت إليها في العناصر الآتية:

- 1- مفهوم الرضاع يطلق على اللبن الثائب من حمل أو من غير حمل.
- 2- اتفق الفقهاء على أن الرضاع في الجملة يحرم منه ما يحرم من النسب، وأن المرضعة تنزل منزلة الأم، فيثبت به تحريم النكاح، وإباحة النظر والخلوة، وثبوت المحرمية.
- 3- إفراز اللبن من ثدي المرأة قد يكون بسبب الحمل والولادة، أو من غير حمل وولادة، وهذا يفهم من شروط الرضاع المحرم حيث لم ينص غالب الفقهاء على اشتراط كون اللبن ثاب من حمل وولادة لنشر الحرمة بالرضاع.
- 4- مفهوم اللبن الثائب من غير حمل هو: إفراز اللبن من ثدي امرأة، من غير حمل وولادة، دون سبب مخصوص، سواء ثاب من تلقاء نفسه أو بسبب دواء أو جهازاً.

5- يفرز ثدي المرأة اللبن من غير حمل في حالتين؛ الحالة الأولى: اللبن الثائب من تلقاء نفسه ثر اللبن، والحالة الثانية: اللبن الثائب باستخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن الرضاعة المستحثة،

6- ثر اللبن هو: التدفق التلقائي للحليب من الثدي، غير المرتبط بالولادة. وهو يحدث غالبًا عند النساء غير الحوامل أو غير المرضعات، حتى اللاتي لم ترزقن بأطفال أو اللاتي تخطين مرحلة انقطاع الطمث.

7- يمكن لأي امرأة لم تحمل سواء سبق لها الزواج أم لا أن تحفز غدد الثدي لإفراز اللبن إذا أرادت تبني رضيع، ويكون ذلك عن طريق تناول بعض الأدوية المحفزة لإدرار اللبن أو الأعشاب، أو استخدام الأجهزة الطبية التي تساعد على ذلك، وتعرف هذه العملية طبيًا باسم الرضاعة المستحثة.

8- لبن البكر ذات تسع سنين فصاعدًا، والشيب التي لا زوج لها، واليايسة من المحيض يكون ناشرًا للحرمة، ولبن البكر التي لم تبلغ تسع سنين لا يكون ناشرًا للحرمة؛ لأن احتمال البلوغ غير قائم، ولأنها لا تحتمل الولادة واللبن المحرم فرعها. وثبوت الحرمة بالرضاع في هذه المسألة متوقف على تحقق باقي شروط الرضاع المحرم.

9- إذا ثاب اللبن للمرأة بعد أن يصيبها الزوج وقبل الحمل، فأرضعت به طفلاً، فإنه يكون ولدًا لها ويكون ولدًا لزوجها، أما إذا ثاب قبل أن يصيبها الزوج وأرضعت

به طفلاً تثبت الحرمة في حقها دونه، وثبوت الحرمة بالرضاع في هذه المسألة متوقف على تحقق باقي شروط الرضاع المحرم.

10- حكم استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل كالأدوية والأجهزة الطبية مباح ما لم يحصل به ضرر راجح فيحرم حينئذ.

11- إباحة استخدام الوسائل المحفزة لإدرار اللبن من غير حمل يعتبر من طرق كفالة الأيتام، حيث إن استخدام هذه الوسائل يساعد المرأة على إرضاع الطفل اليتيم، لتكون بمنزلة الأم الشرعية له، ويترتب على هذا الإرضاع الآثار الشرعية من تحريم النكاح، وإباحة النظر، وثبوت المحرمية.

12- اللبن الثائب للمرأة بواسطة الوسائل المحفزة لإدرار اللبن كالأدوية والأجهزة الطبية ينشر الحرمة بالرضاع، فتصبح أمًا للرضيع، والحرمة بالرضاع تثبت للرضعة وحدها دون الزوج إن كانت متزوجة، فلا يكون أباً في الرضاعة، ولكن تصبح الرضيعة ربيبة لزوج المرضعة من الرضاع بعد دخوله بالرضعة، وثبوت الحرمة بالرضاع في هذه المسألة متوقف على تحقق باقي شروط الرضاع المحرم.



## المصادر والمراجع

- 1 القرآن الكريم.
- 2 الإجماع، تأليف محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق ودراسة: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1425هـ/2004م.
- 3 الاختيار لتعليل المختار، تأليف عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي مجد الدين أبو الفضل الحنفي، مطبعة الحلبي - القاهرة، طبعة 1356 هـ / 1937م،
- 4 ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية 1405 هـ /1985م.
- 5 الأشباه والنظائر، تأليف عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1411 هـ /1990م.
- 6 الإصابة في تمييز الصحابة، تأليف أحمد بن علي العسقلاني المعروف بابن حجر، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى 1390هـ/ 1970م.
- 7 الأعلام، لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، الطبعة السابعة 1986م.

8 الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.

9 البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف زين الدين إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

10 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1406/1986م.

11 بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد، دار الحديث - القاهرة، طبعة 1425هـ / 2004م.

12 البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تأليف أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، حققه د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية 1408هـ/1988م.

13 البيان في مذهب الشافعي، تأليف أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني

اليمني الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى

1421هـ/2000م.

14 التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1416هـ/1994م.

15 تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، دار الهداية.

16 تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، تأليف عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الأميرية - بولاق - القاهرة، الطبعة الأولى.

17 التحبير في المعجم الكبير، لأبو سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور السمعاني، تحقيق منيرة ناجي سالم.

18 تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، تأليف أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، دار الكتب العلمية - بيروت.

19 تحفة الفقهاء، تأليف محمد بن أبي أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية 1414هـ/1994م.

20 تحفة المحتاج في شرح المنهاج، تأليف أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، طبعة 1357هـ/1983م.

21 تفسير القرطبي، تأليف أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية 1384هـ / 1964م.

22 التنبية في الفقه الشافعي، تأليف أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، عالم الكتب.

23 تهذيب الأسماء واللغات، تأليف أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

24 تهذيب التهذيب، تأليف شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الطبعة الأولى 1326 هـ.

25 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر.

26 حكم التداوي لإدرار لبن الرضاع وما يترتب عليه، لجنة الإفتاء، رقم الفتوى: 2691، بتاريخ 19-09-2012، دار الإفتاء - المملكة الأردنية الهاشمية.

انظر <https://www.aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=2691>

27 حكم ثبوت المحرمية بإنزال لبن الرضاعة بالأدوية أو بالأجهزة الصناعية، أ. د علي جمعة عضو هيئة كبار علماء الأزهر الشريف، الإثنين 2016/2/7م.

انظر <https://www.draligomaa.com/index.php>

28 الدليل الإرشادي لشركة Msd مقدم المعلومات الطبية الأول الموثوق منذ عام

1899م، انظر موقع: <https://hyatoky.com>

"Galactorrhea ", clevelandclinic,12-06-2018.Retrieved 23-12-2019. Edited.

29 الديباج المذهب، لإبراهيم بن علي فرحون اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية - بيروت.

30 رد المحتار على الدر المختار، تأليف محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية 1412هـ/1992م.

31 روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة الثالثة 1412هـ / 1991م.

32 الروض المربع شرح زاد المستنقع، تأليف منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دار المؤبد - مؤسسة الرسالة.

33 سبل السلام، تأليف محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني الصنعاني، دار الحديث.

34 سنن ابن ماجة، تأليف محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، دار الفكر - بيروت.

35 السيل الجرار التدفق على حدائق الأزهار، تأليف محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، دار ابن حزم، الطبعة الأولى.

36 شرح مختصر خليل للخرشي، تأليف محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، دار الفكر للطباعة - بيروت.

37 الشرح الممتع على زاد المستقنع، تأليف محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى 1422 / 1428 هـ.

38 شرح منتهى الإرادات، تأليف منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، عالم الكتب، الطبعة الأولى 1414 هـ/1993 م.

39 الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تأليف أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة 1407 هـ / 1987 م

40 صحيح البخاري، تأليف محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى 1422 هـ.

41 صحيح وضعيف سنن ابن ماجة، تأليف محمد ناصر الدين الألباني، مركز الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

42 العناية شرح الهداية، تأليف محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي، دار الفكر.

43 غاية النهاية في طبقات القراء، لشمس الدين أبي الخير محمد بن محمد بن الجزري، مكتبة المتنبّي بالقاهرة.

44 فتح القدير، تأليف محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى 1414هـ.

45 فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، رقم 25191 بتاريخ 30-5-1432هـ.

انظر <http://www.al-jazirah.com/2011/20111223/rj5.htm>

46 فتوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، رقم الفتوى: 4127، فتوى 128 /23، تاريخ النشر 7 نوفمبر 2018م.

47 الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني، تأليف أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، دار الفكر، طبعة 1415هـ/1995م.

48 القاموس الطبي الإنجليزي، تقديم الدكتور ماهر الحسامي، ترجمة الدكتور ناصر فضل الله ناصر الدين، دار رسلان للطباعة والنشر والتوزيع دمشق - سورية.

49 القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا، تأليف الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر - دمشق، الطبعة الثانية 1408هـ / 1988م.

50 الكافي في فقه الإمام أحمد، تأليف أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1414هـ/1994م.

51 كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية.

52 لسان العرب، تأليف أحمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة 1414هـ.

53 المبدع في شرح المقنع، تأليف إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ/1997م.



54 مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تأليف عبد الرحمن بن محمد بن سليمان،  
دار إحياء التراث العربي

55 المحلى بالآثار، تأليف أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي  
القرطبي الظاهري، دار الفكر - بيروت.

56 مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي  
الرازي، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية بيروت- لبنان، الطبعة الخامسة  
1420هـ/1999م.

57 المدونة، تأليف الإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني،  
الطبعة الأولى 1415هـ/1994م.

58 مسند الإمام أحمد بن حنبل وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال  
والأفعال، دار صادر.

59 مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة، لشهاب أحمد بن أبي بكر البوصيري،  
تحقيق موسى محمد علي، دار الكتب الإسلامية

60 معجم اللغة العربية المعاصرة، تأليف د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم  
الكتب، الطبعة الأولى 1429هـ/2008م.

61 المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة إبراهيم مصطفى/أحمد الزييات/  
حامد عبد القادر/ محمد النجار، دار الدعوة.

62 مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف شمس الدين محمد بن  
أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى  
1415هـ/1994م.

63 مقال ثر اللبن: Galactorrhea الأسباب والأعراض والتشخيص والعلاج،  
ترجمة: رامي طحطوح، تدقيق: سلمى توفيق، مراجعة: نغم رابي.

64 مقال رضاعة بدون زواج.. أمر يمكن تحقيقه بالعلم والشرع، بوابة أخبار اليوم،  
عدد السبت 16 نوفمبر 2019م.

65 مقال مسألة أخلاقية في الاسترضاع، كتبه عبد الرحمن المحتسب،  
2016/10/2م.

66 منار السبيل في شرح الدليل، تأليف ابن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم،  
تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة السابعة 1409هـ/1989م.

67 منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تأليف أبو زكريا محيي الدين يحيى  
بن شرف النووي، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى  
1425هـ/2005م.

68 المذهب في فقه الإمام الشافعي، تأليف أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية.

69 مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تأليف شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، دار الفكر، الطبعة الثالثة 1412هـ/1992م.

70 موقع [www.mayoclinic.org](http://www.mayoclinic.org) تضم أكبر العيادات وأكثرها خبرة في الولايات المتحدة الأمريكية.

71 نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، تأليف شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأخيرة 1404هـ/1984م.

72 نيل الأوطار، تأليف محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق عصام الدين الصبابطي، دار الحديث - مصر، الطبعة الأولى 1413هـ - 1993م.