

**التنظيم القانونى للأطراف غير الأصلية  
فى الخصومة الإدارية  
دراسة فقهية وقضائية مقارنة فى طلبات وطعون الأعبار  
فى الخصومة الإدارية**

دكتور

محمد عبد العال إبراهيم

مدرس القانون العام

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية



تمهيد

لئن كانت الأحكام القضائية كافة تتمتع بالحجية - أي أنه يُفترض فيها إنها قد صدرت صحيحة من حيث الشكل وبالحق في الموضوع - فتلك الحجية غالباً ما تكون نسبية بحيث ينصرف أثر الحكم إلى أطراف الخصومة ولا يتعدى سواهم، وقد تكون تلك الحجية مطلقة بحيث يكن الحكم حجة على كافة يتعدى أثره أطراف الخصومة ليمس حقوق ومصالح من لم يكن طرفاً في الخصومة الأصلية.

تشتهر بعض الأحكام الإدارية، كالأحكام الصادرة بالإلغاء، بكون إنها تتمتع بحجية مطلقة فتجاوز آثارها من صدرت في مواجهتهم بحيث يستفيد أو يُضار بها من لم يكن طرفاً في خصومة الإلغاء الأصلية. ويمكن القول بأن العلة من وراء ذلك تكمن في طبيعة الحكم الصادر في الدعاوى الإدارية، فعلى سبيل المثال، الحكم الصادر بإلغاء قرار إداري معين هو حكم عيني بحيث يُختصم فيه القرار الإداري نفسه للتأكد من كونه متسقاً مع قواعد المشروعية، فيكون مقتضى ذلك سريان آثار مثل هذا الحكم على كافة، بحيث يتمسك به كل ذي شأن ولو لم يكن من أطراف المنازعة.<sup>(1)</sup>

لما كان ذلك، فإعمال الطبيعة العينية لبعض الأحكام الإدارية، وكذلك الطبيعة الخاصة للمنازعات الإدارية التي تميزها عن منازعات القضاء العادي كون أن أحد أطرافها السلطة العامة، وهو الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف المراكز القانونية لأطرافها اختلافاً لا نظير له في المنازعات القضائية العادية،

لما كان هذا، فقد حرصنا على أن يتناول هذا البحث الطرق المقررة لحماية أحد شخوص الخصومة الإدارية، وهو الغير، الذي لم يكن طرفاً فيها ولا أحد أشخاصها في بداية انعقادها ولكنه أصبح كذلك مجازاً إما لتدخله أو إدخاله فيها أو لطحنه على الحكم الصادر فيها.

وفق هذا التصور، سوف يتم تناول مسألة الحماية الإجرائية للغير في الخصومة الإدارية من خلال استعراض (1) نظام تدخل الغير وإدخاله في الخصومة

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٤٩٦) لسنة ٢ ق. - جلسة (١٩٥٨/١/١٨).

الإدارية؛ (٢) نظام طعن الغير فى الحكم الإدارى الذى لم يكن ممثلاً فى الخصومة التى صدر فيها. ولعل القاسم المشترك الذى سوف نلحظه عند معالجة كلا النظامين هو انطباق العديد من قواعد ومبادئ قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتباره الأصل العام الواجب الالتجاء إليه إذا ما غابت النصوص الحاكمة فى القانون الإجرائى الخاص، قانون مجلس الدولة. غير أنه وجب التنويه على أن تلك القواعد والمبادئ المستقاه من قانون المرافعات المدنية والتجارية لا ينبغى تطبيقها على إطلاقها، بحيث أنه لا بد من مراعاة ذاتية وتميز تدخل الغير وإدخاله فى الخصومة الإدارية من جانب وطعنه على الحكم الإدارى من جانب آخر.

تأسيساً على ذلك، فى معرض تناول هذه الدراسة للضوابط التشريعية والقضائية لتدخل الغير وإدخاله فى الخصومة الإدارية وطعنه فى الحكم الإدارى الغير فى الخصومة الإدارية، باعتبارها تمثل فحواها الأساسى، تسلط هذه الدراسة الضوء على العديد من المفاهيم والشروط التى تتميز بذاتية خاصة فرضتها سنن المرافعات الإدارية وطبيعة الخصومة فيها، مثل شرطى الصفة والمصلحة فى الغير وخصوصية طعن الغير الذى تميزه عن طرق الطعن القضائية الأخرى.

وفقاً لهذه النظرة الكلية، تنقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة محاور رئيسية، بحيث يكون الأول منها تمهيداً وتقسيمًا نتناول فيه تحديد مفهوم وطبيعة الخصومة الإدارية وشخصها فى محاولة إلى الوقوف على حقيقة مكانة الغير فيها. والمحور الثانى نخصه لآلية تدخل الغير وإدخاله فى الخصومة الإدارية كأحد الوسائل الإجرائية لحمايته. أخيراً، نتناول فى المحور الثالث نظام طعن الغير على الأحكام الإدارية لبيان ماهيته وطبيعته القانونية.

### (١) الخصومة الإدارية: المفهوم والذاتية

إذا كانت الخصومة الإدارية، كالشأن فى نظيرتها العادية، تعتبر وسيلة لتحقيق الحماية القضائية كونها أداة لتطبيق القانون بواسطة القضاة،<sup>(١)</sup> أو هى الحالة القانونية التى يعتبر رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة أولى إرهاباتها ويشكل

(1) أ.د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية: القاهرة (١٩٨١)، ص. ٢٤٧.

الإعلان القضائي فيها تمام انعقادها،<sup>(١)</sup> أو هي، كما عرفها البعض، مجموع الإجراءات التي يتخذها الخصوم أو ممثلوهم أو القضاة وأعاونهم، والتي تبدأ بإيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة المختصة، وتستمر إلى حين صدور حكم قضائي في موضوعها أو لحين انتهائها بغير حكم في الموضوع.<sup>(٢)</sup>

وعلى الرغم من إجماع القضاء الإداري المصري عن تعريف الخصومة الإدارية بشكل خاص، بيد أنه قد وضع تعريفاً للخصومة القضائية بشكل عام. فعرفتها المحكمة الإدارية العليا بأنها عبارة عن "مجموعة الإجراءات التي تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة، بناءً على مسلك إيجابي من جانب المدعى وتوجه إلى مدع عليه وتنتهي بحكم فاصل في النزاع أو بتنازل أو بصلح أو بسبب عيب أو خطأ في الإجراءات بأمر عارض."<sup>(٣)</sup>

ومن اللافت للنظر أن المحكمة الإدارية العليا في إحدى محاولاتها لتعريف مصطلح الخصومة الإدارية استعانت بمصطلح آخر وهو "المنازعة الإدارية" معتبرة أن المنازعة تمثل الإجراءات في الخصومة، وهو الأمر الذي دفع المحكمة للقضاء بأن "المنازعات الإدارية هي إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والادارة والتي ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق التي تدار وفقاً للقانون العام وأساليبه ويتبدى فيها واضحاً وجه السلطة العامة ومظهرها ويكون القانون العام هو الواجب التطبيق على المنازعة."<sup>(٤)</sup>

وتمضى على ذات الحال، محكمة القضاء الإداري حين عرفت الخصومة الإدارية بأنها "مجموعة من الإجراءات التي تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناء على مسلك إيجابي يتخذ من جانب المدعى وتنتهي بحكم فاصل في النزاع أو بتنازل أو صلح أو بسبب عيب أو خطأ في الإجراءات أو بأمر عارض - إنما هي حالة

---

(2) أ.د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية (الخصومة والحكم والطعن)، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة للنشر: الإسكندرية (١٩٩٥)، ص. ٥.

(3) انظر، أ.د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق.

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣٥٤٩) لسنة ٤٠ ق، مكتب فني ٤٢، ج. ٢، ص. ١٤٥٩. وكذلك حكمها في الطعن رقم (٢٢٦٥) لسنة ٣٧ ق، مكتب فني ٤١، ج. ٢، ص. ١٤٨٥.

(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٠٩٤) لسنة ٣٠ ق. - جلسة (١٩٨٥/١١/٢٤).

قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى بالإدعاء لدى القضاء أى بالالتجاء إليه بوسيلة الدعوى أو العريضة، وقد حدد القانون إجراءات التقدم بهذا الادعاء الذى يبنى عليه انعقاد الخصومة وهى التى تقوم على اتصال المدعى بالمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى وتكليف المدعى عليه بالمثل أمامها لكونها علاقة بين طرفيها من جهة وعلاقة بين هذين الطرفين وبين القضاء من جهة أخرى.<sup>(١)</sup>

أما بالنسبة لفقهاء القانون الإدارى، فقد ذهب جانب من الفقهاء الفرنسيين إلى اعتبار الخصومة الإدارية مجرد "سلسلة من الإجراءات أو الأشكال التى تتخذ أمام القضاء بغرض الوصول إلى حل للنزاع."<sup>(٢)</sup> كما ذهب البعض أيضاً إلى اعتبارها "مجموعة الإجراءات التى قد تفل أو تكثر وتتمثل أمام القضاء، بحيث تستمر لفترة من الزمن قد تطول أو تقصر لحين انتهائها بحكم."<sup>(٣)</sup>

---

(1) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى فى الطعن رقم (٤٥٣٦٥) لسنة ٦٢ ق. - جلسة (٢٠٠٩/٦/٢٣). وعلى غرار المحكمة الإدارية العليا، ألحقت محكمة القضاء الإدارى مصطلح "المنازعة الإدارية" بمصطلح "الخصومة الإدارية" حين قضت أن "المنازعة الإدارية هى خصومة قضائية مناطها قيام النزاع الذى هو جوهرها واستمراره بين طرفيها، فإن هى رفعت ابتداء ومفتقرة إلى هذا الركن كانت من الأصل غير مقبولة، وإن هى رفعت متوافرة عليه ثم افتقدته أثناء النزاع أصبحت غير ذات موضوع ووجب القضاء باعتبار الخصومة منتهية." حكمها فى الطعن رقم (٦٣٨١٢) لسنة ٦٢ ق. - جلسة (٢٠٠٩/٢/١٠).

انظر كذلك تعريفها للخصومة القضائية بإنها "الحالة القانونية التى تنشأ عن مباشرة الدعوى بالإدعاء لدى القضاء أو بالالتجاء إليه بوسيلة الدعوى أو العريضة، وحدد المشرع إجراءات الادعاء الذى ينعقد به الخصومة، وتقوم هذه الإجراءات على اتصال المدعى بالمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى وتكليف المدعى عليه بالمثل أمامه." انظر حكمها فى الطعن رقم (٢٢١٨) لسنة ٤٢ ق.، مكتب فنى ٤٣، ج. ١، ص. ٩٤٩.

(1) انظر فى ذلك باللغة الفرنسية

CHARLES DEBBASCH ET JEAN CLAUDE RICCI, *CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, 6<sup>e</sup> éd. Précis Dalloz, Paris (1994), p. 23.

مذكور عند د. عبد الناصر أبوسمهدانة، إجراءات الخصومة الإدارية دراسة تحليلية تطبيقية فى ضوء أحدث آراء الفقه والقضاء، المركز القومى للإصدارات القانونية: القاهرة (٢٠١٤)، ص. ١٦ - هامش رقم (٣).

(2) انظر فى ذلك باللغة الفرنسية

RENÉ CHAPUS, *DROIT DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, Editeur: Montchrestien, 9e édition (2001), p. 695.

مذكور عند د. عبد الناصر أبوسمهدانة، إجراءات الخصومة الإدارية دراسة تحليلية تطبيقية فى ضوء أحدث آراء الفقه والقضاء، المركز القومى للإصدارات القانونية: القاهرة (٢٠١٤)، ص. ١٦ - هامش رقم (٣).

وفى مصر، فقد ذهب بعض من الفقه إلى تعريف الخصومة الإدارية بالتركيز على شخوصها على أساس كونها "خصومة أحد أطرافها الجهة الإدارية، تنشأ بإجراءات غير قضائية أمام الجهات الإدارية بهدف تصحيح تصرف إدارى خاطئ صادر من أحد طرفيها، وقد تستمر أمام القضاء الإدارى بإجراءات قضائية بهدف الحصول على حق قائم ومشروع يحميه القانون."<sup>(١)</sup> فى حين ذهب البعض إلى تعريفها من خلال ربط مفهومها ووجودها بإجراءات الدعوى الإدارية وشروط قبولها، وذلك بالقول إنها "لا تعدو أن تكون مجموعة الإجراءات الناشئة عن ممارسة حق الدعوى الإدارية، والتي يتخذها المتداعون أو ممثلوهم والقاضى الإدارى وأعوانه بغية الحصول على حكم حاسم لها، منذ إيداع الطلب وحتى انقضائها انقضاءً تاماً بحكم أو مبتسر بدونه."<sup>(٢)</sup> وقد عرفها البعض بإنها "منازعة يكون أحد طرفيها على الدوام مدعياً كان أو مدعياً عليه جهة إدارية متمتعة بامتيازات السلطة العامة، وذات هيمنة على الطرف الآخر، سواء أكان فرداً أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص وقد تبدأ بإجراءات إدارية غير قضائية أمام الجهات الإدارية، او بإجراءات قضائية مباشرة أمام القضاء الإدارى وذلك بهدف الحصول على حكم فيها."<sup>(٣)</sup>

وفق هذا التصور، إذاً، تتشابه الخصومة الإدارية مع نظيرتها العادية فى أن كليهما يعتبر ظاهرة قانونية مركبة تبدأ بإيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة المختصة، وهو الإجراء الذى يمثل مطالبة المدعى القضائية،<sup>(٤)</sup> وذلك قبل أن تتابع إجراءاتها تتابعاً زمنياً منطقياً كوحدة واحدة لحين انتهائها طبيعياً بصدور الحكم فى موضوعها أو بغير حكم فى موضوعها.<sup>(٥)</sup> ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام، أن

---

(1) د. مصطفى محمد تهاى منصور، إجراءات الخصومة الإدارية، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس (٢٠٠٦)، ص. ١٨.

(2) أ.د. محمد باهى أبو يونس، انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم فى المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠٠٧)، ص. ١٦.

(3) د. عبد الناصر أبو سمدانة، إجراءات الخصومة الإدارية دراسة تحليلية تطبيقية فى ضوء أحدث آراء الفقه والقضاء، المركز القومى للإصدارات القانونية: القاهرة (٢٠١٤)، ص. ٢٠.

(1) د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية (٢٠٠٧)، ص. ٢٦٧.

(2) د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق.

إجراءات الخصومة سواء كانت إدارية أو عادية هي في الأصل محكومة بالقانون الإجرائي الواجب التطبيق،<sup>(١)</sup> فلا تخضع بأى حال من الأحوال لأهواء الخصوم ولا حتى لمحض تقدير القاضي،<sup>(٢)</sup> فهذا الأخير لا يملك سلطة توجيه الخصومة باتخاذ إجراءات فيها ليس لها ظهير في القانون.<sup>(٣)</sup> وهكذا تستمد الإجراءات فى الخصومة الإدارية شرعيتها من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة (١٩٧٢) وكذلك من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨) فيما لم يرد فيه نص خاص.

بناء على ذلك، إذا كانت الخصومة الإدارية، جرياً على الأصل، تتشابه فى مواطن عديدة مع الخصومة العادية فيما يتعلق بطبيعتها القانونية، على النحو السابق بيانه، فكلاهما أيضاً يتفق إلى حد كبير فى الماهية والتكييف القانونى من جهة والعناصر المشكلة لهما من جهة أخرى.

## (٢) ماهية الخصومة الإدارية وتكييفها القانونى

فبالنسبة لماهية الخصومة الإدارية، فبخلاف مفهومها كظاهرة قانونية مركبة تجمع جميع الإجراءات المتخذة فى الدعوى، فهى تتعلق كذلك بالشروط الواجب توافرها للتصريح بمباشرة الحق فى التقاضى - أى بشروط قبول الدعوى الإدارية ذاتها.

بعبارة أكثر وضوحاً، مثلما هو الحال فى مألوف الدعاوى المدنية والجنائية، تجرى الحال فى الدعاوى الإدارية حيث يُشترط لقبولها توافر الصفة والمصلحة فى رافعها. فالصفة فى الدعوى تعنى صلاحية الشخص فى رفع الدعوى ومباشرة الإجراءات فيها، فهى تفيد نسبة الدعوى إيجاباً لصاحب الحق وسلباً لمن اعتدى على الحق. وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أن للقاضي الإداري بما له من هيمنة إيجابية كاملة على إجراءات الخصومة الإدارية، فإنه يملك تقصي شروط قبول الدعوى واستمرارها دون أن يترك ذلك لإدارة الخصوم فى الدعوى، وبالتالي فعليه

(3) د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص. ٢٦٧-٢٦٨.

(4) د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق.

(5) د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق.



التحقق من توافر . . . صفة الخصوم.<sup>(١)</sup> وقضت كذلك أن "الدفع بإنعدام الصفة من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها وللخصوم إثارته والتمسك بها في أية مرحلة من مراحل التقاضى."<sup>(٢)</sup> وفي نفس السياق، تقول محكمة القضاء الإدارى أن الخصومة القضائية لا تنشأ ولا تتعقد "إذا لم تكن ثمة دعوى من أحد الخصمين للخصم الآخر إلى التلاقى أمام القضاء أو لم يكن لأحدهما أو كليهما وجود. ويلزم لصحة لهذه الدعوى أن تكون موجهة من صاحب الشأن ذاته أو من صاحب الصفة فى تمثيله والنيابة عنه قانوناً أو اتفاقاً فإذا لم تقم الدعوى صحيحة سقط ركن من أركان الخصومة."<sup>(٣)</sup>

أما فيما يتعلق بالمصلحة فى الدعوى الإدارية، فقد نصت المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة الحالى رقم (٤٧) لسنة (١٩٧٢) على أنه "لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية." وتطبيقاً لذلك، تضحى الطلبات المقدمة والدفوع المبداه بغير مصلحة غير مقبولة أمام القاضى الإدارى. ومصدقا لهذا الأصل قضت المحكمة الإدارية العليا فى حديث أحكامها أنه "على القضاء الإدارى حتماً مقضياً أن يجتهد رأيه ولا يألو فى تحديد مفهوم المصلحة بالنسبة للدعاوى التي تطرح فى ساحته - سواء كانت من دعاوى الإلغاء أو مما اصطلح على تسميته بدعاوى القضاء الكامل - بتفسير النصوص - التي تشترط المصلحة لقبول الدعاوى - تفسيراً يبنى بالمنازعات الإدارية - بوجه عام - عن أن تكون من دعاوى الحسبة."<sup>(٤)</sup>

فضلاً عن ذلك، تأكيداً على غاية المنازعة الإدارية فى ضمان احترام وصوصن الحقوق والحريات الفردية وإعلاء لمبدأ المشروعية، استقر فى معهود القضاء الإدارى المصرى ضرورة عدم التشدد فى تفسير شرط المصلحة فى الدعوى

---

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٨٩٣٧) لسنة ٤٦ ق. - جلسة (٢٠٠٦/٦/٦).  
(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (١٣٢٩٧) لسنة ٥٠ ق. - جلسة (٢٠١٠/٢/١٦).  
(3) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى فى الطعن رقم (٤٥٣٦٥) لسنة ٦٢ ق. - جلسة (٢٠٠٩/٦/٢٣).  
(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعنين رقمي (٣٠٩٥٢) و(٣١٣١٤) لسنة ٥٦ ق. - جلسة (٢٠١٠/٩/١٤).

الإدارية بحيث يتم التضييق على أصحاب المصالح والحقوق في سعيهم للحصول على الحماية القانونية. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا إن تفسير القاضى الإدارى لشرط المصلحة يجب أن يتوافق "مع طبيعة المنازعات الإدارية والدور الذي يقوم به القضاء الإداري في حراسة الشرعية وسيادة القانون بغير إفراط ولا تقريط فلا يبسط في مفهوم المصلحة كل البسط في المنازعات الإدارية فيتلاشى الفارق بينها وبين دعاوي الحسبة فلا يكاد يبين، ولا يتشدد في تحديد مفهوم المصلحة بما يتأبى وطبيعة المنازعات الإدارية فيحجب أصحاب الحقوق و المصالح عن أن يطرقوا بابه ويلجوا ساحاته دفاعاً عن مصالحهم وحقوقهم."<sup>(١)</sup>

من الجدير بالذكر أيضاً أنه من الناحية الإجرائية، استقر القضاء الإدارى على أن شرط المصلحة هو شرط ابتداء وانتهاء، بحيث أنه يُشترط توافره عند رفع الدعوى الإدارية واستمرار تواجده لحين انتهاء الدعوى بصور حكم نهائى فيها.<sup>(٢)</sup> وطالما أن شرط المصلحة يتعين استمرار قيامه لحين انتهاء الدعوى الإدارية بصور حكم نهائى فيها، إذاً فالعبرة فى تقدير توافر المصلحة من عدمه يكون بما ورد فى منطوق الحكم من إجابة المدعى لطلباته أو رفضها، وذلك بصرف النظر عما ورد فى الحكم من أسباب استند إليها منطوقه.<sup>(٣)</sup> والعبرة كذلك فى تقدير توافر المصلحة يكون بإجابة الطلبات الأصلية أو رفضها دون الطلبات الإضافية.<sup>(٤)</sup> أخيراً، وجب التنويه على أن المتأمل لشرطى الصفة والمصلحة فى الدعوى الإدارية يُدرك

---

(1) انظر الحكم السابق للمحكمة الإدارية العليا.

(2) وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أنه "وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن شرط المصلحة هو شرط جوهرى يتعين توافره ابتداء عند إقامة الدعوى، كما يتعين استمراره قائماً حتى صدور حكم نهائى فيها." حكمها فى الطعن رقم (٣١٤٢١) لسنة ٥٢ ق. - جلسة (٢٠٠٧/٣/١٧).

(3) أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠١٠)، ص. ١٠٤.

(4) أ.د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠٠٦)، ص. ٥٩٩.

= أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى المرافعات الإدارية، المرجع السابق.

وبحق أنهما وجهان لعملة واحدة، فاشتراط أن يكون رافع الدعوى من ذوات الصفة يعنى أن له مصلحة مباشرة فى دعواه.<sup>(1)</sup>

### (٣) عناصر الخصومة الإدارية

بالقدر الذى تتشابه فيه الخصومة الإدارية مع نظيرتها العادية فى الماهية والتكييف القانونى، على النحو السابق توضيحه، فكذلك يمكن تلمس مواطن الشبه بينهما فى العناصر المشكلة لكل منهما. فالخصومة الإدارية مثلها مثل الخصومة العادية تشتمل على عنصرين أساسيين يُشكلان معاً عماد بنيتها القانونى وهما: (أ) العنصر الموضوعى؛ (ب) والعنصر الشخصى.

#### أ- العنصر الموضوعى للخصومة الإدارية

تتشابه الخصومة الإدارية والخصومة العادية فى أن عنصرها الموضوعى يشتمل على ركنين أساسيين وهما المحل والسبب، وإن اختلف جوهر وفحوى ذلك المحل وذلك السبب بحسب اختلاف غاية ومقصود الخصومة الإدارية عن نظيرتها العادية وتباين المصالح والحقوق المتنازع عليها فى كل منهما. فالخصومة الإدارية، خلافاً لما جرى عليه الأصل فى الخصومة العادية، دائماً ما يُنظر إليها على أساس كونها تتعلق بالمصلحة العامة وهو الأمر الذى جعلها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمبدأ المشروعية - أى بالرقابة على أعمال الإدارة. ولا يغير من الأمر شيئاً التطور الذى لازم الخصومة الإدارية حتى صارت يُقضى بالتعويض فيها فيما سُمي بدعاوى القضاء الكامل أو قضاء التعويض.<sup>(2)</sup> فالأصل أن الاختصاص الأساسى للقضاء

---

(1) وفى ذلك يذكر الدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوى أن "المصلحة والصفة شرطان وإن تميزا فإنهما مظهران لشرط واحد، فالصفة ليست إلا تعبيراً عن أحد شروط المصلحة وهو كونها شخصية ومباشرة، فمن يرفع الدعوى يجب أن يكون ذا صفة، أى ذا مصلحة شخصية ومباشرة، ومن ثم فالشرط الوحيد لقبول الدعوى هو توافر المصلحة القانونية وليست الإقتصادية أو الأدبية لدى رافعها، ولذا قيل بأنه: لا دعوى بلا مصلحة، وأن المصلحة هي معيار الدعوى". د. عبد المنعم أحمد الشرقاوى، نظرية المصلحة فى الدعوى، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول (نوفمبر ١٩٤٤)، بند ٣٨ - ص ٤١.

(1) راجع فى ذلك، أ.د. سعاد الشرقاوى، الوجيز فى القضاء الإدارى "الجزء الأول"، دار النهضة العربية: القاهرة (١٩٨١)، ص ٢٨.

الإداري يقوم على ضمان احترام مبدأ المشروعية من خلال حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من انتهاكات السلطات العامة.

على هذا النحو، يمكن القول بأن العنصر الموضوعي للخصومة القضائية - أى خصومة - يكمن، من جهة أولى، فى الحق المطالب به قضائياً أو الموضوع الذى ينظمه القانون الواجب التطبيق (محل الخصومة القضائية)، وسبب المطالبة القضائية (سبب الخصومة القضائية)، من جهة أخرى.<sup>(١)</sup> بعبارة أكثر وضوحاً، فالعنصر الموضوعي للخصومة القضائية يفترض أولاً: أن المدعى بإدعائه يهدف إلى الحصول على نتيجة معينة مثل الحكم على خصمه فى الدعوى والقضاء له بالحق المدعى به، وهو ما يُعرف بمحل الخصومة القضائية. فضلاً عن ذلك، فالعنصر الموضوعي يفترض ثانياً: إن إدعاء المدعى يقوم على سبب معين يُشكل أساسه والذى قد يكون عقداً أو شبه عقد أو غير ذلك من أسباب الالتزام، وهو ما يُعرف بسبب الخصومة القضائية.

وعليه فمحل الخصومة الإدارية يتمثل فى الحق أو المركز القانوني المراد حمايته. فمحل الطلب القضائي فى الخصومة الإدارية قد يتمثل فى طلب إلغاء القرار الإداري، ايجابياً كان أم سلبياً،<sup>(٢)</sup> أو تنفيذ العقد الإداري أو فسخه،<sup>(٣)</sup> أو طلبات الالتزام بدفع مبلغ من النقود أو التعويض كما هو الحال فى دعاوى القضاء الكامل،<sup>(٤)</sup> أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين،<sup>(٥)</sup> أو حتى الحصول على تدابير

---

(١) راجع فى ذلك، أ.د. نبيل إسماعيل عمر، أ.د. أحمد خليل، أ.د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية (الاختصاص - الدعوى - الخصومة - الحكم - طرق الطعن)، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية (١٩٩٧).

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٤٠٠٩) لسنة ٣٩ ق. - جلسة (٢٠٠٥/٦/٢٥)؛ وكذلك حكمها فى الطعن رقم (٣٠٦٨) لسنة ٣٠ ق. - جلسة (١٩٩٠/١٢/١).

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٥٢٧١) لسنة ٤٦ ق. - جلسة (٢٠١٠/٣/١٦)؛ وكذلك حكمها فى الطعن رقم (١٣٤٤٨) لسنة ٥٠ ق. - جلسة (٢٠٠٩/١١/٢٤).

(٤) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (١٩٤٠٤) لسنة ٥١ ق. - جلسة (٢٠١٠/٦/١٩).

(٥) غالباً ما تفترض معظم الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية، كون أن أغلبها يُعد أحكاماً بالزام، تدخل الإدارة بالقيام بعمل معين متخذة إجراءات تنفيذية معينة لإزالة آثار القرار الإداري المحكوم بإلغائه وإعادة الحال لما كان عليه قبل صدوره. بناء على ذلك، تفترض أحكام القضاء الإداري الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية اتيان الإدارة سلوكاً إيجابياً بالتدخل بالقيام بالأعمال اللازمة واتخاذ الإجراءات المناسبة لتنفيذ مودى حكم الإلغاء. وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإداري أن "تنفيذ حكم الإلغاء يلقي على عاتق الإدارة التزاماً إيجابياً باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذ مودى الحكم مع تطبيق نتائجه القانونية

وقتية تحفظية مثل وقف تنفيذ القرار الإدارى المطعون عليه إذا ما توافر ركنا الاستعجال والجديّة.<sup>(١)</sup>

ولا يفوتنا الذكر فى هذا المقام أن الخصومة الإدارية قد تصنف على أساس كونها خصومة عينية وذلك حين يكون محلها أساساً حقاً عينياً، وقد تكون الخصومة الإدارية شخصية وذلك حين يكون محلها حقاً شخصياً. فالخصومة الإدارية تضحى خصومة عينية إذا صادف محلها حقاً عينياً - أى السلطة المباشرة المقررة للشخص على شيء معين بالذات. وقد استقرت أحكام القضاء الإدارى على أن الخصومة فى دعاوى إلغاء القرارات الإدارية، الإيجابية منها والسلبية، تُعد فى الأصل خصومة عينية، وذلك على سند من أن محلها حقاً عينياً يتمثل فى سلطة المدعى فيها فى اختصام القرار الإدارى الذى ألحق به الضرر والمطالبة المباشرة بإلغائه. وجرياً على هذا الأصل، قضت المحكمة الإدارية العليا أن "الخصومة فى دعوى الإلغاء هى خصومة عينية مناطها اختصام القرار الإدارى فى ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته،

---

وذلك على أساس افتراض عدم صدور القرار الملغى ابتداءً فيرد ما كان إلى ما كان عليه." حكمها فى القضية رقم (٩٦٣) لسنة ٢٥ ق. - جلسة (١٩٧٣/٥/٨) - مكتب فنى؛ انظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٦٦٧٤) لسنة ٤٧ ق. - جلسة (٢٠٠٥/٥/٧)، مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا (٢٠٠٤ - ٢٠٠٥)، ص. ٣٥. مذكور عند أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٣٩.

وقضت المحكمة الإدارية العليا أيضاً "أنه يتعين اعمالاً للشرعية وسيادة القانون اللذين تخضع لهما جميع السلطات وتنزل على مقتضاها جميع الإدارات فى الدولة، أن تنفذ الجهات الإدارية المختصة الأحكام القضائية والواجبة التنفيذ طبقاً لأحكام القانون وعلى كل من الموظفين العموميين المختصين بذلك إصدار القرارات الإدارية اللازمة لتحقيق هذا الغرض على سبيل الحكم والإلزام ومن ثم فإن امتناع الجهة الإدارية عن إصدار هذا القرار الذى توجبه صراحة أحكام الدستور والقانون يعد قراراً سلبياً بالمعنى الذى قصدته =

= المشرع فى المادة العاشرة من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بتنظيم مجلس الدولة ... حكمها فى الطعن رقم (١٧٦٧) لسنة ٣٤ ق. - جلسة (١٩٩٢/١١/٢٢).

راجع كذلك حكم محكمة القضاء الإدارى حين قضت بأنه "من المقرر أن الجهة الإدارية ملزمة بتنفيذ الأحكام القضائية الواجبة النفاذ فى وقت مناسب من تاريخ صدورها وإعلانها ... وإذا كان من الثابت أن الجهة الإدارية تراخت فى تنفيذ الحكم الصادر لصالح الطاعن بإلغاء قرار تخطيه فى الذنب للعمل بالمراكز والمكاتب الثقافية بالخارج ... فإن هذا يصم سلوك الجهة الإدارية، فى هذا الشأن، بمخالفة القانون." حكمها فى القضية رقم (٩٦٣) لسنة ٢٥ ق. - جلسة (١٩٧٣/٥/٨). مذكور عند أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٣٩-١٤٠.

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٥١٤٩) لسنة ٤٩ ق. - جلسة (٢٠٠٥/٣/٢٦)؛ وكذلك حكمها فى الطعن رقم (٤٣٩٣) لسنة ٤٢ ق. - جلسة (٢٠٠٠/١٢/١٣).

ولما كان القرار الإداري على هذا النحو هو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الإلغاء فإنه يتعين أن يكون هذا القرار قائماً منتجاً آثاره عند إقامة الدعوى، فإذا ما تخلف هذا الشرط بأن زال هذا القرار قبل رفع الدعوى بإلغائه أو بانتهاء فترة تأقيته دون أن ينفذ على أي وجه كانت الدعوى غير مقبولة إذ لم تنصب على قرار إداري قائم ولم تصادف بذلك محلاً.<sup>(١)</sup>

ومن وجهة ثانية، قد يتم تصنيف الخصومة الإدارية على أساس كونها خصومة شخصية إذا انصب محلها على حق شخصي يُدعى به. والحقيقة أن الخصومة الشخصية يصعب حصر أنواعها وأشكالها خاصة وأن الحقوق الشخصية لم ترد في القانون على سبيل الحصر، فمثل تلك الحقوق تنشأ بموجب التراضي إعمالاً للحرية المعترف بها لكل شخص في تحديد مصدر التزامه. بالتالي تعد الخصومة شخصية حين يكون محلها حقاً شخصياً أياً كان مصدر الالتزام، عقداً أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب وأياً كان محله التزاماً بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

بناء على ذلك، تعتبر دعاوى القضاء الكامل من قبيل الدعاوى التي تكون الخصومة فيها شخصية، حيث يتناول فيها القاضى الإدارى الحقوق الشخصية للمدعي على اعتبار إنها تقوم على الإدعاء بحق شخصي،<sup>(٢)</sup> وذلك على خلاف دعاوى الإلغاء التي تكون الخصومة فيها عينية حيث يتم اختصاص القرار الإداري المطعون عليه بالإلغاء، على النحو السابق الإشارة إليه. وعلى ذلك، وجرياً على هذا الأصل، قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أن "اختصاص محاكم مجلس

---

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣٣٢٢) لسنة ٣٣ ق. - جلسة (١٩٩٥/٤/٨)؛ انظر كذلك قضاءها بأن "دعوى إلغاء القرارات الإدارية تندرج ضمن الدعاوى العينية، فالخصومة فيها عينية قوامها مشروعية القرار الطعين، وما إذا كان هذا القرار قد صدر مطابقاً لأحكام القانون أو غير مطابق لها، فالخصومة موجهة إلى القرار الإداري ذاته." حكمها في الطعن رقم (١٩٤٠٤) لسنة ٥١ ق. - جلسة (٢٠١٠/٦/٥).

(1) تعتبر دعاوى القضاء الكامل من قبيل دعاوى إقتضاء الحقوق، فسلطة القاضى الإدارى فيها لا تقف عن حد التقرير بالحق، وإنما تمتد لتشمل إلزام أحد أطراف الدعوى بأداء الحق، بحيث يتمكن الطرف الآخر من استناده. انظر في ذلك، أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٤١.

الدولة دون غيرها بنظر المنازعات الإدارية المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ينطوي على نوعين من الولاية القضائية الأول هو ولاية إلغاء، ومحلهادعاوى الإلغاء Recours en annulctiton المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية للسلطات الإدارية ... وهذه الدعاوى يقتصر فيها دور القضاء الإدارى على رقابة مشروعية القرارات الإدارية النهائية محل تلك الدعاوى فلا يحل نفسه محل جهة الادارة المختصة فى إصدار القرار الصحيح قانوناً إنما يكتفى بالحكم بإلغاء ما يستبين له عدم مشروعيته من تلك القرارات ، تاركا لجهة الإدارة المختصة إصدار القرار الصحيح قانونا على هدى من قضائه بإلغاء القرار المطعون فيه. والنوع الثانى من الولاية القضائية هو ما يعرف بولاية القضاء الكامل، ومحلهادعاوى القضاء الكامل - Recours de pleine Jurdi ction ... كدعاوى التعويض عن هذه القرارات، ودعاوى التسويات، والمنازعات المتعلقة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت ودعاوى الجنسية، والمنازعات المتعلقة بال عقود الإدارية عدا دعاوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ... وموضوع دعاوى القضاء الكامل، مركز قانونى فردى، حيث يدعى فيها رافعها أنه صاحب مركز قانونى معين ينشئ له حقاً قبل الإدارة وإنها تنازعه فى أصل هذا الحق أو فى مدها، فهي دعوى يرفعها صاحب الشأن ضد الإدارة بادعاء اعتدائها على مركزه القانونى بأن يحكم له على الإدارة بفعل شيء أو بالامتناع عن فعل شيء وفى غالب الحالات يدفع مبلغاً من النقود، وسلطة القضاء الإدارى فى هذه الدعاوى أوسع مدى وحيث يحسم الحقوق المتنازع عليها حسماً نهائياً، فيقضى بأحقية المدعى أو بعدم أحقيته فيما يطلب الحكم له به على الإدارة أو يقضى بإلزامها بأن تفعل شيئاً أو بأن تمتنع عن فعل شيء، أو بأن تدفع للمدعى مبلغاً محدداً من النقود، وهو الغالب ...<sup>(١)</sup>

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣١٤١) لسنة ٣٥ ق. - جلسة (١٩٩١/٧/٢٧). انظر كذلك قضاءها "أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القضاء الكامل يخول القاضي تصفية النزاع كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت ثم يرتب على ذلك نتائج كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية." حكمها فى الطعن رقم (٤٤٥٩) لسنة ٥١ ق. - جلسة (٢٠٠٤/١١/٢٥).

على الجانب الآخر، يُعتبر السبب الركن الثانى للعنصر الموضوعى للخصومة الإدارية. فسبب الخصومة الإدارية يُمثل القاعدة القانونية التى يركز عليها محل الخصومة. بعبارة أكثر وضوحاً، يُشكل سبب الخصومة الإدارية مجموعة الوقائع المولدة للحق المدعى به، بحيث تؤدي هذه الوقائع إلى منح الحماية القضائية و تطبيق القاعدة القانونية أو التصرف القانوني التي تولد عنه الالتزام أو الحق. وبناء عليه يكون سبب الخصومة الإدارية، كما هو الشأن فى نظيرتها العادية، مستنداً إلى مصدر الالتزام - كالإرادة المنفردة أو الفعل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو نص القانون.

#### ب- العنصر الشخصى للخصومة الإدارية

ليس بخاف أن الخصومة الإدارية، مثلها فى ذلك مثل نظيرتها العادية، يتعلق تمام ماهيتها وجوهرها القانونى باشتغالها على عنصر شخصى بجانب عنصرها الموضوعى. فالعنصر الشخصى فى الخصومة الإدارية يُتخذ أساساً لتحديد شخصها أى أطراف الدعوى الذين يشكلون الركن الأساسى فى الخصومة. وفقاً لذلك، تفترض بديهيات وأساسيات التقاضى أن أشخاص الخصومة الإدارية، بجانب القاضى الإدارى، يلعبون دوراً كبيراً فى تسيير إجراءاتها، بحيث يتخذ أشخاصها إجراءات معينة بغية المضى قدماً نحو إنهاؤها بحكم أو حتى لتعطيل الفصل فيها، وهى جميعها إجراءات تفترض تمتع متخذها بأهلية التقاضى من جهة، وتستلزم فحصها والتحقق من شرعيتها من قبل القاضى الإدارى من جهة أخرى.

فى ضوء هذا التصوير، يمكن تجلية ماهية العنصر الشخصى بالقول إنه يتمثل أولاً فى خصوم الدعوى أى أطراف الخصومة الأصليين من مدع ومدعى عليه وإن تعددوا. والواقع من الأمر أن صفة الخصم فى الخصومة كمدع أو مدعى عليه تتحدد وفقاً للمرتبة التى يتخذها بناء على تسلسل الإجراءات، مع التسليم بإمكانية تغيير هذه الصفة استثناءً وفقاً لما يتم اتخاذه فى الخصومة من إجراءات.

فلا محاجة فى أن المدعى فى الخصومة الإدارية هو المنوط به تحديد الإطار المبدئى للخصومة وذلك عن طريق ممارسة حقه فى اختيار المحكمة التى يرفع



أمامها دعواه الإدارية. ويمكن القول بأن سلطة المدعى فى ممارسة حقه فى اختيار المحكمة ترجع فى المقام الأول بالاختصاص النوعى أو بالاختصاص المحلى لمحاكم مجلس الدولة.<sup>(١)</sup>

وتأسيساً عليه، يتسلح المدعى بالخيار لإقامة دعواه أمام المحاكم الإدارية أو محكمة القضاء الإدارى أو المحاكم التأديبية وفقاً للاختصاص النوعى والمحلى لكل محكمة من تلك المحاكم.<sup>(٢)</sup> فضلاً عن ذلك، قد يجد المدعى أن مصلحته تتطلب أن تنقسم دعواه بين شقين موضوعى ومستعجل،<sup>(٣)</sup> بحيث يتم عرض الشق المستعجل على رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر الشق الموضوعى لتحديد جلسة لنظره

(١) فيما يتعلق بالاختصاص النوعى لمجلس الدولة، فقد قرر المشرع المصرى، بمقتضى قانون مجلس الدولة الحالى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، أن مجلس الدولة يعتبر القاضى العام فى سائر المنازعات الإدارية. وقد نص القانون فى مادته الثالثة على أن يؤلف القسم القضائى بالمجلس من: المحكمة الإدارية العليا، محكمة القضاء الإدارى، المحاكم الإدارية، المحاكم التأديبية، هيئة مفوضى الدولة. وذلك قبل أن يقرر القانون اختصاص ونوع الدعاوى التى تنظرها كل من محكمة القضاء الإدارى (المادة الثالثة عشر)، المحاكم الإدارية (المادة الرابعة عشر)، والمحاكم التأديبية (المواد من الخامسة عشر إلى التاسعة عشر)، والمحكمة الإدارية العليا (المادة الثالثة والعشرون).

وكذلك نصت المادة (١٩٠) من الدستور المصرى الحالى لسنة (٢٠١٤) على أن مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل فى المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل فى الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحده الإفتاء فى المسائل القانونية للجهات التى يحددها القانون، ومراجعة، وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود التى تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى."

أما بالنسبة للاختصاص المحلى، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا أنه "من المقرر أمام القضاء الإدارى أن جميع قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام سواء الاختصاص النوعى أو المحلى كما أن توزيع الاختصاص بين دوائر المحكمة الواحدة يرتبط كذلك بالنظام العام، لأن هذه القواعد تتعلق بولاية المحكمة أو الهيئة التى تسند إليها بمقتضى القواعد التى تضعها الجمعية العمومية لمستشارى مجلس الدولة، ويعتبر الخروج على هذا خروجاً على قواعد الاختصاص يستتبع بطلان الحكم لأن صدور الحكم بالرغم من هذه المخالفة مؤداه انعدام ولاية إصداره من جانب الدائرة التى أصدرته..." المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (٥٠٩) لسنة ٣٣ ق. - جلسة (١٩٨٩/٣/١٩). انظر كذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا أن "تعيين عدد المحاكم الإدارية و تحديد دوائر اختصاص كل منها على مقتضى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الدولة و القرارات المنفذة له يقوم على اختصاص الجهة الإدارية بالمنازعة أى اتصالها بالدعوى موضوعاً لا بمجرد تبعية العامل لها عند إقامة الدعوى الذى ينتقل بين فروعها طبقاً لظروف العمل الذى يقتضيه التنظيم الداخلى لها وهذا الضابط الذى توخاه الشارع هو الذى يتفق مع طابع الأشياء وحسن سير المصلحة العامة و الحكمة التى استهدفها من تقريب جهات التقاضى إلى المتقاضين و التى لا تتفق بمجرد تواجد العامل فى النطاق الإقليمى للمحكمة المختصة، وإنما بقيام الجهة الإدارية المتصلة بالنزاع موضوعاً فيه بحسبإنها الجهة التى تيسر للقضاء بلوغ الحقيقة فى الدعوى..." حكمها فى الطعن رقم (١٠٢٣) لسنة ٢١ ق. - جلسة (١٩٨٥/٦/١٥).

(١) المستشار الدكتور: محمد ماهر أبو العينين، سلسلة المرافعات الإدارية: الطعن فى الأحكام الإدارية والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا وفقاً لأحكام النقض والإدارية العليا (طرق الطعن العادية وغير العادية فى أحكام محاكم مجلس الدولة وفقاً لأحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا حتى أوائل القرن ٢١)، دار النهضة العربية: القاهرة (٢٠٠٢)، ص ١.

(٢) المرجع السابق.

والفصل فيه.<sup>(١)</sup> ولا ثمة جدال في أن الخصم، سواء كان مدعياً أو مدعياً عليه، يملك خيار الطعن على الحكم الصادر في موضوع الخصومة أو الحكم الصادر في الشق المستعجل وغير المنهي للخصومة أمام المحكمة الأعلى.<sup>(٢)</sup>

وإذا كان المدعى يملك خيار المبادرة فيما يتعلق بافتتاح الخصومة الإدارية، حيث تفتتح تلك الأخيرة بإجراء يملك المدعى وحده سلطة اتخاذها وهو إيداع عريضتها قلم كتاب المحكمة المختصة بنظرها، إلا أن ذلك بطبيعة الحال لا يقدر في أهمية الدور الذي يلعبه الطرف الآخر في الخصومة وهو المدعى عليه. فعلى الرغم من أن المدعى عليه يكون متحرراً من عبء الإثبات، وذلك على سند من أن المدعى، بامتلاكه لمبادرة تحريك الخصومة وعقدتها، يتحمل لعبء الإثبات، جرياً على الأصل القائل بأن البينة على من ادعى، إلا أن المدعى عليه يملك بما يقدمه من طلبات وما يبديه من دفع توجيه الخصومة الإدارية والإجراءات فيها. فعلى سبيل المثال، يلعب المدعى عليه دوراً هاماً في وقف الدعوى الإدارية، حيث تقف هذه الأخيرة باتفاق الخصوم،<sup>(٣)</sup> كما أن المدعى عليه يملك كذلك الحق في تعجيل الدعوى من الوقف.<sup>(٤)</sup> فضلاً عن ذلك، يمكن للمدعى عليه إنهاء الخصومة الإدارية مستصداً حكماً ينهي الدعوى دون الفصل في موضوعها عن طريق الدفع بعدم اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى،<sup>(٥)</sup> أو بإنكاره لحق المدعى في الحصول على الحماية القانونية لعدم استيفاء الشروط التي تطلبها القانون وذلك عن طريق الدفع بعدم القبول.<sup>(٦)</sup>

(1) المرجع السابق.

(2) المرجع السابق.

من الجدير بالذكر أن الطعن في الحكم الإداري الصادر في الشق المستعجل يكون أمام المحكمة الإدارية العليا إذا ما كان صادراً من محكمة القضاء الإداري أو المحكمة التأديبية. أما إذا ما صدر الحكم في الشق المستعجل من إحدى المحاكم الإدارية فيكون الطعن عليه أمام محكمة القضاء الإداري منعقدة بهيئة استئنافية.

(1) تنص المادة (١٢٨) من قانون المرافعات المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٨ على أنه "يجوز وقف الدعوى بناء على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر =

= من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاقهم ولكن لا يكون لهذا الوقف أثر في أي ميعاد حتمي يكون القانون قد حدده لإجراء ما. وإذا لم تعجل الدعوى في الثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل اعتبر المدعى تاركا لدعواه والمستأنف تاركا لاستئنافه."

(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٠٢) لسنة ١٦ ق. - جلسة (١٩٧٨/٥/٢٠).

(3) لمزيد من التفصيل في الدفع بعدم اختصاص أمام القضاء الإداري، انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية: الاختصاص - الخصومة - الدفع - الأحكام في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي: الإسكندرية (بدون سنة نشر)، ص. ١٥٢-١٦٤.

(4) وفقاً لما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا في قضاءها، يكون التصدي لفحص الدفع بعدم القبول لاحقاً على بحث مسألة مدى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٧٤٥) لسنة ٣١ ق. - جلسة (١٩٨٦/٥/١٣).

## الفصل الأول

### تدخل الغير فى الخصومة الإدارية

#### تمهيد

إذا كان الخصوم من مدعيين ومدعى عليهم يشكلون معاً العنصر الشخصى للخصومة، إدارية كانت أم عادية، فالنطاق الشخصى للخصومة قد يتسع ليشمل أشخاص آخرين بجانب الخصوم الأصليين من مدعيين ومدعى عليهم. وكأصل عام فى فقه قانون المرافعات، يُشار إلى كل من كان خارج عن الخصومة - أى ليس أحد أطرافها الأصليين - بالغير فى الخصومة.

بعبارة أكثر وضوحاً، إذا كان كل من المدعى والمدعى عليه يستهدفان غرضاً معيناً من الخصومة الإدارية، باعتبارهما طرفيها الأصليين - بحيث يستهدف الأول الحصول على الحماية القانونية المقررة بإجابته لطلباته المبداه،<sup>(١)</sup> فى حين يبتغى الثانى دحض طلبات الأول وإنكار حقه فى الحصول على الحماية القانونية تجنباً لصدور حكمٍ لصالحه،<sup>(٢)</sup> وذلك عن طريق ما يبيده من دفوع وطلبات مقابلة - فللغير الخارج عن أطراف الخصومة الأصليين الحق فى أن يتدخل فى الخصومة إذا ما قدر أن مثل هذا التدخل يصب فى مصلحته،<sup>(٣)</sup> وبالمثل يملك أطراف الخصومة الأصليين وكذلك المحكمة الحق فى إدخال الغير الخارج عن الخصومة فيها ليضحي الحكم الصادر فيها حجة فى مواجهته.<sup>(٤)</sup>

---

=ويوجه المدعى عليه الدفع بعدم القبول ضد الطلبات الموجهة من المدعى وليس ضد الأسباب والأسانيد القانونية التى يتأسس عليها الطلبات. راجع فى ذلك، حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم (٣٤٠) لسنة ٢ ق. - جلسة (١٩٤٩/٦/٧).

ومن الجدير بالذكر، أن حق المدعى عليه فى التمسك بالدفع بعدم القبول لا يسقط بالتكلم فى موضوع الدعوى، فمثل هذا الدفع يجوز إبداءه فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٢١٦٦) لسنة ٣٢ ق. - جلسة (١٩٨٨/١/٢٣).

(١) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١١٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

وفق هذا التصور، يبقى أمرٌ هامٌ نود أن نشير إليه وهو أنه يجب ألا يُفهم استخدامنا لتعبير "توسعة النطاق الشخصي للخصومة الإدارية" عن طريق تدخل وإدخال الغير فيها على أساس إنها توسعة عددية مؤداها زيادة بيان الخصومة العددي بحيث تتجاوز الخصوم الأصليين - المدعى كخصم أول والمدعى عليه كخصم ثان - لتشمل الغير كخصم ثالث.<sup>(١)</sup> فعلى الرغم من أن جانباً من الفقه قد ذهب إلى أن تدخل الغير في الخصومة من شأنه أن يضيف عليه وصف الخصم فيها، إلا أنه وصف مجازي ينبغى ألا يتجاوز تخوم أن بعض الإجراءات في الخصومة الإدارية قد يتم اتخاذها من قبل أو في مواجهة شخص جديد لم يكن طرفاً أصلياً فيها، أو أن الحكم الصادر في الخصومة قد يكون حجة في مواجهته.<sup>(٢)</sup>

فعلى الرغم من تسليمنا أن تدخل أو إدخال الغير في الخصومة الإدارية من شأنه أن يُنصب هذا الغير كطرف في الخصومة، إلا أن كونه أضحي طرفاً في الخصومة لا يعنى بالتبعية إسباغ وصف الخصم الأصلي عليه.<sup>(٣)</sup> فالخصومة الإدارية انعقدت بخصوم أصليين فيها - المدعى وهو من أودع عريضتها قلم كتاب المحكمة المختصة وضمنها طلباته الأصلية والاحتياطية، والمدعى عليه وهو من تم اختصامه أول مرة من قبل المدعى طالباً الحكم عليه.<sup>(٤)</sup>

تأسيساً عليه، لا يستقيم التعبير عن الغير في الخصومة الإدارية بمصطلح الخصم الثالث<sup>(٥)</sup> أو الشخص الثالث في الخصومة،<sup>(٦)</sup> وذلك على سند من أن التعبير عن الغير بهذا المصطلح من شأنه أن يغيّر من البيان العددي للخصومة الإدارية،

---

(5) انظر في ذلك، د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير في الأحكام الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية (٢٠١٧)، ص. ٥.

(1) انظر في هذا المعنى، المرجع السابق.

(2) المرجع السابق.

(3) المرجع السابق.

(4) أ.د. سليمان محمد الطماوى، القضاء الإداري: الكتاب الثانى (قضاء التعويض وطرق الطعن فى الأحكام) دراسة مقارنة (١٩٨٦)، ص. ٥٨٥.

(5) أ.د. مصطفى أبو زيد فهمى، طرق الطعن فى أحكام مجلس الدولة المصرى (دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الثالث والرابع (١٩٥٥-١٩٥٦)، ص. ١٤٥.

على النحو السابق ذكره، ناهيك عن أن الغير فى الأصل لم يكن خصماً فى الخصومة وقت انعقادها.<sup>(١)</sup>

وفق العرض السابق لمفهوم العنصر الشخصى للخصومة الإدارية، يمكن تجلية ماهية تدخل الغير فى الخصومة الإدارية بالحديث عن الطلبات والتدخل والإدخال فى الخصومة الإدارية. فالحقيقة أنه، جريباً على الأصول العامة المستقر عليها فى فقه المرافعات المدنية والتجارية، تُعد طلبات التدخل والإدخال هى السبيل لتوسعة النطاق الشخصى للخصومة الإدارية بإفصاح المجال للغير للتدخل فيها.

### المبحث الأول

#### الطلبات فى الخصومة الإدارية

الأصل فى قضاء المحكمة الإدارية العليا أن الطلبات المبداه من المدعى تُشكل نطاق الدعوى الإدارية، فالمدعى يملك التحكم فى نطاق دعواه عن طريق ما يبيده من طلبات أمام القضاء، بحيث أن المحاكم لا تملك سلطة أن تتجاوز الطلبات المبداه أو القضاء بغير ما ورد فيها وإلا تكون قد قضت بما لم يطلبه الخصوم، وهو الأمر المحظور عليها فعله. فضلاً عن ذلك، فقد استقرت أحكام القضاء الإدارى على أن العبرة فى تحديد نطاق الدعوى يكون دائماً بالنظر إلى طلبات المدعى الختامية حتى وإن لم يكن قد سبق وأبداها فى صحيفة دعواه. تأسيساً على ذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا أن "المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن العبرة بالطلبات الختامية، ولا عبرة بالطلبات التى تضمنتها صحيفة الدعوى طالما أن المدعى لم يحل فى مذكرته الختامية إليها، وكان المستقر أيضاً أن الأصل أن المدعى هو الذى يحدد نطاق دعواه وطلباته أمام القضاء ولا تملك المحكمة من تلقاء نفسها أن تتعدها، فإذا هى قضت بغير ما يطلب الخصوم، فإنها تكون بذلك قد تجاوزت حدود سلطاتها وحق إلغاء ما قضت به."<sup>(٢)</sup>

(1) د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٥.  
(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٤٣٩٣) لسنة ٣٧ ق. - جلسة (١٩٩٤/٢/٨).

ومن الجدير بالذكر أنه لا يستقيم القول هنا بأن التزام المحكمة بحدود طلبات المدعين في الدعوى بحيث لا تتجاوزها بإضافة طلبات جديدة أو بالتعرض لحقوق لم يرد ذكرها في طلبات المدعين،<sup>(١)</sup> إنما هو التزام يقيد المحكمة فيما يتعلق بإنزال التكييف القانوني الصحيح بشأن ما أبداه المدعين من طلبات. فالواقع أن المحكمة لاتزال تتمتع بسلطة تكييف الطلبات المبداه تكييفاً قانونياً صحيحاً.<sup>(٢)</sup>

ولعل ثمة تساؤل جدير بالطرح في مقامنا هذا وهو إذا ما كان الأصل في الطلبات هو ما سبق ذكره وإذا كان سبيل الخير للخصومة الإدارية هو التدخل أو الإدخال فيها، فكيف يتم ذلك؟ الحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل يقودنا حتماً للحديث عن أنواع الطلبات التي يمكن إيدائها من الأطراف الأصلية في الخصومة الإدارية، المدعى والمدعى عليه.

### المطلب الأول

#### الطلبات المبداه من الأطراف الأصلية في الخصومة الإدارية

في أصول المرافعات الإدارية، مثلما هو الحال في شأن المرافعات المدنية والتجارية، يُمثل المدعى والمدعى عليه الأطراف الأصلية للخصومة الإدارية على

---

(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٩٢١) لسنة ٣٨ ق. - جلسة (١٩٩٤/٧/١٠).

(3) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا حين قضت أنه "ومن حيث أنه ولن كان للمحكمة أن تنزل على الطلبات في الدعوى حقيقة التكييف القانوني لها، إلا أنه يتعين عليها ألا تخوض =في تلك الطلبات بما يخرجها عن حقيقة مقصود المدعين ونيّتهم من وراء إيدائها. وعلى ذلك فلا يكون صحيحاً ما أجراه الحكم المطعون فيه من تعديل في صريح طلبات المدعين بتكييفها بما يخرج عن صريح إرادتهم. فالثابت أن المدعى يطلبون الحكم بإعدام القرار رقم ١١٥٩٩ وما يترتب على ذلك من آثار قانونية وبالتعويض عما فاتهم من كسب ولحقهم من خسارة من جراء الاستيلاء على أرضهم بالمخالفة لحكم القانون. وهذه الطلبات، بصريح عبارتها، تكشف بذاتها عن التكييف الصحيح الذي أراده المدعين من وراء إيدائها وهو يعد تكييف يتفق وطبيعة قضاء المشروعية والتعويض الذي يمارسه مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري، مما لا يكون معه ثمة موجب من واقع أو قانون لما أجراه الحكم المطعون فيه من تكييف لهذه الطلبات بانها بإلغاء القرار السلبي بامتناع الجهة الإدارية عن تسليم الأرض محل المنازعة إليهم والتعويض عن ذلك". حكمها في الطعن رقم (١٢٥٢) لسنة ٣٣ ق. - جلسة (١٩٨٨/١٢/٣)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٤، الجزء الأول، صفحة ٢٣٤ القاعدة رقم ٥٠.

انظر كذلك قضاءها "ومن حيث إن المستقر عليه على وفق قضاء هذه المحكمة أن تكييف الدعوى وتحديد طلبات الخصوم فيها أمر يستلزمه إنزال حكم القانون الصحيح على وقائع الدعوى، وهو أمر تستقل به المحكمة بما لها من هيمنة على الدعوى، فللمحكمة أن تنقضي طلبات المدعى وأن تستظهر النية الحقيقية من وراء إيدائها، إلا أن ذلك مشروط بالأصل الأمر إلى حد تعديل طلباته فيها بإضافة ما لم يطلب الحكم به صراحة، أو تحوير تلك الطلبات بما يخرجها عن حقيقة مقصده ونيّته من وراء إيدائها...". حكمها في الطعن رقم (٢٥٣٨٢) لسنة ٥٦ ق. - جلسة (٢٠١١/٧/٣).

سند من أن الأول، كما سبق البيان، يملك سلطة المبادرة بافتتاح الخصومة عن طريق ما يتخذه من مسالك إيجابية بشأنها، في حين يلعب الأخير دوراً هاماً في انعقادها وتوجيهها. بناء على ذلك، يمكن للمدعى وللمدعى عليه في الخصومة الإدارية، باعتبارهما يمثلان أطرافها الأصلية، إبداء نوعين من الطلبات: (١) الطلبات الأصلية؛ (٢) والطلبات العارضة.

### أولاً: الطلبات المبداه من المدعى (الطلبات الأصلية والطلبات العارضة)

الطلب الأصلي هو كل طلب قدمه المدعى في صحيفة دعواه مدعوماً بالأسانيد القانونية.<sup>(١)</sup> غير أنه وجب التنويه على أن الطلبات الختامية التي قد ييديها المدعى أمام المحكمة رغم عدم ورودها في صحيفة دعواه هي أيضاً من قبيل الطلبات الأصلية، والتي من شأنها تحديد نطاق الدعوى الإدارية، على النحو السابق ذكره. فضلاً عن ذلك، يملك المدعى الحق في تضمين صحيفة دعواه، بجانب الطلب الأصلي، طلباً احتياطياً يمثل الحد الأدنى من الحماية القانونية المنشودة وذلك تحسباً لعدم استجابة المحكمة لطلبه الأصلي.<sup>(٢)</sup>

وقد استقر القضاء الإداري على أنه يجوز للمدعى الطعن في الحكم الصادر برفض طلباته الأصلية مع إجابته لطلباته الاحتياطية، وذلك على سند من أن الطلب الأصلي يُمثل جوهر إدعاء المدعى وجوهر الحماية القانونية التي ينشدها من دعواه، أما طلبه الإحتياطي فهو لا يعدو كونه مجرد خطوة تحوطية للحصول على الحد الأدنى من الحماية القانونية إذا ما انتهت المحكمة في قضائها إلى رفض الطلب الأصلي.<sup>(٣)</sup>

(١) انظر، أ.د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق.

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١١٨.

(٢) وتأسيساً على ذلك، كانت المحكمة الإدارية العليا قد قضت بقبول أحد الطعون المقدمة لها شكلاً على سند من أن المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون عليه كانت قد أغفلت الطلب الأصلي و فصلت في موضوع الطلب الإحتياطي مما يجعل حكمها معيباً مخالفاً للقانون. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٠٤٢) لسنة ٢٨ ق. - جلسة (١٩٨٥/١/١٣). انظر كذلك حكمها في الطعن رقم (٣٩٧) لسنة ١٧ ق. - جلسة (١٩٧٦/٦/١٣).

وفقاً لما هو مستقر عليه في أصول المرافعات المدنية والتجارية، يتشارك المدعى والمدعى عليه في تقديم الطلبات العارضة، وهو ذات الأصل الذي تجرى عليه المرافعات الإدارية أيضاً. ويعتبر الطلب العارض هو كل طلب يُقدم بعد انعقاد الخصومة الإدارية، أي بعد إيداع صحتها قلم كتاب المحكمة المختصة، وأثناء نظر المحكمة لها.<sup>(١)</sup>

وتعرف الطلبات العارضة المقدمة من المدعى بالطلبات الإضافية. وتأسيساً على ذلك، تعتبر الطلبات الإضافية هي الطلبات التي يقدمها المدعى في الخصومة الإدارية بعد انعقادها وأثناء نظرها أمام المحكمة المختصة.<sup>(٢)</sup> ويجرى الأصل في المرافعات الإدارية على أن الطلب الإضافي المقدم من المدعى لا بد وأن يكون مرتبطاً بطلبه الأصلي بحيث يتضمن الأول تصحيحاً للثاني أو تعديلاً لموضوعه.<sup>(٣)</sup> وفضلاً عن أن الطلب العارض أو الإضافي المقدم من المدعى يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي، فهو أيضاً يجب تقديمه بنفس الإجراءات المتبعة لرفع الدعوى أو تقديمه شفاهة للمحكمة أثناء الجلسة قبل قفل باب المرافعة، وقد يأخذ صورة الطلب المكمل للطلب الأصلي أو المترتب عليه أو المتصل به اتصالاً لا يقبل التجزئة، وذلك وفقاً للأصل العام المقرر بنص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.<sup>(٤)</sup>

(1) انظر، أ.د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق.

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١١٩.

(3) المرجع السابق.

(1) وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أنه "تقضى المادة ١٢٣ من قانون المرافعات بأن تقدم الطلبات العارضة إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها ولا تقبل الطلبات العارضة بعد إقفال باب المرافعة ويتضح من هذه النصوص أن الطلب العارض ومن صورته الطلب المكمل للطلب الأصلي أو المترتب عليه أو المتصل به اتصالاً لا يقبل التجزئة أو الطلب المتضمن إضافة إلى الطلب الأصلي مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله- يقدم إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أو يقدم شفاهة في الجلسة." حكمها في الطعن رقم (٧٢٤) لسنة ٢٤ ق. - جلسة (١٩٨٢/١/١٦). انظر كذلك حكمها في الطعن رقم (١٣٦١) لسنة ١٠ ق. - جلسة (١٩٦٨/٢/٢٤).

من الجدير بالذكر أنه فيما يتعلق بالطلبات الإضافية المقدمة من المدعى في دعوى الإلغاء، فمثل هذه الطلبات لا يجوز تقديمها إلا بعد استئذان المحكمة، بحيث تتأكد تلك الأخيرة من ارتباط الطلب الإضافي بالطلب الأصلي. علاوة على ذلك، وجرياً على ما انتهى إليه القضاء الإداري في أحكامه، فالطلبات الإضافية يجب أن يتم تقديمها بإيداع عريضة تتضمنها قلم كتاب المحكمة المختصة أو بالتقدم بها إلى



## ثانياً: الطلبات المبداه من المدعى عليه فى الخصومة الإدارية (الطلبات المقابلة)

مثلاً يجرى عليه الحال فى شأن المدعى فى الخصومة الإدارية، فالمدعى عليه يملك أيضاً الحق فى تقديم طلبات عارضة. غير أنه، على خلاف ما هو مستقر فى شأن المدعى حيث تُسمى طلباته العارضة بالطلبات الإضافية، تُعرف الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه بالطلبات المقابلة. يُستفاد من ذلك إذاً أن الطلبات المقابلة هى نوع من أنواع الطلبات العارضة تُقدم من المدعى عليه رداً على طلبات المدعى وتسمى دعاوى المدعى عليه الفرعية،<sup>(١)</sup> فكأن المدعى عليه قد قدم ادعاءً جديداً فى مواجهة المدعى حوله من مدعى عليه إلى مدعى وحول المدعى إلى مدعى عليه.<sup>(٢)</sup>

وبخصوص كيفية تقديم الطلبات المقابلة، فقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على ضرورة أن يتبع المدعى عليه فى تقديمه لطلباته المقابلة نفس الإجراءات المتبعة من قبل المدعى فى تقديمه لطلباته الإضافية، وذلك على النحو المنصوص

---

المحكمة بكامل هيئتها، أما الطلبات الإضافية المقدمة فى فترة تحضير الدعوى إلى هيئة المفوضين فلا تعد مقبولة على سند من ان المفوض ليس له سلطات واختصاصات قاضى التحضير، فضلاً عن أن القانون لم يخول له بصفة خاصة الإذن بتقديم الطلبات الإضافية. وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا أن "الطلبات الإضافية المتعلقة بطعون الإلغاء لا يجوز إيدؤها خلال نظر الخصومة وإحكامها عليها إلا بعد استئذان المحكمة كيلا تقبل من هذه الطلبات إلا ما تتحقق المحكمة فى شأنه من قيام الارتباط بينه وبين الطلب الأصلي وعلى ذلك لا تتصل ولاية المحكمة الإدارية بالطلب الإضافي أو العارض إلا إذا قدمه المدعى أما وفقاً للأوضاع =

= التي رسمها قانون مجلس الدولة وهي لا تخرج عن إيداع عريضة بطلب إضافي قلم كتاب المحكمة المختصة فما بالتقدم بهذا الطلب أمام المحكمة بكامل هيئتها. والأصل فى الطلب الإضافي ينبغي أن يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي ارتباطاً تقره المحكمة الإدارية ذاتها فتأذن أو لا تأذن بتقديمه طبقاً لإقتناعها. والمفوض لا يقوم فى هذا الشأن مقامها فليس له من السلطات والاختصاصات غير ما حوله إياها القانون ولم يخوله قانون تنظيم مجلس الدولة سلطات واختصاصات قاضى التحضير. ولم يخوله بصفة خاصة الأذن بتقديم الطلبات الإضافية أو العارضة." حكمها فى الطعن رقم (٨٢٥) لسنة ٢٩ ق. - جلسة (١٩٨٥/٦/٢٢)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣٠ الجزء الثانى، صفحة ١٣٣٨ القاعدة رقم ١٩٦.

(١) انظر، أ.د. أحمد هندی، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٢٢ =

= وفقاً للمادة (١٢٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، يملك المدعى عليه تقديم الطلبات العارضة الآتية: ١- ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى. ٢- ما يكون مكملاً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة. ٣- ما يتضمن إضافة أو تغييراً فى سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله. ٤- طلب الأمر بإجراء تحفظى أو وقتى. ٥- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي."

عليه في المادة (١٢٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. بناء على ذلك، يستوجب على المدعى عليه عند تقديمه لطلباته المقابلة سلوك أحد طريقتين، "أولهما - هو اتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة المحددة لنظره الدعوى الأصلية، وثانيهما - وهو أن يقدم الطلب العارض شفاهة في الجلسة في حضور الخصم وثبت في محضر الجلسة، وقرر المشرع عدم قبول الطلبات التي تقدم بعد إقفال باب المرافعة."<sup>(١)</sup>

### المطلب الثاني

#### الطلبات المبداه من غير الأطراف الأصلية في الخصومة الإدارية

##### (طلبات تدخل الغير)

وفقاً لما سبق ذكره، يُعد إجراء التدخل أحد السبل التي بمقتضاها يمكن للغير أن يجد له دوراً في الخصومة الإدارية. غير أنه وقبل الحديث عن تدخل الغير في الخصومة الإدارية، يعن التساؤل عن ما هو المقصود بذلك الغير. الواقع أن الغير، في أصول المرافعات الإدارية، ليس أحد أطراف الخصومة الإدارية الأصليين، فضلاً عن أنه لم يكن على الإطلاق عاملاً مؤثراً في التوسعة من البيان العددي للعنصر الشخصي للخصومة الإدارية، على النحو السابق تفصيله.

تأسيساً على ذلك، يمكن القول بأن الغير في الخصومة الإدارية هو كل من كان ليس مدعياً أو مدعياً عليه ولم يُكتب اسمه في صحيفة الدعوى. فالخصوم الأصليين في الخصومة الإدارية هما المدعى والمدعى عليه وما سواهما يُعد من الغير. فالغير في الخصومة الإدارية يمكن التعبير عنه بمصطلح الخارج عن الخصومة، وهو مصطلح ذاع صيته في الفقه القانوني العربي، على فرض من أن لفظ الغير يتسع ليستوعب الخارج عن الخصومة بحيث يمكن تدخله أو إدخاله فيها،<sup>(٢)</sup> وكذلك الخارج عن الحكم الصادر في الخصومة بحيث يمكن له الطعن فيه.<sup>(٣)</sup>

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٦٤٠) لسنة ٤٤ ق. - جلسة (٢٠٠٩/٢/٢٢).

(1) د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير في الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٥.

(2) المرجع السابق.

وتأسيساً على التصور السابق، يكون المقصود من تدخل الغير فى الخصومة الإدارية مطالبة أحد الأشخاص الخارجين عنها والذى لم يكن أحد أطرافها ابتداء بالحكم له بحق معين أو بميزة معينة أو بمركز قانونى معين مرتبط بالخصومة فى مواجهة الخصوم الأصليين أو أحدهما،<sup>(١)</sup> وهو ما يُعرف بالتدخل الهجومى أو الاختصاصى. فضلاً عن ذلك، بدلاً من التدخل للمطالبة بحق أو بميزة أو بمركز قانونى لنفسه، فللغير فى الخصومة الإدارية التدخل منضماً لأحد الخصوم الأصليين فى محاولة لإعانتته فى مواجهة الخصم الآخر،<sup>(٢)</sup> وهو ما يُعرف بالتدخل الانضمامى.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع فى قانون المرافعات المدنية والتجارية قد حدد إجراءات تدخل الغير فى الخصومة، أيّاً كانت صورة تدخله، وهى إجراءات تتسحب بطبيعة الحال على الخصومة الإدارية. فوفقاً لنص المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية "يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى. ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة."

وإعمالاً للأصل المذكور فى المادة (١٢٦) من قانون المرافعات فى شأن إجراءات تدخل الغير فى الخصومة، قضت المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها أنه "لما كانت المادة ١٢٦ من قانون المرافعات قد أوجبت لقبول التدخل قانوناً - وعلى ما سلف بيانه - اتخاذ الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو يقدم شفاهة فى الجلسة فى حضور الخصوم ويثبت فى محضرها كما نصت على أن لا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة، فإنه وقد ثبت أن الطاعن طلب التدخل فى الجلسة التى كان فيها المدعى غائباً، ولم يتخذ مع ذلك الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى فى مواجهته مكتفياً بالطلبات التى قطعت صراحة عن حقيقة نوع تدخله فى

(3) انظر أ.د. الأنصارى حسن النيدانى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، برنامج الدراسات القانونية، ص. ١٥٦.

(4) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٢٣.

المذكورة التي قدمها بعد إقفال باب المرافعة فمن ثم يكون تدخله في الدعوى الذي تم على هذا الوجه باطلاً وتقضى المحكمة بعدم قبوله من تلقاء نفسها عملاً بنص المادة ١٢٦. (١)

يُستفاد من حكم المحكمة الإدارية العليا السابق، بخلاف أعمالها لمقتضيات المادة (١٢٦) من قانون المرافعات، فقد أكدت المحكمة على ضرورة إيداء الغير لطلب التدخل في حضور المدعى، وفي ذلك ضماناً كبيرة هدفها تمكين الخصم الذي طلب الغير التدخل في مواجهته الوقوف على ماهية طلب التدخل والأسباب المرتبطة به وما يهدف إليه الغير من طلب تدخله، وذلك في محاولة لكفالة ضمانات حقوق الدفاع. بناء على ذلك، كانت قد قضت المحكمة الإدارية العليا أن الهدف من إلزام الغير المتدخل في الخصومة بأن يكون تدخله باتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بطلب يُبدى شفاهة أثناء الجلسة وفي حضور الخصوم يكمن في "أن تتم إجراءات التدخل ضد الخصوم الموجهة إليهم ويثبت اتصالها بعلمهم فتتعقد الخصومة ضد الموجه إليهم وعلى الأخص في الحالات التي لا تتبع في التدخل الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى والتي تتعقد بها الخصومة بإيداع عريضة طلب التدخل في قلم كتاب المحكمة كما يتحقق إلى جانب ذلك ضماناً أساسية من ضمانات التقاضي هي تمكن الخصم الذي يتم التدخل ضده من أن يبدي ما لديه من دفاع على الوجه الذي يقيم العدل بين الخصوم." (٢)

علاوة على ذلك، فبالإضافة إلى ضرورة أعمال مقتضيات المادة (١٢٦) من قانون المرافعات وضرورة إيداء طلب التدخل في حضور الخصوم إذا ما قُدم الطلب شفاهة إلى المحكمة أثناء الجلسة، فالمتأمل للتنظيم القانوني لتدخل الغير في الخصومة الإدارية يلحظ وبحق أن شرط المصلحة يُعتبر معياراً فاصلاً لقبول تدخل الغير وذلك باعتباره أحد الشروط العامة الواجب توافرها في كل طلب أو دفع يُبدى في أي خصومة قضائية. تأسيساً على ذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا أن المشرع في

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٢٤٤) لسنة ٣٠ ق. - جلسة (١٧/١٠/١٩٨٧).

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٣٨٠٠) لسنة ٤٩ ق. - جلسة (١١/٣/٢٠٠٦).

إجازته لتدخل الغير في الخصومة الإدارية اشترط ضرورة "توافر المصلحة الشخصية لدى المتدخل باعتبار أن المصلحة هي شرط عام لكل طلب أو دفع أمام المحكمة كما حدد المشرع الإجراءات المتعلقة بتقديم طلب التدخل وذلك إما بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو إيدائه شفاهة في الجلسة في حضور الخصوم." (١)

يُستفاد مما سبق بيانه أن الغير يمكن أن يتدخل في الخصومة الإدارية إما (١) مختصاً أحد الخصوم الأصليين أو كليهما للمطالبة بحق معين أو بميزة معينة أو بمركز قانوني معين؛ (٢) أو منضماً لأحد الخصوم مؤيداً له في طلباته المبداه في محاولة لاستصدار حكماً لصالحه. بناء على ذلك، وجرياً على الأصل المستقر عليه في الخصومة العادية، يأخذ تدخل الغير في الخصومة الإدارية صورتين: التدخل الاختصاصي (الهجومي) والتدخل الانضمامي.

كان من أثر ذلك، أن المحكمة الإدارية العليا قد استقرت في أحكامها على أن العبرة في تصنيف طلب تدخل الغير في الخصومة الإدارية كونه تدخلًا اختصاصياً أو انضمامياً يكون بالتكليف الذي تنزله المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الأصلية على طلب التدخل المقدم إليها وليس بالوصف الذي يخضعه الغير مقدم طلب التدخل على هذا الأخير. (٢)

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٠٩) لسنة ٤١ ق. - جلسة (٢٠٠٠/١١/٥)، منشور بمجموعة المكتب الفني السنة ٤٦ الجزء الأول صفحة ٥١ القاعدة رقم ٦؛ انظر أيضاً قضاءها بأنه يُشترط في طالب التدخل توافر المصلحة التي تبرر قبول التدخل، بحيث يُشترط في هذه المصلحة توافر نفس الشروط المتطلبة لقبول الدعوى وهي أن تكون المصلحة قانونية حالة وقائمة، شخصية ومباشرة. حكمها في الطعن رقم (٧٣١٤١) لسنة ٦٢ ق. - جلسة (٢٠١٧/١/١٦).

(١) وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا "أن المعتبر في بيان ما إذا كان التدخل انضمامياً أو هجوماً إنما يكون بحقيقة التكليف القانوني الذي تسبغه المحكمة على طلبات المتدخل لا بتكليف الخصوم لها بما يخالف الهدف المبتغى من التدخل." انظر حكمها في الطعن رقم (١٦٩٦٤) لسنة ٥٢ ق. - جلسة (٢٠١٠/١/٢٣).

انظر كذلك قضاء المحكمة أنه "قد تكشف بذلك مقصود المتدخل في تدخله ... إذ أكدت مذكرته أن تدخله بالجلسة كان بقصد تأكيد ما يستهدفه بالدعوى رقم ٣١٠١ لسنة ٣٧ ق. وهو منازعة المدعى في طلباته على الوجه السابق بيانه وأنه تدخل هجومي لا انضمامي، وبذلك فإن صحيح التكليف القانوني لنوع تدخله أنه تدخل هجومي لطلب الحكم له بصفته بطلب مرتبط بالدعوى في مواجهة طرفيها وهو ما تيقن بطعنه المائل." حكمها في حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم (١٢٤٤) لسنة ٣٠ ق. -

## أولاً: التدخل الاختصاصي (الهجومي)

مضت المحكمة الإدارية العليا على ذات الأصل المستقر عليه في المرافعات المدنية والتجارية حين عرفت التدخل الاختصاصي أو الهجومي بأنه يعنى تدخل الغير صاحب المصلحة في الخصومة الإدارية مطالباً الحكم لنفسه بحق ذاتي يدعيه في مواجهة طرفي الخصومة.<sup>(١)</sup> وقد أكدت المحكمة على أن غاية التدخل الاختصاصي هي حصول غير المتدخل على حكم لصالحه في مواجهة أطراف الخصومة الأصليين، يستوى في ذلك أن يكون طلب تدخله متعلقاً بذات الحق المتنازع عليه أو بجزء منه أو بطلب آخر يتميز عن الطلب الأصلي بشرط أن يكون مرتبطاً به.<sup>(٢)</sup> على سبيل المثال كأن يقيم أحد الأشخاص دعوى أمام إحدى محاكم مجلس الدولة طالباً الحكم بإلغاء القرار السلبي بامتناع وزير الاتصالات عن حجب موقع الكتروني معين، فيتدخل صاحب هذا الموقع أو الشركة المشرفة عليه هجوماً ضد الطاعن مقيم الدعوى.

المتأمل لفحوى ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا في قضائها يلاحظ إنها قد أفصحت عن أن تدخل الغير الاختصاصي لا بد وأن يستوفي شرطين أساسيين للقبول، أولاً: توافر المصلحة في شأن الغير المتدخل باعتبار أن المصلحة من الشروط العامة الواجب توافرها في مقدم أى طلب أو دفع قضائي؛<sup>(٣)</sup> ثانياً: أن يكون طلب الغير المتدخل مرتبطاً بالحق الأصلي المتنازع عليه في الدعوى، فمثل هذا الارتباط، وفقاً لقضاء المحكمة، يُعد في الأصل المبرر الأساسي لتقديم طلب التدخل الاختصاصي.<sup>(٤)</sup> ومن الجدير بالذكر في هذا المقام، أن قيام حالة الارتباط بين طلب التدخل المقدم من الغير وبين الحق الأصلي المتنازع عليه في الدعوى يعتبر من

---

جلسة (١٧/١٠/١٩٨٧)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٣، الجزء الأول، صفحة ٣٢، القاعدة رقم ٥.

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٢٤٤) لسنة ٣٠ ق. - جلسة (١٧/١٠/١٩٨٧)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٣، الجزء الأول، صفحة ٣٢ القاعدة رقم ٥.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٤٢٠٨) لسنة ٥٢ ق. - جلسة (١٦/١٠/٢٠١٠)؛ كذلك حكمها في الطعن رقم (٧٣١٤١) لسنة ٦٢ ق. - جلسة (١٦/١٠/٢٠١٧).

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٧٣١٤١) لسنة ٦٢ ق. - جلسة (١٦/١٠/٢٠١٧).

(٤) انظر حكم المحكمة السابق.

الأمر المتروكة لتقدير المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الأصلية والمقدم إليها طلب التدخل.<sup>(١)</sup>

تبقى نقطة أخيرة على درجة كبيرة من الأهمية نود الإشارة إليها، من حيث أنه، على النحو السابق ذكره، من الشروط الإجرائية الواجب توافرها فى طلبات تدخل الغير الاختصاصية أن يتم تقديم طلب التدخل بعريضة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة أو شفاهة أثناء نظر المحكمة للدعوى وفى حضور الخصم المقدم ضده طلب التدخل الاختصاصي، وذلك كله فى محاولة لكفالة حقوق الدفاع والمجابهة للخصم المقدم ضده طلب التدخل من الغير - لما كان ذلك - فقد استقرت المحكمة الإدارية العليا على عدم جواز تقديم طلبات التدخل الاختصاصي لأول مرة أمام محكمة الطعن وذلك على سند من أن هذا المسلك من شأنه تقويت أحد درجات التقاضى، وهو الأمر الذى مؤداه الإخلال بحقوق الدفاع الواجب كفالتها للخصم الذى تدخل الغير هجومياً ضده.<sup>(٢)</sup>

بناء على ما سبق، يمكن القول بأن التدخل الاختصاصي (الهجومى) فى الخصومة الإدارية من شأنه أن يترتب بعض الآثار لعل أهمها:

- اعتبار الغير طرفاً فى الخصومة التى تدخل فيها. غير أنه وجب التأكيد على ما سبق ونوهنا إليه أن تدخل الغير فى الخصومة الإدارية ليس من شأنه أن يُغايِر فى البيان العددي للعنصر الشخصى فيها.<sup>(٣)</sup> فلا ينبغى القول بأن الغير بتدخله قد أضحى طرفاً فى الخصومة يُضاف إلى أطرافها الأصليين.<sup>(٤)</sup> فعلى الرغم من أن الغير بتدخله قد أصبح بمثابة المدعى فى مواجهة الخصم الذى تدخل هجومياً ضده، إلا أنه ليس مدعياً أصلياً فى الخصومة،<sup>(٥)</sup> وكذلك الخصم الذى تم التدخل هجومياً ضده، فهو ليس مدعياً

(3) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٦٩٦٤) لسنة ٥٢ ق. - جلسة (٢٠١٠/١/٢٣).

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٤٢٠٨) لسنة ٥٢ ق. - جلسة (٢٠١٠/١/١٦).

(2) د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٥.

(3) المرجع السابق.

(1) المرجع السابق.

عليه أصلياً. فخصوم الدعوى الأصليون هم المدعى الذى أقام الدعوى والمدعى عليه الذى أقيمت عليه الدعوى، أما الغير المتدخل فلم يرد ذكره فى صحيفة الدعوى عند رفعها ولا فى الخصومة عند انعقادها.

● بمجرد قبول طلب التدخل الاختصاصى يثبت للغير جميع حقوق الدفاع، كما أن له الحق فى تعديل طلباته أو حتى التنازل عنها، وكذلك يجوز له ترك الخصومة أو أن يقبل تركها. فعلى الرغم من عدم اعتبار الغير طرفاً أصلياً فى الخصومة التى تدخل فيها هجومياً، إلا أن قبول طلب تدخله يُخول له التمتع بالحقوق المثبتة إلى المدعى الأصلي فى الخصومة.

● زوال الخصومة الأصلية بسبب بطلان صحيفة الدعوى أو بطلان الإجراءات المتخذة فيها يُرتب بالتبعية زوال طلب التدخل الاختصاصى المقدم من الغير إذا كان هذا الطلب قد تم تقديمه شفاهة إلى المحكمة أثناء نظرها الدعوى وفى حضور الخصوم، (١) أما إذا كان طلب التدخل قد تم تقديمه بالإجراءات العادية لرفع الدعوى عن طريق عريضة أودعت قلم كتاب المحكمة المختصة، فيبقى طلب التدخل قائماً ولكن باعتباره طلباً أصلياً. (٢)

● إذا ما قضت المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الأصلية والمقدم إليها طلب التدخل الاختصاصى بعدم قبول هذا الأخير، فللغير الحق فى استئناف الحكم الصادر بعدم قبول تدخله، حيث أنه فى حالة عدم قبول تدخله تقضى المحكمة بإلزامه بالمصروفات أو برفض طلباته لو كانت له طلبات جديدة وذلك اعمالاً لنص المادة (١٨٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨. (٣)

● زوال الخصومة الأصلية بسبب تنازل المدعى الأصلي عن دعواه أو بسبب تركه للخصومة فإن مثل هذا الأمر ليس من شأنه التأثير على طلب المتدخل

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٢٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٢٣٦٩) لسنة ٣٤ ق. - جلسة (١٩٩٤/٥/٢٨)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣٩، الجزء الثانى، صفحة ١٣٣٥ القاعدة رقم ١٣١.



الاختصاصي حيث تبقى الخصومة في شأن طلب التدخل قائمة للنظر فيها. (١)

- تدخل الغير في الخصومة الإدارية تدخلاً اختصاصياً من شأنه أن يجعل الحكم الصادر فيها حجة عليه يرتب أثره بالنسبة له، وهو الأمر الذي بدوره يُخول للغير الحق في الطعن على الحكم الصادر في الخصومة الإدارية التي تدخل فيها تدخلاً اختصاصياً. (٢)

### ثانياً: التدخل الانضمامي

جراً على الأصل المستقر عليه في شأن الخصومة العادية، حددت المحكمة الإدارية العليا المقصود بتدخل الغير الانضمامي في الخصومة الإدارية بأنه تدخل الغير صاحب المصلحة في الخصومة لإبداء "ما يراه من أوجه الدفاع لتأييد طلب الخصم الذي تدخل إلى جانبه دون أن يطلب القضاء لنفسه بحق ما".<sup>(٣)</sup>

يُستفاد من ذلك أن التدخل الانضمامي يقتضي تدخل الغير في الخصومة الإدارية بهدف تأييد أحد أطرافها الأصليين في طلباته ومساعدته في الحصول على حكم في صالحه، وذلك كله دون التقدم بطلبات جديدة تغاير طلبات الخصم الأصلي الذي انضم. على سبيل المثال، كأن تتدخل شركة التأمين (الغير) انضمامياً بجانب الموظف (المدعى الأصلي) في دعواه لإلغاء قرار فصله من وظيفته حتى تتجنب الرجوع عليها بأقساط التأمين إذا ما خسر المدعى وظيفته.

وتأسيساً على ذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا أن التدخل الانضمامي فيه "يبدى المتدخل ما يراه من أوجه دفاع لتأييد طلب الخصم الذي تدخل إلى جانبه، دون أن يطلب القضاء لنفسه بحق ما فالمتدخل يبغى من تدخله المحافظة على حقوقه عن طريق الانضمام ويقصد به تأييد أحد الخصوم دفاعاً عن حقوقه في الدعوى".<sup>(٤)</sup>

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٢٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٢٤٤) لسنة ٣٠ ق. - جلسة (١٩٨٧/١٠/١٧)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٣، الجزء الأول، صفحة ٣٢ القاعدة رقم ٥.

(٤) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٧٣١٤١) لسنة ٦٢ ق. - جلسة (٢٠١٧/١/١٦)؛ كذلك حكمها في الطعنين رقم (١٩٦٧) و (٢٠٣٠) لسنة ٤١ ق. - جلسة (٢٠٠٠/١٠/١٥).

وكما هو الحال في شأن التدخل الاختصاصي، وعلى الرغم من أن قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد خلا من أى نص يتعلق بكيفية تنظيم التدخل في الخصومة الإدارية، إلا أن الأصل العام كما ورد بالمادة (١٢٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ يسرى على الشروط الإجرائية المتعلقة بتقديم طلبات التدخل الانضمامي في الخصومة الإدارية، بحيث يتم التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وقبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصومة ويثبت في محضرها على أن يقدم الطلب قبل إقفال باب المرافعة.<sup>(١)</sup>

وفق منطق تبعية الغير المتدخل انضمامياً للخصم الذي تدخل لصالحه، فلا يستقيم القول بأن الغير المتدخل انضمامياً قد غدا خصماً أصلياً في الخصومة الإدارية. فعلى الرغم من أن صحيح المنطق القانوني يستلزم التسليم بأن الغير بتدخله الانضمامي قد أضحى طرفاً في الخصومة الإدارية،<sup>(٢)</sup> إلا أنه ليس من أطرافها الأصليين بل مجرد طرفاً تبعياً - أي يتبع الخصم الذي تدخل لصالحه.

وعلى الرغم من أن تدخل الغير انضمامياً إنما هو في حقيقته ينطوي على تدخل تبعي ليس من شأنه تنصيب الغير كخصم أصلي في الخصومة الإدارية، إلا أن الأصول العامة المستقر عليها من ضرورة توافر الصفة والمصلحة في الغير المتدخل انضمامياً يستلزم استيفائها كشرط من شروط قبول طلب التدخل الانضمامي.

وكما هو الحال في شأن التدخل الهجومي، يُرتب تدخل الغير الانضمامي في الخصومة الإدارية بعض الآثار الهامة التي يمكن إيجازها في النقاط الآتية: أولاً: على الرغم من أن الغير المتدخل انضمامياً في الخصومة الإدارية، كمظهر من مظاهر تبعيته للخصم الذي تدخل لصالحه، يتمتع عليه تقديم طلبات جديدة تغاير الطلبات التي سبق وأبداها الخصم الأصلي الذي تم التدخل لتأييده، إلا أن هذا الأمر

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٧٣١٤١) لسنة ٦٢ ق. - جلسة (٢٠١٧/١/١٦).  
(٢) انظر في ذلك، أ.د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية، المرجع السابق.

ليس من شأنه أن ينكر على الغير المتدخل انضمامياً حقه فى التمسك بأى دفع، شكلياً كان أم موضوعياً، أو دفع بعدم القبول، حتى وإن لم يتمسك به الخصم الذى تم التدخل انضمامياً لصالحه طالما لم يسقط حق هذا الأخير فى التمسك بالدفع. والحكمة من ذلك تكمن فى أن الغير بتدخله الانضمامى لا يمثل الخصم الذى تدخل لتأييده ولا يحل محله فى الخصومة الإدارية. وإعمالاً لهذا الأصل، قضت المحكمة الإدارية العليا أن "قضاء هذه المحكمة وإن كان يجرى أن حق المتدخل فى التدخل الانضمامى إنما يقتصر على مجرد تأييد أحد طرفى الخصومة الأصلية بما يترتب على ذلك من أنه لا يجوز له أن يتقدم بطلبات تغيير طلبات الخصوم الذى تدخل لتأييده، وبحيث يجوز له أن يبدي وجوه دفاع تأييداً لطلباته، ومن ثم تقتصر وظيفة المحكمة على الفصل فى موضوعها، إلا أن المتدخل الانضمامى يجوز له أن يتمسك بأى دفع موضوعى أو شكلى، أو بعدم القبول ولو لم يتمسك به الطاعن ما لم يكن قد سقط حق الآخر فى الإلقاء به، فالمتدخل الانضمامى هو خصم فى الدعوى إذا ما قبل تدخله وتقوم مصلحته فى اتخاذ ما يراه من إجراءات فى التمسك بما يرى التمسك به من دفع فهو فى بداية الأمر وقتها يعمل باسمه هو لأنه لا يمثل الخصم الذى يدخل إلى جانبه ولا يحل محله." (1)

فضلاً عن ذلك، على خلاف ما هو مستقر عليه فى التدخل الهجومى، فتدخل الغير الانضمامى لا يخول له سلطة ترك الخصومة الإدارية أو حتى قبول الترك فيها. فكما سبق التنويه، فالغير المتدخل انضمامياً يتبع الخصم الذى تدخل لصالحه فليس له الحق فى ابداء أى طلبات جديدة ولا أن يُغاير فى الطلبات المقدمة من الخصم الذى تدخل لصالحه ولا أن يتنازل عنها، وإن كان يثبت له الحق فى تقديم أوجه دفاع مختلفة عن تلك التى أبداها الخصم الأصلى الذى تم التدخل لصالحه. وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "ينقسم التدخل لنوعين: أولهما: التدخل الانضمامى

---

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعنين رقم (١٨٧٥) و (١٩١٤) لسنة ٣٠ ق. - جلسة (١٩٩١/٣/٩)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣٦، الجزء الأول، صفحة ٧٢٤، القاعدة رقم ٧٦؛ انظر كذلك حكم المحكمة فى الطعن رقم (٣٠٩٦) لسنة ٤٥ ق. - جلسة (٢٠٠٢/٣/١٩).

وفيه يبدي المتدخل ما يراه من أوجه دفاع لتأييد طلب الخصم الذي تدخل إلى جانبه، دون أن يطلب القضاء لنفسه بحق ما...<sup>(١)</sup>

علاوة على ذلك، فالتدخل الانضمامي جائز لأول مرة أمام محكمة الطعن عملاً بما ورد في المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات حين نصت على أنه "لا يجوز في الاستئناف إدخال من لم يكن خصماً في الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف ما لم ينص القانون على غير ذلك، ولا يجوز التدخل فيه إلا ممن يطلب الانضمام إلى أحد الخصوم." وجرياً على هذا الأصل المستقر في شأن الخصومة العادية، قضت المحكمة الإدارية العليا أن المتدخل الانضمامي "يبغي من تدخله المحافظة على حقوقه عن طريق الانضمام ويقصد به تأييد أحد الخصوم دفاعاً عن

حقوقه في الدعوى، ويجوز طلبه ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات."<sup>(٢)</sup> كذلك يمكن للغير أن يتدخل انضمامياً لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا بشرط توافر المصلحة في الغير المتدخل وارتباط طلب تدخله بالحق الأصلي المتنازع عليه في الخصومة.<sup>(٣)</sup>

أخيراً، مثلما هو الحال في شأن الغير المتدخل الهجومي، يكون الحكم الصادر في الخصومة الإدارية حجة علي الغير المتدخل فيها انضمامياً ويرتب أثره بالنسبة له. بناء على ذلك، فللغير المتدخل انضمامياً لأحد الخصوم الحق في الطعن علي الحكم الصادر لغير مصلحته بالاستئناف ولو لم يستأنفه الخصم الأصلي الذي انضم إليه.<sup>(٤)</sup>

---

(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٧٣١٤١) لسنة ٦٢ ق. - جلسة (٢٠١٧/١/١٦).

(1) انظر حكم المحكمة السابق.  
(2) انظر في ذلك، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٥٤٦) و (٦٠١٣) لسنة ٥٥ ق. - جلسة (٢٠١٠/٢/٢٧)؛ وحكمها في الطعن رقم (١٧٨٦) لسنة ٢٤ ق. - جلسة (٢٠٠٢/١/٢٣)؛ وكذلك حكمها في الطعن رقم (٥٢٤٠) لسنة ٤٢ ق. - جلسة (٢٠٠٢/٣/١٧).

(1) انظر قضاء المحكمة الإدارية العليا بأنه "إذا كان المطعون في ترفيته بالرغم من أنه لم يختصم ولم يتدخل أمام محكمة القضاء الإداري، فيجوز له التدخل في درجات التقاضي الأعلى بطلب الانضمام إلى أحد الخصوم، حيث أن الحكم الذي سيصدر في هذه المنازعة سيتعدى أثره إلى طالب التدخل، ويعتبر حجة عليه، ومن ثم ترى المحكمة قبوله خصماً منضمماً إلى الحكومة في طلب رفض الدعوى." حكمها في الطعن رقم (٧٦) لسنة ٤ ق. - جلسة (١٩٦٦/٣/١٧).

## المبحث الثانى

### إدخال الغير فى الخصومة الإدارية

الإدخال هو ما تعارف عليه فى فقه وقضاء المرافعات أنه إجبار شخص من الغير الخارج عن الخصومة القائمة على أن يضحى طرف فيها وذلك عن طريق اختصاصه من قبل خصومها الأصليين أو بأمر تصدره المحكمة من تلقاء نفسها. فقد نصت المادة (١١٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "للخصم أن يُدخل فى الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦".<sup>(١)</sup> فضلاً عن ذلك، نصت المادة (١١٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه "وللمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة وتعين المحكمة ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله و يكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى".

ومتلماً هو الحال فى مألوف المرافعات المدنية والتجارية، تجرى الحال فى المرافعات الإدارية حيث يمكن إدخال الغير فى الخصومة الإدارية عن طريق اختصاصه من خصومها الأصليين أو بأمر تصدره المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الأصلية من تلقاء نفسها إذا رأت مقتضى لذلك لمصلحة العدالة أو لاستظهار الحقيقة.<sup>(٢)</sup>

غير أنه من الجدير بالذكر أنه إذا كان الأصل فى إجراء الإدخال فى الخصومة العادية يتأسس على النصوص الواردة فى قانون المرافعات قانون، ويستقر

---

(1) وقد عنيت المادة (٦٦) بتنظيم مواعيد الحضور أمام المحاكم المختلفة فصت على أن "ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وثمانية أيام أمام محاكم المواد الجزئية، ويجوز فى حالة الضرورة نقص هذين الميعادين إلى ثلاثة أيام والى أربع وعشرين ساعة على التوالى وميعاد الحضور فى الدعاوى المستعجلة أربع وعشرون ساعة، ويجوز فى حالة الضرورة نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه إلا إذا كانت الدعوى من الدعاوى البحرية ويمكن نقص المواعيد فى الأحوال المتقدمة باذن من قاضى الأمور الوقتية وتعلن صورته للخصم مع صحيفة الدعوى".

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٢٨.

على نفس ذات النحو فى الخصومة الإدارية، إلا أن قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد غاير بعض الشئ من هذا الأصل فى شأن الخصومة الإدارية، وذلك عندما نص على إمكانية اختصاص الغير وإدخاله فى الدعوى الإدارية من قبل هيئة مفوضى الدولة، بجانب أطرافها الأصليين والمحكمة نفسها. فقد نصت المادة (٢٧) من قانون مجلس الدولة على أن لهيئة مفوضى الدولة، فى سبيل نهوضها بدورها فى تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة، أن تأمر " بدخول شخص ثالث فى الدعوى."<sup>(١)</sup>

يُستفاد من ذلك أنه بقراءة الأصول العامة الواردة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (المادتين ١١٧ و ١١٨) جنباً إلى جنب مع النص الخاص الوارد فى قانون مجلس الدولة (المادة ٢٧) يتضح أن إدخال الغير فى الخصومة الإدارية قد يتم عن طريق أولاً: اختصاصه من قبل أحد الخصوم الأصليين أو ثانياً: بأمر تصدره المحكمة من تلقاء نفسها أو ثالثاً: بإدخاله من قبل هيئة مفوضى الدولة أثناء تحضيرها للدعوى الإدارية وتهيئتها للمرافعة.

### المطلب الأول

#### إدخال الغير بناء على طلب الخصوم الأصليين

وفقاً لنص المادة (١١٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، السابق الإشارة إليه، يجوز للخصم إدخال من كان يصح اختصاصه فى الدعوى الإدارية عند رفعها وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى. المتأمل لنص المادة السابق يلحظ وبحق أن المشرع قد حدد شرطين أساسيين واجب استيفاءهما لإدخال الغير فى الدعوى الإدارية بناء على طلب الخصوم الأصليين فيها.

أولاً: اشترطت المادة (١١٧) من قانون المرافعات فى الغير الذى يمكن اختصاصه وإدخاله فى الدعوى الإدارية من قبل الخصوم الأصليين فيها أن يكون من

---

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن "تتولى هيئة مفوضى الدولة تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة و لمفوض الدولة فى سبيل تهيئة الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازماً من بيانات وأوراق وأن يأمر ذوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التى يرى لزوم تحقيقها أو بدخول شخص ثالث فى الدعوى أو بتكليف ذوى الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق فى الأجل الذى يحدده لذلك."

هؤلاء الذين كان يصح اختصامهم في الدعوى عند رفعها. يُفهم من ذلك أنه يجوز للخصوم الأصليين في الدعوى الإدارية اختصام كل شخص من الغير كان من الجائز أن يكون مدعياً أو مدعياً عليه في الدعوى عند رفعها.

بعبارة أكثر وضوحاً، تفترض المادة (١١٧) من قانون المرافعات في الغير - الذي يمكن اختصامه وإدخاله في الدعوى الإدارية من قبل الخصوم الأصليين فيها - توافر الصفة فيه كمدعٍ أو مدعٍ عليه وبرغم ذلك لم ترفع الدعوى منه ولم ترفع عليه.<sup>(١)</sup> فالمادة (١١٧) من قانون المرافعات تتعلق بالفرض الذي فيه تتوافر الصفة في الدعوى لأكثر من شخص سواء كمدعيين أو كمدعٍ عليهم، إلا أن الدعوى لم ترفع إلا من أحدهم أو بعضهم دون الآخرين أو لم ترفع إلا على أحدهم أو بعضهم دون الآخرين.<sup>(٢)</sup> ففي هذه الحالة يجوز اختصام من لم يرفع الدعوى ومن لم ترفع عليه الدعوى من قبل الخصوم الأصليين الذي رفعوا الدعوى أو رفعت عليهم.

ويلزم في جميع الأحوال لقبول طلب الإدخال، بالإضافة إلى أن يكون المطلوب إدخاله من الأشخاص الذين كان يصح مخاصمتهم بالدعوى عند رفعها، وجود ارتباط بين الغير المطلوب إدخاله وبين الدعوى الأصلية المنظورة، كأن يتم إدخال ممثل الجهة الإدارية التي تعلق القرار المطعون فيه بالإلغاء بالمنشآت المقامة على أرضها واختصامه في دعوى الإلغاء.<sup>(٣)</sup>

الحقيقة أن الارتباط بين الغير المطلوب إدخاله في الدعوى وتلك الأخيرة يجد مبرره في أن الأساس المنطقي الذي يبرر إدخال الغير في دعوى لم يكن طرفاً فيها وقت رفعها هو وجود علاقة بينه وبين الدعوى، بحيث كان ينبغي اختصامه فيها

---

(١) انظر أ.د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، برنامج الدراسات القانونية، ص. ١٥٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر على سبيل المثال، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقمي (٩٩٢) و (٩٩٩) لسنة ٣٠ ق. - جلسة (١٩٨٨/٣/١٩).

وقت رفعها.<sup>(١)</sup> أما وأن هذا الاختصاص لم يحدث ابتداء وقت رفع الدعوى، فيحق للخصوم الأصليين فيها اختصاصه لاحقاً بعد رفعها.<sup>(٢)</sup>

وفقاً للتصور السابق، قد تتعدد الأسباب والأهداف التي من شأنها أن تدفع الخصوم الأصليين في الدعوى الإدارية لاختصاص الغير الذي لم يكن طرفاً فيها وقت رفعها. فقد يرى الخصوم اختصاص شخص من الغير لكونه ضامناً لالتزام معين بمقتضى عقدٍ إداري، وقد يرى الخصوم كذلك ضرورة اختصاص الغير لإجباره على تقديم مستند في حوزته يُعتبر مئماً في الدعوى. وفي جميع الأحوال،<sup>(٣)</sup> يكون الحكم الصادر في الدعوى التي تم فيها اختصاص شخص من الغير حجة على هذا الأخير.

لا يفوتنا الذكر في مقامنا هذا للتأكيد على أن قبول الطلب المقدم من أحد الخصوم لإدخال الغير في الدعوى الإدارية الذي لم يكن طرفاً وقت رفعها إنما هو أمرٌ متروكٌ للمحكمة المنظورة أمامها الدعوى والمقدم إليها طلب الإدخال، غير أن الخصم مقدم طلب الإدخال يمكنه الطعن على الحكم الصادر بعدم قبول طلب إدخال الغير أو عدم الاعتداد به.<sup>(٤)</sup>

**ثانياً:** اشترطت المادة (١١٧) من قانون المرافعات أن يتم اختصاص الغير وإدخاله في الدعوى عن طريق نفس الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى. يُستفاد من ذلك أن المشرع قد استبعد إمكانية اختصاص الغير في الدعوى عن طريق تقديم طلب الاختصاص شفاهة أمام المحكمة وأثناء نظر الدعوى، وذلك على عكس الوضع في طلبات التدخل التي يمكن إيدؤها شفاهة أثناء نظر الدعوى وفي حضور الخصوم. ويمكن القول بأن الحكمة من وراء اشتراط المشرع بأن يتم اختصاص الغير وإدخاله في الدعوى بنفس الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، من تقديم طلب الإدخال

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٣٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر الحكم السابق.



بعريضة تودع قلم كتاب المحكمة ثم انتظار إعلان الغير بتلك العريضة،<sup>(١)</sup> ضمان كفالة حقوق الدفاع لذلك الغير المطلوب اختصامه فى الدعوى.

فعلى خلاف الوضع فى شأن طلبات التدخل، حيث يتدخل شخص من الغير هجومياً ضد أحد الخصوم فى الدعوى أو انضمامياً لتأييد أحد الخصوم فى الدعوى، فالمتدخل ضده أو المتدخل لصالحه هو أصلاً خصمٌ أصليٌّ فى الدعوى، وبالتالي يمكن التدخل ضده أو لصالحه عن طريق تقديم الطلب شفاهة أثناء الجلسة وفى حضوره، تفترض آلية إدخال الغير فى الدعوى أن هذا الغير لم يكن أصلاً طرفاً فى الدعوى، بالتالى فهو لن يظهر فى جلسات المحكمة قبل تقديم طلب لإدخاله فى الدعوى وقبل قبول المحكمة لهذا الطلب. بناء على ذلك، لا يستقيم القول بإمكانية إيداء طلبات اختصام الغير وإدخالهم فى الدعوى شفاهة أثناء نظرها. ووفقاً لنص المادة (١١٧) من قانون المرافعات تُحدد المحكمة ميعاداً لا يُجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من قام الخصوم بإدخاله فى الدعوى.

بقي نقطة هامة نود الإشارة إليها وهى أن المحكمة الإدارية العليا قد استقرت أحكامها على أنه كقاعدة عامة لا يجوز إدخال الغير فى الخصومة الإدارية التى لم يكن طرفاً فيها وقت انعقادها. بناء على ذلك، تضحى طلبات الإدخال المقدمة من الخصوم فى الخصومة الإدارية غير مقبولة إذا ما تم تقديمها أول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا وفى ذلك، وفقاً لما ارتأته المحكمة، مراعاة لمقتضيات عدم تفويت درجة من درجات التقاضى.<sup>(٢)</sup>

---

(2) وفى ذلك تقول محكمة النقض أن "مؤدى نص المادة ١١٧ من قانون المرافعات أن للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها على أن يكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦ و هو ما يستلزم ضرورة إيداع صحيفة الإدخال قلم كتاب المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى المراد إدخال الخصم فيها ثم قيام قلم المحضرين بإعلانها بعد ذلك، بحيث إذا لم يتم ذلك كان إجراء الإدخال لا يرتب أثراً لمخالفته أوضاع التقاضى الأساسية". انظر حكم محكمة النقض فى الطعن رقم (٩٥٠) لسنة ٥٣ ق. - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨).

(1) انظر قضاء المحكمة الإدارية العليا "لا يجوز أمام المحكمة الإدارية العليا إدخال من لم يكن طرفاً فى الخصومة أمام محكمة القضاء الإدارى ... أساس ذلك عدم تفويت درجة من درجات التقاضى ...". حكمها فى الطعن رقم (٥٨٤) لسنة ٣٥ ق. - جلسة (١٩٩٣/٣/١٤)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣٨، الجزء الأول، صفحة ٧٧٩، القاعدة رقم ٨٣.

## المطلب الثانى

### إدخال الغير بناء على أمر من المحكمة أو هيئة مفوضى الدولة

فى تنظيمه لألية إدخال الغير فى الدعوى، أجاز المشرع بمقتضى المادة (١١٨) من قانون المرافعات إدخال الغير فى الدعوى بناء على أمر تصدره المحكمة المنظورة أمامها الدعوى من تلقاء نفسها. ووفقاً للمادة (١١٨) يتم اختصاص الغير وإدخاله فى الدعوى من قبل المحكمة إذا كان ذلك لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة. فأما بالنسبة لاختصاص المحكمة للغير من تلقاء نفسها لمصلحة العدالة، فمثل هذا الإدخال يتم فى حدود الطلبات الأصلية والإضافية المقدمة من المدعى فى دعواه والطلبات المقابلة المبداه من المدعى عليه فى مواجهة المدعى. بعبارة أكثر وضوحاً، إذا ما ارتأت المحكمة ضرورة لاختصاص الغير وإدخاله فى الدعوى المنظورة أمامها لمصلحة العدالة، فلها أن تفعل ذلك فى حدود الطلبات المبداه فى الدعوى المنظورة أمامها،<sup>(١)</sup> وذلك بالطبع لا يحول لاحقاً دون إمكانية أن يوجه الخصوم طلبات إلى ذلك الغير أو أن يقوم الغير نفسه بتقديم طلبات فى مواجهة الخصوم بعد اختصاصه فى الدعوى.<sup>(٢)</sup>

وتتعدد الصور التى يمكن للمحكمة فيها الأمر باختصاص أحد الأغير لمصلحة العدالة. فعلى سبيل المثال، قد تأمر المحكمة أحد الخصوم باختصاص الغير الذى كان فى البداية طرفاً فى الدعوى ولكن لم يعد كذلك نظراً لسقوط الخصومة فى مواجهته أو لانقضائها إنقضاءً مبسراً بالنسبة له بعد أن حكمت المحكمة ببطلان صحيفة الدعوى. ففى مثل هذه الحالات يجوز للمحكمة الأمر باختصاصه مرة أخرى وتوجيه الإدعاءات له من جديد. وبالمثل يمكن للمحكمة أن تأمر باختصاص من تربطه بالخصوم رابطة تضامنية، كأن توجه المحكمة إلى الجهة الإدارية أمراً باختصاص المتعاقد من الباطن، بالإضافة إلى المتعاقد الأصلى، فى منازعات العقود الإدارية.

(1) انظر أ.د. الأنصارى حسن النيدانى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، برنامج الدراسات القانونية، ص. ١٥٨.

(2) المرجع السابق.

فضلاً عن إمكانية المحكمة اختصام الغير لمصلحة العدالة، تملك المحكمة أيضاً سلطة اختصام شخص من الغير وإدخاله فى الدعوى الإدارية بغية إظهار الحقيقة. فقد يترأى للمحكمة أنه لا سبيل لاستجلاء الحقيقة فى الدعوى المنظورة أمامها سوى بطلب مثول شخص من الغير أمامها. على سبيل المثال، من مظاهر اختصام الغير لإظهار الحقيقة أن تأمر المحكمة باختصام الغير لإلزامه بتقديم ما بحوزته من أوراق ومستندات تعد منتجة فى الدعوى المنظورة أمامها.<sup>(١)</sup> علاوة على ذلك، يجوز للمحكمة المنظورة أمامها الدعوى أن تأمر أحد الخصوم فيها باختصام شخص من الغير إذا ارتأت أن هناك دلائل جديّة على وجود شبهة تواطؤ أو غش من الخصوم الأصليين فى الدعوى للإضرار بهذا الغير.<sup>(٢)</sup>

المتأمل لفحوى آلية اختصام الغير بناء على طلب المحكمة لاستظهار الحقيقة يلحظ وبحق أن الغير الذى تم اختصامه ليس طرفاً أو خصماً فى الدعوى بالمعنى الدقيق ذلك على سند من أنه لا يتحمل بواجبات الخصوم فى الدعوى ولا يتمتع بالحقوق المكفولة لهم.<sup>(٣)</sup> ومن الجدير بالذكر أن اختصام الغير بغرض استظهار الحقيقة جائز لأول مرة أمام محكمة الطعن، باستثناء المحكمة الإدارية العليا، وذلك على سند من أنه، ناهيك عن أن الغير المختصم ليس خصماً بالمعنى الدقيق، فمثل هذا النوع من الاختصام لا يترتب عليه. تفويت درجة من درجات التقاضى.<sup>(٤)</sup>

تبقى نقطة هامة نود الإشارة إليها وهى أنه، على النحو المستقر عليه فى المرافعات المدنية والتجارية، تجرى الحال فى المرافعات الإدارية على أن اختصام الغير بناء على طلب المحكمة، سواء كان هذا الاختصام لمصلحة العدالة أو لاستظهار الحقيقة، هو رخصة جوازية للمحكمة المنظورة أمامها الدعوى، فهى تتمتع فى ذلك بسلطة تقديرية مطلقة. بناء على ذلك، لا يمكن لأحد الخصوم الأصليين فى

---

(1) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٣٠.  
أ.د. الأنصارى حسن النيدانى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، برنامج الدراسات القانونية، ص. ١٥٨.

(2) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٣٠.  
(3) انظر أ.د. الأنصارى حسن النيدانى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، برنامج الدراسات القانونية، ص. ١٥٨.

(1) المرجع السابق.

الدعوى النعى عليها بعدم توجيه أمر باختصاص شخص من الغير فى الدعوى، خاصة وأنه كان يمكنه القيام بذلك وفقاً للمادة (١١٧) من قانون المرافعات.<sup>(١)</sup>

أما عن إجراءات اختصاص الغير لمصلحة العدالة أو لاستظهار الحقيقة بناء على طلب المحكمة فهى نفس الإجراءات المتبعة لرفع الدعوى وفقاً لنص المادة (١١٨) من قانون المرافعات. فيكون الخصم فى الدعوى ملتزماً، بناء على أمر المحكمة باختصاص الغير، بإيداع عريضة الاختصاص قلم كتاب المحكمة، بحيث يتم إعلان هذا الغير بالإجراءات المتبعة فى شأن الإعلانات القضائية. وتُحدد المحكمة ميعاداً لا يُجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من الغير الذى تم اختصاصه فى الدعوى أمامها.

أخيراً، يمكن إدخال الغير بناء على أمر من هيئة مفوضى الدولة وذلك وفقاً للمادة (٢٧) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، حيث تملك هيئة مفوضى الدولة سلطة الأمر باختصاص أحد الأعيان وإدخاله فى الدعوى وذلك بصدد القيام بدورها فى تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة.<sup>(٢)</sup> يُستفاد من ذلك أن المشرع قد ارتأى أنه قد يكون هناك ضرورة تحتم على هيئة المفوضين توجيه أمر لأحد الأعيان لإدخاله فى الدعوى واختصاصه فيها بغية معاونتها على تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة. بعبارة أكثر وضوحاً، قد تقدر هيئة المفوضين أن اختصاص شخص من الغير قد يكون معاوناً لها فى إيداع رأيها القانونى فى الدعوى المحالة إليها.<sup>(٣)</sup> ويتم اختصاص الغير بناء على أمر هيئة المفوضين بنفس الإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، بحيث يتم ذلك عن طريق عريضة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة ويتم إعلان الغير بها وفقاً للأصول المتبعة فى شأن الإعلانات القضائية.

---

(2) انظر فى ذلك قضاء محكمة النقض أن "إدخال المحكمة للخصوم فى الدعوى طبقاً للمادة ١١٨ مرافعات مجرد رخصة تقديرية مخولة لها لا يقبل من أحد الخصوم النعى عليها عدم استعمالها ما دام كان يمكنه هذا الإدخال طبقاً للمادة ١١٧ مرافعات إن كان له وجه". حكمها فى الطعن رقم (٨٨١) لسنة ٤٥ ق. - جلسة (١٩٨١/٣/١٩).

(1) نصت المادة (٢٧) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن "تتولى هيئة مفوضى الدولة تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة ولمفوض الدولة فى سبيل تهيئة الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازماً من بيانات و أوراق وأن يأمر ذوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التى يرى لزوم تحقيقها أو بدخول شخص ثالث فى الدعوى أو بتكليف ذوى الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق فى الأجل الذى يحدده لذلك".

(1) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٣١.

## الفصل الثانى

### الغير بعد انتهاء الخصومة الإدارية الأصلية

#### (طعن الغير فى الأحكام الإدارية)

#### تمهيد

يقصد بالحكم القضائى عموماً هو القرار الصادر عن محكمة مُشكَّلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة قضائية رُفعت إليها وفق القواعد المقررة في قانون المرافعات وذلك أثناء سير تلك الخصومة أو بعد انتهائها، وسواء صدر في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية.<sup>(١)</sup> بناء على ذلك، يكون الحكم القضائى هو ذلك القرار الصادر، وفقاً للشكل الذى عينه القانون، من المحكمة المختصة سواء فصل في مسألة موضوعية أو إجرائية، وسواء كان هذا الحكم حكماً قطعياً أو غير قطعي وسواء حاز حجية الأمر المقضي أو لم يحز وسواء كان منهياً للخصومة أو غير منهى لها.<sup>(٢)</sup> فالحكم القضائى على النحو السابق يُعبر عن الحقيقة القانونية فى الخصومة.

وليس ثمة خلاف فى الفقه أو القضاء أن كل خصومة إدارية يتم انعقادها أمام القضاء الإدارى، مستوفية لشروطها الشكلية والموضوعية، تنتهى بصدر حكم قضائى فى موضوعها. فذلك الحكم يُعتبر الختام الطبيعى للخصومة الإدارية، ولا يقدح فى ذلك إمكانية انقضاء الخصومة انقضاءً مبتسراً بغير حكم فى موضوعها وذلك فى أحوال سقوطها أو انقضائها بمضى المدة (التقادم) أو بتركها.<sup>(٣)</sup> لما كان هذا، فالحكم القضائى لا يُقصد به مجرد تأكيد حق المحكوم لصالحه، بل يتعدى مبتغاه ذلك ليشمل أيضاً إعمال مقتضياته بتنفيذ ما تم القضاء به.<sup>(٤)</sup>

(1) انظر أ.د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، الطبعة الأولى، دار الفكر العربى: القاهرة، (١٩٨٧)، ص. ٥٨٠.

(1) انظر أ.د. الأنصارى حسن النيدانى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، برنامج الدراسات القانونية، ص. ٢١٣.

(2) انظر فى ذلك على سبيل المثال، حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٣١١٠) لسنة ٣١ ق. - جلسة (١٩٨٩/١٢/٥)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣٥، الجزء الأول، صفحة ٣٩٦، القاعدة رقم ٢٨؛ وكذلك حكمها فى الطعن رقم (٣٠٢٠) لسنة ٣٩ ق. - جلسة (١٩٩٩/٣/٦)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٤٤، الجزء الأول، صفحة ٤٦٣، القاعدة رقم ٤٣.

(3) أ.د. محمد باهى أبو يونس، انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم فى المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠٠٧)، ص. ٧.

ومن حيث أن الحجية التي يحوزها الحكم القضائي، سواء كان صادراً فى خصومة عادية أو خصومة إدارية، إنما هى محض افتراض بأن الحكم قد صدر صحيحاً من حيث الشكل وبالحق فى الموضوع، فهذا الافتراض هو الذى يجعل احتمال الخطأ فى الحكم أمراً متصوراً. وفى سنن التقاضى، سواء كان الحكم قد شابه خطأ فى الواقع أو القانون، سيان الأمر، فبالتبعية تتولد مصلحة فى إزالته.<sup>(١)</sup> تأسيساً على ذلك، يُعد الطعن فى الحكم هو السبيل القانونى لتحقيق المصلحة فى إزالة الخطأ الذى قد يكون اعترى الحكم من وجهة نظر الطاعن. يُستفاد من ذلك أن الطعن هو وسيلة قانونية لمراجعة الحكم القضائى الصادر فى الخصومة يستهدف الطاعن، ذو المصلحة التى يُحددها القانون، من خلاله إزالة الخطأ الذى شاب الحكم حال ثبوته.<sup>(٢)</sup>

ودون ثمة جدال، يجد المفهوم السابق للطعن القضائى صداه فى سنن المرافعات الإدارية. فالأحكام الإدارية يمكن بطبيعة الحال الطعن عليها لتصحيح ما اعترأها من خطأ فى الواقع أو القانون. فكل من كان طرفاً فى الخصومة الإدارية يمكنه الطعن على الحكم الصادر فيها أمام محكمة أعلى درجة من تلك التى أصدرته طالباً إلغاء الحكم أو تعديله بما يضمن تحقيق مصلحته فى تصحيح الخطئ الذى شاب الحكم ورفع الضرر الواقع عليه،<sup>(٣)</sup> وذلك بالإجراءات التى حددها القانون. وإن كان من عاديات الأمور فى مألوف المرافعات المدنية والتجارية وكذلك فى الإجراءات الجنائية، فإن الحال تجرى على غيره فى المرافعات الإدارية، إذ تقوم المحكمة المختصة بنظر الطعن الموجه للحكم الإدارى بفحص الخصومة التى صدر فيها الطعن من جديد بجميع أوجهها الإجرائية وموضوعية، وذلك إعمالاً للأثر الناقل

(١) انظر فى ذلك، د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٣١. ويجدر القول أن آلية الطعن على الأحكام القضائية هى الوسيلة الوحيدة التى من خلالها تتمكن المحاكم الأعلى درجة (محاكم الطعن) من الاتصال بالخصومة، العادية والإدارية على السواء، وذلك من أجل أعمال مقتضيات وظيفتها فى التأكد من صحة تطبيق القانون من قِبل محكمة الموضوع التى أصدرت الحكم المطعون عليه. انظر د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ١.

للطعن.<sup>(١)</sup> فضلاً عن ذلك، وجرياً على الأصل المستقر عليه في المرافعات المدنية والتجارية والإجراءات الجنائية، فالطعن في الأحكام الإدارية لا يحول دون تنفيذ تلك الأحكام. ففي سنن المرافعات الإدارية، فالطعن الموجه إلى الحكم الإداري لا يوقف تنفيذ هذا الأخير إلا إذا أمر بهذا الوقف من جانب المحكمة.<sup>(٢)</sup> وفي ذلك تنص المادة (٥٠) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه "لا يترتب على الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا أمرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك. كما لا يترتب على الطعن أمام محكمة القضاء الإداري في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية وقف تنفيذها إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك." كذلك نصت المادة (٥١) من نفس القانون على أنه "يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون الإجراءات الجنائية . . . ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك . . ."

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٣١.  
من جدير بالإشارة في هذا المقام أن المحكمة الإدارية العليا، مثلها في ذلك مثل محكمة النقض في القضاء العادي، هي محكمة قانون، بمعنى إنها تراقب التطبيق الصحيح للقانون من جانب المحاكم الأدنى دون معاودة النظر في بحث الوقائع التي قدرتها وفصلت فيها محاكم الموضوع الأدنى منها. تأسيساً على ذلك، يمكن القول بأن حالات الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا تماثل حالات الطعن أمام محكمة النقض— أي الطعن لمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله. بيد أن المحكمة الإدارية العليا منذ إنشائها في عام (١٩٥٥) عمدت إلى إبراز أوجه الاختلاف بين نظام الطعن أمامها وبين نظام الطعن بالنقض، =

= وهو اختلاف مرده أساساً إلى اختلاف طبيعة روابط القانون العام عن روابط الخاص بين الأفراد. واستنتجت المحكمة الإدارية العليا من ذلك أن سلطتها عند الفصل في الطعون المرفوعة إليها لا تقتصر فقط على مسائل القانون وحدها دون بحث الواقع أو موضوع النزاع، بل على العكس الطعن أمامها يعيد بحث المنازعة برمتها أي من حيث القانون وأيضاً من حيث الواقع وذلك إذا كان بحث وقائع النزاع وفهماها على الوجه الصحيح لازماً للتطبيق السليم للقانون.

(1) أ.د. محمد باهي أبو يونس، انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم في المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ٩٩ د. خميس إسماعيل، دعوى الإلغاء، الطبعة الأولى، دون ذكر لدار النشر: القاهرة (١٩٩٣)، ص. ٣٢٩-٣٣٠.

## المبحث الأول

### ماهية طعن الغير فى الأحكام الإدارية

يُعد طعن الغير أو طعن الخارج عن الخصومة من المواضيع التى تتعلق بالجوانب الإجرائية فى الخصومة القضائية، ويكتسب أهمية خاصة لكونه ضرورياً لحماية الحقوق والمراكز القانونية المستقرة للأفراد لاسيما فى مواجهة الإدارة، كما هو الشأن فى معهود القضاء الإدارى. فإذا كان الحكم الإدارى، على النحو السابق تفصيله، أحياناً ما يتعدى أثره أطراف الخصومة الأصليين ليضحي حجة على غيرهم، كما هو الحال فى شأن الغير المتدخل هجوماً أو انضمامياً فى الخصومة أو المُدخل فيها، فإن القول بعدم تخويل هذا الغير للطعن على الحكم الذى أصبح حجة عليه يُعد بلا شك أمراً منافياً لأبسط قواعد العدل والإنصاف والمنطق القانونى السليم.

## المطلب الأول

### طعن الغير فى بعض الأنظمة القانونية المقارنة وفى القانون المصرى

وإذا كان الغير، كما سبق القول، هو كل من كان خارجاً عن الخصوم الأصليين فى الخصومة ولم يكن ممثلاً فى تلك الأخيرة لا أصالة ولا وكالة،<sup>(1)</sup> فكثيراً ما حاولت العديد من الأنظمة القانونية وضع تحديد منضبطٍ لماهية طعن هذا الغير. فعلى سبيل المثال يمكن ملاحظة أن طعن الغير "Third party" appeal قد تم ذكره فى عدة مواطن متفرقة فى التشريعات الأمريكية. الأمر نفسه نجده فى قانون العدالة الإدارية الفرنسى، حيث عمد المشرع الفرنسى فيه إلى وضع مفهوم معينٍ لطعن الغير "Tierce opposition" وتحديد ماهيته القانونية. وبالمثل حاول المشرع والفقهاء القانونى فى مصر بيان مفهوم وماهية طعن الغير وتحديد نظامه القانونى.

(1) انظر د. محمود صالح العادلي، فكرة الغير فى قانون الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي: الإسكندرية (٢٠٠٤)، ص. ١٩.



## أولاً: موقف القانون الأمريكي من طعن الغير

يستمد تدخل الغير فى الخصومة الإدارية فى القانون الأمريكى شرعيته من العبارة اللاتينية القائلة بأن "يخطئ القاضى إذا ما أصدر حكمه متجاهلاً سماع أحد الأطراف على سند من أنه لم يحقق العدالة الكاملة، حتى وإن كان حكمه قد صادف صحيح القانون." *Qui aliquid statuerit parte inaudita altera, aequum licet dixerit, haud aequum fecerit*.<sup>(١)</sup> تأسيساً على ذلك، يبرز تدخل الغير فى فقه القانون الإدارى الأمريكى على أساس كونه الآلية القانونية التى يستخدمها شخص ثالث يسعى إلى أن يصبح طرفاً فى خصومة قضائية.<sup>(٢)</sup> كما عرف القضاء الفيدرالى الأمريكى تدخل الغير على أساس كونه الوسيلة القانونية التى بمقتضاها يتمكن من لم يكن ممثلاً براءة فى الإجراء أو الخصومة أن يصبح طرفاً فى الإجراء أو الخصومة بعد التصريح له بذلك.<sup>(٣)</sup>

تسمح قواعد المرافعات المدنية الفيدرالية للغير (الطرف الثالث) بالتدخل فى جميع الدعاوى المدنية على أن تظل مسألة السماح بهذا التدخل من عدمه خاضعة، فى معظم الحالات، إلى تقدير المحكمة.<sup>(٤)</sup> غير أنه وجب التنويه على أنه وفقاً لقواعد المرافعات المدنية الفيدرالية هناك بعض الحالات التى فيها يطلب الغير التدخل كحق مكتسب له بحيث لا تملك المحكمة رفض تدخله، وذلك عندما يمنح قانوناً فيدرالياً لشخص من الغير حقاً غير مشروط للتدخل، أو عندما يدعى أحد الأغيار بمصلحة له

(1) انظر باللغة الإنجليزية قاموس بلاك القانونى

Black's Law Dictionary 483 (2nd Edition).

(2) انظر باللغة الإنجليزية

Michael P. Seng, *Intervention by Third Parties in Federal Administrative Proceedings*, 42 NOTRE DAME L. REV. 71, 71 (1967).

(3) انظر باللغة الإنجليزية قاموس بلاك القانونى

Black's Law Dictionary 483 (2nd Edition).

(4) نصت القاعدة رقم ٢٤(ب) من قواعد المرافعات المدنية الفيدرالية على أن المحكمة تملك السلطة للسماح لأى شخص من الغير بالتدخل فى الخصومة بناء على دفع مبدئى منه فى الوقت المناسب فى حالة ما إذا ما تم منحه حقاً مشروطاً بالتدخل بموجب قانون فيدرالى أو إذا ما قدرت المحكمة أن له إدعاء معين أو دفاع وثيق الصلة بالخصومة الأصلية المطروحة أمام المحكمة. كما يجوز كذلك للمحكمة أن تسمح بتدخل موظف حكومى أو جهة إدارية. وفى كل الأحوال، تستقل المحكمة بتقدير مدى جدية طلب التدخل وما إذا كان الغرض منه مجرد التعطيل والتسويق.

تتعلق بموضوع الدعوى المنظورة أمام المحكمة بحيث يترتب على المضى قدماً فى الدعوى دون تمثيله فيها ضرراً محققاً للمصلحة المدعاة.<sup>(١)</sup>

أما فيما يتعلق بتدخل الغير فى الخصومة الإدارية لا سيما أمام الجهات الإدارية فيبدو الأمر معقداً عما هو عليه إذا ما طُلب التدخل أمام محكمة قضائية فى دعوى مدنية.<sup>(٢)</sup> وقد يعزو ذلك بطبيعة الحال إلى أن المنازعات الإدارية تؤثر فى العديد من المصالح وتتعلق بمجموعات من الأشخاص والكيانات المتنوعة وذلك على خلاف المنازعات المدنية.<sup>(٣)</sup> بناء على ذلك، فإن مصلحة الغير الذى قد يتأثر بشكل جوهري من الإجراءات المتخذة فى الخصومة الإدارية سواء أمام المحاكم أو الجهات الإدارية فى التدخل فى تلك الخصومة يجب أن يتم الموازنة بينها وبين المصلحة المرجوة من اتخاذ الإجراءات اللازمة فى الخصومة الإدارية والفصل فيها بسرعة وإنجاز.<sup>(٤)</sup>

تأسيساً على ذلك، تبرز أهمية التساؤل حول من هو الغير الذى له الحق فى التدخل. قد يبدو الأمر يسيراً إذا ما تعلق بتدخل الغير فى خصومة مدنية على سند من أن قواعد المرافعات المدنية الفيدرالية، كما سبق الذكر، قد خولت للأعيان التدخل سواء بناء على حق مكتسب أو بناء على طلب يخضع لتقدير المحكمة. على النقيض من ذلك، تتسم آلية تدخل الغير فى الخصومة الإدارية بالصعوبة لا سيما إذا ما كان هذا التدخل أمام جهة إدارية اختصها القانون بالفصل فى المنازعة الإدارية.

نص البند السادس الفقرة (أ) من قانون الإجراءات الإدارية الفيدرالى على أنه "وفقاً للسلوك المنظم لقطاع الأعمال العامة يُسمح لأى شخص صاحب مصلحة

---

(1) انظر القاعدة رقم ٢٤ (أ) من قواعد المرافعات المدنية الفيدرالية.

(2) انظر المرجع السابق

Michael P. Seng, Intervention by Third Parties, p. 71.

(3) المرجع السابق.

(1) انظر فى هذا المعنى، حكم المحكمة الأمريكية العليا فى قضية

*National Broadcasting Co. v. FCC*, 319 U.S. 239 (1943).

بالممثل أمام أى جهة إدارية أو موظفيها المسؤولين لعرض أو تعديل أو تحديد أية مسألة أو لطلب إجراء معين أو معارضته...<sup>(1)</sup>

فى معرض تفسيره لنص البند السادس فقرة (أ) من قانون الإجراءات الإدارية الفيدرالى، ذهب فقه القانون الإدارى الأمريكى إلى أن مصطلح "السلوك المنظم" يعنى عملية اتباع الإجراءات القانونية السليمة على النحو الذى يكفل الحقوق الدستورية التى نص عليها الدستور الفيدرالى الأمريكى "due process".<sup>(2)</sup> يُستفاد من ذلك أن اتباع الإجراءات القانونية السليمة التى من شأنها كفالة الحقوق الدستورية تقتضى تمكين الغير من المشاركة فى الخصومة الإدارية كأحد أطرافها إذا ما ثبت أن الحكم النهائى فيها من شأنه التأثير على مصالحه.

تبنى المشرع الفيدرالى الأمريكى تلك الوجة فى أغلب القوانين الصادرة عنه حيث يُتيح لكل شخص التدخل فى الخصومة الإدارية سواء أمام المحاكم القضائية أو الجهات الإدارية إذا كان من شأن الإجراءات المتخذة فى الخصومة أو الحكم الصادر فيها التأثير سلباً على مصالحه.<sup>(3)</sup> غير أن القضاء الفيدرالى الأمريكى وعلى رأسه المحكمة العليا قد عمد إلى التوسعة من نطاق الأغيار الذين لهم الحق فى

---

= (2) قانون الإجراءات الإدارية الفيدرالى  
= Federal Administrative Procedure Act, 60 Stat. 237, 240 (1946). 5 U.S.C. § 555(b).

"So far as the orderly conduct of public business permits, any interested person may appear before any agency or its responsible officers or employees for the presentation, adjustment, or determination of any issue, request, or controversy in any proceeding (interlocutory, summary, or otherwise) or in connection with any agency function."

(1) انظر المرجع السابق

Michael P. Seng, Intervention by Third Parties, p. 78.

(1) راجع على سبيل المثال، قانون هيئة التجارة الفيدرالية

Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 719 (1914), 15 U.S.C. § 45(b) (1964).

قانون الطاقة الذرية

Atomic Energy Act, 76 Stat. 409 (1962), 42 U.S.C. § 2239(a) (1964).

قانون التواصل

Communications Act, 74 Stat. 889 (1960), 47 U.S.C. § 309(e) (1964).

قانون الملاحة الفيدرالى

Federal Aviation Act, 72 Stat. 796 (1958), 49 U.S.C. § 1489 (1964).

التدخل في الخصومة الإدارية فسمح لكل من له الحق في طلب مراجعة القرار الصادر عن الجهة الإدارية أو الحكم الصادر عن المحكمة قضائياً بالتدخل في الخصومة الإدارية.<sup>(١)</sup> يُفهم من ذلك أن مفهوم مصلحة الغير في الخصومة الإدارية يختلف بالنسبة للقضاء الفيدرالي الأمريكي عنه بالنسبة للمشرع الفيدرالي، فالمصلحة في عُرف القضاء الفيدرالي تمتد لتشمل كل شخص ثبت له الحق في طلب اخضاع القرار أو الحكم الإداري للرقابة القضائية حتى وإن لم يكن ممثلاً في الخصومة الإدارية، ولا يقدح في ذلك إيداع الأطراف الأصلية في الخصومة بأن تدخل الغير من شأنه الإضرار بمصالحهم أو بمراكزهم القانونية.<sup>(٢)</sup>

من الجدير بالذكر في هذا المقام أن أغلب حالات التدخل من قبل الغير تكون بمناسبة حماية مصلحة اقتصادية. فقد استقر القضاء الفيدرالي على أن المنافسين غير الممثلين في الخصومة الإدارية أو الإجراءات السابقة عليها لا سيما ما يتعلق بمنح تراخيص إقامة مشروعات معينة أو الانتفاع بمال معين لديهم صفة ومصلحة في التدخل فيها لحماية مصالحهم الاقتصادية.<sup>(٣)</sup> يدعم هذه الفكرة قضية الإتحاد الوطني للفحم ضد هيئة الطاقة الفيدرالية، حيث تلخصت وقائع القضية في أن هيئة الطاقة الفيدرالية كانت قد منحت شركة تينيسى للغاز الطبيعي ترخيصاً لإنشاء وإدارة خط للغاز الطبيعي وذلك لخدمة منطقة التصنيع الخاصة بهيئة الطاقة الذرية في ولاية تينيسى.<sup>(٤)</sup> وقد قبلت هيئة الطاقة الفيدرالية (مانحة الترخيص) طلب تدخل كل من الإتحاد الوطني للفحم وإتحاد عمال مناجم أمريكا باعتبارهم منافسين لشركة تينيسى

---

(2) انظر على سبيل المثال الأحكام الصادر في القضايا

*American Communications Ass'n v. US*, 298 F.2d 648 (2d Cir. 1962);  
*National Coal Ass'n v. FPC*, 191 F.2d 462 (D.C. Cir. 1951); *Seaboard & W. Airlines v. CAB*, 181 F.2d 515 (D.C. Cir. 1949).

(1) انظر على سبيل المثال حكم محكمة الاستئناف الفيدرالية (دائرة مقاطعة كولومبيا) في قضية  
*Foster v. Seaton*, 271 F.2d 836 (D.C. Cir. 1959).

(2) على سبيل المثال، قضت المحكمة العليا الأمريكية أن أحد المنافسين له صفة ومصلحة في التدخل في الخصومة الإدارية المنعقدة بمناسبة منح هيئة الاتصالات الفيدرالية ترخيصاً لأحد محطات الإرسال المنافسة.

*FCC v. Sanders Bros. Radio Station*, 309 U.S. 470 (1940).

(3) انظر حكم محكمة الاستئناف الفيدرالية (دائرة مقاطعة كولومبيا) في قضية  
*National Coal Ass'n v. FPC*, 191 F.2d 462 (D.C. Cir. 1951).

للغار الطبيعي ممن تضررت مصالحهم الاقتصادية بمنح الترخيص لهذه الأخيرة.<sup>(١)</sup> وقد أيدت المحكمة الأمريكية الفيدرالية قرار هيئة الطاقة الفيدرالية بقبول طلبات التدخل مبررة ذلك بأن "مصلحة موظفي الاتحاد الوطني للفحم وعمال المناجم الأمريكية لا تقل أهمية عن مصلحة هؤلاء الذين يمكن اعتبارهم منافسين اقتصاديين لشركة تينيسى للغار الطبيعي. فإذا كان الموظفون والعمال في الأصل من الأغيار بالنسبة للمنازعة الإدارية المنظورة إلا أنهم لديهم مصلحة اقتصادية جوهرية في التدخل في تلك المنازعة تتمثل في خوفهم من فقدان عملهم نتيجة منح الترخيص."<sup>(٢)</sup> أما فيما يتعلق بموقف القانون الأمريكي بالنسبة لطعن الغير، فبخلاف إمكانية أن يطعن الغير صاحب المصلحة الاقتصادية أو غيرها في قرار الجهة الإدارية أو في حكم المحكمة برفض طعنه، فيمكن القول بأن مفهوم طعن الغير وماهيته يرتبطان بشكل كبير بتشريعات براءات الاختراع والعلامات التجارية. فوفقاً لسنن التقاضي

(1) انظر الحكم السابق.

(2) انظر الحكم السابق.

تجدر الإشارة إلى أن تفضي الخسارة الاقتصادية، وإن كانت هي المصلحة الغالبة، ليست هي وحدها المصلحة المعتبرة في قبيل تدخل الغير في الخصومة الإدارية. فقضاء المحكمة العليا الأمريكية مستقر على قبول طلبات تدخل الأغيار حتى وإن كان مبناهما حماية مصالح غير اقتصادية. على سبيل المثال، ألغت المحكمة قرار الهيئة الفيدرالية للاتصالات برفض طلب تدخل إدارة محطة دينفر الإذاعية لسماعها في معرض منح إدارة محطة بوسطن الإذاعية ترخيصاً بزيادة مدى إرسال البث لديها. وقد بررت المحكمة ذلك بأنه على الرغم من عدم ثبوت تضرر إدارة محطة دينفر إقتصادياً من قرار الهيئة، إلا أن هذا الأخير من شأنه التشويش كهربائياً على الإرسال الإذاعي لمحطة دينفر، وهو الأمر، على حد وصف المحكمة، الذي يكفي بمفرده لجعل محطة دينفر صاحبة صفة ومصلحة في التدخل.

*FCC v. NBC (KOA)*, 319 U.S. 239 (1943).

= مثال آخر نجده في قضاء محكمة الاستئناف الفيدرالية (دائرة مقاطعة كولومبيا) فيما يتعلق بقبول طلبات تدخل الأغيار أصحاب المصالح الخاصة الغير إقتصادية. ففي إحدى الدعاوى المنظورة أمام المحكمة، قضت هذه الأخيرة بإلغاء قرار هيئة الاتصالات الفيدرالية بشأن رفض طلب تدخل مجموعة من الأشخاص الذين اعترضوا على تجديد الهيئة الترخيص لأحد المحطات الإذاعية في مدينة جامسون بولاية ميسيسيبي على سند من إنها بثها ينطوي على تمييز عنصري على أساس الدين والعرق. وقد ذكرت المحكمة في معرض قضاءها أنه "طالما أن شرط الصفة والمصلحة هو شرط عملي صُمم من أجل ضمان تمثيل هؤلاء ممن لهم مصلحة حقيقية ومشروعة في إجراءات التقاضي، فالمحكمة لا ترى أي سبب يبرر منع حفنة من المستمعين من التدخل للاعتراض على تجديد ترخيص محطة إذاعية. فذلك من شأنه ضمان أن من يحمل ترخيص بث إرسال إذاعي سوف يكون أكثر حرصاً على تلبية متطلبات المستمعين." انظر حكم محكمة الاستئناف الفيدرالية (دائرة مقاطعة كولومبيا) في قضية

*Communication of United Church of Christ v. FCC*, 359 F.2d 994

(D.C. Cir. 1966).

الأمريكي، وفيما يُعرف بدعوى المعارضة، يمكن للأغيار الطعن فى مشروعية الطلب المقدم للحصول على براءة اختراع أو علامة تجارية (معارضة ما قبل المنح) أو فى مشروعية القرار الصادر بمنح براءة الاختراع أو العلامة التجارية (معارضة ما بعد المنح).<sup>(1)</sup>

علاوة على ذلك، نص قانون الإجراءات الإدارية الفيدرالى على إمكانية أن يطعن الغير فى الإجراءات المتخذة من قبل أحد الجهات الإدارية أو خصمها فى الدعوى القضائية إذا كان من شأن تلك الإجراءات أن تؤثر على حقوقه. وقد ضرب المشرع الأمريكى عدداً من الأمثلة للدلالة على كيفية تأثير الإجراءات المتخذة على حقوق الغير، مثل الطعن المقدم من أحد المستلمين لجزء من الدفعات المالية من الجهة الإدارية التى فى الأصل تتقاسمها أطراف متعددة، أو الطعن المقدم من أحد المستأجرين للعقار المملوك للدولة. وفى الحالة الأولى يكون الأشخاص الآخريين المتقاسمين للدفعات المالية من الأغيار بالنسبة إلى الطعن المقدم من أحدهما ضد الجهة الإدارية، إلا أن مثل هذا الطعن قد يؤثر بشكل أو بآخر على حقوقهم ومراكزهم القانونية. وبالمثل، فى الحالة الثانية، يُعتبر المستأجرين الآخريين من الغير بالنسبة للطعن المقدم من أحدهما والذى من شأنه أن يؤثر فى حقوقهم ومراكزهم القانونية.<sup>(2)</sup> وقد نص قانون الإجراءات الفيدرالية أيضاً على أن الغير يمكنه أن

---

(1) ينص القانون الفيدرالى رقم ٣٥ فى الفقرة رقم ٣٢١ على أنه "وفقاً لأحكام هذا الفصل، يجوز للشخص الذى ليس مالك البراءة أن يقدم إلى المكتب (مكتب الولايات المتحدة لبراءات الاختراع والعلامات التجارية) التماساً لمراجعة مشروعية قرار منح البراءة (معارضة ما بعد المنح). ويحدد رئيس المكتب، بموجب اللوائح، الرسوم التى يدفعها الشخص الذى يطلب المراجعة، بالمبالغ التى يقرر إنها معقولة، مع مراعاة التكاليف الإجمالية للمراجعة بعد منح البراءة."

"Subject to the provisions of this chapter, a person who is not the owner of a patent may file with the Office a petition to institute a post-grant review of the patent. The Director shall establish, by regulation, fees to be paid by the person requesting the review, in such amounts as the Director determines to be reasonable, considering the aggregate costs of the post-grant review."

(1) نص قانون الإجراءات الفيدرالية رقم ٧ فى الفقرة رقم ١١(١٥) على أنه "يجوز للأطراف الأخرى غير الطاعن أو الإدارة أن تكون مهتمة بالمشاركة فى الإجراءات المتخذة من قبل الجهة الإدارية. وفى الحالة الأولى، قد تؤدي الإجراءات المتخذة فى الواقع إلى التأثير فى حقوق طرف ثالث."

يطلب أن يتلقى إخطاراً بإجراءات الطعن والمشاركة فيه إن أراد وذلك إذا تأكد أن الحكم الصادر في الطعن من شأنه أن يؤثر عليه.<sup>(١)</sup>

ومن الجدير بالذكر أن قانون الإجراءات الفيدرالية، فضلاً عن أنه أجاز للغير الطعن في الإجراءات والقرارات التي من شأنها أن تؤثر في حقوقه ومركزه القانوني، أحياناً ما يفرض التزاماً على الإدارة بإخطار أى شخص من الغير من المحتمل أن تتأثر حقوقه بأحد الطعون المقدمة للمشاركة فيه كمستأنف. ووفقاً للقانون، يمكن تحديد هذا الغير من قبل الإدارة نفسها أو أحد الأقسام داخلها أو حتى من قبل المستأنف الأصلي.<sup>(٢)</sup>

ما نود الإشارة إليه أخيراً أنه إذا كان من الناحية الإجرائية يجوز للغير الطعن في القرارات والأحكام الإدارية على النحو السابق، إلا أن المتأمل للتشريعات الأمريكية ذات الصلة يلحظ أن المشرع الفيدرالى الأمريكى قد أولى اهتماماً خاصاً بمسألة تدخل الغير في الإجراءات الإدارية أمام الجهات الإدارية المختلفة أكثر من تدخله بالطعن أمام الجهات القضائية. فعلى سبيل المثال، أحجم المشرع الأمريكى في قانون الإجراءات الإدارية الفيدرالى عن ذكر إمكانية طعن الغير على الأحكام الإدارية صراحة، إلا أنه كان حريصاً للتأكيد على أن للغير الحق في التدخل في

---

"Parties other than the appellant or the agency may be interested in participating in Division proceedings. In the first situation, a Division proceeding may in fact result in the adjudication of the rights of a third party." (2) " قد يرغب أحد الأطراف في تلقي إخطار بالاستئناف وربما المشاركة فيه بسبب تأثير المشتق من القرار الصادر في الطعن على ذلك الطرف." قانون الإجراءات الفيدرالية رقم ٧ في الفقرة رقم ١١(٥).

"A party may desire to receive notice of and perhaps participate in an appeal because of the derivative impact the appeal determination will have on that party."

(1) "عند تقديم الطعن، تقوم الإدارة بإخطار أي طرف ثالث محتمل قد تتأثر حقوقه للمشاركة كمستأنف في الطعن . . . ويمكن تحديد هذا الغير من قبل الإدارة نفسها أو أحد الأقسام داخلها أو حتى من قبل المستأنف الأصلي." قانون الإجراءات الفيدرالية رقم ٧ في الفقرة رقم ١١(٥) (أ).

"When an appeal is filed, the Division shall notify any potential third party whose rights may be adjudicated of its right to participate as an appellant in the appeal . . . Such third parties may be identified by the Division itself, by an agency, or by the original appellant."

الاعتراض على الإجراء المتخذ أو للمطالبة بتعديله أو حتى لمجرد عرض وجهة نظره وشرح مركزه القانوني بشأنه.<sup>(١)</sup>

والحقيقة أن فقه القانون الإداري الأمريكي قد سابر موقف المشرع على سند من أن تدخل الغير أمام الهيئات والجهات الإدارية الفيدرالية غالباً ما يكون أكثر تعقيداً من التدخل أمام المحاكم القضائية، وذلك، من الناحية العملية، لأن القرارات التي تتخذها الهيئات والجهات الإدارية والتفديرات التي تتبناها قد تؤثر على العديد من الأشخاص والمصالح المختلفة،<sup>(٢)</sup> على النحو السابق ذكره. غير أن المتأمل لسلوك الجهات الإدارية الأمريكية يلحظ وبحق أن تلك الجهات بدأت تعتمد إلى إجراء موازنة بين مصلحة الغير في التدخل وبين مصلحتها هي في إنجاز الإجراءات الإدارية أو الفصل في المنازعة المطروحة أمامها.<sup>(٣)</sup>

### ثانياً: موقف القانون الفرنسي من طعن الغير

في فرنسا، وضع المشرع الفرنسي تصوراً لمفهوم وماهية طعن الغير عندما أجاز في قانون العدالة الإدارية المعدل حديثاً بمقتضى المرسوم رقم (٢٠١٦/١٤٨٠) و (٢٠١٦/١٤٨١) الصادرين في (٢ نوفمبر ٢٠١٦)<sup>(٤)</sup> لكل

(1) تنص الفقرة ٦(أ) من قانون الإجراءات الإدارية الفيدرالي على أنه "يجوز لأي شخص معني أن يتدخل أمام أي إدارة أو مسؤوليها أو موظفيها المسؤولين من أجل عرض أو تعديل أو تحديد أي مسألة أو طلب أو خلاف في أي إجراء (تمهيدي أو موجز أو خلاف ذلك) أو فيما يتعلق بأي وظيفة تؤديها الإدارة."

"So far as the orderly conduct of public business permits, any interested person may appear before any agency or its responsible officers or employees for the presentation, adjustment, or determination of any issue, request, or controversy in any proceeding (interlocutory, summary, or otherwise) or in connection with any agency function."

(2) انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Kenneth Culp Davis, *Standing to Challenge and to Enforce Administrative Action*, 49 COLUM. L. REV. 759 (1949).

= Paul Oberst, *Parties to Administrative Proceedings*, 40 MICH. L. REV. 378 (1942).

(1) انظر المرجع السابق

Michael P. Seng, *Intervention by Third Parties*, p. 78.

(2) عُرف التعديل الأول لقانون العدالة الإدارية الصادر بمقتضى المرسوم رقم (٢٠١٦/١٤٨٠) "بعدالة الغد الإدارية". أما التعديل الثاني الصادر بمقتضى المرسوم رقم (٢٠١٦/١٤٨١) فقد سُمى "باستخدام الإجراءات عن بعد."



شخص من الغير الاعتراض على القرارات والأحكام القضائية التي صدرت ومست حقوقه. غير أنه من الجدير بالملاحظة أنه وفقاً للترجمة الحرفية للنص الفرنسي يتضح أن المشرع الفرنسي قد عبر عن الغير بمصطلح (الطرف الثالث). فعلى الرغم من سابق تأكيدنا على أن تدخل الغير في الخصومة الإدارية أو إدخاله فيها ليس من شأنه أن يُغيّر في جوهر العنصر الشخصي لهذه الخصومة ولا في بيانها العددي، وهو الأمر الذي بالضرورة ينسحب على خصومة الطعن كونها مترتبة في الأصل على الخصومة الأصلية، إلا أن التدقيق في فحوى ومضمون النصوص الفرنسية يكشف على أن مسلك المشرع الفرنسي في التعبير عن الغير بمصطلح الطرف الثالث كان من قبيل المغايرة اللفظية ليس أكثر دون أن تتصرف نيته إلى إضافة عنصر جديد للخصومة الإدارية. فضلاً عن ذلك، بدلاً من التعبير بلفظ "الطعن"، عمد المشرع الفرنسي إلى التعبير بلفظ "المعارضة". بناء على ذلك، استقر الأمر في قانون العدالة الإدارية الفرنسي على أن "طعن الغير" في الأحكام الإدارية يُعرف "بمعارضة الطرف الثالث" في تلك الأحكام "Tierce opposition".

وإعمالاً للتصور السابق، عنون المشرع الفرنسي الفصل الثاني من قانون العدالة الإدارية "بمعارضة الطرف الثالث"، وذلك قبل أن تنص المادة (١/٨٣٢) من القانون على أنه "يجوز لأي شخص أن يُقدم معارضة الطرف الثالث ضد الحكم القضائي الذي أضر بحقوقه، خاصة إذا لم يكن هذا الشخص حاضراً أو لم يكن له من يمثله أو لم يتم استدعاؤه بطريقة رسمية في إجراءات الخصومة التي أدت إلى صدور هذا الحكم."<sup>(١)</sup> أما الفقرة الثانية من المادة (٨٣٢) فقد حددت ميعاداً حتمياً لا يتجاوز الشهرين، بحيث ينبغي على الشخص الذي تم إعلانه، وفقاً للإجراءات

---

(1) جاءت النسخة الفرنسية من المادة (١/٨٣٢) من قانون العدالة الإدارية على النحو الآتي: = "Toute personne peut former tierce opposition à une décision juridictionnelle qui préjudicie à ses droits, dès lors que ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été présents ou régulièrement appelés dans l'instance ayant abouti à cette décision."

القانونية، بالحكم القضائي الذي أضر بحقوقه أن يُقدم معارضة الغير خلال هذا الميعاد وإلا غدت معارضته غير مقبولة<sup>(١)</sup>.

من الجدير بالإشارة أيضاً أن التشريعات الفرنسية قد عرفت آلية طعن الغير في الأحكام الإدارية قبل صدور قانون العدالة الإدارية بسنوات كثيرة، وإن لم يتم التعبير عن هذا الأمر بألفاظ صريحة مثلما هو الحال في شأن قانون العدالة الإدارية. بعبارة أكثر وضوحاً، كانت اللائحة الصادرة في (٢٢ يوليو ١٨٠٦) في المادة رقم (٣٧) منها قد نصت على أن "أولئك الذين يريدون معارضة قرارات مجلس الدولة في المسائل القضائية المثيرة للجدل والتي لم يتم استدعاؤهم ولا استدعاء من يمثلهم في الجلسات التي صدرت فيها تلك القرارات، يمكن أن يُقدموا معارضتهم بالطريق العادي بإيداع عريضة المعارضة أمامة المجلس . . .". وقد نصت لائحة "الإجراءات أمام مجلس الدولة وقاضي النقض" الصادرة بموجب القانون رقم (٨٧-١١٢٧) في (٣١ ديسمبر ١٩٨٧) في المادة (٧٩) منها على نفس الأمر دون تغيير<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي كان في البداية متسامحاً إلى حد كبير في تعامله مع فكرة معارضة الطرف الثالث في الحكم القضائي الذي أضر بحقوقه. ففي أحد القضايا التي نظرها المجلس عام (١٨٨٢) وسع من مفهوم معارضة الطرف الثالث أو طعن الغير في الخصومة الخارج عنها وذلك بقبول تدخل إحدى المدن الفرنسية في خصومة الطعن على أحد الأحكام الإدارية لمجرد أن هذه

---

(1) "يجوز للشخص الذي تم إعلانه بالحكم القضائي بموجب الشروط المنصوص عليها في المواد ٧٥١-٣ إلى ٧٥١-٤-١ أن يُقدم معارضة الطرف الثالث في غضون شهرين من هذا الإعلان."  
"Celui à qui la décision a été notifiée ou signifiée dans les conditions prévues aux articles R. 751-3 à R. 751-4-1 ne peut former tierce opposition que dans le délai de deux mois à compter de cette notification ou signification."

(1) جاءت النسخة الفرنسية من المادة رقم (٣٧) من اللائحة الصادرة في (٢٢ يوليو ١٨٠٦) والمادة رقم (٧٩) من اللائحة "الإجراءات أمام مجلس الدولة وقاضي النقض" الصادرة بموجب القانون رقم (٨٧-١١٢٧) في (٣١ ديسمبر ١٩٨٧) على النحو الآتي:

"Ceux qui veulent s'opposer à des décisions du Conseil d'État rendues en matière contentieuse et lors desquelles ni eux ni ceux qu'ils représentent n'ont été appelés, ne peuvent former leur opposition que par requête en la forme ordinaire, et sur le dépôt qui en est fait au secrétariat du Conseil, il est procédé conformément aux dispositions du présent chapitre."

المدينة لها مصلحة في الطعن.<sup>(١)</sup> بيد أن مجلس الدولة الفرنسي قد عدل عن موقفه المتسامح مع معارضة الطرف الثالث في أحد أحكامه الصادرة عام (١٨٩٩)، وذلك بعد أن جاء تقرير مفوض الدولة قاسياً ولاذعاً في نقده لموقف المجلس من محاولة قبول معارضة الطرف الثالث (طعن الغير) في خصومة إلغاء القرارات الإدارية على سند من أن مثل هذه المعارضة لا تجوز في خصومة الطعن لتجاوز السلطة حيث إنها لا تأخذ طابع المنازعة بين خصمين.<sup>(٢)</sup>

أخيراً، وبالتحديد في عام (١٩١٢)، حسم مجلس الدولة الفرنسي الجدل حول إمكانية معارضة الغير أو الطرف الثالث في الحكم القضائي الإداري حتى وإن كان حكماً بالإلغاء، وذلك عندما طرح مفوض الدولة في أحد القضايا التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق المادة رقم (٣٧) من اللائحة الصادرة في (٢٢ يوليو ١٨٠٦) فيما يتعلق بإجراءات معارضة الغير في الحكم الإداري أمام مجلس الدولة.<sup>(٣)</sup> وفي إجابته على هذا التساؤل قضى مجلس الدولة الفرنسي بأحقية أن يُعارض الغير في الحكم الإداري حتى ولو كان حكماً بإلغاء أحد القرارات الإدارية لتجاوز السلطة على سند

---

(1) انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (٢٨ أبريل ١٨٨٢) في قضية Ville de Cannes (Cons. d'Etat, 28 Avril 1882), p. 387.

انظر كذلك باللغة الفرنسية

DAVID BAILLEUL, L'EFFICACITÉ COMPARÉE DES RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR ET DE PLEIN CONTENTIEUX OBJECTIF EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS 325 (L.G.D.J. 2002).

(2) انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (٨ ديسمبر ١٨٩٩) في قضية Ville D'avignon (Cons. d'Etat, 8 Décembre 1899).

وقد ورد في تقرير مفوض الدولة أن مبدأ طعن الغير أو الطرف الثالث ومعارضته في حكم الإلغاء غير جائز لأن في خصومة الإلغاء يتم اختصام القرار الإداري نفسه و "إنه إذا كان من المقرر أن معارضة الغير تكون مقبولة من الخصوم الذين اضر الحكم بحقوقهم إلا أن الطعن بسبب تجاوز السلطة ليس له طابع المنازعة بين خصمين وأنه إذا كان المجلس يسمح للخصوم الذين لهم مصلحة في بقاء القرار الإداري المطعون عليه بالتدخل وإبداء ملاحظاتهم قبل إصدار الحكم فإن هذه الرخصة لا تعطي لهؤلاء حق الاعتراض بعد ذلك ليعيدوا مناقشة حكم الإلغاء القطعي الصادر من المجلس ذي الحجة في مواجهة الكافة."

(1) انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (٢٩ نوفمبر ١٩١٢) في قضية Boussuge (Cons. d'Etat, 29 Novembre 1912).

من أن تجاوز السلطة لا يُنشئ فراغاً بين طرفين، ولا يقدح في ذلك حقيقة أن الخصومة في دعاوى الإلغاء يُختصم فيها القرار الإداري نفسه.<sup>(1)</sup>

وباستعراض المواد القانونية السابقة والأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي يمكن القول بأن هذا الأخير قد استقر على المبادئ العامة والأصول القانونية التي تحكم طعن الغير في الأحكام الإدارية أو معارضة الطرف الثالث في تلك الأحكام. ويمكن إيجاز تلك المبادئ والأصول في النقاط الآتية:

- معارضة الطرف الثالث (طعن الغير الخارج عن الخصومة) في الحكم الإداري هو أحد المبادئ العادلة شريطة أن يكون الحكم قد صدر في غيبته وأضر بحقوقه.
- معارضة الطرف الثالث (طعن الغير الخارج عن الخصومة) جائز في الأحكام الصادرة في دعوى الإلغاء بإفتراض وجود ذلك الغير أو الطرف الثالث الذي تضررت حقوقه بإلغاء القرار الإداري أو باستبقائه.
- فكرة أن الحكم الإداري، الذي صدر في غياب الغير أو الطرف الثالث، قد أثر بالسلب على حقوقه وبالتالي يفتح له باب الطعن عليه، تفترض أن لهذا الغير أو الطرف الثالث مصلحة شخصية ومؤكدة في الطعن وليس مجرد أمل لا يرقى لوصفه بالمصلحة.
- في حالة ما إذا كانت معارضة الطرف الثالث مقبولة، تقتصر سلطة مجلس الدولة الفرنسي على معاودة فحص الحكم الموجه له المعارضة بالنسبة لمسائل الواقع والقانون على السواء. أما إذا ما غدت تلك المعارضة مرفوضة أمام المجلس، فيجوز لهذا الأخير الحكم بالغرامة على الطرف الثالث الخاسر إعمالاً لمقتضى المادة (٧٩) من لائحة "الإجراءات أمام

---

(2) انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي السابق.

يُذكر أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد صدر في منازعة تلخصت وقائعها في أن مجلس الدولة في (٧ يوليو ١٩١١) كان قد ألغى أحد المواد الواردة في اللائحة التنفيذية الصادرة في (٨ أكتوبر ١٩٠٧) تنفيذاً لأحد القوانين الصادرة في (١١ يونيو ١٨٩٦) بشأن نظام الأسواق، والتي كانت تعطي الحق للباعة بالتواجد في المربع المفتوح إلى جانب المزارعين ملاك المنتجات التي يبيعونها. بناء على ذلك، قدم هؤلاء الباعة معارضة الغير على الحكم الصادر بإلغاء المادة لإضراره بحقوقهم.

مجلس الدولة وقاضي النقض" الصادرة بموجب القانون رقم (٨٧-١١٢٧) في (٣١ ديسمبر ١٩٨٧). وتكمن الحكمة من ذلك في محاولة السيطرة على الطعون والمعارضات الكيدية التي قد تُقدم من الغير أو الطرف الثالث سيئ النية للمساس بحجية الأحكام القضائية وإهدار قوة الأمر المقضى فيه. (١) علاوة على ذلك، بالرجوع إلى الأصول العامة، نجد أن المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية قد أشار في عدة مواضع إلى إمكانية أن يطعن الغير الذي لم يكن طرفاً في الخصومة في الأحكام الصادرة في تلك الأخيرة. وعلى غرار الحال في قانون العدالة الإدارية واللوائح الصادرة لتنظيم طعن الغير في الأحكام الإدارية وقرارات مجلس الدولة، عبر المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية عن "طعن الغير" مستخدماً مصطلح "معارضة الطرف الثالث".

إعمالاً لذلك، نصت المادة (٣٨٥) من قانون المرافعات المدنية الصادر بموجب المرسوم رقم (٧٥-١١٢٣) في (٥ ديسمبر ١٩٧٥) على أنه "يجوز لأي شخص أن يُقدم معارضة طرف ثالث ضد الحكم القضائي الذي أضر بحقوقه، طالما لم يتم استدعاؤه ولا استدعاء من يمثله للحضور وقت إصداره رغم أنه كان لا بد من استدعائه."<sup>(٢)</sup>

وقد تمت الإشارة كذلك إلى طعن الغير أو معارضة الطرف الثالث في الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية في نسخته الحالية، القانون رقم (٢٠٠٧/١٧٨٧) الصادر في (٢٠ ديسمبر ٢٠٠٧)، حيث نصت المادة (٥٨٢) من

---

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة (٧٩) من لائحة "الإجراءات أمام مجلس الدولة وقاضي النقض" الصادرة بموجب القانون رقم (٨٧-١١٢٧) في (٣١ ديسمبر ١٩٨٧) على أنه "يجوز تغريم الطرف الخاسر في معارضة الطرف الثالث دون الإخلال بأضرار ومصالح الأطراف إن وجدت".

"La partie qui succombe dans sa tierce opposition peut être condamnée à une amende sans préjudice des dommages et intérêts de la partie s'il y a lieu."

(1) جاءت النسخة الفرنسية من المادة (٣٨٥) من قانون المرافعات المدنية الصادر بموجب المرسوم رقم (٧٥-١١٢٣) في (٥ ديسمبر ١٩٧٥) على النحو الآتي:

"Une partie peut former tierce-opposition à un jugement qui préjudice à ses droits, et lors duquel ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont pas été appelés encore qu'ils eussent dû l'être."

القانون على أن "الطرف الثالث يهدف بمعارضته إلى سحب أو تعديل الحكم القضائي الصادر على خلاف مصلحته، وذلك لمعاودة الفصل في المسائل المطعون عليها من حيث الواقع والقانون."<sup>(١)</sup>

يُستفاد من ذلك أن طعن الغير أو معارضة الطرف الثالث في القانون الفرنسي هو الطعن الذي يوجه إلى الحكم الإداري أو المدني من غير الأطراف الأصليين في الخصومة التي صدر فيها، وذلك بشرطين أساسيين: (١) أن يكون الحكم الصادر قد أضر بحقوق هذا الغير؛ (٢) أن لا يكون قد تم استدعاء هذا الغير أو من يمثله للحضور أمام المحكمة التي أصدرت الحكم رغم كونه كان من الواجب فعل ذلك. وتأسيساً على ذلك، يكون طعن الغير في الحكم الذي صدر في غيابه وأضر بحقوقه غير مرتبط بميعاد معين بخلاف الطعون الأخرى.<sup>(٢)</sup>

وفي تحليله لآلية طعن الغير أو معارضة الطرف الثالث ركز فقه القانون الإداري الفرنسي على (فكرة الغياب) الملازمة لمعارضة الطرف الثالث والتي يبنى عليها في الأساس تلك المعارضة أو الطعن.<sup>(٣)</sup> بعبارة أكثر وضوحاً، حاول فقه القانون الإداري الفرنسي في العديد من المواضيع الربط بين فكرة غياب الغير أو الطرف الثالث عن جلسات المحاكمة التي صدر فيها الحكم الذي أضر بحقوقه من جهة، وبين حقيقة أن الأصل في الأحكام القضائية أن حجيتها نسبية تقتصر آثارها

---

(1) جاءت النسخة الفرنسية من المادة (٥٨٢) من قانون المرافعات المدنية الصادر بموجب المرسوم رقم (٢٠٠٧/١٧٨٧) في (٢٠ ديسمبر ٢٠٠٧) على النحو الآتي:

"La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit."

(2) انظر في ذلك باللغة الفرنسية

Paleerat Sriwannapruet, *Les Principes généraux du droit administratif français et thaïlandais*, Droit Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I (2010).

JEAN-MICHEL DE FORGES, *DROIT ADMINISTRATIF* 6e éd, Presses universitaires de France (2002).

(1) انظر في ذلك باللغة الفرنسية

CHRISTIAN GABOLDE, *TRAITÉ PRATIQUE DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE: TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS* 351 (Daloz impr. Jouve: 1960).

على الأطراف الممثلين في الخصومة التي صدرت فيها هذه الأحكام من جهة أخرى.<sup>(١)</sup> بناء على ذلك، يضحى طعن الغير الخارج عن الخصومة أو معارضة الطرف الثالث استثناء على قاعدة الحجية النسبية التي تحوزها الأحكام القضائية كأصل عام.<sup>(٢)</sup> فالطرف الثالث، على الرغم من كونه خارجاً عن الخصومة التي صدر فيها الحكم، إلا أنه كان ينبغي أن يكون ممثلاً في الخصومة فضلاً عن إن الحكم الصادر في تلك الأخيرة قد أضر بحقوقه - وهو الأمر الذي ينبغي معه فتح باب الطعن في هذا الحكم أمام الطرف الثالث إعمالاً لمقتضيات العدالة.<sup>(٣)</sup>

### ثالثاً: موقف القانون المصري من طعن الغير

بالنسبة إلى وضع طعن الغير الخارج عن الخصومة في القانون المصري، فقد أحجم المشرع في قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨) عن ذكر طعن الغير الخارج عن الخصومة كأحد طرق الطعن في الأحكام. وعلى الرغم من ذلك، فقد يرى البعض أن المشرع المصري إنما أورد طعن الغير الخارج عن الخصومة بطريق غير مباشر ملحقاً إياه بطريق الطعن بالتماس إعادة النظر.<sup>(٤)</sup>

وفقاً لهذا التصور، نظم المشرع طرق الطعن في الأحكام في الباب الثاني عشر من قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي (المواد ٢١١ إلى ٢٧٣)، فبعد أن أرسى في المادة (٢١١) الأصل العام في الطعن على الأحكام بنصه على أنه "لا يجوز الطعن في الأحكام إلا من المحكوم عليه ولا يجوز ممن قبل الحكم أو ممن قضى له بكل طلباته ما لم ينص القانون على غير ذلك"، أورد المشرع، كما احتج

(2) انظر في ذلك باللغة الفرنسية

Charles Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, 13 N°4 ETUDE DE DROIT COMPARÉ INTERNE. IN: REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 863, 864 (1961).

(3) المرجع السابق.

(1) المرجع السابق.

(2) انظر، علاء إبراهيم محمود، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على حكم الإلغاء (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة (جامعة بابل: ٢٠١٥)، ص.

البعض، طريق طعن الغير الخارج عن الخصومة فى الأحكام القضائية مندمجاً مع طريق الطعن بالتماس إعادة النظر، حين نص فى المادة (٢٤١) على أن "للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الآتية . . . ٨- لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم." (١)

الواقع أن المتأمل لنص المادة (٢٤١) السابق الإشارة إليها يلحظ أن صياغة البند الثامن من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات يقطع بأن المشرع المصرى قد أحجم تماماً عن معالجة سبيل طعن الغير الخارج عن الخصومة مفضلاً إضافة حالة اعتراض من يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها إلى أوجه التماس إعادة النظر. ويجد هذا الرأى سنده فيما أورده المشرع فى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات بشأن البند الثامن من المادة (٢٤١) من أن حالة اعتراض من يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها "فى حقيقتها ليست حالة من حالات اعتراض الخارج عن الخصومة وإنما هى تظلم من حكم من شخص يعتبر ممثلاً فى الخصومة وأن لم يكن خصماً ظاهراً فيها فيكون التظلم من الحكم أقرب إلى التماس فى هذه الحالة منه إلى الاعتراض." (٢)

فإذا كان هذا هو ما آل إليه الحال فى قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالى رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨)، فقد كان الأمر مختلفاً إلى حد بعيد فى قانون المرافعات المدنية والتجارية القديم رقم (٧٧) لسنة (١٩٤٩). بعبارة أكثر وضوحاً، فعلى خلاف الأمر فى قانون المرافعات الحالى، فقد أورد المشرع المصرى فى قانون المرافعات القديم طريق طعن الغير الخارج عن الخصومة بشكل مستقل دون أن يدمجه مع أحد طرق الطعن العادية أو غير العادية كالتماس إعادة النظر. فقد كانت المادة (٤٥٠) من القانون الملغى تنص على أنه "يجوز لمن يعتبر

(١) انظر فى ذلك، المرجع السابق.

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعنين رقم (٣٣٨٢) و (٣٣٨٧) لسنة ٢٩ ق. - جلسة (١٩٨٧/١١/٢٧)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣٣، الجزء الأول، صفحة ٥١٤، القاعدة رقم ٧٨.



الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم. وكذلك يجوز للدائنين والمدينين المتضامنين وللدائنين والمدينين بالتزام غير قابل للتجزئة الاعتراض على الحكم الصادر على دائن أو مدين آخر منهم".

تأسيساً على ذلك، يمكن القول بأن الفارق الجوهرى بين مسلك المشرع المصرى فى المادة (٢٤١) من قانون المرافعات الحالى لسنة (١٩٦٨) والمادة (٤٥٠) من قانون المرافعات القديم لسنة (١٩٤٩) يكمن فى أنه فى المادة (٢٤١) قد ذكر طريق طعن الغير الخارج عن الخصومة كأحد صور الطعن الغير العادى بالتماس إعادة النظر، وهو الأمر الذى أدى بدوره إلى طمس معالم طعن الغير كطريق مستقل للطعن. أما فى المادة (٤٥٠) فقد اعترف المشرع بطعن الغير الخارج عن الخصومة فى الأحكام القضائية بشكل صريح ومباشر كطعن مستقل عن سائر طرق الطعن الأخرى متى كان الحكم المراد الطعن عليه قد صدر فى غيبة الغير وأضر بحقوقه أو بمركزه القانونى.<sup>(١)</sup>

## المطلب الثانى

### التكييف القانونى لطعن الغير الخارج عن الخصومة

الوقوف على حقيقة التكييف القانونى لطعن الغير الخارج عن الخصومة يستتبع تأصيله قانوناً بالدرجة التى يمكن معها الإجابة على سؤالين على درجة بالغة من الأهمية وهما: (١) هل يُعتبر طعن الغير طعنًا قضائياً بالمعنى الدقيق؟ (٢) فى

---

(١) من الجدير بالإشارة أن تقنين المرافعات المختلط لسنة (١٨٧٥) قد نظم طعن الغير الخارج عن الخصومة فى الأحكام القضائية وذلك فى المواد من (٤١٧ إلى ٤٢٣). وقد عُرف طعن الغير فى هذا التقنين بمعارضة الخصم الثالث. وفى نفس السياق كانت المادة (٣٣٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون رقم (٣١) لسنة (١٩١٠) الصادر فى (٣ يوليو ١٩١٠) تنص على أن "كل حكم يكون متعدياً لغير المحكمة عليه مباشرة يجوز لمن يتعدى إليه أن يطعن فيه". وبالمثل، عالج المشرع المصرى طعن الغير الخارج عن الخصومة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادرة بموجب القانون رقم (٧٨) لسنة (١٩٣١) بتاريخ (٢٠ مايو ١٩٣١)، حيث جاء الفصل الخامس من تلك اللائحة بعنوان (فى الطعن فى الأحكام ممن تتعدى إليه). وقد نصت المادة (٣٤١) من اللائحة على أن "كل حكم يكون متعدياً لغير المحكوم عليه مباشرةً يجوز لمن يتعدى إليه أن يطعن فيه. فإن كان الحكم انتهائياً كان الطعن بطلب إعادة نظر القضية أمام المحكمة التى أصدرته. وإن كان ابتدائياً كان الطعن فيه بطريق الاستئناف".

=انظر فى ذلك، د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٨.

حالة التسليم بأن طعن الغير هو طعن قضائي بالمعنى الدقيق، فهل يمكن اعتباره طعناً قضائياً مستقلاً متميزاً بذاته أم أنه لا يعدو مجرد صورة من صور الطعون القضائية الأخرى ويلحق بها؟

### أولاً: التكيف القانوني لطعن الغير في النظام القانوني الأمريكي

باستعراض وضع طعن الغير أو معارضة الطرف الثالث في القانون الأمريكي على النحو السابق توضيحه يتضح أن طعن الغير في النظام القانوني الأمريكي ليس طعناً قضائياً بالمعنى الدقيق وذلك يعود لسببين رئيسيين، أولهما لغوي إصطلاحي، وثانيهما فني قانوني. فمن الناحية اللغوية الإصطلاحية، فكما سبق الذكر، يُعرف طعن الغير في النظام القانوني الأمريكي بدعوى المعارضة - وذلك دون أن يختلط هذا الأمر بدعوى المعارضة المعروفة في النظام القانوني المصري والفرنسي نظراً لاختلاف النظام القانوني الأمريكي عنهما بطبيعة الحال. فالواقع بأن استخدام المشرع الفيدرالي الأمريكي لمصطلح "دعوى المعارضة" لا ينبغي تفسيره على سند من أنه قد أراد أن ينحصر استخدام تلك المعارضة في الأحكام الغيابية أو في اعتبارها طريقاً عادياً للطعن ينبغي استنفاده قبل اللجوء إلى الطرق غير العادية، مثلما هو الحال في الأصول العامة لدعاوى المعارضة. على خلاف ذلك، فدعوى المعارضة في النظام القانوني الأمريكي، هي البديل القانوني الموازي لطعن الغير الخارج عن الخصومة في بعض الأنظمة القانونية الأخرى.

ومن الناحية الفنية، يمكن القول بأن طعن الغير أو دعوى المعارضة في القانون الأمريكي ليست طعناً قضائياً بالمعنى الدقيق كون أن تلك المعارضة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأحكام الصادرة في دعاوى براءات الاختراع والعلامات التجارية،<sup>(1)</sup> أي أن مجال عملها ينحصر في القوانين والدعاوى المتعلقة بشكل أو بآخر بحماية الملكية الفكرية.<sup>(2)</sup> فإذا كانت الخصومة المتعلقة ببراءات الاختراع والعلامات

(1) انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Kenneth Culp Davis, *Standing to Challenge and to Enforce Administrative Action*, 49 COLUM. L. REV. 759 (1949).

(2) المرجع السابق.

التجارية غالباً ما يتم تصنيفها في التشريعات الفيدرالية الأمريكية على أساس كونها خصومة إدارية يصدر فيها أحكاماً إدارية، فدعوى المعارضة ينحسر نطاقها في الاعتراض على ذلك النوع من الأحكام الإدارية فقط دون أن يتعداها.

فإذا كانت دعوى المعارضة في النظام القانوني الأمريكي، وفقاً للتصور السابق، هي البديل القانوني الموازي لطعن الغير، فيمكن القول بإنها تمثل طريقاً مستقلاً للطعن يتخذ صورة الاعتراض على القرارات الإدارية والأحكام القضائية الصادرة في دعاوى براءات الاختراع ومنح العلامات التجارية، وهو اعتراض مقرر لمصلحة الغير أو الطرف الثالث فقط لحماية حقوقه ومركزه القانوني.

### ثانياً: التكيف القانوني لطعن الغير في النظام القانوني الفرنسي

بالنسبة للتكيف القانوني لطعن الغير أو معارضة الطرف الثالث في القانون الفرنسي، فباستقراء ما سبق ذكره يمكن القول بأنه على الرغم من أن المشرع الفرنسي قد عبر عن "طعن الغير" باستخدام مصطلح "معارضة الطرف الثالث" إلا أن فقه المرافعات العادية والإدارية الفرنسي وكذلك أحكام مجلس الدولة تشير بما لا يدع مجالاً للشك أن معارضة الطرف الثالث هي طعن قضائي بالمعنى الدقيق.<sup>(1)</sup> فمعارضة الطرف الثالث هي وسيلة قضائية مقررة للأغيار من أجل المنازعة في الأحكام القضائية التي صدرت في غيبتهم وأضرت بحقوقهم ومراكزهم القانونية.<sup>(2)</sup> فضلاً عن ذلك، فمعارضة الطرف الثالث في القانون الفرنسي لا ينفصل فحواها عن الطعن القضائي بالمعنى الدقيق حيث تهدف إلى إعادة مراجعة الحكم القضائي بغية إلغائه أو تعديله بفحص مسائل الواقع والقانون.<sup>(3)</sup>

أما في خصوص ما إذا كانت معارضة الطرف الثالث في القانون الفرنسي تمثل طريقاً مستقلاً من طرق الطعن القضائية أم لا، فنصوص قانون العدالة الإدارية والمرافعات المدنية السابق الإشارة إليهم يقطعون بأن معارضة الطرف الثالث ما هي

(1) انظر في ذلك باللغة الفرنسية

CHRISTOPHE LEFORT, PROCÉDURE CIVILE 405 (2e édition, Dalloz, 2007).

(1) المرجع السابق.

(2) انظر د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير في الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٩٨.

إلا طريقاً مستقلاً ومتميزاً للطعن القضائي مقرر لمصلحة الأعيان في الخصومة التي صدر فيها الحكم. علاوة على ذلك، فالحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في قضية Boussuge عام (١٩١٢)، السابق الإشارة إليه، يقطع بغير ما يدع مجالاً للشك أن المجلس قد أعلن عن موقفه المؤيد لمعارضة الطرف الثالث باعتبارها طريقاً مستقلاً للطعن في الأحكام الإدارية لاسيما الصادرة في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية.

### ثالثاً: التكيف القانوني لطعن الغير في النظام القانوني المصري

في تحديده للتكيف القانوني لطعن الغير في النظام القانوني المصري، ذهب بعض الفقه المصري إلى القول بأن طعن الغير يمثل شكلاً من أشكال منازعة التنفيذ التي توجه إلى كيفية تنفيذ الحكم القضائي.<sup>(١)</sup> ويستند هذا الرأي على أن حجية الحكم تتميز عن قوته التنفيذية، فحجية الحكم أحياناً ما تمتد لتشمل غير الخصوم الأصليين فيه مثلما هو الحال في شأن الأحكام الإدارية الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية. أما القوة التنفيذية للحكم فلا يمتد أثرها ليشمل الغير الذي لم يكن ممثلاً في الحكم.

على الرغم من أن هذا الرأي لا يخلو من وجهة خاصة وأن الربط بين طعن الغير والقوة التنفيذية للحكم، فالغير لن يتضرر من بقاء الحكم الذي لم يكن ممثلاً فيه ولكنه بالتأكيد سيتضرر إذا ما تم تنفيذ هذا الحكم، على الرغم من ذلك، إلا أن اعتبار طعن الغير من قبيل إشكالات التنفيذ مردود عليه بأن طعن الغير في الأحكام القضائية لا يُوجه إلى حجية الحكم حيث أن الغير لم يكن ممثلاً فيه أصلاً. علاوة على ذلك، فإشكال التنفيذ يمكن تقديمه من قبل الغير فقط بمناسبة الشروع في تنفيذ الحكم القضائي القابل للتنفيذ،<sup>(٢)</sup> أما طعن الغير على الحكم فمن المتصور حدوثه إذا ما لحق بهذا الغير ضرر بمجرد صدور الحكم دون الحاجة إلى التبرص لحين الشروع في تنفيذه.<sup>(٣)</sup>

(١) انظر على سبيل المثال، د. حسنى سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية والإشكالات المتعلقة به (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة (١٩٨٤)، ص. ١٥٠.

(٢) انظر د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير في الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٩٩.

(٣) المرجع السابق.

الواقع أن الفحص الدقيق لنص المادة (٢٤١/البند الثامن) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨) السابق الإشارة إليه يكشف أن المشرع المصرى كان واضحاً فى اعتبار طعن الغير طعناً قضائياً بالمعنى الدقيق. فعلى الرغم من حقيقة أن المشرع المصرى فى المادة (٢٤١/البند الثامن) من قانون المرافعات الحالي قد أحجم عن ذكر طعن الغير بشكل مستقل واعتبره من قبيل التماس إعادة النظر، على النحو السابق ذكره، إلا أن ذلك لا ينفى حقيقة أن التماس إعادة النظر هو أحد طرق الطعن غير العادية فى القانون المصرى. تأسيساً على ذلك، لا يستقيم تفسير موقف المشرع المصرى فى تمكين الغير من الطعن فى الأحكام القضائية عن طريق التماس إعادة النظر على أساس أنه أراد ألا يضىء على هذا الطريق شكل ومفهوم الطعن القضائي بالمعنى الدقيق.

أما بالنسبة للمسألة الثانية المتعلقة بما إذا كان يمكن اعتبار طعن الغير فى القانون المصرى طعناً قضائياً مستقلاً ومتميزاً عن سائر طرق الطعن الأخرى، فيبدو أن الأمر قد اختلف فى قانون المرافعات الحالي لسنة (١٩٦٨) عما كان عليه الحال فى قانون المرافعات القديم لسنة (١٩٤٩). بعبارة أكثر وضوحاً، حسم المشرع المصرى الأمر فى قانون المرافعات القديم بشكل لا لبث فيه ولا جدال حين نص فى المادة (٤٥٠) على أنه "يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم . . .". فعلى الرغم من أن المشرع قد فضل التعبير بأن من حق الغير "أن يعترض" على الحكم بدلاً من "أن يطعن"، إلا أن هذا الاعتراض هو من قبيل الطعن على الحكم، وهو فى حقيقته طعن مستقل ومتميز عن ما سواه من طرق الطعن الأخرى.<sup>(١)</sup>

(١) وفى تفسيره للمادة (٤٥٠)، ذهب بعض الفقه للقول بأن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو طريق من طرق الطعن الخاصة المستقلة والتميزة عن سائر طرق الطعن الأخرى، ويسرى عليه الأحكام العامة المتعلقة بالطعون القضائية باستثناء أنه طعن لا يرتبط بميعاد، حيث يفتح هذا الأخير أمام الغير المضرور من الحكم. انظر فى ذلك، د. عبد المنعم أحمد الشرفاوى، فى قانون المرافعات الجديد اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها، مجلة القانون والإقتصاد، العدد الأول والثانى، السنة التاسعة عشر (جامعة القاهرة: ١٩٤٩)، ص. ٦.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع فى قانون المرافعات الحالى لسنة (١٩٦٨) فلم يكن واضحاً حاسماً فى اعتبار طعن الغير طعناً مستقلاً ومتميزاً. فكما سبق الذكر، ارتأت المحكمة الإدارية العليا أن بنصه فى المادة (٢٤١) من قانون المرافعات الحالى على أنه المادة (٢٤١) على أن "للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الآتية . . . ٨- لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم" يكون المشرع قد ألغى فكرة طعن الغير كأحد طرق الطعن المستقلة والمتميزة.<sup>(١)</sup>

ولا أدل على أن المادة (٢٤١) فى بندها الثامن قد طمست طعن الغير باعتباره طعناً مستقلاً ومتميزاً من تفسير المحكمة الإدارية العليا للمادة على أساس أن المشرع فى سماحه لكل من كان الحكم الصادر حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها للطعن عليه بالتماس إعادة النظر، يفترض أن الطاعن هنا ليس من قبيل الغير الخارج عن الخصومة التى صدر فيها ذلك الحكم، بل هو شخص ممثل فى الخصومة من دون أن يكون خصماً ظاهراً فيها.<sup>(٢)</sup>

فعلى الرغم من حقيقة أن الأصل العام يقرر أن مقدم طعن الغير ليس طرفاً فى الخصومة التى صدر فيها الحكم ولم يتدخل ولم يتم إدخاله فيها، بالتالى فلا يلحق به وصف المحكوم عليه ويضحي من حقه الاعتراض على الحكم إذا ما تسبب له فى ضرر، إلا أن هذا الأصل العام كان ليستقر لولا موقف المشرع فى المادة (٢٤١) من قانون المرافعات الحالى، على النحو السابق بيانه.

غير أنه لزم التنويه فى مقامنا هذا إلى عدة نقاط هامة. فبالرغم من عدم وضوح الرؤية بالنسبة لطعن الغير فى الأحكام الإدارية فى القانون المصرى، وذلك بسبب نص المادة (٢٤١) من قانون المرافعات بالإضافة إلى بعض أحكام المحكمة

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعنين رقم (٣٣٨٢) و (٣٣٨٧) لسنة ٢٩ ق. - جلسة (١٩٨٧/١١/٢٧)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣٣، الجزء الأول، صفحة ٥١٤، القاعدة رقم ٧٨.

(٢) انظر الحكم السابق.

الإدارية العليا التي رفضت فيها الاعتراف بطعن الغير، إلا أنه ينبغي التأكيد على حقيقة أن طعن الغير يستمد شرعيته من كونه أحد مقومات تحقيق مبدأ العدالة وكفالة حق النقاضي.<sup>(١)</sup>

فإذا كان حسن إعمال مقتضيات مبدأ سيادة القانون تستلزم كفالة حق النقاضي للجميع على قدم المساواة، وإذا كان من المتصور أن يلحق أحد الأعيان ضرراً جراء الحكم الصادر في خصومة لم يكن ممثلاً فيها، فطعن الغير في هذه الحالة يُعد الوسيلة القانونية التي يمكن من خلالها جبر الضرر الذي لحق بالغير من خلال إعادة مراجعة الحكم القضائي والانتهاج إلى إلغائه أو تعديله. وتأسيساً على ذلك، يضحى طعن الغير تطبيقاً عملياً لمبدأ سيادة القانون وحق النقاضي،<sup>(٢)</sup> فالقول بأن أحد الأشخاص يمكن إجباره على قبول أحد الأحكام القضائية التي لم يكن ممثلاً في خصومتها وألحقت ضرراً به، هو قولاً يجافي مقتضيات العدالة والمنطق القانوني السليم.

فضلاً عن ذلك، فالمتتبع لكتابات فقه القانون الإداري المصري يلحظ أن جانباً من الفقه لم يُنكر فكرة طعن الغير في الأحكام الإدارية. على سبيل المثال، في خصومة الإلغاء، مال بعض من الفقه إلى القول بأن طعن الغير الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر بالإلغاء هو في حقيقته طعنٌ يوجه إلى القوة التنفيذية للحكم وليس إلى الحكم نفسه فيما انتهى إليه من تقرير للحقوق.<sup>(٣)</sup> ولعل ما دفع بعض الفقهاء للقول بذلك هو ما تتمتع به أحكام الإلغاء من حجبة مطلقة،<sup>(٤)</sup> فحفاظاً على تلك الحجبة يكون طعن الغير على حكم الإلغاء موجهاً إلى قوته التنفيذية من دون المنازعة لإهدار حجبيته المطلقة.<sup>(٥)</sup> والغير في منازعته في القوة التنفيذية لحكم الإلغاء، يتربص بنفسه لحين الشروع في تنفيذ الحكم، عندئذ يلجأ إلى المحكمة طالباً

(١) د. محمود حافظ توفيق الفقي، طعن الغير في الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٠١-١٠٤.

(٢) المرجع السابق، ص. ١٠٢.

(٣) انظر على سبيل المثال، د. حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ أحكام القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مطابع مجلس الدفاع الوطني: القاهرة (١٩٧٠)، ص. ١٤٧.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

منها احترام حقوقه المكتسبة، فإن تبين للمحكمة انتفاء تلك الحقوق، أضحى طعنه غير مقبول.<sup>(١)</sup>

بالإضافة إلى ما سبق، تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري الذي وضع أنصار طعن الغير في الأحكام الإدارية في مآزق بسبب المادة (٢٤١) من قانون المرافعات لسنة (١٩٦٨) هو نفسه الذي صاغ بعض الحالات الفردية فى القوانين المختلفة للتأكيد على حق كل ذى مصلحة فى الطعن.<sup>(٢)</sup> على سبيل المثال، أجاز المشرع المصرى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لكل ذى المصلحة فى القانون أن يبدى أوجه اعتراضه على بطلان إجراءات بيع العقارات محل الحكم القضائى المراد تنفيذه، وذلك حين نص فى المادة (٤٢٢) على أن "أوجه البطلان فى الإجراءات السابقة على الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات، وكذلك جميع الملاحظات على شروط البيع يجب على المدين والحائز والكفيل العيني والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ إيدؤها بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وذلك بالتقرير بها فى قلم كتاب محكمة التنفيذ قبل الجلسة المشار إليها بثلاثة أيام على الأقل وإلا سقط حقهم فى التمسك بها، ولكل ذى مصلحة غير من ورد ذكرهم فى الفقرة السابقة إبداء ما لديه من أوجه البطلان أو من الملاحظات بطريق الاعتراض على القائمة أو بطريق التدخل عند نظر الاعتراض".

وبالمثل، فى خصوص إجراءات التنفيذ على العقار والحجز على الأموال غير المنقولة، أجاز المشرع فى المادة (٤٢٧) من نفس القانون للغير ذى المصلحة أن يطلب من قاضى التنفيذ الإذن بإجراء البيع فى نفس العقار أو فى مكان غيره.<sup>(٣)</sup> كذلك أجاز المشرع فى نفس القانون لكل ذى مصلحة أن يطلب من قاضى التنفيذ

---

(4) المرجع السابق.

(1) د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٩٠.  
(1) تنص المادة (٤٢٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "يحصل البيع فى المحكمة، ويجوز لمن يباشر الإجراءات والمدين والحائز والكفيل العيني وكل ذى مصلحة أن يستصدر إنذاراً من قاضى التنفيذ بإجراء البيع فى نفس العقار أو فى مكان غيره".



بزيادة الإعلانات والمنشورات والملصقات المتعلقة بالعقار محل التنفيذ.<sup>(١)</sup> أما فيما يتعلق بإجراءات بيع الأموال غير المنقولة وإيداع شروط قوائم البيع، فقد منح المشرع الحق للغير ذى المصلحة فى القانون أن يطلب تأجيل المزايدة بعد إبداء أسباب قوية لتبرير مثل هذا التأجيل.<sup>(٢)</sup>

يمكن أيضاً تلمس سبيل طعن الغير فى المادة (٥٦٥) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حين نصت على أنه "١- يجوز لكل ذى مصلحة من غير الخصوم أن يعترض على حكم شهر الإفلاس أمام المحكمة التى أصدرته خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره فى الصحف، ما لم يكن قد طعن عليه بالاستئناف فيرفع الاعتراض إلى المحكمة التى تنتظر الاستئناف. ٢- ومع عدم الإخلال بأحكام الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من هذا القانون يكون ميعاد الاعتراض فى جميع الأحكام الصادرة فى الدعاوى الناشئة عن التفليسة ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها ما لم تكن واجبة الشهر فيسرى الميعاد من تاريخ شهرها. ٣- ويسرى على ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى شهر الإفلاس وغيره من الأحكام الصادرة فى الدعاوى الناشئة عن التفليسة وطريقة رفعها أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية."<sup>(٣)</sup> وعلى الرغم من أن تلك

---

(2) نصت المادة (٤٣١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "يجوز للحاجز والمدين والحاجز والكفيل العيني وكل ذى مصلحة أن يستصدر إذنًا من قاضي التنفيذ بنشر إعلانات أخرى عن البيع فى الصحف وغيرها من وسائل الإعلام أو بلبصق عدد آخر من الإعلانات بسبب أهمية العقار، أو طبيعته أو لغير ذلك من الظروف ولا يترتب على طلب زيادة النشر تأخير البيع بأي حال ويجوز كذلك عند الإقتضاء الإقتضار فى الإعلان عن البيع بإذن من القاضي، ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بزيادة الإعلان أو نقصه."

(3) نصت المادة (٤٣٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "يجوز تأجيل المزايدة بذات الثمن الأساسى بناء على طلب كل ذى مصلحة إذا كان للتأجيل = أسباب قوية، ولا يجوز الطعن بأي طريق فى الحكم الصادر فى طلب تأجيل البيع." يُذكر أيضاً أن المادة (١٣٤) من قانون المرافعات قد نصت على أنه "لكل ذى مصلحة من الخصوم فى حالة عدم السير فى الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي."

(1) وقد نصت المادة (٦٤٨) من قانون التجارة فى فقرتها الثانية على أنه "٢- ويجوز للمفلس ولكل ذى مصلحة الطعن أمام المحكمة فى قرار قاضى التفليسة الخاص بإجراء توزيعات على الدائنين."

كذلك تنص الفقرة الأولى من المادة (٦٥٩) على أنه "١- يجوز للمفلس ولكل ذى مصلحة أن يطلب فى كل وقت من قاضى التفليسة إلغاء قرار قفل التفليسة لعدم كفاية أموالها =

= إذا أثبت وجود، مال كاف لمواجهة مصاريف أعمال التفليسة أو إذا سلم لأمين التفليسة مبلغا كافيا لذلك."

الحالات، كما سبق التنويه، هي حالات فردية ومنتشرة في القوانين المختلفة ولم يكن الغرض منها في الأصل إبراز فكرة طعن الغير، غير إنها حالات تصلح للقياس عليها للتدليل على وجود طعن الغير في المرافعات المدنية وكذلك المرافعات الإدارية.<sup>(1)</sup>

فضلاً عن ذلك، وعلى النحو الذى نفضله لاحقاً، فالمتتبع لأحكام محكمة القضاء الإدارى وكذلك المحكمة الإدارية العليا يُمكنه ملاحظة أنهما فى أحكامهما الأولى قد اتخذتا موقفاً مسامحاً من طعن الغير فى الأحكام الإدارية، فقد قبلت المحكمة الإدارية العليا اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لاسيما إذا ما تعلق الأمر بخصومة عينية واكتسب الحكم الإدارى الصادر فيها حجية مطلقة، مثلما هو الحال فى شأن أحكام الإلغاء.

بناء على ذلك، يمكن القول بأن القضاء الإدارى المصرى لم يُحجم تماماً عن الاعتراف بإمكانية طعن الغير الخارج عن الخصومة فى الأحكام التى صدرت فى غيبته وأضرت بحقوقه ومركزه القانونى، وحتى وإن كان الحال قد انتهى إلى رفض المحكمة الإدارية العليا لطعن الغير، فالأمر يستلزم عرض موقف المحكمة من قبول مثل هذا الطعن وموقفها المغاير برفضه لاحقاً ومسوغات هذا الرفض. غير أنه إذا ما سلمنا بأن المشرع المصرى فى مواطن متفرقة قد أكد على حق الغير صاحب المصلحة فى القانون فى الاعتراض على الأحكام التى أضرت به، وإذا كانت المحكمة الإدارية العليا فى وقت ما قد قبلت اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فالأمر يستلزم استعراض شروط قبول طعن الغير الخارج عن الخصومة أولاً قبل التعرض لبيان موقف المحكمة.

---

مثال آخر نجده فى الفقرة الرابعة من المادة (٦٨٩) على أنه "يجوز لكل ذى مصلحة الطعن فى قرار قاضى التفليسة بشأن تعيين كيفية بيع منقولات المفلس أو الإذن ببيع أمواله دفعة واحدة، مقابل مبلغ أجمالى، ويترتب على الطعن وقف تنفيذ القرار إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك".  
(1) د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٩٠.

## المبحث الثانى

### الشروط القانونية لقبول طعن الغير الموجه للأحكام الإدارية

إذا ما سلمنا بأن شرط أن يكون موضوع الطعن داخلاً فى اختصاص القضاء الإدارى هو الشرط العام الواجب توافره لقبول خصومة الطعن سواء كان طعناً من الخصوم الأصليين أو من الغير،<sup>(١)</sup> فطعن الغير يستلزم قبوله جملة من الشروط، بعضها عام تتشارك معه فيها طرق الطعن الأخرى، والبعض الآخر خاصٌ ينفرد به طعن الغير كأحد مظاهر خصوصيته.

### المطلب الأول

#### الشروط العامة لقبول طعن الغير فى الأحكام الإدارية

تتعلق الشروط العامة لطعن الغير بجملة من الأمور الواجب استيفائها على النحو الذى تضحى معه خصومة الطعن مقبولة. ونستعرض الشروط العامة لقبول طعن الغير الخارج عن الخصومة المتفق عليها فقهاً وقضاءً على النحو الآتى:

#### أولاً: شرط الصفة فى الطعن

الأصل فى سنن المرافعات المدنية والإجراءات الجنائية أنه يثبت للطاعن الصفة فى الطعن إذا ما توافرت ثلاثة عناصر أساسية: (أ) أن يكون الطاعن طرفاً فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه؛<sup>(٢)</sup> (ب) أن يرفع الطاعن طعنه بنفس الصفة التى كان مختصماً بها فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه؛<sup>(٣)</sup> (ج) أن تبقى للطاعن صفته حتى وقت رفع طعنه.<sup>(٤)</sup>

ومن الجدير بالإشارة، أن المحكمة الإدارية العليا لم تشذ عن هذا الأصل العام المقرر فى فقه المرافعات المدنية والجنائية وقضاء محكمة النقض، حيث قضت

(١) أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٠٢.

(١) انظر حكم المحكمة النقض، الطعن رقم (٩٢٠٤) لسنة ٦٤ ق. - جلسة (٢٠٠٥/٣/١٣)، نقض مدنى - مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول (العدد الذهبى ١٩٥٧ - ٢٠٠٦)، السنة الخمسون، يناير - مارس (٢٠٠٦)، ص. ١٥٥.

(١) انظر حكم المحكمة النقض، الطعن رقم (٣٤٥) لسنة ٤٢ ق. - جلسة (١٩٧٦/٢/١٠)، نقض مدنى - مكتب فنى ٢٧، ص. ٤١٤.

(٢) انظر حكم المحكمة النقض، الطعن رقم (٥٢٤) لسنة ٣٧ ق. - جلسة (١٩٧٣/١/٢٥)، نقض مدنى - مكتب فنى ٢٤، ص. ١٠٨.

في حديث أحكامها "يُشترط في الطاعن أن يكون طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، سواء كان خصماً أصلياً أم متدخللاً في الخصومة. أما من لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم، فلا يجوز له الطعن بأية طريقة من طرق الطعن في الأحكام التي نص عليها القانون."<sup>(١)</sup>

وفي تأكيدها على ضرورة توافر صفة الطرف في الطاعن وقت التقرير بالطعن واستمرارها، قضت المحكمة الإدارية العليا أن الخصومة "لا تتعقد إلا بين أشخاص أحياء موجودين على قيد الحياة فإن وجهت إلى خصم ميت كانت معدومة فلا ترتب أثراً سيما وأنه من المقرر أنه يقع على عاتق صاحب الشأن مراقبة ما يطرأ على خصمه في النزاع المطروح أمام القضاء من تغير في الصفة أو من وفاة حتى يوجه خصومته إلى من يصح اختصاصه قانوناً وذلك في أية مرحلة يكون فيها النزاع. [فالخصومة في الطعن لا تتعقد] إذا وجهت ضد شخص ميت."<sup>(٢)</sup>

وتجدر الإشارة أن المحكمة قد ميزت بين حالة ما إذا فقد الطاعن صفة الطرف في الخصومة نظراً لوفاته قبل إقامته للطعن، وحالة ما إذا فقد الصفة لوفاته بعد إقامة الطعن وأثناء نظر الخصومة فيه. ففي الحالة الأولى عدت خصومة الطعن غير مقبولة، أما في الحالة الثانية فينتهي الأمر إلى انقطاع سير خصومة الطعن ولا تستأنف إلا بتجديدها وفقاً للأحكام العامة لتجديد الخصومة القضائية.<sup>(٣)</sup> وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "إن مجرد وفاة أحد الخصوم يترتب عليه بقوة القانون

---

(3) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣٠٢٤) لسنة ٤٣ ق. - جلسة (٢٠٠٣/٥/١٠). كذلك قضت أن "حق الطعن بطريق التماس إعادة النظر مقرر فقط للخصوم في الدعوى موضوع الحكم موضوع التماس دون سواهم وقد استقرت أحكام محكمة النقض على أنه يتعين أن يكون الطاعن خصماً حقيقياً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه. ولا يكفي أن يكون طرفاً في الدعوى إنما يتعين علاوة على ذلك أن يكون قد نازع خصمه في مزاعمة وطلباته ولا يكفي لاعتبار لشخص خصماً حقيقياً أن يرد اسمه في ديباجة الحكم إنما الرجوع إلى الواقع المطروح في الدعوى لاستخلاص ما إذا كان يعتبر خصماً حقيقياً من عدمه." حكمها في الطعن رقم (٤٣٢٢) لسنة ٤٦ ق. - جلسة (٢٠٠٧/٢/٧).

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٢٤٠٧) لسنة ٤٨ ق. - جلسة (٢٠٠٧/٢/٢٧). وكذلك حكمها في الطعن رقم (٥٢٥) لسنة ٤٥ ق. - جلسة (٢٠٠٥/٢/١٢)، مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا (٢٠٠٤ - ٢٠٠٥) - ٢٠٠٦، ص. ٣٤٨.

(2) أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٠٨.

انقطاع سير الخصومة من تاريخ تحقق هذا السبب ما دامت الدعوى غير مهياًة للفصل في موضوعها . . . ولا تستأنف الدعوى سيرها بعد الانقطاع إلا باتخاذ إجراء من الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، وبالتالي لا يصح اتخاذ أي إجراء من إجراءات نظر الدعوى أثناء فترة الانقطاع وفي غيبة من يقوم مقام الخصم الذي توفي، وإلا وقع الإجراء باطلاً بنص القانون لإتمامه في غيبة أحد أطراف الدعوى ودون أن تتعقد الخصومة بين من يحل محل المتوفى والطرف الآخر فيها.<sup>(١)</sup>

بالإضافة إلى ذلك، تنعدم الصفة في الطعن إذا ما لم يثبت أن الطاعن ليس محكوماً عليه أو أن المطعون ضده ليس محكوماً له في الخصومة الأصلية.<sup>(٢)</sup> فقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن تحديد مدعى توافر الصفة في الطعن أو انعدامها يرتبط ارتباطاً وثيقاً بقبول الطلبات وجواز القضاء بها في الخصومة الأصلية.<sup>(٣)</sup> تأسيساً على ذلك، تنتفي صفة الطاعن في الطعن إذا ما حكم له بطلانته كمدع في الخصومة الأصلية، أو برفض طلبات خصمه إذا كان مدعياً عليه في الخصومة الأصلية.<sup>(٤)</sup>

فإذا كان ما سبق ذكره يُمثل الأصل العام من حيث أن الطاعن تثبت له الصفة في طعنه إذا ما كان طرفاً (خصماً) محكوماً عليه في الخصومة الأصلية التي صدر فيها الحكم المزمع الطعن فيه، فإن الأمر يبدو مختلفاً إذا ما تعلق بطعن الغير الخارج عن الخصومة. فمنطق القانون السليم يستلزم القول بأن طعن الغير الخارج عن الخصومة يتطلب توافر صفة الغيرية في الطاعن ليغدو طعنه مقبولاً،<sup>(٥)</sup> وهو الأمر الذي يعنى أن صفة الخصم وصفة الغيرية لا يتصور اجتماعهما معاً في

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٧٨٨٠) لسنة ٤٥ ق. - جلسة (٢٠٠٣/٤/٣)؛ كذلك حكمها في الطعن رقم (٦٥١٣) لسنة ق. ٤٦ - جلسة (٢٠٠٣/٧/١٠).

(2) أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٠٩.

(3) المرجع السابق.

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣٨٥٢) لسنة ٤٧ ق. - جلسة (٢٠٠٥/٤/٢٣)، مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا (٢٠٠٤ - ٢٠٠٥) - ٢٠٠٦، ص. ٦٤.

(2) د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير في الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٧٤.

شخص واحد،<sup>(١)</sup> فالغير لم يكن فى الأصل خصماً فى الدعوى التى صدرت فيها الحكم الذى أضر بحقوقه وأخل بمركزه القانونى، بل هو أحد الأشخاص الخارجين عن الخصومة الأصلية ولم يكن ممثلاً فيها.

بناء على ذلك، يفترق شرط الصفة فى طعن الغير عما عداه من طرق الطعن القضائية الأخرى، فإذا كانت الصفة فى طرق الطعن الأخرى لا تثبت للطاعن إلا إذا كان محكوماً عليه فى خصومة كان طرفاً ممثلاً فيها، فإن الصفة فى طعن الغير تعنى ضرورة أن يكون الطاعن من الغير الخارج عن الخصومة الأصلية التى صدر فيها الحكم المطعون عليه. غير أنه ثمة تساؤل جديرٌ بالطرح فى مقامنا هذا، وهو كيف يكون متصوراً أن تثبت لأحد الأشخاص صفة الخصم بالنسبة للحكم القضائى المطعون فيه فى حين يمكن أن تثبت لشخص آخر صفة الغيرية بالنسبة لذات الحكم؟ تكمن الإجابة على هذا التساؤل فى طبيعة الحكم القضائى نفسه الذى يتسع نطاقه الشخصى ليشمل، إلى جانب الخصوم الأصليين فى الدعوى التى صدر فيها، الأغير الخارجين عن الدعوى الأصلية. فكما سبق القول، فالنطاق الشخصى للخصومة لا يتغير بيانه العدى بحيث لا يمتد ليستوعب غير الخصوم الأصليين فيها، إنما يكتسب الشخص صفة الغير بالنسبة للخصومة والحكم الصادر بنفى صفة الخصم عنه، فكل من لم يكن خصماً فى الخصومة الأصلية يضحى من الغير بالنسبة إلى الحكم القضائى الصادر فيه.

قياساً على ذلك، وفى سبيل تحديد صفة الغير فى طعن الخارج عن الخصومة، يمكن القول إن تلك الصفة تلحق بكل شخص لم يكن ممثلاً شخصياً ولا بالنيابة فى الخصومة الأصلية التى صدر فيها الحكم القضائى ولم يكن قد استدعى إليها أصلاً - أى أنه لم يكن مدعياً فيها ولا مدعياً عليه ولم يكن قد تدخل أو أدخل فيها ولم ينتفع من الضمانات القانونية المقررة للخصوم فيها.<sup>(٢)</sup> وعلى ذلك، يمكن

(3) المرجع السابق.

(1) انظر فى ذلك، أ.د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز فى القضاء الإدارى، دار الفكر العربى: القاهرة (١٩٧٠)، ص ٨٦٥؛ د. إسماعيل البدوي، طرق الطعن فى الأحكام الإدارية، دار الفكر الجامعى: الإسكندرية (٢٠١٣)، ص ١٦٣.

القول بأن صفة الغيرية هي سفة سلبية تتحدد بمجرد الوقوف على حقيقة صفة الخصم فى الدعوى،<sup>(١)</sup> فمجرد إضفاء صفة الخصم على أشخاص الدعوى، أصبح كل من لم تثبت له هذه الصفة من الغير. فإذا كان هذا هو المقصود من صفة الغير، فيضحي لازماً، إعمالاً لمقتضيات العدالة فى أبسط صورها، تخويل هذا الغير إمكانية الاعتراض على الحكم القضائى الصادر فى الخصومة التى لم يكن ممثلاً فيها حال ما إذا توافرت موجبات الطعن كأن يكون قد لحق بحقوقه وبمركزه القانونى ضرر من الحكم.

نخلص من ذلك أن صفة الغير فى الخصومة تثبت لكل من لم يكن طرفاً فيها وذلك إذا ما أحجم عن تقديم طلبات قضائية فيها ولم تقدم طلبات ضده.<sup>(٢)</sup> ومع ذلك وجب التتويه على أنه قد يكون الشخص من الغير عند البدء فى سير إجراءات الخصومة، وذلك قبل أن يصير لاحقاً طرفاً فيها إذا ما قدم أو قدم ضده طلباً قضائياً قبل قفل باب المرافعة أو إذا ما تم إدخاله فى الخصومة بناء على أمر من هيئة مفوضى الدولة. كذلك قد يكون الشخص من الغير بالنسبة للخصومة عند البدء فى إجراءاتها أمام محكمة أول درجة، ولكنه قد يصبح طرفاً فى خصومة الطعن أمام محكمة القضاء الإدارى أو المحكمة الإدارية العليا إذا ما تدخل أو أدخل فيها، ويكون التدخل أمام المحكمة الإدارية العليا تدخلاً انضمامياً حيث لا يجوز التدخل الهجومى أمامها لأول مرة.

وبالمثل، فمن المتصور أن يكون الشخص طرفاً فى الخصومة عند البدء فى إجراءاتها، وذلك قبل أن يضحى من الغير فيها إذا ما تنازل عن طعنه لباقى الطاعنين أو إذا ما قرر الخروج من الخصومة أو كان قد أخرج منها.<sup>(٣)</sup> بالإضافة إلى ذلك، قد يصير الشخص من الغير فى الخصومة حتى ولو كان طرفاً فى خصومة أخرى وثيقة الصلة بها، كأن يكون الشخص طرفاً فى خصومة أول درجة،

(2) د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٢١٣.

(3) د. محمود مizar حسن خليفة، طعن الخارج عن الخصومة فى قضاء مجلس الدولة : دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس (٢٠٠٨)، ص. ٧٨.

(1) د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٢١٦.

ولكنه يصبح من الغير فى خصومة الطعن فى حالة ما إذا لم يوجه الطعن ضده أو إذا ما قرر عدم الطعن فى الحكم الصادر فى الخصومة الأولى.<sup>(١)</sup> فضلاً عن ذلك، فمن المتصور أن يصير صاحب الصفة الحقيقية من الغير بالنسبة إلى الحكم القضائى الصادر فى خصومة ما طالما لم يتم اختصاصه فيها، ويظل من الغير حتى ولو تم الطعن على هذا الحكم لاحقاً ممن صدر الحكم عليه من دون أن تكون له صفة فى التقاضى، وذلك ببساطة لأن الدعوى لم ترفع عليه ابتداءً ولم يتدخل ولم يتم اختصاصه فيها رغم كونه صاحب الصفة الحقيقية الواجب اختصاصه.<sup>(٢)</sup>

(2) المرجع السابق.

(1) وإعمالاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها أنه "ومن حيث أنه بالإطلاع على تقرير الطعن يبين أنه أودع من إدارة قضايا الحكومة نائبة عن السيد وكيل وزارة الصحة بصفته مديراً لمديرية الصحة بمحافظة الإسكندرية. ومن حيث أن الدعوى رقم ١٣ لسنة ٢٢ القضائية قد أقيمت ضد وكيل وزارة الصحة باعتباره مديراً لمديرية الصحة بمنطقة الإسكندرية وصدر الحكم ضده ولم يختصم محافظ الإسكندرية باعتباره صاحب الصفة فى التقاضى طبقاً لقانون الحكم المحلى ومن ثم لم تكن المحافظة طرفاً فى الخصومة أو محكوماً عليها فيها ولذلك فما كان يمكن رفع الطعن بحكم الضرورة إلا من مديرية الشئون الصحية الصادر ضدها الحكم باعتبارها صاحبة الصفة فى الطعن والمصلحة فيه وأن لم تكن لها أصلاً صفة فى التقاضى فى الدعوى أمام المحكمة التأديبية ولا أهلية لذلك لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية إذ أن الحكم المطعون فيه وقد ألزمها بإلغاء القرار موضوع الدعوى فإنه يحق لها الطعن فى الحكم لأنه هو وسيلتها الوحيدة لتصحيح الخطأ الواقع فى الحكم والتخلص من آثاره تطبيقاً للمادة ٣٣٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية." حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (١٦٨٩) لسنة ٢٦ ق. - جلسة (١٩٨٤/٦/٢٣)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٢٩، صفحة ١٢٨٣ القاعدة رقم ٢٠٤.

انظر كذلك قضاء المحكمة "أن الحكم المطعون فيه، صدر ضد كلية الطب بجامعة الإسكندرية إذ لم تختصم جامعة الإسكندرية ذاتها فى الدعوى، ولم يصحح شكل الدعوى بإدخال الجامعة فيها، باعتبارها صاحبة الصفة فى التقاضى وفقاً لأحكام القانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ فى شأن تنظيم الجامعات فى الجمهورية العربية المتحدة، فلم تكن جامعة الإسكندرية طرفاً فى الخصومة، أو محكوماً عليها فيها ومن ثم فما كان يمكن رفع الطعن بحكم الضرورة إلا من كلية الطب الصادر عليها الحكم باعتبارها صاحبة الصفة فى الطعن والمصلحة فيه، وإن لم تكن لها أصلاً صفة فى التقاضى فى الدعوى أمام المحكمة الإدارية، ولا أهلية لذلك، لعدم تمتعها بشخصية اعتبارية، إذ أن الحكم المطعون فيه، بإلزامه بشئ لخصمه، أو برفضه طلب من طلباته، بحيث يكون غرضه من الطعن =

= إلغاء هذا الحكم أو تعديله، بإقالته ما حكم عليه به، أو بإجابته إلى ما رفض من طلباته، قد نصت المادة ٣٧٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه "لا يجوز الطعن فى الأحكام إلا من المحكوم عليه" وغنى عن البيان أن المحكوم عليه هو صاحب المصلحة فى الطعن، لأنه هو وسيلته الوحيدة لتصحيح الخطأ الواقع فى الحكم، والتخلص من آثاره." حكمها فى الطعن رقم (٩٧٥) لسنة ٨ ق. - جلسة (١٩٦٧/٤/٣٠)، مكتب فنى سنة ١٢، ص. ٩٨٥.



تبقى نقطة هامة نود الإشارة إليها وهي أنه ليس كل من كان ممثلاً فى الخصومة يمكن وصفه بالطرف فيها. فعلى سبيل المثال، يُعتبر القضاة ومفوضو الدولة وكتبة الجلسات والمحضرون وكل من قام بأعمال الخبرة من الغير فى الخصومة، فعلى الرغم من الأعمال والإجراءات المتخذة من قبلهم فيها إلا أنه لم تثبت لهم صفة الخصم بأى حال من الأحوال،<sup>(١)</sup> وذلك على سند من أن ما قاموا به من أعمال وما تم اتخاذه بواسطتهم من إجراءات لا تعد من قبيل الطلبات القضائية التى تتحدد بها صفة الخصوم فى الدعوى. فالاختصاص بالمعنى الدقيق من شأنه أن يجعل الغير خصماً فى الخصومة، أما مثل الغير فى الخصومة من دون اختصاصه فيها فلا ينتج عنه تحوله من غير إلى خصم فيها.<sup>(٢)</sup>

وفيما يتعلق بهيئة قضايا الدولة باعتبارها تتولى النيابة القانونية عن الدولة، فيجوز لها أن تتقدم بطعن الغير نيابة عن الشخص الاعتبارى العام الذى لحقه ضرر من الحكم القضائى الصادر فى خصومة لم يكن ممثلاً فيها. أما بالنسبة لهيئة مفوضى الدولة، فهى تستمد الصفة فى الطعون التى تقدم منها من القانون مباشرة، وبالتالي لا يصدق على الهيئة وصف الغير فى الطعون المقدمة منها. فإذا كان المشرع قد خول للهيئة الطعن فى أحكام المحاكم الإدارية أمام محكمة القضاء الإدارى وفى أحكام تلك الأخيرة والمحاكم التأديبية أمام المحكمة الإدارية العليا،<sup>(٣)</sup>

(١) د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٢٢٠.

(٢) أ.د. أحمد مليجى، اختصاص الغير وإدخال ضامن فى الخصومة المدنية، دار الفكر العربى، القاهرة: دون سنة نشر، ص. ٥٣.

(١) تنص المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن "أحكام المحاكم التأديبية نهائية ويكون الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا فى الأحوال المبينة فى هذا القانون. ويعتبر من ذوى الشأن فى الطعن الوزير المختص ورئيس الجهاز المركزى للمحاسبات ومدير النيابة الإدارية. وعلى رئيس هيئة مفوضى الدولة بناء على طلب من العامل المفصول أن يقيم الطعن فى حالات الفصل من الوظيفة."

وكذلك نصت المادة (٢٤) من نفس القانون على أنه "يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى أو من المحاكم التأديبية وذلك فى الأحوال الآتية: ١. إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله. ٢. إذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم. ٣. إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشئ المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع."

ويكون لذوى الشأن ولرئيس هيئة مفوضى الدولة أن يطعن فى تلك الأحكام خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم وذلك مع مراعاة الأحوال التى يوجب عليه القانون فيها الطعن فى الحكم. أما

فإنما تطعن بمقتضى دورها الوظيفي كأمينة على الدعوى الإدارية، وليس لكونها تستهدف مصلحة شخصية.

### ثانياً: شرط المصلحة في الطعن

تنص المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه "لا تقبل الطلبات الآتية: (أ) الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية . . .". يُفهم من ذلك، أن شرط المصلحة بجانب شرط الصفة يمثلان معاً مناط قبول الإجراءات في سنن المرافعات الإدارية مثلما هو الحال في مألوف المرافعات المدنية وكذلك الدعاوى الجنائية.<sup>(١)</sup> فضلاً عن ذلك، يتضح من نص المادة (١٢) أن شرط المصلحة واجب توافره في الدعاوى الابتدائية وكذلك في خصومة الطعن، وهو الأمر الذي يفصح عنه لفظ "الطلبات" الوارد في المادة (١٢)، فوصف الطلب القضائي يصدق على ما يتقدم به أحد أشخاص الدعوى إلى القضاء لعرض إدعائه طالبا الحكم له به سواء تم ذلك في الخصومة الأصلية أو في خصومة الطعن. ومصدقاً لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا أن لفظ "الطلبات" الوارد في المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة "كما تشمل الدعاوى تشمل أيضاً الطعون المقامة عن الأحكام باعتبار أن الطعن هو استمرار لإجراءات الخصومة بين الأطراف ذوى الشأن وأن الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا يعيد طرح النزاع برمته - شكلاً وموضوعاً - أمام تلك المحكمة لتتنزل فيه صحيح حكم القانون . . ." <sup>(٢)</sup>

الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري في الطعون المقامة أمامها في أحكام المحاكم الإدارية فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا من رئيس مفوضي الدولة خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم وذلك إذا صدر الحكم على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا أو إذا كان الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لهذه المحكمة تقريره."<sup>(١)</sup> وفي معرض تأكيدها على ضرورة التيقن من توافر شرط المصلحة في الطعن، قضت المحكمة الإدارية العليا في حديث أحكامها أنه "على القضاء الإداري حتماً مقضياً أن يجتهد رأيه ولا يألُو في تحديد مفهوم المصلحة بالنسبة للدعاوى التي تطرح في ساحته - سواء كانت من دعاوى الإلغاء أو مما اصطلح على تسميته بدعاوى القضاء الكامل - بتفسير النصوص - التي تشترط المصلحة لقبول الدعاوى - تفسيراً ينأى بالمرافعات الإدارية - بوجه عام - عن أن تكون من دعاوى الحسبة." حكمها في الطعن رقمي (٣٠٩٥٢) و (٣١٣١٤) لسنة ٥٦ ق. - جلسة (٢٠١٠/٩/١٤).

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٦٦٥) لسنة ٢٨ ق. - جلسة (١٩٨٩/٢/١١)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٤، الجزء الأول، صفحة ٥٤١، القاعدة رقم ٨٢؛ كذلك حكمها في الطعن رقم (٤٣١٦) لسنة ٣٧ ق. - جلسة (١٩٩٥/٣/١١)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٤٠، الجزء الثاني، صفحة ١٣٢٣، قاعدة رقم ١٣٥؛ حكمها في الطعن

والعبرة في تحديد مدى توافر مصلحة الطاعن في طعنه تكون برفض طلباته الأصلية كلها أو بعضها حتى وإن حكم له بطلباته الإضافية والاحتياطية. بناء على ذلك، تنتفى مصلحة الطاعن في الطعن على الحكم القضائي الصادر بإجابته لجميع طلباته الأصلية،<sup>(١)</sup> بينما تثبت له المصلحة في الطعن على الحكم القضائي الصادر برفض كل أو بعض طلباته الأصلية.<sup>(٢)</sup> وكما سبق الذكر، فقد استقر القضاء الإداري المصري على أنه، من الناحية الإجرائية، شرط المصلحة هو شرط ابتداء وانتهاء بحيث أنه يُشترط توافره عند رفع الدعوى الإدارية واستمرار تواجده لحين انتهاء الدعوى بصدور حكم نهائي فيها.<sup>(٣)</sup> وبالتالي، وفيما يتعلق بخصوصية الطعن، يكون من المتعين توافر شرط المصلحة في الطاعن في وقت إقامته للطعن - أي وقت إيداع صحيفة الطعن.<sup>(٤)</sup>

علاوة على ذلك، فالعبرة في تقدير توافر المصلحة من عدمه يكون بما ورد في منطوق الحكم من إجابة المدعى لطلباته أو رفضها، وذلك بصرف النظر عما ورد في الحكم من أسباب استند إليها منطوقه.<sup>(٥)</sup> وبالتالي تنتفى مصلحة المدعى عليه في الطعن إذا ما أفصح منطوق الحكم عن رفض طلبات خصمه في الدعوى بصرف النظر عن الأسباب التي تأسس عليها هذا الرفض.<sup>(٦)</sup>

وإذا كانت الشروط السابقة يتعين توافرها للقول بأن للطاعن مصلحة جديدة ومباشرة في طعنه، فغنى عن البيان أن مصلحة الطاعن في طعنه تتحقق كذلك

---

رقم (٢١٧) لسنة ٤٦ ق. - جلسة (٢٠٠٥/٤/٢)، مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا (٢٠٠٤ - ٢٠٠٥)، ص. ٤١٩.

(2) أ.د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠٠٦)، ص. ٥٩٩.

(1) المرجع السابق.

(2) انظر قضاء المحكمة الإدارية العليا أنه "وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن شرط المصلحة هو شرط جوهرى يتعين توافره ابتداء عند إقامة الدعوى، كما يتعين استمراره قائماً حتى صدور حكم نهائي فيها." حكمها في الطعن رقم (٣١٤٢١) لسنة ٥٢ ق. - جلسة (٢٠٠٧/٣/١٧).

(3) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٤٣٩) لسنة ٤٨ ق. - جلسة (٢٠٠٥/١/٢)، منشور بمجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا (٢٠٠٤ - ٢٠٠٥)، ص. ٤٢١.

(4) أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١٠٥-١٠٦.

(1) المرجع السابق.

بافتراض أن الحكم القضائي محل الطعن قد ألحق بحقوقه وبمركزه القانوني ضرراً محققاً بحكم أنه قد أصبح حجة عليه،<sup>(١)</sup> بحيث يمثل الطعن بالنسبة له الوسيلة القانونية المتاحة لرفع الظلم الواقع عليه وجبر الضرر الذي لحق به عن طريق المطالبة بإلغاء الحكم أو بتعديله. وقياساً على ذلك، وبافتراض إمكانية أن يلحق بالغير الخارج عن الخصومة ضرراً من الحكم القضائي الصادر في الخصومة التي لم يكن ممثلاً فيها، فيمكن القول بأن فكرة الضرر المترتب على الحكم تمثل نقطة الإنقاء وتقارب مصلحة الخصوم في الطعن ومصلحة الغير فيه.

### ❖ مصلحة الغير في الطعن في القانون والقضاء الإداري المصري

كانت المادة (٤٥٠) من قانون المرافعات القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ تنص على أنه "يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم." في حين نصت المادة (٤٧٤) من نفس القانون على أنه "لا يجوز للغير أن يؤدي المحكوم به ولا أن يجبر على أدائه إلا بعد إعلان المحكوم عليه بالعزم على هذا التنفيذ قبل وقوعه بثمانية أيام على الأقل. ويعمل بهذا الحكم إذا كان سند طالب التنفيذ عقداً رسمياً."

(2) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن أن "الأصل أنه لا يجوز الطعون في الأحكام إلا من المحكوم عليه على ما هو منصوص عليه بالمادة ٢١١ من قانون المرافعات بحسبان أن المحكوم عليه هو صاحب المصلحة في الطعن، إلا أنه يكفي لقبول الطعن في قضاء الإلغاء أن تتحقق المصلحة المقررة قانوناً في الطاعن، وقد نصت المادة ٢٣ من قانون مجلس الدولة على أن يكون لذوى الشأن و لرئيس هيئة مفوضى الدولة الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري فإذا كانت الطعون الماثلة مقامة من الطاعنين بصفتها ممثلين للجهة الإدارية و كانا قد إختصما لهذه الصفة أمام محكمة القضاء الإداري بالأسكندرية، إلا أنهما لم يبديا دفاعاً في شأن موضوع تلك الدعاوى، و قد أكد بتقارير الطعون أن القرار المطعون فيه هو قرار تنظيمي عام مشوب بعيب ينحدر به إلى درجات الإنعدام، فعلى ذلك لا يصح القول بعدم قبول الطعون لإنتفاء المصلحة، ذلك أن قيام الأحكام المطعون فيها بما تثبت لها من حجية في مواجهة الخصوم في الدعوى و منهم الطاعنان مفادها صحة القرار المطعون فيه و مشروعيته في حين يؤكد الطاعنان إنعدام هذا القرار مما تتحقق معه المصلحة المتغيرة قانوناً لقبول الطعون المقدمة منهما، ويتعين الحكم بقبولها خاصة وأن مدار الطعن امام المحكمة الإدارية العليا على ما جرى =

= عليه قضاؤها هو أمر مشروعية القرار المطعون فيه الذي يجوز عرضه عليها من أى ذوى الشأن." حكمها في الطعن رقم (١٨٢٢) لسنة ٣٠ ق. - جلسة (١٩٨٧/١/٣١)، مكتب فنى ٣٢ صفحة رقم ٧٥٢.

القراءة المتأنية لنص المادتين معاً تفصح عن موقف المشرع المصرى فى قانون المرافعات القديم بشأن مصلحة الغير فى الطعن. بعبارة أكثر تحديداً، يُستفاد من نص المادة (٤٥٠) أن المشرع قد عمد إلى ربط مصلحة الغير فى الطعن بكون الحكم محل الطعن قد أضحى حجة عليه، وبالتالي لا يكون للغير مصلحة فى الطعن على الحكم القضائى إلا إذا ثبت أن هذا الحكم حجة عليه. أما المادة (٤٧٤) فهى تفترض أن للغير الطاعن حقاً أضير من الحكم محل الطعن، وهو الأمر الذى يعنى أن فكرة المصلحة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بضرورة أن يلحق بالغير ضرر.<sup>(١)</sup>

من الجدير بالإشارة كذلك أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ قد نصت فى المادة (٣٤١) منها على أن "كل حكم يكون متعدياً لغير المحكوم عليه مباشرة يجوز لمن يتعدى إليه أن يطعن فيه. فإن كان الحكم انتهائياً كان الطعن بطلب إعادة نظر القضية أمام المحكمة التى أصدرته. وإن كان ابتدائياً كان الطعن فيه بطريق الاستئناف." بناء على ذلك، يمكن القول بأن المشرع فى لائحة المحاكم الشرعية قد افترض وجود مصلحة للغير فى طعنه إذا ما تعدى إليه أثر الحكم محل الطعن.<sup>(٢)</sup> وفكرة تعدى أثر الحكم المحكوم عليه ليمس بحقوق الغير لا تعنى سوى أن الحكم قد أصبح حجة على الغير وألحق به ضرراً. بالتالى يتسع مفهوم تعدى أثر الحكم ليشمل الحجية والضرر معاً فتثبت للغير مصلحة فى الطعن على الحكم المتعدى أثره إليه.

واستمراراً على تأكيد موقفه بشأن ربط توافر مصلحة الغير فى الطعن بكون أن الحكم محل الطعن قد تعدى أثره إليه وأصبح حجة عليه ملحقاً ضرراً به، فقد نص المشرع المصرى فى الفقرة الثامنة من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الآتية: ٨- لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى

(١) انظر فى ذلك المعنى، د. عبد الحفيظ على الشيمى، طعن الخارج عن الخصومة أمام القضاء الإدارى: دراسة تطبيقية للطعن فى الأحكام الصادرة بإلغاء القرار الإدارى فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية: القاهرة (٢٠٠٤)، ص. ١٣٢.

(٢) انظر المرجع السابق.

حجة عليه ولم يكن قد ادخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم."

أما بخصوص موقف القضاء الإداري من شرط المصلحة في طعن الغير الخارج عن الخصومة، فقد أفصحت المحكمة الإدارية العليا عن عدد من المبادئ الرئيسية الحاكمة لشرط المصلحة. ولعل أبرز هذه المبادئ تتمثل في قضاء المحكمة الإدارية العليا بأنه تثبت للغير مصلحة في الطعن متى كان الحكم الصادر من شأنه الإضرار بحقوقه عن طريق منعها أو تقييدها أو الانتقاص منها لاسيما حقوقه الدستورية الأساسية مثل الحق في الانتخاب والترشيح.<sup>(1)</sup>

فضلاً عن ذلك، أحياناً ما نجد المحكمة الإدارية العليا تصف مصلحة الغير الخارج عن الخصومة باعتبارها المصلحة الحقيقية في الخصومة إذا ما تعلق الأمر بضرورة رفع الضرر الحادث من جراء تنفيذ الحكم محل الطعن على الغير، وهو الأمر الذي يعكس اعترافاً ضمنياً من المحكمة بأن الحكم القضائي قد يكون حجة على الغير الذي ظل أجنبياً عن الخصومة لحين صدوره وألحق ضرراً به. وفي ذلك تقول المحكمة "لا مناص من رفع ضرر التنفيذ عن هذا الغير الذي لم يكن طرفاً في المنازعة و ذلك بتمكينه من التداوى بالطعن في هذا الحكم . . . والقول بغير هذا فيه حرمان لصاحب المصلحة الحقيقية من حق اللجوء إلى القضاء تظلماً من حكم في منازعة لم يكن طرفاً فيها و لم يعلم به و تمسآثار هذا الحكم حقوقاً له."<sup>(2)</sup> وفي نفس الحكم، أكدت المحكمة الإدارية العليا أن مصلحة الغير الخارج عن الخصومة في الطعن تتأكد إذا ما أخذ الضرر الذي لحق به شكل المساس بحقوقه سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، حيث ذكرت المحكمة أن الحكم محل الطعن لا بد وأن "يمس بطريقة مباشرة أو غير مباشرة حقوقاً و مصالح ومراكز قانونية مستقرة للغير الذي كان يتعين أن يكون أحد الطرفين الأصليين في المنازعة."<sup>(3)</sup>

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٦٣) لسنة ٣٧ ق. - جلسة (١٩٩٠/١١/٢٦).

(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٣٧٥) لسنة ٧ ق. - جلسة (١٩٦٥/٥/٩)، مكتب

فني ١٠ صفحة رقم ١٣٢٩.

(1) انظر حكم المحكمة السابق.

من الجدير بالذكر أيضاً أن المحكمة الإدارية العليا قد أكدت على أن من شروط قبول طعن الغير الخارج عن الخصومة أن يكون له مصلحة قانونية أو مادية وذلك حين قضت "أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن للشخص الذى مس الحكم الصادر فى دعوى مصلحة له قانونية أو مادية، حق الطعن فيه بكافة الطرق الطعن المقررة قانوناً حتى ولو لم يكن قد علم بالدعوى أو تدخل فيها..."<sup>(1)</sup>

### المطلب الثانى

#### الشروط الخاصة لقبول طعن الغير فى الأحكام الإدارية (شروط ميعاد الطعن)

تتمثل الشروط الخاصة لقبول طعن الغير فى شرط الميعاد. وعلى الرغم من أن شرط الميعاد هو أحد الشروط التى تتشارك فيها طرق الطعن المختلفة، إلا أن لشرط الميعاد خصوصية خاصة فيما يتعلق بطعن الغير الخارج عن الخصومة. فإذا كان الشرطان المتعلقان بالصفة والمصلحة فى الغير الطاعن، على النحو السابق بيانه، يتشابهان فى العديد من المواطن مع الصفة والمصلحة الواجب توافرها فى الطاعنين من الخصوم الأصليين، فشرط الميعاد فى طعن الغير يفترق عن شرط الميعاد الواجب توافره لقبول الطعون المقدمة من الأطراف الأصلية فى الخصومة.

#### أولاً: بدء سريان ميعاد الطعن

فيما يتعلق بانطلاق حساب ميعاد الطعن فى الأحكام القضائية، ورد الأصل العام فى المادة (٢١٣) من قانون المرافعات الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ حين نصت على أنه "يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه فى الأحوال التى يكون فيها قد تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة ولا أمام الخبير، وذلك إذا تخلف عن الحضور ولم يقدم مذكرة إلى المحكمة ولا إلى الخبير فى جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأي سبب من الأسباب. كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا

(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (١٥٢٣) لسنة ٥ ق. - جلسة (١٩٦٢/٤/٢٨)، مكتب فنى ٧ صفحة رقم ٧٣١.

حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته.

يتضح من نص المادة السابق أنه كأصل عام يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ صدور الحكم - أى من تاريخ النطق به - وذلك إذا كان المحكوم عليه الطاعن قد حضر جميع أو بعض الجلسات المحددة لنظر الدعوى وقدم مذكرة دفاعه.<sup>(١)</sup> غير أن المشرع الإجرائي قد قرر الخروج عن هذا الأصل في الحالات التي قدر فيها شائبة جهل المحكوم عليه بصدور الحكم، إذا ما تخلف عن حضور الجلسات ولم يقدم مذكرة دفاعه أو إذا انقطعت الخصومة بالنسبة له ولم يتم اختصام من يقوم مقامه، بحيث يبدأ ميعاد الطعن في هذه الحالات من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً قانوناً.

ومثلما هو الأمر فى مألوف المرافعات المدنية والتجارية، تجرى الحال فى المرافعات الإدارية، فإذا كان المشرع قد نص فى المادة (٤٤) من قانون مجلس الدولة الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن "ميعاد رفع الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا ستون يوماً من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه"، فقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها "أنه ولئن كان ميعاد الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا طبقاً لنص المادة ٤٤ من قانون مجلس الدولة المشار إليه، وهو ستون يوماً من تاريخ صدور الحكم - إلا أن هذا الميعاد لا يسري فى حق ذى المصلحة فى الطعن الذى لم يعلن بإجراءات المحاكمة إعلاناً صحيحاً وبالتالي لم يعلم بصدور الحكم فيها إلا من تاريخ عمله اليقيني بهذا الحكم."<sup>(٢)</sup>

يُستفاد من ذلك أن الأصل العام الوارد فى المادة (٢١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، بشأن بدء سريان ميعاد الطعن ينطبق على المرافعات

---

(١) تكمن الحكمة من تقرير هذا الأصل العام فى تصور المشرع أن الخصم يفترض فيه عادة العلم بالخصومة وبما اتخذ فيها من إجراءات على أساس أن المحكوم عليه ينبغي عليه متابعة الخصومة، بالتالى فليس من المستغرب بدء سريان ميعاد الطعن فى مواجهته من تاريخ النطق بالحكم القضائي.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٢٢) لسنة ٢٧ ق. - جلسة (١٩٨٣/١٢/٣)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٢٩، صفحة ٢٠٠، القاعدة رقم ٢٩؛ كذلك حكمها فى الطعن رقم (٨٢٦) لسنة ٦ ق. - جلسة (١٩٦٢/١/٦)، مكتب فنى ٧، صفحة ٢١٣.



الإدارية متى كان قد تم إعلان الطاعن بتاريخ جلسة نظر الدعوى التي صدر فيها الحكم،<sup>(١)</sup> حيث أنه بهذا الإعلان يُفترض أنه قد خبر تاريخ الجلسة مما يمكنه من الحضور بنفسه أو من يمثله وتقدم مذكرات دفاعه.<sup>(٢)</sup> أما إذا ما تم إعلانه ولم يحضر، فيتوافر في شأنه قرينة العلم اليقيني ويبدأ ميعاد الطعن بالنسبة له من تاريخ صدور الحكم.<sup>(٣)</sup> والأمر نفسه ينطبق حال ما إذا كان مقدم الطعن هو رافع الدعوى الأصلية أو متدخلٌ منظمٌ إليه أو مختصم إلى جانبه،<sup>(٤)</sup> فهو لاء يفترض فيهم متابعة دعواهم، فإن تقاعسوا عن الحضور وموالاته الإجراءات فلا مجال لتذرعهم بعدم علمهم بالحكم الصادر في الدعوى، إذا يفترض علمهم به.<sup>(٥)</sup>

وبإعمال تلك القواعد والأصول العامة على طعن الغير الخارج عن الخصومة، يمكننا القول أنه طالما أن الغير هو شخص لا يمكن عده ضمن الأطراف الأصلية في الخصومة، فهو لم يكن ممثلاً فيها ولم يتدخل ولم يتم إدخاله فيها، بالتالي فإذا ما صدر الحكم في هذه الخصومة وأضر بحقوقه ومركزه القانوني، فالمنطق

---

(2) أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١١١.

(3) المرجع السابق.

(4) المرجع السابق.

وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أنه "ومن حيث أن الضابط المذكور توجه لإبلاغ الطاعن بقرار مجلس التأديب الابتدائي على العنوان سالف الذكر، وهذا العنوان هو عنوان الطاعن المثبت في عقد زواجه المودع صورة منه ملف الطعن، فإن هذا يعتبر من قبيل الإبلاغ الذى عنته المادة ٥٩ سالفه الذكر، بغض النظر عن رفض شقيقته استلام صورة = القرار وبغض النظر عن وجود أو عدم وجود الطاعن، ذلك أن الطاعن موظف في هيئة الانضباط فيها مسألة هامة، فإن هو انقطع عن عمله دون إذن ليسافر إلى الخارج للعمل في دولة أجنبية دون تصريح، وصدر حكم تأديبي ضده، وأبلغ إليه في موطنه فإن هذا الإبلاغ يرتب آثاره وإن لم يكن موجوداً به لسبب يرجع إليه، فلا يلومن إلا نفسه، فلقد سعت إليه الإدارة لإبلاغه أن من حقه الطعن في قرارها الصادر ضده، على الرغم من أن محاكمته تعتبر حضورية، وكان عليه لو أنه حريص على الوظيفة أن يتابع من الخارج هذه المحاكمة، حتى إذا رأى الطعن في الحكم الصادر ضده قدم طعنه في الميعاد، أما وأنه تصرف كأنه غير موظف ولم يكثر أو يبأل بأمر محاكمته، فإنه لا يجوز أن يأتي بعد ما يزيد على خمس سنوات ليطعن في القرار الصادر بعزله بدعوى عدم إبلاغه بالحكم التأديبي الصادر ضده." انظر حكمها في الطعن رقم (٥٠٢) لسنة ٣٥ ق. - جلسة (١٩٩١/٦/١٥)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣٦، الجزء الثاني، صفحة ١٤٥٧، القاعدة رقم ١٤٨.

(1) أ.د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠٠٦)، ص. ٦١٠.

(2) أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ١١٢.

القانونى السليم يُحتم تخويله حق الطعن على هذا الحكم من وقت علمه اليقيني بصدوره.<sup>(١)</sup>

مفاد ذلك أن بدء سريان ميعاد الطعن فى مواجهة الغير من تاريخ علمه اليقيني بصدوره مرده ثبوت صفة الغيرية فى شخص الغير، بحيث يكون من شأنها أن تجعله فى موقف لم يتمكن من خلاله بالعلم بقيام الخصومة وهو ما يستتبع عدم قدرته على التدخل فيها، وبالتالي عدم تصور صدور حكمٍ ضارٍ بحقوقه وبمركزه القانونى. أما فى حالة إذا ما كان ثبوت صفة الغيرية اقتصر أثره على عدم تمثيل الغير فى الخصومة كأحد أطرافها الأصلية من دون أن يمتد ليجعله على غير علم بقيام الخصومة، فينطلق حساب ميعاد الطعن من تاريخ صدور الحكم وليس من تاريخ العلم اليقيني به.<sup>(٢)</sup> بعبارة أكثر دقة، إذا ما كان الغير على علم بقيام الخصومة وكان من المتصور وفقاً للمجرى العادى للأمر أن الحكم المزمع صدوره فيها من شأنه أن يضر بحقوقه ومركزه القانونى وعلى الرغم من ذلك لم يتقدم بطلب للتدخل فيها - ففى هذه الحالة يُفسر سلوك الغير على أساس كونه تقاعس منه لا ينبغى إثابته عليه، وبالتالي يبدأ سريان ميعاد الطعن فى مواجهته من تاريخ صدور الحكم فى الخصومة.

تأسيساً على ذلك، كانت المحكمة الإدارية العليا قد قضت بأنه يثبت للغير حقه فى الطعن على الحكم الذى تعدى أثره إليه "إذا لم يعلم بقيام الخصومة أو لم يكن فى مركز يسمح بتوقعها، وفى هذه الحالة تحسب مواعيد الطعن من تاريخ علمه بالحكم أما إذا كان الغير يعلم بقيام الخصومة أو كان فى مركز قانونى يسمح بتوقعها، فإنه لا يقبل منه الطعن على الحكم طالما لم يتدخل فى الخصومة أمام محكمة القضاء الإدارى، إذ فى هذه الحالة يكون هذا الغير قد فوت على نفسه فرصة عرض ظلامته على جهة القضاء، وإذا كانت اعتبارات حسن توزيع العدالة تسوغ إفساح المجال للغير ممن يتعدى أثر الحكم إليه ولم يعلم بقيام الخصومة للطعن عليه

(١) انظر د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٢٩٤.

(٢) المرجع السابق، ص. ٢٩٥.

أمام المحكمة الإدارية العليا، فإن هذه الاعتبارات ذاتها تأبى مساندة هذا الغير الذى علم بالخصومة ووقف حيالها موقف المتربص فإن صدر الحكم لصالحه سكت وإن صدر ضد مصالحه نازع فيه وطعن عليه.<sup>(١)</sup>

ومن الجدير بالإشارة أيضاً، أن المحكمة الإدارية العليا فى محاولة منها لحماية مصالح الغير الخارج عن الخصومة وإعمال مقتضيات العدالة قررت أن العلم اليقيني بقيام الخصومة الذى به يمكن مؤاخذة الغير على تقاعسه فى طلب التدخل فيها هو العلم الواجب توافره فى شأن الغير نفسه ولا يعتد بتوافر هذا العلم فى شأن وكيله، طالما أنه قد ثبت أن هذا الأخير لم يبلغه بقيام الخصومة ولم يعين له حدودها.<sup>(٢)</sup>

### ثانياً: الميعاد المحدد للطعن (مدة طعن الغير)

عين المشرع فى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ عدداً من المواعيد الحتمية الواجب اتخاذ إجراءات الطعن خلالها، وتختلف تلك المواعيد باختلاف نوع وطبيعة الطعن. فنجد أن المشرع فى المادة (٢٢٧) قد حدد ميعاد الطعن بالاستئناف بأربعين يوماً وخمسة عشر يوماً فى المواد المستعجلة وستين يوماً بالنسبة للنائب العام أو من يقوم مقامه. أما بالنسبة للطعن بالنقض، فقد حددت المادة (٢٥٢) مدته بستين يوماً، غير أن الطعن بالنقض المقدم من النائب العام لمصلحة القانون لا يتقيد بهذه المدة. وكذلك حددت المادة (٢٤٢) ميعاد التماس إعادة النظر كأحد الطرق غير العادية للطعن بأربعين يوماً.

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٤٧٤) لسنة ١٥ ق. - جلسة (١٩٧٣/٦/٢)، منشور بمجموعة المكتب الفنى رقم ١٨، صفحة رقم ١١٠؛ راجع كذلك، حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٩٧٧) لسنة ٧ ق. - جلسة (١٩٦١/١٢/٢٣)؛ وحكمها فى فى الطعن رقم (١٣٧٥) لسنة ٧ ق. - جلسة (١٩٦٥/٥/٩)، منشور بمجموعة المكتب الفنى رقم ١٠، صفحة رقم ١٣٢٩.

(١) وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا أنه "والمعول عليه هو علم صاحب الشأن نفسه علماً يقينياً بالخصومة، ولا يحتاج فى هذا الصدد بعلم وكيله حتى ولو كان وكيلاً بالخصومة باعتبار أن العلم اليقيني لا يتوافر من مجرد علم الوكيل بقيام المنازعة طالما أنه لم يثبت أن هذا الوكيل أخطر موكله بالنزاع وماهيته وحدوده." حكمها فى الطعن رقم (٤٧٤) لسنة ١٥ ق. - جلسة (١٩٧٣/٦/٢)، منشور بمجموعة المكتب الفنى رقم ١٨، صفحة رقم ١١٠.

أما بالنسبة لمواعيد الطعن فى الأحكام الإدارية، فيمكن ملاحظة أن القاعدة العامة أن الطعن لا يكون مقبولاً إلا إذا رُفِعَ خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم. وتلك القاعدة العامة يمكن استخلاصها من نص المادة (١٣) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث نصت على أن ميعاد الطعن فى الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية أمام محكمة القضاء الإدارى ستون يوماً من تاريخ صدور الحكم. وبالمثل حددت المادة (٢٣) من القانون ميعاد الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى أو من المحاكم التأديبية بستين يوماً. وكذلك نصت المادة (٢٤) على أن ميعاد رفع الدعوى بالطعن فى القرار الخاص بالتظلم من القرار الإدارى ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً المقررة للسلطات الإدارية للإجابة على التظلم. الأمر نفسه اتبعه المشرع فى خصوص الطعون المرفوعة أمام المحكمة الإدارية العليا، حين نص فى المادة (٤٤) على أن "ميعاد رفع الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا ستون يوماً من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه."

غير أنه من الجدير بالإشارة أن المشرع فى قانون مجلس الدولة قد خرج عن حدود القاعدة العامة المتعلقة بتحديد ميعاد الطعن بستين يوماً من تاريخ صدور الحكم، وذلك حين نص فى المادة (٥١) على أنه يجب مراعاة المواعيد المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية عند الطعن بطريق التماس إعادة النظر فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية. مفاد ذلك أنه، بالإحالة إلى المادة (٢٤٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، يكون ميعاد الطعن بطريق التماس إعادة النظر أمام المحكمة الإدارية العليا أربعين يوماً.

وتأسيساً على ذلك، يقاس طعن الغير فى الخصومة الإدارية على التماس إعادة النظر ليكون ميعاده هو الميعاد المحدد لهذا الأخير فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بأربعين يوماً. وإذا كان قانون مجلس الدولة قد أحال إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية بشأن تحديد المواعيد والأحوال الخاصة بطريق التماس إعادة

النظر، فيلاحظ أن الأحوال الخاصة بالطعن بالتماس إعادة النظر على النحو المذكور في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية هي أحوال تواجه ظرفاً واقعية مثل حالة وقوع غش من الخصم أثر على الحكم، أو حالة التقرير بتزوير الأوراق التي بنى عليها الحكم، أو ثبوت تزوير الشهادة التي تأسس عليها الحكم، أو إذا تم الحصول على أوراق قاطعة بعد صدور الحكم وكان قد أخفاها أحد الخصوم، أو إذا ما قضى الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم.<sup>(١)</sup> يُستفاد من ذلك، أن التقرير بأن ميعاد طعن الغير في الخصومة الإدارية هو نفس الميعاد المقرر للطعن بالتماس إعادة النظر في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات - أي أربعين يوماً - يُساير المنطق القانوني السليم، لاسيما إذا ما سلمنا بأن طعن الغير هو في حقيقته يواجه فرضاً واقعياً مفاده غياب الغير الطاعن وعدم تمثيله في الخصومة التي صدر فيها حكماً أضر بحقوقه وبمركزه القانوني.<sup>(٢)</sup> ولعل هذا هو ما أورده المادة (٢٤١) في

(١) من الجدير بالإشارة أن المشرع المصري في معالجته للطعن بالتماس إعادة النظر بمقتضى قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ قد واجه أيضاً ظرفاً وأحوالاً واقعية، فقد نص في المادة (٤٤١) من القانون على أنه "يجوز طلب إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة بالعقوبة في مواد الجنايات والجرح في الأحوال الآتية:

- ١- إذا حكم على المتهم في جريمة قتل، ثم وجد المدعى قتله حياً؛
- ٢- إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة، ثم صدر حكم على شخص آخر من أجل الواقعة عينها، وكان بين الحكمين تناقض بحيث يستنتج منه براءة أحد المحكوم عليهما؛
- ٣- إذا حكم على أحد الشهود أو الخبراء بالعقوبة لشهادة الزور، وفقاً لأحكام الباب السادس من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، أو إذا حكم بتزوير ورقة قدمت أثناء نظر الدعوى، وكان للشهادة أو تقرير الخبير أو الورقة تأثير في الحكم؛
- ٤- إذا كان الحكم مبنياً على حكم صادر من محكمة مدنية أو من إحدى محاكم الأحوال الشخصية وألغى هذا الحكم؛
- ٥- إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع، أو إذا قدمت أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة، وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه."

(٢) على الرغم من أن الأصل العام هو عدم جواز الطعن بالتماس إعادة النظر إلا بعد استنفاد طرق الطعن العادية أو بعد صيرورة الأحكام نهائية بفوات ميعاد الطعن عليها، إلا =

= أن المحكمة الإدارية العليا كانت قد خرجت عن هذا الأصل حين التقدم بالتماس إعادة النظر أمام محكمة الموضوع قبل الطعن أمامها في الحكم الصادر من محكمة الموضوع. وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أنه "ومن حيث إن الطاعن كان قد أقام أيضاً التماس إعادة نظر أمام المحكمة التأديبية لوزارة الصناعة في الحكم ذاته قيد برقم ١٣١ لسنة ٣٤ حيث قضت المحكمة المذكورة بجلستها في ١٩٩١/٨/٣١ بقبول الالتماس شكلاً ورفضه موضوعاً وهو الحكم المطعون فيه في الطعن المائل . . من حيث إنه على ضوء ذلك يكون شرط المصلحة في الالتماس قد انقضى بالنسبة للطاعن عند صدور الحكم المطعون فيه بأن قضى الحكم المطعون فيه بالرغم من ذلك بقبول الالتماس شكلاً ورفضه موضوعاً فإنه يكون قد قضى بقبول طلب بغير بقاء مصلحة للطالب في الاستمرار في النزاع وقت صدور الحكم المطعون فيه وكان يتعين القضاء بانتهاء الخصومة في التماس إعادة النظر وليس برفض

البند الثامن منها عندما أجازت الطعن بالتماس إعادة النظر بالنسبة "لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد ادخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم." فمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ليس سوى الغير في الخصومة، ناهيك عن أن مسائل إثبات الغش أو التواطؤ أو الإهمال الجسيم هي كلها مسائل تواجه أحوالاً وظروفاً واقعية.

على الرغم من ذلك، فقد انتهجت المحكمة الإدارية العليا نهجاً مختلفاً حين رفضت إعمال الأصل العام الوارد في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والذي يُحدد ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر بأربعين يوماً، بالرغم من إحالة المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة إليه، وذلك حين قضت بأن ميعاد الطعن بالنسبة للغير الخارج عن الخصومة هو ستون يوماً من تاريخ عمله اليقيني بالحكم الصادر في الخصومة.<sup>(١)</sup>

وبالمثل، في أحد الطعون التي نظرتها المحكمة الإدارية العليا والمتعلق بالطعن بالتماس إعادة النظر على حكم محكمة القضاء الإداري، كانت قد قضت المحكمة أن إعمال البند الثامن من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية في سنن المرافعات الإدارية يستلزم القول بأن ميعاد الستون يوماً المقررة

---

الالتماس. ومن حيث إنه متى كان ذلك كذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بقبول الالتماس شكلاً وفي الموضوع برفضه فإنه يكون قد جانب صحيح حكم القانون. فلهذه الأسباب، حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء بانتهاء الخصومة في طلب التماس إعادة النظر في الدعوى رقم ١٩١ لسنة ٢٤. "حكمتها في الطعن رقم ٤٣١٦ لسنة ٣٧ ق. - جلسة (١٩٩٥/٣/١١)،

منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٤٠، الجزء الثاني، صفحة ١٣٢٣، قاعدة رقم ١٣٥.

(١) انظر قضاء المحكمة الإدارية العليا أنه "من الأصول المسلمة التي يقوم عليها حسن توزيع العدالة وكفالة تأدية الحقوق لأربابها ألا يحول دون ذلك صدور حكم حاز قوة الشئ المفضى بمقولة أن حكم الإلغاء يكتسب حجية عينية تسرى على الكافة ما دام هذا الحكم يتعدى أطراف الخصومة وهم ذوى الشأن الذين عناهم نص المادتين ١٥، ٣٣ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ الخاص بمجلس الدولة بما تضمنه من تحديد ميعاد الطعن بالنسبة إليهم بستين يوماً من تاريخ صدور الحكم بحيث يمس بطريقة مباشرة أو غير مباشرة حقوقاً ومصالح ومراكز قانونية مستقرة للغير الذي كان يتعين أن يكون أحد الطرفين الأصليين في المنازعة، ومع ذلك لم توجه إليه ولم يكن مركزه يسمح بتوقيعها أو العلم بها حتى يتدخل فيها في الوقت المناسب إذ لا مناص من رفع ضرر التنفيذ عن هذا الغير الذي لم يكن طرفاً في المنازعة وذلك بتمكينه من التداعي بالطعن في هذا الحكم من تاريخ علمه حتى يجد له قاضياً يسمع دفاعه وينصفه إذا كان ذا حق في ظلامته." حكمتها في الطعن رقم الطعن رقم ١٣٧٥ لسنة ٧ ق. - جلسة (١٩٦٥/٥/٩)، منشور بمجموعة المكتب الفني رقم ١٠، صفحة رقم ١٣٢٩.

للطعن بالتماس إعادة النظر يبدأ حسابه من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو التواطؤ أو الإهمال الجسيم.<sup>(١)</sup>

### ثالثاً: ميعاد طعن الغير في فرنسا

نص المشرع الفرنسي في المادة (٥٨٦) من قانون المرافعات المدنية على أن معارضة الطرف الثالث مفتوحة لمدة ثلاثين سنة من تاريخ الحكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. فضلاً عن ذلك، نصت المادة على أنه في حالة المنازعة، يمكن الاتفاق على أن للطرف الثالث أن يطعن على الحكم الصادر في غضون شهرين من إخطاره أو إعلانه به، شريطة أن يشير بوضوح إلى الحد الزمني المتاح له والطريقة التي يجوز بها ممارسة الطعن.<sup>(٢)</sup>

أما بالنسبة لميعاد طعن الغير في الأحكام الإدارية، فقد أجاز المشرع الفرنسي في المادة (٢/٨٣٢) من قانون العدالة الإدارية المعدل حديثاً بمقتضى المرسومين رقم (٢٠١٦/١٤٨٠) و (٢٠١٦/١٤٨١) الصادرين في (٢ نوفمبر ٢٠١٦) للشخص الذي تم إخطاره أو إعلانه بالحكم على النحو الواجب قانوناً أن يقدم معارضة الطرف الثالث خلال شهرين فقط من هذا الإخطار أو الإعلان.<sup>(٣)</sup>

---

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٣٦٩) لسنة ٣٤ ق. - جلسة (١٩٩٤/٥/٢٨)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٩، الجزء الثاني، صفحة ١٣٣٥، القاعدة رقم ١٣١.

(2) جاء نص النسخة الفرنسية من المادة (٥٨٦) من قانون المرافعات الفرنسية المعدلة بالمرسوم رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١ الصادر في (١٩٨١/٥/١٢) على النحو الآتي:="

"La tierce opposition est ouverte à titre principal pendant trente ans à compter du jugement à moins que la loi n'en dispose autrement.

Elle peut être formée sans limitation de temps contre un jugement produit au cours d'une autre instance par celui auquel on l'oppose.

En matière contentieuse, elle n'est cependant recevable, de la part du tiers auquel le jugement a été notifié, que dans les deux mois de cette notification, sous réserve que celle-ci indique de manière très apparente le délai dont il dispose ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé. Il en est de même en matière gracieuse lorsqu'une décision en dernier ressort a été notifiée."

(1) جاء نص النسخة الفرنسية من المادة (٢/٨٣٢) من قانون العدالة الإدارية على النحو الآتي:

"Celui à qui la décision a été notifiée ou signifiée dans les conditions prévues à l'article R. 751-3 ne peut former tierce opposition que dans le délai de deux mois à compter de cette notification ou signification."

يُفهم من ذلك، أن نص المادة (٢/٨٣٢) من قانون العدالة الإدارية قد قيد الأصل العام الوارد في نص المادة (٥٨٦) من قانون المرافعات المدنية، بحيث يكون ميعاد اعتراض الطرف الثالث أو طعن الغير في الأحكام الإدارية في غضون شهرين من تاريخ إخطار الطرف الثالث (الغير) بالحكم أو إعلانه به. أم إذا ما لم يتم الإخطار أو الإعلان على النحو الصحيح قانوناً، فلا يبدأ حساب مدة الشهرين.<sup>(١)</sup> ولا شك أن مبتغى هذا هو إضفاء مزيد من الحماية القانونية لحقوق الأغيار ومراكزهم القانونية لاسيما وأنهم لم تتح لهم الفرصة للمثول في الخصومة التي صدر الحكم فيها ضاراً بهم. على الرغم من ذلك، فالمتمأمل في الأمر قد يرى وبحق أن عدم بدء سريان ميعاد الشهرين بالنسبة للغير الذي لم يتم إعلانه أو إخطاره بالحكم بطريقة سليمة حتى وإن ثبت علمه به إنما ينطوي على تعنت كبير إذ من شأنه أن يؤدي إلى العديد من النتائج غير المرغوب فيها وخاصة عدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية. على سبيل المثال، يكفي القول بأن الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي عام (١٩١٢) في قضية Boussuge، السابق الإشارة إليه، كان هو موضوع لمعارضة طرفاً ثالثاً في إحدى القضايا التي نظرها المجلس في عام (١٩٥٣).<sup>(٢)</sup>

#### ❖ رأى الباحث

المتأمل لموقف المشرع المصري والفرنسي في خصوص بدء سريان ميعاد الطعن بالنسبة للغير أو الاعتراض للطرف الثالث يمكنه ملاحظة أن الفارق الجوهرى يكمن في أن مدة الستين يوماً المقررة لطعن الغير في القانون المصري تبدأ من تاريخ علم الغير بالحكم علماً يقينياً، أما بالنسبة لمدة الشهرين المقررة

---

(1) انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (٨ يناير ١٩٥٨) في قضية

Consorts of Batz de Tranquelléon (Cons. d'Etat, 8 Janvier 1958), p. 18.

(2) انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (٢٩ يوليو ١٩٥٣) في قضية

Minart and Chambre syndicale des Guaranteed suppliers at Les Halles (Cons. d'Etat, 29 July 1953).



لاعتراض الطرف الثالث فى القانون الفرنسى فلا تبدأ إلا من تاريخ إعلان الطرف الثالث بالحكم.

المنطق القانونى السليم، من وجهة نظرنا، يقتضى التسليم بأنه سواء تحددت مدة طعن الغير أو معارضة الطرف الثالث بستين يوماً من تاريخ العلم اليقينى بالحكم أو بشهرين من تاريخ إعلان الحكم، فذلك ليس من شأنه التغيير من طبيعة أن هذا العلم اليقينى أو ذلك الإعلان يعتبر مجالاً خصباً للتلاعب والتحايل وتلعب فيه الصدفة دوراً كبيراً. فليس من المستغرب أن تجد أن جانباً معتبراً من الفقه الفرنسى قد انتقد موقف المشرع من تحديد ميعاد معارضة الطرف الثالث فى الحكم خلال شهرين من تاريخ إعلان الحكم على سند من أن الخصوم الأصلية فى الخصومة من المرجح ألا ينشغلوا بأمر إعلان الأطراف الثالثة (الأغيار) وإخطارهم بانعقاد الخصومة أو بالحكم الصادر فيها، كما أن القضاة وأعاونهم قد يصعب عليهم أمر تبليغ الأطراف الثالث نظراً لجهلهم بهؤلاء الذى قد يتعدى إليهم أثر الحكم.<sup>(١)</sup> فضلاً عن ذلك، فليس بخاف أن العلم اليقينى المشترط فى القانون المصرى قد لا يصادف الغير الحقيقى الذى أضر الحكم بمصالحه لأسباب عديدة، وما يزيد الأمر تعقيداً هو القاعدة التى أرسنها المحكمة الإدارية العليا والتى تفيد بأن هذا العلم اليقينى يجب أن يتوافر بالنسبة للغير ولا لأحد سواه، فمجرد علم الوكيل بقيام المنازعة طالما لم يثبت أن الوكيل أخطر موكله بالنزاع وماهيته وحدوده.<sup>(٢)</sup>

بناء على ذلك، نرى أنه من الأجدى ألا يتقيد ميعاد طعن الغير بمدة معينة مثل الستين يوماً أو الشهرين بل تفتح هذه المدة بحيث يتم تخويل الغير إمكانية الطعن فى الأحكام التى تعدت أثرها إليه فى أى وقت من تاريخ صدور الحكم وحتى تاريخ البدء فى تنفيذه وقبل تمام التنفيذ. وقد يجد هذا الرأى سنداً فى أن الغير لن

---

(١) انظر فى ذلك باللغة الفرنسية

JEAN MARIE AUBY & ROLAND DRAGO, TRAITÉ DE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF 648 (Paris, 1975).

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، السابق الإشارة إليه، فى الطعن رقم (٤٧٤) لسنة ١٥ ق. - جلسة (١٩٧٣/٦/٢)، منشور بمجموعة المكتب الفنى رقم ١٨، صفحة رقم ١١٠.

يتأثر كثيراً لمجرد صدور الحكم في الخصومة التي كان خارجاً عنها بالقدر الذي سيضيره حتماً الشروع في تنفيذ هذا الحكم، إذ أن تنفيذ الحكم القضائي هو ما يحول به من مجرد ألفاظ وقواعد قانونية تمت صياغتها في مسودة إلى واقع عملي ملموس من شأنه التأثير في الحقوق والمراكز القانونية لأطراف الخصومة الأصليين والأغيار على السواء.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثالث

#### المحكمة المختصة بنظر طعن الغير الخارج عن الخصومة

الأصل العام أن محكمة الموضوع التي تنظر الخصومة الأصلية هي المختصة بنظر طعن الغير الخارج عنها، كما إنها المختصة أيضاً بنظر الطلب المقدم من الغير لتدخله في الخصومة أو الطلبات المقدمة من الخصوم الأصليين لإدخال الغير في الخصومة. وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا اختصاص محكمة الموضوع بنظر طعن الغير الخارج عن الخصومة حين قضت بأن "الخارج عن الخصومة لا يجوز له الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الحكم الذي تعدى إليه أثره وإنما عليه أن يسلك طريق التماس إعادة النظر أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الملتمس إعادة النظر فيه."<sup>(2)</sup>

ويمكن القول بأن الحكمة من اختصاص محكمة الموضوع بنظر طعن الغير الخارج عن الخصومة تكمن، على حد تعبير المحكمة الإدارية العليا، في تمكين محكمة الموضوع المصدرة للحكم في تدارك ما يكون قد شابه من عوار أو ما تكون قد ارتكبه من خطأ جسيم حال إصداره. فعلى الرغم من كون أن طعن الغير في

(1) ولعل هذا الرأي هو ما اخذ به المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، وإن لم يجد صدق في المرافعات الإدارية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٣٠) على أنه "يجوز إقامة دعوى اعتراض الغير الى حين تنفيذ الحكم على من يتعدى اليه. فإذا تم التنفيذ سقط الحق في الطعن باعتراض الغير على ذلك الحكم."

(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٨٣٣) لسنة ٣٩ق. - جلسة (١٩٩٥/٦/٣)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٤٠، الجزء الثاني، صفحة رقم ١٨٥٥، = القاعدة رقم ١٨٨؛ حكمها في الطعن رقم (٢٣٦٩) لسنة ٣٤ ق. - جلسة (١٩٩٤/٥/٢٨)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٩، الجزء الثاني، صفحة رقم ١٣٣٥، القاعدة رقم ١٣١؛ حكمها في الطعن رقمي (١٧٥١) و (١٨٧٤) لسنة ٣٤ ق. - جلسة (١٩٩٣/١٢/١٩)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٩، الجزء الأول، صفحة رقم ٤١٥، القاعدة رقم ٣٩.

القانون المصرى يأخذ طريق التماس إعادة النظر، والذي هو أحد طرق الطعن غير العادية فى الأحكام، إلا أن المحكمة الإدارية العليا قد خرجت عن الأصل العام المتعلق بعدم جواز الالتجاء للطعن بالتماس إعادة النظر إلا بعد استنفاد طرق الطعن العادية أو بعد صيرورة الأحكام نهائية بفوات ميعاد الطعن عليها، وأجازت للغير التقدم بالتماس إعادة النظر أمام محكمة الموضوع قبل الطعن أمامها فى الحكم الصادر من محكمة الموضوع تحقيقاً للحكمة السابق الإشارة إليها. وإعمالاً لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا أنه "ومن حيث أن التماس إعادة النظر هو طريق من طرق الطعن غير العادية قصد به المشرع أن يتيح الفرصة لأن تعيد المحكمة التي أصدرت الحكم الملتمس فيه النظر فى ذلك الحكم، فى الأحوال التي أجاز فيها المشرع الالتجاء إلى هذا الطريق من طرق الطعن، بغية تدارك ما اعتور الحكم وتصحيحه إذا كان لذلك مجال وفى حدود الحالة التي انبنى عليها الالتماس ومن ثم فإنه يلتزم والحال كذلك عدم الحيلولة دون أن يتاح لتلك المحكمة مصادرة النظر فيما قضت به بما يتعين معه إعادة الالتماس إليها لتتظره."<sup>(١)</sup>

يُستفاد من ذلك أن القاعدة العامة تقتضى التسليم بأن المحكمة المختصة بنظر الطعون المقدمة من الأعيان الخارجين عن الخصومة هى محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم سواء كانت تلك المحكمة من محاكم أول درجة أو ثانى درجة. بناء على ذلك، تختص المحاكم الإدارية ومحكمة القضاء الإدارى، عند نظرها للدعوى بمقتضى اختصاصها الابتدائى، بنظر طعن الغير المقدم ضد الحكم الصادر فى الخصومة، وذلك طالما أنه لم يُطعن فيه بعد أمام محكمة ثانى درجة.<sup>(٢)</sup>

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (١١٠٢) لسنة ٢٨ ق. - جلسة (١٩٨٦/٥/١٠)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣١، القاعدة رقم ٢٣٥، صفحة رقم ١٧١٩؛ كذلك حكمها فى الطعن رقم ٤٣١٦ لسنة ٣٧ ق. - جلسة (١٩٩٥/٣/١١)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٤٠، الجزء الثانى، صفحة ١٣٢٣، قاعدة رقم ١٣٥.

(٢) انظر د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٢٧١.

ومن الجدير بالإشارة أن محاكم أول درجة تختص بنظر طعن الغير فى أجزاء الحكم التى اختار الخصوم عدم الطعن عليها أمام محاكم ثانى درجة،<sup>(١)</sup> فتلك الحالة تفترض أن أحد الخصوم قد قرر أن يطعن أمام محكمة ثانى درجة على أجزاء معينة فى الحكم التى أصدرته محكمة أول درجة،<sup>(٢)</sup> بحيث أصبحت الأجزاء الأخرى التى لم يتم الطعن عليها من قبل الخصم نهائية، بالتالى يكون طعن الغير الموجه إلى تلك الأجزاء أمام محكمة أول درجة.<sup>(٣)</sup>

فضلاً عن ذلك، فالقاعدة العامة السابق ذكرها تنطبق كذلك فى حالة ما إذا أقدم الخصم على الطعن فى الحكم بجميع أجزائه أمام محكمة ثانى درجة، فللغير الخارج عن الخصومة الأصلية الطعن فى الحكم أمام محكمة أول درجة التى سبق وأصدرته، ولا اعتداد بخصومة الطعن المنعقدة أمام محكمة ثانى درجة، حيث أن الحكم المزمع صدوره من تلك الأخيرة ليس حجة على الغير.<sup>(٤)</sup> غير أنه وجب التنويه على أن طعن الغير فى الحكم أمام محكمة أول درجة بالرغم من انعقاد خصومة الطعن فى ذات الحكم أمام محكمة ثانى درجة لا يستقيم إلا فى حالة ما إذا كان حكم محكمة ثانى درجة فى الطعن لم يصدر بعد، حيث أن القول بغير ذلك يُجافى المنطق القانونى السليم. بعبارة أكثر وضوحاً، لا يستقيم القول بأن للغير الحق فى الطعن فى الحكم الذى تعدى أثره إليه أمام محكمة أول درجة التى أصدرته خاصة إذا ما كان أحد الخصوم قد طعن فى ذات الحكم أمام محكمة ثانى درجة وفصلت تلك الأخيرة فى الطعن، وذلك على سند من أنه فى تلك الحالة يمنح الغير بطعنه محكمة أول درجة سلطة تقدير حكم محكمة ثانى درجة ومراقبتها. بناء على ذلك، فمن الأفضل أن تبادر محكمة أول درجة بنقل ملف طعن الغير إلى محكمة ثانى درجة إذا ما انتهت تلك الأخيرة من إصدار حكمها فى خصومة الطعن المقدمة

---

(1) انظر د. عبد المنعم أحمد الشرقاوى، فى قانون المرافعات الجديد اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثانى (مارس - يونيو ١٩٤٩)، ص.

٢١٣.

(2) المرجع السابق.

(3) المرجع السابق.

(4) انظر د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٢٧٢.

من أحد الخصوم الأصليين قبل انتهاء الأولى من الفصل في طعن الغير. وقد يتحقق نفس الغرض إذا ما بادرت محكمة ثانية بضم طعن الغير المنظور أمام محكمة أول درجة لا سيما إذا ما تيقنت إنها على وشك إصدار حكمها في الطعن المقدم من الخصم الأصلي قبل انتهاء محكمة أول درجة من الفصل في طعن الغير.

وإذا كان الأصل أن محكمة الموضوع هي التي تختص بنظر طعن الغير الخارج عن الخصومة، فمثل هذا الطعن يمكن تقديمه إلى محاكم ثانية درجة بفرض إنها محاكم الموضوع التي أصدرت الحكم الذي تعدى أثره للمساس بحقوق ومصالح الغير. بناء على ذلك، تختص محكمة القضاء الإداري بنظر الطعون المقدمة من الأعيان في الأحكام التي تصدرها إذا ما انعقدت كمحكمة استئنافية للنظر في الطعون التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية.

تبقى أخيراً نقطة هامة ينبغي الإشارة إليها وهي أن حديثنا عن جواز رفع طعن الغير سواء أمام محاكم أول درجة، مثل المحاكم الإدارية ومحكمة القضاء الإداري منعقدة وفقاً لاختصاصها الابتدائي، أو أمام محاكم ثانية درجة، مثل محكمة القضاء الإداري في اختصاصها الاستئنافية، في الأحكام الصادرة عن كل منهم - ينبغي أن يفهم في إطار كون أن قانون المرافعات المدنية والتجارية قد استعاض عن طعن الغير باعتباره طعناً مستقلاً بالتماس إعادة النظر، وهو الأمر الذي استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا، على نحو فصله لاحقاً. بناء على ذلك، فالحديث السابق عن المحكمة المختصة بنظر طعن الغير يعني سلطة محاكم أول درجة ومحاكم ثانية درجة في نظر التماس إعادة النظر المقدم من الغير والموجه ضد الأحكام الصادرة عنهم.

#### أولاً: اتجاهات المحكمة الإدارية العليا بشأن طعن الغير الخارج عن الخصومة

تأرجح موقف المحكمة الإدارية العليا بشأن طعن الغير الخارج عن الخصومة في الحكم القضائي الذي تعدى أثره إليه وأضر بحقوقه ومصالحه بوصفه طريقاً مستقلاً من طرق الطعن، فالمتمأمل في قضاء المحكمة يلحظ إنها قد قبلت طعن الغير تارة ورفضته تارة أخرى. الحقيقة أن تأرجح موقف المحكمة بين قبول طعن

الغير فى البداية وباستقرارها على رفضه فى النهاية يرجع فى الأساس إلى اختلاف موقف المشرع المصرى فى معالجته لمسألة طعن الغير الخارج عن الخصومة. ثانياً: موقف المحكمة الإدارية العليا المؤيد لطعن الغير باعتباره طريقاً مستقلاً من طرق الطعن القضائية على الأحكام

كانت المادة (٤٥٠) من القانون المرفعات المدنية والتجارية القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ تنص على أنه "يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم. وكذلك يجوز للدائنين والمدينين المتضامنين وللدائنين والمدينين بالتزام غير قابل للتجزئة الاعتراض على الحكم الصادر على دائن أو مدین آخر منهم." يُستفاد من ذلك أن المشرع المصرى فى قانون المرافعات القديم كان حريصاً على النص على طعن الغير الخارج عن الخصومة باعتباره طعنًا مستقلاً عن طرق الطعن الأخرى فى الأحكام القضائية.

وقد ساءرت المحكمة الإدارية العليا المشرع حين قبلت طعن الغير الخارج عن الخصومة بوصفه طريقاً مستقلاً من طرق الطعن فى الأحكام الإدارية التى تعدت آثارها إليه حين قضت بأنه نظراً لكون أن حكم الإلغاء يُعتبر حجة على الكافة فيتعدى أثره إلى الغير الذى لم يكن ممثلاً فى الخصومة ولم يتدخل ولم يتم إدخاله فيها، فيعتبر هذا الغير من ذوى الشأن الذين يخول لهم إمكانية الطعن على الحكم خلال سنتين يوماً من تاريخ صدوره، على سند من أنه لا بد من تمكين هذا الغير هو "حسن النية، أجنبى عن المنازعة التى صدر فيها الحكم - سبيل الالتجاء إلى القضاء والقول بغير هذا فيه حرمان لصاحب المصالحة الحقيقية من حق اللجوء إلى القضاء تظلماً من حكم فى منازعة لم يكن طرفاً فيها ولم يعلم به و تمسآثار هذا الحكم حقوقاً له. ويؤخذ مما سلف أن هذه المحكمة أقرت بحق الخارج عن الخصومة فى الطعن على القرار الصادر بتنفيذ حكم يتعدى أثره عليه."<sup>(١)</sup> وقد عاودت المحكمة تأكيد

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٩٧٧) لسنة ٧ ق. - جلسة (١٩٦١/١٢/٢٣).

قضائها السابق عام (١٩٦٥) فى الحكم الذى أصدرته فى الطعن رقم (١٣٧٥) لسنة ٧ قضائية الصادر بجلسة (٩ مايو ١٩٦٥).

ثالثاً: موقف المحكمة الإدارية العليا المؤيد لطعن الغير باعتباره طريقاً مستقلاً من طرق الطعن القضائية على الأحكام

عام (١٩٦٨) صدر قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لينص فى المادة (٢٤١) على أن "للخصوم أن يلتسوا إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الآتية . . . ٨- لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم." وكما سبق الذكر، فنص المادة (٢٤١)-البند ثامناً يعنى تحولاً جذرياً عن موقف المشرع الذى سبق وأقره فى المادة (٤٥٠) من القانون المرفعات المدنية والتجارية القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ بالنسبة لطعن الغير الخارج عن الخصومة. فالبند الثامن من المادة ٢٤١ لا يمكن تأويله إلا ليعنى أن المشرع فى قانون المرافعات الحالى قد أحجم تماماً عن الاعتراف بطعن الغير الخارج عن الخصومة فى الأحكام التى تعدت آثارها إليه باعتباره طريقاً مستقلاً عن طرق الطعن الأخرى، مفضلاً إلحاقه بطريق الطعن بالتماس إعادة النظر.

وبالمثل، فبحلول عام (١٩٧٢) صدر قانون مجلس الدولة الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المادة (٥١) من نفس القانون على أنه "يجوز الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر فى المواعيد والأحوال المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون الإجراءات الجنائية . . . ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك . . ." وهو الأمر الذى يعنى أن المشرع فى المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة قد أكد ما سبق ونص عليه فى البند الثامن من المادة (٢٤١/البند الثامن) من قانون المرافعات من أن طعن الغير الخارج عن الخصومة ليس طعناً مستقلاً بل صورة من صور الطعن بالتماس إعادة النظر.

وعلى الرغم من الموقف الصريح للمشرع المصرى فى قانونى المرافعات المدنية والتجارية ومجلس الدولة برفضه لطعن الغير كطعن مستقل واعتباره طعناً غير عادىّ بالتماس إعادة النظر، إلا أن المحكمة الإدارية العليا فى بعض أحكامها التى تلت صدور القانونين المذكورين قد عادت وأيدت طعن الغير الخارج عن الخصومة بوصفه طريقاً مستقلاً من طرق الطعن القضائية. على سبيل المثال، فى أحد أحكامها الصادرة عام (١٩٧٣)، استشهدت المحكمة بحكمها السابق الإشارة إليه فى الطعن رقم (٩٧٧) لسنة ٧ قضائية الصادر فى (١٩٦١/١٢/٢٣) حين مكنت الغير من الطعن على أحكام الإلغاء من تاريخ علمه به "حتى يجد له قاضياً يسمع دفاعه وينصفه إذا كان ذا حق فى ظلامته ما دام قد استغلق عليه سبيل الطعن فى هذا الحكم أمام محكمة أخرى" على سند من أن "القول بغير هذا فيه حرمان لصاحب المصلحة الحقيقى من حق اللجوء إلى القضاء متظلماً من حكم فى منازعة لم يكن طرفاً فيها ولم يعلم بها وتمس آثار هذا الحكم حقوقاً له."<sup>(١)</sup> وقد أكدت المحكمة فى قضائها أن حكمها الصادر فى الطعن رقم (٩٧٧) لسنة ٧ قضائية يُعتبر إقراراً منها "بحق الخارج عن الخصومة فى الطعن على الحكم الذى يصدر ويتعدى أثره عليه وذلك إذا لم يعلم بقيام الخصومة أو لم يكن فى مركز يسمح بتوقعها."<sup>(٢)</sup>

غير أن المحكمة الإدارية العليا، مستندة إلى موقف المشرع فى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وقانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، قد ارتأت العدول عن موقفها المؤيد لطعن الغير الخارج عن الخصومة كأحد طرق الطعن المستقلة لتقرر بعد ذلك رفضه مكتفية بطريق الطعن بالتماس إعادة النظر كبديل. وفى أحد أحكامها الصادرة عام (١٩٨٧) ورد إلى المحكمة تقرير هيئة مفوضى الدولة بالرأى القانونى حين أكدت فيه الهيئة أنه حيث أن الطاعنة لم تكن طرفاً أو ممثلة فى الدعوى المطعون فى الحكم الصادر فيها "فإن الطعن فيها يكون عن طريق التماس إعادة النظر أمام المحكمة التى أصدرت الحكم وهى محكمة

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم (٤٧٤) لسنة ١٥ ق. - جلسة (١٩٧٣/٦/٢)، منشور بمجموعة المكتب الفنى رقم ١٨، صفحة رقم ١١٠.  
(٢) انظر الحكم السابق.



القضاء الإدارى. <sup>(١)</sup> وقد أخذت المحكمة برأى هيئة المفوضين مبررة ذلك بأنه فى سياق تقدير قضائها السابق فى الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ١٥ القضائية بجلسة ٢ من يونيو سنة ١٩٧٣ وما سبقه من قضاء فى الطعن رقم ٩٧٧ لسنة ٧ القضائية بجلسة ٢٣ من ديسمبر سنة ١٩٦١، ينبغى القول بأن "حق الخارج عن الخصومة فى الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا ينبغى أن يتم بمراعاة ما هو مقرر من حجية مطلقة لحكم الإلغاء ومن تحديد طرق الطعن فى الأحكام هو عمل من أعمال الشرع يرد حصراً فى القانون المنظم لها المحدد لوسائلها." <sup>(٢)</sup> وقد أكدت المحكمة على أن فتح باب طعن الغير فى الأحكام الصادرة بالإلغاء من شأنه "جدد [الحجية المطلقة المقررة لأحكام الإلغاء] وقلبها نسبية بقصرها على أطراف الدعوى وحدهم حين يكون لكل خارج عن الخصومة الأصلية ولم يكن طرفاً أو ممثلاً فيها الطعن على الحكم الصادر فيها أمام محكمة الطعن عند علمه اليقين بالحكم الصادر فيها، خاصة وأن ذلك يتيح تسلسل الطعن إلى غير نهاية بتعدد أصحاب المصالح التى يمسه القرار المطعون فيه إيجاباً أو سلباً، فيضيف إلى فقد الحجية المطلقة عدم الاستقرار المطلق للقرار." <sup>(٣)</sup> وذلك قبل أن تستطرد المحكمة قائلة إنه "المقرر أن تحديد طرق الطعن فى الأحكام هو عمل المشرع وحده يرد حصراً فى القانون المنظم لها. وقد حددت المادة ٢٣ من قانون مجلس الدولة أحوال الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، وهى لا تسع الطعن أمامها من الخارج عن الخصومة، فالطعن أمام المحكمة الإدارية العليا لا يجوز إلا لمن كان طرفاً فى الخصومة التى انتهت بصدر الحكم المطعون فيه. وإذا كان طعن الخارج عن الخصومة نوعاً من اعتراض الخارج عن الخصومة الذى كان ينظمه قانون المرافعات السابق فى فصل مستقل وألغى فى قانون المرافعات الحالى الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فلا سند فى استيفائه بعد هذا الإلغاء فى صورة طعن

(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعنين رقمي (٣٣٨٢) و (٣٣٨٧) لسنة ٢٩ ق. - جلسة (١٩٨٧/١١/٢٧)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفنى، السنة ٣٣، الجزء الأول، صفحة رقم ٥١٤، القاعدة رقم ٧٨.

(1) انظر الحكم السابق.

(2) انظر الحكم السابق.

الخارج عن الخصومة إلى المحكمة الأعلى المختصة بنظر الطعن على الحكم المطعون فيه الذي لم يكن الخارج عن الخصومة طرفاً أو ممثلاً في الدعوى التي انتهت بصدوره.<sup>(١)</sup>

وقد أفصحت المحكمة عن علة عدولها عن موقفها السابق المؤيد لطعن الغير الخارج عن الخصومة لصالح موقفها الراض له بوصفه طعنًا مستقلاً عن طرق الطعن القضائية الأخرى في أحد أحكامها حين قضت بأنه "من حيث أن قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر به القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ألغى طريق الطعن في الأحكام بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة الذي نظمه القانون القائم قبله في المادة ٤٥٠ وأضاف حالة اعتراض من يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد ادخل أو تدخل فيها (مادة ٤٥٠/١) إلى أوجه التماس إعادة النظر لما أورده في مذكرته الإيضاحية من إنها في حقيقتها ليست حالة من حالات اعتراض الخارج عن الخصومة وإنما هي تظلم من حكم من شخص يعتبر ممثلاً في الخصومة وإن لم يكن خصماً ظاهراً فيها فيكون التظلم من الحكم أقرب إلى الالتماس في هذه الحالة منه إلى الاعتراض."<sup>(٢)</sup>

وباستعراض الأحكام السابقة يمكن القول بأن المحكمة الإدارية العليا قد بنت موقفها الراض لطعن الغير الخارج عن الخصومة في الأحكام التي تعدت آثارها إليه بوصفه طعنًا قضائياً مستقلاً على عدة أسباب، لعل أهمها يكمن في

• القيد التشريعي المفروض على الأغيار بشأن ضرورة اتباعهم لطرق طعن معينة. فكما سبق الذكر قيد المشرع الغير في المادة (٢٤١/البند الثامن) من قانون المرافعات بضرورة الطعن في الأحكام التي لم يكن ممثلاً في الخصومة التي صدرت فيها بطريق التماس إعادة النظر فقط. وقد أحالت

(١) انظر الحكم السابق.

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٣٦٩) لسنة ٣٤ ق. - جلسة (١٩٩٤/٥/٢٨)، منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٩، الجزء الثاني، صفحة رقم ١٣٣٥، القاعدة رقم ١٣١؛ كذلك حكمها في الطعن رقم (٧٨) لسنة ٣٩ ق. - جلسة (١٩٩٦/٣/٩).

المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة للمادة (٢٤١/البند الثامن) من قانون المرافعات، على النحو السابق تفصيله.

• محاولات المحكمة الإدارية العليا حماية الحجية المقررة للأحكام القضائية لاسيما أحكام الإلغاء التي تحوز حجية مطلقة. بعبارة أكثر وضوحاً، ارتأت المحكمة الإدارية العليا أن في الاعتراف بطعن الغير باعتباره طريقاً مستقلاً من طرق الطعن في الأحكام الإدارية تهديداً كبيراً على الحجية المطلقة التي تتمتع بها الأحكام الصادرة بالإلغاء، إذ بذلك يفتح باب الطعن لكل الأعيان مما يعنى أن تلك الأحكام أضحت تحوز حجية نسبية في مواجهة من كان ممثلاً في الخصومة فقط ولا حجية لها في مواجهة الكافة.

• تأثرت المحكمة الإدارية العليا بآراء الفقه المعارض لفكرة طعن الغير الخارج عن الخصومة لاسيما ما تعلق منها بأن طعن الغير لا يكون موجهاً إلى حجية الحكم حيث أن الطاعن لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها، بل يكون الطعن موجهاً إلى القوة التنفيذية للحكم وهو ما يجعله أقرب إلى الإشكال في التنفيذ. وعلى الرغم من أن المحكمة قد أحجمت عن تصنيف طعن الغير باعتباره من قبيل إشكالات التنفيذ إلا إنها قد ذهبت أبعد من ذلك عندما رفضت مجرد وصف طعن الغير باعتباره طعنًا مفضلة تسميته باعتراض الغير وملحقة إياه بالتماس إعادة النظر.

وعلى الرغم من هذا إلا أنه وجب التتويه على أن المحكمة فى أحد أحكامها الصادرة فى عام (١٩٩٠) قد خرجت على الأصل العام الذى سبق وقررتة فى رفضها لطعن الغير الخارج عن الخصومة حين اعتبرت الطاعن الذى لم يكن ممثلاً فى الخصومة التى صدر فيها الحكم الطعين ليس من الغير وليس خارجاً عن الخصومة وإن غابت إجراءاتها بفعل الخصوم أو إهمالهم، بحيث يثبت له مصلحة فى الطعن متى كان الحكم الصادر من شأنه الإضرار بحقوقه عن طريق منعها أو

تقييدها أو الانتقاص منها لاسيما حقوقه الدستورية الأساسية مثل الحق في الانتخاب والترشيح.<sup>(١)</sup>

غير أنه وجب التنويه على أن الحكم السابق قد تبلور حول قبول طعن الغير والتوسع في إضفاء شرط المصلحة على هذا الغير فيما يتعلق بالطعن على الأحكام القضائية التي تعدت آثارها إلى الغير وكان من شأنها التأثير سلباً على حقوقه الدستورية الأساسية. بناء على ذلك، يظل الحكم السابق يمثل الاستثناء الذي لا يصح القياس عليه ولا التوسع فيه للقول بأن المحكمة الإدارية العليا قد عدلت عن موقفها الراض لطعن الغير وعاودت قبوله مرة أخرى، فكما سبق الذكر، فالمحكمة قد تواترت أحكامها على رفض طعن الغير بوصفه طريقاً مستقلاً من طرق الطعن القضائية.

### المطلب الرابع

#### آثار تقديم طعن الغير الخارج عن الخصومة

إذا كانت محكمة الموضوع هي المختصة بنظر طعن الغير المقدم ضد الحكم الذي تعدى أثره إليه، فليس ثمة جدال أن أول ما تعنى المحكمة بالتأكد منه هي قواعد الاختصاص – أي كونها مختصة أصلاً بنظر الطعن المقدم من الغير، وذلك على سند من أن مسائل الاختصاص تعد من الدفوع الشكلية التي يتعين استيفاؤها قبل التطرق للحديث في الموضوع.<sup>(٢)</sup> على ذلك، تلتزم المحكمة بفحص ما إذا كان الطعن المقدم من الغير الخارج عن الخصومة داخلاً ضمن اختصاصها وظيفياً ونوعياً ومكانياً، فإذا ما استبان لها إنها غير مختصة فوجب عليها إحالتها إلى المحكمة المختصة وفقاً للمادة ١١٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.<sup>(٣)</sup> فضلاً

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٦٣) لسنة ٣٧ ق. – جلسة (١١/٢٦/١٩٩٠).  
(٢) نصت المادة (١٠٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إيدؤها معاً قبل إبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدّها في صحيفة الطعن . . .".

(٢) نصت المادة (١١٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ "على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة، و لو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية و يجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تجاوز مائتي جنيه وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها."

عن ذلك، تلتزم المحكمة بالتحقق من توافر شرطى الصفة والمصلحة فى الغير الطاعن وأن الحكم قابل للطعن عليه من قبل الغير.

ويعد داخلاً ضمن الإجراءات الشكلية التى يتعين على المحكمة التأكد من توافرها هو التحقق من رفع الغير الطاعن لطعنه فى الميعاد المحدد وكذلك توافر الشروط القانونية فى صحيفة الطعن بحيث يجب أن تحتوى على بيان الحكم المطعون فيه وعلاقة الغير به والأسباب التى من شأنها تعديل أو إبطال الحكم. فإذا ما تحققت المحكمة من توافر جميع الأشكال القانونية المنصوص عليها قانوناً، قبلت الطعن من حيث الشكل ثم انتقلت لفحص موضوعه لتنتهى إما بقبوله أو برفضه.

من الجدير بالإشارة فى هذا المقام أنه لا يترتب على مجرد الطعن فى الحكم وقف تنفيذه. فبالرجوع إلى الأصول العامة نجد أن المادة (٤٥٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على أن "الاعتراض على الحكم لا يوقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة المرفوع إليها بوقفه لأسباب جديّة". وقد سائر المشرع فى قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ نفس النهج مقررًا بأن الطعن على الحكم لا يوقف تنفيذه ما لم تأمر المحكمة بذلك.<sup>(١)</sup>

الأمر نفسه نجده مطبقاً فى سنن المرافعات الإدارية، فقد نصت المادة (٥٠) من قانون مجل الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه "لا يترتب على الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا أمرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك. كما لا يترتب على الطعن أمام محكمة القضاء الإدارى فى الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية وقف تنفيذها إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك". كما نصت المادة (٥١) على أنه "يجوز الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة

---

(١) نصت المادة (٢٤٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التى تنتظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم = يتعدّر تداركه، ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً صيانة حق المطعون عليه."

كذلك نصت المادة (٢٥١) من نفس القانون على أنه "لا يترتب على الطعن بطريق النقض وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز لمحكمة النقض أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم مؤقتاً إذا طلب ذلك فى صحيفة الطعن وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعدّر تداركه . . ."

كما نصت المادة (٢٩٢) على أنه "يجوز فى جميع الأحوال للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف أو التظلم أن تأمر بناء على طلب ذي الشأن بوقف النفاذ المعجل إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن فى الحكم أو الأمر يرجح معها إلغاؤه ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المحكوم له."

القضاء الإدارى والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر . .  
 . ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك".  
وفيما يتعلق بطعن الغير الخارج عن الخصومة فى الحكم الذى تعدى أثره  
إليه فتسرى عليه نفس القواعد السابق ذكرها فيما يتعلق بوقف تنفيذ الحكم المطعون  
عليه، بحيث أنه لا يترتب على طعن الغير وقف تنفيذ الحكم تلقائياً بل ينبغى على  
الغير أن يطلب ذلك من المحكمة المختصة بنظر طعنه إن أراد ذلك. وتستقل  
المحكمة بتقدير مدى توافر شروط وقف التنفيذ وبالأخص ضرورة كون الحكم المراد  
وقف تنفيذه حكماً بإلزام،<sup>(١)</sup> وما إذا كان طعن الغير قد بنى على أسباب جدية تبرر  
وقف التنفيذ،<sup>(٢)</sup> ومدى توافر شرط الاستعجال بحيث يترتب على تنفيذ الحكم وقوع  
ضرر جسيم للغير الطاعن فيلحق به نتائج يتعذر تداركها.<sup>(٣)</sup>

أخيراً، بعد قبولها لطعن الغير من حيث الشكل، فقد تنتهى المحكمة إلى أحد  
أمرين فى نظرها لموضوع الطعن: إما لقبولها الطعن أو برفضه. أولاً: إذا ما قبلت  
المحكمة موضوع طعن الغير فذلك يعنى إنها ستنتهى حتماً إلى إلغاء الحكم الطعين  
أو تعديله - أى إنها تكون بصدد إصدار حكم جديد فى موضوع الخصومة.<sup>(٤)</sup> وفى  
سبيل ذلك، يترخص للمحكمة نفس السلطات التى ثبتت لها أثناء نظرها للخصومة  
الأصلية. وكأصل عام تنقيد المحكمة فى نظرها لموضوع طعن الغير بحدود هذا  
الطعن، بحيث إذا ما تحدد نطاق الطعن بالاعتراض على جزء معين من الحكم دون  
أن يشمل الأجزاء الأخرى، فلا تملك المحكمة سلطة بحث تلك الأجزاء التى لم  
يشملها نطاق الطعن. غير أنه قد ذهب البعض للقول بأن هذا الأصل العام يتقيد  
بطبيعة القضاء الإدارى باعتباره قضاء مشروعية، بحيث أن هذا الأمر قد يدفع  
المحكمة إلى إعادة فحص الحكم المطعون عليه بأكمله حتى ولو كان الغير الطاعن  
قد تحدد نطاق طعنه بالاعتراض على جزء معين من الحكم دون غيره.<sup>(٥)</sup>

ثانياً: قد تنتهى المحكمة فى فحصها لطعن الغير إلى تأييد الحكم المطعون  
فيه وهو الأمر الذى يعنى رفضها لطعن الغير وذلك لأسباب تتعلق بموضوعه حيث

(1) انظر فى تفصيل ذلك، أ.د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى  
المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠١٠)، ص. ١٣٣-١٤٢.

(2) انظر فى تفصيل ذلك، المرجع السابق، ص. ١٧٤-٢٠٣.

(3) انظر فى تفصيل ذلك، المرجع السابق، ص. ٢١٣-٢٧٦.

(4) انظر د. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٣٣٠.

(1) المرجع السابق، ص. ٣٣٢.

سبق وقبلته من حيث الشكل. على سبيل المثال، فقد تنتهي المحكمة في قضائها إلى رفض الطعن المقدم من الغير على سند من أن الغير فشل في إثبات كون أن الحكم المطعون فيه قد تعدى أثره إليه، أو عدم صحة الأسباب التي بنى عليها الطعن. والحكم الصادر برفض طعن الغير هو حكم موضوعي وقطعي إذ أنه يكون قد حسم النزاع في موضوع الطعن، وبالتالي فيضحي قابلاً للطعن عليه وفقاً للقواعد العامة المقررة باعتباره حكماً منهيّاً للخصومة.<sup>(١)</sup> فضلاً عن ذلك، فالحكم الصادر برفض طعن الغير يحوز حجبية مطلقة في مواجهة الغير الطاعن بحيث يتمتع عليه معاودة الطعن في الحكم من جديد، غير أن هذا الحكم يحوز حجبية نسبية في مواجهة غير الطاعن.<sup>(٢)</sup>

علاوة على ذلك، يترتب على الحكم الصادر برفض طعن الغير الحكم بغرامة لا تتجاوز ثلاثين جنيهاً فضلاً عن التعويض إذا ما كان له وجه كأن يثبت المختصم في طعن الغير الضرر الذي لحق به جراء الطعن، وذلك وفقاً للمادة (٥١) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حين نصت على أنه "يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر . . . ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك وإذا حكم بعدم قبول الطعن أو برفضه جاز الحكم على الطاعن بغرامة لا تتجاوز ثلاثين جنيهاً فضلاً عن التعويض إذا كان له وجه."<sup>(٣)</sup> وقد ساير المشرع المصري في المادة (٥١) نظيره الفرنسي حين قرر في المادة (٧٩) من لائحة "الإجراءات أمام مجلس الدولة وقاضي النقض" الصادرة بموجب القانون رقم (٨٧-١١٢٧) في (٣١ ديسمبر ١٩٨٧) الحكم بالغرامة على الطرف الثالث إذا ما حُكم برفض اعتراضه.

(١) نصت المادة (٢١٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة، وفي الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في الطعن".

(٢) انظر د. محمود حافظ توفيق الفقي، طعن الغير في الأحكام الإدارية، المرجع السابق، ص. ٣٣٩.  
(٣) يُذكر أن المادة (٤٥٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ كانت قد نصت على أنه "إذا حكمت المحكمة بعدم قبول الاعتراض أو برفضه ألزمت المعتراض بغرامة لا تزيد على عشرين جنيهاً فضلاً عن التضمينات إن كان لها وجه".

وقد نصت المادة (٢٤٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "إذا حكم برفض التماس في الحالات المنصوص عليها في الفقرات الست الأولى في المادة ٢٤١ بحكم على الملتمس بغرامة لا تقل عن مائة وعشرين جنيهاً، ولا تتجاوز أربع مائة جنيهاً".

## خاتمة البحث

ليس ثمة من يُنكر أن التدقيق المنصف يكشف وبحق أن الأصل العام القائل بنسبية حجية بعض الأحكام القضائية بحيث لا يتعدى آثارها لغير أطرافها وكذلك قاعدة نسبية الإجراءات فى الخصومة ليس من شأنهما نفي حقيقة أن بعض حقوق ومصالح الغير المعتبرة يمكن أن تضار من جراء صدور حكم قضائي معين فى خصومة لم يكن ممثلاً فيها.

فلئن كانت الحقيقة القانونية تستلزم القول بأنه لا حاجة فى أن الأحكام القضائية يُتصور أن تتعدى آثارها إلى الغير الخارج عن الخصومة، فقد عنيت هذه الدراسة بالتعرض لصور معالجة مثل هذا الأمر. فقد استهلّت الدراسة بالحديث عن نظام التدخل فى الخصومة والإدخال فيها كأحد الطرق التى تبناها المشرع المصرى لحماية الغير والتصدى لفكرة تعدى الأحكام القضائية آثارها إليه.

أما بالنسبة للجزء الثانى من هذه الدراسة فقد تم تخصيصه للتعرض ببحث وبيان نظام طعن الغير فى الأحكام القضائية التى تعدت آثارها إليه وذلك من وجهة نظر تشريعية وقضائية. فقد كان المقصود من ذلك هو معالجة فرضية أن نظام تدخل الغير فى الخصومة أو إدخاله فيها قد يأتى قاصراً عن حماية الغير أو قد يعجز تماماً عن حمايته كأن يصدر الحكم الذى أضر بحقوقه ومصالحه دون أن يتمكن من المثول بشخصه أو عن طريق من يمثله فى الخصومة ودون أن يتم اختصاصه فيها من قبل الخصوم الأصليين أو إدخاله من قبل المحكمة نفسها.

على هذا النحو، فقد حرصت تلك الدراسة على عرض نظام طعن الغير فى بعض الأنظمة القانونية المقارنة فى محاولة للوقوف على ماهيته ونطاقه القانونى. بناء على ذلك، ألفت الدراسة الضوء على آلية طعن الغير فى النظامين القانونيين الأمريكى والفرنسى حيث أطلق عليه اعتراض الطرف الثالث، وذلك قبل التعرض إلى بحث تلك الآلية فى النظام القانونى المصرى.

وفى معرض فحص طعن الغير فى تلك الأنظمة القانونية، لاسيما النظام القانونى المصرى، نوهت هذه الدراسة على حقيقة كون أن القضاء الإدارى المصرى



قد كان حريصاً على بيان الحكمة من وراء التقرير بهذا النوع من أنواع الطعون القضائية، حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن أهمية طعن الغير تكمن فى تلافى العيوب والأضرار الجسيمة التى قد تترتب على تخلفه. بعبارة أدق، أكدت المحكمة الإدارية العليا أن تخلف إجراء طعن الغير فى الحكم القضائي الذى تعدت آثاره إليه والصادر فى خصومة لم يكن ممثلاً فيها من شأنه إنكار الحماية القانونية المقررة لهذا الغير الخارج عن الخصومة باعتباره صاحب المصلحة الحقيقية فى الخصومة.

وقد لاحظنا فى هذه الدراسة تغير موقف المشرع المصرى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ عن موقفه فى القانون الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، حيث اعترف فى الأول بطعن الغير استقلالاً عن طرق الطعن القضائية الأخرى، فى حين أنه اعتبره صورة من صور الطعن بالتماس إعادة النظر فى الثانى. وبالمثل تغير موقف المحكمة الإدارية العليا بشأن طعن الغير، فبعد أن أعلنت فى أحكامها الأولى قبولها لهذا الطعن بوصفه طعناً قضائياً مستقلاً، عادت ورفضته فى أحكامها المتأخرة.

ولئن كانت خاتمة البحث العلمى تستلزم عرضاً موجزاً للنقاط الأساسية الحاكمة للظاهرة محل البحث، فتمامها لا يكتمل إلا بإبراز نتائج البحث وما توصل إليه الباحث من توصيات، وهو ما نوجزه فى النقاط التالية:

أولاً: الحقيقة القانونية الثابتة أن الغير الخارج عن الخصومة قد يُضار من الحكم القضائي الصادر من شأنها أن تفرض ضرورة الاعتراف بطعن الغير كنظام للطعن مستقل عن صور الطعن القضائية الأخرى. فالواقع أن أعمال مقتضيات العدالة وصون وكفالة حقوق التداعى والدفاع تحتم تمكين الغير من الطعن على الأحكام التى تعدت آثارها إليه، والقول بغير ذلك ينطوى على إهدار لقيم العدالة وإنكار الحماية القانونية لأحد أصحاب المصلحة الحقيقية.

ثانياً: ضرورة تدخل المشرع لإعادة معالجة إجراء طعن الغير فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون مجلس الدولة على السواء، بحيث ينبغى تحرير

طعن الغير لا سيما الموجه ضد الأحكام الإدارية من تبعيته لنظام التماس إعادة النظر.

**ثالثاً:** ينبغي على المشرع أفراد المساحة الكافية في قانون مجلس الدولة لبيان الأحكام الخاصة بطعن الغير الخارج عن الخصومة كأحد صور الطعن المستقلة في الأحكام الإدارية خاصة ما يتعلق بتلك الأحكام من ضرورة توافر شرط المصلحة في الغير الطاعن. بعبارة أكثر وضوحاً، ينبغي على المشرع أن يتوخى الحيطه في صياغة شرط المصلحة في الغير الطاعن بحيث لا يتشدد في تطلبه تشدداً من شأنه أن يقيد حق الغير في الطعن ومن ثم ضياع حقه في المطالبة بالحماية القانونية، ولا يتهاون في تطلبه تهوناً من شأنه أن يفتح باب الطعن لكل من يمكن تعداده من الغير، وهو الأمر الذي من شأنه أن يجرد من الحجية المطلقة المقررة لبعض الأحكام القضائية، كالأحكام الصادرة بالإلغاء.

**رابعاً:** في معالجته لطعن الغير الخارج عن الخصومة كطعن قضائي مستقل عن غيره من طرق الطعن الأخرى، نرى أنه من الأفضل ألا يقرر المشرع بدء سريان ميعاد الطعن من تاريخ علم الغير اليقيني بالحكم أو من تاريخ إعلانه به، بل من تاريخ الشروع في تنفيذ الحكم، على سند من أن مصالح وحقوق الغير لن تتأثر سلباً من مجرد صدور الحكم في الخصومة التي لم يكن ممثلاً فيها بقدر تأثرها يقيناً إذا ما شرع من صدر الحكم في صالحه في التنفيذ.

**خامساً:** في ضوء التوصيات السابقة، نرى أنه قد آن للمحكمة الإدارية العليا أن تغير من موقفها الراض لطعن الغير وذلك بالتوازي مع ضرورة احترام الحجية المطلقة التي تتمتع بها بعض الأحكام الإدارية مثلما هو الحال بالنسبة لأحكام الإلغاء. والحقيقة أنه لن يتأت ذلك إلا بالتيقن من توافر مصلحة الغير اليقينية والمباشرة في الطعن حتى لا تصبح الأحكام القضائية محلاً للطعن من ذوى الأهواء دون المصلحة مما يُعرض حجيتها للتجريح.

## قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

### أ. المراجع العامة

١. أحمد مليجي، اختصام الغير وإدخال ضامن فى الخصومة المدنية، دار الفكر العربى، القاهرة: دون سنة نشر.
٢. أحمد هندی، قانون المرافعات المدنية والتجارية (الخصومة والحكم والطعن)، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة للنشر: الإسكندرية (١٩٩٥).
٣. خميس إسماعيل، دعوى الإلغاء، الطبعة الأولى، دون ذكر لدار النشر: القاهرة (١٩٩٣).
٤. سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري "الجزء الأول"، دار النهضة العربية: القاهرة (١٩٨١).
٥. سليمان محمد الطماوى، القضاء الإدارى: الكتاب الثانى (قضاء التعويض وطرق الطعن فى الأحكام) دراسة مقارنة (١٩٨٦).
٦. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي: القاهرة (١٩٧٠).
٧. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية (٢٠٠٧).
٨. فتحى والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية: القاهرة (١٩٨١).
٩. محمود صالح العادلي، فكرة الغير في قانون الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي: الإسكندرية (٢٠٠٤).
١٠. نبيل إسماعيل عمر، أحمد خليل، أحمد هندی، قانون المرافعات المدنية والتجارية (الاختصاص - الدعوى - الخصومة - الحكم - طرق الطعن)، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية (١٩٩٧).

١١. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠٠٦).

١٢. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي: القاهرة، (١٩٨٧).

### ب. المراجع الخاصة

١. إسماعيل البدوي، طرق الطعن في الأحكام الإدارية، دار الفكر الجامعي: الإسكندرية (٢٠١٣).

٢. حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ أحكام القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مطابع مجلس الدفاع الوطني: القاهرة (١٩٧٠).

٣. عبد الحفيظ على الشيمي، طعن الخارج عن الخصومة أمام القضاء الإداري: دراسة تطبيقية للطعن في الأحكام الصادرة بإلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية: القاهرة (٢٠٠٤).

٤. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية: الاختصاص - الخصومة - الدفوع - الأحكام في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي: الإسكندرية (بدون سنة نشر).

٥. عبد الناصر أبوسمهدانة، إجراءات الخصومة الإدارية دراسة تحليلية تطبيقية في ضوء أحدث آراء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية: القاهرة (٢٠١٤).

٦. محمد باهى أبو يونس، انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠٠٧).

٧. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠١٠).

٨. محمد ماهر أبو العينين، سلسلة المرافعات الإدارية: الطعن في الأحكام الإدارية والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا وفقاً لأحكام النقض والإدارية العليا (طرق الطعن العادية وغير العادية في أحكام محاكم مجلس الدولة وفقاً

لأحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا حتى أوائل القرن ٢١)، دار النهضة العربية: القاهرة (٢٠٠٢).

### ج. الرسائل العلمية

١. حسنى سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية والإشكالات المتعلقة به (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة (١٩٨٤).
٢. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول (نوفمبر ١٩٤٤).
٣. محمود حافظ توفيق الفقى، طعن الغير فى الأحكام الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية (٢٠١٧).
٤. محمود مizar حسن خليفة، طعن الخارج عن الخصومة فى قضاء مجلس الدولة : دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس (٢٠٠٨).

٥. مصطفى محمد تهاى منصور، إجراءات الخصومة الإدارية، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس (٢٠٠٦).

### د. المقالات العلمية

١. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، فى قانون المرافعات الجديد اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها، مجلة القانون والإقتصاد، العدد الأول والثانى (مارس - يونيو ١٩٤٩).
٢. علاء إبراهيم محمود، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على حكم الإلغاء (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة (جامعة بابل: ٢٠١٥).
٣. مصطفى أبو زيد فهمى، طرق الطعن فى أحكام مجلس الدولة المصرى (دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، العددان الثالث والرابع (١٩٥٥-١٩٥٦).

## ثانياً: المراجع الأجنبية

### أ. مراجع باللغة الإنجليزية

1. Kenneth Culp Davis, *Standing to Challenge and to Enforce Administrative Action*, 49 COLUM. L. REV. 759 (1949).
2. Michael P. Seng, *Intervention by Third Parties in Federal Administrative Proceedings*, 42 NOTRE DAME L. REV. 71 (1967).
3. Paul Oberst, *Parties to Administrative Proceedings*, 40 MICH. L. REV. 378 (1942).

### ب. مراجع باللغة الفرنسية

1. Charles Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, 13 N°4 ETUDE DE DROIT COMPARÉ INTERNE. IN: REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 863, 864 (1961).
2. CHARLES DEBBASCH ET JEAN CLAUDE RICCI, *CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, 6<sup>c</sup> éd. Précis Dalloz, Paris (1994).
3. CHRISTIAN GABOLDE, *TRAITÉ PRATIQUE DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE: TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS* 351 (Dalloz impr. Jouve: 1960).
4. CHRISTOPHE LEFORT, *PROCÉDURE CIVILE* 405 (2<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2007).
5. JEAN MARIE AUBY & ROLAND DRAGO, *TRAITÉ DE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF* 648 (Paris, 1975).
6. JEAN-MICHEL DE FORGES, *DROIT ADMINISTRATIF* 6<sup>e</sup> éd, Presses Universitaires de France (2002).
7. Paleerat Sriwannapruek, *Les Principes généraux du droit administratif français et thaïlandais*, Droit Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I (2010).
8. RENÉ CHAPUS, *DROIT DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, EDITEUR: MONTCHRESTIEN, 9<sup>e</sup> édition (2001).

## **ضوابط القرار الإداري**

دكتور

حسام الدين محمد مرسي

رئيس قسم القانون

كليات الخليج للعلوم الإدارية والإنسانية - بالمملكة العربية السعودية





## ملخص

يعد القرار الإداري أهم مظهر لنشاط وامتيازات السلطة التي تتمتع بها الإدارة ، إذ بواسطته تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة - على خلاف القواعد العامة في القانون الخاص - إنشاء حقوق أو فرض التزامات، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة والتي يجب تغليبها على المصالح الفردية الخاصة .

يتناول هذا البحث تقسيم القرارات الإدارية من عدة زوايا من حيث التكوين، ومن حيث رقابة القضاء، ومن حيث الآثار المترتبة عليها.

ويتناول أيضا نهاية وانقضاء القرار الإداري؛ ووضحنا المقصود بانقضاء القرار الإداري وهو تجريده من محتوياته وآثاره القانونية. ووضح أنه قد يتم انقضاء القرار الإداري بتدخل جهة الإدارة، وقد يكون ذلك بطريقة طبيعية، أو بطريقة غير طبيعية من قبل جهة الإدارة كالسحب والإلغاء، أو بتدخل السلطة القضائية بالإلغاء، أو بتدخل من قبل المشرع بإلغاء القانون الذي استند عليه هذا القرار.

ويوصي الباحث ضرورة وجود آلية للحد من هذا الامتياز الممنوح لجهة الإدارة في مجال القرارات الإدارية لأنها في الواقع العملي تستعمله بتعسف شديد في مواجهة الأفراد، إذ انها تُحيد في كثير من الأحيان عن غايتها وتتحرف بها.

## Findings out and Conclusion

The administrative decree is one of the most important manifestations of the administration's activity and privileges. The administration, by its own will, unlike the general rules of private law, can create rights or impose obligations. This is because the administration seeks to achieve the public interest, which must be prevailed over individual private interests. This paper deals with the division of administrative decrees from several angles in terms of composition and in terms of control of the judiciary and its implications.

Also, it deals with the administrative decree may be terminated by the intervention of the administrative body, and this may be in a natural way, or in an abnormal manner by the administrative authority such as withdrawal and cancellation, or by the intervention of the judiciary by cancellation, or to intervene by the legislator to null the law on which this decree was based.

The paper recommends that there is a badly need to have a mechanism to reduce this privilege granted to the administrative authority in the field of administrative decrees because in practice which used arbitrarily against individuals, because they often flout from their goal

## مقدمة عامة:

يعد القرار الإداري أهم مظهر لنشاط وامتيازات السلطة التي تتمتع بها الإدارة ، إذ بواسطته تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة على خلاف القواعد العامة في القانون الخاص إنشاء حقوق أو فرض التزامات ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة والتي يجب تغليبها على المصالح الفردية الخاصة .

يتميز القرار الإداري عن غيره من الأعمال القانونية الأخرى ، مثل الأعمال المادية والأعمال التشريعية والأعمال القضائية ، حيث تتداخل هذه الأعمال القانونية السابقة مع القرارات الإدارية ، فيصعب أحياناً التفرقة بينهما ، ومن هنا تكمن أهمية تعريف القرار الإداري ، لتحديد الأعمال التي تخضع لنطاق الرقابة القضائية عن غيرها .

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه "إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين ممكن وجائز قانوناً حالاً ومباشرة ابتغاء تحقيق المصلحة العامة.

ومن هذا التعريف يمكننا أن نستنتج أن القرار الإداري يتكون من خمسة عناصر وهي (الاختصاص- الشكل- السبب- المحل- الغاية). والعناصر الداخلية لضمان شرعية القرار الإداري تتمثل في السبب والمحل والغاية، وهي عناصر تظهر فيها السلطة التقديرية على خلاف العناصر الخارجية التي تكون في الغالب مقيدة ولا مجال للتقدير فيها وتمثل أيضاً حدوداً لا يجوز للإدارة مخالفتها وإلا عدت قراراتها مشوبة بعيوب قابلة للبطلان .

ويمكن تقسيم القرارات الإدارية إلى أنواع متعددة من حيث الزاوية التي ينظر إليها وسوف نقتصر على تقسيمها من حيث التكوين ومن حيث رقابة القضاء ومن حيث الآثار.

وجدير بالذكر أن الإدارة باعتبارها سلطة عامة تمتاز بميزات رئيسية تجعلها في مركز ممتاز بالنسبة إلى الأفراد في تنفيذ قراراتها، فتسري قراراتها في حق المخاطب بها وإن أبدى اعتراضاً بشأنها، وإن قدم تظلاً إدارياً بل وحتى إن رفع دعوى قضائية، فيظل القرار الإداري يسري في حقه ما لم تقبل الجهة الإدارية نفسها أو جهة أعلى منها بسحب قرارها أو إلغاؤه، وإذا كان القانون قد كفل للمعنيين بالقرار أحقية الطعن فيه إدارياً أو قضائياً فإن ذلك لا يعفيهم من الخضوع لمضمون القرار، لأن الإدارة تملك سلطة التنفيذ المباشر لقراراتها دون حاجة للجوء إلى سلطة أخرى، ويعد هذا الحق من أخطر امتيازاتها.

وينقضي القرار الإداري بتجريد من محتوياته وأثاره القانونية، فيتوقف بذلك عن إحداث أي أثر قانوني، ويتم انقضاء القرار الإداري بدون تدخل جهة الإدارة ويكون الانقضاء بطريقة طبيعية مثل

استنفاذ القرار الذي صدر من أجله، أو استحالة تنفيذه لأسباب أحاطت به، أو أن يكون القرار مؤقتاً بمدة معينة، أو تحقق الشرط الفاسخ الذي علق عليه القرار، فينتهي بتحقق هذا الشرط، أو بموت المستفيد.

كذلك تنقضي القرارات الإدارية بالطريق الإداري إما بالإلغاء أو بالسحب، كما تنقضي بتدخل السلطة القضائية وذلك حال الحكم فيها بالإلغاء لمخالفة مبدأ المشروعية، وأخيراً تنقضي بتدخل السلطة التشريعية وذلك حال صدور القرار تنفيذاً لقانون معين فمن الطبيعي أن ينتهي بزوال أو إلغاء القانون، إلا إذا نص على غير ذلك .

#### أهمية البحث:

تعد القرارات الادارية من أهم مظاهر الامتيازات التي تتمتع بها السلطة الإدارية والتي تستمدّها من القانون العام وأيضاً وسيلتها المفضلة في القيام بوظائفها المتعددة والمتجددة في الوقت الحاضر لما تحقّقه من سرعة وفاعلية في العمل الإداري، وامكانيه البت من جانبها وحدها في أمر من الأمور، دون حاجه إلي الحصول علي رضا ذوي الشأن، أو حتى معاونتهم وذلك بإنشاء

حقوق للإفراد أو التزامات عليهم، هذا بالإضافة إلى قدره الإدارة علي تنفيذها تنفيذاً مباشراً وبالقوة الجبرية.

وموضوع القرار الإداري يعد من الموضوعات ذات الطبيعة الهامة والحيوية ذلك أن أغلب اختصاصات القضاء الإداري في البلاد العربية وفرنسا يكاد يكون قائماً على فكرة القرار الإداري.

ومن جهة أخرى يعتبر القرار الإداري أهم عناصر العملية الإدارية بل يعتبر جوهر عمل المسؤولين في الحكومات المختلفة.

### **المبحث الأول**

#### **ذاتية القرارات الإدارية**

تتكون الأعمال القانونية أو السلطات الإدارية لكي تقوم الإدارة بمزاولة نشاطها باعتبارها سلطة عامة، من طائفتين: الأولى: القرار الإداري، والثانية: العقد الإداري.

والقرار الإداري يختلف عن العقد الإداري من ناحية مصدر العمل أو طريقة اتخاذه فالقرار الإداري يصدر من جانب واحد وهو جهة الإدارة وحدها ويجد مصدره في الإرادة المنفردة لجهة الإدارة. بينما العقد الإداري ليس من صنع الإدارة وحدها بل يتم بموافقة الإدارة وطرف آخر متعاقد معها.

والقرارات الإدارية بصفه عامه، تعتبر أكثر مرونة واكل استقراراً من الأعمال القانونية في مجال القانون الخاص، ومن المسلم به في فقه القانون العام أن القرارات الإدارية تخضع لقواعد مغايره تماماً عن تلك التي يعرفها القانون الخاص، وأن هذه القواعد تستجيب بمرونة لمقتضيات حسن سير المرافق العامة ذلك أن المرفق العام الذي ترجعه إليه غالبية قواعد القانون الإداري الحديثة، يخضع لثلاث أسس عامه هي:

دوام سيره بانتظام واطراد، وقابليته للتغير والتبديل في كل وقت، ومساواة المنتفعين أمامه. ومن هذه الأسس الثلاثة اشتقت معظم أسس وقواعد القانون الإداري الحديث، ومنها القواعد المتعلقة بامتيازات السلطة الإدارية.

## المطلب الأول

### تعريف القرار الإداري

تعد القرارات الإدارية من أهم مظاهر الامتيازات التي تتمتع بها السلطة الإدارية والتي تستمدتها من القانون العام وأيضاً وسيلتها المفضلة في القيام بوظائفها المتعددة والمتجددة في الوقت الحاضر لما تحققه من سرعة وفاعلية في العمل الإداري، وامكانيه البت من جانبها وحدها في أمر من الأمور، دون حاجه إلى الحصول علي رضا ذوي الشأن، أو حتى معاونتهم وذلك بإنشاء حقوق للأفراد أو التزامات عليهم، هذا بالإضافة إلي قدره الادارة علي تنفيذها تنفيذاً مباشراً وبالقوة الجبرية.

وموضوع القرار الإداري يعد من الموضوعات ذات الطبيعة الهامة والحيوية ذلك أن أغلب اختصاصات القضاء الإداري في البلاد العربية وفرنسا يكاد يكون قائماً على فكرة القرار الإداري.

ومن جهة أخرى يعتبر القرار الإداري أهم عناصر العملية الإدارية بل يعتبر جوهر عمل المسؤولين في الحكومات المختلفة. وفي العادة يتحدد من ناحية بالقانون ومن ناحية أخرى قد يتركه المشرع تقديرياً لمصدر هذا القرار.

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بجلسة ١٩٩٦/٣/٢٦ و بجلسة ١٩٨٤/٦/٢٣، و بجلسة ١٩٧٩/١/١٧ بأنه "إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين ممكن وجائز قانوناً حالاً ومباشرة ابتغاء تحقيق المصلحة العامة". ومقتضى ذلك نفاذ القرارات الإدارية من تاريخ صدورها، وهذه القاعدة لا تصدق على إطلاقها إلا في حالة القرارات البسيطة، والقرارات المتعلقة على شرط فإن نفاذها وتحقق آثارها مرهون بتحقيق الشرط الذي علق عليه القرار، وإذا كانت الشروط موقفة أو فاسخة فإن معظم الشروط في القرارات الإدارية هي شروط موقفة تؤدي إلى تأجيل أثر القرار متى تحقق الشرط، والأصل سواء أكان القرار معلق على شرط موقف أم فاسخ فيجب أن يكون الشرط مشروعاً، وإذا كان

الشرط غير مشروع بطل الشرط وبقي القرار سليماً منتجاً لآثاره، إلا إذا كان الشرط هو الدافع الرئيسي للقرار، وهذه مسألة موضوعية يقدرها القاضي في كل حالة على حدة"<sup>(١)</sup>.

كما عرفت المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها الحديثة بجلسة ١٩٩٩/١٢/٤، حيث قررت أن "القرار الإداري هو إفصاح الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين، والقرار الصادر من أحد أشخاص القانون الخاص لا يعد قراراً إدارياً ولو كان مملوكاً للدولة. كما أضافت عبارة "متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً"<sup>(٢)</sup>. وقد عرفه الفقيه بونارد بأنه "كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة".

وقد ذكرت المحكمة الإدارية العليا الفرق بين القرار الإداري والعمل المادي من خلال تعريفها للقرار الإداري السابق ذكره، فقالت (ويفترق القرار الإداري بذلك عن العمل المادي الذي لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث آثار قانونية وإن رتب القانون عليها آثاراً معينة لأن مثل هذه الآثار تعد وليدة الإرادة المباشرة للمشروع وليس وليد إرادة الإدارة الذاتية)<sup>(٣)</sup>.

ويمكن تعريف القرار الإداري بأنه إعلان الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إنشاء أو تعديل أحد المراكز القانونية متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الهدف منه تحقيق المصلحة العامة. ويستوي أن يكون إعلان الإدارة لإرادتها صريحاً أو ضمناً. والقرار الضمني هو الذي يستنتج من سكوت الإدارة بالنسبة لموقف معين.

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٤/١٢/١٩٩٩ في القضية رقم ١٠ لسنة ١٩ ق "تنازع" الجزء التاسع، ص ١١٩٦.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٩٩٦/٣/٢٦ في الطعن رقم ١٦٩٢ لسنة ٣٦ عليا البند رقم ١٠٥ العدد ٤١، وحكمها بجلسة ١٩٨٤/٦/٢٣ في الطعن رقم ٧٩٠ لسنة ٢٢ ق المبدأ رقم ٢٠٣ العدد ٢٩. وحكمها في الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٣٣ ق بجلسة ١٩٧٩/١١/١٧، مجموعة المحكمة في ١٥ سنة الجزء الأول، ص ٧٥.

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٩٣٠ لسنة ١١ قضائية. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها = المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠، ص ٢٠٢٣.

وقد جاء في حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٠٠١/٢/٦ أن الأصل في القرارات الإدارية صحتها، وعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها من العيوب القصدية في القرار الإداري، وتعريفه أن يكون لدى الإدارة قصد الإساءة أو الانحراف بحيث تهدف من القرار قصداً آخر غير المصلحة العامة كالانتقام من شخص أو محاباة آخر على حسابه أو يكون باعثها لا يمت للمصلحة العامة بصلة، وعبء إثباته على من يدعيه لارتباطه بسلوكيات الإدارة<sup>(١)</sup>.

ومن هذه التعريفات يتضح أن القرار الإداري يلزم أن يكون عملاً قانونياً وأن يصدر من جهة إدارية وطنية وأن يترتب على العمل القانوني الصادر من الإدارة أثر قانوني وسوف نتناول ذلك تفصيلاً:

#### أولاً- أن يكون العمل عملاً قانونياً:

لا يدخل في إطار الأعمال القانونية تلك الأعمال المادية، لأنها لا تؤثر مباشرة في المراكز القانونية فلا تنشأ ولا تعدل مركزاً قانونياً، ومثال الأعمال المادية حادث أصاب فرداً من الأفراد وتسببت فيه إحدى سيارات الإدارة، فهذا الحادث المنسوب للإدارة يمثل عملاً أو واقعة مادية ولا يعتبر قراراً إدارياً، لأنه بذاته لا يؤثر في المركز القانوني للشخص المصاب<sup>(٢)</sup>.

والأعمال المادية التي تقع من إحدى السلطات الإدارية قد تأخذ المظهر الخارجي للقرار ولكن ذلك القرار لن يكون قراراً إدارياً لافتقاره لعنصر التغيير المباشر في المراكز القانونية مثل الأعمال الفني: التي يقوم بها رجال الإدارة المختصون بحكم وظائفهم كالمهندسين (إعداد التصميمات والرسومات الفنية لمشروعات الأشغال العامة).

الأعمال الإدارية المشروعة التي يقوم بها رجال الإدارة وتحدث أثراً قانونياً (ولكنها لا تعتبر أعمالاً قانونية) كالوفاء بالدين.. المنشورات والتعليمات والقرارات

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٠٠١/٢/٦ في الطعن رقم ٦٦١٦ لسنة ٤٤ ق. ع البند رقم ٩٤ العدد ٤٦.

(٢) د/ محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة اسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٥.



التي تصدر من جانب الإدارة وحدها، (ولا تعتبر) مع ذلك قرارات إدارية، لأنها لا تحدث أثراً قبل الأفراد ولا تمس مصالحهم، أو بمعنى أدق لا يحتج بها عليهم. ومن أمثلة ذلك: المنشورات والتعليمات التي تتعلق بالتنظيم الداخلي للمرافق العامة... وقد تكون الأعمال التي تقوم بها الإدارة تنفيذاً للقرارات والأوامر الإدارية وهي أعمال مادية بحتة ولكن يكمن خلفها قراراً إدارياً مثل القبض على الأفراد - الاستيلاء على ملك الأفراد - هدم منزل آيل للسقوط.. الخ).. فهي بلا شك قرارات إدارية لأنها تغير بطريقة مباشرة في المراكز القانونية وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا.

**ثانياً- أن يصدر العمل من جهة إدارية وطنية وبإرادتها المنفردة:**

لا تدخل في عداد القرارات الإدارية الأعمال القانونية التي تستلزم توافق إرادتين (كالعقود الإدارية) ويعتبر القرار إدارياً إذا كان صادراً من إحدى الجهات الإدارية، دون النظر إلى موضوعه ومحتواه.

وبناء على ذلك لا يعد قراراً إدارياً ما يصدر من أعمال للسلطة التشريعية ويندرج تحت هذا المعنى أيضاً ما يصدر من السلطة التنفيذية من أعمال تأخذ الصفة التشريعية ومثال ذلك: (القرارات بقوانين) التي تصدر خلال فترة عدم انعقاد البرلمان، إذا تم الموافقة عليها وفقاً لما ينص عليه الدستور فإنها تصبح قانوناً كذلك أعمال السيادة التي لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء.

واستثناءً على ذلك تعد القرارات الصادرة من مكتب البرلمان فيما يتعلق بشئون الموظفين الإداريين قرارات إدارية لأنها لا تتصل بالوظيفة التشريعية.

كذلك لا تعد أعمال السلطة القضائية قرارات إدارية، ومثال ذلك الأحكام القضائية الصادرة من إحدى المحاكم القضائية بمقتضى وظيفتها القضائية، كذلك الأعمال التي تندرج تحت اصطلاح (الضبط القضائي) وهي الأعمال التي يؤديها رجال الضبط القضائي وتتصل بالكشف عن الجرائم وجمع الاستدلالات التي توصل للتحقيق في الدعوى.. وأعمال النيابة العامة المتعلقة بالقضاء كالقرار الصادر من النيابة العامة في شأن مباشرة الدعوى أمام إحدى المحاكم أو القرار بمصادرة

المضبوطات التي تم ضبطها بالمخالفة للقوانين، أو القرار الصادر بوضع الأختام وتشميع مكان معين.

أما ما يصدر من رؤساء المحاكم العادية في نطاق سلطتهم الإشرافية على موظفي المحاكم فتعتبر من قبيل القرارات الإدارية لأنها ليست من قبيل الأعمال القضائية.

ولا يكفي أن يكون القرار الإداري صادراً من سلطة إدارية بل يلزم أن تكون تلك السلطة وطنية تطبق قانون البلاد. وفي هذا الشأن قررت المحكمة الإدارية العليا "أنه من المقرر في الفقه والقضاء الإداريين أن مناط اختصاص القضاء الإداري بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية هو أن يكون القرار الإداري صادراً من جهة إدارية وطنية تطبق قوانين البلاد وتستمد سلطتها منها بحيث يكون معبراً عن الإرادة الذاتية لهذه الجهة بوصفها سلطة عامة وطنية....

ثم أضافت ذات المحكمة.... أن العبرة في تحديد جنسية السلطة الإدارية ليس بجنسية أعضائها وإنما بمصدر السلطة التي تستمد منها ولاية إصدار القرارات والقوانين التي تعمل تطبيقاً لها فإذا كانت تعمل بسلطة مستمدة من الحكومة المصرية وحدها كانت جهة إدارية مصرية ولو كان بعض أعضائها أجانب."<sup>(١)</sup>

وفي حكم آخر لذات المحكمة حددت السلطات الإدارية المصرية حيث قررت "السلطات الإدارية المصرية.... عن إرادتها المنفردة"<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الشأن قررت المحكمة الدستورية العليا أنه "من المقرر قانوناً أن كل قرار يصدر عن هيئة إدارية عامة، لا يعتبر بالضرورة قراراً إدارياً مما يختص القضاء الإداري بإلغائه، أو وقف تنفيذه، بل يتعين لتحقيق هذا الوصف أن يكون

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٩٧٧/٥/٢٨ في الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٢٢ ق عليا، مجموعة المبادئ المقررة في ١٥ سنة، الجزء الأول، ص ٨٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٩٩٧/٦/٢٨ في الطعن رقم ١٣٩١ لسنة ٣٥ ق عليا المبدأ ٣٢١ مجموعة المبادئ المقررة ١٩٩٣/١٩٩٧، ص ٩٢٦. مشار إليه في مرجع د / محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري الجزء الثاني، ص ١٤٨.

القرار إدارياً بحكم موضوعه، ولا كذلك أن يكون القرار دائراً حول مسألة من مسائل القانون الخاص" (١).

كذلك أيضاً ليس كل عمل يصدر من جهة الإدارة يعد من قبيل القرارات الإدارية، فالعقود الإدارية لا تعد قرارات إدارية ولها نظامها الخاص، لأنها على الرغم من أن الإدارة طرفاً فيها، إلا أنها تنشأ نتيجة توافق إرادتين فهي لا تصدر عن إرادة الإدارة المنفردة.. ولكن يجب التنبيه هنا أن العقد الإداري يتضمن في العديد من الحالات وقبل أن يتم إبرامه قرارات إدارية وهذه القرارات الإدارية التي تسمى (بالقرارات المنفصلة عن التعاقد)، ولهذا فإنه يجوز لغير المتعاقد أن يطعن في هذه القرارات بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية، أما المتعاقد فلا طريق أمامه إلا قضاء التعويض.

ويستثنى من ذلك القرارات الإدارية غير المشروعة فيجوز للمتعاقد الطعن بالإلغاء إذا كانت له مصلحة في ذلك.. كذلك لا تعد قرارات إدارية الأعمال الصادرة من الإدارة بوصفها شخصاً معنوياً خاصاً.

وفي هذا المجال قررت المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها أن " متى كان قرار فصل المدعى من عضوية نادي الصيد قد صدر من مجلس إدارة النادي- وهو أحد الأجهزة التي تتفرع منه بوصفه هيئة خاصة وشخصاً من أشخاص القانون الخاص- فإن هذا القرار لا تكون له صفة القرار الإداري ومقوماته لصدوره من جهة خاصة، ولا تكون المنازعة بشأنه من المنازعات الإدارية التي تختص محاكم مجلس الدولة، دون غيرها بالفصل فيها، بل تعتبر المنازعة فيه من المنازعات العادية التي تدخل في اختصاص جهة القضاء العادي باعتبارها الجهة القضائية ذات الولاية العامة في غير المنازعات الإدارية عملاً بنص المادة (١٥) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢" (٢).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسته ٣/ ٢/ ١٩٩٦ في القضية رقم ١٠ لسنة ١٧ ق "تنازع"، الجزء السابع، دستورية، ص ٩١٨.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا القضية رقم ٢ لسنة ٧ قضائية "تنازع" بجلسته ١٩٧٧/٢/٥ ج ٢ "عليا" ص ٣٧١

ثالثاً- أن يترتب على العمل القانوني الصادر من الإدارة أثر قانوني:

لا يعد قراراً إدارياً أعمال التنظيم الداخلي للإدارة، كالمنشورات والتعليمات المصلحية التي تصدر من الإدارة لمجرد تطبيق القانون أو تنفيذ بعض القرارات الإدارية كنشر القرار أو تبليغه لذوي الشأن أو أمر صادر لموظف بتنفيذ قرار سابق يتضمن نقله. فهي ملزمة لهم بناء على السلطة الرئاسية الأعلى للوزير وواجب الموظفين المرؤسين في الطاعة. مثل الخطابات التي تتضمن ردوداً من الإدارة حول موضوع معين سواء لأحد الأفراد أو لإحدى الجهات الإدارية.. كذلك القرارات الإدارية التي تم سحبها قبل رفع دعوى إلغاء بشأنها، فهذه القرارات لا يترتب عليها أثر قانوني بالنسبة للمستقبل..

وأيضاً الأعمال التمهيدية التي تستهدف إثبات حالة معينة قبل اصدار القرار الإداري ومن أمثلة ذلك، الأمر الصادر من إحدى الوزارات بإجراء الفحص الطبي على أحد الموظفين تمهيداً لاتخاذ قرار معين بشأن هذا الموظف وكذلك التحقيقات التي تقوم بها جهة إدارية مع أحد الموظفين.. فلا يعد هذا الأمر قراراً إدارياً فهو لا يعدو أن يكون إجراءً تمهيدياً يعقبه صدور القرار الإداري.

### المطلب الثاني

#### عناصر القرار الإداري

سبق وأوضحنا أن المحكمة الإدارية العليا عرفت القرار الإداري بأنه "إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين ممكن وجائز قانوناً حالاً ومباشرة ابتغاء تحقيق المصلحة العامة.

ومن هذا التعريف يمكننا أن نستنتج أن القرار الإداري يتكون من خمسة عناصر وهي (الاختصاص- الشكل- السبب- المحل- الغاية). والعناصر الداخلية لضمان شرعية القرار الإداري تتمثل في السبب والمحل والغاية، وهي عناصر تظهر فيها السلطة التقديرية على خلاف العناصر الخارجية التي تكون في الغالب

مقيدة ولا مجال للتقدير فيها. وسنتناول العناصر الداخلية أولاً ثم العناصر الخارجية على النحو التالي:

**السبب:-** يجب لكي يكون القرار الإداري سليماً أن يكون له سبب يقره القانون. والسبب هو الحالة الواقعية أو القانونية المشروعة التي تجعل الإدارة تتدخل وتصدر القرار الإداري. أي أنه عنصر خارجي موضوعي، قد يكون حالة واقعية " كقيام مظاهرات أو اضطرابات تؤدي إلى الإخلال بالنظام العام"، مما يبرر اتخاذ قرارات لمواجهة ذلك. وكذلك حالة الفيضان أو الزلزال الذي يهدد النظام العام مما يستوجب تدخل الإدارة متخذة الإجراءات الضرورية لمنع انتشار الأمراض المعدية في حالة الكوارث الطبيعية وطبقاً للسلطة التقديرية الواسعة للإدارة، فإنها حرة في اعتمادها الطريقة التي تراها مناسبة وملائمة لمواجهة العمل المادي.

وقد يكون حالة قانونية كطلب تعيين موظف استكمل كل شروط وضوابط التعيين في الوظيفة المتقدم إليها. مثل تأديب موظف عمومي تأسيساً على سلطة الإدارة التقديرية الواسعة في تحديد ما إذا كان الفعل الصادر عن الموظف يشكل اخلال بالقواعد الوظيفية من عدمه.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا بأنه يجب أن يقوم القرار الإداري على صحيح أسبابه المبررة له قانوناً وذلك بأن يكون هذا السبب له أصل ثابت في الواقع والقانون<sup>(١)</sup>.

والقاعدة العامة: أن الإدارة لا تلتزم بتسبب قراراتها استناداً إلى افتراض أن قراراتها تصدر بناءً على سبب صحيح، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يتولى الإثبات، ولكن لا تثريب على الإدارة إن هي ذكرت السبب الذي جعلها تتدخل وتصدر القرار.

وفي هذا الشأن قررت المحكمة الإدارية العليا بأنه يفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سببه الصحيح وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته ٢٠٠٥/١٢/٢٨ في الطعن رقم ٥٨٥٥ لسنة ٤٨ ق عليا المبدأ ٢٣٦ مجموعة المبادئ المقررة ( ٢٠٠٥ - ٢٠٠٧ ) ص ٤٦٩.

إلا أنها إذا ذكرت أسباباً من تلقاء نفسها أو كان القانون يلزمها بتسبب قرارها فإن ما تبديه من أسباب يكون خاضعاً لرقابة القضاء الإداري<sup>(١)</sup>.

كما قررت ذات المحكمة "أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها إلا أنها إذا ما ذكرت أسباباً له فإنها تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للواقع والقانون<sup>(٢)</sup>.

وكذلك قد تخفي الإدارة السبب الحقيقي للقرار وتعلن سبباً آخر وهمياً ابتغاء مصلحة مشروعة للموظف ورقابة المحكمة مناطها السبب الحقيقي<sup>(٣)</sup>.

وهنا تخضع الإدارة لرقابة القضاء للتحقق من مدى مطابقة أو عدم مطابقة السبب للقانون. غير أن هناك حالات يلزم القانون فيها الإدارة أن تذكر سبب إصدار القرار، فهنا يجب على الإدارة أن توضح الأسباب التي بنت عليها اتخاذها للقرار، ومثال ذلك: نص القانون على عدم جواز توقيع الجزاء على الموظف إلا بعد إجراء تحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع الجزاء مسبباً.

مما سبق يتضح أن عنصر السبب هو الحالة القانونية أو الواقعية التي نشأت فدفعت الإدارة إلى إصدار قرار ما بشأن تلك الحالة. وأنه ليس لرجل الإدارة حرية إصدار القرار إلا للأسباب الداعية إلى ذلك، ولذا يسميه العميد (دوجي) بالسبب الملهم.

ومثال ذلك. القرار الصادر من الجهة الإدارية المختصة بإخلاء منزل، فنجد هنا أن السبب في إصدار هذا القرار هو الخوف من وقوع اضطرابات تهدد أمن

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٧/١٢/٢٠٠٦ في الطعن رقم ١٠٦٧٠ لسنة ٤٧ ق عليا المبدأ ٢٣٧ مجموعة = المبادئ المقررة (٢٠٠٥ - ٢٠٠٧) ص ٤٧١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٢/٥/١٩٦٥ في الطعن رقم ١٥٨٦ لسنة ٧ ق عليا المبدأ ١٢٨ العدد العاشر، وكذلك حكمها بجلسة ٢٧/٢/١٩٦٠ في الطعن رقم ٥٤٢ لسنة ٥ ق عليا المبدأ ٥٤ العدد الخامس.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٦/١/١٩٦٨ في الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ١١ ق المبدأ رقم ٥٢ العدد ١٣ وقد قررت المحكمة بأن (إخفاء الجهة الإدارية للسبب الحقيقي لقرارها بنقل الموظف وهو عدم صلاحيته لتولى وظائف السلك الدبلوماسي وإعلانها سبباً وهمياً هو كونه زائداً عن حاجة العمل، وجائز مادامت تبتغى بذلك مصلحة مشروعة للموظف، ورقابة المحكمة مناطها السبب).

وسلامة سكانه. وهذا يستلزم البحث عن صحة الوقائع وتقدير خطورتها، وفي هذا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية وهي تقدير مناسبة الإجراء لخطورة الوقائع. ومثال ذلك أيضاً طلب الإذن باجتماع عام، فإذا ما رأت جهة الإدارة أنه قد ينجم عنه ما يخل بالنظام العام وتهديد للأمن رفضت هذا الطلب ويبدو في هذا سلطة الإدارة التقديرية على أساس احتمالات مستقبلية.

والإدارة العامة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية في التحقق من صحة الوقائع التي تتدخل على أساسها لإصدار قرارها الإداري، أو في التكيف القانوني لتلك الوقائع في حالة ثبوت صحتها، فهي لا تملك في هذا الشأن سوى اختصاص مقيد؛ حيث إن السبب هو عنصر خارجي سابق على صدور القرار، ويتمثل في حالة واقعية أو قانونية دفعت الموظف الإداري المختص إلى إصدار قراره. والأصل في القرار الإداري قيامه صحيحاً وابتناؤه على سبب صحيح يحمله مستهدفاً الصالح العام<sup>(١)</sup>.

ولكن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير مدى الخطورة التي يمكن أن تترتب على الوقائع التي استلزمت إصدار القرار الإداري، وبالتالي تملك أن تصدر قرارها أو لا تصدره حسب تقديرها للأمر، باعتبارها في وضع يسمح لها أكثر من غيرها بتقدير الأمور تقديرًا صائبًا بقدر الإمكان، وبالتالي فمن الأفضل أن تترك لها حرية تقدير المخاطر التي يمكن أن تترتب على هذه الوقائع مادام هدفها في النهاية هو تحقيق الصالح العام<sup>(٢)</sup>.

وأيد ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٩٩٧/٧/٢٧ وحكمها بجلسة ١٩٩٧/١٠/٢٦، حيث خول المشرع جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة النطاق في مجال ترخيص الأسلحة أو تجديده أو سحبه أو إلغائه وذلك طبقاً للمواد ١٢، ١٥، ١٩ من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر، وهذا كله من الملاءمات المتروكة لتقديرها حسبما تراه كفيلاً بحماية المجتمع واستتباب الأمن العام ولا يقيد جهة الإدارة من أعمال سلطتها سوى وجوب تسبيب قراراتها في هذا

(١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٥ لسنة ٦٥ بجلسة ١٩٩٦/١٠/٢٢ العدد ٤٧.

(٢) د/ أحمد حافظ عطية نجم: السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي بحث منشور مجلة العلوم الإدارية العدد الثاني ديسمبر ١٩٨٥، ص ٥٩.

النشأن مادامت مطابقة للقانون وخالية من التعسف في استعمال السلطة، والمشرع تطلب فيمن يرخص له بالإتجار في الأسلحة أو إصلاحها فضلاً عن الشروط التي نصت عليها المادة ٣ من القانون أن يكون محمود السيرة حسن السمعة، وهي مجموعة من الصفات والخصال التي يتحلى بها الشخص فتجعله موضع ثقة المجتمع، وهي مسألة موضوعية بينما أن سوء السمعة يكون مرجعها ضعف في الخلق وانحراف في الطبع.

ومؤدى ذلك أنه يتعين لإثباتها أن يقوم من القرائن والأدلة الجادة ما يساند بعضها البعض على ثبوت الضعف في الخلق أو الانحراف في الطبع، وإذا كان للقضاء الإداري أن يراقب صحة الوقائع التي تكون عنصر السبب وصحة تكييفها القانوني فإن لجهة الإدارة حرية تقدير أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذى تتخذه حيالها<sup>(١)</sup>.

وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٠٠١/٧/٨ حيث جاء فيه "أن القرار الإداري يجب أن يقوم على أسباب تبرره صدقاً وحقاً في الواقع والقانون، فإذا ما فسرت جهة الإدارة لقرارها أسباباً فإنها تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مدى مطابقتها للقانون من عدمه وأثر ذلك في النتيجة التي انتهي إليها القرار، حيث تجد حدها الطبيعي فيما إذا سارت مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً فإذا سارت منتزعة من غير أصول موجودة أو سارت مستخلصة من أصول لا تنتجها فإن القرار يكون فاقداً السببية ووقع مخالفاً للقانون"<sup>(٢)</sup>.

**المحل:-** ويقصد بالمحل (موضوع القرار)، بل جوهره والعناصر الأخرى تعد فقط عناصر مساعدة أو معاونة لكي يخرج المحل إلى حيز الوجود في صورته

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٩٩٧/٧/٢٧ في الطعن رقم ١٠٤٧ لسنة ٤٢ ق المبدأ رقم ١٤٦ العدد ٤٢ وكذلك حكمها بجلسة ١٩٩٧/١٠/٢٦ في الطعن رقم ١٥٣٨ لسنة ٣٩ ق عليا المبدأ رقم ١٧ العدد ٤٣ (حيث رأت أن بحث ذلك يدخل في صميم اختصاص المحكمة للتحقق من مطابقة القرار للقانون وللتأكد من مشروعيته).

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٠٠١/٧/٨ في الطعن رقم ٣٢٠٥ لسنة ٤٠ ق المبدأ رقم ٢٨٩ العدد ٤٦.



القانونية السليمة، فهو الأثر القانوني الفوري والمباشر الذي يترتب على صدور القرار الإداري والمتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية.

بالإنشاء: كصدور قرار إداري يقضي بتعيين موظف في وظيفة معينة، فمحل ذلك القرار هو وضع ذلك الموظف في الجهة التي تم تعيينه فيها أو تخويله ممارسة مجموعة معينة من الاختصاص يحددها القانون.

وبالتعديل: كصدور قرار إداري يقضي بترقية موظف في وظيفة معينة، فمحل ذلك القرار هو نقل ذلك الموظف من وظيفة معينة على درجة معينة إلى وظيفة أخرى على درجة أقل.

وبالإلغاء: كصدور قرار يقضي بفصل موظف من وظيفة معينة، فمحل ذلك القرار هو إلغاء العلاقة القانونية القائمة بين ذلك الموظف وبين جهة الإدارة، وكصدور قرار إداري يقضي بإغلاق أحد المحلات التجارية المقفلة للراحة العامة، فمحل ذلك القرار هو توقف نشاط ذلك المحل سواء بصفة دائمة أو مؤقتة حسب ما ينص عليه القرار.

كما يجب في محل القرار أن يكون ممكناً وجائزاً من الناحية القانونية، وإلا كان القرار باطلاً لمخالفته القانون، ويكون القرار معيباً بعيب المحل إذا كان مخالفاً للقانون أو كان هناك خطأ في تفسير القاعدة القانونية أو كان هناك خطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع.

وعلى ذلك يتميز العمل الإداري باعتباره عملاً قانونياً عن العمل المادي الذي يكون محله نتيجة واقعية. وبذلك يكون هذا العنصر في العمل الإداري تقديري أي يكون للإدارة حرية الاختيار في استعمال إحدى الوسائل المشار إليها، إلا أن المشرع قد يحدد هذا العنصر من العمل الإداري، وهنا تظهر مسألة الاختصاص المقيد، الذي يتعين على الإدارة عدم مخالفته وإلا اعتبر عملها معيباً لعدم شرعيته، وعدم الشرعية يتحقق في إحدى صورتين<sup>(١)</sup>.

(١) الأستاذ / محمد عبد الجود حسين: سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، مجلة مجلس الدولة، السنة الرابعة ١٩٥٤، ص ٢٠٦.

**الأولى:-** أن يكون القرار الذى أصدره رجل الإدارة قد حرمه القانون في حد ذاته تحريمًا مطلقاً.

**الثانية:-** أن يكون القرار الذى أصدره رجل الإدارة لا يستطيع إصداره إلا في أحوال معينة بتحقيق أسباب محددة لم تتوفر لهذا الأمر. والمخالفة في صورتها تكون ما يسمى بعيب مخالفة القانون وتلك المخالفة لا تظهر إلا في حالة الاختصاص المقيد. وتطبيقاً لذلك، استقر القضاء الإداري في مصر على أن الإدارة العامة تتمتع بالسلطة التقديرية في إنشاء المرفق العام أو في عدم إنشائه، والإدارة تملك أن تحدد الطريقة التي يتم إنشاء المرفق بها، طالما أنه ليس هناك نص قانوني صريح يلزمها بكل ذلك<sup>(١)</sup>.

ونحن نؤيد الرأي الذى استقر عليه الفقه والقضاء بتمتع الإدارة بسلطتها التقديرية، على اعتبار أنها أقدر من غيرها على إدراك الأمور التي تتدخل في صميم اختصاصاتها الإدارية، ولقدرتها على معرفة الإجراء السليم الواجب اللجوء إليه في كل حالة على حدة، وعلى اختيار الطريق السليم لاتخاذ القرار المناسب لعلاج تلك الحالة.

ويعبر الفقه الإداري ومجلس الدولة المصري، عن السلطة التقديرية للإدارة العامة في مجال محل القرار الإداري، بأن رجل الإدارة يتمتع في هذه الناحية باختصاص تقديري في ثلاث مسائل وهي: حرية الإدارة في أن تتدخل أو لا تتدخل في إصدار قرار في موضوع ما. ثم حريتها في اختيار وقت التدخل، وهو أبرز عناصر السلطة التقديرية في هذا المجال. ثم حريتها في اختيار فحوى القرار الإداري، بشرط أن يكون موضوع القرار ممكناً عملاً وجائزاً قانوناً وبشرط ألا يكون المشرع قد ألزمها مقدماً بنوع القرار وفحواه<sup>(٢)</sup>.

(١) الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١٠/٥/١٩٥٠ السنة القضائية الرابعة، مجموعة أحكام المحكمة، ص٧٣٥.

(٢) د/ سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، طبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٢، ص٦٣٦، ٦٣٧. ويشير أيضاً سيادته في نفس المعنى إلى الحكم الصادر من مجلس الدولة المصري بتاريخ ١٠/٥/١٩٥٠، السنة الرابعة، ص٧٣٥.

ومخالفة القانون في القرار الإداري لا يترتب عليه في غالب الأحيان انعدام القرار بل يترتب عليه عدم مشروعيته، كما لو اشترط القانون شروطاً معينة في العامل لم تكن متوفرة في من صدر القرار بتعيينه: ففي هذه الحالة يكون القرار معيباً في محله ولكنه لا يكون منعدماً، فمشروعية المحل شرط من شروط صحة القرار أما وجود المحل فهو ركن من أركان القرار.

**الغاية:-** الغاية أو الغرض هو الهدف النهائي الذي يسعى إليه مصدر القرار لتحقيقه. وعلى سبيل المثال تكون غاية القرار الإداري التي تتخذها السلطات المشرفة على المرافق العامة إشباع الحاجيات، وتقديم خدمات تحقيقاً للمصلحة العامة، فإذا استهدفت تحقيق ذاتي، أو مصلحة خاصة يصبح عملها اعتداءً مادياً قابلاً للإلغاء أمام القضاء الإداري، والمصلحة العامة هي هدف جميع الأعمال الإدارية.

وقد ينص المشرع صراحة أو ضمناً على الغرض من العمل الإداري، وبذلك لا يجوز لرجل الإدارة أن يخالفه، وإلا كان ذلك الأمر معيباً بعدم الشرعية. والأصل أن تتمتع الأعمال الإدارية بحجة المشروعية إذ يفترض فيها جميعها السعي وراء تحقيق المصلحة العامة فكل عمل إداري يهدف إلى تحقيق غاية معينة والقرار الإداري ما هو إلا وسيلة لتحقيق هذه الغاية التي تكون دائماً مصلحة عامة أو منفعة عامة.

ومثال ذلك أيضاً، الغاية من إصدار قرار بإغلاق إحدى المحلات المقلقة للراحة، هو المحافظة على النظام العام، وقد يكون المحافظة على الآداب. والغاية من إصدار قرار إداري بفصل موظف منحرف هو حماية المرافق العامة من العناصر البشرية التي تعرضها للضرر.

وجدير بالذكر بأن مخالفة هذا العنصر من القرار الإداري باستهداف رجل الإدارة في تصرفه غرضاً غير المصلحة العامة أو غرضاً غير الغرض المخصص، يعيب القرار الإداري بعدم الشرعية. وتجدر الإشارة بنا إلى وجود فارق أساسي بين عنصر السبب وعنصر الغاية، فالعنصر الأول وهو السبب هو

الدافع أو المبرر لاتخاذ القرار ويكون سابقاً على اتخاذه، بينما الغاية هي الهدف النهائي الذي يسعى إليه رجل الإدارة للوصول إليه عقب إصداره للقرار<sup>(١)</sup>.

**الاختصاص:-** هذا العنصر من القرار الإداري دائماً محدد بالقانون؛ حيث إن القانون الإداري لا يقتصر على بيان الأعمال الإدارية ولكن يعين الموظف المختص المنوط به مباشرة الأعمال أيضاً. فإذا صدر القرار الإداري من موظف غير مختص كان هذا القرار معيياً لعدم الاختصاص وذلك لعدم قدرة هذا الموظف قانوناً على اتخاذ ذلك القرار<sup>(٢)</sup>. فيجب أن يصدر القرار من الشخص أو الهيئة التي حددها المشرع وبالتالي يجب أن يكون لمصدر القرار وجود قانوني وسلطة التعبير عن إرادة الدولة.

ويعرف ركن الاختصاص في القرار الإداري بأنه " الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطيها القواعد القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة، شخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة". حيث تثبت هذه الصفة لعضو الإدارة بقرار تعيينه إذا كان فرداً وبالقرار الصادر بتشكيله إذا كان هيئة.

وقد يقال أن فكرة الاختصاص يمكن أن تختلط بفكرة السبب في القرار، إذا ما تصورنا الأمر على هذا الشكل (إن رجل الإدارة إنما يعترف له بالصلاحية القانونية لاتخاذ قرار ما، إذا توافرت شروط معينه تشترطها نفس القاعدة التي أعطت الاختصاص، وعلى ذلك فإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن رجل الإدارة هذا سيصبح غير مختص باتخاذ القرار).

إلا أن التمييز بين الفكرتين ممكن دائماً، حيث تتمثل فكرة الاختصاص في أن عضواً من أعضاء الإدارة يختص بنوع معين من النشاط أو بنوع معين من القرارات، ولا يجوز أن يتجاوز اختصاصه هذا إلى مباشرة نشاط آخر، أو إصدار قرارات أخرى، جعلها القانون من اختصاص عضو إداري آخر. أما فكرة السبب

(١) د/ أحمد حافظ عطية نجم: السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢) الأستاذ/ محمد عبد الجواد حسين: سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

فتتمثل في أن رجل الإدارة هذا أو ذاك، لا يستطيع مباشرة ما منح من سلطة أو اختصاص إلا إذا توافرت بالنسبة لكل قرار شروطه الموضوعية الخاصة به<sup>(١)</sup>. أما عناصر عنصر الاختصاص فهي متعددة نذكر منها: العنصر الموضوعي، العنصر المكاني، والعنصر الزمني على النحو الآتي:

**العنصر الموضوعي:**

لم يكتفي المشرع بتحديد الأشخاص الذين لهم حق ممارسة الاختصاصات الإدارية فقط، وإنما يعين لكل منهم الأعمال التي يجوز لهم ممارستها، فإذا خرج عن نطاق تلك الاختصاصات اضحى قراره باطلاً قابلاً للإلغاء. والمشرع في تحديده لاختصاص ما من الناحية الموضوعية يسلك عدة سبل:

أ- قد يعهد بسلطة إصدار القرار الإداري المعين إلى فرد بذاته أو هيئة بذاتها بدون مشاركة وهذه هي الصورة الغالبة في تحديد الاختصاصات الإدارية. ففي نطاق ممارسة إدارة من الإدارات لمهامها، ليس لها أن تتدخل في نشاط غيرها الذي لا تختص فيه، فالوزراء ووكلاء الوزارات ورؤساء المصالح قد خولهم القانون سلطة إصدار قرارات معينة فلا يجوز للإدارة المركزية أن تتدخل في أعمال الإدارة اللامركزية، ولا يجوز للثانية أن تتدخل في عمل الأولى، وبالتالي لا يجوز لأي وزير ممارسة اختصاصات غيره من الوزراء. ويكون الاختصاص كذلك حتى ولو اشترط المشرع على صاحب الاختصاص أن يستشير جهة معينة قبل ممارسة اختصاصه.

ب- قد يخول المشرع عدة موظفين أو هيئات ممارسة اختصاص ما كل منهم على حدة فحينئذ يكون لكل منهم ممارسة الاختصاص دون حاجة لاستئذان أو مصادقة الأخرى. وينتج عن مخالفة قواعد الاختصاص الموضوعي وجود نوعين من العيوب، هما عيب اغتصاب السلطة وعيب الاختصاص الموضوعي البسيط.

---

(١) د/ عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، القاهرة دار النهضة العربية ١٩٧١، ص ٢٢٢.

ويتجلى غضب السلطة وفقاً لرأي الفقيه لافيريير في (اغتصاب حق إصدار القرار من قبل من لا يملك هذا الحق، أو في حالة الاعتداء من قبل السلطة الإدارية على اختصاصات السلطات التشريعية والقضائية والحكومية). وهو يعد أن التصرف الذي يقوم به فرد عادي ليست له أي صفة عامة، ليس فقط قابلاً للإلغاء بل غير موجود أصلاً. وهو يعد من هذا القبيل حالات التعدي الجسيمة من قبل رجال الإدارة على اختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية.

ويبدو أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لم يتبن آراء الفقيه لافيريير بكاملها، حيث أنه ميز بين عدم الاختصاص البسيط وعدم الاختصاص الجسيم، فعدّ القرارات المعيبة بعدم الاختصاص البسيط موجودة والقرارات المعيبة بعدم الاختصاص الجسيم غير موجودة.

وبذلك يختلف القرار المعيب بعيب عدم الاختصاص البسيط، عن ذلك الذي عيب بعيب عدم الاختصاص الجسيم، في أن الأول، يعد قابلاً للإلغاء، أي يجوز طلب إلغائه خلال الميعاد المحدد قانوناً لذلك، بحيث إذا انقضى هذا الميعاد اكتسب القرار حصانة ضد الإلغاء. أما الثاني، أي القرار المعيب بعيب اغتصاب السلطة، فمن شأنه أن يجعل القرار باطلاً لأنه يفقده خصائصه القانونية ويجعله بالتالي عديم الأثر قانوناً فيعد العمل معدوماً، ومن ثم لا يتقيد بالأجل المحدد للطعن بالإلغاء، ولا يتمتع بالتالي بالحصانة المقررة للقرارات الإدارية.

#### ١ - عيب اغتصاب السلطة:

إذا كان القرار الإداري صادر من فرد عادي ليس له أي صفة عامة، أو من سلطة إدارية في موضوع من أعمال السلطتين التشريعية أو القضائية، أو حالة الاعتداء على اختصاص سلطة إدارية لا تمت بصلة إلى السلطة مصدره القرار واغتصاب سلطة التقرير.

ففي حالة اعتداء الإدارة على اختصاص التشريع كأن يتناول القرار الإداري تنظيم أمر لا يمكن تنظيمه إلا بقانون، أو اعتداء الإدارة على اختصاص القضاء،

كأن تحاول مثلاً فض نزاع بموجب قرار إداري في منازعات تكون من اختصاص القضاء، وفي هذه الحالة يكون القرار معدوماً ولا ينتج عنه أي أثر قانوني. وقد قررت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "إذا فقد القرار أحد أركانه الأساسية فإنه يعد معيباً بخلل جسيم يصل إلى حد الانعدام، والاتفاق منعقد على أنه سواء عد الاختصاص أحد أركان القرار الإداري أم أحد مقومات الإدارة التي هي ركن من أركانه، فإن صدور القرار الإداري من جهة غير منوط بها إصداره قانوناً يعيبه بعيب جسيم ينحدر به إلى حد العدم، طالما كان في ذلك افتتات على سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المستقلة.

حيث أن هذه المحكمة سبق أن قضت بأنه إذا كان العيب الذي يشوب القرار ينزل به إلى حد غصب السلطة فإنه ينحدر بالقرار إلى مجرد فعل مادي معدوم الأثر قانوناً لا تلحقه أي حصانة ولا يزيل عيبه فوات ميعاد الطعن فيه"<sup>(١)</sup>.

## ٢ - عيب الاختصاص البسيط:

وهو على نوعين الأول: عدم الاختصاص الإيجابي بأن يصدر موظف غير مختص أو هيئة غير مختصة قراراً من اختصاص موظف آخر أو هيئة أخرى. والثاني: هو عدم الاختصاص السلبي ويتحقق إذا امتنعت جهة إدارية عن مزاولة اختصاصها خطأ، كما لو امتنع أحد الوزراء عن ممارسة سلطته الرئاسية لاعتقاده خطأ بأنه لا يملك تلك السلطة.

وأوضاع عيب الاختصاص البسيط متعددة فقد يكون مرجعه إلى اعتداء المرؤوس على اختصاص رئيسه، فلا يجوز للوزير أن يصدر قراراً من اختصاص مجلس الوزراء، أو العكس قد يكون مرجعه إلى اعتداء الرئيس على اختصاصات مرؤوسيه، فهناك حالات معينة يخول فيها المشرع المرؤوس سلطة اتخاذ قرار

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٩٦٩/١١/٢٩ في الطعن رقم ١٣٦٥ لسنة ١٢ ق مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥-١٩٨٠)، ص ٢٠٤٤.

معين دون معقب من رئيسه فحينئذ لا يكون للرئيس أن يعتدي على السلطة المخولة للمرؤوس في اتخاذ هذا القرار.

كما قد يكون مرجعه إلى اعتداء السلطة المركزية على اختصاصات السلطة اللامركزية. وقد يكون مرجع هذا العيب في تفويض السلطة أو في حلول سلطة محل سلطة أخرى.

### **العنصر المكاني:**

وهو تحديد وحصر الحدود الإدارية التي يجوز لرجل السلطة الإدارية المختص أن يمارس اختصاصاته في نطاقها. فتحدد القوانين واللوائح لكل جهة إدارية أو موظف عام نطاق مكاني أو جغرافي يمارس ذلك الموظف اختصاصاته فيه، فالموظف يلتزم بالدائرة أو المكان التابع له، فإذا ما تجاوزهما كان قراره مشوب بعيب عدم الاختصاص المكاني. فلا يجوز لمدير أمن مديرية معينة أن يصدر قراراً بنقل موظف يتبع مديرية أخرى ليست من اختصاصه. وحالات عدم الاختصاص المكاني نادرة الحدوث نظراً لوضوح الحدود المكانية لمزاولة الاختصاصات الإدارية.

### **العنصر الزمني:**

وهو تحديد البعد الزمني أو المدة المحددة لممارسة اختصاصها. ويقصد به ضرورة أن يصدر القرار الإداري من موظف أو جهة إدارية تملك الحق في إصداره زمنياً، بمعنى أن يصدر القرار وقت أن كان الموظف متمتع بسلطة إصداره، وإلا اعتبر القرار معيب بعيب عدم الاختصاص الزمني.

مثال: صدور قرار عن موظف بعد تركه للخدمة سواء بانتهاء مدة خدمته أو حالته للمعاش بعد بلوغ السن القانوني أو بعد تقديم استقالته والعبارة هنا من تاريخ قبول الاستقالة لا من تاريخ تقديمها، ولقد اعتبر مجلس الدولة أن إصدار القرارات من الوزير عقب تقديم استقالته وقبل قبولها قرينة على سوء استعمال السلطة، ويثير الشبهة في أن هذا التصرف قصد به تحقيق مآرب خاصة<sup>(١)</sup>.

(١) حكم مجلس الدولة في ١٩ ابريل سنة ١٩٥١ س ٥ ص ٨٨٤.



**الشكل:-** إن عنصر الشكل القانوني للقرار الإداري، يكون العنصر الثاني من عنصري شرعيته أو قانونيته الخارجية؛ حيث إن قواعد الشكل في القرار الإداري لا تعدو أن تكون قواعد خاصة بكيفية ممارسة السلطة ولا تتعلق أبداً بموضوعها. فقد يأمر المشرع الإدارة اتباع شكل معين في إصدار قراراتها، ولكن القاعدة هي حرية الإدارة في إصدار قرارها الإداري بالشكل الذي تراه مناسباً. وإذا التزمت الإدارة الصمت فلا يمكن أن يترتب على إرادتها أثر ما، لأن القرارات المختلفة إنما تصدر بقصد الزام الأفراد بعمل أو امتناع أو لتحقيق بالنسبة إليهم أثراً قانونياً معيناً<sup>(١)</sup>.

ويقصد به المظهر الخارجي للقرار الإداري، ولا يخضع القرار كقواعد عامة. حين يصدر من جهة الإدارة لأي شكل محدد، فلا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في صيغة معينة أو في شكل معين، بل ينطبق هذا الوصف ويجري حكمه كلما أفصحت الإدارة أثناء قيامها بوظائفها عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني معين.

وعلى ذلك يمكن أن يكون القرار الإداري شفويًا أو مكتوبًا، ويمكن أن يكون صريحاً ويمكن أن يكون ضمناً مفترضاً كمضي مدة معينة على تقديم طلب أو تظلم دون أن ترد الإدارة على صاحب الشأن. غير أن القانون إذا اشترط شكلاً معيناً في القرار الإداري فيجب على الإدارة مراعاة هذا الشكل.

وفي هذا المجال قررت المحكمة الإدارية في أكثر من حكم لها بعدم اشتراط شكل معين للقرار الإداري حيث قررت "أن القرار الإداري باعتباره تعبيراً ملزماً من جهة الإدارة لإحداث أثر قانوني معين بتعديل أو إلغاء مركز قانوني يمكن استخلاصه من عيون الأوراق من تصرفات الإدارة وسلوكها حيال موقف أو طلب معين، واتخاذ الإدارة مسلكاً حيال طلب المدعى الترخيص له بالكازينو لا يمكن تفسيره، وفي ضوء مضمونه والغايات التي استهدفتها الإدارة وحققتها منه إلا باعتباره رفضاً ضمناً لهذا الطلب، وتحرير محاضر مخالفات للمدعى لتواجهه

(١) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤، ص ٢٠٤.

بتجهيزاته وصدور قرارها بإزالة وضع اليد باعتباره متعدياً قاطع الدلالة على أن جهة الإدارة قد رفضت منحه الترخيص"<sup>(١)</sup>.

وبمخالفة عنصر الشكل الذي حدده المشرع كان القرار معيباً بعدم المشروعية لعيب في الشكل، فإذا لم يراع الموظف المختص الشكل والاجراءات المنصوص عليها قانوناً أدى هذا إلى بطلان القرار وقد يؤدي إلى انعدامه، وذلك دون حاجة إلى نص خاص.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٧/٣/١٩٩٠ أن العيب الشكلي الذي يشوب القرار الإداري لا يصلح حتماً وبالضرورة أساساً للتعويض، إذا كان القرار سليماً في مضمونه محمولاً على أسبابه المبررة لإصداره، وبمعنى آخر إذا كان سيصدر بذات المضمون لو أن القاعدة الشكلية التي أهدرت قد راعتها الإدارة قبل إصدار القرار"<sup>(٢)</sup>.

وفي حالة اشتراط القانون ضرورة قيام الإدارة بالتحقيق قبل اتخاذ القرار، أو استشارة جهة فنية مختصة، أو ضرورة التنبيه قبل اتخاذ القرار إلى غير ذلك من أشكال متعددة، ولقد قررت المحكمة الإدارية العليا ذلك في أحد أحكامها "القرار الإداري ليس له شكل خاص طالما لم يستلزم القانون إقرانه فيه وهو بمثابة تعليمات يجب الالتزام بها لأنه جاء ممن يملك إصداره قانوناً إفساحاً عن إرادة الجهة الإدارية الملزمة قانوناً بقصد تحقيق الصالح العام"<sup>(٣)</sup>.

غير أن القضاء وحرصاً منه على عدم شلل نشاط الجهات الإدارية وتخفيفاً من غلو الأشكال وآثارها، فقد استقر على التفرقة بين الأشكال الجوهرية التي تؤثر في حقوق الأفراد وحررياتهم، والذي يترتب على عدم اتباعها مساس بضمانات الأفراد

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٦/٢/١٩٩٢ في الطعن رقم ١٠١٥ لسنة ٧٤ ق عليا المبدأ رقم ٨٣ العدد ٣٧، وحكمها بجلسة ٢٣/١٢/١٩٩٠ في الطعن ٢١٣ لسنة ٣٥ ق عليا المبدأ رقم ٤٣ العدد ٣٦، وحكمها بجلسة ١٨/١٢/١٩٦٥ في الطعن رقم ١٣٦٩ لسنة ١٠ ق عليا المبدأ رقم ٢١ العدد ١١.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٧/٣/١٩٩٠ في الطعن رقم ١٤٩١ لسنة ٣١ ق المبدأ رقم ١٢٦ العدد ٣٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢/٦/٢٠١٠ في الطعن رقم ٢١٦٤٤ لسنة ٥١ ق.ع المبدأ رقم ١٢٦ العدد ٣٥.

وبين الأشكال الثانوية التي لا تؤثر في الضمانات المقررة وسيأتي ذلك وفقاً  
للتفصيل الآتي:

#### أ- الأشكال الجوهرية:

لم يضع القضاء الإداري الفرنسي والمصري معياراً للتمييز بين الأشكال  
الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان القرار الإداري وبين الأشكال الثانوية  
التي لا يترتب على إغفالها البطلان.

ولقد ذهب رأي إلى التفرقة بين إذا كانت القواعد الإجرائية أو الشكلية قد  
تقررت لمصلحة الأفراد أم إذا كانت مقررة لصالح الإدارة.

فإذا كانت مقررة لصالح الأفراد يعتبر الإجراء أو الشكل جوهرية، مثال ذلك:  
إذا استلزم القانون أخذ رأي فرد أو هيئة قبل إصدار القرار فيجب على جهة الإدارة  
أن تقوم بهذا الإجراء، وإلا كان القرار باطلاً.. كذلك إذا عقد اجتماع لهيئة معينة  
دون تواجد رئيسها أو من ينوب عنه في الرئاسة فإن الاجتماع لا يعد صحيحاً،  
وبالتالي فإن القرارات الصادرة عنه تعتبر باطلة. كذلك يعد من الأشكال الجوهرية  
التي يترتب على إغفالها بطلان القرار إسقاط الإجراءات الشكلية المنصوص عليها  
لإصدار القرار كلية.

كذلك إذا كان الإجراء سيؤثر على جوهر القرار وكان العيب عيباً جسيماً فإن  
الشكل يعد جوهرياً ويبطل القرار لمخالفته هذا الإجراء أو تلك الشكلية. وإذا كان  
الإجراء أو العيب غير جسيماً ولا يؤثر على جوهر القرار فلا يترتب عليه بطلان  
القرار وذلك طبقاً لما قرره المحكمة الإدارية العليا<sup>(١)</sup>.

#### ب- الأشكال الثانوية:

أما إذا كانت القواعد الإجرائية أو الشكلية مقررة لصالح الإدارة فلا تعد من  
الأشكال أو الإجراءات الجوهرية، ولا يترتب على إغفالها بطلان القرار الإداري.  
ومثال ذلك: إذا طلب موظف النقل من مكان لآخر ووافقت عليه الإدارة وأصدرت

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٠/٦/١٩٦٢، المجموعة السنة الثامنة، ص ١٠٣٦.

قرار النقل دون العرض على لجنة شؤون الموظفين، فلا يجوز لصاحب الشأن أن يطعن بالبطلان في القرار بحجة عدم مراعاة جانب الشكل في القرار.. وبصفة عامة، يعتبر الشكل جوهرياً إذا كان يترتب على إغفاله المساس بالضمانات التي تحمي حقوق الأفراد. وتعتبر هذه المسألة تقديرية تفصل فيها المحكمة وفق ظروف كل دعوى على حدة.. ويعد من الأشكال الثانوية التي لا يترتب عليها بطلان القرار إذا لم تسقط الإدارة تلك الإجراءات الشكلية المنصوص عليها لإصدار القرار كلية بل اتبعتها بطريقة غير صحيحة إلا إذا كان من شأن ذلك التأثير على الهدف الذي تقرر من أجله تلك الإجراءات.

## **المبحث الثاني**

### **أنواع القرارات الإدارية**

يمكن تقسيم القرارات الإدارية إلى أنواع متعددة من حيث الزاوية التي ينظر إليها وسوف نقنصر على تقسيمها من حيث التكوين ومن حيث رقابة القضاء ومن حيث الآثار وذلك في المطالب الآتية.

### **المطلب الأول**

#### **القرارات الإدارية من حيث التكوين**

تتقسم القرارات الإدارية من حيث تكوينها إلى قرارات بسيطة لها كيانها المستقل وتستند إلي عملية قانونية واحدة غير مرتبطة بعمل قانوني آخر كالقرار الصادر من رئيس المصلحة بتعيين موظف أو بتوقيع عقوبة، والقرار الصادر بمنح ترخيص أو رفضه.

وهناك قرارات مركبة تتم على مراحل مثل إجراءات نزع الملكية أو ارساء المزداد (المناقصة) فهي إجراءات مندمجة تدخل في تكوين عملية قانونية مركبة. ويقصد بالقرارات البسيطة " تلك القرارات التي تصدر بصفة مستقلة عن غيرها من القرارات أي أنها تكون قائمة بذاتها ولا ترتبط بقرارات أخرى أو عمل قانوني آخر" كالقرار الصادر بتعيين موظف أو ترقيته أو نقلة وهي الصورة الأكثر شيوعاً في القرارات الإداري إذ تعتبر " القرارات الإدارية البسيطة" من اختصاص الهيئات

الإدارية اللامركزية حيث تقوم اللامركزية الإدارية علي توزيع الوظيفة الإدارية بين الجهاز الإداري المركزي وهيئات أخرى مستقلة علي أساس إقليمي.

أما القرارات الإدارية المركبة: هي القرارات التي تدخل في تكوين عمل قانوني إداري مثل قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وقرار إرساء المزارد أو المناقصة في العقود الإدارية فالقرار الإداري الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة تصاحبه أعمال إدارية أخرى قد تكون سابقة أو معاصرة أو لاحقه له وتتم على مراحل متعددة تبدأ بتقرير المنفعة العامة للعقار موضوع نزع الملكية ثم أعداد كشوف الحصر لها وأخيراً صدور قرار نقل الملكية أو تقرير المنفعة العام. وهي من اختصاص الهيئات المركزية بصفتها السلطة المركزية التي تباشر جميع الاختصاصات في جميع أنحاء الدولة إما بنفسها أو بواسطة موظفين تابعين لها. ومن بين قرارات الإدارة المركزية: القرارات الملكية أو الجمهورية، المراسيم بقوانين وقرارات مجلس الوزراء.

تظهر أهمية هذا التقسيم في أن القرارات البسيطة يمكن الطعن فيها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية نهائية أما في حالة القرارات المركبة فلا يجوز الطعن بالقرارات التمهيديّة أو التحضيرية التي تتطلب تصديق جهات إدارية أخرى ولا يمكن الطعن بالإلغاء إلا بالقرار الإداري النهائي نتاج العملية المركبة ومع ذلك فقد سمح القضاء الإداري بفصل القرار الإداري الذي يساهم في عملية مركبة وفق ما يسمى بالأعمال القابلة للانفصال وقبل الطعن فيها بصفة مستقلة وبشروط معينة.

فقد استقر القضاء الإداري في فرنسا على أن القرارات الإدارية السابقة على أبرام العقد أو الممهدة لانعقاده مثل قرارات لجان فحص العطاءات ولجان البث في العطاءات وقرار استبعاد احد المتقدمين وقرار إرساء المزايدة أو إلغائها هي قرارات إدارية مستقلة عن العقد يجوز الطعن بها بدعوى الإلغاء وسمحت نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة لمن له مصلحة من الغير أن يطعن بالإلغاء في هذه القرارات أما المتعاقدون فليس لهم أن يطعنوا في هذه القرارات إلا أمام قاضي العقد وعلى أساس دعوى القضاء الكامل.

ومع ذلك فإننا نرى أن إلغاء القرار الإداري الذي أسهم في تكوين عملية قانونية معينة، يجب أن يؤدي إلى إلغاء العملية بتمامها، لأن ما يبني على باطل فإنه يبطل بالتبعية.

## **المطلب الثاني**

### **القرارات الإدارية من حيث آثارها**

تتنوع القرارات الإدارية من حيث آثارها بالنسبة للأفراد فمنها ما هو ملزم يجبرون على طاعته إذا رفضوا الخضوع لها طواعية، ومنها ما يقتصر أثره على الإدارة ذاتها وبالتالي لا يلتزم بها الأفراد. ومنها القرارات التنظيمية التي تخاطب جماعة غير محددة من الناس، ومنها القرارات الفردية التي تخاطب فرداً أو أفراد بذواتهم. ومنها القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة. وسوف نتناول ذلك في الفروع الآتية:

### **الفرع الأول**

#### **القرارات الإدارية**

##### **من حيث أثرها على الأفراد**

تنقسم القرارات الإدارية من حيث أثرها على الأفراد إلى قسمين القسم الأكبر وهو ملزم للأفراد، والقسم الآخر يقتصر أثره على الإدارة ذاتها ولا تقصد الإدارة من ورائه ترتيب آثار معينة في مواجهة الأفراد. وتدرج غالبية القرارات الإدارية في طائفة القرارات التي تؤثر في حق الأفراد أي أنها ملزمة لهم، ويجب عليهم واجب احترامها وإذا قصرُوا في ذلك اجبروا على التنفيذ، وهذا الأصل في القرارات الإدارية.

غير أنه توجد طائفة أخرى من القرارات الإدارية يقتصر أثرها على الإدارة ذاتها وتسمى الإجراءات الداخلية ومنها المنشورات والتعليمات على اختلاف أنواعها وتعليمات شارحة، أو أمره أو ناصحة أو مقررة ومؤكدة وهذا النوع من القرارات غير نافذ في حق الأفراد وغير ملزم لهم، ولا يحتج بها عليهم، بل إن من القضاء من أنكر على التعليمات صفتها القانونية وأعتبرها من قبيل الاعمال المادية

معللين ذلك بانها موجهة من الرؤساء الاداريين الى موظفين وليس من الواجب على هؤلاء إطاعتها ولا يمكن إلزامهم بها الا بطريق غير مباشر عن طريق العقوبات التأديبية<sup>(١)</sup>.

### أولاً- المنشورات والأوامر المصلحية:

وهي الأعمال التي تتضمن تعليمات وتوجيهات صادرة من رئيس المصلحة إلى مرؤوسيه لتفسير القوانين أو اللوائح وكيفية تطبيقها وتنفيذها، ما دامت هذه المنشورات لم تتعد هذا المضمون أما إذا تضمنت أحداث آثار في مراكز الأفراد فأنها تصبح قرارات إدارية يقبل الطعن فيها بالإلغاء. فهذه الأوامر والمنشورات موجهة أصلاً إلى الموظفين وهم ملتزمون باحترامها واطاعة ما فيها من أوامر، بناء على واجب طاعة المرؤوس لرئيسه.

إذ تبرز هذه "القرارات النافذة" في حق الأفراد في ميدان "العمل الوظيفي" وتنظيم الإدارات المختلفة وتوزيع العمل والمسئولية بين الموظفين العموميين عن طريق الإجراءات التنظيمية الداخلية بما تتضمنه من منشورات وتعليمات التي يصدرها الرؤساء الإداريون ويوجهونها إلى مرؤوسيهم بقصد بيان كيفية تنفيذ القوانين واللوائح أو تفسيرها. حيث أن هذه المنشورات والتعليمات توجه إلى الموظفين وليس إلى الأفراد العاديين خارج الإيرادات والمصالح الحكومية.

هذا وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي في أول الأمر على قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الموظفين ضد هذه المنشورات والأوامر المصلحية، ولكنه استقر الآن على العكس لأن هناك نوعاً آخر من المنشورات اللائحية التي تتضمن قواعد عامة مجردة وتؤثر في المركز القانوني للأفراد أو الموظفين، فهي تعتبر قرارات إدارية بالمعنى الصحيح وتقبل الطعن بالإلغاء وبالتالي لا تنتمي إلى طائفة اجراءات التنظيم الداخلي بالمعنى الصحيح فالمنشورات التفسيرية الأولية هي فقط التي تدخل في طائفة أعمال واجراءات التنظيم الداخلي.

### ثانياً- الاجراءات الداخلية:

(١) د. علي حسين خطر شطناوي- مبادئ القانون الإداري السعودي- مكتبة الرشد - ٢٠١٢، ص ٣٢٥.

هي اجراءات تتخذها السلطات الإدارية دون الاستناد إلى لوائح أو نصوص قانونية معينة بقصد تيسير المرفق العام وتنظيمه على نحو يكفل أداء الخدمة على وجه أفضل، وبهذا المعنى يمكن اعتبار المنشورات والأوامر المصلحية السابقة نوعاً من الاجراءات الداخلية. وهذا الاصطلاح يقصد به بعض الأوامر لا سيما الفردية التي لا تستند إلى نصوص قانونية معينة والتي لضالة أهميتها تعتبر معدومة الأثر القانوني بالنسبة للأفراد الذين تصدر بخصوصهم.

ومثال ذلك قرارات توقيع جزاءات على التلاميذ المخالفين لنظام الدراسة والانضباط أو قرارات الجزاء الموقعة على المحبوسين في السجون أو لفت نظر الرئيس الإداري أو توبيخه لأحد رؤوسيه دون توقيع جزاء تأديبي محدد<sup>(١)</sup>. إذن تتميز هذه القرارات بخصائص ثلاث: أنها داخلية محضة - لا أثر قانوني لها قبل الأفراد - وأخيراً هي تقديرية إلى أقصى حد ممكن.

### **الفرع الثاني**

#### **القرارات الإدارية المنشئة والكاشفة**

يمكن تقسيم القرار الإدارية من حيث طبيعة آثارها إلى قسمين: قرارات منشئة هي القرارات التي ينتج عنها إنشاء مراكز قانونية جديدة وإحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة بالتعديل أو الإلغاء سواء كانت هذه المراكز القانونية عامة أو خاصة، كالقرار الصادر بتعيين موظف عام أو فصله أو معاقبته. أما القسم الثاني من القرارات فيسمى بالقرارات الكاشفة ويقصد بها القرارات التي لا تحدث مركزاً قانونياً جديداً وإنما تقرر حالة موجودة أو تكشف عن مركز قانوني قائم مسبقاً، مثل القرار الصادر بفصل موظف لصدور حكم ضده بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو القرار الذي يتضمن تأكيد أو تفسير قرار سابق دون أن يضيف إليه، و يتبين من ذلك أن أثر القرارات الكاشفة ينحصر في إثبات وتقرير حالة موجودة من قبل ولا يتعدى ذلك إلى إنشاء مراكز قانونية جديدة. وتبدو أهمية التفرقة بين القرارات الإدارية الكاشفة والقرارات الإدارية المنشئة في أمرين:

(١) د. علي حسين خطر شطناوي- مبادئ القانون الإداري السعودي- مرجع سابق، ص ٣٤٢.



**الأمر الأول:** أن القرارات المنشئة ترتب آثارها منذ صدورها أما القرارات الكاشفة فترجع آثارها إلى التاريخ الذي ولدت فيه الآثار القانونية التي كشف عنها القرار، إلا أن ذلك لا يعتبر إخلالاً بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، لأن أثر القرارات الكاشفة فوري إذ تكشف عن العمل القانوني المنشئ للمركز القانوني محل القرار الكاشف.

**الأمر الثاني:** لأهمية التفرقة بين القرارات الإدارية المنشئة و القرارات الكاشفة يبرز في مسألة سحب القرارات الإدارية، حيث يجوز للإدارة سحب القرارات الإدارية الكاشفة بشكل مطلق، في حين أن القرارات المنشئة لا يجوز سحبها كلها بل سحب بعضها.

### **الفرع الثالث**

#### **القرارات الإدارية**

##### **من حيث مداها وعموميتها**

تنقسم القرارات الادارية من حيث مداها الى قرارات تنظيمية أو لوائح، وقرارات فردية، ويعد هذا التقسيم من أهم تقسيمات القرارات الادارية لما يترتب عليه من نتائج تتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له كل من القرارات التنظيمية والقرارات الفردية.

##### **أولاً- القرارات الفردية:**

هي تلك القرارات التي تخاطب أفراد معينين أي تتعلق بأفراد معروفين بأسمائهم وأشخاصهم ولو تعدد هؤلاء الأشخاص، فمثال على ذلك القرار الذي يصدر بخصوص تعيين أو ترقية عدد كبير من الموظفين يعينهم القرار بأسمائهم والقرار الذي يصدر من أجل منح درجات أو علاوات لعدد كبير من الموظفين يحدد ذلك بأسمائهم. وقد يصدر القرار الفردي عن لجنة، وقد يهم القرار عدة أشخاص في آن واحد.

## ثانياً- القرارات التنظيمية أو اللائحية:

يقصد باللوائح تلك القواعد القانونية العامة المجردة التي تصدرها السلطة التنفيذية أو جهة الإدارة ويطلق عليها التشريع الفرعي، وتسمى تشريع لأنها تتضمن قواعد قانونية عامة مجردة تخاطب الأفراد بصفاتهم ووظائفهم لا بأسمائهم وذواتهم وتكون واجبة الاحترام.

والقرارات التنظيمية إذا كانت تتميز ببعض خصائص التشريع فإنها تصدر عن الإدارة وتتخذ مظاهر خارجية مختلفة. فقد تصدر في شكل لائحة أو في شكل قرار وزاري. والقرارات التنظيمية واللوائح مختلفة عن القانون من حيث المصدر والأهمية ورقابة القضاء فالقانون يصدر عن البرلمان، أما القرارات التنظيمية فإن السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة إدارية هي التي تصدرها، ويترتب عما سبق أن القانون في مرتبة أعلى وأسمى من اللائحة، والقانون من حيث الرقابة القضائية مختلف عن اللوائح على اعتبارها أعمالاً إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري.

والقرارات الإدارية التنظيمية تتضمن قواعد عامة ومجردة وتصدرها السلطات الإدارية المختصة لكي تطبق على عدد غير معين وغير محدد من الأشخاص، ولا يمكن معرفة من سيطبق عليهم القرار بصورة مسبقة ذلك أن العمل أو التصرف التنظيمي صدر لكي يطبق على كل ما يوجد في مركز قانوني معين اتجاه الإدارة العامة سواء حالياً أو مستقبلاً وغالباً ما يطلق عليها المراسيم التنظيمية.

ويعتبر حق السلطة التنفيذية في اصدار اللوائح التنفيذية مستمداً من الدستور مباشرة فهو حق لها تباشره دون حاجة إلى دعوة من البرلمان بل أن البرلمان لا يمكنه أن يحرم السلطة التنفيذية منه، وقد صنف أغلبية الفقهاء اللوائح الإدارية إلى طائفتين رئيسيتين<sup>(١)</sup>:

(١) د/ محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني ١٩٦٨م طبعة بيروت ص ٧٠.

**الطائفة الأولى:** وتشمل اللوائح ذات الطابع العادي، لأنها تصدر في الظروف العادية لا الاستثنائية وهي التي تكون من صميم جهة الإدارة وتتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية واسعة وتشمل هذه الطائفة (اللوائح التنفيذية - اللوائح التنظيمية - لوائح الضبط) نوجزها فيما يلي:

**أولاً- اللوائح التنفيذية:** حيث نصت المادة ١٤٤ من دستور ١٩٧١ على أن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها. ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه".

يتضح من النص السابق أن تلك اللوائح تصدرها السلطة التنفيذية بهدف تنفيذ القوانين، فالمشرع لما كان يكتفي بوضع الإطار العام لممارسة الحقوق والحريات الأساسية فقد ترك التفاصيل وظروف إدخال حيز تنفيذ هذه القوانين للسلطة التنفيذية عن طريق اللوائح التنفيذية. أي أن مضمون تلك اللوائح هو وضع التفصيلات اللازمة للقانون محل التنفيذ، ولا تتضمن قاعدة جديدة.

ونصت المادة ١٧٠ الدستور الحالي لرئيس مجلس الوزراء حيث نصت على "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل، أو تعديل، أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه".

**ثانياً- اللوائح التنظيمية:** وهي التي تنفرد بها السلطة التنفيذية بإصدارها دون الاستناد إلى قانون سابق ودون مشاركة السلطة التشريعية، وغالباً ما يتم وضعها بخصوص تنظيم المرافق العمومية طبقاً لما نصت عليه المادة ١٤٦ من دستور ١٩٧١ على أن "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة".

**وفي إطار تقليص اختصاصات رئيس الجمهورية نصت المادة ١٧١ من الدستور الحالي على "يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها، بعد موافقة مجلس الوزراء".**

ثالثاً- **لوائح الضبط:** نصت المادة ١٤٥ من دستور ١٩٧١ على أن "يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط". موضوع هذه اللوائح هو أن تختص الهيئة التنفيذية باصدار لوائح الضبط الإداري المتعلقة بالمحافظة على النظام العام بجوانبه الثلاثة " بناء على النص السابق يتضح أن لوائح الضبط يصدرها رئيس الجمهورية بصفته رئيس السلطة التنفيذية من أجل المحافظة على النظام العام، بناء على ما لها من سلطة تنظيمية عامة.

**الطائفة الثانية:** تلك اللوائح ذات الطابع الاستثنائي، وهي تلك التي تصدرها السلطة التنفيذية خروجاً على الاختصاص العادي لها حيث تصدرها في ظروف وبشروط معينة ولقد قيد المشرع الدستوري تلك الظروف والشروط لأن تلك اللوائح لها قوة القانون ومن شأنها أن تعدل أو تلغي تشريعاً صادراً من البرلمان.

وهذه اللوائح نوعان (لوائح تفويضية - لوائح ضرورة) وكلا النوعان المنوط باصدارهما هو رئيس الجمهورية وليس له حق التفويض فيها نظراً لأهميتها وخطورتها كما سبق وأوضحنا.

إلا أنه عقب ثورة يناير ٢٠١١ تم تعديل ذلك وأعطى دستور ٢٠١٤ الحق في اصدار لوائح الضرورة لرئيس مجلس الوزراء.

**أولاً- اللوائح التفويضية:** نصت المادة ١٠٨ من دستور ١٩٧١ على أن " لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان له من قوة القانون".

وتصدر تلك اللوائح أثناء انعقاد البرلمان أو خارج إطار انعقاد الدورات البرلماني، واللوائح التفويضية عبارة عن مراسيم قوانين تصدرها السلطة التنفيذية في مسائل تشريعية محددة أصلاً من اختصاص المشرع إلا أن الإدارة تمارسها

نيابة عن البرلمان بمقتضى تفويض منه. أما الدستور الحالي لم يتناول مثل تلك اللوائح.

**ثانياً- لوائح الضرورة:** نصت المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١ على أن "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان له من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر".

يتضح من النص السابق أن اللوائح يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة ظروف استثنائية مفاجئة تقتضي معالجة سريعة للحفاظ على كيان الدولة وسلامتها. مثال حالة الحرب أو الاضطرابات. ويتم اللجوء إليها أيضاً في حالة تعذر البرلمان للقيام بمهامه.

أما دستور ٢٠١٤ فقد نصت المادة ١٧٢ منه على أن "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط، بعد موافقة مجلس الوزراء".

### **المطلب الثالث**

#### **القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء**

تنقسم القرارات الإدارية من زاوية خضوعها لرقابة القضاء، إلى قرارات تخضع لرقابة القضاء وهذا هو الأصل، وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وهي القرارات المتعلقة بأعمال السيادة أو تلك التي منعت التشريعات الطعن فيها أمام القضاء.

فوفقاً لمبدأ المشروعية أو مبدأ سيادة القانون تخضع جميع القرارات الإدارية النهائية لرقابة القضاء، وهذا تطبيقاً لمبدأ المشروعية الذي يسود الدولة القانونية، حيث تخضع الهيئات والسلطات العامة في الدولة للقانون شكلاً وموضوعاً. أما القرارات الإدارية التي لا تخضع لرقابة القضاء وهي طائفة القرارات الإدارية التي تشكل ما يعرف بنظرية أعمال الحكومة أو أعمال السيادة وطائفة القرارات الإدارية التي لا تخضع لرقابة القضاء بناء على نص قانوني خاص.

**أولاً- القرارات الخاضعة لرقابة القضاء:**

الأصل أن جميع القرارات الإدارية النهائية تخضع لرقابة القضاء أعمالاً لمبدأ المشروعية، وتعد رقابة القضاء على أعمال الإدارة أهم وأجدى صور الرقابة والأكثر ضماناً لحقوق الأفراد وحياتهم لما تتميز به الرقابة القضائية من استقلال وما تتمتع به أحكام القضاء من قوة ملزمة تلزم الجميع بتنفيذها واحترامها، ومن المستقر عليه وجود نوعين من نظم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة الأول يسمى القضاء الموحد، أما الثاني فيسمى نظام القضاء المزدوج.

#### **١. نظام القضاء الموحد:**

في هذا النظام من القضاء تنحصر الرقابة القضائية في نطاق ضيق من جانب القضاء، يتمثل في التعويض عن الأضرار التي قد تنتج من جراء تطبيق القرارات الإدارية، و يسود هذا النظام في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى، ومقتضاه أن تختص جهة قضائية واحدة بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين الإدارة أو بين الهيئات الإدارية نفسها، وهذا النظام يتميز بأنه أكثر اتفاقاً مع مبدأ المشروعية إذ يخضع الأفراد والإدارة إلى قضاء واحد وقانون واحد مما لا يسمح بمنح الإدارة أي امتيازات في مواجهة الأفراد، بالإضافة إلى اليسر في إجراءات التقاضي إذا ما قورنت بأسلوب توزيع الاختصاصات القضائية بين القضاء العادي والإداري في نظام القضاء المزدوج.

ومع ذلك فقد وجه النقد إلى هذا النظام من حيث أنه يقضي على الاستقلال الواجب للإدارة بتوجيهه الأوامر إليها بما يعيق أدائها لأعمالها، مما يدفع الإدارة

إلى استصدار التشريعات التي تمنع الطعن في قراراتها، ولا يخفي ما لهذا من أضرار بحقوق الأفراد وحياتهم.

ومن جانب آخر يؤدي هذا النظام إلى تقرير مبدأ المسؤولية الشخصية للموظفين مما يدفعهم إلى الخشية من أداء عملهم بالوجه المطلوب خوفاً من المساءلة.

## ٢. نظام القضاء المزدوج:

يقوم هذا النظام على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين، جهة القضاء العادي وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص، ويطبق القضاء على هذا النزاع أحكام القانون الخاص.

وتختص جهة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة عندما تظهر الأخيرة بصفقتها صاحبة السلطة وتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد ويطبق القضاء الإداري على المنازعة قواعد القانون العام، ووفقاً لهذا النظام تخضع جميع القرارات الإدارية لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً، إلا في استثناءات معينة تتعلق بأعمال السيادة والقرارات التي حصنها المشرع من رقابة القضاء.

## ثانياً- القرارات غير خاضعة لرقابة القضاء:

القرارات الإدارية التي لا تخضع لرقابة القضاء تتمثل في صنفين الأول يتعلق بأعمال السيادة أو الأعمال الحكومية، ويقصد بأعمال السيادة تلك الأعمال التي تمارسها السلطة التنفيذية، ولا تخضع لرقابة القضاء الإداري أو العادي، ولا تكون محلاً للإلغاء أو التعويض، أو وقف التنفيذ.

وبهذا الوضع فإنها تمثل خروجاً صريحاً على مبدأ الشرعية، ذلك أن السلطة التنفيذية تستطيع استغلال فكرة أعمال السيادة وتتخذ إجراءات وتقوم بتصرفات تسبغ عليها صفة أعمال السيادة تخرج فيها على القواعد القانونية التي يتضمنها مبدأ الشرعية، ولا يكون للقضاء بصدده هذه الأعمال حق التعقيب عليها، إذ تخرج عن

ولايته فلا تقبل الطعون المقدمة ضدها، ولا طلبات التعويض عن الأضرار التي تحدثها، فلا يملك القضاء حيالها سلطة الإلغاء أو التعويض<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الشأن يرى مجلس الدولة الفرنسي أن لبعض الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية، أهمية خاصة في نظر الحكومة، وأن من المصلحة ألا تعرض على القضاء بما يستلزمه من علنية وتحقيقات، وأن الحكومة قد يكون لديها من الأسباب ما تقتضى مصلحة الدولة العليا ألا تعرض على الجمهور<sup>(٢)</sup>. أما الثاني فيشمل القرارات الإدارية التي يحصنها المشرع من رقابة القضاء لاعتبارات خاصة.

### المبحث الثالث

#### نفاذ القرارات الإدارية

تمتاز الإدارة باعتبارها سلطة عامة بميزات رئيسية تجعلها في مركز ممتاز بالنسبة إلى الأفراد في تنفيذ قراراتها، فتسري قراراتها في حق المخاطب بها وإن أبدى اعتراضاً بشأنها، وإن قدم تظلاً إدارياً بل وحتى إن رفع دعوى قضائية، فيظل القرار الإداري يسري في حقه ما لم تقبل الجهة الإدارية نفسها أو جهة أعلى منها بسحب قرارها أو إلغاؤه، وإذا كان القانون قد كفل للمعنيين بالقرار أحقية الطعن فيه إدارياً أو قضائياً فإن ذلك لا يعفيهم من الخضوع لمضمون القرار، لأن الإدارة تملك سلطة التنفيذ المباشر لقراراتها دون حاجة للجوء إلى سلطة أخرى، ويعد هذا الحق من أخطر امتيازاتها.

ويختلف تنفيذ القرار الإداري عن نفاذه في ذاته فالنفاذ عملية قانونية تتم بالشهر والإصدار، أما التنفيذ فهو عمل مادي لاحق لنفاذ القرار يتم مباشرة وقد لا يتم إلا بعد فترة لسبب أو لآخر فمثلاً: نفاذ قرار التعيين يكون بمجرد صدوره في مواجهة الإدارة وبمجرد علمه بالقرار في مواجهة من تم تعيينه وموافقته عليه ولكن تنفيذه لا يتحقق إلا بإستلام الموظف المعين العمل ومباشرته لاختصاصاته.

(١) د/ محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني ١٩٦٨م طبعة بيروت ص ٩١.

(٢) د/ محمد مصطفى حسن: السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ٨٣.



والقرار الإداري بحسب الأصل واجب التنفيذ من جانب أطرافه طواعية واختيارياً والغالب ألا تتور مشكلة تنفيذ الإدارة لقرارها حيث من الصعب تصور إصدار الإدارة لقرار لا ترغب في تنفيذه ومع ذلك يمكن لذوي المصلحة إجبار الإدارة على التنفيذ إذا امتنعت عنه أو تراخت في تنفيذه لسبب أو لآخر وذلك عن طريق القضاء.

استقر مجلس الدولة الفرنسي والمصري على أن الأصل في القرارات الإدارية أنها تعتبر نافذة منذ تاريخ صدورها من السلطة الإدارية التي تصدرها، وتكون نافذة فوراً في حق الإدارة، ولا يتوقف ذلك على علم الأفراد الذين توجه إليهم إلا إذا علموا بها عن طريق إحدى وسائل العلم المقررة قانوناً. ويترتب على قاعدة نفاذ القرارات الإدارية من تاريخ صدورها نتائج هامة منها:

أولاً: يتعين الرجوع إلى تاريخ صدور القرارات الإدارية للحكم على مشروعيتها لا سيما من اختصاص مصدر القرار وسببه وهذا ما أكده مجلس الدولة المصري والفرنسي في أحكام كثيرة.

ثانياً: منذ صدور القرار ودون حاجة لنشره أو إعلانه يكون في وسع الإدارة تنفيذه ولكن بالقدر الذي لا يلحق ضرراً بالأفراد لأن القرارات الإدارية لا تسري في حقهم إلا إذا علموا بالقرارات الإدارية عن طريق وسيلة العلم المقررة.

ثالثاً: هل يجوز للأفراد المطالبة بالإستفادة من القرارات غير المنشورة أو المعلنة؟ ان الاجابة بالاجاب، هي النتيجة المنطقية لقاعدة نفاذ القرارات الإدارية في حق الإدارة منذ صدورها.

ومن ثم فهناك تاريخان رئيسيان لنفاذ القرارات الإدارية هما تاريخ صدور القرار، وتاريخ العلم به أو سريانه في مواجهة الأفراد. حيث يعد بداية لسريان آجال النظم الإداري والطعن القضائي وبعد صدوره يولد القرار الإداري آثار اتجاه الإدارة نفسها أو اتجاه الأفراد، إلا أن تاريخ السريان يختلف بين الحالتين<sup>(١)</sup>.

(١) د/ مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، دار الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٦٨

## المطلب الأول

### نفاذ القرار الإداري في مواجهة الإدارة

القاعدة العامة هي نفاذ القرار الإداري في حق الإدارة من تاريخ صدوره أي تاريخ التوقيع عليه، فإنه يجب أن يميز في هذا الصدد بين القرارات البسيطة والقرارات المعلقة على شرط فالقاعدة لا تصدق على اطلاقها إلا بالنسبة للقرارات البسيطة. أما القرارات المعلقة على شرط فإن نفاذها وتحقق آثارها مرهون بتحقق الشرط الذي علق عليه القرار.

لذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى القول بأن "النشر ليس لازماً لصحة القرارات ولا يقصد منه غير إبلاغ الغير بمضمونها حتى تكون حجة عليه ويفتح بها معاد طلب إلغائها، ويعود أساس إلزام الإدارة بالقرارات الصادرة عنها منذ تاريخ صدورها إلى فكرة علم الإدارة بقراراتها، فطالما كانت الجهة التي صدر عنها القرار الإداري بمحض إرادتها المنفردة، وجب إن صدر القرار أن تلتزم بمضمونه لأنها تعلم به وهي من رسمت آثاره القانونية وتعلم محتواه وتأثيره على المخاطب به".

أي أن الإدارة المختصة عندما تقبل على إصدار قرار إداري فهي بذلك تريد تنفيذه وطالما كانت جهة الإدارة هي من أخرجت القرار الإداري إلى حيز الوجود لتحقق به مقاصد معينة ولتؤثر به على مركز قانوني سواء في صورة الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء، فإن هذا القرار إذا ما صدر واكتملت أركانه يعد نافذاً من حيث الأصل في حق جهة الإدارة منذ لحظة صدوره، ما لم يكن معلقاً على شرط واقف كتوافر الاعتماد المالي اللازم لتنفيذه مثلاً وعليه يرجع إلى تاريخ الإصدار لتقدير صحة ومشروعية القرار في مختلف عناصره سيما عنصر الاختصاص فيه، ولا تستطيع الإدارة أن تحتج بعدم شهر القرار لكي لا تلتزم بتنفيذه، فالقرار الإداري يكتسب قوته التنفيذية، كما يرتب آثاره بمجرد إصداره دون تعليق ذلك على النشر أو الإعلان، إذ النشر أو الإعلان ليس إلا شرطاً للاحتجاج به في مواجهة المخاطبين بأحكامه.

ويستطيع صاحب المصلحة أن يتمسك بالقرار الإداري منذ هذا التاريخ، ولا تستطيع جهة الإدارة أن تحتج على الغير (المعني بالقرار) بعدم النشر أو التبليغ أو الشهر لأنها في مجموعها وسائل علم قررت لمصلحة الأفراد لا لمصلحة الإدارة، ومما تتضح لنا أهمية تحديد تاريخ صدور القرار الإداري من حيث معرفة اختصاص الجهة الإدارية وقت صدوره ومن حيث معرفة علم الإدارة به ووجوب تقييدها والتزامها بمضمونه.

ومن حيث أحقية الفرد بالتمسك بنفاذ القرار في مواجهة الإدارة من يوم صدوره دون حاجة لنشره أو تبليغه، غير أن فقه القانون الإداري لم يستقر على رأي واحد بخصوص مبدأ سريان القرار الإداري في حق جهة الإدارة من يوم صدوره وانحصر الخلاف حول التمييز بين القرار الفردي والقرار التنظيمي<sup>(١)</sup>.<sup>٢</sup>

**أولاً- القرار الفردي:**

في بادئ الأمر لم يسلم القضاء الإداري في فرنسا بقاعدة نفاذ القرار الفردي في مواجهة الإدارة حيث كان يرفض مبدأ جواز تمسك الأفراد بالقرار الفردي قبل نشره أو تبليغه، ومن ثم ربط المجلس في هذه المرحلة بين نفاذ القرار والعلم اليقيني بالقرار بواسطة أسلوب التبليغ أو النشر.

ثم عدل عن موقفه هذا وقضى بالاعتراف بمبدأ نفاذ القرار الإداري الفردي في مواجهة الإدارة من يوم صدوره، وكان ذلك بمناسبة فصله في قضية الأنسة MATTEI التي تتلخص وقائعها في أن محافظ السين أصدر قرار بتاريخ ١٣ / ٧ / ١٩٤٨ بتعيين الأنسة MATTEI في إحدى الوظائف في قصر العدالة بباريس ولم يعلن هذا القرار المعنية بالأمر ولم ينشر أيضاً، ثم أصدر نفس المحافظ قراراً آخر بتاريخ ٥ / ١ / ١٩٤٩ بإلغاء القرار الأول وتعيين آخر بالقرار الصادر ٣١ / ١ / ١٩٤٩. في ذات الوظيفة التي أسندت من قبل إلى الأنسة MATTEI فطالبت الأنسة MATTEI بإلغاء القرارين الإداريين (قرار الإلغاء وقرار التعيين)،

(١) الدكتور السيد الجوهري عبد العزيز، القانون و القرار الإداري في الفترة ما بين الإصدار والشهر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ٢٠٠٥.

فاستجاب لها مجلس الدولة الفرنسي وأقر مبدأ جواز تمسك المدعية بقرار التعيين رغم عدم إعلانه.

ويكاد يجمع فقهاء القانون الإداري أن القرار الفردي ينفذ في مواجهة الإدارة منذ صدوره ولا يمكن لها الاحتجاج بعدم نشره أو تبليغه، ويحق للأفراد التمسك بمضمونه من يوم صدوره.

ولقد نجم عن اعتراف القاضي بهذا المبدأ آثار في غاية الأهمية مؤداها أن القرار الإداري الفردي متى صدر عن الجهة المختصة واكتملت أركانه الأخرى فإنه يكتسب قوة التنفيذ من يوم صدوره، ويمكن للأفراد التمسك به في مواجهة الإدارة بدءاً بهذا التاريخ، وذات القرار الفردي لا يمكن للإدارة التمسك به بدءاً بتاريخ صدوره بل من تاريخ النشر أو التبليغ.

وهكذا نجد أن مبدأ سريان القرار الفردي من يوم صدوره أقر فقهاء وقضاء لصالح الأفراد في مواجهة الإدارة و ليس لصالح الإدارة في مواجهة الأفراد إذ القول بأحقية الإدارة في التمسك بقراراتها الفردية من يوم صدورها دون علم الأفراد بها مساس صريح بحقوق الأفراد على الأقل الحق في الإعلام بالقرار الإداري فالعدالة تقضي أولاً إعلام الفرد بالقرار الإداري، ثم نفاذ القرار في مواجهته<sup>(١)</sup>.

### ثانياً- القرار التنظيمي:

لقد اختلف فقهاء القانون الإداري في فرنسا بشأن ميعاد بدء سريان القرار الإداري التنظيمي في مواجهة الإدارة، فرأى البعض أن الإدارة ملتزمة بقراراتها التنظيمية من يوم صدورها، بينما رأى جانب آخر خلاف ذلك وأقر مبدأ عدم قابلية سريان القرار التنظيمي في مواجهة الإدارة إلا من يوم نشره، وسنبين ذلك فيما يلي:

---

(١) الدكتور محمد فؤاد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، ص ٣٧٣.

## الاتجاه الأول - القرار التنظيمي ينفذ في مواجهة الإدارة من يوم صدوره:

رأى أنصار هذا الاتجاه أن القرار الإداري ينتج آثاره بمجرد صدوره وتلتزم الإدارة بمضمونه منذ اللحظة الأولى لميلاده، ولا يجوز لها تعطيل نفاذه والاحتجاج بعدم نشره لأن النشر مقرر لمصلحة الأفراد أما الإدارة يفترض علمها بالقرارات الصادرة عنها، لأنها هي صاحبة القرار وهي التي أعدته وأصدرته.

وترتباً على هذا الرأي الفقهي يجوز للأفراد التمسك بالقرار التنظيمي تجاه الإدارة حتى قبل نشره طالما أن النشر وسيله لصالحهم، فإن عملوا بالقرار قبل نشره جاز لهم التمسك به والتزمت جهة الإدارة بمضمونه من يوم صدوره.

ولكن هناك بعض الاستثناءات الواردة على قاعدة سريان القرار الإداري من يوم صدوره تتمثل في حالة وجود شرط واقف أو فاسخ، ومن أمثلة الشروط الموقفة أن تصدر الإدارة قراراً وتعلق نفاذه على مصادقة هيئة أخرى أو موافقة البرلمان على منح الاعتماد اللازم لتنفيذه. وقد يكون الشرط الموقف صريحاً أو ضمناً.

ومن أمثلة الشرط الفاسخ، أن تمنح الإدارة ترخيصاً وتعلق استمرار نفاذه على بقاء حالة واقعية أو قانونية معينة. ومن تطبيقات ذلك حكم محكمة القضاء الإداري والذي يتعلق بتعيين أحد الموظفين بشرط تقديم مسوغ تكميلي بالإضافة للمسوغات الأخرى وهو كشف درجاته في امتحان كفاءة التعليم الأولي الذي رسب فيه. فهنا لا تثريب على الإدارة ان هي سحبت هذا الترشيح ويتعين بالتالي رفض الدعوى التي يطلب فيها المدعي إلغاء هذا القرار ويصفه بأنه قرار فصل بعد تعيين.

## الاتجاه الثاني - القرار التنظيمي لا ينفذ في مواجهة الإدارة إلا من يوم نشره:

ذهب أغلبية الفقه في فرنسا ومجلس الدولة الفرنسي إلى إقرار مبدأ عدم نفاذ القرار التنظيمي في مواجهة الإدارة إلا من تاريخ نشره، وبالتالي لا يجوز للأفراد التمسك بمضمون القرار وإلزام جهة الإدارة بتنفيذه إلا بعد نشره، ونتيجة لذلك اقترن القرار الإداري من حيث بدأ سريانه بالقانون، فهذا الأخير لا يطبق قبل نشره، بل بعد النشر.

## المطلب الثاني

### نفاذ القرارات الإدارية في حق الأفراد

الأصل أن القرار الإداري ينفذ في حق الإدارة منذ تاريخ صدوره، إلا أنه لا يرتب آثاره القانونية في مواجهة الأفراد ولا يصبح نافذاً إلا من تاريخ العلم به بإحدى وسائل الإعلام المقررة قانوناً، وهي: الإعلان، النشر، أو بعلم صاحب الشأن علماً يقينياً.

### الإعلان:

يقصد بالإعلان قيام الإدارة بتبليغ القرار الإداري إلى الفرد أو الأفراد المعني بهم الأمر شخصياً. أو بإرساله إلى الموطن الحقيقي له أو موطنه المختار، وإذا صدر ضد شخص معنوي شركة مثلاً فيجب إبلاغ الممثل أو النائب القانوني لهذا الشخص المعنوي.

والأصل أن الإعلان يتم بكافة الوسائل المعروفة والتي من خلالها يمكن أن يتحقق علم صاحب الشأن بالقرار، كتسليمه القرار مباشرة أو بالبريد أو عن طريق محضر. والإعلان هو الوسيلة الواجبة لتبليغ القرارات الفردية الصادرة بصدد فرد معين بالذات أو أفراداً معينين بذواتهم أو بخصوص حالة أو حالات معينة، كما هو الحال بالنسبة لقرار تعيين موظف أو منح رخصة مزاوله مهنة معينة، وعلى ذلك لا يكفي نشر القرار لافتراض العلم به.

والإدارة غير ملزمة بإتباع وسيلة معينة للإعلان فقد يكون مكتوباً وقد يكون شفهيًا، إلا أن الصعوبة تكمن في إثبات التبليغ الشفهي. لذلك نجد الإدارة تسعى دائماً إلى أن يكون إعلانها كتابة حتى تتجنب مخاطر التبليغ لأن من السهل عليها إثبات التبليغ الكتابي. وعدم تطلب شكلية معينة في الإعلان لا ينفى ضرورة احتواء الإعلان على جميع عناصره التي تتمثل في ذكر مضمون القرار والجهة الصادر منها وأسبابه وأن يوجهه إلى ذوي المصلحة شخصياً أو من ينوب عنهم. وإذا ما حدث نزاع بشأن الإعلان أو تاريخه وقع عبء الإثبات على الإدارة مصدره القرار والملتزمة بإعلان صاحب الشأن.

## ٢. النشر:

إذا لم يحصل إعلان للقرار الفردي فهناك وسيلة النشر في نشرة مصلحة وهنا يتفق القرار الفردي مع القرار اللائحي ولكن في شأن القرارات اللائحية يلزم توزيع النشرة المصلحية على الجهات الإدارية التي يتبعها ذوو الشأن حتى يعلموا بالقرار الصادر.

وعادة ما تتضمن القرارات التنظيمية قواعد عامة مجردة تنطبق على عدد غير محدد من الحالات أو الأفراد، مما يتطلب علم الكافة به من خلال نشره. كذلك يجب أن يكون النشر في النشرة المصلحية مستوفياً كافة العناصر الأساسية للقرار، وإذا كانت الإدارة قد نشرت ملخص القرار فيجب أن يكون هذا الملخص يغني عن نشره كله فيحوي على عناصر القرار الإداري كافة، حتى يتسنى لأصحاب الشأن تحديد موقفهم من القرار.

أما بالنسبة للقرارات الفردية يتم النشر عادة في الجريدة الرسمية إلا إذا نص القانون على وسيلة أخرى للنشر فيجب على الإدارة أتباع تلك الوسيلة كأن يتم في الصحف اليومية أو عن طريق لصق القرار في أماكن عامة في المدينة. وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن نشر هذه القرارات الفردية في الجريدة الرسمية لا يكفي بذاته لبدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء فيها، وأنه يجب لكي يتحقق ذلك أن يحصل إعلان هذه القرارات الفردية لذوي الشأن (١٩٦٠/٩/٢١).

وقد قررت محكمة القضاء الإداري أنه "ما لم يتحقق نشر القرار في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها الجهة الإدارية، فإن علم ذي الشأن لا يفترض لمجرد التباعد الزمني بين تاريخ القرار وتاريخ الدعوى إلا أن تنهض قرائن أخرى تستكمل مع هذه الاستطالة دليلاً على تحقق ذلك العلم"<sup>(١)</sup>.

ومن هذا يتضح أن النشر في الجريدة الرسمية إذ كان يرتب جملة من الآثار القانونية أهمها بدء سريان أجل الطعن الإداري أو القضائي ذلك أن نصوص

(١) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١٣١٤٩ لسنة ٥٣ ق، جلسة ١/٢٣/٢٠١٠.

القوانين والتنظيمات المختلفة حينما تفرض على جهة الإدارة نشر قراراتها فإنه بالمقابل تعطي للمعنيين حق الطعن الإداري فيها مثلاً بتقديم تظلم إداري، أو رفع دعوى إلغاء أمام القضاء الإداري هذا بالنسبة للقرارات اللائحية، إلا أنه لا يحقق هذا الأثر بالنسبة للقرارات الفردية لأنه لا يكفي بذاته لتحقيق إعلان ذوي الشأن، طبقاً لما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا.

### ٣. العلم اليقيني:

يقوم العلم اليقيني من جانب ذوي الشأن بالقرار الإداري مقام الإعلان والنشر كسبب من أسباب علم صاحب الشأن بالقرار الإداري وسريان مدة الطعن بالإلغاء من تاريخه وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا حيث قررت "أن العلم اليقيني يقوم مقام النشر والإعلان والعلم اليقيني الذي يؤدي هذا الدور هو العلم الحقيقي الشامل الذي يتبين فيه صاحب الشأن وضعه القانوني فيما يمسه القرار ويستبين منه مركزه تجاهه ومبلغ تأثيره في حقه ولا عبرة بالعلم الظني أو الافتراضي المبني على عبارات مجملية خالية من أي بيان"<sup>(١)</sup>.

وقد يحدث أيضاً هذا العلم إذا قامت الإدارة باتخاذ إجراء في مواجهة صاحب الشأن لتنفيذ القرار قبل تبليغه به، ففي هذه الحالات وغيرها يتحقق العلم بالنسبة لصاحب الشأن ويكون علماً يقينياً إذا ظهر دليل أو قرينة على علمه بالقرار، وقد يتقدم صاحب الشأن بتظلم ضد القرار يشرح فيه تفاصيل ومضمون القرار، وقد يقوم بتنفيذ القرار تنفيذاً مادياً فيعد التنفيذ قرينة على علمه به، فالعلم بالقرار لا يصبح علماً يقينياً إلا إذا أثبت أمام القاضي ما يؤيد هذا اليقين، أما إذا لم يظهر الدليل فلا يعتبر علماً يقينياً وإنما يعتبر علماً ضمناً أو افتراضياً.

والعلم اليقيني يجب أن يكون متضمناً لكافة عناصر القرار الإداري ومحتوياته فيقوم مقام النشر والإعلان، فيصبح صاحب الشأن في مواجهة القرار في حالة تسمح له بالإمام بكافة ما تجب معرفته، فيتبين مركزه القانوني من القرار وإدراك

(١) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية، ص ١٢٠٩. مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة الثامنة، ص ٩٢٠، القضية رقم ٤٥٩ السنة ٦ قضائية.



مواطن العيب فيه، وما يمس مصلحته، فلا عبره بالعلم الظني أو الافتراضي مهما كان احتمال العلم قوياً.

ويمكن أن يستمد هذا العلم من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيّد بوسيلة معينة للإثبات ولل قضاء الإداري أن يتحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة وهل هي كافية للعلم أم لا، ولا يبدأ سريان مدة الطعن إلا من اليوم الذي يثبت فيه هذا العلم اليقيني.

ويقع عبء اثبات حصول العلم اليقيني وتاريخه على عاتق جهة الإدارة مصدرة القرار، لأن الإدارة هي بالتأكيد صاحبة المصلحة في اثبات حدوث العلم اليقيني. والإدارة غير ملزمة في هذا الإثبات بوسيلة معينة فلها أن تثبت العلم اليقيني بأي وسيلة تراها<sup>(١)</sup>.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا أنه من "المقرر في قضاء هذه المحكمة ان الميعاد المحدد قانوناً للاعتراض امام اللجنة القضائية يبدأ من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية ، ولكي ينتج النشر اثره القانوني في هذا الشأن يجب ان يتم بالطريق الذي رسمه القانون وان يكون شاملاً لجميع العناصر التي استلزم القانون ذكرها والتي يمكن لصاحب الشأن ان يتبين على اساسها مركزه القانوني. وأن العلم اليقيني الكامل بالقرار ومحتوياته هو الذى يقوم عندئذ مقام النشر وينتج اثره، والا كان ميعاد الطعن مفتوحاً"<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثالث

#### مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية

من المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنه لا يجوز تضمين القرارات الإدارية سواء كانت تنظيمية أو فردية أثراً رجعياً ولقد أخذ مجلس الدولة المصري بهذا المبدأ. فالأصل أن تسرى آثار القرارات الإدارية على المستقبل، ولا تسري

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الاداري، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية. ص ٦٧ .  
(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٨٧٤٢ لسنة ٥٢ ق.ع، بتاريخ ١٦ /٢ /٢٠١٠.

بأثر رجعي على الماضي احتراماً للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت في ظل نظام قانوني سابق، واحتراماً لقواعد الاختصاص من حيث الزمان.

ومن المسلم به في القضاء الإداري أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية هي قاعدة أمره لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ويترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري ذي الأثر الرجعي. ومع ذلك فإن الإدارة قد ترى في بعض الحالات ولاعتبارات معينة أن ترجع آثار القرار إلى تاريخ سابق على تاريخ نفاذه وهو ما يسمى بالسريان بأثر رجعي، ويستند مبدأ عدم الرجعية إلى أمرين هما:

**الأمر الأول- فكرة احترام "المراكز القانونية الذاتية" الحقوق المكتسبة:** من المسلم به أن الأفراد إذا اكتسبوا حقاً أو مركزاً قانونياً ذاتياً في ظل نظام قانوني معين، فلا يجوز المساس بهذا المركز إذا ما تغيرت الظروف والأوضاع القانونية التي تم في ظلها اكتساب ذلك الحق. إلا بنص خاص ويسرى التغيير أو التعديل في هذا المركز بأثر فوري ومباشر من تاريخ العمل به وليس بأثر رجعي.

**الأمر الثاني- فكرة استقرار المعاملات بين الأفراد:** تنص الدساتير المصرية على مبدأ سريان القوانين على المستقبل مع ترك الآثار التي تمت في الماضي سليمة. ولو لم يتضمن الدستور نصاً يجيز الرجعية لاستحالة سريان القانون على الماضي.

والمصلحة العامة تقتضي أن لا يفقد الأفراد الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم و مراكزهم الذاتية التي تمت نتيجة لتطبيق أوضاع قانونية سابقة. غير أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية على الماضي لا تسري على إطلاقها فقد بدأ القضاء الإداري يخفف من حدتها فظهرت بعض الاستثناءات نوردها في الآتي.

#### **الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم الرجعية:**

لقد بدأ مجلس الدولة الفرنسي في تلطيف حدة مبدأ عدم الرجعية بما لا يخرج بها عن جوهرها أو يعوق الإدارة في أداء عملها فأورد عليه بعض الاستثناءات:

١. **إباحة الرجعية بنص تشريعي:** بمقتضاه يجوز للمشرع أن يخول الإدارة بنص صريح في قانون أن تصدر قرارات إدارية معينة بأثر رجعي حتى تاريخ

معين يحدده القانون، على اعتبار أن المشرع يمثل المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها. مثال إعادة الموظفين الذين منعوا من وظائفهم بسبب الحرب مع تصحيح أوضاعهم منذ قيام الحرب. وقد لا يكون النص على الرجعية صريحاً في القانون كما لو صدر قانون يخول الإدارة سلطة إعادة النظر في جميع القرارات الصادرة من سلطة معينة ابتداءً من تاريخ معين.

ولقد سلك مجلس الدولة نفس المسلك حيث قرر في أحد أحكامه "لا تسري أحكام القرارات الإدارية واللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدورها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله إلا في حالتين: الأولى أن تكون هذه القرارات واللوائح صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعي...." (١).

٢. **الرجعية في تنفيذ الأحكام الصادرة بالإلغاء:** وهذه الحالة بالغة الأهمية نظراً لكثرة حدوثها فالحكم القضائي الصادر بإلغاء قرار إداري يؤدي إلى إعدام هذا القرار بالنسبة للمستقبل والماضي، وهذه هي الحالة الثانية التي تضمنها الحكم الصادر من مجلس الدولة المصري السابق الإشارة إليه "والثانية أن تكون هذه القرارات واللوائح ذات الأثر الرجعي صادرة تنفيذاً لأحكام صادرة من مجلس الدولة بإلغاء قرارات إدارية وقعت مخالفة للقانون لما يترتب على الإلغاء من أثره في الحوادث السابقة".

كذلك لو حكم القضاء بإلغاء قرار الإدارة بفصل موظف فإن الإدارة تلتزم بإعادته إلى وظيفته السابقة مع منحه الامتيازات والحقوق التي فاته التمتع بها في فترة انقطاعه عن الوظيفة. وفي هذا قرر مجلس الدولة المصري ".... إن مقتضى الحكم الصادر بالإلغاء ارجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار الملغي" (٢).

٣. **رجعية اللوائح الأصلح للمتهم:** من المسلم به في قانون العقوبات قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم وعلة الرجعية هي منع التناقض والظلم حتى لا

(١) مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة الثانية، بتاريخ ١٠ أبريل سنة ١٩٤٨ ص ٤٤٠.

(٢) مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة التاسعة، جلسة ٨ مارس سنة ١٩٥٥ ص ٣٥٢.

يطبق على المتهم عقوبة في وقت يعترف فيه المشرع بعدم جدواها أو بزيادتها عن القدر اللازم وهذه القاعدة المنصوص عليها في مصر صراحة جرى العمل عليها في فرنسا دون نص.

ولما كانت اللوائح هي قوانين من الناحية الموضوعية لتضمنها قواعد عامة مجردة مثل القانون فينطبق عليها ويحكمها نص المادة الخامسة من قانون العقوبات التي نصت على ذلك صراحة.

٤. القرارات الإدارية التي تتضمن بالضرورة أثراً رجعياً: هناك طائفة من القرارات الإدارية تتضمن أثراً رجعية لظروف خاصة يمكن استخلاصها في الآتي:

أ. الرجعية بسبب طبيعة الاختصاص. قد يخول المشرع الهيئات الإدارية سلطة اصدار قرارات إدارية لتسري خلال فترة معينة. فإذا لم يلزم المشرع الهيئة بضرورة اصدار قراراتها قبل بداية الفترة المحددة، فإن صدورها في تاريخ لاحق خلال تلك الفترة لا يجعلها باطلة وتسري من تاريخ بداية الفترة حتى نهايتها، فتكون متضمنة بالضرورة أثراً رجعياً.

مثال ذلك أن من حق المحافظ أن يصدر قرار بمقدار التعويضات للمدرسين الذين مقرر لهم حق السكن خلال العام الدراسي فهذا القرار يحكم العام الدراسي كله أياً كان تاريخ صدوره خلال العام.

ب. رجعية القرارات الإدارية الساحبة: من المسلم به بين فقهاء القانون الإداري وما درج عليه القضاء أن للإدارة الحق في سحب القرارات الإدارية التي لم يترتب عليها حق مكتسب أو مركز قانوني خاص سليمة أو معيبة ودون التقيد بمدد الطعن.

والقرار المسحوب يتم بأثر رجعي نظراً لإعدامه من تاريخ صدوره، لأن السحب الإداري كالإلغاء القضائي يستهدف إعدام آثار القرار المسحوب من تاريخ صدوره بحيث يعتبر هو والعدم سواء.

ولكن القرار الساحب يغدو رجعيًا في حالة ترتيب القرار المسحوب لآثار في الماضي، والإدارة تملك حق سحب قراراتها التنظيمية في كل وقت سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، وكذلك يجوز لها سحب قراراتها الفردية غير المشروعة والمرتبة لحقوق ذاتية خلال مدة الطعن بالإلغاء.

**جـ.** رجعية القرارات المؤكدة والمفسرة: الرجعية هنا ظاهرية فقط وغير حقيقية، فإذا صدر قرار بقصد تأكيد أو تفسير قرار سابق فإن القرار المؤكد أو المفسر يسرى حكمه من تاريخ تطبيق القرار الأول لأنه لا يضيف أثرًا جديدًا له بل يقتصر على تأكيده أو تفسيره. وبهذا المعنى لا يضيف القرار المؤكد شيئًا جديدًا إلى الوضع القانوني الذي تخلف عن القرار الأول وهذا ما يبرر ظاهرية الرجعية. والقرارات المفسرة شأنها شأن القرارات المؤكدة، ويقتصر دورها فقط على إزالة الغموض والإبهام الذي يحوم حول القرار الأول، وبهذا يرجع بآثاره إلى تاريخ القرار الأول.

**د.** رجعية القرارات الإدارية بسبب مقتضيات سير المرافق العامة: استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على استبعاد تطبيق قاعدة رجعية القرارات الإدارية كلما تعارض تطبيقها مع مقتضيات سير المرافق العامة أو كانت نتائجها غير مقبولة<sup>(١)</sup>.

فلقد قرر مجلس الدولة الفرنسي رجعية قرارات تعيين بعض الموظفين إذا ما تأخر صدور القرار عن يوم استلامهم العمل.

ولقد سلك مجلس الدولة المصري ذات المسلك حيث قرر في حكمه الصادر في ١٠/٥/١٩٥٣ أن "... من حق الموظف عدالة أن يتقاضى الراتب المخصص لوظيفته، وأن تعتبر أقدميته في درجة هذه الوظيفة من وقت تسلم أعمالها دون أن يضار بسبب تراخي الوزارة في إصدار قرار تعيينه"<sup>(٢)</sup>.

(١) د. علي حسين خطر شطناوي- مبادئ القانون الإداري السعودي- مكتبة الرشد - ٢٠١٢. ص ٦٩.  
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، السنة السابعة، جلسة ١٠/٥/١٩٥٣، ص ١١٢١. وبجلسة ٢١/١/١٩٥٦، السنة الأولى، ص ٣٩٣.

ولقد كشف مجلس الدولة الفرنسي عن النتائج غير المقبولة لمبدأ عدم الرجعية في حكم له في ١٩٥٢/١/١١ في " Epoux Lesueur " تتلخص وقائعه في أن فندقاً مدرجاً في قائمة الفنادق السياحية ظل يتمتع بحرية تحديد الأسعار حتى ١٩٤٨/١٢/٣٠، في هذا التاريخ أدرج في قائمة الفنادق المسعرة. ولكن لم يصدر قرار التسعيرة إلا في ١٩٤٩/٣/١٨ نظراً لطول الإجراءات فكان من المتعين أن يرجع أثره إلى ١٩٤٨/١٢/٣٠ وإلا لإنتهينا إلى نتيجة لا يمكن التسليم بها لغرابتها أو لعدم قبولها وهي تمتع النزلاء في هذا الفندق بالإقامة المجانية في الفترة ما بين ١٩٤٨/١٢/٣٠ ، ١٩٤٩/٣/١٨ .

**٥. اقتران القرارات الإدارية بأجل موقف:** القاعدة العامة هي أنه لا يمكن إرجاع آثار القرارات الإدارية إلى تاريخ يسبق تاريخ صدورها، إلا أن الإدارة تملك في بعض الأحيان إرجاء تنفيذ القرار الإداري إلى تاريخ لاحق لتاريخ صدوره، أي يصدر القرار في تاريخ معين لينفذ في تاريخ آخر في المستقبل. ودرج القضاء الإداري على التمييز في ذلك بين القرارات التنظيمية أو اللوائح والقرارات الفردية.

**\*\* القرارات التنظيمية (اللوائح):** تملك الإدارة إرجاء آثار القرارات التنظيمية إلى تاريخ لاحق لصدورها، فالاعتبارات التي حالت دون الرجعية لا نجد أثراً لها في هذا المجال. لأن ذلك لا يتضمن اعتداء على سلطة الخلف، لأن هذا الخلف يملك دائماً حق سحب أو إلغاء أو تعديل قراراته التنظيمية لأنها لا ترتب حقوقاً مكتسبة بل تتولد عنها مراكز تنظيمية عامة. ومن ثم فلا يمكن التحدي في مواجهتها بفكرة الحقوق المكتسبة أو المراكز الخاصة.

**\*\* القرارات الإدارية الفردية:** هناك فروق واضحة بين اللائحة والقرار الفردي من حيث سلطة الإدارة في إلغاء كل منهما، ففيما يتعلق باللائحة فإن سلطة الإدارة مطلقة كما ذكرنا سلفاً، أما فيما يتعلق بالقرار الفردي فإن سلطة الإدارة مقيدة، فالأصل أنه لا تملك الإدارة أن ترجى آثار القرارات الإدارية الصادرة منها للمستقبل، لأن ذلك يمثل اعتداء على السلطة القائمة في المستقبل، لأنه يولد عنها مراكز قانونية خاصة، يستطيع الأفراد أن يحتجوا بها في مواجهة الإدارة استناداً إلى

فكرة الحقوق المكتسبة. كما أنها لا تستطيع المساس بالقرار الفردي السليم إلا بقرار عكسي، ولا تملك إلغاء القرار المعيب إلا في حدود ضيقة. كما لو أصدرت السلطة الإدارية الحالية قراراً بتعيين موظف وأرغبت تنفيذ هذا القرار إلى فترة لاحقة، فتكون قد قيدت السلطة الإدارية في المستقبل بقرار التعيين خلافاً لقواعد الاختصاص.

ومع ذلك يجوز أحياناً ولضرورات سير المرافق العامة تأجيل آثار القرار الإداري إلى تاريخ لاحق، فيكون المرجع هنا هو الباعث وليس التأجيل ذاته، ويكون الحكم على مشروعية هذا القرار أن يكون محله قائماً حتى اللحظة المحددة للتنفيذ، فإن انعدم هذا الركن أصبح القرار منعدمًا لانعدام ركن المحل فلا يرتب أثراً.

#### **المبحث الرابع**

##### **انقضاء القرارات الإدارية**

ويقصد بانقضاء القرار الإداري تجريده من محتوياته وآثاره القانونية، فيتوقف بذلك عن إحداث أي أثر قانوني، ويتم انقضاء القرار الإداري بدون تدخل جهة الإدارة ويكون الانقضاء بطريقة طبيعية في عدة حالات:

- كأن يستنفد القرار الهدف الذي صدر من أجله مثل تنفيذ قرار الإزالة، أو يستحيل تنفيذه لأسباب أحاطت به كانهدام محله.
- أن يكون القرار مؤقتاً بمدة معينة ينقضي بانقضائها فإذا ما انتهت المدة انتهى القرار كالترخيص المؤقت الذي يعطي للأجنبي حق الإقامة لمدة مؤقتة<sup>(١)</sup>، وكانتهاء المدة المحددة في القرار الصادر بمنح إحدى الشركات ترخيصاً مؤقتاً للقيام بعمل معين.

- تحقق الشرط الفاسخ الذي علق عليه القرار، فينتهي بتحقق هذا الشرط.
- نتيجة ظروف طارئة تجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة مطلقة، كموت المستفيد في حالة القرارات الإدارية التي يراعى في صدورها شخص معين، مثل قرار التعيين في وظيفة عامة، أو بالهلاك المادي للشيء الذي يقوم عليه القرار الإداري مثل القرار

(١) د / ابراهيم شيحا، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، الدار الجامعية، ١٩٩٧، ص ٥٨٥.

الصادر بنزع ملكية عقار أو الاستيلاء عليه؛ فإنه ينتهي بزوال العقار لسبب من الأسباب.

أما عن انقضاء القرارات الإدارية بالطريق الإداري أي بإرادة الإدارة، يفرق الفقه والقضاء بين أمرين متعلقين بإنهاء القرار الإداري من قبل الإدارة ذاتها: الأول: إلغاء القرار الإداري، ويكون بإلغاء القرار بالنسبة للمستقبل ويمنع عنه أي أثر مستقبلي دون أن يمس أي آثار تكون قد رتبها القرار الملغي في الماضي. والثاني: سحب القرار الإداري، بمعنى أن يتم إزالة القرار وما نتج عنه من آثار منذ صدوره، أي أن السحب يعدم القرار بأثر رجعي ويعتبره كأن لم يكن. وسوف نعرض للأسلوبين ثم نتناول الفرق بينهما كما يلي:

### **المطلب الأول**

#### **إلغاء القرارات الإدارية**

يقصد بإلغاء القرار الإداري وقف نفاذه أو سريانه بآثاره المترتبة عنه وتجريده من قوته الإلزامية بالنسبة للمستقبل فقط، أي من تاريخ صدور القرار بالإلغاء من الإدارة التي أصدرته أو من السلطة الرئاسية بما لها من حق التعقيب على قرارات مرؤوسيه، دون أن يمتد الإلغاء إلى الآثار الناتجة عنه في الماضي، وقد يكون الإلغاء شاملاً لكل مضمون القرار أو جزئياً يمس جزءاً منه فقط<sup>(١)</sup>. ويقف الأثر المترتب على الحكم الصادر بالإلغاء عند حد تنفيذ هذا الحكم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار المطعون عليه فقط بحسبان عدم صدور القرار المقضي بإلغائه فقط دون أن يمتد التنفيذ ليشمل تلقائياً القرارات اللاحقة عليه، والتي بمقتضى ذلك الحكم يفتح ميعاد الطعن عليها من جديد بالإجراءات وفي المواعيد المحددة قانوناً<sup>(٢)</sup>، وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا .

كما أن الإلغاء قد يرد على القرارات الفردية وقد يرد على القرارات اللائحية وهنا لا بد من التفريق بين القرار المشروع، والقرار المعيب أو غير المشروع.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٠١ لسنة ٨ ق، بتاريخ ١٩٦٦/٣/٢٧، مجموعتها في ١٥ سنة، الجزء الأول، ص ١٣٤.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٩٤٠٤ لسنة ٥١ ق، ع، بتاريخ ١٩٤٠/٦/٥.



أيضاً أن يتخذ قرار الإلغاء نفس شكل وإجراءات صدور القرار الأصلي، فإذا كان الأخير كتابياً يجب أن يكون قرار الإلغاء كتابياً أيضاً.

### الفرع الأول

#### إلغاء القرارات الإدارية السليمة

يجب هنا أن نفرق بين ما إذا كان القرار المراد إلغاؤه قراراً تنظيمياً أم قراراً فردياً.

#### ١ - بالنسبة للقرارات التنظيمية (اللوائح):

القاعدة المستقر عليها في مصر وفرنسا هي أنه يجوز للإدارة في كل وقت أن تعدل اللوائح أو أن تلغيها وفقاً لمقتضيات الصالح العام، ومناطق ذلك أن اللوائح إنما تنشئ مراكز نظامية عامة وهذه المراكز تخضع لقاعدة التغيير والتبديل في كل وقت تلبية لمقتضيات المصلحة العامة، طالما أن الإلغاء لا يترتب أثره إلا بالنسبة للمستقبل ولا يمس الحقوق المكتسبة التي نشأت في ظل القرار التنظيمي (اللائحة) في الفترة بين إصداره وإلغاؤه<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الشأن قررت محكمة القضاء الإداري "إن من المبادئ المسلمة أن علاقة الموظف بالحكومة علاقة تنظيمية، تحكمها القوانين واللوائح وإن مركز الموظف من هذه الناحية هو مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت وليس له أن يحتج بأن له حقاً مكتسباً في أن يعامل بمقتضى النظام القديم الذي عين في ظل أحكامه"<sup>(٢)</sup>.

#### ٢ - بالنسبة للقرارات الفردية:

القاعدة المستقر عليها في فقه القانون العام والقضاء الفرنسي والمصري أنه لا تملك الإدارة حق إلغاء القرار الفردي في أي وقت متى صدرت سليمة وترتب عليها حق شخصي أو مركز قانوني إلا في الأحوال المسموح بها قانوناً. وذلك على عكس

(١) د / ابراهيم شيحا، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٨٨.  
(٢) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ٨٤٨ لسنة ٢ ق، بتاريخ ١٩٧١/١/١٣ المجموعة السنة ٢٥، بند ٨، ص ٥٣.

القرار اللائحي الذي للإدارة الحق في الغائه في أي وقت وفقاً لمقتضيات الصالح العام لأنها لا تنشئ حقوق مكتسبة.

فإذا منحت الإدارة مثلاً ترخيصاً بفتح محل عام بعد موافقتها على موقعه لا يجوز لها أن ترجع في قرارها هذا بقرار لاحق يلغيه.

وفي هذا قررت المحكمة الإدارية العليا "أن من شأن القرار الصادر بالموافقة على موقع محل أن ينشئ مركزاً قانونياً ذاتياً لطالب الترخيص يكسبه حقاً لا يجوز المساس به إلا في حدود القانون، فإن تنكر جهة الإدارة لهذا الحق والمساس به بقرار لاحق دون مقتضى من قانون يعتبر اعتداء غير مشروع يبرر طلب إلغائه لمخالفته القانون والتعويض عن الأضرار التي تتجم عنه"<sup>(١)</sup>.

ولكن إذا لم ترتب هذه القرارات حقوقاً للأفراد جاز إلغاؤها أو تعديلها لانتفاء علة تقرير القاعدة العامة، مثال رفض طلب منح ترخيص فهذا القرار لا ينشئ حقاً للغير فبالتالي يجوز إلغاؤه في أي وقت.

**وقد استقر الفقه على عدة أنواع من القرارات منها:**

\* **القرارات الوقتية:** وهي القرارات التي لا تنشئ حقوقاً بالمعنى القانوني لتعلقها بأوضاع مؤقتة ويتحقق ذلك بعدة طرق:

- إذا لم ينص صراحة في القانون الذي يخول الإدارة إصدار مثل هذه القرارات.

- قد تضمن الإدارة القرار صراحة حقها في إلغائه في كل وقت.

- أن يكون ذلك راجعاً إلى القرار ذاته، ومن ذلك القرارات الصادرة بنسب موظف عام أو بمنح تراخيص مؤقتة.

\* **القرارات الولائية:** وهي القرارات التي تخول الأفراد مجرد رخصة أو تسامح دون أن تحمله أي التزام أو عبء ولا تترتب عليها أي آثار قانونية أخرى مثل منح أحد الموظفين إجازة مرضية في غير الحالات التي يحتم فيها القانون منح

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١١٤٦ لسنة ١٠ ق، بتاريخ ١٢/٤/١٩٦٩، مجموعتها في ١٥ سنة، الجزء الأول، ص ٧٢١.

هذه الإجازة، فهذا القرار لا يمكن اعتباره حقاً مكتسباً وبالتالي تملك الإدارة إلغاؤه في أي وقت.

\* **القرارات السلبية:** القرار السلبي هو ذلك القرار الذي لا يصدر في شكل الإفصاح الصريح عن إرادة جهة الإدارة بإنشاء المركز القانوني أو تعديله أو إنهائه، بل تتخذ الإدارة موقفاً سلبياً من التصرف في أمر كان الواجب على الإدارة أن تتخذ إجراءً فيه طبقاً للقانون واللوائح، فسكوت الإدارة عن الإفصاح عن إرادتها بشكل صريح يعد بمثابة قرار سلبي بالرفض، والقاعدة العامة أن هذا القرار السلبي لا يرتب حقوقاً أو مزايا للأفراد ويجوز إلغاؤه في أي وقت، مثل قرار الإدارة برفض منح رخصة لأحد الأفراد لمزاولة مهنة معينة، وكرفض الترخيص بحمل السلاح. وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها حيث قررت " يعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح " ، ومن ثم يشكل امتناع الجهة الإدارية قراراً إدارياً سلبياً خاضعاً لرقابة محاكم مجلس الدولة<sup>(١)</sup>.

\* **القرارات غير التنفيذية:** ومن ذلك القرارات التمهيدية التي تصدر بقصد التمهيد لإصدار قرار معين، مثل القرارات التي تحتاج إلى تصديق من السلطة الرئاسية أو من سلطة الوصاية لأنه يمكن الرجوع عنها قبل التصديق، ومثل قرار الإدارة بإيقاف موظف عن عمله بغرض إحالته إلى المحاكمة التأديبية. فهذه القرارات جميعاً يمكن للإدارة العدول عنها وإلغاؤها بالنسبة للمستقبل في أي وقت ودون التقيد بميعاد معين.

## **الفرع الثاني**

### **إلغاء القرارات الإدارية المعيبة**

القاعدة العامة بالنسبة للقرارات الإدارية المعيبة أو غير المشروعة لائحية أو فردية أن للإدارة سلطة إلغاؤها لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب بل بالنسبة للماضي أيضاً.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٠٥٠٨ لسنة ٤٨ ق.ع، بتاريخ ٢٦ / ٦ / ٢٠١٠.

ومناطق ذلك أن القرارات الباطلة كقاعدة عامة لا تستطيع أن تنشئ حقوقاً للأفراد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن الإلغاء بالنسبة للقرار غير المشروع هو جزء لعدم مشروعيته، فلإدارة سلطة قاضي الإلغاء فيما لو طعن في القرار المعيب أمامه، ولا معنى لحرمان الإدارة من سلطة إلغاء قرار معيب مصيره الطبيعي إلى الإلغاء أمام القضاء، بل من الواجب عليها أن تصحح أوضاعها احتراماً لمبدأ المشروعية.

#### ١ - بالنسبة للقرارات التنظيمية (الوائح):

هذه القرارات تتضمن قواعد عامة مجردة تنشئ مراكز قانونية موضوعية عامة ولا تنشئ بذاتها مراكز قانونية ذاتية أو حقوقاً مكتسبة لأحد يمكن أن يحتج بها على الإدارة، ومن ثم فإن سلطة الإدارة إزاءها واسعة ويجوز إلغاؤها أو تعديلها في أي وقت<sup>(١)</sup>.

#### ٢ - بالنسبة للقرارات الفردية:

في بادئ الأمر ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى تخويل الإدارة سلطة إلغاء القرارات غير المشروعة في أي وقت ومهما مضى عليها من زمن استناداً إلى أن واجب الإدارة أن تصحح وضعها القانوني عملاً على سيادة القانون واختصاصها في ذلك اختصاص مقيد لا اختياري، ولكنه عدل عن ذلك وقيد حق الإدارة في إلغاء أو سحب القرار غير المشروع بأن يتم في خلال مدة معينة وهي المدة التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء ففي القانون المصري هي سنتين يوماً من تاريخ الإعلان أو النشر أو العلم اليقيني به وفقاً للقواعد القانونية المنظمة، وشهرين في القانون الفرنسي. وإذا انقضت تلك المدة ولم يتم إلغاء أو سحب القرار غير المشروع يعامل معاملة القرار السليم ويصبح محصناً كما يتحصن من الإلغاء القضائي.

والعلة من تقييد سلطة الإدارة بمدة معينة لجواز إلغاء القرارات الفردية المعيبة هي أنه لا يجوز أن يباح للإدارة ما يحرم على القضاء، فطالما أن القضاء مقيد بمدة

(١) د / ابراهيم شيحا، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٨٩.

معينة لقبول الطعن أمامه بالإلغاء، فإنه لا يجوز للإدارة أن تقوم بإلغاء هذه القرارات بعد فوات هذه المدة.

وقد استقرت أحكام القضاء على أن القرار الإداري غير المشروع يتحصن ضد رقابة الإلغاء القضائية بفوات مدة الطعن المحددة قانوناً، وليس من المقبول أن يباح للإدارة ما لا يباح للقضاء، مما يتعين معه حرمان الإدارة من سلطة إلغائه بفوات مدة الطعن اعتباراً من تاريخ صدوره.

### الفرع الثالث

#### الآثار المترتبة على إلغاء القرارات الإدارية

تحدد سلطة القاضي الإداري أثناء مرحلة البحث في موضوع دعوى إلغاء القرار الإداري بالبحث في مدى مشروعيته أو عدمه، بحيث أنه إما أن يقوم بإلغاء القرار الإداري كلياً أو جزئياً إذا تبين له أن القرار محل الدعوى مشوب بعيب أو أكثر من عيوب القرار الإداري، وإما أن يرفضها إذا تيقن له صحة القرار وعدم صحة ادعاء الطاعن، وإما أن يحكم بعدم قبولها إذا أصاب الدعوى عيباً شكلياً. هذه هي سلطة القاضي الإداري وليس له أن يلزم الإدارة بأن يصدر أوامر صريحة يلزمها بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كما ليس له أن يعدل القرار الإداري ليمحو ما لحق به من عيوب، حيث أن سلطته تنحصر في الحكم بالإلغاء أو برفض الدعوى أو عدم قبولها فقط.

#### أولاً- الحجية المطلقة لحكم الإلغاء:

الحكم الصادر في دعوى الإلغاء الذي يقرر إلغاء القرار الإداري الذي ثبت عدم صحته يحتاج إلى أن يدخل حيز التنفيذ حتى يؤدي الغرض الذي وجدت من أجله دعوى الإلغاء ، بأن لا يكون لهذا القرار الملغى أي أثر سواءً على الحاضر أم طوال المدة التي تلت صدور القرار الملغى ، وأما الإشكالية التي يثيرها هذا الموضوع فهي مدى الحجية التي يتمتع بها هذا الحكم.

حكم الالغاء مثل سائر الاحكام القضائية يحوز على حجية الشيء المقضي به، وتلك الحجية تشمل حكم الالغاء او الرفض على حد سواء وكذلك الحكم بعدم الاختصاص وعدم القبول.

ويقصد بحجية الشيء المقضي به. أن المحكمة قد استنفدت ولايتها بعد صدور الحكم القطعي ومن ثم فليس لها الحق في الرجوع او العدول عنه أو تعديله وإن كان لها ان تتولى تفسيره او تصحيح الخطأ المادي الموجود به، وان الحكم الصادر في موضوع الدعوى يعتبر عنوانا للحقيقة والعدالة ولا يقبل اثبات عكس ذلك، كما انه لا يجوز عرض النزاع امام اي محكمة اخرى إلا من خلال الطعن في الاحكام، إلا انه يشترط لقيام الحجية ان يكون الحكم قضائي وقطعي وفي هذا تكون الحجية لمنطوق الحكم دون اسبابه، لان المنطوق هو الذي يشتمل على حكم المحكمة الحاسم للنزاع الا انه يستثني من ذلك الاسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا باعتبار ان تلك الاسباب مكملة للحكم. كما يشترط ايضا للحجية ان يكون هناك اتحاد بين الخصوم والموضوع والسبب.

ولحكم الالغاء حجية مطلقة لأنها دعوى موضوعية تنصب على القرار الإداري وحده، بحيث يحوز على الحجية في مواجهة الكافة، وهذه الحجية المطلقة تأتي لكون دعوى الالغاء تنتمي الى القضاء الموضوعي العيني والتي تقوم الدعوى على اساس اختصاص القرار الاداري لإصابته بعيب من العيوب والحكم بالإنهاء يؤدي الى اعدام القرار الاداري سواء كان القرار محل الطعن تنظيميا ام فرديا ويكون بأثر رجعي واعتباره كان لم يكن ومثله في ذلك مثل سحب القرار الاداري من جهة الادارة ومن ثم فليس من المنطقي ان يكون حكم الالغاء حائزا لحجية نسبية لأنه من غير الجائز ان يكون قائما في مواجهة البعض ومصطدا في مواجهة الآخرين<sup>(١)</sup>.

وتعني الحجية المطلقة هنا ان يتمسك بالحكم الصادر بالإنهاء كل فرد وانه ملزم للمحاكم القضائية العادية سواء كانت مدنية او جنائية وهذه الحجية المطلقة

(١) د / محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة طبعة سنة ٢٠٠٧، ص ١٥ .

تمنع من نظر اي دعوى اخرى متعلقة بنفس القرار الاداري المحكوم بإلغائه وتتعلق  
حجية الحكم الصادر بالإلغاء بالنظام العام لاتصال الحكم باستقرار الاوضاع  
والمراكز القانونية التي حسمها الحكم في منطوقه وعليه فانه لا تجوز العودة مرة  
اخرى الى اثاره النزاع حتى لا تنتزع الاوضاع بصدور الحكم.

وفي هذا فان المحكمة تنزل هذه القاعدة على المنازعة من تلقاء نفسها ولا  
يملك الطرفان الاتفاق على ما يخالف هذه الاحكام لان الاحكام الصادرة بالإلغاء  
ذات حجية عينية تسرى في مواجهة الكافة على العكس من المنازعات الاخرى ذات  
الحجية النسبية بين اطرافها لهذا فلكل ذي شأن ان يتمسك بهذا الحكم ولو لم يكن من  
اطراف المنازعة.

وفي هذا الشأن قررت المحكمة الإدارية العليا في أحكامها (من حيث إن المادة  
(٧٢) من الدستور تنص على أنه " تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب ويكون  
الامتناع عن تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها  
القانون والمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة  
المختصة ".

وتنص المادة (٥٢) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ٧٢  
على أن " تسري في شأن جميع الأحكام القواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه  
..... " .

ومن حيث إن مفاد ما تقدم أن الأحكام التي تصدر من محاكم مجلس الدولة  
تسرى في شأنها القواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه فيما فصلت فيه وهي  
حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيها باعتبارها عنوان الحقيقة صدرت باسم الشعب  
ويجب تنفيذها باسمه، وإهدارها بالامتناع عن تنفيذها أو تعطيله، فضلا عن  
تعارضها وتصادمها مع أحكام الدستور ومروقا منها، يمثل جريمة جنائية وإفئاتاً  
على سلطة القضاء والاستهانة بأحكامه وتعطيلاً لحسن سير العدالة، ويكون حتماً  
مقضياً الامتثال لتلك الأحكام وتنفيذها حسبما قضت به في منطوقها والأسباب  
المكملة له وإلا تتصاع لها من جانب الحكام والمحكومين، والقول بغير ذلك يفرغ

المبادئ الدستورية من مضمونها ومنها حق التقاضي واستقلال القضاء وحجية الأحكام وسيادة الشعب وغيرها وهو أمر يتعين على الجهات الإدارية أن تتأى عنه إعلاء للشرعية وسيادة القانون) (١).

كما جاء في حكم آخر للمحكمة الادارية العليا (استقر قضاء هذه المحكمة على ان قرارات اللجان القضائية للإصلاح الزراعي تحوز حجية الامر المقضي به ما دامت صدرت في حدود اختصاصها) (٢).

ويتفق الرأي في الفقه والقضاء على أن حجية الأمر المقضي إنما تثبت في الأصل لمنطوق الحكم، باعتباره الجزء من الحكم الذي يشمل أصلاً على ما قضى به القاضي أي قراره الفاصل في النزاع.

وقد يكون منطوق الحكم مشوباً باللبس والغموض ويحتاج فهمه إلى الرجوع إلى أسباب الحكم لتفسيره، وقد تشتمل الأسباب على أمر يعد مقدمة منطقية لما ورد في المنطوق، فتعتبر الأسباب متممة للمنطوق وتحوز حجية الأمر المقضي.

وجدير بالذكر أن الحكم الذي يحوز حجية الأمر المقضي يجب أن يتوافر فيه الشروط التالية:

١. أن يكون حكماً قضائياً صادراً عن جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية، يستوي في ذلك أن تكون جهة قضائية عادية أو دينية أو إدارية أو خاصة، كما يستوي أن يتعلق الأمر بقضاء في مسألة مدنية أو إدارية أو تجارية أو شرعية أو جزائية أو غير ذلك.

٢. أن يكون الحكم صادراً من محكمة لها ولاية الفصل في موضوعه، أي أن تكون المحكمة التي أصدرته مختصة اختصاصاً ولائياً أو وظيفياً بنظر الدعوى التي صدر فيها الحكم، ولو كانت غير مختصة بنظر الدعوى حسب قواعد الاختصاص القيمي أو النوعي أو المحلي.

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٥٠ ق. عليا، جلسة ٢٠١٠/٦/٢.

(٢) انظر حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٢٨٢٤ لسنة ٣٠ جلسة ١٩٩٥/٤/٤.



٣. أن يكون حكماً قطعياً، لأن الحجية لا تثبت إلا للحكم القطعي، وهو الحكم الذي يحسم موضوع النزاع في جملته أو في جزء منه، يستوي أن يكون حكماً موضوعياً أو حكماً إجرائياً<sup>(١)</sup>.

#### الالغاء الشامل والإلغاء النسبي للقرار:

الالغاء الشامل يشمل كافة عناصر القرار الاداري وكافة الآثار المترتبة عليه، ويعتبر القرار في هذه الحالة كأن لم يكن، أما إذا انصب الالغاء على الجزء المعيب من القرار فإننا نكون بصدد الالغاء الجزئي، وذلك شريطة امكانية الحكم بالالغاء الجزئي فإن كان ذلك متعزراً فان القاضي يحكم بالالغاء الكلي والحكم الصادر بالالغاء يحوز على الحجية المطلقة سواء أكان الحكم بالالغاء الجزئي أم بالالغاء الكلي.

بينما الالغاء النسبي فقد طبقه مجلس الدولة الفرنسي في مجال معين وهو مجال الوظائف المحجوزة.

إلا انه قد حدث خلاف بشأن فكرة الالغاء النسبي لكونها لقد استثناء على الحجية المطلقة لأحكام الالغاء وانه لا مجال لتطبيق هذه الفكرة حيث ان الحالات الخاصة بها هي في حقيقتها الغاء جزئي.

وبصرف النظر عن هذا الخلاف حول فكرة الالغاء النسبي القائمة على ان الحكم قد يكون نسبياً بشخص معين بذاته او بأشخاص بذواتهم ولا يتوافر لغيرهم ولا يكون الحكم مانعاً للغير من المطالبة بالغاء ذات القرار لعيوب اخرى خاصة به ورغم ذلك فان العديد من احكام القضاء الاداري تسير في الاحكام المتعلقة بترقيات الموظفين على اساس الابقاء على المراكز القانونية لمن تمت ترقيتهم وترقية الطاعن على اي درجة خالية ان امكن والا يتم الغاء ترقية اخر من ثم ترقيته ويرقي المدعي بدلا منه.

ولقد اوضحت بعض احكام المحكمة الادارية العليا تلك التفرقة بين الالغاء الكلي والجزئي وذلك بالقول "إن مدى الالغاء يختلف بحسب الاحوال فقد يكون

(١) د/ عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، ٢٠٠٣، ص ٧٩١.

شاملاً لجميع أجزاء القرار الإداري وهذا هو الإلغاء الكامل وقد يقتصر الإلغاء على جزء منه دون باقيه وهذا هو الإلغاء الجزئي كأن يجري الحكم بإلغاء القرار فيما تضمنه من تخطي المدعي في الترقية".

كما قررت ذات المحكمة أن " المادة ( ٥٢ ) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بإصدار قانون مجلس الدولة الأحكام الصادرة بالإلغاء تتمتع بحجية مطلقة تسرى على الكافة

أساس ذلك: إنها حجية من طبيعة عينية نتيجة لإعدام القرار الإداري - الخصومة الحقيقية في الطعن بالإلغاء تنصب على القرار الإداري ذاته وتستند إلى أوجه حددها المشرع وهي : عدم الاختصاص - وجود عيب في الشكل - مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها - إساءة استعمال السلطة - البطلان الذي يلحق القرار لوجود عيب من هذه العيوب هو بطلان مطلق ينصرف أثره إلى الكافة - مؤدى ذلك : أنه إذا ألغى مجلس الدولة قراراً إدارياً ثم أقام طاعن آخر دعوى أخرى أمام مجلس الدولة بإلغاء ذات القرار كانت الدعوى الثانية غير ذات موضوع باعتبار ذلك إحدى نتائج الحجية المطلقة للشئ المقضي به في حكم الإلغاء".

كما أضافت المحكمة "يختلف مدى الإلغاء حسب الأحوال - قد يكون الإلغاء شاملاً وقد يكون جزئياً - الإلغاء الشامل هو الذي يمتد لجميع أجزاء القرار (إلغاء كامل) - أما الإلغاء الجزئي فهو الذي يقتصر على جزء من القرار دون باقيه - مثال :

إلغاء القرار فيما تضمنه من تخطي المدعي في الترقية - مدى الإلغاء أمر يتحدد بطلبات الخصوم وما انتهت إليه المحكمة - الإلغاء بنوعية حجة على الكافة"<sup>(١)</sup>.

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٩٥ لسنة ٣١ جلسة ١٩٨٦/١١/٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٢ الجزء الأول ص ٢١٨ القاعدة رقم ٣٢ .

كما قررت المحكمة الادارية العليا في حكم آخر لها " حجية الأحكام الصادرة بالإلغاء هي حجية عينية كنتيجة طبيعية لإعدام القرار الإداري في دعوى هي في حقيقتها اختصاص له في ذاته - الإلغاء يختلف فقد يكون شاملاً لجميع أجزاء القرار و هو الإلغاء الكامل و قد يقتصر على جزء منه دون باقيه وهو الإلغاء الجزئي - مدى الإلغاء أمر يتحدد بطلبات الخصوم و ما تنتهي إليه المحكمة في قضائها - إذا صدر الحكم بالإلغاء كلياً أو جزئياً فإن هذا الحكم يكون حجة على الكافة في الخصوص و بالمدى الذي حدده الحكم - أساس ذلك : ليس من مقتضيات قاعدة الحجية المطلقة التي تنسم بها أحكام الإلغاء أن تهدم قاعدة أخرى أصلية وهي قاعدة الأثر النسبي للأحكام - تقتصر الاستفادة من نتائج الإلغاء المباشرة على من أقام دعوى الإلغاء في الميعاد دون من تقاعس في إقامتها تهاونا أو تهييباً - تفويت ميعاد الطعن بالإلغاء وثيق الصلة بمبدأ استقرار المراكز القانونية<sup>(١)</sup>.

#### الإلغاء المجرد:

قد يصدر القاضي الإداري حكمه بإلغاء القرار الإداري إلغاءً مجرداً يجرّد القرار من كافة الآثار المترتبة عليه ومن شأنه زعزعة المراكز القانونية غير السليمة التي ترتبت عليه.

وفي هذا الشأن قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها "من شأن الحكم بالإلغاء المجرد زعزعة جميع المراكز القانونية غير السليمة التي ترتبت على صدور القرار الذي وقعت فيه المخالفة القانونية والمقتضى بإلغائه مجرداً - أساس ذلك: حتى ينال كل موظف نتيجة لإعادة تنظيم هذه المراكز على مقتضى الحكم ما كان يستحق بصورة عادية لو لم ترتكب هذه المخالفة - يلغى الحكم بالإلغاء المجرد القرار إلغاءً كلياً ومن أثره تصحيح الأوضاع بالنسبة للترقية للدرجة التي يتعلق بها القرار الملغى والأقدمية فيها وبالنسبة إلى القرارات التالية مما يتأثر حتماً بإلغائه ما

(١) انظر حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٦٨٤ لسنة ٢٤ جلسة ١٩٨٤/٦/١٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ الجزء الأول ص ١٢٥٦ القاعدة رقم ٢٠٠ .

دامت الترقيات فيها جميعاً مناطها الدور في ترتيب الأقدمية - أساس ذلك: أن كل قرار بها ما كان ليوجد لو لم يكن القرار الملغى قائماً<sup>(١)</sup>.

كما قررت ذات المحكمة في حكم آخر " إلغاء القرار فيما تضمنه من تخطى المدعية في الترقية بالاختيار - يكفي في هذه الحالة إلغاء القرار إلغاءً نسبياً - أساس ذلك: بمقتضى هذا الحكم يزول العيب الذى شاب القرار بإزالة التخطى ولا يتطلب ذلك إلغاء القرار إلغاءً تاماً أو مجرداً - لا وجه للقول بأن وجود عدد من العاملين الآخرين بأقدمية سابقة على المدعية والمطعون على ترقيته يستتبع بطريق اللزوم الحكم بالإلغاء المجرد طالما أنه غير واضح أمام المحكمة أفضليتهم وأحقيتهم في الترقية على أطراف الخصوص المطروحة أمام المحكمة والذين لم يتمسك أحد منهم بأحقيته في هذه الترقية"<sup>(٢)</sup>.

كما قررت أنه من المقرر أن الحكم بالإلغاء قد يكون مجرداً أي شاملاً لجميع أجزاء القرار المطعون فيه فيعتبر كأن لم يكن بالنسبة لجميع من شملهم وقد يكون جزئياً منصباً على خصوص معين يتحدد على مقتضى ما استهدفه حكم الإلغاء، وإذا كان الثابت بالأوراق أن الحكم الابتدائي وإن كان قد أورد في مدوناته ومنطوقه إلغاء القرار محل الطعن إلغاءً مجرداً إلا أنه قيده بأنه فيما يتعلق بترقية شاكر... بما مؤداه أن الإلغاء قاصر ومنصب على ترقية المذكور فقط دون أن يعنى ذلك ما يقوله الطاعن من أن معناه عدم استحقاق المطعون ضدها الترقية إذ أن هذا القول يتصادم وأساس الإلغاء المبني على إنها هي الأجر بالترقية ومن ثم فإذا ما جاء الحكم المطعون فيه وصوب تكيف الإلغاء وردة إلى وصفه الصحيح فإنه لا يكون قد أضر بالطاعن مما يضحى معه هذا الوجه من النعي على غير أساس<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٨٨٣ لسنة ٣٥ جلسة ١٢/٢١/١٩٩١.  
(٢) انظر حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٢٥٦٦ لسنة ٣٤ جلسة ١٢/٢٣/١٩٩٠ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٦ الجزء الأول ص ٣٨٣ القاعدة رقم ٤٢.  
(٣) انظر حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٥١١ لسنة ٤٦ جلسة ٦/١٧/٢٠٠٢.

وبالرغم من خطورة ما يترتب عليه حكم الإلغاء المجرد، فقد يفوت المحكمة أن تطلب من المدعي اختصام كل من يمتد أثر هذا الحكم إليه. حيث تقتضي أبسط قواعد العدالة أن يختصم في الدعوى كل من تمتد إليه أثره حتى يتمكن من الدفاع عن مركزه القانوني، ولهيئة المحكمة سلطة تقديرية في اتخاذ قرارها بشأن الواقعة. حيث في الغالب لم يعلم الخارج عن الخصومة بالدعوى بطبيعة الحال لأنه ليس طرفاً فيها، ويفاجئ بصدور الحكم بالإلغاء المجرد وقد تأثر مركزه القانوني به.

### ثانياً - تنفيذ حكم الإلغاء:

يشتمل الحكم بالإلغاء على أسلوب تنفيذه وفق ما رسمه القانون وهذا الإلزام القانوني الملقى على عاتق الإدارة بتنفيذ الحكم القضائي بالإلغاء يثير مسؤوليتها المدنية في حالة امتناعها عن التنفيذ فضلاً عن المسؤولية الجنائية للموظف الممتنع. تنفيذ الحكم القاضي بالإلغاء ليس سهلاً ميسوراً في جميع الأحوال، بل قد يواجه تصفية الأوضاع القانونية التي تمت استناداً إلى القرار الملغي العديد من الصعوبات العملية، والتي تتحول أحياناً إلى استحالة في التنفيذ.

ومن الجدير بالذكر أن الحكم الصادر بالإلغاء لا يترتب آثاراً بإزالة كافة الآثار القانونية التي خلفها القرار الملغي، وإلا كان ذلك بمثابة حلول المحكمة محل الإدارة في مباشرة اختصاصاتها الإدارية، وإنما يتطلب التنفيذ تدخلاً إيجابياً من الإدارة بإصدار قرار إداري جديد يقضي على آثار القرار الملغي، عملاً بالمقولة المعروفة "القاضي يحكم ولا يدير".

ومن ثم فإنه إذا ما تقرر إلغاء القرار فإنه يوجب على الإدارة الالتزام بإعادة الحال إلى ما كان عليه كما لو لم يصدر القرار الملغي.

يلقى هذا الواجب التزاماً على عاتق الإدارة بإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغي بإزالة كافة الآثار القانونية والمادية التي ترتبت في ظلّه بأثر رجعي، كما يلزمها بهدم كافة القرارات والأعمال القانونية التي استندت في صدورها إلى القرار الملغي .

## أ- التزام الإدارة بإزالة آثار القرار الملغى:

يقتضي هذا الالتزام تولي الإدارة إزالة كافة الآثار القانونية والمادية التي ترتبت على القرار الملغى، مثال ذلك إصدار قرارها بفصل موظف بغير الطريق التأديبي ويحكم القضاء بإلغائه، فتنفيذ حكم القضاء يقتضي منها تنفيذ الحكم بإلغاء القرار وعودة الموظف إلى عمله وكأن الموظف لم يترك الوظيفة.

أما إذا كان قرار الإدارة سلبياً وحكم القضاء بإلغائه، فإن تنفيذ حكم القضاء يوجب عليها إصدار قرار إيجابي بالموافقة على طلب صاحب الشأن الذي رفضته والذي حكم القضاء بإلغائه، كحالة امتناع الإدارة عن تلبية طلب صاحب الشأن بخصوص الحصول على ترخيص معين، فإن حكم القضاء بإلغاء هذا الرفض يحتم على الإدارة إصدار قرارها بالموافقة على الطلب المرفوض .

وبالإضافة إلى التزام الإدارة بإزالة الآثار القانونية للقرار الملغى تلتزم أيضاً بإزالة الآثار المادية التي خلفها قبل وجوب قيامها بإخلاء العين التي استولت عليها دون وجه حق أو الإفراج عن المواطن المعتقل بقرار غير مشروع<sup>(١)</sup>.

وبذلك فإن تصفية آثار القرار الملغى يجب أن تكون كاملة وبأثر رجعي بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدوره، وهي نتيجة حتمية لحكم الإلغاء، وهذه النتيجة وأن كان يفرضها المنطق القانوني وتلافي التطبيق في أغلب الحالات، إلا أن تطبيقها في حالات معينة قد لا يجد له سبيلاً أما لتعارضها مع الواقع أو أن التطبيق يفضي إلى نتائج غير مقبولة، فالموظف الذي يلغى قرار تعيينه بحكم قضائي يترتب على الحكم التزام الإدارة بسحب قرار التعيين بأثر رجعي، فإن المنطق القانوني يقضي بأن كل ما قام به الموظف من أعمال وتصرفات قانونية يلحقها البطلان استناداً إلى مبدأ " ما بني على باطل فهو باطل "، فلا شك أن الموظف قد قام بالعديد من الأعمال، منها ما هو تصرفات قانونية في مواجهة الأفراد ومنها ما هو أعمال مادية تثير مسؤولية الإدارة، ولو سايرنا المنطق القانوني لأفضى إلى نتائج

(١) د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء على أعمال الإدارة قضاء الإلغاء - القاهرة - ١٩٨٤ - ص ٣٥٨ - ٣٥٩.

غير مقبولة ولأدى إلى فقدان الثقة والاطمئنان بالإدارة العامة التي يتعامل معها الأفراد على أساس من الثقة والطمأنينة التامتين، لذلك نجد مجلس الدولة الفرنسي أورد استثناءً على قاعدة الأثر الرجعي لحكم الإلغاء واعتبر الأعمال التي يباشرها الموظف المخلوع أعمالاً سليمة تنسب للإدارة ولا يلحقها البطلان، وقد أطرده مجلس الدولة الفرنسي في البداية في أحكامه على أن الاستثناء الذي يرد على قاعدة الأثر الرجعي لا يمكن تطبيقه إلا على شؤون الموظفين، أما فيما عدا ذلك فإن تلك القاعدة يجرى تطبيقها بصورة مطلقة<sup>(١)</sup>.

وهناك حالات يكون فيها تطبيق الأثر الرجعي لحكم الإلغاء ضرباً من ضروب الاستحالة، وهي حالة قيام الإدارة بتنفيذ القرار الإداري تنفيذاً كاملاً واستنفاذه الغرض الذي صدر من أجله قبل صدور الحكم القضائي بإلغائه إذ لا يكتسب حينها حكم الإلغاء سوى قيمة نظرية بحتة ولا يجد سبيلاً إلى تطبيقه لتعارضه مع الواقع، كما لو أصدرت الإدارة قرارها بهدم منزل وتم هدمه قبل صدور حكم القضاء بإلغاء القرار .

غير أن مجلس الدولة الفرنسي لا يتردد في السير في دعوى الإلغاء وإصدار حكمه بالإلغاء حتى وأن استحال تنفيذ الحكم احتراماً منه لمبدأ الشرعية ووضع الأمور في نصابها القانوني الصحيح.

لهذا السبب فقد احتاطت التشريعات لهذا الأمر ومنحت الحق لصاحب الشأن في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري للحيلولة دون وقوع نتائج يتعذر تداركها بتنفيذ القرار الإداري<sup>(٢)</sup>.

#### ب- التزام الإدارة بهدم الأعمال القانونية:

قد تصدر الإدارة استناداً إلى القرار المعيب عدة قرارات قبل إلغاءه، مثال ذلك صدور حكم قضائي بإلغاء قرار تعيين موظف كانت الإدارة قد أصدرت بناء عليه

(١) د. مصطفى ابو زيد فهمي ، القضاء الاداري في مجلس الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ص ٦٠٣ وما بعدها.

(٢) انظر في نفس المعنى د. محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الاداري، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ ص ٢٩٧ وما بعدها.

عدة قرارات تتعلق بترقية الموظف بالدرجة والوظيفة، فما هو مصير هذه القرارات التي بنيت على القرار الأصلي؟ للإجابة على هذا السؤال يجب التفرقة بين الحالات الآتية:

#### ١- إذا طعن بالقرارات التابعة مع القرار الأصلي في وقت واحد:

لا يجد القضاء الإداري عناء في إلغاء القرار الأصلي والقرارات التي بنيت عليه لعدم مشروعيتها عندها

#### ٢- إذا طعن بالقرار الأصلي وحده فإن هذا الافتراض يثير عدة احتمالات:

- إذا كان القرار الأصلي والقرارات التي بنيت عليه تمثل وحدة لا تقبل التجزئة، فإن إلغاء القرار الأصلي يؤدي إلى سقوط القرارات التابعة بصورة آلية دون الحاجة إلى الطعن بها بالإلغاء، مثال ذلك: أن يتفق اثنان من الموظفين على أن يحل أحدهما محل الآخر في وظيفة بناءً على موافقة الإدارة، فإن إلغاء قرار أحدهما سيؤدي بالتبعية إلى إلغاء قرار زميله دونما الحاجة إلى الطعن فيه بإلغاء.

- إذا كان القرار الأصلي هو (السبب الدافع) لإصدار القرار المستند عليه، فإن إلغاء القرار الأصلي يؤدي إلى إلغاء القرار التابع بصورة آلية دون الحاجة إلى الطعن به بإلغاء، مثال ذلك صدور قرار تأديبي بخصم مرتب موظف ثم تبعه قرار آخر بتأجيل علاوته لمدة ستة أشهر استناداً إلى القرار التأديبي، فإن الإلغاء القضائي للقرار الأول يؤدي إلى سقوط القرار التابع دون الحاجة إلى الطعن به بإلغاء أمام القضاء، لأن القرار الأول كان هو السبب الرئيسي لإصدار القرار الثاني<sup>(١)</sup>.

- وفي حالة ما إذا كان القرار الأصلي سبباً غير مباشر لصدور القرار التابع، فإن إلغاء القرار الأصلي لا يؤدي إلى إلغاء التابع بصورة آلية، وإنما يكتسب القرار التابع وضعاً قانونياً مستقلاً يتحصن بمضي المدة القانونية، ولكن يجوز الطعن به استناداً إلى سبب مستقل لا يمت بصلة إلى القرار الأصلي. مثال ذلك: لو أصدرت الإدارة قراراً إدارياً ينطوي على عقوبة مقنعة ضد موظف، ثم قدم الموظف طلب استقالته من الخدمة وأحالاته على المعاش واستجابت الإدارة إلى طلبه، فالقرار

(١) د. محمد العبادي، قضاء الإلغاء دراسة مقارنة، الأردن عمان مكتبة دار الثقافة، ص ٢٨٣.



الصادر بإحالتها على المعاش سببه المباشر هو الاستقالة وسببه غير مباشر العقوبة المقنعة التي استقرت الموظف وقدم بتأثيرها طلبه بإحالتها على المعاش، فلو افترضنا أن الموظف طعن بالقرار التأديبي وصدر حكم قضائي بإلغائه، فإن سقوطه لا يؤدي إلى سقوط قرار الإحالة على المعاش، لأن القرار الأول وهو القرار التأديبي ليس سبباً مباشراً في صدور القرار الثاني وهو الإحالة على المعاش<sup>(١)</sup>.

### ٣- إلغاء قرار إداري يدخل في عملية قانونية مركبة:

طبقاً لنظرية الأعمال المنفصلة في العقود الإدارية، يجوز الطعن بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري وقد رأينا أن المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري ذاته لا تخضع لولاية القضاء الإداري، ويثور هنا الأشكال حول تنفيذ أحكام الإلغاء الصادرة بخصوص القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، وما هو تأثير تنفيذ تلك الأحكام على نفاذ العقد؟ .

من الطبيعي أن الإلغاء القضائي للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري قبل إبرام العقد سيؤدي إلى الحيلولة دون إبرامه احتراماً لقوة الشيء المقضي به . أما إذا حصل الإلغاء بعد إبرام العقد، فإنه لا يؤثر على نفاذ العقد، ولكن يمكن لطرفي العقد أن يحتكما إلى قاضي العقد ليتولى إلغاء شروط العقد التي تتعارض مع حكم الإلغاء، أو أن يتفقا على تعديل تلك الشروط بما ينسجم وحكم الإلغاء<sup>(٢)</sup>. ولكن الأمر يختلف لو أن من صدر حكم الإلغاء لصالحه ليس طرفاً في العقد بل أجنبي عنه، ولم تكن هناك مصلحة لطرفي العقد في تعديل شروطه، ففي هذه الحالة لا يستطيع الأجنبي عن العقد إجبار طرفي العقد على تعديله ولا يملك الصفة بالجوء إلى القضاء للحصول على حكم بذلك، وبذلك يبقى حكم الإلغاء نظرياً بحتاً لا يجد حيزاً لتطبيقه، ومع ذلك فإن القضاء الإداري يستمر في النظر بدعوى الإلغاء إذا عرضت أمامه بعد إبرام العقد أعمالاً لمبدأ المشروعية التي يحرص القضاء الإداري على حراستها<sup>(٣)</sup>.

(١) د. مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري في مجلس الدولة، مرجع سابق ص ٦١٥.

(٢) د. عبد الغني بسيوني، القضاء الاداري، منشأة المعارف الإسكندرية- ١٩٩٦- ص ٧٠٨.

(٣) د. مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري في مجلس الدولة، مرجع سابق ص ٦١٧.

## المطلب الثاني سحب القرارات الإدارية

يعترف القانون الإداري للإدارة العامة، بسلطة تقديرية أو بقدر من حرية التصرف في مباشره معظم اختصاصاتها ومسئوليتها القانونية، باعتبارها الأمانة علي المصلحة العامة، وقد منحها المشرع سلطة سحب بعض ما تصدره من القرارات، إذا كانت هذه القرارات غير مشروعه قانوناً أو غير ملائمة ابتغاءً للصالح العام وحسن سير المرافق العامة، وللتخفيف من علي عاتق القضاء ليقفل من حالات اللجوء للقضاء من أجل الطعن في هذه القرارات.

ولقد اختلف الفقه الفرنسي والمصري، حول تعريف سحب القرار الإداري، ويرجع هذا الاختلاف إلي اختلاف المعيار الذي يأخذ به فمنهم من يأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يتناول موضوع سحب القرار الإداري، ومنهم من يأخذ بالمعيار العضوي الذي يتناول العضو الذي أصدر القرار بغض النظر عن طبيعة القرار نفسه، في حين ينظر جانب آخر عند تعريفه لسحب القرار الإداري إلي الطبيعة القانونية للسحب بجانب السلطة مصدره القرار.

ويعرفه الاستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي بأنه هو إلغاء بأثر رجعي<sup>(١)</sup>. ويمتاز هذا التعريف بالسهولة واليسر، فهو يبين أن السحب ينطوي علي شقين، الأول هو الإلغاء أي إنهاء الوجود المادي والقانوني للقرار المسحوب، والشق الثاني يبين أن القرار المسحوب ينتهي وتنتهي كل آثاره سواء بالنسبة للمستقبل وكذلك الماضي، فيعيد الأوضاع إلي ما كانت عليه قبل صدور القرار.

إذن يقصد بسحب القرارات الإدارية إعدامها بأثر رجعي من تاريخ صدورها، وكأن القرار لم يولد مطلقاً ولم يرتب أية آثار قانونية. ونظراً لأهمية موضوع سحب القرارات الإدارية غير المشروعة، فقد صيغت في صورته نظريه متكاملة ذات قواعد وشروط، صاغها مجلس الدولة الفرنسي، ونقلها عنه مجلس الدولة المصري.

(١) د / سلمان الطماوي الوجيز في القانون الإداري ١٩٧٤ ص ٣٧٨

ولقد قررت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها أنه "من حيث أن سحب القرارات الإدارية قد شرع لتمكين جهة الإدارة من تصحيح خطأ وقعت فيه ويفتضي ذلك أن يكون القرار المراد سحبه صدر مخالفا للقانون. أما إذا قام القرار الإداري علي أسس صحيحة مستوفياً شرائطه القانونية فإنه يمتنع علي جهة الإدارة سحبه لانقضاء العلة التي شرعت من أجلها قواعد السحب، وذلك احتراماً للقرار واستقراراً للأوضاع تحقيقاً للمصلحة العامة"<sup>(١)</sup>.

وسحب القرار الإداري غير المشروع يعتبر نوعاً من الجزاء الذي توقعه الإدارة علي نفسها بنفسها نتيجة إصدار قرار غير مشروع، توفر به علي نفسها تلقي ذلك العقاب من القاضي الإداري، فيما لو طعن أحد الأفراد أمامه بعدم مشروعية ذلك القرار، بما يجعله قاضياً بالغائه لا محالة"<sup>(٢)</sup>.

ومناطق منح المشرع للجهة الإدارية مصدره القرار الحق في سحب هذا القرار، هي الوصول إلي احترام القانون وذلك من خلال التوفيق بين اعتبارين متناقضين.

الأول: تمكين الجهة الإدارية من إصلاح ما ينطوي عليه قرارها من مخالفه قانونيه

الثاني: ويتمثل في وجوب استقرار الأوضاع القانونية المترتبة علي القرار الإداري، والسحب بهذه الصورة يحفظ لمبدأ المشروعية قوته وفاعليته بإذلاله القرارات التي تصدر بالمخالفة له وتدفع الأفراد ألي احترامه"<sup>(٣)</sup>.

وفي هذا المجال يجب التمييز بين سحب القرارات الإدارية المشروعة وسحب القرارات الإدارية غير المشروعة.

---

(١) المستشار الدكتور/ حمدي عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ص ٩٥٧  
(٢) د / أحمد حافظ نجم، القانون الإداري دراسة مقارنة لتنظيم ونشاط الإدارة العامة، الجزء الثاني، بعنوان أساليب الإدارة العامة ووسائلها وامتيازاتها، الطبعة الأولى، ص ٥١.  
(٣) د / حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، ص ٢٩٣

## أولاً- سحب القرارات المشروعية:

يجمع الفقه والقضاء على أنه لا يمكن للإدارة سحب القرارات الإدارية السليمة أو المشروعة سواء كانت تنظيمية أم فردية، مع أن الأخيرة لا تنشئ مراكز شخصية بل مراكز عامة أعمالاً للاستقرار في الأوضاع القانونية وتطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، فإن أساس عدم جواز السحب يرجع إلى مخالفة مبدأ عدم الرجعية بالنسبة للقرارات الإدارية الذي يهدف إلى عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد.

وهذا هو الأصل كما تناولناه سلفاً، غير أن القاعدة لا تجري على إطلاقها، فقد أجاز القضاء الإداري سحب القرارات الإدارية المشروعة في حالتين:.

**الحالة الأولى:** القرارات الإدارية الفردية الخاصة بفصل الموظفين: أجاز القضاء الإداري في مصر وفرنسا ولا اعتبارات تتعلق بالعدالة وللا اعتبارات الإنسانية لا إلى مبدأ قانوني، بشرط ألا يؤثر قرار السحب على حقوق الأفراد التي قد اكتسبت، بمعنى أن لا يمس قرار السحب بالمركز القانوني للموظف الجديد إذا تم تعيين موظف آخر مكان الموظف الذي تم فصله.

**الحالة الثانية:** القرارات التي لا يتولد عنها حقوق للأفراد: إذا لم يترتب أي حقوق مكتسبة للأفراد عن القرار الإداري، فإن الإدارة تملك أن تسحبه، مثل حق الإدارة في سحب قرارها بتوقيع الجزاء التأديبي على أحد موظفيها لعدم تعلق هذا القرار بحق مكتسب لشخص آخر.

وهنا تظهر مسألة القرارات الإدارية التنظيمية فهي تنشئ مراكز قانونية عامة، وبالتالي لا تترتب أي حقوق مكتسبة للأفراد وهذا يعني أمكان سحب القرارات التنظيمية في أي وقت، إلا أن هذا الحق مقيد بأن لا يترتب هذا القرار حقوقاً للأفراد ولو بطريق غير مباشر.

ويتم السحب إما من السلطة مصدرة القرار أو من السلطة الرئاسية لها التي تملك حق التعقيب على قرارات رؤسيتها، ولا يتقيد السحب في القرارات الإدارية السليمة بمدّة معينة فيجوز للإدارة سحبها في أي وقت<sup>(١)</sup>.

### ثانياً- سحب القرارات الإدارية المعيبة أو غير المشروعة:

القاعدة المستقرة في القضاء الإداري أنه يجوز للإدارة أن تسحب قراراتها غير المشروعة، لتصحيح أوضاعها بنفسها بدلاً من إلغائها بمعرفة القضاء.

وأساس هذه القاعدة هو أن القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية لا تنشأ حقوق مكتسبة للأفراد ومن ثم يجوز إعدام آثارها بالنسبة للماضي والمستقبل.

وعلى ذلك يجب أن يكون القرار موضوع السحب غير مشروع بأن يكون معيباً بأحد عيوب القرار الإداري، الشكل والاختصاص، ومخالفة القانون، والسبب، أو الانحراف بالسلطة. وقد يكون سحب القرار سحباً كلياً أو جزئياً إذا تعلق العيب في جزء منه وكان القرار قابلاً للتجزئة.

ودواعي الاستقرار تقتضي أنه إذا صدر قرار فردي معيب من شأنه أن يولد حقاً، فإن هذا القرار يجب أن يستقر عقب فترة معينة من الزمن، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً "تحصّن القرار الإداري" وهذا ما قرره كلاً من مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري، حيث حدد المجلس الفرنسي ذلك الميعاد بشهرين، وحدده المجلس المصري بستين يوم، بحيث يعامل معاملة القرار السليم.

إلا أن قاعدة التقيد بميعاد سحب القرارات الإدارية الفردية المعيبة ترد عليها بعض الاستثناءات تستطيع الإدارة فيها أن تسحب قراراتها دون التقيد بمدّة معينة.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها على أن "من المستقر عليه وفقاً لقضاء المحكمة الإدارية العليا أن القرارات التي تولد حقاً أو مركزاً شخصياً للأفراد لا يجوز سحبه في أي وقت متى صدرت سليمة أم القرارات الفردية غير المشروعة فالقاعدة عكس ذلك إذ يجب على جهة الإدارة أن تسحبها التزاماً منها بحكم القانون وتصحيحاً للأوضاع المخالفة إلا أن دواعي المصلحة العامة تقضي إذا

(١) د / ابراهيم شيحا، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٩٢.

صدر قرار يجب أن يستقر عقب فترة معينة من الزمن بحيث يسرى على القرار الصحيح وقد استقر الرأي على تحديد هذه الفترة بستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه قياساً على مدة الطعن القضائي بحيث إذا انقضت هذه الفترة اكتسب القرار حصانة تعصمه عندئذ لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار وكل إخلال بهذا الحق بقرار لاحق يعد أمر مخالف للقانون يعيب القرار الأخير ويبطله إلا أنه 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 لتنتزل به إلى حد غصب السلطة وتتحدر به إلى مجرد الفعل المادي المنعدم الأثر قانوناً فلا يلحقه أي حصانة وثانيهما 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 الغش والتدليس يكون غير جدير بالحماية فيجوز سحبه في أي وقت ولو بعد فوات الميعاد المقرر<sup>(١)</sup>. وتمثل الاستثناءات التي ترد على التقيد بمواعيد الطعن فيما يلي:

#### أ- القرار المنعدم:

القرارات المنعدمة هي التي يبلغ فيها العيب حداً جسيماً يجرّد القرار الإداري من كيانه وصفته الإدارية ويجعله مجرد عمل مادي لا يتمتع بما يتمتع به القرار الإداري من حصانة فلا يتحصن بمضي المدة<sup>(٢)</sup>، ويجوز سحبه في أي وقت، وبعبارة أخرى فهو يتضمن مخالفة للقانون بدرجة يتعذر معها القول بأنه تطبيقاً لقانون أو لائحة كما ذهبت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية في أحد أحكامها<sup>(٣)</sup>. كما يجوز لصاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء طالباً إلغاء القرار المنعدم دون التقيد بمواعيد رفع دعوى الإلغاء.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٠٩١٥ لسنة ٤٧ ق.ع، بتاريخ ١٣/١٢/٢٠٠٨.  
(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٠ لسنة ١٨ ق، بتاريخ ٢٩/٦/١٩٧٦، مجموعتها في ١٥ سنة، الجزء الثالث، ص ٢٠٦٣.  
(٣) د/ سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، ١٩٩٢، ص ٥٨٢.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن سحب هذه القرارات ليس ضرورياً، لأن جهة الإدارة يمكن أن تكتفي بتجاهلها بدون الحاجة إلى إعلان ذلك صراحة، إلا أنها تقدم على ذلك رغبة منها في أن توضح الأمور للأفراد، وعلى ذلك فلا يجوز تقييدها في هذا المجال بميعاد معين لسحب قراراتها المعدومة. ومن قبيل هذه القرارات صدور القرار من فرد عادي لا يتمتع بصفة الموظف أو من هيئة خاصة لا تمت بصلة للإدارة صاحبة الاختصاص. ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد ما قضت به من أن إغفال الإدارة لشرط عدم الحكم على الشخص الذي يعين في خدمة الحكومة في جريمة مخلة بالشرف والاعتبار يعتبر إغفالاً لشرط جوهري من شروط صلاحية تولي الوظائف العامة يعيب قرار التعيين الصادر بالمخالفة لهذا الشرط بعبء جسيم ينحدر بالقرار إلى درجة الانعدام مما يوجب على الإدارة سحبه دون أن تتقيد في ذلك بالمواعيد المحددة لسحب القرارات الإدارية الباطلة<sup>(١)</sup>.

#### ب- حالة صدور القرار بناء على غش أو تدليس:

للإدارة أن تسحب القرار الإداري الصادر بناءً على غش أو تدليس، في أي وقت دون التقيد بمدة السحب<sup>(٢)</sup>، لأنه لا يوجد ما يبرر حماية المركز القانوني لهذا الشخص صاحب المصلحة الذي استعمل طرقاً إحتيالية بنية تضليل الإدارة وحملها على إصدار القرار. وذلك حتى لا يستفيد المدلس من غشه أو تدليسه، نظراً لأن هذا القرار غير جدير بالحماية القضائية المتمثلة في تحصنه ضد الإلغاء.

ويسري نفس الحكم على القرار الإداري الصادر نتيجة لتصرف من صاحب الشأن لا يرقى إلى مرتبة الغش أو التدليس ولكنه أوقع الإدارة في غلط دفعها لإصدار هذا القرار، فمثل هذا القرار كشأن القرار الصادر نتيجة غش أو تدليس يمكن الطعن فيه بالإلغاء وسحبه في أي وقت دون التقيد في ذلك بميعاد الستين

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٩٤ لسنة ١٢ ق، بتاريخ ١٩/٤/١٩٦٩، مجموعتها في ١٥ سنة، الجزء الثالث، ص ٢٣٠٢.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٠ لسنة ١٨ ق، بتاريخ ٢٩/٦/١٩٧٦، المجموعة السابقة، ص ٢٠٦٤.

يوماً. ويخضع تقدير ما إذا كان تصرف صاحب الشأن هو الذي أوقع الإدارة في غلط دفعها لإصدار القرار لتقدير القاضي يقدره في كل حالة على حدة.

### ج- القرارات الإدارية المبينة على سلطة مقيدة:

تكون سلطة الإدارة مقيدة في إصدار القرار الإداري إذا كان القيد بحكم القانون أو تنفيذاً للقانون حيث تتعدم سلطتها التقديرية في إصدار القرار الإداري. وبالنظر لطبيعة هذه القرارات الإدارية فإن الطعن بالغائها يكون طليفاً من قيد الميعاد.

ومثال القرارات التي تصدر بناءً على اختصاص مقيد قرار الإدارة بترقية موظف على أساس الأقدمية، فإذا أخطأت الإدارة في مراعاة هذا الشرط وأصدرت قرارها متخطية الموظف المستحق إلى الموظف أحدث، جاز لها أن تسحب قرار الترقية دون التقيد بمدة معينة.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها "الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد مردود عليه بأن القرار الصادر من مصلحة التأمين برفض قيد المدعي بجدول الخبراء الاكثوريين، إنما صدر منها استناداً إلى سلطة مقيدة تنفيذاً لأحكام القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٥٠، ومن ثم فلا يكتسب القرار الصادر في هذا الشأن حصانة مهما مضت الأيام وإنما يحق للمتضرر منه ان يطالب بالغائه في أي وقت، دون القول بمضي المدة المقررة للطعن فيه"<sup>(١)</sup>.

### د- القرارات الإدارية التي لم تنشر أو لم تعلن:

من المستقر فقهاً وقضاً أن القرار الإداري يكون نافذاً في مواجهة الإدارة من تاريخ صدوره في حين لا يسري في مواجهة الأفراد إلا بعلمهم به بالطرق المقررة قانوناً. وبناءً على ذلك فإن لجهة الإدارة أن تسحب قراراتها الإدارية التي لم تنشر أو لم تعلن في أي وقت ومن باب أولى أن يتم ذلك في شأن القرارات الإدارية المعيبة التي لم تعلن أو تنشر.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١١٩٤ لسنة ١٢ ق، بتاريخ ١٩٦٠/٥/٢٤، مجموعة أحكام السنة ١٤، ص ٦٠٧.



## المطلب الثالث

### الفرق بين السحب والإلغاء

سبق وأن عرفنا السحب بأنه "إعدام القرارات الإدارية بأثر رجعي من تاريخ صدورها، وكأن القرار لم يولد مطلقاً ولم يترتب أية آثار قانونية". ومن التعريف يتبين لنا أن السحب يترتب عليه إلغاء كافة الآثار المترتبة عليه، بالنسبة للمستقبل والماضي، وأن الجهة التي تملك سحب القرار الإداري، هي الجهة الإدارية سواء مصدرة القرار أو السلطة الرئاسية لها.

ويقصد بإلغاء القرار الإداري "وقف نفاذه أو سريانه بأثاره المترتبة عنه وتجريده من قوته الإلزامية بالنسبة للمستقبل فقط، أي من تاريخ صدور القرار بإلغاء من الإدارة التي أصدرته أو من السلطة الرئاسية بما لها من حق التعقيب على قرارات مرؤوسيه، دون أن يمتدّ الإلغاء إلى الآثار الناتجة عنه في الماضي". سوف نتناول التفرقة فيما بين دعوي الإلغاء، والقرار الساحب وذلك في النقاط التالية:

#### أولاً- من حيث الطبيعة القانونية:

بالنسبة لقرار السحب هو قرار إداري، يخضع لما تخضع لـه تلك القرارات من أحكام، فيجوز للجهة الإدارية سحبه. أما دعوي الإلغاء، فهي دعوي قضائية موضوعية تنصب علي القرار الإداري ذاته للمطالبة بإلغائه لعدم مشروعيته، والحكم الصادر فيها حكماً قضائياً يتمتع بما تتمتع به الأحكام من حجية الشيء المقضي فيه، فلا يجوز الرجوع فيه.

#### ثانياً- من حيث آثاره:

سحب القرار الإداري يعني وقف نفاذ آثار القرار بالنسبة للماضي والمستقبل، الأمر الذي يترتب عليه زوال كل آثار القرار وبأثر رجعي، ويجعل كافة القرارات التي صدرت في الماضي، استناداً للقرار المسحوب، كأن لم تكن. أما الإلغاء فيعني وقف نفاذ القرار الإداري بالنسبة للمستقبل فقط، كما سبق تفصيله.

### ثالثاً- من حيث شروط قبول التظلم أو الطعن:

بالنسبة لقرار السحب، يشترط لقبول التظلم منه أن يكون القرار المراد سحبه مشوباً بعيب عدم المشروعية، وطبقاً للمواعيد المقرر لذلك قانوناً. أما دعوي الإلغاء، فيشترط لقبولها أن يكون موضوع الدعوى قراراً إدارياً نهائياً، وأن يتم رفع الدعوى في الميعاد المحدد لذلك قانوناً، وأن تتوافر مصلحة مباشرة يقرها القانون لرافع الدعوى.

### رابعاً- من حيث أسباب التظلم أو الطعن:

بالنسبة لقرار السحب، فأسباب سحب القرار الإداري، أوسع من أسباب الطعن بالإلغاء، فهي علاوة علي احتوائها علي الأسباب التقليدية للطعن بالإلغاء، فإنها تتضمن السحب لاعتبارات الملائمة، ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة. أما أسباب الطعن بالإلغاء، فهي مقصورة علي عيوب الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية.

### خامساً- من حيث المواعيد:

بالنسبة لقرار السحب، للإدارة إن تسحب القرار المعيب خلال ستين يوماً من تاريخ صدوره، وفي حالة رفع دعوي الإلغاء فيكون للإدارة الحق في أن تسحب القرار ما لم يصدر حكم في الدعوى، ولكن حق الإدارة في هذه الحالة الأخيرة يتقيد بطلبات الخصم في الدعوى أي بالقدر الذي تملكه المحكمة<sup>(١)</sup>. أما دعوي الإلغاء، تنص المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في فقرتها الأولى علي أن "ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به."

(١) د. علي حسين خطار شطناوي- مبادئ القانون الإداري السعودي- مكتبة الرشد - ٢٠١٢- ص ٣٦٣.

## سادساً- من حيث طريقة رفع التظلم:

بالنسبة لقرار السحب، يكون ذوي الشأن بالخيار بين تقديم تظلم إداري للجهة مصدرة القرار ويسمي التظلم فـي هذه الحالة بالتظلم الولائي، وإما للجهة الرئاسية للجهة مصدرة القرار ويسمي التظلم هنا بالتظلم الرئاسي، ويمتاز هذا الطريق بالسهولة واليسر، كما أنه يحسم المراكز القانونية وهي في مهدها تقادياً، للوصول بها إلي القضاء، وعملاً على استقرار الأوضاع في الجهات الإدارية.

أما دعوي الإلغاء، حددت المادة ٢٥ من قانون مجلس الدولة طريقة رفع الدعوي وهي "يقدم الطالب إلي قلم كتاب المحكمة المختصة بعريضة موقعة من محامي مقيد بجدول المحامين المقبولين أمام تلك المحكمة، وتتضمن العريضة البيانات العامة المتعلقة باسم الطالب ومن يوجه إليهم الطلب وصفاتهم ومحال إقامتهم وموضوع الطلب وتاريخ التظلم من القرار إن كان مما يجب التظلم منه ونتيجة التظلم وبيان بالمستندات المؤيدة للطلب ويرفق بالعريضة صورة أو ملخص من القرار المطعون فيه" ويعيب هذا الطريق بأنه صعب وطويل اجرائياً ويحمل القضاء أعباء كثيرة تقع على عاتقهم.

## الخاتمة

تتمتع قوة الإدارة في الامتيازات والاستثناءات التي منحها المشرع إياها ليس لتحقيق أهداف غير مشروعة أو تكون نقمة على الأفراد وأداة تعسفية في يد جهة الإدارة ولكن لتحقيق المصلحة العامة وحماية النظام العام في الدولة بكافة عناصره، ومن أهم تلك الامتيازات سلطتها وحققها في إصدار القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة.

تناولنا التعريف الأمثل للقرار الإداري للمحكمة الإدارية العليا بأنه "إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين ممكن وجائز قانوناً حالاً ومباشرة ابتغاء تحقيق المصلحة العامة".

ومن هذه التعريفات يتضح أن القرار الإداري يلزم أن يكون عملاً قانونياً لا عملاً مادياً وأن يصدر من جهة إدارية وطنية وأن يترتب على العمل القانوني الصادر من الإدارة أثر قانوني سواء بالإنشء أو بالتعديل أو بالإلغاء.

كما يمكننا أيضاً أن نستنتج من التعريف السابق أن القرار الإداري يتكون من خمسة عناصر وهي (الاختصاص - الشكل - السبب - المحل - الغاية). والعناصر الداخلية لضمان شرعية القرار الإداري تتمثل في السبب والمحل والغاية، وهي عناصر تظهر فيها السلطة التقديرية على خلاف العناصر الخارجية التي تكون في الغالب مقيدة ولا مجال للتقدير فيها.

كما تناولنا تقسيم القرارات الإدارية من حيث الزاوية التي ينظر إليها واقتصرنا على تقسيمها من حيث التكوين ومن حيث رقابة القضاء ومن حيث الآثار المترتبة عليها.

تنقسم القرارات الإدارية من حيث تكوينها إلى قرارات بسيطة لها كيانها المستقل وتستند إلى عملية قانونية واحدة غير مرتبطة بعمل قانوني آخر كالقرار الصادر من رئيس المصلحة بتعيين موظف أو بتوقيع عقوبة. وهناك قرارات مركبة

تتم على مراحل مثل اجراءات نزع الملكية أو ارساء الميزاد (المناقصة) فهي اجراءات مندمجة تدخل في تكوين عملية قانونية مركبة.

أما القرارات الإدارية من حيث آثارها بالنسبة للأفراد فمنها ما هو ملزم يجبرون على طاعته إذا رفضوا الخضوع لها طواعية، ومنها ما يقتصر أثره على الإدارة ذاتها وبالتالي لا يلتزم بها الأفراد. ومنها القرارات التنظيمية التي تخاطب جماعة غير محددة من الناس، ومنها القرارات الفردية التي تخاطب فرداً أو أفراد بذواتهم. ومنها القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة.

كما تناولنا القرارات الادارية من حيث مداها وعرفنا أنها تنقسم الى قرارات تنظيمية أو لوائح، وقرارات فردية، ويعد هذا التقسيم من أهم تقسيمات القرارات الادارية لما يترتب عليه من نتائج تتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له كل من القرارات التنظيمية والقرارات الفردية.

وتناولنا القرارات الإدارية من زاوية خضوعها لرقابة القضاء، وتقسيمها إلى قرارات تخضع لرقابة القضاء وهذا هو الأصل، وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وهي القرارات المتعلقة بأعمال السيادة أو تلك التي منعت التشريعات الطعن فيها أمام القضاء.

وتناولنا في المبحث الثالث امتياز الإدارة باعتبارها سلطة عامة بميزات رئيسية تجعلها في مركز ممتاز بالنسبة إلى الأفراد في تنفيذ قراراتها، فتسري قراراتها في حق المخاطب بها وإن أبدى اعتراضاً بشأنها، وإن قدم تظلاً إدارياً بل وحتى إن رفع دعوى قضائية، فيظل القرار الإداري يسري في حقه ما لم تقبل الجهة الإدارية نفسها أو جهة أعلى منها بسحب قرارها أو إلغاؤه، وإذا كان القانون قد كفل للمعنيين بالقرار أحقية الطعن فيه إدارياً أو قضائياً فإن ذلك لا يعفيهم من الخضوع لمضمون القرار، لأن الإدارة تملك سلطة التنفيذ المباشر لقراراتها دون حاجة للجوء إلى سلطة أخرى، ويعد هذا الحق من أخطر امتيازاتها

وتناولنا في المبحث الأخير نهاية وانقضاء القرار الإداري ووضحنا المقصود بانقضاء القرار الإداري وهو تجريده من محتوياته وآثاره القانونية، فيتوقف بذلك

إحداث أي أثر قانوني، وقد يتم انقضاء القرار الإداري بدون تدخل جهة الإدارة ويكون ذلك بطريقة طبيعية، أو بطريقة غير طبيعية من قبل جهة الإدارة كالسحب والإلغاء، أو بتدخل السلطة القضائية بالإلغاء أو بتدخل من قبل المشرع بإلغاء القانون الذي استند عليه هذا القرار.

#### **التوصيات:**

يوصي الباحث ضرورة وجود آلية للحد من هذا الامتياز الممنوح لجهة الإدارة في مجال القرارات الإدارية لأنها في الواقع العملي تستعمله بتعسف شديد في مواجهة الأفراد، ومن المسلم به أن المشرع ترك لها قدر كبير من السلطة التقديرية في عناصر السبب والمحل والغاية إلا أنها تُحدد في كثير من الأحيان عن غايتها وتتحرف بها حيث أنه في أغلب الأوقات تفضل المصلحة الخاصة عن المصلحة العامة التي هي غاية القرارات الإدارية ولعل الكثير من أحكام المحاكم التي تصدر في هذا الصدد بإلغاء مثل تلك القرارات يكون سندها هو الانحراف بالسلطة والتعسف في استعمالها.

## قائمة المراجع

١. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الدستورية العليا - الجزء التاسع.
٢. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠.
٣. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد ٤٦.
٤. د/ محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة اسكندرية، ٢٠٠٧.
٥. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ١٥ سنة، الجزء الأول.
٦. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ١٩٩٣ / ١٩٩٧.
٧. د / محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري الجزء الثاني.
٨. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الدستورية العليا "تتازع"، الجزء السابع.
٩. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا (٢٠٠٥ - ٢٠٠٧).
١٠. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد العاشر.
١١. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد الخامس.
١٢. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد ١٣.
١٣. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها محكمة النقض العدد ٤٧.
١٤. د/ أحمد حافظ عطية نجم: السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف

- بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي بحث منشور مجلة العلوم الإدارية العدد الثاني ديسمبر ١٩٨٥.
١٥. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد ٤٢ .
١٦. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد ٤٣ .
١٧. الأستاذ / محمد عبد الجود حسين: سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، مجلة مجلس الدولة، السنة الرابعة ١٩٥٤ .
١٨. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها محكمة القضاء الإداري في مصر السنة القضائية الرابعة.
١٩. د/ سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، طبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٢ .
٢٠. د/ عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، القاهرة دار النهضة العربية ١٩٧١ .
٢١. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥-١٩٨٠) .
٢٢. د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤ .
٢٣. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد ٣٧، العدد ٣٦، العدد ١١ .
٢٤. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد ٣٦ .
٢٥. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد ١١ .
٢٦. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد ٣٥ .
٢٧. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثامنة.
٢٨. د/ محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني ١٩٦٨ م طبعة بيروت.
٢٩. د/ محمد مصطفى حسن: السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، ١٩٧٤ .



٣٠. د. / ابراهيم شيحا، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، الدار الجامعية، ١٩٩٧.
٣١. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، في ١٥ سنة، الجزء الأول.
٣٢. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ٢٥.
٣٣. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ١٥ سنة، الجزء الأول.
٣٤. د / محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة طبعة سنة ٢٠٠٧ .
٣٥. د/ عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، ٢٠٠٣.
٣٦. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الادارية العليا المكتب الفني السنة ٣٢ الجزء الأول.
٣٧. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الادارية العليا المكتب الفني السنة ٢٩ الجزء الأول.
٣٨. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الادارية العليا المكتب الفني السنة ٣٦ الجزء الأول.
٣٩. د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء على أعمال الإدارة قضاء الإلغاء - القاهرة - ١٩٨٤.
٤٠. د. مصطفى ابو زيد فهمي ، القضاء الاداري في مجلس الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
٤١. د. محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الاداري، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية.
٤٢. د . محمد العبادي ، قضاء الالغاء دراسة مقارنة ، الأردن عمان مكتبة دار الثقافة.

٤٣. د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الاداري، منشأة المعارف الإسكندرية- ١٩٩٦.
٤٤. د / سلمان الطماوي الوجيز في القانون الإداري ١٩٧٤.
- ٤٥.المستشار الدكتور/ حمدي عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة.
٤٦. د/ أحمد حافظ نجم، القانون الإداري دراسة مقارنة لتنظيم ونشاط الإدارة العامة، الجزء الثاني، بعنوان أساليب الإدارة العامة ووسائلها وامتيازاتها، الطبعة الأولى.
٤٧. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، في ١٥ سنة، الجزء الثالث.
٤٨. د/ سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، ١٩٩٢.
٤٩. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ١٤.
٥٠. د. علي حسين خطار شطناوي- مبادئ القانون الإداري السعودي- مكتبة الرشد - ٢٠١٢.
٥١. د. محمد فؤاد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي.

**رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين  
على الصياغة التشريعية**

د. مروان "محمد محروس" المدرس  
استاذ القانون العام المشارك  
كلية الحقوق - جامعة البحرين



## ملخص البحث

### (رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على الصياغة التشريعية)

أن أي تشريع لا يحقق الأمن القانوني والاستقرار في المعاملات، ولا يستطيع الأشخاص المخاطبين به الالتزام بنصوصه، إلا إذا كان التشريع واضحاً ومفهوماً ومنسجماً مع التشريعات الأخرى. لذا فإن الصياغة التشريعية لأي قانون تعد معياراً للحكم على مدى كفاية التشريع. ونحاول في هذا البحث الإجابة عن سؤال هل يجوز الطعن بعدم دستورية النص التشريعي المصاغ صياغة غير واضحة؟ وما هو الأساس الذي يستند إليه القضاء الدستوري في إخضاع الصياغة التشريعية لرقابته. وتوصلنا إلى أن القانون المصاغ صياغة مبهمه يخالف الدستور، كونه لا يحقق مبدأ الأمن القانوني الذي يعد من المبادئ الدستورية، و لا يحقق الاستقرار في المعاملات، ولا يولد الثقة لدى الأفراد، ويؤدي إلى التحكم القضائي المهدد للحقوق والحريات. واستناداً لذلك بدأ القضاء بإخضاع الصياغة لرقابته وذلك لان القانون المصاغ صياغة مبهمه لا يحقق الأمن القانوني ويهدد الحقوق والحريات.

## **Judicial Review of the Constitutional Court of the Kingdom of Bahrain over the Formulation of Legislations**

Generally, any legislation cannot achieve certainty and stability of the transactions, where individuals are unable to abide upon unless this legislation was clear and consistent with other existing legislations. Therefore, the legal formulation is considered as crucial criterion that determines the adequacy of legislation. This research aims to answer the question of whether it is possible to challenge the unconstitutionality of the law due to its imprecise or unclear formulation, and what is the legal basis of the Constitution Court to establish jurisdiction over the legal formulation. This research concluded that the lack of clarity or ambiguous formula of legislations violates the Constitution, since it does not meet the Constitutional Principle pertained to legal certainty and stability in transactions, and not generate trust to the individuals, and led to wide judicial discretionary power that would threats rights and freedoms. Hence, the Constitutional Courts started to establish jurisdictions over the lack of clarity in the legal formulation to achieve legal certainty and to avoid threatening rights and freedoms.

## مقدمة

يعد التشريع مصدراً رسمياً للقانون، ويقصد بالتشريع كمصدر رسمي للقانون بأنه ( وضع قواعد قانونية في نصوص مكتوبة بواسطة السلطة العامة المختصة)، وتسمى القواعد التي تضعها هذه السلطة المختصة بالقواعد التشريعية، لذا يمكن أن نعرف القواعد التشريعية بأنها القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة المختصة.

ويمتاز التشريع بمزايا عديدة يأتي في مقدمتها التحديد والوضوح في ألفاظه ومعانيه، فالقواعد القانونية لم تكتب إلا من أجل سهولة تعرف الأشخاص عليها، وفهم مضمونها، ومعرفة ما تفرضه من التزامات، وما تمنحه من حقوق. فكتابة القواعد القانونية في نصوص مكتوبة بواسطة السلطة المختصة كان من أجل إزالة أي لبس أو غموض يحيط بمضمونها أو يتعلق بمفهومها.

فوضوح التشريع، وفهم معانيه، يولد الثقة لدى الأشخاص، ويحقق الاستقرار في المعاملات، ويمنح الأفراد الشعور بالأمن القانوني، ويمكن الأفراد من تطبيق القواعد التشريعية والالتزامات بنصوصها على أكمل وجه، وبالتالي تحقيق الغاية التي توخى المشرع تحقيقها، فلكل تشريع غاية معينة يستهدف المشرع تحقيقها، هذه الغاية لا يمكن تحقيقها ما لم يتم تطبيق التشريع وتفعيل نصوصه من قبل المخاطبين به.

أن أي تشريع لا يحقق الأمن القانوني والاستقرار في المعاملات، ولا يستطيع الأشخاص المخاطبين به الالتزام بنصوصه، أو تفعيل أحكامه إلا إذا كان التشريع واضحاً ومفهوماً ومنسجماً مع التشريعات الأخرى.

فالتشريع المبهم والغامض يعني انفلات نصوصه من الضوابط، وتعدد تأويلاته، وغموض أو امره ونواهيه، وعندئذ يصبح التشريع شركاً يتصيد به المشرع من يشاء من الأشخاص، ويؤدي إلى التحكم القضائي الخطر، ويكون سبباً مباشراً لتهديد حقوق وحرقات الأفراد.

لذا فإن الصياغة التشريعية لأي قانون أو لائحة تعد معيارا للحكم على مدى كفاية التشريع، فكما اتسمت الصياغة التشريعية بالدقة والانضباط كان القانون أو اللائحة أكثر استجابة لمتطلبات المجتمع، وأفضل حماية للحقوق والحريات، وأكثر عدالة وفعالية.

فالنص المبهم أو الغامض هو النص الذي تم كتابته بطريقة لا تؤدي إلى عبور المعنى القانوني إلى المخاطب به، أو هو نص لا يدل على ما يحمله من معنى للمخاطب به، وكذلك فإن هذا النص لا يحقق الاستقرار في المعاملات، ولا يولد الثقة لدى الأفراد، ويؤدي إلى التحكم القضائي المهدد للحقوق والحريات، وهنا نتساءل هل يجوز الطعن بعدم دستورية النص التشريعي المصاغ صياغة غير واضحة أو مبهم؟ وما هو الأساس الدستوري الذي يستند إليه القضاء الدستوري في إخضاع الصياغة التشريعية لرقابته، خاصة ان غموض التشريع قد لا يتضمن مخالفة مباشرة للنصوص الدستور.

هذا ما سنتناوله في هذا البحث اذ قسمنا دراستنا إلى ثلاث مباحث، تناولنا في الأول ماهية الصياغة التشريعية وأهميتها، في حين بحثنا في الثاني مدى خضوع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري، اما المبحث الثالث فقد بحثنا فيه طبيعة عيب الصياغة التشريعية وأساس الرقابة عليه.

وقد اتبعنا في بحثنا المنهج التحليلي المقارن، القائم على اساس تحليل احكام القضاء الدستوري في نظم قضائية مختلفة، مع مقارنة هذه الاحكام لتحديد موقف القضاء في كل نظام من موضوع الرقابة على الصياغة التشريعية.

### **المبحث الأول**

#### **ماهية الصياغة التشريعية وأهميتها**

تعد الصياغة التشريعية علم وفن قانوني مهم، وذلك لأنها أساس عملية التشريع وجوهرها، فهي علم لأنها عملية قانونية معقدة بالغة الدقة على نحو يستوجب من القائم بها أن يكون له كفاءة قانونية من جهة، وإحاطة شاملة بالقوانين والتشريعات النافذة من جهة أخرى. والصياغة التشريعية هي فن مثل بقية الفنون



تقتضي بمن يضطلع بها أن يكون ذا خبرة ومهارة قانونية أكتسبها من الممارسة العملية ولفترة زمنية طويلة<sup>(١)</sup>.

وسنتناول في هذا المبحث معنى الصياغة التشريعية لغة واصطلاحاً في المطلب الأول، بينما نخصص المطلب الثاني لبيان أهميتها.

### المطلب الأول

#### معنى الصياغة التشريعية لغة واصطلاحاً

سنتناول في هذا المطلب بيان معنى الصياغة التشريعية لغة، واصطلاحاً، وذلك في فرعين.

### الفرع الأول

#### معنى الصياغة التشريعية لغة

الصياغة هي اسم، والمصدر صاغ الشيء، أي هياها على مثال مستقيم. وصاغ الكلمة؛ بناها من كلمة أخرى على هيئة مخصوصة وصاغ الله فلاناً صيغه حسنة: خلقه<sup>(٢)</sup>. وصوغ: مصدر صاغ الشيء، يصوغه صوغاً وصياغة، ويقال صاغ شعراً وكلاماً أي وصفه ورتبه، وفلان حسن الصياغة أي حسن الخلق<sup>(٣)</sup>.

وكلام حسن الصياغة: جيد محكم، صاغ (فعل) يصوغ، صُغ، صَوَّغاً وصياغةً، فهو صائغ، والمفعول مصوغ.

صاغ الكلمة: أخرجها واشتقها على هيئة معلومة. ويصوغ أفكاره بأسلوب جميل: يُكوِّنها، يُنشئها، يرتبها. صاغ الماء: رسب وسقط في الأرض<sup>(٤)</sup>.

وصاغه صوغاً: صيغته على مثال مستقيم، وصاغ المعدن سبكه، وصاغ الكلام هياها ورتبه، وكلام حسن الصياغة جيد محكم وصيغة الكلمة: هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركتها، وصيغ الكلام: تراكيبه وعباراته<sup>(٥)</sup>.

١- أصبحت الصياغة التشريعية فناً قائماً بذاته منذ القرن التاسع عشر. راجع د. أبو بكر الزهيري، قواعد صياغة التشريعات، مجلة دراسات دستورية، تصدر المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، المجلد الأول، العدد الثالث، رمضان ١٤٣٥ هـ، يوليو ٢٠١٤م، ص ١٢٠.

٢- المنجد في اللغة، الطبعة ٣٩، لسنة ٢٠٠٢م، دار الشرق، بيروت، ص ١١٣ و ٤٤٠.

٣- لسان العرب، لأبن منظور، المجلد الثاني، ص ٩٥.

٤- من موقع [www.almaany.com](http://www.almaany.com).

٥- المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، ١٩٨٠م، الجزء الأول، ص ٥٣٨.

واستناداً الى المعنى اللغوي للصياغة فإن الصياغة التشريعية تعني تهيئته على مثال مستقيم وإحسان وضم بعضه إلى بعض وترتيبه وتخليصه مما يشينه سواء كان دستوراً أم قانوناً أم لائحة<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### تعريف الصياغة التشريعية

تعد الصياغة التشريعية إحدى موضوعات الصياغة القانونية التي تضم في اطارها موضوعات عدة منها صياغة الفتوى والاستشارات القانونية، صياغة الأحكام والعرائض والطحون والأوامر القضائية، صياغة العقود والمذكرات القانونية، إضافة إلى الصياغة التشريعية.

وتعرف الصياغة بشكل عام على أنها الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي فهي أداة للتعبير عن فكرة (كافية) لتصبح حقيقة اجتماعية يجري التعامل على أساسها<sup>(٢)</sup> ويقصد بالصياغة أيضاً بأنها فنون ومهارات بناء النصوص وتحرير القوانين<sup>(٣)</sup>. أي أن الصياغة هي عملية نقل الفكر القانوني من مرحلة التفكير إلى مرحلة التطبيق.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بالصياغة التشريعية هو صياغة القوانين العادية فقط، في حين درج جانب آخر من الفقه الى اعتبار الصياغة التشريعية مرادف لصياغة القانون بمعناه العام (أي يشمل صياغة الدستور والقوانين العادية واللوائح والقرارات والأنظمة)<sup>(٤)</sup>.

وعرفها جانب من الفقه بأنها (عملية ضبط الأفكار في عبارات محكمة موجزة وسليمة لكي تكون قابلة للتنفيذ)<sup>(٥)</sup>. بمعنى آخر أن الصياغة هي عملية تحويل

١- د. أبو بكر الزهيري، المرجع السابق، ص ١٢٢.  
٢- د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة ١٩٩٣، ص ١٤.  
٣- د. علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورقة عمل مقدمة لورشة العمل الخاص بتطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية المنعقدة في بيروت للفترة من ٣-٦ فبراير ٢٠٠٣ م، ص ٧.  
٤- د. أبو بكر مرشد فزاع الزهيري، قواعد صياغة التشريعات، مجلة دراسات دستورية، تصدرها المحكمة الدستورية، البحرين، المجلد الأول، العدد الثالث. رمضان ١٤٣٥ هـ - يوليو ٢٠١٤ م، ص ١٢٣.  
٥- د. علي الصاوي- المرجع السابق، ص ٥.

المادة الأولية أو الفكرة الجوهرية التي يتوصل إليها العقل البشري في ضوء الظروف الواقعية بهدف تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق<sup>(١)</sup>، فالصياغة هي وسيلة من وسائل المشرع لتحقيق السياسة القانونية. ولذا عرفها البعض بأنها "فن الوسائل القانونية التي يجب أن توصل إلى تحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية"<sup>(٢)</sup>.

فالصياغة هي عملية تحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد منضبطة محددة، بمعنى آخر تحويل القيم والأفكار التي تكون مادة القانون إلى قواعد صالحة للتطبيق<sup>(٣)</sup>.

ومن قراءة التعريفات السابقة نجد بأن الصياغة هي الثوب الذي يرتديه التشريع، وهي من الوسائل الفنية الضرورية لبناء القواعد القانونية بمختلف مستوياتها ودرجاتها.

إن مصطلح الصياغة التشريعية Legislative drafting يستخدم لوصف عملية تحويل الأفكار الأولية عن مسودة قانونية معينة وتهذيبها وتدقيقها وتنظيم اللغة لتطبيقها، وذلك لتحقيق الغاية التي توخى المشرع تحقيقها. بحيث يجب أن تتضمن المسودة النهائية معالجة لكل المشاكل التي وضع من أجلها القانون، وأن لا تغفل تنظيم أي من الموضوعات التي وضع من أجلها القانون، ويجب أن تتسم بالوضوح، ولذا يجب أن تسبك وتصاغ هذه المسودة في لغة واضحة ومنسقة وفعالة من الناحية القانونية، وسليمة من الناحية الفنية ويسيره وحميمة في الشكل والأسلوب، وان تكون قابلة للقراءة من ناحية الشكل والمضمون من قبل المخاطبين بها، فعملية

١- د. رمضان أبو السعود- الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الطبعة الثانية، ١٩٨١، ص ٥٩٩.

٢- د. عبدالحى حجازي- المدخل لدراسة العلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٤٨.

٣- د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الار الجامعية، ١٩٩٠م، ص ١٦٤. والسيد علي موسى- العملية التشريعية في الدول العربية- الخبرات المقارنة والدروس المستفادة، ورقة مقدمة لورشة العمل الخاصة بتطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، المنعقدة في بيروت للفترة من ٣-٦ فبراير ٢٠٠٣، ص ٧.

الصياغة تتطوي على ما هو أكثر بكثير من مجرد الكتابة، إذ تعتبر في كثير من الحالات الوسيلة الرئيسية لتطوير سياسة الدولة<sup>(١)</sup>.

فالكتابة هي وعاء المعاني وأداة تبليغها، والجسر الذي يسمح بعبور تلك المعاني إلى المخاطب بها. فهي ليست المعنى ذاته وإنما حاملته إلى المتلقي<sup>(٢)</sup>. ولذا فإن الكتابة تجب أن تصاغ على نحو يحافظ على المعنى الذي تحمله، وإن توصله بوضوح إلى القارئ المتلقي لكي تؤدي وظيفتها في نقل المعاني بأمانة. ولذا فإن على القائم بالصياغة القانونية ألا يصب اهتمامه على محسنات اللغة من دون المعنى القانوني المطلوب، وإلا تحولت الصياغة اللغوية للنص القانوني من قصد قانوني إلى قصد لغوي أدبي قد يصيب المعنى القانوني بالغموض إن لم يكن بالضياح<sup>(٣)</sup>.

واستناداً لما سبق فإن القواعد العامة لتفسير القانون قد أوجبت أن يتحرى المفسر مقاصد النص ومعانيه وليس ألفاظه ومبانيه، فالنص القانوني الحسن الصياغة، هو النص الواضح في معانيه ودلالاته بحيث تضيق فيه مساحة التأويل. لأنه كلما ازدادت مساحة تأويل النص القانوني ازداد معها الغموض، وأسباب الاختلاف في تفسيره، ومن ثم انعكس ذلك على حسن تطبيقه.

فالصياغة التشريعية هي ليست مجرد افراغ للنصوص في قوالب شكلية، أو مجرد كتابة الأفكار القانونية على شكل قواعد قانونية، وإنما هي وضع نص قانوني قادر على حمل المعنى القانوني بغية إيصاله إلى المخاطب به ببسر ووضوح، خالي من أي خطأ لغوي، ومصاغ ببلاغة خالية من الصنعة والتكلف، متى يكون النص سهل التفسير ميسور التطبيق<sup>(٤)</sup>.

---

<sup>1</sup> - Lawrence E. Filson and Sandra L. Strokoff, The Legislative Drafter's Desk Reference, Second Edition, CQ Press, A Division of Congressional Quarterly Inc, Washington D.C, 2008, p. 9.

<sup>2</sup> - عبدالسلام بن عبدالعالي، أسس الفكر الفلسفي المعاصر، دار تويقال للنشر، المغرب، الدار البيضاء، ١٩٩١م، ص ١٣٣.

<sup>3</sup> - د. ضاري خليل محمود، الصياغة القانونية علم وفن، مجلة دراسات دستورية، تصدرها المحكمة الدستورية، البحرين، المجلد الأول، العدد الأول، شعبان ١٤٣٤هـ، يوليو ٢٠١٣م، ص ٧٣.

<sup>4</sup> - د. ضاري خليل محمود، المرجع السابق، ص ٧٣.

## المطلب الثاني أهمية الصياغة التشريعية

أن القانون وسيلة لتسهيل التنمية والتغيير والتحول الاجتماعي، وخصوصاً في مواجهة المشاكل الجديدة للعولمة وغيرها من المتغيرات، وهذا الأمر يظهر بصورة أكثر وضوحاً في الدول التي تمر بفترة انتقالية، والمثال النموذجي لذلك، ما يعيشه عالمنا العربي من متغيرات بعد أحداث عام ٢٠١١ مما دفع كثير من الدول لتغيير دساتيرها وتشريعاتها<sup>(١)</sup>.

تعتبر التشريعات الوسيلة الأساسية لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع وتنظيم العلاقات فيما بينهم من جهة وفيما بينهم وبين السلطة العامة من جهة أخرى، كما أنها وسيلة لتنظيم العلاقات بين الدول، ولكي تؤدي التشريعات دورها في المجتمع، كان لا بد من صياغتها بشكل يؤدي إلى تسهيل العمل بها، والمساعدة على تطبيقها من خلال إعداد القواعد وصياغتها في قوالب تشريعية تستوعب وقائع الحياة بكل تحولاتها، وبما يحقق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية، وكل ذلك لا يمكن تحقيقه إلا إذا كان التشريع واضحاً من حيث المعنى، مفهوماً من قبل المخاطب به.

فالحياة الاجتماعية تولد مصالح وحاجات معينة ينبغي إشباعها باستخدام وسائل متعددة، وأفكار قانونية متنوعة، تستطيع استيعاب كافة الوقائع الحياتية وصوغها في قوالب تشريعية على هيئة قواعد ومبادئ تكون صالحة لكل الأمور وفي كل زمان قد المستطاع.

إضافة لما سبق فإن التنمية والديمقراطية يحتاجان إلى إطار قانوني مستقر وموثق ودائم، وكل ذلك لا يمكن أن يوجد بدون قانون واضح ومحدد ومفهوم، بدءاً من الدستور إلى سائر التشريعات، فالدستور ينظم عناصر أساسية هي: الديمقراطية والمشاركة، الحقوق المدنية والسياسة، سيادة القانون، السلطة القضائية المستقلة، الفصل بين السلطات، وفي بعض الدول النظام الفدرالي.

<sup>١</sup> - مثال على ذلك مصر إذ أصدرت دستورين خلال فترة قصيرة، وتونس أصدرت دستور، وسوريا أصدرت دستور، والمغرب، إضافة إلى إصدار حزمة تشريعات جديدة تتواءم مع هذه الدساتير.

وبالتالي فإن الصياغة التشريعية من الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القواعد القانونية وتفسيرها وتطبيقها وإنشاء القواعد القانونية عن طريق مصادر القانون التي تتحول عن طريقها المادة الأولية للقانون إلى قواعد قانونية، أما المادة الأولية للقانون والتي يطلق عليها اصطلاحاً (السياسة القانونية) فإنها لا تصنع القانون ذاته، فالذي يصنع القانون هو وسائل الصياغة القانونية.

وتبرز أهمية الصياغة التشريعية فيما يلي:

١. تحسين النظام القانوني في الدولة وتنقيته من الشوائب.
٢. أن جودة الصياغة للتشريعات تؤدي إلى ضمان استقرار هذه التشريعات وعدم الحاجة إلى إجراء تعديلات مستمرة عليها.
٣. أن جودة الصياغة التشريعية تحمي الحقوق الفردية، حيث ينص القانون على تفاصيل الحقوق والحريات،
٤. إن القانون هو الأساس المتين لفصل المحاكم في الدعاوى التي ترفع أمامها، وبالتالي فإن القانون المصاغ صياغة محكمة سيمكن القضاء من تطبيق القانون بشكل سهل.

ولذا يجب أن يوفر القانون الاستقرار والمرونة في نفس الوقت، فالاستقرار والمرونة من الجوانب المهمة للتشريع الكفء، ولأن الظروف الاجتماعية والحكومية تخضع لتغيرات ديناميكية، فإن القانون يحتاج إلى التكيف مع الأوضاع الجديدة، ولا يمكن تحقيق ذلك إلا إذا كان القانون مصاغ صياغة جيدة.

لذلك فإن على صائغي التشريعات تحويل السياسات إلى مجموعة مترابطة من القواعد والأصول المعيارية، والتأكد من توافق مسودة القانون مع القوانين الأخرى واستخدام أساليب عملية لها آثارها القانونية، واتباع أشكال تقليدية ومتعارف عليها، واستعمال لغة ومصطلحات مفهومة وملائمة ومحددة.

ولا شك في أن تلك المهمة - صياغة التشريعات - ليست بالهينة فهي تتطلب من القائمين بها أن يكونوا على قدر من المعرفة بعلم القانون عموماً وبالتطور التاريخي للقواعد التشريعية السابقة وظروف الزمان والمكان والبيئة التي نشأت فيها

- إن وجدت - والحاجة التي استدعت وضع حلول أو بمعنى آخر إيجاد تنظيم لحالة ما أو فرضية معينة على هيئة قواعد قانونية تتسم بالعموم والتجريد والإلزام.

## المبحث الثاني

### مدى خضوع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري

أثار موضوع مدى خضوع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري جدلاً فقهيًا وقضائيًا واسعاً، ومرد ذلك هو طبيعة موضوع الصياغة التشريعية. فموضوع الصياغة كان ولا يزال - حسب وجهة نظر الكثيرين - من أبرز المواضيع التي تختص بها السلطة التشريعية، ويعد جزء من السلطة التقديرية للمشرع، إلا إن الأمر بدأ يتغير شيئاً فشيئاً. وذلك لحماية حقوق الإنسان مرة، أو لمنع التحكم القضائي مرة ثانية.

وستتناول في هذا المبحث موقف القضاء الدستوري من موضوع الرقابة على الصياغة التشريعية وذلك في المطلب الأول. في حين نخصص المطلب الثاني لموقف المحكمة الدستورية البحرينية من هذا الموضوع.

### المطلب الأول

#### موقف الفقه من رقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية

انقسم الفقه الدستوري حول مدى خضوع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء إلى ثلاث اتجاهات رئيسية، فذهبت جانب إلى عدم إخضاع الصياغة التشريعية لرقابته بحجة أنها تعد جزء من السلطة التقديرية للمشرع، وذهب جانب آخر من الفقه إلى إخضاع الصياغة التشريعية الخاصة بالتشريعات والقوانين المتعلقة بالتجريم والعقاب والحقوق والحريات فقط لرقابة القضاء الدستوري، في حين ذهب جانب آخر إلى اعتبار وضوح التشريع مبدأ دستوري يجب مراعاته عند مباشرة القضاء الدستوري لدوره في الرقابة.

وستتناول هذه الاتجاهات الثلاث في ثلاث فروع وهي الآتي:

**الاتجاه الأول:** وهو الاتجاه التقليدي الذي ذهب إلى عدم خضوع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري، ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى الآتي:

## ١. الصياغة التشريعية تعد من أبرز عناصر السلطة التقديرية

للمشرع. استند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الصياغة التشريعية تعد جزءاً من السلطة التقديرية للمشرع، فاصحاب هذا الاتجاه يعدون الصياغة جزء من السلطة التقديرية للمشرع، وهذا الأمر قد انعكس على تعريف السلطة التقديرية للمشرع.

فتعرف السلطة التقديرية للمشرع بأنها "حرية في المفاضلة وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعاً على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتدور جميعها في إطار المصلحة العامة ليختار من بينها أقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها وأعمقها اتصالاً بالأغراض التي تستهدفها"<sup>١</sup>. ويظهر من هذا التعريف اقتضاره في تحديد مفهوم السلطة التقديرية، على ما يملكه المشرع من حرية المفاضلة في تقدير الحلول إزاء تنظيم مسألة معينة، وهو ما يكون في حال توجه المشرع إلى التدخل بتنظيم هذه المسألة، فيختار حينها أقل تقييداً للحقوق وأقربها لتحقيق غايات التشريع. ولا يشمل هذا التعريف حرية المشرع أولاً في تقدير مدى تدخله في تنظيم المسألة أو عدم تدخله، وكذا تقديره لوقت تدخله، ومدى ملائمة تنظيمه للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

لذلك فإنني أفضل تعريف سلطة المشرع التقديرية بأنها حرية في التدخل أو عدم التدخل في تنظيم موضوع معين، واختيار وقت التدخل، وحرية في المفاضلة وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتدور جميعها في إطار المصلحة العامة ليختار المشرع من بينها أقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها وأعمقها اتصالاً بغايات التشريع، دون أن يفرض عليه طريقاً بذاته يجب عليه إتباعه<sup>٢</sup>.

ان هذا التعريف قد ضم معالم السلطة التقديرية للمشرع، والتي يمكن تلخيصها بثلاثة أمور أساسية، وهي أولاً: حرية المشرع في التدخل أو عدم التدخل في سن القانون

<sup>١</sup> - د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - ٢٠٠٣ - ص ١٣٥٢.

<sup>٢</sup> علي العرادي، مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته - دراسة مقارنة، اطروحة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البحرين، ٢٠١٤، ص ١٤ وما بعدها.



وتقدير مدى ضرورته، وذلك إذا لم يكن على المشرع التزام دستوري بسن القانون وهو الأصل العام، و**ثانياً**: حرية المشرع في اختيار وقت تدخله بالتنظيم التشريعي، و**ثالثاً**: حرية المشرع في تحديد مضمون التشريع وتقدير الحلول المناسبة لمعالجة موضوعه، بما يتفق مع غايات التشريع ويراعي حقوق الأفراد وحررياتهم.

وواضح أن تحديد مضمون التشريع أي صياغة التشريع تعد جزء من السلطة التقديرية للمشرع، خاصة أن جانب من الفقه يرى بأن الأصل في سلطة المشرع تقديرية والاستثناء هو التقييد. والتقييد مصدره الدستور الذي تكون نصوصه فضفاضة عادة. مما يمنح المشرع مساحة واسعة<sup>1</sup>.

ومن ناحية أخرى يرى هذا الاتجاه بأن السلطة التشريعية في نطاق حريتها، تختار بمطلق إرادتها ودون معقب عليها التنظيم الذي تراه يتفق والصالح العام، فتستقل بتقدير أهداف التشريع، لأن ذلك يتعلق -وفق هذا الرأي- بنطاق السياسة أكثر منه بالقانون، ولأن التشريع لا بد وأن يصطبغ بصبغة الحزب الغالب في البرلمان<sup>2</sup>.

فالقضاء الدستوري عندما يمارس دوره في الرقابة فيجب أن يكون عمله مستقلاً عن المشرع، فلا يجوز له أن يتدخل في السلطة التقديرية للمشرع، ولا يحق له أن يحل تقديره محل تقدير البرلمان، فالقضاء ملزم باحترام السلطة التقديرية للمشرع<sup>(3)</sup>.

## 2. القضاء الدستوري يراقب القواعد القانونية ولا يراقب النصوص التشريعية<sup>4</sup>،

بمعنى أن القضاء يباشر رقابته على القواعد القانونية التي يتم استخلاصها من

<sup>1</sup> - انظر د. عبد العزيز محمد سلمان - رقابة دستورية القوانين - رسالة دكتوراه - دار الفكر العربي - الطبعة الأولى - ١٩٩٥ - ص ١٠٤.

<sup>2</sup> - مما حدا هذا الاتجاه إلى القول بأنه من التجاوز الحديث عن السلطة التقديرية للسلطة التشريعية، ذلك أن حرية السلطة التشريعية تختلف اختلافاً بيناً عن السلطة التقديرية. انظر د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٦ وما بعدها.

<sup>3</sup> - د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، الطبعة الثانية، ص ٢٤٢.

<sup>4</sup>Thierry Di Manno, Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie (Collection droit public positif) (French Edition, Economica (1997), p 112.

النصوص التشريعية المطعون عليها ومدى توافقها مع القواعد القانونية المستخلصة من النصوص الدستورية المدعي مخالفتها، بمعنى أن النص المكتوب هو الشيء أما القاعدة القانونية المستخلصة منه فهي المعنى، فاستخلاص القاعدة القانونية من النص يتم من خلال عملية فكرية أساسها التفسير القائم على ضوابط معينة. فالقضاء لا يراقب النصوص وإنما يراقب القواعد القانونية المستخلصة من هذه النصوص، لأن مراقبة القضاء للنصوص معناها فقدان القضاء سلطته الذاتية في التفسير.

فالنص الذي يتصف بالغموض أو يوجد شك حول مضمونه يجب على القضاء الدستوري أن يفسره لكي يستخلص القاعدة القانونية منه، وقد يتم استخلاص القاعدة القانونية من أكثر من نص بشرط أن يكون هناك ثمة ترابط بين النصوص التي استخلص منها القاعدة القانونية.

إلا أن البعض قد انتقد هذا الرأي على أساس أن رقابة القضاء الدستوري تنصب على النص التشريعي وليس القاعدة القانونية، ولكن هذا الرأي منتقد (حسب وجهة نظر هذا الاتجاه) ذلك أن القواعد الدستورية لا يمكن مقارنتها إلا بقواعد قانونية، فالرقابة يجب أن تكون بين أمرين من جنس واحد. إضافة إلى أن الاعتماد على النص التشريعي دون القواعد القانونية المستخلصة منها سوف يحرم القضاء الدستوري من سلطته الذاتية في التفسير. فالتفسير هو أسلوب تتبعه المحاكم الدستورية لتجنب الحكم بعدم الدستورية قدر الإمكان، أي أن المحاكم الدستورية تستخلص من خلال التفسير قواعد قانونية من النص التشريعي تتوافق مع القواعد القانونية في الدستور<sup>(1)</sup>.

### الاتجاه الثاني:

وهو الاتجاه الذي ذهب إلى جواز الرقابة على الصياغة التشريعية للنصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب، والحقوق والحريات حصراً وذلك لخصوصية هذه التشريعات، فالنصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب يجب كأصل عام أن تكون

<sup>1</sup> - د. أحمد فتحي سرور- الحماية الدستورية، المرجع السابق، ص ٢٤٤ وما بعدها.

مكتوبة وأن يكون المخاطبون بهذه القواعد الجنائية على علم بها سلفاً. ولذا لا يصلح العرف مصدراً للتجريم والعقاب<sup>(١)</sup>، ويجب أن تكون هذه النصوص واضحة ومحددة وبعيدة عن الغموض وعدم التحديد.

وقد استند مؤيدي هذا الاتجاه على عدة اسانيد يمكن إجمالها بما يلي:

١. إن السلطة التشريعية عندما تصوغ تشريعاتها يجب أن تكون واضحة ومحددة وبعيدة عن الغموض وعدم التحديد، فالهدف من مبدأ الشرعية هو ضمان إعلام وإخطار الجمهور بما يعد جريمة والعقوبة المقررة عليها، ويجب أن يحدد التشريع القيود التي ترد على الحريات وهو ما يستلزم وضوح قصد الشارع. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن غموض النصوص العقابية يعني انفلاتها من ضوابطها وتعدد تأويلاتها. فلا تكون الأفعال التي منعها المشرع أو طلبها محددة بصورة يقينية، بل شباكاً أو اشراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو اخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها<sup>(٢)</sup>. وفي حكم آخر أكدت المحكمة الدستورية على ذلك اذ جاء فيه " إن إهمال المشرع في ضبط النصوص العقابية بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل جدل حول حقيقتها، يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطاراً معقولاً بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يأتيه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم"<sup>(٣)</sup>.

أن أي غموض في النص التشريعي من شأنه أن يؤدي إلى التحكيم القضائي الخطر المهدد للحقوق والحريات، فغموض النصوص الجنائية يوقع القضاء في

<sup>١</sup>- وقد يرد استثناء على هذا عندما يعتمد قانون العقوبات في تحديد النموذج القانوني للجريمة على أفكار غير جنائية تحكمها فروع أخرى غير قانون العقوبات، مثل القانون التجاري بخصوص الشيك والافلاس والجرائم المتعلقة بهما، والعلامات التجارية وتقليدها... إلخ راجع د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٤٤٠ وما بعدها.

<sup>٢</sup>- حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية (دستورية) والصادر في ٥/ يوليو/ ١٩٩٧، نشر في الجريدة الرسمية العدد (٢٩) في ١٩ يوليو سنة ١٩٩٧. وفي ذات المعنى حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية (دستورية) في ٥/ يوليو/ ١٩٩٧ نشر في الجريدة الرسمية العدد (٢٩) في يوليو سنة ١٩٩٧.

<sup>٣</sup>- المحكمة الدستورية العليا المصرية في ٣ فبراير ١٩٩٦ القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦، العدد (٧ مكرر).

محاذير واضحة قد تدفعه عند تطبيقه لهذه النصوص العقابية إلى ابتداع جرائم لا يكون المشرع قد قصد إنشائها، أو إلى مجاوزة الحدود التي اعتبرها الدستور مجالاً حيويًا لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها. أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن ((....الوضوح يحقق للأفراد الاستقرار القانوني ويتأكد مبدأ المساواة أمام القانون))<sup>1</sup>.

وفي ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر يشترط في النصوص العقابية والمتعلقة بالحقوق والحريات ما يلي<sup>2</sup>:

أ- أن تكون محددة بصورة يقينية لا التباس فيها ولا غموض. وفي هذا المعنى قضت بأن من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية، أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين منها في أي تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً، ويتعين بالتالي - ضماناً لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دول التباسها بغيرها، وبمراعاة أن تكون دوماً جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو انبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها. كذلك فإن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع وبين إعمال قواعد منظبطة تعين لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه. وهي قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطاراً لعملها لا يجوز تجاوزه، ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن توفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حريته في إطار من الضوابط التي قيدها بها. ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية، محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها

<sup>1</sup> انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر ٥ يولية ١٩٩٧، في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ في ١٩ يولية ١٩٩٧.

<sup>2</sup> د.احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية، المرجع السابق، ص ٤٤٤ وما بعدها

إلى الامتثال لكي يدافعوا عن حقهم في الحياة وكذلك عن حرياتهم، تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة. ولقد كان غموض القوانين الجزائية مرتبطاً من الناحية التاريخية بإساءة استخدام السلطة، وكان أمراً مقضياً أن يركن المشرع إلى مناهج جديدة في الصياغة لا تنزلق إلى تلك التعبيرات المرنة أو الغامضة أو المتميعة المحملة بأكثر من معنى والتي تتداح معها دائرة التجريم بما يوقع محكمة الموضوع في محاذير واضحة قد تنتهي بها في مجال تطبيقها للنصوص العقابية - إلى ابتداع جرائم لا يكون المشرع قد قصد حقيقة إلى إنشائها، وإلى مجاوزة الحدود التي اعتبرها الدستور مجازاً حيوياً لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها. وأضافت المحكمة الدستورية العليا بأن انتفاء الغموض في القوانين الجنائية يقع في نطاق مجموعة القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها<sup>(١)</sup>.

ب- أن تتضمن النصوص تحديداً جازماً لضوابط تطبيقها. وفي هذا المعنى أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه كلما أتم المشرع أفعالاً بذواتها حال وقوعها في مكان معين، فإن تعيين حدود وأوصاف هذا المكان بما ينفي التجهيل بها، يكون شرطاً أولاً لصون الحرية الفردية التي أعلى الدستور قدرها، وإن القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على تلك الحرية - سواء بطريق مباشر أو غير مباشر - تقتضي أن تصاغ أحكامها بما يقطع كل جدل في شأن حقيقة محتواها، ليبلغ اليقين بها حدا يعصمها من الجدل، وبما يحول بين رجال السلطة العامة وتطبيقها بصورة انتقائية، وفق معايير شخصية تخالطها

---

١- دستورية عليا في يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣، دستورية عليا في ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ٣ مارس سنة ١٩٩٤، العدد (٩ تابع)، ٥ يوليو سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ١٩ يوليو سنة ١٩٩٧ العدد (٢٩)، وانظر دستورية عليا في ١٥ مايو سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ٢٧ يونيو سنة ١٩٩٦ العدد (٢٥).

الأهواء، وتقال من الأبرياء لافتقارها إلى الأسس الموضوعية اللازمة لضبطها<sup>(١)</sup>.

وقالت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر لها: إن إهمال المشرع في ضبط النصوص العقابية بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل جدل حول حقيقتها، يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطاراً معقولاً بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يأتيه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم<sup>(٢)</sup>.

ج- أن تحكم النصوص مقاييس صارمة ومعايير حادة تلتئم مع طبيعتها. وفي هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا بأن النصوص الجنائية تحكمها مقاييس صارمة ومعايير حادة تتعلق بها وحدها وتلتئم مع طبيعتها، ولا تزاحمها في تطبيقها ما سواها من القواعد القانونية<sup>(٣)</sup>.

د- أن تصاغ النصوص الجنائية في حدود ضيقة. وفي هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يجوز أن يكون أمر التجريم فرطاً، وهو ما يتحقق في كل حال يكون فيه النص العقابي محملاً بأكثر من معنى مرهقاً بأغلال تعدد تأويلاته، مرناً مترامياً على ضوء الصيغة التي أفرغ فيها<sup>(٤)</sup>. ووضح من عبارات المحكمة الدستورية العليا سالفه الذكر أن معيار الوضوح والتحديد في النصوص الجنائية يتطلب اليقين وعدم الغموض، والتحديد الجازم القاطع لضوابط التطبيق، والخضوع لمقاييس صارمة والمعايير الحادة، وأن

<sup>1</sup>- دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ العدد (٢)، أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٤ العدد (٢٤).

<sup>2</sup>- دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦ العدد (٧ مكرراً)، ٥ يوليو سنة ١٩٩٧ في القضية ١٨ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ١٩ يوليو سنة ١٩٩٧ العدد (٢٩).

<sup>3</sup>- دستورية عليا في ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ١٥ أغسطس لسنة ١٩٩٦ العدد (٣٢).

<sup>4</sup>- دستورية عليا في ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في مارس سنة ١٩٩٤ العدد (٩ تابع).

تكون الحدود ضيقة لا انفلات في عباراتها. ويشمل هذا المعيار كل ما يتعلق بقواعد التجريم والعقاب وقواعد الإجراءات الجنائية سواء بسواء. وفي نفس الاتجاه عبر المجلس الدستوري الفرنسي عن هذا الأمر في قوله بضرورة أن يعرف المشرع الجرائم في عبارات واضحة ومحددة بطريقة كافية وذلك لاستبعاد التحكم<sup>(١)</sup>. وقضى بأن القانون يجب أن يعرف الأركان المكونة للجريمة في عبارات واضحة محددة، فإذا عاقب المشرع على جريمة معينة دون تحديد أركانها التي تقوم عليها، فإن النص التشريعي الذي تضمنه القانون في هذا الشأن يكون غير مطابق للدستور.

٢. أن غموض النصوص التشريعية كان دائماً مرتبطاً من الناحية التاريخية بإساءة استخدام السلطة، لذا كان لزاماً على المشرع أن يتبع مناهج جديدة في الصياغة تبتعد عن العبارات الغامضة أو المتميعة المحملة بأكثر من معنى. فغموض النصوص التشريعية يفتح باب إساءة استعمال السلطة، والتمييز بين الأفراد عند تطبيق القانون، وانتهاك الحقوق والحريات. لأن إبهام النص يمكن السلطة من تأويل النص تأويلات متعددة وكل تأويل سيطبق على فئة من فئات المجتمع.

**الاتجاه الثالث: وهو الاتجاه الذي تبنى إخضاع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري:-** إذ عدّ هذا الاتجاه وضوح التشريع مبدأ ذو قيمة دستورية، وقد تبنى هذا الاتجاه المجلس الدستوري الفرنسي حديثاً وذلك في عام ٢٠٠٤. فاعتبر المجلس الدستوري الفرنسي مبدأ وضوح التشريع مبدأ دستوري، يفرض على المشرع تبنى أحكام دقيقة بما فيه الكفاية، وصيغ غير مبهمة بهدف حماية أشخاص القانون من أي تفسير مخالف للدستور، أو من أي تعسف للسلطة المنفذه للقانون بل أن المجلس الدستوري قد بدأ يراقب مدى تضمن القانون قواعد قانونية، بمعنى أنه بدأ يقبل

<sup>١</sup>- د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

الطعن بالقوانين التي تتضمن تمنيات أو تأكيد بديهيات أو تتضمن برامج وخطط مستقبلية، ولا تتضمن قواعد قانونية تثبت التزامات وتمنح حقوق<sup>1</sup>.

وأكد هذا الأمر المجلس الدستوري الفرنسي في قرار آخر عند مناقشة لتقرير الملحق بقانون برنامج وتوجيه لمستقبل المدارس، إذ أورد في قراره ((أن النصوص مثار الخلاف لا تتضمن انكار لمبدأ وضوح القانون)) ووضح من هذا النص بان انكار مبدأ وضوح التشريع تجعل التشريع غير دستوري، وهذا القرار يؤكد تمسك المجلس الدستوري باعتماد وضوح التشريع كمبدأ دستوري<sup>2</sup>.

واستناداً لهذا التوجه الجديد للمجلس الدستوري الفرنسي فإنه بدأ يراقب نوعية الصياغة التشريعية، أي أنه لم يكتفي بمراقبة مدى وضوح أو عدم وضوح التشريع، وإنما بدأ يراقب نوعية الصياغة. فالصياغة التشريعية يجب أن تتضمن قواعد قانونية تفرض التزامات وتمنح حقوق، أو تتضمن قواعد قانونية قابلة للتطبيق واضحة في ما تفرضه من التزامات وما تمنحه من حقوق. أما إذا تضمن التشريع تمنيات أو خطط مستقبلية أو تصورات عامة غير محددة فإنه لا يعد من قبيل التشريعات وبالتالي الحكم بعدم دستورية<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني

### موقف المحكمة الدستورية البحرينية من الرقابة على الصياغة التشريعية

كان موقف المحكمة الدستورية البحرينية مرتبكاً ويشوبه الغموض وعدم الوضوح، فتارة تنص المحكمة الدستورية بصورة مباشرة على عدم اختصاصها بالرقابة على الصياغة التشريعية باعتبارها جزء من السلطة التقديرية للمشرع، فقد جاء في أحد أحكامها على أن (( يخرج عن اختصاص المحكمة بالرقابة السابقة على

<sup>1</sup> دومينيك روسو، وقائع الاجتهاد الدستوري ٢٠٠٥، مجلة القانون العام، وتترجمها وتصدرها باللغة العربية مجد (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع)، ٢٠٠٦، ص ٢٥٥. وراجع قرار المجلس الدستوري Cc 2004- 500 DC, 29 juillet 2004, Ree, p. 116.

<sup>2</sup> قرار المجلس الدستوري في ٢١ نيسان ٢٠٠٥.

<sup>3</sup> دومينيك روسو، وقائع الاجتهاد الدستوري ٢٠٠٥، مجلة القانون العام، وتترجمها وتصدرها باللغة العربية مجد (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع)، ٢٠٠٦، ص ٢٥٥. 7 juillet 2005. Cc2005- 516 DC. JO du 14 juillet 2005, p. 11589.



مشروع القانون المعروض ما يلي: مراجعة الصياغة القانونية للمشروع...<sup>1</sup>)، فهذا الحكم واضح في دلالاته على توجه المحكمة الدستورية بعدم اختصاصها بالرقابة على الصياغة التشريعية، رغم ان حكم المحكمة الدستورية كان بخصوص مشروع قانون الا انه يدل بصورة واضحة على توجه المحكمة بعدم مراقبة الصياغة التشريعية. إلا أنه في أحكام أخرى تذهب إلى خلاف ذلك، فقد جاء في أحد أحكامها أنه (... ومن ثم كان أمراً لازماً أن تصاغ النصوص العقابية بما يحول دون انسيابها، أو تقرير المسؤولية الجنائية في غير مجالاتها عدواناً على الحرية الشخصية التي كفلها الدستور ... ففي المجال الجنائي، ومن خلال النصوص العقابية، يجب أن يكون تحديد الأفعال المجرمة وعقوبتها، وارتباط هذه العقوبة بالفعل المادي، جلياً ووضوحاً وقاطعاً...).

واكدت المحكمة الدستورية البحرينية وجوب وضوح النصوص العقابية وعدم غموضها، تحقيقاً لمبدأ الضرورة في نصوص التجريم والعقاب، فقد حكمت بعدم دستورية نص المادة (١٥٧) من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦، المعدل بالمرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٢، والتي تنص على أنه "يعاقب بالسجن من ساهم في اتفاق كان الغرض منه ارتكاب جناية من الجنايات المنصوص عليها في المواد من ١٤٧ إلى ١٥٥ أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه. ويعاقب بالسجن المؤبد من حرض على الاتفاق أو كان له شأن في إدارة حركته. ومع ذلك إذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب جريمة معينة أو اتخاذها وسيلة إلى الغرض المقصود وكانت عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرتان السابقتان فلا توقع عقوبة أشد من العقوبة المقررة لتلك الجريمة. ويعاقب بالحبس من دعا آخر إلى اتفاق من هذا القبيل ولم تقبل دعوته. ويعفى من العقوبات المقررة في الفقرات الثلاث الأولى من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات القضائية أو

<sup>1</sup> تقرير المحكمة الدستورية في الاحالة الملكية رقم أ.ح.م / ١ / ٩ لسنة ٧ قضائية، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٩٠١ بتاريخ ٧/٢٥ / ٢٠٠٩.

الإدارية بقيام الاتفاق وبمن ساهموا فيه قبل الشروع في ارتكاب أية جناية من الجنايات المتفق عليها".<sup>1</sup>

وقد ذهبت المحكمة الدستورية في حيثيات حكمها إلى أن "القوانين العقابية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً، فإن الدستور قد وضع على تلك القوانين قيوده الصارمة وضوابطه الواضحة، حتى لا يتخذها المشرع وسيلة للذهاب بجوهر الحرية. ومن أهم هذه الضوابط ضرورة أن تكون درجة اليقين التي تنظم أحكام القوانين العقابية في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين من أية تشريعات أخرى. ويتعين بالتالي -ضماناً لهذه الحرية- أن تكون الأفعال التي تؤتممها محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو انبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها. كما أن غموض مضمون النص العقابي يؤدي إلى أن يُحال بين محكمة الموضوع وبين أعمال قواعد منضبطة، تُعَيَّنُ بموجبها أركان كل جريمة، وتُقرَّرُ بها عقوبتها بما لا خفاء فيه أو لبس، وهي قواعد لا ترخص فيها، وتمثل إطاراً لعملها لا يجوز تجاوزه. ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها. ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين العقابية محددة بصورة يقينية، لأنها تدعو المخاطبين بها على الامتنال لها لكي يدافعوا عن حقهم في الحياة، ويدفعوا عن حرياتهم تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة، بحيث لا يجوز تجاوز الحدود التي اعتبرها الدستور مجالاً حيوياً لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، وهو ما يخل في النهاية بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة وفقاً لنص المادة (٢٠/ج) من الدستور."

<sup>1</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - الدعويين رقم ٠٤/٣/د و ٠٤/٤/د لسنة (٢) قضائية جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢٧٤٦) - بتاريخ ٥ يوليو ٢٠٠٦.

وقد بيّنت المحكمة أن النص المطعون فيه قد خرج عن دائرة تجريم الأفعال والنواهي، ومعاقبته من يساهم في الاتفاق المشار إليه دون ارتكاب أي فعل مادي منهي عنه من المشرع، أو الامتناع عن فعل مطلوب منه القيام به مما يقع في دائرة شرعية التجريم والعقاب، الأمر الذي يجعل الركن المادي الذي لا يستوي بنيان الجريمة في غيابه منقياً، وبالتالي لا تكون هناك جريمة.

فقررت المحكمة أن "الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية في شأن دستورية النصوص العقابية يتعين أن تضبطها مقاييس صارمة ومعايير حادة تلتزم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية، مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة، سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية لضمان أن لا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية، ولكي تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة في ملاحقة المتهم، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من النصوص العقابية شباكاً أو شراكاً يلقبها لیتصيد باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها. ولا يعد الجزاء الجنائي مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ومتناسباً مع الفعل المؤثم، فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة مجافياً للعدالة..."<sup>1</sup>.

وفي حكم آخر أكدت المحكمة الدستورية على ضرورة صياغة النصوص العقابية بعبارات واضحة، إذ نصت على أنه (وأن تصاغ النصوص العقابية في حدود ضيقة تعريفاً بالأفعال التي جرمها المشرع، وتحديداً لماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها موطناً للإخلال بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في نصه المذكور...)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - الدعويين رقم د/٣/٠٤ و د/٤/٠٤ لسنة (٢) قضائية جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢٧٤٦) - بتاريخ ٥ يوليو ٢٠٠٦.  
<sup>2</sup> انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - رقم د/١/٠٧ لسنة (٤) قضائية، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢٨٨٩) - بتاريخ ٢/٤/٢٠٠٩.

ونستخلص من هذا الحكم عدد من الضوابط التي يجب أن تتوفر في نصوص التجريم والعقاب لكي تكون متوافقة والشرعية الدستورية، وهي وجوب أن تصاغ النصوص العقابية على نحو واضح ومحدد وعلى درجة من اليقين، بما يقطع كل جدل في شأن حقيقة محتواها، وليبلغ اليقين بها حداً يعصمها من الجدل، وبما يحول دون تطبيقها بصورة انتقائية، وذلك لأن الأفعال المجرمة تُشكل قيماً على الحرية الشخصية للأفراد، باعتبارها من مظاهر السلوك التي لا يجوز التسامح فيها على ضوء القيم الاجتماعية.

بل إن المحكمة الدستورية اعتبرت عدم الوضوح والإبهام في النص التشريعي يعد تهديداً لحقوق وحرريات الأفراد من جهة، ووسيلة لإرباك محكمة الموضوع وتعجزها عن ممارسة دورها في تفسير النص المبهم عندما لا تستطيع المحكمة استخلاص أركان الجريمة من النص المطعون به.

ويمكن ان نلخص موقف المحكمة الدستورية البحرينية بأنه أشار صراحة إلى عدم اختصاصه بمراقبة الصياغة التشريعية، الا انه فعليا قد مارس الرقابة وبشكل خاص فيما يتعلق بالنصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب والحقوق والحرريات بصورة ضمنية، وقد يكون سبب هذا الموقف بان الإشارة التي أشارت فيها المحكمة الدستورية بعدم اختصاصها بمراقبة الصياغة كانت بمناسبة تحريك الرقابة السابقة للمحكمة على مشاريع القوانين من قبل جلالة الملك، إلا أنها مارست الرقابة عند تحريك الرقابة اللاحقة على القوانين النافذة واللوائح. والواقع ان هذا التمييز لا أساس له، لان القانون المصاغ صياغة غير محكمة سينتج نفس الآثار سواء كان مشروعاً أو نافذاً، فالمشروع يحال إلى المحكمة الدستورية من قبل جلالة الملك بعد إقراره وقبل التصديق عليه بمعنى انه أحيل بعد إتمام صياغته من قبل السلطة التشريعية ولا يبقى لكي ينفذ سوى التصديق والإصدار والنشر، ولذا عدم إخضاع الصياغة في الرقابة السابقة لا معنى له فإما أن تقوم المحكمة بعدم إخضاع الصياغة في جميع الأحوال لرقابتها أو العكس.

وبغض النظر فالواضح أن المحكمة الدستورية قد تبنت الاتجاه الثاني من خلال إخضاع الصياغة لرقابتها في بصورة غير مباشرة اذا تعلق النص بالتشريعات الخاصة بالتجريم والعقاب والحقوق والحريات.

### **المبحث الثالث**

#### **طبيعة عيب الصياغة التشريعية وأساس الرقابة عليه**

إن غموض الصياغة التشريعية أو عدم وضوحها عيب يعتري التشريع، وهنا نتساءل ما هو طبيعة هذا العيب، ويمس أي ركن من أركان التشريع، وما هو الأساس الذي يستند إليه القضاء الدستوري في مراقبة الصياغة التشريعية. واستناداً لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول لعلاقة عيب الصياغة بأركان القانون، في حين سنتناول في المطلب الثاني أساس الرقابة على الصياغة التشريعية.

#### **المطلب الأول**

##### **علاقة عيب الصياغة بأركان القانون**

يذهب الفقه إلى أن للقانون خمسة أركان، وهذه الأركان هي ركن الاختصاص وركن الشكل وركن السبب وركن المحل وركن الغاية، وتقسم هذه الأركان إلى قسمين هي الأركان الخارجية (الاختصاص والشكل) والأركان الداخلية (السبب والحل والغاية)<sup>(١)</sup>.

إن العيوب التي تمس القانون هي العيوب التي تصيب أركانه، وتسمى بعيوب الدستورية، واستناداً لما سبق كان لابد من تحديد موضوع الصياغة يتعلق بأي ركن من أركان التشريع؟ وبالتالي تحديد العيب الذي يمس الصياغة التشريعية سيتعلق بأي ركن من أركان القانون الخمسة؟.

يعتقد البعض بأن موضوع الصياغة التشريعية يتعلق بركن الشكل، وبالتالي فإن أي عيب يصيب الصياغة تجعل التشريع معيباً من الناحية الشكلية، ويستند أصحاب هذا الاتجاه بأن الصياغة تؤدي ذات الدور الذي يؤديه نشر القانون في

<sup>1</sup> - د. صبري محمد السنوسي، أركان صحة التشريع، مجلة القانونية، التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد الثاني، السنة الأولى، شعبان ١٤٣٥ - يونيو ٢٠١٤، ص ٦١.

الجريدة الرسمية، والنشر هدفه إيصال مضمون القاعدة القانونية للمخاطبين بها، والصياغة التشريعية أيضاً هدفها إيصال مضمون القاعدة القانونية إلى علم المخاطبين بها بوضوح وبلغة سهلة ومفهومة. والقضاء الدستوري قد قبل الطعن بالنصوص التشريعية التي لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية، وكما هو معلوم فإن الحكمة من النشر في الجريدة الرسمية هو إعلام الأفراد بمضمون التشريعات، فالتشريع لا ينفذ إلا إذا تم نشره في الجريدة الرسمية، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية البحرينية في عدة أحكام أصدرتها، فقد جاء في أحد أحكامها ((إن أخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، تعتبر شرطاً لأنبائهم بمحتواها، ونفاذها بالتالي يفترض إعلانها من خلال نشرها ... ومؤدى ذلك أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلانيتها وذيوع أحكامها واتصالها بمن يعنيههم مرها، وامتناع القول بالجهل بها، وكان هذا النشر يعتبر كافلاً وفوقهم على ماهيتها ونطاقها، حائلاً دون تصلبهم منها، ولو لم تكن علمهم بها صار يقينياً، أو كان إدراكهم لمضمونها واهياً وكان حلمهم قبل نشرها على النزول عليها متضمناً إخلالاً بحريتهم أو بالحقوق التي كفلها الدستور ... فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر، أو تلك التي تصدر بغير اللغة العربية وهي اللغة الرسمية للدولة، لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها ولا بشروط تطبيقها فلا تتكامل مقوماتها التي أعتبر الدستور تحققها شرطاً لجواز التدخل التدخل بها لتنظيم الحقوق والحريات على اختلافها...))<sup>1</sup>، فكما هو واضح فإن المحكمة الدستورية اعتبر النشر وسيلة لإعلام المخاطبين بمضمون القاعدة القانونية، فإذا انتفى النشر انتفى إدراك المخاطبين بمضمونها، ويعد هذا الأمر خطراً يهدد الحقوق والحريات. وعلى ذات المنوال تعد سوء الصياغة التشريعية سبباً مقبولاً للحكم بعدم دستورية التشريع.

ولذا فإن القانون الذي لم يتم نشره في الجريدة الرسمية يكون قانون غير دستوري لأنه لم يستوف إجراءً شكلياً مهما نص عليه الدستور هدفه إيصال مضمون

<sup>1</sup> انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية، رقم د/٤/٢٠١٠ لسنة (٨) قضائية جلسة ٢٦ ديسمبر ٢٠١٢ - منشور في الجريدة الرسمية رقم (٣٠٨٦) - بتاريخ ١٠ يناير ٢٠١٣ ..

القانون للمخاطبين به، وعلى ذات المنوال فإن القانون المصاغ صياغة غير واضحة وغير مفهومة يكون معيباً بعبء الشكل لأن هذا القانون لا يمكن أن يصل مضمونه إلى علم المخاطبين به.

إن هذا الرأي غير دقيق، فموضوع الصياغة يتعلق بمضمون القانون أو مادته، وبالتالي فهو يتعلق بأركان القانون الداخلية وعلى وجه الخصوص ركن المحل، فمحل القانون هو ((الأثر القانوني المترتب عليه، فهو جوهر القانون ومادته، وهو الركن الذي يترجم إرادة مصدر القانون إلى وقائع))، فالصياغة تتعلق بجوهر القانون ومادته، وهي الأداة التي يترجم بها المشرع إرادته، والوسيلة التي ينقل بها المشرع إرادته إلى المخاطبين بها من أشخاص. ولذا فإن أي خلل أو عيب يمس الصياغة فإنه سيمس بمحل القانون.

وفي هذا الإطار قضت المحكمة الدستورية العليا ((إن سلطة تفسير النصوص التشريعية سواء تولتها السلطة التشريعية أم باشرتها الجهة التي عهد إليها بهذا الاختصاص، لا يجوز أن تكون موطئاً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المجال الطبيعي لهذا التفسير، لا يعدو أن يكون وقوفاً عند المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية، وهي مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كي لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداءً. بل مناطها ما تغياه المشرع حقاً حين صاغها، وتلك هي الإرادة الحقيقية التي لا يجوز الالتواء بها، ويفترض في النصوص القانونية أن تكون كاشفة عنها مبلورة لها، وهي بعد إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها، أو يعتبر مسخاً أو تشويهاً لها، أو نكولاً عن حقيقة مراميها أو انتزاعاً لبعض ألفاظها من سياقها...))<sup>(١)</sup>.

واستناداً لما سبق فإن الخلل الذي سيصيب الصياغة سينعكس على الأثر الذي سيحدثه، وبالتالي سيرتب آثاراً قانونية غير الآثار التي توخى المشرع العادي تحقيقها.

<sup>1</sup> - قضية رقم ٢٣٢ لسنة ٢٥ ق دستورية عليا بتاريخ ١٥/أبريل/٢٠٠٧.

## المطلب الثاني

### أساس الرقابة على الصياغة التشريعية

إخضاع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري لا بد ان يستند على أساس دستوري، فالتشريع المبهم او الغامض او غير الواضح قد لا يتضمن مخالفة مباشرة لنص من نصوص الدستور، ولذا نتساءل ما هو الأساس الذي يستند اليه القضاء الدستوري في رقابة الصياغة التشريعية، ومن ثم الحكم بعد دستورية النص المصاغ صياغة غامضة او مبهمه.

ان وضوح التشريع يحقق الأمن القانوني، ويوفر الحماية لحقوق وحرريات الأفراد، فكلما كان التشريع واضحا مفهوما من قبل المخاطبين به كان ذلك سببا لحسن تطبيقه، ومنع التحكم القضائي، وبالتالي تحقيق الأمن القانوني، وتوفير حماية حقيقية لحقوق وحرريات الأفراد.

اذا يمكن ان نحدد أساسين لرقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية هما الامن القانوني و حماية الحقوق والحريات.

### الفرع الأول

#### الأمن القانوني

يعرف الأمن القانوني بأنه توفير حالة من الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية. فهو أسلوب يضمن الثبات والاستقرار للنظام القانوني، ويؤمن للمواطنين حقوقهم وحررياتهم ضد المفاجآت التي تمس مراكزهم القانونية، أو تعرضها للخطر<sup>(١)</sup>.

ويتحقق الأمن القانوني من خلال وضع تشريعات متوافقة مع الدستور ومبادئ القانون الدولي، والموازنة بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للأفراد. فالأمن القانوني معناه هو إشاعة الطمأنينة والثقة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص. فالأمن القانوني هو غاية القانون والهدف الذي يسعى لتحقيقه، وهو قيمة معيارية وظيفته تأمين النظام القانوني من الاضطراب والعيوب التشريعية

<sup>1</sup> - د. يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، عدد ٣، سنة ١، يوليو ١٨٨٩، ص ٥١.



الشكلية والموضوعية. وهذا ما يتطلب سن تشريعات تتسم بالوضوح والدقة في قواعدها، وأن لا تتضمن تضخم في النصوص أو رجعية في تطبيق القواعد القانونية إلى الماضي مما يشيع حالة من حالات الفوضى، وانعدام الثقة في الدولة وقوانينها<sup>(١)</sup>.

والأمن القانوني يعد مبدأ من مبادئ القانون. وسمة من سمات الدولة القانونية. لأن هدفه أن يسود القانون. ويتحقق ذلك كلما كان التشريع واضحاً في قواعده. سهل الفهم والاستيعاب من قبل المخاطبين به.

فغموض التشريع، وعدم وضوح نصوصه، وكثرة التعديلات عليه، واختلاف الاجتهادات القضائية حوله، كلها تخلق حالة من حالات عدم الاستقرار القانوني والقضائي، ويترتب عليه فقدان الأفراد الثقة في القوانين والأحكام القضائية في آن واحد، وشيوع حالة عدم الاستقرار في المعاملات، وعدم استقرار المراكز القانونية للأشخاص، وكل هذا سيكون مدخلاً لتهديد الحقوق والحريات<sup>(٢)</sup>.

إن من أبرز متطلبات الأمن القانوني هو وضوح القواعد القانونية. وعدم تناقضها، وسهولة فهم واستيعاب القواعد القانونية من قبل المخاطبين. وهذا الأمر يتحقق من خلال صياغة التشريعات صياغة محكمة ومنقته<sup>(٣)</sup>.

إن القضاء الدستوري بصورة عامة، والمحكمة الدستورية البحرينية بصورة خاصة تستطيع أن تستند في إخضاع الصياغة التشريعية لرقابتها على أساس انها تعد عنصراً من عناصر الامن القانوني وتخلفها سيؤدي الى عدم تحقق الامن القانوني، فالقضاء الدستوري يستطيع أن يصدر حكماً بإيقاف نفاذ قانون مصاغ صياغة مبهمه أو غير واضحة على أساس أنه لا يحقق الأمن "القانوني" وعدم تحقيق الأمن القانوني تجعل التشريع مصاب بعوار دستوري ولذا فإن القضاء يصدر حكمه بعدم دستورية هذا القانون.

خاصة أن مبدأ الأمن القانوني أضحى اليوم من المبادئ الدستورية.

1- د. مصطفى بن شريف، د. فريدينته، الأمن القانوني والأمر القضائي، مجلة العلوم القانونية، موقع المجلة.

2- د. أحمد فتحي سرور- المرجع السابق، ص ٨٩.

3- د. مصطفى بن شريف ود. فريد نينه- المرجع السابق.

فمبدأ الأمن القانوني أضحى اليوم مبدأً دستورياً قد نصت عليه دساتير بعض الدول صراحة - كما فعل دستور اسبانيا لسنة ١٩٧٨ في الفصل ٩ الفقرة ٣ والتي جاء فيها ((الدستور يضمن مبدأ الشرعية، وتراتبية القواعد القانونية، ونشرها، وعدم رجعية المقضيات العقابية التي ليست لصالح الأفراد أو كونها تحد من حقوقهم، أو الأمن القانوني ومسؤولية السلطة العمومية ويحمي جميع هذه المبادئ من أي عمل تحكمي)). وقد يستخلص هذا المبدأ القضاء الدستوري ويعده من المبادئ الدستورية رغم عدم نص الدستور عليه صراحة كما هو الحال في القضاء الدستوري الألماني<sup>(١)</sup>.

واعترف المجلس الدستوري الفرنسي بصورة متدرجه بالامن القانوني كمبدأ دستوري ضمن قراراته، فأكد بصورة متواترة على ان القوانين يجب ان تكون واضحة في معانيها، وان تكون توقعية ومعيارية، وغير متسمة بالرجعية، او بالاغفال القانوني<sup>٢</sup>. وهذا الامر قد دفع مجلس الدولة الى الاخذ بهذا المبدأ بصورة اكثر صراحة وذلك بقراره في ٢٤ / ٦ / ٢٠٠٦، اذ أكد على ان الامن القانوني حق من حقوق الانسان مستنداً الى اعلان حقوق الانسان والمواطنة الصادر ١٧٨٩، والذي نص على ان الامن حق من حقوق الفرنسيين<sup>٣</sup>.

في حين نجد أن القضاء الأوربي من خلال اجتهاد محكمة العدل للمجموعة الأوربية<sup>(٤)</sup>، والمحكمة الأوربية لحقوق الانسان قد اعتبروه من المبادئ الأساسية التي يجب أن تتوفر في القانون الأوربي<sup>(٥)</sup>.

واستناداً لما سبق فإن المحكمة الدستورية تستطيع أن تباشر رقابتها للصياغة التشريعية للقوانين واللوائح استناداً إلى أن عدم صياغة هذه القواعد القانونية بصورة

<sup>1</sup> - د. مصطفى بن شريف، ود. فريد نبته، الأمن القانوني والأمن القضائي، مجلة العلوم القانونية، من موقع المجلة الالكترونية [www.marocdriot.com](http://www.marocdriot.com).

<sup>2</sup> Cons. Const, 93-373 DC, 9 avril, 1996, consid.85.

<sup>3</sup> CE, Ass 24 mars 2006, societe KPMG et autres.

<sup>4</sup> - قرارها الصادر في ٢٢ / مارس / ١٩٦١.

<sup>5</sup> - قرارها الصادر في قضية Marckx في سنة ١٩٦٩.

جيدة وواضحة وبشكل مفهوم سيشكل انتهاكاً لمبدأ دستوري وهو الأمن القانوني وبالتالي تعد هذه القواعد قوانين غير دستورية.

## الفرع الثاني

### الحقوق والحريات

تحرص الدساتير على حماية الحقوق والحريات الأساسية، وأبرز صورة لحمايتها هو أن يتم النص عليها في متن الوثيقة الدستورية. إلا أن ذلك ليس كافياً لوحده، فلا بد من وجود وسيلة قانونية تمنع القواعد القانونية الأدنى درجة من المساس بالحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، وهذه الوسيلة هي الرقابة على دستورية القوانين<sup>1</sup>.

والقضاء الدستوري يتولى حماية الحقوق والحريات من خلال التأكد من أن جميع القواعد الأدنى درجة من الدستور لا تمس بها، أو تنتقص من مضمونها، فإذا وجد القضاء خلاف ذلك حكم بعد دستورية أي نص أو قانون قد مس بهذه الحقوق والحريات<sup>2</sup>.

واستناداً لما سبق يجب على المشرع العادي عندنا يتولى تنظيم الحقوق والحريات أن يراعي ذلك، من خلال تنظيم هذه الحقوق والحريات دون أن يقيدتها أو ينتقص من جوهرها بحجة التنظيم. والمشرع العادي ملزم كذلك بصياغة القوانين المنظمة للحقوق والحريات بعبارات واضحة، وبصيغ مفهومة، وكلمات محددة لا تحتمل التفسير أو التأويل، لأن أي تنظيم لهذه الحقوق والحريات بعبارات مرنة وغير محددة أو غامضة سيؤدي إلى سوء تطبيق هذه القوانين وبالتالي المساس بالحقوق والحريات فالمشرع يجب أن يتجنب صياغة النصوص والقوانين المتعلقة بالحقوق والحريات بعبارات غامضة أو غير مفهومة، لأن ذلك سيؤدي إلى إفراغ هذه الحقوق من مضمونها، والمساس بجوهرها، والانتقاص منها.

<sup>1</sup> د. مروان المدرس ود. محمد المشهداني، القانون الدستوري البحريني مع مقدمة عن النظرية العامة للدستور، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٢٦٠ وما بعدها.

<sup>2</sup> د. مروان المدرس، اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات، بحث مقبول للنشر في مجلة العلوم الشرعية والقانونية التي تصدرها جامعة الشارقة.

إضافة لما سبق فإن غموض التشريع، وعدم وضوح نصوصه يشكل تهديداً خطيراً للحقوق والحريات وبالتالي فإن القضاء الدستوري يقوم بمراقبة الصياغة التشريعية للقوانين واللوائح بهدف حماية الحقوق والحريات.

إن غموض النصوص التشريعية، يترك مجالاً واسعاً لتعسف القاضي وذلك من خلال تحديد معناها، والمدى الذي من المناسب أن يعطيه لها، وبالتالي فإن القاضي يقوم بعمل شبه تشريعي وهو خلاف العمل المفروض أن يقوم به، وكل هذا سيهدد الأمن القانوني<sup>(١)</sup>. إضافة الى ان ذلك سيؤدي إلى منح القاضي مساحة واسعة من التفسير والتأويل الذي قد يؤدي إلى التحكيم القضائي المرفوض.

إن حسن تطبيق القانون وتحقيق الغاية منه بتنظيم الحقوق والحريات يستوجب أن تصاغ القوانين بعبارات واضحة ومحددة لا تحتمل أي تفسير أو تأويل قد يمس بها، أو ينتقص منها.

---

<sup>1</sup> - ايف غورمييه، القانون الإداري، منشور في مجلة القانون العام وعلم السياسة- العدد الأول، ٢٠٠٦، ص ٨٧.

## الخاتمة:-

تناولنا في هذا البحث دراسة رقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية،  
وتوصلنا إلى النتائج الآتية:-

١. انقسم القضاء الدستوري حول مدى خضوع الصياغة لرقابته إلى ثلاث اتجاهات، اتجه ذهب إلى عدم خضوع الصياغة لرقابة القضاء الدستوري، واتجاه ثاني تبنى خضوع التشريعات الخاصة بالتجريم والعقاب والحقوق والحريات لرقابة القضاء الدستوري، واتجاه ثالث ذهب إلى خضوع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري بل عد وضوح التشريع مبدأ دستوري يجب مراعاته.

٢. تبنى القضاء الدستوري في مملكة البحرين موقفا مرتبكا ومتناقضا، فينص بأحد أحكامه إلى عدم خضوع الصياغة التشريعية لرقابته بشكل صريح وجلي من جهة، في حين ينص في أحكام أخرى على ضرورة ان تكون النصوص العقابية مصاغة بعبارات واضحة ودقيقة ومحددة لا تقبل التأويل او التفسير من جهة أخرى، ومن خلال ذلك يتضح بان المحكمة الدستورية البحرينية قد تبنت الاتجاه الثاني الذي تبنته اغلب الدول العربية.

٣. ان سوء الصياغة عيب يمس محل التشريع، لأنه يتعلق بمضمون القانون ومادته، ولا يتعلق بركن الشكل.

٤. ان القضاء الدستوري ممكن ان يستند في بسط رقابته على الصياغة التشريعية لمبدأ الأمن القانوني، فحسن الصياغة التشريعية تؤدي إلى فهم المخاطبين به لمضمونه، وبالتالي ضمان تنفيذه من قبلهم على أحسن وجه وهذا يحقق الأمن القانوني، ويوفر الثبات والاستقرار للقاعدة القانونية.

٥. ممكن ان يستند القضاء الدستوري ايضا في اخضاعه الصياغة التشريعية لرقابته استنادا إلى دوره في حماية الحقوق والحريات، فالتشريعات المبهمه

والغامضة تكون مهددة للحقوق والحريات، وتفتح الباب لاساءة استعمال السلطة، والتحكم القضائي المرفوض.

#### التوصيات:-

نوصي القضاء الدستوري في الدول العربية ( ودول مجلس التعاون خصوصا) باعتماد مبدأ وضوح التشريع كمبدأ دستوري باعتباره الأساس الذي يحقق الأمن القانوني من جهة، ولحماية الحقوق والحريات من جهة أخرى. واستنادا لذلك نوصي بان يبدأ القضاء الدستوري بمراقبة الصياغة التشريعية والتأكد من صياغة القوانين صياغة محكمة وبلغة واضحة ومفهومة وذلك لكي يحقق التشريع الغاية التي يتوخى تحقيقها، ولضمان حسن تطبيق التشريع من قبل الجميع (أفرادا وسلطات)، وان يكون التشريع مصدر لإشاعة الثقة والاستقرار في المجتمع.

## المراجع

### أولاً: الكتب ورسائل الماجستير والدكتوراه:

١. المنجد في اللغة، الطبعة ٣٩، لسنة ٢٠٠٢، دار الشرق، بيروت.
٢. لسان العرب، لأبن منظور، المجلد الثاني.
٣. المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، ١٩٨٠م، الجزء الأول.
٤. د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة ١٩٩٣.
٥. د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، الطبعة الثانية.
٦. د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الار الجامعية، ١٩٩٠م.
٧. د. رمضان أبو السعود- الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الطبعة الثانية، ١٩٨١.
٨. د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
٩. د. عبدالحى حجازي- المدخل لدراسة العلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٦.
١٠. عبدالسلام بن عبدالعالي، أسس الفكر الفلسفي المعاصر، دار تويقال للنشر، المغرب، الدار البيضاء، ١٩٩١م.
١١. د. عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.
١٢. علي العرادي، مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته - دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البحرين، ٢٠١٤.
١٣. د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - ٢٠٠٣.

١٤. د. مروان المدرس ود. محمد المشهداني، القانون الدستوري البحريني مع مقدمة عن النظرية العامة للدستور، مطبعة جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.

#### ثانياً: البحوث واوراق العمل:

١. د. أبو بكر الزهيري، قواعد صياغة التشريعات، مجلة دراسات دستورية، تصدر المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، المجلد الأول، العدد الثالث، رمضان ١٤٣٥ هـ، يوليو ٢٠١٤.

٢. ايف غورمييه، القانون الإداري، منشور في مجلة القانون العام وعلم السياسة- العدد الأول، ٢٠٠٦.

٣. دومينيك روسو، وقائع الاجتهاد الدستوري ٢٠٠٥، مجلة القانون العام، وتترجمها وتصدرها باللغة العربية مجد (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع)، ٢٠٠٦، ص ٢٥٥.

٤. د. صبري محمد السنوسي، أركان صحة التشريع، مجلة القانونية، التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد الثاني، السنة الأولى، شعبان ١٤٣٥ - يونيو ٢٠١٤.

٥. د. ضاري خليل محمود، الصياغة القانونية علم وفن، مجلة دراسات دستورية، تصدرها المحكمة الدستورية، البحرين، المجلد الأول، العدد الأول، شعبان ١٤٣٤ هـ، يوليو ٢٠١٣ م.

٦. د. علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورقة عمل مقدمة لورشة العمل الخاص بتطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية المنعقدة في بيروت للفترة من ٣ - ٦ فبراير ٢٠٠٣ م

٧. السيد علي موسى - العملية التشريعية في الدول العربية- الخبرات المقارنة والدروس المستفادة، ورقة مقدمة لورشة العمل الخاصة بتطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، المنعقدة في بيروت للفترة من ٣ - ٦ فبراير ٢٠٠٣.



٨. د. مروان المدرس، اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات، بحث مقبول للنشر في مجلة العلوم الشرعية والقانونية التي تصدرها جامعة الشارقة.

٩. د. مصطفى بن شريف، ود. فريد نبتة، الأمن القانوني والأمن القضائي، مجلة العلوم القانونية، من موقع المجلة الالكترونية [www.marocdriot.com](http://www.marocdriot.com).

١٠. د. يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، عدد ٣، سنة ١، يوليو ١٨٨٩.

### ثالثاً: المراجع الأجنبية:

- Lawrence E. Filson and Sandra L. Strokoff, The Legislative Drafter's Desk Reference, Second Edition, CQ Press, A Division of Congressional Quarterly Inc, Washington D.C, 2008
- Thierry Di Manno, Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie (Collection droit public positif) (French Edition, Economica (1997).

### رابعاً: أحكام المحاكم:

١. أحكام المحكمة الدستورية البحرينية
٢. أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر
٣. قرارات المجلس الدستوري الفرنسي
٤. قرارات مجلس الدولة الفرنسي.

**فلسفة الدوام المرن في نظام الخدمة المدنية الأردني  
(دراسة تحليلية مقارنة)**

د. نسرين فتحي حسين



## الملخص

هدفت الدراسة الحالية إلى إيضاح مفهوم الدوام المرن في نظام الخدمة المدنية الأردني والذي تم ادخاله مؤخراً لأول مرة عام ٢٠١٧ ومحاولة اقتراح تنظيم تشريعي لهذا المصطلح ، كما تهدف الدراسة إلى التطرق لتجارب عدد من الدول الأخرى في هذا السياق واقتراح استحداث تشريع مناسب لتطبيق ساعات العمل المرنة.

وتوصلت الدراسة الى العديد من النتائج من أهمها ان مفهوم العمل المرن يعطي الحق للموظف بتخفيض ساعات العمل إذا كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، بحيث يكون للموظف فيه الحق وبعد موافقة صاحب العمل بتوزيع ساعات العمل المحددة يومياً، وبشكل يتواءم مع احتياجات العامل، وقد وجد أنّ هذا النظام يعود على الموظف والمؤسسة بعدد من المزايا تحسن التوازن بين حياته العملية والشخصية، وانخفاض معدل التردد على العمل، وقلة عدد الإجازات، وانخفاض معدلات المرض. وتؤدي لزيادة الدافع للعمل لدى الموظفين، ورفع كفاءة العمليات وفعاليتها، وتراجع الإرهاق لدى الموظفين، وانخفاض عدد الأخطاء.

## الكلمات الدالة :

- العمل المرن
- العمل عن بعد
- نظام الخدمة المدنية

## **Philosophy of flexible Working in the Jordanian Civil Service (A Comparative Analytical Study)**

### **Abstract:**

The current study aims at clarifying the flexible working concept in the Jordanian civil service, which was introduced lately for the first time in 2017 and the attempt to suggest a legislative regulation for this term. The study also aims at discussing the experiences of several other countries in this context and suggests introducing a suitable legislation to apply flexible working hours..

The study concluded several results; one of the most important ones is that the flexible working concept gives the employee the right to reduce the working hours if the work's nature allows that, where the employee, after the employer's approval, has the right to distribute the specific daily working hours in a way that is aligned with the worker's needs. It was found that this system has many advantages for the employee and the establishment, which enhance the balance between his practical and personal life, reduce the average of employment's attendance, fewer days off and reduce sickness average. In addition, it leads to increase work motivation of employees, upgrade the operations' efficiency and effectiveness, and reduce the number of mistakes.

**Keywords:**

- 1- Flexible Working.
- 2- Remote Working.
- 3- Civil Service System.

## المقدمة

تم إدخال مصطلح الدوام المرن لأول مرة في نظام الخدمة المدنية الأردني المعدل لسنة ٢٠١٧ وذلك في الفصل الرابع عشر تحت عنوان (الدوام الرسمي والإجازات) بإضافة الفقرة ج للمادة ٩٦ حيث نصت على ما يلي :

١. على كل دائرة تنظيم ساعات العمل بما يتلاءم وطبيعة الخدمات التي تقدمها للمواطنين، ولها تطبيق مفهوم الدوام المرن بما في ذلك الدوام الجزئي لبعض وظائفها.

٢. يتم تنظيم جميع الشؤون المتعلقة بالدوام المرن بمقتضى تعليمات يصدرها مجلس الوزراء بناء على تنسيب المجلس.

وتعني ساعات العمل المرنة : الجدول الزمني المتغير للعمل، وهي النقيض لترتيبات العمل التقليدية التي تفرض على الموظفين العمل على مدار يوم عمل قياسي يمتد من الساعة التاسعة صباحاً حتى الخامسة مساءً. وفي ساعات العمل المرنة، تكون هناك مدة رئيسية (تبلغ حوالي نصف إجمالي وقت/يوم العمل) وتسمح سياسة ساعات العمل المرنة للموظفين بتحديد الوقت الذي سيعملون فيه، في حين تسمح سياسة أماكن العمل المرنة لهم باختيار مكان عملهم. ومن مزايا ساعات العمل المرنة السماح للموظفين بتكييف ساعات عملهم مع مواعيد المواصلات العامة، والجدول الزمني لأبنائهم، وتجنب أوقات ازدحام المرور<sup>1</sup>.

ويهدف هذا الأسلوب إلى تقليل غياب الموظفين وتكرار الاستئذان، وحسومات الراتب بسبب الاجازات ، حيث بلغت نسبة المتأخرين في دراسة أجراها معهد إدارة البحوث في الرياض بسبب ازدحام المرور وتوصيل الأبناء إلى المدارس في بعض الدوائر إلى ٨٢% من مجموع الموظفين<sup>٢</sup>

<sup>1</sup> انظر تعريف العمل المرن في وكيبيديا ، الموسوعة الحرة ، الموقع الالكتروني:

<https://ar.wikipedia.org/wiki>

<sup>2</sup> أبو شعر ، عبد الرزاق ، و العزة، محمد صالح ، الانتظام بالدوام الرسمي في الأجهزة الحكومية، بحث ميداني، معهد إدارة البحوث، الرياض، ١٩٨١، ص٣٤

ويذكر أنّ نظام العمل المرن قد تم تبنيه سابقاً بالنسبة للعمال المدنيين في الأردن ، وذلك بموجب نظام رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٧ والصادر بمقتضى المادة ٤٠ من قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ وذلك قبل النص على هذا المصطلح في نظام الخدمة المدنية بالنسبة للموظفين العموميين ، على أنه تم استبدال مصطلح (العمل المرن) بالنسبة للعاملين الخاضعين لقانون العمل ب (الدوام المرن) بالنسبة للموظفين العموميين الخاضعين لنظام الخدمة المدنية.

### إشكالية البحث:

جاءت هذه الدراسة بهدف الوقوف على فلسفة الدوام المرن، والكشف عن الصور التي يمكن للمرافق العامة المختلفة تطبيقه من خلالها على غرار القطاعات الخاصة ، والكشف كذلك عن المزايا المختلفة والتي دعت عدداً من الدول الغربية لتبنيه والتي لا يحول دونها في الدول العربية سوى النقص التشريعي لتنظيم مثل هذا المفهوم ، والافتقار كذلك إلى الجراءة من قبل بعض الإدارات في تطبيقه ظناً منها أنه يعرقل سير المرفق العام ويشجع الموظفين على التسبب الوظيفي ، في حين أنّ هذا النظام يعزز مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراب ، كما أنه ينسجم تماماً مع كل المواثيق الدولية التي تسعى لتعزيز حقوق المرأة العاملة وبعض الفئات الخاصة كما سنرى من خلال هذا البحث.

### أهمية البحث:

أكدت الدراسات والاستطلاعات في الدول التي تبنت هذا النظام أن نسبة الرضا عن الدوام المرن بلغت أكثر من ٥٠% ، والرضا الوظيفي هو بالطبع أمر مهم لزيادة الانتاجية ورفع كفاءة العامل والعمل ، ويجدر بالذكر كذلك أنّ نظام الدوام المرن هو من الأنظمة المطبقة منذ سنوات عديدة في عدد من الدول كالولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وفرنندا ، وقد تم النص عليه مؤخراً في عدد من تعليمات الخدمة المدنية في الدول العربية، ومن ضمنها الأردن والامارات ومملكة البحرين .

لذا فإنّ أهمية هذا البحث تكمن في محاولة كشف اللثام عن مزايا هذا الدوام وذلك بمقارنتها مع العيوب البسيطة له ، ومحاولة إيجاد تنظيم تشريعي يتيح للمؤسسات

العامة في الأردن وغيرها من الدول الخروج من النمط التقليدي لساعات الوظيفة إلى صور وأشكال أكثر مرونة ، وذلك من خلال توضيح المنافع التي يعكسها هذا النمط من الدوام على إنتاجية ورضا الموظف، والتي تنعكس بالضرورة على إنتاجية المؤسسة، كما يسعى البحث لبيان أهمية الدوام المرن في خدمة عموم وكامل مرافق الدولة حيث أنه يخفف في الازدحامات المرورية ويساعد في تقليل المغادرات الرسمية لإنجاز المعاملات الحكومية كما سنرى عبر الدوام بالتناوب، فضلاً عن أنه يسهم في وضع الدولة في مصاف الدول المتقدمة الساعية لتعزيز حقوق بعض الفئات كالنساء العاملات وذوي الاحتياجات الخاصة لما تلعبه ساعات العمل المرنة من التخفيف على تلك الفئات.

#### **منهجية البحث:**

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي ، وذلك بالرجوع إلى المعلومات المتوفرة في المراجع الإدارية والقانونية والشبكات الالكترونية حول مصطلح الدوام المرن وأشكال تطبيقه ، وعملت الدراسة على تحليل النصوص الناظمة لساعات العمل المرنة في قانون العمل الأردني ومحاولة اقتراح نصوص مماثلة بالنسبة لموظفي القطاع العام ، واتبعت الدراسة كذلك منهج المقارنة مع تشريعات بعض الدول كالبحرين والامارات.

#### **الخطة المتبعة في البحث :**

تم تقسيم هذا البحث كما يلي :

**المبحث الأول : تطبيقات وجدوى الدوام المرن في التشريعات المختلفة.**

**المطلب الأول : أشكال وصور الدوام المرن.**

**المطلب الثاني : مقارنة بين مزايا وعيوب ساعات العمل المرنة.**

**المبحث الثاني : أهمية العمل المرن في منظومتي الإدارة الالكترونية وحقوق ذوي الإعاقة.**

**المطلب الأول : العمل المرن والتحول نحو الإدارة الالكترونية.**

**المطلب الثاني : أثر مرونة العمل على حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة.**



## المبحث الأول

### تطبيقات وجدوى الدوام المرن في التشريعات المختلفة

إذا ما سلمنا بأن مفهوم الدوام المرن بالنسبة لموظفي القطاع العام هو المفهوم المقصود ذاته في نظام العمل المرن رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٧ الصادر بمقتضى قانون العمل الأردني بالنسبة لعمال القطاع الخاص، فمن الجدير بالذكر أنه وبحسب هذا النظام فإنّ الفئات المستهدفة بالعمل المرن بحسب المادة ٣ هي:

١. العامل الذي أمضى في الخدمة لدى صاحب العمل ثلاث سنوات متصلة.
٢. العامل الذي لديه مسؤوليات عائلية ويشمل المرأة الحامل أو العامل الذي يتولى رعاية طفل أو رعاية فرد من أفراد العائلة أو رعاية كبار السن بسبب إعاقة أو مرض.
٣. العامل المنتظم بالدراسة الجامعية.
٤. العامل ذوي الإعاقة.

والسؤال المطروح في هذا السياق هل يمكن شمول الفئات السابقة من الموظفين العموميين بتطبيق الدوام المرن؟

لا شك بالطبع أنه لا يوجد ما يمنع من شمول فئات الموظفين العموميين الذين تنطبق عليهم أي من الشروط المذكورة في نظام العمل المرن المتعلق بقانون العمل، شريطة إقرار نظام خاص بهم لمثل هذا النوع من الدوام، ولكننا نرى كذلك ان حصر الفئات بهذا الشكل هو تضيق لمفهوم الدوام المرن ، فالدوام المرن يمكن تطبيقه على جميع فئات الموظفين بغض النظر عن ظروفهم في بعض الحالات التي تتطلب ذلك ، وأقرب صورة لهذا الدوام هو السماح لهم بالتناوب على الصباحي مثلاً شريطة تعويض ذلك بالتأخر بعد ساعات الدوام الرسمية<sup>١</sup>

<sup>١</sup> انظر تعميم جامعة العلوم والتكنولوجيا الأردنية حول تطبيق نظام الدوام المرن <http://www.ammonnews.net/article/286713> وفقاً للالية التالية:

\* يمكن للموظف الحضور للجامعة وبدء العمل اعتباراً من الساعة ٧:٣٠ - ٨:٠٠ صباحاً.  
\* بإمكان الموظف الذي حضر ما بين الساعة ٧:٣٠ - ٨:٠٠ صباحاً انهاء العمل بعد مرور ٨ ساعات عمل كاملة.

\* تعطى فترة سماح صباحية لمدة ١٠ دقائق فقط وسيتم حسم ١٥ دقيقة لمن يحضر بعد ٨:١٠ ونصف ساعة لمن يحضر بعد الساعة ٨:٣٠ - ٨:١٥ وهكذا.

وحيث أنّ هناك حاجة ملحة لتنظيم تلك الصور عبر تعليمات وأسس واضحة وبشكل تفصيلي ، فقد صدرت مؤخراً تعليمات الدوام المرن في الخدمة المدنية لسنة ٢٠١٨ في الأردن والتي حددت المقصود بالدوام المرن في المادة ٢ منها بقولها : (ساعات العمل المرن: اختيار الموظف وقت بدء الدوام الرسمي وفق ما تحدده الدائرة شريطة استكمال عدد الأيام والساعات المقررة المنصوص عليها في المادة ٩٦ من النظام)

يذكر أنّ المادة ٩٦ من نظام الخدمة المدنية الأردني أشارت إلى تحديد ساعات الدوام الرسمي بسبع ساعات يومياً ومدة خمسة أيام في الأسبوع على أن لا تقل ساعات الدوام الرسمي عن ٣٥ ساعة أسبوعياً.

وعلى الرغم من شمول التعليمات المشار إليها لعدد من صور وأنماط الدوام المرن كما سنرى إلا أنه لا يوجد مايلزم المرافق العامة بتطبيق تلك التعليمات في الأردن ، ونجد أنه من غير المنطوق أن يترك الأمر لاختيار المرافق العامة في الأخذ بهذا النوع من الدوام ، وذلك لأهميته ودوره على المستويين الوظيفي والوطني، وأبرز تلك الفوائد تقليل الازدحامات المرورية في الصباح ووقت مغادرة العمل ، وتحسين سلوك العاملين وتعزيز رضاهم الوظيفي، وتقليل الغيابات والإجازات والمغادرات<sup>١</sup> وللتعرف على كيفية تطبيق مثل هذا النظام قد تساعدهنا الأشكال والصور لعقد العمل المرن والتي حددها نظام العمل المرن الصادر بمقتضى قانون العمل الأردني .

### **المطلب الأول**

#### **أشكال وصورالدوام المرن**

إنّ أية وظيفة داخل التنظيم المؤسسي ماهي إلا مجموعة متساوية من الحقوق أو السلطات ، وتوزيع للمسؤوليات والواجبات<sup>٢</sup> وإنّ القوانين والأنظمة النافذة في معظم

---

\* يستثنى من القرار جميع المدراء وموظفي الديوان بالإضافة الى موظفي المركز الصحي ومركز طب الأسنان ومن تتطلب طبيعة عملة خلاف ذلك .

<sup>١</sup> صالح، سرمد غانم، و حسين، اسراء طارق، رغبات العاملين من الاستفادة من ساعات العمل المرنة، بحث منشور، مجلة تكريت للعلوم الإدارية، المجلد ٦٠، العدد ١٧، ٢٠١٠، ص١٢-١٥

<sup>٢</sup> جودة، عبد المحسن عبد المحسن، سيكولوجية الموظف المظلوم، المكتبة العصرية، المنصورة، ٢٠١٣، ص٣٢

الدول العربية والتي ترعى عمل الإدارة اليوم لم تعد صالحة للمجتمع الحافل بالتطورات السريعة مما فرض ويفرض ضرورة إدخال تعديلات جديدة عليها<sup>1</sup> واستناداً لذلك فقد ظهر نمط ساعات العمل المرنة والذي يتخذ عدداً من الصور والأشكال اللانمطية للعمل ، وأخذت بعض الدول بالفعل بتطبيقه وتضمنيه خلال أنظمتها الوظيفية .فقد يتخذ عقد العمل المرن أحد الصور التالية :

#### أولاً: توزيع ساعات العمل اليومية بحسب ظروف الموظف.

يعاني أغلب الموظفين في دول العالم من مشكلة التأخير الصباحي لعدة أسباب ،فوفقاً لدراسة تم إجراؤها مؤخراً في السعودية أجاب ٦٩% من الموظفين عن سؤالهم بعدم انتظامهم بوقت الدوام الصباحي أنّ السبب هو ازدحام المرور في حين أرجع ٣٠% منهم السبب لتوصيل بعض أفراد الأسرة إلى المدارس وأماكن العمل<sup>٢</sup> ومن الجدير بالذكر أنّ مسألة تكرار التأخير عن الدوام تعتبر من المخالفات التأديبية في كل الأنظمة الوظيفية ، لا وبل اعتبرت المؤسسات التي تكافح الفساد أنّ التغيب عن العمل والتأخر في الحضور والتبكير في المغادرة شكل من أشكال الفساد الإداري<sup>٣</sup>

ولابد من القول أنّ واقع الحال يؤيد أن عدد كبير من الموظفين العموميين لا يتأخرون بمحض إرادتهم أو بدافع التسبب والإهمال ، بل تلعب في ذلك ظروف متعددة أهمها وحدة بدء ونهاية وقت الدوام في أغلب المؤسسات الحكومية وفي مدارس الأبناء ،مما يزيد من الضغط على حركة المرور ويؤدي حتماً الى التأخير الذي لا يتجاوز في أغلب الأحيان النصف ساعة .

<sup>1</sup> شريف، رجا، الأساليب الرقابية في كشف الانحرافات الإدارية والمالية في المؤسسات الحكومية، ورقة عمل ، بيروت، ٢٠٠٩، ص٨.

<sup>2</sup> أبو شعر ، عبد الرزاق ، و العزة، محمد صالح ، الانتظام بالدوام الرسمي في الأجهزة الحكومية، مرجع سابق، ص٦٤

<sup>3</sup> السكرانة، بلال خلف ، الفساد الإداري ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠١١، ص ٤٠٨

ومن هنا أتت فكرة العمل المرن وفقاً لهذه الصورة، ومثال ذلك قدوم الموظف الساعة السابعة النصف مثلاً بدلاً من الثامنة، والمغادرة في الرابعة والنصف بدلاً من الرابعة وهكذا، ويتم ذلك من خلال الترتيب والاتفاق بين الموظفين .

هذا وقد اعتمدت حكومة عجمان هذا النظام عام ٢٠١٥ بهدف معالجة حالات التأخر الاضطرارية عن العمل<sup>١</sup> كما نصت المادة ٢ من تعليمات الخدمة المدنية البحريني رقم ٥ لسنة ٢٠١٣ على مثل هذا النظام بقولها: تقسم ساعات العمل الرسمية إلى ثلاثة أقسام رئيسية كما يلي:

أ . ساعات الدوام الأساسية: وهي الفترة من الدوام التي يعتبر تواجد الموظف فيها إلزامي في موقع العمل لتأدية مهامه الوظيفية.

ب. ساعات الدوام المرن: وهي الفترة المرنة التي تتيح للموظف الخاضع لنظام الدوام المرن فرصة تحديد الوقت المناسب له للحضور للعمل دون المساس بمصلحة العمل وفق ضوابط معينة.

ج. ساعات الدوام المكملة: وهي الفترة التي يتوجب على الموظف الخاضع لنظام الدوام المرن استكمالها بحسب ساعات العمل اليومية المقررة .

واعتمدت عدد من المؤسسات التعليمية في الأردن هذا النظام كجامعتي العلوم والتكنولوجيا واليرموك .

ومن هذا المنطلق ندعو التشريعات المختلفة إلى إعادة النظر في جدوى هذا النوع من الدوام لما له من دور في تخفيف العبء عن كاهل الموظفين ولما له من مزايا عديدة نستعرضها في هذا البحث ، فهو يزيد الرضا والانتماء لدى الموظفين ، ويفسح امامهم المجال للقيام بواجباتهم الأسرية كتوصيل الأبناء للمدارس ، كما أنّ التناوب على الدوام بين الموظفين بحيث يصل الموظف غير المرتبط بظروف معينه صباحا قبل الموعد بنصف ساعة ويغادر قبل الموعد بنصف ساعة ، والعكس صحيح كذلك يخفف المغادرات الرسمية ويسمح كذلك للمراجعين العاملين في مؤسسات الحكومة من إنجاز معاملاتهم في غير أوقات الدوام الرسمي .

<sup>١</sup> انظر نظام العمل المرن في عجمان بموجب قرار رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥

تطبيقاً لذلك فإن الموظف الذي وصل متأخراً في الصباح من دائرة الأحوال المدنية والجوازات مثلاً سوف يضطر للبقاء نصف ساعة إضافية مما يتيح الفرصة لإتمام معاملات موظف آخر لا يتمكن من الحضور للدائرة لاستخراج جواز خلال وقت عمله الرسمي وهكذا.

### ثانياً: أسبوع العمل المضغوط.

وهو ترتيب عمل يسمح للأفراد العاملين بالعمل لأيام أقل في الأسبوع وساعات أطول لكل يوم عمل على سبيل المثال يمكن للأفراد أن يعملوا أربعة أيام وبعشر ساعات، وهو نموذج شائع يحصل من خلاله الموظف على مرونة لثلاثة أيام في الأسبوع، وهذا النوع من الجداول المضغوطة مناسب لمن يعملون في التنقيب والبحار ومنظمات الشرطة وهو بمعنى آخر الحصول على اجازة في يوم من ايام الاسبوع وتوزيع ساعاته على ايام عمل أخرى ومثال ذلك الدوام ١١ ساعة يومي الاحد والاثنين والعطلة يوم الثلاثاء.

هذا وقد نصت المادة ٥ من تعليمات الخدمة المدنية رقم ٥ لسنة ٢٠١٣ بشأن الحضور والانصراف في الجهات الحكومية في مملكة البحرين على هذا النوع من العمل المرن وفق الأسبوع المضغوط بقولها :

" تكون أوقات الدوام الرسمية لنظام ساعات العمل الاعتيادية بمعدل (٣٦) ساعة أسبوعياً ، وتكون أوقات الدوام الرسمية لنظام ساعات العمل المطولة بمعدل (٤٠) ساعة أسبوعياً"

### رابعاً : السنة المرنة

ويعني ذلك توزيع العمل على أشهر معينة من السنة ، وقد تم النص على السنة المرنة في المادة ٤ من نظام العمل المرن الأردني رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٧ بقولها : " يحق للعامل وبعد الاتفاق مع صاحب العمل توزيع أيام العمل السنوية على أشهر محددة من السنة على أن لا تتجاوز أحكام القانون"

<sup>1</sup> [www.acas.org.uk/publieation/pdf](http://www.acas.org.uk/publieation/pdf) انظر

وفي الحقيقة نجد أنّ نظام السنة المرنة بالنسبة للقطاع العام صالحة للتطبيق في قطاعات التعليم وفي بعض القطاعات التي يكون لها مواسم معينة في الطلب على مدار العام<sup>1</sup>.

### خامساً : العمل الجزئي

هو ترتيب طوعي يتم الاتفاق عليه بين الأفراد العاملين ومديرهم ، ويطلق عليها البعض المهنة النسائية لأنها تسهم بتلبية مسؤوليات المرأة المنزلية ، إلا لأن هذه الصور من العمل صور أكثر كالتسامح لكبار السن بالعمل الجزئي للاستفادة من خبراتهم بدلاً من الإحالة على التقاعد ، والاستفادة من المتخصصين في أكثر من مؤسسة كإساتذة الجامعات<sup>2</sup>

هذا ويشار إلى أنّ ترتيبات العمل بدوام جزئي ترتبط بشكل كبير بتعزيز القدرة التنافسية وفق قياس المؤشر العالمي للتنافسية الصادر عن المنتدى الاقتصادي العالمي، وفي الفترة الأخيرة بذلت العديد من الجهود على امتداد منطقة مجلس التعاون الخليجي لخلق بيئة أكثر ملائمة لترتيبات العمل الجزئي<sup>3</sup>

هذا وقد عالجت تعليمات الدوام المرن الصادرة عام ٢٠١٨ في الأردن هذه الصورة من صور العمل حيث نصت في مادتها الثانية على أنّ الدوام الجزئي هو: تخفيض عدد أيام وساعات الدوام الرسمي عن عدد الأيام والساعات المقررة للدائرة . شريطة أن لا تقل عن ٢١ ساعة عمل فعلية أسبوعياً

كما بدأت دولة الامارات المتحدة بتطبيق نظام العمل الجزئي بموجب قرار وزاري رقم ٣١ لسنة ٢٠١٨ في شأن استحداث نظام عقد العمل الجزئي حيث عرفت المادة ٢ من القرار العمل الجزئي :عقد يتفق فيه صاحب العمل والعامل (المواطن أو

<sup>1</sup> صالح، سرمد غانم، و حسين، اسراء طارق، رغبات العاملين من الاستفادة من ساعات العمل المرنة، مرجع سابق، ص١٨

<sup>2</sup>انظر تعليمات عمل أعضاء الهيئة التدريسية في الجامعة الأردنية خارج الجامعة لسنة ٢٠١٦ الصادرة بالاستناد للمادة ٨ من نظام الهيئة التدريسية في الجامعة الأردنية رقم ٥٨ لسنة ٢٠١٥

<sup>3</sup>حداد ، شكر الله ، وكلوش ، منصف ، أهمية العمل المرن في دول مجلسالتعاون الخليجي ، مقال منشور ، صحيفة البوابة الاماراتية الالكترونية ، ٢٠٠٨ ، www.albawaba.com

الأجنبي) على أن تكون ساعات العمل أقل من الساعات المعتادة (ثمانية ساعات يومياً) ويستطيع بمقتضاه العامل أن يعمل في ذات الوقت لدى أكثر من صاحب عمل وبدون إذن من أي صاحب عمل يعمل لديه، ويتم التعاقد فيه وفقاً لنماذج العقود الصادرة عن الوزارة، هذا وأكدت المصادر الرسمية أنّ النظام الجديد من شأنه تعزيز مرونة سوق العمل وتلبية احتياجات أصحاب العمل من العمالة الموجودة في السوق وبالتالي تقليل الاعتماد على العمالة الوافدة<sup>1</sup>

#### سادساً : العمل عن بعد

ويطلق عليه أيضا أسماء مثل العمل من المنزل، العمل عبر الإنترنت أو ما يعرف بـ E-commuting، والشخص الذي يعمل عن بعد هو الشخص الذي يعمل بدون عقود طويلة الامد لجهة معينة أو شركة معينة. ويعتبر الإنترنت اليوم أحد أكبر اسواق العمل عن بعد، حيث يستطيع ربط شخصين في قطبي الكرة الأرضية دون التقيد بالزمان والمكان<sup>2</sup>

هذا وقد عرفت المادة ٤/هـ من نظام العمل المرن الأردني رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٧ العمل عن بعد بأنه : العمل الذي يتم فيه إنجاز العمل بعد موافقة صاحب العمل دون الحاجة لتواجد العامل داخل مقر العمل .

كما عرفته المادة ٢ من تعليمات الدوام المرن في الخدمة المدنية لعام ٢٠١٨ على أنه : (العمل خارج مكاتب الدائرة سواء من المنزل أو نحوه بحيث يتم تسليم المهام الوظيفية المطلوب تأديتها من خلال تطبيقات التكنولوجيا الحديثة أو تسليمها شخصياً) ومن المعلوم أنّ نجاح المؤسسات العمومية اليوم في إدارة التغيير يتوقف على مدى انسجامها مع العوامل البيئية المؤثرة وأهمها العولمة المتزايدة، حيث اتسعت دائرة

<sup>1</sup> انظر موقع وزارة الموارد البشرية والتوطين، الامارات

،<https://www.menaherald.com/business/events-services>

<sup>2</sup>[https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%85%D9%84\\_%D8%B9%D9%86\\_%D8%A8%D8%B9%D8%AF](https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%85%D9%84_%D8%B9%D9%86_%D8%A8%D8%B9%D8%AF)

وسائل الاتصال والمعلومات مما يفرض على الإدارات إدماج كل تقنيات الاتصال والابتكار التكنولوجي ضمن أعمالها<sup>1</sup>

هذا وتؤكد الأرقام الاحصائية الصادرة عن المنظمات الدولية المتخصصة أن المنظمات أخذت اليوم بالتحول إلى صيغ عمل أكثر مرونة حيث كان العمل من خلال الانترنت ووسائل الاتصال أحد هذه الخيارات<sup>2</sup> وقد بينت أحد الدراسات مؤخراً أن هنالك ١١ مليون فرد تقريباً في الولايات المتحدة الأمريكية يعملون عن بعد حيث يتلقون الأوامر عبر الهاتف ومن خلال ملء التقارير ومعالجة البيانات دون التواجد في مقر العمل<sup>3</sup>

وتعتبر المملكة العربية السعودية من الدول التي بدأت مؤخراً باعتماد نظام العمل عن بعد لدعم بعض الفئات كالنساء وذوي الاحتياجات الخاصة ، حيث اعتبرت أن العمل عن بعد هو أداء العامل لواجباته الوظيفية في غير مكان العمل المعتاد ، وقررت أن لهذا الشكل من أشكال العمل الية خاصة يشترط من أجلها التسجيل في البوابات الالكترونية ، وضمانا لحق العاملين عن بعد فقد ألزم القرار الوزاري الصادر بهذا الشأن صاحب العمل بتسجيل العامل أو الموظف في التأمينات الاجتماعية.<sup>4</sup>

## المطلب الثاني

### مقارنة بين مزايا وعميوب ساعات العمل المرنة

إنّ تبني العديد من الدول لاستراتيجيات الإدارة الحديثة في ساعات العمل المخففة ليس الهدف منه تقليل ساعات العمل بحد ذاته، وإنما إعطاء العاملين حرية أكبر في جدولة الساعات التي يؤدون من خلالها أعمالهم ، ويحقق هذا النظام العديد من المزايا والفوائد للفرد من جهة وللمؤسسة من جهة أخرى ، كما أنه يخدم المجتمع

<sup>1</sup> عامر ، سعيد يس ، الإدارة وتحديات التغيير ، مركز وايد سيرفس للاستشارات والتطوير الإداري، القاهرة، ٢٠٠١، ص٢٥٥

<sup>2</sup> Garys, Dessler, 2000, humen resource management , 5thd.N.Y

<sup>3</sup> صالح، سمرمد غانم، و حسين، اسراء طارق، رغبات العاملين من الاستفاقة من ساعات العمل المرنة، مرجع سابق، ص١٧

<sup>4</sup> انظر اشتراطات العمل عن بعد الصادرة بموجب القرار الوزاري السعودي رقم (٧٩٢) تاريخ ١٤٣٦/٢/١٤.



ككل من جهة ثالثة، وذلك إذا ماتم تطبيقه بالصورة السليمة ووفقاً للأهداف المرجوة منه.<sup>١</sup>

## أولاً : مزايا الدوام المرن

### ١. مزايا الدوام المرن بالنسبة للموظفين

أ. تسهيل واجب الالتزام بمواعيد الدوام الرسمي :

فقد وجدت العديد من الدراسات أن فكرة الدوام المرن تقلل من حالات التأخير الصباحي لدى الموظفين وتساعدهم على تحقيق التوازن بين العمل ومتطلبات الحياة الخاصة ، حيث تبين أن عدد كبير من الموظفين يتأخرون أسبوعياً وذلك على الرغم من اتخاذ اداراتهم اجراءات تأديبية بحقهم لظروف خارجة عن إرادتهم ، لذا فإن إعطاء مساحة أكبر للموظفين في اختيار ساعات الدوام سوف تمكنهم من تلاشي صعوبات عدم الانتظام الرسمي بالدوام والمتلخصة بالصعوبات المرورية، وتوصيل بعض أفراد الأسرة إلى المدارس ومكان العمل، وبعض الأسباب الصحية التي تستدعي مراجعة المستشفيات في وقت الدوام الرسمي وغيرها من الأسباب<sup>٢</sup> هذا وقد أكدت نتائج التطبيقات الميدانية التي أجريت على يد عدد من الباحثين انخفاض نسبة الغيابات والإجازات المرضية عند تطبيق ساعات العمل المرنة ، فاختيار وقت العمل يمنع الموظف من التذرع للغياب بسبب مواعيد لا يمكن تجاوزها خلال النهار<sup>٣</sup>

ب. زيادة مستوى الرضا الوظيفي لدى العاملين :

تهدف ساعات العمل المرنة الى إعطاء الاهتمام للأفراد العاملين وتقديرهم وعدم التركيز فقط على كم ساعات العمل، فالمنظمات العامة تحديداً وبسبب الضغط المتراكم على أعمالها لا يمكن أن تنجح إلا إذا انتقلت إلى الأسلوب التعاوني والإدارة المشتركة التي تحترم وقت وحياة الموظفين الخاصة<sup>٤</sup> هذا وقد أثبتت دراسة مسحية ل

<sup>١</sup>برنوطي، سعاد نايف، إدارة الموارد البشرية، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠١، ص ١٥.  
<sup>٢</sup>أبو شعر ، عبد الرزاق ، و العزة، محمد صالح ، الانتظام بالدوام الرسمي في الأجهزة الحكومية، مرجع سابق، ص٩٨-٩٩

<sup>٣</sup>GARY.Dessler. 1981.Personnel management. Hall company Reston.Virginia.381

<sup>٤</sup>أبو بكر، مصطفى محمود، التنظيم الإداري في المنظمات المعاصرة، الدار الجامعية، ٢٠٠٣، ص ٣٨٧

٤٤٥ منظمة ومن ضمنها منظمات العقاقير الطبية والمصارف والمؤسسات الالكترونية أنّ نسبة الأفراد العاملين الذين سجلوا زيادة في الانتاج كنتيجة لتطبيق ساعات العمل المرنة تراوحت ٩٥%<sup>١</sup>

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ مثل هذا النمط من الدوام يسهم في التخفيف من أضرار الشمس الحارقة على الموظفين وأطفالهم وتحديدًا في بعض الدول ذات المناخ الحر كجمهورية مصر العربية ودول التعاون الخليجي خلال أوقات النهار ، وهو بالطبع ماينعكس كذلك على الرضا الداخلي لهؤلاء ويرفع من مستوى انتمائهم .

## ٢. مزايا الدوام المرن بالنسبة للمؤسسات

أ. الاستفادة من الموظفين بحسب الظروف الاقتصادي للمؤسسة :

حيث يساعد نظام العمل المرن المؤسسات في تحسين رشاقة أعمالها ، وذلك من خلال الاستفادة من خبرات وتجارب الموظفين دون الحاجة لتعيينهم بصفة دائمة، فخيار توظيف الناس لفترات جزئية أو محددة يعطي الجهة الحكومية أو المؤسسة أيا كانت القدرة على تكيف قواها العاملة حسب ظروفها الاقتصادية، كما يعفيها هذا الخيار من مسألة وضع الموظفين تحت التجربة، كما يفيد هذا الخيار في حالات الإجازات المرضية وإجازات الأمومة وغيرها<sup>٢</sup>

ويعد خيار العمل الإضافي في مديريات التربية والتعليم في المملكة الأردنية الهاشمية خلال فترات الإجازة المرضية أو الأمومة أحد الأمثلة على الطريقة المرنة في الأعمال ، ونشير في هذا السياق إلى أنّ مثل هذا الأسلوب في تعويض نقص الموظفين بصورة جزئية ليس مقررا في أغلب المرافق العامة في الأردن بما في ذلك الموظفين الإداريين في الجامعات ، حيث نرى أنّه من الضروري إعادة النظر في تشريعات الخدمة المدنية في الأردن بما يخدم الاستفادة من هذا الأسلوب بالنسبة للمؤسسات المختلفة.

<sup>١</sup> صالح، سمر غانم، و حسين، اسراء طارق، رغبات العاملين من الاستفادة من ساعات العمل المرنة،

مرجع سابق، ص١٢

<sup>٢</sup> حداد ، شكر الله ، وكلوش ، منصف ، أهمية العمل المرن في دول مجلس التعاون الخليجي ، مقال منشور ،

صحيفة البوابة الاماراتية الالكترونية ، ٢٠٠٨ ، www.albawaba.com

ب. زيادة الإنتاجية للموظفين والاستفادة منهم على مدار الساعة :  
في عدة دراسات أجريت على الموظفين الحكوميين وجد أنّ فئة كبيرة منهم يشعر بالعادة بكم هائل من الإحباط وانعدام الرضى ، حيث أنّ عدد ساعات الدوام الطويلة لا يتناسب مع الراتب أضف إلى ذلك عدم وجود تطور كبير في المستقبل الوظيفي لهؤلاء الموظفين العموميين<sup>١</sup>

وقد أثبتت تلك الدراسات أن تقليل ساعات الدوام ومنح الموظف وقتاً أكثر للراحة ينعكس على القدرات الذهنية للموظفين العموميين ، كما أنّ علمهم المسبق بمحدودية ساعات الدوام يدفعهم لمحاولة انجاز اعمالهم بالسرعة الممكنة وبدون المماطلات التي تحدث في ساعات العمل الطويلة، كما أنّ بعض الدوائر تحتاج في وقت الأزمات إلى العاملين على مدار الساعة ووفقاً لهذا الدوام يقوم الموظفون بتدوير الوقت بين ساعات العمل النهارية والليلية وبالعكس<sup>٢</sup>.

كما أثبتت الدراسات كذلك أنّ المؤسسات التي تعمل بنظام النوبات ، ووضع جداول خاصة لتوزيع أوقات العمل يساهم في حل مشكلة التّواصل مع الرؤساء الذين قد تكون فترات دوامهم متعارضة أحياناً مع المرؤوسين<sup>٣</sup> ، فعلى سبيل المثال ومن واقع التجربة العملية في العمل ببعض المؤسسات التعليمية غالباً ما يكون مدير الدائرة في أي قسم من أقسام الجامعة هو عضو هيئة تدريس وقد لا يتمكن من الدوام طوال النهار في الدائرة فيكون مضطراً لاستكمال بعض المهام بعد مغادرة الموظفين أحياناً ، مما يضطره لإجبارهم على البقاء مقابل أجر إضافي، ومن هذا المنطلق فإنّ الدوام عن طريق التناوب يساهم حقيقة في حل مثل هذه الإشكالات والتوفير على جيب المؤسسة.

### ٣. مزايا الدوام المرن بالنسبة للدولة.

أ. تخفيف الازدحامات المرورية على الطرقات

<sup>١</sup> جودة ، عبد المحسن عبد المحسن ، سيكولوجية الموظف المظلوم ، مرجع سابق ، ص ١٣  
<sup>٢</sup> صالح، سرمد غانم، و حسين، اسراء طارق، رغبات العاملين من الاستفادة من ساعات العمل المرنة، مرجع سابق، ص ١٤

<sup>٣</sup> هيام، الكسندر، تحفيز الموظفين ومكافأتهم، مكتبة جرير ، الدمام ، ٢٠٠١ ، ص ٦٨

وتعتبر هذه الفائدة أحد أهم الأهداف التي تسعى الأنظمة الإدارية الحديثة لتحقيقها عبر تقليل ساعات الدوام، حيث وجد مركز البحوث والتطوير في ألمانيا اختفاء مسألة الاختناقات المرورية بنسبة عالية بعد تطبيق برنامج ساعات العمل المرن عام ١٩٦٧<sup>١</sup> وفي استفتاء تم إجراؤه على عينة من الموظفين السعوديين عام ١٩٨٢ أجاب ٨٨% منهم على سؤال حول سبب تأخرهم الصباحي أنّ العائق يتمثل في ازدحام حركة السير في الصباح ومحاولة الجميع الوصول في نفس الوقت ، وفي سياق متصل فقد أفادت هذه الدراسة البحثية أنّ الدولة السعودية تتكبد سنويا خسارة مالية تبلغ حوالي مليار و٤٣٦ ريال نتيجة التأخير ومشاكل المرور الصباحية<sup>٢</sup> هذا ويسجلّ لدولة الكويت أسبقية مراعاة مثل هذه الازدحامات المرورية حيث تم تقسيم دوام الموظفين إلى مجموعتين منذ عام ٢٠٠٦ بموجب قرار ديوان الخدمة المدنية رقم ١ بشأن تحديد مواعيد العمل الرسمي للجهات الحكومية وإعادة التأكيد عليه بموجب قرار رقم ٢ لعام ٢٠١٨ بحيث يكون دوام المجموعة الأولى من ٧.٣٠-٢.٣٠ ودوام المجموعة الثانية من ٨-٣ ، حيث يكون هناك فترة سماح تصل إلى مدة ٣٠ دقيقة مع التأكيد كذلك على السماح للإناث بالمغادرة قبل ١٥ دقيقة من مواعيد الدوام المقررة.

ومع تأكيدنا على أهمية مثل هذا القرار إلا أنني نرى أنّ الضجة الشعبية التي قامت بعد التأكيد عليه ليست إلا بسبب غياب تشريع واضح ودقيق لالية هذا الدوام ، فعلى الرغم من أنّ القرار الصادر عام ٢٠١٨ في الكويت يعتبر كاشفاً وليس منشأً لحالة جديدة، إلا أنه يبدو من التغريدات المسجلة على مواقع التواصل الاجتماعي بين الموظفين أنّ العرف تواتر عندهم على طريقة مختلفة في الدوام لا تقتصر على فترة السماح الصباحية، كالتناوب في العمل على فترتين والمغادرة مبكرا في أيام الحر الشديد ومغادرة النساء مقار العمل قبل أكثر من ١٥ دقيقة.

---

<sup>1</sup>Greenlaw,Paull, 1979, modern personee management,w,b.saunders.London,488

<sup>2</sup>أبو شعر ، عبد الرزاق ، و العزة، محمد صالح ، الانتظام بالدوام الرسمي في الأجهزة الحكومية، مرجع سابق، ص٨٤

ومن الجدير بالذكر فعلاً أنّ دول الخليج العربي تحتاج بالفعل لتطبيق نظام العمل المرن وخصوصاً في أيام الحر الشديد ، ف تطبيقاً لذلك وفي الدول الغربية فقد قامت مؤسسة (MTV) بولاية نيويورك الامريكية بمنح العاملين الإذن بالانصراف في الواحدة ظهراً أيام الصيف، وقد وجدت الشركة أنّ تلك السياسة تشجع العاملين بالفعل على الجدية والحماس بشكل حقيقي ودون أن يكونوا مضطرين لإظهار حماس كاذب في العمل في أيام الشمس الحارقة.<sup>1</sup>

وفي محاولة لتنظيم هذه المسألة نقترح إيجاد تشريع متكامل تحت عنوان (تعليمات الدوام المرن لموظفي الدوائر الحكومية) على غرار ما هو موجود في مملكة البحرين ، بحيث يعالج الحالات والصور التي يمكن من خلالها تطبيق ساعات العمل المرنة وعدم حصرها بفترة السماح الصباحية ، كتفعيل التناوب على فترتين صباحية ومساءية في الدوائر التي تسمح طبيعتها بذلك، وتفعيل نظام العمل بأسبوع مضغوط مقابل فترات راحة أكثر في الأيام شديدة الحرارة، واقتراح العمل من خلال الوسائل الالكترونية والعمل الجزئي بالنسبة لبعض الفئاتكالنساء وذوي الاحتياجات الخاصة على غرار ما هو معمول به في المملكة العربية السعودية، وغيرها من المسائل اللازمة لتحقيق الفوائد القصوى من ساعات العمل المرنة في المؤسسات الحكومية .

ب. زيادة المشاركة الاقتصادية للنساء في قطاعات العمل المختلفة .

أكدت جميع الصكوك والمواثيق الدولية منذ الاعلان العالمي لحقوق الإنسان ، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والثقافية على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجالات العمل ، لا بل وحظيت المرأة بعدد من المبادرات المهمة لتعزيز النهوض بحقوقها على كافة المستويات كإعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة القضاء على التمييز ضد المرأة عام ١٩٧٦ ، وإعلان مكسيكو بشأن مساواة المرأة ومساهمتها في التنمية والسلام، وانشاء صندوق الأمم المتحدة الانمائي للمرأة<sup>٢</sup> ، والعديد العديد من المبادرات الدولية والاقليمية والمحلية التي لايتسع المقام هنا لذكرها.

<sup>1</sup> هيام، الكسندر، تحفيز الموظفين ومكافأاتهم، مرجع سابق، ص١٠١  
<sup>2</sup>مخادمة، محمد علي، حقوق الإنسان في النظام القانوني الأردني والدولي، اربد، الاردن، ٢٠١٥، ص١٥٤

ومن المعلوم أنّ نظام العمل المرن يعود بالفائدة على المرأة حيث يحقق لها التوازن بين متطلبات الحياة والمسؤوليات الأسرية ، كما يسمح بالاستفادة من الكفاءات النسائية التي تحجم أحياناً عن العمل بسبب طول الدوام ، ونرى بالفعل أن هناك عدد من صور العمل المرن يمكن أن تستفيد منها المرأة كالعامل الجزئي والعمل عن بعد ، ولكننا لا زلنا نشهد في الحقيقة نظرة بعض المؤسسات للعاملات المتزوجات على أنهن عاملات محفوفات بالمخاطر بسبب إجازة الأمومة وغيرها وعلى الرغم من ذلك فنعتقد أنّ مدة الساعة التي تمنح التي تمنحها بعض المؤسسات الحكومية للمرأة في الأردن بقصد إرضاع المولود هي أحد أشكال مرونة الدوام الممنوحة للمرأة العاملة.<sup>٢</sup>

### ثانياً : عيوب ومساويء الدوام المرن

أ.عدم ملائمته لجميع أنواع العمل الحكومي :

قد لا يكون تطبيق ساعات العمل المرنة مناسباً لجميع أشكال العمل ، حيث تتطلب طبيعة بعض الدوائر الحضور الفعلي للمؤسسة وفي أوقات عمل محددة ، وللتغلب على هذه الصعوبة نلاحظ حرص التشريعات النازمة للعمل المرن على استثناء بعض الدوائر التي لا تتناسب طبيعة عملها مع هذا النمط من الدوام.

تطبيقاً لذلك فقد نصت المادة ٥/أ من نظام العمل المرن الأردني رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٧ على أنه :

( للفتات المنصوص عليها في المادة ٣ من هذا النظام طلب تحويل عقد العمل إلى

عقد مرن بماينفق مع طبيعة العمل )

كما نصت المادة ٤/٢-من تعليمات الدوام المرن في الخدمة المدنية الأردني لسنة

٢٠١٨ على أنه : ( لغايات تنفيذ أحكام الفقرة أمن هذه المادة، تتولى لجنة التخطيط

---

<sup>١</sup>مقال لجمعية معهد تضامن النساء الأردني " تضامن" ، نظام العمل المرن في الأدرج منذ عام مقال منشور

على الانترنت، <https://www.ammonnews.net/print/360027>

٤٢٢ / ب من نظام الموظفين في الجامعة الأردنية :

(للمرأة الموظفة لدى الجامعة بعد انتهاء إجازة الأمومة الحق في الحصول خلال سنة من ذلك التاريخ على

مدة أو مدد بقصد إرضاع وليدها لايزيد مجموعها على ساعة في اليوم الواحد )

والتسيق والمتابعة المشكلة في الدائرة تحديد الوظائف التي يمكن شمولها بهذه التعليمات مع الأخذ بعين الاعتبار المواءمة بين متطلبات متلقي الخدمة وطبيعة عمل الدائرة بما يضمن عدم انقطاع الخدمة والوظائف التي تشكل حلقة متكاملة) كما نصت الفقرة ٤ من البند (ثانياً) في تعليمات الخدمة المدنية البحريني رقم ٥ لعام ٢٠١٣ بشأن الحضور والانصراف في الجهات الحكومية على أنه :

(يستثنى من تطبيق نظام الدوام المرن الموظفين الذين تتطلب وظائفهم العمل على مدار الساعة ، كما يستثنى من النظام العاملين بنظام العمل الجزئي وشاغلي الوظائف بالمدارس وشاغلي وظائف التعليم العالي)

ومن البديهي طبعاً استثناء العاملين في التدريس على مستوياته الأساسية أو الجامعية من سياسة العمل المرن ويعود ذلك لطبيعة الخدمة التي يقدمها هؤلاء وهي خدمة التعليم التي لا يجوز التوقف عنها أو انقطاعها ، وهو ذات السبب الذي يحرم تلك القطاعات من حق الإضراب كذلك. ونعتقد أنّ السبب الآخر لاستثناء هذه الفئة من العمل المرن هو أنهم فعلياً في لا يواجهون ذات الصعوبات التي يواجهها موظفو القطاعات الحكومية الأخرى في الدوام؛ فهم بالأصل يدامون على فترات صباحية ومساءية ويتمتعون بإجازات طويلة في فصل الصيف وهو الفصل الذي يشكل عبئاً في الدوام على موظفي القطاعات الأخرى بسبب الحر الشديد.

ب. صعوبة التنسيق بين الموظفين :

تثور هذه المشكلة بسبب السماح للموظفين بجدولة أعمالهم من خلال الأوقات التي تناسبهم ، فقد يختار أغلب الأفراد نفس أوقات العمل تاركين الأوقات الأخرى شاغرة وهو ما قد يسبب تعطيل المرفق العام<sup>١</sup>

وعلى الرغم من ذلك فإننا نعتقد أنه يمكن تجاوز مثل هذه الصعوبة من خلال إيجاد تنظيم داخلي مناسب للمؤسسة يمنح الإدارة السلطة التقديرية لإيقاف فترات السماح لبعض الموظفين أو تغيير فترات مناوباتهم حسب ما تقتضيه ظروف العمل ، وذلك

<sup>١</sup> صالح، سمر د غانم، و حسين، اسراء طارق، رغبات العاملين من الاستفادة من ساعات العمل المرنة، مرجع سابق، ص ١٥

على غرار السلطة الممنوحة للإدارة في منح أو منع الإجازات السنوية للموظف بصورة متفرقة أو دفعة واحدة وذلك من أجل مصلحة المرفق الذي يعملون فيه.

## المبحث الثاني

### أثر الدوام المرن على منظمتي الإدارة الإلكترونية

#### وحقوق ذوي الاحتياجات الخاصة

تسعى كل الإدارات العامة والخاصة اليوم إلى مواكبة العصر، والحرص على انسجام انشطتها مع كل التطورات التكنولوجية والعلمية، كحرصها على استخدام الأجهزة الإلكترونية في إنجاز المعاملات الإدارية، والعمل من خلال الانترنت، وهذا وقد شاع في الآونة الأخيرة مصطلح الحكومة الإلكترونية والذي يعني اعتماد الحكومة في تقديم المعاملات والخدمات للأفراد من خلال الانترنت ووسائل الاتصال الإلكترونية والرقمية<sup>1</sup>

هذا ويعمل نظام الدوام المرن على تعزيز فكرة الحكومة الإلكترونية، فالحكومة الإلكترونية اليوم لم تعد بحاجة إلى موظفين مرتبطين بمواعيد عمل تقليدية ومحددة، حيث أصبح بإمكان الدوائر الحكومية والمؤسسات وحتى أصحاب القطاعات الخاصة الاعتماد على ما يسمى بـ " الموظف الجوال" وهو الموظف الذي يمكنه عن طريق الحاسب الآلي الشخصي أو الحاسب المحمول، ومن خلال معدات بسيطة أن يعمل من خارج مكتبه من المنزل أو أثناء السفر<sup>2</sup>

ومن الجدير بالذكر كذلك أنّ سياسة ساعات العمل المرنة تدعم وتشجع تشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة، حيث اهتمت العديد من الدول مؤخرا بمسألة انخفاض مستوى مشاركة ذوي الاحتياجات الخاصة في سوق العمل، الأمر الذي دعا إلى اتباع تدابير وسياسات جديدة نحو هؤلاء الأشخاص من شأنها التركيز على تدريبهم

<sup>1</sup>القبيلات، حمدي سليمان، قانون الإدارة العامة الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٣، ص ١٥

<sup>2</sup>الصيرفي، محمد، الإدارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٩٤-٩٥



وتأهيلهم مهنياً وتوفير ساعات عمل مرنة تتوافق مع ظروفهم واحتياجاتهم الجسمية والذهنية<sup>١</sup>

## المطلب الأول

### العمل المرن والتحول نحو الإدارة الإلكترونية

أصبح التحول نحو استخدام تكنولوجيا المعلومات الرقمية في إنجاز المعاملات الإدارية وتقديم الخدمات المرفقية من خلالها، ضرورة حتمية يجب السعي لتطبيقها في كل دولة ترغب بمواكبة تطورات عصر الثورة الرقمية، حيث بلغت أهمية تقديم الخدمات المرفقية للمواطنين مبلغاً جعلت بعض الفقهاء يعتبرون الدولة مجرد مجموعة من المرافق العامة، تنحصر سلطاتها في إطارها<sup>٢</sup>

هذا وتعتبر صورة العمل عن بعد، أو من خلال المنزل، أو مايسمى بالمنظمات المفترضة أحد أشكال مرونة العمل المرتبطة بتنامي حالة التغير والتحول في بيئة المنظمات، وانتشار تكنولوجيا المعلومات، حيث تهدف هذه الأشكال من العمل إلى زيادة إنتاج الموظفين من خلال العمل عبر شبكات الانترنت، والتواصل مع المراجعين من خارج مقر العمل<sup>٣</sup> حيث أثبتت الدراسات المختلفة أنّ تقديم الخدمات من خلال نظام الحكومة الإلكترونية يدعم عدد من المبادئ التي تحكم سير الإدارة، فالوصول على الخدمة في أي وقت من خلال شبكة المعلومات يعزز مبدأ دوام سير المرافق العامة، كما يمكن للإدارة إبرام عقودها المتصلة بالمرافق العامة بطريقة أيسر وأسرع من الطريقة التقليدية من خلال شبكة المعلومات<sup>٤</sup>

هذا وقد عرّف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ المعاملات الإلكترونية بأنها ( المعاملات التي تتفدّ بوسائل الكترونية)<sup>٥</sup>، ويعد الانتقال لمسألة

<sup>١</sup> عبيدات، روجي مروح، تأهيل وتشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة، دار مجدلاوي للنشر، عمان، ٢٠١٢، ص ١٩

<sup>٢</sup> القدوة، محمود، الحكومة الإلكترونية والإدارة المعاصرة، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٩٢

<sup>٣</sup> صالح، سمر غانم، و حسين، اسراء طارق، رغبات العاملين من الاستفادة من ساعات العمل المرنة، مرجع سابق، ص ١٨

<sup>٤</sup> القدوة، محمود، الحكومة الإلكترونية والإدارة المعاصرة، مرجع سابق، ص ١٩٣

<sup>٥</sup> م ٢ قانون المعاملات الإلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥

المعاملات الالكترونية في المؤسسات الحكومية أحد أبرز متطلبات الارتقاء بالوظيفة العامة في الأردن ، حيث أصبحت المعاملات الالكترونية اليوم تشكل الجهاز العصبي لكافة المؤسسات والمجتمعات الحديثة<sup>1</sup>

وتشجيعاً للمؤسسات الرسمية في الأردن على استخدام المعاملات الالكترونية، فقد وقّعت وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات اتفاقية مع مركز الملك عبدالله الثاني للتميز عام ٢٠١٧ لإطلاق جائزة التحول الالكتروني، والتي تهدف الى تكريم جهود الجهات الحكومية السبّاقة إلى إنجاز التحول الالكتروني، وإلى تحفيزها للعمل بتشاركية في تقديم الخدمات الالكترونية للوصول إلى مصطلح " حكومة بلا ورق" بحلول عام ٢٠٢٠ بما يعزز بالطبع التطور الإداري ويحسن الأداء والخدمة المقدمة للمنتفعين<sup>٢</sup>

وقد تم التأكيد على أهمية هذه الجائزة في أكثر من مناسبة حيث أنها تدخل ضمن إطار خطة حكومية شاملة لإعادة هندسة وأتمّة خدمات عدد من الوزارات ووقف تقديم ١٠ خدمات في ٥ مؤسسات بطرق تقليدية ورقية وحصر تقديمها الكترونياً اعتباراً من عام ٢٠١٨<sup>٣</sup>

ومن هذا المنطلق فقد تم تعديل المادة ٣٤/أ من نظام الخدمة المدنية الأردني بإضافة فقرة ٢ كما يلي حيث نصت المادة على أنه " تمنح زيادتان سنويتان للموظف الحاصل على تقدير ممتاز لسنتين متتاليتين، وزيادة سنوية واحدة للحاصل على تقدير جيد جداً حداً أدنى لسنتين متتاليتين على النحو التالي : ( في الدائرة أو الوحدة التنظيمية فيها التي تحصل على جائزة تحول الحكومة الالكترونية من مركز الملك عبدالله الثاني للتميز)

<sup>1</sup>سعد، عاصم عبد الجبار، الاثبات في قانون المعاملات الالكترونية، بحث منشور على الانترنت ، ٢٠١٥، ص ٢.

<sup>2</sup>انظر الرابط <http://www.kaa.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=240> ، جائزة الملك عبدالله الثاني لتمييز الأداء الحكومي والشفافية.

<sup>3</sup>انظر صحيفة عمون الالكترونية، ٢٠١٧/١٢/١٨

أما في دولة الكويت قد أشار تقرير الأمم المتحدة عام ٢٠١٦ إلى التطور الملحوظ الذي شهدته الكويت في مؤشر الخدمات الالكترونية حيث وصل ترتيبها إلى ٤٠ عالمياً، وقد عملت الكويت ومنذ عام ١٩٩٣ على عدد من مشاريع الحكومة الالكترونية كمشروع البوابة الالكترونية الرسمية للدولة، ومشروع خدمة العملاء، بالإضافة إلى برنامج معدلات جودة الخدمة العامة الذي يهدف إلى تطوير أساليب العمل باستخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات لتقديم الخدمات للجمهور ودون مراجعة مكاتب الموظفين<sup>١</sup>

هذا ويظهر الارتباط بين نظام العمل المرن، والتحول نحو الحكومة الالكترونية فيما يلي :

#### ١. حوسبة المكان :

وتعني الاعتماد بصفة كلية أو شبه كلية على الحاسب الالي أو الحواسيب المتصلة مع بعضها البعض ويطلق عليها ( الحوسبة التعاونية ) ، وفي نطاق الحكومة الالكترونية فإن هذه الحوسبة المكانية تساعد فرق العمل الموزعة على مناطق جغرافية متباعدة من أن تعمل مع بعضها البعض ، ومثال ذلك يمكن لدائرة الجمارك أو الجوازات أو الهجرة على حدود الدولة أن تعمل مع جهة الرئاسة الكائنة في العاصمة<sup>٢</sup> وهذا الشكل من العمل يختلف عن العمل في المنزل، حيث يمكن لجميع العاملين العمل والتعاون في مدن مختلفة، وبناء على ذلك فيمكن لشخص في الأردن مثلا أن يعمل في شركة في الخليج طالما امتلك المؤهلات المطلوبة والقدرة على التواصل، ومن مزايا هذا الأسلوب الاستغناء عن تكاليف مقر العمل كما يوفر مرونة كبيرة في استقطاب متخصصين من مناطق نائية<sup>٣</sup>

#### ٢. حوسبة الأشخاص ( مكاتب بلا حدود ) :

الحكومة الالكترونية، سواء تمثلت في جهة حكومية أو مؤسسة أصبح بإمكانها الاعتماد على الموظف عن بعد وهو الذي يمكنه تنظيم مواعيده عن طريق نقل دفتر

<sup>١</sup>مدحت، محمد مدحت، الحكومة الالكترونية، المجموعة العربية للتدريب والنشر، القاهرة، ٢٠١٦، ص٢١٩

<sup>٢</sup>الصيرفي، محمد ، الادارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٩٤

<sup>٣</sup>برنوطي، سعاد نايف، إدارة الموارد البشرية، دار وائل للطباعة والنشر، عمان ، ٢٠٠١، ص٩٨

المواعيد والاجتماعات من حاسبه المكتبي إلى حاسبه المحمول، ويمكنه كذلك القيام بتلقي بريده الإلكتروني حال سفره والرد عليه وغير ذلك من المهام<sup>١</sup>

٣. تحقيق الاستفادة من نمط العمل عن بعد للأطراف المتعددة :

لا تقتصر الحكومة الإلكترونية فقط على الخدمة أو العلاقة بين الحكومة والمواطن، بل هناك أقسام وأشكال متعددة لها وذلك نظراً لتعامل الحكومة مع عدد كبير من الأطراف ، حيث يمكن لأي مستخدم التفاعل عبر عدة مجالات ، مثل إبلاغ الطرف المستقبل عن قوانين وتعليمات جديدة، وإرسال الشكاوى والملاحظات، وتجديد الرخص وجوازات السفر ودفع مخالفات المرور بدلاً من الاصطفاف في الطوابير أمام المباني الحكومية والمصارف وإضاعة الوقت في ذلك<sup>٢</sup>

### المطلب الثاني

#### أثر مرونة العمل على حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة

إنّ توفير فرص العمل للأشخاص ذوي الإعاقة يتعدى مجرد المردود الاقتصادي المادي للوظيفة، بل يرتبط بالكرامة الاجتماعية وتحقيق الذات ، وهو الأمر الذي ينعكس بالإيجاب على الدولة كاملة ويخفض من كلفة الإعاقة على المجتمع، هذا وتعتمد إمكانية تشغيل المعاقين على عدد من الظروف والعناصر أهمها نوع ودرجة الإعاقة ، بالإضافة إلى مكان العمل ومدى بعده أو قربه من بيت الشخص ذوي الاحتياجات الخاصة.<sup>٣</sup>

ومن الجدير بالذكر أنّ الاهتمام الدولي بهذه الفئة ليس جديداً، وأنّ المعاقين يتمتعون بحماية قانونية ودولية بموجب العديد من الاتفاقيات الدولية<sup>٤</sup> وبالنظر إلى تلك الاتفاقيات فإننا نجد أنها قد رتبت التزام على الدول الأطراف بحماية الأشخاص ذوي الإعاقة في العمل ، على قدم المساواة مع الآخرين، وتوفير ظروف عمل ملائمة ،

<sup>١</sup> غالب، سعد، الأعمال الإلكترونية، دار المناهج، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٧

<sup>٢</sup> القدوة ، محمود ، الحكومة الإلكترونية والإدارة المعاصرة ، مرجع سابق، ص ١٦٢

<sup>٣</sup> عيدات ، روجي مروح ، تأهيل وتشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة، مرجع سابق، ص ١٧

<sup>٤</sup> انظر المادة ٢٧ من الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والتي نصت على أن ( تعترف الدول الأطراف بحق الأشخاص ذوي الإعاقة في العمل على قدم المساواة مع الآخرين ، ويشمل هذا الحق إتاحة الفرصة لهم في كسب الرزق في عمل يختارونه أو يقبلونه بحرية في سوق عمل وبيئة عمل منفتحين )

وتشجيع تشغيل ذوي الإعاقة في القطاع العام، كما أكدت كذلك على ضرورة توفير ترتيبات تيسيرية معقولة للأشخاص ذوي الإعاقة في أماكن العمل<sup>١</sup> ومن المهم التأكيد على أنّ نجاح دمج المعاقين في العمل يعتمد على توفير بيئة مريحة، سواء كانت من حيث تعامل رب العمل أو فريق العمل أو عناصر البيئة المكانية، ومن الضروري أن يكون الشخص ذوي الاحتياجات الخاصة مرتاحاً في مكان عمله، ويدعم نظام العمل المرن والتغيرات التكنولوجية المتسارعة المرتبطة به عمل هذه الفئات ، وذلك عن طريق إدخال التقنيات التي توفر للأشخاص ذوي الإعاقات الحركية إمكانية العمل من المنزل، ومن ثم التخفيف من مشكلات التنقل والمواصلات والتعب، كما يمكن كذلك توفير تكنولوجيا المعلومات للأشخاص المعاقين الذين لديهم صعوبة للالتحاق بمراكز التدريب، فالكثير من هؤلاء يضطرون لترك العمل بسبب المشاكل التي يواجهونها في الوصول إلى أماكن العمل ، وذلك لعدة أسباب مرتبطة بعدم توفر وسائل النقل المهيئة لهم<sup>٢</sup>

ويذكر أنّ الأردن عززت حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة من خلال منظومة من التشريعات كان اخرها قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة ٢٠١٧ والذي تضمن نصوص قانونية تخاطب كافة الوزارات ذات الصلة بتسهيل مهمة عمل هذه الفئة حيث نصت المادة م٢٥/د : على جهات العمل الحكومية وغير الحكومية توفير الترتيبات التيسيرية المعقولة التي تتيح للأشخاص ذوي الإعاقة القيام بمهام الوظيفة أو العمل والاستمرار والترفيه فيهما.

ونصت الفقرة هـ: مع عدم الإخلال بما يتطلبه العمل أو الوظيفة من مؤهلات علمية أو مهنية، تلتزم الجهات الحكومية وغير الحكومية، التي لا يقل عدد العاملين والموظفين في أي منها عن (٢٥) ولا يزيد على (٥٠) عاملاً وموظفاً، بتشغيل شخص واحد على الأقل من الأشخاص ذوي الإعاقة ضمن شواغرها، وإذا زاد عدد

<sup>١</sup> المادة ٢٧ / أ / ج / ط من الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة ٢٠٠٦  
<sup>٢</sup> القريوتي ، يوسف، السياسات والبرامج المعاصرة في مجال التدريب المهني وتشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة، منظمة العمل الدولية بيروت ، ٢٠٠٣، ص ١٥

العاملين والموظفين في أي منها على (٥٠) عاملاً و موظفاً، تخصصي نسبة تصل الي (٤%) من شواغرها للأشخاص ذوي الإعاقة وفقاً لما تقررته وزارة العمل. ويذكر أنّ المادة ٢ من ذات القانون عرفت الترتيبات التيسيرية المعقولة بأنها : تعديل الظروف البيئية من حيث الزمان والمكان لتمكين الشخص ذي الإعاقة من ممارسة أحد الحقوق أو إحدى الحريات أو تحقيق الوصول الي احدى الخدمات على أساس من العدالة مع الآخرين.

ومن هنا فإننا نوصي الجهات الحكومية بتطبيق مفهوم العمل المرن لهذه الفئة من ذوي الإعاقة بكافة صورته وأشكاله بحيث يدخل ذلك ضمن الترتيبات التيسيرية المعقولة التي أشار لها القانون وهو ما يوفر على أولئك مشقة العمل التقليدي لساعات طويلة كما أسلفنا سابقاً ، يجدر بالذكر أن الجامعة الأردنية طبقت هذا المفهوم لفترة من الزمن على أحد موظفيها الذي تعرض لإعاقة حركية بسبب حادث سير ، حيث كان هذا الشخص يعمل لغاية الساعة الواحد فقط في وحدة خدمة الجمهور ويتقاضى أجر أقل من أقرانه وذلك للتوفيق بين اعتبارات الإعاقة، وظروف المؤسسة التعليمية انذاك ، إلا أنّ نقص الغطاء التشريعي في الجامعة لمثل هذه الحالات حال دون استمرارها بتسهيل عمل هذا الموظف وبالتالي إحالته على التقاعد المبكر بسبب المعلولية في حينه، و نعتقد أنّ لهذا الأمر تأثير نفسي عميق على مثل هؤلاء الأشخاص بمنعهم من تقديم خدماتهم وخبراتهم ، وهو ما ينعكس حتماً بالسلب على المجتمع بكامله.

يذكر كذلك أنّ دولة الكويت شهدت أحد أفضل التشريعات الداعمة لفئة المعاقين وهو قانون رقم ٨ لسنة ٢٠١٠ بشأن حقوق ذوي الإعاقة حيث نصت المادة ١٤ من هذا القانون على :

" تلتزم الجهات الحكومية والأهلية والقطاع النفطي التي تستخدم ٥٠ عاملاً كويتيياً على الأقل باستخدام نسبة من الأشخاص ذوي الإعاقة المؤهلين مهنيّاً لا تقل عن ٤% من العاملين لديها، وتوفر الدولة برامج تحفيزية لجهات العمل التي توظف

مايزيد عن النسبة المحددة، ويجب على جهة العمل اتخاذ الترتيبات التيسيرية وتجهيز بيئة العمل المناسبة لمساعدتهم في الاندماج في بيئة العمل " و يذكر كذلك ومن تطبيقات مرونة العمل لهذه الفئة ، أنّ المادة ٣٨ من ذات القانون استتنت الموظفة الحامل من ذوات الإعاقة من تعليمات الإجازات المنصوص عليها في نظام الخدمة الكويتي حيث أعطتها الحق في الحصول على إجازة براتب كامل اذا استدعت حالتها ذلك.

ونوصي كذلك في هذا السياق بما أشرنا له بالنسبة للأردن وهو ضرورة تضمين تشريعات الخدمة المدنية في الكويت ما يتلائم وأشكال العمل غير النمطي مع حقوق واحتياجات المعاقين كاشتراط ساعات دوام أقل ، أو منحهم فترات سماح أكبر ، وتشجيعهم كذلك عبر وسائل التكنولوجيا المتمركزة على فكري العمل من عن بعد، أو من خلال المنزل ودون الحاجة للتواجد في مقر العمل حسب ما تقتضيه طبيعة الوظائف وظروف العمل.

## الخاتمة والتوصيات

بينت الدراسة مفهوم العمل المرن الذي يعطي الحق للموظف بتخفيض ساعات العمل إذا كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، بحيث يكون للموظف فيه الحق وبعد موافقة صاحب العمل بتوزيع ساعات العمل المحددة يوميا، وبشكل يتواءم مع احتياجات العامل، وقد تظهر المرونة عبر الدوام الجزئي في تخفيض عدد أيام وساعات الدوام الرسمي عن عدد الأيام والساعات المقررة للدائرة شريطة أن لا تقل عن (٢١) ساعة عمل فعلية أسبوعياً، اما العمل عن بعد فهو يعني العمل خارج مكاتب الدائرة سواء من المنزل أو نحوه بحيث يتم تسليم المهام الوظيفية المطلوب تأديتها من خلال تطبيقات التكنولوجيا الحديثة أو تسليمها شخصياً إلى الدائرة. وقد وجد أن هذا النظام يعود على الموظف والمؤسسة بعدد من المزايا تحسن التوازن بين حياته العملية والشخصية، وانخفاض معدل التردد على العمل، وتراجع الإرهاق، وقلّة عدد الإجازات، وانخفاض معدلات المرض. وتؤدي لزيادة الدافع للعمل لدى الموظفين، ورفع كفاءة العمليات وفعاليتها، وتراجع الإرهاق لدى الموظفين، وانخفاض عدد الأخطاء. هذا فضلاً عن تمكن أصحاب الأعمال من جعل الموظفين يعملون ساعات عمل إضافية دون دفع أجر إضافي على ذلك، وانخفاض عدد المرافق اللازمة، وتراجع معدلات المرض، أن تساعد ساعات العمل المرنة في عمليات التوظيف واستبقاء العاملين. بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن تساعد ساعات العمل المرنة في تحسين توفير فرص متساوية للعاملين غير القادرين على العمل في ساعات العمل الرسمية كالنساء العاملات والأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة .

وقد انتهت الدراسة إلى التوصيات التالية :

١. اقتراح تسريع تفعيل نظام الدوام المرن للموظفين العموميين في الأردن، والاعتقاد كذلك بجدوى ونفع تطبيقه في عدد من الدول بصورة أكثر وضوحاً، وذلك من خلال إعطاء توجيهات صريحة وواضحة بالنسبة للدوائر الحكومية المختلفة لتطبيقه بما يتناسب وطبيعة الخدمة التي تقدمها تلك المؤسسات.



٢. ضرورة وجود تنظيم داخلي في كل مرفق يضمن التعاون بين الموظفين بغية العمل بساعات الدوام المرنة، ويضمن تحديد الأجور والرواتب التي تتناسب معه وخصوصا فيما يتعلق بالعمل الجزئي ، و يمنح الإدارة السلطة التقديرية لإيقاف فترات السماح لبعض الموظفين أو تغيير فترات مناوباتهم حسب ماتقتضيه ظروف العمل ، وذلك على غرار السلطة الممنوحة للإدارة في منح أو منع الإجازات السنوية للموظف بصورة متفرقة أو دفعة واحدة وذلك من أجل مصلحة المرفق الذي يعملون فيه.

٣. كما أوصت الدراسة بالنظر إلى تجارب الدول الأخرى في الية العمل عن بعد ومن خلال الشبكات الالكترونية ودون الحاجة للتواجد في مقر الدوام حيث وعلى عكس ما يعتقد البعض فإنّ هذا الأمر يعزز فكرة دوام سير المرفق العام ولا يعطلها، إذ يضلل المرفق يعمل عن بعد حتى ساعات متأخرة من الليل وفي كل الأوقات.

٤. محاولة لتنظيم هذه المسألة نقترح إيجاد تشريع متكامل تحت عنوان (تعليمات الدوام المرن لموظفي الدوائر الحكومية) على غرار ما هو موجود في مملكة البحرين ، بحيث يعالج الحالات والصور التي يمكن من خلالها تطبيق ساعات العمل المرنة وعدم حصرها بالدوام الجزئي والعمل عن بعد، وذلك كتفعيل التناوب على فترتين صباحية ومساءية في الدوائر التي تسمح طبيعتها بذلك، وتفعيل نظام العمل بأسبوع مضغوط مقابل فترات راحة أكثر في الأيام شديدة الحرارة، واقتراح العمل من خلال الوسائل الالكترونية والعمل الجزئي بالنسبة لبعض الفئات كالنساء وذوي الاحتياجات الخاصة على غرار ما هو معمول به في المملكة العربية السعودية، وغيرها من المسائل اللازمة لتحقيق الفوائد القصوى من ساعات العمل المرنة في المؤسسات الحكومية .

٥. إيجاد التشريعات اللازمة التي تنتظر لنظام العمل المرن كنظام يعود بالفائدة على المرأة حيث يحقق لها التوازن بين متطلبات الحياة والمسؤوليات الأسرية ، كما يسمح

بالاستفادة من الكفاءات النسائية التي تحجم أحيانا عن العمل بسبب طول الدوام ، وهو مايرفع مصاف الدولة الدول الحامية لحقوق المرأة.

٦. الاستفادة القصوى من التكنولوجيا الحديثة والربط بين مفهوم الدوام المرن و الحكومة بلا ورق أو الحكومة الالكترونية بما يعود بالنفع على الخدمات العامة في كامل الدولة .

٧. نوصي الجهات الحكومية بتطبيق مفهوم العمل المرن على الأشخاص من ذوي الإعاقة بكافة صورته وأشكاله، كالعامل الجزئي والعمل عبر الانترنت بحيث يدخل ذلك ضمن الترتيبات التيسيرية المعقولة التي أشارت لها الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة بحماية حقوق المعاقين.

## المراجع

١. أولاً : الكتب العربية
٢. أبو بكر، مصطفى محمود، التنظيم الإداري في المنظمات المعاصرة، الدار الجامعية، ٢٠٠٣.
٣. أبو شعر، عبد الرزاق، و العزة، محمد صالح ، الانتظام بالدوام الرسمي في الأجهزة الحكومية، بحث ميداني، معهد إدارة البحوث، الرياض، ١٩٨١.
٤. برنوطي، سعاد نايف، إدارة الموارد البشرية، دار وائل للطباعة والنشر، عمان ، ٢٠٠١.
٥. جودة، عبد المحسن عبد المحسن، سيكولوجية الموظف المظلوم، المكتبة العصرية، المنصورة ، ٢٠١٣.
٦. حداد ، شكر الله ، وكلوش ، منصف ، أهمية العمل المرن في دول مجلس التعاون الخليجي ، مقال منشور، صحيفة البوابة الاماراتية الالكترونية ، ٢٠٠٨ ، [www.albawaba.com](http://www.albawaba.com)
٧. سعد، عاصم عبد الجبار، الاثبات في قانون المعاملات الالكترونية، بحث منشور على الانترنت ، ٢٠١٥.
٨. السكارنة، بلال خلف ، الفساد الإداري ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠١١.
٩. شريف، رجا، الأساليب الرقابية في كشف الانحرافات الإدارية والمالية في المؤسسات الحكومية، ورقة عمل ، بيروت.
١٠. صالح، سرمد غانم، و حسين، اسراء طارق، رغبات العاملين من الاستفادة من ساعات العمل المرنة، بحث منشور، مجلة تكريت للعلوم الإدارية، المجلد ٦٠، العدد ١٧، ٢٠١٠.
١١. الصيرفي، محمد، الإدارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
١٢. عامر، سعيد يس، الإدارة وتحديات التغيير، مركز وايد سيرفس للاستشارات والتطوير الإداري، القاهرة، ٢٠٠١.

١٣. عبيدات، روجي مروح، تأهيل وتشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة، دار  
مجدلاوي للنشر، عمان، ٢٠١٢.
١٤. القبيلات ، حمدي سليمان ،قانون الإدارة العامة الالكترونية، دار  
وائل للنشر، عمان ، ٢٠١٣.
١٥. القدوة، محمود، الحكومة الالكترونية والإدارة المعاصرة، دار أسامة  
للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
١٦. القريوتي ، يوسف، السياسات والبرامج المعاصرة في مجال التدريب  
المهني وتشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة، منظمة العمل الدولية بيروت ،  
٢٠٠٣.
١٧. مخادمة، محمد علي، حقوق الإنسان في النظام القانوني الأردني  
والدولي، اربد ، الاردن ، ٢٠١٥، ص ١٥٤
١٨. مدحت، محمد مدحت، الحكومة الالكترونية، المجموعة العربية  
للتدريب والنشر، القاهرة، ٢٠١٦.
١٩. هيام، الكسندر، تحفيز الموظفين ومكافأتهم، مكتبة جرير ، الدمام ،  
٢٠٠١، ص ٦٨

### ثانيا : المراجع الاجنبية

- Gary.Dessler. 1981. Personnel management. Hall company  
Reston.Virginia.381١ .
- Garys,Dessler, 2000, humen resource management , 5thd.N.Y 2.
- Greenlaw,Paull, 1979, modern personne  
management,w,b.saunders.London 3.

### ثالثاً : القوانين والانظمة

١. نظام الخدمة المدنية الأردني لسنة ٢٠١٧
٢. تعليمات الدوام المرن في الخدمة المدنية الأردني لسنة ٢٠١٨

٣. الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.
٤. تعليمات عمل أعضاء الهيئة التدريسية في الجامعة الأردنية خارج الجامعة لسنة ٢٠١٦ الصادرة بالاستناد للمادة ٨ من نظام الهيئة التدريسية في الجامعة الأردنية رقم ٥٨ لسنة ٢٠١٥.
٤. قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥
٥. القرار الوزاري السعودي رقم (٧٩٢) تاريخ ١٤/٢/١٤٣٦.
٦. نظام العمل المرن في عجمان بموجب قرار رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥.
٧. نظام الموظفين في الجامعة الأردنية.

#### رابعاً : المقالات

١. مقال لجمعية معهد تضامن النساء الأردني " تضامن " ، نظام العمل المرن في الأدرج منذ عام مقال منشور على الانترنت،  
<https://www.ammonnews.net/print/360027>
٢. حداد ، شكر الله ، وكلوش ، منصف ، أهمية العمل المرن في دول مجلسالتعاون الخليجي ، مقال منشور ، صحيفة البوابة الاماراتية الالكترونية ، ٢٠٠٨ ، [www.albawaba.com](http://www.albawaba.com) ،

#### خامساً : المواقع الالكترونية

- <https://ar.wikipedia.org/wik>  
<http://www.ammonnews.net/article/286713>  
[www.acas.org.uk/publieation/pdf](http://www.acas.org.uk/publieation/pdf)  
<https://www.menaherald.com/business/events-services>  
<http://www.kaa.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=240>

**دور التشريعات الفرعية في حل الازمات  
الاقتصادية والاجتماعية**

The role of sub-legislations in solving  
Economic and Social Crises

إعداد

د. ياسر محمد عبدالعال

استاذ القانون الإداري المساعد

كلية الشرق العربي للدراسات العليا

الرياض - المملكة العربية السعودية



## ملخص البحث

كلمات افتتاحية : ( السلطة التنفيذية - المشكلات التشريعية - دور اللوائح - سير المرافق العامة )

تعد ظروف المجتمع والبيئة المحيطة به هي المحرك الأساسي في إنشاء وتعديل النصوص القانونية . لذا لا يتصور أي نظام من الأنظمة يكن صدوره بعيداً عن الواقع الذي وجد من أجله .

وتكمن المشكلة في مدى ملائمة تلك الأنظمة مع الواقع ومدى قابليتها للإصياح مع المستجدات اليومية والتطورات المتلاحقة المزهلة في ذلك العصر .

مما يتعين علينا أن نعيد النظر في دور اللوائح بشكل كبير خاصة أنها أكثر الأنظمة قابلة للتطوير والتغيير عن غيرها من باقي الأنظمة الأخرى . فنرى الأنظمة الأساسية والديساتير داخل الدول تعتبر أنظمة جامدة لا يمكن تعديلها بسهولة ، وذلك لصعوبة تغييرها من الناحية الشكلية والموضوعية . وقد نرى الأنظمة العادية أكثر مرونة منها . إلا أن تعديلها ايضاً يستغرق فترة ليست بالقليلة من الوقت . أما إذا أمعنا النظر في اللوائح سنجدها الحل الأمثل في عصرنا الحالي القابل للتطوير والتغيير مسايرة للواقع الذي نعيشه .

من هنا جاءت أهمية البحث نحو القاء الضوء على تلك اللوائح لمعرفة دورها البارز في حل الازمات الاقتصادية والاجتماعية .



## Search Abstract

**Opening words:** ( Executive branch - legislative problems - the role of regulations - the functioning of public utilities )

Community conditions and the surrounding environment are the primary drivers in creating and modifying legal texts. Therefore, no system of systems can be imagined that can be released away from the reality in which it is found.

The problem lies in the extent to which these systems are compatible with reality and their ability to comply with the daily developments and the subsequent developments of the era.

Which makes us reconsider the role of regulations differently, especially as they are the most scalable systems and change from other types of systems. We see statutes and constitutions within countries as rigid systems that cannot be easily modified, because of the difficulty of changing them in terms of formality and objectivity. We may see the regular systems more flexible, but the amendment also takes quite a while, but if we look at the regulations we will find the best solution in our time, which can be developed and change in accordance with the reality we live. Hence the importance of research to shed light on these regulations to know their prominent role in solving economic and social crises.

## مقدمة

لم تنشأ القوانين واللوائح في أي زمان أو مكان وليدة الصدفة ، بل هي ناتجة عن ظروف تاريخ المجتمع الذي وجدت به ، وكما يقول الفقيه الفرنسي (مونتسكيو) في كتابه " روح القوانين " ( إن القانون يجب أن يكون ملائماً لحاجة الشعب الذي صنع من أجله ) .

لذلك فإن ضمانه تحقيق أي نمو اقتصادي أو اجتماعي يأتي بالضرورة من توافر قانون سليم منطور يتماشى مع الحقبة التي نشأ بها ، والذي بدوره يعطي مؤشراً ملحوظاً داخل الدولة بمدى تفاعل وملائمة أنظمتها القانونية مع التطور الذي تشهده ، ومدى تقدمها .

وهذا ما طبق بالفعل في أغلب الدول الحديثة ، حيث أصدرت تشريعات جديدة أو هي تعمل على تعديل بعض تشريعاتها السابقة التي لا تتماشى مع الوسائل الالكترونية الحديثة ، وبالتالي ألغت كل ما من شأنه تعطيل مثل هذا التقدم . وكما اتسمت هذه التشريعات بالدقة والبساطة والوضوح ، كلما دلّ على قبولها والتطبيق السليم لدى الجميع .

وطبقاً للتدرج الهرمي للقاعدة القانونية فإن تغيير التشريع العادي ( القوانين ) يتبعه أيضاً تغيير في التشريع الفرعي ( اللوائح الادارية ) خاصة إن كانت هذه القوانين صدرت غامضة أو ناقصة فتكن بحاجة إلى تأويل أو تفسير وهي ما يطلق عليها اللائحة التنفيذية ، أو قد تصدر مستقلة غير مرتبطة بأية أنظمة وتسمى باللوائح المستقلة ، وهناك أنواع أخرى من اللوائح تتسم بصفات أخرى سنتكلم عنها تباعاً بأذن الله .

### مشكلة البحث :-

من خلال الدور الذي تقوم به اللوائح بكافة انواعها محاولة رفع الغموض عن كاهل الأنظمة أو من خلال ايجاد حل لتفسير لها ، أو سداً ل فراغ تشريعي من أجل ملاحقة ما ينتج عن الوسائل الحديثة من مستجدات والذي قد ينتج عنه مجموعة من الازمات الاقتصادية والاجتماعية داخل بعض الدول خاصة مع طائفة المستثمرين .

وتأتي مشكلة الدراسة في الاجابة على التساؤل التالي . كيف يمكن للوائح الادارية ( التشريع الفرعي ) أن تعمل على تطوير الجهاز الحكومي للدولة لمواجهة الازمات الاقتصادية والاجتماعية ؟

#### أهداف البحث :-

- التعرف على الاساس القانوني والعملي لإصدار اللوائح . وما هي مبرراتها

- التعرف على أهم المعوقات التشريعية التي تحد من ظاهرة الاصلاح الإداري

-لقاء الضوء على دور اللوائح بكافة أنواعها في حل الازمات الاقتصادية والاجتماعية.

#### تساؤلات البحث :-

نحاول من خلال البحث الاجابة على التساؤلات :-

- ما المقصود بالأسس القانونية والعملية لإصدار اللوائح ؟ وما هي مبررات ذلك ؟

- كيف أصبحت التشريعات القانونية أحد أهم المعوقات أمام ظاهرة الإصلاح الإداري ؟

- ما الدور الذي تقوم به اللوائح في حل الازمات الاقتصادية والاجتماعية؟

#### حدود البحث :-

الحدود الموضوعية : لقاء الضوء على الازمات الاقتصادية والاجتماعية التي تنتج عن التشريعات العادية ، وكيفية التوصل إلي حل لها من خلال تفعيل دور التشريعات الفرعية .

الحدود المكانية : السلطات التنفيذية داخل الدول

الحدود الزمانية : تاريخ عمل البحث ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م

## منهج البحث :-

اتخذت هذه الدراسة الجمع بين منهج البحث الاستقرائي التأسيلي ، ومنهج البحث المقارن .

-أما عن المنهج التأسيلي فقد تمثل في إلقاء الضوء على تعريفات وأنواع اللوائح الإدارية من خلال دراسة استقرائيه تأسيلية للكتب القانونية السابقة .

-والمنهج المقارن ظهر في كثير من موضوعات البحث ، من حيث إلقاء الضوء على أهم ما اتخذته بعض الدول من أنظمة دستورية وقانونية لأبراز دور السلطة التنفيذية في صدور اللوائح وللحد من ظاهرة الازمات الاقتصادية والاجتماعية التي تنشأ عن التشريعات العادية .

## خطة البحث :-

المطلب الأول : دور السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح الإدارية .

الفرع الأول : الأساس القانوني لإصدار اللوائح الادارية .

الفرع الثاني : الأساس العملي لإصدار اللوائح الادارية .

المطلب الثاني : المشكلات التشريعية في ظاهرة الإصلاح الإداري .

الفرع الأول : معوقات الصياغة وعدم وضوح نص التشريع العادي .

الفرع الثاني : معوقات سوء تطبيق النص التشريعي .

المطلب الثالث : دور اللوائح في مواجهة الازمات الاقتصادية والاجتماعية .

الفرع الأول : مفهوم اللوائح وأنواعها.

الفرع الثاني : نفاذ اللوائح ومبدأ المشروعية .

الفرع الثاني : أثر اللائحة علي سير المرفق العام وحل الازمات الاقتصادية

والاجتماعية .

## المطلب الأول

### دور السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح الإدارية

تسعى السلطة التنفيذية الي حفظ الأمن داخل الدولة والدفاع عنها ، وتنفيذ وتوفير كل ما تحتاج إليه قطاعات الدولة في الصحة ، والتعليم ، والصناعة ، والتجارة ، والثقافة والإعلام والتخطيط وغيرها ، والسلطة التنفيذية تمارس اختصاصها لتحقيق الصالح العام بما يتوافق مع مبدأ المشروعية .

ويشترط عند قيام السلطة التنفيذية بأعمالها القانونية أو المادية موافقتها مع مبدأ المشروعية بمعنى - ألا تخالف نصاً قانونياً ، وألا تخرج عن حدود ما قررته الأنظمة الأساسية داخل الدولة من تشريعات اساسية ( كالدستور ) أو تشريع عادي ( كالقانون ) .

وفي هذا المطلب نحاول التعرف على الأسس القانونية والعملية التي تخول السلطة التنفيذية الحق في صدور اللوائح الإدارية وذلك من خلال الفرعين التاليين:-  
الفرع الأول : الأساس القانوني لصدور اللوائح الادارية .  
الفرع الثاني : الأساس العملي لصدور اللوائح الادارية .

### الفرع الأول

#### الاساس القانوني لصدور اللوائح الادارية

إنطلاقاً من مقتضيات الحكمة التشريعية التي تبين أن التشريعات التي تحتل مرتبة أعلى في تدرج القاعدة القانونية تشمل الأحكام والمبادئ العامة في شكلها الجامد ، دون تفصيل وشروحات تاركة أغلب الأمور التفصيلية للقواعد القانونية الأدنى منها مرتبة<sup>1</sup> ، لذلك فإن التشريع العادي يضع الإطار العام للقانون ثم تأتي اللوائح بعد ذلك فتبين التفاصيل والإجراءات التي يمكن اتباعها لإتمام و نفاذ القانون بصورة مبسطة وسليمة . وهنا يأتي دور السلطة التنفيذية في صدور مثل هذه

---

مبادئ القانون الإداري السعودي . المملكة العربية السعودية . دار مكتبة الرشد ٢٠١٢م . ص ٣٠ . د/ شطناوي ، علي حسين . ١ -

التشريعات الفرعية<sup>١</sup> في محاولة لشرح ودعم التشريعات الأعلى منها مرتبة المتسمة بالجمود وعدم الوضوح أو كما أشرنا سابقاً في حالة وجود فراغ تشريعي .

ورغم التشابه ما بين اللائحة والقانون في انطوائهما على قاعدتي العمومية والتجريد ، إلا أن الأولى لا تزال أقل من القانون درجة ، فلا يجوز لها مخالفته أو تعديله أو إلغائه<sup>٢</sup> ، على العكس من ذلك يستطيع هذا الأخير أن يقوم بكل ذلك ( باستثناء لوائح الضرورة واللوائح التفويضية التي قد تقوى على مخالفة القانون وتعديله بصفة مؤقتة وبشروط معينة كما سيأتي بيانه ) ويرجع السبب في ذلك إلى أن القانون أو التشريع العادي هو تعبير عن إرادة الأمة المتمثلة في البرلمان أما اللائحة (التشريع الفرعي) فما هي إلا تعبير عن إرادة السلطة التنفيذية<sup>٣</sup>.

ومن ناحية أخرى إذا عقدنا مقارنة ما بين اللائحة التنظيمية والقرار الفردي<sup>٤</sup> فاللائحة أقوى بكثير حيث أن كليهما يصدران من السلطة التنفيذية ومراقبة القضاء

١- تسمى القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية اصطلاحاً " التشريع الفرعي " أو " اللوائح " أو " القرارات اللائحية التنظيمية " للدلالة على طبيعة قواعدها والجهة التي أصدرتها ، وقد يطلق عليها في بعض الدول كالأردن مسمى الأنظمة ويعتبر هو أقرب المصطلحات التي وردت طبقاً للمصطلح الفرنسي (Les règlements) ، وإن كان هناك تداخل في هذا اللفظ (النظام) في بعض الدول كالمملكة العربية السعودية حيث تطلق كلمة " أنظمة " على كل ما هو قاعدة عامة مجردة دون تفرقة بين ما هو قانون أو لائحة ولعل هذا الأمر مقبول بالمملكة لأن الجهة التي تصدر الأنظمة بمعناها القانوني العادي واللوائح بمعناها الفرعي هو مجلس الوزراء . أنظر م ١٩ ، م ٢٠ ، م ٢١ التي تحدد اختصاصات مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية التنظيمية ( التشريعية ) والتنفيذية الصادر بالأمر الملكي رقم ( ١٣/أ ) بتاريخ ١٤١٤/٠٣/٠٣ هـ .

٢- لا يمكن تحديد مسبق للموضوعات التي تخص القانون وأخرى تخص اللائحة حيث أن كليهما يشملان من حيث الموضوع على قواعد عامة ومجردة ، إنما يمكن القول أن بعض الأنظمة القانونية داخل الدول تحدد موضوعات ذات أهمية تكن من اختصاص القانون ولا دخل للسلطة التنفيذية بها . وهذا ما اتبعته بالفعل بعض الأنظمة كالدستور المصري ٢٠١٤ في مادته ٣٢ على سبيل المثال التي نصت على " ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة ، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك " .

ويأتي المنظم السعودي بالمادة ٢٠ من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (٩٠/أ) بتاريخ ١٤١٢/٠٨/٢٧ هـ بالنص على أن " لا تفرض الضرائب والرسوم إلا عند الحاجة ، وعلى أساس من العدل ، ولا يجوز فرضها ، أو تعديلها ، أو إلغائها ، أو الإعفاء منها إلا بموجب نظام " .

٣- د/ الحلو ، ماجد راغب . القانون الإداري . جمهورية مصر العربية . دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦ م . ص ٤٤٠ .

٤- يظهر الاختلاف بين القرار اللائحي والقرار الفردي من حيث جواز سحبهما من قبل الإدارة ، فإن كان يحق للإدارة سحب القرار الإداري اللائحي العام سواء بالإلغاء أو التعديل في أي وقت تشاء حسبما تقتضيه المصلحة العامة فلا يمكن للإدارة سحب القرار الإداري الفردي ولو كان مشوب بعبء من العيوب القانونية إلا في غضون الستين يوماً من تاريخ صدورهما ، بحيث إذا انقضى هذا الميعاد اكتسب القرار حصانة نهائية تعصمه من الألغاء أو التعديل .

الإداري لهما واحده . لكن يظهر الاختلاف من حيث المدى التطبيقي ، فإن اللائحة تطبق على جميع الأفراد بشكل عام ومجرد بينما القرار الفردي يطبق على الفرد بشكل خاص . ويأتي الأساس القانوني الذي تستند عليه السلطة أثناء صدور اللوائح ، وهو لا يخرج عن الصور التالية :-

#### أولاً: النص الدستوري :-

نص الدستور المصري ٢٠١٤م بالمادة ١٧٠ على " يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل ، أو تعديل ، أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه. ونصت المادة السابعة والستون من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم ( ٩٠/أ ) بتاريخ ١٤١٢/٠٨/٢٧هـ على اختصاص السلطة التنفيذية وجاء النص كالتالي " تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح ، فيما يحقق المصلحة ، أو يرفع المفسدة في شئون الدولة ، وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، وتمارس اختصاصاتها وفقاً لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى<sup>٢</sup> "

وكذلك المادة الثانية والثمانون من ذات النظام التي حددت عمل السلطة التنفيذية أثناء حالة الحرب أو وجود ظروف طارئة بصور مثل هذه اللوائح ( لوائح الضرورة ، اللوائح التفويضية ) ، والتي نصت على " .... لا يجوز بأي حال من

---

انظر د/ أبو العينين ، محمد ماهر . ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الأول . جمهورية مصر العربية . المركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠١٣ م

وهذا النهج اتسم به مجلس الدولة المصري في الكثير من قضاياها راجع ( القضية رقم ٦٧٢ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٤٩/٠٥/٠٤ والقضية رقم ٥٦٥ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٤٩/٠٣/٠٣ ) .

١- يعتبر النظام الأساسي للحكم الصادر عام ١٤١٢ هـ داخل المملكة العربية السعودية هو القانون الدستوري المتعارف عليه في أغلب دول العالم لشموله على قواعد قانونية أساسية نجد أغلبها في الأنظمة الدستورية حيث تشمل موضوعاته على (المبادئ العامة ، نظام الحكم ، مقومات المجتمع السعودي ، المبادئ الاقتصادية ، الحقوق والواجبات ، سلطات الدولة ، الشؤون المالية ، أحكام عامة ) وكلها موضوعات تخص التشريعات الأصلية داخل أي دولة . هذا بجانب نظام مجلس الوزراء ١٤١٤ هـ ، نظام مجلس الشورى ١٤١٢ هـ ، نظام هيئة البيعة ١٤٢٧ هـ فهي تعد أيضاً قواعد دستورية .

- وكذلك في سلطنة عمان يعتبر النظام الأساسي للدولة الصادر برقم ( ٩٦/١٠١ ) بتاريخ ١٤١٧/٠٦/٢٤ هـ هو القانون الدستوري لسلطنة عمان لما يشمله من موضوعات دستورية .

الأحوال تعطيل حكم من أحكام هذا النظام ، إلا أن يكون ذلك مؤقتاً في زمن الحرب ، أو في أثناء إعلان حالة الطوارئ . وعلى الوجه المبين بالنظام.

كما نص النظام الأساسي لسلطنة عمان على أن الجهات الحكومية داخل الدولة من حقها سن التشريعات واللوائح ، حيث ورد بالمادة (٨٠) من النظام الأساسي بها أنه : " لا يجوز لأية جهة في الدولة إصدار أنظمة أو لوائح أو قرارات أو تعليمات تخالف أحكام القوانين والمراسيم النافذة أو المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي هي جزء من قانون البلاد " .

### ثانياً : النص القانوني :-

عندما تصدر التشريعات العادية تنص في أغلبها بإلزام السلطة التنفيذية بضرورة صدور اللائحة<sup>١</sup> ، من هنا تلتزم السلطة التنفيذية بضرورة صدور هذه اللوائح<sup>٢</sup> . وعلى سبيل المثال نص قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بتحويل السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التنفيذية حيث نصت المادة ٢ منه على أن " تصدر القرارات الوزارية اللازمة لتنفيذ هذا القانون من الوزراء المختصين كلاً فيما يخصه " <sup>٣</sup> . كما نصت المادة ٢٠ من نظام السجل التجاري بالمملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ٢١/٢/١٤١٦م " ..... وعلى وزير التجارة إصدار اللوائح والقرارات لتنفيذه " <sup>٤</sup> . وكذلك نصت المادة ٢١ من قانون السجل التجاري بسلطنة عمان رقم ٧٤/٣ بتاريخ ٢٢/٤/١٣٩٤هـ " يصدر وزير التنمية قرارات لوضع هذا القانون موضع التنفيذ ويعود له تعيين شكل

1 - المقصود هنا اللائحة التنفيذية وهي النوع الاول الذي سيأتي بيانه من بين انواع اللوائح الإدارية . أنظر المطلب الثالث للبحث .

2- يشترك مجلس الوزراء ومجلس الشورى بأقرار هذه اللوائح في المملكة ، على العكس من ذلك في باقي الدول فإن إصدارها وأقرارها من قبل الوزير المختص .

( الطهراوي ، هاني علي كتاب ( القضاء الإداري السعودي - قضاء الإلغاء - دراسة مقارنة ) المملكة العربية السعودية - دار مكتب المحامي كاتب بن فهد الشمري ٢٠١٥م ط ٢ ص ٢٥ )

3 - <http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/CommercialLawAr.pdf>

تم الاطلاع على الموقع بتاريخ ١٤٣٩/٠٤/٢٩هـ .

موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء تم الاطلاع عليه بتاريخ <https://www.boe.gov.sa> - ٢٩/٠٤/١٤٣٩هـ .



طلبات التسجيل وكيفية الحصول على إفادات كاملة أو جزئية وتحديد الرسوم الواجب استيفاؤها عن كل ذلك " ١ .

## الفرع الثاني

### الاساس العملي لصدور اللوائح الادارية

يرى بعض الفقهاء أن سلطة إصدار اللوائح التنفيذية تدخل بطبيعتها في اختصاص السلطة التنفيذية ، لأنها هي المكلفة بتنفيذ القانون ورغم عدم صراحة المواد الدستورية في بعض الدول بذلك كفرنسا فقد ذهب أغلب الفقهاء إلى أن هناك اساس عملي لسلطة رئيس الدولة في إصدار اللوائح التنفيذية ، لأن السهر على تنفيذ القوانين من قبل السلطات المختصة تقتضي إصدار اللوائح التنفيذية بلا جدال . ويرى البعض أن عمل اللائحة يأتي متم لهذه القوانين ، وذلك لصعوبة ذكر التفاصيل الصغيرة بالتشريع الأصلي أو العادي التي تظل جامدة غير مطبقة في كثير من الأحيان .

كما أن تركها للسلطة التنفيذية يحقق بالفعل مبدأ الفصل بين السلطات ، لأنها السلطة الأكثر اختصاصاً وهي بمركزها هذا أقدر من غيرها . وزيادة على ذلك فإنه يكاد يكون من المستحيل أن ينظم المشرع كل تفاصيل القانون المعقدة كثيرة الشعب ، وقد أصبح هذا الرأي الفقهي معمولاً به في جميع البلدان الديمقراطية .

حيث أصبح من المسلم به على الحكومات في أغلب الدول - دون أن يدعواها البرلمان - القيام بإصدار اللوائح المنفذة والمكملة للقانون حتى يسهل تطبيقه على النحو الذي أراده المشرع . وفي الولايات المتحدة وإنجلترا مثلاً يحتفظ البرلمان بحقه الكامل في وضع القوانين وتقوم السلطة التنفيذية بإصدار هذه اللوائح <sup>٢</sup> . ولا يقتصر هذا القول عليهما فقط بل إنه يكاد ألا يصدر قانون من البرلمان في أي دولة إلا ويصدر الوزير المختص أو مجلس الوزراء لائحته التنفيذية .

١ - موقع وزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان تم <http://www.mola.gov.om/mainlaws.aspx> الاطلاع بتاريخ ١٤٣٩/٠٤/٢٩هـ

٢ - <http://www.mn.net forum> تم الاطلاع عليه بتاريخ ١٤٣٩/٠٤/٠١هـ .

ومن جهة أخرى فإنه إذا كان الأصل ان القوانين توضع لتنظيم وضبط السلوك البشري بشكل مستقبلي ، وعلى المشرع الإحاطة بكافة الظروف المستقبلية والتنبؤ لها ، وهذا يتطلب تدخل المشرع بصفة دائمة ومستمرة لتعديل الأحكام التشريعية ، وهذا الأمر يستحيل تصوره . لأن عمل البرلمان يتسم بالبطء وطول الاجراءات من اقتراح قوانين ومناقشات وتصويت ، لذا دعت الحاجة إلى أن يقتصر عمل السلطة التشريعية داخل البرلمان على وضع التشريعات العامة الكلية ، تاركة التفاصيل للوائح التي توضع من قبل السلطة التنفيذية<sup>١</sup> .

وهناك مبرر آخر وهو تلبية حاجة الدولة المتزايد إلى التنظيمات التشريعية<sup>٢</sup> والذي لا يمكن تصوره ، وصدوره بشكل دائم ومتلاحق من قبل السلطة التشريعية ، بينما قد يصدر من قبل القائمين بالاعمال التنفيذية ، وهذا امر شبه بديهي لانهم على احتكاك بالجمهور ، وتعد خبراتهم الفنية والعملية أكثر من رجال السلطة التشريعية ، حيث أن كل وزير على دراية ومعرفة بمشاكل ومعوقات وزارته . وهذا ما لا يتسم به غيرهم .

## المطلب الثاني

### المشكلات التشريعية في ظاهرة الإصلاح الإداري

تسعى جميع الدول الي تحقيق طفرة اقتصادية واستثمار اكبر لثرواتها ، عن طريق الاصلاح الاداري وتقديم خدمة جيدة . ولعل أفضل الطرق التي يمكن للدولة ان تتبعها بدايةً للوصول الي هذه النتيجة هي حل المشكلات الخاصة بالتشريع التي تمس الصياغة عند اعدادها أو التغلب على بعض المعوقات التي تصيبها أثناء التنفيذ . وسوف نتناول هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين :-

الفرع الأول : معوقات الصياغة وعدم وضوح نص التشريع العادي .

الفرع الثاني : معوقات سوء تطبيق النص التشريعي .

<sup>١</sup> - شطناوي . مرجع سابق - ص ٣١ .

<sup>٢</sup> - ماجد الحلو - مرجع سابق ص ٤٤٠

## الفرع الأول

### معوقات الصياغة وعدم وضوح نص التشريع العادي

يعتبر فن الصياغة هو فن اللغة ، وكلما كانت العبارات سهلة وواضحة كلما قامت بدورها المنشود<sup>1</sup> ، وكلما سهلت على كل من يتعاملون بالقانون مهمتهم ، فيجب الا تتسم الصياغة بالإطالة المملة الموجبة للتأويل ، ولا التقصير المخل الداعي إلى الإيضاح والتفسير . وهذا ما يجعل هناك حاجة إلى الرجوع الي المذكرات الايضاحية التي تبين ملابسات وجلسات كتابة القوانين .  
ولعل من أسباب ظهور مثل هذه المشكلات هو :-

- عدم تمرس القائمين على إعداد وصياغة النصوص القانونية .
  - التسرع في إخراج العمل التشريعي ريثما من أجل الرغبة في تحقيق أثر مالي سريع يرتب في المستقبل انعكاسات مالية واقتصادية غير مرغوب فيها
  - النقل بلا وعي من التشريعات الغربية والقوانين الاجنبية .
  - اشتغال غير القانونيين بأعمال الصياغة القانونية .
- وبعد صدور التشريع العادي والأنظمة يأتي بعد ذلك دور اللائحة والتي قد يعاني واضعوها في بعض الأحيان اثناء اعدادهم إياها ( بخاصة التنفيذية)<sup>2</sup> بالكثير من الصعوبات ، وتلك اللائحة إما أن تصيب الجهات التنفيذية في عملها فتوضع لائحة مستندة على فهم ودراية سليمة لذلك القانون ، فتأتي بثمارها النافعة . وأحياناً أخرى قد لا يحالفها الحظ وتبني لائحته على قوانين وأنظمة متضاربة كورود بعض عبارات الاثبات والنفي في مادة واحدة أو أحرف جر متداخلة كـ استخدام ( " أو " بدلاً من " و " ) وهي بطبيعتها قد تغير في المعني وبالتالي قد تغير الحكم ، مما يترتب عليه ضعف اللائحة وصعوبة تطبيق بعض موادها في بعض الأحيان . وقد تحوي في أحياناً أخرى نصوصاً مختلفة عن القانون في مواد بزيادة نص لم يكن موجود بالقانون ، أو تعديل نص لم يقره أو يقصده المشرع ، أو تعمل على حذف بعضه .

<sup>1</sup>- محمد ، عيد سعيد بحث بعنوان ( الإصلاح الإداري ضرورة حتمية لتحقيق النمو الاقتصادي ) مجلة المدير الناجح - مصر ٢٠١٥ ص ٢٩ .

<sup>2</sup>- أنظر انواع اللوائح المطلوب الثالث بالفرع الاول ( ثانياً ) لذات البحث .

كل هذه الاختلافات تصيب اللائحة بالقصور والعيور ، كما حدث في لائحتي قانون الجامعات الخاصة والحكومية بمصر<sup>1</sup> .

ووفقاً لتتبع الأحداث التشريعية فإنه يعقب صدور أي قانون لائحته التنفيذية ، وقد تأتي اللائحة بالمعوقات والمشكلات التي اشرفنا إليها فتمتلئ المحاكم الإدارية بمئات القضايا الطاعنة بعدم مشروعية اللوائح ، مما يعطل مصالح الناس وكأننا في حاجة لمزيد من البيروقراطية ! وبهذا ستصبح اللوائح معطلة بدلاً من أنها تيسر على الناس .

\*وللتغلب على هذه المسألة ندعوا بضرورة إتاحة فرصة أكبر للسلطة التنفيذية في مجالات اللوائح خاصة اللوائح المستقلة التي تصدر بعيدة عن أي قانون أو نظام.

## الفرع الثاني

### معوقات سوء تطبيق النص التشريعي

أحياناً ما نجد اللوم على المشرع أو المنظم الذي يضع القانون أو النظام بأنه لم يكن متطوراً ومنسجماً مع الواقع ، ودائماً ما ندعوه لتلافي هذا القصور إلى حضور المؤتمرات والندوات والمجامع العلمية من أجل التعرف على ما يلزم اتباعه أثناء مناقشة مشروعات القوانين وإقرارها . لكن في أحياناً أخرى وهذا محل النظر بذلك الفرع نرى أن التقصير قد نشأ من جانب السلطة التنفيذية أثناء إعدادها للائحة من اللوائح تطبيقاً وتنفيذاً لإحدى القوانين فنجدها قد أساءت أكثر من أن تنفع ، وعطلت أكثر من أنها انجزت .

وفي ظل غياب بعض أنواع الرقابة<sup>2</sup> للتأكد من مدى التزام السلطة التنفيذية بتطبيق القوانين أو الاطلاع على حالات تقصيرها أثناء إعداد اللوائح تظهر معوقات

1- وتتمثل هذه المشكلة التي تواجه الجامعات الخاصة في مصر، صعوبة وجود نظام الدراسات العليا بها على الرغم من وجوده بالجامعات الحكومية ، فلا تستطيع الجامعات الخاصة إنشاء قسم للدراسات العليا لعدم توافر هيئة تدريس متفرغة وثابتة بالجامعات . وبالتالي فإن اللائحة الخاصة بالجامعات الخاصة تختلف عن لائحة الجامعات الحكومية المصرية .

2- كما هو معلوم أن الرقابة على أعمال السلطة الإدارية قد تكون رقابة سياسية أو قضائية أو إدارية ذاتية وهناك أيضاً ما يعرف بالرقابة عن طريق الهيئات المستقلة ، والمقصود هنا بالمتن الرقابة السياسية التي تتم عن طريق البرلمان أو بتعدد الأحزاب .

التطبيق والتنفيذ التي تصطدم بالواقع . فمن الامثلة التي قد نجدها بعملية سوء تطبيق النص التشريعي :-

- تأخر صدور اللوائح مما يؤدي إلى تعطيل تنفيذ القانون -
  - عدم ضبط ووضوح الاختصاصات والصلاحيات بالنص .
  - عدم العناية بضوابط المسؤولية الإدارية والجزاء .
  - عدم وجود نظام متكامل يكفل سرعة الكشف عن المخالفات والانحرافات بمختلف صورها ويكفل سرعة التحقيق وتوقيع الجزاء الرادع - مما يشيع معه الشعور بالتهاون والاستهتار والفساد الاداري .
  - سوء الأفكار التي وردت بالقانون التي لا تتفق مع الواقع العملي والتي تلاقي بدورها الرفض وعدم التطبيق .
  - كثرة التعديلات والتفسيرات لمعالجة سوء الفهم وسوء الصياغة .
  - نقص الشعور بالمسؤولية وضعف الوازع الاخلاقي .
- \* وفي هذا الشأن ندعوا السلطة التنفيذية إلي ضرورة أن يوكل لمثل هذه الاعمال لجان متخصصة للمراجعة والمتابعة والتأكد من تطابق اللوائح التي تصدر مع الانظمة وعدم مخالفتها.

### المطلب الثالث

#### دور اللوائح في مواجهة الأزمات الاقتصادية والاجتماعية

عندما يحدد القانون الوزير المختص بإصدار اللائحة التنفيذية لا يعتبر تفويض من البرلمان للسلطة التنفيذية ، بل هو دعوة لهذه السلطة باستعمال حقها الذي تملكه بمقتضى الدستور حتى ولو صدرت اللائحة على اساس انها تفويضية<sup>1</sup> ، والدور الحقيقي لهذه اللوائح هو تصديها لمواجهة بعض الازمات الاقتصادية والاجتماعية داخل الدولة ، لأن دورها يأتي تابع للأنظمة والقوانين الاساسية داخل الدولة. وهذا ما سنتاوله في هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين :-

<sup>1</sup> - الأصل في هذه اللوائح أنها تصدر من السلطة التنفيذية ويتم اقرارها والعمل بها بحسب أحوال وديساتير كل دولة فقد نص عليها الدستور المصري دون السعودي انظر . كتاب الطهراوي - المرجع السابق ص

الفرع الأول : مفهوم اللوائح وأنواعها .  
الفرع الثاني : اللوائح ومبدأ المشروعية .  
الفرع الثاني : أثر اللائحة علي سير المرفق العام وحل الازمات الاقتصادية والاجتماعية .

## الفرع الأول

### مفهوم اللوائح وأنواعها

لا شك أن هناك تدرج للقاعدة القانونية فليس جميعها بمنزلة واحدة ، بل إن منها ما هو أعلى هذه القاعدة ومنها الأدنى ، وبالتالي لا يجوز لنص تشريعي أدنى أن يخالف نصاً تشريعياً أعلى . وكما أن القانون لا يمكنه أن يخالف الدستور فإن اللائحة لا يمكنها أن تخالف نصاً قانونياً ، وهذا المبدأ يعرف بمبدأ المشروعية ، وبمخالفته تصبح حقوق وحرريات الافراد عرضة لضياعها أو الجور عليها .

وهذا عن القيمة القانونية لللائحة ، أما بالنظر إلى مجالها ، فالحقيقة أنه يصعب الجزم بتحديد موضوعات سابقة محددة للقانون وموضوعات اخرى محددة لللائحة ، إنما ثار النقاش حول الاجابة على السؤال التالي - وهو مدى إمكانية ذكر بعض الموضوعات الهامة والخاصة بحقوق وحرريات الافراد ونجعلها من اختصاصات السلطة التشريعية ، وبالتالي لا يجوز للسلطة التنفيذية التعرض لها الا بصورة استثنائية كـ ( لوائح الضرورة والتفويض ) ، وموضوعات أخرى أقل أهمية وهي لائحته بطبيعتها نجعلها من اختصاصات السلطة التنفيذية ؟

والحقيقة أن توزيع الاختصاصات الواردة في أغلب الدساتير نوعين إما أن ينص على أن الاختصاص العام للسلطة التشريعية وتبقي الاستثناءات للسلطة التنفيذية ومثال على ذلك الدستور المصري ١٩٧١م والنوع الثاني يجعل الاختصاص العام للسلطة التنفيذية وأن الاستثناءات للسلطة التشريعية كالدستور الفرنسي ١٧٩١م<sup>١</sup> والدستور المغربي عام ١٩٦٢م<sup>١</sup>

<sup>١</sup> - حيث عدت المادة ٣٤ من ذات الدستور على المسائل التي يقتصر عليها مجال القانون ، ثم نصت المادة ٣٧ على أن ما عدا هذه المسائل يدخل من بين اختصاصات السلطة التنفيذية .  
راجع في هذا الشأن ( العلاقة بين القانون واللوائح في الجمهورية الخامسة الفرنسية ) :

## أولاً : مفهوم اللوائح :-

اللائحة أو القرار اللاتحي هو " القرار الذي يتضمن قاعدة عامة مجردة ، فلا يتعلق بشخص أو شيء أو حالة على سبيل التعيين بالذات <sup>٢</sup> " ومثال على ذلك القرارات اللاتحية الصادرة بتحقيق الأمن العام أو السكنية العامة أو الصحة العامة . وسواء كانت لوائح تنفيذية أم مستقلة فإن احكامها وقواعدها تخاطب عامة الناس وغير مخصصة لفئة معينة أو شخص بعينه ، ولهذا فهي تعتبر بمثابة قاعدة قانونية من بين القواعد القانونية العامة وتشريع من بين التشريعات ، وتناقش موضوعات تتسم بالعمومية والتجريد ، وتسعى الى تنظيم السلوك الاجتماعي ويتحقق بها الإلزامية . وتلك هي خصائص القواعد القانونية إلا أن القانون واللائحة مختلفان في السلطة التي تصدر كلاً منهما <sup>٣</sup> -

## ثانياً : أنواع اللوائح :-

تختلف أنواع اللوائح بحسب استقلالها عن القانون ، فإما أن تصدر لوائح تنفيذية ، أو لوائح مستقلة . واللوائح المستقلة نوعين فهي إما أن تصدر في ظل الظروف العادية ، وأخرى في ظل الظروف الغير العادية وهي على النحو التالي :-

---

- M.waline ، Les reports entre La Loi Et Les Reglements Avant et après La constitution de ، ١٩٥٨R.D.P 1959، P 699.

- J. De Soto ، La loi et la regalement dans la constitution de 4 October 1958 ، R.D.P. 1959 ، P.240

مشار إليهما كتاب ( الحلو ، ماجد - مرجع سابق - ص ٤٤٢ ) .

١- خليل ، محسن بحث بعنوان ( علاقة القانون باللائحة - دراسة مقارنة ) مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر) ١٩٦٩ ص ٧٩ ، ٨٠ .

٢- من بين التعريفات ما اتخذت الجانب الموضوعي إطاراً لها أنظر طبقاً للتعريف بالمتن ( الحلو ، ماجد - مرجع سابق - ص ٤٤١ ) وهناك تعريفات أخرى اتخذت الجانب الإجرائي إطاراً لها كتعريف اللائحة بأنها " هي القرارات الإدارية التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية " راجع ( الطهراوي كتاب " القضاء الإداري السعودي " قضاء الالغاء ( دراسة مقارنة ) ص ٢٥ ) .

٣- للأستزادة في موضوع علاقة القانون باللائحة راجع بحث د الصالح ، عثمان عبدالملك وآخرون ( السلطة اللاتحية للإدارة في الكويت والفقہ المقارن وأحكام القضاء ) الكويت ١٩٩٤ ط ٢ .

## أ- اللوائح التنفيذية :-

وهي لوائح يتوقف وجودها على وجود النظام ، وتشمل تفاصيل الاحداث والاحكام التي لم يتطرق اليها النظام ، وأغلب الانظمة والقوانين تنص في نهاية موادها بضرورة صدور اللائحة التنفيذية في غضون ثلاثة أو ستة أشهر أو بحسب ما يتم تحديده .

وبالتالي تعتبر هذه اللوائح مرتبطة ارتباط وثيقاً بالنظام ، فلا تستطيع أن تخرج عن دورها المحدد لها من قبل القانون كأن تصدر قواعد قانونية مخالفة له ( وتلك هي القاعدة العامة لكافة اللوائح ) . وكذلك لا تستطيع أن تزيد أو تنقص من المراكز القانونية التي لم ينص عليها القانون ، وفي حالة وجود تعارض بين القانون واللائحة يطبق النص القانوني عن اللائحة .

ودلّ الواقع العملي على أهمية مثل هذه اللوائح حيث أننا نجد الكثير من الانظمة القانونية ( التي يحول دون التنفيذ المباشر لها ) والتي يتعذر تطبيقها بسبب عدم صدور اللائحة ، كما تنص أغلب القوانين على ضرورة صدورها من أجل التنفيذ<sup>١</sup> .

## ب- اللوائح المستقلة :-

وهي لوائح لا تستند على أنظمة سابقة على صدورها كاللوائح التنفيذية ، وبالتالي قد لا نجد نزاع أو خلاف حول استقلاليتها من قبل الفقهاء ، خاصة أن أغلب هذه اللوائح لا تمس حقوق و ضمانات الافراد وأن سبب تواجدها هو سير المرفق العام ، وهو عمل في الاساس موكل إلى السلطة التنفيذية دون غيرها . وتلك اللوائح إما أن تصدر في ظروف عادية أو تصدر في ظروف استثنائية غير عادية<sup>٢</sup> :

### ١- اللوائح الصادرة في الظروف العادية ولها صورتان :

- لوائح تنظيمية ( لوائح المرفق العامة ) وهي خاصة بتنظيم وتسير المرفق العام أو المؤسسات العامة .

<sup>١</sup>- الحلو ، ماجد راغب - مرجع سابق ص ٤٤٤ .

<sup>٢</sup>- الطهراوي - المرجع السابق - ص ٢٦ .



- لوائح الضبط الإداري وهي لحماية النظام العام في الدولة بعنصره المختلفة ( الأمن العام -السكينة العامة - الصحة العامة -الأخلاق والأداب العامة ) .

## ٢- اللوائح الصادرة في الظروف الغير عادية ولها صورتان أيضاً :

- لوائح الضرورة<sup>١</sup> وهي لوائح تصدر في حالات استثنائية كالثورة والحرب مما تستوجب معه تدخل السلطة التنفيذية على وجه السرعة لإنهاء حالات الفوضى أو الشغب وعدم تهديد الامن الداخلي . ونتيجة لذلك فإن مثل هذه اللوائح يتعارض مع مبدأ المشروعية فيجعل من الأمور الغير مشروعة في الأوقات العادية مشروعة .

- اللوائح التفويضية وهي ما تعرف بـ ( المرسوم بقانون أو قرار بقانون ) وهي لائحة تصدرها السلطة التنفيذية في مسائل من اختصاص السلطة التشريعية بتفويض من هذه الأخيرة .

### **الفرع الثاني**

#### **نفاذ اللوائح ومبدأ المشروعية**

تعد اللوائح الإدارية صورة من صور مساهمة السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية أو التنظيمية ، فطبقاً للمعيار العضوي تعد عملاً إدارياً فقهاً وقضاءً ، ووفقاً للمعيار الموضوعي فهي تعد عملاً تشريعياً .

---

<sup>١</sup> - جاء بالمادة ١٧٢ من دستور مصر الجديد ٢٠١٤ على النص التالي " يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط ، بعد موافقة مجلس الوزراء. " وجاء فيما مفاده هذه المادة السابقة بالنظام الأساسي للحكم الصادر عام ١٤١٢ هـ / ١٩٩١م بالمملكة العربية السعودية مايفيد اتخاذ الملك الاجراءات القانونية اللازمة لحزم الدولة في حالات الطوارئ والضرورة وذلك من خلال المواد التالية :-  
أ- المادة الواحد والستون " يعلن الملك حالة الطوارئ ، والتعبئة العامة ، والحرب ، ويبين النظام أحكام ذلك " .

ب - والمادة الثانية والستون من نفس النظام " للملك إذا نشأ خطر يهدد سلامة المملكة ، أو وحدة أراضيها، أو أمن شعبها ومصالحه، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء مهامها، أن يتخذ من الإجراءات السريعة ما يكفل مواجهة هذا الخطر. وإذا رأى الملك أن يكون لهذه الإجراءات صفة الاستمرار فيتخذ بشأنها ما يلزم نظاماً" .

ج - وقد جاءت المادة الثانية والثمانون من ذات النظام " مع عدم الإخلال بما ورد في المادة السابعة من هذا النظام ، لا يجوز بأي حال من الأحوال تعطيل حكم من أحكام هذا النظام، إلا أن يكون ذلك مؤقتاً في زمن الحرب، أو في أثناء إعلان حالة الطوارئ . وعلى الوجه المبين بالنظام " .

ورغم أن الجهات الإدارية تستطيع بعد صدور اللوائح والقرارات الإدارية سحبها أو تعديلها أو إلغائها إلا أنها لا بد أن يكون لها المشروعية الكافية في ذلك فلا تخالف القانون لأنه أعلى منها مرتبة ، ولا القرارات الفردية تخالف اللوائح<sup>1</sup> وذلك أيضاً طبقاً لقاعدة تدرج القاعدة القانونية ، وبهذا تعد اللوائح أحد عناصر مبدأ المشروعية .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن " امتناع وزارة المالية ومصصلحة المساحة عن تسوية حالة المدعي بضم مدة التمرين إلى مدة خدمته طبقاً لقرار مجلس الوزراء في ١١/٠٦/١٩٥٠م وإصرارها على إجراء حركة الترقيات على النحو الذي تمت عليه غير ملقبة بالأل إلى حق المدعي الواضح في حساب مدة السنة التمريبية ، فيه مخالفة القانون<sup>٢</sup> ، وناقش هذا الفرع من خلال البنود التالية :

#### أولاً : نفاذ اللائحة في حق الأفراد :-

علمنا فيما سبق أن اللوائح تتمتع بقوة إلزامية لأعتبارها عملاً قانونياً وعنصر من عناصر المشروعية ، ولا يمكن لللائحة أن تكون نافذة في حق الأفراد إلا إذا توافرت فيها شروط وخصائص معينة ، وفي المقابل لا يمكن بأي حال من الأحوال التحقق من مبدأ المشروعية وعدمه إلا عن طريق الرقابة . لذلك نجد عنصر الرقابة من المبادئ الهامة التي يجب تحققه من جهة الإدارة عند صدور القرار وفي مدى أحقيتها لإصداره ، وعلى الأفراد أيضاً لأنه بمجرد اكتسابها الصفة الإلزامية تصبح نافذة في حقهم . - - - ويكتسب القرار اللائحي قوته الملزمة بمجرد صدوره ، ولا يتحقق نفاذه في مواجهة الغير إلا بعد النشر وبذلك تتم فرضية المعلوماتية لدى الجميع ، ولا يعذر أحد فيما بعد بجهله بها .

- إذا فالسمة الأساسية التي تجعل اللائحة نافذة في حق الغير هي النشر ويمكن تعريفه بأنه " إجراء شكلي يقصد به إعلام الكافة باللائحة حتى تكون نافذة في حقهم

<sup>1</sup> - جمال الدين ، سامي (٢٠١٥م) كتاب بعنوان ( اللوائح الإدارية التنفيذية وضمانة الرقابة القضائية ) مؤسسة حورس الدولية الاسكندرية ٢٠١٥ ص ٦٥ .

<sup>2</sup> - حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٣/٠٦/١٩٥٣ م قضية ١٠٠٥ لسنة ٦ ق ، المجموعة سنة ٧ ص ١٧١٢ .

ومن ثم ملزمة لهم " <sup>1</sup> . وتظهر أهمية تحديد تاريخ النشر أو بالأحرى تاريخ نفاذ اللائحة في أنه منذ هذا التاريخ لا يجوز تعديل أو سحب أو إلغاء اللائحة من جانب مصدرها دون مراعاة القواعد التي حددها القضاء ، ومن ناحية أخرى فإنه منذ هذا التاريخ يبدأ احتساب مدة الطعن بالإلغاء ضد العمل اللائحي <sup>2</sup> .

- وهناك بعض النصوص القانونية التي ساوت ما بين النشر والإعلان كما جاء بالمادة ٢٤ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٢٧م بتنظيم مجلس الدولة المصري حيث جعلت النشر مساوياً للإعلان من حيث قوة كليهما في اثبات وصول القرار إلى علم صاحب الشأن . لكن يقول بعض رجال القانون كالأستاذ الدكتور " سامي جمال الدين " - وبحق - أن هذه المساواة بين الوسيئتين ليست صحيحة وكاملة ، إذ لا زال الإعلان بالقرار هو الأصل ، أما النشر هو الاستثناء بحيث لا يكفي النشر حيث يكون الإعلان ممكناً ... ولكن اللوائح بحكم عموميتها وتجريدها لا يتصور حصر الأشخاص الذين تحكمهم مما لا يكون معه محل الالتزام وسيلة الإعلان بالنسبة لهم <sup>3</sup> . وهذا الأمر بديهياً لأن إشهار اللائحة هو نشرها ، أما إعلانها فإنه لا يكفي . خاصة أن اللائحة تسري باستمرار ويتغير نطاق تطبيقها على الأشخاص وليس من المعقول أن تلتزم الإدارة بتتبع هؤلاء الأشخاص .

- ويجب أن يكون النشر باللغة العربية ، فلا يكفي النشر في الطبقات الأجنبية من الجريدة الرسمية ما لم تكن اللائحة موجهة أصلاً إلى أفراد لغتهم ، فإن النشر في تلك الحالة في إحدى الطبعتين يغني عن الأخرى .

---

<sup>1</sup> - جمال الدين ، سامي - مرجع سابق ص ٧٠

<sup>2</sup>

AUBY, L'incompétence ratione temporis, R.D.P., 1953.12. MILLARDET, La subordination de la mise en vigure de lois à parution des règlement d'application, Thèse, Paris, 1958, p. 190

<sup>3</sup> - حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٤/٠٤/١٩٦٢ ، قضية ٩٥٦ لسنة ٥ ق ، قضية ٩٥٨ لسنة ٥ ق ، مجموعة سنة ٧ رقم ٦١ ص ٦٠١ . مشار إليه في كتاب د سامي جمال الدين - مرجع سابق ص ٧٣ .

- وبالنظر إلى الأخطاء التي قد تصيب القرارات الإدارية اللائحية أو الفردية أثناء نشرها يجب التفرقة بين امرين ، الأول إذا كانت هذه الأخطاء التي أصابت القرار أخطاء عادية يمكن تداركها وهي لا تؤثر على مضمون القرار ومحلّه ، وفي هذه الحالة قد تتغاضى الإدارة نحو تصحيح مثل هذا الخطأ ولا بأس في ذلك ، وإن عملت على تصحيحه فهو أفضل . والثاني إذا كان الخطأ فادح مما يغير في مضمون القرار ومحلّه فلا بد للإدارة من تغييره وإلا أصبح عرضة للطعن والإلغاء ، ويحق للمتضرر التمسك بهذا الخطأ في أي مرحلة من مراحل مخاصمته بالنزاع أو غيره .

- وقد استحدث القانون وسائل أخرى منذ عهده الأول بجانب النشر بالجرائد الرسمية كالنشر داخل الجهة أو المصلحة كما صدر ذلك في قانون مجلس الدولة المصري رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٥ في المادة ١٩ منه ، وقد صدر تنفيذاً لهذا القانون قرار من مجلس الوزراء في ٣٠ مارس ١٩٥٥ قضى " بأن تتولى الوزارات وكذا المصالح التي يصدر بتعيينها قرار من الوزير المختص إصدار نشرات مصلحة في فترات دورية تتضمن القرارات الصادرة في شئون الموظفين وغيرها من القرارات الإدارية والتعليمات التي ترى الوزارة أو المصلحة نشرها ولو لم تكن خاصة بشؤون الموظفين " <sup>١</sup> .

### ثانياً : الرجعية والإرجاء في اللوائح الإدارية :-

إذا كان الأصل أن تاريخ نفاذ اللائحة مرتبط بكقاعدة عامة بتاريخ صدورها ، ومن ثم البدء في سريانها . إلا أن الإدارة في بعض البلدان قد ترى لعلّة ما أن تفصل بين هذين التاريخين إما بالرجعية أو بالإرجاء .  
وتنص المادة ٢٢٥ من دستور ٢٠١٤م لجمهورية مصر العربية على " لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ومع ذلك يجوز في غير

<sup>١</sup> - وعلى الرغم من استحداث طرق جديدة للنشر كاستخدام الوسائل الالكترونية الحديثة إلا أنه لا يعتد بها إذ لم يدون بالقانون ويتم النص عليها كأداة من أدوات النشر ، فإذا أشار النظام أو القانون على جريدة معينة من الجرائد دون الوسائل الحديثة فلا يعتد إلا بها ، حتى وإن ادت الغرض المنشود وأكثر .

المواد الجنائية والضريبية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب " .

وجاء أيضاً بالباب السادس مادة ٧١ من النظام الاساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ بتاريخ ٢٧/٠٨/١٤١٢م على " تنشر الأنظمة في الجريدة الرسمية ، وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها ، ما لم ينص على تاريخ آخر " .  
وإذا أمعنا النظر في النصين السابقين نجد اهتمام واضحاً من المشرع المصري والمنظم السعودي بذكر الاستثناءات التي ترد على نفاذ القوانين والأنظمة منذ صدورهما ، ولم يولي اهتماماً كافياً باللوائح<sup>١</sup> . بينما نجد القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسعودي قد أهتم بهذا الشأن وللحكمة عن هذا الشأن لا بد أن نتحدث سريعاً عن النقاط التالية :

#### ١- شروط توافر الرجعية في اللوائح :-

**وجود مركز قانوني شخصي** : وهذا المركز القانوني الشخصي تكاملت عناصره فيظل وضع قانوني معين قبل صدور اللائحة ، وكما هو معلوم أن الحق لا يكتسب في ظل قاعدة تنظيمية عامة إلا بتطبيقها تطبيقاً فردياً ، لذا لا يكفي أن يكون الفرد قد أستوفى شروط الاستفادة من مركز قانوني عام بل يجب ان تخاطبه بشخصه .

**وجود لائحة جديدة** : هذه اللائحة الجديدة تمس فعلا المركز القانوني لهذا الشخص الذي تكاملت عناصر قوته القانونية قبل صدور تلك اللائحة ، وبذلك تعتبر الأحكام التي وردت في تلك اللائحة الجديدة لها أثر رجعي .

#### ٢- الأعتبرات التي يستند إليها مبدأ عدم رجعية اللوائح :

▪ **فكرة احترام الحقوق المكتسبة** : فإذا أكتسب الأفراد حقوقاً في ظل نظام قانوني معين فإنه يتمتع المساس بهذا الحق إذا ما تغيرت الأوضاع

<sup>١</sup> - راجع في هذا الشأن د. الطماوي ، سليمان -مرجع سابق ، ص ٥٣٨ . راجع أيضاً د نصر ، محمد نصر ( ٢٠١٣م ) كتاب بعنوان ( ال كتاب بعنوان ( الاختصاص في القرار الإداري السعودي والرقابة القضائية عليه ) الرياض ، دار القانون والاقتصاد ص ١١٣ .

القانونية التي تم في ظلها اكتساب ذلك الحق حتى ولو اتفقت الإدارة مع ذوى الشأن على ذلك لتعارضه مع النظام العام .

- **فكرة استقرار المعاملات :** وليس المعنى المقصود هو استقرار المعاملات بأمد بعيد لأن غالبية اللوائح الإدارية الأصل فيها ان مبدأ التغيير هو الذي يحكمها .إنما المقصود هنا استقرار المعاملات نسبياً حتى لا تظل حقوق الناس عرضة للتغيير بشكل مفاجئ وسريع .
- **عدم التعدي على قاعدة الاختصاص الزماتي :** لأن مصدر القرار الجديد الذي يراد تطبيقه بأثر رجعي قد يتعدى حدوده الزمنية ، ويصدر قراراً يتعدى على سلفه <sup>1</sup> .

### 3- الاستثناءات على مبدأ عدم رجعية اللوائح :

- **تنفيذ حكم القضاء الإداري بدعوى الإلغاء :** كما هو معروف أن دعوى الإلغاء هي دعوى مشروعية موضوعية المقصود منها مخاصمة القرار الإداري والذي يترتب على الحكم بإلغاء هذا القرار المخالف بطلانه واعتباره كأن لم يكن سواء الماضي أو المستقبل ، ويتعين بعد ذلك على الإدارة أن تعيد النظر في القرارات التي صدرت سابقاً والتي تم إلغائها بموجب الحكم والتي قد يترتب عليها آثار متضاربة مع اللائحة العامة لتنفيذ الحكم الصادر بالإلغاء . ولهذا تلتزم الإدارة بأن تصدر لائحة جديدة حتى لا تخالف الأحكام القضائية ، من هذا يتضح أن أول استثناء بمبدأ عدم رجعية القوانين هو الحكم القضائي .
- **تنفيذاً لنص تشريعي :** كما أوضحنا سلفاً أنه قد يرد في النصوص الدستورية ما يخول المنظم أو المشرع العادي أن يصدر بعض الأنظمة والقوانين التي لها صفة الرجعية في تطبيق أحكامها . مما يترتب عليه بالضرورة أن ترد بعض النصوص التي تعطي للسلطة التنفيذية الحق في صدور بعض اللوائح بأثر رجعي إما بنص صريح ومباشر أو ضمناً ،

<sup>1</sup>- راجع في هذا الشأن د جمال الدين ، سامي - مرجع سابق ص ٧٩ .

وذلك على أساس ان هذه الرجعية تمليها طبيعة اللائحة المراد إصدارها .  
كأن تصدر السلطة التشريعية قانوناً يحتاج تنفيذه إلى صدور لوائح تنفيذية  
لازمة لنفاذ التشريع الرجعي ، فهنا تكون آثار اللائحة رجعية بالضرورة  
أي ترجع إلى تاريخ سريان القانون في الماضي .

■ **رجعية اللوائح الجنائية الأصلح للمتهم** : ويشير بعض الشراح أنه قد  
أجمع الفقه والقضاء على سريان نفس القاعدة وهي قاعدة تطبيق القانون  
الأصلح للمتهم على اللوائح على أساس تفسير كلمة ( قانون ) الواردة  
بالنص تفسيراً واسعاً يضم اللوائح إلى جانب القانون الذي يقره البرلمان .  
- وإن كنا نميل مع هذا الرأي لكن ليس بسبب التعليق الوارد وهو  
ارتباطهما بالأساس اللفظي . حيث قيل أن لفظ قانون لفظ عام يطبق على  
القاعدة القانونية العادية ( القانون ) والفرعية ( اللوائح ) ، بل نعتقد أن  
العلة من تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم تتفق مع علة تطبيقها على  
اللوائح لأن كلا المخاطبين بهما في مركز ضعف ، فإذا اعتدنا بقانون  
العقوبات الجديد وتم تطبيقه على جريمة تمت بالفعل في ظل القانون  
الجديد هي نفس العلة في حالة تطبيق اللائحة الجديدة على الموظف في  
حالة تأديبية إذا كان الأصلح له لأنه أيضاً في مركز ضعف .

■ **إستناداً إلى طبيعة الاختصاص** : حيث أوضح صاحب هذا الرأي أنه  
يتقرر في تلك الحالة قرار المشرع أو المنظم بأحقية الإدارة في صدور  
لائحة ما على ان تسري هذه اللائحة بتاريخ وفترة معينة ، فإذا أصدرت  
الإدارة تلك اللائحة لكن بعد الفترة المحددة ، هنا تسري اللائحة بأثر  
رجعي ولا تعتبر باطلة . وتعليقاً على هذا الرأي نقول أنه بطبيعة الحال  
قد نرى مثل هذه الوقائع وهو ما يتفق مع الواقع والمطبق على أغلب  
اللوائح من تأخير في صدورها . حيث يصدر النظام ويحدد على أن  
تصدر اللائحة في غضون ثلاثة أشهر ونرى اللائحة قد صدرت بعد ستة

<sup>1</sup>- راجع د جمال الدين ، سامي - مرجع سابق ٨٣ .

أشهر أو أكثر . ومع ذلك تطبق اللائحة بأثر رجعي منذ التاريخ المحدد لها بالنظام .

### الفرع الثالث

#### أثر اللائحة علي سير المرفق العام وحل الازمات الاقتصادية والاجتماعية

كي تتمكن المرافق العامة من اداء وظائفها بشكل يومي وبطريقة فعّالة ومستمرة ، بجانب ما يترتب على عائقها من مسؤوليات ، اعترف لها النظام بمجموعة من الصلاحيات والامتيازات قد لا نجدها في علاقات القانون المدني ، والتي من بينها ( إصدار اللوائح ، إبرام العقود ، نزع الملكية الشخصية للمصلحة العامة .

وتعد اللوائح آلية قانونية من آليات السلطة التنفيذية التي تستطيع بها أن تلتزم كافة افراد المجتمع ، لأنها تحوي كما بيّنا سابقاً على قواعد عامة مجردة تطبق على كافة بشكل ملزم . وتلك القواعد الصادرة على شكل لائحي ، إما أن تصدر في ظروف عادية كاللوائح التنفيذية والتنظيمية . أو انها تصدر في ظروف غير عادية استثنائية كلوائح التفويض والضرورة .

وسنحاول في هذا الفرع الإجابة على التساؤل التالي هل للائحة من دور في حل الأزمات الاقتصادية والاجتماعية أم أنها تعطيل للأنظمة ؟ يمكننا الاجابة من خلال البنود التالية .

#### أولاً : الإفراط والبيروقراطية ومعوقات الاستثمار :-

يعتبر الإفراط في وضع اللوائح التنظيمية واحداً من اكبر المعوقات التي تواجه الاستثمار والتنمية خاصة أن اللوائح التنظيمية تتسم بانها متغلغلة في نواحي الحياة ، وأحياناً يتم تطبيقها بصورة غير متنسقة وبلا كفاءة ، وتعتبر أحياناً بسبب كثرتها متضاربة مع الأنظمة ، مما دلّ على عدم كفاءتها ، وهو ما ينتج عنه عدم رضا



المستثمرين تحسباً منهم أن القوانين تسبب لهم عائق يقيد في كثير من الأنشطة والمجالات<sup>١</sup>.

والبيروقراطية تظهر أيضاً في حالة صدور اللوائح ، وحيث أنها تغطي كافة جوانب الحياة ، وهي بهذه المثابة تعتبر عائق قوي أمام المستثمر ، فكم من قانون سبق صدوره من قبل السلطات المختصة ولم يحن الوقت بعد لصدور لائحة التنفيذية ، مما يجعل المستثمر يحجب عن فكرة الاستثمار داخل تلك الدولة ، وبالتالي تضيع على الدولة الكثير من الاستثمارات الاقتصادية التي تساعد على إزدهار وانتعاش المستوى الاقتصادي بها . وكما نعلم أنه قد تصدر اللوائح في الظروف العادية بنوعيتها التنظيمي والتنفيذي من أجل سير المرفق العام بشكل منظم ولتحقيق الامن العام والسكينة والصحة العامة . ثم تصدر لوائح مفرطة تزداد وتتعدى مواد القانون أو تقل عنها بطريقة يتبين منها عدم إمام اللائحة بكافة جوانب القانون<sup>٢</sup>.

١- وعلي سبيل المثال ، ومن أجل تأسيس منشأة يتعين علي صاحب المنشأة الصغيرة اتخاذ عدة إجراءات مختلفة للحصول علي مجموعة من الموافقات تشمل: تراخيص إنشاء وتشغيل المنشأة ، وتراخيص التأسيس ، وتسجيل الموقع ، وطلبات الإعفاء الضريبي... إلخ . وللحصول علي تلك التراخيص والموافقات المطلوبة فإنه علي أصحاب المنشآت الصغيرة الخضوع لنحو ١٨ قانون علي الأقل ، ويقدر الوقت اللازم لإنهاء الإجراءات المطلوبة بنحو عام كامل ، علي عكس بعض الدول المتقدمة التي يمكنها توفير كل هذه الخدمات من خلال ما يعرف بخدمة الشباك الواحد والتي رغم توفيرها في بعض الدول العربية لاتزال أيضاً عائق وخاضعة لإجراءات مطولة .

٢- أحياناً نجد اختلاف كبيراً بين عدد مواد القواعد والأحكام القانونية الواردة في الأنظمة القانونية المختلفة عن بعضها البعض . فمثلاً نشاط "العمل" ، نلاحظ أن نظام العمل يشكل النسبة الأكبر للقواعد والأحكام القانونية لهذا النشاط ، فقد ورد هذا النظام في مئتين وخمس وأربعين مادة ، أما لائحته التنفيذية فقد وردت في أربع وعشرين مادة فقط.

بينما يمكن ملاحظة أن النسبة تختلف كثيراً في نشاط "التأمينات الاجتماعية" فمثلاً حين ورد نظام التأمينات في سبعين مادة فقط ، صدرت لوائحه التنفيذية الأربع في مجموعه مئة وستة وعشرون مادة . ولو طبقنا افتراضية النسبة المئوية علي هذين المثالين ، لوجدنا أن القواعد القانونية الواردة في نظام العمل تمثل نسبة ٩١ في المائة تقريباً من اجمالي القواعد والأحكام القانونية لهذا النشاط ، بينما لا تتجاوز القواعد والأحكام القانونية الواردة في نظام التأمينات نسبة ٣٦ في المائة من اجمالي القواعد والأحكام القانونية لهذا النشاط . أما في نشاط السوق المالية مثلاً فتتخفف النسبة إلى ما دون الـ ٢٠ في المئة . وذلك كله دون احتساب القواعد والأحكام القانونية الواردة في المصادر الأخرى المشار إليها . وإن كنا نعلم أن الأنشطة تختلف بطبيعتها مما ينتج عنه اختلاف النسبة المشار إليها ، إلا أن الفروقات لا ينبغي أن تصل إلى ذلك الحد ، ذلك أنه كلما زادت نسبة القواعد والأحكام القانونية الواردة في النظام في نشاط ما ، كلما دل ذلك علي أن قواعده وأحكامه القانونية أكثرَ مراجعة من السلطة التنظيمية وهو المطلوب . راجع <http://www.alriyadh.com/> تم الاطلاع عليه بتاريخ ١٨/٠٥/١٤٣٩ هـ .

\* وفي هذا الشأن ندعوا الجهات المختصة بالتشريع بضرورة إتخاذ إجراءات قانونية حاسمة بشأن هذه المعوقات ، إما أن تأمر بصدور اللوائح مرفقة بمشروع القانون<sup>1</sup> أو أن توقع الجزاء على السلطة التنفيذية التي أتكأت وتأخرت في صدور تلك اللائحة التنفيذية الواجبة لتنفيذ القانون .

### ثانياً : دور اللائحة في الظروف العادية والاستثنائية :-

لا شك أن اللوائح التي تصدر في الظروف العادية تختلف عن تلك التي تصدر في الظروف الاستثنائية ، فاللوائح التنفيذية التي تقوم بتنفيذ قانون ما ، ما هي إلا ترجمة على أرض الواقع لتطبيق القانون الذي سبق وأن صدر ، وبالتالي فهي لا تستطيع أن تقوم بدور لم يمنحها القانون إياها ، وهذا النوع من اللوائح لا يحل أزمات اقتصادية أو اجتماعية بالمعني المقصود بل على العكس من ذلك قد تصبح عائق أكثر من أنها حلاً للأزمات إذا لم تصل للحلول المثلى أمام المستثمر ، أو لم تكن مرنة كما هو منتظر منها .

- أما اللوائح المستقلة فيظهر دورها في الظروف العادية حيث أنها تعتبر مستقلة ، بعيدة شئاً ما عن أية قانون ، ولهذا تستطيع اللائحة أثناء تنظيمها أمراً من الأمور التنظيمية أن تعمل بتسهيل بعض الاجراءات والمعوقات التي كانت متواجده من قبل والتي تعد من أهم خصائصها لإيجاد حلول تهم السكينة العامة والصحة العامة والآداب العامة والتي تمس تنظيم الحياة الاجتماعية .

- وأما عن دور لوائح الضرورة واللوائح التفويضية الصادرة في ظروف استثنائية غير عادية فتعتبر الأزمات الاقتصادية والاجتماعية باباً من أبواب

---

<sup>1</sup> - ولهذا يقترح الدكتور رسلان انه عندما يقدم مشروع قانون للموافقة عليه تكون اللائحة التنفيذية معدة سلفاً ، وعندما يصبح المشروع قانوناً يكون من السهل وفي وقت معقول تعديل مشروع اللائحة بما يتفق مع التعديلات التي يمكن ان تكون قد طرأت علي مشروع القانون خلال المناقشة قبل اقراره ، حتي لا يحدث هذا التأخير الصارخ مثلما حدث الآن في اللائحة التنفيذية لقانون العمل وقانون البنك المركزي الجديد. راجع <http://www.ahram.org.eg/Archive/> تم الاطلاع عليه ١٤٣٩/٠٥/٠٩ هـ .

تدخل السلطة التنفيذية لحل مثل هذه الأزمات ، ولكن بحسب طبيعة تلك الأزمة حيث أن الأمور تقدر بقدرها .

ونضرب مثلاً للتوضيح بشأن الازمات الاقتصادية ، كحدوث تدهور اقتصادي ما أو حدوث حالة من حالات الكساد الاقتصادي الداعي لتدخل السلطة التنفيذية ( كأن تقوم بتعويم عملة الدولة مثلاً أو وقف التعامل مع بعض العملات الأجنبية أو منع تصدير سلعة من السلع الوطنية أو إستيراد سلعة من السلع الخارجية ترويحاً للسلعة الوطنية ، وفي حالة وجود الحرب أو حالة ثورة داخل الدولة ) كل ذلك من شأنه أن يحدث تغيير قوي ومؤثر على الحياة الاقتصادية والاجتماعية .

هذه الأمور تكن مدعاة لتدخل السلطة التنفيذية لصدور ما يعرف باللوائح المستقلة في الظروف العادية لتحقيق الأمن العام أو الصحة العامة أو السكينة والآداب العامة . أو صدور لوائح الضرورة أو التفويضية التي ما تصدر إلا لحل أزمة قد تؤدي باقتصاد الدولة إلي الهلاك في الظروف الاستثنائية.

وبهذا يتضح دور اللوائح في حل بعض الازمات الاقتصادية والاجتماعية التي لم يتطرق إليها القانون ولم يتبناها أثناء التشريع . ولكن يختلف دور كل لائحة عن الأخرى كما بيّنا سابقاً . وحيث إن اللوائح ما شرعت إلا لأنها الأكثر مرونة واستجابة للحياة اليومية المتطورة مسايرة للواقع فلا بد أن تكن غايتها الاساسية هي تحقيق المصلحة العامة وليس الغرض من ذلك تقييد حقوق وحرريات الأفراد .

## التوصيات

- ١- عدم الأكتثار من الصور المختلفة للقرارات اللاتحوية التنظيمية والتعميمات .
- ٢- تعيين ممثل من السلطة التشريعية ( التنظيمية ) داخل الدولة في الجهات الحكومية كما فعلت بعض الوزارات كوزارات المالية بمصر والمملكة ، بحيث لا تصدر أي قاعدة قانونية في أي صورة إلا بعد مراجعتها من ممثل السلطة المختصة .<sup>١</sup>
- ٣- استحداث إدارة في السلطة التشريعية لمراجعة اللوائح التنفيذية والموافقة عليها قبل صدور القرار الوزاري باعتمادها أو بالتزامن مع مشروع النظام . مع إلزام كافة الجهات التنفيذية بتزويد تلك الإدارة بصورة من أي لائحة أو تعميم ، أو إلزامها بنشره في موقعها على شبكة الانترنت لإتاحة وتسهيل الاطلاع عليه والتواصل عن طريق الوسائل الحديثة وهي الأسهل والايسر في وقتنا الحالي .

وفي إطار تلك المراقبة يحدث نوع من الضبطية التنظيمية لجميع اللوائح خاصة في الظروف العادية التي قد تتسبب في عزوف الكثير من المستثمرين الأجانب عن الاستثمار ، أو التي تقيد حقوق وحرية مواطنيها .

---

<sup>١</sup>- وقد يبدو للوهلة الأولى أن لا ضير من وضعها الحالي ، غير أنه إذا تمعنا قليلا فسيبين لنا وجود مشاكل في أكثر من موطن :-  
فأولاً : إن عدم مراجعة السلطة التنظيمية للوائح التنفيذية مثلا ، يعد في حد ذاته نقصاً وذلك لأن هناك من اللوائح التنفيذية والعديد من القرارات والتعاميم الداخلية ، ما تحتوي بنودها على قواعد وأحكام قانونية مهمة تمس مصالح البلاد والعباد ، مما تثير التساؤل حول مدى وجوب مراجعتها من جهة أعلى من عدمه .  
وثانياً : إن في قيام الجهة التنفيذية بإصدار قرارات وتعاميم داخلية لمعالجة حالات لم يتطرق لها النظام المعني ولائحته التنفيذية مع تطبيق بعضها بأثر فوري ، دون نشرها في الجريدة الرسمية ، يثير التساؤل حولها فضلا عن كيفية العلم بها تمهيداً لتطبيقها . تم الأطلاع على هذا التعليق على الموقع التالي <http://www.alriyadh.com> بتاريخ ٢٢/٠٥/١٤٣٩هـ .

## المراجع

### أولاً : المراجع العربية :-

١- الكتب :

- شطناوي ، علي حسين . ( مبادئ القانون الإداري السعودي ) . المملكة العربية السعودية . دار مكتبة الرشد ٢٠١٢م .
- الحلو ، ماجد راغب . ( القانون الإداري ) . جمهورية مصر العربية . دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦م .
- أبو العينين ، محمد ماهر . ( ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي - دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة ) - الكتاب الأول . جمهورية مصر العربية . المركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠١٣ م .
- الطهراوي ، هاني علي كتاب ( القضاء الإداري السعودي - قضاء الإلغاء - دراسة مقارنة ) المملكة العربية السعودية - دار مكتب المحامي كاتب بن فهد الشمري ٢٠١٥م ط ٢
- د. جمال الدين ، سامي (٢٠٠٢م ) بعنوان ( القضاء الإداري ) جمهورية مصر العربية : أبو العزم للطباعة ط ٣ .
- كتاب د عثمان ، حسين عثمان ( ٢٠٠٣م ) بعنوان ( قانون القضاء الإداري ) جمهورية مصر العربية : الجامعة الجديدة للنشر .
- كتاب الحلو ، ماجد راغب ( ١٩٨٥م ) بعنوان ( القضاء الإداري ) جمهورية مصر العربية : دار المطبوعات الجديدة .
- كتاب د الطماوي ، سليمان محمد ( ١٩٧٦م ) بعنوان ( القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ) جمهورية مصر العربية : دار الفكر العربي .

- جمال الدين ، سامي ( ٢٠١٥م) كتاب بعنوان ( اللوائح الإدارية التنفيذية وضمانة الرقابة القضائية ) جمهورية مصر العربية .مؤسسة حورس الدولية.

- نصر ، محمد نصر ( ٢٠١٣ م ) كتاب بعنوان ( ال كتاب بعنوان (الاختصاص في القرار الإداري السعودي والرقابة القضائية عليه ) الرياض ، دار القانون والاقتصاد .

## ٢- الرسائل العلمية والأبحاث :

- د . الصالح ، عثمان عبدالملك وآخرون ( السلطة اللاتحفية للإدارة في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء ) ١٩٩٤ ط ٢

- محمد ، عيد سعيد بحث بعنوان ( الإصلاح الإداري ضرورة حتمية لتحقيق النمو الاقتصادي ) مجلة المدير الناجح - مصر ٢٠١٥ .

- خليل ، محسن بحث بعنوان ( علاقة القانون باللائحة - دراسة مقارنة ( مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر) ١٩٦٩ م .

## ٣- أنظمة ولوائح :

- الدستور المصري ٢٠١٤ . (جمهورية مصر العربية ) .

- النظام الاساسي للحكم الصادر بالامر الملكي رقم (٩٠/أ) بتاريخ ١٤١٢/٠٨/٢٧ هـ .

- نظام مجلس الوزراء ١٤١٤ هـ .

- نظام مجلس الشوري ١٤١٢ هـ .

- نظام هيئة البيعة ١٤٢٧ هـ .

- الأمر الملكي رقم ( ١٣/أ ) بتاريخ ١٤١٤/٠٣/٠٣ هـ ( المملكة العربية السعودية ) .

## ٤- أحكام قضائية :

- أحكام مجلس الدولة المصري ( المحكمة الادارية العليا والقضاء

الاداري ) .

٥-المواقع الالكترونية :

- [http://www.e-lawyerassistance.com /LegislationsPDF/Egypt/CommercialLawAr.pdf](http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/CommercialLawAr.pdf) -
- <https://www.boe.gov.sa>-
- <http://www.mola.gov.om/mainlaws.aspx> -
- <http://www.mn.net>-
- <http://www.alriyadh.com/>-
- <http://www.ahram.org.eg/Archive/> -

ثانياً : المراجع الأجنبية :-

- M. Waline ، Les reports entre La Loi ET Les Regalements Avant ET après La constitution de ، ١٩٥٨
- J. De Soto ،La Loi ET la regalement Dans la constitution de 4 October 1958 ،R.D.P. 1959
- AUBY, L'incompétence Ratione temporis R.D.P. 1953
- MILLARDET, La Subordinqtion de la mise en vigure de lois à Pqrutio des règlement d'application, Thèse, Paris, 1958

**التنظيم القانوني لحالة تعارض المصالح في الكويت  
دراسة تحليلية نقدية مقارنة للقانون الكويتي الجديد  
رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ ولأئحته التنفيذية**

الدكتور خليفة ثامر الحميده  
أستاذ مساعد - قسم القانون العام  
كلية الحقوق - جامعة الكويت





## الملخص

تجسد الوظيفة العامة أساسا لسد الدولة لحاجات الأفراد فيها. ونظرا لما لهذه الوظيفة من أهمية فإن حمايتها مما يحيط بها من مخاطر أمر في غاية الأهمية. ويعد حالة تعارض المصالح مما تهدد سمعة الوظيفة العامة وتزعزع ثقة الأفراد في الدولة وموظفيها العموميين. ولذلك فقد واجه المشرع في بلدان مختلفة حالة تعارض المصالح محاولا منع وقوعها ابتداء والمشاركة إلى إزالتها عند قيامها. وقد كان من بين أولئك تلك الدول مصر والكويت حيث أخضعاه للتنظيم القانوني. ففي مصر أصدر المشرع القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بعنوان حظر تعارض مصالح المسؤولين في الدولة أما في الكويت فقد بادر المشرع مؤخرا إلى إصدار القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨. فجاء هذا البحث بأسلوب تحليلي مقارنة يتناول كلا من القانونين المذكورين. وقد بدأ بدراسة كلا القانونين بشرح مفهوم تعارض المصالح وموقف القانون منه. وانتهاء بدراسة معمقة للقانون الكويتي.

## Abstract

The public function is considered crucial by which the state fulfill individuals needs. And because of its importance, it is necessary to protect it from different dangers that might affect it. The conflict of interest have been seen one of these dangers that threatens the reputation public function as well as weakens individuals' trust in the state and its public employees. Hence, Legislature in different countries faced the situation of conflict of interest so that it will prevented before it exists and removed after it does so. Both legislatures in Egypt and Kuwait are one of those legislatures who subjected it to legal organization. While the Egyptian legislature enacted the Law number 106 of 2013 entitled the the prohibition of conflict of interest of state's employees, The Kuwaiti legislature promulgated the Law number 13 of 2018 entitled the conflict of interest. Therefore, this article came to study both laws using analytical, Comparative methods. The article began with explaining the concept of conflict of interest and ended with a deep study on the Kuwaiti Law.

## المقدمة

" لما يترتب على تعارض المصالح من مشاكل ومخاطر على حسن ونزاهة أداء الموظفين العموميين وعلى استقرار أجهزة الدولة والعاملين فيها، مما يعرض كافة الأطراف المسؤولة للمخاطر ويهدد التنمية بشكل عام ويضعف من هيبة القانون، وباعتبار أن تعارض المصالح أحد أوجه الفساد التي تضمنتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، لذلك فإنه من المهم تنظيم التعامل مع هذه الحالات، ف جاء هذا القانون لهذا الغرض"<sup>١</sup>.

تصدر التشريعات لتنظم سلوك الأفراد في المجتمع بطريقة يرى فيها المشرع ضرورة لتحقيق نتيجتين أساسيتين. أما الأولى فتتصل في ترسيخ السلام الاجتماعي ووفقا لسيادة القانون وتكافؤ الفرص والعدل والمساواة. أما النتيجة الأخرى فتكمن في حماية الأفراد في أشخاصهم وأموالهم ومصالحهم. ومن الملاحظ أن التشريعات التي تسعى وراء هذه الأخيرة غالبا ما تأخذ طابع التشريعات الجزائية في رسم أفعال ينبغي على الشخص القيام بها؛ أو سلوكيات يلزم الابتعاد عن إتيانها، ثم النص على العقاب الذي سيلقاه من يخالفها من الأفراد.

ولعل ما نشرته الجريدة الرسمية " كويت اليوم " من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ في شأن تعارض المصالح ما يستلزم التعرض له بالبحث والتمحيص؛ لاستجلاء أهم ما يمكن استخلاصه من قواعد وأحكام تضمنها هذا التشريع من جهة، ووضع هذا الأخير على ميزان الصياغة القانونية لتقييم مدى انسجامه مع القواعد الحاكمة لأصول هذه الصياغة<sup>٢</sup>. ويرتبط هذا الموضوع بشكل مباشر مع القانون العام

<sup>١</sup> المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ في شأن تعارض المصالح.

<sup>٢</sup> لعل أقدم تشريع وضع بشكل صريح لمواجهة حالة تعارض المصالح في صورتها المعاصرة يعود إلى التشريع الأمريكي لمنع الاحتيال على خزينة الولايات المتحدة الأمريكية

The Act To Prevent Fraud Upon Treasury Of The United States Of America

والذي صدر في عام ١٨٥٣. وإن كان البعض ذهب إلى القول بأن التشريعات ذات العلاقة بحظر قيام حالة تعارض المصالح تعود في صياغتها المعاصرة إلى قانون بازل في سويسرا الصادر عام ١٨٧٢، والذي منع أي من الأعضاء في المجلس الأعلى للحكومة من المشاركة في التصويت على قرار سيعود عليه أو على زوجه أو على عائلته بفائدة ما

أنظر في ذلك:

بصورة عامة؛ وتحديدًا بالقانون الإداري حيث يظهر أساس ارتباطه بالوظيفة العامة وأصل تطبيقه في الموظف العام.

والواقع أن الاتجاه إلى إلغاء حالة تعارض المصالح لم تكن وليدة الصدفة. وإنما كان وليد مجموعة من التطورات التشريعية العالمية والتي تكثرت في صدور الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد في نوفمبر من عام ٢٠٠٣، حيث حثت تلك التشريعات فيما بين طيات نصوصها على قيام الدول الأطراف بكل ما من شأنه الحيلولة دون تحقق الفساد وقاياه؛ والمساعدة لاستئصال ما تحقق منه علاجًا. أما في الكويت فقد سارع الدستور فيها والذي صدر عام ١٩٦٢ إلى حظر ما قد ينشئ مثل هذا التعارض بمناسبة تنظيمه للمركز القانوني لعضو مجلس الأمة في المادة ١٢١؛ وللمركز القانوني للوزير بموجب المادة ١٣١ منه<sup>١</sup>.

### منهج البحث:

وعلى إثر صدور قانون تعارض المصالح الكويتي فقد كان حريًا بالبحث العلمي أن يستظهر حدود أحكامه؛ واستبيان نطاق سريانه. وفي سبيل ذلك تأتي هذه الدراسة لتتناول هذا القانون بالفحص والتمحيص؛ ومستعينا في ذلك بالمنهج التحليلي القائم على سرد نصوص القانون واستخلاص معانيها. كما لا ينفك هذا التحليل من تقييم لما سنه المشرع في القانون المذكور، الأمر الذي ينتهج فيه البحث منهجًا نقديًا لهذا الأخير. وفي إطار استكمال عناصر هذه الدراسة، فقد لجأت الدراسة إلى عرض

---

Anne Peters and Lukas Handschin, Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance, Cambridge University Press, 2013, p. 7.

<sup>١</sup> تنص المادة ١٢١ من الدستور على أن:

" لا يجوز لعضو مجلس الأمة أثناء مدة عضويته أن يعين في مجلس إدارة شركة أو أن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة.

ولا يجوز له خلال تلك المدة كذلك أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة أو أن يوجرها أو يبيعها شيئًا من أمواله أو يقايضها عليه، ما لم يكن ذلك بطريق المزايدة أو المناقصة العلنيتين، أو بالتطبيق لنظام الاستملاك الجبري".

في حين تنص المادة ١٣١ من الدستور على أن:

" لا يجوز للوزير أثناء توليه الوزارة أن يلي أي وظيفة عامة أخرى أو أن يزاول، ولو بطريق غير مباشر، مهنة حرة أو عملا صناعيا أو تجاريا أو ماليا. كما لا يجوز له أن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة، أو أن يجمع بين الوزارة والعضوية في مجلس إدارة أي شركة.

ولا يجوز له خلال تلك المدة كذلك أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة ولو بطريق المزايدة العلني، أو أن يوجرها أو يبيعها شيئًا من أمواله أو يقايضها عليه".

القانون محل البحث على قواعد القانون المقارن حيث كان القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن حظر تعارض مصالح المسؤولين في الدولة. وفي قراءة هذا الأخير تلجأ الدراسة إلى بيان مدى قرب نظيره الكويتي منه أو بعده؛ مع ترجيح ما قد يكون الأكثر توفيقاً في تنظيم حالة تعارض المصالح. كما تشير الدراسة إلى ما أورده المرسوم السلطاني العماني رقم ٢٠١١/١١٢. إلا أن التعامل تشريعياً مع حالة تعارض المصالح لم تكن بعيدة عن قوانين دول أخرى<sup>١</sup>.

### أهمية البحث:

ومما ينبغي التنويه إليه أن عدم وجود بشكل عام، والمراجع العربية على وجه الخصوص، التي تضطلع بدراسة حالة تعارض المصالح من منطلق قانوني كان سبباً لتبني البحث للمنهج التحليلي؛ النقدي؛ المقارن. فبالأول يمحس البحث نصوص التشريع شرحاً. وبالتالي يتعمق البحث في هذه النصوص تقييماً. وبالتالي يكشف البحث عن الخيارات المتاحة والتي تبناها المشرع في دول مختلفة ملاءمة. وفيما يتعلق بالقانون الكويتي رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨، فإن هذا البحث ليس شكل أول دراسة قانونية متخصصة - بحسب علمنا - تضع هذا القانون محلاً للبحث العلمي القانوني. وتبدو أهمية دراسة القانون الكويتي في شأن تعارض المصالح على وجه الخصوص من جهتين. الأولى وتتجسد فيما رتبته كعقاب على مخالفة قواعده من

---

<sup>١</sup> ويمثل ما صدر من تشريع يتعلق بحالة تعارض المصالح كما هو الحال في الكويت ومصر وسلطنة عمان، فقد صدر التشريع الأمريكي رقم 18 U.S.C. 2004 ليعاقب من تحصل لنفسه على أي مزية بمناسبة عمله في أي من السلطات الثلاث. ينبغي الإشارة إلى أنه سبق أن أصدر الكونجرس الأمريكي قانوناً فيدرالياً يعالج حالة تعارض المصالح وذلك في يناير من عام ١٩٦٣. أنظر في شرح هذا القانون:

Bayless Manning, *Federal Conflict of Interest Law*, Harvard University Press, 1964, p. 273.

وكذلك فعل المشرع الكندي في القانون رقم 2006 Conflict Of Interest Act. كما لم تتردد ولايات بعينها من سن تشريعاتها الخاص بتعارض المصالح كما هو الحال مع قانون ولاية فرجينيا الصادر عام ١٩٧٠، أنظر: في ذلك تقرير مجلة القانون لولاية فرجينيا: *Virginia Law Review*, Municipal Corporations and Administrative Law, *Virginia Law Review*, Vol. 57, No. 8, (Nov., 1971) p. 1589.

ولم يكن المشرع الاتحادي الإماراتي ببعيد عن تنظيم تعارض المصالح حيث أنشأ باباً خاصاً بعنوان تعارض المصالح في المرسوم بقانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ وما تبعه من تعديلات في المرسوم بقانون ٩ لسنة ٢٠١١؛ وهو التشريع الذي ينظم حقوق وواجبات الموظفين المدنيين في الدولة.

عقاب جزائي يصل إلى الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات تتجاوز الخمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين مع رد ما استفاد به من مال أو مصادرتة حسب الأحوال. وفي جميع الأحوال يعزل من الوظيفة، ويلغى الإجراء الذي شارك في اتخاذه وما تبعه من آثار وفقا لما نصت عليه المادة ١١ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨.

في حين تظهر الجهة الأخرى في أهمية دراسة القانون المذكور بحسب ما نصت عليه المادة ١٨ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بأن:

" يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون". وبالنظر إلى العدد الكبير الذي تضمنته ديباجة هذا القانون؛ وما تضمنه من إلغاء صريح لكل تشريع يتعارض مع نصوصه فإن بيان حدود قواعده لمن الأهمية بمكان.

وبذلك فإن البحث سيتعرض لموضوع تنظيم المشرع الكويتي لحالة تعارض المصالح وفقا للخطة البحثية التالية:

المبحث الأول: مفهوم حالة تعارض المصالح وموقف القانون المقارن منها

المطلب الأول: مفهوم حالة تعارض المصالح ونوعيتها

المطلب الثاني: موقف القانون المقارن من حالة تعارض المصالح

المبحث الثاني: التنظيم القانوني لحالة تعارض المصالح في القانون الكويتي وفقا

للنانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨

المطلب الأول: المخاطبين بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨

المطلب الثاني: النتائج القانونية المترتبة على قيام حالة تعارض المصالح

## المبحث الأول:

### مفهوم حالة تعارض المصالح وموقف القانون المقارن منها

سيركز البحث هنا في ما يصدق عليه مصطلح تعارض المصالح ابتداءً؛ ثم البحث في التشريع المصري المنظم لتعارض المصالح مروراً باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

## المطلب الأول

### مفهوم حالة تعارض المصالح ونوعيتها

يثور التساؤل حول الحكمة من التعرض لحالة تعارض المصالح بتشريع يحول بين المخاطبين به وتحققها لديهم<sup>١</sup>. والواقع أن في حظر القانون لحالة تعارض المصالح إنما يهدف إلى حماية الظاهر في وظيفة المخاطبين بهذا القانون. فمن خلال هذا المنع تزال ما قد يحيط بالمخاطبين بالقانون من شبهة تنفيج؛ أو تسخير لقدرات وظائفهم لما فيه مصالحهم الخاصة<sup>٢</sup>. بعبارة أخرى يمكن القول بأن حظر تعارض المصالح وإن كان يهدف في ظاهره إلى حماية الوظيفة العامة من تقاعس القائمين عليها عن حسن قيامهم بها وبشكل غير مباشر، إلا أنه يهدف في حقيقته إلى حماية سمعة تلك الوظيفة العامة؛ والحفاظ على كرامتها.

ذلك أن تعارض المصالح تقوم في جوهرها على تحقق مصلحة عامة لدى الموظف العام وتتجسد في حسن قيامه بعمله؛ وبما ينعكس إيجاباً على تطوير المرفق العام؛ ويشبع حاجات الناس العامة. إلا أنه - أي تعارض المصالح - يعني نشوء

<sup>١</sup> إن البحث في تعارض المصالح ذات العلاقة بين الوظيفة العامة للموظف ونشاطه الخاص لا يعني عدم تحقق مثل هذا التعارض بين الأفراد في أنشطتهم المختلفة.

John Blakslee, Notes on Professional Ethics, American Bar Association Journal, Vol. 55, No. 3, (March 1969). P. 262.

وأنظر كذلك:

Shell J. Bleiweiss, Sixth Amendment-Conflicts of Interest in Multiple Representation of Codefendants, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 71, No. 4, (Winter 1980). P. 531.

<sup>٢</sup> أنظر الدكتور حسنين المحمدي بوادي، الفساد الإداري لغة المصالح، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨، ص ١٦، حيث يشير المؤلف إلى الاتجاهات الثلاثة في تعريف الفساد وهي أن يقصد من هذا الأخير سوء استعمال السلطة بغية الوصول إلى منافع خاصة؛ وكذلك أن يقصد به مخالفة القوانين واللوائح والنظم بغية الانحراف بالسلطة عن تحقيق المصلحة العامة؛ وأيضاً يقصد به الخلل الذي يكون في التقسيمات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في المجتمع.

مصلحة خاصة كذلك لدى الموظف العام وتتحصل فيما يهدف إليه المشروع الخاص من كسب للمزايا المادية والعينية؛ وبما يعود بالنفع على المساهمين فيه. وتكمن خطورة تعارض هاتين المصلحتين فيما يعجز عنه المخاطب بقانون حظر تعارض المصالح من إثبات سلوك له في الوظيفة العامة على كونه إنما سلكه تحقيقاً للأولى دون الأخرى<sup>1</sup>.

فيعجز - إن لم يكن مستحيلاً - المخاطب بالقانون في الغالب عن إثبات أن قراراً معيناً اتخذته في وظيفته وأدى بالضرورة إلى انتفاع مشروعته الخاص أن الدافع وراء اتخاذ هذا القرار ما هو إلا متطلبات حسن إشباع الوظيفة العامة لحاجات الناس ومنطلقاتهم<sup>2</sup>. وأمام هذا العجز في الإثبات لم يكن لدى المشرع سوى الإتيان بقطع أي احتمال لارتباط صدور مثل هذا القرار إلا لغايات تتطلبها الوظيفة العامة، وبما يعود بالنفع على أفراد المجتمع. وبالتالي فلا تعدو حالة تعارض المصالح في حقيقتها كونها وسيلة لحماية ظاهر الوظيفة العامة؛ وضماناً للحفاظ على سمعتها<sup>3</sup>؛ وترسيخها لعدم استعمالها من قبل القائمين عليها لتحقيق غايات تخالف عن تلك

---

<sup>1</sup> قرب ذلك B. J. M., E. M. P. III, Conflict of Interests: State Government Employees, Virginia Law Review, Vol. 47, No. 6 (Oct., 1961). P. 1034.

<sup>2</sup> أنظر تعليق مجلة القانون لجامعة شيكاغو

The University of Chicago Law Review, Conflicts of Interest in Government Contracts, Vol. 24, No. 2, (winter 1957). P. 363.

حيث تشير إلى أنه وإن أقر القضاء عقود الإدارة متى ما أثبتت الجهة الإدارية أنها وقعت بحسن نية وللمصلحة العامة، إلا أن وجود التعارض بين المصالح بحد ذاته يجعل مثل تلك العقود باطلة وذلك في إشارة إلى الأحكام:

Grady v. Livingston, 115 Mont. 147, 41 P. 2d 346 (1943); Concordia v. Hagaman, 1 Kan. App. 35, 41 Pac. 133 (1895); Spearman v. Texarkana, 58 Ark. 348, 24 S. W. 883 (1894).

<sup>3</sup> تنص المادة ٢٤ من المرسوم القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية على أنه: " يجب على الموظف: ١- أن يقوم بنفسه بالعمل المنوط به وأن يؤديه بأمانة وإتقان وأن يعامل المواطنين معاملة لائقة. ٢- أن يخصص وقت العمل الرسمي لأداء واجبات وظيفته. ويجوز تكليفه بالإضافة إلى ذلك بالعمل في غير الأوقات الرسمية إذا اقتضت ذلك مصلحة العمل أو طبيعة الوظيفة. ٣- أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وأمانة وذلك في حدود القانون واللوائح والنظم المعمول بها. ٤- أن يلتزم بأحكام القوانين واللوائح وأن يحافظ على ممتلكات الدولة وأن يتقيد في إنفاق أموالها بما تفرضه الأمانة والحرص عليها. ٥- أن يحافظ على كرامة الوظيفة وأن يسلك في تصرفاته مسلكاً يتفق والاحترام الواجب".



المخصصة لها؛ والحيلولة دون إثارة أي شك في استفادة هؤلاء بصورة تخل بمبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص<sup>١</sup>.

ولما كان تعارض المصالح مما ينبغي إبعاد الموظف عنه بشكل مباشر؛ فقد صدر القانون الكويتي الجديد لتحقيق هذا الهدف، وبالتالي يخصص هذا المطلب لشرح هذا المصطلح تعريفاً وتقسيماً.

### الفرع الأول:

#### تعريف حالة تعارض المصالح

لقد عرف قاموس Longman حالة تعارض المصالح بأنها الحالة التي لا يمكن قيامك بعملك فيها على نحو عادل نظراً لكونك ستتأثر شخصياً بالقرارات الصادرة عنك<sup>٢</sup>. كما لم يبتعد البعض من الفقه كثيراً عن هذا التعريف الغول، حيث اعتبر حالة تعارض المصالح قائمة متى وضع متخذ القرار نفسه في مركز يحصل معه أو يفترض أن يحصل، فيه على منافع خاصة<sup>٣</sup>، وبما يصعب عليه تجريد قراراته من هذه المصالح الخاصة<sup>٤</sup>. ومن ذلك القول بأن هناك تعارضاً للمصالح بين

---

<sup>١</sup> ينص الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢ في المادة ٧ منه على أن: " العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين". أما المادة ٨ منه فتقرر بأن: " تصون الدولة دعائم المجتمع وتكفل الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرض للمواطنين".

<sup>٢</sup> أو بعبارة أخرى هي الحالة التي تميل فيها مصلحة الموظف الخاصة للتداخل مع حسن ممارسته لاختصاصاته وبما يؤثر ذلك على اتجاه القرارات الصادرة منه. أنظر في تبني هذا التعريف:

Anne Peters and Lukas Handschin, *Supra*, p. 4.

<sup>٣</sup> يجيب البعض على تساؤل بشأن ما يعد مصلحة خاصة تقوم عند تحققها حالة تعارض المصالح، وللإجابة يصل إن نتيجة بأنها قد تكون في صورة مادية أو معنوية وسواء أكانت محصورة في مصلحة تعود على متخذ القرار شخصياً أم تتجاوزه لأحد أقربائه، وإن كانت تتحلّى صورتها - بحسب رأيه - في الصورة التي يكون فيها متخذ القرار أحد ملاك أسهم شركة سيتخذ بصدها قرار ما. أنظر في هذا الرأي تعليق المجلة القانونية لجامعة شيكاغو،

The University of Chicago Law Review, Conflict of Interests in Government Contracts, vol. 24, No. 2, Winter 1957, p. 363.

<sup>٤</sup> B.J.M and E.M.P., Conflict of Interests: State Governments Employees, Virginia Law Review, vol. 47, No. 6, October 1961, p. 1034.

ويشير كذلك إلى أن القانون الأنجلوسكسوني يعترف بوجود حالة تعارض المصالح في حالتين، الأولى وهي عند الانحراف في استعمال السلطة وإن لم تتحقق مصلحة خاصة، والأخرى عندما يسعى متخذ القرار إلى تحقيق منافع اقتصادية.

كذلك أنظر:

الوظيفة السياسية التي يشغلها المرء ونشاطه التجاري<sup>1</sup>. في حين وضع المشرع المصري تعريفه لتعارض المصالح فيما أورده المادة ٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بنصها على أن:

" تعارض المصالح: كل حالة يكون للمسئول الحكومي أو الشخص المرتبط به مصلحة مادية أو معنوية تتعارض تعارضا مطلقا أو نسبيا مع يتطلبه منصبه أو وظيفته من نزاهة واستقلال وحفاظ على المال العام أو تكون سببا لكسب غير مشروع لنفسه أو للشخص المرتبط". في حين عرفت الشخص المرتبط بأنه: " كل شخص تربطه بالمسئول الحكومي صلة قرابة حتى الدرجة الرابعة، والشركات التي يساهمون فيها أو يديرونها".

ولم يبتعد المشرع الكويتي كثيرا في تعريف تعارض المصالح عما رسمه نظيره المصري. فقد سارع في مستهل قانون تعارض المصالح إلى وضع تعريفه المحدد لما يصدق عليه مصطلح تعارض المصالح. فقد نصت المادة ١ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على أن:

" في تطبيق هذا القانون يقصد بالكلمات والمصطلحات الآتية المعنى المبين قرين كل منها:

- " تعارض المصالح: كل حالة يكون للخاضع منفعة أو فائدة أو مصلحة مادية أو معنوية تتعارض تعارضا مطلقا أو نسبيا مع ما يتطلبه منصبه أو وظيفته من نزاهة واستقلال وحفظ المال العام أو تكون سببا لكسب غير مشروع لنفسه أو لغيره...".

---

G.B. and L.K., Conflict of Interests of Government Personnel: An Appraisal of the Philadelphia Situation, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 107, No. 7, May 1959, p. 985.

يشير إلى أن القانون الأنجلوسكسوني عرف فكرة تعارض المصالح أول ما عرفها في الوقف والذي يتعين فيه على ناظر الوقف توجيه قراراته إلى المستفيد من هذا الوقف وليس لتحقيق مصالح خاصة.

<sup>1</sup> " conflict of interests a situation in which you cannot do your job fairly because you are personally affected by the decisions that you make. There is a clear conflict of interests between her job as a politician and her business activities". Longman Active Study Dictionary, 5th edition, 2010, p. 184.

ومن هذين التعريفين التشريعيين يمكن صياغة تعريف فقهي لحالة تعارض المصالح بالقول بأنها مركز قانوني يحظره المشرع ويكون فيه مصدر التصرف القانوني الرسمي ذو مصلحة مباشرة أو غير مباشرة مع ما يصدره من قرارات. ومن هذا التعريف الأخير يمكن استخلاص عدد من العناصر التي تمثل أساسا في اعتبار قيام حالة تعارض المصالح، وهي:

١. إن المصالح مركز قانوني محدد يكون فيه المخاطب بالقانون مخالفا لهذا الأخير بمجرد نشوء هذا المركز وإن لم يتحقق ما يخشاه المشرع كنتيجة لتعارض المصالح وهو خضوع متخذ القرار لأهوائه ونزوات مصلحته الشخصية وهو في معرض إصداره للقرار الذي يفترض أن يصدره أصلا.

٢. نظرا لما قد يترتب من تعارض المصالح من شبهة تطويع المصلحة العامة في إصدار القرار للمصلحة الخاصة لمصدره، فإن المشرع يحظر على المختص بإصدار قرار متى ما وقع في هذا المركز القانوني المحظور.

٣. إن حضور وقوع الشخص في المركز القانوني المتضمن لتعارض المصالح لا يقتصر على موظفي السلطة التنفيذية العموميين، وإنما توسع المشرع في المخاطبين بهذا الحظ ليشمل كل من حاز اختصاصا عاما يرتبط فيه بشكل أو آخر بسلطة من السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية.

٤. أن المصلحة الخاصة التي يثير تحققها نشوء حالة تعارض المصالح تتحقق ولو لم تكن في صورة المصلحة الشخصية المباشرة. فهي تتحقق متى نشأ الاحتمال باستفاد الغير ممن حددهم المشرع حتى ولو تعد على متخذ القرار هذه الاستفادة.

٥. أن المصلحة الخاصة التي يثير تحققها نشوء حالة تعارض المصالح لا تنحصر في صورتها المادية، وإنما تكفي المصلحة المعنوية لتكون أساسا في المساءلة عن قيام حالة تعارض المصالح.

٦. إن مجرد قيام حالة تعارض المصالح تكفي للمساءلة القانونية وترتيب الجزاءات المختلفة التي يربتها القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بغض النظر

عن وقوع مصدر القرار فعلا تحت تأثير مصلحته الخاصة أو أنه أصدر القرار بتجرد تحقيقا للمصلحة العامة. وفي هذا يقترب حظر قيام حالة تعارض المصالح من المحظورات التي نص عليها قانون الخدمة المدنية بالنسبة للموظفين العموميين تحديدا<sup>١</sup>. إذ أن مجرد ارتكاب الموظف العام لأي منها يثير مسؤوليته التأديبية التي تستدعي توقيع العقوبة التأديبية عليه<sup>٢</sup>. بينما يتميز حظر حالة تعارض المصالح عن غيرها من المحظورات الواردة في حق الموظف العام في أن الأخيرة تكتفي بالعقوبات التأديبية<sup>٣</sup>، بينما تتجاوز الأولى ذلك لإثارة المسؤولية الجزائية له والتي ترتب الحبس كعقوبة على وقوع الموظف العام تحت حالة تعارض المصالح.

وللحيلولة دون نشوء الاختلاف في تحديد المقصود بالمصلحة فقد جاء المشرع الكويتي على وضع تعريف محدد لها، ومبينا كذلك نوعيها. فقد أطلق على النوع الأول منها المصلحة المادية وعرفها بأنها: المصلحة المالية التي تتضمن كسبا أو خسارة مالية فعلية أو محتملة". ويثير هذا التعريف الاستغراب من حيث كيفية تحقيق الخسارة الفعلية أو المحتملة مصلحة مالية للمخاطب بالقانون، إلا إذا كان المشرع يعتبر ترتب خسارة عليه في حالة إصداره للقرار المناط به إصداره مما يجعل هذا المخاطب بالقانون في حالة تعارض مصالح.

من جهة أخرى حدد هذا المشرع المقصود بالنوع الآخر من المصلحة وهي المصلحة المعنوية بأنها: " كل مصلحة غير مالية تنشأ من علاقات شخصية أو عائلية أو غير ذلك مما يؤثر على القرار". فهي بعبارة أخرى ما يعود على الخاضع

<sup>١</sup> أنظر في محظورات الموظف العام المواد ٢٤، ٢٥، و٢٦ من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية.

<sup>٢</sup> حددت المادة ٢٨ من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ العقوبات التأديبية بالإندار والخصم من المرتب وخفض المرتب وخفض الدرجة الوظيفية والفصل. أنظر في هذه العقوبات التأديبية المستشار عبدالوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام ونوي الكادرات الخاصة، دار الفكر العربي، غير محدد سنة الطبع، ص ٢٧ حيث يشير المؤلف إلى المبادئ العامة التي يجب أن تتحقق في اختيار العقوبة التأديبية.

<sup>٣</sup> أنظر المستشار ممدوح طنطاوي، الجرائم التأديبية، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠١، ص ٣٣١، حيث يشير المؤلف إلى أركان الجريمة التأديبية تحديدا من ركن شرعي؛ وركن مادي؛ وركن معنوي.

للقانون من فائدة ليس لها صفة مالية كما لو كان سيسنقيد من قيامه بالوظيفة العامة على نحو معين من مكانة اجتماعية في أسرته؛ أو سيتعزز مكانته بين أقرانه.

### الفرع الثاني:

#### أنواع حالة تعارض المصالح

تطرقت المادة ٢ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ لنوعي حالة تعارض المصالح معلنة بأن: " التعارض المطلق: كل حالة يترتب عليها ضرر مباشر أو محقق للمصلحة أو الوظيفة العامة"، بينما " التعارض النسبي: كل حالة يحتمل فيها وقوع ضرر للمصلحة أو الوظيفة العامة". أما المادة ١ من القانون الكويتي رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ فلم تبتعد كثيرا عن التعريف المصري لنوعي حالة تعارض المصالح. فقد قررت بأن: " التعارض المطلق: كل حالة يترتب عليها ضررا مباشرا ومحققا بالمصلحة أو الوظيفة العامة"، بينما " التعارض النسبي: كل حالة يحتمل فيها وقوع ضرر للمصلحة أو الوظيفة العامة".

ولنا على هذه المقارنة في التمييز بين نوعي حالة تعارض المصالح ملاحظتين. الأولى وهي أن المشرع المصري وبعد أن ميز بين هذين النوعين جاء بأحكام لكل منهما مغايرة للنوع الآخر. في حين لم يميز نظيره الكويتي في ذلك. مما يعني أن الأخير وإن ميز بين هذين النوعين في التعريف إلا أنه لم يميز بينهما فيما سطره من أحكام تنظم تعارض المصالح. فلم يكن لاعترافه بوجود النوعين أي أثر على تلك قواعده.

فقد جاءت المادة ٣ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ لتتنص على أنه:

" في حالة قيام إحدى حالات التعارض المطلق يتعين على المسئول الحكومي إزالة هذا التعارض إما بالتنازل عن المصلحة أو ترك المنصب أو الوظيفة العامة، فإذا كان التعارض نسبيا يتعين على المسئول الحكومي الإفصاح عن هذا التعارض واتخاذ الإجراءات اللازمة للحيلولة دون وقوع ضرر للمصلحة العامة، وفقا للإجراءات والضوابط المبينة في هذا القانون". وهو ما لم نجد له نظر في القانون الكويتي.

بل لقد بين المشرع المصري ما يعد تعارضا بالضرورة. فتنص المادة ٦ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ على أن:

" يعد الجمع بين عمل المسئول الحكومي وبين عضوية مجالس إدارة الشركات أو المشروعات التجارية الخاصة أو العمل فيها تعارضا مطلقا، ويتعين عليه الاستقالة من تلك العضوية أو العمل فور تعيينه في المنصب أو الوظيفة العامة، فإذا لزم إتخاذ إجراءات معينة لقبول الاستقالة، وجب عليه خلال الفترة اللازمة لذلك أن يمتنع عن حضور المجلس أو المشاركة في أنشطة المشروع أو الشركة أو في اتخاذ القرارات الخاصة بها، وعن قبول أي عائد مادي منها".

أما الملاحظة الأخرى فنتحصل في المقارنة بين نوعي حالة تعارض المصالح ومفهوم المخالفة الإدارية. ذلك أنه في الوقت الذي تستلزم تحقق حالة تعارض المصالح وقوع ضرر أو ترسخ احتمالية وقوعه، فإن المخالفة الإدارية تتحقق بمجرد مخالفة القواعد التي تحكم نشاط الجهة الإدارية وإن لم يتحقق على مخالفة الموظف ضرر بالوظيفة أو بالمتعاملين معها. وفي ذلك تنص المادة ٢٧ من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية على أن:

" كل موظف يخل بالواجبات أو يخالف المحظورات المنصوص عليها في القوانين أو اللوائح يعاقب تأديبيا، وذلك مع عدم الإخلال بالمسئولية الجزائية أو المدنية عند الاقتضاء. ويعفى الموظف من العقوبة التأديبية إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذا لأمر كتابي صدر إليه من رئيسه بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة. وفي هذه الحالة تكون المسئولية على مصدر الأمر. ولا يسأل الموظف مدنيا إلا عن خطئه الشخصي".

وأيا ما كان الأمر فقد كان لاكتفاء القانون بتعريف التعارض النسبي بأنه: " كل حالة يُحتمل فيها وقوع ضرر للمصلحة العامة أو للوظيفة العامة"، فقد انبرت اللائحة التنفيذية لتبين حالات تعارض المصالح النسبي في المادة ٢ منها، حيث حصرتها في الأحوال التالية:

١. إذا امتلك حصة أو نسبة من عمل في أي نشاط له تعاملات مالية مع جهة عمله ذات صلة بأعمال وظيفته وشارك فيما اتخذ بشأنها من إجراء دون أن يحصل على منفعة أو يسبب ضررا للمصلحة العامة أو الوظيفة العامة.
٢. إذا كان له أو لأولاده القصر أو زوجته أو من هم في ولايته أو وصايته أو من يكون قيما عليهم حصة في أي شركة أو منشأة أو عمل أو نشاط يهدف إلى الربح ويتصل بأعمال وظيفته وشارك فيما اتخذ بشأنها من إجراء دون أن يحصل على منفعة أو يسبب ضررا للمصلحة العامة أو الوظيفة العامة.
٣. إذا قام بدور الوسيط أو الوكيل أو الكفيل أو الاستشاري لأي شركة أو منشأة خاصة يتصل نشاطها بجهة عمله دون أن يحصل على منفعة أو يسبب ضررا للمصلحة العامة أو الوظيفة العامة.

من جهة أخرى، وأمام اكتفاء القانون في تعريف حالة تعارض المصالح المطلق بأنها: " كل حالة يترتب عليها ضررا مباشرا ومحققا بالمصلحة العامة أو الوظيفة العامة"، فقد سردت اللائحة التنفيذية حالاتها في المادة ٣ منها على الوجه التالي:

١. إذا كان في حالة يترتب عليها ضررا مباشرا أو محققا للمصلحة العامة أو الوظيفة العامة.
٢. إذا تحققت منفعة أو فائدة أو مصلحة مادية أو معنوية من خلال قيامه أو امتناعه عن أي عمل من أعمال وظيفته التي يشغلها منفردا أو بالاشتراك مع الآخرين، له أو لمن تربطه بهم رابطة الزوجية أو القرابة حتى الدرجة الرابعة أو المصاهرة حتى الدرجة الثانية، أو أي شخص طبيعي أو معنوي تربطه بهم علاقة عمل أو وساطة أو وكالة أو نيابة، أو أي شخص طبيعي أو معنوي تربطه بهم مصلحة مادية أو معنوية خلال سنتين سابقتين للحالة التي اتخذ فيها القرار أو شارك فيه.
٣. إذا تحققت له أو لأي شخص طبيعي أو معنوي تربطه به مصلحة مادية أو معنوية خلال سنتين للحالة التي اتخذ فيها القرار أو شارك فيها.

٤. إذا تحققت له منفعة أو فائدة مادية أو معنوية من خلال قيامه بدور الوسيط أو الوكيل أو الكفيل أو الاستشاري لأي شركة أو منشأة خاصة يتصل نشاطها بجهة عمله.

وبرغم التمييز بين هذين النوعين لحالة تعارض المصالح نؤكد مرة أخرى على أن اللائحة التنفيذية كما القانون لم تجعل لهذا التمايز بين كلا النوعين أي أثر على ما بسطته من أحكام في حالة قيام أي من نوعي حالة تعارض المصالح. كما يظهر جليا أن اللائحة المذكورة لم تضيف شيئا سوى الجمع بين المادة ١ من القانون والتي تضع تعريفا محددًا للتعارض النسبي والتعارض المطلق؛ والمادة ٨ منه والتي حصرت أشخاص من يرتبط بالمخاطب بالقانون من الأفراد بعلاقة ما والذين اعتبر القانون في تحقق المصلحة لهم تعارضا للمصالح في المخاطب به. والمادة ٩ من القانون والتي حددت من يقوم المخاطب بالقانون بتمثيلهم على سبيل الوساطة أو الوكالة أو الكفالة حيث اعتبرت جمع المخاطب بالقانون بين هذه التصرفات القانونية مع أصيل يرتبط بجهة عمله برابطة عمل تعارضا للمصالح كذلك.

### **المطلب الثاني**

#### **موقف القانون المقارن من حالة تعارض المصالح**

وسيكون البحث هنا في إطار ما أنتت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والصادرة في نوفمبر ٢٠٠٣ على ذكره فيما يتعلق بتعارض المصالح من جهة؛ وما سطره المشرع المصري في القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن حظر تعارض مصالح المسؤولين في الدولة والصادر في نوفمبر ٢٠١٣.

#### **الفرع الأول:**

#### **موقف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ من حالة تعارض المصالح**

لقد أثمرت الجهود الدولية في مكافحة الفساد إلى صدور إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والتي تضمنت تحفيزا من جهة؛ وبيانا من كهة أخرى للوسائل التي قد تلجأ إليها الدولة في سبيل الافتكاك من برائن الفساد<sup>١</sup>. وبمراجعة مواد هذه

<sup>١</sup> وقعت دولة الكويت على هذه الاتفاقية في ٢٠٠٣/١٢/٩ وصدرت بالقانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.



الاتفاقية يتضح بأنها اعتبرت تعارض المصالح ضربا من ضروب الفساد الذي تعانيه الدول المختلفة. فهي المادة ٧ من الاتفاقية والتي جاءت تحت عنوان القطاع العام تأتي على ذكر تعارض المصالح في قولها:

" ... ٤- تسعى كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم تعزز الشفافية وتمنع تضارب المصالح".

أما المادة ٨ من الاتفاقية المذكورة فقد جاءت بعنوان مدونات قواعد سلوك للموظفين العموميين، ونصت على أن:

" ١- من أجل مكافحة الفساد، تعمل كل دولة طرف، ضمن جملة أمور، على تعزيز النزاهة والأمانة والمسؤولية بين موظفيها العموميين، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني...

٤- تنتظر كل دولة طرف أيضا، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، في إرساء تدابير ونظم تيسر قيام الموظفين العموميين بإبلاغ السلطات المعنية عن أفعال الفساد، عندما يتنبهون إلى مثل هذه الأفعال أثناء أداء وظائفهم.

٥- تسعى كل دولة طرف، عند الاقتضاء ووفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، إلى وضع تدابير ونظم تلزم الموظفين العموميين بان يفصحوا للسلطات المعنية عن أشياء منها ما لهم من أنشطة خارجية وعمل وظيفي واستثمارات وموجودات وهبات أو منافع كبيرة قد تقضي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين".

وننوه أن الاتفاقية وصمت ما قد يقوم به الموظف العام ويحصل بسببه على المنافع الكبيرة بأنها تعارضا للمصالح. وبذلك وفي سبيل المقارنة نجد أن المشرع المصري يسمح بمنح الموظف العام هبات متى لم تصل إلى اعتبارها كبيرة. ولقد كان المشرع المصري أقرب إلى وضع هذه الاتفاقية موضع التطبيق، حيث حظر من حيث المبدأ منح الخاضعين للقانون مثل تلك الهبات ومستثنيا في ذلك ما قد يحصل عليه من هبات ضئيلة الأسعار أو تلك التي تحكمها الأعراف. وتوافقا مع الاتفاقية الأممية، تنص المادة ١٤ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٠ على أنه:

" مع عدم الإخلال بالنصوص المنظمة لجريمة الرشوة والتربح واستغلال النفوذ المنصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر، يحظر على المسئول الحكومي تلقي أو قبول هدايا أو أي أشكال أخرى من المجاملة من أي جهة سواء كانت عامة أو خاصة باستثناء ما يلي:

(أ) الهدايا الرمزية التي يجري العرف على تقديمها في الأعياد والمناسبات والتي لا تتجاوز قيمتها ثلاثمائة جنيه.

(ب) الهدايا التي تقدم من زائرين أو مسئولين مصريين أو أجانب في مناسبات رسمية وفقا للأعراف الجارية واعتبارات المجاملة، على أن يتم تسليمها إلى جهة العمل وتسجيل ذلك بسجلات تلك الجهة".

وبمفهوم المقارنة فقد سكت القانون الكويتي عن تنظيم ما قد يتحصل عليه الموظف من مثل هذه الهبات بمناسبة منصبه أو وظيفته، مما يعني أن المشرع الكويتي تبنى الحظر المطلق لأي هبة أو منحة يتحصل عليها الموظف بسبب ما وظيفته العامة.

### الفرع الثاني:

#### موقف المشرع المصري من حالة تعارض المصالح

لم يكن المشرع الدستوري المصري يبيد عن التطرق لحالة تعارض المصالح. فقد جاء في دستور عام ٢٠١٤ ما نصت عليه المادة ١٤٥ فيما يتعلق برئيس الجمهورية<sup>١</sup>؛ والمادة ١٠٩ بالنسبة لأعضاء البرلمان<sup>١</sup>؛ والمادة ١٦٦ بالنسبة لأعضاء مجلس الوزراء والوزراء<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> وتنص على أن: " يحدد القانون مرتب رئيس الجمهورية، ولا يجوز له أن يتقاضى أي مرتب أو مكافأة أخرى، ولا يسري أي تعديل في المرتب أثناء مدة الرئاسة التي تقرر فيها، ولا يجوز لرئيس الجمهورية أن يزاول طوال مدة توليه المنصب، بالذات أو بالواسطة، مهنة حرة، أو عملا تجاريا، أو ماليا، أو صناعيا، ولا أن يشتري، أو يستأجر شيئا من أموال الدولة، أو أي من أشخاص القانون العام، أو شركات القطاع العام، أو قطاع الأعمال العام، ولا أن يؤجرها، أو يبيعها شيئا من أمواله، ولا أن يقايضها عليه، ولا أن يبرم معها عقد التزام، أو توريد، أو مقاوله، أو غيرها، ويقع باطلا أي منوهين التصرفات.

ويتعين على رئيس الجمهورية تقديم إقرار ذمة مالية عند توليه المنصب، وعند تركه، وفي نهاية كل عام، وينشر في الجريدة الرسمية.

ولا يجوز لرئيس الجمهورية أن يمنح نفسه أي أوسمة، أو نياشين، أو أنواط.

بينما نظم المشرع المصري حالة تعارض المصالح وفقا للقانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣. فقد جاءت المادة ١ لتحديد الخاضعين للقانون، بينما بينت المادة ٢ المقصود ببعض المصطلحات المستعملة في القانون. أما المادة ٣ فقد خصصها المشرع المصري لما يجب على الخاضعين للقانون المبادرة لفعله عند تحقق حالة تعارض المصالح سواء أكان هذا التعارض مطلقا أم نسبيا. ولم يفت على القانون المصري ضرورة تحديد الجهة المختصة والتي سيقع على عاتقها وضع هذا القانون موضع التنفيذ معلنا في المادة ٤ عن إنشاء لجنة الوقاية من الفساد للقيام بهذا الدور. بينما تشير المادة ٥ منه على التزام الموظف بتقديم صورة عن إقرار ذمته المالية أو لجنة الوقاية من الفساد وذلك خلال شهر من تعيينه.

في حين أكدت المادة ٦ على اعتبار الجمع بين الوظيفة العامة وعضوية مجلس إدارة شركة مما يعد تعارضا مطلقا ينبغي اتخاذ ما يلزم لإزالته. بينما منحت المادة ٧ للموظف بعد تعيينه فترة شهرين لتوفيق أوضاعه بما ينهي معه وجود أية حالة لتعارض المصالح، مع التأكيد على عدم دخول ملكية العقارات بحد ذاته فيما يعد تعارضا للمصالح ما لم تستعمل على سبيل التجارة بصورة اعتيادية. من جهتها قدمت المادة ٨ اقتراحات من شأنها إزالة تعارض المصالح المرتبط بملكية الأسهم

---

وإذا تلقى بالذات أو بالواسطة هدية نقدية، أو عينية، بسبب المنصب أو بمناسبته، تؤول ملكيتها الى الخزنة العامة للدولة".

وتنص هذه المادة على أن: " لا يجوز لعضو المجلس طوال مدة العضوية، أن يشتري، أو يستأجر، بالذات أو بالواسطة، شيئا من أموال الدولة، أو أي من أشخاص القانون العام أو شركات القطاع العام، أو قطاع الأعمال العام، ولا يؤجرها أو يبيعها شيئا من أمواله، أو يقايضها عليه، ولا يبرم معها عقد التزام، أو توريد، أو مقاوله، أو غيرها، ويقع باطلا أي من هذه التصرفات.

ويتعين على العضو تقديم إقرار ذمة مالية، عند شغل العضوية، وعند تركها، وفي نهاية كل عام".

وتنص هذه المادة على أن: " يحدد القانون مرتب رئيس مجلس الوزراء وأعضاء الحكومة، ولا يجوز لأي منهم أن يتقاضى أي مرتب، أو مكافأة أخرى، ولا أن يزاول طوال مدة توليه منصبه، بالذات أو بالواسطة، مهنة حرة، أو عملا تجاريا، أو ماليا، أو صناعيا، ولا أن يشتري، أو يستأجر شيئا من أموال الدولة، أو أي من أشخاص القانون العام، أو شركات القطاع العام، أو قطاع الأعمال العام، ولا أن يؤجرها، أو يبيعها شيئا من أمواله، ولا أن يقايضها عليه، ولا أن يبرم معها عقد التزام، أو توريد، أو مقاوله، أو غيرها ويقع باطلا أي من هذه التصرفات.

ويتعين على رئيس مجلس الوزراء وأعضاء الحكومة تقديم ذمة مالية عند توليهم وتركهم مناصبهم، وفي نهاية كل عام، وينشر في الجريدة الرسمية.

وإذا تلقى أي منهم، بالذات أو بالواسطة، هدية نقدية، أو عينية بسبب منصبه، أو بمناسبته، تؤول ملكيتها الى الخزنة العامة للدولة، وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون".

والحصص. في حين لم تتردد المادة ٩ في حظر شراء الخاضعين للقانون لأسهم وحصص في شركات. إلا أنها عادت واستثنت هذا الحظر بالسماح بهذا الشراء في حالتين إما الشراء للأسهم ويكون صحيحا وغير مثير لتعارض المصالح متى تحقق ثلاثة شروط. أما الشرط الأول فهو أن تكون " المشاركة في زيادة رأس مال مشروع يساهم فيه قبل تولي المنصب"، بينما يتمثل الشرط الثاني في " أن تكون الزيادة مطروحة لكافة الشركاء"، في حين يتجسد الشرط الثالث في " أن يشارك فيها بما يحفظ نسبته من النقصان دون زيادتها". أما الحالة الثانية فتكون في " الاكتتاب في صناديق استثمار مصرية مطروحة للاكتتاب العام"، وبشرط أن يكون المقابل وفق " السعر العادل".

بينما تطلبت المادة ١٠ في من يزاول مهنة بصورة فردية أو بالمشاركة مع الغير من الخاضعين للقانون المبادرة إلى تصفية هذا النشاط أو التصرف في حصته، وحسنا فعل المشرع حين حدد فترة الشهرين للقيام بذلك بدلا من تركها دون ضابط مما قد يؤدي إلى التراخي أو التقاعس في ذلك. أما المادة ١١ فقد حظرت على المخاطبين بالقانون تقديم الاستشارات سواء كانت بأجر أو بغير أجر. بينما تبنت المادة ١٢ مبدأ السعر العادل للسماح للخاضعين للقانون بشراء الأموال والأصول المملوكة للدولة. بينما ميزت المادة ١٣ في حصول الخاضعين للقانون على تسهيلات ائتمانية حيث اشترطت أن يكون ذلك بمقابل عادل، بينما اعتبرته تعارضا مطلقا متى كانت الجهة المانحة للائتمان خاضعة أو تابعة لهم.

أما المادة ١٤ وكما سبق بيانها في معرض البحث في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فقد حظرت على الخاضعين للقانون الحصول على الهبات كأصل عام ما لم يكن ذلك لدواع الأعراف وعلى أن تكون رمزية. بينما تناولت المادة ١٥ حالة ترك الخاضعين للقانون لمناصبهم حيث حظرت عليهم تولي مناصبا أو وظيفة في القطاع الخاص متى ما كان هذا المنصب وتلك الوظيفة تابعا له أو مرتبط بعمله السابق؛ وذلك خلال فترة ثلاثة أشهر التالية لتزكه للمنصب. في حين ألفت المادة ١٦ عبء الحيلولة دون قيام حالة تعارض المصالح على عاتق الخاضعين للقانون. بينما

تناولت المادة ١٧ ما قد يواجهه المخالف للقانون من عقوبات الحبس والغرامة ورد ما حصل عليه بمناسبة تعارض المصالح والعزل من الوظيفة.

وأخيراً فوضت المادة ١٨ مجلس الوزراء بوضع اللائحة التنفيذية لهذا القانون. أما المادة ١٩ فقد منحت الخاضعين للقانون فترة ستة أشهر لتوفيق أوضاعهم بما يتناسب مع القانون. أما المادة ٢٠ فقد حددت مضي شهر من نشر القانون كبدية تطبيق القانون ودخوله حيز النفاذ. وسيكون التطرق لهذه النصوص على وجه الدراسة في معرض البحث في نظيراتها من نصوص القانون الكويتي وعلى سبيل المقارنة بين ما انتهجه كلا المشرعين المصري والكويتي فيما يتعلق بحالة تعارض المصالح.

### **المبحث الثاني**

#### **التنظيم القانوني لحالة تعارض المصالح في القانون الكويتي وفقاً للقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨**

وسيشمل هذا المبحث دراسة القانون المذكور من حيث ما يصدق عليه نصوصه من أحكام حيث الأشخاص الخاضعين له وطبيعة الأفعال المجرمة وفقاً لنصوصه. كما سيبحث هذا الجزء من الدراسة ما يترتب على تحقق حالة تعارض المصالح من التزامات.

### **المطلب الأول**

#### **نطاق سريان القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨**

وسيكون دراسة نطاق سريان القانون من حيث تحديد أشخاص المخاطبين به أولاً؛ ثم من حيث حصر الحالات التي تنشأ في ظلها حالة تعارض المصالح بحسب نصوصه.

### **الفرع الأول:**

#### **النطاق الشخصي لسريان القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨**

حددت المادة ٢ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ المخاطبين

بنصوصه بقولها:

" في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالكلمات والعبارات الآتية المعاني المبينة

قرين كل منها:

١. المسئول الحكومي: كل شخص يشغل أحد المناصب أو الوظائف المنصوص

عليها بالمادة الأولى من هذا القانون".

وبالعودة إلى المادة ١ من القانون المذكور فهي تقرأ على الشكل الآتي:

" يخضع لأحكام هذا القانون كل من:

(أ) رئيس الجمهورية.

(ب) رئيس مجلس الوزراء والوزراء.

(ج) المحافظين وسكرتيري عموم المحافظات ورؤساء الوحدات المحلية.

(د) رؤساء الهيئات والمؤسسات والمصالح والأجهزة.

(هـ) نواب ومساعدى الأشخاص شاغلي المناصب والوظائف المشار إليهم

في البنود السابقة، ومن يفوضونهم في بعض اختصاصاتهم".

وفي ذات الاتجاه فقد وافق القانون العماني نظيره المصري في تقييد

الخاضعين لقواعد تعارض المصالح في أشخاص السلطة التنفيذية دون غيرها من

أعضاء السلطين التشريعية والقضائية. فقد جاءت المادة ١ من المرسوم السلطاني

رقم ٢٠١١/١١٢ بالنص على أن:

" المسئول الحكومي: كل شخص يشغل منصبا حكوميا، أو يتولى عملا بصفة

دائمة أو مؤقتة في إحدى وحدات الجهاز الإداري للدولة بمقابل أو بدون مقابل،

ويعتبر في حكم المسئول الحكومي أعضاء مجلس عمان، وممثلو الحكومة في

الشركات، والعاملون بالشركات المملوكة للحكومة بالكامل أو تلك التي تساهم فيها

بنسبة تزيد على ٤٠٪ من رأسمالها". ثم عدد القانون العماني ما يحظر على

المسئول الحكومي ممارسته كحظره لاستغلال منصبه أو عمله لتحقيق منفعة له أو

لغيره<sup>١</sup>. كما حظر عليه القيام دور وسيط أو وكيل أو كفيل لأي شركة،<sup>١</sup> وحظر عليه

الجمع بين منصبه الحكومي ووظيفة في القطاع الخاص.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> فقد نصت المادة ٧ من المرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/١١٢ بالنص على أن: " يحظر على أي مسئول حكومي استغلال منصبه أو عمله لتحقيق منفعة له أو لغيره أو استغلال نفوذه ليسهل لغيره الحصول على منفعة، أو معاملة متميزة.

كما يحظر على المسئول الحكومي إبرام أي تصرف يؤدي إلى المساس بالمال العام أو تبيده".

أما المشرع الكويتي فقد توسع كثيرا في تحديد المخاطبين بقانونه، إذ حددت المادة ١ من القانون الكويتي رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ المخاطبين بنصوصه. حيث نصت هذه المادة من القانون على أن:

" الشخص الخاضع: الفئات المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون من موظفي الدولة ومن في حكمهم".

وبمراجعة المادة ٢ في بيان الخاضعين لهذا القانون تجدر الإشارة إلى أن المشرع الكويتي لم يكلف نفسه عند سن قانون تعارض المصالح عناء صياغة النطاق الشخصي لسريان القانون، وإنما اكتفى بتبني طريقة المزج بين نطاق قانونين مختلفين، الأول وهو القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ والمعدل لقانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠؛ وفي المادة ٤٣ منه تحديدا. أما القانون الآخر الذي عول عليه المشرع في تحديد النطاق الشخصي لقانون تعارض المصالح فهو قانون إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد رقم ١ لسنة ٢٠١٦ فيما أورده في المادة ٢ منه.

فقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ في شأن تعارض المصالح على أن:

" يخضع لأحكام هذا القانون الموظفون في الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة ومن في حكم الموظف العام المنصوص عليهم في المادة ٤٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ المعدل لقانون الجزاء أو من تسري عليهم أحكام القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ والمشار إليه".

---

<sup>١</sup> تقرر المادة ٨ من المرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/١١٢ بأن: " يحظر على المسؤول الحكومي القيام بدور الوسيط أو الوكيل أو الكفيل لأي شركة أو مؤسسة يتصل نشاطها بجهة عمله. ويعتبر من أعمال الوساطة المحظورة قيامه بمساعدة غيره بقصد تسهيل حصول الشركة أو المؤسسة على موافقة من الحكومة".

<sup>٢</sup> تنص المادة ١٠ من المرسوم السلطاني العماني رقم ٢٠١١/١١٢ على أن: " يحظر على المسؤول الحكومي الجمع بين منصبه أو عمله، بصفة دائمة أو مؤقتة، وأي عمل آخر في القطاع الخاص يتصل بمنصبه أو عمله، إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من مجلس الوزراء إذا كان المسؤول الحكومي وزيرا أو من هو في مرتبته، أو وكيل وزارة أو من هو في مرتبته، ومن رئيس الوحدة بالنسبة لغيرهم من المسؤولين الحكوميين.

ويلتزم كل مسؤول حكومي حصل على الترخيص بتقديم إفصاح سنوي إلى جهاز الرقابة المالية والإدارية للدولة وفقا للنموذج الذي يعده لهذا الغرض، يتضمن جميع التعاملات مع الوحدات الحكومية والمنشآت التي تملك الحكومة أكثر من ٤٠٪ من رأسمالها".

والجدير بالقول أنه وإن كان من المستساغ لجوء المشرع وهو في معرض سن تشريع جديد إلى الإحالة إلى تشريعات سابقة في تنظيم بعض تفاصيل الموضوع محل التشريع؛ ولأسباب تعود بالدرجة الأولى إلى وحدة عناصر تلك التفاصيل في كلا التشريعين، إلا أن مثل هذه الإحالة ينبغي ألا تكون فيما يعد أساساً في تطبيق القانون الجديد. بعبارة أخرى ينبغي أن تكون هذه الإحالة سبباً لعدم تكرار أحكام تفصيلية سبق وأن عالجها المشرع في قانون سابق، وتأسيساً على ذلك نرى بعدم مواءمة اقتصار قانون تعارض المصالح عند بيان أشخاص المخاطبين بنصوصه وأحكامه على الإحالة إلى القانونين السابقين لمعرفة النطاق الشخصي لسريان قواعده.

ولقد كان المشرع الكويتي في غنى عن إدخال أعضاء السلطتين القضائية والتشريعية. إذ سيكون من الأكثر توفيقاً أن يحذو حذو نظيره المصري والعماني بحصر المخاطبين بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بالعاملين في السلطة التنفيذية<sup>١</sup>. ذلك أن القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية قد تضمن ما يغني عن شمول أعضائها بقانون تعارض المصالح المذكور. فقد جاء في الباب السابع من قانون المرافعات وتحت عنوان عدم صلاحية القضاة وردهم وتحتيتهم<sup>٢</sup> سرد لحالات رد القاضي الوجوبي والجوازي، كما قرر البطلان لعمل القاضي وما يصدره من أحكام فيما لو خالف هذه القواعد. كما أنه من المتعذر أن يبحث القاضي عن ما قد يرتبط بأحد الخصوم من في دعوى أمامه عندما يتعلق بملكية أقارب له في أسهم تمثل أصول هذا الخصم<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> أنظر مثل هذا الاتجاه:

Jean-Bernard Auby, Conflict of Interest and Administrative Law,

ورد في:

Anne Peters and Lukas Handschin, *Supra*, p. 147.

حيث حصر على شمول المخاطبين بالتشريعات التي تعني بحالة تعارض المصالح بأربع مجموعات، هي: الأشخاص المخول لهم إصدار القرارات الإدارية كالوزراء وقياديين الهيئات والمؤسسات العامة؛ والأشخاص الأعضاء في مجالس إدارية كأعضاء المجلس البلدي؛ والقضاة فقط الذين يمارسون أعمالاً إدارية؛ والشخص المعنوي الخاص عندما يباشر نشاطاً لمصلحة الإدارة وتحقيقاً للمنفعة العامة كالتقابات.

<sup>٢</sup> أنظر المواد ١٠٢-١١١ من القانون المذكور.

<sup>٣</sup> أنظر بذات الاتجاه:



كذلك الحال بالنسبة لأعضاء السلطة التشريعية حيث تضمنت الأحكام الخاصة بهم ما يغني عن شمولهم بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨. فقد أجمل الدستور ابتداءً، وفصل قانون اللائحة الداخلية لمجلس الأمة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣ لقواعد تحول دون قيام حالة تعارض المصالح. ومن ذلك ما أورده المادة ١٢٥ من الدستور والتي اشترطت لمنح امتياز باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية، أو مرفق من الوافي العامة أن يكون بقانون ولمدة محددة. فحتى مع تصور أن يكون لعضو مجلس الأمة علاقة مع الشخص المعنوي الخاص الذي سيكون له هذا الاستثمار أو الامتياز، فإن جعل الالتزام بقانون يجعل الموضوع تحت رقابة أعضاء مجلس الأمة في تصويت يشارك فيه الجميع. كما أن المادة ١٥٣ من الدستور تجعل الاحتكار بقانون كذلك، مما يخول أعضاء هذا المجلس مجتمعين بسط رقابتهم على من يؤول له هذا الحق. أما اللائحة الداخلية فقد حظرت بدورها الجمع بين العضوية في مجلس الأمة والعضوية في مجلس إدارة شركة، واستوجبت في حالة هذا الجمع أن يبادر العضو إلى التنازل عن واحدة منهما وإلا اعتبر متنازلاً عن الأقدم منهما ومستقبلياً للأحدث<sup>١</sup>. وعلاوة على ذلك فإنه من المتعذر فرض الالتزام على أعضاء مجلس الأمة بالتأكد من عدم قيام إحدى حالات تعارض المصالح بمناسبة المشاركة في إصدار قانون ما. بل قد يصعب أن يجد العضو نفسه أو أحد أقربائه ممن ليس له علاقة ما بالمخاطبين بالقانون المزمع إصداره.

وأياً ما كان الأمر فقد جعل المشرع الخاضعين لأحكام قانون تعارض المصالح الجديد حاصل جمع أولئك المذكورين في المادة ٤٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ والمادة ٢ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦. وترتيباً على ذلك فإن قانون تعارض المصالح يطبق على الفئات التالية:

---

Anne Peters and Lukas Handschin, *Supra*, p. 372.

فيؤكد المؤلفان على أن التعامل مع حالة تعارض المصالح في نطاق السلطة القضائية يقتضي أن يكون بشكل يغير تلك القواعد المقررة بالنسبة إلى موظفوا السلطة التنفيذية. فالأولى يفترض أن تقوم على أساس فرض الاستقلالية والحيادية على القاضي في قضائه وهو ما تضمنه عادة دساتير الدول المختلفة<sup>١</sup> أنظر المادة ١٣ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة.

أولاً: أعضاء السلطة التشريعية؛ وهم:

رئيس مجلس الأمة؛ ونائب رئيس مجلس الأمة؛ وأعضاء مجلس الأمة.

ثانياً: أعضاء السلطة القضائية؛ وهم:

رئيس المجلس الأعلى للقضاء؛ وأعضاء المجلس الأعلى للقضاء؛ ورئيس

المحكمة الدستورية؛ ومستشاري المحكمة الدستورية؛ والجهاز الفني للمحكمة؛

والمستشارين والقضاة؛ وأعضاء النيابة العامة.

ثالثاً: أعضاء المجلس البلدي؛ وهم:

رئيس المجلس البلدي؛ ونائب رئيس المجلس البلدي؛ وأعضاء المجلس البلدي

المنتخبون والمعينون.

رابعاً: أعضاء بعض الأجهزة القانونية المختصة في الدولة؛ وهم:

رئيس إدارة الفتوى والتشريع؛ وأعضاء إدارة الفتوى والتشريع؛ والمدير العام

للإدارة العامة للتحقيقات في وزارة الداخلية؛ وأعضاء الإدارة العامة للتحقيقات

بوزارة الداخلية؛ وأعضاء الإدارة القانونية في بلدية الكويت؛ والمحكمين والخبراء

بوزارة العدل؛ والمصنفين والحراس القضائيين ووكلاء الدائنين والموثقين وكاتب

العدل بإدارة التسجيل العقاري والتوثيق بوزارة العدل.

خامساً: العاملون في بعض الجهات تحديداً؛ وهم:

العاملون في جهاز المراقبين الماليين؛ وهم رئيسه؛ ونائب الرئيس؛ ورؤساء

القطاعات؛ والمراقبين الماليين، والعاملون في ديوان المحاسبة؛ وهم رئيسه؛ ونائب

الرئيس؛ ووكلاء الديوان؛ والموظفون الفنيون فيه، والعاملون في الهيئة العامة

لمكافحة الفساد؛ وهم رئيسها؛ ونائب الرئيس؛ وأعضاء مجلس الأمناء فيها؛ والأمين

العام فيها؛ والأمناء المساعدون فيها؛ والموظفون الفنيون فيها. وأعضاء مجالس

إدارات الجمعيات التعاونية والهيئات الرياضية.

سادساً: أعضاء السلطة التنفيذية؛ وهم:

رئيس مجلس الوزراء؛ ونواب رئيس مجلس الوزراء؛ والوزراء؛ ومن يشغل

وظيفة تنفيذية بدرجة وزير.

سابعاً: أعضاء المجالس والهيئات واللجان التي يصدر في تشكيلها أو تعيينهم قانون أو مرسوم أو قرار من مجلس الوزراء.

ثامناً: القياديون في السلطة التنفيذية على مختلف درجاتهم ووظائفهم؛ وهم: شاغلو مجموعة الوظائف القيادية في جدول المرتبات العام الذين على الدرجة الممتازة ووكيل وزارة ووكيل مساعد؛ أعضاء مجالس الإدارات والمدراء العامون ونوابهم أو مساعدهم والأمناء العامون ونوابهم أو مساعدهم في الهيئات أو المؤسسات أو أي جهة حكومية؛ من هم في حكم القيادي من رؤساء الجهات ونوابهم أو الوحدات الإدارية أو الأعضاء المنتدبين في الهيئات والمؤسسات العامة؛ مدراء الإدارات ومن في حكمهم من رؤساء الوحدات التنظيمية المعتمدة في هيكلها بمستوى إدارة أو أعلى من هذا المستوى؛ والعسكريين والدبلوماسيين والمدنيين في الوزارات والإدارات الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والجهات ذات الميزانية الملحقة أو المستقلة متى ما اضطلع بالمسؤوليات أو تمتع بالمزايا المقررة للوظيفة سواء كان شغلهم للوظيفة بصفة أصلية أو مؤقتة.

تاسعاً: من يمثل الدولة في عضوية مجالس إدارات الشركات التي تساهم فيها الدولة أو إحدى الجهات الحكومية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة بصورة مباشرة بنصيب لا يقل عن ٢٥٪ من رأس المال.

عاشراً: كل شخص مكلف بخدمة عامة.

ومن مجموع كل أولئك الخاضعين لقانون تعارض المصالح يمكن القول بالتوسع الكبير الذي انتهجه المشرع في بسط قواعد هذا القانون وأحكامه على كافة من له علاقة بإحدى سلطات الدولة بصورة مباشرة وغير مباشرة. ويستوي في ذلك من كان من تمتع الموظفين بالسلطة الإدارية الكاملة ومن اقتصر اختصاصه على تنفيذ ما تصدره الجهة الإدارية من قرارات إدارية. كما أن المشرع لم يميز بين أعضاء السلطات الثلاث؛ ولم يوجد كذلك أي اختلاف بين من تم انتخابهم للعضوية عن من تم تعيينهم فيها. وفضلاً عن هذا وذاك، فلم يعر المشرع كذلك أي اهتمام في معيار طبيعة الاختصاص للمخاطبين به، حيث يطبق عليهم هذا القانون سواء أكان

اختصاصهم يتيح لهم اتخاذ القرارات التي يتصور تعارضها مع مصالحهم، أم أنهم غير متمتعين بسلطة اتخاذ مثل هذه القرارات.

وبإجراء المقارنة بين النصين المصري والكويتي يمكن إدراك نتيجة واحدة، وتتحصل أن الأول هو الأكثر توفيقاً من الأخير نظراً للتوسع الكبير الذي أورده هذا الأخير في تحديد المخاطبين به من جهة، والتشدد الأكبر في التعامل مع حالة تعارض المصالح. فعلى سبيل المثال يحول النص الكويتي - وبقرائه المجردة - دون حق مجلس الأمة في إصدار قانون يحددون من خلالهم مرتباتهم وفقاً لما جاء به الدستور<sup>١</sup>. كما لا يستقيم للسلطة القضائية البت في منازعة تتعلق بحقوق السلطة القضائية المالية أو بمدى خضوعهم لقانون ما<sup>٢</sup>.

وإذا كانت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد قد وسعت في المادة ٢ منها من تعريفها للموظف العام بقولها بأنه:

" المصطلحات المستخدمة ولأغراض هذه الاتفاقية:

(أ) يقصد بتعبير "موظف عمومي": "١" أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى دولة طرف، سواء أكان معيناً أم منتخباً، دائماً أم مؤقتاً، مدفوع الأجر أم غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن أقدمية ذلك الشخص"، إلا أنها سارعت إلى تقليص هذا التعريف في ذات المادة بقولها بأن هذه الاتفاقية تطبق على أي شخص آخر يؤدي وظيفة عمومية، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية، أو يقدم خدمة عمومية، حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي

<sup>١</sup> تنص المادة ١١٩ من الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢ على أن: "تعين بقانون مكافآت رئيس مجلس الأمة ونائبه وأعضائه. وفي حالة تعديل هذه المكافآت لا ينفذ هذا التعديل إلا في الفصل التشريعي التالي". كما أن رئيس الوزراء والوزراء الذين عدهم الدستور أعضاء في حكم مناصبهم ينبغي الحيلولة دون مشاركتهم في التصويت على تحديد مرتباتهم على الرغم من سماح الدستور لهم بذلك، فقد نص في المادة على أن: "يعين القانون مرتبات رئيس مجلس الوزراء والوزراء. وتسري في شأن رئيس مجلس الوزراء سائر الأحكام الخاصة بالوزراء، ما لم يرد نص على خلاف ذلك". ونشير إلى أن الدستور حظر صراحة مشاركة رئيس الوزراء والوزراء في التصويت على قرار مجلس الأمة بطرح الثقة بأحد الوزراء أو على قراره بإعلان عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء، مما يعني بمفهوم المخالفة حقهم في الاشتراك في التصويت على ما هو عدا هاتين الحالتين.

<sup>٢</sup> لقد أثرت مثل هذه المنازعة في معرض الدعوى الدستورية التي تعرضت إلى مدى تناسب خضوع القضاة للقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد ومدى تعارض التزامهم بتقديم إقرار ذمتهم المالية إلى الهيئة المذكورة. أنظر الطعن الدستوري رقم ٤ لسنة ٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/١١/٩.

للدولة الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال القانوني ذي الصلة لدى تلك الدولة الطرف، كما ينحصر في تطبيقها على أي شخص آخر معرف بأنه "موظف عمومي" في القانون الداخلي للدولة الطرف<sup>١</sup>.

## الفرع الثاني

### النطاق الموضوعي لسريان القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨

يتجسد النطاق الموضوعي لقانون تعارض المصالح فيما نصت عليه المادة ٥ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بقولها: " في حالة قيام إحدى حالات تعارض المصالح يتعين على الخاضع للإفصاح عن هذه الحالة وفقاً للضوابط المبينة في هذا القانون، وله في ذلك إزالة هذا التعارض إما بالتنازل عن المصلحة أو ترك المنصب أو ترك الوظيفة.

وفي كل الأحوال عليه اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحيلولة دون وقوع ضرر للمصلحة العامة".

ويستفاد من هذا النص ثلاثة أحكام قانونية هي:

أولاً: قيام مسؤولية الخاضع للقانون والمذكورين آنفاً بتلافي تحقق أية حالة من حالات تعارض المصالح. ولما كان مضمون هذا الالتزام يتحقق بالامتناع عن قيام حالة التعارض للمصالح، فإن ذلك يعني افتراض قيام مسؤوليته عن أي حالة تعارض، وعليه إثبات نقيض ذلك. فحالة تعارض المصالح لا تعني وقوع الخطأ، وهو إخضاع المخاطبين بالقانون قراراتهم العامة لمصالحهم الخاصة، وإنما هي حالة احتمالية وقوع مثل هذا الخطأ. فهي بهذا المعنى تعبر عن حالة وليس فعل<sup>٢</sup>.

ثانياً: متى ما تحققت حالة تعارض المصالح فعلى الخاضع للقانون المبادرة إلى الإفصاح عنها وفقاً للضوابط المبينة في هذا القانون. ومما يثير الاستغراب أن

<sup>١</sup> ونشير إلى أن المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية قد أشار في المادة ٢ منه على تعريف الموظف العام بقوله: " في تطبيق أحكام هذا القانون، يقصد بالجهة الحكومية: كل وزارة أو إدارة أو وحدة إدارية تكون ميزانيتها ضمن الميزانية العامة للدولة أو ملحقة بها. بالموظف: كل من يشغل وظيفة مدنية من وظائف الجهات الحكومية أي كانت طبيعة عمله أو مسمى وظيفته".  
<sup>٢</sup> أنظر قرب ذلك:

القانون لم يزد في بيان هذه الضوابط سوى بالإحالة إلى اللائحة التنفيذية لبيان إجراءات الإفصاح. ولقد كان حريا بالمشرع أن يرسم القواعد العامة في الإفصاح عن حالة تعارض المصالح وترك التفاصيل للائحة التنفيذية بدلا من ترك كل ذلك على عاتق تلك اللائحة والتي وإن كان من المفترض أن تصدر خلال ثلاثة شهور من نشر القانون بالجريدة الرسمية، إلا إنه يعني إتاحة الفرصة للائحة المذكورة لتعقيد إجراءات هذا الإفصاح أو إفراغ الإفصاح من جدواه. وفي ذلك تنص المادة ٦ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على أن:

" تحدد اللائحة التنفيذية الجهة المنوط بها تلقي الإفصاح من الخاضع وتحديد طرق الإفصاح ووسيلته وتوقيته وكذا إجراءات تقديمه مع مراعاة سهولة هذه الإجراءات والحفاظ على سرية محتواه".

كما يعاب على هذا النص صياغة عدم تحديد المهلة القانونية للخاضع للإفصاح عن قيام حالة التعارض في حقه. مما يعني عدم جواز مساءلته عن التأخير عن الإفصاح حتى وإن لم يفصح الخاضع للقانون عن هذا التعارض إلا بعد انكشاف أمرها. فقد يتراخى في الإفصاح ممنيا نفسه بالهروب بالمصلحة المحققة أو المبادرة إلى الإفصاح بمجرد انكشاف وجودها نثيا بنفسه عن المساءلة القانونية.

ثالثا: متى ما تحققت حالة تعارض المصالح فقد قدم المشرع للخاضع للقانون خيارات يتوجب اتخاذ إحداها. ففي سعيه لإزالة هذا التعارض ينبغي عليه أن يبادر إلى التنازل عن المصلحة والتي سببت تعرضا لمصلحه فيها مع مصلحة الجهة الإدارية التي يعمل بها. كما له في سبيل ذلك أن يقرر ترك المنصب متى ما قرر ترجيح كفة الإبقاء على المصلحة. بل له كذلك تقديم استقالته من الوظيفة العامة بالكلية مفسحا المجال لنفسه للإبقاء على المصلحة.

ويثور تساؤلان في هذا المقام، الأول ويدور حول مدى تناسب ترك الوظيفة أو المنصب لمجرد وجود تعارض للمصالح والذي قد لا يصل إلى درجة التأثير على قراراته كما لو اشترى الخاضع للقانون أسهما لشركة في بورصة سوق الأوراق

<sup>١</sup> سيكون البحث فيما أرسته هذه اللائحة من أحكام تتعلق بالإفصاح في المطلب القادم.

المالية وصادف ذلك أن كان لهذه الشركة تعاقدات مع الجهة الإدارية التي يعمل فيها. فوفقا للنص المذكور هو بالخيار بين بيع تلك الأسهم والتي تشكل نصيبه في رأس مال هذه الشركة؛ أو ترك منصبه؛ أو وظيفته عند الرغبة في الإبقاء على ملكيته لتلك الأسهم.

ويزداد الوضع تعقيدا مع عدم اكتفاء المشرع بذلك وإنما افترض تحقق مصلحة الخاضع للقانون المتعارضة مع مصلحة وظيفته العامة بمجرد تحقق هذا التعارض في شأن من له علاقة بهم من الغير. فقد نصت المادة ٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على أن:

" يعد من قبيل المنفعة أو الفائدة أو المصلحة المادية أو المعنوية الخاصة للخاضعين لأحكام هذا القانون تلك التي تتعلق بالأشخاص التالية:

١. من تربطه بهم رابطة الزوجية أو القرابة حتى الدرجة الرابعة أو المصاهرة حتى الدرجة الثانية.

٢. أي شخص طبيعي أو معنوي تربطه بهم علاقة عمل أو وساطة أو وكالة أو نيابة.

٣. أي شخص طبيعي أو معنوي تربطه بهم مصلحة مادية أو معنوية خلال سنتين سابقتين للحالة التي اتخذ فيها القرار أو شارك فيه".

وبرغم هذه الخيارات المتشددة التي يتصور لجوء الخاضع للقانون إليها لإزالة حالة التعارض، فإن الوضع يزداد صعوبة وقسوة مع الفرضيات التي أوردتها المادة ٣ آنفة الذكر، كما لو بادر أي ممن أوردتهم المادة المذكورة إلى شراء أسهم شركة تربطها بوظيفة الخاضع للقانون عقود مختلفة. وتأكيدا على هذا التوسع في الحيلولة دون تحقق حالة تعارض المصالح بصورة مباشرة أو غير مباشرة فقد جاءت المادة ٨ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بالنص على أن:

" لا يجوز للخاضع أو أبنائه القصر أو زوجه أو من هم في ولايته أو وصايته أو من يكون قيما عليهم أن يكون لأحدهم حصة في أي شركة أو مؤسسة أو عمل أو نشاط يهدف إلى الربح ويتصل بأعمال وظيفته دون الإفصاح عن ذلك".

وفي معرض المقارنة يجدر القول بأن المشرع المصري كان قد أحسن فعلا حين خص القواعد المنظمة لحالة تعارض المصالح بأشخاص الوظيفة العامة والذين سبق وأن حددتهم، ولم يقر مسؤوليتهم على أفعال آخرين. أما المرسوم السلطاني العماني فقد ابتعد عن نهج القانون المصري وانتهج منهج القانون الكويتي. فقد نصت المادة ١١ من المرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/١١٢ بالنص على أن:

" لا يجوز لأي مسؤول حكومي أو أبنائه القصر، أن يكون له حصة في أي شركة أو مؤسسة أو عمل يهدف إلى الربح، ويتصل بجهة عمله بطريقة مباشرة". إلا أنه سارع إلى الاعتراف بالمراكز القانونية التي قامت قبل العمل بهذا القانون، فقرر في ختام المادة المذكورة بأنه:

"ويستثنى من ذلك من اكتسب تلك الحصة قبل العمل بأحكام هذا القانون". أما السؤال الآخر الذي يثيره قيام الخاضع للقانون بتبني أحد الخيارات المنصوص عليها فيتمثل في القيد الزمني لتوفيق الأوضاع من قبل الخاضع للقانون بعد تحقق حالة تعارض المصالح. إذ كان من المتوقع تحديد المشرع لميعاد زمني يتوجب الخاضع للقانون المبادرة خلاله لإزالة هذا التعارض، بدلا من إتاحة الفرصة له للتراخي في ذلك بداعي التناسي أو التراخي. وفي هذا نشير إلى أن المشرع المصري واجه ذلك حيث تطلب أن يبادر الخاضعين للقانون بتقديم صورة عن إقرار ذمتهم المالية إلى لجنة الوقاية من الفساد خلال شهر؛ وتحديثها سنويا. فتنبص المادة ٥ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ على أنه:

" مع عدم الإخلال بأحكام قانون الكسب غير المشروع المشار إليه<sup>١</sup>، على المسئول الحكومي خلال شهر من تعيينه تقديم صورة من إقرار ذمته المالية، وتحديثه سنويا، إلى لجنة الوقاية من الفساد".

أما في الكويت وفي مواجهة تقاعس المشرع الكويتي عن بيان الميعاد المتاح لمن قامت حالة تعارض المصالح في حقه، فقد جاءت اللائحة التنفيذية لقانونه في المادة ٧ منها ببيان ذلك حيث استوجبت أن يبادر خلال سنتين يوما من تاريخ تقديم

<sup>١</sup> يشير النص إلى القانون المصري رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ بشأن الكسب غير المشروع.



الإفصاح إلى إزالة هذا التعارض في المصالح. وفي سبيل ذلك فقد أكدت هذه اللائحة على أن يتنازل عن المصلحة أو يترك المنصب أو يترك الوظيفة العامة. كما أكدت على التزامه بالحيولة دون قيام حالة تعارض المصالح أصلا. فإذا انقضى هذا الميعاد دون إزالة ذلك التعارض وجب على الجهة المناط بها تلقي الإفصاح إبلاغ النيابة العامة، ما لم يكن المخاطب بالقانون ممن يلتزم بتقديم إقرار الذمة المالية إلى الهيئة العامة لمكافحة الفساد، فعندئذ يتعين أن يكون الإبلاغ موجها إلى هذه الأخيرة.

كما حدد القانون المصري الفترة المتاحة للمخاطبين بالقانون لفصل ملكياتهم في أسهم أو حصص الشركات عن إدارة أي أسهم أو حصص في هذه الشركات. فجاءت المادة ٧ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ فتنص على أنه:

" على المسئول الحكومي فور تعيينه في منصبه أو وظيفته أن يتخذ الإجراءات اللازمة لفصل ملكيته في أسهم أو حصص الشركات أو المشروعات التجارية عن إدارة أي أسهم أو حصص في هذه الشركات أو المشروعات أو في أي أشكال أخرى للمشاركة في أرباحها، وذلك خلال مدة لا تتجاوز شهرين من تعيينه، ووفقا للضوابط والإجراءات المنصوص عليها في المادة (٨) من هذا القانون، وإلا تعين عليه التصرف في تلك الأسهم أو الحصص خلال المدة ذاتها طبقا لقواعد تحديد السعر العادل المنصوص عليها في المادة (١٢) من هذا القانون.

ويكون تعارض مطلقا إذا كانت ملكية الأسهم والحصص في شركات خاضعة لرقابة المسئول الحكومي أو تابعة له بشكل مباشر أو غير مباشر، وفي هذه الحالة يتعين عليه التصرف في ملكيته خلال مدة الشهرين المشار إليهما أو ترك المنصب أو الوظيفة.

ولا تعتبر ملكية العقارات من الأنشطة التجارية التي تسري عليها أحكام هذه المادة ولو كانت مؤجرة أو مزروعة، ما لم يتخذ فيها شكل الاتجار على وجه الاعتياد."

أما المادة ١٠ من القانون المصري فحددت فترة شهرين ليبادر الخاضعين للقانون إلى وقف نشاطهم المهني أو تصفيته أو التصرف فيه. فتقرر المادة ١٠ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بأنه:

" على المسئول الحكومي الذي يزاول نشاطا مهنيا بمفرده أو بالمشاركة مع الغير قبل تعيينه في منصبه أو وظيفته أن يتخذ فور تعيينه الإجراءات اللازمة لوقف أو تصفية نشاطه أو للتصرف في حصته في النشاط خلال شهرين من تعيينه".

أما المادة ١٥ من القانون المصري فقد قيدت الخاضعين للقانون والذين آثروا تقديم استقالاتهم بعدم الارتباط بوظيفة مع القطاع الخاص الذي كان خاضعا لرقابتهم ما لم تمض ثلاثة أشهر على تركهم للوظيفة أو المنصب. وفي هذا تنص المادة ١٥ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ على أن:

" يحظر على المسئول الحكومي عند تركه منصبه أو وظيفته لأي سبب، ولمدة ثلاثة أشهر تالية، أن يتولى منصبا أو وظيفة في القطاع الخاص لدى شركة أو جهة كانت تابعة أو مرتبطة بعمله السابق أو خاضعة لرقابته، أو القيام بأعمال مهنية خاصة ترتبط بها، أو التعامل مع الجهة التي كان يرأسها إلا بعد موافقة لجنة الوقاية من الفساد.

ويحظر عليه الاستثمار في مجالات كانت كانت تابعة له بشكل مباشر أو تقديم الاستشارات لشركات كانت تابعة أو خاضعة لرقابة الجهة التي كان يرأسها وذلك خلال المدة المشار إليها.

ويحظر على المسئول الحكومي القيام بأي عمل مما يمكن أن يعد استغلالا للمعلومات التي كان يتيحها منصبه أو وظيفته السابقة".

وعلى صعيد تحديد سريان القانون، فقد أفسح المشرع المصري للخاضعين للقانون المجال لتوفيق أوضاعهم وذلك بمنحهم فترة زمنية لقيامهم ومد العمل به لفترة معينة. وفي هذا تقرر المادة ١٩ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بأنه:

" على جميع الخاضعين لأحكام هذا القانون توفيق أوضاعهم وفقا لأحكامه خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به.

من جهة أخرى تنص المادة ٢٠ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ على أن:

" ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره".

وما من شك في أن منح المهل القانونية في مثل هذه القوانين، وتحديد ميعاد معينة للوفاء بما تضمنته من التزامات لهو أمر محمود خصوصا مع العقاب الجزائي الذي سيترتب على من تثور مسؤوليته القانونية في عدم تنفيذ أحكامه.

وهنا ينبغي التنويه إلى أن المشرع الكويتي لم يميز بين من يشتري أسهما في شركة ومن يحصل عليها بصورة عرضية كما لو كان ذلك طريق الميراث مثلا. كما لم يميز المشرع الكويتي بين من اشترى زوجه أسهما في الشركة عن تزوج من كانت لديه - أو لديها - أصلا أسهما في الشركة. ففي كل الأحوال تمثل الأسهم نصيبا في رأس مال الشركة<sup>١</sup>. ويثير هذا النص بعموميته تعارضا واضحا مع ما قرره المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي في معرض شرح المادة ١٣١ والتي تحظر على الوزير الجمع بين المنصب الوزاري والتعيين في مجلس إدارة الشركات<sup>٢</sup>. حيث اختتمت شرحها لهذا النص في معرض بيان المقصود بالمادة ١٣١ والتي تتضمن ذات الحظر بالنسبة للوزير بقولها:

<sup>١</sup> نص قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ في المادة ١٥٠ منه على أن: " يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم إسمية متساوية القيمة، بحيث لا تقل القيمة الإسمية للسهم عن مائة فلس، ولا يجوز تجزئة السهم، وإنما يجوز أن يشترك فيه شخصان أو أكثر - على أن يمثلهم تجاه الشركة شخص واحد - ويعتبر الشركاء في السهم مسئولين بالتضامن عن الالتزامات المترتبة على هذه الملكية. وتصدر الأسهم بالقيمة الإسمية، ولا يجوز إصدارها بقيمة أدنى، إلا إذا وافقت الجهات الرقابية ضمن الضوابط والشروط المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية".

<sup>٢</sup> تنص المادة ١٢١ من الدستور على أن:

" لا يجوز لعضو مجلس الأمة أثناء مدة عضويته أن يعين في مجلس إدارة شركة أو أن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة.

ولا يجوز له خلال تلك المدة كذلك أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة أو أن يؤجرها أو يبيعها شيئا من أمواله أو يقايضها عليه، ما لم يكن ذلك بطريق المزايمة أو المناقصة العلنيتين، أو بالتطبيق لنظام الاستملاك الجبري". وإعمالا لهذا النص جاءت المادة ١٢ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣ بشأن اللائحة

" ولكل ذلك حظرت المادة ١٣١ على الوزير - أثناء الوزارة - أن يتولى وظيفة عامة أو يزاول ولو بطريق غير مباشر " مهنة حرة أو عملا صناعيا أو تجاريا أو ماليا" أو أن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة ( أو البلديات ) أو أن يجمع بين الوزارة والعضوية في مجلس الإدارة أي شركة، ومن باب أولى أن يتولى رئاسة مجلس الإدارة فيها. وكذلك منعه المادة المذكورة من أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة ( بالمعنى الواسع الشامل للحكومة المركزية والهيئات المحلية والمؤسسات العامة ) ولو بطريق المزاو العلني، أو أن يؤجرها أو يبيعها شيئا من أمواله أو يقايضها عليه. ومنع مزاولة هذه الأمور - ولو بطريق غير مباشر - مقتضاه أنه لا يجوز للوزير أن يمارس هذه الأعمال بواسطة أشخاص يعملون باسمه أو لحسابه. ولكن هذا النص لا يمنع من أن تكون للوزير أسهم أو سندات أو حصص في شركة تتمتع بالشخصية المعنوية مع ما تستتبعه هذه الشخصية من انفصال عن أشخاص المساهمين وحملة السندات والحصص ، واتباع للإجراءات والضوابط القانونية المقررة من حيث ادارة الشركات ، وتوزيع الأرباح فيها ، وخضوعها لرقابة الدولة ."

وبناء على عمومية السماح بشراء الأسهم الوارد في شرح المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي، فإن صدور حظر من قانون تعارض المصالح بشأن هذا التعامل ليثير شبهة عدم الدستورية نظرا لما استقر عليه في فقه القانون الدستوري الكويتي من الاعتراف للمذكرة التفسيرية بذات القوة الإلزامية التي يتمتع بها الدستور ذاته<sup>١</sup>.

---

الداخلية لمجلس الأمة لتتنص على أن: " لا يجوز لعضو مجلس الأمة أثناء مدة عضويته أن يعين في مجلس إدارة شركة أو أن يجدد تعيينه فيه سواء كان التعيين أو التجديد من قبل الحكومة أو غيرها". أنظر في مناقشات صياغة هذه المادة محاضر الجلسة الثامنة من دور الانعقاد الأول العادي والتي انعقدت في يوم السبت الموافق ٣٠ مارس ١٩٦٣، منشورات مجلس الأمة، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ص ٢٧.

في حين تنص المادة ١٣١ من الدستور على أن:  
" لا يجوز للوزير أثناء توليه الوزارة أن يولي أي وظيفة عامة أخرى أو أن يزاول، ولو بطريق غير مباشر، مهنة حرة أو عملا صناعيا أو تجاريا أو ماليا. كما لا يجوز له أن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة، أو أن يجمع بين الوزارة والعضوية في مجلس إدارة أي شركة.  
ولا يجوز له خلال تلك المدة كذلك أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة ولو بطريق المزاو العلني، أو أن يؤجرها أو يبيعها شيئا من أمواله أو يقايضها عليه".  
<sup>١</sup> أنظر في الاعتراف بالقوة الإلزامية للمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي، الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، الطبعة الثالثة، غير محدد مكان الطبع، ١٩٩٨، ص ٣٤٤، والأستاذ الدكتور

وبالعودة إلى دراسة النطاق الموضوعي للقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ فتضيف  
المادة ٩ ما نصه:

" يحظر على الخاضع القيام بدور الوسيط أو الوكيل أو الكفيل أو الاستشاري  
لأي شركة أو مؤسسة خاصة يتصل نشاطها بجهة عمله".

وفي سياق عدم إهمال التعامل مع اكتشاف أي حالة من حالات تعارض  
المصالح فقد جاءت المادة ٧ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بالنص على أنه:  
" إذا قامت دلائل كافية على توافر حالة من حالات تعارض المصالح بالنسبة  
للخاضعين لنظام إقرار الذمة المالية، فإنها تعرض على لجان الفحص ويتم التعامل  
معها وفق الإجراءات والضوابط المعمول بها في القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ المشار  
إليه".

ويثير هذا النص التساؤل حول مدى إمكان مساءلة الخاضع للقانون، والذي في  
ذات الوقت الذي قدم إقرار ذمته المالية لدى الهيئة لعامة لمكافحة الفساد لكنه لم يقم  
بالإفصاح عن قيام حالة تعارض المصالح، عن عدم المبادرة من تلقاء نفسه للإفصاح  
عن تحقق حالة تعارض المصالح في حقه. ويزداد هذا التساؤل تعقيدا عندما تشكل  
حالة تعارض المصالح جريمة فساد وفقا لما قرره المادة ٤ من القانون رقم  
١٣ لسنة ٢٠١٨ بنصها على أنه:

" مع عدم الإخلال بأحكام المادة ٢٢ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ المشار  
إليه<sup>١</sup>، يكون الخاضع في حالة تعارض مصالح تشكل جريمة فساد في إحدى الحالتين  
الآتيتين:

---

عثمان عبدالمالك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الأولى، غير محدد  
مكان الطبع، ١٩٨٩، ص ٦٥٦، والأستاذ الدكتور محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي  
ومؤسساته السياسية، غير محدد مكان الطبع، ٢٠٠٦، ص ١١٢، الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر، النظرية  
العامة للقانون الدستوري، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٣٠٢، والأستاذ الدكتور عبدالفتاح حسن،  
مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص ٤٥.

<sup>١</sup> نصت المادة ٢٢ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ بشأن إنشاء هيئة مكافحة الفساد على أن:  
" تعتبر جرائم فساد في نطاق تطبيق أحكام هذا القانون الجرائم التالية:

١- جرائم الاعتداء على الأموال العامة المنصوص عليها في القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال  
العامة.

١. تحقق منفعة أو فائدة أو مصلحة مادية أو معنوية له أو لأي شخص من المنصوص عليهم في المادة السابقة من خلال قيامه أو امتناعه عن أي عمل من أعمال الوظيفة التي يشغلها منفردا أو بالاشتراك مع آخرين.
٢. امتلاكه أي حصة أو نسبة من عمل في أي نشاط، له تعاملات مالية مع جهة عمله".

فقد استعملت المادة ٤ من قانون تعارض المصالح ما قرره المادة ٢٢ من قانون إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد من إمكان إضافة حالات أخرى لما يعد من قبيل جرائم الفساد بقوانين لاحقة. وفي حالة تحقق إحدى فرضيتي النص المذكور فتضطلع الهيئة العامة لمكافحة الفساد في الاختصاص بإجراء البحث والتحريات والتحقيق وفقا لما يخولها لها قانون إنشاء رقم ٢ لسنة ٢٠١٦. فتظل هذه الهيئة هي التي خصها المشرع بالاختصاص في القيام بمثل تلك الإجراءات في مواجهة المتهمين بجرائم الفساد<sup>١</sup>.

- 
- ٢- جرائم الرشوة واستغلال النفوذ المنصوص عليها في القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.
  - ٣- الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.
  - ٤- جرائم التزوير والتزييف المنصوص عليها في القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.
  - ٥- الجرائم المتعلقة بسير العدالة المنصوص عليها في القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.
  - ٦- جريمة الكسب الغير مشروع المنصوص عليها في هذا القانون.
  - ٧- جرائم التهرب الجمركي المنصوص عليها في القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ بشأن إصدار قانون الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
  - ٨- جرائم التهرب الضريبي المنصوص عليها في المرسوم رقم ٣ لسنة ١٩٥٥ في شأن ضريبة الدخل الكويتية.
  - ٩- جرائم إعاقة عمل الهيئة أو الضغط عليها لعرقلة أداؤها لواجباتها أو التدخل في اختصاصاتها أو الامتناع عن تزويدها بالمعلومات المطلوبة والمنصوص عليها في هذا القانون.
  - ١٠- الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة.
  - ١١- الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٦ في شأن الكشف عن العمولات التي تقدم في العقود التي تبرمها الدولة.

١٢- أي جرائم أخرى ينص عليها قانون آخر باعتبارها جرائم فساد".  
<sup>١</sup> لقد بينت المحكمة الدستورية طبيعة عمل هذه الهيئة بالنسبة لجرائم الفساد، والتي لا تتجاوز البحث والتحري ثم بعد تأكدها من وجود الجريمة تقوم بتحويلها إلى النيابة العامة. فقد قضت المحكمة الدستورية في طعن على قانون إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد مرفوع من مجموعة من قضاة المحاكم ومستشاريها بداعي مخالفته لمبدأ الفصل بين السلطات من حيث خضوعهم لرقابة الهيئة المذكورة. فقد قررت المحكمة المذكورة بأن: " ما تقوم به الهيئة العامة لمكافحة الفساد التي - تم إنشاؤها بموجب القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ - لا يعدو أن يكون من قبيل جمع المعلومات والاستدلالات للتحقق من جدية شبهة جريمة الفساد المثارة أمامها، وهي لا تملك أن تتجاوز ذلك إلى اتخاذ أي إجراء من الإجراءات التحفظية أو إجراءات التحقيق. ذلك أن المشرع قد نص

أما لجان الفحص التي أشارت إليها المادة ٧ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ أنفة الذكر فقد نظمتها اللائحة التنفيذية لقانون إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد، حيث قسمتها إلى اللجان التالية:

#### ١- لجان الفحص (أ):

وتتكون من رئيس وأربعة أعضاء، يكون من بينهم ذو خبرة قانونية وآخر ذو خبرة مالية، وتتولى فحص إقرارات الذمة المالية الخاصة بالفئات التالية: رئيس ونواب مجلس الوزراء والوزراء ومن يشغل وظيفة تنفيذية بدرجة وزير، ورئيس ونائب رئيس وأعضاء مجلس الأمة، ورئيس وأعضاء المجلس الأعلى للقضاء ورئيس ومستشاري المحكمة الدستورية والجهاز الفني للمحكمة والقضاة وأعضاء النيابة العامة ورئيس وأعضاء إدارة الفتوى والتشريع، ورئيس ونائب رئيس وأعضاء المجلس البلدي، ورئيس ديوان المحاسبة، ورئيس جهاز المراقبين الماليين.

#### ٢- لجان الفحص (ب):

وتتكون من رئيس وعضوية اثنين على الأقل من بينهم ذو خبرة قانونية وآخر ذو خبرة مالية وتتولى فحص إقرارات الذمة المالية الخاصة بالفئات التالية: المدير العام وأعضاء كل من الإدارة العامة للتحقيقات في وزارة الداخلية والإدارة القانونية في بلدية الكويت والمحامين والخبراء بوزارة العدل والمصنفين والحراس القضائيين ووكلاء الدائنين، والقياديون شاغلو مجموعة الوظائف القيادية في جدول المرتبات العام ( الدرجة الممتازة / وكيل الوزارة / وكيل مساعد )، وأعضاء مجالس الإدارات والمدراء العموم ونوابهم أو مساعدوهم والأمناء العامون

---

صراحة في المادة ٢٧ من القانون على النيابة العامة هي التي تختص دون غيرها بالتحقيق والتصرف والإدعاء في جميع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والجرائم المرتبطة بها، ونص في المادة ٢٨ على أن إجراءات الضبط والتحقيق والمحاكمة في جرائم الفساد وتطبق بشأنها القواعد المنصوص عليها في القوانين المعمول بها". وتنتهي المحكمة بقولها: " وأكدت المادة ٢٤ من القانون أن النائب العام أو من يقوم مقامه هو من يملك أن يأمر بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الخزائن لدى البنوك والمؤسسات المالية إذ اقتضى ذلك كشف الحقيقة في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون". أنظر حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٢٠١٧/١١/٨.

ونوابهم أو مساعدوهم في الهيئات أو المؤسسات العامة أو أي جهة حكومية، ومن في حكم القيادي من رؤساء الجهات ونوابهم أو الوحدات الإدارية أو الأعضاء المنتدبين في الهيئات والمؤسسات العامة، ونائب الرئيس ووكلاء ديوان المحاسبة، ورئيس وأعضاء المجالس والهيئات واللجان التي تضطلع بمهام تنفيذية ويصدر قانون أو مرسوم أو قرار من مجلس الوزراء بتشكيلها أو بتعيين أعضائها، ونائب الرئيس ورؤساء القطاعات والقياديين في جهاز المراقبين الماليين، والأمين العام والأمناء المساعدون بالهيئة العامة لمكافحة الفساد.

### ٣- لجان الفحص (ج):

وتتكون من رئيس، وعضوين اثنين على الأقل من بينهم ذو خبرة قانونية وآخر ذو خبرة مالية، بحيث تتولى فحص إقرارات الذمة المالية الخاصة بالفئات الأخرى التي لم تختص بها لجان الفحص (أ،ب) وعلى وجه الخصوص الفئات التالية:

ممثلو الدولة في عضوية مجالس إدارات الشركات التي تساهم فيها الدولة أو إحدى الجهات الحكومية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو غيرها من الأشخاص المعنوية بصورة مباشرة بنصيب لا يقل عن ٢٥٪ من رأس المال، ومدراء الإدارات ومن في حكمهم من رؤساء الوحدات التنظيمية المعتمدة في هيكلها بمستوى إدارة أو أعلى من هذا المستوى، وأعضاء مجالس إدارات الجمعيات التعاونية والهيئات الرياضية، والموثقين وكاتب العدل بإدارتي التسجيل العقاري والتوثيق بوزارة العدل، والمراقبين الماليين في جهاز المراقبين الماليين، والمدراس والموظفين الفنيين بديوان المحاسبة، والمدراء والموظفين الفنيين بالهيئة العامة لمكافحة الفساد.

وفي ختام بيان النطاق الموضوعي لقانون تعارض المصالح سارع المشرع إلى تكليف السلطة التنفيذية وهي في معرض إصدار اللائحة التنفيذية له بوضع قواعد هي أقرب تكون لقواعد الحوكمة بالنسبة للخاضعين للقانون. فقد نصت المادة ١٠ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على أن:



"تنظم اللائحة التنفيذية ضوابط وقواعد السلوك العام الواجب تطبيقها على الأطراف الخاضعة للقانون بما يحقق النزاهة والشفافية".

وفي إسهاب يقتضيه حسن إجراء المقارنة بين القانونين المصري والكويتي، ينبغي الإشارة إلى عدد من نصوص القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ والتي تنظم كيفية التعامل مع قيام حالة تعارض المصالح، والتي لم يتطرق إليها المشرع الكويتي في نصوص القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨. إذ تأتي المادة ٨ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ لتوضح كيفية معالجة تعارض المصالح المتمثل في امتلاك أسهم وحصص من خلال التمييز بين ملكيتها وإدارتها، قائلة:

"يكون فصل ملكية الأسهم والحصص عن إدارتها عن طريق قيام المسئول الحكومي بإبرام عقد لإدارة هذه الأصول مع شخص طبيعي أو اعتباري مستقل من غير الأشخاص المرتبطين به، ومن غير شركائه في النشاط التجاري، وامتناعه عن التدخل في قرارات إدارة تلك الأصول إلا ما تعلق منها بالموافقة على التصرف بالبيع أو التنازل".

ثم تنشئ المادة المذكورة التزامين، الأول ويتعلق بمجلس الوزراء بقولها: "ويصدر قرار من مجلس الوزراء بإجراءات وضوابط تطبيق الفقرة السابقة بناء على اقتراح لجنة الوقاية من الفساد". والآخر يقع على عاتق المخاطبين بالقانون معلنة بأنه: "وعلى المسئول الحكومي أن يخطر لجنة الوقاية من الفساد بالأسهم والحصص التي عهد بإدارتها إلى الغير وفقا لأحكام هذه المادة وبيانات من عهد إليه بالإدارة وصلاحياته، وأن يقدم إليها تقريرا سنويا عن نتائج أعمال تلك الإدارة".

ثم تأتي المادة ٩ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ لتلقي حول التنظيم القانوني لشراء المخاطبين بالقانون بالأسهم. فهي وإن منعتهم من مثل هذا التعامل كأصل، إلا أنها راعت عدم الإضرار بأولئك ممن كان تملك الأسهم قبل توليهم المنصب أو الوظيفة؛ أو رغبوا في المشاركة في الصناديق الوطنية. فسمحت بذلك بشرط أن يكون البيع بالسعر العادل. فقررت هذه المادة بأنه:

" لا يجوز للمسئول الحكومي طوال فترة شغله لمنصبه أو وظيفته أن يشتري بشكل مباشر أو غير مباشر أسهما أو حصصا في شركات أو مشروعات تجارية أو زيادة حصته فيها إلا في الحالتين الآتيتين:

(أ) المشاركة في زيادة رأس مال مشروع يساهم فيه قبل تولي المنصب على أن تكون الزيادة مطروحة لكافة الشركاء، وأن يشارك فيها بما يحفظ نسبته من النقصان دون زيادتها.

(ب) الاكتتاب في صناديق استثمار مصرية مطروحة للاكتتاب العام. وفي جميع الأحوال يكون الشراء بالسعر العادل على النحو المبين في المادة (١٢) من هذا القانون".

وفي تعريف السعر العادل تأتي المادة ١٢ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة لتبين ذلك بإسهاب معلنة بأن:

" مع عدم الإخلال بالنصوص التي تحظر أو تنظم تعاملات المسؤولين الحكوميين بشأن الأموال والأصول المملوكة للدولة، يكون كل تعامل للمسئول الحكومي مع أشخاص القطاع الخاص بالبيع أو الشراء أو الإيجار أو الانتفاع أو التصرف على نحو مقابل السعر العادل.

ويكون التعامل مقابل سعر عادل في تطبيق أحكام هذا القانون متى كان وفقا للسعر وبالشروط السائدة في السوق وقت إجراء التعامل، دون أن يدخل في تقديره صفة المسئول الحكومي بائعا كان أو مشترطا أو بأي صفة أخرى، ودون الحصول على أية مزايا خاصة أو إضافية سواء بالنسبة لسعر أو مدة السداد أو سعر العائد أو غير ذلك من الشروط.

فإذا كان التعامل على سلع أو خدمات ليس لها سعر سائد في السوق، تعين على المسئول الحكومي أن يطلب من لجنة الوقاية من الفساد أن تعين خبيرا ماليا مستقلا لتحديد السعر العادل، وذلك وفقا للإجراءات التي يحددها مجلس الوزراء".

أما المادة ١١ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ فتتطرق إلى بيان موقف المشرع من تقديم المخاطبين بالقانون للخدمات الاستشارية. وفي ذلك فهو

يحظر أي نوع من هذه الخدمات سواء أكانت بمقابل أو بدون مقابل. فتنص المادة المذكورة على أن:

" يحظر على المسئول الحكومي تقديم الخدمات الاستشارية، سواء مدفوعة الأجر أو غير مدفوعة الأجر".

وفي ذات السياق الذي يراعي فيه المشرع المصري الضرورات العملية، فقد جاءت المادة ١٣ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ لتؤكد على عدم المحاباة في منح المخاطبين بالقانون لأي تسهيلات ائتمانية. حيث تطلبت أن يعامل المخاطبين بالقانون بالنسبة إلى التسهيلات الائتمانية بذات المعدلات والشروط السائدة في السوق؛ وبشرط إبلاغ لجنة الوقاية من الفساد بذلك. بيد أنه اعتبر حصولهم على مثل التسهيلات من جهة خاضعة لرقابتهم أو تابعة لهم مما يعد من التعارض المطلق الواجب التخلص منه. فنصت المادة المذكورة على أن:

" لا يجوز للمسئول الحكومي أن يقترض مالا أو يحصل على تسهيل إئتماني أو يشتري أصلا بالتقسيط إلا وفقا لمعدلات وشروط العائد السائدة في السوق دون الحصول على أية مزايا إضافية، وبشرط إخطار لجنة الوقاية من الفساد. ويسري حكم هذه المادة بالنسبة لكل تسوية يجريها المسئول الحكومي مع جهة مانحة للائتمان.

فإذا كانت الجهة مانحة الائتمان خاضعة لرقابة أو تابعة للمسئول الحكومي، كان تعامله معها تعارضا مطلقا ويحظر القيام به ولو كان بالسعر العادل".

### **المطلب الثاني**

#### **نتائج قيام حالة تعارض المصالح بحسب القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨**

اقتصر المشرع الكويتي في قانون تعارض المصالح رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على ترتيب أربعة التزامات على المخاطبين به. وقد جاء ثلاثة منهم في المادة ٥ منه، والتي حضرتهما في الإفصاح عن قيام حالة تعارض المصالح؛ وإزالة هذه الحالة. فقد نصت هذه المادة على أنه: " في حالة قيام إحدى حالات تعارض المصالح يتعين على الخاضع للإفصاح عن هذه الحالة وفقا للضوابط المبينة في هذا القانون،

وله في ذلك إزالة هذا التعارض إما بالتنازل عن المصلحة أو ترك المنصب أو ترك الوظيفة. وفي كل الأحوال عليه اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحيلولة دون وقوع ضرر للمصلحة العامة".

وتتحصل هذه الالتزامات الثلاثة الواردة في الآتي:

#### **أولاً: الالتزام بالإفصاح عن قيام حالة تعارض المصالح:**

وهنا ينبغي التنويه إلى أنه وبرغم تأكيد المادة المذكورة على أن يكون الإفصاح وفقاً للضوابط المبينة في هذا القانون. إلا أن هذا الأخير لم يأتي بأي ضابط وإنما ترك هذه المهمة لللائحة التنفيذية التي صدرت لاحقاً. وفي هذا تنص المادة ٦ من القانون المذكور على أن: "تحدد اللائحة التنفيذية الجهة المنوط بها تلقي الإفصاح من الخاضع وتحديد طرق الإفصاح ووسيلته وتوقيته وكذا إجراءات تقديمه مع مراعاة سهولة هذه الإجراءات والحفاظ على سرية محتواها".

#### **ثانياً: الالتزام بالمسارعة إلى إزالة حالة تعارض المصالح:**

لم يزد المشرع الكويتي عن تقرير هذا الالتزام على المخاطبين بأحكام قانونه والذين قامت فيهم حالة من حالات تعارض المصالح. وقد كان ذلك في معرض تقديم وسائل إزالة هذا التعارض وذلك إما بتنازلهم عن المصالح الخاصة التي ترتبت لهم؛ أو التنازل عن المنصب الذي خولهم اختصاصاته حصولهم على تلك المصالح الخاصة؛ أو - وهو الأشد - الاستغناء عن الوظيفة العامة التي يشغلونها بتقديم استقالتهم منها والاكتفاء بما تحقق لهم تلك المصالح الخاصة من امتيازات ومميزات. ولقد سبق بيان خطورة هذه الحلول من جهة أن سبب التعارض قد يكون من غير المخاطبين بالقانون أصلاً كزوجه وأولاده ومن له وكالة أو كفالة عليه. من جهة أخرى فبرغم قسوة هذه الخيارات وما يرتبه المشرع من عقوبات جزائية مشددة، إلا أنه لم يراع وضع مواعيد تتيح للمخاطبين بالقانون بشكل جلي وواضح الفترة المتاحة لهم للاختيار.

ثالثاً: الالتزام بالحيولة دون وقوع أي ضرر على المصلحة العامة المناط

بالمخاطب بالقانون تحقيقها:

ولم يحدد المشرع معيار الوفاء بهذا الالتزام سوى باشتراط اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لدرء هذا الضرر عن تلك المصلحة. كما لم يبين الحد الأدنى من تلك الإجراءات. وبالتالي يمكن القول أن المعيار هنا معيار الشخص العادي والذي يعني براءة ذمة المخاطب بالقانون إذا اتخذ ما يفترض بالشخص العادي اتخاذه من إجراءات وتدابير لمنع تضرر المصلحة العامة.

أما الالتزام الرابع فقد أنشأته المادة ١٦ من القانون المذكور من خلال تعداد مجموعة من ضوابط السلوك العام وقواعده والتي يجب على المخاطبين النأي بأنفسهم من الوقوع فيها. ولقد جاءت هذه المادة على ذكر اثنين وعشرين ضابطاً. ويمكن إرجاع هذه الضوابط إلى مجموعات ترجع في محصلتها في الاهتمام بالجهة التي يعمل بها المخاطب بالقانون والحرص على المصلحة العامة التي تسعى إلى تحقيقها. وفرض حيادية المرفق العام بتجرد الموظفين العموميين من الانحياز المخل أو استغلال الوظيفة العامة لما فيه مصلحة خاصة بهم. والشفافية *transparence* التي تظهر في إعلام الرئيس المباشر كتابة عن ما قد يثير شبهة قيام تعارض المصالح ونشر الوعي بشأن مخاطر هذا التعارض.

ومن الجدير بالذكر ما أورده الفقرة ٣ من المادة المذكورة والتي تقر: "الامتناع عن التوسط حتى لا يقع الخاضع تحت ضغط الوساطة في دائرة عمله مما يؤثر على حيده في اتخاذ القرار مما يحتمل معه وقوع الضرر للمصلحة العامة والوظيفة العامة". ويقصد تعارف على تسميته بالوساطة والتي تعني تدخل من يتمتع بسطوة ما في إنهاء إجراءات إدارية معينة تحقيقاً لمصلحة خاصة في الغالب الأعم أنها لن تتحقق بدون هذا التدخل. ولقد كانت هذه الوساطة سبيلاً إما لتسهيل إنجاز المعاملات الإدارية والتي كانت ستتجز، كما استعملت لإنجاز ما لا يصح إنجازها من معاملات مخالفة للقوانين واللوائح والنظم المعمول بها في الدولة. والجدير بالذكر أن الأعضاء في مجلس الأمة، وبما لهم من سلطة مساءلة رئيس مجلس الوزراء

والوزراء، لا يكونوا بعيدين عن هذه الممارسة، حيث أصبح ينظر إلى هذه المهمة كاختصاص إضافي يقع عبء القيام به على عضو مجلس الأمة. ولاشك في أن سن قانون تعارض المصالح رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بصياغته الحالية، وبما أورده من حالات تنشأ فيها حالة تعارض المصالح ليجعل أعضاء مجلس الأمة في مركزاً قانوني مخالفاً لهذا القانون متى ما مارسوا مثل هذه الوساطة لمن تربطهم بهم علاقات أسرية كالزوج والأبناء وغيرهم؛ وكذلك لمن كانوا وكلاء لهم أو قيمين عليهم، مما يستتبع اللجوء إلى أعمال الالتزام الثالث آنف الذكر بترك المصلحة التي كان يسعى فيها؛ أو ترك وظيفته البرلمانية<sup>١</sup>.

ولما كانت اللائحة التنفيذية قد أفردت إجراءات محددة للوفاء بالالتزام بالإفصاح عن قيام حالة تعارض المصالح؛ وما يرتبه القانون من مساءلة قانونية على الإخلال بقواعده، فإن هذا المطلب ينتهي بتفصيل أحكام هذا الإفصاح؛ وحدود تلك المساءلة.

### الفرع الأول:

#### الالتزام بالإفصاح عن حالة تعارض المصالح

جاء الفصل الثاني من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ ليسهب في بيان إجراءات الإفصاح عن حالة تعارض المصالح، وما ينبغي على المخاطبين بالقانون المذكور القيام به عند قيام هذه الحالة تحاشياً للمساءلة القانونية المترتبة عليها. وقد جاء شرح هذه اللائحة لتلك الإجراءات بتحديد الجهة المخولة باستلام هذه

<sup>١</sup> أنظر في حجم الوساطة كالنظام يقع على عاتق أعضاء مجلس الأمة ما نشرته جريدة القبس الكويتية من تحقيق صحفي بعنوان "نواب المعاملات عفسوا (أي أربكوا) الديمقراطية". جريدة القبس الكويتية، السنة ٤٨، العدد ١٦٤٥٢، الأربعاء الموافق ٢٠١٩/٤/٣، ص ١٠ و ١١. فقد حصرت الجريدة ثمانية أنواع للمعاملات التي يستغل فيها أعضاء مجلس الأمة الوساطة وهي في الحصول على استثناء لنقل موظفين عموميين بين الجهات الحكومية المختلفة؛ وتوظيف أشخاص معينين في تلك الجهات الحكومية؛ وإرسال مرضى للعلاج بالخارج على نفقة الدولة؛ والترقية إلى وظائف إشرافية وقيادية في الجهات الحكومية؛ وإرسال موظفين حكوميين في بعثات دراسية؛ واستصدار ترفقيات بالاختيار لموظفين عموميين. بينما أشارت الصحيفة في هذا التقرير إلى المحاولات المختلفة التي تسعى إلى منع هذه المعاملات أو الحد منها. ومن ذلك ما قدم إلى مجلس الأمة من مقترحات كمنع العاملين في وزارات الدولة من استقبال معاملات أعضاء مجلس الأمة؛ ومنع استغلال جلسات مجلس الأمة للحصول على توقيع الوزراء على تلك المعاملات فكان منع مثل هذا السلوك في جلسات المجلس. بل تشير إلى فقد ما قد يصل إلى عشرين من أعضاء المجلس المنتخبين لفرص النجاح في الانتخابات المقبلة عند عدم تلبية الحاجات الخاصة في مثل تلك المعاملات.

الإفصاحات؛ وشكل هذه الإفصاحات؛ ومواعيد تقديم الإفصاحات؛ والتصرف في هذه الإفصاحات.

فمن جهة المخول باستلام إفصاحات المخاطبين بالقانون جاءت المادة ٤ من اللائحة التنفيذية لتعلق ذلك بحسب الجهة التي يعمل بها المخاطب بالقانون. فالعاملين في الوزارة يقدمون إفصاحاتها إلى الوزير، والعاملين وأعضاء مجلس الأمة يقدمونها إلى رئيس مجلس الأمة، وقضاة المحاكم ومستشارينها يقدمونها إلى رئيس المجلس الأعلى للقضاء، وموظفو وأعضاء المجلس البلدي يقدمونها إلى رئيس المجلس البلدي. كما تقدم إفصاحات الوزراء إلى رئيس مجلس الوزراء، والذي بدوره يقدم إفصاحه إلى مجلس الوزراء. ويقدم رئيس مجلس الأمة إفصاحه إلى مكتب المجلس<sup>١</sup>. يقدم إفصاح رئيس المجلس الأعلى للقضاء إلى هذا مجلس. بينما يقدم رئيس المجلس البلدي إفصاحه إلى المجلس المذكور.

أما بالنسبة للعاملين في هيئة أو مؤسسة عامة أو جهاز أو جهة حكومية مستقلة أو غيرها من الجهات التي يشرف عليها وزير، فيقدم الموظفون فيها إفصاحاتها إلى رئيس تلك الجهات، أما إفصاحات رؤساء هذه الجهات فيقدمونها إلى الوزير المختص بالإشراف على عملهم. وأما بقية المخاطبين بالقانون والذين لا ينتمون إلى المذكورين أعلاه فقد ألزمتهم اللائحة التنفيذية بتقديم إفصاحاتهم إلى الوزير المختص بتنظيم شؤون أعمالهم.

أما من حيث شكل هذا الإفصاح فقد حددته اللائحة بنماذج ملحقة بها وعلى أن يتم تعبئة هذه النماذج ووضعها داخل مظروف مبين عليه بيانات الخاضع للقانون، ويقيّد في سجل خاص في الجهة المتلقية للإفصاح. كما يسلم مقدمه إيصالاً يبين فيه تاريخ تسليم هذا الإفصاح واسم الموظف الذي تسلمه. كما ألزمت اللائحة الجهات المختلفة بتوفير العدد الكافي من نسخ نماذج الإفصاح المنشورة في الجريدة الرسمية مع نشر اللائحة ذاتها.

<sup>١</sup> بحسب المادة ٣٢ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي والصادرة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣ فإن مكتب المجلس يتكون من رئيس مجلس الأمة؛ ونائب رئيس مجلس الأمة؛ وأمين السر؛ والمراقب؛ ورئيس اللجنة التشريعية والقانونية؛ ورئيس لجنة الشؤون المالية والاقتصادية؛ ورئيس لجنة الأولويات.

أما بالنسبة لمواعيد تقديم الإفصاحات عن قيام حالة تعارض المصالح فقد بينتها المادة ٦ من اللائحة، والتي ميزت بين ميعادين. فبعد دخول قانون تعارض المصالح ميز النفاذ يجب على المخاطبين به الإفصاح عن قيام حالة تعارض المصالح في مدة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ قيام حالة التعارض. أما الميعاد الآخر فيتمثل في الأحوال التي تحققت فيها حالة تعارض المصالح قبل تاريخ العمل بهذه اللائحة، فقد استوجبت اللائحة المسارعة إلى الإفصاح عن هذه الحالة في مدة لا تجاوز العشرة أيام من هذا التاريخ.

وتجدر الإشارة إلى أنه في سبيل تحديد ميعاد العمل باللائحة المذكورة فإنها صدرت في ٧/١٠/٢٠١٨. إلا أنها جاءت خالية لنماذج الإفصاح التي تطلبها للقيام بالإفصاح عن قيام حالة تعارض المصالح. ولذلك أعيد نشر اللائحة التنفيذية في استدراك لهذا النقص في ٤/١٠/٢٠١٨، مما يجعل بدء ميعاد العشرة أيام يكون من هذا الميعاد وليس من ميعاد النشر الأول.

أما بالنسبة إلى التصرف في الإفصاح، فقد رسمت اللائحة ثلاث خيارات أمام الجهة المناط فيها تسلمه. فهي قد تجد نفسها أنها أمام حالة تعارض نسبي لا يثير شبهة جريمة، وقد سارع مقدم الإفصاح إلى إزالته، فتقرر حفظ الموضوع. أما إذا كان مقدم الإفصاح ممن يلتزم بتقديم إقرار الذمة المالية إلى الهيئة العامة لمكافحة الفساد، فيتعين على الجهة التي استلمت الإفصاح مخاطبة هذه الهيئة بهذا الشأن متى وجدت دلائل كافية على توافر حالة تعارض المصالح في حقه، وذلك لعرضه على لجان الفحص فيها واتخاذ ما يلزم فيه. أما الخيار الثالث فيمكن في حالة إذا كان المخاطب بالقانون غير ملزم بتقديم إقرار الذمة المالية ووقع في حالة تعارض مصالح تثير شبهة جريمة، ففي هذه الحالة يتعين على الجهة المختصة باستلام الإفصاح إبلاغ النيابة العامة.



## الفرع الثاني

### المساءلة عن مخالفة القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨

لقد جاءت المادة ١٦ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ لتلقي عبء الحيلولة دون قيام حالة تعارض المصالح على المخاطبين بالقانون. فعليهم تحاشي كل ما من شأنه إحداث ذلك. أما بالنسبة إلى الحالة التي يدب فيه الشك لدى المخاطبين بالقانون بشأن مدى إثارة نشاطهم لتعارض المصالح، فقد أوجد لهم القانون حلاً، ويتمثل ذلك باللجوء إلى لجنة الوقاية من الفساد، والتي ستحدد على وجه اليقين مدى اعتبار ذلك النشاط تعارض للمصالح، مما يرفع عن المخاطبين بالقانون الحرج في إتيانه؛ ويسارع إلى حسم الشك والريبة إلى اليقين. وفي ذلك، تنص المادة المذكورة على أنه:

" مع عدم الإخلال بالأحكام المنظمة للوظيفة العامة أو الأحكام المنصوص عليها في أي قانون آخر، تقع مسئولية تجنب تعارض المصالح على المسئول الحكومي فيما لم يرد ذكره من أحكام.

وعلى المسئول الحكومي إخطار اللجنة فيما يمكن أن يثير الشك أو التساؤل أو الريبة مما لم يرد في هذا القانون من حالات تعارض المصالح".

وبالمقارنة فقد اقتصر المشرع الكويتي على إلقاء عبء الإثبات على المخاطبين بالقانون دون إيجاد جهة تزيل ما قد يثير من شك حول قيام حالة تعارض المصالح عند الإتيان بنشاط معين. فقد قررت المادة ٥ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بنصها على أنه:

" في حالة قيام إحدى حالات تعارض المصالح يتعين على الخاضع للإفصاح عن هذه الحالة وفقاً للضوابط المبينة في هذا القانون، وله في ذلك إزالة هذا التعارض إما بالتنازل عن المصلحة أو ترك المنصب أو ترك الوظيفة.

وفي كل الأحوال عليه اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحيلولة دون وقوع ضرر للمصلحة العامة".

وفي سبيل أعمال هذا النص، وبعد مراجعة مجموع الضوابط المبينة في هذا القانون والمتطلبة للوفاء بالالتزام بالإفصاح، فقد تبين أن المشرع الكويتي اقتصر في بيان تلك الضوابط على تعريف وإحالة. فقد أوضح في المادة ١ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ تعريفه للإفصاح بأنه:

" الكشف عن أية معلومات أو حقائق أو تفاصيل من قبل الخاضع عند قيام حالة من حالات التعارض".

أما الإحالة فتتجسد في تكليف المشرع للسلطة التنفيذية لوضع لضوابط المرتبطة بإفصاح الخاضعين للقانون لحالة تعارض المصالح، وذلك في معرض إصدارها لللائحة التنفيذية لهذا القانون، وفقا لما قرره المادة ٦ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بقولها بأن:

" تحدد اللائحة التنفيذية الجهة المنوط بها تلقي الإفصاح من الخاضع وتحديد طرق الإفصاح ووسيلته وتوقيته وكذا إجراءات تقديمه مع مراعاة سهولة هذه الإجراءات والحفاظ على سرية محتواه".

ولقد أدى ذلك إلى تعطيل نفاذ هذا الالتزام انتظارا لصدور اللائحة المذكورة، علما بأن المشرع كان في مقدوره تفويض الهيئة العامة لمكافحة الفساد بتلقي تلك الإفصاحات إلى حين صدور هذه اللائحة، خصوصا مع حقيقة كون نشاط هذه الهيئة لا يبتعد كثيرا في تلقي إقرارات الذمة المالية عن طبيعة تلقيها للإفصاحات عن تعارض المصالح. كما خالف المشرع الكويتي في ذلك المشرع المصري والذي أنشأ الالتزام بالإفصاح عن تعارض المصالح وحدد الجهة المفوضة بأمر استلام الإفصاحات عن تعارض المصالح. فقد نصت المادة ٣ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ على أنه:

" في حالة قيام إحدى حالات التعارض المطلق يتعين على المسئول الحكومي إزالة هذا التعارض إما بالتنازل عن المصلحة أو ترك المنصب أو الوظيفة العامة، فإذا كان التعارض نسبيا يتعين على المسئول الحكومي الإفصاح عن هذا التعارض

واتخاذ الإجراءات اللازمة للحيلولة دون وقوع ضرر للمصلحة العامة، وفقا للإجراءات والضوابط المبينة في هذا القانون".<sup>١</sup>

ثم بادرت المادة ٤ من القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ إلى تحديد الجهة التي سيناء بها تنفيذ هذا القانون والتي سيكون من ضمن نشاطها تلقي الإفصاحات عن تعارض المصالح. فنصت المادة المذكورة على أن:

" تتشأ لجنة تسمى "لجنة الوقاية من الفساد" يعهد إليها بتطبيق أحكام هذا القانون بما في ذلك تقدير ما يعد تعارضا مطلقا أو نسبيا، ويصدر بتشكيلها وتحديد اختصاصاتها قرار من رئيس الجمهورية".

كما يلاحظ في الإفصاح عن تعارض المصالح تمييز المشرع المصري بين التعارض المطلق والذي استلزم إنهاؤه وبين التعارض النسبي والذي اكتفى بإبقائه تحت الرقابة ووفقا لمبدأ الشفافية حيث استوجب الإفصاح عنه. وهذا ما لم يتبناه نظيره الكويتي حيث ميز بين نوعي التعارض في المادة ١ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ ودون ترتيب أي آثار تذكر على هذا التمييز فيما يتعلق بإجراءات التعامل معهما.

وفي إطار سعيه للقضاء على حالة تعارض المصالح، فقد سارع المشرع في القانون محل البحث إلى تبني مجموعة من العقوبات التي قد يواجهها كل من سولت له نفسه الإبقاء على هذه الحالة من التعارض؛ أو الاستفادة منها. فقد نصت المادة ١١ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على أنه:

" مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد، يعاقب الشخص الخاضع الذي يخالف أحكام المواد ٤ و ٥ و ٨ و ٩ من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين مع رد ما استفاد به من مال أو مصادراته حسب الأحوال.

<sup>١</sup> في شرح نظام الإفصاح في القانون المصري، أنظر: شيرين جلال معوض، سياسات الوقاية من الفساد: نظم منع التعارض بين المصالح "الحالة المصرية"، بحث منشور في مجلة الديمقراطية، مصر، المجلد ١٦، العدد ٦٤، أكتوبر ٢٠١٦، ص ٣٠ وما بعدها حيث ميزت في السياسات الوقائية بين ضوابط ما قبل التعيين في المنصب؛ وأخرى أثناء التعيين في المنصب؛ وثالثة ما بعد ترك المنصب.

وفي جميع الأحوال يعزل من الوظيفة، ويُلغى الإجراء الذي شارك في اتخاذه وما تبعه من آثار<sup>١</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع أظهر تشددا واضحا في مواجهة حالة تعارض المصالح. ويتضح هذا التشدد التشريعي في مظهرين. الأول ويبدو في بسط العقاب الجزائي إلى أولئك من غير الخاضعين للقانون بمجرد حصولهم على أي استفادة من وراء تحقق حالة تعارض المصالح. وفي هذا تنص المادة ١٢ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على أن:

" يعاقب كل من استفاد من غير الخاضعين فائدة جدية من حالة تعارض مصالح مع علمه بذلك بنصف العقوبة الواردة في المادة السابقة من هذا القانون مع الرد أو المصادرة بقدر ما استفاد به".

أما المظهر الآخر لتشدد المشرع في مواجهة حالة تعارض المصالح فيتجلى في تشدده في العقاب عن مخالفة قواعد قانون تعارض المصالح وأحكامه. ويبدو ذلك في شقين اثنين. الأول ويتمثل في الحيلولة دون استعمال القاضي الجنائي للظروف المخففة وفقا لما أورده قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ في المادتين ٨١ و٨٢.

---

<sup>١</sup> قررت المادة ٤ من قانون تعارض المصالح بأن: " مع عدم الإخلال بأحكام المادة ٢٢ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ المشار إليه، يكون الخاضع في حالة تعارض مصالح تشكل جريمة فساد في إحدى الحالتين الآتيتين:

١. تحقق منفعة أو فائدة أو مصلحة مادية أو معنوية له أو لأي شخص من المنصوص عليهم في المادة السابقة من خلال قيامه أو امتناعه عن أي عمل من أعمال الوظيفة التي يشغلها منفردا أو بالاشتراك مع آخرين.

٢. امتلاكه أي حصة أو نسبة من عمل في أي نشاط، له تعاملات مالية مع جهة عمله".  
أما المادة ٥ من هذا القانون فتتص على أن: " في حالة قيام إحدى حالات تعارض المصالح يتعين على الخاضع الإفصاح عن هذه الحالة وفقا للضوابط المبينة في هذا القانون، وله في ذلك إزالة هذا التعارض إما بالتنازل عن المصلحة أو ترك المنصب أو ترك الوظيفة. وفي كل الأحوال عليه اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحيلولة دون وقوع ضرر للمصلحة العامة".

بينما تنص المادة ٨ منه على أن: " لا يجوز للخاضع أو أبنائه القصر أو زوجه أو من هم في ولايته أو وصايته أو من يكون قيما عليهم أن يكون لأحدهم حصة في أي شركة أو مؤسسة أو عمل أو نشاط يهدف إن الربح ويتصل بأعمال وظيفته دون الإفصاح عن ذلك".

بينما تنص المادة ٩ منه على أن: " يحظر على الخاضع القيام بدور الوسيط أو الوكيل أو الكفيل أو الاستشاري لأي شركة أو مؤسسة خاصة يتصل نشاطها بجهة عمله".

فتنص المادة ١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على أن:

" لا يجوز تطبيق أحكام المادتين ٨١ و ٨٢ من قانون الجزاء على من يخالف أحكام هذا القانون إلا إذا بادر برد ما عاد عليه من نفع قبل إقفال باب المرافعة<sup>١</sup>. وعلى الرغم من وجهة ما ذهب إليه المشرع في محاولة لفتح باب تصحيح سلوك المخاطبين بالقانون بإتاحة المجال لهم بإعادة ما تمكن من الحصول عليه من فائدة أو مصلحة جراء قيام حالة التعارض، إلا أن ما تبناه المشرع لإقفال باب المرافعة كميعاد نهائي لإعادة ما اكتسبوه فمرجوح بخيار أفضل وفقا لما نراه. ذلك أن إتاحة الفرصة لإعادة ما عاد على المخاطب بالقانون بسبب مخالفته له بإقفال باب المرافعة قد يؤدي إلى تقاعسه عن إعادتها حتى يقيم موقفه في المحاكمة بناء على تقدمه النيابة العامة من أدلة ومستندات تثبت إدانته. في حين الراجح عندنا هو جعل الميعاد ينتهي بمجرد رفع النيابة العامة للدعوى الجزائية عليه أمام المحكمة الجزائية. ويستفاد من هذا أن المخاطب بالقانون سيسارع إلى إعادة ما عاد عليه من نفع بسبب

<sup>١</sup> نصت المادة ٨١ من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على أنه: " إذا اتهم شخص بجريمة تستوجب الحكم بالحبس، جاز للمحكمة، إذا رأت من أخلاقه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته أو تفاهة هذه الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام، أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب، وتكلف المتهم تقديم تعهد بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالة، يلتزم فيه مراعاة شروط معينة والمحافظة على حسن السلوك المدة التي تحددها على ألا تتجاوز سنتين. وللمحكمة أن تقرر وضعه خلال هذه المدة تحت رقابة شخص تعينه، ويجوز لها أن تغير هذا الشخص بناء على طلبه وبعد إخطار المتهم بذلك. وإذا انقضت المدة التي حددها المحكمة دون أن يخل المتهم بشروط التعهد، اعتبرت إجراءات المحاكمة السابقة كأن لم تكن.

أما إذا أخل المتهم بشروط التعهد، فإن المحكمة تأمر - بناء على طلب سلطة الاتهام أو الشخص المتولي رقيبته أو المجني عليه - بالمضي في المحاكمة، وتقضي عليه بالعقوبة عن الجريمة التي ارتكبتها ومصادرة الكفالة العينية إن وجدت".

أما المادة ٨٢ من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ فقد نصت على أنه: " يجوز للمحكمة إذا قضت بحبس المتهم مدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة، أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم، إذا تبين لها من أخلاق المتهم أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته ما يحمل على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام، وبوقوع المحكوم عليه تعهدا بذلك مصحوبا بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالة حسب تقرير المحكمة.

ويصدر الأمر بوقف التنفيذ لمدة ثلاث سنوات تبدأ من صيرورة الحكم نهائيا، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يصدر حكم بإلغاء وقف التنفيذ، اعتبر الحكم الصادر بالعقاب كأن لم يكن.

ويجوز إلغاء وقف التنفيذ إذا صدر ضد المحكوم عليه، خلال مدة الوقف، حكم بالحبس من أجل جريمة ارتكبت خلال هذه المدة أو قبلها ولم تكن المحكم تعلم بها عند الأمر بوقف التنفيذ، ويجوز إلغاء وقف التنفيذ أيضا إذا تبين صدور حكم بالحبس قبل الأمر بالوقف ولم تكن المحكمة عالمة به. فإذا حكم بإلغاء الوقف، نفذت على المتهم العقوبة المحكوم بها، وصودرت الكفالة العينية إن وجدت.

وتختص بإلغاء وقف التنفيذ المحكمة التي أمرت بالوقف، وكذلك المحكمة التي أصدرت ضد المحكوم عليه حكما بالحبس خلال مدة الوقف، ويصدر الحكم بإلغاء الوقف بناء على طلب سلطة الاتهام أو المجني عليه".

قيام حالة تعارض المصالح بمجرد اكتشاف النيابة العامة لوقوع هذا الفعل منه؛ ودون الانتظار لما ستسفر عنه تلك التحقيقات.

أما الشق الآخر من التشدد في العقاب فيبدو في رفض المشرع الاعتراف بالأثر المنهني للتقادم على مخالفة قواعد هذا القانون. فلا يستفيد من حصل من الخاضعين للقانون أو حتى غيرهم ممن وقع تحت طائلة المسؤولية عن مخالفة هذا القانون من التقادم مهما انقضى من زمن بين ارتكابهم للأفعال المجرمة فيه والبدء في إجراءات محاكمتهم. وفي هذا تقرر المادة ١٦ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بأن:

" لا تسقط الدعوى الجزائية في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون كما لا تسقط العقوبة المحكوم بها في هذه الجرائم بمضي المدة".

وأخيراً نشير إلى عدم اكتفاء المشرع في القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ بما قرره قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ من تمييز بين ما يعد جنائية تختص بها النيابة العامة، وما يدخل ضمن ما يطلق عليه الجرح فتختص به إدارة التحقيقات بوزارة الداخلية كسلطة اتهام<sup>١</sup>، بل أكد على اختصاص النيابة العامة فيما ينشأ عن مخالفة القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ من جرائم. فتنص المادة ١٧ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على أن:

" تختص النيابة العامة دون غيرها بالتحقيق والتصرف والإدعاء في جميع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون".

كما أكدت المادة ١٤ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على حق النائب العام في اتخاذ تدابير محددة لضبط عناصر الجريمة والمجرمين فقررت بأن:

---

<sup>١</sup> تنص المادة ٩ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ على أن: " تتولى النيابة العامة سلطة التحقيق والتصرف والإدعاء في الجنايات ويتولى سلطة التحقيق والتصرف والإدعاء في الجرح محققون يعينون لهذا الغرض في دائرة الشرطة والأمن العام". وتنص المادة ٢ من قانون الجراء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على أن: " الجرائم في هذا القانون نوعان: الجنايات والجرح"، وتبين المادة ٣ من هذا القانون ما يعد جنائية أو جرحاً بقولها بأن: " الجنايات هي الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام، أو بالحبس المؤبد، أو بالحبس المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات".

" يجوز للنائب العام إذا قامت دلائل كافية على مخالفة أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون أن يأمر بمنعه من السفر ومن التصرف في أمواله وإدارتها وأن يتخذ ما يراه من الإجراءات التحفظية بالنسبة للأموال التي تحت يده أو يد غيره دون أن يخل ذلك بحق الجهات المجني عليها في اتخاذ كافة الإجراءات القضائية والقانونية والإدارية".

من جهة أخرى لم تغفل المادة ١٥ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ من بسط الحماية القانونية للمبلغ عن وقوع المخالفة لنصوص القانون المذكور معلنة بأن:

" يعامل المبلغ عن أي حالة من حالات تعارض المصالح بذات المعاملة التي يعامل بها المبلغ في القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ المشار إليه<sup>١</sup>."

وبالعودة إلى القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ فقد عرفت المادة ١ منه المبلغ بأنه: " الشخص الذي يقوم بالإبلاغ عن أي جريمة فساد، وينطبق ذلك على الشهود وضحايا الجريمة والخبراء الذين يدلون بشهادة تتعلق بأفعال مجرمة". ولقد جاء بيان الحماية الواجب توفيرها للمبلغ في المواد ٣٧ - ٤٣ من القانون المذكور<sup>٢</sup>. أما اللائحة

<sup>١</sup> وهو القانون الخاص بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد الكويتية.

<sup>٢</sup> تنص المادة ٣٧ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ على أن: " الإبلاغ عن جرائم الفساد واجب على كل شخص، وحرية المبلغ وأمنه وسكنته مكفولة وفقا لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر يقرر ضمانات أخرى، ولا يجوز المساس بالمبلغ بأي شكل من الأشكال بسبب الإبلاغ عن هذه الجريمة". بينما تنص المادة ٣٨ منه على أن: " يشترط في البلاغ، في حكم هذا القانون، أن يكون المبلغ لديه دلائل جدية تبرر اعتقاده بصحة الواقعة المبلغ عنها". أما المادة ٣٩ من القانون المذكور فتقرر بأن: " تبين اللائحة التنفيذية إجراءات تقديم البلاغ مع مراعاة سهولة تقديمه وإحاطة هوية المبلغ بالسرية الكاملة". وتحت الفصل الثاني والذي جاء بعنوان برنامج الحماية، جاءت المادة ٤٠ لتنص على أن: " يتمتع المبلغ بالحماية من وقت تقديم البلاغ، وتمتد الحماية لزوج وأقاربه وسائر الأشخاص وثيقة الصلة عند الاقتضاء". بينما تقرر المادة ٤١ منه بأن: " تشمل حماية المبلغ ما يلي:

١- توفير الحماية الشخصية للمبلغ: وذلك بعدم كشف هويته أو مكان وجوده، وتوفير الحراسة الشخصية له أو محل إقامة جديد إذا لزم الأمر.

٢- توفير الحماية الإدارية والوظيفية للمبلغ: وذلك بمنع اتخاذ أي إجراء إداري ضده وضمان سريان راتبه الوظيفي وحقوقه ومزاياه خلال الفترة التي تقررها الهيئة.

٣- توفير الحماية القانونية للمبلغ: وذلك بعدم الرجوع عليه جزائيا أو مدنيا أو تأديبيا متى استكمل البلاغ الشرط المبين في المادة ٣٨ من هذا القانون.

وتحدد اللائحة التنفيذية وسائل وإجراءات الحماية الأخرى وأنواعها".

وتنص المادة ٤٢ من القانون على أن: " تحدد اللائحة التنفيذية الوسائل التي يجوز للهيئة أن توفرها للمبلغ ليدلي بأقواله على نحو يكفل كافة الضمانات المادية والمعنوية والإدارية له وبما يضمن سلامته". في حين تؤكد المادة ٤٣ على أن: " تلتزم الدولة بتعويض المبلغ عما يلحق به من أضرار مادية أو معنوية نتيجة

التنفيذية لقانون تعارض المصالح رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ فقد رسمت ضوابط البلاغ عن قيام حالة تعارض المصالح في المواد ١١-١٥ منها. فمن حيث شكل البلاغ يجب أن يكون مكتوبا وموقعا من مقدمه وموسومة بعنوانه ورقم هاتفه، كما يجب أن يتضمن شرحا تفصيليا وواضحا لهذا التعارض، ويرفق بالبلاغ كافة الوثائق والمستندات الدالة عليه، ويبين فيه كذلك صلته بالمبلغ ضده. كما يجب أن يكون البلاغ جديا. وقد أكدت اللائحة كذلك على توفير الحماية للمبلغ ويجوز مدها كذلك إلى زوجه وأقاربه ومن في حكمهم. وفرضت اللائحة هذه الحماية من تاريخ تقديم البلاغ أو مطالبة المبلغ بالإدلاء بالمعلومات التي لديه. كما استوجبت رفع الحماية أن يكون بقرار مسبب؛ أو بناء على طلب مكتوب من المبلغ.

---

تقديمه البلاغ مستوفيا الشروط المبينة في المادة ٣٨ من هذا القانون، وتحدد اللائحة التنفيذية الحوافز المادية والمعنوية التي يجوز منحها للمبلغ وشروط المنح".



## الخاتمة

تعرضت هذه الدراسة للقانون الكويتي رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ في شأن تعارض المصالح ولائحته التنفيذية بالشرح والتقييم. وفي سبيل التعرف على القوانين الأخرى بحثت هذه الدراسة بشكل مستفيض القانون المصري رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن حظر تعارض المصالح للمسؤولين، كما أن تطرقت وبشكل يسير إلى المرسوم السلطاني العماني رقم ٢٠١١/٢١١ الخاص بإصدار قانون حماية المال العام وتجنب تضارب المصالح. ولما كان الأخير تعرض بصورة عابرة لمسألة تعارض المصالح في معرض تنظيم الحماية القانونية على الأموال العامة فقد اكتفت الدراسة بسرد النصوص الواردة فيه ذات العلاقة بالموضوع محل البحث؛ مع التأكيد على الاتجاه الذي تبناه مقارنًا بالقانونين الكويتي والمصري. وتوصلت الدراسة إلى أن المرسوم السلطاني وإن انتهج ذات الاتجاه الذي تبناه القانون المصري في حصر الخاضعين لنصوصه على العاملين في السلطة التنفيذية دون التشريعية والقضائية، إلا أنه عاد وانضم إلى القانون الكويتي في بسط حظر شراء الأسهم على المخاطبين بالقانون وأزواجهم وأولادهم القصر.

أما القانون المصري والذي خصه المشرع لسرد كل ما يتعلق بموضوع تعارض المصالح فقد جاء بنصوص وفيرة في الموضوع، الأمر الذي أصبح البحث المستفيض في نصوصه لمن الضرورة بمكان. وفي هذا السياق وافقت الدراسة على ما انتهجه المشرع المصري في حصر حظر تعارض المصالح على العاملين في الوظيفة العامة. كما أكدت الدراسة إلى صحة استعمال المشرع المصري لمعيار الزمن كمحدد لوفاء المخاطبين بالقانون بالتزاماتهم الناشئة عن القانون المذكور، وكذلك كفترة سماح لتوفيق هؤلاء لأوضاعهم مع النصوص الحديثة للتشريع الجديد. وعلى خلاف ذلك فقد أغفل القانون الكويتي مبدأ الزمن في صياغته التشريعية، مما يعرض المخاطبين به للعقوبات الواردة فيه بمجرد سريانه من جهة، ويمكنهم من التراخي في الوفاء بالتزاماتهم المقررة بموجب نصوصه أو تقاعسهم عن أدائها بحجة

عدم وجود ميعاد زمني للقيام بذلك من جهة أخرى، إلى أن جاءت اللائحة التنفيذية لتسد هذا الفراغ التشريعي.

ولحصر تقييم الدراسة للقانون الكويتي فيمكن المرور بنصوصه على الشكل

الآتي:

١. المادة ١ والتي سردت تعريفات المشرع لبعض المصطلحات الواردة في قانونه:

ويلاحظ اشتغالها على تعريف موجز بشأن المصلحة المادية مبينة بأنها كسبا أو خسارة مالية دون بيان الحالة التي تكون فيها الخسارة كسبا.

٢. المادة ٢ والتي حددت أشخاص الخاضعين لنصوص القانون:

وقد اكتفت باستعارة ما حدده قانون الجزاء وقانون إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد، فجاءت بمزيج يدمج هذين القانونين مما ترتب عليه توسع مبالغ فيه في الأشخاص الخاضعين لنصوصه. فالأصل في ما قد يقع من تعارض للمصالح يكمن في أعضاء السلطة التنفيذية بشكل عام؛ وفي قيادتها على وجه الخصوص، وفي كل موظف عام مخول بصرف الأموال الدولة العامة منها والخاصة<sup>١</sup> بشكل أو آخر على سبيل الحصر.

٣- المادة ٣ وقد وسعت ما يصدق عليه مصطلح المنفعة أو الفائدة أو المصلحة المادية أو المعنوية ليشمل زوج الخاضع للقانون؛ وكذلك كل من يرتبط به من القرابة إلى الدرجة الرابعة؛ علاوة على كل من يرتبط به برابطة المصاهرة إلى الدرجة الثانية. كما اعتبرت الحالة كذلك متى ما استفاد شخص طبيعي أو معنوي

<sup>١</sup> أنظر في التمييز بين أموال الدولة العامة والخاصة الدكتور إبراهيم عبدالعزيز شبحا، الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة، الجزء الأول، الأموال العامة، دار المطبوعات القانونية، غير محدد سنة الطبع، ص ٣٨. حيث يشير المؤلف إلى نظرية برودون Proudhon كأول ما بدأ به هذا التمييز لأموال الدولة. كذلك أنظر في معايير التمييز بين الأموال العامة والأموال الخاصة المملوكة للدولة الدكتور محمد عبد الحميد أبوزيد، حماية المال العام، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٢٤ حيث يشير إلى تعدد هذه المعايير كمعيار قابلية المال العام للتملك الخاص؛ ومعيار تخصيص المال لمرفق عام؛ ومعيار تخصيص المال لاستعمال الجمهور؛ ومعيار تخصيص المال للمنفعة العامة. كذلك أنظر الدكتور محمد سعيد فرهود، النظام القانوني للأموال العامة في القانون السوري، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ١٧، العدد ٣، سبتمبر ١٩٩٣، ص ٢٢٣ حيث يبين الخصائص الثلاث للمال المملوك للدولة ملكية عامة.

عندما يكون مرتبطا بالخاضع للقانون برابطة عمل أو وساطة أو وكالة أو نيابة. بل لقد تجاوزت المادة المذكورة في استعمال الزمن حيث اعتبرت أن الخاضع للقانون قد حصل على فائدة مادية أو معنوية متى ما حصل عليها شخص طبيعي أو معنوي ارتبط بالخاضع للقانون بعلاقة خلال سنتين سابقتين على اتخاذ القرار المسبب للفائدة:

وتبدو صعوبة تطبيق هذا النص - إن لم يستحل ذلك - نظرا لافتراض قيام المسؤولية الجنائية للخاضعين للقانون بحصول غيرهم على فائدة ما. وسيكون النص أقرب للمنطق القانوني فيما لو قيد هذه المسؤولية بفعل خاطئ يمارسه الخاضع للقانون. بعبارة أخرى سيكون التجريم منطقيا فيما لو قرر النص مساءلة الموظف عن سلوك سلكه حتى وإن لم يحصل هو نفسه على الفائدة طالما ذهبت هذه الفائدة إلى الأشخاص المذكورين. ويبدو أن أعمال وسائل الاستتباط توحى بأن النص ينحى إلى هذا الفهم. بيد أن هذه المساءلة تقوم حتى ولو حقق سلوك الخاضع للقانون فائدة للغير من غير المذكورين تحديدا طالما كانت هذه الفائدة غير القانونية قد أثمرت لهذا الغير بسبب سلوك الخاضع للقانون. وبناء على ذلك كان حريا بالمادة أن تستلزم السلوك الخاطئ للخاضع للقانون ابتداء. ويزداد الوضع تعقيدا في تطبيق هذا النص مع حقيقة فقدان الخاضع للقانون لأي سلطة يستطيع من خلالها توجيه أو امره إلى أولئك المذكورين في المادة. ففي مثل هذه الحالة هو يحاسب على فعل غيره ممن ليس له عليه سلطة بالضرورة. خصوصا أن المادة التالية تجعل من سلوك الخاضع للقانون المرتب للفائدة التي حصل عليها المذكورين هنا مما يعد من جرائم الفساد، مما يعني محاسبة الخاضع للقانون بحصول هؤلاء على الفائدة وإن لم يكن له أي دور في ذلك.

٤- المادة ٤ والتي جعلت سلوك الخاضع للقانون والمسبب لاستفادة المذكورين في المادة السابقة أحد أنواع جرائم الفساد، كما أنها افترضت مجرد امتلاك الخاضع للقانون لأي حصة أو نسبة عمل في أي نشاط ذات تعاملات مالية مع جهة عمله مما يعد من جرائم الفساد كذلك:

وإذا كان الشق الأول من المادة المذكورة منطوقيا حيث يحاسب الخاضع للقانون على فعله، فإن إطلاق مصطلح الحصة في شق المادة الآخر ليوحي بمحاسبته على شرائه لأسهم شركة ترتبط بعمل مع جهة عمله؛ ويستوي في ذلك علمه بهذه التعاملات من عدمه. ولقد كان ينبغي للمادة أن تستلزم دورا إيجابيا للخاضع للقانون في نشاط تلك الشركة كان يكون عضوا في مجلس إدارتها.

٥- المادة ٥ ترسم ما يجب على الخاضع للقانون عمله عند قيام حالة تعارض المصالح من إفصاح وإنهاء لها بالتنازل عن المصلحة أو ترك المنصب أو الوظيفة: ولقد كان حريا بالمشروع أن ينتهج منهج المشروع المصري والذي ميز في ذلك بين التعارض المطلق حيث الخيارات نفسها؛ والتعارض النسبي حيث استلزم الإفصاح عنه مراقبته. وهنا لا بد من الإشارة إلى أن التمييز بين نوعي التعارض للمصالح المطلق والنسبي لم يواكبه تمييزا في القواعد التي تحكم كلا النوعين في التشريع الكويتي.

٦- المادتان ٦ و ١٠ واللتان أحالتنا إلى اللائحة التنفيذية التي ستصدر لبيان كل ما يرتبط بالإفصاح عن حالة تعارض المصالح ووضع قواعد السلوك العام الواجب على الخاضعين للقانون الالتزام بها :

ولقد كان يجدر بها أن تتبنى للإفصاح ذات المنهجية التي تبناها المشروع لتقديم إقرارات الذمة المالية إلى حين صدور اللائحة المذكورة بدلا من تعليق تنفيذ القانون على صدور هذه الأخيرة.

٧- المادة ٧ حيث أوكلت الهيئة العامة لمكافحة الفساد لعرض حالة تعارض المصالح على لجان الفحص والتي أنشأتها لفحص إقرارات الذمة المالية: وتأكد هذه المادة اقتراحنا بتوكيل الهيئة المذكورة لاستلام إفصاحات تعارض المصالح نظرا للارتباط الموضوعي بين الإفصاح عن حالة تعارض المصالح وتقديم إقرارات الذمة المالية. من جهة أخرى لم تبين المادة ما إذا كان الخاضع للقانون محاسبا على تقصيره في التقاعس عن الإفصاح عند اكتشاف حالة تعارض المصالح من قبل الهيئة العامة لمكافحة الفساد.

٨- المادة ٨ والتي تنشأ التزاما بالإفصاح على الخاضع للقانون وزوجه وأبنائه القصر ومن هم في ولايته أو وصايته أو يكون قيما عليه أن يكون لأي منهم حصة في شركة أو نشاط يهدف إلى الربح ويتصل بأعمال وظيفته:

ويلاحظ هنا ما انتهت إليه المادة من الاقتصار على الإفصاح عن تلك الحصة دون الحاجة إلى التخلص منها وذلك على خلاف ما قرره المادة ٥. وإذا كان مجرد الإفصاح مقبولا بالنسبة إلى غير الخاضع للقانون والمذكورين فيها حيث يرتبطون بالوظيفة العامة من خلال قريبهم الخاضع للقانون، فإن الاقتصار على الإفصاح بالنسبة لهذا الأخير يتناقض مع التشدد التشريعي الذي تضمنته المادتين ٣ و ٥. وعلاوة على ذلك لم يراع النص استقرار المراكز القانونية حيث لم يفرق بين ما كان لدى المخاطبين بالمادة من حصص قبل العمل بالقانون وتلك التي تملكوها فيما بعد.

٩- المادة ٩ والتي أنشأت حظرا مباشرا لأي دور للخاضع للقانون على القيام بدور الوسيط أو الوكيل أو الكفيل أو الاستشاري لأي شركة لها نشاط مع جهة عمله: وبرغم وضوح النص وارتباطه في العقاب على مخالفته بنص المادة ١١، يظل التساؤل حول ترتيب عقوبة الفصل من الوظيفة كعقوبة تبعية بنص القانون<sup>١</sup> على أنه " وفي جميع الأحوال يعزل من الوظيفة" عندما يصدق هذا الفعل على أحد القضاة أو أحد أعضاء مجلس الأمة.

ونخلص من ذلك كله إلى وجود شبهات دستورية في القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨. فقد جاءت صياغة القانون باختصار مخل يتعارض مع حسن الصياغة التشريعية. إذ اكتفى المشرع فيه بذكر جمل عامة وغامضة، وذكر حالات واسعة بشكل مبهم لما يعده مما تتحقق به حاله تعارض المصالح. ويتبين ذلك في مختلف نصوصه، ويظهر جليا في المواد ٣، وفي تعريفها المبهم للمنفعة أو المصلحة المادية والمعنوية، والمادة ٨ والتي وسعت من نطاق مساءلة المخاطب بالقانون إلى أفعال يرتكبها غيره ممن يرتبط بهم بعلاقة قانونية ما. بل اعتبر القانون المخاطب به في

<sup>١</sup> نصت المادة ٦٧ من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على أن: " تعد العقوبة تبعية إذا كان القانون يقضي بها كإثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية، وتعد تكميلية إذا كان توقيعها متوقفا على نطق القاضي بها، سواء أوجب القانون عليه ذلك أو أجاز له".

نطاق المساءلة حتى ولو لم يعلم بالتصرف القانوني الذي ارتكبه قريبه والذي أنشأ لما يعده قياما لحالة تعارض المصالح. فقد افترض القانون المذكور نشوء المساءلة بمجرد قيام الغير بهذا التصرف حتى ولو لم ينبه به المخاطب بالقانون. كما أن في إغفال القانون تبني فترة زمنية لتصحيح الأوضاع يجعل المخاطب بالقانون والذي قامت لديه حالة تعارض المصالح قبل صدور القانون في مركز قانوني يتيح محاسبته عن ذلك في بمجرد دخول القانون حيّز النفاذ. بل إن في تبني حالة التعارض النسبي للمصالح والتي تعتمد في وجودها على احتمالية حصول الموظف على المنفعة أو احتمالية تحقق الضرر للوظيفة العامة ما يعد توسعا مبالغا فيه للتجريم، ويخل بإمكانية حصر الحالات التي لا يتحقق فيها التعارض النسبي لهذه المصالح. كما تعد ميعاد العشرة أيام قصيرة بالمقارنة إلى الجزاء الجسيم المترتب على الإخلال بها، خصوصا في الحالات التي يكون المخاطب بالقانون على سفر أو في حالة لا يتمكن من استيفاء الالتزام بالإفصاح.

وفضلا عن هذا وذاك فنكرر ما سبق بيانه من مخالفة القانون محل البحث للدستور وبالتحديد في المادة ١٣١ والتي أجازت، وفقا لشرح المذكرة التفسيرية للدستور، للوزير وعضو مجلس الأمة تحديدا شراء الأسهم دون أن يعد في ذلك تعارضا للمصالح؛ ولا تقييد ذلك بعدم وجود نشاط للشركة الذي تملك أسهمها الوزير ووزارته. فبعد أن شرحت حالات عدم الجمع بالنسبة لعضو مجلس الأمة والوزير، أنهت المذكرة التفسيرية تفسيرها هذا بقولها: " ولكن هذا النص لا يمنع من أن تكون للوزير أسهم أو سندات أو حصص في شركة تتمتع بالشخصية المعنوية مع ما يستتبع هذه الشخصية من انفصال عن أشخاص المساهمين وحملة السندات والحصص، واتباع للإجراءات والضوابط القانونية المقررة من حيث إدارة الشركات، وتوزيع الأرباح فيها، وخضوعها لرقابة الدولة". كما سبق التأكيد على الالتزامية الدستورية لهذه المذكرة بالنسبة لقوتها القانونية والتي تخرج عن حالة الوضع المتعارف عليه بالنسبة للمذكرات الإيضاحية للتشريعات.

ونختم بما أكدته المحكمة الدستورية في معرض قضائها بعدم دستورية القانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية<sup>١</sup>، حيث قضت بأنه:

"وحيث إنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان غموض النصوص التشريعية عامة يعييبها، إلا أن غموض النصوص لا سيما المتعلقة منها بنصوص جزائية خاصة وانغلاق فهمها بصمها بعدم الدستورية، لما يمثله ذلك من إخلال بالجوانب القانونية الجزائية بقيمها وضوابطها وأهدافها وقواعدها الإجرائية، والتي تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية".

---

<sup>١</sup> أنظر حكمها في الطعن رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٢٠١٧/١٠/٥.

## المراجع

أولاً: الكتب:

- ١- الدكتور إبراهيم عبدالعزيز شيحا، الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة، الجزء الأول، الأموال العامة، دار المطبوعات القانونية، غير محدد سنة الطبع.
  - ٢- الدكتور حسنين المحمدي بوادي، الفساد الإداري لغة المصالح، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨.
  - ٣- الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢.
  - ٤- الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، الطبعة الثالثة، غير محدد مكان الطبع، ١٩٩٨.
  - ٥- الأستاذ الدكتور عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
  - ٦- المستشار عبدالوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة، دار الفكر العربي، غير محدد سنة الطبع.
  - ٧- الأستاذ الدكتور عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الأولى، غير محدد مكان الطبع، ١٩٨٩.
  - ٨- الأستاذ الدكتور محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، غير محدد مكان الطبع، ٢٠٠٦.
  - ٩- الدكتور محمد عبدالحميد أبوزيد، حماية المال العام، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
  - ١٠- المستشار ممدوح طنطاوي، الجرائم التأديبية، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠١.
  - ١١- محاضر الجلسة الثامنة من دور الانعقاد الأول العادي والتي انعقدت في يوم السبت الموافق ٣٠ مارس ١٩٦٣، منشورات مجلس الأمة، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.
- ثانياً: المقالات والدوريات القانونية:



١- جريدة القبس الكويتية، السنة ٤٨، العدد ١٦٤٥٢، الأربعاء الموافق ٢٠١٩/٤/٣، ص ١٠ و ١١.

٢- شيرين جلال معوض، سياسات الوقاية من الفساد: نظم منع التعارض بين المصالح "الحالة المصرية"، بحث منشور في مجلة الديمقراطية، مصر، المجلد ١٦، العدد ٦٤، أكتوبر ٢٠١٦، ص ٢٣-٣٩.

٣- الدكتور محمد سعيد فرهود، النظام القانوني للأموال العامة في القانون السوري، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ١٧، العدد ٣، سبتمبر ١٩٩٣، ص ٢٢٣-٣١٣.

#### ثالثاً: المراجع الأجنبية:

- 1- Anne Peters and Lukas Handschin, Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance, Cambridge University Press, 2013.
- 2- Bayless Manning, Federal Conflict of Interest Law, Harvard University Press, 1964.
- 3- B. J. M. and E. M. P. III, Conflict of Interests: State Government Employees, Virginia Law Review, Vol. 47, No. 6 (Oct., 1961). pp. 1034 - 1076.
- 4- G.B. and L.K., Conflict of Interests of Government Personnel: An Appraisal of the Philadelphia Situation, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 107, No. 7, May 1959, pp. 985-1026.
- 5- John Blakslee, Notes on Professional Ethics, American Bar Association Journal, Vol. 55, No. 3, (March 1969). pp. 262 - 263.
- 6- Longman Active Study Dictionary, 5th edition, 2010.
- 7- Shell J. Bleiweiss, Sixth Amendment-Conflicts of Interest in Multiple Representation of Codefendants, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 71, No. 4, (Winter 1980). pp. 529 - 537.
- 8- The University of Chicago Law Review, Conflicts of Interest in Government Contracts, Vol. 24, No. 2, (winter 1957). pp. 361 - 370.
- 9- Virginia Law Review, Municipal Corporations and Administrative Law, Virginia Law Review, Vol. 57, No. 8, (Nov., 1971). pp. 1572 - 1590.

**خصوصية الحماية المقررة للدائن المرتهن في مواجهة الغير  
بمقتضى قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥**

د. مروة محمد عبد الغني  
مدرس بقسم القانون المدني  
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية



## مبحث تمهيدي<sup>1</sup>

### إرهاصات فكرة رهن المنقول دون حيازة

#### \* تقديم:

لقد فرضت احتياجات البشر، وتعاملاتهم داخل أي مجتمع، ومنذ قديم الأزل، وجود الائتمان وضرورته. فهو، بلا شك، ركيزة لا غنى لأي مجتمع عنها. ومع مرور الزمن، وتطور المجتمعات تنمو أهمية الائتمان، ويتزايد دوره في كل من المعاملات المدنية والتجارية.

ويتمثل الائتمان - في المجال القانوني - في إمداد المدين بتمويل عاجل على أن يوفي به بعد أجل محدد. وهو على هذا النحو يستلزم وجود ما يمنح الدائن الثقة في استرداد حقه من المدين. فلا يستقيم بحال التعويل على ضمير المدين وحده، وإنما لابد من وسيلة تكفل إجباره على الوفاء بالتزامه إن لم يف به اختياراً. ومن هذا المنطلق صمم القانون آلية الضمان العام كحدٍ أدنى لحماية الدائن. كما فرضت الضرورة وجود تأمينات خاصة؛ منها الشخصي ومنها العيني. ومؤخراً أضيف إلى التأمينات العينية شكلاً جديداً وهو رهن المنقول دون حيازة.

وفيما يلي نستعرض بإيجاز، في مطلب أول، تطور الفكر القانوني للتأمينات الخاصة، والذي أدى إلى ظهور فكرة الضمانات المنقولة. ثم نتناول في مطلب ثانٍ تطور تنظيم رهن المنقول دون نقل حيازته.

#### المطلب الأول:

#### أثر رهن المنقول دون حيازة على نطاق الائتمان:

وهنا نشير إلى الرهون التقليدية المقررة لحماية الدائن، ومدى جدوى كل منها في تحقيق هذه الحماية. كما نعرض لعيوب هذه الرهون التي دفعت الفكر القانوني للسعي لابتكار نظام يحقق أقصى فائدة لكل أطراف الائتمان. وأخيراً نتناول الظهور التدريجي لفكرة رهن المنقول دون حيازة.

<sup>1</sup> تستوجب دراسة فكرة رهن المنقول دون حيازة، التعرف على العوامل المؤدية لنشونها، والتدرج الذي مرت به إلى أن تم تبنيها في القانون الوضعي، والاتفاقيات الدولية. لذا استلزمت طبيعة هذا الموضوع، وحسن التقديم له الاستعانة بمبحث تمهيدي يعمل على تهيئة القارئ لما سيتم عرضه في هذا البحث، حتى تسير الأفكار في تسلسل منطقي.

## أولاً: خصائص الضمان العام، ومدى كفايته لحماية الدائن:

يمثل الضمان العام الحد الأدنى لحماية حقوق الدائنين. فيحق لأي دائن الاستفادة منه بمجرد كونه دائناً، ودون أن يبذل جهداً خاصاً للحصول على الحماية التي يكفلها. والمقصود بالضمان العام أن جميع أموال المدين وممتلكاته ضامنة للوفاء بديونه بحكم القانون (مادة ٢٣٤/١ مدني). إن عمومية هذا الضمان تتمثل في ناحيتين: الأولى؛ أنه يرد على كافة أموال المدين الحاضرة منها والمستقبلية، دون قصره على مال أو أموال معينة. ومن ناحية ثانية؛ فإنه ضمان عام من حيث الدائنين، فجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان بغض النظر عن تواريخ نشوء ديونهم<sup>١</sup>.

إلا أن هذا الضمان يتسم بخصائص أخرى تجعله محاطاً بالمخاطر. فمجرد مديونية المدين لا تغل يده عن التصرف في أمواله<sup>٢</sup>، وهو ما يعرض الدائن لخطر تصرف المدين في أمواله، وبالتالي إنقاص العناصر الموجودة في الضمان للوفاء بديونه. كما أنه لا يثبت لأي من الدائنين بموجب هذا الضمان حق تتبّع ما يتصرف فيه المدين من أموال. فضلاً عن ذلك، فإن تساوي الدائنين بصدد هذا الضمان يستتبع تقسيم الأموال المتاحة في ذمة مدينهم قسمة غرماً، وهو ما يعرضهم لخطر الحصول على حقوقهم ناقصة، أو عدم استيفائها أصلاً<sup>٣</sup>.

لا شك أن هذه المخاطر قد تردع الدائنين عن الدخول في أية علاقة ائتمانية مما يؤدي إلى تهديد الائتمان، ويؤثر سلباً على الاقتصاد بشكل عام. لذا صمم القانون آليات خاصة تعمل على توفير حماية أقوى لحق الدائن، وهي التأمينات الخاصة الشخصية والعينية. التأمينات الشخصية يعتمد الضمان فيها على شخص آخر، أي أنها تقوم على تعدد الذمم المالية الضامنة للوفاء بالدين. أما التأمينات

<sup>١</sup> إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون (مادة ٢٣٤ مدني).

<sup>٢</sup> انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨، ص ١٤

وكذلك: د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٩ و ١٠.

<sup>٣</sup> انظر: د. منصور مصطفى منصور ود. جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، ٢٠٠١، ص ٧-٩.

العينية فإنها تقوم على تخصيص مال معين من أموال المدين يستوفي الدائن حقه منه بالأولوية على باقي الدائنين إن لم يؤد المدين ما عليه طواعيةً.

### ثانياً: أبرز خصائص الرهن الرسمي والرهن الحيازي:

نتناول في هذا العمل صورة خاصة من أحد أهم التأمينات العينية وهو الرهن. ولطالما اقتصر الرهن على صورتين أساسيتين هما؛ الرهن الرسمي أو التأميني، والرهن الحيازي أو رهن الحيازة - كما يطلق عليه البعض - لكل من هاتين الصورتين سمات تميزها ووظيفة في تحقيق الضمان للدائن تختلف عن الأخرى.

فيما يتعلق بالرهن الرسمي؛ فإنه يرد على العقارات دون المنقولات. وهو يخول الدائن حق عيني على هذا العقار يجعله مخصصاً للوفاء بدينه دون اشتراط انتقال حيازته للدائن. وإنما يُشترط فيه إفراغ التعاقد في ورقة رسمية كما هو جلي من مسماه. هذا الحق العيني يمنح الدائن الحق في التقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار الضامن. كما يمنحه الحق في التتبع (مادة ١٠٥٦ مدني) حيث يحق له استيفاء حقه من ثمن العقار وإن انتقل إلى شخص غير المدين<sup>١</sup>.

أما الرهن الحيازي؛ فهو يرد على العقارات والمنقولات. والحق العيني الذي يخوله هذا النوع من الرهن للدائن يقوم على حبس الشيء المرهون لحين استيفاء حقه، وبالتالي فإن انتقال حيازة الشيء للراهن التزام جوهرى فيه يتضح من مسماه. ولكن لا يُشترط فيه الرسمية أو الشهر. والرهن الحيازي كما الرهن الرسمي يخول الدائن التقدم في اقتضاء حقه من ثمن الشيء وتتبعه في أي يد يكون<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> يُستخلص ذلك من تعريف الرهن الرسمي في المادة ١٠٣٠ مدني: " الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون."

<sup>٢</sup> مادة ١٠٩٦ مدني: " الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضمنا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون."

بناءً على ما سبق، الدائن الذي يسعى للحصول على رهن ضماناً لحقه، له الخيرة بين أمرين: إما الاتفاق مع المدين على رهن عقار لديه بعقد يتم قيده مع احتفاظ المدين بحيازته<sup>1</sup>، أو أن يتفقا على رهن منقول تنتقل حيازته إلى الدائن دون شكل خاص. وقد اقتصر أمر الرهن على هذين الاختيارين لفترة زمنية طويلة نظراً لأن الاعتقاد الذي كان سائداً بشأن القيم المنقولة هو أنها ذات قيمة بخسة، ولا أهمية اقتصادية كبيرة لها، وبالتالي لن يضر نقل حيازتها إلى الدائن المرتهن<sup>2</sup>. فضلاً عن ذلك فإن قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " كانت تحتم انتقال حيازة المنقول الضامن إلى الدائن المرتهن للحد من المخاطر التي قد يتعرض لها فيما لو احتفظ بها المدين.

### ثالثاً: فكرة المنقولات ذات الطبيعة الخاصة:

إن انحصار الأمر في الصورتين السابقتين للرهن قد أخذ مع مرور الزمن، ومع التطور الصناعي والاقتصادي يفرز صعوبات ومعوقات للائتمان. فقد بدأت تظهر أشياء تتدرج بلا شك تحت تعريف المنقول، إلا أنها تتمتع بأهمية اقتصادية كبيرة تجعل تطبيق قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" عليها أمر غير منطقي. ومثال هذه المنقولات؛ السفن والطائرات والسيارات والمحل التجاري وغيرها. كما أنه من غير المتصور رهنها حيازياً، وما يترتب عليه من انتقال حيازتها إلى الدائن وحرمان مالكيها من الانتفاع بها مما يضر بالنشاط الاقتصادي.

لقد أصبح جلياً أن مثل هذه المنقولات لا يتناسب مع طبيعتها سوى الرهن الرسمي الخاص بالعقارات. وهو ما دفع المشرع إلى الخروج من هذا المأزق عن طريق ابتداء مسمى جديد لها يسمح بتطبيق الرهن الرسمي عليها مع الاحتفاظ بمكانها في التقسيم التقليدي للأشياء باعتبارها منقولات، فأطلق عليها " منقولات ذات طبيعة خاصة ". وقد مثل ذلك اختراق غير مسبوق للتقسيم التقليدي الراسخ للأشياء

<sup>1</sup> ذلك أن الغالب الأعم أن يكون محل الرهن الرسمي عقاراً وليس منقولاً.

<sup>2</sup> د. أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول (الجزء الأول)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مجلة ١٠، عدد ٢، ١٩٦٨.

إلى عقارات ومنقولات<sup>١</sup>. وقد سبق المشرع الفرنسي نظيره المصري إلى تنظيم الرهن على هذا النوع من المنقولات دون نقل حيازتها فبدأ بالسفينة في ١٩ ديسمبر ١٨٧٤، ثم المحال التجارية في مارس ١٨٩٨، ثم الطائرات في مايو ١٩٢٤، والسيارات في ديسمبر ١٩٣٤، وأخيراً الأفلام السينمائية في يونيو ١٩٤٤<sup>٢</sup>.

وقد نظم المشرع المصري ورود الرهن الرسمي على بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة في رهن المحل التجاري بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠<sup>٣</sup>، ثم رهن السفينة البحرية بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١. بالإضافة إلى ذلك، وعلى النطاق الدولي، نظمت اتفاقية جنيف بشأن الاعتراف الدولي بالحقوق على الطائرات لسنة ١٩٤٨<sup>٤</sup> الرهن الرسمي على الطائرات، وقد صدّقت مصر على هذه الاتفاقية في ١٠ سبتمبر ١٩٦٩<sup>٥</sup>. ثم انعقدت مؤخراً اتفاقية "كيب تاون" بشأن الضمانات الدولية على المعدات المنقولة عام ٢٠٠١<sup>٦</sup>. وقد تضمنت هذه المعاهدة ثلاث بروتوكولات بشأن ثلاثة أنواع من المعدات المنقولة هي: معدات الطائرات، ومعدات السكك الحديدية، وأصول الفضاء. وقد صدّقت مصر على هذه المعاهدة في ١٠ ديسمبر ٢٠١٤.

إلا أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد، بل أخذت فكرة استحداث رهن على المنقول دون نقل حيازته للدائن تتمدد لتشمل عموم المنقول، بُناءً على عدة اعتبارات. وهذا التعميم قد أثار التساؤل بشأن ما يقدمه هذا الرهن لحماية حق الدائن المرتهن في مقابل سلبه الضمانة المتمثلة في نقل حيازة المنقول. وكذلك يثور التساؤل بشأن أصداء هذه الفكرة على التشريعات الدولية والمحلية، وخاصة التشريع المصري. وهذه النقاط نعرض لها في المطلب التالي.

<sup>١</sup> انظر: د. علي البارودي، "حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، س ١٠، ع ٣ و ٤، ١٩٦١.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٣٥.

<sup>٣</sup> فضلاً عما تضمنه قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من أحكام بهذا الشأن.

<sup>٤</sup> وقد تم توقيعها في مدينة جنيف بتاريخ ١٩ يونيو ١٩٤٨، في حين دخلت حيز التنفيذ في ١٧ سبتمبر ١٩٥٣.

<sup>٥</sup> وأدخلتها حيز التنفيذ في ٩ ديسمبر من نفس العام.

<sup>٦</sup> CAPE TOWN CONVENTION ON INTERNATIONAL INTERESTS IN MOBILE EQUIPMENT



## المطلب الثاني:

### خصائص رهن المنقول دون حيازة، وتنظيمه التشريعي:

نعرض في هذا المطلب لمميزات نظام الضمانات المنقولة التي أدت إلى بروزه. كما نتناول مدى ما يقدمه هذا النظام من ضمان لحق الدائن المرتهن. وأخيراً نتعرض بإيجاز لتبني التشريعات الدولية والمحلية له.

### أولاً: مميزات نظام الضمانات المنقولة:

لم يتوقف تقرير فكرة رهن المنقول دون نقل حيازته عند المنقولات ذات الطبيعة الخاصة. فالنمو المتسارع في الصناعات المختلفة، وبروز العقبات المادية التي يسببها نقل الحيازة، قد انعكس أثره على الفكر القانوني. فأخذت في التنامي الأصوات المنادية بالتخلي عن نقل الحيازة عند رهن المنقولات عموماً، وعدم قصر الأمر على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة<sup>1</sup>. وقد عزت تلك الأصوات توجهها ذلك لمجموعة من الحجج المنطقية. وهذه الحجج تتبع من منطلق تحقيق أكبر قدر من الاستفادة من عقد رهن المنقول لكل من طرفيه، ونوجزها فيما يلي:

#### ❖ من ناحية المدين الراهن:

- في الكثير من الأحيان يكون المنقول محل الرهن هو مصدر الدخل الوحيد، أو على الأقل أحد مصادر الدخل الأساسية للمدين. وبالتالي فإن حرمانه من حيازته يؤدي إلى نقص دخله أو انعدامه.
- غالباً ما تتوافر للمدين، صاحب المنقول الكفاءة المهنية اللازمة لإدارته واستغلاله على الوجه الأمثل. مثل هذه الكفاءة قد لا يتمتع بها الدائن، وهو ما يقود إلى فقدان قيمة المنقول وتعطيل استغلاله كما يجب<sup>2</sup>.
- تمكين الراهن من رهن ماله المنقول للحصول على التمويل الذي يحتاجه، مع احتفاظه بالمنقول ليفيد من استعماله واستثماره إنما يحقق له أقصى استفادة ممكنة من عقد الرهن دونما ثمة ضرر يصيب الدائن.

<sup>1</sup> وكان من أوائل هذه الأصوات وأكثرها بروزاً؛ أستاذنا الدكتور أحمد سلامة في بحثه المتميز " الرهن الطليق للمنقول"، إذ يُعد هذا البحث الشرارة الأولى التي فجرت فكرة رهن المنقول (جميع المنقولات) دون نقل حيازته للدائن.

<sup>2</sup> د. أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول، الجزء الأول، بحث سبقت الإشارة إليه، ص ٨.

## ❖ من ناحية الدائن المرتهن:

- لقد فرض القانون المدني على الراهن في الرهن الحيازي مجموعة من الالتزامات تترتب على انتقال حيازة المنقول إليه<sup>1</sup>. هذه الالتزامات تمثل عبئاً ثقيلاً على الدائن. فهو يلتزم بالحفاظ على المنقول، وصيانته، واستثماره، وحسن إدارته، ثم رده إلى الراهن بعد أن يستوفي حقه. كما أنه يتحمل مسؤولية هلاك الشيء أو تلفه أو سوء إدارته أو الإهمال فيه.

ولا شك أن إنشاء الرهن على المنقول دون نقل حيازته للدائن، إنما يحرر هذا الأخير من كل تلك القيود والأعباء. الأمر الذي يشجع بدوره الدائنين على منح الائتمان بضمان المنقول.

- إن نقل حيازة المنقول في ذاتها ليست بالأمر الهين. فعملية إفراز المنقولات تمهيداً لنقلها تستهلك وقتاً وجهداً. ثم أن عملية النقل تستنفد تكاليف مادية غير قليلة<sup>2</sup>، وهي في الوقت ذاته تعرّض الأشياء المنقولة لخطر التلف أو الضياع. كما أن نقل حيازة المنقول المرهون يستتبع ضرورة توفير أماكن لحفظها كالمخازن والمستودعات، وهو أمر مكلف جداً.

وعلى ذلك، فإن تخلص الدائن من عنصر نقل الحيازة تخلص بالتبعية من تلك الهموم والتكاليف الشاقة.

بالإضافة إلى كافة المزايا السابقة التي تترتب لكل من طرفي الرهن نتيجة احتفاظ الراهن بحيازة المنقول، فإن هذه الخصيصة تحقق ميزة كذلك للمصلحة العامة. فنقرير الرهون على القيم المنقولة مع احتفاظ المدين بحيازتها يعمل على عدم تعطيل الاستفادة المتلى بهذه القيم، وإدماجها في عجلة الإنتاج الاقتصادي. كما يؤدي إلى تجنب إهدار الكثير من الوقت والأموال في سبيل إنشاء الرهن.

<sup>1</sup> المواد ١١٠٣-١١٠٨ من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٨.

## ثانياً: الضمانات التي يكفلها نظام رهن المنقول دون حيازة لحماية حق الدائن:

على الرغم من كافة المميزات السابقة التي يفرزها عدم انتقال حيازة المنقول المرهون إلى المرتهن، يبقى تساؤل هام: ما الذي يضمن للدائن استرداد حقه إن هو ترك المنقول الضامن في يد مدينه؟

في الرهن الحيازي، يُعد انتقال الحيازة شرطاً عاماً لنفاذ الرهن في مواجهة الغير (مادة ١/١٠٩ مدني). والحكمة من وراء ذلك أن انتقال الحيازة هو جوهر الضمان المقرر للدائن، إذ أن بقاءه في يد الراهن يُسهّل له إخفاءه، أو التصرف فيه وتسليمه إلى متصرف إليه حسن النية يمكنه الاحتجاج ضد الدائن بقاعدة "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الحائز" (مادة ٩٧٦ مدني) <sup>١</sup>. فضلاً عن ذلك فإن انتقال الحيازة إلى المرتهن أو العدل الذي يعينه المتعاقدان هي السبيل الأساسي لإعلام الغير بوجود الرهن، إذ أن بقاءه في حيازة الراهن يوحي للمتعاملين معه بأن ملكيته له خالصة لا يتعلق بها أي حق للغير.

في مقابل ذلك، كان لابد من تعويض الدائن بضمانات قوية في مقابل سلبه الحق في حيازة المنقول المرهون بالنسبة لرهن المنقول دون حيازة. لذا تمت الاستعاضة عن نقل الحيازة من الراهن بالشهر، فقيد الرهن القائم على منقول يقوم بذات الدور الذي يقوم به انتقال الحيازة في الرهن الحيازي. فهو من ناحية يضمن للدائن حقه بمستند رسمي يمكنه من الاحتجاج به على الغير، ومن تحديد مرتبة حقه على المنقول عند تعدد الدائنين - سواءً عاديين أو ممتازين - ومن ناحية أخرى، فهو وسيلة فعالة لإشهار حقه على المنقول في مواجهة الكافة، إذ يترتب على الشهر بالسجل افتراض علم الغير بالضمان المقرر للدائن، وبالتالي نفاذ حقه في مواجهة الغير <sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> انظر: د. عبد المنعم البدر اوي، التأمينات العينية، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ص ٣١٧، بند ٤٢٤.

<sup>٢</sup> مادة ١١ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥.

### ثالثاً: التنظيم التشريعي لرهن المنقول دون حيازة:

بناءً على الاعتبارات السابقة، شرعت تشريعات الدول المختلفة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة في الاستجابة إلى ضرورة مواكبة التطورات التي فرضها الواقع، وتبني أداة جديدة تساعد على الائتمان وهي؛ إنشاء رهن على المنقول دون التجرد من حيازته.

فيما يتعلق **بالمشروع الفرنسي**، قد سبق أن ذكرنا أنه قد قرر ونظم رهن المنقول دون حيازة بالنسبة للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة، كل منها على حده. ولكنه استجاب لضرورات التوسع في تطبيق هذا النوع من الرهون، فعندما أصدر القانون رقم ٨٤٢ لسنة ٢٠٠٥ تحت مسمى "قانون الثقة وتحديث الاقتصاد"<sup>١</sup>، أورد فيه المادة رقم ٢٤ والتي بموجبها يسمح للحكومة باتخاذ التدابير اللازمة لتعديل نصوص القانون المدني بما يكفل إدخال نظام رهن المنقول دون حيازة<sup>٢</sup>.

وبناءً على تلك التوصية، صدر القانون رقم ٣٤٦ في ٢٣ مارس ٢٠٠٦<sup>٣</sup>. وقد تضمن هذا القانون تجديدات جوهرية فيما يتعلق بالعديد من المسائل، وعلى وجه الخصوص التأمينات العينية. وكان من أبرز هذه التجديدات إقرار نظام رهن

<sup>1</sup> LOI no 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie  
JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
<https://wipo.lex.wipo.int/ar/text/179243>

<sup>2</sup> راجع: د. عبد التواب مبارك، التنفيذ على المنقول الضامن، ٢٠١٧، ص ٦-٧.  
وقد ورد نص المادة المذكورة كما يلي:

"Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnances les mesures nécessaires pour  
1- Introduire, dans le code de commerce, des dispositions permettant le nantissement des stocks des entreprises et modifier les dispositions du code civil pour simplifier la constitution des sûretés réelles mobilières et leurs effets, étendre leur assiette et autoriser le gage sans dépossession;  
2- Modifier les dispositions du code civil pour améliorer le fonctionnement de l'antichrèse, en autorisant le créancier à donner à bail l'immeuble dont le débiteur s'est dépossédé à titre de garantie, et pour développer le."

<sup>3</sup> Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

المنقول دون حيازة (gage sans dépossession)<sup>١</sup>. وبالتالي، أصبح بموجب هذا القانون مخولاً لطرفي العلاقة الائتمانية الاتفاق على رهن المنقول مع احتفاظ المدين بحيازته كصورة إضافية جديدة للرهن الموجودة سلفاً (الرسمي والحيازي). وتوضيحاً للأداة التي تحل محل انتقال الحيازة في هذا الرهن المستحدث، أصدر مجلس الدولة الفرنسي المرسوم رقم ١٨٠٤ لسنة ٢٠٠٦ في ٢٣ ديسمبر ٢٠٠٦، بتنظيم إجراءات شهر رهن المنقول، وقيده في السجل، والجهة المنوط بها إدارته، والإشراف عليه، وكيفية الشهر وبياناته، وآثاره وإجراءات تعديل القيد وشطبه<sup>٢</sup>.

نذكر كذلك، على سبيل المثال، من التشريعات التي تبنت نظام رهن المنقول دون حيازة القانون التركي. فقد أصدر المشرع التركي قانون جديد بشأن رهن القيم المنقولة برقم ٦٧٥٠ لسنة ٢٠١٦ في ٢٧ أكتوبر ٢٠١٦، والذي دخل حيز التنفيذ في ١ يناير ٢٠١٧<sup>٣</sup>. وقد كان الهدف الرئيسي من وراء إصدار هذا القانون هو توسيع نطاق المنقولات المستخدمة كضمان للرهن دون الحاجة إلى نقل حيازتها للدائن المرتهن. وفي مقابل عدم نقل حيازة المنقول الضامن من مقدم الضمان ينشئ القانون الجديد سجل خاص لشهر الرهن المضمونة بمنقولات، تحقيقاً لعلانيتها. ويعتبر المشرع مثل هذه الأداة وسيلة تيسر على المشروعات الصغيرة والمتوسطة الحجم الحصول على ما تحتاج من التمويل، وتعزيز مقدار الائتمان المتاح لها الحصول عليه. كما يُعد إقرار هذا النوع من الرهن نقلة نوعية بالنسبة لتلك المشروعات إذ سيجنبها الاضطرار إلى وضع المشروع بأكمله كضمان للرهن<sup>٤</sup>، فيمكنها الآن تخير منقول أو أكثر كمحل للضمان تكون قيمتها مساوية لمقدار الدين. من ناحية أخرى، تيسر هذه الأداة الاستغلال الأمثل للمنقولات محل الضمان، إذ

<sup>١</sup> Torck, Stéphane, Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, Revue de Droit Bancaire et Financier, 01/07/2006, pages 39-43.

<sup>٢</sup> د. عبد التواب مبارك، التنفيذ على المنقول الضامن، بحث سبقت الإشارة إليه، ص ٧، هامش رقم ٤. انظر كذلك: د. منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة: المفهوم والآثر، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل- كلية القانون، العدد الأول، السنة التاسعة، ٢٠١٧، ص ٤٥ و ٤٩.

<sup>٣</sup> وقد ألغي بموجب هذا القانون قانون رهن المشروعات التجارية رقم ١٤٤٧ لسنة ١٩٧١.

<sup>٤</sup> وكان هذا هو الحل الشائع اللجوء إليه من قبل المشروعات الصغيرة والمتوسطة الحجم قبل صدور هذا القانون.

بقاؤها في حيازة المدين يمكن المشروع من الاستفادة منها في الإنتاج، وفي الوقت ذاته تكون محلاً لضمان دين أو أكثر<sup>١</sup>.

من أمثلة التشريعات التي فطنت مبكراً إلى أهمية هذا النوع من الرهون هو القانون اليوناني. فقد أصدر المشرع اليوناني في عام ٢٠٠٠ قانون رهن المنقولات بدون تسليم رقم ٢٨٤٤<sup>٢</sup>. إن الطفرات التكنولوجية والاقتصادية في المجتمع الحديث قد دفعت المشرع اليوناني إلى الانفصال عن الفكر التقليدي الذي يربط حيازة المنقول بالحقوق التي يضمنها. وانتقل تركيزه إلى السعي لتحقيق الاستفادة القصوى من قيمة هذا المنقول، وزيادة إسهامه في عمليات الائتمان والتمويل إلى أكبر قدر ممكن<sup>٣</sup>. كما توصل المشرع اليوناني، استخلاصاً من أحكام القضاء، إلى أن استلزام تسليم المنقول المرهون من شأنه التأثير سلباً على ائتمان المدين، وصار مقدوراً الاستعاضة عنه بشهر الحق في الضمان على المنقول. فهذا المنقول له دور محوري في العمليات التجارية وتأثيره يمتد ليمس بتطور العملية الاقتصادية ككل<sup>٤</sup>.

وعلى الصعيد الدولي، كان للجنة "الأونسيترال" (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي)<sup>٥</sup> سبق في تنظيم مسألة استخدام الموجودات المنقولة كضمان دون نقل الحيازة. وكان أبرز ما أعدته اللجنة بهذا الشأن هو مشروع قانون نموذجي بشأن المعاملات المضمونة، وكذلك مشروع دليل تشريعي تقني بشأن إنشاء سجل للحقوق الضمانية وتنفيذه<sup>٦</sup>. وهي تقوم بتحديث هذه المشروعات في كل دورة تعقدها

<sup>1</sup> <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/149877/law-on-movable-property-pledge-in-commercial-transactions>.

<sup>2</sup> The law on security over movables without delivery (Law Number 2844/2000), State Gazette A 220/2000.

<sup>3</sup> Yiannis G. Sakkas, Athanasios D. Paizis and Yiannis G. Bazinas, "Objectives of secured transactions regime, 1 International Secured Transactions", Center for International Legal Studies (CILS), Part II. Countries, Chapter 16. Greece, p 2.

<sup>4</sup> Supreme Court 246/1990.

United Nations Commission on International Trade Law<sup>5</sup>

وهي هيئة تابعة لمنظمة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي. أنشئت الأونسيترال في ديسمبر ١٩٦٦، ومهمتها الأساسية العمل على عصرنه وتوحيد القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية. وفي سبيل تحقيق هذه المهمة تقوم بإعداد اتفاقيات وقوانين نموذجية وقواعد مقبولة عالمياً، صياغة أدلة قانونية وتشريعية وتوصيات، سن قوانين تجارية، وغير ذلك.

<sup>6</sup> <http://www.uncitral.org>

في هذا الخصوص منذ ٢٠٠٢ وحتى الآن. كما تُعد اللجنة مشروعات قوانين نموذجية ومشروعات أدلة تتعلق بكافة الموضوعات الدقيقة المتفرعة عن مسألة المعاملات المضمونة.

يشير مشروع الدليل العملي الذي أعدته اللجنة إلى تأثير توافر الائتمان على الازدهار الاقتصادي للدولة. كما يركز على دور الدولة في توفيره بسهولة وبتكلفة معقولة خاصة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة. وفي سبيل تحقيق هذا الدور ينبغي التمكين من استخدام أي نوع من الموجودات المنقولة كضمانة، ذلك لأن هذه المنقولات -سواء موجودة أو آجلة- تشكل معظم رأس المال السهمي الذي تحتفظ به المنشآت<sup>١</sup>.

أما **المشروع المصري**، فقد استجاب بدوره لمتطلبات مواكبة الطفرات المتلاحقة والسريعة في الاقتصاد، وفي نظام التأمينات العينية. فقام مؤخراً بإصدار قانون مستقل لتنظيم الضمانات المنقولة، وهو القانون رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥. ثم صدرت اللائحة التنفيذية له من وزارة الاستثمار بالقرار رقم ١٠٨ لسنة ٢٠١٦. وقد أنشأت هذه الأخيرة سجلاً مركزياً إلكترونياً لإشهار حقوق الضمان على المنقولات.

### خطة البحث:

لا يسهل المجال في هذا البحث لتناول قانون تنظيم الضمانات المنقولة من كافة جوانبه تفسيراً وتحليلاً. وإنما نتناول هنا أهم آثار الرهن ألا وهو سرريانه في مواجهة الغير. فهذا الأثر هو ما يكفل للدائن حماية حقه. ولكن تحقق هذا الأثر في رهن المنقول دون حيازة يثير العديد من التساؤلات: ما آلية نفاذ رهن المنقول دون حيازة في مواجهة الغير بما يمنحه للدائن من سلطات التتبع والتقدم؟ كيف يمكن تسوية التعارض بين سلطة المرتهن في التتبع، والأثر المسقط لقاعدة "الحيازة في

---

<sup>١</sup> لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)، مشروع الدليل العملي لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة، الدورة الثالثة والثلاثون، نيويورك، ٣٠ أبريل- ٤ مايو ٢٠١٨، ص ٥، ٦.

المنقول سند الملكية"؟ هل يختلف الأمر إذا كان المنقول معين بالذات أو معين بالنوع؟ هل من وسائل إضافية لتعزيز حماية حق الدائن في رهن المنقول دون حيازة؟

إن التركيز في هذا المقام ينصب على بحث مدى ما يقدمه قانون تنظيم الضمانات المنقولة ٢٠١٥/١١٥ من إجابات وحلول للتساؤلات والإشكاليات السابقة. وهو ما يقود إلى تحديد مدى ما يقدمه هذا القانون من حماية للدائن المرتهن في هذا النوع المستحدث من الرهون؛ رهن المنقول دون حيازة. وكل ذلك في ضوء القواعد النموذجية التي أرستها لجنة الأونسيترال، والقوانين المقارنة التي سبقت القانون المصري في هذا المجال.

وعليه نقسم هذا البحث إلى فصلين كالآتي:

**الفصل الأول:** نفاذ رهن المنقول دون حيازة تجاه الغير.

**الفصل الثاني:** تقدير نظام الحماية المقررة للدائن في رهن المنقول دون حيازة.



## الفصل الأول

### نفاذ رهن المنقول دون حيازة تجاه الغير

#### \*تمهيد:

جاء الفصل الرابع من قانون تنظيم الضمانات المنقولة بعنوان " نفاذ حق الضمان تجاه الغير"، وقد قررت الفقرة الأولى من المادة ١١ منه أنه: "يترتب على الشهر بالسجل وفقاً لحكم المادة (٦) من هذا القانون نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير". ويُستخلص من هذا النص أن المشرع يعتبر قيد الرهن في السجل وفقاً للآلية التي قررها شرطاً يتوقف عليه نفاذ الرهن في مواجهة الغير. فهو قد جعل القيد بهذه الكيفية هو السبيل الوحيد لإعلام الغير بحق الرهن. إلا أنه ينبغي في البداية أن نحدد المقصود بالغير في شأن نفاذ رهن المنقول دون حيازة، وذلك على النحو التالي:

#### المقصود بالغير في شأن نفاذ رهن المنقول دون حيازة:

لم يرد ضمن التعريفات التي أوردها قانون تنظيم الضمانات المنقولة في أولى موادها، ولا ضمن تلك الواردة في لائحته التنفيذية، بياناً للمقصود باصطلاح "الغير" الذي ينفذ رهن المنقول في مواجهته. لذا فإن تحديد المقصود بالغير في هذا الصدد يقتضي الرجوع لمعناه في الشريعة الأعم، أي الطائفة التي ينتمي إليها هذا التأمين، وهي طائفة الرهون. وعليه نلجأ هنا للقياس على المقصود بالغير بشأن نفاذ الرهن الرسمي والحيازي.

وطالما أن المسألة محل القياس تتعلق بنفاذ الرهن، فقد يبدو أن الأوقع القياس على الرهن الرسمي. ذلك لأن نفاذ رهن المنقول دون حيازة يتفق مع الرهن الرسمي (دون الحيازي) في توقف نفاذ كل منهما على شرط القيد<sup>١</sup>، مع اختلاف شكله في كل حالة. إلا أنه لا فرق في مسألة تحديد المقصود بالغير بين الرهن الرسمي والحيازي، فهو يشمل ذات الفئات في كل منهما.

<sup>١</sup> غير أنه بالنسبة للرهن الرسمي في القانون المصري، لا ينشأ إلا إذا أفرغ في الشكل الرسمي، ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد.

إن المقصود بالخير في أحكام نفاذ الرهن هو: كل من يمكن أن يُضار بسبب وجود الرهن نتيجة لتأثره بما يخوله الرهن للدائن المرتهن<sup>١</sup> من حق في التقدم وفي التتبع، ذلك عدا الراهن وورثته<sup>٢</sup>.

بناءً على التعريف السابق يدخل في مفهوم الخير في هذا الصدد كل من:

١. **الدائنون العاديون للراهن.** ووجه الضرر هنا أن المنقول المرهون دون حيازة هو أحد عناصر الضمان العام لمدينهم، وهم جميعاً متساوون في هذا الضمان بغض النظر عن تواريخ نشوء ديونهم. فنفاذ الرهن في مواجهتهم يعني أن يكون للمرتهن حق التقدم عليهم (مادة ١٠٥٦ مدني) طالما قام بقيد الرهن قبل تاريخ التنفيذ على أموال الراهن، وذلك أياً كان تاريخ قيد الرهن<sup>٣</sup>. واستيفاء المرتهن لحقه من المنقول الضامن بالأولوية قد لا يُبقي لهم شيئاً من قيمة المنقول، وعلى أفضل الفروض يتبقى لهم مقدار ضئيل من تلك القيمة.

٢. **الدائنون ذوي الحقوق العينية التبعية على المرهون.** إن نفاذ الرهن في مواجهتهم يعني أن للدائن المرتهن حق التقدم عليهم في استيفاء حقه من ثمن بيع الشيء المرهون<sup>٤</sup>. ولكن لا يُعتبر الرهن نافذاً تجاههم إلا إذا كان تاريخ قيده يسبق تاريخ كسب حقوقهم (مادة ١٠٥٣ مدني، مادة ١٢ شهر عقاري).

٣. **كل من اكتسب على المرهون حق عيني أصلي.** وذلك شأن مشتري الشيء المرهون أو من اكتسب عليه حق انتفاع. ووجه الضرر في هذه الحالة أن نفاذ حق الرهن يخول الدائن حق تتبع المرهون في أي يد تنتقل إليها حيازته. وينفذ الرهن هنا في مواجهتهم إذا تم قيده قبل كسبهم لحقوقهم.

<sup>١</sup> أو من يحل محله بموجب المادة ٢/١٠٥٣ مدني، والمادة ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري. وقد ورد نص كل منهما على أنه: " لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي". وطبقاً لهذه المواد فإن من = يمكن أن يحل محل الدائن المرتهن هو المُحال له بحق مضمون برهن، أو المُتنازل له عن مرتبة القيد بشرط التأشير بالحوالة أو التنازل في هامش القيد الأصلي.

<sup>٢</sup> د. عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص ٧٧، بند ٥٦.

<sup>٣</sup> انظر: د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٣٥٣-٣٥٤.

<sup>٤</sup> انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء العاشر: التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص ٤٣٤، بند ١٩٠.

قد تعرضنا لمفهوم الغير كتقديم أساسي من أجل الشروع في دراسة ما يتناوله هذا الفصل. بذلك بقي أن نعرض للنظام الجديد لقيود هذا النوع من الرهون الذي استحدثه القانون ٢٠١٥/١١٥، وهو "سجل الضمانات المنقولة"، ولقواعد الشهر فيه. وننتقل بعد ذلك لتناول النتائج المترتبة على نفاذ الرهن تجاه الغير؛ ألا وهي ثبوت حق الدائن في التقدم، وحقه في التتبع.

على ما سبق، ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين كالتالي:

**المبحث الأول:** تنظيم شهر حق الضمان المُقرر للدائن.

**المبحث الثاني:** النتائج المترتبة على نفاذ الرهن تجاه الغير.

### **المبحث الأول**

#### **تنظيم شهر حق الضمان المُقرر للدائن**

##### **\*تمهيد:**

يشترك كل من الرهن الرسمي ورهن المنقول دون حيازة في ضرورة القيد، حيث يُعد هذا القيد الضمانة الوحيدة التي يحصل عليها المرتهن في مقابل نقل الحيازة في الرهن الحيازي. على الرغم من هذا التشابه، يوجد فروق جوهرية بين القيد في كل من الرهن الرسمي ورهن المنقول دون حيازة نوضحها فيما يلي:

**أولاً:** الرهن الرسمي عقد شكلي، لا يكفي لانعقاده رضاء أطرافه وإنما لابد من إفراغه في شكل رسمي طبقاً للأوضاع المقررة في القانون. وعليه تُعد الرسمية ركناً لازماً لانعقاد الرهن ونشوءه. بينما عقد رهن المنقول دون حيازة هو عقد رضائي، وليس عقداً شكلياً. ومع ذلك فإنه يُستدل من نصوص قانون تنظيم الضمانات المنقولة أنه ينبغي أن يكون مكتوباً، ولا يصح أن يكون شفهيّاً. ولعل أبرز ما يشير إلى ذلك المادة ٨ من القانون المذكور، إذ تضع في مقدمة الشروط المطلوبة لإنشاء حق الضمان أن يتم إبرام العقد في شكل مستند عرفي أو رسمي أو محرر إلكتروني. أما شرط القيد في سجل الضمانات المنقولة فيتربط عليه نفاذ الرهن في مواجهة الغير، أي هو وسيلة لإعلام الغير بنشوء الرهن على المنقول وليس ركناً لانعقاده (مادة ١١ من قانون الضمانات المنقولة).

ثانياً: يتم قيد عقد الرهن الرسمي في الشهر العقاري، وهو يخضع لقانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦. أما رهن المنقول دون حيازة فلا يخضع لهذا النظام في الشهر، وإنما استحدث له المشرع في قانون الضمانات المنقولة نظام عصري وهو السجل الإلكتروني.

ويعكس هذا التجديد في وسيلة الشهر استجابة المشرع المصري لمتطلبات العصر الحديث من توفير السرعة والتيسير في المعاملات، خاصة التجارية منها. فلا شك أن الوقت أصبح في عصرنا أقيم عناصر الإنتاج. وقد سبق أن ذكرنا ان اعتبارات السرعة والتيسير وتشجيع الائتمان هي ما حدث بالمشرع إلى استحداث نظام رهن المنقول دون حيازة، وبالتالي كان لا بد من تبني نظام للقيد يتلاءم مع هذه الأهداف.

وفي هذا المبحث نتعرض لهذا النظام الجديد للقيد في مطلبين:

**المطلب الأول:** سجل الضمانات المنقولة.

**المطلب الثاني:** قواعد شهر حق الضمان بالسجل.

### **المطلب الأول:**

#### **سجل الضمانات المنقولة:**

لقد جاء الفصل الثاني من قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة

٢٠١٥ بعنوان: " سجل الضمانات المنقولة". ويتكون هذا الفصل من مادتين هما:

**المادة ٤:** " تقوم الجهة الإدارية المختصة بإنشاء سجل إلكتروني عام لشهر حقوق

الضمان وأي تعديل أو شطب عليها، وذلك تطبيقاً لأحكام هذا القانون.

ويجوز للجهة الإدارية المختصة أن تعهد بإنشاء وتشغيل هذا السجل لإحدى الجهات أو الشركات المتخصصة تحت رقابتها، وذلك وفقاً للقواعد والضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية.

وفي جميع الأحوال، تكون البيانات والمعلومات الموجودة بالسجل ملكاً للجهة الإدارية المختصة."

**المادة ٥:** " تقوم الجهة القائمة بتشغيل السجل بإنشاء موقع إلكتروني على شبكة

المعلومات الدولية، يمكن من خلاله الاطلاع على البيانات المشهورة بالسجل بعد أداء

مقابل الاطلاع الذي تحدده اللائحة التنفيذية، بما لا يجاوز خمسمائة جنيه سنوياً، وذلك وفقاً للمواصفات والضوابط التي تحددها الجهة الإدارية المختصة. ويحظر بغير موافقة مسبقة من الجهة الإدارية المختصة إنشاء مواقع إلكترونية شبيهة بالموقع الإلكتروني المشار إليه بالفقرة السابقة، أو قد يضل الجمهور بأنه يتضمن البيانات أو المعلومات المشهورة بالسجل. ويكون الحصول على صورة معتمدة من البيانات المشهورة في السجل وفقاً للضوابط وبعد أداء المقابل الذي تحدده اللائحة التنفيذية، وبما لا يجاوز مائة جنيه. وتكون للبيانات المشهورة بالسجل المتعلقة بوقت الإشهار وتاريخه والمصدق عليها من السجل حجية المحررات الرسمية في الإثبات.<sup>1</sup>

إن أبرز ما يُلاحظ من هذه النصوص هو ميكنة عملية القيد، بحيث تكون عملية إشهار حقوق الضمان على المنقولات من خلال سجل مركزي إلكتروني. ويتم من خلاله كذلك تعديل أو شطب أو إلغاء أي قيد. وهو تطور محمود ينطوي على العديد من المزايا. فهو بلا شك يوفر الكثير من المجهود والوقت اللازمين لإتمام عملية الشهر. فتقديم الخدمة من خلال موقع إلكتروني يجعلها متوفرة على مدار ٢٤ ساعة يوميا ولسبعة أيام في الأسبوع<sup>١</sup>.

وقد أفردت اللائحة التنفيذية لهذا القانون الفصل الثالث منها لتنظيم سجل الضمانات المنقولة. وهنا نعالج كل ما يتعلق بهذا السجل الجديد على التقسيم الذي قرره اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الضمانات المنقولة الصادرة بالقرار رقم ١٠٨ لسنة ٢٠١٦.

### **الفرع الأول:**

#### **إسناد إنشاء وإدارة السجل لإحدى الجهات:**

تنص الفقرة الأولى من المادة ٥ من اللائحة التنفيذية على أنه: "تتشئ الهيئة سجلاً مركزياً إلكترونياً لإشهار حقوق الضمان على المنقولات، ويتم إشهار الحقوق

<sup>1</sup> عدا فترات الصيانة والدعم الفني أو الحالات الطارئة والقوة القاهرة (مادة ٢/٥ من اللائحة التنفيذية).

في هذا السجل، كما يتم قيد أي تعديل أو شطب أي قيد أو إلغاؤه وفقاً للضوابط الواردة في القانون وهذه اللائحة".

والمقصود بالهيئة في هذا الصدد؛ الهيئة العامة للرقابة المالية<sup>1</sup>. وهي كذلك الجهة الإدارية المختصة التي عناها المشرع في المادة ٤ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة. فهي الجهة المنوط بها إنشاء سجل الضمانات المنقولة طبقاً لهذه المادة، ولكنها لن تتحمل القيام بهذا العبء بنفسها. لذا أجاز لها المشرع أن تعهد بإنشاء وتشغيل هذا السجل لإحدى الجهات أو الشركات المتخصصة، على أن تعمل تحت رقابتها.

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة ٦ من اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها في الجهة التي تعهد إليها الهيئة بإنشاء وتشغيل السجل. وتمثل هذه الشروط الحد الأدنى من المواصفات الواجب توافرها في مثل تلك الجهة، ويتضح ذلك من نص المادة المذكورة: "ويجب أن يتوفر في الجهة... على الأقل الشروط الآتية". وتتمثل تلك الشروط فيما يلي:

١. أن تكون ذات خبرة في مجال إمساك السجلات أو الأنظمة الإلكترونية.
٢. أن يكون لديها خبرة في مجال التطبيقات الرقمية من خلال استخدام التكنولوجيا.
٣. أن يتوافر لدى القائمين على إدارتها الخبرات التكنولوجية والقانونية والإدارية اللازمة لإدارة وتشغيل السجل والتعامل مع طالبي الإشهار.
٤. أن تتوافر لديها أنظمة تأمين البيانات والمعلومات وفقاً للمعايير التي تحددها الهيئة.
٥. أن تلتزم بالمواصفات الفنية لإنشاء وإدارة السجل وكذا أي تحديثات أو تطويرات تطلبها الهيئة وخلال المدة التي تحددها.

---

<sup>1</sup> <http://www.fra.gov.eg>

٦. أن تلتزم بإنشاء موقع إلكتروني على شبكة المعلومات الدولية يمكن عن طريقه الاطلاع على البيانات المقيدة بالسجل، وذلك وفقاً للمواصفات والضوابط التي تحددها الهيئة.

٧. أن يكون لديها الملاءة المالية على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية.

٨. أن تبرم عقداً مع الهيئة ينظم حقوق والتزامات الجهة القائمة بإدارة السجل".  
وقد اختارت الهيئة العامة للرقابة المالية إسناد هذه المهمة إلى الشركة المصرية للاستعلام الائتماني "I-Score". ومهمة هذه الشركة هي إنشاء سجل إلكتروني للضمانات المنقولة وتشغيله، وهي تخضع في ذلك لإشراف ورقابة الهيئة العامة للرقابة المالية. وقد أعلنت الشركة المذكورة أنها قد بدأت بالفعل تشغيل السجل المصري الإلكتروني للضمانات المنقولة في مارس ٢٠١٦.

ويتم الشهر بالسجل الإلكتروني من خلال قيام الدائن بتعبئة النموذج الإلكتروني المعد لهذا الغرض، ويتم السماح لأطراف عقد الضمان بوضع الشروط التجارية التي يرونها مناسبة للتعاقد، وتختص المحاكم الاقتصادية بالفصل في المنازعات والدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام القانون.

مما تجب ملاحظته أن البيانات والمعلومات الموجودة بالسجل هي ملك للهيئة العامة للرقابة المالية (مادة ٣/٤ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة).

### **الفرع الثاني:**

#### **أغراض السجل ومهامه وخدماته:**

تتناول المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الضمانات المنقولة الغرض الأساسي من وراء إنشاء السجل ألا وهو؛ قيد أو حفظ البيانات المشهورة من الدائنين أو الجهات المنصوص عليها في القانون، والمتعلقة بالحقوق على المنقولات وإتاحتها للكافة. وهو على هذا النحو يقوم على ذات الغرض الذي أنشأت من أجله مصلحة الشهر العقاري مع اختلاف محل القيد. فتلك الأخيرة تختص بشكل أساسي بقيد التصرفات المتعلقة بالعقارات.

كما تتولى ذات المادة تفصيلاً بالمهام التي أنشئ السجل من أجل الاضطلاع بها. وتأتي هذه المهام في إثني عشرة بنداً توضح الخطوات التفصيلية لكل ما يجب أن يتم بشأن طلب الإشهار، وتدوين المعلومات الواردة به، وتخصيص رقم قيد له، وغير ذلك<sup>1</sup>.

وتنظم المادة ٨ من اللائحة التنفيذية خدمات السجل. ولكنها لا تنص كما قد يبدو من عنوانها على الخدمات التي يقدمها السجل، وإنما هي تنص على الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند تقديم السجل لخدماته. من هذه الضوابط التأكيد على تمكين مستخدمي السجل من فتح حساب لديه، والحفاظ على سرية بياناته، وكذا تمكينه من إدخال التعديلات عليه، والحصول على نسخ وتقارير إحصائية مما يتضمنه السجل.

#### **الفرع الثالث:**

#### **حجية بيانات السجل في الإثبات:**

تقرر المادة ٩ من اللائحة التنفيذية أن البيانات الثابتة بالسجل، والمتعلقة بتاريخ الإشهار ووقته، المصدق عليها من السجل، تتمتع بحجية المحررات الرسمية في الإثبات. إلا أن هذه الحجية لا تثبت إلا للبيانات المشهورة على الموقع الإلكتروني الرسمي للسجل. أما ما يتناوله أي موقع إلكتروني آخر بخلاف موقع السجل من بيانات، فليس له أية حجية في الإثبات.

#### **الفرع الرابع:**

#### **كيفية استخدام السجل:**

يتضمن الفرع السادس والسابع والثامن من الفصل الثالث من اللائحة التنفيذية إجراءات البحث في السجل، والحصول على صورة معتمدة من البيانات المشهورة في السجل، ودليل استخدامه، على الترتيب.

تتناول المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية إجراءات البحث في السجل. وهي تقرر الحق لأي شخص في البحث في قواعد البيانات الخاصة في الموقع الإلكتروني للسجل. ثم تبين الأدوات التي يمكن إجراء البحث عن طريق إدخالها، وهي رقم

<sup>1</sup> راجع اللائحة التنفيذية لقانون الضمانات المنقولة، الوقائع المصرية، العدد ٢٨٢ تابع (أ)، ١٥ ديسمبر ٢٠١٥.



القيد أو الرقم القومي أو جواز السفر. وفي حالة الشخص المعنوي يتم البحث عن طريق رقم تسجيله (مادة ١٠/١) من اللائحة التنفيذية.

كما تذكر ذات المادة المعلومات التي قد تظهر نتيجة البحث في السجل.

في الفرع السابع، تتناول المادة ١١ مدى إمكانية الحصول على صور معتمدة من البيانات المدرجة في السجل. وهي تجيز ذلك لأي شخص طالما أدرج بياناته على نموذج الطلب المعد لذلك من الهيئة، وقام بتسديد المقابل المقرر لذلك. ويتم الاحتفاظ بطلبات الحصول على صور معتمدة في نظام السجل الإلكتروني. وعند حصول الشخص على صورة معتمدة من السجل يكون لها حجية في إثبات تاريخ طلب الحصول على صورة معتمدة، ووقته، ومضمون نتيجة البحث (مادة ٣/١١ من اللائحة التنفيذية).

أما الفرع الثامن فيتناول دليل استخدام السجل. ونقرر المادة ١٢ بهذا الصدد أن الهيئة تعتمد دليلاً يتضمن التعليمات الخاصة باستخدام السجل، والبيانات التي يتطلب السجل تقديمها لأغراض إحصائية.

#### \* القواعد المنظمة لسجل الضمانات المنقولة في القانون المصري والقوانين

#### النموذجية الدولية:

تأتي القواعد السابقة المنظمة لسجل الضمانات المنقولة<sup>١</sup> متوافقة مع مشروع اللوائح التنظيمية النموذجية لإشهار الحقوق الضامنة في الموجودات المنقولة الذي وضعته منظمة الأونسيترال<sup>٢</sup>. وقد أرسيت هذه الأخيرة قواعد نموذجية مفصلة بشأن إنشاء السجل، وتشغيله، وخدماته، وكيفية الشهر. ويلاحظ أن هذه القواعد، في بعض المواضع، تتيح عدة خيارات للدول الأعضاء لتمكينها من تبني الخيار الأكثر ملاءمة لقوانينها وظروفها.

<sup>١</sup> والواردة في اللائحة التنفيذية للقانون ٢٠١٥/١١٥ في المواد ٥-٩ منه.  
<sup>٢</sup> انظر: مشروع اللوائح التنظيمية النموذجية - إشهار الحقوق الضامنة في الموجودات المنقولة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة عشر، نيويورك ١١-١٥ ابريل ٢٠١١، المواد ٢-٣٢.

## المطلب الثاني:

### قواعد شهر حق الضمان بالسجل:

كما سبق أن ذكرنا فإن آلية قيد الرهون على المنقولات الضامنة وفقاً للقانون ٢٠١٥/١١٥ كانت طفرة في عملية الإشهار في القانون المصري. فهي المرة الأولى التي يقرر فيها المشرع المصري أن يتم شهر الحقوق إلكترونياً دونما ثمة تدخل بشري. لذا جاءت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بتنظيم تفصيلي لقواعد شهر حقوق الضمان في سجل الضمانات المنقولة. وقد خصصت اللائحة الفصل الرابع منها لعرض القواعد الحاكمة للشهر من حيث كفيته، وبياناته، وشروط قبوله، والمسئولية عن البيانات المشهورة، وكيفية تعديل هذه البيانات، وكيفية الاعتراض على الإشهار وإغائه. ونعرض هنا لهذه القواعد، وذلك في الفروع التالية:

### الفرع الأول:

#### القواعد العامة في الإشهار، وشروط قبوله:

تولت المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية بيان الوسيلة الوحيدة التي يتسنى عن طريقها شهر حق الضمان على المنقول طبقاً للقانون ٢٠١٥/١١٥؛ وهي استيفاء النموذج الإلكتروني المُعد لهذا الغرض. ونستخلص من هذا النص أن العبرة في اعتبار رهن المنقول دون حيازة قد تم شهره قانوناً تكون بالقيود الإلكترونية في السجل المُعد لذلك. وتوضح ذات المادة المعلومات الأساسية لعقد الضمان التي تحقق استيفاء النموذج الإلكتروني، وعلى الأخص: "وصف المنقول الضامن وصفاً عاماً أو خاصاً، وبيان أطراف عقد الضمان وصفاتهم بالنسبة للمنقول الضامن، ومدة الضمان...".

وتركز الفقرة الثانية من المادة ١٣ من اللائحة على وجوب الحصول على موافقة المدين أو مقدم الضمان على قيد حق الضمان في السجل. وقيام الدائن بالإشهار دون الحصول على تلك الموافقة "الخطية" كما اقتضت الفقرة، يُعد مخالفة لأحكام القانون واللائحة. كما بينت ذات الفقرة طريقة الحصول على موافقة المدين

أو مُقدّم الضمان وهي: "توقيع عقد الضمان أو أية وثيقة أخرى تفيد موافقته"<sup>١</sup>. وهنا يثور التساؤل إن كانت الموافقة المتطلبة عبارة عن توقيع خطي من المدين أو مقدم الضمان، بينما القيد يتم إلكترونياً، فهل المقصود ضرورة اشتراك المدين أو مقدم الضمان في عملية القيد بالتوقيع الإلكتروني بما يفيد موافقته؟ أم أنه يقوم بالتوقيع الورقي على أية وثيقة تفيد موافقته، ثم يقوم الدائن بإرفاق صورة منها بالنموذج الإلكتروني؟ أم يحصل الأخير على التوقيع الورقي دون حاجة لإرفاقها بالنموذج، وإنما يحتفظ بها كدليل على موافقة المدين أو مقدم الضمان تحسباً لادعاء الأخير عدم موافقته لاحقاً؟

لا يعني استيفاء النموذج الإلكتروني، والحصول على موافقة المدين أو مقدم الضمان على النحو الوارد في المادة ١٣ اعتبار الإشهار في السجل مقبولاً. فالمادة ١٥/١<sup>٢</sup> تستلزم لقبول قيد الإشهار في السجل أن يكون مستوفياً للشروط والبيانات والإجراءات المحددة في القانون واللائحة. وتوضح الفقرة الثانية من المادة ١٥ العلامة الدالة على استيفاء البيانات المطلوبة في السجل، وقبول عملية الإشهار ألا وهي إصدار تأكيد إلكتروني للتسجيل يتضمن تاريخ الإشهار ووقته ورقم القيد وكافة المعلومات المدرجة في عملية الإشهار. وهذا التأكيد حُجة لصالح طالب الإشهار، يحق له طباعته لاستخدامه في إثبات قبول إشهاره<sup>٣</sup>. ولكن تأكيد قبول الإشهار لا يعني نفاذه، فالمادة ١٧/١ من اللائحة قد تناولت نفاذ الإشهار وقررت أنه أو أي تعديل عليه يُعد نافذاً بمجرد ظهوره ضمن قواعد بيانات السجل، وللمدة المُحددة فيه. من الجدير بالملاحظة أنه من أهم البيانات التي يتضمنها التأكيد الإلكتروني "رقم القيد"، وهو رقم متسلسل بمثابة هوية الإشهار الذي تم قيده. وعلى طالب

<sup>١</sup> المادة ١٣ فقرة ٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الضمانات المنقولة: "وفيما عدا إشهار الإلغاء، وتقديم الاعتراض، يجب موافقة المدين/ مقدم الضمان على قيد أي إشهار في السجل عن طريق توقيع عقد الضمان أو أية وثيقة أخرى تفيد موافقته. ويعتبر الدائن مخالفاً لأحكام القانون وهذه اللائحة حالة قيامه بقيد أي إشهار دون الحصول على موافقة المدين/ مقدم الضمان الخطية المسبقة".

<sup>٢</sup> وهي تقضي بأنه: "لا يُقبل قيد أي إشهار في السجل... ما لم يكن مستوفياً للشروط والبيانات والإجراءات المحددة في القانون وهذه اللائحة وفقاً للنموذج المُعد من الهيئة".

<sup>٣</sup> م ١٥/٢ من اللائحة التنفيذية: "وفي حالة استيفاء البيانات المطلوبة في السجل، تُقبل عملية الإشهار ويتم إصدار تأكيد إلكتروني للتسجيل يتضمن تاريخ الإشهار ووقته ورقم القيد وكافة المعلومات المدرجة في عملية الإشهار، ولطالب الإشهار طباعة هذا التأكيد لاستخدامه في إثبات قيامه بتسجيل الإشهار".

الإشهار الاحتفاظ بهذا الرقم إذ يُطلب منه إدخاله في كل مرة يرغب في القيام بأية عملية تتعلق بهذا القيد كالتعديل أو الإلغاء أو المتابعة<sup>١</sup>.

أما إن لم يكن الإشهار مستوفياً كافة الشروط والبيانات والإجراءات - على النحو الوارد في المادة ١/١٥ من اللائحة - يرفض السجل قيد الإشهار عن طريق إظهار رسالة إلكترونية تحدد سبب الرفض وما يلزم لاستكمال البيانات (م ٤/١٥ من اللائحة).

أما الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من اللائحة فإنها تُعدّ المعلومات التي تظهر بعد قبول عملية الإشهار واعتباره نافذاً<sup>٢</sup>. كما تنوه هذه الفقرة إلى أمر هام؛ هو أن قبول تسجيل الإشهار لا يُعد دليلاً على دقة المعلومات التي يتضمنها، ذلك مع عدم الإخلال بالحجية المقررة لتاريخ الشهر.

#### الفرع الثاني:

#### البيانات المطلوبة للإشهار في السجل، وكيفية تعديلها:

تورد اللائحة في المادة ١٤ تفصيلاً للبيانات الواجب استيفائها حتى يتم قيد الإشهار في السجل صحيحاً. وأبرز هذه البيانات: بيانات المدين أو مقدم الضمان، بيانات طالب الإشهار، وصف للمنقول موضوع الإشهار، مدة سريان الإشهار، وقيمة الالتزام المقرر على المنقول الضامن عند قيد الإشهار في السجل. قد يقوم طالب الإشهار باستيفاء البيانات الواردة في المادة ١٤، وكذلك كافة الشروط والإجراءات بحيث يتم قيده سليماً، ثم يطرأ لاحقاً تغيير في أحد تلك البيانات. وفي هذه الحالة أجازت المادة ١٨ من اللائحة تعديل الإشهار الذي تم قيده عن طريق إشهار التعديل ذاته. إلا أنها استلزمت استيفاء بيانات محددة من أجل

<sup>١</sup> م ٣/١٥ من اللائحة التنفيذية: " ويُصدر النظام الإلكتروني عند قيد كل إشهار رقماً متسلسلاً خاصاً يُستخدم لاحقاً للتحقق من رقم الإشهار عند إدخاله في الإشهارات اللاحقة المتعلقة بذلك الإشهار".  
<sup>٢</sup> وتنص على أنه: " ويعتبر الإشهار نافذاً بمجرد قبول عملية الإشهار وظهور المعلومات الآتية في السجل:

- ١- تاريخ الإشهار ووقته.
- ٢- رقم إشهار غير مكرر صادر عن السجل لكل إشهار.
- ٣- البيانات المدرجة في الإشهار فيما عدا تلك البيانات المستخدمة لغايات إحصائية...".

تسجيل إشهار التعديل هي: رقم القيد غير المكرر للإشهار، واسم طالب الإشهار الذي يُجري التعديل أو صاحب الحق المشهر بالسجل وصفته.

وتقرر الفقرة الثانية من المادة ١٨ جواز أن يكون محل التعديل هو مدة الإشهار بحيث يتم مدها، ولكن ينبغي أن يتم هذا المد قبل انتهاء المدة الأصلية. وهنا يقوم طالب التعديل بتسجيل المدة الجديدة للسريان في الخانة المخصصة لذلك. كما تنوّه الفقرة الثالثة من ذات المادة إلى ضرورة الحصول على موافقة المدين أو مقدم الضمان على التعديل المرجو إجرائه، ما لم يكن هذا التعديل في مصلحة المدين أو مقدم الضمان. وهي تشير إلى نماذج من البيانات التي يستوجب تعديلها موافقة المدين كإضافة منقول ضامن، أو مدين أو مقدم ضمان جديد، أو تمديد سريان الإشهار أو زيادة قيمة الالتزام المضمون<sup>١</sup>.

### الفرع الثالث:

#### المسئولية عن البيانات المشهورة:

توضح المادة ١٦ في فقرتها الأولى أن الخطوة الأولى في عملية الإشهار تتمثل في وجوب قيام الدائن بفتح حساب لدى مُشغل السجل. فحتى تُنسب إليه البيانات التي سيتم إدراجها في الصفحة الإلكترونية الخاصة بالسجل، لا بد للدائن من إنشاء حساب باسمه على هذه الصفحة أولاً.

قد سبق أن نوّهنا إلى أن قبول تسجيل الإشهار ليس دليلاً على صحة أو دقة المعلومات التي يتضمنها طبقاً للمادة ١٥ من اللائحة. وهو ما يثير التساؤل عن المسئولية عن صحة مثل هذه المعلومات؟ تجيب المادة ٢/١٦ عن هذا التساؤل، فقد أفصحت أن طالب الإشهار يكون مسؤولاً عن صحة البيانات التي يقوم بإدخالها على الموقع الإلكتروني في نموذج الإشهار أو المستندات المرفقة به. وبالتالي فإن أي أضرار قد تترتب للهيئة أو ذوي الشأن أو الغير تنشأ عن بيانات أو معلومات خاطئة وارادة في الإشهار، تقع على عاتق الدائن مسئولية تعويضها.

<sup>١</sup> وقد ورد نص هذه الفقرة كالتالي: "وعدا الحالات التي يكون فيها التعديل لمصلحة المدين/مقدم الضمان فإذا كان موضوع الإشهار المعدل إضافة منقول ضامن أو مدين أو مقدم ضمان أو تمديد سريان الإشهار أو زيادة قيمة الالتزام المضمون، فيجب الموافقة عليه من المدين/مقدم الضمان".

ونرى هنا أن تنظيم المسؤولية عن البيانات المشهورة على هذا النحو الذي يتضمن تحميل الدائن وحده تلك المسؤولية أمر منتقد. ولا بد - في نظرنا - من توفير آلية تضمن أن يشترك كل من الدائن والراهن - سواء كان هو المدين أو غيره -، وكذلك المدين بأشخاصهم أو بوكلاء عنهم في تحمل مسؤولية صحة البيانات الواردة في الإشهار. ذلك أن البيانات اللازم استيفائها منها ما يخص المنقول الضامن وهي وصفه، وبيان صفات أطراف عقد الضمان بالنسبة له، ومدة الضمان (مادة ٦ و ٢/٨ من القانون ١١٥ / ٢٠١٥). ومن تلك البيانات ما يتعلق بالدين المضمون، وهي قيمة الالتزام المقرر على المنقول الضامن وقت قيد الإشهار (مادة ١٤/هـ من اللائحة التنفيذية). فضلاً عن ذلك، فإن النتيجة الأساسية المترتبة على الإشهار، والمتمثلة في تحميل المنقول الضامن بحق عيني تبقي مقرر لمصلحة الدائن إنما تخص كافة أطراف العلاقة الضمانية، وعليه ينبغي أن يشتركوا جميعاً في تحمل تبعات أي خطأ يرد في هذه البيانات.

#### **الفرع الرابع:**

#### **الاعتراض على البيانات المشهورة. وكيفية إلغاء الشهر:**

بعد تمام إشهار القيد في السجل وظهوره ضمن قواعد بياناته، قد يود المدين أو مقدم الضمان، أو أي شخص ذو مصلحة أن يعترض على الإشهار ذاته، أو على أي من بياناته. وقد أتاحت المادة ١٩ من اللائحة القيام بمثل هذا الاعتراض. ففي فقرتها الأولى تبين المادة ١٩ حق كل من تم إدراج اسمه كمدين أو مقدم ضمان في أن يتقدم إلى السجل باعترض على الإشهار أو أي من البيانات الواردة به. إلا أنها تشترط أن يتضمن الاعتراض بيانات محددة حتى يُعد مقبولاً هي: "١- اسم المعترض. ٢- رقم القيد للإشهار المُعترض عليه. ٣- بيان أسس الاعتراض، بما في ذلك الادعاء بعدم صحة الإشهار أو عدم دقة المعلومات الواردة فيه. ٤- أي بيانات أخرى يطلبها المُشغل."

كخطوةٍ تاليةٍ يقوم السجل بإخطار الدائن بالاعتراض إلكترونياً، ثم الرد على مقدم الاعتراض خلال أسبوع من تاريخ تقديمه بما انتهت إليه الإجراءات (مادة ٢/١٩ من اللائحة).

وتوضح الفقرة الأخيرة من ذات المادة أن حق الاعتراض لا يقتصر على المدين أو مقدم الضمان، وإنما يحق لكل ذي مصلحة الاعتراض على ما يرد من إشهار لحقوق الضمان بالسجل. إلا أن الاعتراض المقدم من هذه الفئة الأخيرة يكون له سبيل مغاير إذ يُقدم لقاضي الأمور المستعجلة، وذلك دون أن يؤثر هذا الاعتراض على نفاذ حق الضمان في مواجهته أو في مواجهة الغير (مادة ٣/١٩ من اللائحة).

ولا شك أن تقرير حق في الاعتراض على البيانات التي تم إشهارها لكل ذي مصلحة، خطوة موفقة ومحمودة. فمثل هذه الآلية تكفل علم المدين ومقدم الضمان بالبيانات التي تم شهرها في السجل في حالة عدم اشتراكه بشخصه مع الدائن أو الراهن في استيفاء بيانات الشهر. كما أنها تحافظ على شيء من التوازن في مقابل الوضع المنتقد الذي أرسته المادة ٦ من تقرير انفراد الدائن بشهر حق الضمان. وقد يحدث أن ينقضي حق الضمان الذي تم قيده قبل انتهاء مدة إشهاره بالسجل لأي سبب كالإبراء أو الأداء أو غيرهما. في مثل هذه الحالة تُلزم المادة ٢٠ من اللائحة الدائن أو غيره من أصحاب الحقوق المشهورة بإلغاء الإشهار خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ تحقق الواقعة المُشبهة لانقضاء حق الضمان. وتعرض الفقرة الثانية من المادة ٢٠ كيفية القيام بالإلغاء. وهي تقضي بأنه يتم عن طريق استيفاء نموذج إلكتروني مُخصص للإلغاء، ويجب أن ينطوي هذا النموذج على البيانات التي أورتها الفقرة المذكورة<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> ورد نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الضمانات المنقولة كالتالي: "ويستوفي الدائن أو غيره من أصحاب الحقوق المشهورة بالسجل النموذج الإلكتروني للإلغاء والمعد لهذا الغرض بالسجل والذي يجب أن يتضمن:

- ١- رقم القيد غير المكرر للإشهار.
- ٢- اسم طالب الإشهار الذي يجري الإلغاء أو صاحب الحق المشهر بالسجل وصفته.
- ٣- إقرار بأن المطلوب إلغاؤه أصبح غير نافذ في مواجهة الدائن أو صاحب الحق المشهر بالسجل طالب الإلغاء، وكذا غير نافذ في مواجهة المدين/مقدم الضمان والغير."

من الجدير بالذكر أن القيام بإلغاء الإشهار على النحو السابق لا يعني توقف عرضه ضمن قواعد بيانات السجل. وإنما يستمر عرض الإشهار - رغم إلغائه - إلى حين انقضاء مدته، ولكن مع إضافة عبارة تفيد أنه قد ألغي (مادة ٣/٢٠ من اللائحة).

وقد قدمت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠ من اللائحة وسيلة بديلة لإلغاء الإشهار في حالة عدم قيام الدائن أو غيره من أصحاب الحقوق المشهورة بالسجل خلال مدة العشرة أيام المحددة بالفقرة الأولى. فهي تُجيز للمدين أو مقدم الضمان أو كل ذي صفة أو مصلحة أن يتقدم لقاضي الأمور المستعجلة بعريضة لإصدار أمر بإلغاء القيد، على أن يوضح بها سبب انقضاء الضمان. وهنا يقوم القاضي بإصدار أمراً بإلغاء الإشهار خلال يومي عمل على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب. ويتولى السجل بدوره إلغاء الإشهار لدى استلام نسخة رسمية من الأمر الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة بإلغاء (مادة ٥/٢٠ من اللائحة).

مما تجدر ملاحظته أن كافة القواعد المتقدمة، الخاصة بشهر حق الضمان، تأتي متسقة مع التوصيات التي وضعتها منظمة الأونسيترال بشأن البيانات المتطلبة في الإشهار الأولي، وتعديل المعلومات الواردة في قيود السجل، وإلغائها<sup>١</sup>.

## المبحث الثاني

### النتائج المترتبة على نفاذ الرهن تجاه الغير

#### \*تمهيد:

في الرهن الرسمي، حيث لا تنتقل حيازة العقار إلى الدائن المرتهن، يُعد الرهن نافذاً في مواجهة الغير بعد أن يتم قيده رسمياً لإتاحة الفرصة للغير للعلم بوجود الرهن ووقت نشوئه<sup>٢</sup>. ويترتب على نفاذ الرهن في مواجهة الغير على هذا النحو أثران رئيسيان هما؛ أن ينشأ للدائن حق التقدم، وحق التتبع. ويخول حق التقدم للدائن استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار المرهون بالأولوية على الدائنين

<sup>١</sup> لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مشروع الدليل التشريعي التقني بشأن تنفيذ سجل للحقوق الضمانية: المصطلحات والتوصيات، الدورة الثالثة والعشرون، ٨-١٢ ابريل ٢٠١٣، التوصية ١٠-٢٩.

<sup>٢</sup> انظر: د. منصور مصطفى منصور، ود. جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٩٠-١٩١.



العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة (مادة ١٠٥٦ مدني). أما حق التتبع فيسمح له بتتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه في يد حائزه (مادة ١/١٠٦٠ مدني)<sup>١</sup>.  
أما الرهن الحيازي، فإن الآثار المترتبة على نفاذه في مواجهة الغير تتقاطع مع تلك الخاصة بالرهن الرسمي في ثبوت حقي التقدم والتتبع للدائن المرتهن. إلا أنه يزيد عنه في ترتب الحق في الحبس لهذا الأخير كذلك. فيحق للدائن المرتهن رهن حيازي أن يحبس المال المرهون ضماناً لوفاء حقه إلى حين استيفاء هذا الحق كاملاً (مادة ١/١١٠ مدني). ويرجع هذا الأثر الإضافي لطبيعة الرهن الحيازي، إذ يتوقف سريانه في مواجهة الغير على انتقال حيازة الشيء إلى المرتهن أو إلى أجنبي يرتضيه المتعاقدان.

بناءً على ما سبق، فإن تحديد النتائج المترتبة على نفاذ رهن المنقول دون حيازة في مواجهة الغير تعتمد على خصائصه الأساسية. وباعتبار أن نفاذ هذا الرهن في مواجهة الغير متوقفاً على قيده في سجل الضمانات المنقولة دون انتقال المنقول من حيازة المدين، فإن آثار نفاذه على هذا النحو تقتصر، كما في الرهن الرسمي، على ثبوت حقي التقدم والتتبع للدائن المرتهن.  
وعليه فإن هاتين السلطتين هما موضوعا هذا المبحث على النحو التالي:

**المطلب الأول: حق التقدم في رهن المنقول دون حيازة.**

**المطلب الثاني: حق التتبع في رهن المنقول دون حيازة.**

### **المطلب الأول**

#### **حق التقدم في رهن المنقول دون حيازة:**

إن حصول الدائن على أولوية في اقتضاء حقه من المال الضامن متقدماً على غيره من الدائنين، هو الغرض الرئيسي من التأمينات العينية عموماً، ومنها الرهن، وهو ما يسمى بحق التقدم أو الأولوية<sup>٢</sup>. وعلى ذلك يُعد حق التقدم الذي يثبت للدائن

<sup>١</sup> ويقصد بالحائز في هذا الصدد: "كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن". المادة ٢/١٠٦٠ مدني.

<sup>٢</sup> انظر: د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٠٥.

المرتتهن بمجرد نفاذ الرهن في مواجهة الغير هو جوهر الرهون على اختلاف أنواعها، بما فيها رهن المنقول دون حيازة.

### الفرع الأول:

#### مضمون التقدم

لقد تناول قانون تنظيم الضمانات المنقولة هذا الحق بالتنظيم في المادة ٣/١٧، والتي تنص على أنه: "إذا تعددت حقوق الضمان على المنقول الضامن، تُحسب مرتبة حق الضمان من وقت وتاريخ إشهاره في السجل بغض النظر عن التاريخ المنشئ للحق في هذه الضمانات، ويستوفي صاحب الحق الأسبق في الإشهار حقه قبل الدائن الذي يليه".

كما أشار ذات القانون إلى حق التقدم عرضاً في مواضع متفرقة. من ذلك ما نصت عليه المادة الرابعة من مواد إصدار القانون رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥، والمتعلقة بالحقوق المنشأة على المنقولات قبل العمل بأحكام هذا القانون. وتنص هذه المادة في فقرتها الثانية على أنه: "وفي حالة شهر أي حق من الحقوق المشار إليها في الفقرة السابقة، تتحدد أولوية ذلك الحق من تاريخ نفاذه في مواجهة الغير وفقاً للقانون الذي نشأ بموجبه أو من تاريخ شهره بالسجل أيهما أسبق". كما تمت الإشارة إليه بشكل غير مباشر في المادة ١٢ من القانون<sup>١</sup>، والتي تناولت التنازل عن مرتبة الأولوية. وتنص المادة المذكورة في فقرتها الثالثة على أنه: "كما يجوز للدائن التنازل كتابةً عن مرتبة الأولوية لحق الضمان المقرر له وفقاً لأحكام هذا القانون في حدود الدين المضمون بهذا الحق...".

نخلص من ذلك إلى أن تنظيم حق الأولوية الممنوح للدائن في رهن المنقول دون حيازة لا يختلف في مضمونه وأحكامه عن نظيره في الرهن الرسمي. ونخص بالذكر في هذا الصدد الرهن الرسمي دون الحيازي لأنه يتفق مع رهن المنقول الضامن من حيث توقف نفاذ كل منهما في مواجهة الغير على الشهر، دون انتقال حيازة الشيء، مع اختلافهما في محل الرهن. وقد ورد تنظيم حق التقدم في الرهن

<sup>١</sup> وتقابلها المادة ٣١ من اللائحة التنفيذية.

الرسمي في المادة ١٠٥٦ مدني والمواد التالية لها، وهي تنص على أنه: "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد". كما تنص المادة ١٠٥٧ بشأن كيفية حساب مرتبة الرهن على أنه: " تُحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً".

يُعد حق التقدم جوهر الحق العيني التبعية، وهو أقوى الضمانات التي يقدمها رهن المنقول دون حيازة للدائن المرتهن. ذلك أن هذا الحق يمثل حصانة للدائن من مزاحمة باقي الدائنين تكفل له الحصول على حقه أولاً من ثمن المنقول، وهو ما يرجح اقتضاء أمواله كاملة، غير منقوصة. كما أن الأفضلية التي يكفلها هذا الحق تتحقق سواء بقي المال في يد الراهن أو انتقل إلى غيره<sup>١</sup>.

### الفرع الثاني:

#### محل التقدم:

تطبيقاً للقواعد العامة، فإنه عند حلول أجل الدين، يتم التنفيذ على ثمن بيع المنقول الضامن كي يتحصل الدائنون على حقوقهم. وهنا يُطبق حق التقدم في استيفاء الحقوق بحسب مرتبة كل دائن. وإن هلك المنقول لأي سبب ينتقل محل التنفيذ إلى مبلغ التعويض أو التأمين الذي يحصل عليه المدين<sup>٢</sup>.

وقد حددت المادة الأولى من قانون تنظيم الضمانات المنقولة، التي تتناول التعريفات ونطاق التطبيق، المقصود بالمنقول في تطبيق أحكامه<sup>٣</sup>. وعليه فإن فئات المنقولات التي تضمنتها هذه المادة تُعد مما يدخل في وعاء حق التقدم.

<sup>١</sup> انظر: هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص ٤٩ وما بعدها.

<sup>٢</sup> المواد ١٠٥٦-١٠٥٨ مدني.

<sup>٣</sup> وقد نصت هذه المادة على أن المقصود بالمنقول: " كل منقول مادي قائم أو مستقبلي أو منقول معنوي قائم مملوك للمدين أو مقدم الضمان أو الدائن، يكون ضمناً لالتزام أو دين أو تمويل أو تسهيل ائتماني وفقاً للضوابط التي تضعها اللائحة التنفيذية وعلى الأخص ما يلي:

- ١- الديون المستحقة أو المؤجلة.
- ٢- الحسابات الدائنة لدى البنوك بما في ذلك حساب الوديعة أو الحساب الجاري.
- ٣- السندات القابلة لنقل ملكيتها عن طريق التسليم أو التطهير التي تثبت استحقاق مبلغ أو ملكية بضائع، بما في ذلك الأوراق التجارية وشهادات الإيداع البنكية ووثائق الشحن وسندات إيداع البضائع.

- كما تولت المادة ٣ من ذات القانون تحديد المنقولات التي لا يجوز إنشاء حق الضمان عليها. وبالتالي فإن هذه المنقولات فإن مثل هذه المنقولات لا تعتبر - بطبيعة الحال - محلاً لتطبيق حق التقدم، وهي:
- " ١- المنقولات المملوكة للدولة أو لهيئات وجهات الوقف، أو المملوكة للسفارات الأجنبية والهيئات التي تتمتع بالحصانة.
- ٢- الامتيازات والترخيص الممنوحة من الدولة، أو الهيئات العامة، أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.
- ٣- المنقولات التي تملكها البنوك عدا المعدات اللازمة لعملها لتمويل شرائها.
- ٤- المنقولات المخصصة لأغراض شخصية، أو منزلية إلا لتمويل شرائها.
- ٥- المنقولات المملوكة على الشيوع ما لم يوافق جميع المالكين على إنشاء حق الضمان<sup>١</sup>."

### الفرع الثالث:

#### حق التقدم في الاتفاقيات الدولية:

قامت منظمة الأونسيترال بالنص على حق التقدم وتنظيمه في مشروعات القوانين النموذجية التي أعدتها. فأحد هذه المشروعات قد تناول بشكل خاص أولوية الحق في الضمان<sup>٢</sup>. وتنص المادة ٢٨ من هذا المشروع بعنوان "الحقوق الضمانية المتنافسة" على أنه:

- " ١- تحدد أولوية الحقوق الضمانية المتنافسة التي أنشأها المانح نفسه في الموجودات المرهونة نفسها وفقاً لترتيب النفاذ تجاه الأطراف الثالثة.

٤- المعدات وأدوات العمل أو المخزون.

٥- الأشجار أو المحاصيل الزراعية أو الحيوانات أو الطيور.

٦- العقار بالتخصيص شريطة إمكانية فصله عن العقار دون إحداث ضرر لأي منهما.

٧- المعادن قبل استخراجها.

٨- الحقوق الواردة على الإبداعات والابتكارات من براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق المؤلف وغيرها من حقوق الملكية الفكرية.

<sup>١</sup> ابصد هذه الفئة الأخيرة المتعلقة بملكية المرهون على الشيوع، نرى إمكانية مساواة حالة موافقة جميع المالكين بالموافقة الصادرة من الأغلبية المعتبرة قانوناً تطبيقاً للمادة ٨٣٢ مدني. فقد جاء نص المادة ٨٣٢ مدني عاماً مما يرجح انطباقه بشأن رهن المنقول بلا حيازة.

راجع حكم الرهن الصادر من الأغلبية المعتبرة قانوناً: د. همام محمد زهران، مرجع سابق، ص ٢٧١.

<sup>٢</sup> مشروع قانون نمونجي بشأن المعاملات المضمونة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك ٨-١٢ فبراير ٢٠١٦.

٢- تحدّد الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة التي أنشأها مانحون مختلفون في الموجودات المرهونة نفسها وفقاً لترتيب نفاذها تجاه الأطراف الثالثة.

٣- تتحدد وفقاً لوقت التسجيل أولوية الحق الضماني الذي سجل بشأنه إشعار في السجل قبل إبرام الاتفاق الضماني، أو في حالة الحق الضماني في موجودات آجلة قبل اكتساب المانح الحقوق في الموجودات أو صلاحية رهنها.

كما ينظم المشروع تفصيلاً المنقولات التي يمكن أن تكون وعاءً لحق الأولوية. ونخلص من ذلك أن تنظيم مضمون حق الأولوية ومحلّه على الصعيد الدولي، لا تعارض أو اختلاف بينه وبين تنظيم المشرع المصري لهما في قانون تنظيم الضمانات المنقولة، ونصوص القانون المدني المتعلقة بحق الأولوية.

### المطلب الثاني:

#### حق التتبع في رهن المنقول دون حيازة:

يشير التتبع في الرهون عموماً إلى حق الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون وبيعه بالمزاد العلني في مواجهة الغير، وذلك في حالة خروجه من يد الراهن خروجاً لا يُحتج به على المرتهن<sup>١</sup>. وعلى ذلك يُعد حق التتبع ضماناً تحمي الدائن من خطر خروج المال المرهون من ذمة الراهن.

وقد نظم قانون الضمانات المنقولة حق التتبع في المادة ٣/١٧، وهي تنص على أنه: "للدائنين المشهرة حقوقهم المضمونة في السجل أن يتتبعوا المنقول في أية يد كانت ولهم أن يستوفوا حقوقهم قبل الدائنين العاديين بحسب مرتبة كل منهم".

وقد نص المشرع على هذا الحق بشأن الرهن الرسمي في المادة ١٠٦٠ مدني: "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه...". ويبدو من هذا التنظيم أن كلاً من حق التقدم والتتبع

<sup>١</sup> وفي تعبير آخر: "التتبع إنما يعني بقاء الحق العيني قائماً رغم اختلاف الأيدي التي تحتبس الشيء أو تحوزه..". د. هاندير أسعد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٦.

منفصلاً عن الآخر، إذ نظم المشرع حق التتبع في المادة السابقة بينما نظم حق التقدم منفصلاً في المادة ١٠٥٦ التي سبقت الإشارة إليها. على الرغم من ذلك، يذهب الفقه الراجح إلى عدم اعتبار التتبع في الحق العيني التبعية سلطة مستقلة عن التقدم، بل أن هذا الأخير هو جوهر الرهن ومقصده الرئيسي، والتتبع خادم له؛ شرعاً لحمايته وضمان وقوعه في جميع الأحوال، أي حتى وإن خرج المرهون من يد الراهن<sup>١</sup>.

إن تطبيق سلطة التتبع بالمفهوم السابق على رهن المنقول دون حيازة تختلف إلى حد ما عن الرهن الحيازي. ذلك أن المنقول لم يكن في حيازة المرتهن ثم خرج منها، وإنما لم يدخل في حيازة المرتهن من الأساس. وهو في ذلك يتشابه مع الرهن الرسمي، مما يجعل فكرة التتبع فيهما تميل إلى أن تكون معنوية.

إلا أن ما يبرز لنا في هذا المقام اصطدام حق التتبع في رهن المنقول دون حيازة بالقاعدة المستقرة " الحيازة في المنقول سند الملكية". الفرض هنا أن حق التتبع ينشأ للمرتهن بعد أن يقوم بقيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة. وهنا تثار عدة تساؤلات: ما أثر قيد الرهن قبل انتقال ملكية المنقول للحائز؟ هل يسقط هذا القيد أثر قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية" طالما جاء سابقاً لانتقال الحيازة؟ أم تظل الحيازة لها اليد العليا بشأن المنقولات؟ وما الشروط الواجب توافرها في الحائز طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠٦٠؟

من ناحية أخرى، يثار التساؤل: هل ينطبق حق التتبع بنفس الشكل سواء كان المنقول معين بالنوع أو معين بالذات؟ أم أنه يجب التمييز بين رهن المنقول المثلي ورهن المنقول القيمي؟

بناءً على ما سبق نتناول في هذا المطلب المسائل السابقة في أربعة فروع

كالآتي:

**الفرع الأول:** الشروط الواجب توافرها في حائز المنقول المرهون.

**الفرع الثاني:** حق تتبع المنقول المرهون وقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية".

<sup>١</sup> د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٠٤، ١٠٥.

الفرع الثالث: مباشرة حق التتبع على المنقولات المعينة بالذات.  
الفرع الرابع: مباشرة حق التتبع على المنقولات المعينة بالنوع.

### الفرع الأول:

#### الشروط الواجب توافرها في حائز المنقول المرهون:

حددت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٠ مدني الشروط الواجب توافرها في الشخص الذي تتوافر فيه صفة حائز العقار الذي يمكن الاحتجاج بالرهن الرسمي في مواجهته. ويمكننا هنا القياس على هذه الشروط بشأن حائز المنقول المرهون دون حيازة نظراً لاتفاق هذا الرهن مع نظيره الرسمي في أبرز الخصائص؛ وهي ضرورة القيد وعدم انتقال الحيازة. وتنص الفقرة المذكورة على أنه: "ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن، دون أن يكون مسئولاً مسئولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن".

تحليل هذا النص يُمكننا من التوصل إلى الشروط التي تطلبها المشرع في حائز المرهون. إلا أننا لا بد أن نراعي في استخلاص شروط الحائز هنا ما يتفق مع طبيعة المنقولات، وهذه الشروط تتلخص فيما يلي:

١. انتقال ملكية المنقول المرهون أو أي حق عيني قابل للرهن إلى الحائز. ومن مقتضى ذلك عدم اعتبار المستأجر حائزاً طبقاً لهذا المفهوم، ولا يعتبر واضح اليد حائزاً طالما لم يكتسب الملكية بالتقادم<sup>١</sup>. إلا أن هذه المقتضيات لا تنطبق في هذا المقام. ذلك لأن قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" تفترض انتقال ملكية المنقول لأي شخص تثبت له حيازته، بما في ذلك المستأجر والحائز<sup>٢</sup>.

٢. انتقال ملكية المرهون في الفترة بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. فقد سبق أن ذكرنا أن حق التتبع ينشأ كنتيجة لنفاذ الرهن عن طريق قيده.

<sup>١</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٥٢٣، بند ٢٦٢.

<sup>٢</sup> راجع: د. همام زهران، المرجع السابق، ص ٤٠٢، ٤٠٣.

فإن انتقلت ملكية المرهون قبل قيد الرهن لا يُمكن للدائن أن يتتبع المنقول في مواجهة الحائز. أما فيما يتعلق بتسجيل تنبيه نزع الملكية فهو أمر خاص بالعقارات لا ينطبق على المنقول في هذا الصدد.

٣. ألا يكون الحائز مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن. بعبارة أخرى، يجب ألا تتوافر صفة المديونية في الحائز. وعليه لا يمكن أن يعتبر حائزاً كل من المدين المتضامن أو غير المتضامن، أو الكفيل العيني أو الشخصي<sup>١</sup>.

### الفرع الثاني:

#### حق تتبع المنقول المرهون وقاعدة للحيازة في المنقول سند الملكية له:

كما سبق أن ذكرنا، ينشأ حق التتبع للدائن المرتهن في حالة خروج الشيء المرهون من يد الراهن إلى الغير ليتمكن من التنفيذ على الشيء في يد الغير. إلا أنه عندما يتعلق الأمر بمنقول يأتي هذا الحق متعارضاً مع قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية<sup>٢</sup>. والآثار المترتبة على تطبيق هذه القاعدة تجعل حق التتبع خاوياً من مضمونه. ولكن التنظيم القانوني لرهن المنقول دون حيازة يشترط قيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة حتى ينشأ حق التتبع. وهنا يثور التساؤل: أيهما أقوى؛ قيد الرهن أم حيازة المنقول؟

من أجل التوصل إلى إجابة هذا التساؤل، ينبغي أن نعرض أولاً بإيجاز لمضمون قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية"، والآثار المترتبة على هذه القاعدة، ثم نتناول أثر قيد الرهن على الأثر المسقط للقاعدة المذكورة.

<sup>١</sup> انظر: د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٢٣. ويلاحظ هنا أنه لا يعتبر وارث الراهن حائزاً للعقار المرهون كذلك. ذلك لأن لا تركة إلا بعد سداد الديون، وبالتالي لا تنتقل ملكية المنقول المرهون إلى الوارث إلا بعد أن ينحل الرهن. راجع في هذا المعنى: د. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ١٢٨.

<sup>٢</sup> وقد وصف الدكتور أحمد سلامة هذا التعارض في بحثه القيم - السابق الإشارة إليه- وصفاً بليغاً: "أما الصعوبة فتثور بمناسبة التتبع الذي تعتبر قاعدة الحيازة في المنقول عدواً لدوداً له بل عدواً تكتب له الغلبة في معظم الأحوال. ذلك أن النظام القانوني للمنقولات يربط بشدة بين حيازة المنقول وبين ملكه ملكية خالصة بحيث يغدو مبرراً اعتقاد الغير أن المتصرف يملك ملكية محررة لمجرد أن المال بين يديه. ويأتي القانون ليسند هذا الاعتقاد، ومن هنا يبرز الخطر الأكبر والذي يهدد التأمين الوارد على المنقول بشكل عام والتأمين الوارد على المنقول دون تجرد من الحيازة بشكل خاص." الرهن الطليق للمنقول، مرجع سابق، ص ١٠٨.



## أولاً: مضمون قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وشروطها:

تنص على هذه القاعدة المادة ٩٧٦ مدني:

"١- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.

٢- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها.

٣- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك."

بالإضافة إلى هذا النص فإن هذه القاعدة ثابتة في النظام القانوني منذ قديم الأزل. كما تدعمها أحكام النقض باستمرار، بحيث صارت تمثل مبدأ قانوني مستقر ينتصر لضرورة استقرار التعامل في المنقولات نظراً لسرعة تداولها.

مقتضى النص السابق أنه عند استيفاء شروط حيازة المنقول يُفترض أن حائزه هو مالكه. وإن كان المنقول مثقلاً بتكاليف أو قيود عينية كالرهن الحيازي أو رهن المنقول دون حيازة، وكان الحائز جاهلاً بوجود هذه التكاليف، فإنه يكتسب ملكية المنقول غير محمل بأي قيود. وبالتالي يُعد حائز المنقول محصن قانوناً ضد دعوى الاسترداد التي قد يقيمها ضده الدائن المرتهن. كما أنه لا يحتاج إلى إثبات ملكيته للمنقول، إذ منحه نص القانون قرينة على هذه الملكية بمجرد حيازته للمنقول. بل وافترض قيام شروط هذه الحيازة من سبب صحيح وحسن نية إلى أن يثبت عكس ذلك.

مؤدى ما سبق أن هذه القاعدة تمثل عائقاً قوياً أمام المرتهن في رهن المنقول دون حيازة. ذلك أنها تقف أمام استعماله لحقه في استرداد المنقول الضامن<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> انظر: د. سهام عبد الرزاق مجلي، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٨، ص ٣١٥.

وقد وضع الفقه لقاعدة الحيازة في المنقول أربعة شروط؛ لا بد من تحققها

حتى تترتب آثار القاعدة وهي:

١. أن تقع هذه القاعدة على منقول مادي أو معنوي تجسّد فأخذ حكم المنقول المادي<sup>٢</sup>.

٢. أن يخضع هذا المنقول لحيازة صحيحة. ويقصد بذلك أن تكون حيازة حقيقية لا رمزية، أصيلة لا عارضة، وأن تكون فعلية بنية التملك بريئة من شائبة الغموض واللبس<sup>٣</sup>.

٣. أن تُبنى الحيازة على سبب صحيح. والسبب الصحيح المقصود هنا هو ذاته المنصوص عليه في التملك بالتقادم الخمسي<sup>٤</sup>، والذي عرفته المادة ٣/٩٦٩ مدني بأنه: "سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم...". إلا أن الحق المراد كسبه على المنقول هنا يُراد كسبه بالحيازة لا بالتقادم.

٤. أن تُقرن الحيازة بحسن نية الحائز. وقد بينت المادة ١/٩٦٥ مدني المُراد بالشخص حسن النية إذ قضت بأنه: "يُعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الحق ناشئاً عن خطأ جسيم". وعليه يُقصد بحسن النية هنا اعتقاد الحائز أنه تلقى الحق من المالك أو ممن يملك تقرير الحق. ولكن يجب ألا يكون هذا الاعتقاد قائماً على خطأ جسيم من جانبه وإنما خطأ مغتفر يستقيم معه القول بتوافر حسن النية.

<sup>1</sup> انظر في تفصيل هذه الشروط: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع- أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ١١١٨ وما بعدها، فقرة ٤٣٨-٤٤٥.

<sup>2</sup> د. محمد حسن عبد الرحمن، قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية منها وبيان اتجاه محكمة النقض المصرية، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، جامعة الأزهر، ١٩٨٦، ص ٢٣٣.

<sup>3</sup> انظر: الطعن رقم ١٠٧ لسنة ١٥ جلسة ٣٠ يناير ١٩٤٧، س ع ٥ ص ٣٢٧ ق ١٤٧: "الحيازة لا تعتبر سنداً للملك في المنقول - وفق ما هو مقرر في المادتين ٦٠٧ و ٦٠٨ من القانون المدني - إلا إذا كانت فعلية بنية التملك بريئة من شائبة الغموض واللبس. وهي لا تكون فعلية إلا إذا تترتب عليها وجود الشيء المحوز في مكنة الحائز وتحت تصرفه، ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصيلاً يحوز لنفسه لا لغيره، ولا تكون بريئة من اللبس والغموض إلا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها يد سواها مخالطة تثير الشك في انفرادها بالتسلط على الشيء والتصرف فيه...".

<sup>4</sup> انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء التاسع، مرجع سابق، ص ١١٢٩، فقرة ٤٤٤.

## ثانياً: الآثار المترتبة على قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية:

إن قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز بمضمونها السابق تنتج أثاران رئيسيان؛ أحدهما مكسب والآخر مسقط نوضحهما بإيجاز فيما يلي:

### ١- الآثر المكسب لقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية:

يُستفاد من نص المادة ١/٩٧٦ مدني أن حيابة المنقول إذا كانت مصحوبة بحسن نية الحائز والسبب الصحيح تؤدي إلى إكسابه ملكية هذا المنقول بمجرد حيابته له. وهذا الأثر المكسب لا يتوقف تحققه على إثبات الحائز لحسن نيته أو للسبب الصحيح، بل أن الفقرة الثالثة من ذات المادة تجعل الحيابة في ذاتها قرينة على وجودهما.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المكسب<sup>١</sup>. إلا أن الرأي الراجح على أن النظرية التي أخذ بها القانون المصري هي أن الحيابة وحدها هي التي تكسب حائز المنقول ملكيته بحكم القانون.

### ٢- الآثر المسقط لقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية:

يتمثل الأثر المسقط لقاعدة الحيابة طبقاً للمادة ٢/٩٧٦ مدني في إسقاط التكاليف والقيود العينية التي يكون المنقول محملاً بها بحيث يمتلك الحائز المنقول مطهراً وخالصاً من هذه التكاليف<sup>٢</sup>. ويقوم الأثر المسقط على نفس الأساس القانوني الذي يقوم عليه نظيره المكسب.

وهذا الأثر المسقط على وجه الخصوص هو أكثر ما يمكن أن يحدد حق الدائن المرتهن في رهن المنقول دون حيابة، وبالتالي هو أكثر ما يثير الجدل والاختلاف بشأن هذا النوع من رهون. فإننا إن طبقنا هذا الأثر بشأن الرهن محل الدراسة نجد أن نقل المدين الراهن - لمنقول دون حيابة - ملكية المنقول أو أي

<sup>١</sup> راجع: د. السنهوري، الوسيط ج٩، فقرة ٤٤٨ - ٤٥٠. وكذلك: د. محمد حسن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٣٣٧ وما بعدها.

<sup>٢</sup> انظر: د. السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٥١.

حق عيني عليه إلى الغير وتسليمه إلى المتصرف إليه يؤدي إلى تعطيل حق التتبع الذي نشأ للمرتهن، على فرض توافر شروط قاعدة الحيازة.

أما في حالة وجود نظام لقيود الرهن الوارد على المنقول، وهو سجل الضمانات المنقولة الذي أنشأه القانون ١١٥ لسنة ٢٠١٥ فإن الغاية الأساسية من وجود هذا السجل هو إعلام الكافة بالحقوق التي تنقل المنقول. وهو ما مقتضاه أن تمسك المتصرف إليه بالجهل بهذه الحقوق، وباكتساب الحق على المنقول مع الاعتقاد بخلوه من الحقوق العينية التبعية برغم شهرها في السجل يُعد خطأً جسيماً في جانبه ينفي حسن النية طبقاً للمادة ١/٩٦٥ مدني. بل أننا نعتقد أن القانون ٢٠١٥/١١٥ قد جعل القيد شرطاً لنفاذ الرهن من أجل أن يجمع بين مزيتين هما؛ عدم نقل حيازة المنقول المرهون إلى الدائن - بما يترتب على ذلك من منافع سبقت الإشارة إليها -، وفي الوقت ذاته الإفلات من المخاطر المحيطة بحق الدائن نتيجة الأثر المسقط لقاعدة الحيازة.

### **ثالثاً: أثر قيد الرهن على الأثر المسقط لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية":**

إن حماية حق الدائن المرتهن في الرهن الحيازي يقتضي نقل حيازة الشيء المرهون إليه. فمن الخطورة إبقائه في حيازة مالكه، فيتمكن ببسر من التصرف فيه مع احتجاج المتصرف إليه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وفي مثل هذا الفرض يضيع حق الدائن في التأمين العيني. وفي المقابل، فإنه في الرهن العقاري حيث لا تنتقل الحيازة، قرر المشرع آلية بديلة لحماية الدائن؛ وهي قيد الرهن في الشهر العقاري. وهذا القيد هو جوهر الحماية المقررة للدائن المرتهن حيث يحقق له علانية حقه العيني التبعي، ذات العلانية التي يحققها نقل الحيازة للمرتهن رهن حيازي.

نستخلص مما سبق، أن اشتراط المشرع قيد رهن المنقول دون حيازة في سجل الضمانات المنقولة، حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير له مدلول واضح. يتمثل هذا المدلول في رغبة المشرع أن يكون هذا القيد في سجلات رسمية أعدت له، هو وسيلة تحقيق العلانية لهذا التأمين، وبالتالي هو الآلية التي كفلها

لحماية الدائن المرتهن في مواجهة الغير. وأن هذا القيد بالنسبة للمنقولات المرهونة بدلاً عن نقل حيازتها للدائن المرتهن، يقصد به القيام بذات الوظيفة التي يحققها نقل الحيازة ألا وهي تحصين المرتهن من تبديد الراهن لحقه. وقد عبر المشرع عن تلك الرغبة صراحةً في المادة ١/١١ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة: "يترتب على الشهر بالسجل وفقاً لحكم المادة (٦) من هذا القانون نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير.". ومما يدعم هذا المعنى ما ورد في المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الضمانات المنقولة: "يكون للبيانات المشهورة بالسجل المتعلقة بوقت الإشهار وتاريخه المصدق عليها من السجل حجية المحررات الرسمية في الإثبات..".

بناءً على ما سبق نرى أن قيد رهن المنقول دون حيازة على النحو الذي تطلبه القانون يؤدي إلى إعمال حق الدائن في التمتع بلا عوائق. بعبارة أخرى، قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" لا تؤثر على فعالية حق الدائن في تتبع المنقول المرهون، ولا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة المرتهن طالما قام بقيد الرهن. ويرجع ذلك في نظرنا إلى سبب بسيط وهو أن قيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة يؤدي إلى افتقار قاعدة الحيازة لأحد أهم شروطها وهو شرط حسن النية. فالهدف من القيد - كما القيد في الرهن الرسمي - هو الإعلان للكافة بأن منقول ما قد صار محملاً بتكاليف عيني. وبالتالي فبمجرد القيد في السجل يُفترض علم الكافة بوجود الرهن على المنقول دون حيازة، خاصةً وأن اللائحة التنفيذية لقانون الضمانات المنقولة قد أبحاث لأي شخص البحث من خلال قواعد البيانات الخاصة في الموقع الإلكتروني للسجل (مادة ١٠).

وحسن النية المتطلب في قاعدة الحيازة يُقصد به في هذا الصدد اعتقاد الحائز أنه يتلقى ملكية المنقول أو أي حق عيني عليه من مالكه أو ممن يملك التصرف فيه خالياً من أية أعباء أو تكاليف. وهو ينتفي في حالة قيد الرهن حتى ولو لم يتوفر للحائز العلم الفعلي بوجود الرهن، إذ يكفي العلم الحكمي المستفاد من القيد.

إن القول بغير ذلك يجعل رهن المنقول دون حيازة غير ذي فائدة، فهو إن لم يقدم ضماناً قوياً للدائن المرتهن خاصةً فيما يتعلق بقاعدة الحيازة، فلن يُقبل الممولون على هذا النوع من الرهون. مما يجدر ذكره أن هذا الرأي يأتي على خلاف ما يذهب إليه غالبية الفقه بشأن تأثير قيد الرهن على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. فالأستاذ أحمد سلامة يرى - مستشهداً في ذلك برأي غالبية الفقه الفرنسي - أنه: " ليس يكفي اتخاذ إجراء للشهر حتى يصبح الكافة سيئي النية بقوة القانون، أي على علم باتخاذ هذا الإجراء.<sup>1</sup> ولكننا نرى أن ما جاء به قانون تنظيم الضمانات المنقولة يحسم هذا الأمر. فالقانون المذكور قد نص صراحةً على حق الدائن في التتبع دون تحفظ في المادة ١٧ منه والتي تنص على أنه: " وللدائنين المشهورة حقوقهم المضمونة في السجل أن ينتبخوا المنقول في أية يد كانت ولهم أن يستوفوا حقوقهم قبل الدائنين العاديين بحسب مرتبة كل منهم...". هذه المادة تربط شهر الرهن في السجل بحق الدائن في التتبع دونما تطلب أي أمر آخر. كما أن القانون بأكمله يتعلق برهن المنقولات دون غيرها، وهو يُعرّف المنقولات التي يرد عليها الرهن دون حيازة في أحكام هذا القانون في مادته الأولى. إن كل ما سبق يدعم اعتبار شهر الرهن كافياً في ذاته لنفي حسن نية الكافة بقوة القانون، وبالتالي لتعطيل الأثر المُسقط لقاعدة الحيازة.

ومع ذلك يظل احتفاظ المدين الراهن بحيازة المنقول خطراً كبيراً. فإن كان القيد بقي الدائن من تبعات قاعدة الحيازة، إلا أنه لا يستطيع حمايته مما قد يقوم به المدين من تخريب للمنقول أو إخفائه أو تبديد لعناصره بحيث لا تجديه حقوق النقدم أو التتبع أو الإشهار شيئاً<sup>٢</sup>. وهنا لا مفر من البحث عن وسائل مبتكرة للحماية، وهو ما سوف نتناوله لاحقاً.

ينبغي أن ننوه هنا إلى أن التحليل السابق لتأثير قيد الرهن على الأثر المُسقط لقاعدة الحيازة قد ورد على فرض واحد لانتقال حيازة المنقول للغير؛ وهو أن يكون

<sup>1</sup> د. أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول، مرجع سابق، ص ٩٤ وما بعدها.

<sup>2</sup> د. سهام عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

الحائز قد اكتسب حقه من الراهن أو مُقَدِّم الضمان، أي خلفاً خاصاً له وإن نزل. إلا أن هناك عدة فروض أخرى لاكتساب الحائز حقاً على المنقول الضامن من غير الراهن تناولتها المادة ٩٧٧ مدني. لذا لا بد من أن نعرض في هذا الصدد للفروض الواردة بهذه المادة، ولتأثير الأثر المسقط لقاعدة الحيازة على كل منها:

**\*اكتساب الحائز لحقه على المنقول بعد خروجه من يد مقَدِّم الضمان بغير رغبته**

**ولا علمه (م ٩٧٧ مدني):**

يتناول هذا الفرض الحالة التي يخرج فيها المنقول من حيازة الراهن أو مقَدِّم الضمان بغير رغبته أو علمه كأن يفقده أو يُسرق منه. وقد تناولت المادة ٩٧٧ مدني هذه الحالة بخصوص المنقول عموماً - وليس المنقول المرهون فحسب - فتولت تنظيم أحكامها. وهي تفرق بين فرضين في فقرتها<sup>١</sup> على الترتيب كالتالي:

١- إذا كان المنقول قد باعه من سرقة أو وجده إلى مشتري حسن النية،  
وهنا يحق للمرتهن استرداده خلال ثلاث سنوات من تاريخ ضياعه أو سرقة.

يتبين من ذلك أن المشرع قد رجَّح حق المرتهن على حق الحائز حسن النية في حالة اكتساب هذا الأخير لحقه من غير الراهن عقب فقد المنقول أو سرقة، فأجاز له استرداده. إلا أن جواز الاسترداد لم يأتِ مطلقاً، وإنما في خلال ثلاث سنوات فقط من تاريخ الفقد أو السرقة، وذلك تحقيقاً للتوازن وحفاظاً على استقرار المعاملات.

٢- أن يكون المشتري قد اشتراه بحسن نية من سوق أو مزاد علني أو  
ممن يتجر في مثله، وهنا يحق لهذا المشتري أن يطلب من المرتهن،  
عندما يطالبه بالاسترداد، أن يعجل له ما دفعه ثمناً للمنقول<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> تقضي المادة ٩٧٧ مدني بأنه: "١- يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سُرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

٢- فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر فيه، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه".

<sup>٢</sup> انظر: د. همام زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ٥٠٣.

وفي هذه الحالة فضل المشرع إعلاء مصلحة الحائز إذ يكون قد اكتسب حقه من سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله. فطريقة اكتسابه للحق على المنقول هنا تدعم حسن نيته. لذا خوله المشرع الحق في أن يطلب من الدائن، طالب الاسترداد، أن يدفع له ما دفعه ثمناً للمنقول معجلاً.

ونلاحظ بشأن الفروض المذكورة أعلاه لاكتساب الحائز حقاً على المنقول من غير مقدم الضمان، أنه قد يبدو من العنت تكليف كل من يريد اكتساب حق على منقول أن يكشف عنه في السجل المعد لشهر الرهون على المنقولات. ولكن الآلية المتبناة للشهر في القانون ٢٠١٥/١١٥ قد جعلت هذا الأمر في غاية اليسر، إذ الشهر بمقتضاه إلكتروني لا يتطلب وقتاً ولا جهداً. كما أن الكشف عن المنقولات المعينة بالذات في هذا السجل متاح للكافة. وإنما تبقى الصعوبة في هذا الأمر قائمة بشأن المنقولات المعينة بالنوع نظراً لطبيعتها الخاصة كما سوف نرى.

على الرغم من النتيجة التي توصلنا إليها بشأن أعمال حق التتبع في رهن المنقول دون حيازة، إلا أن حجم الحماية المقررة للدائن، ومدى الاحتجاج بقاعدة الحيازة، وإقامة التوازن بينهما يختلف بحسب نوع المنقول. فلا شك أن المنقولات التي يمكن تمييزها بعينها، وتحديد ذاتيتها كالسفن والسيارات لا توجد صعوبة في تطبيق الرهن دون حيازة بشأنها، مع تحقيق الحماية المنشودة للدائن المرتهن. بينما يصعب ويدق الأمر فيما يخص المنقولات المثلية كالبتترول والمحاصيل الزراعية، فممارسة الدائن لحق التتبع بشأنها، والدور الذي يلعبه القيد في رهنها يختلف بحكم طبيعتها.

وهو ما سوف نعرض له في الفرعين التاليين.

### **الفرع الثالث:**

#### **مباشرة حق التتبع على المنقولات المعينة بالذات:**

إن المنقولات التي يُمكن تعيينها تعييناً ذاتياً بواسطة عناصر فيها تكفل تمييزها عما يشبهها من منقولات لا تثير صعوبة في أعمال حق الدائن في التتبع بشأنها. وخاصةً عندما تكون هذه المنقولات ذات قيمة مادية كبيرة. وقد استقر أمر



هذا النوع من المنقولات، والتي أطلق عليها الفقه "المنقولات ذات الطبيعة الخاصة"، منذ زمن بعيد. فقد أصدر المشرع تشريعات خاصة تنظم تطبيق الرهن الرسمي على السفن البحرية، والمحل التجاري، كما انضمت مصر إلى اتفاقيات دولية تنظم أمر الرهن الرسمي على الطائرات (اتفاقية جنيف)، وكذلك على معدات الطائرات، والسكك الحديدية، وأصول الفضاء (اتفاقية كيب تاون)<sup>1</sup>.

كما يعترف الفقه لعدة منقولات بفعالية شهر الرهن الوارد عليها، وبالتالي أعمال حق الدائن في تتبعها، وتفوقه على الأثر المسقط لقاعدة الحيازة وذلك لتوافر ذات الصفات فيها حتى وإن لم يصدر بشأنها قانون خاص. من ذلك رهن الفيلم السينمائي، والسيارة، وآلات وأدوات الحرفة<sup>2</sup>.

ترجع العلة وراء تميز المنقولات القيمة ذات الطبيعة الخاصة، وسهولة أعمال حق التمتع بشأنها بعد قيدها أنها لا تتوافر فيها العلة الرئيسية من وراء تقرير "قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية" ألا وهي سرعة التداول مقارنةً بغيرها من المنقولات. بالإضافة إلى ذلك فإن قيمتها المادية المرتفعة تجعل من غير المنطقي تطبيق قاعدة الحيازة عليها. فمن اليسير بالنسبة للغير التثبت من ملكية بائعها بالرجوع إلى السجلات الرسمية المعدة لذلك. وهذا الأمر ينفي حسن النية الواجب توافره لإعمال قاعدة الحيازة. ومن هنا لا يحق للغير الاحتجاج على الدائن بقاعدة الحيازة.

بل أن بعض الفقهاء يذهب إلى اعتبار المنقولات المعيّنة تعييناً ذاتياً على هذا النحو تخرج تلقائياً من نطاق قاعدة الحيازة حتى وإن لم يتم شهرها<sup>3</sup>. ويستند في ذلك إلى امتلاك هذه المنقولات في ذاتها لعناصر تعيينها، وبالتالي فإن مشتريها من غير المالك إما أن يكون سيء النية؛ يعلم أنه يشتري من غير مالك، أو هو قد قصر في واجب التحري عن ملكيتها.

<sup>1</sup> راجع: ص ٥ من هذا البحث.

<sup>2</sup> انظر: د. علي البارودي، مرجع سابق، ص ٥٦ وما بعدها.

انظر كذلك: د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص ٩٤.

<sup>3</sup> راجع: د. علي البارودي، مرجع سابق، ص ٥٨ وما بعدها.

## الفرع الرابع:

### مباشرة حق التتبع على المنقولات المعينة بالنوع:

عندما يكون محل الرهن من المثليات يتعدى الأمر مشكلة تعارض حق التتبع مع قاعدة الحيازة ليكون السؤال الحقيقي عن إمكانية نشوء التأمين العيني عليها من عدمه. إن التأمينات العينية بشكل عام تقوم على أساس تخصيص مال معين لضمان حق الدائن، بل أنها سُميت بال "عينية" لأن ما يضمن حق الدائن وفقاً لها هو عين تُخصص لذلك<sup>١</sup>. بعبارة أخرى فإن التأمينات العينية لا تنشأ إلا عن طريق تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بالالتزام<sup>٢</sup>. أما المنقولات المثلية فلا تعتبر أموال معينة بالذات، وإنما هي أشياء متماثلة يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء (م ٨٥ مدني). وهذه المثليات لا تتحول إلى مال معين إلا بتحديدتها عن طريق الإفراز (مادة ١/٢٠٥ مدني)، وبدون هذا الإفراز لا يوجد محل للتأمين العيني، وبالتالي لا يوجد الحق العيني من الأصل. وإفراز المنقولات المثلية محل الرهن لا يتم إلا عند التنفيذ على المال<sup>٣</sup>.

بناءً على ذلك توصل الفقه<sup>٤</sup> إلى أن المخرج الأنسب من هذه الإشكالية هو اعتبار عقد رهن المنقول المثلي منشئاً للحق العيني مقترناً بشرط واقف هو التعيين<sup>٥</sup>. فإن تحقق الشرط ينشأ حق الرهن بأثر رجعي من وقت القيد. وإن كان حق رهن المنقول المثلي على هذا النحو يجعل التقدم ينتج أثره كاملاً إلا أنه لا يُنشئ حق تتبع للدائن من الناحية الواقعية. ذلك لأن الحق العيني ذاته لا ينشأ إلا عند الإفراز، وبالتالي لا يُمكن للدائن الاحتجاج به على الغير الذي انتقل إليه المنقول قبل ذلك. إذاً فخلاصة هذا الرأي أن حق التتبع لا يوجد عملاً في حالة رهن المنقول المثلي.

<sup>١</sup> د. منصور مصطفى منصور، ود. جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ١٠.

<sup>٢</sup> انظر: د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، ١٩٥٣، ص ٧،

ود. عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص ٥، بند ٣،

ود. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ١٥.

<sup>٣</sup> راجع: د. أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول، مرجع سابق، ص ١١٣.

<sup>٤</sup> د. أحمد سلامة، المرجع السابق.

<sup>٥</sup> فالمدين لا يلتزم بتعيين المال المثلي إلا وقت تنفيذ الالتزام أو في حالة إفساره أو إفلاسه.

هل يستخلص مما سبق أن المنقولات المثلية لا يجوز أن تكون محلاً للرهن المنقول دون حيازة؟ لا، هذا غير صحيح. فهناك تطبيقات مألوفة لرهن المنقول المثلي ظهرت قبل صدور القانون ١١٥ لسنة ٢٠١٥ كبعض رهون الزراعيّة، ورهن البترول، ورهن المنتجات الصناعية. وعندما صدر قانون تنظيم الضمانات المنقولة أباح صراحةً رهن المنقولات المثلية دون نقل حيازتها في أكثر من موضع. فالمادة الأولى من هذا القانون التي تناولت التعريفات قد عرفت "المنقول" في تطبيق أحكام القانون بأنه: " كل منقول مادي قائم أو مستقبلي أو منقول معنوي... وعلى الأخص ما يلي: ... ٥- الأشجار أو المحاصيل الزراعية أو الحيوانات أو الطيور.. ٧- المعادن قبل استخراجها...". وبالتالي فإن القواعد الواردة في هذا القانون، والمتعلقة بقيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة وإجراءاته وغيرها تسري على المنقولات المثلية كما القيمية.

فضلاً عن ذلك فإن المادة ٢/١٦ من ذات القانون تنظم أمر المنقولات المثلية بشكل خاص إذ تنص على أنه: " وفي حالة إنشاء حق ضمان على منقولات مثلية فيستمر نفاذ حق الضمان إذا اختلطت تلك المنقولات بمثيلاتها، وفي هذه الحالة تتساوى حقوق الضمان النافذة تجاه الغير على مجموع المنقولات المثلية في المرتبة ويتحدد كل حق بنسبة دينه المضمون لإجمالي المنقولات المختلطة اعتباراً من تاريخ الاختلاط، وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية".

يُستفاد مما ورد في هذا النص بأنه "يستمر نفاذ حق الضمان إذا اختلطت تلك المنقولات بمثيلاتها" أن حق الضمان أو التأمين العيني على المنقولات المثلية ينشأ صحيحاً على فرض إفراز المنقولات المثلية محل الضمان وانفصالها عن مثيلاتها. إلا أننا نرى أن الغرض الأساسي من ابتداء رهن المنقول دون نقل حيازته، وهو احتفاظ المدين بحيازته لتمكينه من الانتفاع به والإفادة بقيمته الاقتصادية، يتنافى مع هذا الفرض. فالمدين إن قام بفصل المنقول المثلي محل الضمان دون خلطه مع ما يماثله من نفس النوع، ودون التصرف فيه، فلن تتحقق له أية منفعة من الاحتفاظ

بحيازته، مما يُفرغ هذا الرهن من مضمونه. وعلى ذلك فإن فرض تحديد المنقول المثلي والاحتفاظ به للوفاء بحق الدائن المرتهن، غير قائم هنا.

وقد قررت المادة المذكورة أعلاه الحكم في حالة اختلاط المنقول المثلي محل الضمان بما يماثله. إلا أنه حكم - في نظرنا - غريب ومنقذ. فمضمون هذا الحكم أنه في حالة تعدد حقوق الضمان على مجموع المنقولات المثلية تتساوى مرتبة الدائنين أصحاب هذه الحقوق المُقَيِّدة. ويحصل كل منهم على حقه حسب نسبة دينه إلى إجمالي المنقولات المثلية الضامنة من تاريخ الاختلاط. وبالتالي فإن الآلية المنصوص عليها في هذه المادة للتنفيذ على المنقولات المثلية محل الضمان إنما تقتضي مساواة الدائن المرتهن لمنقول مثلي دون حيازة بغيره من أصحاب الحقوق الممتازة على ذات المنقول بصرف النظر عن مرتبة كل منهم بحسب تاريخ شهر الحق. وهو ما يؤدي إلى حرمان هذا الدائن من الأفضلية التي كان يُفترض به الحصول عليها بين الدائنين الممتازين بحسب أسبقية تاريخ حقه على المنقول.

لا شك لدينا في أن طبيعة المنقولات المثلية واستعصائها على التحديد يعوق إلى حد كبير من استعمالها كمحل لحق الرهن، بل للتأمينات العينية بشكل عام. ويمكن استخلاص ذلك من التناقض الواضح بين نصوص القانون ٢٠١٥/١١٥ وطبيعة هذه المنقولات. فالمادتين ٦ و ٨ منه قد ورد فيهما ضرورة استيفاء القيد بالسجل لكافة المعلومات الأساسية التي يتضمنها عقد الضمان، وعلى الأخص وصف المنقول الضامن وصفاً عاماً أو خاصاً. ومقتضى ذلك ضرورة تطبيق مبدأ تخصيص المال المرهون وتعيينه كشرط لإبرام عقد الضمان ولنشأة الحق بناءً عليه<sup>١</sup>. ومن أدلة ذلك التناقض أيضاً ما ورد في المادتين ٨ و ١٠ من إلزام المدين بالمحافظة على المنقول الضامن وصيانته وإصلاحه. من الجلي أن الالتزامات التي جاءت بها المواد المذكورة أعلاه لا تتسق مع طبيعة المنقولات المعينة بالنوع، ولا يمكن تطبيقها عليها. ونعتقد أن مثل هذا التنظيم المتناقض لا يُشجّع الدائن مطلقاً

<sup>١</sup> راجع تعيين المال المرهون في الرهن الحيازي: د. همام زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ٤٨٠، ٤٨١. وكذلك د. نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ٢٠٥، ٢٠٦.

على تمويل مدين بضمان منقول مثلي، لما يحمله الأمر من مخاطرة لن تكون في صالحه على الأغلب.

أما فيما يتعلق بحق التتبع على المنقول المثلي فلا محل له عملاً. ذلك لأن قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" سوف تغلب لا محالة على حق الدائن في التتبع في هذه الحالة، حتى وإن قام الدائن بقيد الرهن عليها. فشهـر الرهن على المنقول المثلي لا يكفي لجعل الحائز سيء النية<sup>١</sup>، إذ كيف سيعلم هذا الأخير على أي المنقولات قد ورد القيد إن كانت جميعها متشابهة؟ الأمر يكاد يكون مستحيلًا في ظل انعدام أي وسيلة للتعين الذاتي في المنقول المثلي على عكس المنقولات القيمة. فمن العنت إلزام المتعاملين في المنقولات المثلية بتحري خلوها من التأمين الضامن للحق الشخصي إذ يصعب عليهم التحقق مما إذا كان المال المتصرف فيه هو ذاته الذي تم شهـره.

من الجدير بالذكر في هذا المقام أن القانون الفرنسي في تحديده لتأثير قيد الرهن على الأثر المسقط لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" لم يفرق بين المنقولات القيمة والمثلية. فهو يعتبر شهـر الرهن كافيًا لنفاذه في مواجهة الغير، وأن هذا الأخير لا يمكنه الاحتجاج بقاعدة الحيازة، وذلك وفق مبدأ عام يسري على كافة المنقولات طبقاً للمادة ٢٣٣٧ مدني فرنسي<sup>٢</sup>.

ويرى البعض بهذا الصدد أنه برغم أنه من مقومات نجاح رهن المنقول دون حيازة أن يتم على منقول منقرد ومتميز، وأن هذا الأمر غير متحقق بشأن المنقولات المثلية، إلا أن ربط المنقول بمشروع اقتصادي قد يقلل من مخاطر عدم التمييز. ومما يعزز من حماية الدائن هنا كذلك أنه من البيانات الواجب ذكرها في عقد الرهن، تحديد مكان المال المرهون بدقة<sup>٣</sup>.

١. د. سهام عبد الرازق مجلي، مرجع سابق، ص ٣٧٤، ٣٧٥.

٢. منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة: المفهوم والأثر، مرجع سابق، ص ٧٩.

٣. طيلبي سيد أحمد، تأثير التنمية الاقتصادية على النظرية العامة لرهن المنقول، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٣٦.

وقد ورد ذكر رهن السلع الاستهلاكية أو المنقولات المثلية في مشروعات القوانين النموذجية التي وضعتها هيئة الأونسيترال. وقد عبر عنها المشروع بأنها "موجودات ملموسة ممتزجة في كتلة أو محولة إلى منتج" وقرر أن يكفل للحق الضماني في هذه الموجودات النفاذ التلقائي تجاه الأطراف الثالثة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المادة ١١ من مشروع دليل اشتراخ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة (الموجودات الملموسة الممتزجة في كتلة أو المحولة إلى منتج)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الحادية والثلاثون، نيويورك، ١٣-١٧ فبراير ٢٠١٧، ص ٣٣.

## الفصل الثاني:

### تقدير نظام الحماية المقررة للدائن في رهن المنقول دون حيازة

#### \*تمهيد:

إن تعميم آلية رهن المنقول دون حيازة على كافة المنقولات - بعد أن كانت قاصرة على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة - بموجب القانون ١١٥ / ٢٠١٥، وإن كان يحمل العديد من المزايا إلا أنه ينطوي في ذات الوقت على مخاطرة بحق الدائن.

لعل أبرز ما يهدد حق الدائن في هذا المقام هو القاعدة المستقرة "الحيازة في المنقول سند الملكية". ويبرز تأثير هذه القاعدة بشكل خاص فيما يتعلق بالمنقولات المثلية نظراً لعدم تضمنها أية عناصر داخلية تميزها عن غيرها مما يشبهها، ولطبيعتها القابلة للاستهلاك. كما أن هذا القاعدة ذاتها قد تؤدي إلى صدور الرهن من حائز للمنقول غير مالك، وهو ما يمثل مخاطرة بحق الدائن فيما لو عاد المنقول لمالكة بموجب دعوى استحقاق أو بطلان أو فسح.

ومما يمثل خطورة على حق الدائن المرتهن كذلك وجود تأمينات تتقدم بقوة القانون على حق الرهن كامتياز بائع المنقول. وهو أمر يُضعف من حق التقدم المقرر للدائن ويؤخر مرتبته في استيفاء حقه.

في مقابل عوامل المخاطرة تلك، حاول المشرع إيجاد ضمانات للمحافظة على حق الدائن لتشجيعه على منح الائتمان لهذا النوع من الرهون.

من تلك الضمانات ما هو موجود بطبيعة الحال في نصوص القانون المدني ومن أهمها مبدأ تخصيص الرهن (المادة ١٠٣٥ / ٢ مدني). والذي يقضي بتعيين الشيء المرهون تعييناً دقيقاً.

ومنها كذلك ما يتعلق بالمنقولات المثلية، وهي المادة ٢/٢٠٥ مدني التي تلزم المدين بمثلثيات في حالة هلاكها أو تعذر التنفيذ لأي سبب أن يوفي بكمية مماثلة من ذات النوع. وبالتالي فإن الراهن الذي يقدم منقولات مثلية كضمان لدينه لا يؤدي هلاكها إلى انقضاء الرهن، إذ يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء.

ومن الضمانات ما قد استحدثه قانون تنظيم الضمانات المنقولة. وأبرزها الجزاءات الجنائية التي قررها جزاءً للمدين الذي يأتي بأي فعل يؤدي إلى تبديد المنقول المرهون أو الإضرار بحق الدائن المرتهن. وقد ورد تنظيمها في المواد ٢٨ - ٣١ من القانون المذكور.

بناءً على ذلك، نتناول في هذا الفصل كلاً من العوامل التي تمثل تهديداً لحق الدائن، والآليات المصممة لحماية حقه. وذلك في مبحثين متتاليين:

**المبحث الأول:** مخاطر رهن المنقول دون حيازة على حق الدائن المرتهن.

**المبحث الثاني:** آليات حماية حق الدائن.

### **المبحث الأول:**

#### **مخاطر رهن المنقول دون حيازة على حق الدائن المرتهن**

##### **تقديم:**

إن وجود مخاطرة بحق الدائن في رهن المنقول دون حيازة ينبع من محورين يمثلان مُسمى هذا الرهن ذاته: أن محل الرهن منقول، وأن الرهن يتم دون نقل الحيازة. أما بالنسبة لكونه منقول، فإن الخطورة في ذلك تتمثل في إمكانية احتجاج الغير بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية". فضلاً عن ذلك فإن الخطورة النابعة من كون المرهون منقولاً تزداد في حالة المنقولات المثلية. كما أن حق الدائن المرتهن قد يتأثر سلباً بزوال ملكية الراهن للمنقول المرهون.

أما من ناحية الخاصية الثانية لهذا الرهن وهي عدم نقل الحيازة، فلا شك في أن نقل حيازة المنقول للدائن (في الرهن الحيازي) يحد كثيراً من مخاطر تصرف المدين فيه للغير. كما أنه يمنح الدائن حقاً إضافياً - فضلاً عن حق التقدم والتبعية - يعزز ضمانه وهو الحق في الحبس. تلك المميزات يُحرم منها الدائن المرتهن في رهن المنقول دون حيازة، وإن كان القانون يعوضه عنها بالقيود إلا أن جدواه ليست بالقوة الكافية بالنسبة لكافة المنقولات.



بالإضافة إلى المحورين السابقين، فإنه مما يُضعف موقف الدائن في رهن المنقول دون حيازة احتمال تقدم دائنين آخرين عليه ممن لهم ضمانات أقوى على ذات المنقول.

وفي هذا المبحث نعرض لكل من هذه المخاطر على حده لنتبين مدى ما يحققه هذا الرهن للدائن، وذلك في المطالب التالية:

**المطلب الأول:** المخاطر الناشئة من كون المرهون مالاً منقولاً، وعدم نقل حيازته للدائن.

**المطلب الثاني:** مدى إمكانية تقدم الدائنين المزاحمين أصحاب التأمينات على الدائن صاحب الرهن دون حيازة.

### **المطلب الأول:**

#### **المخاطر النابعة من كون المرهون مالاً منقولاً وعدم نقل حيازته للدائن:**

إن أبرز ما يعرض حق الدائن المرتهن للخطر في هذا النوع من الرهون نتيجة اقتران كون المرهون منقولاً مع عدم نقل حيازته هو إمكانية احتجاج الغير عليه بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الحائز". ويدق الأمر بشكل خاص في حالة المنقولات المثلية.

ومما قد يؤثر على حق الدائن كذلك زوال ملكية الراهن على المنقول بأثر

رجعي.

ونعالج هذه الإشكاليات في الفرعين التاليين:

### **الفرع الأول:**

#### **إضعاف حق الدائن المرتهن في تتبع نتيجة احتجاج الغير عليه بقاعدة الحيازة:**

سبق أن ذكرنا أنه بمجرد قيد الرهن ينشأ للدائن حق في تتبع المنقول المرهون إذا ما خرج من حيازة الراهن. وفي ذات الوقت قد قرر المشرع حماية قوية لحائز المنقول بموجب المادة ٩٧٦ مدني إذ يفترض معها أن حائز المنقول بحسن نية وسبب صحيح هو مالكة. بل ويفترض كذلك قيام كل من السبب الصحيح

وحسن النية ما لم يثبت العكس، وذلك ضماناً لاستقرار المعاملات على المنقولات. ولا شك أن تلك القاعدة تؤثر سلباً على حق الدائن المرتهن في تتبع المنقول الضامن. ولكن هذا التأثير يختلف بحسب ما إذا كان المنقول معين بالذات أم بالنوع. بالنسبة للمنقولات المعينة بالذات، رأينا أنها تحمل في ذاتها عوامل تعيينها التي تيسر تمييزها عن غيرها. وعند قيدها في سجل الضمانات المنقولة، يسهل على الغير التحقق من ملكية المتصرف فيها بالرجوع للسجل المذكور. وبالتالي فإن قيدها وتعيينها على هذا النحو يُسقط افتراض حسن النية المُشترط لإعمال قاعدة الحيازة. وعلى ذلك، يتفوق حق الدائن في تتبع المنقول المعين بالذات - طالما قام بقيد رهنه - على الأثر المُسقط لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية".

**أما المنقولات المعينة بالنوع،** فإنها مثار للجدل في هذا الصدد. ويرجع ذلك إلى طبيعتها التي تستعصي على التحديد أو التمييز عن غيرها مما يشبهها. ذلك في حين أن أي تأمين عيني، ومنها الرهن، يستلزم تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بالالتزام. ولا سبيل إلى تعيين المنقولات المثلية إلا عن طريق إفرازها، وهو ما لا يحدث إلا عند التنفيذ. ولكن مثل هذه الطبيعة لم تمنع المشرع من إدراج المنقولات المثلية ضمن المنقولات التي يرد عليها رهن المنقول دون حيازة طبقاً للقانون ١١٥ / ٢٠١٥<sup>١</sup>. بل أنه قرر لها حكماً خاصاً في حالة تعدد الدائنين المضمونة حقوقهم بهذه المثليات، وهو تساوي مراتبهم بحيث يحصل كل منهم على حقه حسب نسبة دينه إلى إجمالي المنقولات المثلية الضامنة<sup>٢</sup>. وهو حكم يحرم الدائن المرتهن من حقه في التقدم على باقي الدائنين إذا كان المنقول الضامن لحقه من المثليات.

أما عن حق الدائن في تتبع المنقول الضامن، فهو يكاد يكون منعدماً في المنقولات المثلية. فقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" سيكون لها الغلبة في هذه الحالة بلا شك، ويحق للغير الاحتجاج بها في مواجهة الدائن. ذلك حتى وإن قام هذا

<sup>١</sup> ذلك بالإضافة إلى تطبيقات متفرقة تم النص عليها قبل صدور هذا القانون.

<sup>٢</sup> المادة ٢/١٦ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥.

الأخير بقيد رهنه على المنقول المثلي. فمثل هذا القيد لا ينتج أثراً في حسن نية الغير طالما كانت المنقولات متماثلة لا يُمكن تمييزها عن بعضها.

نخلص مما سبق إلى أن قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" تقوم بالفعل بتعطيل حق الدائن في التتبع والتقدم إذا ورد حقه على منقول معين بالنوع، وهو ما يجعل إنشاء رهن على مثل هذه المنقولات غير ذي قيمة للدائن ومُضراً له في معظم الأحوال رغم قيده. أما الرهن الذي يرد على منقول معين بالذات يغلب فيه أثر القيد على قاعدة الحيازة، ولا تتعطل بالنسبة له سلطات الدائن أو حقوقه، ومنها حق التتبع. ذلك بشرط أن يقوم الدائن بقيد رهنه في سجل الضمانات المنقولة.

وقد سبق أن تناولنا هذه المسائل في المبحث الثالث من الفصل الأول. لذا نحيل إليه في تفصيل ذلك منعاً للتكرار.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا، أنه على الرغم من تلك السلبيات المحيطة برهن المنقولات المثلية، فإن ذلك لا يعني أنه لا ينطوي على أية ميزة على الإطلاق.

فالتبيعة الخاصة للمنقولات المثلية قد حُدت بالمشروع في المادة ٢/٢٠٥ مدني التي تلزم المدين بمثلثيات في حالة هلاكها أو تعذر التنفيذ لأي سبب أن يوفي بكمية مماثلة من ذات النوع. وبالتالي فإن الراهن الذي يقدم منقولات مثلية كضمان لدينه لا يؤدي هلاكها إلى انقضاء الرهن، إذ يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء.

### الفرع الثاني:

#### تهديد حق الدائن المرتهن نتيجة زوال ملكية الراهن على المنقول المرهون بأثر رجعي:

بدايةً ينبغي التفرقة بين الفرض المقصود هنا، وهو زوال ملكية الراهن بأثر رجعي، وبين رهن ملك الغير. فهذا الأخير يرد من شخص باسمه ولحسابه على مال غير مملوك له<sup>١</sup>. وقد أخضع القانون المدني مثل هذا الرهن لحكم بيع ملك الغير إذ قرر في المادة ١/١٠٣٣ أنه: " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم يصدر

<sup>١</sup> انظر: د. عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص ٢٩. وكذلك: د. منصور مصطفى منصور، ود. جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٣.

عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن.<sup>١</sup> وهذا الحكم يسري على كل من الرهن الرسمي والحيازي بموجب المادة ١٠٩٨ مدني. ومقتضى النص السابق أن رهن ملك الغير يُعد عقداً موقوفاً على إقرار المالك الحقيقي للمال المرهون. فإن هو أقره لاحقاً ينشأ الرهن من وقت هذا الإقرار ويستلزم قيد مستجد يتحدد على أساسه مرتبة الراهن<sup>٢</sup>، وإن لم يقره فلا وجود له ولو تم قيده.

وفي ظل عدم وجود حكم خاص لحالة رهن المنقول المملوك للغير دون حيازة في قانون تنظيم الضمانات المنقولة، نجد أنه من المنطقي تطبيق ذات الحكم الوارد في المادة ١٠٣٣ مدني عليها لاتحاد العلة.

أما زوال ملكية الراهن بأثر رجعي فيُقصد بها أن ملكية المال المرهون كانت ثابتة للراهن ثم تقرر إبطال سند هذه الملكية أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر. ومقتضى القواعد العامة في هذه الحالة أن زوال سند صاحب الحق بأثر رجعي يترتب عليه زوال كافة الحقوق التي رتبها عليه، إذ فاقد الشيء لا يعطيه<sup>٣</sup>. ومن ضمن تلك الحقوق، الرهن الذي يقرره للدائن على المال الذي زالت ملكيته عليه. ومؤدى ذلك أن يعود المال لمالكة خالياً من هذا الرهن، وهو ما يهدد حق الدائن الذي اعتمد على هذا التأمين عند منح الائتمان للمدين<sup>٣</sup>.

إلا أن المشرع المصري قد آثر حماية الدائنين المرتهنين حسني النية، فقرر لهم حكم خاص -يخرج عن القواعد العامة المشار إليها آنفاً- في المادة ١٠٣٤ مدني. وتقضي هذه المادة بأنه: "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن". ويُفهم من هذا النص أن المشرع يقدم مصلحة الدائن المرتهن حسن النية على مصلحة المالك،

<sup>١</sup> انظر: د. همام زهران، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

<sup>٢</sup> راجع: د. عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص ٣٤. ود. همام زهران، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

<sup>٣</sup> وهذا هو المسلك الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة ١/٢١٢٥.

ولكن هذا التقديم ليس مُطلقاً وإنما هو مُقيد بشروط يُمكن استخلاصها من النص ذاته  
نعرض لها بإيجاز فيما يلي.

### شروط حماية الدائن المرتهن من زوال ملكية الراهن بأثر رجعي:

أولاً: أن يكون الراهن مالكاً للمال المرهون وقت إبرام الرهن:

ويقتضي ذلك أن تكون ملكية الراهن وقت إبرام الرهن ثابتة بسند قانوني حقيقي ونافذ. وبالتالي لا تتحقق الحماية للدائن إذا كانت ملكية المدين مستندة إلى حيازة غير مكتملة المدة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم مثلاً. كما يخرج منها الراهن الذي اشترى عقاراً ولم يسجله قبل إبرام الرهن، ولا الراهن الذي يكون سند ملكيته باطل بطلاناً مطلقاً أو مزوراً<sup>١</sup>.

ثانياً: زوال ملكية الراهن بأثر رجعي يرتبه القانون لا الاتفاق بعد قيد الرهن:

مؤدى هذا الشرط أنه يجب أن تزول ملكية الراهن على المال المرهون بأثر رجعي لأي سبب، كأن يشوب أحد أركان العقد الذي تملك به المال عيب مثلاً. ولكن هذا السبب يجب أن يكون قانوني وليس اتفاقي. أي أن زوال الملكية بأثر رجعي لا بد أن يستند إلى حكم القانون. فإن كان هذا الزوال بناءً على اتفاق الطرفين كما في حالة التقايل، فهذا الأثر الرجعي الاتفاقي بطبيعة الحال لا يجوز أن يضر الغير، وتعود ملكية المال إلى البائع محملاً بالرهن. فهذه الحالة لا تحتاج إلى حماية الدائن عن طريق القاعدة الاستثنائية التي قررها المشرع في المادة ١٠٣٤. من مقتضيات هذا الشرط كذلك أن يكون الرهن مقيداً في تاريخ سابق على التاريخ الذي تقرر فيه زوال سند ملكية الراهن. وهذا الشرط لم يتم النص عليه في المادة المذكورة ولكن الفقه<sup>٢</sup> على أنه شرط بديهي وأساسي. ذلك أن المالك الأصلي للمال المرهون يُعد من الغير بالنسبة لعقد الرهن، فمن أجل الاحتجاج عليه بهذا الرهن لا بد من أن يتم قيده، بل وأن يكون تاريخ هذا القيد سابقاً على تاريخ الطعن في سند ملكية الراهن.

<sup>١</sup> راجع: د. منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص ٤٥، ٤٦.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٤٩.

ثالثاً: أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام الرهن:

وحسن نية المرتهن شرط أساسي لأنه المبرر لحمايته، وهو مناط تقرير المشرع للاستثناء الوارد في المادة ١٠٣٤. فإن كان المشرع قد خرج في هذا النص عن القواعد العامة بحيث اعترف بالرهن الصادر من الراهن رغم زوال ملكيته، فقد فعل ذلك لحماية الدائن الذي اكتسب حقاً بحسن نية على المال اعتماداً على المركز القانوني والواقعي للراهن.

ويُقصد بحسن النية هنا أن الدائن لم يكن يعلم ولم يكن بوسعه أن يعلم - إن هو بذل عناية الرجل المعتاد - أن سند ملكية الراهن يشوبه عيب يجعل ملكيته مهددة بالزوال. وحسن النية طبقاً للقواعد العامة في الإثبات مفترضاً، وعلى من يدعي سوء نية الدائن المرتهن عبء إثباته. والوقت الذي ينبغي توافر حُسن نية الدائن فيه هو وقت إبرام الرهن كما قضت المادة ١٠٣٤. وعليه، يفيد الدائن من الحكم الذي جاءت به هذا المادة متى كان حسن النية وقت إبرام الرهن حتى وإن علم لاحقاً بالعيب الذي يشوب ملكية الراهن. فحق الدائن المرتهن في الرهن الرسمي ينشأ وقت إبرام العقد وليس وقت القيد لأن وظيفة القيد هي ضمان نفاذ الرهن تجاه الغير.

من الجدير بالملاحظة أن نص المادة ١٠٣٤ وشروط تطبيقه إنما يخص الرهن الرسمي فقط. أما الرهن الحيازي فقد اختلف الفقه حول مدى جواز مد حكم ذات المادة إليه. وقد ذهب العلّامة السنهوري إلى عدم جواز تطبيق هذه المادة على الرهن الحيازي إذ أنها تقرر استثناءً لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه، فهي تصحح رهنأ صدر من غير مالك. ويرى سيادته مخرجاً من هذا الأمر لمد الحماية للدائن المرتهن رهن حيازي في نص المادة ٢/١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري. فهذا النص يحمي حسن النية في ذاته حيث يشمل بالحماية كل من يُعتبر من الغير، ومنهم الدائن المرتهن رهن حيازي، ما دام قد كسب حقه بحسن نية. وبالتالي لا يؤثر زوال ملكية الراهن بأثر رجعي على حق الدائن المرتهن رهن حيازة طالما

أقترن بحسن نية الدائن المرتهن وكان إبرام الرهن سابقاً على تاريخ الاحتجاج بزوال سند ملكية الراهن على المال المرهون<sup>1</sup>.

ونلاحظ بشأن هذا الرأي أن نقل حيازة المنقول المرهون في الرهن الحيازي هو البديل للإلزام بقيد الرهن الرسمي في الشهر العقاري. وبالتالي لا إلزام على أطراف عقد الرهن الحيازي بقيده، إذ هو ينشأ صحيحاً ونافاً ويرتب آثاره فيما بين أطرافه، ولو لم يتم قيده<sup>2</sup>. أما بالنسبة لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير فإنه يختلف بحسب ما إذا كان المرهون منقولاً أو عقاراً. بالنسبة للرهن الحيازي للمنقول فإن نفاذه في مواجهة الغير يستلزم بموجب المادة ١١٧ مدني إلى جانب انتقال الحيازة تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ تتضمن المبلغ المضمون والعين المرهونة لتحديد مرتبة الدائن. أما الرهن الحيازي العقاري فإن المادة ١١٤ مدني توجب علاوة على انتقال الحيازة شهر الرهن وفقاً لذات الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي لاعتباره نافذاً في مواجهة الغير. وبالتالي فإن الرهن الحيازي فيما يتعلق بالمنقول يُعد خارجاً عن نطاق تطبيق قانون تنظيم الشهر العقاري. وعلى الرغم من عدم وجود شهر يُحتج به في مواجهة المالك الأصلي للمال المرهون، فإن نقل الحيازة للدائن يلعب ذات الدور الذي يلعبه الشهر، فيجوز للدائن الاحتجاج عليه بحقه في الحبس. كما أن قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" ترجح كفة الدائن المرتهن على حساب مصلحة المالك الأصلي.

أما التساؤل الأساسي هنا فيثور بشأن رهن المنقول دون حيازة: هل من

ضمانات تكفل حق الدائن المرتهن للمنقول دون حيازة في حالة زوال ملكية الراهن

بأثر رجعي؟

<sup>1</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ١٠، مرجع سابق، ص ٧٧٠.

<sup>2</sup> أما بالنسبة لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير فإنه يختلف بحسب ما إذا كان المرهون منقولاً أو عقاراً. بالنسبة للرهن الحيازي للمنقول فإن نفاذه في مواجهة الغير يستلزم بموجب المادة ١١٧ مدني إلى جانب انتقال الحيازة تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ تتضمن المبلغ المضمون والعين المرهونة لتحديد مرتبة الدائن. أما الرهن الحيازي العقاري فإن المادة ١١٤ مدني توجب علاوة على انتقال الحيازة شهر الرهن وفقاً لذات الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي لاعتباره نافذاً في مواجهة الغير.

لم يرد نص في قانون تنظيم الضمانات المنقولة يعالج هذا الفرض. ولكن حماية الغير حسن النية، والحد من الأثر الرجعي للبطلان لمصلحته هو أحد المبادئ التي انتصر لها المشرع المصري، وتدل على ذلك المواد ١٠٤٣ و ١١١٨ مدني، والمواد ١٥-١٧ شهر عقاري. فضلاً عن ذلك فإن رهن المنقول دون حيازة يتفق مع الرهن الرسمي في وجوب شهره في سجل الضمانات المنقولة. وهذه الحجج إنما تثير التساؤل الآتي: هل يُمكن تطبيق الضمانة التي تكفلها المادة ١٠٣٤ مدني للدائن المرتهن رهن رسمي على رهن المنقول دون حيازة؟ بعبارة أخرى؛ هل يحق للدائن المرتهن لمنقول دون حيازة أن يحتج بالرهن المقيد في سجل الضمانات المنقولة في مواجهة المالك الأصلي بحيث ينتقل المنقول إلى هذا الأخير محملاً بالرهن استناداً إلى المادة ١٠٣٤ مدني؟ نرى أن الإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي. ويرجع ذلك إلى عدة أسباب:

أولاً: لأن المادة المشار إليها تتطوي على خروج صارخ على القواعد العامة إذ تُعد الرهن الصادر من غير مالك صحيحاً وناظراً على سبيل الاستثناء - إذا توافرت الشروط التي تناولناها سابقاً - . والقاعدة أن الاستثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه.

ثانياً: أن الرهن الرسمي يتم قيده في الشهر العقاري بينما رهن المنقول دون حيازة يتم قيده في سجل الضمانات المنقولة ولكل منهما نظام مستقل. كما أن الأول يرد على العقارات بينما يرد الثاني على منقولات، والاختلاف بينهما من حيث الطبيعة يقلل من إمكانية إجراء القياس.

ثالثاً: طالما أصدر المشرع قانوناً خاصاً لتنظيم الضمانات المنقولة (رقم ٢٠١٥/١١٥) كان الأحرى به أن يتناول فيه حكماً لحالة زوال ملكية الراهن على المنقول بأثر رجعي، مبيناً أثره على حق الدائن المرتهن.

بناءً على ما سبق نرى أنه مع خلو قانون تنظيم الضمانات المنقولة من حكم لهذا الفرض، لابد من تطبيق القواعد العامة في مثل هذه الحالة. وبالتالي فإنه إذا وقع ما يؤدي إلى زوال ملكية راهن المنقول بأثر رجعي سوف يعود المنقول إلى



مالكه الأصلي، بل وستنتقل له حيازته لأن هذه الحيازة لم تخرج من يد الراهن. وعلى فرض إمكانية احتجاج الدائن المرتهن بقيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة في تاريخ سابق على الطعن في سند ملكية الراهن، فإن المالك الحقيقي سوف يرد ذلك بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية". ومن ثم يُترك أمر ترجيح أحد الحقيين لسلطة القاضي بحسب الحالة.

خلاصة الأمر أن احتمالية زوال ملكية الراهن للمنقول المرهون بأثر رجعي تمثل خطراً لا يُستهان به على حق الدائن المرتهن في رهن المنقول دون حيازة. وهذا الأمر يُعد أحد المآخذ على قانون تنظيم الضمانات المنقولة. فكيفما تنبّه المشرع إلى هذه الخطورة بالنسبة للرهن الرسمي فقرر قاعدة استثنائية في نص المادة ١٠٣٤ لحماية الدائن حسن النية، كان حري به أن يفعل ذات الأمر فيما يتعلق برهن المنقول دون حيازة. فحماية حق الدائن مما قد يحيط به من مخاطر مقدماً إنما يُشجع الائتمان ويدعمه.

### **المطلب الثاني:**

#### **مدى إمكانية تقدم الدائنين المراضمين أصحاب التأمينات**

#### **على الدائن صاحب الرهن دون حيازة:**

يجب أن قانون تنظيم الضمانات المنقولة للراهن إنشاء أكثر من ضمان على ذات المنقول بموجب المادة ٩ منه: " يجوز إنشاء أكثر من ضمان على منقول واحد، كما يجوز أن يتضمن عقد الضمان أكثر من منقول ضامن أو مجموعة من المنقولات المتغيرة ". مقتضى ذلك أن المدين الذي ينشئ رهنًا على منقول دون حيازة، قد ينشئ على نفس المنقول، وفي نفس الوقت ضمان آخر كالرهن الحيازي، وقد يكون مصدر هذا الضمان الآخر نص القانون كحقوق الامتياز. وهنا يثور التساؤل: أليس من المحتمل أن تُضعف هذه الضمانات الأخرى من مركز الدائن المرتهن للمنقول دون حيازة؟ ألا تحد من حقه في التقدم فتؤخر مرتبته في استيفاء حقه مثلاً؟

## الفرع الأول:

### امتياز بائع المنقول:

لعل من أبرز الضمانات التي قد تتعارض مع حق الدائن المرتهن للمنقول دون حيازة هو امتياز بائع المنقول. فهذا الأخير هو ضمان خاص تقرره نصوص القانون يضمن ما يثبت لبائع المنقول من الثمن وملحقاته في ذمة المشتري. فيمنح المشرع لذلك البائع أفضلية في استيفاء حقه من المنقول المبيع ذاته، ويحدد له مرتبة هذه الأفضلية.

وتنظم هذا النوع من حقوق الامتياز المادة ١١٤٥ مدني قائله: "١- ما يُستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على الشيء المبيع، ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته. وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية. ٢- ويكون هذا الامتياز تالياً في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول، إلا أنه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق...".

يُستخلص من النص السابق أن مرتبة امتياز بائع المنقول تأتي تاليةً لحقوق الامتياز المنصوص عليها في المواد ١١٣٨ - ١١٤٤ مدني، ولكنها تتقدم على أي ضمان آخر بما في ذلك رهن المنقول دون حيازة. إلا أن ذات النص السابق قد أورد في فقرته الأولى أنه: "...وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية". كما أكدت على ذات المعنى المادة ١/١١٣٣ بشأن حقوق الامتياز بشكل عام، فنصت على أنه: "لا يُحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية".

وقد يبدو أن هذا التحفظ لا يسري بشأن رهن المنقول دون حيازة، إذ حيازة المنقول فيه لا تنتقل للدائن، في حين المادة ١١٣٣ تحمي الحيازة بحسن نية تطبيقاً للمبدأ العام الوارد في المادة ٩٧٦ مدني<sup>١</sup>. لكن عدم انتقال حيازة المنقول للدائن في رهن المنقول دون حيازة قد عوضه المشرع بوسيلة أقوى تأثيراً وهي وجوب قيد هذا الرهن. وبالتالي عند المفاضلة بين حق امتياز البائع على المنقول الذي ينفذ دون

<sup>١</sup> انظر: الطعن رقم ٢٠٧٧ لسنة ٥٥ جلسة ١١ يونيو ٢٠١٥.

شهر ولا نقل حيازة، وبين رهن المنقول دون حيازة الذي يستوجب الشهر، تكون الغلبة بدهاةً للثاني<sup>١</sup>.

ويستوفنا هنا الشرط الذي وضعته المادة ١١٤٥ مدني حين نصت على أنه: "ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته". وبمقتضاه يتوقف وجود الامتياز على احتفاظ المبيع بذاتيته، فإن فقدها انقضى حق الامتياز الوارد عليه. وهنا يثور التساؤل عن المقصود باحتفاظ المبيع بذاتيته؟ يرى أبرز الفقهاء أن الذاتية هنا تنصرف إلى مادة الشيء وأصله بحيث إن تحول إلى شيء مختلف كما إذا تحول الدقيق إلى خبز ينقضي حق الامتياز<sup>٢</sup>. ونرى أن الذاتية هنا قد يكون المقصود بها كذلك الإفراز والتحديد، بحيث إذا كان المنقول المبيع معين بالذات أو معيناً بالنوع ولكنه مفرز ومحدد عما يماثله يبقى حق الامتياز قائماً، أما إن كان منقول معين بالنوع ولكنه اختلط مع ما يماثله فلا محل لحق الامتياز. والخلاصة هنا أنه إن بقي حق امتياز البائع أو سوف يتقدم حق الدائن المرتهن للمنقول دون حيازة عليه.

وقد حسم أمر المفاضلة بين التأمينين صراحةً نص المادة ٢٤ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة والذي يقضي بأن: "يكون لأصحاب حقوق الضمان المشهورة وفقاً لأحكام هذا القانون امتياز على المنقول الضامن يسبق جميع حقوق الامتياز والرهن المقررة في القوانين الأخرى عدا المصروفات القضائية ورسوم ونفقات التنفيذ على المنقول، وذلك بمراعاة حقوق الدائنين المرتهنين حيازياً وفقاً لأحكام القانون المدني". هذا النص يجعل الدائن المرتهن للمنقول دون حيازة متقدماً على البائع صاحب حق الامتياز على المنقول بشكل لا لبس فيه، ولا يحتمل التأويل<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> انظر في تأييد ذلك: د. همام زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ٥٨٥، ٥٨٦.

<sup>٢</sup> انظر: د. السنهوري، الوسيط ج ١٠، مرجع سابق، ص ٩٩٣، فقرة ٧٢٢.

<sup>٣</sup> ولكنه لا يتقدم على حقوق الامتياز العامة.

## الفرع الثاني:

### الرهن الحيازي:

يبدو من نص المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥/١١٥ السابق الإشارة إليها أنها تفيد كذلك تقدم حق الدائن المرتهن للمنقول دون حيازة على حق الدائن المرتهن لذات المنقول رهن حيازي. ويُستفاد هذا المعنى من نصها على منح أصحاب الحقوق المشهورة وفقاً لقانون تنظيم الضمانات المنقولة امتياز يسبق جميع حقوق الامتياز والرهن المقررة في القوانين الأخرى. وبرغم ذلك نجد المشرع قد ختم هذا النص بعبارة: "وذلك بمراعاة حقوق الدائنين المرتهنين حيازياً وفقاً لأحكام القانون المدني". وهنا يثور التساؤل عن سبب إضافة هذه العبارة الأخيرة، وهل تنطوي على تناقض مع ما جاءت به مقدمة النص؟ أم أنه استثناء للرهن الحيازي من حكم النص؟

*إن إضافة هذه العبارة في نظرنا يحتمل أحد تفسيرين:*

الأول: قد يرجع قصد المشرع إلى طبيعة الرهن الحيازي حيث جوهره نقل حيازة المرهون إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان. وهو ما يستتبع تخويل الدائن الحق في حبس الشيء لحين استيفاء الدين بمقتضى نص المادة ١٠٩٦ مدني. ومثل هذه الطبيعة قد تتعارض مع تقدم حق المرتهن للمنقول دون حيازة الذي قرره المادة ٢٤ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة في شقها الأول. فإن تعارض حق الدائن المرتهن حيازياً مع نظيره المرتهن بلا حيازة وكان المنقول في حيازة الأول<sup>١</sup>، يكون له بموجب المادة ١٠٩٦ حبسه واستيفاء حقه منه بالأولوية، وهو ما يمنحه تقدم فعلي على المرتهن دون حيازة.

وعلى هذا النحو لا نعتبر أن العبارة المذكورة في ختام المادة ٢٤ تقرر استثناءً من حكم النص، بل على العكس فهي بذلك تؤكد على خضوع رهن المنقول

<sup>١</sup> وهذه الحيازة هي مناط قيام الرهن ذاته، إذ بمجرد خروجه من يده ينقضي الرهن الحيازي بحكم المادة ١١٠٠ مدني كقاعدة عامة.

دون حيازة للقواعد العامة في القانون المدني المنظمة للرهن الحيازي، وعلى عدم نسخ القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ لهذه القواعد المستقرة.

الثاني: قد يكون مقصد المشرع من العبارة المذكورة أن العبرة عند المفاضلة بين الدائن المرتهن حيازياً لمنقول، ونظيره صاحب الرهن دون حيازة على ذات المنقول تكون بتاريخ نفاذ الرهن تجاه الغير. فالرهن الحيازي على منقول ينفذ بآليتين معاً هما: انتقال الحيازة للدائن المرتهن (مادة ١١٠٩ مدني)، وتدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ (مادة ١١١٧ مدني). بينما ينفذ رهن الضمانات المنقولة في مواجهة الغير من تاريخ القيد في السجل الخاص بها. وعليه، فإن الرهن الحيازي الوارد على منقول يكون له الأسبقية على الرهن بغير نقل الحيازة في حالة تأخر قيد الأخير على تاريخ ثبوت الرهن الأول، وتاريخ انتقال حيازة المنقول إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل الذي عينه المتعاقدان. ويُلاحظ أن تحقق الفرض العكسي؛ أي أسبقية رهن المنقول دون حيازة على الرهن الحيازي ينطوي على تقصير من جانب المرتهن رهن حيازي، إذ كان في إمكانه الكشف عن المنقول في سجل الضمانات المنقولة قبل إبرام العقد.

يستخلص مما سبق، وأياً كان مقصد المشرع من العبارة الواردة في ختام المادة ٢٤، أن مزاحمة الدائن المرتهن رهن حيازي لنظيره صاحب الرهن دون حيازة قد يهدد عملاً حق هذا الأخير في التقدم. وذلك على عكس التزام مع صاحب حق امتياز بائع المنقول كما سبق أن عرضنا.

## **المبحث الثاني**

### **آليات حماية حق الدائن**

#### **تقديم:**

في ضوء المخاطر التي تحيط بحق الدائن المرتهن في رهن المنقول دون حيازة طبقاً لتنظيمه الحالي، لأبد من التوصل إلى آليات فعالة لحماية حقه تشجيعاً له على منح الائتمان بضمان هذا الرهن. وهو أمر في غاية الأهمية نظراً لما عرضنا له سابقاً من المميزات العملية التي يحملها رهن المنقول دون حيازة، حيث يجمع

منافع كل من الرهن الرسمي والحيازي، ويتلافى عيوبهما، مما يعود بالفائدة على كل من الراهن والمرتهن. ولا يعني ذلك خلو هذا الرهن من السلبيات، وإنما تكمن أبرز مساوئه في عدم توفير الحماية الكافية لحق الدائن المرتهن. وإن لم يشعر الدائن بالأمان الكافي على حقه في مثل هذا النظام، فلا يوجد ما يجبره على اللجوء إليه طالما توجد لديه البدائل التقليدية الآمنة متمثلة في الرهن الرسمي والحيازي.

بناءً على ما سبق، نسعى في هذا المبحث إلى الوقوف على الآليات التي من شأنها تقادي الأخطار التي تهدد حق الدائن - والتي سبق أن عرضنا لها في المبحث السابق - . بعض هذه الآليات مستوحى من نصوص القانون المدني المنظمة للأشكال التقليدية للرهن. وبعضها الآخر قد كفله بالفعل قانون تنظيم الضمانات المنقولة، فنقوم بتسليط الضوء عليه. وبعضها الثالث نقترح استحداثه مع إجراء التعديلات اللازمة لذلك، تلافياً لما تثيره بعض المسائل المتعلقة برهن المنقول دون حيازة من إشكاليات في التطبيق العملي.

وعليه نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كما يلي:

**المطلب الأول:** آليات حماية الدائن المرتهن المستوحاة من نصوص القانون المدني.

**المطلب الثاني:** آليات حماية الدائن المرتهن التي كفلها قانون تنظيم الضمانات المنقولة.

**المطلب الثالث:** آليات مستحدثة مقترحة لاستكمال حماية الدائن المرتهن.

### **المطلب الأول:**

#### **آليات حماية الدائن المرتهن المستوحاة من نصوص القانون المدني:**

نقصد بهذه الآليات تلك الأدوات التي قررها المشرع في نصوص القانون المدني المنظمة للرهن الرسمي والحيازي، والتي صمم فيها وسائل لحماية حق الدائن المرتهن. فالغاية هنا طرح توظيف ذات الوسائل فيما يتعلق برهن المنقول دون حيازة طالما تحقق ذات الفرض وذات العلة.

ومن أبرز تلك الآليات الاستثناء الذي قرره نص المادة ١٠٣٤ مدني لحماية الدائن المرتهن في حالة زوال ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعي. وكذلك

مبدأ تخصيص الرهن الذي جاءت به المادة ١٠٣٥/٢. ومنها أيضاً إلزام المدين بمنقول مثلي بالوفاء بكميات مماثلة من ذات النوع في حالة التنفيذ في المادة ٢/٢٠٥ مدني.

ونعرض لها في هذا المطلب على التوالي:

### **الفرع الأول:**

#### **تقرير حماية قانونية للدائن المرتهن في حالة زوال ملكية الراهن بأثر رجعي**

##### **على غرار المادة ١٠٣٤ مدني:**

لقد سبق أن عرضنا للفرض الذي تزول فيه ملكية الراهن بأثر رجعي بعد أن يقوم بإبرام عقد الرهن. ورأينا أن تطبيق القواعد العامة في هذا الصدد كان من شأنه أن يحرم الدائن المرتهن من الضمان الذي يقوم عليه حقه. لذا أثر المشرع أن يوفر له حماية استثنائية بنص صريح، وهو نص المادة ١٠٣٤: "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن". وعلى ذلك إن نشأ الرهن الرسمي في وقت كان العقار فيه مملوكاً للراهن ثم ظهر لاحقاً سبب يؤدي لزوال هذه الملكية بأثر رجعي، وكان الدائن لا علم له بهذا السبب وقت إبرام الرهن، يراعي القانون حُسن نيته ويقرر استثناءً عدم المساس بالرهن. وبالتالي يؤول العقار إلى المالك في هذه الحالة مثقلاً بالرهن الذي قرره الراهن وقت أن كان مالكاً له.

كما أشرنا إلى خصوصية هذا الاستثناء وتقريره في حالة الرهن الرسمي فقط، الأمر الذي لا يجوز معه تطبيقه بالقياس على الرهن الحيازي ورهن المنقول دون حيازة - كما سبق أن شرحنا تفصيلاً -.

وبناءً على ما سبق نرى ضرورة تدخل المشرع بإضافة نص صريح إلى قانون تنظيم الضمانات المنقولة على غرار نص المادة ١٠٣٤ مدني يقرر فيه استثناء على القواعد العامة لحماية الدائن المرتهن من خطر زوال ملكية الراهن

على المنقول بأثر رجعي. على أن هذا النص المُقترح ينبغي أن يربط تقرير الاستثناء بذات الشروط التي يقوم عليها بشأن الرهن الرسمي، وهي:

- ١- ثبوت ملكية الراهن للمنقول المرهون دون حيازة وقت إبرام الرهن.
- ٢- زوال ملكية الراهن بأثر رجعي بعد قيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة لسبب يرتبه القانون، وليس بناءً على اتفاق الأطراف.
- ٣- أن يكون المرتهن حسن النية وقت إبرام الرهن، أي لم يكن يعلم أو في مقدوره أن يعلم أن ملكية الراهن للمنقول المرهون مُهددة بالزوال.

بل أننا نرى أن حالة رهن المنقول دون حيازة أُجدر بهذه الحماية التشريعية الاستثنائية. ويرجع ذلك إلى الخاصية الأساسية لهذا الرهن ألا وهي عدم نقل حيازة المنقول إلى الدائن، مع اقتران ذلك بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية". لا شك في أن هذا الاقتران يؤدي إلى تهديد قوي لحق الدائن إن زالت ملكية الراهن على المنقول المرهون بأثر رجعي. فعندما تعود ملكية المنقول إلى المالك الأصلي، قد يقوم الراهن بنقل حيازته إلى هذا المالك. فإن احتج الدائن على المالك الأصلي للمنقول بقيد الرهن السابق على تاريخ الطعن في سند ملكية الراهن، سوف يرد المالك هذه الحجة بقاعدة الحيازة.

ومثل هذا التنظيم الذي يخلو من ضمان تشريعي يواجهه هذا الفرض، إنما يُثني الدائنين عن منح الائتمان بناءً عليه رغم مميزاته العديدة.

### **الفرع الثاني:**

#### **مبدأ تخصيص الرهن:**

قد ورد النص على هذا المبدأ بشأن الرهن الرسمي في المادة ٢/١٠٣٥ مدني، والتي تقضي بأنه: "ويجب أن يكون العقار المرهون...معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلا وقع الرهن باطلاً". وهذا المبدأ الجوهرى الذي لا يقوم الرهن بدونه<sup>١</sup> ينطوي على جانبين للتخصيص أحدهما يتعلق بالعقار المرهون،

<sup>١</sup> د. السنهوري، الوسيط ج ١٠، مرجع سابق، ص ٣٥٥، فقرة ١٥٨.



والآخر يتعلق بالدين المضمون بالرهن<sup>١</sup>. فمقتضى الجانب الأول وجوب أن يكون العقار أو العقارات الضامنة معينة تعييناً دقيقاً منذ إبرام العقد، والثاني أن يقوم الرهن لضمان دين محدد من حيث سببه ومقداره<sup>٢</sup>.

يُستخلص من مضمون مبدأ تخصيص الرهن على النحو السابق أمرين:

أولاً: أن المشرع يضيف إلى وجوب إفراغ عقد الرهن الرسمي في ورقة رسمية كشرط لنشوئه شرطاً شكلياً آخر، وهو ضرورة تضمينه لبيانات معينة تتعلق بالعقار المرهون وبالدين المضمون، وإفراغها كذلك في العقد الرسمي ذاته أو في ورقة رسمية لاحقة. فإن لم يتم الوفاء بهذا الالتزام لا يعتبر العقد قد استوفى الشكل المطلوب قانوناً، ومن ثم يُعد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ثانياً: تقرير هذا المبدأ يتضمن خروجاً على القواعد العامة في العقود المتعلقة بالمحل. فالأصل أن محل العقد بشكل عام يجوز أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين (م ١٣٣ مدني) كما يجوز أن يكون شيئاً مستقبلاً (م ١/١٣١ مدني). أما هنا بصدد الرهن فقد تطلب المشرع أن يكون محله معيناً تعييناً دقيقاً منذ إبرام العقد، كما أوجب توثيق بيانات التعيين بشكل رسمي.

وقد أجمع الفقه على أن تقرير مبدأ تخصيص الرهن على هذا النحو إنما قد صُم لحماية مصلحة الراهن<sup>٣</sup>. فتحديد العقار محل الرهن، فضلاً عن تحديد الدين المضمون يُجبر المدين على الاقتصاد في الرهون بحيث لا يرهن من عقاراته سوى ما يكفي لضمان الدين دون تفريط. وهو مما يمنح له حرية التصرف في باقي عقاراته أو الحصول على ائتمان آخر بضمانها.

إلا أننا نرى أن هذا المبدأ لا يخلو من حماية للدائن المرتهن كذلك. ذلك أن هذا التخصيص يسمح له بالتعرف على المركز الائتماني لكل من عقارات المدين،

<sup>١</sup> وقد أكدت على هذا المبدأ المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقاري، والتي تنص على أنه: "إذا كان شهر المحرر بطريق

القيود يجب أن يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على البيانات الآتية: ... (رابعاً): مصدر الدين المضمون ومقداره كاملاً وميعاد استحقاقه. (خامساً): بيان يتضمن تعيين العقار الذي رتب عليه الحق تعييناً دقيقاً...".

<sup>٢</sup> انظر: د. منصور مصطفى منصور، ود. جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٦٦-٦٧.

<sup>٣</sup> انظر على سبيل المثال: د. عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص ٦٩، فقرة ٥١. ود. منصور مصطفى منصور، د. جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٦٧.

وما إذا كانت محل للرهن ومقدار الدين الذي تضمنه. وبذلك يستطيع أن يتخذ قراره بشأن عقد الرهن وهو على بينة من الأمر، بحيث يختار من عقارات المدين ما يكون غير مثقل برهن، أو ما يكون مقدار الدين الذي يضمنه ضئيلاً.

#### \*مبدأ تخصيص الرهن في رهن المنقول دون حيازة:

تنص المادة ٢/٨ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة على أنه: " ويجب أن تتضمن شروط عقد الضمان على الأقل ما يلي: ١- وصفاً عاماً أو خاصاً للمنقول الضامن، على أن يكون الوصف محدداً، إذا كانت الضمانة أشياء استعمالية مخصصة لأغراض شخصية أو منزلية...". كما تنص المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن: " مع مراعاة أحكام هذه اللائحة يتم قيد الإشهار في السجل بعد التأكد من استيفائه البيانات الآتية:...(ج) وصفاً للمنقول موضوع الإشهار، ويجوز أن يكون الوصف عاماً أو خاصاً مادام دالاً على الموصوف. وفي حال كون المنقول الضامن أشياء مخصصة لأغراض الاستعمال الشخصية أو المنزلية فيجب أن يكون وصفها مُحدداً...".

يُستخلص من النصوص السابقة أن اشتراط تخصيص الرهن -على النحو الوارد في المادة ٢/١٠٣٥ مدني- غير متوفر بالنسبة لرهن المنقول دون حيازة كقاعدة عامة<sup>١</sup>. فالمواد المذكورة لم تتطلب سوى "وصفاً" للمنقول الضامن، وأجازت أن يكون هذا الوصف عاماً أو خاصاً. وهو ما يختلف تماماً عن الإلزام بتعيين المرهون تعييناً دقيقاً، فتحديد ماكينه تحديداً دقيقاً على سبيل المثال يتطلب وصف شكلها وما تقوم به، بلد المنشأ، والرقم المسلسل لها. أما وصفها وصف عام أو خاص فإنه قد يورد بعض هذه البيانات دون الرقم المسلسل للآلة.

إلا أن هذه النصوص قد قررت استثناء على هذا المفهوم الواسع لوصف المنقول، وهو حالة الأشياء المخصصة لأغراض شخصية أو منزلية، فتطلبت بشأنها أن يكون وصفها محدداً. والواقع أن هذا الاستثناء ذاته على درجة عالية من

<sup>١</sup> ومما يؤكد ذلك التعريف الوارد للمنقول في المادة الأولى من القانون ٢٠١٥/١١٥ بأنه: "كل منقول مادي قائم أو مستقبلي...".

الغموض. فلفظ "الوصف المحدد" لا ينزل إلى مرتبة "الوصف العام أو الخاص" الوارد في القاعدة العامة، ولكنه كذلك لا يرقى للتعيين الدقيق المذكور في المادة ١٠٣٥ مدني. كما أن تعبير "الأشياء المخصصة لأغراض شخصية أو منزلية" يُعد مبهماً، خاصةً أن القانون ولائحته التنفيذية لم يذكر تعريفاً له في المادة الأولى الخاصة بالتعريفات.

خلاصة ما سبق أن الشرط الذي يعتبر ركناً أساسياً في الرهن الرسمي وهو مبدأ تخصيص الرهن لم يتبناه قانون تنظيم الضمانات المنقولة بشأن رهن المنقول دون حيازة. وهذا الأمر يبدو منطقياً في ضوء طبيعة الأموال المنقولة، خاصةً المثلية منها التي تستعصي على التحديد الدقيق. وغياب هذا المبدأ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة إنما يُفقد الدائن ضمانه أخرى من الضمانات التي قررها القانون المدني لنظيره المضمون حقه برهن رسمي.

#### الفرع الثالث:

#### إلزام المدين بمنقول مثلي بالتنفيذ العيني في المادة ٢/٢٠٥ مدني:

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ مدني على أنه: " فإذا لم يقر المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحاليتين بحقه في التعويض". والشيء المشار إليه في المادة السابقة هو المنقول المعين بالنوع. ومفاد هذه الفقرة أن التزام المدين بأداء منقول معين بالنوع لا ينقضي بسبب هلاك الشيء محل الأداء أو تعذر التنفيذ لأي سبب، بل يجب أن يوفي بكمية مماثلة من ذات النوع.

وبالتالي فإن الراهن الذي يلتزم بتقرير رهن على منقول مثلي كضمان لدينه، يظل التزامه قائماً رغم هلاكه أو تصرفه فيه. وبالتالي فإن مقتضى تطبيق المادة ٢/٢٠٥ في حالة رهن منقول مثلي دون حيازته؛ هو عدم انقضاء التزام الراهن بتقديم كمية معينة من نوع محدد من المنقولات المثلية كضمان للوفاء بدينه إن هلكت هذه المنقولات أو قام بالتصرف فيها.

على الرغم من ذلك فإن هذا الضمان لا يتمتع بالقوة الكافية لتشجيع الدائن على منح الائتمان بناءً عليه. ذلك لأن المادة ٢/١٦ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة قد جردت حق الرهن الوارد على المنقولات المثلية من الأولوية المقررة له بمجرد اختلاطها بما يماثلها، إذ تساوي مراتب الدائنين الممتازين في هذه الحالة بحيث يحصل كل منهم على حقه بنسبة دينه إلى إجمالي المنقولات المثلية الضامنة المختلطة<sup>١</sup>.

### المطلب الثاني:

#### آليات حماية الدائن المرتهن التي كفلها قانون تنظيم الضمانات المنقولة:

لم يكن المشرع عند سن قانون تنظيم الضمانات المنقولة غافلاً عن المخاطر التي قد يتعرض لها الدائن كنتيجة لطبيعة الأموال المنقولة، ولقيام هذا الرهن على عدم نقل حيازة المنقول إلى الدائن المرتهن. لذا جاء هذا القانون بالعديد من النصوص التي تعمل على حماية حق الدائن من الكثير من الأخطار التي قد تهدده. بعض هذه النصوص الحمائية ورد في مواضع متفرقة من القانون، في حين ضم بعضها الآخر الفصل السابع منه، والمتعلق بالعقوبات.

بناءً عليه، نعرض في هذا المطلب لأبرز النصوص التي تضمنها قانون تنظيم الضمانات المنقولة، والتي يحمل محتواها حماية واضحة للدائن المرتهن. ثم نتناول الفصل الخاص بالعقوبات المقررة في هذا القانون في حالة مخالفة أي من قواعده. وذلك في الفرعين التاليين:

**الفرع الأول:** أبرز النصوص الحامية للدائن المرتهن في القانون رقم ٢٠١٥/١١٥.  
**الفرع الثاني:** العقوبات التي قررها قانون تنظيم الضمانات المنقولة لحماية حق الدائن.

<sup>١</sup> وقد سبق أن تناولنا هذا النص بالتفصيل والانتقاد في موضع سابق.

## الفرع الأول:

### أبرز النصوص الحامية للدائن المرتهن في القانون رقم ٢٠١٥/١١٥:

يزخر قانون تنظيم الضمانات المنقولة بالنصوص التي تتضمن حماية للدائن بشكل مباشر أو غير مباشر. نعرض هنا لأبرز أوجه الحماية في بعض هذه النصوص:

#### المادة ١٧:

تنص هذه المادة في فقرتها الثانية على أنه: "ويجوز للمدين بيع المنقول أو تأجيرهِ إلى شخص آخر محملاً بحق الضمان ويكون المدين الأصلي ضامناً للمشتري أو المستأجر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الضمان. وللدائنين المشهرة حقوقهم المضمونة في السجل أن ينتبِعوا المنقول في أية يد كانت...".  
وتقرر هذه الفقرة مسؤولية المدين عن تنفيذ التزاماته تجاه الدائن، والناشئة عن عقد الضمان في حالة قيامه ببيع المنقول أو تأجيرهِ لشخص آخر قبل سداد الدين المضمون بهذا المنقول. وتُستكمل هذه الحماية بالتأكيد على حق الدائن في تتبع المنقول الذي يتصرف فيه المدين الحائز له بالبيع أو التأجير، تمهيداً للتنفيذ عليه. إلا أن حقه ذلك في التتبع يتوقف نشوئه على إظهار الدائن لحقه المضمون في سجل الضمانات المنقولة.

وتنص الفقرة الثالثة من ذات المادة على كيفية حساب مرتبة الدائن في حالة تعدد حقوق الضمان المنشأة على ذات المنقول، فنقرر أنه: "وإذا تعددت حقوق الضمان على المنقول الضامن، تُحسب مرتبة حق الضمان من وقت وتاريخ إظهاره في السجل بغض النظر عن التاريخ المُنشئ للحق في هذه الضمانات، ويستوفي صاحب الحق الأسبق في الإظهار حقه قبل الدائن الذي يليه". وهي تؤكد بذلك أن العبرة في حساب التقدم تكون بأسببية تاريخ إظهار حق الضمان في السجل، دون اعتبار لتاريخ نشوء الحق المضمون ذاته.

كما تؤكد على الحجية القاطعة لتاريخ ووقت الإظهار في السجل الفقرة الرابعة: "ولا يجوز للمدين أو الغير الاحتجاج على الدائن بأي حق يتعارض مع

بيانات السجل المتعلقة بوقت الإشهار وتاريخه". وهو ما يمثل ضماناً في غاية الأهمية في مصلحة الدائن.

#### المادة ١٨:

وتتناول هذه المادة حق الدائن على أي مبلغ أو شيء يحل محل المنقول الضامن نتيجةً لبيعه، أو استبداله، أو التعويض عنه، أو غير ذلك. وقد ورد نصها كالآتي:

" (١) يُعتبر عقد الضمان شاملاً للمقابل العيني أو النقدي الناتج عن بيع المال الضامن أو الانتفاع به، أو استبدال غيره به، أو التعويض عن نقص قيمته أو تلفه، كما يشمل ناتج ما يغله أو يدره المنقول، أو ناتج استغلاله لسداد حقوق الدائن الواردة بعقد الضمان، ما لم يتفق في عقد الضمان على خلاف ذلك.

(٢) وفي حالة التأمين على المنقول أو هلاكه يكون للدائن على المبالغ الناشئة عن التأمين أو الحق الذي يترتب لمالك المنقول كالتعويض إذا تحقق سبب استحقاقها نفس الحقوق والامتيازات التي كانت له على المنقولات المؤمن عليها أو الهالكة." يتضح من النص السابق أن المشرع مدرك تماماً لسهولة تداول أو تلف المال الضامن باعتباره منقولاً، ونظراً لاحتفاظ المدين بحيازته. فقد سعى من خلال هذا النص إلى إنشاء حق للدائن على أي بديل يقوم مقام المنقول الضامن لأي سبب، سواءً كان هذا البديل نقدياً أو عينياً.

في **الفقرة الأولى** من المادة المشار إليها يضع المشرع قاعدة مكملة تكفل للدائن ضمان أفعال التعرض المادي الصادرة عن المدين، كما تكفل حق الدائن فيما قد يغله المنقول من ثمار. ومن الجدير بالملاحظة هنا أن تصرف المدين في المنقول الضامن قد أجازته المادة ٢/١٧ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة: " ويجوز للمدين بيع المنقول أو تأجيريه إلى شخص آخر محملاً بحق الضمان.."، إلا إن هذا لا يمنع من ضرورة ضمان حق الدائن في مثل هذه الحالة. لذا أوجب المشرع انتقال حق الدائن على المنقول إلى المقابل النقدي أو العيني لبيعه أو الانتفاع به أو استبداله بغيره أو التعويض عن نقص قيمته أو تلفه إلا إذا اتفق الطرفان على

استبعاد ذلك. وإن كان المدين يقوم باستثمار المال الضامن بحيث يدر ثماراً، يجب سداد حق الدائن من هذه الثمار، ما لم يستبعد الطرفين هذا الأمر.

وهذه الفقرة تقابل المادة ١٠٤٧ مدني المقررة بشأن الرهن الرسمي: "يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً...". ويذهب الفقه إلى أن المقصود بالالتزام الوارد في هذا النص هو ضمان التعرض والاستحقاق والتلف، وهو يشمل التزام الراهن بالحفاظ على سلامة الرهن من التعرض المادي القانوني الذي قد يصدر منه أو من الغير<sup>١</sup>. وتُعد التصرفات الواردة في الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون ٢٠١٥/١١٥ مما يعرض الدائن للتعرض القانوني من الغير. إلا أن القانون المدني في المادة ١٠٤٧ يعطي للدائن الحق في الاعتراض على الأعمال التي تهدد ضمانه، كما أنه يمنحه في حالة الاستعجال الحق في أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك. في حين جاء حكم قيام الراهن بأعمال تهدد سلامة الرهن في المادة ١/١٨ متمثلاً في فكرة الحلول العيني بحيث ينتقل ضمان الدائن المرتهن للمنقول دون حيازة إلى المقابل النقدي أو العيني لهذا المنقول. ونرى أن اختلاف الحكم قد جاء متسقاً مع اختلاف طبيعة العقار عن المنقول. فإن قام الدائن المرتهن رهن رسمي باتخاذ وسيلة تحفظية للحفاظ على حقه تتمثل في طلب تعيين حارس للحفاظ على العقار، فإن مثل هذه الوسيلة لا تتلاءم مع طبيعة المنقول.

أما **الفقرة الثانية من المادة ١٨** فهي تتناول التزام الراهن بضمان الهلاك، وتعلق حق الدائن بما يحل محل المنقول الضامن من تأمين أو تعويض. ومن الجدير بالملاحظة هنا، أن المشرع اقتصر على بيان حق الدائن في حالة استحقاق المدين لتأمين أو تعويض عن هلاك المنقول، ولم يتعرض للفرض الذي يقع فيه الهلاك بخطأ المدين الراهن أو بسبب أجنبي.

<sup>١</sup> انظر: د. السنهوري، الوسيط ج ١٠، مرجع سابق، ص ٣٨٧، فقرة ١٧٠. وكذلك: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨، ص ٩٦-٩٧.

ويلاحظ هنا أيضاً أن الفقرة الثانية من المادة ١٨ لم يرد فيها ما يدل على أنها قاعدة مكملة، وإنما جاءت بصيغة أمر على عكس الفقرة السابقة لها. وتوازي هذه المادة في القانون المدني المواد ١٠٤٨ و ١٠٤٩ بشأن هلاك العقار محل الرهن الرسمي<sup>١</sup>، إلا أن هاتين المادتين قد تناولتا جميع فروض هلاك العقار. فالمادة ١٠٤٨ في فقرتها الأولى تبين حكم هلاك العقار المرهون أو تلفه بخطأ الراهن، فتضع الدائن بالخيار بين أن يقتضي تأميناً كافياً بديلاً عن العقار الهالك، أو سقوط الأجل وحلول الدين فوراً. أما الفقرة الثانية من ذات المادة فقد تناولت ضمان الهلاك أو التلف الناتج عن سبب أجنبي، وقررت أنه إن لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، يرجع الخيار للمدين بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين حالاً قبل حلول الأجل. والفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ تمنح الدائن الحق في اتخاذ إجراءات وقائية أو تحفظية للمحافظة على العقار مما يعرضه للهلاك أو التلف أو يجعل منه ضمان غير كاف بشكل عام<sup>٢</sup>.

أما المادة ١٠٤٩ فقد تناولت ذات الفرض الخاص الوارد في المادة ١٨ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة، أي تلك الحالة التي يكون المرهون فيها مؤمناً عليه أو يُستحق مبلغاً من التعويض نتيجة هلاكه. وهنا ينتقل حق الدائن على المرهون الهالك إلى هذه المبالغ المستحقة للمدين بنفس مرتبته.

يُلاحظ في هذا الصدد أن المواد المذكورة في القانون المدني تساوي بين هلاك العقار وتلفه، فتقرنهما معاً وتساوي بينهما في الحكم. بينما المادة ١٨ من

<sup>١</sup> تنص المادة ١٠٤٨ مدني على أنه:

"١- إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً.

٢- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل. وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين.

٣- وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر."

أما المادة ١٠٤٩ مدني فقد ورد نصها كالتالي:

" إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزاع ملكيته للمنفعة العامة".

<sup>٢</sup> د. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ٩٩.



قانون تنظيم الضمانات المنقولة قد نصت على تلف المنقول في الفقرة الأولى منها، أي أقرنته بالتصرفات التي قد يقوم بها المدين على المنقول الضامن. ثم خصصت الفقرة الثانية لحكم هلاك المنقول وحده.

#### المادة ١٩:

تنص هذه المادة على أنه:

" للدائن أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة المختصة معاينة المنقول والعقار الذي يوجد فيه ومحل عمل مقدم الضمان ودفاتره وسجلاته أثناء نفاذ حق الضمان للتحقق من عدم التصرف في المنقول أو القيام بأي عمل من شأنه الانتقاص من حقوق الدائن.

فإذا تبين من نتيجة المعاينة أنه قد تم التصرف في المنقول أو ثبوت وجود إهمال جسيم في صيانتها أو العناية به طبقاً لما ورد بعقد الضمان فللقاضي الأمور المستعجلة بناءً على طلب الدائن إلزام المدين ومقدم المنقول بما يلي:

١- إصلاح المنقول الضامن وصيانتها على نفقة مالك المنقول الضامن أو المدين خلال المدة المحددة بالإخطار.

٢- تقديم تأمينات بديلة أو إضافية.

٣- اعتبار أجل الدين حالاً دون الحاجة للحصول على حكم قضائي.

ولا يحول اتخاذ الدائن للإجراءات السابقة دون ممارسة حقوقه الأخرى الواردة في عقد الضمان أو في هذا القانون أو أي قانون آخر."

يتبين من المادة السابقة أن المشرع قد وضع في اعتباره أن حق الدائن يتعلق بالمنقول الضامن، ولكن هذا الأخير يكون في حيازة المدين وتحت تصرفه. لذا حوّل الدائن من خلال هذه المادة وسيلة ليطمئن على المنقول الذي يضمن حقه ليتحقق من مدى محافظة المدين عليه. فطبقاً للنص السابق يحق للدائن معاينة المنقول الضامن، ليحيط بما إذا كان المدين قد تصرف فيه، أو أهمل صيانتها أو

العناية به، أو قام بأي عمل من شأنه الانتقاص من حقوق الدائن. لكن هذا الحق لا يثبت للدائن إلا بعد نفاذ حق الضمان، أي بعد قيده في سجل الضمانات المنقولة. فإن كانت نتيجة معاينة الدائن تلك أن وجد أياً مما سبق (تصرف المدين في المنقول، إهماله لصيانته، وما إلى ذلك)، أو أي تقصير بأي شكل آخر في القيام بواجب الحفاظ على المنقول طبقاً لعقد الضمان، منحه المشرع ثلاثة حلول. يحق للدائن في هذه الحالة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة إصلاح المنقول الضامن وصيانته على نفقة مالكة أو المدين، وتقديم تأمينات بديلة عن المنقول أو إضافية له، واعتبار أجل الدين حالاً دون الحاجة لاستصدار حكم بذلك. الملاحظ أن صياغة النص لا تفيد ورود هذه الحلول على سبيل التخيير، مما يُستفاد منه إمكانية الاختيار أو الجمع بينها. كما يُلاحظ تأكيد المشرع على أن اتخاذ الدائن لهذه الإجراءات لا يمنعه من ممارسة حقوقه الأخرى الواردة في عقد الضمان أو في هذا القانون أو في أي قانون آخر.

ونرى أن تقرير آلية للرقابة على المنقول الضامن تحت يد المدين من قبل الدائن، ومنحه الحق في متابعة تنفيذ المدين لواجب الحفاظ على المنقول أمر في غاية الأهمية والإيجابية. فهذا النص من أقوى الضمانات التي حولها المشرع للدائن في ضوء ما يحيط برهن المنقول دون حيازة من مخاطر عالية تنشأ عن ترك حيازة المنقول في يد المدين. فحينما يدرك المدين أن حيازته تلك محل رقابة ومتابعة من جانب الدائن صاحب الحق المضمون، بل وأن أي تقصير أو تهاون من جانبه مقترن جزاءات قوية يملك الدائن المطالبة بها بشكل فوري، سوف يحجم عن تعريض حق الدائن للخطر لا شك.

من الجدير بالذكر أن مشروع القانون النموذجي بشأن المعاملات المضمونة قد أورد حق الدائن في الرقابة على المنقول الضامن ولكن ضمن القواعد غير الإلزامية المتعلقة بالتزامات وحقوق طرفي عقد الضمان<sup>1</sup>. فجاءت المادة ١٣ منه

<sup>1</sup> ذلك برغم أنه اعتبر واجب المدين في الحفاظ على المنقول الضامن من القواعد الإلزامية التي لا اختيار للدول في الأخذ بها في قانونها الوطني، حيث نصت المادة ١/١٢ منه على أنه: "يجب على الطرف حائز الموجود المرهون أن يتخذ خطوات معقولة للمحافظة على ذلك الموجود وعلى قيمته".

بعنوان "القواعد غير الإلزامية لنتص على: "ما لم يُتفق على خلاف ذلك، يكون للدائن المضمون الحق فيما يلي: أ... ب... ج... د... هـ... ز... ح... ط... ي... ك... ل... م... ن... س... ع... ف... ق... ك... ح... ج... ب... أ...".<sup>١</sup> ولكن هذا المشروع قد وضع جزاءً إضافياً عما قرره المشرع المصري في حالة ثبوت تقصير المدين أو إهماله يتمثل في تمكين الدائن من حيازة المنقول الضامن. وقد نصت على ذلك المادة ٦٦ من المشروع: " يحق للدائن المضمون، بعد التقصير، احتياز الموجودات الملموسة المرهونة".

وقد أكد المشروع -كما القانون المصري- على أن " لا تحول ممارسة أحد الحقوق اللاحقة للتقصير دون ممارسة حق آخر لاحق للتقصير، ما لم تكن ممارسة أحد الحقوق قد جعلت من المستحيل ممارسة حق آخر. ولا تحول ممارسة حق لاحق للتقصير فيما يتعلق بموجودات مرهونة دون ممارسة حق لاحق للتقصير فيما يتعلق بالالتزام المضمون، والعكس بالعكس".<sup>٢</sup>

#### المادة ٢٤:

قد سبق أن أشرنا إلى هذه المادة بمناسبة تناولنا للمفاضلة بين حق الدائن المرتهن للمنقول دون حيازة، وباقي الدائنين أصحاب الضمانات الخاصة على ذات المنقول. وقد قررت المادة ٢٤ أنه: "يكون لأصحاب حقوق الضمان المشهورة وفقاً لأحكام هذا القانون امتياز على المنقول الضامن يسبق حقوق الامتياز والرهن المقررة في القوانين الأخرى عدا المصروفات القضائية ورسوم ونفقات التنفيذ على المنقول، وذلك بمراعاة حقوق الدائنين المرتهنين حيازياً وفقاً لأحكام القانون المدني".

وتتمثل الحماية التي تقدمها هذه المادة للدائن المرتهن في منحه مرتبة متقدمة على غيره من الدائنين لا يسبقها سوى المصروفات القضائية، ورسوم ونفقات التنفيذ على المنقول. فحق الدائن المرتهن للمنقول دون حيازة يتقدم على امتياز بائع المنقول كما سبق أن فصلنا. أما المفاضلة بين ذلك الأول، وبين الدائن المرتهن

<sup>١</sup> لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)، الدورة الرابعة والعشرون، ٦-٢ ديسمبر ٢٠١٣ - فيينا، مشروع قانون نموذجي بشأن المعاملات المضمونة.

<sup>٢</sup> المادة ٦١ من المشروع، فقرة ٣ و٢.

رهن حيازي فقد جاء نص المادة ٢٤ غامضاً بشأنها إذ ذكر في نهايته: " وذلك بمراعاة حقوق الدائنين المرتهنين حيازياً وفقاً لأحكام القانون المدني ". وقد ذهبنا إلى أن مثل هذه الصياغة تدل على تقدم حق الرهن الحيازي. ونحيل في تفصيل ذلك إلى المبحث السابق منعاً للتكرار.

### الفرع الثاني:

#### العقوبات التي قررها قانون تنظيم الضمانات المنقولة لحماية حق الدائن:

بالنظر إلى المخاطر المحيطة بحق الدائن المرتهن، والناجمة عن آلية رهن المنقول دون حيازة، ناشد جانب من الفقه<sup>١</sup> المشرع - قبل صدور القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ - بتقرير عقوبات جنائية لحماية هذا الرهن، وكفالة فعاليته. وقد فطن المشرع بالفعل إلى مدى أهمية وضرورة فرض جزاءات جنائية في قانون تنظيم الضمانات المنقولة، فتبناها وكرس لها الفصل السابع منه.

وقد سعى المشرع في هذا الفصل تقرير عقوبة رادعة تواجه كل مخالفة لأحكام القانون ذاته من شأنها الإضرار بالمنقول الضامن، أو بحق الدائن المرتهن عليه، أو بنظام قيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة.

تضمن الفصل السابع من قانون تنظيم الضمانات المنقولة، والخاص بالعقوبات أربعة مواد؛ من ٢٨ إلى ٣١. وسوف نعرض فيما يلي لمضمون كل منهم:

#### المادة ٢٨:

تولت هذه المادة تقرير جزاء على أي تصرف مادي يأتي به الراهن ينتج عنه المساس بسلامة المنقول الضامن بقصد الإضرار بالدائن. فقد نصت الفقرة الأولى منها على أنه:

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يُعاقب بالحبس وبغرامة تعادل قيمة الدين المضمون، بما لا يقل عن ألف جنيه أو بإحدى

<sup>١</sup> انظر: د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيد، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، مرجع سابق، ص ٢٨٣ وما بعدها.

هاتين العقوبتين، كل من قام بتغيير معالم المنقول الضامن أو أوصافه المشهورة بالسجل أو طمس بيناته بقصد الإضرار بالدائن".

تفيد الفقرة السابقة أن الفعل محل الجزاء يتمثل في القيام بتغيير معالم المنقول الضامن، أو تغيير أوصافه التي تم قيدها في سجل الضمانات المنقولة، أو إخفاء أية بيانات يحملها المنقول تميزه عن أشباهه. ويلاحظ أن النص لم يشترط وقوع هذه الأفعال من المدين الراهن، وإنما "كل من قام" بأحد هذه الأفعال.

كما أنه من الجدير بالملاحظة أن المشرع قد قرن القيام بهذه الأفعال بـ "قصد الإضرار بالدائن". ويُستخلص من ذلك بالتبعية، أنه لا يكفي وقوع أحد الأفعال الماسة بسلامة المرهون المنصوص عليها، وإنما يجب أن يكون القيام بهذا التصرف بنية الإضرار بالدائن. ونرى أن هذا الشرط إنما يُضعف كثيراً من قيمة الحماية التي يقدمها هذا النص. فالأصل حسن النية، وبالتالي فإن من يدعي توافر قصد الإضرار أن يُثبت ذلك، وهو لا شك أمر بالغ الصعوبة.

وفي حالة توافر موجبات العقوبة طبقاً للنص -أي وقوع أحد الأفعال الماسة بالمنقول، وقصد الإضرار بالدائن- يكون الجزاء إما الحبس والغرامة التي تعادل قيمة الدين المضمون بحد أدنى ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين. وهي -في نظرنا- عقوبة قوية تحقق الردع عن المساس المادي بكيان المنقول المضمون أو سلامته. وهي توقع في حالة عدم وجود أية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر.

أما الفقرة الثانية من المادة ٢٨ فقد نصت على أنه:

" كما يُعاقب بالغرامة المنصوص عليها بالفقرة السابقة المدين الذي يخالف التزاماته الواردة بالمادة ١٠ من هذا القانون، وكذلك المصفي الذي يخالف التزاماته الواردة بالمادة ١٣ من هذا القانون".

إن الوقوف على مضمون هذه الفقرة يستوجب إلقاء نظرة على ما ورد بالمواد المشار إليها فيها. فالمادة ١٠ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة قد جاء نصها بما يلي: " يُعتبر المنقول أمانة في يد المدين أو مقدم الضمان بموجب عقد

الضمان، لحين انقضائه وعليه بذل عناية الرجل المعتاد في الحفاظ عليه وصيانتته بما يتناسب مع طبيعته". يتضح من النص السابق أنه يتضمن ذات الالتزام الوارد جزاؤه في المادة ٢٨؛ أي الحفاظ على المنقول الضامن من أي تعرض مادي يؤدي إلى الإضرار به أو إنقاص قيمته. فإن خالف المدين الالتزامات التي تفرضها عليه المادة السابقة يُعاقب بالغرامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٨؛ أي تلك التي تعادل قيمة الدين المضمون بما لا يقل عن ألف جنيه. ويُلاحظ هنا أن مخالفة المواد الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٢٨ مُعاقب عليها بالغرامة فقط دون الحبس بخلاف الفقرة الأولى منها.

أما الالتزامات الواردة في المادة ١٣ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة فإنها تتعلق بالتنفيذ على المنقول الضامن، وتتضمن التزامات الجهات المنوط بها تحصيل حقوق الدولة أو غيرها على المنقول. ومخالفة مثل هذه الالتزامات تستوجب توقيع الغرامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٢٨.

#### المادة ٢٩:

تنص هذه المادة على أنه:

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة تعادل قيمة الدين المضمون، بما لا يقل عن خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين:

١- كل مدين بدّل أو أثلّف عمداً المنقول الضامن المشهر بالسجل أو تصرف فيه بالمخالفة لأحكامه.

٢- كل دائن تعمد شهر حق ضمان بشكل مخالف للواقع أو لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له.

ويُعاقب بالغرامة المنصوص عليها بالفقرة السابقة كل من عرقل إجراءات التنفيذ على المنقول بقصد الإضرار بالدائنين.

ركزت الفقرة الأولى من المادة السابقة -استكمالاً لما جاءت به المادة ٢٨- على الأفعال التي تشكل عملاً قانونياً قد يمس بسلامة الرهن أو نفاذه. فهي تقرر عقوبة على قيام المدين بالتصرف في المنقول الضامن بالمخالفة لما تم شهره في سجل الضمانات المنقولة. كما تُجرّم قيام الدائن عمداً بشهر حق ضمان يخالف الواقع أو يتعارض مع أحكام هذا القانون.

يُلاحظ هنا أنه وإن كان الغرض الرئيسي لهذه المادة هو تجريم الأعمال القانونية الماسة بسلامة الرهن، إلا أنها أشارت كذلك إلى صورة من التعرض المادي المحظور على المدين وهي؛ قيامه بتبديل أو إتلاف المنقول الضامن المشهر بالسجل عمداً. ولا يخفى تشابه مضمون هذا الفعل المادي مع ما جاءت به المادة ٢٨ من تجريم " تغيير معالم المنقول الضامن أو أوصافه المشهورة بالسجل أو طمس بياناته بقصد الإضرار بالدائن". ولعل الإشارة إلى التعرض المادي هنا من باب التأكيد، والتوضيح، وإغلاق المجال لأية ثغرة قد يستغلها المدين للإضرار بالدائن من خلال المنقول الضامن الموجود في حيازته.

كما يُلاحظ في هذه المادة -على خلاف سابقتها- أنها تناولت الأفعال الصادرة من كل من المدين أو الدائن على حدٍ سواء طالما تؤدي إلى الإضرار بالرهن أو مخالفة أحكام هذا القانون. ذلك في حين لم تتناول المادة ٢٨ سوى الأفعال الصادرة من المدين.

مقتضى الفقرة الأولى المُشار إليها أن وقوع أي من الأفعال المنصوص عليها في بنديها يستوجب عقوبة الحبس بحد أدنى مدة ثلاثة أشهر، وغرامة تعادل قيمة الدين المضمون بحد أدنى خمسين ألف جنيه، أو بإحدى العقوبتين.

أما الفقرة الثانية من المادة ٢٩ فإنها تتناول مرحلة التنفيذ على المنقول الضامن، فتقرر عقوبة على كل فعل من شأنه عرقلة إجراءات التنفيذ على المنقول بقصد الإضرار بالدائنين. ولم يتضمن النص تحديداً لمن يُمكن أن تصدر منه مثل هذه الأفعال المعرّقة للتنفيذ، وبالتالي فهي تخضع للعقوبة المنصوص عليها أيّاً كان من صدرت منه، سواءً المدين أو أحد الدائنين أو الغير. وقد تقررت لهذه الأفعال

عقوبة الغرامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى - أي غرامة تعادل مقدار الدين المضمون بحد أدنى ٥٠ ألف جنيه - فحسب، دون الحبس.

من الجدير بالملاحظة أن المادتين السابقتين (٢٨ و ٢٩) تقرران جزاءات على مخالفة الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه<sup>١</sup>. ولهذا الالتزام جانبيين؛ مادي وقانوني<sup>٢</sup>، وقد ركزت المادة ٢٨ على الشق المتعلق بالأعمال المادية الضارة بالرهن، وتقرير عقوبتها. أما المادة ٢٩ فقد تناولت الأعمال القانونية التي قد تهدد سلامة الرهن وقررت لها عقوبة رادعة. وعلى ذلك فإن كل من المادتين المذكورتين تكمل الأخرى لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية.

#### المادة ٣٠:

ورد نص هذه المادة كالتالي:

" يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن مليوني جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو اشترك في إنشاء موقع إلكتروني بالمخالفة لحك م المادة ٥ من هذا القانون".

أما هذا النص فقد وُضِعَ لحماية آلية قيد المنقولات التي ابتدعها هذا القانون وهي سجل الضمانات المنقولة. وقد سبق أن أشرنا أن هذه الآلية قد جاءت في شكل سجل مركزي إلكتروني، يوفر خدماته من خلال موقع إلكتروني على شبكة المعلومات الدولية. ورغم أن مثل هذه الآلية تواكب التطور، وتتميز بتوفير الوقت والجهد والنفقات، إلا أنها من ناحيةٍ أخرى عرضة لخطورة إنشاء موقع إلكتروني شبيهه يضلل الأفراد، ويؤدي لضياع الحقوق.

وعليه، نصت الفقرة الثانية من المادة ٥ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة على أنه: "يُحظر بغير موافقة مسبقة من الجهة الإدارية المختصة إنشاء مواقع إلكترونية شبيهة بالموقع الإلكتروني المشار إليه بالفقرة السابقة، أو قد يضلل الجمهور بأنه يتضمن البيانات أو المعلومات المشهورة بالسجل". وتدعيماً لفاعلية هذا

<sup>١</sup> وهو أحد التزامات الراهن في الرهن الحيازي تنص عليه المادة ١١٠١.

<sup>٢</sup> انظر: د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٢٦-٢٢٧.



الخطر قررت المادة ٣٠ عقوبة قاسية لمخالفته تتمثل في الحبس لمدة لا تقل عن سنة، وغرامة بمقدار مليوني جنيه كحد أدنى، أو إحدى هاتين العقوبتين. وتوقع هذه العقوبة على الفاعل الأصلي والشريك على حد سواء.

مادة ٣١:

تنص هذه المادة على أن:

"يُعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري بذات العقوبة المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون، إذا ارتكبت الجريمة باسم ولحساب الشخص الاعتباري، وثبت علمه بها واتجهت إرادته لارتكابها، ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات".

يتناول النص السابق الفرض الذي يكون فيه مرتكب أحد الأفعال المنصوص عليها في هذا الفصل المتعلق بالعقوبات شخص اعتباري. وأورد النص أن العقوبات المقررة عن تلك الأفعال تقع على عاتق المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري. إلا أن ذلك مشروط بأن يكون ارتكاب الفعل المُجرّم باسم ولحساب الشخص الاعتباري، وأن يثبت علمه به، وتتجه إرادته لارتكابها. وإذا تَضَمَّن الجزاء المقرر عن أي فعل مخالف لنصوص هذا القانون عقوبة مالية أو تعويض، يتحمل الشخص الاعتباري الوفاء بهذا الجزاء بالتضامن.

#### **المطلب الثالث:**

#### **آليات مستحدثة مقترحة لاستكمال حماية الدائن المرتهن:**

من خلال بحثنا للمخاطر التي قد تحيط بحق الدائن المرتهن في رهن المنقول دون حيازة، توصلنا إلى أن أكثرها خطراً على الإطلاق هو قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية". فالإشكالية الأكبر والأكثر تعقيداً وإثارة للجدل هنا تظهر عند دمج نظام يقوم على رهن المنقول دون نقل حيازته طبقاً للقانون الجاري بحثه، مع ما هو مستقر في القانون المدني من قواعد عامة تحكم المنقولات وخاصةً المادة ٩٧٦ منه.

ويبرز الخطر الذي نشير إليه هنا في الفرض الذي يقوم فيه المدين برهن المنقول دون نقل حيازته للمرتهن، ويتم استيفاء قيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة، ثم يقوم الراهن بنقل حيازة المنقول إلى شخص من الغير. وقد سبق أن تناولنا الإشكالية التي تنشأ عن هذا الفرض تفصيلاً، ونختزلها هنا في عدة نقاط: من ناحية، يترتب على قيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة أن ينشأ للدائن حق التتبع والتقدم على المنقول الضامن طبقاً للمادة ٣/١٧ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة.

من ناحية أخرى، الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية الوارد في المادة ٢/٩٧٦ مدني يقتضي انتقال المنقول إلى الحائز خالصاً من أي تكاليف عينية يكون المنقول محملاً بها، ومن ضمنها رهن المنقول دون حيازة. وذلك بافتراض توافر شروط تطبيق قاعدة الحيازة، وأبرزها السبب الصحيح وحسن النية، وهي شروط يضع المشرع قرينة بسيطة على توافرها.

لا يخفى التعارض الحاد بين مقتضى القاعدتين السابقتين. كما لا يخفى ما يؤدي إليه هذا التعارض من إمكانية كون قاعدة الحيازة عقبة تعوق الدائن عن ممارسته لحقه في تتبع المنقول الضامن، وبالتالي استيفاء حقه منه بالأولوية. وهو ما يفرغ حق الرهن على المنقول من مضمونه، ويؤدي بالتبعية إلى نفور الدائنين من هذا الضمان رغم ما يحمل من مميزات عملية كبيرة.

وقد توصلنا في هذا الصدد إلى تحليل قد يساعد على الخروج من هذه الإشكالية. لكن هذا التحليل يُفرِّق بين رهن المنقولات المعينة بالذات، وتلك المعينة بالنوع، نوجزه فيما يلي:

#### أ- بالنسبة للمنقولات المعينة بالذات:

هذا النوع من المنقولات يملك من العناصر الداخلية ما يتاح معه تمييزه عما يناظره، وغالباً يكون ذو قيمة مادية كبيرة. هذه العوامل تجعل تعيين مثل هذه المنقولات نافياً للجهالة. وعند قيد الرهن الوارد عليها، ينبغي إيراد كافة العناصر المميزة لها. وبالتالي فإن قيدها في سجلات رسمية على هذا النحو يُعد حجة على

الغير تمنعه من اكتساب ملكية المنقول خالية من حق الرهن بُناءً على قاعدة الحيازة، أو الاحتجاج بالأثر المسقط لها في مواجهة المرتهن. فهذا القيد ينفي أحد أهم شروط أعمال الأثر المسقط لقاعدة الحيازة وهو حسن النية. فحسن النية الوارد في المادة ٢/٩٧٦ مدني يقتضي جهل الحائز بوجود قيد عيني على المنقول، وهو ما يعتبر المشرع الحيازة في ذاتها قرينة على وجوده ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م ٣/٩٧٦ مدني). ونرى هنا أن قيد الرهن على النحو الذي يفرضه القانون، وما يستهدفه من إعلام رسمي للكافة بوجود الرهن على منقول معين بالذات، إنما هو الدليل على عكس حسن النية كما أوردت الفقرة الثالثة من المادة ٩٧٦ مدني، إذ يُفترض معه علم كافة الناس بوجود الرهن ولو لم يتوفر العلم الفعلي به.

ولا أدل على حجية قيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة على النحو المشار إليه من نص المادة ١/١١ من القانون ٢٠١٥/١١٥، والتي تقضي بأنه: " يترتب على الشهر بالسجل وفقاً لحكم المادة (٦) من هذا القانون نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير"، وكذا المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون: " يكون للبيانات المشهورة بالسجل المتعلقة بوقت الإشهار وتاريخه المصدق عليها من السجل حجية المحررات الرسمية في الإثبات..".

خلاصة ما سبق أننا نؤيد اعتبار قيد الرهن على المنقولات المعينة بالذات، مبطلاً للأثر المسقط لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية". وبالتالي يحق للدائن المرتهن الذي قام بقيد الرهن على منقول معين بالذات أن يتتبعه في أي يد يكون ويستوفي حقه منه بالأولوية، دونما اعتبار لاحتجاج حائز المنقول عليه بقاعدة الحيازة.

#### ب- بالنسبة للمنقولات المعينة بالنوع:

هذا النوع من المنقولات هو ما نعتقد أنه يعرف حق الدائن في تتبعه بحق نظراً لطبيعته. فمثل هذه المنقولات لا يمكن تعيينها بشكل نافٍ للجهالة، إذ تتطابق نظائرها، وتحل محل بعضها في الوفاء. بينما يقتضي تتبع الشيء إمكانية تمييزه

عن غيره مما يضاويه، وهو ما لا يتحقق بشأن المنقولات المثلية إلا عند إفرازها تمهيداً للتنفيذ.

بناءً على ذلك، نرى أن حق الدائن في التتبع لا يوجد من الناحية الواقعية عندما يكون الرهن وارداً على منقول مثلي حتى وإن تم قيد الرهن. وأن الأثر المسقط لقاعدة الحيازة ينتصر بلا شك في هذا الفرض على الرهن وإن كان مقيداً، إذ لا يفيد القيد هنا شيئاً في تمييز المنقول محل الرهن. ذلك بالرغم من أن المادة ٣/١٧ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة قد قررت للمرتهن حق التتبع دونما تفرقة بين المنقول القيمي والمثلي.

### \*الحل المقترح:

بناءً على الطرح السابق للتعارض بين حق الدائن المرتهن في تتبع المنقول الضامن، وهو حق ينشأ نتيجة قيد الرهن، وبين الأثر المسقط لقاعدة الحيازة الوارد في المادة ٢/٩٧٦ مدني، وهو تعارض يمثل تهديداً خطيراً لحق الدائن. نرى أن الطريق الأمثل للخروج من هذه الإشكالية يتمثل في التدخل التشريعي. فأقصر الطرق، وأكثرها حرماً هو قيام المشرع بتعديل قانون تنظيم الضمانات المنقولة بإضافة مادة له تقضي بأن قيد الرهن في سجل الضمانات المنقولة حجة على الكافة يتمتع معها احتجاج الغير بالأثر المسقط لقاعدة الحيازة. فعلى الرغم من النص على هذا المضمون بالفعل في المادة ١/١١ من القانون المذكور، إلا أن التأكيد على غلبة حجية القيد على قاعدة الحيازة الواردة في المادة ٩٧٦ مدني بشكل خاص يسد كل الثغرات. خاصة أن جانب من الفقه قد اتجه إلى عدم كفاية القيد الرسمي لاعتبار الكافة سيئي النية بقوة القانون<sup>١</sup>.

ولا شك لدينا أن توفير مثل هذه الضمانة سوف يكون لها أثر إيجابي على حماية الدائن المرتهن من نواح كثيرة لا تقتصر على حقه في التتبع. فاعتبار قيد الرهن حجة ذو حجية مطلقة على الكافة، يقي الدائن من العديد من المخاطر التي تنتج من كون المرهون منقولاً يسهل تداوله. وهو فضلاً عن ذلك، يجعل القيد بحق

<sup>١</sup> د. أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول، مرجع سابق، ص ٩٤ وما بعدها.

بديلاً لنقل الحيازة بقوة القانون، لا بناءً على مجرد رأي قد يُختلف عليه، وهو ما يترتب عليه تدعيم لحقوق الدائن على المنقول الضامن يحفز له لمنح الائتمان. أما بالنسبة للمنقولات المعينة بالنوع، نعتقد أنه لا يكفي بشأنها مثل التدخل التشريعي المقترح أعلاه. فلا بد بالإضافة إلى ذلك من وسيلة لتمييزها عن مثيلاتها إذا ما خضعت للرهن دون حيازة لضمان فاعلية الرهن بشأنها. أما الوضع الحالي لهذا النوع من المنقولات فإنه مجرد الدائن المرتهن من كل ميزة، ويفرغ الضمان الخاص الوارد عليها من مضمونه. ففيما يتعلق بحق التتبع، قد توصلنا إلى أنه منعدم عملياً إذ يستحيل على الدائن تتبع منقول مثلي حيث سيصطدم حتماً بقاعدة الحيازة التي سيكون لها الغلبة حينئذٍ. وأما حق التقدم فقد قضت عليه المادة ١٦ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة إذ جعلت الضمان الخاص المقرر للدائن على منقول مثلي يتحول إلى ضمان عام إذا ما اختلط هذا المنقول بما يماثله، وهذا الاختلاط أمر محتوم طالما أن الفرض بقاء حيازة المنقول للمدين الراهن.

## خاتمة

لا شك في أن تبني المشرع المصري للقانون رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ لتنظيم رهن المنقول دون حيازة إنما يُعد خطوة إيجابية في مجال الائتمان. كما أن تنظيم قيد هذا النوع المستحدث من الرهون بآلية عصرية تواكب التقدم التكنولوجي وهي السجل الإلكتروني للضمانات المنقولة هو تقدّم ماثور. لذا سعينا في هذا العمل على تسليط الضوء على هذا التنظيم، وتحليل أبرز جوانبه.

إلا أن إنشاء رهن على مال منقول دون نقل حيازته للمرتهن مسألة شائكة للغاية، تحيط بها عدة إشكاليات. مثل هذه الإشكاليات تحد من إمكانية الاستغلال الأمثل لمميزات هذا الرهن عند تطبيقه في الواقع العملي. لعل أبرز تلك العوائق تتمثل في قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية"، وطبيعة المنقولات المثلية التي تعرقل خضوعها للحق العيني. هذه المعوقات وما يتفرع عنها من مشكلات تؤثر سلباً على حق الدائن المرتهن فتهدد المركز المتميز الذي يفترض أن يحصل عليه من رهن المنقول. الأمر الذي يردع هذا الأخير عن قبول منح ائتمان بضمان رهن منقول دون حيازة، وهذا بدوره يحرم الاقتصاد ككل من المنافع الجمة لهذا النوع من التأمينات.

لذا عملنا من خلال هذا البحث على تقصي مواطن الضعف في تنظيم الضمانات المنقولة، والتي تؤدي إلى إضعاف أو تهديد حق الدائن المرتهن. وقمنا بإبداء مقترحات لتعزيز هذا الحق مستوحاة تارة من القياس على القواعد العامة في القانون المدني، وتلك المنظمة للرهن التقليدي. وتارة أخرى هي مقترحات مستقلة تتطلب تدخل تشريعي يقدم حلاً فاصلاً لإشكاليات محددة. ذلك بغرض أن تؤخذ مثل هذه المقترحات بعين الاعتبار من أجل تطبيق أمثل لفكرة الضمانات المنقولة.

## المراجع

- د. أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول (الجزء الأول)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مجلة ١٠، عدد ٢، ١٩٦٨.
- د. سهام عبد الرزاق مجلي، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٨.
- د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، ١٩٥٣.
- د. عبد التواب مبارك، بحث بعنوان "التنفيذ على المنقول الضامن"، ٢٠١٧.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء العاشر: التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- د. عبد المنعم البدر اوي، التأمينات العينية، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ١٩٧٢.
- د. علي البارودي، "حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، س ١٠، ع ٣ و ٤، ١٩٦١.
- د. محمد حسن عبد الرحمن، "قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية منها وبيان اتجاه محكمة النقض المصرية"، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر، ١٩٨٦.
- د. منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة: المفهوم والأثر، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل - كلية القانون، العدد الأول، السنة التاسعة، ٢٠١٧.
- د. منصور مصطفى منصور ود. جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، ٢٠٠١.
- د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨.

- د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
- طيلبي سيد أحمد، "تأثير التنمية الاقتصادية على النظرية العامة لرهن المنقول"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤.
- هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩.



**السوابق القضائية في التشريع الإسلامي،  
والنظم الغربية المعاصرة  
دراسة تحليلية**

إعداد

الدكتورة هيام اسماعيل السحماوي

الأستاذ المساعد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



"بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ"

قال تعالى :

"فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ"



## مقدمة

من نعم الله علينا ان أهدانا هذه الشريعة السمحاء التي نظمت بالحق تنظيم شاملا لحياة الإنسان والحق الذي نقصده هو التزام الانسان بتطبيق ما أمرنا الله به من خلال كتابه الكريم ومن هنا يتحقق معنى صلاحيتها لكل زمان ومكان والآيات التي توجب الحكم بما أنزل الله، كثيرة منها قوله تعالى " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله " <sup>١</sup>

وعلى هذا المنهج سلك السلف الصالح المنهاج الذي وضعه الصحابة رضوان الله عليهم من بعد رسول الله وهو إنه لا يحل لبشر أن يقدم على أمر حتى يعلم الحكم الشرعي فيه، وهذا يعد دليل لوجوب الإجتهد بالرجوع إلى كتاب الله وسنة رسوله.

ولكن قد يكون هناك أمرا لواقعة جديدة لم يسبق لها مثيل في الحكم من قبل وفي هذه الحال يكون الحكم سابقة جديدة، وهذا ما يعرف اليوم بالسابقة القضائية

والذي ساعد على إستمرار ونمو السوابق القضائية وجود أسباب تاريخية لدى النظم الغربية ما بين مؤيد ومعارض للأستعانة بهذه السوابق أو حتى الإعتراف بها على سبيل الإسترشاد والتتوير وكذلك تعدد المذاهب الفقهية في النظم الإسلامية التي أفرزت كما ضخما من التراث الفقهي وهذا ما سيتبين لنا من دراستنا التحليلية لهذا البحث باذن الله حول معرفة ما مدى أهمية هذه السوابق بالنسبة لكلا من التشريع الإسلامي والنظم الغربية المعاصرة وكذلك مدى تأثير كلا منهما على الآخر.

### أهمية موضوع البحث

إيماناً مني بأهمية معرفة حجية السوابق القضائية وما لها من تأثير، وبالذات في عصرنا الحاضر عند حدوث متغيرات وأحداث تملّي على العلماء والفقهاء بذل الجهد لمعرفة الأحكام الشرعية فمن ثم لا مناص عن أن يُعملوا فكرهم وإجتهداهم؛

رغبة في الوصول إلى الحكم الشرعي في تلك الوقائع والنوازل على أساس شرعي وليس اجتهادات خاصة قد تحدث خلافا في الآراء ما بين مؤيد ومعارض.

فأورث ذلك الخلاف مدارس فكرية إتجه القسم الأول منها إلى القول بالعمل بالسوابق القضائية في غياب النص بينما إتجه القسم الثاني إلى إنكار العمل بها دون المرجعية الشرعية فكان الميدان مفتوحاً على مصراعيه لتلك الآراء المتنافرة، والرؤى المتعارضة.

مما أسهم ذلك الصراع الفكري إلى بلورة وإيجاد أطروحة فكرية مهدت لظهور عدة أنظمة مثل الفكر الأنجلوسكسوني واللاتيني وفكر الفقهاء الإنجليز الذي منهم رجال القانون الكنسي الذين كانوا يستعملون مصطلح jus common للدلالة على القانون العام المشترك لكل المسيحيين في كل البلاد وغيرهم مما سيرد ذكره بإذن الله تعالى من خلال بحثنا.

### إختيار الموضوع والدوافع إليه

يرجع السبب في إختياري لهذا الموضوع العلاقة الجدلية بين السوابق القضائية والتشريع بإعتبار أن كلاهما يعتبران المصدرين الرسميين للقانون في بعض الأنظمة كالنظام الأنجلوأمريكي وغيره مما سيرد ذكره وكذلك لأهمية السوابق القضائية بصفة خاصة وللاتار المترتبة على تطبيقها بصفة عامة كما سبقت الإشارة كما انني أردت ان أساهم في هذا الباب بالتنبيه الى خطورة ضوابطها وأحكامها وسلامة حجيتها لما ترتبه من ثروة فقهية عبر الأزمان وبالتالي سد المنفذ على من هو ليس أهلا لها.

وأشير إلى أنني لم أتناول دراسة موضوع السوابق القضائية في حقه معينه من الزمن أو في مكان واحد أو نظاما واحدا فرأيت ان أبحث موضوع السوابق القضائية في حد ذاته كما بحثه الأصوليون والفقهاء بصفة عامة ملقبة الضوء على مكانة السوابق القضائية في الفقه الإسلامي والفقه القضائي وكذلك الفقه الغربي.

## المنهج العلمي

إتبع في ذلك منهج الإسترداد التاريخي لبروز جزور السابقة وإمتدادها عبر العصور مرورا لفترات ظهر فيها من عارضها تارة وأيدها تارة أخرى و لما أقتضي حاجة البحث لعرفة أسباب انقسام الفقه القانوني على نفسه الى مدرستين كما سيرد ذكره بإذن الله تعالى وهذ للبحث والتحليل حول مدى أهمية بروز السابقة لدى الفقه الغربي وما هي الأسباب التي جعلت منها أهمية لدرجة انها توارثت عبر الأزمان ووصلت الى يومنا هذا وإن كنت أفرطت في جلب النصوص وإسنادها الى أصحابها فاني فعلت ذلك إقتداء بمنهج السلف الصالح في نسبة الأقوال الى أصحابها وهذ تسليما للقائل بأن من بركة العلم أن يسند القول إلى صاحبه .

## خطة البحث

لقد قمت بتقسيم هذا البحث الى ثلاث مباحث على الشكل الآتي المبحث الأول خصصته في دراسة السوابق القضائية في النظم الغربية المعاصرة حيث تناولت فيه مكانة التشريع والقضاء لدي الفقه الغربي السوابق القضائية في النظم الأنجلو سكسونية - الأنجلو أمريكية " common Law"، ثم قمت بدراسة السوابق القضائية في النظام اللاتيني

وأما المبحث الثاني فبحثت فيه عن السوابق القضائية في الفقه الإسلامي وتناولت فيه من خلال مطلبين الأول: منه تناولت القواعد الحاكمة للسابقة القضائية في الفقه الإسلامي حيث تحدثت فيها عن الشروط الواجب توافرها في القاضي للاعتداد بحكمه في القضايا.

وحكمة ومشروعية مهنة القضاء والمرجعية الشرعية للحكم القضائي والثاني نظرية ما جرى عليه العمل عند المالكية وتطبيقاتها وأنواعها.

وأما المبحث الثالث من هذا البحث رصدته للبحث عن حجية السوابق القضائية وأفضت الكلام نوعا ما عن ذلك لما يستحقه المقام ولأنه أهم ركن في السوابق القضائية موضوع بحثنا وهكذا قسمت هذا المبحث الى ثلاثة مطالب الأول

حجية السوابق القضائية في القوانين الغربية، والثاني حجية السوابق القضائية في التشريعات الإسلامية

وفى الختام عرضت ما إستخلصته من خلال البحث من خاتمة متضمنه آراء ومقترحات وهكذا يكون منهاج دراستنا لهذا الموضوع بصفة عامة بعد المقدمة.

### **المبحث الأول**

#### **السوابق القضائية في النظم الغربية المعاصرة**

##### **المطلب الأول**

##### **مكانة التشريع والقضاء لدى الفقه الغربي**

##### **الفرع الأول**

##### **• تعريف السوابق القضائية اصطلاحاً في القوانين الغربية: •**

- السابقة القضائية في الفقه الأنجلوأمريكي: -

ذهب رأي من فقهاء القانون الى مصطلح سابقة Precedent بأنه هو شمول كل حكم سابق تكون الوقائع فيه قريبة الشبه من الوقائع الموجودة في القضية محل النظر سواء أن كان الحكم السابق ملزم أم غير ملزم ويطلق على هذا المعنى اسم المعنى الواسع.

وذهب فريق آخر أن كلمة سابقة تعنى ذلك الحكم السابق الواجب اتباعه لما يتمتع به من صفة الزامية<sup>1</sup> ويطلق على هذا المعنى إسم المعنى الضيق.

ويشار لقاعدة السابقة القضائية في الفقه الأنجلوأمريكي تحت المصطلح اللاتيني Stare decisis بالنظر إلى هذا المصطلح فان قاعدة السابقة تعنى أن تقيّد المحاكم بالمبادئ القانونية المعلنة في أحكام سابقة إذا كانت الوقائع متماثلة فالقاضي يجب أن يكون مقيداً بالقرارات السابقة.... يجب أن يصدر في القضايا التي تخضع

---

(1) حول تعريف كلمة سابقة "Precedent" راجع  
j.R.Nolan et M.J. Connelly, Blacks Law Dictionary:  
Definitions of the Terms and Phrases of American and English  
Jurisprudence , Ancient and Modern , 5e ed ., West Publishing ,1979, P.  
1059.



لقاضى معين أحكاما تتفق مع المبادئ المعلنة فى حكم صادر من محكمة أعلى فى قضية مماثله<sup>١</sup>.

#### - السابقة القضائية فى الفقه الأنجلوسكسونى

ويشمل كلا من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب أفريقيا ... هي الموروث الضخم من القرارات القانون الانجليزي المعروف باسم Common Law والذي يعتبر أصل القانون الانجليزي حتى العصر الحاضر ويتلخص نظام السابقة القضائية فى أن الحكم الذي يصدر من محكمة انجليزية (أي القاعدة التي استخلصها هذا الحكم) يلزم فى حدود معينة جميع المحاكم الإنجليزية التي فى مرتبة المحكمة التي أصدرته بما فيها هذه المحكمة الأخيرة وكذلك جميع المحاكم الأدنى مرتبة منها<sup>٢</sup>

#### - السابقة القضائية فى الفقه اللاتينى stare decisis et non quieta

:movere

يشمل النظام اللاتينى كلا من فرنسا وبلجيكا وإيطاليا كما أنه مطبق فى دول كثيرة ومنها ألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا ومصر ولبنان وتعرف بأنها وجوب دعم الأحكام مع عدم إخلال القواعد المستقرة التي تعد المنهج المختار، وهو تقنين النصوص الموجودة المسماة "القانون الثابت"

من خلال التعريفات السابقة نرى أن هناك تباين قد يصل إلى التضاد بين كلا من القوانين الأنجلوسكسونية التي تلزم بالسوابق القضائية والقوانين اللاتينية التي لا تلزم بها فى إعتبارها للسوابق القضائية وسنفضل فيها على النحو الآتى:

حيث أننا وجدنا سبب كأن الفقه اللاتينى لديه موروث من الثورة الفرنسية وهو مبدأ الفصل بين السلطات الذي اعتبره مبدأً أساسياً فلا يجوز للسلطة القضائية

---

(1) راجع S.Leader, Common Law, In:A.-J.Arnaud , dir ., Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J. 47 P.47, H.A. Hubbard, Le piocessus judiciaire du Common Law. Revue du Barreau, t. 28, 1968, Notel, p.p. 2- 11.

<sup>2</sup>السوابق القضائية، دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي فى قسم الفقه المقارن ١٤٢٦ هـ للطالب / شيخين بن محمد العبدلى.

أن تتدخل بموجبه وتتجاوز في إختصاصها على إختصاص السلطة التشريعية أو أن تعرقل عملها وبالتالي ينحصر مهمة القاضي في تطبيق القانون فيما يرفع إليه من أفضية لا إيجاد قواعد قانونية جديدة، كما أنه لا يلزم أي محكمة أخرى ولو كانت أدنى ممن أصدرت الحكم سابقاً ، وقد نص القانون المدني الفرنسي على هذا المبدأ في المادة الخامسة حيث منع القضاة من أن يضعوا مبدأً عاماً يطبق في القضايا المتماثلة وبالتالي تقلص دور السابقة وإنحصر في الإسترشاد والتفسير وهذا ما سيتضح باذن الله من خلال بحثنا .

### الفرع الثاني

#### المصدر الأعلى لدي الفقه الغربي في سن القوانين

من المعروف أن البرلمان هو المختص بالتشريع مما يضفي عليه السيادة بما له من سلطة إصدار وإلغاء القوانين وكذلك تعديل ما فعلته المحاكم على الرغم من أنه لا يوجد تشريعات برلمانية كاملة وبالتالي الأمر الذي يتطلب من كل قاضي أن يبحث عن قصد المشرع من خلال نصوص التشريع ولا يعنى ذلك انه حر في تبني التفسير الذي يفضله وهذا ما ذهب إليه الرأي الأول.

والملاحظ حالياً أن التشريع أصبح يحتل مكانه هامه في نظم القضاء الأنجلوأمريكي سواء في مجال القانون الجنائي أو جميع المجالات التي ترتبط بالمصلحة العامة<sup>1</sup> باستثناء مجال القانون الخاص بالرغم من أن هذا النظام يقوم على أساس السوابق القضائية وظهر ذلك من خلال إعداد إجراءات النص التشريعي وخضوعها لإجراءات محددة أثناء صياغتها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> حول النظام القانوني الفرنسي: بعض المعطيات القانونيّة المنشورة عبر موقع Legifrance الإلكتروني  
(2) انظر j- A.jolowicz, La jurisprudence en droit anglais ; apercu sur la regle duprecedent, In; Arch. Philos. Dr. , t. 30, 1985,p.p. 105 ets.  
(3) حول هذه القواعد المتعلقة بصياغة التشريع انظر D.Lluelles, Guide Canadien de references pour la redaction juridique, 4e ed., Montreal ,editions Themis , 1992, L.P. PIGEON, redaction et interpretation des lois ,Quebec, Ministere des Communications, 3 e ed., 1986.

بينما ذهب الرأي الثاني الى أن السابقة القضائية تحكم كل ما يتعلق بتفسير التشريعات في بعض المجالات من قبل النظام الانجلوأمريكي فالنصوص التشريعية ماهي إلا نقطة بداية لهذا النظام<sup>1</sup>

ويدعم هذا الرأي الفقيه الأمريكي Gray ان القانون يتكون من القواعد التي خلقتها المحاكم وليس التي فرضها المشرع وذلك بأسلوب مباشر وبأسلوب غير مباشر عن طريق الأحكام التي تفسير نصوص التشريع<sup>2</sup>

كما ذهب الفقيه الفرنسي Rene David الى أن الشيء الجوهرى في المفهوم التقليدي الأنجلوسكسونى هو إنه لم ينظر الى التشريع باعتباره طريقة عادية للتعبير عن القانون فهو وفقا لهذا الاتجاه نظام غريب عن المنظومة الافتراضية التي وضعوها وسوف يقوم القضاة بتطبيقه ولكن القاعدة التي يحتويها التشريع سوف لا يعترف بها بصورة نهائية الا بعد ان تكون قد طبقت بالفعل وتم تفسيرها عن طريق المحاكم عندئذ تصبح جزءا من النظام وذلك في الحدود التي رسمها التفسير القضائي لها<sup>3</sup>.

نستنتج مما سبق أن التشريع عند الفقه القضائي الغربى له مكانه ولكنها غير مؤهلة للإعتماد عليها، وللعتراف بها لابد ان يصدر الحكم ويطبق عليها أي مكمّل لها وبالتالي يتبين أن القضايا التي تعرض على المحاكم لا يتم الفصل فيها مباشرة على أساس النص التشريعي وإنما عن طريق تفسير التشريع ولذلك فإن الأحكام المتضمنة للتفسير تمثل سوابق قضائية مما يصبغها قوة الزامية<sup>4</sup>

نرى من جانبنا ان الفقه القضائي خالف نفسه عندما أقرن وزامن نفاذ التشريع بتطبيقه عن طريق تفسيره ثم الحكم به وبالتالي جعله سابقة لماذا كل هذا

---

(1) انظر J.A.Jolowicz, La jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la règle du précédent . In: Archiv . philos. DR.,T.30, 1985,p. 105.

(2) انظر J,C.Gray, Nature and sources of Law , NEW York The MACMILLAN Co., 1931m p, 82.

(3) انظر R. David et c. jauffret- Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.

(4) بخصوص موقف المحاكم الكندية من مسألة دستورية القوانين انظر Poirier. Sources de la Common Law, op. cit ., p. 67. D

كان من باب أولى أن يجعل تفسير التشريع جزء من إجراءاته قبل صدوره وبمجرد صدوره يعد تقنين أي قانون مكتوب صادر من الجهة المخولة للتشريع كما يحدث الآن في وقتنا الحالي وخاصة ان التشريع يصدر من خلال الواقع العملي والأعراف التي إرتضاها البشر والتي لا تخالف تعاليم الشريعة الإسلامية اما جعله سابقة لا حرج في ذلك لأنه سيكون تقنين جديد وبتطبيقه على قضية معروضة لأول مرة سيكون هذا سبق في حد ذاته .

**موقف نظريتي جيرمي بنتام، وبلاكستون:**

**أولاً: موقف جيرمي بنتام من التشريع المكتوب (التشريعات الوضعية)**

لم يؤيد جيرمي بنتام الفيلسوف الانجليزي التشريعات الغير مكتوبة *Inconvenients des Lois non ecrites* وهذا إتضح في أجزاء من مؤلفاته باللغة الفرنسية عام ١٨٢٨ والتي تم نشره بعنوان *عن التنظيم القضائي والتقنين De I organization judieire et de la Codification* وهذا لإنتماؤه الى التقنين المكتوب أي التشريعات الوضعية والتي كانت غير سائدة في عصره حيث قسم بنتام نظام التشريع في كلا من إنجلترا وأمريكا الانجليزية الى قسامين غير متساويين أحدهما يطلق عليه اسم *common Law*

وهو يشير إلى القضاء المؤسس على نوع من التشريع الظني أو الحدسي والذي استخلص القضاة منه بالتتابع القرارات يقوم كلا منها على الاخر وهذه القرارات كونت قواعد قضائية يجب اتباعها في الأحكام اللاحقة. فمصطلح *common Law* مصطلح إستعارة الفقهاء الإنجليز من رجال القانون الكنسي الذين كانوا يستعملونه للدلالة على القانون العام المشترك لكل المسيحيين في كل البلاد.

---

( ١ ) مشكلة المصطلحات القانونية مصطلح *common law* اما في الفقه القانون العربي فلقد كان لاختلاف تفسير اسم مصطلح؟ كترجمة حرفية لذلك فمنهم من استعمل مصطلح القانون العادي كترجمة لمصطلح *common law* ومنهم من استعمل مصطلح نظام القانون الانجلو امريكي ومنهم من استعمل مصطلح القانون العام وذلك في مقابل القانون المدني *Civil Law* وبداية اننا نلاحظ تعدد المعاني المرتبطة بهذا المصطلح الإنجليزي ويبدو ان الفقهاء الانجليز أنفسهم قد أعلنوا حيرتهم في الاختيار بين هذه المعاني. *common law*

وكذلك هو جملة القواعد الغير مكتوبه ومن ثم فان جوهر هذا المصطلح يكمن في فكرة الأعراف العامة للمملكة التي توصف بأنها عريقة القدم فالقضاء، وذهب رأى الى ان common Law 'مصطلح يكمن ان يكون القانون القضائي العام الذي يعد هو من صنع القضاة وهو المصدر الرئيسي لمصادر النظام الانجلو امريكي.

والشاهد في ذلك ان فقهاء النظم الأنجلوأمريكية ينظرون الى التشريعات بصفة عامة على أنها قواعد تكميلية للقواعد القانونية التي تعلنها المحاكم القضائية فعن طريق التفسير وقواعده تستطيع القضاة التحكم في التشريعات ووضعها في مكانها داخل النظام بدلا من تفسيرها على أنها مجموعة من القواعد المستقلة لذلك فالتشريعات تمثل جزءا من نظام موجود قبل وجودها<sup>٢</sup>.

والجزء الآخر من التشريع يتكون من التشريعات الوضعية الصادرة من البرلمان في انجلترا ومن الكونجرس في أمريكا لذلك فان common Law ليس تشريع مكتوبا فيقول القضاة إنهم ليسوا سوي مفسرين لهذا التشريع الذي هو خلاصة كل الأحكام السابقة.

فمصطلح common Law تكون من مجموعة من القواعد القضائية تجد أساسها من القواعد العرفية والتقاليد والمبادئ التي أعدها القضاة.

يبدو أن بنتمام لم ينجح في تحقيق ثورة قانونية حقيقية ويرجع هذا الفشل في جزء منه إلى أن وجهة نظره بنيت على أساس العقلانية القانونية التي أنعكست من خلال قاعدة السابقة القضائية فالنظام الذي أنشأه بنتمام وكذلك نظام القاعدة القضائية يقومان على أساس وجود نظام قانونيا مغلقا على نفسه يتكون من قواعد عامة ويكون

---

(1) د. حسن عبد الحميد / قاعدة السابقة القضائية فالنظم القانونية الانجلوأمريكية التطبيق المعاصر والاصول التاريخية / كلية الحقوق جامعة عين شمس / الناشر دار النهضة العربية / بدون تاريخ نشر  
(2) حول مسألة مصادر القانون الانجلوأمريكي بصفة عامة وعلاقة التشريع بالسوابق القضائية بصفة خاصة راجع

HLevy- ullmann, le systeme juridique de l, Angieterre, t. I, op. cit., p.p 19 et s. Dpoirier, sources de la common Law, op. cit., p.p 53 et s : c.k . Allen law in the Making. 7e ed., oxford, Clarendon press, 1964.

تطبيقه محايدا والاختلاف بين النظامين يكمن في أن قاعدة السابقة هي التي نجحت في تأكيد قدرتها على تحديد هذه القواعد العامة من بين الاحكام السابقة وهذا ما كان لا يعتقد بنتمام<sup>1</sup>.

أما الفلاسفة المنتمين الى المدرسة الوضعية في القرن العشرين مثل كلسن ودووركين فقد عبروا عن آراءهم في ظروف تتشابه مع ظروف القرن التاسع عشر ومع ذلك يستعمل مصطلح وضعيين لوصف المفكرين في القرن التاسع عشر والقرن العشرين والسبب في ذلك اعتقادهم أن القانون يتشكل من قواعد تستمد سلطتها من الواقع التي إنشأتها.

ونحن نرى أن الفلاسفة المنتمين إلى المدرسة الوضعية جانبهم الصواب بالرغم من تأييدهم الواضح لضرورة وجود التشريع إلا أنه الأعتراض على مصدريته التي أتوا بها وهي اعتقادهم ان القانون يتشكل من قواعد تستمد سلطتها من الواقع التي أنشأها بمعنى أن القاعدة القضائية تنشأ وليدة اللحظة ويتكون على أساس ذلك القواعد العامة وأرى أن هذا المعنى قريب من السابقة القضائية التي تتكون من جراء هذه القواعد ولا يبعد عنها كثيرا

وكذلك لو سلمنا جدلا بالرأي القائل بأن القانون يتشكل من قواعد تستمد سلطتها من الواقع التي أنشأتها أي سينتهي الأمر عند القاعدة القضائية أو العمل بالقانون بإنتهاء الظروف التي أنشأت هذا الواقع التي إستمدت منه سلطتها وهذا بالطبع لا يصح لعدم استقرار القاعدة القانونية وبالتالي القضاء

**ثانيا: موقف وبلاستون من التشريع المكتوب (التشريعات الوضعية)**

وضع وبلاستون وهو أبرز المؤلفين الانجليز في القرن الثامن عشر الميلادي ومن أنصار common Law مقارنة بين القانون الغير مكتوب Lex non scripta و القانون المكتوب Lex scripta حيث يرى أن القانون الإنجليزي يتكون من هاتين المجموعتين ويطلق على المجموعة الاولى إسم the unwritten or

---

(1) M.EL Shakankiri, La philosophie juridique de Jeremy Bentham, paris, L.G.D.,j 1970.

Common law ويطلق على المجموعة الثانية إسم the written or statute law ويرى وبلاكستون حينما نتحدث عن القواعد القانونية الغير مكتوبة leges non scriptae law فهذا لا يعنى القول بأن هذه القواعد لا تصل إلينا إلا من خلال الطريق الشفوي فعلى العكس من ذلك توجد كتابات حفظت لنا القانون ونقلته إلينا ولكنها تظل مع ذلك قواعد غير مكتوبه لأن سلطة الإيجاب فيها لا تجد أساسها في الكتابة كما هو الحال بالنسبة لأعمال البرلمان وإنما تجد أساسها في الإعتياد على إتباعها منذ زمن لا يمكن تحديده وفي احترامها العام من جانب المملكة .

فمصطلح common Low كما يرى وبلاكستون لا يشمل كل قواعد القانون الغير مكتوب وانما يتصل فقط بالفرع الاول منه وهو الأعراف العامة عريقة القدم أما الفرع الثاني الأعراف الخاصة Particular Customs ويشترط لكي يكون العرف الخاص حسنا يجب تطبيقه باعتباره العرف العام للملكة الا إذا توافرت شروط معينه وهي: الاستعمال غير محدد المدة - الاستمرارية - عدم التعرض عليه - المعقولية - ألا يكون غير معقول - اليقين القوة الإلزامية - والا يكون مصادا للأعراف الأخرى.

بالإضافة لهذه الاعراف العامة عريقة القدم والتي تمثل جوهر common Low وطرح وبلاكستون كيف نستطيع ان نعرف هذه المبادئ والاعراف ومن له حق تقرير صلاحيتها.

وأجاب عن طريق القضاة في مختلف المحاكم القضائية فهم المخولون على هذه التشريعات وهم المنوطون في عملهم باستخدام النظرية الكاشفة والنظرية القانونية التقليدية Orthodox legai theory كما يرى وبلاكستون.

ارى من وبلاكستون جانبه الصواب في إجابته حين قرر مساواة العرف بالقواعد القانونية بالرغم من مدى اهمية العرف بالنسبة للقانون لان قد يختلف العرف من زمان او مكان إلى آخر

وفسر القانون القضائي العام منذ القرن السابع عشر إلى القرن التاسع عشر بان هذا القانون ليس من ابتداع القضاة وانما هو يمثل اكتشافا للأعراف عريقة القدم

الموجودة أصلا والتي يقوم القضاة بتحديددها واعلانها وقد تجسدت هذه الفكرة من خلال ما أطلق عليه اسم النظرية الكاشفة Declaratory Theory التي أعلنها وبلاكستون.

حيث كان يزعم ان القضاة هم وسطاء الوحي القانوني وهم ملزمون بالفصل في كل القضايا باسم تشريعات البلاد وتعتبر احكامهم القضائية الدليل الرئيسي الأكثر إحتراما لأثبات وجود قاعدة عرفية تشكل جزءا من القانون القضائي العام ووفقا لرايه فانه يجب الخضوع للسوابق حينما تتكرر نفس النقاط في القضية المعروضة وللقاضي سلطة مفوضة اليه تسمح له ليس بخلق قانون جديد وإنما بالاحتفاظ بالقانون القديم وتفسيره .... وليس للقاضي الحق في تعديل القانون الذي تم الإعلان وتحديده بصورة رسمية<sup>١</sup>.

ونظرا لتطور المعارف التاريخية المتعلقة بالقانون القضائي العام ونظرا لوجود نظريات جديدة فقد تم استبعاد الحيلة التي تقوم عليها النظرية الكاشفة في القرن التاسع عشر<sup>٢</sup>.

خلاصة ما سبق تبين لنا ان السوابق القضائية ليست وليدة لحظة زمنية بل هي تتابع حوادث تاريخية زمنية تراكمت على بعضها في ظروف مكانية معينة ساعد على ذلك مهام خاصة اختلفها القضاة وهي تفسير التشريع وبتطبيق الاحكام عليه اعتبر نافذ ولا اعتراض على العمل به أي ان القضاء مكمل للتشريع ومن هنا نشأت السابقة القضائية ، وليس معنى ذلك أن الجميع إتفق على هذا النهج هناك من عارض فكرة الإعتماد على الأحكام ونادى بتطبيق التشريع المكتوب فقط لإيمانه بانه وحده يكفي للحكم به مثل بنتام ونحن نؤيد ما ذهب اليه بنتام وكأنه كان يقرأ ما نحن عليه الآن في عصرنا الحديث بالرغم من رؤيته المغالطة عن العقلانية القانونية التي

---

(1) حول هذه النظرية الكاشفة انظر :

p. Wesley- smith , Theories of Adjudication and the status of stare Decisis,, in ; L GOLDSTEIN , DIR ., PRECEDENT IN LAW OXFORD , clarendon press 1987, p.p. 73 – 74 .

(2) E. Campbell, dir ., lectures on jurisprudence , London murray 1885, p.634.



إنعكست من خلال قاعدة السابقة القضائية والنظام الذي إقترحه من خلال وجود نظام قانونيا مغلقا على نفسه.

### الفرع الثالث

#### الأصول التاريخية لتطور السابقة القضائية

#### كسبب من أسباب رسوخها لدى الفقه الغربي

ترجع فكرة قاعدة السابقة القضائية الى ما بعد الغزو النورماني لإنجلترا مباشرة في عام ١٠٦٦ أو على الأقل الى القرن الثالث عشر الميلادي<sup>١</sup> حيث ترتب على الغزو مباشرة ميلاد القانون القضائي العام كما نعرفه اليوم ومع ذلك فقد كان للغزو أثر مباشر في إقامة أسس جديدة لنظام جديد خاص بإدارة الدولة وخصوصا في مجال العدل والذي يشكل القانون القضائي العام بالمقابل للقوانين العرفية المحلية والقطاعية.

لذلك ترتب على ظهور نظام السوابق القضائية من الناحية العملية ظهور كتابة الاحكام القضائية وإصدار مجموعات احكام القضاء<sup>٢</sup> في الوقت الذي أنشأت فيه محاكم القانون القضائي العام قانونها وليس هذا فحسب بل وعملت على تطويره وفي الوقت نفسه لم يكن مبدا السابقة القضائية محلا للتطبيق الجامد من قبل المحاكم ولكونها في مرحلة التكوين ولو كان هذا لمبدأ قد تم تطبيقه من البداية لما كان قد وجد نظام القانون القضائي العام بصورته المعرفة في العصر الحالي لدى الفقه الغربي.

ويرجع تقريرها المبدأ بصورة جدية عام ١٨٩٨ حينما قرار مجلس اللوردات تقييد نفسه بالأحكام التي أصدرها في الماضي<sup>٣</sup>، وقد فعلت محكمة الاستئناف

(٣٤) راجع نفس هذا الرأي:

C.K. Allen, law in the Making, e ed., Oxford, Clarendon press 1964, pp. 187-188.

( حول هذه الملاحظات التاريخية والتي تمثل أساسا لتنظيم تناوله لتاريخ السابقة القضائية راجع: 2) T.E.Lewis, The History of judicial precedent

وهو بحث منشور على أربعة أجزاء

(1930) 46 L.Q.Rev.p.p.207et s.p.p. 341 et.:

(1931) 47 L.Q.Rev.p.p.411et s( 1932)48 lq .rev .p.p. 230 et s .

(3) راجع حكم مجلس اللوردات في قضية

الانجليزية نفس الشيء<sup>١</sup>، وقد أستمّر التطبيق الصارم لهذا المبدأ حتى عام ١٩٦٦ حينما قام مجلس اللوردات بمنح نفسه الحرية في مواجهة أحكامه السابقة وذلك في حالات إستثنائية<sup>٢</sup>.

ومع ذلك فإن فكرة السابقة القضائية كانت قد وجدت لها طريقاً كما ذكرنا من خلال كتابة الأحكام القضائية وقد ظهرت في القرن السابع عشر الميلادي التفرقة فيما بين أسباب الحكم وبين القاعدة المؤسسة للحكم Ratio Decided والرأي الخاص Dictum وعلى الرغم من ذلك لم يتم تطبيق قاعدة السابقة القضائية بصورة جامدة إلا بداية من القرن التاسع عشر.

وترجع أسباب اللجوء إلى هذه القاعدة في هذا الوقت إلى الحاجة العاجلة لتحقيق توحيد الأحكام والمعرفة اليقينية للقواعد القانونية وكذلك لظهور الحاجة إلى توحيد الجهود المبذولة ومن جهة أخرى فإن إصدار التشريعات الخاصة بدمج محاكم العدالة ومحاكم القانون القضائي العام استوجب تقرير مبدأ السابقة القضائية<sup>٣</sup>.

والجدير بالذكر إنه زاد عمل أعمال البرلمان بصورة ملحوظة في الطبقات الأخيرة وهذا الإختلاف يجد تفسيره في الظروف الجديدة فحركة التشريع الذي بدأ من عام ١٨٣٠ هو نتيجة للحركات الإصلاحية التي وجدت في هذا العصر وهي كذلك ثمرة لكتابات جيرمي بنتام لمناصرته للتشريع المكتوب<sup>٤</sup> ووفقاً لوجهة نظر

---

London street Tramways co. Ltd c.London country 1898 A. C.375 – Chambre des lords

(1) وذلك في الحكم الصادر في القضية:

Young c. Bristol Aeroplane co.ltd, 1946A.C. 163.

(2) فقد عبر مجلس اللوردات في لائحة الممارسة Practice statement في الجزء الخاص بالسابقة القضائية ١٩٦٦ 1.R.L,W,1234 /عدم الالتزام بالسوابق اذا استدعى الامر تطوير القانون في مسألة معينة .

(3) H.A.Hubbard, le processus judiciaire du common law m1968,28, Revue du Barreaump.p 1-35, voir p. 4

(4) حول هذا التطور ودور جيرمي بنتام فيه راجع:

W.S. Holdsworth. Sources and Literature of English Law ,op. cit p.69. and n.

وبلاكستون فان القواعد المكتوبة للمملكة هي الأوامر المعدة من الملك مع أخذ رأى وموافقة اللوردات الدينين والدنيويين والمجالس المشتركة في البرلمان<sup>١</sup>.

وقد رأى وبلاكستون إن إعداد التشريعات هو نتاج لوجه متميز من السيادة وهو الوجه التشريعي<sup>٢</sup> كما يرى أن الأوامر الملكية تتمتع بقوة قهرية حينما تقوم على أساس تشريعات المملكة ويكون الغرض منها تنفيذ هذه التشريعات ويرى أن هذه الأوامر الملكية تكون ملزمة حينما لا يكون لها أثر في مخالفة التشريعات السابقة أو إقامة تشريعات جديدة وإنما تكون ملزمة فقط حينما تنفذ القانون الموجود.

وإذا كانت الظروف التاريخية قد أعطت لأعمال البرلمان في ظل النظام التقليدي سموا فان هذا سمو كان قد نتج عن عمل رجال القانون القضائي أنفسهم وعلى الرغم من هذا سمو فإن حجم أعمال البرلمان المكتوبة حتى الثالث الأول من القرن التاسع لا تمثل من الناحية المادية سوى أشياء قليلة وهذا ما أشار اليه Dicey الى ندرة أعمال البرلمان الواردة في الطبعة الأولى لكتاب التعليقات وبلاكستون والمقارنة التي يقترحها في هذا الشأن بين الطبعة الصادرة عام ١٧٦٥. والطبعات الأخيرة للتعليقات الجديدة التي أصدرها خلفاء وبلاكستون خصوصا استيقان هي ذات اهمية في ذات الصدد<sup>٣</sup>

وخلال تاريخ القانون الإنجليزي<sup>٤</sup> ومرورا بالحقبة الكلاسيكية الإنجليزية إلى النظام المعاصر عكست هذه الخصوصية الصيغة بتتابع المعنيين وهما سمو التشريع

---

(1) انظر:

Blackstone, Commentaires.....op.cit. , t, I, p.85.

(2) انظر:

Blackstone. Commentaires ....op.cit. t. I, p. 270 (The making of the laws is entirely the work of a distinct part, the legislative branch, of the sovereign power).

(3) انظر:

Dicey, Droit et opinion publique en Angleterre, trad francaise p. 153,

مشار اليه H. Levy ULLmann op.cit. p. 337.

(4) جرت العادة على ترجمة التعبير الإنجليزي The supremacy of the law بالتعبير الفرنسي La suprematie de la loi وبالتعبير العربي سمو التشريع المكتوب والمصطلح الإنجليزي أكثر غنى من المصطلح الفرنسي حيث تحتوي كلمة law على معنى مختلط قد يؤثر في الترجمة عن اللغة الإنجليزية فكلمة law تتصل في نفس الوقت بكلمتي loi في اللغة الفرنسية .

وسمو القانون وفي هذا العصر الحالي تجد نفسها مؤسسة في هذه الصيغة الأخرى سيادة البرلمان والتي كتب عنها Dicey انها من وجهة النظر القانونية فهي تمثل الصفة المسيطرة على كل المؤسسات السياسية في إنجلترا<sup>1</sup>.

ويستند Dicey الى تعليقات وبلاكستون حيث يرى وبلاكستون ان كلا المبدئين أصبحا مبدأ واحد وهذا على عكس ما كان سائدا في الماضي فحينما بدا رجال القانون في إنجلترا في استعمال تعبير سمو القانون كانوا يقصدون به معنى آخر في هذا الوقت كانت كلمة law تعكس كلمة jus اللاتينية أي القانون وليس كلمة lex أي التشريع المكتوب أي القانون من حيث الأفكار الدينية والفلسفية التي يستلمها والذي نسميه اليوم القانون الطبيعي او القانون العقلي او القانون المثالي وكذلك من حيث تطبيقاته الوضعية فكلمة قانون في هذا العصر كانت تشمل الأفكار والتطبيقات وهذه الأفكار والتطبيقات السائدة في إنجلترا في القرنين الخامس والسادس عشر كان القانون القضائي العام common law هو التعبير الحقيقي عنها .

ومعنى ذلك هو ان الصيغة الإنجليزية The supremacy of the law كانت تعني في الحقيقة سمو القانون القضائي العام The supremacy of common law ولكن بمرور الوقت تحولت الصياغة لتعني سمو التشريع المكتوب supremacy of Statute law وإذا لاحظنا ان هذه الصيغة نتجت من خلال فقه محاكم القانون القضائي العام فاننا نستطيع معرفة سر التقاليد الإنجليزية في هذا الخصوص فخلال القرن السادس عشر تعرض القانون القضائي العام الى مرحلة إضمحلال كانت ستؤدي الى اختفائه فالمبالغة في شكلية الإجراءات أدت الى هروب المتقاضيين وبالتالي وجود فراغ قانوني أمام محاكم وست منستر القانون القضائي العام

(1) انظر:

Dicey, Introduction to the study of the law of constitution, Chap. I ( the nature of parliamentary sovereignty ),  
مشار إليها في: H,LEVY- Ullmann, op. cit. ;, p.360,Note(1).

أما المحاكم المنافسة مثل محاكم المستشار والمجلس الخاص بالملك فقد كانت تستعمل القانون الروماني الكنسي وكانت تستعمل مبادئ العدالة ولذلك تفوقت على محاكم القانون القضائي العام وأمام موقف الضعف التي وجدت المحاكم نفسها فيه اتجهت للتحالف مع البرلمان<sup>1</sup> وبناء على هذا التحالف توحد قضاء القانون القضائي العام مع البرلمانين ضد التاج أي في مواجهة الملك

وقد استطاع البرلمان إنتزاع سلطات التاج في القرن السابع عشر وقد اتجه رجال القانون القضائي العام الى تمجيد سلطات البرلمان واهم هذه السلطات هي السلطة التشريعية وكانت المعركة بين الملك والبرلمان تتعلق بالقيمة القانونية للأوامر الملكية وكذلك بتصويت المجالس بعد المناقشة، لذلك يؤكد براكون على ان التشريع اعلى من الملك وبالتالي فهو لا يسمح بوجود منشور ملكي متناقض مع قانون المملكة ومع الميثاق الكبير ففي مواجهة التاج تم التمسك بتقاليد القانون القضائي العام وتقويتها كما يقول العميد باوند وقد كان فقه سمو القانون هو السلاح الرئيسي الذي تم استعماله من جانب القانون القضائي العام في الصراع الكبير الذي شهده القرن السابع عشر .

ونتج عن سيادة فقه سمو التشريع بصورة نهائية المبادئ في تاريخ القانون الإنجليزي فاذا كان هذا سمو يرتبط بأعمال البرلمان كنتيجة لأحداث السياسية فان ذلك يرجع لكون هذا التشريع صادر عن البرلمان وليس لكونه قانونا مكتوبا وبالنظر الى تطور قاعدة السابقة القضائية في كندا سنجده أسرع بكثير من بريطانيا لأنه أقل إضطرابا ومن الناحية القانونية فمن الثابت ان كندا كانت لا تقود الاتجاهات القضائية فقد كانت نكتفي بإعادة انتاج القانون القضائي العام الإنجليزي حتى أن النقاش حول تأسيس قاعدة السابقة قد تم في بدايته سواء في إنجلترا أو في الولايات المتحدة الأمريكية ثم أنتقل بعد ذلك إلى كندا.

وقد تم إعادة النظر في فكرة الإحترام لفقه قاعدة السابقة في كندا في الوقت الحالي ويعتبر عن وجهة النظر المعاصرة القاضي ديكسون وذلك في قضية<sup>2</sup> ففي

---

(1) W.S. Holdsworth , A History .....OP.CIT., t,II, P 430ar.d n.  
(2) راجع قضية Attorney general for the province of Ontario ضد Fatehi (1984) 2R.C.S.536.

هذا الحكم يشير القاضي ديكسون الى أربعة عوامل تمثل نوعاً من الظروف القهرية التي تعطي للمحكمة الحق في تجنب تطبيق قاع قاعدة السابقة والظاهر أن الولايات المتحدة الأمريكية اختلفت حالة قاعدة السابقة عن حالها في النظم الإنجليزية الأخرى وهناك عدة عوامل أدت إلى هذا الاختلاف ففي المقام فان استقبال القانون البريطاني في الولايات المتحدة الأمريكية كان قد حدث قبل التحول الى التطبيق الصارم لقاعدة السابقة في إنجلترا وامن جهة أخرى فحينما حدث الانفصال بين إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية تطور القضاء الأمريكي بصورة منفصلة عن القضاء الإنجليزي.

فالقضائي الأمريكي يعتمد طريقة أخرى في النظر الى تطبيق قاعدة السابقة ترتبط بمرونتها وترتبط كذلك بالتبرير الخارجي للأحكام (الإعتماد على تبرير الحكم عن طريق الظروف وليس التبرير الداخلي المنطق القانوني الداخلي الإعتماد على السوابق)

نستدل مما سبق أن الأحداث السياسية في نظام الحكم عبر القرب التاريخي لدى الفقه الغربي لعبت دوراً كبيراً في ميلاد وتطور تاريخ السابقة القضائية، لو دققنا النظر منذ بداية الغزو النورماني وظهور القانون القضائي العام ثم قرارات مجلس اللوردات في إلزامها بالأحكام التي أصدرتها في الماضي مما دعي الى إصدار التشريعات الخاصة واتحادها مع محاكم العدالة ومحاكم القانون القضائي العام لتقرير مبدأ السابقة القضائية

وكذلك كان لدور فقهاء القانون دوراً كبيراً، ما بين مؤيد مثل وبلاكستون، ومعارض على مبدأ السابقة وتطبيقه بالرغم من أن من عارض مبدأ السوابق وأيد التشريع المكتوب وساعد على ظهور حركات إصلاحية أخطأ في توصيف مصدر القانون المكتوب مثل: بننام.

معنى ذلك أن السابقة لدى الفقه الغربي وليدة كل ما سلف فهي نتاج صراع كان قائم بين المحاكم المنافسة مثل محاكم المستشار والمجلس الخاص بالملك الذي كان يطبق القانون الروماني ومبادئ العدالة والقانون الكنسي ولذلك تفوقت على

محاكم القانون القضائي العام وأمام موقف الضعف الذي وجدت المحاكم نفسها فيه اتجهت للتحالف مع البرلمان في مواجهة التاج أي الملك وهكذا فقد أصبح مبدأ سمو القانون يعكس معنى سمو البرلمان العموم.

والخلاصة نرى أن ظروف وجود السوابق وإعتمادها وسيرها كانت له أسبابه ، والتي منها الحاجة العاجلة لتحقيق توحيد الأحكام والمعرفة اليقينية للقواعد القانونية وتوحيد الجهود المبذولة ومن جهة أخرى فإن إصدار التشريعات الخاصة بدمج محاكم العدالة ومحاكم القانون القضائي العام استوجب تقرير مبدأ السابقة القضائية، والذي نراه بإنهاء هذه الأسباب تنتهي تأثير فرض وإلزام السابقة على الأحكام ولا يبقى منها الا الإستتارة والإرشاد كما هو موجود الآن في الأنظمة المؤيدة لذلك والتي سيرد ذكرها بإذن الله تعالى.

## **المطلب الثاني**

### **السوابق القضائية في النظم**

#### **الأنجلوسكسونية - الأنجلوأمركية<sup>١</sup>**

تعد السوابق القضائية أهم الدعامات القانونية في النظام الانجلوسكسوني<sup>٢</sup> فهي من المصادر الرسمية للقانون في دول القانون القضائي العام والتي لا غنى عنها مما أضفاها قوة الزامية ولذلك يحتم على القاضي عند النظر في الدعوى المرفوعة أمامه أن ينظر أولاً إلى السوابق القضائية في مثل هذه الدعوى ومن ثم يستنتج القاعدة القانونية الواجب تطبيقها في القضية المعروضة أمامه

---

(1) يشير معظم الفقهاء الذين تعرضوا لكتابة النظم القانونية الانجلوسكسونية باللغة الفرنسية إلى هذه الصعوبة أنظر على سبيل المثال:

J.Vanderlinden , Histoire de la :

COmmmon law , Quebec ,Canada , les editions Yvon Blais Inc ., 1996

Avant – propos : G. Rouhette, , Le genre de Common law Bruxeiies,

Bruyant, 1995, p. 311.

(2) القوانين الانجلوسكسونية، هي القوانين التي تحكم بريطانيا ودول التاج البريطاني، ولها نظام قضائي معين أما المحاكم البريطانية فهي تعتمد في اجتهادها على مصادر التشريع المستوحاة من القانون الروماني، والعدالة المطلقة، والسوابق القضائية

ويطلق على القاضي الملتزم بتطبيق القاعدة السابقة القضائية وصف القاضي التقليدي بمعنى أنه يحصر دوره في تفسير وتطبيق قواعد القانون التي صدرت عن المشرع أو التي أعلنتها المحاكم الأعلى<sup>١</sup>.

أما القاضي الذي لا يلتزم بتطبيق القاعدة السابقة فيطلق عليه وصف القاضي الثوري ، وتطبيقا لهذا النظام كل محكمة بصورة عامة ملزمة بإتباع السوابق المقررة من قبلها ومن قبل المحاكم الأعلى منها في التدرج<sup>٢</sup>.

والجدير بالذكر أن الفقيه الفرنسي Rene David ذكر بأن الشئ الجوهرى في المفهوم التقليدى الأنجلوسكسونى هو عدم الأخذ فى الاعتبار الى النظر للتشريع بإعتباره طريقة عادية للتعبير عن القانون فهو وفقا لرأيه لا يستوجب تطبيقه إلا بعد ان يقوم القضاة بتطبيق التشريع ولكن القاعدة التى يحتوئها التشريع سوف لا يسمح بها بصورة نهائية وسوف لا تمثل جزءا من النظام القانونى إلا بعد ان تكون قد طبقت بالفعل وتم تفسيرها عن طريق المحاكم عندئذ تصبح جزءا من النظام وذلك فى الحدود التى رسمها التفسير القضائى لها<sup>٣</sup>.

فالمشاكل التى تعرض على المحاكم لا يتم الفصل فيها مباشرة على أساس النص التشريعى وإنما عن طريق تفسيره ولذلك فإن الأحكام المتضمنة للتفسير تمثل سوابق قضائية لا يمكن التغاضي عنها.

وشرع مصطلح السوابق القضائية فى النظام الانجلوسكسونى لإعتماده على مصدر واحد للأحكام القانونية وهو القواعد القانونية العرفية غير المكتوبة Lex non scripta وذلك فى مقابل القواعد القانونية التشريعية المكتوبة Lex scripta ولذلك يعدها المصدر الأساسى للأحكام وهذا بعكس التشريع الإسلامى والقانون اللاتينى

---

(1) راجع فى ذلك قاعدة السابقة القضائية فى النظم القانونية والانجلو أمريكية التطبيق المعاصر والأصول التاريخية " ص ٧٧-د. حسن عبد الحميد - الناشر دار النهضة العربية.

(2) الأستاذ مجيد حميد العنبي المدخل الى دراسة النظام القانونى الإنجليزى منشورات الدائرة القانونية فى وزارة العدل العراقية بغداد ١٤١١هـ - ١٩٩٠م ص ٤٤.

(3) انظر: R. David et c. jauffret- Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.



ويرجع ذلك لكثرة وغنى مصادر التشريع الإسلامي والظروف السياسية التي سبق الإشارة إليها من قبل

والشاهد لأهمية السابقة القضائية في النظام الانجلوسكسوني ، انه على المحكمة أن تمتنع عن أي إصدار حكم جديد مخالف عن حكم سبق صدوره في واقعة مشابهة ويكون هذا الحكم كأنه نص قانوني ولا يمكن مخالفته إلا إذا صدر قانون جديد يعطي حكم مخالف تماما لما سبق وحكم القضاء به .

ويبدو أن أستعمال هذه الأحكام كالسوابق القضائية يعتمد أساسا على منهج القياس Analogie ومنهج الاستقراء Induction أي البرهان عن طريق الانتقال من الخاص إلى العام أو من الجزئي الكلي فالمبادئ القانونية العامة يتم إعلانها بداية من حالات خاصة.

ومن ثم تكتسب الأحكام الصادرة القوة الإلزامية إذا صدرت من المحكمة العليا في الدولة فعندئذ تلتزم جميع المحاكم على اختلاف درجاتها بمتابعتها في ذلك وعدم الخروج عليها فالأحكام التي تصدرها محكمة الاستئناف تعتبر سوابق قضائية ملزمة لجميع المحاكم الانجليزية بما فيها محكمة الإستئناف ، ولكنها لا تلزم مجلس اللوردات (الهيئة القضائية العليا) لأنه أعلى درجة منها ومن ثم فلا يمكن العدول عن هذا القضاء أو عن القاعدة التي أخذ بها إلا بسن قانون صريح يقضي بذلك ، أي إلا بإصدار نص تشريعي يلغي ما أتخذ من قرار وهذا النظام معمول به في دول القضاء الأنجلوسكسوني مثل بريطانيا المعروف بأسم ( Common Law ) والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب أفريقيا .

وجديراً بالذكر تختلف مكانة السابقة القضائية ما بين الفقه الغربي نفسه فمثلا في النظام الأمريكي<sup>1</sup> تختلف عن مكانتها في النظام الإنجليزي<sup>2</sup> ففي القانون

---

(1) راجع حول تفسير هذه القواعد - فالتبرير الخارجي عن طريق التفسير تمثل السوابق القضائية في النظام الانجلوأمريكي مصدرا من مصادر القانون

R.Alexy, A Theory of Legal Argumentation ....op. cit., p. 274

(2) يتجه القانون الإنجليزي من التركيز والاعتماد على قانون القضايا الذي يتكون منه نظرية السوابق القضائية وهذه القواعد قام القضاة من وضعها من خلال احكام مختلفة ودوريات قانونية مختلفة لفترة ما تقرب ٧٠٠ عام

الإنجليزي أعتبرها الفقهاء قاعدة قانون يجب أن يخضع لها قضاة محكمة أدني في التدرج القضائي من تلك التي قررتها اما في الولايات المتحدة الأمريكية فلم يتم معاملتها بهذا الشكل ولكن مع ذلك أعتبرت حجة لها قوة قاطعة.

ولذلك في النظام الإنجليزي القاضي مقيد بالسوابق القضائية إذا وجدت فهو لا يستطيع أن يتجاهل ما قرره السابقون حول تفسير التشريع لذلك إذا كان البرلمان أسمى من المحاكم فانه يرجع إلى قضاة مجلس اللوردات في إنجلترا وللمحاكم العليا تحديد تفسير التشريعات وإذا كان لا يوجد بين القانون المكتوب من ناحية ومجموعة الأحكام القضائية من ناحية أخرى تنافس او وجود مشترك في ظل النظام اللاتيني<sup>1</sup>.

خلاصة الأمر وجدنا أن المشرع وضع شرطا لا صباغ الشرعية على الأحكام القضائية الصادرة وهو ألا تكون مخالفة لسابقة قضائية صادرة من قبل وكذلك قرر أن العبرة في الأخذ بالسابقة القضائية بحكمة القرار وليس ألفاظه وصيغته<sup>2</sup> وكذلك لا تتقدم مع مرور الزمن الطويل

الناظر فيما سبق يجد انه كيف نخلع على حكم بالشرعية من عدمها لمجرد أنه مخالف لسابقة قضائية فهذا لا يجوز لأنه ربما لا يمكن عملياً تطبيقها على الظروف الحادثة المستجدة، مالم تكن السوابق قد تعاقبت وتطورت تدريجياً مع الزمن ومع ذلك فإن السوابق القضائية القديمة ينبغي أن تلغى بنفس الطريقة التي أنشأت منها مثل القانون وهذا بالطبع يصعب حدوثه من الناحية العملية أما بخصوص أن العبرة في الأخذ بالسابقة القضائية بحكمة القرار وليس ألفاظه وصيغته فهذا أمر يصعب التسليم به قانون لأنه قياسا عند وضع التقنين لابد من مراعاة عدم تحميل اللفظ أكثر من معني وهذا للوضوح وعدم اللبس وهذه من صفات التقنين فلا بد من وضوح الألفاظ شكلا وموضوعا.

(1) انظر: Boulanger, Jurisprudence, in : Encyclopedie Dalloz , Civ . III.  
2 دراسة السوابق القضائية من حيث الاسس و المفهوم و الفوائد <https://www.mohamah.net/law>

## المطلب الثالث

### السوابق القضائية في النظام اللاتيني<sup>١</sup>

تعد السلطة التشريعية هي المصدر للأحكام في النظام اللاتيني فهي الوحيدة المخولة لإصدار القوانين مثل القانون الفرنسي كما سبق الذكر وهي كالمبادئ القضائية لها قوة أدبية على القضاء ولكنها ليست ملزمة بأي حال من الأحوال كما هو في النظام المتبع للسوابق القضائية ويمكن لأي قاضي جزئي ان يخالفها ولا يؤخذ عليه في ذلك ويرجع السبب في ذلك الى النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي (Roman law)

وهو مجموعة القواعد القانونية التي ظهرت وطبقت في المجتمع الروماني منذ نشأة روما حتى صدور مجموعات جستينيان في القرن السادس الميلادي<sup>٢</sup> وهو القانون الذي إنتقل إلى القانون الفرنسي من خلال تقنيات نابليون ١٨٠٤م والتي بدورها اقتبست في العديد من البلاد العربية والإسلامية مع بزوغ حركة تحديث وتغريب النظم القانونية والقضائية في البلاد العربية والإسلامية في القرن التاسع عشر<sup>٣</sup>. ويرجع السبب في أهمية القانون الروماني من الناحية القانونية في أنه قد أثر تأثيراً كبيراً في نشأة وتكوين الأفكار والنظم القانونية العالمية. فقد تميز الرومان

---

(1) ويسود هذا النظام القانوني في الدول التي تسير على نمط النظام القانوني السائد في فرنسا أساساً، ولاسيما من حيث تأثيرها بالتقنين المدني الذي صدر في عهد نابليون بونابرت سنة ١٨٠٤م، والذي يعدّ أول تقنين ظهر في العصر الحديث، ويتميز هذا النظام القانوني بخصائص معينة هي: التقنين والتأثر بالقانون الروماني والازدواج القضائي:

(2) انظر: صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م، ص٣،  
Cuq (E.) ; Manuel des institutions juridiques des romains, paris 1917, T.1, P.3 et SS. Girard (P.F.) , Manuel élémentaire de droit romain, 2 Ed. , paris, 1901, P.15 et SS. May (g.) , Eléments de droit romain, 18ed. , 1932, P.25et SS. Giffard (E.) , Droit romain, paris, 1932 P. 14. Brühl (L.), Répétitions écrites de droit romain, paris, 1936, p.13 et SS. Huvelin (P.) , Cours élémentaire de droit romain 2ed. , 1929. p. 22 et SS. Monier (E.): Manuel de droit romain, 5ed. t.1 P.15. Petit (E.) Traite élémentaire de droit romain, Paris, 1909; P. 15. Gaudemt (g.) , Institution de l'antiquité, 1998, P. 79. Schmidlin (B.)&Cannata, Droit prive romain, t.2, Bruxelles, 1984, P. 15 et ss.

(3) راجع: تكوين النظام القانوني المصري الحديث (الروافد – الآليات – الأثار)، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م

بالقدرة على التحليل والتصنيف والتنظير، وإستخلاص المبادئ العامة وأستنباطها، ويعتبر القانون الروماني أفضل ما ورثه العالم الحديث من العالم القديم<sup>١</sup>، ومن ثم الأمر الذي ساهم في تكوين الشريعة القانونية اللاتينية وفي أعتقادنا ان هذا الغنى في التشريعات من أهم الأسباب التي أستغنت عن اللجوء للسوابق القضائية.

ولقد لعب القانون الفرنسي<sup>٢</sup> بإعتباره أهم القوانين المكونة للنظام القانوني اللاتيني دوراً كبيراً في نشر القانون الروماني، وبالتالي النظام القانوني اللاتيني في العالم الحديث.

وصار التشريع هو المصدر الأول والأساسي للقانون في فرنسا وفي الدول التي تتبنى النظام القانوني اللاتيني الفرنسي. ولكن ليس معنى هذا أن العرف لم يعد له مكانة؛ بل مازال يلعب دوراً أساسياً، فهو المصدر الثاني للقانون في الكثير من الدول وهو الأمر الذي حصر دور السوابق القضائية في التتوير والإسترشاد فقط فقانون القضايا لا يعد مصدراً في القانون الفرنسي نظراً لعدم إلزام القاضي في الأستعانة به وتقتصر مهمة القاضي في تطبيق القاعدة القانونية.

ولم يرد في التقنين المدني الفرنسي أي نص يعترف للعرف بسلطة سد النقص في التشريع ولا أي نص يمنع نشوء عرف مخالف للتشريع وإنما وردت فيه

---

(1) راجع: عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف، ط ٣، ١٩٥٩م، ص ٣ وما بعدها. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، القاهرة، ١٩٦١م، ص ٤. احمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصري، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٣. عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، الإسكندرية ١٩٦٣م، ص ٧.

(2) حيث لعب القانون الفرنسي دوراً وسيطاً بين القانون الروماني والقوانين الحديثة، حيث اقتبس القانون الفرنسي القانون الروماني، وتم اقتباس القانون الفرنسي في العديد من الدول الحديثة. ولذا فيعد القانون الروماني مصدراً تاريخياً لمعظم القوانين العالمية وخصوصاً القوانين المأخوذة من النظام القانوني الفرنسي، حيث إنه يشكل مصدراً تاريخياً للعديد من النظم القانونية الفرنسية.

ولقد عبّر البعض عن العلاقة الوثيقة بين القانون الروماني والقانون الفرنسي حيث قال :انظر

Elliot (C.) , Eric(J.) , Vernon(C.): French legal system, Second edition, Longman, 2006, p.

Roman law played a crucial part in the historical development of the French legal system. Some parts of modern French law ,especially contract law ,are indeed still based on it.

نصوص كثيرة تحيل على العادات في أحوال خاصة أي أنها تجعل العرف معاوناً للتشريع<sup>١</sup>.

مما أدت هذه التقنيات إلى سمو التشريع كمصدر للقانون، وهو الأمر الذي يمثل مرتكزا أساسيا من مرتكزات النظام القانوني اللاتيني. ولقد نتج عن هذا التقديس ظهور مدرسة كبيرة في الفقه أطلق عليها مدرسة الشرح على المتون (L'ecole d'exegese) ولقد قسمت هذه المدرسة التقنين المدني الفرنسي على اعتبار أنه أول عمل تشريعي ضخم تولته دولة في العصر الحديث<sup>٢</sup>. يعتمد النظام القانون المدني الفرنسي على التقنين المكتوب كمصدر رئيسي من مصادر القانون ومن ثم كمصدر من مصادر الحكم القضائي وهذا يعني عدم الأعتاد على السوابق القضائية كمصدر رسمي وهذا ما جاء في نص المادة " ٥ " من القانون المدني الفرنسي " تمنع من أن تصدر أحكاما عامة لائحية<sup>٣</sup> لذا تعد السوابق مصدرا تفسيريا من مصادر القانون إذا مهمة القاضي تتحصر فقط في إستنباط الأحكام من نصوص القانون الموجودة في متونه المشرع وعندما يكون نص القانون واضحا تسهل مهمة القاضي إلى حد بعيد ولكن نصوص القانون ليست كلها واضحة بحيث لا يحتمل إختلاف الرأي بشأنها<sup>٤</sup> كما تمنعه من وضع قواعد عامة للقرار يجوز لمحاكم الاستئناف الغاء قرار اعتمد بصفة مطلقة على قرار سابق لأفتقاره السند القانوني .

(1) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٤٠٣ وما بعدها/ سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص ٢٩٢ مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، ج ١، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٨م، ص ٢١٧.

(2) فقد قال (Bugnet) (أنا لا أعرف القانون المدني، أنا أعرف فقط تقنين نابليون) وقال ديمولمب: (في ملتي واعتقادي أن النصوص قبل كل شيء) وقال لوران: (إن التقنين المدني صيغ في عبارات واضحة ومحددة تعطي أساسا ثابتا ومحددا) انظر: ، بيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، ١٨٠٤- ٢٠٠٤م بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤م، ص ٩٦؛ انظر: سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص ٧٤٩.

(3) د/ مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ج ١ ، بغداد ، ١٩٧٢ .

(4) د/ عبد الرحمن البزار ، أصول القانون ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٥٨، ص ١٥٠

ومن الثابت أن التقنين المدني الفرنسي يعتبر أهم التقنيات التي أدت إلى نشر النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي إلى العالم الحديث، فالتقنين المدني الفرنسي الذي صدر عام ١٨٠٤م، بالإضافة إلى أصوله القانونية الرومانية، فهو كما قيل عنه:

خلاصة الحقبة التقليدية للأفكار القانونية للقرن الثامن عشر<sup>١</sup> كما تضمن القانون المدني والجنائي والقوانين الأخرى خاصية الشمول لكل ما تحتاجه المحاكم العادية والأصل في هذا النظام ان القاضي يقتصر على تطبيق القانون فقط، وليست مهمته ان يقوم بسن القوانين كما ان الأحكام غير ملزمة إلا في حدود النزاع الذي صدرت فيه، فهي ليست متعدية ولا يجوز الإحتجاج بالقياس عليها حتى من قبل ذات القاضي الذي أصدرها.

فله أن يغير أجهاده متى شاء، ومن باب أولى فإن قضاؤه ليس ملزماً لأي قاضٍ آخر أو محكمة أخرى<sup>٢</sup> وسبب هذا الإتجاه في القانون الفرنسي مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به فرنسا وجعلته مبدأ أساسياً في الفصل بين السلطات الثلاثة لذلك لا يجوز للسلطة القضائية التدخل في أعمال السلطة التشريعية.

وهذا النظام معمول به في الدول التي تعمل بالنظام الروماني أو اللاتيني مثل أحكام محكمة النقض في مصر وإيطاليا وبلجيكا وروسيا وألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا ولبنان والقانون الفرنسي الذي يحرم بشكل صريح على المحاكم أن تصدر أحكاماً عامة لها صفة تنظيمية لائحية لتطبق في القضايا المماثلة مستقبلاً وترتيباً على ما سبق، فقد تم إعتبار التشريع هو المصدر الأول والأساسي للقانون، وأما المصادر الأخرى كالعرف فهو في المرحلة الثانية لا يجوز الرجوع

---

(٦٥) نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، ١٨٠٤ (٢٠٠٤م) بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤م، ص ٩٦.

(2) ذلك فإن المحاكم قد درجت على مسايرة محكمة النقض العليا في أحكامها ومبادئها التي تقرها وتتابعها عليها ضمناً، وذلك خشية من أن تتعرض أحكامها هي أيضاً للنقض، فتكون بمثابة سلطة إلزام غير مباشرة.

إليها إلا إذا انتفي النص التشريعي، وهو أمر نادر الحدوث؛ نظرا لكمال النظام القانوني الوضعي.

ووفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨م نجد أن المصدر الأول للقانون هو التشريع. حيث جاء النص على النحو التالي:

١/١ (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها).

٢/١ (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

وذهب رأى<sup>١</sup> إلى أنه تماشيا مع التطور الحديث وعدم الجمود مع القوانين التي وضعت في القرن التاسع عشر ونحن نؤيدهم الراي بانه مع الدور الحيوي في تطوير القاعدة القانونية من خلال الدور التفسيري الذي يقوم به عند تطبيقه للنصوص القانونية التي تتكون من القواعد العامة المجردة على القضايا المعروضة أمام القضاء.

والخلاصة من خلال عرض النظامين الأنجلوسكسوني واللاتيني وجدنا أن هناك تباين كبير بينهما، فالسوابق القضائية المستمدة من عمل القضاء في النظام الانجلوسكسوني تحتم على القاضي ألا يمتنع عن إصدار أي حكم مختلف عن حكم سبق صدوره بالفعل في قضية شبيهة وبدون اي اتحاد في الخصوم او في الواقعة المنشئة للحكم، ولو دققنا النظر في وضع السوابق القضائية في النظام الإداري لوجدنا أنها تعد المصدر الثاني لقواعد القانون الإداري بعد التشريع في دول القضاء الموحد مثل فلسطين وإنجلترا وذلك إعمالا لمبدأ (لا أجتهد أمام صراحة النص) .

---

(1) هنري كابيتان ، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام ترجمة عباس الصراف منشور في مجلة القضاء العدد ٢ مارس ونيسان ١٩٥٧ ص ٢١٥ نقلا عن كتاب دور الحاكم المدني في الاثبات للأستاذ الدكتور ادم وهيب الندوي ط١ الدار الغربية للطباعة والنشر بغداد ١٩٧٦ ، ص ١٤ .

وخلاصة القول نجد أن السوابق القضائية في الدول الأنجلو سكسونية تحتل المصدر الثاني للتشريع بعد القانون ولاسيما في بعض الأحيان تكون هي النبتة الأولى للقاعدة القانونية خاصة في الامور التي سكت عنها المشرع في تلك الدول. أما السوابق القضائية في النظام اللاتيني والتي تعد كمبادئ قانونية عامة يستند عليها القاضي إذا دعت الحاجة لذلك، في حين تعد المصدر الثالث لقواعد القانون الإداري بعد التشريع والعرف في دول القضاء المزدوج مثل مصر وفرنسا، بالإضافة الى ان هذا النظام يتعامل مع السوابق القضائية على وجه الاسترشاد والتتوير للقاضي يلجأ له إذا اقتضى الأمر بغير إلزام وليس على أنها قانون واجب التطبيق والشاهد في الموضوع أقتصار القضاء أو المحكمة فقط على التقاضي وليس إبتكاراً للأحكام وخلق سوابق جديدة.

ومن ثم إذا كانت محكمة النقض وهي أعلى محكمة مدنية وجنائية في النظام اللاتيني لا تنتظر إلى الوقائع المقدمة أمامها وإنما يقتصر دورها على مراقبة التطبيق السليم لسير الدعوى وطريقة تفسير الحكم وإذا وجدت محكمة النقض خطأ في تطبيق أو تفسير الحكم لا تبطله او تلغيه وإنما تحيله لينظر فيه مجدد المحكمة التي أصدرته فما بالك بسن القانون نفسه ، أو بحث حكم شرعي على قضية مطروحة أمام القاضي خلا نص القانون من وجود حكم فيه .... فلا بد من ان يحيل القاضي القضية عند خلو النص إلى مختصيه أي اللجنة التشريعية لإستقراء السند الشرعي وخاصة ان شريعتنا صالحة لكل زمان ومكان ولأن القاضي وظيفته تطبيق القانون وليس سنه وإبتكار سوابق جديدة.

نؤيد النظام اللاتيني المبني على أصول وقواعد تاريخية خضعت للتطور التدريجي حتى وصلت إلى تشريع غنى بمصادرة والتي لا تبعد عن مصادر الشريعة الإسلامية حيث نري أنه الأقرب إلى نظام الفقه الإسلامية لغنى مصدريته لأننا في العصر الذي نشهده الآن نحتاج الى والوجهة الواحدة لنوافذ أستخراج الأحكام

وإذا كان باب الأجتهد أغلق في عهد الصحابة رضوان الله عليهم فهل من الصالح أن نفتحه الآن في ظل الظروف والتوترات الحالية أنا لا أتمسك بالجمود



والوقوف حجر عثرة أمام النوازل الحديثة وكيفية وجود حلول لها ولكن مصادر الشريعة الإسلامية مليئة بكل الاحكام وأعتقد أنه لا نازلة إلا ولها حكم في الشرع لقول الله تعالى يَعْلَمُ مَا يَلْجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَعْرُجُ فِيهَا وَهُوَ الرَّحِيمُ الْغَفُورُ.<sup>١</sup> دلالة على شمول القرآن في ذلك .

## المبحث الثاني

### السوابق القضائية في الفقه الإسلامي

#### مقدمة

مما لا شك فيه تعد مصادر القضاء الإسلامي من أروع النظم المكتوبة والمدونة في القضاء وهذا بسبب مصادرها الشرعية المستمدة من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم مما جعلها صالحا لكل زمان ومكان، تسليما لقول الله وتعالى يَعْلَمُ مَا يَلْجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَعْرُجُ فِيهَا وَهُوَ الرَّحِيمُ الْغَفُورُ.<sup>٢</sup>

هذا وقد إتصف القضاء الإسلامي بصفة الشمول التي جعلته لم يقتصر على معالجة قضايا المسلمين فحسب بل عالج كذلك قضايا أهل الذمة من أصحاب الديانات السماوية الأخرى، إذ أجاز لهم أن يترافعوا في المحاكم الإسلامية، والتي تحكم لهم وفق القوانين الإسلامية، لا وفق قوانينهم إن أرادوا أن يترافعوا فيها<sup>٣</sup> لذلك إشتراط في القاضي أن يكون مسلماً لكي يكون عالماً بمصادر الشريعة الإسلامية.

(1) سورة سبأ: الآية ٢.

(2) سورة سبأ: الآية ٢

(3) أَلْغَامِي : واتفق محمد نذير « النظام القضائي في الإسلام » دراسات اسلامية العدد الثالث السنة الأولى

سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م ، ص ١١

(4) وذلك لأن القضاء ولاية ولا تجوز ولاية الكافر على المسلم وقد اجمع الفقهاء على ذلك لقول تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا} ثم إن القاضي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية وهي دين، وتطبيق الدين يحتاج إلى الامام به وبمصادره وبالعلم بأصوله وقواعده ، ولا يتأتى ذلك من غير المسلم . أما تولية القضاء لغير المسلم على غير المسلمين، فلم يؤيدها جمهور الفقهاء لاشتراط الإسلام عندهم بخلاف الحنفية ذهبوا إلى جواز تقليد الذمي وهو غير مسلم القضاء على أهل الذمة وعللوا ذلك بأن أهلية القضاء كأهلية الشهادة والذمي من أهل الشهادة على الذميين وبالتالي فهو أهل لتولي القضاء عليهم.

ولم تخلوا الشريعة الإسلامية من أي نص فيه لخدمة أي قضية ومعالجتها وفق أهدافه في تحقيق العدل والإنصاف<sup>١</sup> وكذلك أدت وحدة مصادر القضاء الإسلامي الى توحيد القوانين في دول العالم الإسلامي والتي اقتبسها منا الغرب ويظهر هذا في القانون المقارن من خلال أوجه التشابه بين قواعد الفقه الإسلامي وقواعد نظم القانون الغربي الذي عرفه البعض (بالقانون العمومي) Common Law<sup>2</sup> والذي تطورت ترجمته كما ذكرناه.

### المطلب الأول

#### القواعد الحاكمة للسابقة القضائية في الفقه الإسلامي

#### الفرع الأول

**مدى إمكانية القاضي لأستقراء حكم جديد وصولة لأن يكون سابقة قضائية وما مدى إلزامه به**

لن نخوض كثيراً في هذه الشروط ولكن قصدت التعرض لها للبحث عن مدى إمكانية توافر الشروط والظروف على القاضي في عصرنا الحالي بالإمكانات التي كانت تتوفر في الصحابة رضوان الله عليهم في عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ومن بعده، لكي يصبح القاضي مؤهلاً لإستخراج الحكم من مصادره وان خلى فعلية الاجتهاد، ومن ثم يقنن حكمه ويصبح سابقة يعتمد عليها فيما بعد للقضايا المشابهة.

---

(1) مخلص احمد أجده ، النظام القضائي في الإسلام، مجلة رسالة التقريب المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية العدد العاشر، الدورة الثالثة شوال ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م مصر ١٧١.

(2) انظر: في تعبير (القانون العمومي) كترجمة لمصطلح الـ (Common Law) عن (قاعدة إلزامية السابقة القضائية وأولها في القانون الإنجليزي الحديث) بحث للدكتور / برهام عطاالله / مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية - السنة الخامسة عشرة ١ (١٩٧٠م) العدد الأول ص ١٣٩. وانظر في تاريخ تكوين القانون الإنجليزي:

Sir Frederick Pollok and Frederic William Ma  
itland،The History of English Law before the Time of Edward I. Second  
Edition،Cambridge ،Volume I .Theodore F. T. Pluknett ،A Concise History of  
the Common Law. London 1948.Edward Jenks. A Short History of English  
Law. London 1949

الأمر الذي يجعلنا نبرز الفرق بين الإجتهد الفقهي<sup>1</sup> والقضائي المتمثل في السابقة القضائية الإجتهد الفقهي هو تنظيري، أما القضائي فهو تطبيقي يقوم على الأول بالإضافة إلى أن الإجتهد الفقهي يتطلب تبحراً في أصول التشريع واللغة أما القضائي فلا يتطلب سوى معرفة بالأدلة وأصول المحاكمات والأحكام التي أقرها المجتهدون التشريعيون.

ولا يفوتنا انه أحيانا يكون الاجتهاد القضائي فقها في المحاكم التشريعية كان يكون إجتهد فقهي فرعي يتطلب معرفة الأدلة لمقارنتها ولكن ليس تبحراً أو استقصاءك وتفسيرا للنصوص كما يتطلب معرفة قانونية أو ما يسمى فقه الواقع. ومن ثم فالاجتهاد ليس حكم للكافة وإما يلتزم به المجتهد نفسه والشاهد في ذلك قضاء السابقين وحرص السلف على الاعتداد بها والنظر فيها كما قال الصحابة فيما روى عنه عبد الرحمن بن يزيد يقول

"من عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله فإن جاء أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه -صلى الله عليه وسلم-، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه -صلى الله عليه وسلم-، فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه -صلى الله عليه وسلم-، ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأيه"<sup>2</sup>

ولا شك في عدم وجود خلاف بين الفقهاء على أن القضاء، فرض كفاية ودليل ذلك قول الله تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا"<sup>3</sup>

(٧٥) أن الأجتهد في الشريعة الإسلامية هو بذل الجهد في إدراك الأحكام الشرعية من أدلتها المقررة شرعاً، أو هو عملية استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشريعة، أو استنفاد الطاقة للوصول إلى الحكم من مصدره الشرعي  
(2) رواه النسائي ٢٣٠/٨، وهو برقم ٥٣٩٨، ٥٣٩٧، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠، قال عبد القادر الارناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير (١٨٠/١٠) : واسناده صحيح.  
(3) سورة النساء الآية ١٣٥.

بمعنى أنه إذا قام به البعض سقط الوجوب عن الباقيين لذا كان تولي القضاء واجبا تطبيقا للقاعدة الفقهية (إن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) و لكى يعتد بحكم القاضي في السابقة القضائية لابد من إسناده على مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ليكون دليل مشروعيتها كنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة التي وإن خلا وجب الرجوع إلى أجتهد الرأي أو إستنباط الحكم من المذاهب التي يرجع إليها القاضي في حالات خاصة ويؤكد ذلك ما ورد عن مشروعية القضاء في القرآن الكريم من آيات كثيرة منها قوله تعالى : { فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا }<sup>١</sup>

ويؤكد ما سلف ذكره أهتمام رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بالقضاء منذ الأيام الأولى لبناء الدولة الإسلامية وكان هو المسئول عن الفصل في المنازعات والخصومات فكان يقضي بينهم من كتاب الله عز وجل ومن الأحاديث النبوية الشريفة ومن أمثلة قضاء رسول الله ص عندما أمر أحد الصحابة بتطبيق زوجته وجاء ذلك في صحيح البخاري عن عكرمة عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس قالت لرسول الله -صلى الله عليه وسلم

"يا رسول الله، زوجي ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام -أي: أكره عدم الوفاء بحقه لبغضي له -فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم (أتردّين عليه حديثه)، وهي المهر الذي أمهرها، فقالت: نعم، قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم -ثابت: إقبل الحديقة، وطلّقها تطليقة.

وتعتبر حبيبة بنت سهل الأنصاري زوجة ثابت بن قيس بن شماس، أول حالة خلع في الإسلام، وهكذا كان قضاء رسول الله وتوارثه عنه الصحابة رضوان الله عليهم وأصبح هو القانون الواجب تطبيقه فيما جاء به الإسلام وما شمله من قواعد قضائية مبنية علي أساس العدل والإنصاف.

ففي بعض الأحيان كان حكم الرسول صلى الله عليه وسلم اجتهاداً لا وحيًا. في حين نجد أن معظم آيات الاحكام في القرآن الكريم التي نزلت عليه صلى الله

(1) سورة النساء الآية ٦٥.

عليه وسلم كانت جواباً لحوادث وقعت للمسلمين نتيجة أسئلة وجهت، إما من المشركين أو من المؤمنين مثل قوله تعالى (يسألونك) أو (يستفتونك)

ولكن مع فتوحات الدولة الإسلامية وانتشار المسلمين وازدياد الحوادث أدى ذلك إلى توسع إختصاص الفصل في الأحكام الشرعية، فكان لبعض الصحابة الذين بعثهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- صفة الحكم والقضاء فكانوا يحكمون في القرآن الكريم وأن خلا النص فبسنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- التي وردت من خلال أحاديث كثيرة منها ما رواه عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"<sup>1</sup>

وكذلك وما روي عن أم سلمة رضي الله عنها قولها: أختصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجالان من الأنصار في مواريث متقادمة فقضى الرسول بينهما في بيتي.

وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا حسد إلا في أثنين رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق ورجل آتاه الله حكمة فهو يقضي بها ويعلمها".

وروي عن ابن عباس رضي الله عنه قال إن رسول الله قضى بيمين وشاهد فإنه ولى لبعض الصحابة إمامة القضاء بين الناس في حياته ومنهم الإمام علي بن ابي طالب والخليفة عمر بن الخطاب ومعاذ بن جبل وعتاب اسيد رضي الله عنهم وأمضى حكمهم وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس وظهر الإجماع في زمن الخلفاء الراشدين.

لذلك لم يقتصر أهتمام ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالحكم والفصل في المنازعات بل أهتم بتعليم كثيرا من جمهور فقهاء الصحابة الأحكام القضائية لكي يجعلوا منها زادا يستفيد به خلف القضاة من سلفهم والذي نريد أن نشير إليه، لم يكن كل الصحابة مجتهدون بل كان الإجتهد مختصا بفقهاء علماء الصحابة لما له من

---

(1) رواه ابو داوود في سننه ، كتاب الاقضية ، باب في القاضي يخطئ ، ٥/٤ سنن ابي داوود، بتعليق عزت الدعاس وعادل السيد ، دار الحديث بيروت

أهمية ومواصفات<sup>١</sup> يجب توفرها في المجتهد والتي كان يقيمها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصحابي كما يراه هو.

كان يكون مطلعاً على أحكام من قبله من القضاة بصيراً بها قال الشيخ: محمد بن إبراهيم آل الشيخ (ت: ١٣٨٩هـ): ليستضيء بها وبينى عليها.<sup>٢</sup> والإجتهد في درك أحكام العمليات الشرعية الظنية مظهرٌ يتطلب وجوب الأتباع " ثُمَّ جَعَلْنَا عَلَى شَرِيعةٍ مِنَ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا. . . " <sup>٣</sup> ويقتضي عموم الشريعة، وشمولها، وكمالها، ودلالة نصوصها على جمهور الحوادث ومستجداتها. فلا يلزم إذاً؛ أن يكون الحديث عن الاجتهاد مجرد ردة فعل للتقليد. . . فالصحابية وتابعوهم فيهم مجتهدون. والأئمة الأربعة مجتهدون، وكذلك بعض أصحابهم، وبعض أتباع مذاهبيهم.

ويلي الإجتهد في المرتبة القياس أي قياس واقعة وأمر معين بواقعة أخرى مشابهة في الحكم الشرعي، للتشابه بينها في السبب والقرب من الحق، فالقاضي ينظر إلى الحالة التي عليها القضاء فيها فإذا لم يجد نصاً لها، لا في القرآن ولا في السنة النبوية الشريفة يحاول أن يبحث عن حالة مشابهة لها في القرآن والسنة ويحكم رأيه ويصدر قراره، وهذا المصدر أخذت به المذاهب الأربعة عدا المذهب الأمامي

---

(1) مثل أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه بعثه الى اليمن وأوكل إليه مهمة القضاء وقال له إذا احضر إليك الخصمان فلا تقضي لأحدهما حتى تسمع كلام الآخر وكذلك معاذ بن جبل : رضي الله عنه عهد إليه مهمة القضاء وقال له النبي: صلى الله عليه وسلم كيف تقضي إذا عرض لك القضاء قال معاذ : (اقضي بكتاب الله ، قال الرسول فإذا لم تجد قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلى الله عليه وسلم فإذا لم تجد، قال (اجتهد رأي ولا ألو، فقال النبي صلى الله عليه وسلم) الحمد لله الذي وفق رسول رسوله لما يرضيه ومن الصحابة الذين مهد لهم الرسول صلى الله عليه وسلم ليحكموا في بعض الأحيان الخصومات والمنازعات بحضوره هم؛ عتاب بن أسيد وهو من كبار الصحابة استخلفه الرسول صلى الله عليه وسلم على مكة المكرمة بعد الفتح واليا وقاضياً . وكذلك الخليفة عمر بن الخطاب، والصحابي معقل بن يسار والصحابي الجليل حذيفة بن اليمان العبسي وغيرهم من الصحابة كزيد بن ثابت الأنصاري وعبد الله بن مسعود ودحية الكلبي وأبي بن كعب وعقبة بن عامر وعبد بن عامر وعبد الرحمن بن عوف وآخرين غيرهم

(2) معين الحكام؛ لابن عبد الرقيق ٦٠٨/٢، الروض المربع ٥٢٤/٧ فتاوى ورسائل ٣٣٣/١٢.

(3) [الجائية: ١٨].

وهناك سؤال يطرح نفسه ما الحكمة في أقتصار القضاء على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعدم إسناد تسميه القاضي إلى أحد<sup>1</sup>.

نرى من وجهة السبب هو أن القضاء كان مهمة دينية مستقلة عن السياسة مبنية على إستخراج حكم من مصدر شرعي أي لها أدوات يجب ان يكون القاضي ملم بها لسلامة إستخراج حكم شرعي سليم وليست وظيفة يعد لها ولذلك إقتصرت فقط على الوالي لأنه هو نائب عن الرسول صلى الله عليه وسلم في صيانة شريعته ورعاية مصالح المسلمين.

لذا لم يرد في التاريخ الإسلامي ما يدل على أن الرسول عين شخصاً أختص بالقضاء كوظيفة منفصلة عن الحكم بين المسلمين في أي بلد من البلدان الإسلامية، وأما توليته للصحابة رضوان الله عليهم القضاء كانت ضمن الولاية العامة دون أن تنفصل عنها. فهل يتساوى القاضي بالمجتهد ووصل لمرحلة الاجتهاد في قياس سابقة قانونية على صدور حكم قضائي جديد

إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إختار من بين الصحابة وليس جميعهم المجتهدين أي الذي تتوافر فيه مقدرة الاجتهاد وشروطه كي يعلمهم الاجتهاد للفصل في الأحكام القضائية كي يجعلوا منها زادا يستفيد به خلف القضاة من سلفهم فما بالك بالقاضي اليوم هل هو مؤهل كالمجتهد الذي يمتلك علم الفقه وأصوله في جميع ميادين الحياة التي وردت في الشريعة الإسلامية والإجابة جاءت من خلال الطريق الذي سلكه رسول الله صلى الله عليه وسلم في عدم فصل مهنة القضاء عن الوالي باعتباره رجل دين وجعله مهمه دينية ولو كان رسول الله يريد أن يجعل مهنة القضاء مستقلة عن الوالي كان كلف بها شخص أخر وأسندها اليه .

لذا نرى أنه يشترط في القاضي للأعتداد بحكمه في السابقة القضائية أن يكون الحكم الصادر الذي أقتبسه من السابقة قضائية بنى على نص قانونيا مرجعته مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية وهذا الأقتباس لن يقدر عليه إلا الفقيه

---

(1) لم يرد في المصادر التاريخية ما يشير إلا إن الرسول عين شخصاً اقتصت بالقضاء بين المسلمين في أي بلد من البلدان الإسلامية وقيل في (الإصاية) وأما تولية الأمام علي بن ابي طالب القضاء في اليمن كانت تدخل ضمن الولاية العامة دون أن تنفصل عنها. وأما في المدينة فلم يتخذ رسول الله قاضيا

المتخصص الدارس للشريعة الإسلامية وعلومها والتي تتوافر فيه شروط المجتهد وليس القاضي الذي يقتصر دوره فقط على إستخراج الحكم من مواده التي استتبتها الفقيه من احكامها الشرعية لتطبيقه على قضية معروضة أمامه وليس أجتهد سابق شخصي منه وهذا نظراً لمراعاة مبدأ الأختصاص وأن حدث هذا من وجهة يكون تعدى على مبدأ الفصل بين السلطات لأن سن القانون أو تشريعه الذي يبني عليه الحكم الذي هو من إختصاص اللجنة التشريعية التي بها جميع الفئات من التخصصات المختلفة والتي تتعامل مع كل ما هو مستحدث من النوازل وهذا من خلال رجال الفقه المتخصصين في علوم القرآن والقانون.

وأخيراً وبناء على ما سبق وجدت إنه حتى ولو توافرت الشروط الواجب توافرها في القاضي لن تكون كفيلة بأن يأخذ القاضي بحكمة في سابقة قانونية لحكم قضية مشابهة جديدة لا يوجد حكم لها في نص قانوني وتعتبر كمتن من متون القانون.

### الفرع الثاني

#### الشروط الواجب توافرها في الحكم القضائي ليعتد به

#### كسابقة قضائية في الفقه الإسلامي

من الشروط الواجب توافرها في إستخراج الحكم أن يكون مستقلاً للقضاء به <sup>1</sup> عن باقي السلطات، وهذا الذي انبثق منه اليوم مبدأ الفصل بين السلطات ومبنى على مصادر الشريعة الإسلامية ولا يكون هناك أي عوامل مؤثرة على المجتهد لإستخراج الحكم وتنفيذ ما أمر الله به، ومنع ما نهى عنه، لضمان إقامة الحق والعدل ناهيك على أن حكم استقلال القضاء هو الوجود.

إلا إذا كان الاستقلال مؤدياً إلى عدم إقامة العدل حقاً أو ظناً أو كان حكم قضاء القاضي مخالفاً للاختصاص؛ فيمنع حيال ذلك لتحقيق مقصد العدل الذي شرع لأجله القضاء ، وأدى إستقلال الحكم القضائي مع ثمره الإجتهد المستندة على أصول

---

(1) وهذا ما وجدناه فصل القضاء عن ولاية الولاية في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكذلك الاستقلال دون تدخل من أي جهة أو تأثير، قد عرف ذلك في عهد الخليفة هارون الرشيد، وجرى عليه العمل بعد ذلك



الأدلة الشرعية إلى ثقة وثبات الحكم لدى أطراف الدعوى وتيسير التوصل إلى إظهار الحق وإثباته وحتى لو أصدر القاضي حكماً في قضية ثم ظهر له أن هذا الحكم خطأ يتعين نقضه، قام هو بنقضه.

وكما أن للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينقض حكم نفسه فإن لغيره من القضاة أن ينقضوا أحكام غيرهم إذا رفعت إليهم هذه الأحكام أو إعادوا النظر من تلقاء أنفسهم كما لو نظر القاضي الجديد أحكام سلفه إلا أن نقض الحكم القضائي له شروط وضوابط تنظمه حتى لا يكون نافذه للفوضى فتنقض الأحكام من خلالها دون مبرر يقضى بذلك، وأهم هذه القواعد على سبيل المثال وليس الحصر

وكذلك من الشروط الواجب توافرها في الحكم ليعتد به كسابقة قضائية في الفقه الإسلامي **تطبيق قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله**<sup>١</sup> على الحكم سواء كان مصدر الاجتهاد الثاني هو نفس القاضي الأول أو كان غيره، وذلك بهدف إستقرار الأحكام ووثوق الناس بها وإنهاء النزاعات وضياع الفرص على أصحاب النفوس الضعيفة الذين قد يحتاجون بالاجتهاد لنقض أحكامهم أو لنقض أحكام غيرهم لأغراض غير مشروعة.

وأرى إنه حتى في الحالة التي وردت على الإستثناء الوارد على قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله وهي " الصور الأربعة المستثناة من قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد " مفاد هذا الاستثناء هو مراعاة للمصلحة وهي المتبع في كل عصر أن إمام المسلمين له أن يحمي موضعاً من الأرض على سبيل المثال لمصالح المسلمين العامة لأن الإمام يرى أن هذا ليس من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وإنما هو عمل بالمصلحة التي يجب المصير معها أينما وجدت.

---

<sup>١</sup> الأشباه والنظائر عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) - الناشر: دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م - عدد الأجزاء: ١

وأرى ان الإستثناء<sup>١</sup> الوارد على قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله ساعدت  
 الفقه الإسلامي على عدم إلزامية القاضي بالأخذ بمبدأ السابقة القضائية واقتصرت  
 على الأسترشاد والتتوير فقط على الرغم من أنني أرى ان قاعدة الإجتهد ينقض  
 بمثله أى الإستثناءات الأربعة الواردة والسابق ذكرها على قاعدة الإجتهد ينقض  
 بالإجتهد لم ينقض فيها الإجتهد الأول ولكن التغير جاء بهدف المصلحة وهذا على  
 ما يراه الإمام

ولذا عمل نظام القضاء في الإسلام على عدم تقييد القاضي بالأحكام القضائية  
 ولا إلزامه بها فإذا قضى في حكم معين بمسألة أجتهدية فإنه لا يتقيد به في القضايا  
 المشابهة للقضية الأولى فله أن يحكم فيها بحكم جديد إذا تغير اجتهاده في هذه  
 القضايا وبالتالي لا يجوز نقض حكم قديم بحجة صدور حكم الجديد تسليماً لتطبيق  
 القاعدة سالفه الذكر وأن واجه القاضي سبق في حكم واقعة تعد من النوازل الفقهية  
 الحديثة التي لم يسبق حكم فيها من قبل بشرط صحة مرجعيته من مصادرها  
 الشرعية ووضوح تعييدها بما ظهر في أسباب حكمها<sup>٢</sup> جعله مرجع يستضيء به من  
 بعده والشاهد في ذلك ما جاءت به السنة النبوية الشريفة

فعن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه - فيما روى عنه عبد الرحمن بن  
 يزيد يقول: "من عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله فإن جاء  
 أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه -صلى الله عليه وسلم-، فإن جاء

<sup>١</sup> ايضاح حول صور مستثناة من قاعدة: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد -الخميس ٢ محرم ١٤٢٩ رقم الفتوى:  
 ١٠٣٤١٩ - التصنيف: أصول الفقه وقواعده  
 الأولى: للإمام الحي ولو أراد من بعده نقضه فله ذلك في الأصح لأنه للمصلحة وقد تتغير ومنع الإمام الاستثناء  
 وقال ليس مأخذ التجوير هذا ولكن حى الأول كان للمصلحة وهي المتبع في كل عصر.  
 الثانية: لو قسم في قسمة إخبار ثم قامت بينة بخلط القاسم أو حيفه نقضت مع أن القاسم قسم باجتهاده فنقض  
 القسمة بقول مثله والمشهود به مجتهد فيه مشكك وقد استشكله صاحب المطلب لذلك.  
 الثالثة: إذا قوم المؤمن ثم أطلع على صفة زيادة أو نقص بطل تقويم الأول لكن هذا يُسببه نقض الاجتهاد  
 بالنص لا بالاجتهاد.

الرابعة: لو أقام الخارج بينة وحكم له بها وصارت الدار في يده ثم أقام الداخل بينة حكم له بها ونقض الحكم  
 الأول لأنه إنما قضى للخارج لعدم حجة صاحب اليد هذا هو الأصح في الرافعي. وقال الهروي: في البشرف.  
 قال القاضي حسين: أشكلت علي هذه المسألة منذ ثيف وعشرين سنة، لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد،  
 وتردد جوابي، ثم استقر رأيي على أنه لا يُنقض

(2) توصيف الأفضية؛ للباحث ٤٤٢/١.

أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه -صلى الله عليه وسلم-، فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه -صلى الله عليه وسلم-، ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأيه<sup>1</sup>.

والشاهد في جعل القضاء بما سبقه من قضاء الصالحين مستنداً للحكم وقدمه على إجتهد الرأي أن المراجع الشرعية التي أشار إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت ثابتة وواضحة المعالم من حيث مرجعيتها على كتاب الله ثم سنة رسوله ثم قضاء الصالحون وأخيراً رأى الوالي ونعتقد بأنه لا يصح قياس قاضي اليوم على الوالي في عصر رسول الله أو العصور التي كانت قريبة منه لأن الولاية كانت مقتصرة على الصحابة رضوان الله عليهم وكان القضاء لا ينفصل عن الدين أي الوالي مهمته رعاية الدولة والدين.

وبالتالي نرى أنه لا يجوز التدليل بالحديث الشريف على صدور حكم القاضي بناء على رأيه أو أجهاده ومن ثم يصبح سابقة قضائية لما بعدها ولكن لا يمنع من أن يأخذ القاضي بالسابقة القضائية في المسائل الإجرائية أو الشكلية وليس في إستخراج الحكم المقتصر على أهل العلم كما سبق وأن بينا.

وأخيراً وجدت انه من الشروط الواجب توافرها كذلك في الحكم ليعتد به كسابقة قضائية في الفقه الإسلامي **تسبب الأحكام القضائية**<sup>2</sup> وذلك من خلال أحكام، وقواعد الشريعة الإسلامية مرتكزاً للحكم القضائي الذي يُشترط توافرها فيه والتسبب نوعان<sup>3</sup> الأول التسبب الشرعي وهو بيان الحكم الكلي الشرعي في الواقعة ودليله من الكتاب والسنة، والإجماع وأقوال أهل العلم، ووجه الدلالة منه، وتفسيره عند الاقتضاء

(1) رواه النسائي ٢٣٠/٨، وهو برقم ٥٣٩٨، ٥٣٩٧، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠، قال عبد القادر

الارناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير (١٨٠/١٠): واسناده صحيح.

<sup>2</sup>تسبب الأحكام القضائية روح العدالة -د. سعد بن عبد القادر القويحي-www.al-

jazirah.com/2011/20110605/ar4.htm

<sup>3</sup>تسبب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية-تسبب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية-الدكتور

عبد الله بن محمد سعد آل خنين -عدد الأجزاء واحد-الطبعة الأولى سنة الإصدار: ١٤٣٠هـ -

٢٠٠٩م. دار النشر: دار التدمرية

والآخر التسبب الواقعي وهو بيان الواقعة المؤثرة في الحكم القضائي، وكيف ثبتت بوسائل الإقرار، وكيف جرى تطبيق النص الشرعي عليها؟

ان موضوع تسبب الأحكام القضائية يكتسب أهمية لا جدال فيها، بل لا يُمكن أن نتصور حكم القاضي دون تسبب؛ بالرغم من ان هناك اختلاف فقهي في حكمه فهو السبيل إلى الوصول إلى أحكام قضائية صائبة، والعمل على تلمس الأحكام الموافقة للقواعد والمبادئ الشرعية الحاكمة لها، كما أنها توضح حكم القاضي بما لا يدع مجالاً للتأويل أو الريبة لأنه يُبين صحة الحكم من عدمه، ومفيد للتدقيق، والإستئناف.

أرى أن الفقه عندما إشتراط تسبب الحكم أخرجنا من المآزق والأزمات التي نعيشها الآن في المحاكم وذلك على صعيد جميع الأطراف لأن عدم تسبب الأحكام القضائية، سبترتب عليه ضعف في صياغة الأحكام، والأعتراض، ومعرفة أسباب صدور الحكم. إذ هو وسيلة؛ للتحقق من عدالة الأحكام التي تصدر في حقهم لاسيما، وأن الواقع يشهد مع الأسف، أن معظم الأحكام القضائية لا تحتوي على تسبب في الوقت الحالي.

### الفرع الثالث

#### مدى إلزامية القاضي في الفقه الإسلامي بالسوابق القضائية عند إصدار الحكم

هناك رأيان<sup>٢</sup> حول إلزامية القاضي في الفقه الإسلامي بالسوابق القضائية في

الحكم؟

<sup>١</sup> اختلفوا في حكم تسبب الأحكام القضائية على قولين مشهورين، أحدهما: وجوب تسبب الأحكام، وهو قول لجماعة في المذاهب المتعددة الأربعة، وقول في مذهب الظاهرية، وقول لابن تيمية في بعض الروايات، وذهب إليه مفتي الديار السعودية سابقاً -الشيخ -محمد بن إبراهيم آل الشيخ. والآخر: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومنهم: الشافعي، وأحمد، وابن تيمية، وابن القيم، بأنه سنة. وقد أوضح -القاضي -ناصر آل داوود، أن من قال: بسنية التسبب، لعله يريد الأحكام الظاهرة، التي لا يخفى علمها على ذوي الفطر السليمة؛ كمن ادعى على أحد بدين في ذمته، وجب أدائه، وأقر المدعى عليه بالدين، وحلولة، وملاعته، فاقتصر الحاكم على الحكم عليه بلزوم السداد، دون تسبب للحكم؛ اكتفاء بما جاء في الدعوى، والجواب. وأما الغالبية العظمى من الأحكام، فلا بد من الاهتمام بذكر الأسباب، التي بنى عليها القاضي حكمه، وإلا كان مفراطاً في واجب، قد يأتي على الحكم بالإبطال، أو يوقف التنفيذ، أو بتعطيله زمناً، ولا قيمة لحكم لا نفاذ له.

<sup>٢</sup> مركز الدراسات القضائية التخصصي -نشرت في مجلة الإمامة العدد ١٩٢٠ د ناصر بن زيد ناصر بن داوود [cojss.com/article.php?a=37](http://cojss.com/article.php?a=37)

الرأي الأول القائل بعدم التزام القاضي بالسوابق القضائية للأسباب الآتية: -

- إختلاف النوازل بأختلاف عادات وتقاليد كل بلد من الصعب تحديدها وضبطها بأحكام عامة مستتبطة من سوابق.

- أنها ليست نصوصاً من كتاب أو سنة حتى يقال بأن السوابق القضائية واجبة الإلتزام، بل هي إجتهدات من الفقهاء الأوائل مبنية على إعتبرات واقعية مرتبطة بتلك الأزمنة وتلك الأماكن ودليل ذلك حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك هديت فيه لرشدك أن تراجع الحق.

- وكذلك حكم عمر في مسألة إرث الإخوة لأب وتشريكهم مع الإخوة لأم، حيث حكم مرة بالتشريك ومرة بعدمه وقال: " تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم <sup>1</sup> ".

- اتساع الدول وموقعها الجغرافي المتناثر عن بعضها، فلا يمكن للحاكم حتى لو أراد إلزام القضاة بأحكام عامة مستمدة من السوابق القضائية، أن يكون على دراية بكل ما يحيطه مما جرى عليه العمل في كل البلاد الأخرى لأنه أمر يستحيل تطبيقه من حيث الواقع العملي مع الأخذ في الأعتبار بوحدانية مصدر السوابق وهي الشريعة الإسلامية.

الرأي الثاني المؤيد بالاستعانة بالسوابق القضائية: التزام العمل بالسوابق هو أمر جائز شرعاً ما ذكرناه سابقاً من جريان العمل عليه عند فقهاء المالكية حيث قد أقروا هذا المبدأ وعملوا به وأنتشر ذلك واشتهر ولم ينكره أحد عليهم ومع ذلك فإن المذهب المالكي بالذات اختص بتقرير مبدأ يشابه مبدأ السوابق القضائية وهو مبدأ "ما جرى عليه العمل". الذي سيرد ذكره باذ الله تعالى في المطلب الثاني.

---

(1) أخرجه البيهقي ١٢٠/١٠، والدارمي ١٦٢/١، والدارقطني ٨٨/٤، وعبد الرزاق ٢٤٩/١٠، وابن أبي شيبه ٢٤٧/٦ كلهم من حديث الحكم بن مسعود الثقفي، قال ابن حجر في لسان الميزان ٣٣٨/٢: " هذا إسناد صالح وذكره ابن حبان في الثقات." رابط الموضوع:

<http://www.alukah.net/culture/0/60622/#ixzz56eFGVvIm>

وهو مجموع الأفضية التي حكم بها قضاة المالكية وجرت بها أعراف الناس وتعاملاتهم حتى وإن كانت مخالفة لما هو راجح من الأقوال في مذهب المالكية، ولأبي الوليد الباجي المالكي كتابه الشهير "فصول الأحكام" والذي عني فيه بجمع ما درج عليه القضاة من الأحكام والاعراف في أفضيتهم<sup>١</sup>.

وكذلك يدل على مشروعيته والأخذ به ما رواه عبدالرحمن بن يزيد عن عبدالله بن مسعود قوله: "من عرض له منكم قضاء بعد اليوم، فليقض بما في كتاب الله، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به رسول الله، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه محمد صلوات الله وسلامه عليه، فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه ولا قضى به الصالحون، فليجتهد رأيه"<sup>٢</sup>.

والراجح لدينا أن الفقه الإسلامي لا يلزم القاضي بأخذه من السوابق القضائية بل هي إجتهدات من الفقهاء الأوائل مبنية على أحداث واقعية مرتبطة بالزمان والمكان أي الذي كان يصلح لها في وقتها والذي خلقت حلا له قد لا يتناسب مع تطبيقها اليوم وأن إلزام العمل بالسوابق هو حصر للحق في قول مجتهد ليس قوله أولى من قول مجتهد آخر، وترجيح قول بلا مرجح هو تحكم لا دليل عليه، فيكون فاسدا وهذا اسنادا لقاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله، وكذلك لمبدأ الفصل بين السلطات، وأيضا عملا بمبدأ تسبيب الاحكام القضائية.

فإذا كانت السوابق القضائية أفضية نبوية شريفة في وقائع محددة تواترت إلينا من خلال الكتاب والسنة والإجماع<sup>٣</sup> فهي ملزمة لمن أصدر الحكم إذا عرضت عليه قضية مماثلة أو لغير من القضاة أو المحاكم سواء أن كانت عليا أو صغرى فبالرغم

---

(1) أحكام الفصول في أحكام الأصول / أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي تحقيق د عبد الله محمد الجبوري /

الطبعة الأولى ١٩٨٩-١٤٠٩ / الناشر مؤسسة الرسالة.

(2) رواه النسائي ٢٣٠/٨، وهو برقم ٥٣٩٨، ٥٣٩٧، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠، قال عبد القادر الارناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير (١٨٠/١٠): واسناده صحيح.

(3) العرف والعمل في المذهب المالكي ٣٦٥.

من مكانة السابقة مادام صح مأخذها وبما أن القاضي مطلع ومع ذلك فإن الأزام لا يمكن إلا إذا كان مسندها قطعي الثبوت وإلا كان غير ملزم.

## المطلب الثاني

### نظرية ما جرى به العمل عند الفقه المالكي

#### وتطبيقاتها وأنواعها وعلاقتها بالسوابق القضائية

بعد عرضنا لتعريف السابقة القضائية من جهة سوف نتطرق الى مدي إمكانية مطابقتها في التطبيق إلى ما جرى به العمل عند الفقه المالكي من جهة أخرى من حيث المعنى والمضمون والسبب في ذلك معرفة عما إذا كانوا يؤيدان الى وظيفة واحدة أو هل يتفقان من حيث المصدر وهل أستمراها الى هذا اليوم في القضاء يعد تطبيقا لمبدأ إزام الاخذ بالسوابق القضائية أم مجرد التتوير والأسترشاد وللإجابة سوف نتعرض إلى المقصود بما جرى به العمل عند المالكية في فرع أول ثم علاقة السابقة القضائية بما جرى به العمل في فرع ثاني موضحين من خلال بحثنا مثالا تطبيقيا للأخذ بنظرية ما جرى به العمل عند المالكية وهو شهادة اللفيف التي تعد وسيلة من وسائل الأثبات عند المالكية وما هي الآثار التي ترتبت عليها في العمل القضائي على الآتي ذكره.

## الفرع الأول

### المقصود بما جرى به العمل وعلاقته بمصطلح السوابق القضائية

يقصد بما جرى به العمل الأخذ بقول ضعيف أو شاذ، في مقابل الراجح، أو المشهور لمصلحة أو ضرورة، أو غير ذلك، أو هو أختيار قول ضعيف، والحكم والإفتاء به، وعمل القضاة والمفتين به لسبب يقتضي ذلك<sup>1</sup> وخصوه بمصطلح ما جرى به العمل.

إذا يفهم من التعريف السابق انه إجتهدا على مذهب معين والشاهد قول الإمام محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي و هذا مبني على أصول في المذهب المالكي ، فإذا

---

(1) العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، للمرحوم عمر بن عبد الكريم الجيبي ص ٣٤٢، طبع تحت إشراف اللجنة المشتركة لنشر وإحياء التراث الإسلامي، بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبعة فضالة المحمدية، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م .

كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع ، أو جلب مصلحة فهو على أصله في المصالح المرسله ... فإذا زال الموجب عاد الحكم للمشهور ، لأن الحكم بالراجح ، ثم المشهور واجب ....وعليه فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح ، أو من قاض مجتهد الفتوى بين وجه ترجيح ما عمل به ، لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة ، وما هو مفسدة ، أو ذريعة إليها ، ويميز ما هو في رتبة الضروريات ، والحاجيات ، وما هو في رتبة التحسينات ... وعلى كل حال لا يقدر على نقد مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي ، أما من لم يبلغها ، فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم أصلا فالباب دونه مسدود<sup>1</sup>

وجديرا بالذكر أن مالك رحمه الله كان إذا تعارضت لديه الأدلة في الأخذ بما جرى به العمل لجأ إلى ما جرى عليه العمل وقدمه بما صحبه عمل أهل المدينة<sup>2</sup>.

وقسم فقهاء المالكية ما جرى به العمل إلى العمل الخاص وهو الذي يقتصر على البيئة المكانية التي تطبق فيها الأحكام لمراعاة الأعراف داخل كل بلد كعمل قرطبة وعمل فاس وعمل أهل تونس . والعمل المطلق وهو الذي لا يرتبط بالعرف بل يكون أساسه الأوضاع العامة في البلاد إسناد ما جرى به العمل وضوابطه عند المالكية

### - وأشترطوا للأخذ على ما جرى به العمل الآتي: -

(1) ٤٠٦/٢ / وانظر كذلك الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للفتية محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي ٤٠٦/٢، اعتنى به أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

يقول الشيخ الحجوي : " فعلم أن القاضي أو المفتي لا يجوز له الاسترسال في الإفتاء بما به العمل ، ويظن أنه حكم مؤبد بل هو مؤقت ، ما دامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور ، فإذا ذهبت رجع الحكم للمشهور.

(2) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي -عبد السلام العسرى ١٨٣-مطبوعات وزارة الأوقاف بالمغرب ١٤١٧ / ١٩٩٦ م . فالفقهاء قاسوا هذا على هذا وقالوا: إذا تعارضت الأقوال يؤخذ بما صحبه عمل الفقهاء في البلد الذي جرى به العمل \* . أن من شروط عمل أهل المدينة استمرار العمل به من طرف أكثر الناس بمن فيهم فقهاء التابعين ، واستمرار أحد عناصر العرف ، وكذلك عمل الفقهاء كثيرا ما يعتمد على العرف.

• أكثر عمل أهل المدينة يكون من أفضية وفتاوى الصحابة والتابعين ، وهؤلاء أدرى بفهم النص وتطبيقه، وكذلك عمل الفقهاء يكون من أفضية وفتاوى العلماء ذوي أهلية الترجيح



- ١- صدور ما جرى به العمل من العلماء المقتدى<sup>١</sup> بهم مع معرفة كون من أجراه من الأئمة المقتدى بهم في الترجيح،
- ٢- إثباته بشهادة العدول المتثبتين في المسائل الشرعية
- ٣- جريانه على القواعد الشرعية وإن كان شاذاً<sup>٢</sup>
- ٤- معرفة محلية جريانه عاما أو خاصا من البلدان
- ٥- معرفة السبب الذي من أجله عدلو عن المشهور إلى مقابله<sup>٣</sup>

نعتمد أن تطبيق مبدأ السوابق القضائية في عصرنا الراهن تباعا على ما جرى به العمل المعمول به لدى الفقه المالكي سيجعلنا أمام أحكام متغيرة قد يكون المبدأ الذي يعتد به اليوم لا يعتد به في الغد والذي قد يبنى عليه حكم اليوم لا يصلح إلى الغد والدليل على ذلك ما وصل إليه أهل تونس لمجرد تفكير الرأي العام في إياحة زواج المسلمة من غير المسلم وهذا تطبيقا للمادة رقم ٢٣ من الإعلان العالمي لحقوق الانسان والتي رفضتها الشريعة الإسلامية الأمر الذي نهى الشرع عنه وحبثهم في ذلك مساواة الرجل بالمرأة في مضمون المصلحة التي يعقدونها وهنا أرى أنه ضاعت المرجعية الشرعية وسط النداء لجلب المصلحة ولم يشترط المالكية لما جرى به العمل الإسناد إلى دليل خاص بل يكتفي مجرد قيامه على دعامة روح الشريعة ومقاصدها وقوانينها والتي هي بمثابة الدليل العام<sup>٤</sup>

- 
- (1) أن يثبت جريان العمل، بأن يذكر الفقهاء في كتبهم أو في وثائقهم القول الذي جرى به العمل، مع الإشارة إلى القاضي أو المفتي الذي أجرى ذلك العمل، أو الإشارة إلى من أقر ذلك العمل وأيده.  
إن باب إجراء العمل والترجيح بين الأقوال، ليس بابا مفتوحا لكل أحد، بل لابد لمن يرجح بجريان العمل من الحصول على مؤهلات فقهية، وتوصلنا إلى أن المرتبة المحتاج إليها في بناء أحكام العمل على ما سوى العرف هي مرتبة مجتهد المذهب (أي مجتهد التخريج) وعند انعدامه فيمكن أن يسد فراغه مجتهد الفتيا أي مجتهد الترجيح، أما أحكام العمل التي تبنى على العرف، فإنه تكتفي في إجرائها بمرتبة الفقيه المقلد الصرف لأن العرف أمر ظاهر، يشترك في إدراكه الخاص والعام
  - (2) حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على لامية الزقاق: ٣٣٧ / إن إجراء العمل يدخل في تكييف الوقائع ومحاوله وصفها بأوصاف تقبل الإدراج تحت الأصول الشرعية، ونظرا إلى أن الشريعة جاءت لمصالح العباد، ونظرا إلى أن هذه المصالح تختلف باختلاف البلدان والأزمان، كان لابد لإجراء العمل من مراعاة خصوصيات كل بلد وكل زمان، وكان لابد من اختلاف أحكام العمل باختلاف البلدان والأزمان
  - (3) شرح خطبة المختصر: ١٣١، وانظر تفصي ذلك في كتاب أصول الفتوى والقضاء للدكتور محمد رياض: ٥١٧- تناول هذه الشروط بتفصيل الشيخ أبو العباس أحمد الهلالي
  - (4) حاشية أبي الشتاء الصنهاجي على شرح التاودي للامية الزقاق ٢٦٥/٢.

ومن وجهة نظرنا لو إقتصر تطبيق ما جرى عليه العمل قياساً على أساس الإستثناءات الأربعة الواردة على قاعدة الإجتهد لا ينقض بمثله السابق ذكرها<sup>١</sup> حيث أن عمل الإمام بنقض الاجتهاد الأول في حالات معينة كان بسبب تحقيق المصلحة وليس نقضاً للإجتهد الأول وبالتالي ستطبق النظرية على أساس الإستثناء لتحقيق المصلحة وليس على أساس العموم والإطلاق وإلا سيصبح تطبيق الأحكام ما هو إلا سوابق قضائية بناء على ما جرى عليه العمل.

### علاقة مصطلح السوابق القضائية بنظرية ما جرى به العمل

عرفنا أن المراد بما جرى عليه العمل الاحكام القضائية التي أعتمد فيها ما هو مخالف للراجح أو المشهور في المذهب نظراً لتحقيق مصلحة عامة اوسد لزريعة أو عرف عام.

حيث أشتهر المذهب المالكي بأنه أكثر المذاهب أصولاً<sup>٢</sup> وكذلك إصطلاحاً<sup>٣</sup> ذلك أن كل أصل يعتبر اصطلاحاً عاماً قد تتدرج تحته جمل من الدلالات والمعاني، إضافة إلى ما يستخدمه كل كاتب في مؤلفه من مصطلحات خاصة به. وهذا سبب وجود كم هائل من إتجاهات المصطلح عند المالكية. وقد نص عليه الإمام مالك نفسه

(2) والمذهب المالكي أكثر المذاهب أصولاً وعلى كثرتها لا تخرج عن الوحي والنقل كتاباً وسنة وإجماعاً مع الاجتهاد الشخصي المقيد بمبادئها التي أوضحها الإمام مالك بقوله (فانظروا رأيي، فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به وكل ما لم يوافق ذلك فاتركوه) (الإمام الشاطبي: الموافقات: نشر المطبعة التجارية القاهرة دت، ج٤/ص٢٨٩).

(3) المصطلحات العامة : الماجريات: أو ما جرى به العمل، د/ محمد إبراهيم: اصطلاح المذهب عند المالكية، طبعة أولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، نشر دار البحوث والدراسات الإسلامية دبي، الإمارات، ص: ٣٩٦. / وإذا جاء بلفظ (ما عليه العمل) عمل أهل المدينة أو (إجماع أهل المدينة) مراعاة الخلاف: (هو رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قوله المخالف الرصاع :شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأحناف، - طبعة أولى ١٩٩٣م، نشر دار الغرب الإسلامي بيروت، ج١/ص٢٦٦

المستحسنات الأربع: هي مسائل أربع اشتهرت في الفقه المالكي بل إن مسائل الاستحسان في الفقه المالكي أكثر من مسائل القياس وهي الشفعة في البناء أو الشجر بأرض موقوفة أو معارة، / والشفعة في الثمار على الشجر لأحد الشريكين، / والقصاص بشاهد ويمين في جراح العمد، وفي أنملة الإبهام عند الجنابة عليها خطأ خمس من الإبل، وزاد بعضهم مسألة خامسة وهي: وصاية الأم على ولدها إذا تركت له مالا يسيراً كالتستين ديناراً / سد الذرائع: أصل من الأصول التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه والمراد به منع الوسائل المؤدية إلى المفاسد حسماً للفساد، أو منع الجائز لأنه يجر إلى غير

وهو يخط منهجه في أصوله التي أعتمد عليها بقوله " وما قلت الأمر عندنا، فهو ما عمل الناس به عندنا وجرت به الأحكام وعرفه الجاهل والعالم <sup>1</sup> "

لو تمعنا النظر في معنى "وجرت به الأحكام وعرفه الجاهل والعالم" الواردة في نص السابق للإمام مالك رحمه الله مفاده استقرار المبدأ القانوني الذي حكم به لدى الناس المتجسد في معنى من عرفه الجاهل اى الاعتياد والفهم لدى الجميع للقاعدة التي طبق على أساسها الحكم وهذا مفادة انه أصبح وكأنه قانون عمل به وتوافرت فيه كل الشروط القانونية لوضع قواعد القانون

ولكن لو طبقنا الشروط السابق ذكرها والتي وضعها الفقه المالكي لتطبيق نظرية ما جرى عليه العمل سنجد ان العمل بها الآن في عصرنا الحالي لا يثمر ولا يجني ثمارا لأن تطبيقه اليوم سيعيد صورة مطابقة الى إلزامية تطبيق السوابق القضائية على ما جرى عليه العمل حيث أن شرط معرفة محلية جريان العمل عاما أو خاصا من البلدان سيغير في قواعد القانون من منطقه الى أخرى وبالتالي سيختلف حكم القاضي في القضايا المشابهة على أساس مدى سريانه في المنطقة لا على محاولة تطبيق الأحكام الشرعية مما سيخل من مبدأ توحيد القاعدة القانونية المستمدة من الأحكام .

وبالإستقراء نجد أن هذه الأصول اعتمدت في سائر أبواب الفقه عبادات ومعاملات، لكن كان في المعاملات أكثر في قضايا البيع، وأكثر منه في باب الأفضية، لدرجة أنه ألفت فيه مؤلفات تحمل المنهج الذي صار عليه في جانب من القضاء، وهو ما يسمى بعلم الشروط والوثائق، فقد أتخذ التأليف فيها شكلاً جعل هذا الأصل مستنداً ومعتمداً. وربما كان هذا يشبه ما يسمى بالسوابق القضائية في وقتنا الحالي، وبذلك يكون المذهب المالكي من أوائل المذاهب التي أخذت بهذا المبدأ في هذا الشكل كما يرى البعض.

---

(1) الباجي: إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد التركي، طبعة أولى ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت، ص: ٤٨٥ .

فعلى سبيل المثال: ممن كتب في ذلك الإمام الباجي في كتابه المسمى (فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء من الأحكام) والقاضي عياض في كتابه (مذاهب الحكام في نوازل الأحكام) حيث يقول فيه: (وربما ذيلت بعض تلك النوازل بما تقدم فيها أو في نوعها للقرويين والأندلسيين وغيرهم<sup>2</sup> وأبو الأصبغ عيسى بن سهل في كتابه الإعلام بنوازل الحكام<sup>3</sup> والإمام المتيطي في كتابه (النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام).

حيث كان مما جمع فيه فتاوى المتأخرين وأحكام الأندلسيين وآراء القرويين، وكذلك الإمام أبو الوليد في كتابه المفيد (مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام) وأبو القاسم بن سلمون ت (٧٦٧) في العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام. والإمام البرزلي في كتابه (جامع المسائل والأحكام مما نزل من القضايا بالمفتين والحكام)<sup>4</sup> أعتمد فيه على النوازل والأحكام السابقة له، ومثل كتاب نظم العمل الفاسي لعبد الرحمن الفاسي ت (١٠٩٦هـ) نظم فيه ثلاثمائة مسألة مما جرى بها العمل بفاس بالخصوص، وشرحه هو كما شرحه غيره، ومنه كتاب شرح العمل الفاسي للسلماسي، حيث حصل إكباب المفتين والقضاة عليه.

وبهذا قاموا بنقل الأفضية والأعتماد عليها كسوابق وذلك من خلال إطلاق يد القاضي ومنحة السلطة في الإجتهد وخاصة عندما أغلق باب الإجتهد سداً لذريعة من قد يدعيه دون أن يكون من أهله، الأمر الذي جعل فقهاء المالكية فتح باباً آخر له عن طريق ما جرى به العمل عندما حدثت وقائع ونوازل، ومستجدات كان لا بد من

(1) خير الدين الزركلي: الأعلام، طبعة خامسة ١٩٨٧م، نشر دار العلم للملايين بيروت، ج ٣، ص ١٢٥، د/ محمد إبراهيم علي: اصطلاح المذهب عند المالكية، ص ٣٠٤ - ٣٠٥. / طبعة دار البحوث للدراسات الإسلامية و احياء التراث / الطبعة الأولى ١٤٢١- ٢٠٠٠م .

(2) القاضي عياض: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام. تحقيق محمد بن شريفة، طبعة أولى ١٩٩٠م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت ص ٣٣٦ .

(3) محمد مخلوف: شجرة النور في طبقات المالكية، نشر دار الكتب العلمية، د ت ص: ١٢٢

(4) محمد القرافي: توشيح الديباج - طبعة أولى ١٤٠٥-١٩٨٥ - نشر في مؤسسة الرسالة بيروت.

التعايش معها بإيجاد حلول لها بالنظر إلى الأقوال المهجورة في المذهب، والآراء المنثورة لتصبح لها قيمة بعد إسندها بأدلة وأصول شرعية<sup>1</sup>.

وتطبق النظرية عندما يختار القاضي القول الضعيف، ويترك المشهور والراجح، وإذا قلده القضاة في ذلك نشأ ما يسمى بما جرى به العمل، إذا لم يتبعه القضاة في ذلك لم ينشئ العمل، وبقي الحكم حكماً فردياً لا أقل ولا أكثر.

وفي اعتقاد المذهب مع تعدد النوازل الحديثة وزيادة الأفضية وحفاظاً على المصالح وخوفها من الضياع وما يحدثه الناس من أمور تقتضي أفضية جديدة، كما قال سيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور" كل ذلك يفرض على القاضي أن يبحث في التراث الفقهي على ما يستند عليه في حل يستند عليه في محل المعضلة التي بين يديه، فإذا لم يسعفه الراجح أو المشهور بحث حتى في الأقوال الضعيفة، بشرط الالتزام بالمصادر الشرعية، ولعل سبب ربط علاقة السابقة القضائية بما جرى به العمل أن كلا منهما يصدر حكم فيها فصلاً لواقعة محددة وهذا وجه شبه بينهما وهناك من يرى أن هناك أوجه إختلاف ونحن نؤيدهم الرأي وهي :-

أن السابقة القضائية تكون إبتداع لحل نزاع لم يسبق تقرير حكم كلي لها بينما ما جرى به العمل أخذاً بقول مقرر سابقاً لكنه مرجوح في مقابلة الراجح، فحكمها مقرر بأدلته عند القائلين به وعلى لسان الشيخ الحجوي: فعلم أن القاضي أو المفتي لا يجوز له الاسترسال في الإفتاء بما به العمل، ويظن أنه حكم مؤبد بل هو مؤقت، مادامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور، فإذا ذهبت رجعت الحكم للمشهور

نرى أن وجه الخلاف هنا واضح حيث يظهر لنا أقتصار دور القاضي في نقل الإفتاء فقط وعدم جواز الاسترسال فيها تنفيذياً لمبدأ الفصل بين السلطات وهذا

---

(1) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي للدكتور محمد رياض ص: ٥١٤ /.. تقديم محمد المنوني / الطبعة : الأولى بمطبعة النجاح الجديدة، سنة ١٩٩٦م.

عكس السوابق القضائية فدور القاضي فيها الإجتهد لصدور حكم جديد كما سبق وأن أوضحنا.

وليس معنى ذلك أن نؤيد مبدأ الأخذ بقاعدة ما جرى عليه العمل في العصر الحالي أو أستمرار تطبيقها إلى الآن لأن مسألة أن الحكم ليس مؤبد بل هو مؤقت ، مادامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور ، فإذا ذهبت رجوع الحكم للمشهور ستؤدى بنا إلى عدم أستقرار الأحكام وهذه مشكلة كبيرة في عصرنا المعاصر لأننا في حاجة إلى توحيد الأحكام حيث أن معيار المصلحة والمفسدة إختلف باختلاف الأشخاص من حيث الزمان و المكان والأخلاق ربما كانت تلائم العصور التي عاشها الفقه المالكي أو ما قاربها ولكن الزمان والمكان الذى نعيشه الآن لا يسمح بأستمرار هذه النظرية والله أعلم .

أن السابقة القضائية خاصة بالنزاع الذي تفصل فيه المحاكم ولا تكون حجة عن يقول بها إلا إذا صدرت من الجهة القضائية العليا على من في مستواها، أما ما جرى به العمل فكما يكون في القضاء يكون في الفتوى صادر من مجتهد في المذهب المالكي.

لذلك نرى أنه لا يوجد وجه شبه كما ورد لأن أن كان هناك علاقة بين بما جرى به العمل والسوابق القضائية عند إسندها لسند شرعي راجح وليس مرجوح أو مجرد قيامه على دعامة روح الشريعة ومقاصدها وقوانينها والتي هي بمثابة الدليل العام قد تكون تكامل أي عندما تنتهي الأولى تبدأ الثانية.

ما جرى به العمل يجب احترامه والعمل به مالم يكن طبق أستثناء، وأما السابقة فيتأنس بها ولا تلزم ، وناقش هذا في إعتقادنا ان الاخذ نظرية ما جرى به عمل عند الفقهاء المتأخرين في الفترة الزمنية التي كان يعيشها أهل قرطبة في الأندلس وكذلك المغرب عانوا منها الكثير لوجود الخلاف في تعدد الآراء حيث بدأ بالتدريج خلال قرون متعددة، بالرغم من أن تظهر ثمرة الخلاف الفقهي بين الفقهاء

دائماً تؤدي إلى انتعاش الشريعة إلا إنه عند تطبيق ذلك على الواقع لإعطائه الحلول المتعددة قد يؤدي إلى تعارض الإجهادات.

الأمر الذي جعل فقهاء الأندلس والمغرب أسسوا ضوابط للترجيح بين تلك الأقوال المتعددة، فاعتماداً على تلك الضوابط وصولاً إلى رأي راجح واحد أوجبوا عليه القضاة والمفتين العمل به

مما أدى إلى إضطرار أهل قرطبة الأشرطاط على القضاة من أجل الخروج من الخلاف، وتوحيد الأحكام أن يحكم القاضي بقول ابن القاسم وما عليه أهل الإقليم، وقد أقتدى بذلك أهل المغرب، فكانت ظهائر تولية القضاة تنص على أنه يجب الحكم بالمشهور أو المعمول به.

وكذلك محاولة إعادة النظر في الإتجاه القائل بالأخذ بشهادة اللفيف كأحدي تطبيقات نظرية بما جرى به العمل عند الفقه المالكي في مجال وسائل الإثبات لأن العمل بهذه الشهادة هو عملٌ بشهادة جامدة وصامته تفتقر لضمانات الصدق والوضوح وكذلك يصعب الأخذ به في العصور الحديثة بالرغم من تطبيقها بصورة او باخرى وبالتالي يصعب بناء حكم جديد على سابقة قضائية اعتمد فيها القاضي على شهادة اللفيف وهذا ما سيتبين لنا في الآتي ذكره.

## الفرع الثاني

### نموذج تطبيقياً لنظرية ما جرى به العمل عند الفقه المالكي

#### شهادة اللفيف ١

#### ومدى اعتماد بناء الحكم عليهما كسابقة قضائية في العصور الحديثة

جاء في المعجم الوسيط الشهادة: أن يخبر بما رأى والشهادة أن يقر بما علم والشهادة البينة (في القضاء) هي أقوال الشهود أمام جهة قضائية

---

(1) درس من الدروس الحسنية ألقاه الدكتور عبد الكريم العلوي المدغري سنة ١٤١٧هـ الموافق ل ١٩٩٦- تحت عنوان: ما جرى به العمل نموذج من تراثنا.

وبالتالي فالمقصود بشهادة اللّيف تلك الشهادة التي إجتمعت للإدلاء بها جملة من الشهود، بعضهم عدلٌ وبعضهم غير ذلك. وهذه الجماعة من الشهود "التفت" حول الواقعة للشهادة ولهذا سميت بهذا الاسم أي بشهادة اللّيف.<sup>١</sup>

ولبيان مدى تطبيق السابقة القضائية على أساس ماجرى عليه العمل المتمثل في نموذج شهادة اللّيف كان علينا دراسة وفهم وجهات النظر حول شهادة اللّيف وهل يمكن الإعتماد على سابقة بني الحكم فيها على هذه الشهادة بإعتبار على ما جرى عليه العمل وقياس الأحكام في القضايا الأخرى عليه بإعتباره سابقة هذا ما سيتضح من اللاتي ذكره باذن الله

### حجية شهادة اللّيف في الفقه الإسلامي

إن شهادة اللّيف استمدت حجيتها من قول الله تعالى وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء) تعتبر شهادة اللّيف وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية وهي البيينة وتحتل المرتبة الثالثة من طرق الإثبات هذا كما جاء في الفصل ٤٠٤ من قانون الألتزامات والعقود المغربي<sup>٢</sup>.

وهذه الحجية استمدت ضمن وسائل الإثبات في القضاء المغربي من كونها وسيلة قررها الأجتهد الفقهي المالكي منذ القرن الثامن الهجري تقريبا، وجرى عليها العمل إلى الآن وفي هذا الصدد ينقل بعض شراح لامية الزقاق عن سيدي العربي الفاسي قوله: " وقد جرى العمل باللّيف فيما أدركنا، قبل الألف ولا أدري متى حدث ذلك"<sup>٣</sup>.

ولكن وجود العدول لايتفق دائما، فقد تحدث للناس قضايا ومشاكل لا يتأتى حضور العدول فيها وقت الاشهاد، ويضطرون إلى طلب الشهادة ممن أتفق

(1) عبد العلي العبودي، سماع دعوى الزوجية بصفة استثنائية، مجلة الملحق القضائي، العدد: ٢٦ ، مايو ١٩٩٣ . ص: ٤١

(2) الفصل ٤٠٤ ق ل ع: " وسائل الأثبات التي يقررها القانون هي: ١- إقرار الخصم. ٢-الحجة الكتابية. ٣- شهادة الشهود. ٤- القرينة. ٥ - اليمين والنكول عنها.

(3) أحمد أمغار، شهادة اللّيف و اعتمادها كحجة إثبات، رابطة القضاة ، السنة : ٢٢ ، عدد: ١٧/١٦ ، مارس ١٩٨٦ ، ص ٢٠



حضورهم من الناس، ولو من العامة حكم وأصبحت شهادة اللفيف أو شهادة العامة مما جرى به العمل وإختلفت الآراء حول اعتبار شهادة اللفيف تطبيقاً لما جرى به العمل على الآتي: -

الرأي الأول: لقد وجهت الكثير من الإنتقادات لشهادة اللفيف فذهب تيار من الفقهاء إلى اعتبار اللفيف شهادة لا ترتبط بالشريعة في شيء، بل هي وليدة الضرورة لا غير على سبيل الإستثناء<sup>١</sup>.

حيث يروا أن شهادة غير العدول لا تجوز مطلقاً وكان قاضي قرطبة أبو عبد الله الهين الحاج رد ورفض شهادة خمسين رجلاً من عامة الناس، متمسكاً بالمشهور، وهو أن شهادة العوام لا تجوز كما أن قاضي فاس أبو الحسن الصغير سئل عن شهادة اللفيف، وقال: إنها لا أصل لها، ولا مستند لها، واقتصرهم على اثني عشر رجلاً في اللفيف لا يجوز، وحكى الفقيه سيدي العربي الفاسي أن الأشياخ الكبار من القضاء والعلماء كلهم على شهادة العامة بلغت ما بلغت في العدد.

الرأي الثاني: جواز شهادة اللفيف، وحجتهم وقد ورد في الحديث الشريف ما يلي: " إنكم لتختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أحقّ بحجته عن بعض فمن قضيتُ له بحق أخيه شيئاً بقوله فأنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها"<sup>٢</sup>. تعتبر شهادة اللفيف وسيلة من وسائل الإثبات، إذ أنها تعتبر بينة شرعية. وبالتالي فهي تدرج في المرتبة الثالثة من طرق الإثبات حسبما هو وارد في الفصل ٤٠٤ من قانون الإلتزامات والعقود المغربي<sup>٣</sup>

(1) محمد الربيعي، موقف الفقه و القضاء من اللفيقيات قديماً و حديثاً، الإشعاع، العدد: ١٥، السنة التاسعة، يناير ١٩٩٧، ص: ١١١

(٢) أخرجه البخاري (١٦٢ / ٣) ومسلم (١٢٩ / ٥) والنسائي (٣٠٧ / ٢) والترمذي (٢٥٠ / ١) - (٢٥١) و صححه ابن ماجه (٥١ / ٢) و الطحاوي في " شرح المعاني " ( ٢٨٢ / ٢ ) و أحمد ( ٢٩٠ / ٦ - ٢٩١ ، ٣٠٧ ) و أبو يعلى - أحاديث الأحكام - عبد الله بن محمد بن أبي شيبة - كتاب البيوع والأقضية - ما لا يحله قضاء القاضي دار الفكر - سنة النشر: ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م رقم الطبعة: - عدد الأجزاء ثمانية أجزاء

<sup>3</sup> " الفصل ٤٠٤ ق ل ع : " وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي : ١ - إقرار الخصم . ٢ - الحجة الكتابية . ٣ - شهادة الشهود . ٤ - القرينة . ٥ - اليمين والنكول عنها

كما رأى أصحاب هذا الرأي انه من خلالها يتم الحفاظ على حقوق الناس الماليّة والغير الماليّة وأن لم نلجأ إلى شهادة اللفيّف، لما وقع بيع ولا شراء، ولا تعامل بين الناس إلا إذا حضر العدول، والعدول لا يحضرون على الدوام في الوقت المطلوب، ولتضرر الناس ضرراً كبيراً لصاعت حقوق ووقعت مفسدة كبيرة لذلك رجع العلماء عن هذا القول المشهور وأفتوا بجوازها، وأخذوا بها حتى في باب النكاح وثبوت الزوجية، كما أنهم أفتوا أن السارق يؤخذ بشهادة من رآه من النساء والصبيان والرعاة وكل من أتفق لهم رؤيته.

كما أنهم قالوا بأنه في الأمور التي وقع في الأماكن التي يبعد أو يستحيل فيها حضور العدول، كالملاهي مثلاً، يؤخذ فيها بشهادة بعض الحاضرين على بعض بدون مراعاة عدالة أو غيرها وأشترطوا<sup>١</sup> أصحاب الرأي المؤيد أن "الذي يجب في هذا الزمن أنه لا يقضي بشهادة بينة اللفيّف إلا بعد الإستفسار حضر الشهود أو غابوا قربت غيبتهم أو بعدت إذ كثيراً ما ينكر الواحد منهم الشهادة رأساً أو يقول خلاف ما قاله أولاً<sup>٢</sup> وهكذا رجع العلماء عن القول المشهور الراجح، وعملوا بالقول الضعيف وهو شهادة العامة، وأستمر العمل على ذلك في القضاء وأصبحت شهادة اللفيّف أو شهادة العامة مما جرى به العمل

الرأى الراجح لدينا هو رأى وسط بين الفريقين السابقين حيث أننا لو سلمنا جدلاً بالرأى الأول بعدم إجازات شهادة غير العدول مطلقاً لوقف هذا ضد الحاجة أو المصلحة في بعض الأحيان للأفراد بالرغم من أنني أتفق معهم في عدم ارتباط شهادة اللفيّف بالشريعة، بل هي وليدة الضرورة لا غير على سبيل الأستثناء

---

(1) أ) أن يكون أفراد الشهادة من الرجال. وقد رأى بعض الفقهاء بالاقتران على اثني عشر رجلاً في عدد اللفيّف. وأفتوا في أن اللفيّف من النساء ولو بلغ عددهن المائة لا يقضى به.

ب) سلامة الشهود من أسباب التجريح.

ج) و ينبغي في الشهود أن لا يكونوا من مقربي المشهود له أو من أعدائه .

د) تحليف شهود اللفيّف.

(2) محمد الربيعي ، موقف الفقه و القضاء من اللفيّيات قديماً و حديثاً ، الإشعاع ، العدد: ١٥، السنة التاسعة ،

يناير ١٩٩٧ ، ص : ١٠٧

أما بالنسبة للرأى الثاني أتفق معهم في الأخذ بها ولكن ليس على سبيل وضعها في مرتبة وسائل الإثبات ولكن فقط كقرينة أى للتتوير والإسترشاد القاضى فقط ولكن لا تغلوا أن تصل الى الشهادة والحجة المقصود بها في الحديث النبوى الشريف هي شهادة العدل وليس شهادة العامة والدليل على ذلك عدم منطقية الشروط التى وضعوها في الشاهد ومنها عل سبيل المثال عدم الإعتداد بشهادة النساء مطلقا كيف والشرع وضع نظام محكم للشهادة وهى شهادة رجل أمام شهادة امرأتين وكذلك ما المعيار أن كان الشاهد من أعداء أو غير هذا سيدخلنا في دائرة الشك والريبة بين أطراف الدعوى

أما بالنسبة قياسهم لشهادة اللفيف على القول الضعيف الذى جرى العمل به الفقه المالكى مقابل القول المشهور الراجح، وعملا بالقول الضعيف فهو قياسا مع الفارق القول الضعيف الذى قصده الفقه المالكى لا يدور بين الشك والريبة ولا يوجد مجرد احتمال لتواجدهم مثل المحتمل وجوده في شهادة العامة، ولهذا كانا لازاما علينا عدم اعتبار شهادة اللفيف أو شهادة العامة مما جرى به العمل في القضاء وبالرغم من أنني لست بصدد ترجيح أحد الرأيين ولكن أردت التعرض إليه حتى ألقى الضوء على إننا لو أتبعنا أحد الرأيين حول مدى تطبيق شهادة اللفيف في قضية معروضة أماما القاضى وبني الحكم عليها وأعتبر هذا الحكم سابقة لما بعده لأصبحت الأحكام تبنى على أساس الأعراف وعلى ماجرى عليه العمل مثل شهادة العامة وعملا فيها بالقول الضعيف الذى قد يغير خصائص الحكم و يخلق مجالا من الشك والريبة

### حجية شهادة اللفيف في القانون والقضاء

إختلف المجلس الأعلى في هذا الشأن مما أدى إلى ظهور الإضطراب في موقفه من شهادة اللفيف ففي القرار عدد: ٢٢٤ والصادر بتاريخ: ١١ يونيو ١٩٧٤ ورد الآتي: -

"إن الشهادة اللفيفة تعتبر قرينة فعلية تخضع في تقدير قيمتها كوسيلة للإثبات لقضاة الموضوع في نطاق سلطتهم التقديرية "

نلاحظ أن المجلس الأعلى في قرار ٢٢٤ والصادر بتاريخ ١١ يونيو ١٩٧٤ اعتبر الليف قرينة فعلية ووضع الليف ضمن وسائل الإثبات لا يجوز ولا يصح لأن الليف مؤسسة فقهية مستقلة، لها قواعدها الخاصة. لذا الرأي الذي يجعل الليف قرينة فعلية لا شهادة يعد صحيحا لدينا إذا ما كان لدا المشهود له وسيلة إثبات ضعيفة ثم دعمها بليف لم تكتمل شروطه التي تجعل منه شهادة عادية فضلا عن أن يكون شهادة بمفهوم الفقه المالكي، ومعلوم أن القرينة تساوي الشهادة في إثبات الالتزامات التي نقل قيمتها أو مبلغها عن عشرة آلاف درهم، وينبغي في حالة كون شهادة الليف مجرد قرينة أن تعتبر قرينة بسيطة تقبل الدحض بالبينة المعاكسة. ثم إن اعتبار الليف قرينة له سند فقهي عند الفقهاء المالكية ١.

وفي القرار عدد ٥٢٩ الصادر بتاريخ: ٢١ سبتمبر ١٩٧٧ نجد أن المجلس الأعلى اعتبر الليف مجرد لائحة شهود وبالتالي فهو موقف جرد الليف، نوعا ما، من قوته الإثباتية لذا الرأي الذي اعتبر الليف مجرد لائحة شهود أو شهادة شهود يتوجب إخضاعها للسلطة التقديرية للقاضي يعد صحيحا إذا انعدمت القرائن التي تسند شهادة الليف المكتملة الشروط، لأن الليف الذي يجري عليه العمل حاليا هو الصنف الثاني الذي ظهر مع المتأخرين، وهو لا يفيد العلم المتواتر القطعي كما يفيد الليف بمفهوم الصنف الأول الذي ظهر مع المتقدمين؛ بل يفيد ظنا قريبا من العلم وهو يوجب أن تحتف به القرائن القوية حتى يفيد الجزم، وعليه فوجب في الليف بمفهومه الحالي إن نقصت أو إختلت شروطه أن يعد مجرد شهادة شهود تطبق عليها قواعد المسطرة المدنية. فالمسألة لا تعدو أن تكون إنزالا لشهادة الليف من مرتبتها الأصلية التي لا تتوفر إلا بتحقق كل شروطها مع وجود قرائن قوية

<sup>11</sup> - انظر: عبد السلام العسري، شهادة الشهود في القضاء الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه من دار الحديث الحسنية بالرباط، دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، ص ٧١٠.

تسندها إلى مرتبة ثانية هي مرتبة الشهادة العادية؛ ولا عبرة بعد ذلك بالاسم الذي أعطي لها فلا مشاحة في الإسم.

وفي القرار عدد ٨٠٩ بتاريخ ٢٥-١٩٨٢ إعتبر اللفيف ورقة رسمية من حيث الشكل ومرد شهادة من حيث المضمون. وبالتالي يكون قد أدخل اللفيف ضمن وسائل الإثبات يفهم من القرار السابق أن الإجتهد القضائي الذي ذهب إلى إعتبر اللفيف شهادة رسمية من حيث الشكل وشهادة من حيث الموضوع؛ لولا أنه لم يحدد طبيعة هذه الشهادة، والراجح أنه يشير إلى شهادة الشهود التي تتناولها السلطة التقديرية للقاضي وليس إلى الشهادة كما عرفها الفقه المالكي الذي يفرض الحكم بموجبها على القاضي.

والواقع أن هذا الرأي يمكن توجيهه بأن القاضي له سلطة تقديرية على الشهادة فهو يتحقق من شروطها وفق ما يراه فقهاء المالكية فإن إستوفت شروط شهادة اللفيف وأحاطت بها القرائن القوية فهو يحكم بها حتما ولا سبيل إلى إبعادها بدون موجب، وسلطته التقديرية عليها إنما هي في التحقق بكل الطرق والسبل من توفر الشروط فيها ومن القرائن الواجب أن تحفها.

ثم بعد ذلك إن ظهر للقاضي أن القرائن غير موجودة مع أن الشروط متوفرة، فهو يعتبر شهادة اللفيف مجرد شهادة عامة يسري عليها قانون المسطرة المدنية مع التقيد بما سبق أن قلناه في مسألة إعادة استدعاء الشهود وتحليفهم<sup>10</sup>، وإن لم تتوفر حتى الشروط أو اختلت أو نقصت فعندئذ تنزل الشهادة إلى مرتبة القرينة.

والملاحظ في كل ما سبق أن السلطة التقديرية تكون حاضرة من البداية، فحتى لو اعتبرت الشهادة شهادة لفيف فعلا فالسلطة التقديرية للقاضي هي التي تجعله يكيفها كذلك؛ وهذه السلطة تنصب على التأكد من الشروط ورؤية القرائن. وإذا ما اعتبر القاضي بمقتضى سلطته التقديرية الأولى أن شهادة اللفيف نزلت إلى مرتبة

<sup>10</sup> - وحتى الاجتهادات القضائية التي جعلت اللفيف مجرد شهادة شهود، لم يرد فيها - بحسب علمنا - ما يوجب إعادة استدعاء الشهود.

الشهادة العادية أو إلى مرتبة القرينة الفعلية فهو في هذه المرة أيضا يملك سلطة تقديرية في الأخذ بها أو إعادها.

غير أنه إذا ما اعتبر القاضي أن الشهادة هي فعلا شهادة لفيف فهو لا ينظر بعد ذلك إلى أنها أنجزت في قضية يقل مبلغ الالتزام فيها عن عشرة آلاف درهم، لأن هذا الشرط غير منظور إليه من الناحية الفقهية الشرعية. هذا مع العلم أن جل شهادات اللفيف خاصة في الأموال لا يتصور فيها بحسب ما ندعو إليه من تنظيم في مسألة اللفيف أن تقل عن القيمة التي يستوجبها القانون<sup>1</sup>.

وفي القرار ٣٥٤ الصادر بتاريخ ٢١ مارس ١٩٨٧ ما يلي: "شهادة اللفيف التي يتلقاها العدول نيابة عن القاضي وتسجل عليه هي بمثابة شهادة العدول في إثبات الحقوق وليست مجرد لائحة شهود". وفي هذا الشأن نتذكر ما ذكره سيدي العربي الفاسي<sup>٢</sup>، حيث أشار إلى أن ابن رشد كان يعتبر اللفيف مجرد جمع يُسهل على القاضي اختيار الشهود، فإن وجد فيهم من يزكى ألغى الزائد، وإن لم يجد أحداً ألغى الجميع<sup>٣</sup>. وهو الموقف الذي عمل به المجلس الأعلى في القرار ٥٢٩ السابق ذكره

ونرى أن شهادة اللفيف لم تحظى بحسن إعمال قواعد الفقه المالكي، ولا قواعد القانون الوضعي، وإن ترددها بين هذين المصدرين في غير دراسة أدى إلى اضطراب العمل القضائي وارتباكها، كما سبق وأن وضحنا من خلال أختلاف المجلس الأعلى في هذا الشأن الراجح لدينا في ظل فساد الذمم وضعف الوازع الديني أستغل أصحاب السوء هذا الإضطراب في العمل القضائي في نظرته

[6]1- ذلك أننا ندعو إلى أن تقتصر شهادة اللفيف على الأموال أو الأحوال العينية، وبعض مسائل الأحوال الشخصية مما جرى به العمل، دون أن تشمل الجانب الزجري؛ ومعلوم أن الأحوال الشخصية لا حديث فيها عن القيمة، وأن مسائل الأموال منها ما يندرج فيما لا تهم فيه القيمة كالوقائع في مجال العقار، ومنها ما ينبغي أن يخرج - بحسب الأصل - من مجال اللفيف لأنه تتجزأ فيه وثائق أصلية لا استرعائية، والوثائق الأصلية يصلح فيها أن نتحدث عن القيمة. ومنها ما يندرج في وقائع غير مضطربة أي حدثت مرة واحدة فهذه الوقائع لا نرى أن ينجز بشأنها اللفيف، وإن أنجز خطأ - فهو مجرد شهادة شهود لا حجية لها فيما دون مبلغ العشرة آلاف درهم.

(١١٢) حمد الربيعي، موقف الفقه والقضاء من اللفيفيات قديماً وحديثاً، الإشعاع، العدد: ١٥، السنة التاسعة، يناير ١٩٩٧، ص ١١٢: ٢

(3) محمد الربيعي، مرجع نفسه، ص ١١٢

للفيف، وعلاقته بالعدول، ومنهج التعامل مع ذلك لما رأوا من سهولة التزوير، واتخاذ ذلك زريعة لنقض الأحكام القضائية ومن الواضح أن الفقهاء و القضاة ، أخذوا بشهادة اللفيف بسبب الضرورة على سبيل الاستثناء مما أدى إلى ظهور المشاكل العملية بين الفقه والقانون

فبناء على التصنيف السابق لشهادة اللفيف فالقاضي يتعامل مع كل مرتبة بحسب ما يناسب؛ وله مطلق الصلاحية في أن يقدر مدى توفرها على الشروط؛ وليس المقصود بالشروط تلك الشروط الداخلية التي يسطرها القانون أو الفقه فقط؛ بل المقصود أيضا الشروط الخارجية التي ترتبط بكل نازلة على حدة. وهي شروط لها علاقة بالواقع أكثر من علاقتها بالقانون

وهذا يجعلنا نقول بأن القاضي يملك بهذا المعنى سلطة تقديرية على مطلق شهادات اللفيف كما يملكها على الشهادات العادية

و"دلالة" شهادة اللفيف، ظنية فكيف يبني حكم ويعتد به كسابقة قضائية على أساس دلالة ظنية، تفيد غلبة الظن بما شهد به شهودها<sup>1</sup>، وليست دلالة قطعية، ولأجل هذه الظنية كذلك قرر قواعد الجمع والترجيح بين البيئات عند التعارض، ومعلوم أن التعارض لا يكون في القطعيات وإنما في الظنيات

ومن هنا إشتراط الفقه الاستفسار<sup>2</sup>، ورهن أعمال اللفيف به قطعا لما يعتريه من إجمال، ويتطرق إليه من إحتمال باعتباره شهادة ممن لا تتوفر فيه العدالة ولا يعرف ما تصح به الشهادة

لذلك نرى إنه ينبغي إعادة النظر في الإتجاه القائل بالأخذ بشهادة اللفيف ، لأن العمل بهذه الشهادة هو عملٌ بشهادة جامدة و

<sup>10</sup> - هذا ينطبق على اللفيف المعروف عند المتأخرين الذي أجازته الضرورة؛ أما المعروف عند المتقدمين فقد كان من باب التواتر المؤدي للعلم القطعي إن توفرت شروطه. لكن حتى اللفيف التواتري وجد بشأنه من الفقهاء كالفراfi-من يقول بأنه هو الآخر لا يفيد العلم القطعي إلا إذا أحاطته قرائن قوية.

- انظر: العسري، شهادة الشهود، م س، ٧١٣/٢.  
<sup>21</sup> - ليس كل الفقه اشتراط الاستفسار، والذين اشتراطوه فمنهم من لم يشترطه في كل القضايا، وسيأتي بيان ذلك في مقال لاحق - إن شاء الله-.

صامتة ، تفتقر لضمانات الصدق و الوضوح بالإضافة الى إنها ظنية دلالة تفيد  
غلبة الظن بما شهد به شهودها، وليست دلالة قطعية،

والخلاصة هناك أوجه شبه بين ما جرى عليه العمل والسوابق القضائية  
فالأولى ذو صلة وثيقة بالسوابق القضائية ويظهر ذلك في أن السوابق ما هي إلا  
أحكام جرى عليها العمل في المحاكم إلا أننا نستطيع أن نلتمس بينهما فرقا جوهريا  
يتمثل في ان ما عليه العمل اعم إذ أنه يشمل ما عليه العمل في الاحكام القضائية  
وفى الإجراءات الشكلية المتبعة عند التداعي أما السوابق القضائية فهي أخص إذا  
هي ما جرى عليه العمل في حكم من الأحكام القضائية.

نجد أن الاخذ بما جرى به العمل كانت له عيوبه بالرغم من أنه إثراء فقهي  
وفكري كما أوضحنا في تطبيق شهادة اللفيف في عصرنا اليوم ، وهذا مؤشر قوى  
على أن هذه العيوب قد تمتد إلى السوابق القضائية والدليل على ذلك تراجع الفقه  
الانجلوسكسونى من خلال ما أقره مجلس اللوردات الأعلى عن إلزامية القاضي  
بالأخذ بالسابقة القضائية ويزيد على ذلك مطالبة أهل قرطبة من القضاة من أجل  
الخروج من الخلاف، وتوحيد الأحكام كما سيرد ذكره أن يحكم القاضي بقول ابن  
القاسم وأخذ شهادة اللفيف كقرينة لا تعلوا الى درجة الشهادة كإحدى تطبيقات نظرية  
ما جرى عليه العمل التي لم تحظى بحسن إعمال قواعد الفقه المالكي، ولا قواعد  
القانون الوضعي، مما أدى إلى اضطراب العمل القضائي وأرتباكه، كما سبق وان  
وضحنا

وستتبلور المشكلة عند تعدد الأحكام بتعدد النوازل وقتئذ لن نستفيد من شرط  
معرفة محلية جريان العمل عاما كان أو خاصا من البلدان، الأمر الذي سيحتم علينا  
فيما بعد إلى توحيد أحكام جديدة قد تكون صالحة اليوم لحادثة في زمن معين وغير  
صاحة في زمن اخر لنفس الحادثة وبالطبع سيؤدى هذا كله الى التشويش في  
المرجعية الشرعية والقانونية.

القول الذي يرى أن ما جرى به العمل يجب إحترامه والعمل به مالم يكن  
طبق إستثناء، وأما السابقة فيستأنس بها ولا تلزم. نرى أنه الراجح لدينا لأن الإثنين



لا يعلو معاً إلى مرتبة النص والتقنين ولكن يمكن ان تكون هناك حالات فردية غير معمة على صورة إجتهاد فردي كان ينبغي مثلاً ان يقول القاضي لخلو النص ....

### المبحث الثالث

#### حجية السوابق القضائية

#### المطلب الأول

#### حجية السوابق القضائية وإلزاميتها في القوانين الغربية

#### مقدمة

تتباين حجية القوانين الغربية حول مدى اعتبارها للسوابق القضائية إلى حد التضاد، وتنتمي جميع القوانين المعاصرة إما إلى القوانين الأنجلوسكسونية التي تحتل السوابق القضائية مصدر من مصادر القانون الأساسية الملزمة لها للأسباب السالف ذكرها، وإما إلى القوانين اللاتينية التي لا تنظر لها إلا على سبيل الإسترشاد والتتوير ولا تلتزم بها حيث يقوم نظام القانون الإنجليزي على السوابق القضائية وذلك لخلو تشريعه من قانون مكتوب بشكل حر.

ولكن حدث هناك تطورات في ٢٦/ يوليو ١٩٦٦ حيث عقد في هذا التاريخ مجلس اللوردات في إنجلترا بشكل رسمي انه يجوز للقاضي إا يلتزم بتطبيق بالسوابق وانه بإمكانه ان يعدل عنها إذا ما وجد ما هو ملائم ان لا يضع السوابق وأخذ ذلك من الفقه الإسلامي وهناك دراسات بأن الشريعة كان لها دور في تطوير القانون الإنجليزي<sup>١</sup>.

وهذا التباين أدى إلى آثار ترتبت على مفهوم الأخذ بالسوابق القضائية بين النظامين المفهوم الأنجلوسكسوني واللاتيني والتي تتجسد عند قيام محاكم دُولِيَّة مختلطة، مثل محاكم الأتحاد الأوربي ومجلس أوروبا، حيث وجد القضاة الفرنسيين أنفسهم أمام الخلاف في حيثيات صياغة قراراتهم مع زملائهم القضاء الإنجليزي<sup>٢</sup>.

تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية. د/ محمد صبري السعدي. الطبعة الأولى / ١٣٩٩ هـ. دار

النهضة العربية<sup>١</sup>.

أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة. د/ عبد العزيز العلي النعيم. الطبعة الأولى<sup>٢</sup>.

وحتى المحامون الإنجليز بمفاهيمهم وأعرافهم القانونية مختلفة عن القضاة اللاتينيين. ومن ثم الأحكام القضائية بحد ذاتها، عند الوقوف امام النقل والمغالطة الفقهية، وترجمة عرائض المطالعات، في المحاكم والمشكلة تبلورت في أختلاف ترجمة المصطلح القانوني common law مما أثر إختلافا كبيرا في تفسيره ففي الفقه القانون العربي فلقد كان لاختلاف تفسير أسم مصطلح common law كترجمة حرفية لذلك فمنهم من أستعمل مصطلح القانون العادي كترجمة لمصطلح common law ومنهم من أستعمل مصطلح نظام القانون الأنجلو أمريكي ومنهم من أستعمل مصطلح القانون العام

وذلك في مقابل القانون المدني Civil Law بداية لاحظنا تعدد المعاني المرتبطة بهذا المصطلح الإنجليزي ويبدو أن الفقهاء الانجليز أنفسهم قد أعلنوا حيرتهم في الأختيار بين هذه المعاني وعلى هذا يشير معظم الفقهاء الذين تعرضوا لكتابة النظم القانونية الأنجلوسكسوني باللغة الفرنسية إلى هذه الصعوبة<sup>1</sup>.

ففي النظام الإنجليزي القاضي مقيد بالسوابق القضائية إذا وجدت فهو لا يستطيع أن يتجاهل ما قرره السابقون حول تفسير التشريع لذلك إذا كان البرلمان اسمى من المحاكم فإنه يرجع إلى قضاة مجلس اللوردات في إنجلترا وللمحاكم العليا تحديد تفسير التشريعات وإذا كان لا يوجد بين القانون المكتوب من ناحية ومجموعة الأحكام القضائية من ناحية أخرى تنافس أو وجود مشترك في ظل النظام اللاتيني فإن النظام الأنجلوأمريكي يعترف بهذا الوجود المشترك وهذا التنافس بين التشريع والقضاء فالقواعد القانونية تكمن في هذا الوجود المشترك وفي هذا التنافس

---

(مقدمة دراسة علم الأنظمة ج ١-٢. د/ محمد الهوشان، ود/ فخري أبو سيف. الطبعة الأولى / ١٣٩٥ هـ<sup>1</sup>.  
2) انظر . III. Encyclopedie Dalloz , Civ . Boulanger, Jurisprudence, in :

## الفرع الأول

### حجية السوابق القضائية في القضاء الأنجلوأمريكي

تحكم قاعدة السابقة كل ما يتعلق بتفسير التشريعات فالنصوص التشريعية في النظام الأنجلو أمريكي ما هي إلا نقاط بداية<sup>١</sup>.

حيث يتخذ المنهج القضائي الأمريكي شكلين هما: المنهج الإستنتاجي Deductive والإستقرائي inductive والمنهج الإستنتاجي يستعمله على وجه الخصوص المحامون وقضاة محاكم الدرجة الأولى لأنه يجب عليهم تطبيق القانون أما المنهج الإستقرائي فيستعمله قضاة المحاكم الدرجة الأولى في حالة ضرورة خلق سوابق قضائية جديدة ويتم ذلك عن طريق قواعد التفسير في مناهجهم ومنها: -

أولاً: المعرفة القضائية أي الافتراضات التي لا تحتاج لدليل<sup>٢</sup>  
ثانياً: الحيل القانونية<sup>٣</sup> أي الإجراء الذي يتكون من افتراض واقعة أو مركز مختلف عن الحقيقة حتى يمكن الوصول منه إلى بداية لنتائج قانونية<sup>٤</sup> من خلال القرائن والمبادئ التي هي مختصرات تمهد لإنهاء بعض المنازعات.

ثالثاً: تعتبر نظرية ما جرى عليه العمل في المحكمة القضائية من الأمور المقررة في النظام الأنجلوأمريكي على أن يكتسب قوة التشريع حتى ولو لم يكن قد تم تدوينه فليس من النادر أن يبدأ بعض القضاة عرضهم لأسباب الحكم بأستعمال لفظ مثل ما جرى عليه العمل في محكمتنا وعلى سبيل المثال كتحميل مصاريف الدعوى على الطرف الذي كسب القضية في الوقت الذي كان لا يسمح بمثل هذا النوع من الأدلة أو ما جرى عليه العمل في المحاكم الإنجليزية والكندية

(1) انظر J.A.Jolowicz, La Jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la regie du precedent, in Archiv. philos. Dr., T.30, 1985, p.105.

(2) انظر H.A. Hubbard, Le processus judiciaire du common law, op. c.

(3) انظر Maher et p.l. waller , derham , maham , waller , an introduction to law op. cit. p. 169

(4) J, baleyte, a. kurgansky, c. laroche et j. spindler, dictionnaire juridque, paris, editions de Navarre, 1977, p. 214

(5) حول معنى كلمة fiction اراجع Dictionnaire petit Robert

(6) انظر F. Maher et p.l. Waller ....op.cit. p.169.

وبالرغم من دور السابقة القضائية في مجال تفسير التشريع أي بمدى الأخذ بمبدأ السابقة بالنسبة للأحكام التي تحتوي تفسيراً لنص تشريعي إلا أن النظام الأنجلوأمريكي وضع أساساً للمنهج التقليدي في النظم الأنجلوأمريكية ومنه الاستثناءات الواردة على تطبيق قاعدة السابقة القضائية والسبب في وضع هذه الاستثناءات هو محاولة إيجاد نوع من التوازن الفعال بين الاستفادة من حكمة الماضي وخبراته واستبعاد عيوبه للتماشي مع الواقع العملي لذلك استطاعت محاكم القانون القضائي العام إعداد مجموعة من الاستثناءات وهي<sup>١</sup>:-

١. " الأحكام الصادرة بطريق الخطأ: "per incuriam" وهي الأحكام التي تصدر دون مراعاة تشريع أو سابقة واجبي التطبيق ولا تقيّد المحاكم الأخرى.

٢. أسبقية الميثاق الكندي للحقوق والحريات<sup>٢</sup> في حالة وجود تعارض بين المبدأ الموجود بالسابقة القضائية وبين المبدأ الذي يحميه الميثاق فإن المبدأ الذي يحميه الميثاق له الأولوية وبالتالي يستبعد المبدأ الموجود بالسابقة<sup>٣</sup>.

٣. حرية الشخص إذا كان هناك مبدأ قانونياً آخر أصلح للمتهم يؤخذ به وتترك السابقة<sup>٤</sup>.

٤. المحاكم والإدارية والمحكمون<sup>٥</sup> على العكس من المحاكم القانون القضائي العام فهي أقل شكلية من إجراءات محاكم القضائية لأنها تهتم وتشجع السرعة والفاعلية في الجلسات.

---

(1) المرجع السابق ص ١٠٢  
(2) الذي صدر في عام ١٩٨٢ واصبح التشريع الاعلى للبلاد وقد انعكس ذلك على قيمة المبادئ القانونية التي يحتويها فقد اصبحت هذه المبادئ اسمى من كل المبادئ الموجودة داخل البلاد بما فيها السوابق القضائية .

(3) J.J. Eisenhower, four theories of precedent and its role in judicial decisions, (1988) 61 temp. L.Rev. 871: j. Evans, change in the doctrine of precedent during the nineteenth century, in: I. Goldstein.

Dir., precedent in law, oxford, Clarendon press, 1987, pp. 35 ets.

(4) راجع الحكم في قضية Reine ضد Mcinnis (1973), IO.R. (2E), 1, P.11, 13C.C.C.(2E) 225(C.A.).

(5) هي جهات قضائية انشئت للفصل في المسائل تدخل في نطاق مجال القانون الخاص يتم تنظيمه عن طريق الدولة فهي تتشكل عادة من خبراء

٥. تعديل أو إلغاء قاعدة السابقة يمكن أيضا ان نقيم الدليل على أن السابقة قد تم الغاؤها عن طريق صدور قرار من محكمة أعلى أو عن طريق استبدالها بتعديل تشريعي فالقانون القضائي العام يتم تغييره من وقت الى اخر وحينئذ يتم استبعادها من مجال التطبيق.

٦. الإستناد إلى مبدأ عام بدلاً من الإستناد إلى سابقة وذلك من أجل تطبيق مبدأ قانونيا عام فمبدأ القانون أكثر إتساعا ويمكن أن يتم الادعاء به بنجاح لإستبعاد تطبيق السابقة خصوصا حينما نكون امام سوابق متناقضة. وأخيراً فإن حجية السابقة القضائية ليست مطلقة ففي مواقف معينة قد تواجه المحكمة قضية لا تستطيع فيها ان تصدر حكما عادلا وفي ذات الوقت متفقا مع المبادئ المقررة بالسوابق القضائية ومن ناحية ثالث فقد لا تكون المحكمة راغبة في إتباع السابقة فقد يكون الحكم السابق قد جانبه الصواب عند صدوره وقد يكون قديما جدا بحيث لا يكون ملائما في الظروف الجديدة ففي هذه الحالات وحينما لا ترغب المحكمة في تعديل مبدا موجود بصورة صريحة فأنها تلجا إلى تقنية بالتمييز بين السابقة والدعوى محل النظر<sup>١</sup>.

نرى مما سبق أن الاستثناءات الواردة على تطبيق قاعدة السابقة القضائية لدي الفقه الأنجلو امريكي اكبر دليل على ضعف مركز السابقة القضائية برغم من أهميتها عندهم وهذا يرجع الى أمور كثيرة ومنها أسباب وجودها أو نشأتها كما سبق و أن ذكرنا وكذلك توافر عامل المصلحة وغير ذلك من أسباب ولكن نحن الآن لسنا بصدد ذكر هذه الأسباب ولكن الذي نريد ان ننوه له هو إبراز سمو التشريع عن السابقة ظهر في عدم استقرار السابقة القضائية ومحاولة الهروب من تطبيقها في الأمور التي ذكرناها سلفا من خلال الاستثناءات الواردة على تطبيقها بحجة المنهج التقليدي أو حكم صادر بطريق الخطأ او الحرية الشخصية أو تطبيق ما ورد في الميثاق الكندي ..... أي أنه في النهاية سمو التشريع عن السابقة لا غنى عنه

---

(1) B Dickson, the Role and function of judges, 1980, 14 l. soc. Gaz. 138, p. 182.

وخاصة أن التشريع يمكن له أن يعدل أو يضاف عليه حسب الضرورة والمقتضيات وبالتالي نهرب من الجمود ولا نضع كافة الحكم القضائي على هاوية السابقة للأسباب السالفة الذكر.

## الفرع الثاني

### حجية السوابق القضائية في القوانين الأنجلوسكسونية

تكمن حجية السوابق القضائية في هذا النظام القانوني في منطوق نص الحكم القضائي الذي ينصب مباشرة على الوقائع القانونية للقضايا حيث تحتل السوابق القضائية المرتبة الأولى في القوانين الأنجلوسكسونية ومن ثم تعد أهم المصادر الرسمية للقضاء ومن هنا يقوم القانون الأنجلوسكسوني على مفهوم أن القاضي يصنع القانون، حيث أن القانون بحد ذاته هو جملة من العرف القانوني والسوابق القضائية. ويؤكد ذلك رأى الفقيه الفرنسي رينيه دافيد Rene David فإن الأساس الذي بني عليه الفقه التقليدي الأنجلوسكسوني هو عدم إعتبره للتشريع وعدم النظر به بصورة مجردة بل إشرط للإعتداد به كقانون يتم القضاة تطبيقه ولكن القاعدة التي يحتويها التشريع سوف لا يسمح بها بصورة نهائية وسوف لا تمثل جزء من النظام القانوني الا بعد ان تكون قد طبقت بالفعل وتم تفسيرها عن طريق المحاكم عندئذ تصبح جزءا من النظام وذلك في الحدود التي رسمها التفسير القضائي لها<sup>1</sup> فالمشاكل التي تعرض على المحاكم لا يتم الفصل فيها مباشرة على اساس النص التشريعي وانما عن طريق تفسير التشريع ولذلك فان الأحكام المتضمنة للتفسير تمثل سوابق قضائية لا يمكن إنكارها .

فالنظام الإنجليزي مثلا في أساسه قانون قضائي إذ يتكون من مجموع السوابق أي القاعدة التي استخلصها في الحكم التي حكمت بها المحاكم الإنجليزية فيما عرض عليها من أفضية<sup>2</sup> Common Law

(1) انظر R David et C. Jauffret – Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains, 9eme ed. Op. cit., p. 432.  
<sup>2</sup> المدخل لدراسة القانون للدكتور خالد عبد الله عبد ص: ١٤٦ (بتصرف).

وكذلك النظام الأمريكي وريث القاضي مارشال القائم على فكرة "وجهة نظر المحكمة". حيث أن لكل قضية قاض مهمته تحقيق نص الحكم بناء على المداولة السابقة والخلاصة التي توصل لها الإجماع حول غاية الحكم النهائي لتنشأ بعد تدوين الحكم الخلافات الفقهية حول حيثيات الأسباب الموجبة للحكم نفسه<sup>1</sup> ولو دققنا النظر في النظام الأمريكي لنجد القضاء يمارس مهام الغرفة التشريعية الثالثة بعد النواب والأعيان لا محاله<sup>2</sup> بدعوى الحفاظ على الصالح العام المتمثل في المجتمع من تعسف السلطة التشريعية بمصالح الافراد<sup>3</sup> الشروط الواجب توافرها للاعتداد بحجية السوابق القضائية في القوانين الانجلوسكسونية

- أ-التزام المحاكم الادنى بقرارات المحاكم التي هي أعلى منها درجة<sup>4</sup>  
ب-التزام محكمة اللوردات ومحكمة الاستئناف باتتباع قراراتها الخاصة السابقة<sup>5</sup>

---

(1) القرار متعدد المفاهيم Plurality decision تقول البروفيسورة María Angeles Ahumada Ruiz هو " أي قرار، عدا القرار القاضي الخال من الاسباب. حيث ان المشكلة ليست في القرار نفسه، بل في الاسباب الموجبة، حيث نجد انفسنا امام شلال لا ينتهي من الاسباب والخلاف لا يكمن في القرار ولا نتائجها، وإنما في حيثيات وتعدد الاسباب الموجبة، حيث يكمن الخلاف لإتقائ الأغلبية حول أي من الاسباب نستخدم لنص الحكم. أي ان القرار لينخذ في حد ذاته، لكن الخلاف لينشب حول ماهية الاسباب الموجبة لدعم القرار نفسه". Ahumada Ruiz, María Angeles في دراسة حول قاعدة الاغلبية في صياغة الفقه الدستوري، المجلة الأسبانية للقانون الدستوري، العدد 58 لسنة 2000، صفحة 178.

(2) Georg JELLINEK في كتاب Verfassungsänderung und Verfassungswandlung المترجم للاسبانية من قبل Christian FÖSTER ، منشورات مركز الدراسات السياسية والدستورية الاسباني، مدريد 1991، صفحة 26؛ أنقل عن Ana Victoria SÁNCHEZ URRUTIA في مقالاتها لتغيير الدستور وسلطة الدستور الموضوعية، المجلة الاسبانية للقانون الدستوري سنة 2000، صفحة 112.

(3) GAUCHET, Mercel في كتاب ثورة السلطات La Révolution des Pouvoirs في باريس 1995 صفحة 46، منقول عن البروفيسور García de Enterría، في Jueces Democracia y Control de la Administración الموسوم "القضاة، الديمقراطية ومراقبة السلطات/ 134 و 133"، أنفأ، صفحة

<sup>4</sup> مدخل لدراسة القانون للدكتور خالد عبد الله عيد. ص: ١٤٧ (بتصرف) -  
<sup>5</sup> أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة للدكتور عبد العزيز العلي النعيم. ص: ١٢٩ - ١٣٠ (باختصار).

ج- إلزام السابقة القضائية يكون على أساس الناحية الموضوعية وليس الشكلية أي مضمون القرار وليس ألفاظه وصيغته، وإذا احتج بها فإنها تصلح لأن يسبب بها أيضا.

د- عدم شرعية الحكم المخالف للسابقة القضائية.

ويرى أصحاب النظام الأنجلوسكسوني ان السابقة القضائية لا تلغى بمرور الزمن الطويل عليها، وينقض أي حكم مخالف لها، ومع ذلك فإن السوابق القضائية القديمة جداً لا يمكن عملياً تطبيقها على الظروف الحادثة المستجدة، مالم تكن السوابق قد تعاقبت وتطورت تدريجياً مع الزمن. بالإضافة إلى أنهم وضعوا نظاماً للنشر حيث تجمع السوابق القضائية وتنتشر اليوم في مسلسلات خاصة بكل محكمة كمحكمة منصة الملكة، ومحكمة الإستئناف، ومحكمة مجلس اللوردات وغيرها من المحاكم المهمة<sup>1</sup>.

وهناك سؤال أود طرحه للفقهاء الأنجلوسكسوني وهو:

هل يمكن أن نعتبر الحكم القضائي<sup>2</sup>، الذي أختلف فيه الفقه القضائي في الرأي لينشئ سابقة قضائية يمكن أن نسمح برسوخها، وتراكمها، أو الإهتمام بها على المدد؟ نعتقد أنه من الصعب الإجابة على هذا السؤال من الناحية العملية حيث يصعب وجود معيار للأستناد بالسوابق عليه، والإنحياز لمفهوم رسوخ الفقه، لهو موضوع في غاية الخطورة على مر العصور حيث أن المحاكم صارت للحيلولة إلى سوابقها دون التبحر في حيثيات هذه السوابق إذا ما كانت ثابتة، متفق عليها، أو مغالطة، حيث أن قوة القرار القضائي في الأمر المقضي به لم تنتهي في الأمر المقضي به قط. فكيف يمكن الجزم بالاهتمام بالقرار القضائي المردود، المغالط، أو غير المتفق عليه وأستخدامه في قضايا أخرى مماثلة.

---

(1) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي . عبد السلام العسري. ص: ١٣٨-١٣٩. والسوابق القضائية، دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦ هـ للطالب / شيوخين بن محمد العبدلي. ص: ٤٤-٥٠. - مدخل لدراسة القانون. د/ خالد عبد الله عيد . دار الأمان -

(2) من العوامل المؤثرة في قيمة الحكم : عدد القضاة- أسباب راي القاضى المخالف لرأى الأغلبية - الأحكام الغير منشورة - أثر رفض اسمح الحكم باستئناف حكم - قدم عمر السابقة - الأحكام التشريعية -



ومما تجدر الإشارة إليه يخضع لهذا النظام كلا من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب أفريقيا والسودان وغيرها للأسباب التي سبق وأن أوضحنا ويعتبر القضاء في هذه الدول المصدر الرسمي للقاعدة القانونية.

### الفرع الثالث

#### حجية السوابق القضائية في القوانين اللاتينية

القوانين اللاتينية لا تلتزم بالسوابق القضائية، لإعتمادها على مبدأ الفصل بين السلطات<sup>1</sup> فلا يجمع القضاء بين مهمته الأصلية في فصل الخصومات والتشريع وقد نص القانون المدني الفرنسي على هذا المبدأ في المادة الخامسة<sup>2</sup> حيث منع القضاة من أن يضعوا مبدأً عاماً يطبق في القضايا المتماثلة وسبب هذا الاتجاه عائد إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي اعتبرته الثورة الفرنسية مبدأً أساسياً فلا يجوز للسلطة القضائية أن تتدخل بموجبه وتتجاوز في اختصاصها على اختصاص السلطة التشريعية<sup>3</sup> أو أن تعرقل عملها ومن أمثلة الدول التي تطبق النظام اللاتيني كما سبق وأن ذكرنا كلا من فرنسا وبلجيكا وإيطاليا واسبانيا وألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا ومصر ولبنان .

#### مركز السوابق القضائية في القوانين اللاتينية

تتحصر قيمة السابقة لدى الفقه اللاتيني في تفسير النصوص القانونية ويتبعها القاضي على سبيل الأسترشاد والتتوير، وليس معنى هذا أن تكون السوابق القضائية عديمة القيمة في تكوين القانون، فهي مصدر تفسيري لقواعده، بحيث يستأنس القاضي بالأحكام السابقة ويسترشد بها في اختيار الحلول فيما لا يجد له قاعدة قانونية منطبقة في أحد المصادر الشكلية عند الفصل في الدعاوى التي تعرض عليه، وكلما أطردت هذه الأحكام واستقرت على وجه معين كلما كانت لها قوة إقناع أكبر في نفسية القاضي؛.

<sup>1</sup> مدخل لدراسة القانون، الدكتور خالد عبد الله عيد. ص ١٤٦

<sup>2</sup> أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة للدكتور عبد العزيز العلي النعيم. ص ١٣١ (باختصار)

<sup>3</sup> [ نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي. عبد السلام العسري. ص: ١٤٠ ]

<sup>4</sup> أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة للدكتور عبد العزيز العلي النعيم. ص: ١٣٢ (بتصرف)

ومن حيث الواقع العملي تحترم المحاكم الأدنى السوابق القضائية الناتجة من المحاكم الأعلى، حيث تحرص على عدم مخالفتها وهذا يرجع الى مهمة المحاكم العليا في مراقبة تطبيق المحاكم للقاعدة القانونية، فتحرص المحاكم على أن تجيء أحكامها مطابقة لما أستقر من الأفضية السابقة تفادياً لنقض أحكامها وتتنصر مهمة القاضي في هذا النظام على تطبيق القانون فيما يرفع إليه من أفضية لا إيجاد قواعد قانونية.

فإن لم يجد في القانون شيئاً فإنه ينشئ الحل باجتهاده، ويقتصر أثر ما يصدره من أحكام على الدعوى التي فصل فيها ولا يتعداه إلى أي قضية أخرى ولو كانت مشابهة لها، كما أنه لا يلزم أي محكمة أخرى ولو كانت أدنى ممن أصدرت الحكم سابقاً، ويجدر الإشارة أن قضاة المحاكم العليا عادة يكونون ممن بلغوا مبلغاً متقدماً من التحصيل العلمي بالأحكام، والخبرة في تطبيقها على الوقائع، مما يغلب على الظن صواب أحكامهم فتطمئن النفس إلى الأخذ بها<sup>1</sup>.

ومما سبق يتضح أن السلطة التشريعية هي المصدر للأحكام في النظام اللاتيني فهي الوحيدة المخولة لإصدار القوانين مثل القانون الفرنسي ويرجع السبب في ذلك الى النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي. (Roman law) وهو (مجموعة القواعد القانونية التي ظهرت وطبقت في المجتمع الروماني منذ نشأة روما حتى صدور مجموعات جستنيان في القرن السادس الميلادي<sup>2</sup>، بالإضافة إلى أن

(1) نظرية الأخذ بما جرى به العمل للعسري<sup>١٣٥، ١٣٦</sup>

(2) انظر: صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م، ص٣، وانظر:

Cuq (E.) ; Manuel des institutions juridiques des romains, paris 1917, T.1, P.3 et SS. Girard (P.F.) , Manuel élémentaire de droit romain, 2 Ed. , paris, 1901, P.15 et SS. May (g.) , Eléments de droit romain, 18ed. , 1932, P.25et SS. Giffard (E.) , Droit romain, paris, 1932 P. 14. Brühl (L.) , Répétitions écrites de droit romain, paris, 1936, p.13 et SS. Huvelin (P.) , Cours élémentaire de droit romain 2ed. , 1929. p. 22 et SS. Monier (E.): Manuel de droit romain, 5ed. , t.1 P.15. Petit (E. , ) Traite élémentaire de droit romain, paris, 1909 ; P. 15. Gaudemt (g.) , Institution de l'antiquité, 1998, P. 79. Schmidlin (B.)&Cannata, Droit prive romain, t.2, Bruxelles, 1984, P. 15 et ss.

التقنين المدني الفرنسي يعتبر أهم التقنيات التي أدت إلى نشر النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي إلى العالم الحديث<sup>١</sup>.

والسبب في وجهة نظرنا في عدم الإعتماد على السوابق القضائية هو الغني التشريعي الذي صاحب هذه القوانين بأعتبار دورها الوسيط ولقد لعب القانون الفرنسي دوراً وسيطاً بين القانون الروماني والقوانين الحديثة، حيث أقتبس القانون الفرنسي القانون الروماني، وتم أقتباس القانون الفرنسي في العديد من الدول الحديثة. ولذا فيعدُّ القانون الروماني مصدراً تاريخياً لمعظم القوانين العالمية وخصوصاً القوانين المأخوذة من النظام القانوني الفرنسي، حيث إنه يشكل مصدراً تاريخياً للعديد من النظم القانونية الفرنسية.

ولقد عبّر البعض عن العلاقة الوثيقة بين القانون الروماني والقانون الفرنسي حيث قال<sup>٢</sup> بإعتباره أهم القوانين المكونة للنظام القانوني اللاتيني دوراً كبيراً في نشر القانون الروماني، وبالتالي النظام القانوني اللاتيني في العالم الحديث. وصار التشريع هو المصدر الأول والأساسي للقانون في فرنسا وفي الدول التي تتبنى النظام القانوني اللاتيني الفرنسي<sup>٣</sup>.

---

(1) نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، ١٨٠٤-٢٠٠٤م بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤م، ص٩٦.

(2) انظر:

Elliot (C.), Eric (J.), Vernon (C.): French legal system, Second edition, Longman, 2006, p.: Roman law played a crucial part in the historical development of the French legal system. Some parts of modern French law are indeed still based on it, especially contract law

(3) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص٤٠٣ وما بعدها / سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص٢٩٢ مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، ج١، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٨م، ص٢١٧.

## المطلب الثاني

### حجية السوابق القضائية، وإلزاميتها في التشريعات الإسلامية

بعد الدراسة تبين لنا أنه لا خلاف على اعتراف الشريعة الإسلامية بالسوابق القضائية ورجوع القاضي لها ما دام قد صح مأخذها وعلم أصلها وبيان تعييدها من مصادرها الشرعية وإلزامية الحكم كي يكون سابقة قضائية أن يكون مستنداً إلى الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس المجمع عليه، شريطة أن يكون الإلزام مستمد من النص لا من حكم القاضي في استخراج المصدر الشرعي وهذا ما توصلت إليه في حكم نسب الطفل المتولد من إيجار الرحم وتم تطبيقه بالفعل من خلال مؤلفنا إيجار الرحم<sup>١</sup> وفي رأبي إعتراض في هذه الحالة على مسمى السابقة القضائية لأنه لا يوجد سبق في ذلك لإتباع جميع القضاة على نهج واحد ومصدرية واحدة وهي قواعد النسب في الشريعة الإسلامية وليس على حكم مستحدث منبثق من سابقة قضائية لانزلة جديدة .

ولكن المشكلة تنحصر من وجهة نظرنا عندما يكون الحكم منصباً على مسألة لم يأت بها نص ولا إجماع ولا قياس، وهذا ما وجدناه عند رأى بعض الفقهاء حيث ذهبوا إلى انه لا يخرج الحكم من الأمور الثلاثة<sup>٢</sup>.

١. أن تكون هذه المسألة موضع خلاف بين الفقهاء وتفاوت القضاء فيها تبعاً لذلك ولا يتعدى حكم القاضي السابق أن يكون مرجحاً لرأبي من تلك الآراء الخلافية، فهنا لا يكون الحكم القضائي السابق ملزماً للقاضي الذي تطرح عليه المسألة.

٢. أن تكون حادثة مستجدة لا يمكن قياسها على المسائل الخلافية التي سبق أن بحثت في الفقه، فيكون حكم القاضي فيها حكماً اجتهادياً محضاً على افتراض

(1) مؤلفنا إيجار الرحم دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١١ - طبعة.

(2) أصحاب الإتجاه ضرورة عدم غلق باب الإجتهد.

توافر شروط هذا الإجتهد في القاضي فهنا أيضاً لا يكون الحكم القضائي ملزماً للقاضي الذي تطرح عليه الحادثة<sup>١</sup>.

٣. أن تكون السابقة لا أصل لها، أو كانت مخالفة للنصوص، أو أن هناك ما هو أقعد منها فهنا لا ينظر إليها<sup>٢</sup>.

كما نرى وحسبما يبدو أن أصحاب الآراء السابقة تعتبر حكم القاضي إجتهاداً طالما توافرت شروط المجتهد ومعنى ذلك أنها تنتمي إلى مدرسة عدم غلق باب الإجتهد وللرد على ما سبق سأحاول تكييف دور القاضي على دور المجتهد لمعرفة مدى كيفية أستخراج الحكم من مصادرة قياساً بالمجتهد حتى يتبين لنا في الأحوال السابقة حجية الحكم ومدى إلزاميته والأخذ به كسابقة قانونية من عدمه.

ولمعرفة ذلك وجب علينا معرفة موقف الفقه الإسلامي من باب الإجتهد بالنسبة الفقهاء المتقدمين وهل أقتصر الإجتهد على الفقهاء المتأخرين.

يرى<sup>٣</sup> أصحاب هذا الاتجاه ان ضرورة عدم غلق باب الاجتهاد والسبب في ذلك يرجع الى ان هناك الكثير من المسائل المستجدات والنوازل يحتاج الناس إلى بيان حكم شرعي فيها، حيث سكت عنها الفقهاء المتأخرين لخلو زمنهم منها حيث يروا ان القول بإغلاق باب الإجتهد معناه أن يبقى المسلمون لا يعرفون الحكم الشرعي في النوازل المستحدثة ولا يتم ذلك إلا بالاجتهاد في النظر إلى الأدلة الشرعية لمعرفة.

كما يروا علماء اللجنة الدائمة<sup>٤</sup> للإفتاء أن باب الإجتهد في معرفة الأحكام الشرعية " لا يزال مفتوحاً لمن كان أهلاً لذلك<sup>٥</sup> وأن القول بغلق الأجتهد بصفة عامة لا يتفق

(1) السوابق القضائية ، دراسة نظرية تطبيقية : بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦ هـ للطالب /

شيخين بن محمد العبدلي . ص : ٣٨ ، ٣٩ .

(2) السوابق القضائية ومكانتها في الأحكام للشيخ عبد الله بن محمد آل خنين - مجلة المحامي، العدد ٨ ، في ذي الحجة ١٤٢١ هـ ، ص : ٣٧ ( بتصرف).

(3) [https:// islamqa.info/ar/128024](https://islamqa.info/ar/128024)

تم النشر بتاريخ: ٢٠٠٩-٠٤-١٨ // "الموسوعة الفقهية" ( ١٨ / ١٩ ) (نشر بتاريخ: ٢٠٠٩-٠٤-١٨ //

(4) الشيخ عبد العزيز بن باز ، الشيخ عبد الرزاق عفيفي ، الشيخ عبد الله بن غديان ، الشيخ عبد الله بن قعود فتاوى اللجنة الدائمة ( ١٧ / ١٨ )

(5) بأن يكون عالماً بما يحتاجه في مسألته التي يجتهد فيها ، من الآيات والأحاديث ، قادراً على فهمهما ، والاستدلال بهما على مطلوبه ، وعالماً بدرجة ما يستدل به من الأحاديث ، وبمواضع الإجماع في

مع روح الشريعة الاسلامية بل وجوبه على من توفرت فيه شروطه؛ لأن الأمة في حاجة إلى معرفة الأحكام الشرعية فيما جدّ من أحداث لم تقع في عند المتقدمين وأستندوا إلى أجتهد الصحابة رضي الله عنهم في معرفة الأحكام الشرعية، وأجتهد التابعون ومن بعدهم من المتقدمين وحجتهم في ذلك ما ورد في الحديث الشريف.

كان القضاء بما قضى به الصالحون منهجاً عند سلفنا ، فهذا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فيما روى عنه عبد الرحمن بن يزيد يقول: من عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله فإن جاء أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى به الصالحون ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأيه<sup>1</sup> ففي هذا الأثر دلالة على حجية السوابق القضائية والأخذ بها.

وكذلك روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في كتابه لأبي موسى رضي الله عنه: لا يمنعك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك وهديت فيه رشذك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل<sup>2</sup>.

---

المسائل التي يبحثها حتى لا يخرج على إجماع المسلمين في حكمه فيها ، عارفاً من اللغة العربية القدر الذي يتمكن به من فهم النصوص ؛ ليتأني له الاستدلال بها ، والاستنباط منها ، وليس للإنسان أن يقول في الدين برأيه ، أو يُفتي الناس بغير علم ، بل عليه أن يسترشد بالدليل الشرعي ، ثم بأقوال أهل العلم ، ونظرهم في الأدلة ، وطريقتهم في الاستدلال بها ، والاستنباط ، ثم يتكلم ، أو يفتي بما اقتنع به ، ورضيه لنفسه ديناً

(1) رواه النسائي ٢٣٠/٨ ، وهو برقم ٥٣٩٨ ، ٥٣٩٧ ، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠ ، قال عبدالقادر الارناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لأبن الأثير (١٨٠/١٠) : وإسناده صحيح.

(2) هذا جزء من خطاب عمر رضي الله عنه- الموجه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه- والذي رواه أبو المليلح الهذلي، أخرجه الدارقطني في سننه ١١١/٢ وهو برقم [٤٤٢٦] ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٥٠/١٠ ، وصححه الألباني في الإرواء

وجاء عنه رضي الله عنه أنه حكم في المسألة المشتركة بإسقاط الأشقاء مع الإخوة لأم، ثم شرك بينهم في مسألة أخرى فسنل عن ذلك فقال: تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم<sup>1</sup>.

والواضح كما نرى وحسبما يبدو للبعض<sup>2</sup> من خلال الأحاديث النبوية أن الحكم الإجتهادي ليس حجة بالنسبة للكافة إذ الحكم المجتهد فيه مبني على الظن، وإنما يلتزم به المجتهد نفسه مادام لم يتغير رأيه فيه، لأنه هو الحكم الشرعي حسب ظنه، ولا يجوز له أن يتركه ويفقد مجتهداً آخر فيه إلا إذا كان نتيجة أجتها وتريج وبالتالي فالقاضي غير ملزم بالحكم في سابقة قضائية على قضية منظورة أمامه شبيهه بها ولا يكون مجرد متبعا لقول الغير بعد معرفة دليله وهو ما يعرف بالاتباع<sup>3</sup>.

ولا شك أن الحكم القضائي موضوعي بالنسبة للقضية المرفوعة فهو خاص بها لا يتعداها إلى غيرها أو لما ماثلها من الواقع وإلا أصبح الحكم قاعدة شرعية تطبق على نظائر الواقعة ويستند إليه في الحكم فتصبح شريعة عامة تلزم سائر القضاة فيما لم يفصل فيه من القضايا باعتباره سابقة.

ومن ثم إذا أستم العمل بالسابقة القضائية صارت أصلاً يعمل بها ولا يجوز للقاضي مخالفتها إلا بتسبيب معتبر، الخوف هنا من أننا نصبح أمام إلزام بتطبيق سابقة لم يصح مأخذها ولم يبين تفعيدها فلا يستند إليها، لأن الواقعة والحال ما ذكر لم يتحقق صواب الإجتها فيها<sup>4</sup>.

(1) أخرجه البيهقي ١٠/١٢٠، والدارمي ١/١٦٢، والدارقطني ٤/٨٨، وعبدالرزاق ١٠/٢٤٩، وابن أبي شيبه ٦/٢٤٧ كلهم من حديث الحكم بن مسعود الثقفي، قال ابن حجر في لسان الميزان ٢/٣٣٨: "هذا إسناد صالح وذكره ابن حبان في الثقات".

(2) ويقول محمد سلام مذكور - المدخل للفقهاء الإسلاميين تاريخه ومصادره ونظرياته العامة - دار الكتاب الحديث - الطبعة الثانية ١٩٩٦ / يقول ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ): "أن ينصب على الحكم دليلاً؛ وأدلة الأحكام الكتاب والسنة والإجماع وما تكلم الصحابة والعلماء فيه إلى اليوم بقصد حسن" الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية؛ للعلبي ٣٣٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٥٥٦.

(3) جامع بيان العلم وفضله ٢/٧٨٧، توصيف الأفضية؛ للباحث ١/٣٦٧ ط ٢.

(4) العرف والعمل في المذهب المالكي ص ٣٦٥.

الأمر الذي يجعلنا نعيد ما جرى عليه العمل ولكن باعتبارات أخرى غير مستتدة على أدلة كمبادئ العدالة والعرف .... بحجة انها نازلة ونصل إلى ما وصل إليه غيرنا مما طبق هذه النظرية في عصرنا الحالي كما سبق وأن أشرنا من قبل في بحثنا هذا من إيداع الحريات الغير مشروعة تحت شعار إعلانات حقوق الإنسان وغير ذلك.

لذلك نرى كما يرى البعض بغلق باب الإجتهد للأسباب التالي شرحها وأن إضطررنا له يكون بشروط ليست موضوعية فحسب بل وشكلية أيضا سوف نذكرها بأذن الله تعالى.

المبررات الداعية لغلق باب الإجتهد: -

فيما يتعلق بالإجتهد الوارد بالحديث السابق نرى<sup>1</sup> أن مصادره التي عددها بالترتيب وهي القضاء بما في كتاب الله ثم القضاء بما قضى به نبيه -صلى الله عليه وسلم-، ثم القضاء بما قضى به الصالحون، ثم القضاء بالإجتهد في رأيه .....في رأيي الإجتهد بالرأي المشار إليه في الحديث الشريف<sup>2</sup>أقتصر على عصور الفقهاء المتأخرين من الصحابة وأغلق من بعدهم الإجتهد تاركين لنا ميراثا شرعيا مما جعل الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وهذا ما حصده الحديث الشريف عبد الله بن مسعود<sup>3</sup> سالف الذكر من المصادر الشرعية التي أعدت كأطروحة شرعية أعتدنا عليها بالفعل إلى أن تقوم الساعة وللأطمئنان إليها وليس لتقليد الفقهاء في أن

(1) في رأيي أن الحديث الشريف لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي إستندت إليه التشريعات الإسلامية في حجية السوابق القضائية المشار إليه ليس لحننا على التقليد فيما فعله في الأجتهد بالرأي ولكن جاء ليبين لنا الكيفية التي سار عليها نهج الفقهاء الأوائل وأنى أرى ان هذا الحديث بمجرد صدوره اغلق باب الأجتهد لأن المصادر الشرعية للشريعة الإسلامية لم تترك شيئا الا وذكرته وهذا هو معنى الكمال والكمال المقصود هنا شامل لجميع المستجدات والنوازل إلى أن تقوم الساعة ولكن ليست المشكلة كما سبق وأن ذكرت في أستخراج المصدر أى النص أو غيره فى المرتبة التي تليه ولكن المشككة في كيفية تفسيره او تعييده او تاصيله.....

والدليل بقول الله تعالى فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون سورة النحل ( ٤٣ ) أى الرجوع بالسؤال على أهل القرآن وتفسيره عندما تورد علينا مسألة لا نعلم حكمها فالسؤال يرجع عليهم في كيفية تفسير النصوص الموجود بالفعل وقياسها على العلة لأستخراج الحكم من مصدره وليس أبكار حكم جديد أو ابدأ رأى ليس له مصدر.

2 رواه النسائي ٢٣٠/٨، وهو برقم ٥٣٩٨، ٥٣٩٧، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠، قال عبدالقادر الارناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لأبن الأثير (١٨٠/١٠): واسناده صحيح.



نجتهد وجعل الحديث رخصة لمن لا يجد المصادر السابقة للحكم في مسألة ما أن يجتهد بالرأي فأين نحن من فقهانا المتأخرين كي نقلدهم؟  
أولاً: الأدلة من كتاب الله الحكيم: -

وهناك أدلة على حجية عدم الأخذ إلا بالنص وعدم الاعتراف بالسوابق التي خلت من وجوده والدليل في الحكم بم أنزله الله لقول الله تعالى " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله "

لو دققنا النظر في الآية الكريمة لوجدنا أوامر الله عزو جل لرسوله أن يحكم بالحق الذي جاء في القرآن، وقوله تعالى " فأحكم بين الناس بالحق " فهاتان الآيتان تأمران بالحكم بما أنزل الله وهو الحق والحق لا يتعين بقضاء القاضي المجتهد السابق لأنه راجح في نظر القاضي السابق دون سواه فلا يصح الإلزام به.

وقول الله تعالى " وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله " وقوله تعالى " فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول " ووجه الاستدلال بهاتين الآيتين أن الواجب هو الرجوع إلى الحكم الله ورسوله ولا يتعين حكم الله ورسوله في رأى معين ولا في قول مرجح صادر من قاضى سابق والحكم بالسابقة القضائية دون اقتناع بها حكم بغير ما يعتقد القاضي أنه حكم الله ورسوله فهو حرام ويلزم منه منع الإلزام بالسوابق القضائية.

وفي قول الله تعالى " لعلمه الذين يستنبطونه منهم " والمقصود بالاستنباط من النصوص لا من قول بشر غير معصوم.

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية الشريفة: -

جاء بالحديث الشريف لما قال معاذ رضى الله عنه اجتهد رأيي ولا آلو فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله فدل على وجوب الأجتهد بالنظر في النصوص للوصول إلى الحكم الشرعي ومن خلال الحديث السابق تبين لنا أن الإلزام في السوابق القضائية مانع من الإجتهد لأن مرجعية الإجتهد لا بد أن تكون من نص شرعي كما أشار الحديث الشريف.

### ثالثاً: الدليل العقلي على ذلك: -

بمجرد وفاة الرسول -صلى الله عليه وسلم- صار الصحابة يتتبعون سنته، ولكن مع تجدد الحوادث وتشابكها صار الصحابة مضطرين إلى إعمال الرأي والاجتهاد ليصلوا من خلال ذلك إلى الحكم الشرعي في هذه النوازل، ومن الضروري نتيجة لذلك أن تختلف الأنظار والرؤى، فالاجتهاد عملية نسبية تختلف باختلاف صاحبه، مهما كانت الأصول التي يُبنى عليها واحدة ولم ير الصحابة رضي الله عنهم أنهم ملزمون باتباع واحد بعينه ثم جاء التابعون فساروا على هذا المنوال، وشهد هذا العصر حرية فقهية حقيقية، وجديراً بالذكر وجدنا أئمة هذه المدارس ينهون تلاميذهم عن تقليدهم، ويأمرونهم بالنيل من المعين الأول مثل الإمام إسماعيل بن يحيى المزني تلميذ الإمام الشافعي<sup>١</sup>، وهذا أن دل فانه يدل على غلق باب الاجتهاد واقتصره فقط ليس على اهله فحسب بل على الفقهاء المتأخرين للأسباب الآتي ذكرها.

وينبغي الإشارة إلى نقطة مهمة وهي الشاهدة في ذلك انه في أوائل القرن السادس ظهر اتجاه ينادي بغلق باب الاجتهاد للتعصب الذي ظهر في تلك العصور لمذاهب الأئمة، حتى صرح. البعض بالمنع من الخروج عن أقوال الأئمة المدونة في كتبهم وكتب أتباعهم، فأطلقوا تلك الدعوى (غلق باب الاجتهاد)<sup>٢</sup>

(1) مختصر المزني ص ٧، طبعة دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٤١٩ - ١٩٩٨ اختصرت هذا الكتاب من علم محمد بن إدريس الشافعي - رحمه الله - ومن معنى قوله لأقربته على من أرادته مع إعلامه نهيه عن تقليد هو تقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحفظ فيه لنفسه

(2) حتى يقطعوا الطريق أمام من يجتهد في فهم النصوص ويستنبط أحكاماً تخالف ما قاله الأئمة السابقون وقيل أن أبداً أود أن أبين نقطة في غاية الأهمية، وهي أن المقصود بـ "إغلاق باب الاجتهاد" هو إغلاقه على من يملك أدوات الاجتهاد لا على العوام، فالعوام ممنوعون من الاجتهاد منذ عهد النبوة، فلا ينبغي أن يفهم من ذلك أنها دعوة للجهال على اقتحام ما ليسوا له بأهل، بل محل الخلاف هو منع من ملك آلات الاجتهاد من الاجتهاد، ولذلك رأينا ابن عبد البر بعد أن ساق كلاماً كثيراً عن ذم التقليد يقول/ وهذا كله لغير العامة؛ فإن العامة لا بد لها من تقليد علمائها عند النازلة تنزل بها؛ لأنها لا تنبئ موقع الحجة ولا تصل لعدم الفهم إلى علم ذلك؛ لأن العلم درجات لا سبيل منها إلى إعلانها إلا بنيل أسفلها، وهذا هو الحائل بين العامة وبين طلب الحجة، والله أعلم، ولم تختلف العلماء أن العامة عليها تقليد علمائها وأئمة المرادون/ جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ج ٢ ص ٩٨٩ - تحقيق حسن أبي الأشبال - طبعة دار ابن الجوزي

ومن الأمور التي نتعلل بها على غلق بابا الاجتهاد الخوف من العبث بطرق تخريج "مناهج الاستدلال" فلا شك أن قضية "مناهج الاستدلال" لها أهمية خاصة لأنها تحفظ النصوص الشرعية من التلاعب بها، ولذلك وضع أئمتنا علم "أصول الفقه" الذي يبين المنهج الواجب اتباعه في التعامل مع النصوص الشرعية فالخروج عليها يعد خرقاً لإجماع السلف الذين لم يتعدوا هذه الطرائق والمناهج لذلك أغلق بعض العلماء باب الاجتهاد خوفاً من اللعب بهذه الأصول التي حُفظت بها الشريعة.

والشاهد في ذلك ما أشار اليه ابن بدران الحنبلي وهو يلوم أهل مذهبه الذين عكفوا على متن "منتهى الإرادات" وهجروا غيره، حيث يقول<sup>1</sup> " فعكف الناس عليه وهجروا ما سواه من كتب المتقدمين، كسلاً منهم ونسياناً لمقاصد علماء هذا المذهب الذي ذكرناها آنفاً"

فاذا كانوا مقصرين عن مجرد الأطلاع، فكيف سيكون الحال مع الاجتهاد؟ و من المبررات الداعية لغلق باب الاجتهاد عدم الإمتزاج بين السلطات حيث أن في البداية كان القضاء من وظيفة الوالي نفسه أي الحاكم بأمر المسلمين وغير مفصول عنه ، ولذلك كان لابد من أن يكون رجل دين أي فقيه ومن هنا ولد مبدأ عدم فصل الدين عن الدولة والشاهد في ذلك ما قضي به رسول الله-صلى الله عليه وسلم- حيث كان القضاء من مهامه ولم يسنده لأحد ومن الملاحظ أن هذا أتخذ مبدأ شرعي وتوارثه الولاة من بعده وبالتالي لا مشكله عندما كان يجتهد لقضاء مسألة معروضه أمامه وجعل حلها بعد ذلك سابقة لما بعدها لعلمه لأمر الدين وخاصة انه مؤهل لذلك مما ورثه من رسول وسيد البشرية أجمعين.

ولو دققنا النظر في توحيد دور الوالي أي الحاكم والقاضي أو المجتهد في عصور الاجتهاد التي كانت تاليه لعهد رسول الله لوجدنا أنه من ضمن أسباب أنتفاء الرياء والشك في الأحكام بالمقارنة لما نحن عليه الآن إلا من رحمه ربه وبالطبع نحن لا نعم ذلك على الكل وهذا تسليماً لحديث رسول الله ما زال الخير بأمتي.

(1) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران ص ٤٣٤ - طبعة مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية

١٤٠١ - ١٩٨١.

ولكن في عصورنا الحالية ومع عدم الأهتمام بتحصيل آلات الإجتهداد، صار الأمرء والقضاء من غير المجتهدين، وبهذا تخلف شرط من الشروط التي يجب توافرها فيهما قال إمام الحرمين الجويني<sup>1</sup> من شرائط الإمام أن يكون من أهل الاجتهاد، بحيث لا يحتاج إلى أستفتاء غيره في الحوادث وهذا متفق عليه. ومع تجدد الحوادث التي تشهدها الدول أنفصل أهل القضاء والأجتهداد عن دور الحاكم مما جعل الحكام أو القضاء عندما تستجد لهم مسألة أو نازلة يرجعون إلى أهل الاجتهاد الأمر الذي يجعل المجتهد في بعض الأحوال موجه إلى سياسة عامة قد يراه الحاكم هي المناسبة من وجهة نظره لحكمه تحت شعار المصلحة المرسله أو سدا لزريرة أو توجيه الحاكم بإعادة النظر في فتوى بحجة انها تتغير بتغير الزمان والمكان والحال.

مما يجعل المجتهد يحدد إلى بعض الأحيان عن مبادئ أو مصادر الشريعة توجيهها لما طلب منه وكذلك القضاء ومن هنا يفتح الباب أمام إستبدال القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية مما يوقعنا في خطر والشاهد على ذلك بعد الفتاوي التي صدرت في الآونة الأخيرة والتي يعجب لها العقل كإرضاع الكبير وغيرها وها نحن اليوم نرى بعض الدول تنادى بمبادئ شاذة تحت مظلة الحريات التي تدعيها في بعض الدول الإسلامية والتي كانت نابعة من الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي سبق وأن أشرنا اليه من خلال هذا للبحث.

والمخرج الوحيد الذي ينفدنا من المصائب التي تتعرض لها أمتنا، المتمثلة في تراجع الشريعة عن حياة الناس تدريجيا والذي فيه إنذار خطير لكل من تسول له نفسه بعدم الألتزام بالشروط الشرعية في المسائل التي تحتاج الى الاجتهاد هذا هو المخرج في رأيي.

---

(1) الإرشاد للجويني ص ٤٢٦ - تحقيق د محمد يوسف موسى و د علي عبد المنعم عبد الحميد - طبعة مكتبة الخانجي ١٣٦٩ - ١٩٥٠

هو إغلاق باب الاجتهاد الفردي<sup>1</sup> للفقهاء المتقدمين وحل محله الاجتهاد الجماعي في التفسير من خلال قرارات المجامع الفقهية والمؤسسات الإسلامية، كصرح الازهر الشريف لضمان استقلالها عن السلطة أي السياسة باعتبارها مؤسسات دينية غير موجهة إلا من كتاب الله وسنة رسوله وهذا ايماننا منا بغنى الشريعة الإسلامية وبالميراث الشرعي الذي ورثوه عنها الفقهاء المتقدمون من المتأخرون فقد وجدوا رصيذا كبيرا من اجتهادات من قبلهم، ووجدوا فقهاً افتراضياً غنيا بالأحكام قد وفي لهم بكثير من نوازلهم،

والذي نقصده بلفظ "تفسير الاجتهاد" أي تفسير النصوص واستخراجها من مظانها حتى يسد على أهل الهوى باب التلاعب بالشريعة الإسلامية وكل اجتهاد تفسيري سيكون حجة للسابقة القضائية التي ولدت على يديه بمعنى انه يكون ملزماً فقط لأطراف الدعوى التي تم تفسيرها على أساس حجية الامر المقضي به والتي تثبت للحكم وحكم فيها

والخلاصة انه ليس في السوابق القضائية في الشريعة الإسلامية حجية تجعلها من القوة بحيث لا يستطيع القاضي اللاحق مخالفت القاضي السابق في ذلك الحكم فالحكم القضائي جزئي الأثر أي انه يختص بالواقعة التي صدر فيها وبأطراف النزاع فقط ولهذا لم يظهر للقضاء دور مستقل في الشريعة وهذا فيما يتعلق حجية السوابق القضائية في التشريعات الإسلامية.

---

(1) الفقه الإسلامي ومدارسه للدكتور مصطفى الزرقاء ص ١١٤ - ١١٥ - طبعة دار القلم - دمشق، والدار الشامية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦ - ١٩٩٥ / حيث يقول الدكتور مصطفى الزرقاء وإذا كانت المخاوف السابقة إذ ذاك من الاجتهاد الذي كان يمارسه الأفراد قد أوجبت ذلك التدبير الوقائي بإقفال بابه، كما سبق بيانه، فإن العلاج، فإن العلاج في نقله من عهدة الأفراد إلى عاتق الجماعة، فيصبح الاجتهاد جماعياً يمارسه فقهاء العصر الثقافات بطريق الشورى فيما بينهم بعد أن كان فردياً يمارسه كل فقيه بمفرده. فبذلك تتحقق ثمرات الاجتهاد، إذ لا يمكن للفقه أن يلبي حاجات العصور دونه، وتنتفي محاذير الاجتهاد الفردي التي دعت إلى إقفال بابه.

## الخاتمة

### النتائج التي توصل اليها البحث

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

ونحن ندلف إلى نهائيات هذا البحث نود أن نقف على بعض ما إستخلص من دراسته؛ إذ إن هذا الموضوع إتصل بمصادر الشريعة في شروط تطبيقه، وفهمه، والأخذ به، وتوجيه ذلك الفهم الوجهة التطبيقية لاسيما، وأن الأمر متعلق بالأحكام الفقهية المتعلقة بمصالح الناس كل هذا مقابل الأفكار المعاكسة المستمدة من بعض النظم الغربية التي قد لا تتناسب مع تقنيننا المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ويطيب لي في نهاية المطاف أن أختتم الدراسة بخلاصة لأهم ثمرات هذا البحث.

■ هناك مظاهر أشارت إلى عدم إستقرار النظم الغربية المعتمدة على السابقة ومن ثم لم تسلم السابقة القضائية من النقد فمنذ حوالي ثلاثين عاما يتم إنتقاد النظام التشريعي والنظام القضائي في الدول الأنجلوسكسونية بسبب خضوعها للنخبة والعنصرية سواء بالنسبة إلى المحتوى الرسمي للقانون أولمناهج تطبيقه أو بالنسبة إلى لتكوين القضاء.

■ نرى أن ظروف ميلاد السوابق وإعتمادها وسيرها كانت له أسبابه والتي منها الحاجة العاجلة لتحقيق توحيد الأحكام والمعرفة اليقينية للقواعد القانونية وتوحيد الجهود المبذولة ومن جهة أخرى فإن إصدار التشريعات الخاصة بدمج محاكم العدالة ومحاكم القانون القضائي العام استوجب تقرير مبدأ السابقة القضائية، والذي نراه بإنهاء هذه الأسباب تنتهي تأثير فرض وإلزام السابقة على الأحكام ولا يبقى منها إلا الإستتارة والإرشاد كما هو موجود الآن في الأنظمة المؤيدة لذلك.

■ وجدنا أن المشرع الغربي وضع شرطا لإصباح الشريعة على الأحكام القضائية الصادرة وهو ألا تكون مخالفة لسابقة قضائية صادرة من قبل الناظر فيما سبق يجد أنه كيف نخلع على حكم بالشرعية من عدمها لمجرد

أنه مخالف لسابقة قضائية فهذا لا يجوز لأنه ربما لا يمكن عملياً تطبيقها على الظروف الحادثة المستجدة، ما لم تكن السوابق قد تعاقبت وتطورت تدريجياً مع الزمن ومع ذلك فإن السوابق القضائية القديمة جداً ينبغي أن تلغى بنفس الطريقة التي أنشأت منها مثل القانون وهذا بالطبع يصعب حدوثه من الناحية العملية أما بخصوص أن العبرة في الأخذ بالسابقة القضائية بحكمة القرار وليس ألفاظه وصيغته وجدنا أنه أمر يصعب التسليم به قانون

■ من العيوب التي يمكن أن نؤاخذها في الحكم القضائي عند الفقه الانجلوسكسوني في حالة ما إذا اختلف فيه الفقه القضائي وإنقسم على نفسه في الرأي لينشئ سابقة قضائية برأبي لا يمكن الإفتاء به على المدد مما يصعب وجود معيار للأستناد بالسوابق والإنحياز لمفهوم رسوخ الفقه عليه واستخدامه في قضايا أخرى مماثلة.

■ يظل كم مقدر من السوابق القضائية أثيرة الأفكار المرجعية في ظل أنظمة معينة كان معيار تطبيقها فيها هو المصلحة الخاصة وليس المصلحة العامة هذا بالإضافة إلى وجودها في الخزانات أو على الأرفف أو الكتب التي تحتاج إلى جهد الباحثين في التصنيف والترشيح ما بين الموثق بالمرجعية الشرعية والغير مستند عليها إذ لا بد من أن تتم فلترة كل السوابق وتصنف بهدف المنفعة منها

لذلك أوصي بعمل جمع جملة الفقه القضائي أي ما يسمى اليوم بفقه السوابق القضائية في مجلد تشريعي واحد بهدف تدريسه كتدريبات عملية للطلبة الحقوقيين وللمعاهد القانونية التي تؤهل عمل المحامين وكذلك للقضاة، لمعرفة كل فرد حقوقه والتزاماته من خلال مركزه القانوني بناء على النصوص المقننة واضحة المفاهيم، ومن ثم تنظيم النظام القانوني بطريقة ديناميكية ليتفاعل بعضه ببعض بالشروط سألفة الذكر أو الدراسة من خلال الأسترشاد والتتوير.

■ أيدنا النظام اللاتيني حيث نرى أنه الأقرب إلى نظام الفقه الإسلامية لأننا في العصر الذي نشهده الآن نحتاج الى والوجهة الواحدة لنوافذ إستخراج الأحكام وإذا كان باب الإجتهد أغلق في عهد الصحابة رضوان الله عليهم فهل من الصالح أن نفتح الآن في ظل الظروف والتوترات الحالية وليس معنى ذلك إننا نؤيد الجمود والوقوف حجر عثرة أمام النوازل الحديثة وكيفية وجود حلول لها ولكن مصادر الشريعة الإسلامية مليئة بكل الأحكام وأعتقد أنه لا نازلة إلا ولها حكم في الشرع لقول الله وتعالى يَعْلَمُ مَا يَلْجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَعْرُجُ فِيهَا وَهُوَ الرَّحِيمُ الْغَفُورُ.. دلالة على شمول القرآن في ذلك.

■ نحن لا ننكر قيمة السوابق القضائية عند النظامين الأنجلوسكسوني واللاتيني فإن السابقة القضائية معتبرة في النظامين، إلا أن النظام اللاتيني يعتبرها للتتوير وللتفسير أحياناً، ولا يلزم بها، وكذلك تعتبر السوابق القضائية مما يحتج بها في الفقه الإسلامي، وإن كانت لا تصل إلى مرتبة الإلزام بعكس النظام الانجلوسكسوني كما بينا.

■ وجدنا أن الأخذ بما جرى به العمل كانت له عيوبه بالرغم من أنه إثراء فقهي وفكري كما أوضحنا وهذا مؤشر قوى على أن هذه العيوب قد تمتد إلى السوابق القضائية والدليل على ذلك تراجع الفقه الانجلوسكسوني من خلال ما أقره مجلس اللوردات الأعلى عن الزامية القاضي بالأخذ بالسابقة القضائية ويزيد على ذلك مطالبة أهل قرطبة من القضاة من أجل الخروج من الخلاف، وتوحيد الاحكام أن يحكم القاضي بقول ابن القاسم وشهادة اللفيف كإحدى تطبيقات نظرية ما جرى عليه العمل التي لم تحظى بحسن إعمال قواعد الفقه المالكي، ولا قواعد القانون الوضعي، مما أدى إلى اضطراب العمل القضائي وإرتباكته، بالرغم من أنها تمارس في صورة من صورها حتى اليوم كما سبق وإن وضعنا .



- ستتبلور المشكلة عند تعدد الأحكام بتعدد النوازل وقتئذ لن نستفيد من شرط معرفة محلية جريان العمل عاما كان أو خاصا من البلدان، الأمر الذي سيحتم علينا فيما بعد الى توحيد أحكام جديدة قد تكون صالحة اليوم لحادثة في زمن معين وغير صالحة في زمن آخر لنفس الحادثة وبالطبع سيؤدى هذا كله الى التشويش في المرجعية الشرعية والقانونية.
- تبين لنا أن هناك أوجه شبه بين ما جرى عليه العمل والسوابق القضائية فالأولى ذو صلة وثيقة بالسوابق القضائية ويظهر ذلك في أن السوابق ما هي إلا أحكام جرى عليها العمل في المحاكم إلا أننا نستطيع أن نلتمس بينهما فرقا جوهريا يتمثل في ان ما عليه العمل اعم إذ أنه يشمل ما عليه العمل في الاحكام القضائية وفى الإجراءات الشكلية المتبعة عند التداعي أما السوابق القضائية فهي أخص إذا هي ما جرى عليه العمل في حكم من الأحكام القضائية.
- الراجح لدينا القول الذي يرى أن ما جرى به العمل يجب احترامه والعمل به مالم يكن طبق إستثناء، وأما السابقة فيستأنس بها ولا تلزم، لأن الإثنين لا يعلو معاً إلى مرتبة النص والتقنين ولكن يمكن ان تكون هناك حالات فردية غير معمة على صورة إجتهاد فردى كان ينبغي مثلا ان يقول القاضي لخلو النص .....
- السبب الداعي في عرضي لشهادة اللفيف كان لمعرفة مدى تطبيق شهادة اللفيف في قضية معروضة أمام القاضي وبني الحكم عليها ولو أعتبر هذا الحكم سابقة لما بعده لأصبحت الأحكام تبنى على أساس الأعراف وعلى ماجرى عليه العمل مثل شهادة العامة وعملا فيها بالقول الضعيف الذي قد يغير خصائص الحكم ويخلق مجالا من الشك والريبه
- بما أن العلاقة بين الشريعة والفقهاء هي علاقة عموم وخصوص بيد أن الشريعة أعم وأشمل من الفقهاء فكيف تكون المرجعية للحكم على أساس حكم قاضى سابق حتى ولو كان القاضي فقيها إذا فالشريعة وهي النصوص

الموجودة في كتاب الله وسنة رسوله هي المرجعية الأساسية لأنها أعم وأشمل من رأى الفقيه وذلك لتجنب الوقوع في الخطاء حيث أن القاضي بشر ووارد حتما الوقوع في خطأ تطبيق نص أو تفسيره وفهمه

■ إستنتجنا الشروط الواجب توافرها في الحكم ليعتد به كسابقة قضائية في الفقه الإسلامي وهي تطبيق قاعدة الإجتهد لا ينقض بمثله على الحكم سواء كان مصدر الاجتهاد الثاني هو نفس القاضي الأول أو كان غيره وأخيرا وجدت انه من الشروط الواجب توافرها في الحكم تسبب الأحكام القضائية وذلك من خلال أحكام، وقواعد الشريعة الإسلامية مرتكزا للحكم القضائي الذي يُشترط توافرها فيه الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية جزئي الأثر أي انه يختص بالواقعة التي صدر فيها وبأطراف النزاع فقط ولهذا لم يظهر للقضاء دور مستقل في الشريعة .

■ ان النوازل والوقائع لا متناهية، والحاجة إلى الرجوع إلى الكتاب والسنة هي حاجة مستمرة ودائمة إلى قيام الساعة، فلو بنيت السوابق على هذا الاساس فهنا تكون ملزمة ولا عبرة للخلاف وبهذا سوف نتلافى المشاكل المترتبة على تباعد البلدان واختلافها والذي يحتمّ تباين الأعراف والعادات المعتبرة شرعاً عند التقاضي، فقد تكون السابقة مبنية على عرف في بلد لا يوجد في آخر.

ها قد وصلنا الى الختام، وفي النهاية لا يخطر على بالي إلا أن أقول إنني وبحمد الله عرضت رأيي المتواضع في موضوع البحث لعل الله قد يكون وفق قلبي الى ما يرضاه، فما هذا إلا جهد مقل ولا ندعي فيه الكمال ولكن عذرنا أنا بذلنا فيه قصارى جهدنا

" وصلى اللهم وسلم على سيدنا وحبيبنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم "

## المراجع

### كتب المعاجم واللغة:

- المعجم الوسيط، لإبراهيم أنيس وآخرين، مجمع اللغة العربية القاهرة، بدون تاريخ
- لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري بن منظور، دار احياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٧-١٩٩٧م
- مختار الصحاح، محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي دار المكتبة العلمية بيروت الطبعة الاولى ١٩٩٠م
- عبد الفتاح مراد في معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري
- حارثي سليمان فاروق في قاموس فاروق القانوني / عبد الواحد كرم في معجم المصطلحات القانونية

### المراجع الفقهية:

- أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي للدكتور محمد رياض / تقديم محمد المنوني/ الطبعة، الأولى بمطبعة النجاح الجديدة، سنة ١٩٩٦م
- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للفتية محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي ٤٠٦/٢، اعتنى به أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان
- القاضي عياض، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق محمد بن شريفة، طبعة أولى ١٩٩٠م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت
- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران - طبعة مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية ١٤٠١ - ١٩٨١
- الإرشاد للجويني - تحقيق د محمد يوسف موسى / د علي عبد المنعم عبد الحميد - طبعة مكتبة الخانجي ١٣٦٩ - ١٩٥٠
- الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد التركي، طبعة أولى ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت

- إحكام الفصول في أحكام الأصول / أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي تحقيق د عبد الله محمد الجبوري / الطبعة الأولى ١٩٨٩-١٤٠٩ / الناشر مؤسسة الرسالة
- الإمام الشاطبي، الموافقات، نشر المطبعة التجارية القاهرة د ت، ج ٤
- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية؛ للبعلي ٣٣٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٥٥٦
- الماجريات: أو ما جرى به العمل د محمد إبراهيم ، اصطلاح المذهب عند المالكية، طبعة أولى ١٤٢١هـ — ٢٠٠٠م، نشر دار البحوث والدراسات الإسلامية دبي، الإمارات
- العناية على الهداية للباترتي المطبوع مع فتح القدير ٦ / ٢٤٦
- جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ج ٢ - تحقيق حسن أبي الأشبال - طبعة دار ابن الجوزي
- جامع بيان العلم وفضله ٧٨٧/٢، توصيف الأفضية؛ للباحث ٣٦٧/١ ط ٢
- حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي / الناشر: (بدون ناشر) / الطبعة: الأولى -١٣٩٧هـ
- حاشية أبي الشتاء الصنهاجي على شرح التاودي للامية الزقاق ٢/٢٦٥
- حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على للامية الزقاق ٣٣٧
- خير الدين الزركلي الأعلام، طبعة خامسة ١٩٨٧م، نشر دار العلم للملايين بيروت، ج ٣
- شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد ابو الأجان، — طبعة أولى ١٩٩٣م، نشر دار الغرب الإسلامي بيروت، ج ١
- رد المختار على الدر المختار / المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي / الناشر: دار الفكر-بيروت / الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ -١٩٩٢م

- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج/ المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي / الناشر: / الرياض / دار عالم الكتب، ط ٣، ١٩٩٧م.
- مختصر المزني، طبعة دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٤١٩ - ١٩٩٨
- محمد مخلوف، شجرة النور في طبقات المالكية، نشر دار الكتب العلمية، بدون تاريخ
- محمد القرافي، توشيح الديباج - طبعة أولى ١٤٠٥-١٩٨٥ - نشر في مؤسسة الرسالة بيروت
- محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص ٣٠٤ — ٣٠٥ / طبعة دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث / الطبعة الأولى ١٤٢١-٢٠٠٠م

#### الكتب الفقهية المعاصرة:

- ألغلامي واثق محمد نذير، النظام القضائي في الإسلام، دراسات اسلامية العدد الثالث السنة الأولى سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م
- د أحمد أمغار، شهادة الليف و اعتمادها كحجة إثبات ، رابطة القضاة ، السنة ٢٢ ، عدد: ١٦/١٧ ، مارس ١٩٨٦
- شيخين بن محمد العبدلي السوابق القضائية دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦هـ للطلاب
- عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، طبع تحت إشراف اللجنة المشتركة لنشر وإحياء التراث الإسلامي، بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبعة فضالة المحمدية، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م .
- عبد السلام العسرى نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي مطبوعات وزارة الأوقاف بالمغرب ١٤١٧ / ١٩٩٦م

- د عبد الكريم العلوي المدغري درس من الدروس الحسنية سنة ١٤١٧ هـ الموافق ل ١٩٩٦ تحت عنوان: ما جرى به العمل نموذج من تراثنا
- عبد العزيز سعد الدغيثر حجية السوابق القضائية اعداد- باحث في مجال الفقه والقضاء -سنة النشر: ربيع الآخر ١٤٢٨ هـ. دار النشر: مجلة العدل، العدد ٣٤
- د/ عبد العزيز العلي النعيم، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة. الطبعة الأولى
- عبد الله بن محمد آل خنين السوابق القضائية ومكانتها في الأحكام -مجلة المحامي، العدد ٨، في ذي الحجة ١٤٢١هـ
- د مصطفى الزرقا الفقه الإسلامي ومدارسه- طبعة دار القلم - دمشق، والدار الشامية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦ - ١٩٩٥
- د محمد الربيعي موقف الفقه و القضاء من اللقيفيات قديماً و حديثاً ، الاشعاع ، العدد : ١٥ ، السنة التاسعة ، يناير ١٩٩٧
- محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة - دار الكتاب الحديث - الطبعة الثانية ١٩٩٦
- مخلص احمد أجده «النظام القضائي في الإسلام» مجلة رسالة التقريب المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية العدد العاشر، الدورة الثالثة شوال ١٤١٦هـ / ١٩٩٦

#### الكتب القانونية: -

- د/ أحمد جلال الدين هلال - قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية فقرة ١٥٤ - نقلا عن الدكتور حلمي الحجاز - أسباب الطعن بطريق النقض - توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب - ط ١ طرابلس-لبنان الجزء الأول فقرة ١٩٩
- احمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصري، الإسكندرية، ٢٠٠٤ م .

- د/ ادم وهيب النداوي دور الحاكم المدني في الاثبات ط ١ الدار الغربية للطباعة والنشر بغداد ١٩٧٦.
- د/ ابراهيم حركات، "المغرب عبر التاريخ"، دار النشر الحديثة، ٢٠٠٠، ج ١ و "الأوضاع القضائية بالمغرب قبل الحماية"، مجلة رابطة القضاة، يونيو ١٩٨٣.
- أحميدو أكري: "الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، ال عدد ١٠، سنة ١٩٩٤
- د/ ابراهيم الزعيم ومحمد فركت، "وكالة الخصام - المحاماة"، مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر، ١٩٩١.
- د/ بهرام عطا الله، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية - السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠م) العدد الأول.
- تكوين النظام القانوني المصري الحديث (الروافد - الآليات - الآثار)، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م
- د/ حسن عبد الحميد / قاعدة السابقة القضائية فالنظم القانونية الانجلوأمريكية التطبيق المعاصر والاصول التاريخية / كلية الحقوق جامعة عين شمس / الناشر دار النهضة العربية / بدون تاريخ نشر
- حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م
- د/ خالد خليل الظاهر الخلاف الدائر بين شراح القانون الإداري في كتاب القانون الإداري، تاريخ النشر: ١/٠١/١٩٩٨ - الناشر: دار المسيرة للطباعة والنشر
- د/ خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، دار الأمان، بدون تاريخ
- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق،
- سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م
- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري السعودي - بيانات النشر، القاهرة، دار الفكر العربي ١٣٧٢ / ١٩٥٢
- شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، القاهرة، ١٩٦١م،

- صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م
- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف، ط ٣، ١٩٥٩م، أصول تاريخ القانون، الإسكندرية ١٩٦٣.
- د/ عبد الرحمن البزار، أصول القانون، ط٢، بغداد، تاريخ النشر ١٩٥٨
- م/ عباس قاسم مهدي الداقوقي القاضي في المحاكم العراقية الاجتهاد القضائي مفهومه - حالاته - نطاقه - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية - الطبعة الأولى ٢٠١٥
- عبد المجيد غميحة: "موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس - أكادال الرباط، السنة الجامعية ١٩٩٩-٢٠٠٠
- د/عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان الطبعة الثالثة الجديدة ٢٠٠٠ الجزء الأولى
- د/عبد العلي العبودي، سماع دعوى الزوجية بصفة استثنائية، مجلة الملحق القضائي، العدد: ٢٦، ماي ١٩٩٣.
- كريمة مصلي "القضاء في تاريخ المغرب"، جريدة الصباح ليوم الخميس ١٤ يوليو ٢٠١١
- محمود تركي - أستاذ القانون ملبورن ولاية فيكتوريا استراليا - فقه السوابق القضائية - منتدى واحة المصرية
- د / مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون ج ١، بغداد، ١٩٧٢
- مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، ج ١، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٨م



- د/ محمد منيب “ المؤرخ المغربي بين الحقيقة التاريخية والوهم الإيديولوجي “ التاريخ المغربي بين الواقع والتزييف ” السلسلة التربوية رقم ٧ - مطبعة شروق اكادير، الطبعة الأولى، ٢٠٠١
- م/ مصطفى عليوة فتح الباب - الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات - الكتاب الثاني صياغة وتفسير التشريعات - نشر دار الكتب القانونية - مصر - سنة النشر ٢٠١٢.
- مجيد حميد العنكي المدخل الى دراسة النظام القانوني الإنكليزي منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل العراقية بغداد ١٤١١هـ - ١٩٩٠م
- د/نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتَيَّ عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، ١٨٠٤-٢٠٠٤م بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤م
- د/هيام اسماعيل السحماوي، إيجار الرحم دراسة مقارنة، مطبعة دار الجامعة الجديدة سنة النشر ٢٠١١
- هنري كابيتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام ترجمة عباس الصراف منشور في مجلة القضاء العدد ٢ مارس ونيسان ١٩٥٧

#### المراجع الأجنبية:

- j.R.Nolan et M.J. Connelly, Blacks Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, 5e ed., West Publishing, 1979, P. 1059
- S.Leader, Common Law, In: A.-J.Arnaud, dir., Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J. 47 P.47, H.A. Hubbard, Le piocessus judiciaire du Common Law . Revue du Barreau, t. 28, 1968, Notel, p.p. 2- 11.
- P.A. Crepeau, Dictionnaire de droit proit prive ET lexiques bilingues, Cowansville, Les Edition Yvon Blais Inc., 1991.

- J.A.jolowicz, La jurisprudence en droit anglais; aperçu sur la règle du précédent, In; Arch. Philos. Dr., t. 30, 1985,p.p. 105 ets.
- D.Lluelles, Guide Canadien de références pour la rédaction juridique, 4e ed., Montreal ,editions Themis , 1992, L.P. PIGEON, rédaction et interprétation des lois ,Quebec, Ministère des Communications, 3 e ed., 1986.
- J.A.Jolowicz, La jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la règle du précédent. In: Archiv. philos. DR., T.30, 1985, p. 105.
- J, C.Gray, Nature and sources of Law, NEW York The MACMILLAN Co., 1931m p, 82.
- R. David et c. jauffret- Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.
- D Poirier. Sources de la Common Law, op. cit., p. 67.
- HLevy- ullmann, le système juridique de l, Angieterre, t. I, op. cit, p.p 19 et s. Dpoirier, sources de la common Law, op. cit., p.p 53 et s: c.k. Allen law in the Making. 7e ed., oxford , clarendon press, 1964
- M.EL Shakankiri, La philosophie juridique de Jeremy Bentham, paris, L.G.D.,j 1970.
- p. Wesley- smith , Theories of Adjudication and the status of stare Decisis,, in ; L GOLDSTEIN , DIR ., PRECEDENT IN LAW OXFORD , clarendon press 1987, p.p. 73 – 74 .
- E. Campbell, dir., lectures on jurisprudence, London Murray 1885, p.634.
- K. Allen, law in the Making, e ed., Oxford, Clarendon press 1964, pp. 187- 188.
- T.E.Lewis, The History of judiciai precedent .... (1930) 46 L.Q.Rev.p.p.207et s.p.p. 341 ET. (1931) 47 L.Q.Rev.p.p.411et s( 1932)48 lq .rev .p.p. 230 et s .
- حكم مجلس اللوردات في قضية
- London street Tramways co. Ltd c.London country1898 A. C.375 – Chambre des lords
- حكم الصادر في القضية:
- Young c. Bristol Aeroplace co.ltd, 1946A.C. 163.

- H.A.Hubbard, le processus judiciaire du common law m1968,28, Revue du Barreau p 1-35, voir p. 4
- W.S. Holdsworth. Sources and Literature of English Law,op. cit p.p69. and n
- Blackstone, Commentaires.....op.cit. , t, I, p.85. .
- Blackstone. Commentaires ....op.cit. t. I, p. 270 (The making of the laws is entirely the work of a distinct part, the legislative branch, of the sovereign power).  
Dicey, Droit ET opinion publique en Angleterre, trad française p. 153, مشار اليه, H. Levy ULLmann op.cit. p. 337.
- Dicey, Introduction to the study of the law of constitution, Chap. I (the nature of parliamentary sovereignty ),

H,LEVY- Ullmann, op. cit. , ; مشار إليها في:  
p.360,Note(1).

- W.S. Holdsworth , A History .....OP.CIT., t,II, P 430ar.d n.  
Attorney general for the قاضية -  
province of Ontario  
Fatehi (1984) 2R.C.S.536.
- J.Vanderlinden , Histoire de la :  
Common law, Quebec, Canada, les editions Yvon Blais Inc.,  
1996 Avant – propos : G. Rouhette, , Le genre de Common law  
Bruxelles, Bruyant, 1995, p. 311.
- R. David et c. Jauffret- Spinosi, Les grands systemes de droit  
contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.
- R.Alexy, A Theory of Legal Argumentation ....op. cit., p. 274
- Boulanger, Jurisprudence, in: Encyclopedie Dalloz, Civ. III.
- Cuq (E.) ; Manuel des institutions juridiques des romains, paris  
1917
- Elliot (C.), Eric (J.), Vernon (C.): French legal system, Second  
edition, Longman, 2006, p.

- Sir Frederick Pollok and Frederic William Maitland «the History of English Law before the Time of Edward I. Second Edition»Cambridge «Volume I.
- Theodore F. T. Pluknett «A Concise History of the Common Law. London 1948.
- Edward Jenks. A Short History of English Law. London 1949
- , T.1, P.3 et SS. Girard (P.F.) , Manuel élémentaire de droit romain, 2 Ed. , paris, 1901, P.15 et SS. May (g.) , Eléments de droit romain, 18ed. , 1932, P.25et SS. Giffard (E.) , Droit romain, paris, 1932 P. 14. Brühl (L.) , Répétitions écrites de droit romain, paris, 1936, p.13 et SS. Huvelin (P.) , Cours élémentaire de droit romain 2ed. , 1929. p. 22 et SS. Monier (E.): Manuel de droit romain, 5ed. , t.1 P.15. Petit (E.,) Traite élémentaire de droit romain, Paris, 1909; P. 15. Gaudemt (g.), Institution de l'antiquité, 1998, P. 79. Schmidlin (B.)&Cannata, Droit prive romain, t.2, Bruxelles, 1984, P. 15 ET ss.

- د زكي مصطفى

The Common law in the Sudan

London, 1971

- Jean D'Esme, « Ce Maroc que nous avons fait », Hachette 1955, page 264
- R. Montaigne "الثورة في المغرب" La révolution au Maroc في كتابه "الثورة في المغرب" France Empire, 1953, page 187
- P. Deumier «création du droit et rédaction des arrêts par la cour de cassation » dalloz 2007, p 56.
- J.L. Evade: "la réduction des clauses pénales excessives. Propos de la loi du 09 juillet 1975 modifiant les arts. 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale", Gazette du palais, 9-10 juillet 1976, p: 5.
- G. Hubrecht: "La revisibilité judiciaire des clauses pénales (loi n°75-597 du 9 juillet 1975), Gazette du palais, 18-20 janvier 1976, p: 2.
- G. Paisant: "Dix ans d'application de la réforme des articles 1152

et1231 du code civil relative à la clause pénale", Revue trimestrielle de droit civil, n°4,1984-1985, p:647.

- Boulanger, Jurisprudence, in : Encyclopedie Dalloz , Civ . III.
- J.A.Jolowicz, La Jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la regie du precedent, in Archiv . philos. Dr., T.30, 1985, p.105.
- H.A. Hubbard, Le processus judiciaire du common law , op. c.
- Maher et p.l. waller , derham , maham , waller , an introduction to law op. cit. p. 169
- J, baleyte, a. kurgansky, c, laroche et j. spindler, dictionnaire juridque, paris, editions de Navarre, 1977, p. 214
- fiction راجع Dictionnaire petit Robert
- F. Maher et p.l. Waller ....op.cit. p.169.
- J.J. Eisenhower, four theories of precedent and its role in judicial decisions, (1988) 61 temp. L.Rev. 871: j. Evans, change in the doctrine of precedent during the nineteenth century, in: l. Goldstein. Dir., precedent in law, oxford, Clarendon press, 1987, pp. 35 ets.
- Reine ضد Mcinnis راجع الحكم في قضية
- (1973) , IO.R. (2E) , 1,P.11,13C.C.C.(2E) 225(C.A.).
- B Dickson, the Role and function of judges, 1980, 14 l. soc. Gaz. 138, p. 182.
- R David et C. Jauffret – Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains, 9eme ed. Op. cit., p. 432.
- Ahumada Ruiz, María Angeles
- في دراسة حول قاعدة الأغلبية في صياغة الفقه الدستوري، المجلة الأسبانية للقانون الدستوري، العدد 58 لسنة 2000، صفحة 178.
- Georg JELLINEK في كتاب Verfassungsänderung und
- Christian FÖSTER المترجم للاسبانية من قبل Verfassungswandlung
- ، منشورات مركز الدراسات السياسية والدستورية الاسباني، مدريد

في مقالاتها التغير Ana Victoria SÁNCHEZ URRUTIA أنقل عن 1991  
الدستوري وسلطة الدستور الموضوعية، المجلة الإسبانية للقانون الدستوري  
112، صفحة 2000 سنة

- GAUCHET, MerceL في كتاب ثورة السلطات La Révolution des Pouvoirs؛ منقول عن البروفيسور 46، صفحة 1995 باريس Garcia de Enterría في كتابه الموسوم "القضاة، الديمقراطية ومراقبة السلطات/ Jueces Democracia y Control de la Administración، أنفأ، 133 و 134 صفحة
- J Stone precedent and law; dynamics of common law growth Sydney, butterworths, 1985, p. 236-271.
- Cuq (E.) ; Manuel des institutions juridiques des romains, paris 1917, T.1, P.3 et SS. Girard (P.F.) , Manuel élémentaire de droit romain, 2 Ed. , paris, 1901, P.15 et SS. May (g.) , Eléments de droit romain, 18ed. , 1932, P.25et SS. Giffard (E.) , Droit romain, paris, 1932 P. 14. Brühl (L.), Répétitions écrites de droit romain, paris, 1936, p.13 et SS. Huvelin (P.) , Cours élémentaire de droit romain 2ed. , 1929. p. 22 ET SS. Monier (E.): Manuel de droit romain, 5ed. t.1 P.15. Petit (E.) Traite élémentaire de droit romain, paris, 1909 ; P. 15. Gaudemt (g.), Institution de l'antiquité, 1998, P. 79. Schmidlin (B.)& Cannata, Droit prive romain, t.2, Bruxelles, 1984, P. 15 et ss.
- Elliot(C.) , Eric(J.) , Vernon(C.): French legal system, Second edition, Longman, 2006, p.
- Roman law played a crucial part in the historical development of the French legal system. Some parts of modern French law , especially contract law , are indeed still based on it.
- د زكي مصطفى The Common law in the Sudan London، 1971

أهم مواقع الانترنت التي تعرض لها الموضوع:

- <http://www.alukah.net/culture/0/60622/#ixzz56eFGVvIm>
- <http://www.egyptianoasis.net/showthread.php?t=72436>
- <https://www.masress.com/albawabh/2389246>

- <http://tamazirtpress.net/news10177.html>
- [http://m.ahewar.org/s.asp?aid=512458&r=0&cid=0&u=&i=0&q =](http://m.ahewar.org/s.asp?aid=512458&r=0&cid=0&u=&i=0&q=)  
<https://islamqa.info/ar/128024>
- عبد الرحمن بلوش، "ورقة حول القضاء العرفي الامازيغي، أزرف"، مساهمة في ندوة القانون والمجتمع بالمغرب، ١٧-١٩ دجنبر ٢٠٠٣ (الأحد ٦ دجنبر ٢٠١٥، الحادية
- جان ديسم، "هذا المغرب الذي صنعناه"، المرجع السابق بتاريخ ٤ شتتبر ٢٠١٤ نشرت جريدة أخبار ميدلت على الشبكة العنكبوتية
- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد ٩٧٧ بتاريخ ١٠ - ٠٤ - ١٩٩١ في الملف المدني عدد ٣٣٧٤ / ٨٥
- الموسوعة الفقهية، نشرت بتاريخ ١٨ / ٤ / ٢٠٠٩
- لويل كودو السوداني، العدد رقم ١٠١٥ - ص ١١ : ١٨ لسنة ٢٠٠٨ / ٩
- المصدر موقع وزارة العدل - دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥
- المصدر موقع النيلين سودانيين ترايبون [www.alnilin.com](http://www.alnilin.com) - السبت ١٠ كانون الثاني (يناير) ٢٠١٥
- فتاوى اللجنة الدائمة الشيخ عبد العزيز بن باز، الشيخ عبد الرزاق عفيفي، الشيخ عبد الله بن غديان، الشيخ عبد الله بن قعود (5 / ١٧ ، ١٨)
- الطيب البواب: "المجلس الأعلى وتوحيد التشريع"، مداخلة قدمت ضمن الندوة التي نظمت بمناسبة الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى بتاريخ ٢٠ / ١٨ دجنبر ١٩٩٧، مطبعة الأمنية، الرباط ١٩٩٩.

**أثر السبب الأجنبي على الضمان  
في قانون المعاملات المدنية الإماراتي  
دراسة تحليلية على ضوء ما جاء في الفقه الإسلامي**

د. عبد الله خليل الفرا  
كلية الحقوق  
جامعة الأزهر - غزة  
فلسطين

د. إياد محمد جاد الحق  
كلية القانون  
جامعة أبو ظبي  
الإمارات العربية المتحدة





## ملخص

يتناول هذا البحث دراسة وتحليل ومناقشة أثر السبب الأجنبي على الضمان في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مع الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي باعتباره المصدر التاريخي لهذا القانون. وذلك بهدف الوصول إلى مدى دقة وكفاية وعدالة المعيار الذي اتخذته المشرع الإماراتي في تحديد المسؤول عن الضمان عند وجود السبب الأجنبي، ومدى توافق هذا المعيار مع النصوص القانونية والفقه الإسلامي، للتوصل إلى أفضل المعايير التي تحقق الحماية والعدالة في تحديد المسؤول عن هلاك الشيء محل الالتزام أو استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، بالإضافة إلى توضيح أثر السياسة التشريعية في تنظيم المسؤولية التقصيرية على الضمان. وقد توصل البحث إلى أن معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد غير مجدٍ في كل الحالات ولا ينسجم مع نصوص القانون، أما معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة فهو معيار مقبول ودقيق وشامل ومنطقي وعادل، وأن السياسة التشريعية في تنظيم المسؤولية التقصيرية تحدد أثر السبب الأجنبي على الضمان، وأن موقف المشرع في تنظيمه للمسؤولية التقصيرية يحتاج إلى مراجعة، لكي يتحقق التناسق والتناغم بين النصوص القانونية والهدف منها، وغيرها من النتائج والتوصيات.

## **Abstract**

This research studies, analyzes and discusses the impact of extraneous cause on reparation in the UAE Law on Civil Transactions, making reference to the provisions of Islamic jurisprudence, this being the historical source of the said law. It aims at determining the extent to which the criterion adopted by the UAE legislators, while deciding who is liable for reparation, when an extraneous cause is present, is accurate, sufficient and just. It seeks to explore the conformity of this criterion with the provisions of law and of Islamic jurisprudence, in order to reach the best criteria that lead to protection and justice in the course of deciding who is liable for the damage of the item in hand, or, otherwise deciding that performance is impossible due to an extraneous cause. It further explains the impact of the legislative policy, while regulating the tort liability, on reparation. The research concluded that: the differentiation between bilateral contracts and unilateral contracts is not effective in all cases and is inconsistent with the provisions of law; the differentiation between liability-based possession and trust-based possession is acceptable, accurate, comprehensive, logical and just; the legislative policy regarding the regulation of tort liability determines the impact of extraneous cause on reparation; and the regulation by the UAE legislators of tort liability needs reconsideration, in order to create harmony between the legal provisions and their objectives; these are in addition to other conclusions and recommendations.

## مقدمة

إن حماية أموال الناس وأبدانهم تتطلب مساءلة كل من يسبب ضرراً لهم، بحيث يلتزم مُحدث الضرر بضمان ما نتج عن فعله، وهذا ما نظّمه المشرع الإماراتي في العديد من النصوص في قانون المعاملات المدنية، التي سَطّرت القواعد والأسس اللازم توافرها لضمان الضرر الذي يصيب أي شخص من جراء فعل آخر. فقد نظم المشرع المسؤولية المدنية بنوعيتها: المسؤولية عن الفعل الضار والمسؤولية العقدية، محدداً أركانها، كما نظم السبب الأجنبي باعتباره سبباً ينفي المسؤولية. ويتناول هذا البحث مناقشة وتحليل وتأصيل أثر السبب الأجنبي على الضمان، من حيث تحديد الضامن في حالة وجود سبب أجنبي، والمعيار الذي استند إليه المشرع في هذا التحديد.

وتتمثل مشكلة البحث في تحليل مدى دقة وكفاية وعدالة المعيار الذي اتخذته المشرع في تحديد المسؤول عن الضمان عند وجود سبب أجنبي، ومدى توافق هذا المعيار مع النصوص القانونية التي تضمنها قانون المعاملات المدنية. بالإضافة إلى الرجوع إلى الأحكام التي نظمها الفقه الإسلامي بهذا الخصوص، والمعيار الذي استند إليه في تحديد المسؤولية عن الضمان عند وجود السبب الأجنبي، على اعتبار أن الفقه الإسلامي يعتبر المصدر التاريخي لقانون المعاملات المدنية، وصولاً إلى توضيح مدى الاتفاق أو الاختلاف بينهما.

وتتمثل أهمية البحث في تحديد أفضل المعايير التي تحقق الحماية والعدالة بخصوص ضمان هلاك الشيء محل الالتزام أو استحالة التنفيذ بسبب أجنبي. ومناقشة وتحليل آراء شراح القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص، وموقفهم من الاتفاق على خلاف أحكام الضمان عند وجود السبب الأجنبي. بالإضافة إلى تحديد أثر السياسة التشريعية في تنظيم المسؤولية التقصيرية على الضمان، ومدى عدالة الاتجاه الذي اعتنقه المشرع الإماراتي.

وسيتمتع البحث على المنهج التحليلي للنصوص الواردة في قانون المعاملات المدنية وآراء فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية، مع الرجوع إلى أحكام القضاء

الإماراتي، وموقف التشريعات العربية الأخرى وفقاً لما يتطلبه البحث. وفي البداية سأشرح ماهية كل من السبب الأجنبي والضمان باختصار تحقيقاً لأهداف البحث، ومن ثم الدخول في جوهر البحث المتعلق بمعايير تحديد المسؤول عن الضمان عند وجود السبب الأجنبي. وعليه ستكون خطة البحث على النحو الآتي.

**تمهيد: ماهية السبب الأجنبي والضمان.**

**المبحث الأول: أثر السبب الأجنبي على الضمان في المسؤولية العقدية.**

**المبحث الثاني: أثر السبب الأجنبي على الضمان في المسؤولية التقصيرية.**

**المبحث الثالث: الاستبعاد الاتفاقي لأحكام الضمان.**

## تمهيد

### ماهية السبب الأجنبي والضمان

#### أولاً: السبب الأجنبي:

يتمثل السبب الأجنبي بوجود وقائع أو ظروف تكون هي السبب في إحداث الضرر، وهو يؤدي بذلك إلى نفي علاقة السببية<sup>1</sup> بين فعل الإضرار والضرر، وبالتالي عدم قيام المسؤولية وعدم التزام محدث الضرر بالضمان لانقضاء ركن من أركان المسؤولية وهو علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر.<sup>2</sup> وتنص المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك". ويتضح من هذا النص أنه على محدث الضرر أن يثبت أن الضرر كان نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه، فإذا نجح في ذلك لا تقوم المسؤولية لانقضاء علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر ولا يُلزم مرتكب الفعل بالضمان، والسبب الأجنبي إما أن يكون قوة قاهرة<sup>3</sup>

<sup>1</sup> It is a causal link between the breach and the plaintiff's injury, or it is reasonable connection between the act or omission of the defendant and the damage which the plaintiff has suffered. This suggests that the cause must be proximate: Proximate cause is a major element of any negligence action. Beth Walston Dunham, Introduction to Law 333 (Thomson: New York, Fourth Edition, 2004); Ewan MacIntyre & Josephine Bisacre, Scottish Business Law (Pearson: Harlow, First Edition, 2013), p. 82.

<sup>2</sup> يذهب رأي إلى أن السبب الأجنبي ينفي عن الفعل الضار وصف الخطأ، وليس علاقة السببية، وتبرير ذلك أن الفعل يصدر عن الشخص دون وجوب إدراك وإرادة حقيقية، وعليه لا يمكن أن ينسب خطأ إلى المدعى عليه، علاوة على أن سلوك الشخص الذي يقاها بقوة قاهرة مثلاً لا يخرج عن سلوك الشخص العادي، لذلك لا ينسب له خطأ. محمد زهرة، المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (أبو ظبي: جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣)، ص ٢٣١.

<sup>3</sup> يعالج القانون الإنجليزي القوة القاهرة تحت مسمى (Law of frustration)، والذي يوسع من نطاق ما يعتبر قوة قاهرة، حيث يدخل ضمنها الأمور المتعلقة بالأداء الفني (technical performance) والأساس الاقتصادي للتعاقد (economic foundation of the contract)، وهذا على خلاف القانون الفرنسي الذي يعتبر تحقق الاستحالة المادية أو القانونية فقط (physical or legal impossibility) من قبيل القوة القاهرة.

The doctrine of frustration deals with situations where circumstances change after a contract has been made and this makes performance impossible, or at least significantly different from what was intended. Ewan McKendrick, Force Majeure and Frustration of Contract (Oxon: Informa Law from Routledge, Second Edition, 2013), 6. Richard Stone & James Devenney,

أو فعل المضرور أو فعل الغير.<sup>1</sup> وقد استقى المشرع الإماراتي التنظيم القانوني للسبب الأجنبي بأنواعه الثلاثة من الفقه الإسلامي، الذي يذهب الى اعتباره سبباً لنفي علاقة السببية بين الفعل والضرر.<sup>2</sup>

من الجدير بيانه أن القوة القاهرة والحادث الفجائي والآفة السماوية هي مترادفات لمفهوم واحد، لكن الفقه الإسلامي يستخدم اصطلاح الآفة السماوية، والقانونيين يستخدمون اصطلاح القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.<sup>3</sup> وحتى تعتبر الواقعة قوة القاهرة<sup>4</sup> يجب أن يكون من المستحيل توقعها،<sup>5</sup> وأن يكون من المستحيل دفعها،<sup>6</sup> وأن تكون السبب الوحيد في إحداث الضرر،<sup>1</sup> وألا يتسبب المدعى عليه في وقوعها.<sup>2</sup>

---

The Modern Law of Contract (Oxon: Routledge, Eleventh Edition, 2015), 419.

ويتضح من ذلك أن القانون الإنجليزي يساوي بين الحوادث التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وبين تغيير الظروف الاقتصادية للتعاقد والتي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فقط وليس مستحيلاً، بحيث يؤدي أي منهما إلى إنهاء العقد أوتوماتيكياً (automatic termination). وهذا على خلاف القانون الفرنسي والقانون الإماراتي الذي يطبق على حالة تغيير الظروف الاقتصادية نظرية الحوادث الاستثنائية التي تعطي للمحكمة صلاحية تعديل العقد إلى الحد المعقول بهدف التخفيف من حدة الإرهاق، دون أن يكون من شأن ذلك إنهاء العقد. إياها جاد الحق، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العقد والتصرف الإنفرادي (الشارقة: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الأولى، ٢٠١٤)، ص ٢٠٨ وما بعدها.

1 جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥)، ص ٥٣٣. ويظهر أثر القوة القاهرة في نفي علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر بشكل ملحوظ في إطار المسؤولية العقدية، ومثال ذلك قيام حرب أو اضطرابات أو انتشار أمراض أو أوبئة أو نشوب حريق أو حالات سرقة أو اضطرابات أو زلازل أو فيضانات أو عواصف، فكل هذه الأمور تعتبر قوة القاهرة يترتب عليها نفي علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر وعدم قيام المسؤولية، وبالتالي لا يُسأل المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه بسبب وجود قوة القاهرة. سمير تناعو، مصادر الالتزام (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥)، ص ٢٠٥. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٥٣٣.

2 انظر أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية والأمثلة على السبب الأجنبي وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع (دمشق: دار الفكر، الطبعة الرابعة والثلاثون، ٢٠١٤)، ص ٦٧٩ وما بعدها.

3 محمد زهرة، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

4 انظر شروط القوة القاهرة

Adnan Amkhan, Force Majeure and Impossibility of Performance in Arab Contract Law, Journal Arab Law Quarterly 6(3) (1991): 297-308. Ewan McKendrick, 24 et seq.

5 يقصد بذلك أن يستحيل استحالة مطلقة على الشخص العادي أن يتوقع حدوثه، فالتوقع يقاس بمعيار موضوعي وليس شخصي. والعبارة بعدم التوقع وقت وقوع الحادث في المسؤولية عن الفعل الضار، أما في المسؤولية العقدية فتكون العبارة بعدم التوقع وقت التعاقد. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العقد والتصرف الإنفرادي (الشارقة: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الرابعة، ٢٠١٤)، ص ١٣٣.

6 يقصد بالاستحالة المطلقة، ويقاس وجود الاستحالة في دفع الحادث بمعيار الشخص العادي في ظل ظروف المدعى عليه الظاهرة، وعليه يكفي أن يثبت المدعى عليه أن الرجل العادي كان يستحيل عليه

كذلك يعتبر فعل المضرور سبباً أجنبياً يؤدي إلى نفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر،<sup>٣</sup> بشرط أن يستغرق فعل المضرور فعل المدعى عليه. وتفترض هذه الصورة أن يكون الضرر نتج عن فعلين، فعل صادر من المضرور وفعل صادر من المدعى عليه في الدعوى التي رفعها المضرور يطلب التعويض، وحتى تنتفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر يجب أن يكون فعل المضرور قد استغرق فعل المدعى عليه، ويحدث ذلك إذا كان فعل المضرور أشد من فعل المدعى عليه أو إذا كان فعل المضرور هو الذي سبب فعل المدعى عليه.<sup>٤</sup> ومثال هذه الحالة أن يلقي شخص بنفسه أمام سيارة مسرعة بهدف الانتحار فيصاب أو يموت، فتنتفي في هذه الحالة علاقة السببية بين فعل السائق المسرع والضرر، ولا يتحمل السائق الضمان.<sup>٥</sup>

أخيراً يعتبر فعل الغير سبباً أجنبياً ينفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر ويؤدي إلى عدم قيام مسئولية المدعى عليه، ولكن يشترط لذلك استغراق (طغيان) فعل الغير لفعل المدعى عليه، وفعل الغير يستغرق فعل المدعى عليه إذا كان أشد منه أو إذا كان هو السبب في فعل المدعى عليه.<sup>٦</sup> وعليه فإن حالة فعل الغير تفترض وقوع فعل إضرار من المدعى عليه وفعل إضرار من الغير، ومن الأمثلة على ذلك أن يقوم

---

في ذات الظروف أن يتوقع الحادث أو أن يتغلب عليه، حتى يتخلص من المسؤولية عن تعويض المضرور. إياك جاد الحق، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

<sup>١</sup> تعتبر القوة القاهرة سبباً للإعفاء من المسؤولية وليس التخفيف منها، وهذا يعني أن تتسبب القوة القاهرة وحدها في إحداث الضرر. وعليه إذا وجدت قوة القاهرة واشترك معها فعل المدعى عليه في إحداث الضرر، فإن المدعى عليه يسأل مسؤولية كاملة عن تعويض الضرر، ولا مجال لتخفيف مسؤوليته وتحمله جزءاً من التعويض فقط. محمد زهرة، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

<sup>٢</sup> إذا تسبب المدعى عليه في وقوع الحادث الذي سبب الضرر، فإن هذا الحادث لا يعتبر قوة القاهرة حتى ولو كان غير متوقع ولا يمكن دفعه. ومثال ذلك أن يتسبب المدعى عليه بفعله في جموح الحصان مما أدى إلى إصابة الغير بضرر، ففي هذه الحالة يسأل المدعى عليه عن تعويض المضرور حتى ولو كان فعل الحصان غير متوقع ولا يمكن دفعه. محمد زهرة، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

<sup>٣</sup> تنص المادة (٢٩٠) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان أو لا يحكم بالضمان، إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في أحداث الضرر أو زاد فيه".

<sup>٤</sup> حسام الدين الأهنائي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية (القاهرة: ١٩٩٨)، ص ٢٣٢. الشرفاوي، ص ٥٣٤.

<sup>٥</sup> رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام (القاهرة: دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦)، ص ٣٧٥.

<sup>٦</sup> إياك جاد الحق، المرجع السابق، ص ٢٢٦.



شخص بحفر حفرة عميقة مما أدى إلى وقوع سيارة مسرعة في هذه الحفرة وإصابة أحد المارة بضرر نتيجة لوقوع السيارة في الحفرة، ففي هذه الحالة يتحمل الغير (من حفر الحفرة) المسؤولية كاملة لأن فعله يعتبر عمدياً تمثل بقيامه بحفر الحفرة، وهو الفعل الأصلي الذي يستغرق فعل المدعى عليه - السائق الذي رفع عليه المضرور الدعوى ليطالبه بالتعويض - بحيث تنتفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه وهو سائق السيارة المسرعة وبين الضرر ولا يُسأل المدعى عليه.<sup>1</sup>

### ثانياً: الضمان:

يقصد بالضمان عدة معان،<sup>2</sup> منها الكفالة<sup>3</sup> والالتزام، إلا أن المعنى المقصود في إطار هذا البحث هو معنى الالتزام، أي الالتزام بتعويض الضرر الذي أصاب الغير.<sup>4</sup> ولم يعرف المشرع الإماراتي الضمان، بينما عرفته مجلة الأحكام العدلية<sup>5</sup> في المادة (٤١٦) بما يلي: "الضمان: هو إعطاء مثل الشيء إن كان من الأشياء المثلية، أو

1 عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام (القاهرة: نهضة مصر، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠١١)، ٥٠٦.  
2 محمد زهرة، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها.

3 A. James Barnes & Terry Dworkin & Eric Richards, Law for Business (Indiana: McGraw-Hill Higher Education, Seventh Edition, 2000), 220. Suhaimi Ab Rahman, 'The Influence of Guarantees in the United Arab Emirates', Journal Arab Law Quarterly 22(4) (2008): 341.

4 علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، الطبعة الأولى، ١٩٧١)، ص ١١. وعرفه آخر بأنه شغل الذمة بتعويض مالي جبراً لضرار أصاب الغير في ماله أو في نفسه. أحمد موسى، ضمان المستأجر في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ٣٨(٢) (٢٠١١): ٤٦٣-٤٨٠.

5 مجلة الأحكام العدلية عبارة عن تقنين للمعاملات المدنية تم وضعه بجهود فقهاء الشريعة الإسلامية زمن الدولة العثمانية عام ١٢٩٣ هـ، بعدما أصبح التقنين ضرورة شرعية لتحقيق العدالة، وكانت مطبقة على كل المناطق التي حكمتها الدولة العثمانية، وقد كُتبت باللغة التركية ثم ترجمت إلى اللغة العربية، ثم ألغتها تركيا بعد الحرب العالمية الأولى ووضعت قانوناً مدنياً على غرار القانون المدني السويسري مع بعض التعديلات، ثم بدأت الدول العربية تلغيها واحدة تلو الأخرى، واستبدلتها بقانون مدني على غرار القوانين المدنية الغربية، وقد تم استقاء أحكام هذا التقنين من فقه المذهب الحنفي في الشريعة الإسلامية. محمد الحسن البغا، "التقنين في مجلة الأحكام العدلية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ٢٥(٢) (٢٠٠٩): ٩٨ وما بعدها.  
من الجدير بيانه أن مجلة الأحكام العدلية ما زالت مطبقة في فلسطين حتى الآن (قطاع غزة والضفة الغربية)، وفي سبيل توحيد وتطوير القوانين في فلسطين شكّلت لجنة لإعداد مشروع لقانون مدني فلسطيني، وقد قامت بذلك فعلاً، واستقتت أحكام هذا المشروع من مجلة الأحكام العدلية وغيرها من التشريعات المطبقة في قطاع غزة والضفة الغربية وأحكام القضاء والتقنينات الحديثة والشريعة الإسلامية. المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني (غزة: ديوان الفتوى والتشريع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥)، ص ١ وما بعدها.

قيمته إن كان من الأشياء القيمية".<sup>1</sup> وقد شرّع الضمان بهدف المحافظة على أموال الناس وأنفسهم وجبر الضرر<sup>2</sup> وتحقيق الردع الخاص والعام،<sup>3</sup> حيث يعتبر الأثر المترتب على المسؤولية المدنية عند توافر شروطها،<sup>4</sup> وذلك وفقاً للمادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية التي جاء فيها: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

وللضمان نوعان هما: الضمان العيني والضمان بمقابل، والضمان العيني عبارة عن إصلاح الضرر بشكل كامل من خلال إعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو رد الشيء إلى مالكه، وهذا هو الأصل طالما كان ممكناً، وطلبه الدائن أو عرضه المدين، أما الضمان بمقابل فهو غالباً ما يتمثل بالتعويض النقدي الذي يدفعه المدين للدائن.<sup>5</sup> والضمان في القانون قد يكون مصدره العقد المبرم بين الطرفين، بحيث إذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته الناشئة عن العقد فإنه يضمن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر

---

<sup>1</sup> الأشياء المثلية هي التي تتماثل أو تتقارب آحادها أو أجزاءها بحيث يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء دون أي فرق يعتد به، وتقدر الأشياء المثلية في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن، ومثالها القماش من نوع واحد والحبوب من نوع واحد والقطن من نوع واحد. أما الأشياء القيمية فهي ما تتفاوت آحادها في الصفات أو في القيمة فتفاوتاً يعتد به بحيث لا يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء، ومثالها عقار معين أو سيارة معينة أو حيوان... الخ. حسن كبيره، المدخل إلى القانون (الاسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٩٣)، ص ٧٢٠.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٦٦٤.

John Cooke, Law of Tort (Liverpool: Pearson Longman, 9<sup>th</sup> Edition, 2009), 12. Dunham, 326.

إن تعويض الأضرار في المسؤولية العقدية يهدف إلى وضع المتعاقد المضرور في نفس الحالة التي سيكون فيها لو تم تنفيذ العقد، بينما تعويض الأضرار في المسؤولية التقصيرية يهدف إلى وضع المضرور في نفس الحالة التي سيكون عليها لو لم يرتكب الفعل الضار.

Peter Van Wijck & Jan Kees Winters, The Principle of Full Compensation in Tort Law, European Journal of Law and Economics 11(3) (2001): 319-332. P. 330. MacIntyre & Bisacre, 78.

<sup>3</sup> Benjamin Ewing, The Structure of Tort Law, Revisited: The Problem of Corporate Responsibility, Journal of Tort Law 8(1-2) (2015): 1-28.

ولتوضيح هذا الهدف يقول Jansen إن فكرة المسؤولية القانونية تعتبر وسيلة فعالة بشكل كبير عندما ترتقي بأخلاق الناس إلى مستوى الشعور بالمسؤولية.

Nils Jansen, 'The Idea of Legal Responsibility', Oxford Journal of Legal Studies 34(2) (2014): 252.

<sup>4</sup> محمد زهرة، المرجع السابق، ص ٤٤٧.

<sup>5</sup> أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة التاسعة، ٢٠١٦)، ٣٥٣.

إذا توافرت أركان المسؤولية، وتسمى المسؤولية في هذه الحالة "المسؤولية العقدية". وعند عدم وجود عقد بين الطرفين، وسبب أحدهما ضرر للآخر فإنه يضمن، ويكون مسؤولاً عن تعويض المضرور، لأنه أخل بالالتزام العام الذي يقع على عاتق كافة الناس وهو الالتزام بعدم الإضرار بأحد، وتسمى المسؤولية في هذه الحالة "المسؤولية عن الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية".<sup>1</sup>

ويفرق الفقه الإسلامي بهذا الخصوص بين ثلاثة أنواع من الضمان، هي: ضمان العقد وضمن اليد وضمن الإلتلاف،<sup>2</sup> ويقصد بضمن العقد الضمان الذي ينشأ في حالة وجود عقد بين الطرفين بهدف تعويض مال تالف، ويقصد بضمن اليد الضمان الذي يترتب على وجود الشيء في يد غير المالك، ويقصد بضمن الإلتلاف الضمان الذي يترتب على ارتكاب فعل يسبب ضرراً لأي شخص في حالة عدم وجود عقد بين الطرفين.<sup>3</sup> ويتضح من ذلك أن كلاً من ضمان الإلتلاف وضمن اليد يشيران إلى الضمان الذي يطلق عليه في القانون الضمان الناشئ عن المسؤولية عن الفعل الضار "المسؤولية التقصيرية"، أما ضمان العقد فيشير إلى الضمان الناشئ عن المسؤولية العقدية.<sup>4</sup>

## المبحث الأول

### أثر السبب الأجنبي على الضمان في المسؤولية العقدية

يوجد معياران بخصوص تحديد أثر السبب الأجنبي على الضمان في قانون العقد، وهما معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، ومعيار التفرقة بين عقود الضمان وعقود الأمانة. وسأتناول هذان المعياران بالشرح والتحليل والتأصيل، ومن ثم موقف قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

<sup>1</sup> عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية (الرباط: دار الأمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨)، ص ١٤ وما بعدها.

Tort is a civil wrong by a party, other than breach of contract that results in injury to the private rights or interests of another party. Dunham, Ibid, p. 326.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧١٦ وما بعدها.

<sup>3</sup> أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢٩٨ وما بعدها.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧١٦.

## أولاً: التفرقة بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد:

يعتبر تقسيم العقود إلى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد من أكثر التقسيمات أهمية، بل هو التقسيم الرئيسي للعقود من ناحية الالتزامات التي تنشأ عن العقد.<sup>1</sup> والعقد الملزم للجانبين هو العقد الذي يُنشأ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد، ومثال ذلك عقد البيع وعقد الإيجار... الخ.<sup>2</sup> أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذي ينشأ التزامات على عاتق أحد طرفي العقد، ومثال ذلك عقد الهبة وعقد الوديعة بدون أجر وعقد الإعارة... الخ.<sup>3</sup>

وتنص المادة (١/٢٧٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، ينقضي الالتزام المقابل له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه". كما تنص المادة (٤٧٢) على أنه: "ينقضي الحق إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه".

<sup>1</sup> Kubasek et al, Dynamic Business law (Ohio: McGraw-Hill Education, Custom Edition, 2010), 346.

انظر الرأي المخالف في الفقه الأنجلو أمريكي

Samuel J. Stoljar, The False Distinction between Bilateral and Unilateral Contracts, The Yale Law Journal 64(4) (1955): 515-536.

<sup>2</sup> نزيه المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠)، ٤٠.

Barnes & Dworkin & Richards, 118. Dunham, 247. Richard Stone & James Devenney, 46.

<sup>3</sup> عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (أبو ظبي: جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠)، ص ٣٢. أبو السعود، ٢٤. ويعتبر عقد الإعارة عقد ملزم لجانب واحد هو المستعير فقط، أما المعير فلا يقع على عاتقه أي التزام، لأن عقد الإعارة يعتبر من العقود العينية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أي من العقود التي لا تنعقد إلا بالتسليم (المادة ٨٥٠)، لذلك لا محل للقول بوجود التزام على المعير بتسليم الشيء المستعار للمستعير، فالتسليم ركن لانعقاد العقد، لذلك إذا لم يتم لا ينعقد العقد أصلاً، أما إذا تم التسليم وتوافرت باقي الأركان الأخرى، يترتب على المستعير التزام بالمحافظة على الشيء المستعار وصيانته باذلاً العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله الخاص، كما يلتزم برد الشيء إلى المعير في الوقت المتفق عليه (المادة ٨٦١)، ويلتزم كذلك بالنفقات اللازمة لتنفيذ هذه الالتزامات (المادة ٨٦٢). عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، مصادر الالتزام (كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى، ١٩٩٩)، ص ٢٤.

ويتضح من هذين النصين أن استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي تؤدي إلى انقضاء الالتزام وانفساخ العقد بقوة القانون. ويذهب فقهاء القانون<sup>1</sup> بهذا الخصوص إلى أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي يضمنها المدين بالالتزام إذا كان العقد ملزماً للجانبين، ويضمنها الدائن بالالتزام إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد. وتطبيقاً لذلك إذا استحال على البائع تسليم الشيء المبيع للمشتري بسبب أجنبي، بعد انعقاد العقد وقبل التسليم، فإن البائع يتحمل تبعه الهلاك أو الاستحالة، لأنه مدين بالالتزام بالتسليم.<sup>2</sup> أما في عقد الوديعة بدون أجر إذا استحال على المودع لديه رد الشيء المودع للمودع بسبب أجنبي، فإن المودع هو من يتحمل تبعه الهلاك أو الاستحالة، لأنه دائن بالالتزام برد الشيء.<sup>3</sup> وعليه فإن معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد يتحدد على أساسه المسؤول عن الضمان عند استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي، حيث يكون الضمان على المدين بالالتزام في النوع الأول وعلى الدائن بالالتزام في النوع الثاني. وفي العقود الملزمة لجانب واحد إذا قام الدائن بإعذار المدين للوفاء بالالتزام قبل تحقق الاستحالة، يترتب على ذلك انتقال المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي، بحيث يتحملها المدين بدلاً من الدائن.<sup>4</sup>

وأعتقد أن هذا المعيار والنصين المذكورين سابقاً محل نظر للأسباب الآتية:

(أ) إن المادة (١/٢٧٣) وضحت حكم استحالة تنفيذ الالتزام عندما يكون العقد ملزماً للجانبين، ولم توضح الحكم عندما يكون العقد ملزماً لجانب واحد، وهذا يعتبر قصور في النص القانوني. بالإضافة إلى ذلك، تضمنت المادة القوة القاهرة فقط كسبب أجنبي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام،<sup>5</sup> في حين أن السبب الأجنبي قد يكون قوة

<sup>1</sup> أحمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢)، ص ٤٥. فتحي عبدالله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠١)، ص ٣٧. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣١. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٩١.

<sup>2</sup> Barnes & Dworkin & Richards, 321.

<sup>3</sup> سلطان، ٢٨.

<sup>4</sup> ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزامات، دراسة موازنة (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١١)، ٦٢٦.

<sup>5</sup> جاء في حكم لمحكمة النقض في إمارة أبو ظبي أنه: "إن تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة القاهرة هو تقدير موضوعي تملكه المحكمة في حدود سلطتها التقديرية، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب

قاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور كما سبق بيانه،<sup>1</sup> الأمر الذي يتطلب إعطاء نفس الحكم إذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن أي حالة من الحالات الثلاثة للسبب الأجنبي.

(ب) إن المادة (٤٧٢) نصت على أن استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، وذلك بدون التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد. لذلك أعتقد أن هذه المادة لو حدها كفيلاً بتحقيق الحكم الذي أراده المشرع عند استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي. وبناء على هذه الملاحظة والتي سبقتها أستطيع القول بأنه لا توجد أية أهمية للمادة (١/٢٧٣)، لذلك لا لزوم لها.

(ج) إن اتخاذ التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد كمعيار لتحديد الضامن في حالة استحالة التنفيذ بسبب أجنبي هو معيار غير دقيق وغير مجد في بعض الحالات. فعقد الرهن الحيازي هو عقد ملزم للجانبين، فإذا هلك الشيء المرهون عند الدائن المرتهن بسبب أجنبي، فإن المدين الراهن يضمن ذلك أي يتحمل المسؤولية، وذلك وفقاً للمادة (٢/١٤٧٨) من قانون المعاملات المدنية، وهذا الحكم ينسجم مع المعيار المذكور، لأن الدائن المرتهن هو المدين بالالتزام برد الشيء المرهون. ولكن إذا كانت قيمة الشيء المرهون الذي هلك بسبب أجنبي أكبر من مقدار الدين، فإن الدين ينقضي، وهذا يعني أن الدائن المرتهن تحمل الضمان بمقدار الدين، أما ما يزيد عن مقدار الدين من قيمة الشيء الهالك يضمنه المدين الراهن (وهو دائن بالالتزام برد الشيء)، وذلك وفقاً للمادة (٣/١٤٧٨) من قانون المعاملات المدنية. وهذا يعني أن المدين ضمن جزءاً والدائن ضمن جزءاً آخر، أي توزع الضمان على الاثنين. ويرجع السبب في ذلك إلى أن عقد الرهن الحيازي

---

سائغة". الطعان رقما ٣٥٢، ٣٥٥ لسنة ٢٠١٢ س ٧ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السابعة، الجزء الثاني (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٣)، ٥٩٩.

<sup>1</sup> وتأكيداً لذلك جاء في حكم لمحكمة النقض في إمارة أبو ظبي أنه: "الناقل البحري غير مسؤول إذا رجع الضرر إلى القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير". الطعان رقم ١٠٢٢ لسنة ٢٠١١ س ٦ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الرابع (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢)، ١٥٩٧.

يعتبر عقد ضمان بقدر ما يعادل الدين، وعقد أمانة بما يزيد عن الدين، بحيث إذا كانت قيمة الشيء المرهون أكبر من مقدار الدين، وهلك الشيء بسبب أجنبي عند الدائن المرتهن، فإنه يتحمل المسؤولية عن هذا الهلاك بمقدار الدين فقط، أما ما يزيد عن هذا المقدار فيعتبر أمانة عنده لا يضمنها إذا كان سبب الهلاك أجنبياً، أي لا يرجع إلى تعديه وتقصيره.<sup>1</sup> بالإضافة إلى ذلك فإن تطبيق هذا المعيار يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة، تتمثل في أن يتحمل المالك مسؤولية هلاك الشيء بسبب أجنبي رغم أنه هلك وهو في حيازة غيره، حيث وفقاً لهذا المعيار ينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي، الأمر الذي يؤدي إلى تحمل المالك مسؤولية الهلاك.<sup>2</sup>

يمكن أن أخلص إلى نتيجة وهي: أن هذا المعيار الخاص بتحديد أثر السبب الأجنبي على الضمان يعتبر غير مجدياً في كل الحالات، كما أنه لا يتوافق مع نصوص القانون ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة.<sup>3</sup> الأمر الذي يتطلب البحث في معيار آخر هو معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة، وهذا ما سنبحث فيه حالياً.

### ثانياً: التفرقة بين عقود الضمان وعقود الأمانة:

يفرق الفقه الإسلامي بين عقود الضمان وعقود الأمانة بخصوص أثر السبب الأجنبي على الضمان.<sup>4</sup> وعقود الضمان هي التي يتحمل فيها حائز الشيء المسؤولية عن هلاكه حتى ولو كان سبب الهلاك أجنبياً، أي بدون تعد أو تقصير من الحائز، أما عقود الأمانة فهي التي لا يتحمل فيها حائز الشيء المسؤولية عن هلاكه إذا كان سبب الهلاك أجنبياً، أي أنه يضمن فقط إذا كان سبب الهلاك هو تعديه أو تقصيره.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٧٣.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٩٢.

<sup>3</sup> انظر كذلك في عدم أهمية التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد، واعتبار هذه التفرقة غير مفيدة ولا حاجة لها.

Stoljar, Ibid, 515-536.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٧١. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٣٨.

<sup>5</sup> ويقصد بالتعدي ارتكاب فعل دون وجه حق، أو فعل ما لا يجوز فعله. عدنان السرحان & نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، ٢٠١٦)، ص ٣٧٤. أما التقصير فيقصد به الإهمال في المحافظة على الشيء على خلاف ما يقضي به القانون أو الاتفاق.

<sup>6</sup> أيمن عبد العال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق ١٩ (٢) (٢٠٠٣): ٨٠-١١٢.

وتقوم هذه التفرقة على أساس نوع حيازة الحائز للشيء، فقد تكون حيازة أمانة وقد تكون حيازة ضمان وقد تكون حيازة مزدوجة.<sup>1</sup>

## ١ - حيازة الأمانة:

حيازة الأمانة هي حيازة الحائز للشيء بدون نية تملكه وإنما باعتباره نائباً عن المالك، ومثال ذلك المودع لديه والمستعير والمستأجر والموهوب له والوكيل<sup>٢</sup> والمُصلِح<sup>٣</sup> في عقد الصلح.<sup>٤</sup> حيث يجوز أي واحد من هؤلاء الشيء باعتباره أميناً، وبالتالي إذا هلك الشيء وهو في حيازته بسبب أجنبي فإنه لا يضمن، أي لا يتحمل المسؤولية عن الهلاك وإنما يتحملها المالك، أما إذا كان سبب الهلاك هو تعديه أو تقصيره في المحافظة عليه فإنه يضمن،<sup>٥</sup> أي يتحمل المسؤولية عن الهلاك ويلتزم

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٩٥.

<sup>2</sup> لأن المال الذي يقبضه الوكيل لحساب موكله يعتبر في حكم الوديعة، فإذا هلك عند الوكيل بتعديه أو تقصيره، فإنه يضمن، أما إذا هلك بسبب أجنبي فإنه لا يضمن (المادة ٩٣٧ من قانون المعاملات المدنية). انظر في ذلك أيضاً الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية الخامسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١١)، ص ١٥٧.

<sup>3</sup> في عقد الصلح إذا كان بدل الصلح منفعة، فإن الصلح يأخذ حكم الإيجار، بمعنى أنه إذا كان شخص مدين لآخر بمبلغ من النقود وتم الاتفاق على الصلح بأن ينتفع الدائن ببيت للمدين لمدة معينة، فإن حيازة الدائن للبيت تعتبر حيازة أمانة، فإذا هلك بسبب أجنبي، فإنه لا يضمن بإجماع مذاهب الشريعة الإسلامية الأربعة. علي حيدر، دُرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الرابع (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣)، ص ٤١. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٩٤.

<sup>4</sup> ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني (عمان: بيت الأفكار الدولية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧)، ٨٤٠، وما بعدها. أحمد القرافي، الفروق، الجزء الثاني (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨)، ص ٢٠٧. محمد بن جُزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية (بيروت: دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ)، ص ٥٠٤. علي حيدر، دُرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الثاني (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣)، ص ٢٦٩.

<sup>5</sup> فمثلاً إذا تعدى المستأجر على المأجور أو خالف أمر المؤجر فإنه يضمن الهلاك للمؤجر. حيدر، المجلد الثاني، ٢٣٧. وفي عقد الوديعة يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع بأدلاً العناية التي يبذلها في حفظ ماله دون أن يكلف بأزيد من عناية الشخص العادي وفقاً لما يذهب إليه الفقه الإسلامي. الزحيلي، ص ٨٥٢. وقد أخذ المشرع الإماراتي بهذا الحكم في المادة (١/٩٦٧) من قانون المعاملات المدنية. أما في القوانين الأخرى كالقانون المدني المصري، فيختلف الأمر وفقاً لما إذا كانت الوديعة بأجر أم بدون أجر، فإذا كانت بأجر فعلى المودع لديه أن يبذل عناية الشخص العادي في المحافظة على الشيء المودع، أما إذا كانت بدون أجر فعلى المودع لديه أن يبذل العناية التي يبذلها في حفظ ماله دون أن يكلف بأزيد من عناية الشخص العادي. انظر المادة (٧٢٠) من القانون المدني المصري.



بتعويض المالك.<sup>1</sup> ويتم الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص في تقدير وجود التعدي أو التقصير أو عدم وجوده. ويستند هذا الحكم على أساس أن التزام الحائز برد الشيء إلى مالكه هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وذلك عندما تكون حيازته حيازة أمانة، وبالتالي إذا هلك الشيء بتعديه أو تقصيره يكون سبب ذلك عدم بذله للعناية اللازمة للمحافظة على الشيء، لذلك فإنه يضمن ويتحمل المسؤولية تجاه المالك،<sup>2</sup> أما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي فإنه لا يعتبر مقصراً في بذل العناية المطلوبة منه، وعليه لا يضمن، أي لا يتحمل المسؤولية تجاه المالك.<sup>3</sup> الفقه الإسلامي يفترض وجود أمانة لدى الحائز في هذا النوع من العقود، لذلك إذا استهان الحائز بهذه الأمانة، الأمر الذي أدى إلى ضياعها أو تلفها، وجب عليه أن يضمن للمالك مثلها أو قيمتها وفقاً لما إذا كانت من الأشياء المثلية أو من الأشياء القيمة.<sup>4</sup>

## ٢ - حيازة الضمان:

حيازة الضمان هي حيازة الحائز للشيء بنية تملكه أو لمصلحة نفسه، ومثال ذلك البائع قبل تسليم الشيء للمبيع للمشتري والغاصب<sup>5</sup> والحائز بقصد التملك<sup>6</sup> والموهوب

<sup>1</sup> أبي الحسن القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧)، ص ١٣١ وما بعدها. عادل الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، مجلة رسالة الحقوق ٢(٣) (٢٠١٠): ١٢٧-١٣٩. القرطبي، المرجع السابق، ص ٣١١.

<sup>2</sup> يذهب الفقه الإسلامي إلى أن حيازة الحائز تنقلب من أمانة إلى ضمان في حالتي التعدي والتجهيل. ويقصد بالتعدي قيام الحائز بما لا يجوز فعله، كما لو قام المودع لديه بإتلاف الوديعة أو الانتفاع بها. ويقصد بالتجهيل حالة موت الحائز دون أن يكون قد أخبر ورثته بالأمانة التي يحوزها، حيث يعتبر ذلك بمثابة منع للأمانة عن صاحبها. وتنقلب كذلك من حيازة أمانة إلى حيازة ضمان إذا قضي العرف بذلك، وإذا غلب الظن على تعدي الأمين وتقصيره في المحافظة على الأمانة، وإذا اقتضت المصلحة ضمان الأمانة كضمان الصانع لما لديهم من أمانات. الشمري، ص ١٣٢ وما بعدها.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، ١٩٩٨)، ص ١٨١.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٩٥. الشمري، المرجع السابق، ص ١٣٠. القرطبي، المرجع السابق، ص ٨٤٧.

<sup>5</sup> Any person who occupies or has control of premises is an occupier. MacIntyre & Bisacre, Ibid, p. 89.

<sup>6</sup> The theory of adverse possession is recognized as a means of obtaining title to property without consent or voluntary transfer by the owner when certain conditions are met. These conditions are: open and notorious possession, continuous possession, exclusive possession and adequate duration of possession. Dunham, 296 et seq.

له<sup>١</sup> والمقترض، حيث يحوز كل واحد من هؤلاء الشيء بنية تملكه أو لتحقيق مصلحته.<sup>٢</sup> لذلك يضمن الحائز هلاك الشيء أيًا كان سبب الهلاك، بحيث يلتزم الحائز بتعويض المالك عن هلاك الشيء سواءً رجع الهلاك إلى فعل الحائز أو إلى سبب أجنبي، وذلك بقيامه برد مثل الشيء إلى المالك إن كان من الأشياء المثلية أو قيمته إن كان من الأشياء القيمة.<sup>٣</sup> ويستند هذا الحكم على أساس أن التزام الحائز برد الشيء إلى مالكه هو التزام بتحقيق نتيجة في هذا النوع من العقود، لذلك لا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي.<sup>٤</sup>

### ٣- الحيابة المزدوجة الأثر (الأمانة والضمان معاً):

يوجد نوع ثالث من الحيابة هي الحيابة المزدوجة الأثر، أي التي تشتمل على الأمانة والضمان معاً، إلا أن الأصل فيها هو الأمانة، ومنها حيابة العامل في عقد العمل وحيابة الدائن المرتهن في عقد الرهن.<sup>٥</sup> ففي عقد العمل يختلف الحكم بحسب كون العامل خاص أم عام، والعامل الخاص هو الذي يعمل لمصلحة شخص معين، كالخادم في المنزل والعامل في المحل التجاري، ونوع حيابته لأموال المالك هي حيابة أمانة، وبالتالي إذا هلك الشيء بسبب أجنبي فلا ضمان عليه، أما العامل العام (المشترك) فهو الذي يعمل لعامة الناس، كالكواء والصانع والصباغ والحداد، ونوع حيابته لأموال المالك هي حيابة أمانة وفقاً لكل من المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي في الشريعة الإسلامية، وعليه لا ضمان عليه إذا هلك المال عنده بسبب

<sup>١</sup> والمقصود بذلك أن يقبض الموهوب له الشيء الموهوب بدون إذن الواهب، فتكون حيابته في هذه الحالة حيابة ضمان، ويلتزم برد الشيء الموهوب إن كان موجوداً أو مثله أو قيمته حسب ما إذا كان من الأشياء المثلية أو القيمة. قاسم الحمود، أحكام ضمان الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ١٠ (١) (٢٠١٣): ٩٥-١٢٤.

<sup>٢</sup> عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٨٣.

<sup>٣</sup> محمد الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع، الجزء الخامس (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦)، ٢٤٨. شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء التاسع (بيروت: دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٩٨٩)، ص ١٤٤. محمد الشوكاني، شرح فتح القدير، الجزء الخامس (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨)، ص ٢٠٠. أبي محمد البغدادي، مجمع الضمانات، المجلد الأول (القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٩)، ص ٢١٠ وما بعدها. ابن جزري، المرجع السابق، ص ٥٠٤.

<sup>٤</sup> عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٨١.

<sup>٥</sup> هبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٨٥ وما بعدها. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٣٨.

أجنبي،<sup>١</sup> أما المذهب المالكي فيعتبر أن حيازة العامل المشترك هي حيازة ضمان، لذلك إذا هلك الشيء عنده بسبب أجنبي أو بتقصيره فإنه يضمن.<sup>٢</sup> وفي عقد الرهن يذهب المذهب الحنفي إلى أن حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون هي حيازة ضمان بمقدار الدين فقط، أما ما يزيد عن ذلك فهو أمانة عنده لا يضمنه حتى لو هلك بسبب أجنبي،<sup>٣</sup> أما المذهب المالكي والشافعي والحنبلي فيعتبرون أن حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون هي حيازة أمانة، بحيث إذا هلك الشيء المرهون بسبب أجنبي فإنه الدائن المرتهن لا يضمن.<sup>٤</sup>

يتضح مما تقدم أن الفقه الإسلامي يذهب إلى أن السبب الأجنبي ينفي الضمان إذا كانت حيازة الحائز حيازة أمانة، أما إذا كانت حيازته حيازة ضمان فلا تأثير للسبب الأجنبي على الضمان، ويلتزم الحائز بتعويض المالك. وبعبارة أخرى يتحمل الحائز المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي إذا كانت حيازته حيازة ضمان، أما إذا كانت حيازة أمانة فإن المالك هو من يتحمل المسؤولية عن الهلاك أو الاستحالة.<sup>٥</sup> وتتحول حيازة الحائز من حيازة أمانة إلى حيازة ضمان إذا هلك الشيء بتعديه أو تقصيره، ويضمن في هذه الحالة.<sup>٦</sup>

### ثالثاً: موقف قانون المعاملات المدنية:

تضمن قانون المعاملات المدنية الإماراتي بعض التطبيقات التي تعتمد على التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة وتأثيرها على الضمان. حيث جاء في المادة

<sup>١</sup> علي حيدر، ثمر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣)، ٤٥٣. محمد بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، المجلد الثاني عشر (الرياض: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣)، ص ٤٧٤. الفناري، المرجع السابق، ص ٢٥٠. السرخسي، المرجع السابق، ص ١٤٥. الشوكاني، المرجع السابق، ص ٢٠١. الزحيلي، المرجع السابق، ص ٨٩.

<sup>٢</sup> أبي البركات النردير، الشرح الكبير، الجزء الثالث (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧)، ٤٢٤. ابن جزي، المرجع السابق، ص ٢٠٥. القرطبي، المرجع السابق، ص ٨٤٢. الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٨٩.

<sup>٣</sup> علي حيدر، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص ١٦٥. الفناري، المرجع السابق، ص ١٦٧.

<sup>٤</sup> القرطبي، المرجع السابق، ص ٨٤٢. القرافي، المرجع السابق، ص ٢٠٧. ابن جزي، المرجع السابق، ص ٢١٣.

<sup>٥</sup> السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٨٢.

<sup>٦</sup> السرخسي، المرجع السابق، ص ١٤٤. الفناري، المرجع السابق، ص ٢٤٩. الشوكاني، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(١/٥٣١) أن البائع يتحمل المسؤولية عن هلاك محل العقد بسبب أجنبي بعد انعقاد العقد وقبل التسليم، وهذا يعني أن المدين بالالتزام يتحمل المسؤولية عن الهلاك بسبب أجنبي في عقود الضمان،<sup>١</sup> حيث تعتبر حيازة البائع حيازة ضمان رغم أنه يصبح غير مالك بعد انعقاد العقد، والسبب في ذلك أن عليه التزام بتسليم الشيء المبيع للمشتري، وهو لم ينفذه، وهو التزام مكمل لنقل الملكية.<sup>٢</sup> ولكن إذا كان سبب امتناع البائع عن تسليم الشيء المبيع للمشتري هو امتناع المشتري عن دفع الثمن، فيكون من حق البائع حبس الشيء المبيع عنده، وتقلب حيازة البائع من حيازة ضمان إلى حيازة أمانة، بحيث إذا هلك الشيء المبيع بسبب أجنبي فإن المشتري يتحمل المسؤولية عن هذا الهلاك وليس البائع.<sup>٣</sup>

إلا أن استعمال الحق في حبس الشيء لا يعتبر سبباً مطلقاً لتغير صفة الحيازة، حيث في عقد الرهن الحيازي يبقى الشيء المرهون أمانة عند الدائن المرتهن حتى بعد حلول أجل الدين وعدم مباشرة الدائن الإجراءات القانونية المتعلقة ببيع الشيء، بحيث لا يكون الدائن المرتهن مسؤولاً عن هلاك الشيء بسبب أجنبي، وهذا ما قرره محكمة النقض في إمارة أبو ظبي في حكم لها جاء فيه: "لا مسؤولية على الدائن المرتهن لعدم استعماله الرخصة التي حولها له القانون بطلب التصريح له من المحكمة ببيع الشيء المرهون، عند حلول أجل الدين، وذلك اكتفاءً منه بحبس الشيء عن المدين حتى يقوم بوفاء الدين".<sup>٤</sup>

وجاء في المادة (١/٧٨٤) أن المؤجر يتحمل المسؤولية عن هلاك المأجور بسبب أجنبي. كما جاء في المادة (٨٥٥) أن المعير يتحمل المسؤولية عن هلاك الشيء المستعار بسبب أجنبي، وأن المستعير لا ضمان عليه طالما لم يقصر في حفظ

<sup>١</sup> عبد السميع أبو الخير، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (أبو ظبي: مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢)، ص ٧٠٢.

<sup>٢</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٩٣. الجبوري، المرجع السابق، ص ٦٢٩.

<sup>٣</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٩١.

<sup>٤</sup> الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٢٠١٢ س ٦ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢)، ص ٥٤٠. كما جاء في نفس الحكم أن التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون يتطلب أن يكون قد انتقلت إليه حيازة الشيء.

الوديعة، وهذا يعني أن المالك يتحمل المسؤولية عند هلاك الشيء بسبب أجنبي في عقود الأمانة.<sup>١</sup> كما تنص المادة (٣٠٤) على أنه على اليد ما أخذت حتى تؤديه. والمقصود بذلك أن من يحوز شيئاً مملوكاً للغير عليه أن يردّه للمالك، سواء كان الحائز غاصباً أو مستعيراً أو مستأجراً أو مودعاً لديه، ولا تبرأ ذمّة الحائز من المسؤولية إلا بعد قيامه برد الشيء إلى مالكة إذا كان الشيء موجوداً، وإذا هلك فعليه رد مثله أو قيمته بحسب كون الشيء من الأشياء المثلية أم من الأشياء القيمية.<sup>٢</sup> وتتنص المادة (٣٠٩) على أن من كانت عنده أمانة وقصّر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جردها أو مات مجهلاً لها (أي لم يخبر ورثته بالأمانة) كان ضامناً لها. كما جاء في المادة (٥٦٣) أنه إذا تسلّم المشتري الشيء المبيع بدون تحديد الثمن على أن يشتريه إن أعجبه، ثم هلك الشيء المبيع أو ضاع بسبب أجنبي فلا ضمان على المشتري، وذلك على أساس أن حيازته في هذه الحالة هي حيازة أمانة. وقد استقى المشرع الإماراتي هذا النص من مجلة الأحكام العدلية (المادتان ٢٩٧ و ٢٩٨)، والتي جاء فيها مواد أخرى بهذا الخصوص، فقد جاء في المادة (٧٦٨) منها أن الأمانة غير مضمونة، بمعنى أنه إذا هلك شيء في حيازة شخص على سبيل الأمانة بسبب أجنبي فلا يضمن الحائز، كما جاء في المادة (٢٩٩) منها أن المشتري إذا تسلّم الشيء المبيع ليراه أو ليريه لشخص آخر، يكون الشيء أمانة عنده، فإذا هلك بسبب أجنبي فلا ضمان عليه. وإذا كان عقد البيع باطل فإن الشيء المبيع يكون أمانة عند المشتري، فإذا هلك بسبب أجنبي فلا ضمان عليه.<sup>٣</sup> وجاء أيضاً في حكم لمحكمة النقض في إمارة أبو ظبي بخصوص عقد العمل أن العامل أمين، لذلك إذا هلك أو تلف الشيء المسلم له بسبب أجنبي فإنه لا يضمن، وإذا كان سبب الهلاك تعديه أو تقصيره فإنه يضمن.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> أبو الخير، المرجع السابق، ص ٧٠٣.

<sup>٢</sup> الزحيلي، المرجع السابق، ص ٨٣٦.

<sup>٣</sup> حيدر، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

<sup>٤</sup> الطعان رقم ١٠٨٠، ١٠٩١ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السابعة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٣)، ٥٧٣.

يتضح مما تقدم أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي تضمن بعض النصوص التي توضح أثر السبب الأجنبي على الضمان، بالاعتماد على التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة، ولكن ذلك لا يمكن اعتباره تنظيمًا متكاملًا كما جاء في الفقه الإسلامي، بل هو مجرد تطبيقات على حالات معينة لا تشكل قاعدة عامة.

القانون المدني العراقي انفرد من بين التشريعات العربية في استثناء أحكام الفقه الإسلامي بشكل منظم بهذا الخصوص، حيث جاء في المادة (٤٢٦) أنه إذا انتقل الشيء إلى حيازة غير مالكة بعقد أو بدون عقد، ثم هلك بدون تعد أو تقصير، أي بسبب أجنبي، فإن الحائز يضمن هذا الهلاك إذا كانت حيازته حيازة ضمان، أما إذا كانت حيازة أمانة فإن المالك هو الذي يضمن. وعرف المشرع العراقي نوعي الحيازة في المادة (٤٢٧) التي نصت على أنه تكون حيازة الحائز حيازة ضمان إذا كانت الحيازة بنية التملك، وتكون حيازة أمانة إذا كانت الحيازة ليس بنية التملك وإنما باعتبار الحائز نائباً عن المالك، وتقلب حيازة الأمانة إلى حيازة ضمان إذا حبس الحائز الشيء عن مالكة دون حق أو أخذه بغير إذنه ولو لم تكن لديه نية التملك. كما تنص المادة (٤٢٨) على أنه إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد من شخص لآخر، فإن حيازة المالك القديم للشيء قبل التسليم تكون حيازة ضمان، وتقلب إلى حيازة أمانة إذا استعمل المالك القديم حقه في حبس الشيء عنده بسبب امتناع المالك الجديد عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، كأن يتمتع المشتري عن دفع الثمن مثلاً.

يتضح مما تقدم أن المشرع العراقي عالج حالة انتقال الشيء من يد مالكة إلى يد غير المالك، سواء تم ذلك بعقد أو بغير عقد،<sup>١</sup> حيث صاغ مفهوماً دقيقاً لحيازة الضمان وحيازة الأمانة، وحدد الضامن لهلاك الشيء بسبب أجنبي في كل حالة، كما وضح الحالات التي تتقلب فيها حيازة الأمانة إلى حيازة ضمان والعكس. وبذلك يكون المشرع العراقي قد وضع تنظيمًا خاصاً لحالة استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي وأثر ذلك على الضمان، معتمداً على معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة الذي استقاه من الفقه الإسلامي.

<sup>١</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٩٢.

وأعتقد أن معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة هو معيار مقبول ودقيق وشامل ومنطقي وعادل، وذلك للأسباب الآتية:

(أ) إن حائز الشيء إذا كان غير مالك له، وحازه بنية التملك، فمن المنطقي والعدل أن يتحمل المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي، ففي هذه الحالة تكون الحيازة حيازة ضمان. أما عندما لا تتوافر نية التملك لدى الحائز، فإنه يكون أميناً على الشيء باعتباره نائباً عن المالك في المحافظة عليه وبذل العناية اللازمة لذلك، فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي، فإنه لا يضمن بل يتحمل المالك المسؤولية عن الهلاك. وفي هذه الحالة قد يكون للحائز مصلحة في حيازة الشيء وقد لا يكون له مصلحة، فالمستأجر والمستعير أصحاب مصلحة في الانتفاع بالشيء واستعماله أما المودع لديه في الوديعة بغير أجر فليس له مصلحة من حيازة الشيء.

ويذهب رأي في الفقه الإسلامي إلى أنه إذا كانت حيازة الشيء تحقق مصلحة الحائز فالضمان عليه عند هلاك الشيء بسبب أجنبي، وإذا كانت تحقق مصلحة المالك فالضمان عليه، وإذا كانت حيازة الشيء تحقق مصلحة الاثنین فالضامن هو صاحب المصلحة الأكبر.<sup>1</sup> وأعتقد أن هذا الرأي يصعب تطبيقه من الناحية العملية، فليس من السهل تحديد صاحب المصلحة الأكبر من حيازة الشيء، حيث قد تكون لكل منهما مصلحة في الحيازة تعتبر كبيرة بالنسبة لكليهما، ففي عقد الإيجار مثلاً، توجد مصلحة للمستأجر في الانتفاع بالمأجور وتوجد مصلحة للمؤجر في الحصول على الأجرة، ولا يمكن ترجيح مصلحة على أخرى لتحديد الضامن عند هلاك الشيء بسبب أجنبي. وعليه فإن معيار المصلحة لا يمكن الاستناد إليه في تحديد الضامن، لذلك أعتقد أن وجود مصلحة للحائز في حيازة الشيء لا يعتبر معياراً لتحديد نوع الحيازة.

(ب) إن الحالات التي تنقلب فيها صفة الحيازة من أمانة إلى ضمان أو العكس تتسم بالمنطقية، حيث عندما يأخذ الحائز الشيء من مالكه بدون إذنه أو يمتنع عن رده له بدون حق، تتحول صفته من أمين إلى غاصب، الأمر الذي يقتضي تحميله المسؤولية

<sup>1</sup> ابن جزى، المرجع السابق، ص ٥٠٣.

عن هلاك الشيء بسبب أجنبي. وتطبيقاً لذلك جاء في حكم لمحكمة النقض في إمارة أبو ظبي أنه: "إذا أبقى المستأجر الشيء المؤجر في حيازته دون حق، كان ملزماً بأن يدفع للمؤجر أجره المثل مع ضمان الضرر".<sup>1</sup> ويفهم من هذا الحكم أن حيازة المستأجر تتحول من حيازة أمانة إلى حيازة ضمان، لأنه أصبح يحوز الشيء بدون حق، فيأخذ حكم الغاصب.

وعندما يحبس البائع الشيء عنده ويمتنع عن تسليمه للمشتري بسبب إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن، فمن المنطقي أن تتحول صفة حيازة البائع من ضمان إلى أمانة، بحيث لا يضمن هلاك الشيء بسبب أجنبي، بل يضمن المشتري ذلك، لأنه أخل بالتزاماته العقدية.

(ج) إن هذا المعيار يعتبر شاملاً ومجدياً لكل الحالات المتصورة في تحديد الضامن عند استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، سواء كان يوجد عقد بين الطرفين أم لا يوجد.

### المبحث الثاني

#### أثر السبب الأجنبي على الضمان في المسؤولية التقصيرية

إن توضيح أثر السبب الأجنبي على الضمان في نطاق المسؤولية التقصيرية يرتبط بالسياسة التشريعية المتعلقة بهذا النوع من المسؤولية،<sup>2</sup> الأمر الذي يتطلب بيان الاتجاهان السائدان في تحديد أساس المسؤولية، وذلك وصولاً إلى التأصيل القانوني لما تضمنه قانون المعاملات المدنية الإماراتي بهذا الخصوص.

<sup>1</sup> الطعن رقم ١٣٤٠ لسنة ٢٠١١ س ٦ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢)، ص ٢٨٥.

<sup>2</sup> The classic definition of a tort is: 'Tortious liability arises from the breach of a duty primarily fixed by law; this duty is towards persons generally and its breach is redressable by an action for unliquidated damages'. Cees Van Dam, European Tort Law (Oxford: Oxford University Press, Second Edition, 2013), 101.



## ولا: أساس المسؤولية التقصيرية:

تقوم المسؤولية التقصيرية في أي تشريع مدني إما على أساس النظرية الشخصية أو النظرية الموضوعية.<sup>١</sup> ووفقاً للنظرية الشخصية يعتبر الخطأ هو أساس المسؤولية، بمعنى أن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يُلزم مرتكبه بالتعويض. ويرجع الفضل في صياغة هذه القاعدة إلى القانون المدني الفرنسي، حيث جاء في المادة (١٣٨٢) منه أنه: "كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه"، وبموجب هذا النص فإن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس فكرة الخطأ،<sup>٢</sup> ويجب لقيام المسؤولية توافر ثلاثة أركان هي: الخطأ<sup>٣</sup> والضرر<sup>٤</sup> وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.<sup>٥</sup> وسار بهذا الاتجاه المشرع المصري،<sup>٦</sup> وتبعه العديد من التشريعات العربية منها القانون المدني السوري، والقانون المدني الليبي، والقانون المدني الجزائري، والقانون المدني البحريني، والقانون المدني القطري، وقانون الالتزامات والعقود المغربي.

<sup>١</sup> إيباد جاد الحق، "مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ٢٠(١) (٢٠١٢): ٢٠١-٢٢٦.  
<sup>٢</sup> عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، المرجع السابق، ص ٨٦٣ وما بعدها. عبد الودود يحيى: المرجع السابق، ص ٢٢٠. فتحي عبدالله: المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها. تناغو، المرجع السابق، ص ٢٢٢.  
<sup>٣</sup> يقصد بالخطأ الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك. عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء (القاهرة: القاهرة الحديثة للطباعة، الطبعة الأولى، ١٩٨٨)، ص ٦١. ومن أشهر تعريفات الخطأ تعريف الأستاذ الفرنسي بلانبول بأن الخطأ هو: "إخلال بالالتزام سابق، ويتمثل هذا الالتزام السابق بالالتزام القانوني العام الذي يقع على عاتق الكافة بعدم الإضرار بالغير".

Marcel Planiol, Etude Sur Responsabilite Civil, Revue Critique Legis et Juris, 1905, p. 278.

<sup>٤</sup> ويستوي أن يكون الضرر مالياً أو جسدياً، أو عقلياً أو عاطفياً، فالضرر قد يكون مادي أو معنوي.

Dunham, Ibid, p. 336.

<sup>٥</sup> 'Causation' means that the defendant's breach must have been the 'effective cause' of the claimant's loss. Neil Andrews, Arbitration and Contract Law, Common Law Perspectives (Cambridge: Springer, 2016), p. 294.

<sup>٦</sup> حيث تنص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري على أنه: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، وتنص المادة (١/١٦٤) من نفس القانون على أنه: "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".

ثم ظهر في أواخر القرن التاسع عشر اتجاه في الفقه الفرنسي يقيم المسؤولية على فكرة الضرر، والذي بناءً عليه لا يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية توافر ركن الخطأ بل يكفي توافر ركن الضرر.<sup>1</sup> ويرجع السبب في ظهور هذا الاتجاه إلى الثورة الصناعية في فرنسا، وما أدت إليه من انتشار للصناعات الحديثة، وزيادة المخاطر الناتجة عن استخدام الآلات الميكانيكية، والتي من الممكن أن تصيب الغير بضرر دون وجود خطأ ينسب إلى المشروع الصناعي<sup>2</sup> أو وجوده مع صعوبة إثباته أو إثبات علاقة السببية،<sup>3</sup> علاوة على ارتفاع نسبة حوادث الطرق بسبب التطور الذي حدث في تلك الفترة في وسائل النقل، وارتفاع حصيلة الضحايا بشكل كبير، الأمر الذي يعني أن اشتراط ركن الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية ومن ثم استحقاق المضرور للتعويض عن الضرر قد يكون أمراً صعب المنال، لذلك وحماية لمصلحة المضرور وتحقيقاً للعدل لكون صاحب المشروع الصناعي يجني الكثير من المنافع، وبناءً على قاعدة الغرم بالغنم أقام هذا الاتجاه نظرية جديدة في المسؤولية التقصيرية هي نظرية تحمل التبعة (النظرية الموضوعية)،<sup>4</sup> والتي تكتفي بركن الضرر لقيام

---

<sup>1</sup> Louis Josserand, De La responsabilite du fait des choses inanimees, Paris, 1897, 276. Boris Stark, Essai d'une theorie generale de la responsabilite civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine prive these, Paris, 1947, p. 261.

<sup>2</sup> ويطلق الفقه الأنجلو أمريكي على هذه الحالة مسمى (strict liability). وتعرّف بأنها Liability without fault, applied in situations where the intention of neglect of the party is immaterial. The mere performance of the act will result in liability. Cooke, 8. Dunham, 330. For strict liability to exist there must be a foreseeable risk of harm created by some aspect of the conduct or activity. Frank August Schubert, Introduction to Law and the Legal System (Boston: Wadsworth, Tenth Edition, 2012), 391. Wright, 68.

لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر Joshua Getzler, Richard Epstein, Strict Liability, and the History of Torts, Journal of Tort law 3(1) (2010): 1-28.

<sup>3</sup> So the structure of tort litigation even more clearly restricts the extent to which tort law can function as an insurance mechanism. Ewing, Ibid, p. 6.

<sup>4</sup> انظر في المسؤولية الموضوعية (substantive) Ewing, Ibid, p. 9 et seq.

المسؤولية حتى ولو كان الضرر يعود إلى سبب أجنبي.<sup>1</sup> وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذه النظرية في نطاق ضيق كإصابات العمل.<sup>2</sup>

ويذهب رأي<sup>3</sup> بهذا الخصوص إلى أن افتراض الخطر (Assumption of risk) يعتبر الأهم في هذا الإطار، ولكنه ليس الوحيد، حيث يتجه الفقه الحديث إلى أن وجود الخطر يفترض احتمال الضرر، وهذا بحد ذاته يعتبر كافياً لقيام المسؤولية.<sup>4</sup>

**ثانياً: موقف قانون المعاملات المدنية الإماراتي في تنظيم المسؤولية التقصيرية:**

تنص المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر". ويتضح أن هذا النص لم يتضمن ركن الخطأ بل اشترط لقيام المسؤولية التقصيرية وجود فعل إضرار<sup>5</sup> وضرر وعلاقة سببية بين الفعل والضرر،<sup>6</sup> وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية أن المشرع أخذ بحكم الفقه الإسلامي من حيث عدم ربط

<sup>1</sup> منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٦)، ص ٣٤٣. الشرفاوي، المرجع السابق، ص ٥٠١. تناغو، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

<sup>2</sup> ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازنة (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١١)، ص ٥٠٧.

<sup>3</sup> Kenneth W. Simons, Victim Fault and Victim Strict Responsibility in Anglo-American Tort Law, *Journal of Tort Law* 8(1-2) (2015): 29-66.

<sup>4</sup> John Oberdiek, Philosophical Issues in Tort Law, *Philosophy Compass Journal* 3(4) (2008): 734-748.

<sup>5</sup> يقصد بفعل الإضرار مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل والامتناع عن الفعل مما يترتب عليه ضرر. المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدني، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٤)، ص ٤٠٧.

<sup>6</sup> يميز المشرع الإماراتي لتحقق العلاقة بين الفعل والضرر بين علاقتين: الأولى مباشرة والثانية غير مباشرة (بالتسبب). وعليه فإن الإضرار يكون بالمباشرة أو بالتسبب، ويكون الإضرار بالمباشرة إذا وقع الإلتلاف على الشيء نفسه، ويكون بالتسبب عند القيام بفعل في شيء آخر فيؤدي ذلك إلى إلتلاف الشيء، وفي الإضرار بالمباشرة لا يشترط لقيام مسؤولية المباشر التعمد أو التعدي، أما في الإضرار بالتسبب فيشترط لقيام مسؤولية المتسبب التعمد أو التعدي. أسماء أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٦. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٦)، ص ١٨٧. سلطان، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

المسؤولية بالتمييز<sup>1</sup> وأقامها على الضرر<sup>2</sup> وليس على الخطأ الذي يتطلب توافر التمييز لدى مرتكب الفعل لكل يُسأل عن التعويض<sup>3</sup>.

فالفقه الإسلامي لا يشترط أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً حتى يسأل عن التعويض<sup>4</sup>، ويشترط لقيام المسؤولية التقصيرية وجود ثلاثة أركان هي: فعل الإضرار والضرر وعلاقة السببية بينهما، كما يعتد الفقه الإسلامي بالسبب الأجنبي ويعتبره سبباً ينفي علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر، وبالتالي تنتفي المسؤولية كما سبق بيانه<sup>5</sup>.

يتضح إذن أن قانون المعاملات المدنية استبدل ركن الخطأ الواجب توافره لقيام المسؤولية وفقاً للنظرية الشخصية بركن فعل الإضرار مع بقاء الأركان الأخرى كما هي (الضرر وعلاقة السببية). ويتمثل وجه الاختلاف بين ركن الخطأ وركن فعل الإضرار في أنه يجب أن يتوافر في ركن الخطأ عنصران هما العنصر المادي (الانحراف أو التعدي) والعنصر المعنوي (التمييز)<sup>6</sup>. أما في ركن فعل الإضرار فلا

<sup>1</sup> يكون الشخص مميزاً عند بلوغه سن السابعة من عمره غير مصاب بالجنون أو العته، باعتبارهما عارضان لعدم التمييز لدى الإنسان، وعليه إذا كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً أو سنه أقل من سبع سنوات فإنه يكون غير مميز. جاد الحق، ٩٤ وما بعدها. وقد استقى المشرع حكم مسؤولية عديم التمييز عن الضمان من الفقه الإسلامي، الذي يذهب إلى أنه في ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين العاقل والمجنون. السرحان، خاطر، المرجع السابق، ص ٣٧٨.

<sup>2</sup> يذهب رأي وبحق إلى أن القول بأن المسؤولية في الفقه الإسلامي تقوم على فكرة الضرر قول غير دقيق، حيث لا بد من وجود فعل إضرار أي عمل غير مشروع نتج عنه ضرر. السرحان، خاطر، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

<sup>3</sup> المذكورة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ٤١٢. وهذا هو موقف كل من القانون المدني الأردني، والقانون المدني الكويتي، وقانون المعاملات المدنية السوداني، والقانون المدني اليمني، وكذلك مجلة الأحكام العدلية.

<sup>4</sup> وهذا هو موقف القانون الإنجليزي وغيره من القوانين في أوروبا. انظر تفصيلاً

Bertil Bengtsson & others, Tort and Insurance Law, Children in Tort Law, Part I: Children as Tortfeasors (WienNewYork: Springer, 2006), 152 et seq. Michael Stathopoulos, General Principles of Obligation Law (Athens: Sakkoulas, third edition, 1998), 292. Cooke, 20.

<sup>5</sup> الزحيلي، المرجع السابق، ص ٦٩١ وما بعدها.

<sup>6</sup> The Anglo-American school did not adopt the element of wrong as general rule, since the purpose of tort law and all other areas of law is or should be the maximization of aggregate social welfare. So liability in tort law requires proof of a valid prima facie case and the absence of any complete defence. Every valid prima facie case must include the following elements: 1. A legally recognized injury to the plaintiff's person or property; 2. Tortious conduct by

يشترط أن يتوافر هذان العنصران معاً، بل يكفي لقيام هذا الركن توافر عنصر وحيد هو العنصر المادي في ركن الخطأ، أي الانحراف والتعدي عن السلوك المألوف للشخص العادي، والذي يشكل ركن الفعل الذي تضمنته المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية.<sup>١</sup>

وعليه فإن قانون المعاملات المدنية لم يأخذ بالنظرية الشخصية لأنه لم ينص على ركن الخطأ واستبدله بركن آخر هو ركن فعل الإضرار. كما لم يأخذ بالنظرية الموضوعية لأنها تقيم المسؤولية على ركن وحيد هو ركن الضرر، ولا تعتبر أن السبب الأجنبي ينفي المسؤولية. في حين أن قانون المعاملات المدنية يقيم المسؤولية على ثلاثة أركان كما سبق بيانه، ويعتد كذلك بالسبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر، وبالتالي ينفي المسؤولية، ولا يلتزم محدث الضرر أو القائم بالنشاط الذي سبب الضرر بالضمان.

---

the defendant; 3. Causation in fact of the legally recognized injury to the plaintiff by the tortious aspect of the defendant's conduct; and 4. Attributable responsibility (so-called "proximate" or "legal" causation). Wright, *Ibid*, p. 65. "A no-fault scheme achieves administrative efficiency because it reduces payment to lawyers, adjusters and other third parties in the system; and it achieves loss distribution because it leaves fewer accident victims and other families without insurance payment". Jeffrey O'Connell, *Tort Versus No-Fault: Compensation and Injury Prevention*, 19(1) *Accident Analysis & Prevention* (1987), p. 63-71. "But, sometimes, it is necessary to prove a particular state of mind on the part of the defendant. This is described as a tort requiring an element of fault and, depending on the tort in question, the required state of mind may be intention, negligence or malice. Most torts require some element of fault; the few that do not are described as torts of strict liability". Catherine Elliott & Frances Quinn, *Tort law* (Pearson: Harlow, Eighth Edition, 2011), p. 4. Negligence has grown to become the largest area of tort law. Emily Finch & Stefan Fafinski, *Tort law* (Pearson: Harlow, Third Edition, 2011), p. 3. The wrong constitutes the main requirement in the liability for negligence. Phil Harris, *An Introduction to Law* (Cambridge University Press: Cambridge, Seventh Edition, 2007), p. 250.

ويتضح مما تقدم أن مفهوم الخطأ في النظام القانوني الأنجلو أمريكي يختلف عن مفهومه في التشريعات العربية التي اشترطته لقيام المسؤولية التقصيرية. ففي الأول يرتبط وجود الخطأ بالحالة الذهنية لدى مرتكب الفعل الضار، أما في الثانية يرتبط وجود الخطأ بوجود التمييز لدى مرتكب الفعل الضار، والذي يعني أن يكون عمره سبع سنوات على الأقل وغير مصاب بالجنون أو العته.

<sup>١</sup> الزحيلي، المرجع السابق، ص ٦٩١.

وبذلك يكون المشرع قد اعتنق ما جاء في الفقه الإسلامي كما هو، وأعتقد أن هذا الموقف يحتاج إلى مراجعة، لكي يتحقق التناسق بين النصوص القانونية والهدف منها، فالمشرع عندما قرر مساءلة عديم التمييز (كالمجنون والمعتوه) عن أفعاله التي تلحق الضرر بالغير، كان يهدف إلى تحقيق الحماية القانونية للمضرور الذي لا ذنب له أن من أضر به غير مميز، بل يكون من حقه أن يحصل على تعويض عن الضرر الذي أصابه. وبالتالي فإن هذا النهج يتطلب تعريضه وتكاملته عدم الاعتداد بالسبب الأجنبي، بحيث يستحق المضرور تعويضاً حتى ولو وجد سبب أجنبي، وهذا هو منطق النظرية الموضوعية التي سبق شرحها، والتي ساهم في ظهورها وجود مخاطر جديدة نتيجة استعمال الآلات الميكانيكية ومعدات الصناعة،<sup>1</sup> بالإضافة إلى انتشار ظاهرة التأمين بمختلف أنواعه الأمر الذي يتطلب تعزيز أشكال الضمان الاجتماعي،<sup>2</sup> علاوة على انتشار الأفكار الاجتماعية التي تهدف إلى حماية المضرور،<sup>3</sup> على أساس أن الالتزام بالتعويض يعتبر بمثابة وسيلة لإعادة التوازن بين ذمة المضرور وذمة محدث الضرر أو المسؤول عن النشاط الذي أدى إلى الضرر،<sup>4</sup> ولا شك في عدالة هذا المنطق،<sup>5</sup> فمثلاً إذا أنت الرياح بدخان يتصاعد من

---

<sup>1</sup> The innovation offered by the economic approach is that it enables precise predictions about the incentive effects of causation doctrine. Such predictions may aid courts in analyzing the probable consequences of causation holdings. Keith N. Hylton, Information and Causation in Tort Law: Generalizing the Learned Hand Test for Causation Cases, Journal of Tort Law 7(1-2) (2014): 35-64, p. 64.

<sup>2</sup> Cooke, Ibid, p. 9.

يوجد في إنجلترا ثلاثة أنظمة خاصة بتعويض ضحايا الحوادث، وهي:

Tort law, public insurance (social security) and private insurance. The largest part in compensation is now played by public insurance. Cooke, Ibid, p. 13.

<sup>3</sup> العرعاري، المرجع السابق، ص ٢٨.

<sup>4</sup> سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات (القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي، الطبعة الأولى، ١٩٦١)، ص ٣٤٨.

<sup>5</sup> An opinion rightly sees that: "The structure of tort law substantially limits its domain, restricting the extent to which it can promote such goals as deterring wrongs and unduly risky conduct, insuring individuals against concentrated injuries and losses, and bringing about fairness in the

إحدى المصانع وأدى استنشاقه من قبل شخص ما إلى إصابته بأضرار في الجهاز التنفسي، أليس من حقه أن يحصل على تعويض عن هذا الضرر من صاحب المصنع؟ أم سيعتبر فعل الرياح سبباً أجنبياً يفي الضمان؟ لقد جاء منطق النظرية الموضوعية ليجيب على ذلك بأن صاحب المصنع يضمن هذا الضرر، فكما يغنم من عمل المصنع عليه أن يغرم بما يسببه نشاط المصنع من أضرار للناس.<sup>1</sup> ويذهب رأي<sup>2</sup> وبحق إلى أنه على مرتكب الفعل الضار المحتمل ( potential tortfeasor) أن يواجه احتمال دفع تعويضات للمضرورين، بما يتناسب مع احتمال توافر علاقة السببية وفقاً لتقديرات إحصائية، وهذا يتطلب اعتماد المحاكم على نهج أكثر تطوراً لتقرير قيام المسؤولية من عدمه، وذلك عندما لا يوجد يقين على توافر علاقة السببية، ويرتبط هذا النهج بالتوسع في استخدام الأدلة الإحصائية والعلمية. ويضيف رأي آخر<sup>3</sup> بهذا الخصوص إلى أن العدالة التصحيحية<sup>4</sup> ( corrective justice) تتطلب حصول المضرور على تعويض طالما وُجد ضرر مباشر، بغض النظر عن وجود خطأ من الفاعل أو ممارس النشاط.

---

allocation of risks, injuries, and losses (even those specific ones that are the consequences of human agency)". Ewing, *Ibid*, p. 4.

<sup>1</sup> طالما أن الضرر هو أساس المسؤولية وفقاً للنظرية الموضوعية، فإنه لا يجوز دفعها ما دام الضرر قد وقع من جراء النشاط ولو بغير خطأ المسؤول. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧)، ص ٣٨٧. على هذا الأساس يوجد اقتراح أن يتم استبدال (traditional causation) بـ (proportional causation)، وذلك لتفادي احتمال عدم حصول المضرور على تعويض، حيث بمقتضى هذا الاستبدال يحصل المضرور ولو على جزء من التعويض طالما توافرت عناصر المسؤولية الأخرى. انظر

Mark F. Grady, *Marginal Causation and Injurer Shirking*, *Journal of Tort Law* 7(1-2) (2014): 1-33.

So the but-for test is only an inclusive, rather than exclusive, test for factual causation. Wright, *Ibid*, p. 70.

<sup>2</sup> Robert Young & Michael Faure & Paul Fenn, *Causality and Causation in Tort Law*, *International Review of Law and Economics* 24 (2004): 507-523. P. 521.

<sup>3</sup> Guido Calabresi, *Toward A Unified Theory of Torts*, *Journal of Tort law* 1(3) (2007): 1-9.

<sup>4</sup> انظر في مفهوم العدالة التصحيحية وما تتميز به عن غيرها من أشكال العدالة

Adam S. Zimmerman, *The Corrective Justice State*, *Journal of Tort law* 5 (1-2) (2012): 189-225.

وبناء على ما تقدم أُفترِح إعادة تنظيم المسؤولية التقصيرية، بحيث يشترط لقيامها ركن وحيد هو ركن الضرر، بالإضافة إلى النص على اعتبار السبب الأجنبي لا ينفى الضمان إلا إذا كان فعل المضرور هو الذي سبب الضرر لنفسه،<sup>١</sup> ففي هذه الحالة الأخيرة يمكن القول بانتفاء الضمان،<sup>٢</sup> الأمر الذي يتطلب تعديل المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية.

ومن الجدير توضيحه بهذا الخصوص أن استخدام الوسائل المشروعة في إطار ممارسة العمل التجاري من باب المنافسة بين التجار، لا يوجب الضمان،<sup>٣</sup> حيث يلاحظ أن المشرع استخدم في المادة (٢٨٢) لفظ "الإضرار" والذي يعني الفعل غير المشروع، وعليه ليس كل فعل منتج للضرر يوجب الضمان<sup>٤</sup>، لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، فقد ينتج ضرر اقتصادي لأحد التجار بفعل المنافسة المشروعة بين التجار، وفي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية المدنية طالما أن المنافسة لم تخرج عن إطار الوسائل المشروعة،<sup>٥</sup> وهذا ما جاء في المادة (١٠٤) من قانون المعاملات المدنية: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر".<sup>٦</sup> وعليه أعتقد أن إلحاق الضرر بالغير في غير

---

<sup>١</sup> ويذهب رأي إلى أن

victim negligence is not truly parallel to injurer negligence, it sometimes captures a type of fault or deficiency on the part of the victim, in the sense that an actor who behaves in that way is not entitled to a full tort damage remedy. Simons, Ibid, p. 66.

<sup>٢</sup> ويطلق الفقه الإنجليزي على هذه الحالة عبارة 'Sanctions for Victim's Conduct' والتي من الممكن أن تؤدي إلى تخفيض المسؤولية عن مرتكب الفعل الضار أو الإعفاء منها.

Peter Cane, The Anatomy of Tort Law (Oxford: Hart Publishing, 1997), p.101.

<sup>٣</sup> Cooke, Ibid, p. 4.

<sup>٤</sup> السرحان، خاطر، المرجع السابق، ص٣٧٦.

<sup>٥</sup> وقد نصت المادة (٩٦٥) من مجلة الأحكام العدلية على ذلك، حيث جاء فيها: "إذا اشتغل أحد بصناعة أو تجارة في سوق فليس للمشتغلين بهذه الصناعة أو التجارة أن يمنعوه من اشتغاله بداعي أنه يطرأ على ربحهم نقص".

<sup>٦</sup> ويطلق الفقه الإنجليزي على هذه القاعدة عبارة

'no injury can be done to a willing person', An obvious example is that of a boxer, who by entering a boxing match consents to being hit by an opponent. Elliott & Quinn, Ibid, p. 122.



مجال التنافس المشروع يوجب الضمان، حيث في هذه الحالة يعتبر استعمال الحق تعسفاً يوجب قيام المسؤولية وتضمين الفاعل أو ممارس النشاط. يمكن أن أخلص إلى أن اعتناق النظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى الاعتداد بالسبب الأجنبي كسبب ينفي الضمان، أما اعتناق النظرية الموضوعية فيؤدي إلى عدم الاعتداد بالسبب الأجنبي، بحيث يلتزم الفاعل أو ممارس النشاط بتعويض المضرور حتى ولو وجد سبب أجنبي. وعليه فإن السياسة التشريعية لها تأثير واضح على أثر السبب الأجنبي على الضمان في نطاق المسؤولية التقصيرية.

### المبحث الثالث

#### الاستبعاد الاتفاقي لأحكام الضمان

يقصد بالاستبعاد الاتفاقي لأحكام الضمان الاتفاق على خلاف الأحكام السابق بيانها فيمن يتحمل المسؤولية عن استحالة تنفيذ الالتزام. وسأتناول تحليل هذه المسألة في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ثم موقف الفقه الإسلامي.

#### أولاً: مدى جواز الاتفاق في المسؤولية العقدية:

لم يتضمن قانون المعاملات المدنية نصاً صريحاً حول هذه المسألة فيما يتعلق بالضمان الناشئ عن الإخلال بالالتزامات العقدية، ولكن يمكن استخلاص جواز الاتفاق مثل هذا الاتفاق من خلال نص المادة (٣٨٣) من قانون المعاملات المدنية التي جاء فيها: "١. إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توكي الحيلة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد أوفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي وان لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. ٢. وفي جميع الأحوال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

يتضح من هذا النص أن المشرع الإماراتي أجاز الاتفاق على أن تكون العناية المطلوبة من المدين في تنفيذه لالتزامه أزيد من عناية الشخص العادي أو أقل، وفي هذا تعديل لأحكام الضمان، وعليه فإنه وفقاً لقانون المعاملات المدنية الإماراتي يجوز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان الناشئ عن المسؤولية العقدية سواءً بالتشديد أو

بالتخفيف أو بالإعفاء،<sup>١</sup> ويرجع السبب في ذلك إلى أن المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالتزام عقدي، بمعنى أن العقد هو وليد إرادة أطراف العقد، وعليه إذا كانت هذه الإرادة هي التي أنشأت العقد، فمن باب أولى أن تملك تعديل أحكام الضمان المتعلق بالمسؤولية المترتبة على الإخلال بهذا العقد،<sup>٢</sup> بالإضافة إلى أن الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو تخفيفه في نطاق التعاقد يشجع حركة التداول خاصة في المعاملات التجارية.<sup>٣</sup> وهذا يبيّن أن فكرة المسؤولية القانونية تعتبر تعبيراً عن فكرة العدالة التصحيحية، الأمر الذي يفسر جواز تعديل أحكامها أو الإعفاء منها.<sup>٤</sup>

والتخفيف من الضمان في إطار المسؤولية العقدية يكون من خلال تخفيف مسؤولية المدين، ومثال ذلك الاتفاق على تحويل التزام المدين من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية، أو الاتفاق على تخفيف درجة العناية المطلوبة، ففي هذه الأحوال يكون المدين موفياً بالتزامه إذا بذل العناية المطلوبة أو المنطق عليها حتى ولو لم تتحقق النتيجة.<sup>٥</sup> أما بالنسبة للإعفاء فيكون بالاتفاق على إعفاء المدين من ضمان الضرر الناشئ عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، وهذا يعني أنه إذا كان الإخلال بالالتزام التعاقدية ناشئاً عن غش أو خطأ جسيم من المدين، وكان يوجد اتفاق بين الدائن والمدين على إعفاء المدين من الضمان، فإن هذا الاتفاق لا يستفيد منه المدين في هذه الحالة، والغش يفيد تعمد المدين عدم تنفيذ التزامه، والخطأ الجسيم هو الذي لا يقع حتى من الشخص المهمل ويتساوى مع الفعل العمد، والقول بغير ما سبق يعني أن يكون التزام المدين معلقاً على شرط إرادي محض، بحيث يكون للمدين أن ينفذ التزامه أو ألا ينفذه، وهو أمر غير جائز.<sup>٦</sup> ومن صور تشديد الضمان أن يتم الاتفاق على أن يبقى المدين مسؤولاً حتى ولو كان عدم

<sup>١</sup> الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

<sup>٢</sup> سلطان، المرجع السابق، ص ٤٠٦.

<sup>٣</sup> السرحان، خاطر، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

<sup>٤</sup> Jansen, Ibid, p. 251.

<sup>٥</sup> جاد الحق، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

<sup>٦</sup> تناغو، المرجع السابق، ص ١٣٦.

تنفيذه للالتزام راجعاً إلى سبب أجنبي،<sup>1</sup> وفي هذه الحالة يمثل الالتزام نوعاً من التأمين، حيث يؤمن الدائن عن عدم التنفيذ الراجع إلى سبب أجنبي.<sup>2</sup>

### ثانياً: مدى جواز الاتفاق في المسؤولية التقصيرية:

تنص المادة (٢٩٦) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار". يتضح من هذا النص أنه قبل قيام المسؤولية التقصيرية لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان، وإذا وجد مثل هذا الاتفاق فإنه يقع باطلاً، وبمفهوم المخالفة يجوز الاتفاق على تشديد الضمان، ويعتبر اتفاقاً صحيحاً. وينفق شرّاح القانون<sup>3</sup> على أن الاتفاق على التخفيف من المسؤولية عن الضمان يأخذ حكم الاتفاق على الإعفاء، وبالتالي يقع باطلاً مثل هذا الاتفاق، رغم أن النص السابق لم يتضمن هذا الحكم، وعليه أعتقد أن الأمر يتطلب تعديل المادة السابقة بحيث تتضمن كذلك النص على عدم جواز الاتفاق على التخفيف من الضمان. ومبرر هذا الحكم هو توفير الحماية للمضرور وضمان جبر الضرر الذي أصابه من المسؤول، على اعتبار أن أحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام، والقانون هو الذي يحدد أحكامها.<sup>4</sup>

أما تشديد المسؤولية التقصيرية فهو أمر جائز ولا يخالف النظام العام، لأن من شأنه توفير حماية أكبر للمضرور. وتتخذ صورة التشديد الاتفاق مثلاً على تحمل مرتكب الفعل الضار للضمان حتى ولو نفى التقصير من جانبه أو أثبت وجود سبب أجنبي. وهذا ما قرره المشرع الإماراتي في المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

<sup>1</sup> Amkhan, Ibid, p. 307.

<sup>2</sup> الجبوري، مصادر، المرجع السابق، ص ٦٢٩.

<sup>3</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٨٠.

<sup>4</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٨٠.

ومن الأمثلة على تعديل أحكام الضمان أن يتفق الجيران على أنه إذا ارتكب أحدهم فعلاً ضاراً أصاب الآخر بضرر فإنه يعفى من الضمان، أو يخفض الضمان من خلال إنقاص مبلغ التعويض عن حجم الضرر الحادث، أو بالاتفاق على مبلغ تعويض معين مهما بلغ حجم الضرر، ومن الأمثلة على ذلك أيضاً الاتفاق بين صاحب مصنع والملاك المجاورين.<sup>1</sup>

ومن الجدير بيانه أنه بعد قيام المسؤولية التقصيرية بتوافر أركانها، يجوز الاتفاق بين المضرور والمسئول على تعديل أحكام الضمان بالإعفاء أو التخفيف أو التشديد، حيث يعتبر ذلك صلحاً بين الطرفين وهو أمر جائز لا يمنعه القانون.<sup>2</sup>

### ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من الاستبعاد الاتفاقي:

يوجد اختلاف بين المذاهب الفقهية الأربعة في الشريعة الإسلامية، حيث يذهب كل من المذهب الحنفي والحنبلي والشافعي في الشريعة الإسلامية إلى عدم صحة اشتراط الضمان على ما لا يجب فيه الضمان، وعدم صحة اشتراط عدم الضمان على ما يجب فيه الضمان، وذلك استناداً إلى أن مثل هذا الاشتراط يخالف مقتضى العقد، وأي شرط يخالف مقتضى العقد يكون غير صحيح،<sup>3</sup> وبناء عليه إذا تم الاتفاق على أن يتحمل الحائز حيازة أمانة المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً، وكذلك إذا تم الاتفاق على ألا يتحمل الحائز حيازة ضمان المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً.<sup>4</sup> فمثلاً إذا اشترط المعير على المستعير في عقد العارية أن يتحمل المسؤولية عن هلاك الشيء المستعار بسبب أجنبي، فإن هذا الشرط يكون باطلاً ولا ينتج أي أثر قانوني، وكذلك الحال إذا اشترط البائع على المشتري في عقد البيع عدم تحمل الأول مسؤولية هلاك

<sup>1</sup> عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٩١.

<sup>2</sup> سلطان، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

<sup>3</sup> النردير، المرجع السابق، ص ٤٢٣. ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٤٧٣. البغدادي، المرجع السابق، ص ٢١١. القرطبي، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

<sup>4</sup> محمد السكر، عزات الغنائيم، شرط الضمان على المضارب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ٣٩ (١) (٢٠١٢): ص ٥٣-٧١.

الشيء بسبب أجنبي قبل تنفيذ التزامه بالتسليم، فإن هذا الشرط يكون باطلاً لا أثر له.<sup>1</sup>

بينما يذهب المذهب المالكي إلى صحة هذا الاشتراط، وذلك استناداً إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم".<sup>2</sup>

يتضح مما تقدم أن جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية يعتبرون الأحكام المتعلقة بحيازة الأمانة وحيازة الضمان قواعد أمره تتعلق بالنظام العام، لذلك لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وهذا يعني أن الفقه الإسلامي لا يجيز الاتفاق على تحمل المدين بالالتزام المسؤولية عن السبب الأجنبي، على خلاف قانون المعاملات المدنية الذي أجاز الاتفاق على تحمل المدين المسؤولية عن السبب الأجنبي سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية.

واعتقد أن ما يتميز به معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة يدعو إلى ضرورة النص على اعتبار الأحكام المتعلقة بحيازة الضمان وحيازة الأمانة متعلقة بالنظام العام، أي اعتبارها قواعد أمره لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وفقاً لما جاء في الفقه الإسلامي، وذلك نظراً لما يحققه هذا المعيار من عدالة في تحديد المتحمل للمسؤولية عن الضمان، ولأن الاتفاق على مخالفة هذا المعيار فيه مخالفة لمقتضى العقد، حيث إن إجازة الاتفاق على خلاف ما يقرره القانون يكون في المسائل الفرعية التي لا تعتبر من جوهر الحكم وبيانه،<sup>3</sup> وعليه أقترح على المشرع العراقي النص على ذلك، وأقترح على المشرع الإماراتي الاقتداء بالمشرع العراقي في هذا التنظيم القانوني المتكامل المستقى من الفقه الإسلامي المتعلق بتحديد المتحمل للضمان في حالة وجود سبب أجنبي، مع النص على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذه القواعد.

<sup>1</sup> الزحيلي، المرجع السابق، ص ٨٠١.

<sup>2</sup> محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منقذ الأخبار، الجزء الثالث (بيروت: دار الكلم الطيب، الطبعة الأولى، ١٩٩٩)، ص ٥٧٠.

<sup>3</sup> لذلك فإن الشريعة الإسلامية تحيط أحكام المعاملات بإجراءات الضبط والتحديد، وتطلب من المتعاقدين الوفاء بالتزاماتهما التعاقدية وشروط العقد على ألا تتطوي على مخالفة لمقتضاه. عز الدين بن زغبية، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية (دبي: مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، الطبعة الأولى، ٢٠٠١)، ص ٢٧٤.

## الخاتمة

اتضح من البحث أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي نص على معيار التفارقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد لتحديد المسؤول عن الضمان عند وجود سبب أجنبي، بحيث يكون الضمان على المدين بالالتزام في العقود الملزمة للجانبين وعلى الدائن بالالتزام في العقود الملزمة لجانب واحد. وخلصت إلى أن هذا المعيار يعتبر غير مجدياً في كل الحالات، كما أنه لا يتوافق مع نصوص القانون ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة، وفقاً للأسباب التي وضحتها في البحث. الأمر الذي تطلب البحث في معيار آخر هو معيار التفارقة بين عقود الضمان وعقود الأمانة التي نظمها الفقه الإسلامي، والتي اتضح منها أن السبب الأجنبي ينفي الضمان إذا كانت حيازة الحائز حيازة أمانة، أما إذا كانت حيازته حيازة ضمان فلا تأثير للسبب الأجنبي على الضمان.

وقد تضمن قانون المعاملات المدنية الإماراتي بعض النصوص التي توضح أثر السبب الأجنبي على الضمان، بالاعتماد على التفارقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة، ولكن ذلك لا يمكن اعتباره تنظيمياً متكاملاً كما جاء في الفقه الإسلامي، بل هو مجرد تطبيقات على حالات معينة لا تشكل قاعدة عامة. أما القانون المدني العراقي فقد انفرد من بين التشريعات العربية في استقاء أحكام الفقه الإسلامي بشكل منظم بهذا الخصوص. وأعتقد أن معيار التفارقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة هو معيار مقبول ودقيق وشامل ومنطقي وعادل، وذلك للأسباب التي وردت في البحث.

إن توضيح أثر السبب الأجنبي على الضمان في نطاق المسؤولية التقصيرية يرتبط بالسياسة التشريعية المتعلقة بهذا النوع من المسؤولية، حيث إن اعتناق النظرية الشخصية يؤدي إلى الاعتداد بالسبب الأجنبي كسبب ينفي الضمان، أما اعتناق النظرية الموضوعية فيؤدي إلى عدم الاعتداد بالسبب الأجنبي، بحيث يلتزم الفاعل أو ممارس النشاط بتعويض المضرور حتى ولو وجد سبب أجنبي. وعليه فإن السياسة

التشريعية لها تأثير واضح على أثر السبب الأجنبي على الضمان في نطاق المسؤولية التقصيرية.

قانون المعاملات المدنية لم يأخذ بالنظرية الشخصية، لأنه لم ينص على ركن الخطأ واستبدله بركن آخر هو ركن فعل الإضرار. وكذلك لم يأخذ بالنظرية الموضوعية لأنها تقيم المسؤولية على ركن وحيد هو ركن الضرر ولا تعتبر السبب الأجنبي نافياً للضمان، في حين أن قانون المعاملات المدنية يقيم المسؤولية على ثلاثة أركان، ويعتبر السبب الأجنبي نافياً لعلاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر، وبالتالي ينفي المسؤولية، ولا يلتزم محدث الضرر أو القائم بالنشاط الذي سبب الضرر بالضمان.

وعليه يمكن القول أن المشرع اعتنق ما جاء في الفقه الإسلامي كما هو بدون تغيير في تنظيم المسؤولية التقصيرية. وأعتقد أن هذا الموقف يحتاج إلى مراجعة، لكي يتحقق التناسق والتناغم بين النصوص القانونية والهدف منها، فالمشرع عندما قرر مساءلة عديم التمييز (كالمجنون والمعتوه) عن أفعاله التي تلحق الضرر بالغير، كان يهدف إلى تحقيق الحماية القانونية للمضرور، الذي لا ذنب له أن من أضر به شخص غير مميز، بل يكون من حقه أن يحصل على تعويض عن الضرر الذي أصابه. وبالتالي فإن هذا النهج يتطلب تعزيره وتكاملته عدم الاعتماد بالسبب الأجنبي، بحيث يستحق المضرور تعويضاً حتى ولو وجد سبب أجنبي، وهذا هو منطوق النظرية الموضوعية، والتي ساهم في ظهورها العديد من الأسباب كما جاء في البحث. وبناء على ما تقدم أقترح إعادة تنظيم المسؤولية التقصيرية، بحيث يشترط لقيامها ركن وحيد هو ركن الضرر، بالإضافة إلى النص على اعتبار السبب الأجنبي لا ينفي الضمان، إلا إذا كان خطأ المضرور هو الذي سبب الضرر لنفسه، ففي هذه الحالة الأخيرة يمكن القول بانتفاء الضمان. الأمر الذي يتطلب تعديل المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية.

واتضح من البحث أن جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية يعتبرون الأحكام المتعلقة بحياسة الأمانة وحياسة الضمان قواعد أمره تتعلق بالنظام العام، لذلك لا

يجوز الاتفاق على ما يخالفها، على خلاف قانون المعاملات المدنية الذي أجاز هذا الاتفاق، سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية. وأعتقد أن ما يتميز به معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة يدعو إلى ضرورة النص على اعتبار أحكامهما متعلقة بالنظام العام، أي اعتبارها قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وفقاً لما جاء في الفقه الإسلامي، وذلك نظراً لما يحققه هذا المعيار من عدالة في تحديد المتحمل للمسؤولية عن الضمان، ولأن الاتفاق على مخالفة هذا المعيار فيه مخالفة لمقتضى العقد. حيث إن إجازة الاتفاق على خلاف ما يقرره القانون يكون في المسائل الفرعية التي لا تعتبر من جوهر الحكم وبنائه، وعليه أقتراح على المشرع العراقي النص على ذلك، وأقتراح على المشرع الإماراتي الاقتداء بالمشرع العراقي في هذا التنظيم القانوني المتكامل المستقى من الفقه الإسلامي المتعلق بتحديد المتحمل للضمان في حالة وجود سبب أجنبي، مع النص على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذه القواعد.



## المراجع

### أولاً: المراجع العربية:

١. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني (عمّان: بيت الأفكار الدولية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧).
٢. أبي البركات الدردير، الشرح الكبير، الجزء الثالث (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧).
٣. أبي الحسن القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧).
٤. أبي محمد البغدادي، مجمع الضمانات، المجلد الأول (القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٩).
٥. أحمد القرافي، الفروق، الجزء الثاني (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨).
٦. أحمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢).
٧. أحمد موسى، ضمان المستأجر في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ٣٨ (٢) (٢٠١١).
٨. أسماء أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٦.
٩. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة التاسعة، ٢٠١٦).
١٠. إياد جاد الحق، "مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ٢٠ (١) (٢٠١٢).

١١. إيداد جاد الحق، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العقد والتصرف الإنفرادي (الشارقة: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الأولى، ٢٠١٤).
١٢. أيمن عبد العال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق ١٩ (٢) (٢٠٠٣).
١٣. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥).
١٤. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية (القاهرة: ١٩٩٨).
١٥. حسن كيره، المدخل إلى القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٩٣).
١٦. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام (القاهرة: دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦).
١٧. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات (القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي، الطبعة الأولى، ١٩٦١).
١٨. سمير تتاعو، مصادر الالتزام (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥).
١٩. شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء التاسع (بيروت: دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٩٨٩).
٢٠. الشهابي إبراهيم الشرفاوي، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العقد والتصرف الإنفرادي (الشارقة: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الرابعة، ٢٠١٤).
٢١. عادل الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، مجلة رسالة الحقوق ٢ (٣) (٢٠١٠).

٢٢. عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، مصادر الالتزام (كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى، ١٩٩٩).
٢٣. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، ١٩٩٨).
٢٤. عبد السميع أبو الخير، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (أبو ظبي: مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢).
٢٥. عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية (الرباط: دار الأمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨).
٢٦. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٦).
٢٧. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام الارادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (أبو ظبي: جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠).
٢٨. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام (القاهرة: نهضة مصر، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠١١).
٢٩. عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، ٢٠١٦).
٣٠. عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء (القاهرة: القاهرة الحديثة للطباعة، الطبعة الأولى، ١٩٨٨).
٣١. عز الدين بن زغبية، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية (دبي: مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، الطبعة الأولى، ٢٠٠١).

٣٢. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، الطبعة الأولى، ١٩٧١).
٣٣. علي حيدر، دُرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣).
٣٤. علي حيدر، دُرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الثاني (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣).
٣٥. علي حيدر، دُرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الرابع (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣).
٣٦. فتحي عبدالله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠١).
٣٧. قاسم الحمود، أحكام ضمان الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ١٠ (١) (٢٠١٣).
٣٨. محمد الحسن البغا، "التقنين في مجلة الأحكام العدلية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ٢٥ (٢) (٢٠٠٩).
٣٩. محمد السكر، عزات الغنائيم، شرط الضمان على المضارب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ٣٩ (١) (٢٠١٢).
٤٠. محمد الشوكاني، شرح فتح القدير، الجزء الخامس (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨).
٤١. محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، الجزء الثالث (بيروت: دار الكلم الطيب، الطبعة الأولى، ١٩٩٩).
٤٢. محمد الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع، الجزء الخامس (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦).

٤٣. محمد بن جُزي الكلبى الغرناطى المالكى، القوانين الفقهية فى تلخيص مذهب المالكية (بيروت: دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ).

٤٤. محمد بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، المجلد الثانى عشر (الرياض: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣).

٤٥. محمد زهرة، المصادر غير الإرادية للالتزام فى قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (أبو ظبى: جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣).

٤٦. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٦).

٤٧. نزيه المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠).

٤٨. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامى وأدلته، الجزء التاسع (دمشق: دار الفكر، الطبعة الرابعة والثلاثون، ٢٠١٤).

٤٩. ياسين الجبورى، الوجيز فى شرح القانون المدنى الأردنى، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازنة (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١١).

٥٠. ياسين الجبورى، الوجيز فى شرح القانون المدنى الأردنى، الجزء الثانى، أحكام الالتزامات، دراسة موازنة (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١١).

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1. Adam S. Zimmerman, The Corrective Justice State, Journal of Tort law 5(1-2) (2012).
2. Adnan Amkhan, Force Majeure and Impossibility of Performance in Arab Contract Law, Journal Arab Law Quarterly 6(3) (1991).

3. Benjamin Ewing, *The Structure of Tort Law, Revisited: The Problem of Corporate Responsibility*, *Journal of Tort Law* 8(1-2) (2015).
4. Bertil Bengtsson & others, *Tort and Insurance Law, Children in Tort Law, Part I: Children as Tortfeasors* (WienNewYork: Springer, 2006).
5. Beth Walston Dunham, *Introduction to Law* (Thomson: New York, Fourth Edition, 2004).
6. Boris Stark, *Essai d'une theorie generale de la responsabilite civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine prive these*, Paris, 1947.
7. Catherine Elliott & Frances Quinn, *Tort law 4* (Pearson: Harlow, Eighth Edition, 2011).
8. Cees Van Dam, *European Tort Law* (Oxford: Oxford University Press, Second Edition, 2013).
9. Emily Finch & Stefan Fafinski, *Tort law 3* (Pearson: Harlow, Third Edition, 2011).
10. Ewan MacIntyre & Josephine Bisacre, *Scottish Business Law* (Pearson: Harlow, First Edition, 2013).
11. Ewan McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract* (Oxon: Informa Law from Routledge, Second Edition, 2013).
12. Frank August Schubert, *Introduction to Law and the Legal System* (Boston: Wadsworth, Tenth Edition, 2012).
13. Guido Calabresi, *Toward A Unified Theory of Torts*, *Journal of Tort law* 1(3) (2007).
14. James Barnes & Terry Dworkin & Eric Richards, *Law for Business* (Indiana: McGraw-Hill Higher Education, Seventh Edition, 2000).
15. Jeffrey O'Connell, *Tort Versus No-Fault: Compensation and Injury Prevention*, 19(1) *Accident Analysis & Prevention* (1987).

16. John Cooke, *Law of Tort* (Liverpool: Pearson Longman, 9<sup>th</sup> Edition, 2009).
17. John Oberdiek, *Philosophical Issues in Tort Law*, *Philosophy Compass Journal* 3(4) (2008).
18. Joshua Getzler, Richard Epstein, *Strict Liability, and the History of Torts*, *Journal of Tort law* 3(1) (2010).
19. Keith N. Hylton, *Information and Causation in Tort Law: Generalizing the Learned Hand Test for Causation Cases*, *Journal of Tort Law* 7(1-2) (2014).
20. Kenneth W. Simons, *Victim Fault and Victim Strict Responsibility in Anglo-American Tort Law*, *Journal of Tort Law* 8(1-2) (2015).
21. Kubasek et al, *Dynamic Business law* (Ohio: McGraw-Hill Education, Custom Edition, 2010).
22. Louis Josserand, *De La responsabilite du fait des choses inanimees*, Paris, 1897.
23. Marcel Planiol, *Etude Sur Responsabilite Civil*, *Revue Critique Legis et Juris*, 1905.
24. Mark F. Grady, *Marginal Causation and Injurer Shirking*, *Journal of Tort Law* 7(1-2) (2014).
25. Michael Stathopoulos, *General Principles of Obligation Law* (Athens: Sakkoulas, third edition, 1998).
26. Neil Andrews, *Arbitration and Contract Law, Common Law Perspectives* (Cambridge: Springer, 2016).
27. Nils Jansen, 'The Idea of Legal Responsibility', *Oxford Journal of Legal Studies* 34(2) (2014).
28. Peter Cane, *The Anatomy of Tort Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997).

29. Peter Van Wijck & Jan Kees Winters, The Principle of Full Compensation in Tort Law, European Journal of Law and Economics 11(3) (2001).
30. Phil Harris, An Introduction to Law (Cambridge University Press: Cambridge, Seventh Edition, 2007).
31. Richard Stone & James Devenney, The Modern Law of Contract (Oxon: Routledge, Eleventh Edition, 2015).
32. Robert Young & Michael Faure & Paul Fenn, Causality and Causation in Tort Law, International Review of Law and Economics 24 (2004).
33. Samuel J. Stoljar, The False Distinction between Bilateral and Unilateral Contracts, The Yale Law Journal 64(4) (1955).
34. Suhaimi Ab Rahman, 'The Influence of Guarantees in the United Arab Emirates', Journal Arab Law Quarterly 22(4) (2008).

#### ثالثاً: مجموعات الأحكام القضائية:

١. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية الخامسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١١).
٢. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السابعة، الجزء الثاني (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٣).
٣. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الرابع (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢).



٤. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢).
٥. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السابعة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٣).
٦. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢).

**فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف**  
**دراسة مقارنة في قانون المرافعات المدنية والتجارية**

دكتور

علي أبو عطية هيكل

أستاذ قانون الإجراءات المدنية والتجارية المساعد

كلية القانون - جامعة صحار سلطنة عمان



## مقدمة :

حديثاً، أعتبر القضاء (١) ظاهرة بطء التقاضي (٢) صورة لإنكار العدالة. ومن جانبنا نضيف لإسباب هذه الظاهرة، قداسة المبادئ التقليدية (٣) - مبدأ التقاضي علي درجتين، ثبات النزاع، استنفاد الولاية ... - ذلك لإنحصر العمل بالعديد من المنظومات الإجرائية داخل نطاق هذه المبادئ التقنيّة المتوارثة.

ومن أهم المنظومات الإجرائية التي مازالت في القانون المصري محصور نطاق تطبيقها داخل سياق هذه المبادئ ، منظومة الطعن بالاستئناف ، والتي يسيطر عليها كونه مجرد طريق لإصلاح قضاء أول درجة . وهو ما يعرف بالوظيفة التقليدية للاستئناف. هذه الوظيفة أثبت الواقع العملي أن عمل الاستئناف كنظام اجرائي في نطاقها عاجز عن تحقيق الغاية المرجوة منه كأشهر طرق الطعن قاطبة (٤). ممثلة هذه الغاية في تحقيق العدالة النسبية. العدالة التي يصل إليها القاضي العادي في نظره للنزاع العادي في الظروف العادية. هذا من ناحية.

(٢) C.A. Meaux 22 mars 2017, N°17/319.

(١) والتي تعد عصب المشكلات في العملية القضائية في الوقت الراهن. انظر : د.طلعت دويدار : الوسيط في شرح قانون المرافعات ٢٠١٦ ، دار الجامعة الجديدة ص٤٢٩ وما بعدها.

وفي تعدد أسباب الظاهرة وحلولها. انظر : د. محمد أبو العلا: البطء في التقاضي الأسباب والحلول ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص١٣ وما يليها. د. محمد عبد النبي غانم : المشرع وظاهرة البطء في التقاضي، رسالة طنطا ٢٠١٥ ص١٦ وما يليها.

(٣) والتي تعد من أهم الأسباب لجمود القانون وهدمه وعدم تطوره. انظر : في الدور الاصلاحى والتطويري للقانون ، أبحاث المؤتمر العلمي السنوي الرابع "القانون أداة للإصلاح والتطوير" المنعقد بالكويت في الفترة ١٠،١١ مايو ٢٠١٧ مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد الثاني الجزء الأول مايو ٢٠١٧ كلمة العدد ص١٣ وما بعدها.

(٤) فالاستئناف أكثر طرق الطعن ولوجاً من الخصوم، وهو حلقة لا بد من اجتيازها للوصول إلى النقض، وفي احضانه يتم إظهار العديد من المسائل بهدف منع تعارض الأحكام ، والمحافظة على وحدة الخصومة، ومعالجة حالات عدم التجزئة وتعدد الخصوم. انظر : د. نبيل عمر: نطاق الطعن بالاستئناف ، الطبعة الأولى ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة، ص١٠ وما بعدها بند ١. فلسفة قانون المرافعات محاضرات أقيمت على طلبة الدكتوراه للعام الجامعي ١٩٧٩/١٩٧٨ ص١ وما يليها.

وفي الإجراءات الجنائية انظر : د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ٢٠١٦ دار النهضة العربية، الكتاب الثاني ، ص٤٩ وما يليها وفي القضاء الإداري . انظر : د. محمد فوزي نويجي: الطعن بالاستئناف أمام القضاء الإداري ٢٠١٥ ، دار النهضة العربية .

- Frédéric FERRAND : appel. Mars 1999. rép. Pr. Civ. Dalloz. P.4. No1etss.

Et appel. Janvier 1993. pr. Civ. Dalloz. P.3. No1etss.

ومن ناحية أخرى، هذه الوظيفة لم تعد تتلائم مع متطلبات العصر الحالي، وساعد علي ذلك، طبيعة الاستئناف في ذاته، وقابليته للتطويع وفق هذه المتطلبات، ومرجع عدم ملائمة هذه الوظيفة مع متطلبات العصر، كون الخصومة (١) ظاهرة إجرائية حية، متصلة بالواقع، والنزاع يحيا بداخلها حياة نشطة متحركة، فهو ليس بمنجي عن الظهور. ومن المسلمات أنه لا توجد قاعدة قانونية تستعصي علي التطور والتغيير. وقابلية الاستئناف للتطويع وفق متطلبات العصر، كُون طبيعة (٢) الاستئناف في ذاته دائماً ما كان ينسلخ عن هدفه التاريخي كلما وصل المجتمع إلي درجة متقدمة من التنظيم والتدرج. وصلت به كطريق لإنهاء النزاع وهو ما يعبر عنه بالوظيفة الحديثة للاستئناف (٣).

والاستئناف طريق لإنهاء النزاع بصورة شاملة، وهو ما بصر إليه المشرع الفرنسي، والذي عمل علي تطويع القواعد القانونية التي ينتظم هذا الطريق بداخلها علي نحو يتلائم مع تفسيرات العصر. والتي بدأ بها هذا المشرع منذ عملية الإصلاح التي سبقت قانون المرافعات الحالي ١٩٧٥ وما لحقه من تعديلات آخرها قانون ٦ مايو ٢٠١٧. وجاءت نصوص هذا القانون تستجيب إلي رغبة المتقاضين في تحقيق سرعة الفصل في المنازعات. وتمثلت هذه الاستجابة في نظام الاستئناف باتساع نطاق خصومته (٤) موضوعاً وأشخاصاً. وساعد في تحقيق ذلك اعتناق المشرع لمعايير مرنة تتفق ومتطلبات العصر، واستوت لديه كُون الأداة الفنية التي استخدمت في الاستئناف ، الأثر الناقل ، أو الأثر الساحب للموضوع، التصدي .

وإذا كان الأثر الناقل للاستئناف يعمل في نطاق محدود، حيث يترتب عليه نقل النزاع التي فصلت محكمة أول درجة في موضوعه ، وفي حدود ما رفع عنه

(١) د. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ٣٦٧. د. أحمد صدقي: اختصاص الغير في الخصومة في قانون المرافعات ، رسالة القاهرة ١٩٩١ ص ٤٤٣.

Miguet. (j) : immutabilite et. Évolution du litige. Thés. Toulouse. 1977, p.313ets No252ets.

Normand. (j) : Le juge litige. Thés. L.G.D.I. Lille. 1965. p.43. No 44.

(٢) د. محمد ذكي أبو عامر: شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة ص ١٤٥، بند ٣٣.

(٣) في الوظيفة الحديثة للاستئناف انظر فيما يلي بند ٧ وما بعده.

(٤) Cass. Civ. 2e1 6 Jul 2017. Pourvoi. 16-19354.

الاستئناف إلى محكمة الدرجة الثانية، لتصبح الأخيرة هي المختصة وحدها ببحثه وتحقيقه والفصل فيه(١). فعلى العكس الأثر الساحب التصدي(٢) لا تقف هذه الأداة عند الحدود التي نقل بها النزاع أمام ثان درجة . وإنما يرخص المشرع بها لهذه المحكمة نظر موضوع النزاع التي لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه طالما مر عليها . ذلك عندما يطعن أمام محكمة الاستئناف في حكم فرعي منهي لخصومة أول درجة، وتوافرت إحدى حالات وشروط تطبيق هذه الأداة استجابة لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات ، متى اقتضت مصلحة العدالة ذلك، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع تطبيقاً للمادتين ٥٦٨، ٨٩ مرافعات .

أما المشرع المصري وأن كان مازال قيد الوظيفة التقليدية للاستئناف تقديساً للمبادئ التقليدية المتوارثة التي تسيطر على هذا الطريق من طرق الطعن ، إلا أنه في الآونة الأخيرة سعى جاهداً نحو البحث عن وسائل الإسراع للفصل في المنازعات المعروضة على ساحات المحاكم سواء بتعديلاته(٣) على قانون المرافعات. أو بما أدخله من تعديلات على نطاق الاستئناف، وردت هذه التعديلات الأخيرة في قانون المرافعات أو في قوانين أخرى، مادة ٢/٥٨ من قانون الأحوال الشخصية ٢٠٠٠/١، المادة ١/٥٦٥ من قانون التجارة ١٧/١٩٩٩، ٨٨ من قانون ١١ لسنة ٢٠١٨.

وإذا كانت التعديلات التي اعتمدها المشرع على بعض مواد قانون المرافعات تؤدي إلى سرعة الفصل في المنازعات المعروضة على المحاكم، لكن الأحكام التي صدرت ، وسوف تصدر فيها يشكل الغالبية العظمى منها أحكام غير فاصلة في موضوع هذه المنازعات. بمعنى أنها غير منهيبة للنزاع بين الخصوم على نحو يسكن المراكز الموضوعية المتنازع عليها(٤). أما التعديلات التي أدخلها المشرع على

(١) في الأثر الناقل للاستئناف انظر فيما يلي .

(٢) انظر : frédérique FERRAND : exception ou principe général du droit d'appel. Tilre 3- évocation. Dalloz repertaire de. Pr. Civ.2. No v. 2017. No995 et appel 1999. prêt. P.84. No695.

(٣) في القوانين المعدلة لقانون المرافعات والقوانين المكملة له. انظر : د. فتحي والي: الميسوط في قانون القضاء المدني ٢٠١٧ ، دار النهضة العربية، الجزء الأول ، ص١٩ وما بعدها بند ٦.

(٤) انظر : د. أسامة أنور جامع: النطاق الموضوعي لخصومة الاستئناف ، رسالة عين شمس ٢٠٠٠، ص٢ وما بعدها.

نظام الاستئناف، وأن كانت قليلة، إلا أنها وبتفاق الفقه الحديث (١) اعتبرت بمثابة ارهاصة تحول نحو الوظيفة الحديثة للاستئناف ، والتي أصبحت من حيث مكانتها تقف على مستوى الوظيفة التقليدية غاية الأمر أن نطاق تطبيقها جاء قاصراً على الأثر الناقل للاستئناف دون التصدي رغم توافر مقومات الأخير وبعض حالات تطبيقها .

فكرة التصدي، ومن وقت أن ألغيت بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وواظب على ذلك قانون المرافعات الحالي، والفقه والقضاء يعتبرها من المسلمات التي لا حاجة بها. غير أن هذا لم يعد يعني عن الحقيقة التي تفرضها متطلبات العصر والحاجة إلى العدالة الناجزة، بمقتضى هذه الأداة من الأدوات الفنية للاستئناف ، والتي يرخص بمقتضاها لمحكمة الدرجة الثانية من نظر موضوع النزاع الذي مر على أول درجة ، دون أن تستنفد ولايتها بشأنه، ودون العودة إليها مرة ثانية. مما يحد بمقتضى هذه الفكرة من بطء التقاضي، الظاهرة التي لا نعفي منها المشرع والقضاء على مختلف مستوياته بما فيه محكمة النقض.

٢- تحديد موضوع الدراسة : فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف، كأداة فنية من أدواته، يواجه بها تأخير الفصل في نزاع مر على أول درجة، وصدرت الأخيرة فيه حكم منهي للخصومة أمامها، دون أن تستنفد ولايتها في موضوعه، وبدلاً من العودة إليها مرة ثانية فتطول الاجراءات . كما أن في العودة ما قد يحملها على المضي في خطة لا تنفق مع الاتجاه الذي تضمنه حكم محكمة الاستئناف بالنسبة لموقف الخصوم في الدعوى. وفي الحالتين تتأذى العدالة. ولمواجهة هذا وذلك، يمكن لمحكمة الاستئناف نظر موضوع النزاع بكل تفريعاته وبحكم واحد متى توافرت إحدى حالات الفكرة وشروط تطبيقها، كمتطلب عصر، يعتبر المستقبل صاحب الكلمة الأولى فيه.

والفكرة رغم غياب النص عليها في القانون المصري، إلا أن مقوماتها - وكما سنري - باتت قائمة، ويعمل بها متى توافرت حالة من حالات تطبيقها، وطلبها

---

(١) انظر فيما يلي: بند ٢٩.

الخصوم، وعدم النص عليها لا يمنع من تطبيقها طالما أن الواقع يقتضيها، ومتطلبات العصر تستلزمها إعمالاً لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات، ويؤكد ذلك أن المشكلة لم تعد في مجرد وجود النص أو عدم وجوده، وإنما في مدى موائمة النص (١) لحاجة المجتمع من خلال ما يفرزه الواقع أمام القضاء. ويساهم في فاعلية ذلك موائمة الأداة الإجرائية المستخدمة، وفكرة التصدي أداة فنية من أدوات الاستئناف يواجه بها مطل التقاضي وما يرتبه من ضرر للخصوم.

ولم يعد يوجد شك في الفقه الإجرائي حول كون الوظيفة الحديثة للاستئناف أصبحت تزامح وظيفته التقليدية في القانون المصري، وتسمح باتساع نطاق الخصومة الاستئنافية موضوعاً وأشخاصاً، فتتظر محكمة الدرجة الثانية ولأول مرة طلباً جديداً بموضوعه وأشخاصه. والوصول لهذه النتيجة أضحى معها العمل بفكرة التصدي جائز متى توافرت مقوماتها، واستبعادها يعد موقف استبدادي تتحكم فيه مجرد مبادئ تقليدية متوارثة، سعي المشرع الفرنسي الذي تلقينا عنه هذه المبادئ بتقيدها والتقليل منها وحصر نطاق تطبيقها لاعتبارات تتعلق بالسياسة التشريعية (٢)، وعمل على تطويع منظومة الاستئناف بما يتلاءم ومتطلبات العصر. واعتمد فكرة التصدي جانباً إلى جانب الأثر الناقل للاستئناف لتعمل هذه الفكرة خارج النطاق المحدود لهذا الأثر، وبمقتضاها رخص لمحكمة الاستئناف بحسم النزاع برمته.

ويزيد من أهمية فكرة التصدي في القانون المصري وصلاحيه تطبيقها أنها ليست بغريبة عنه (٣)، كما أن العودة إليها أمر ليس بجديد، حيث عاد المشرع إلى تطبيق المادة ٤١٢ مرافعات ملغي بموجب المادة ٥٦٥ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ والمادة ٨٨ من قانون ١١ لسنة ٢٠١٨ الخاص بتنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس بجواز اعتراض الغير على حكم الإفلاس لأول مرة في الاستئناف لتتظر

---

(١) في هذا المعنى انظر: د. فتحي والي: كتابات في القضاء المدني والتحكيم ٢٠١٥، دار النهضة العربية ص ٢٢٨ وما بعدها، بند ١٧، ص ٢٧٢ وما بعدها.

(٢) انظر فيما يلي: بند ٨٦.

(٣) انظر فيما يلي: بند ٨٥.



طلبًا جديدًا بموضوعه وأشخاصه. ولم تخرج هذه العودة، عن كونها تلبية لمقتضيات العصر.

فالفكرة في حاجة إلى دراسة متأنية(١) لكونها من أكثر الموضوعات الاجرائية حساسية(٢) وأن كانت دراسة مثل هذه ليست بالأمر الهين لغياب النصوص القانونية التي تنتظم بداخلها، وغياب المصادر التي يمكن الرجوع إليها. ولذا تعتمد على المقارنة بالقانون الفرنسي ، وما يتفق والقانون المصري. وتنتظم هذه الدراسة في فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي توضح فيه تطور وظيفة الاستئناف ، لكونه الوظيفة الحديثة للاستئناف تعد الأساس الفني لفكرة التصدي. والفصلين نتناول في الأول، تحديد فكرة التصدي حالاتها وشروط تطبيقها وتميزها عما قد يختلط بها. والثاني استخدام فكرة التصدي وتأثيرها على موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف.

### **مبحث تمهيدي**

#### **تطور وظيفة الاستئناف**

٣- وظيفتان للاستئناف: الأولى : طريق لإصلاح العيوب التي تشوب حكم أول درجة، وهو ما يعبر عنه بالمفهوم التقليدي للاستئناف. الثانية: طريق لإنهاء النزاع برمته. وهو ما عبر عنه بالمفهوم الحديث للاستئناف. هاتين الوظيفتان هما ما نتعرض إليهما تباعًا في مطلبين: الأول : الوظيفة التقليدية للاستئناف . الثاني: وظيفة الاستئناف الحديثة.

---

(١) د. أحمد خليل : التفاضي على درجة واحدة وثلاث درجات في القانون اللبناني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الأول ١٩٩٤، ص٥٩ بند ٣١.  
اصول المحاكمات المدنية ٢٠٠١ منشورات الحلبي الحقوقية ص٥٤٥ بد ١٥٦. د. نبيل عمر: أصول المحاكمات المدنية ٢٠٠٨ ، منشورات الحلبي الحقوقية ص٥٩٣ بند ٢٧٥.  
(٢) د. سامح جابر البلتاجي : التصدي في الإجراءات الجنائية ، ٢٠٠٨، دار الفكر والقانون ، ص١٤ بند ٣.

## المطلب الأول

### الوظيفة التقليدية للاستئناف

٤- الاستئناف وسيلة لإصلاح حكم أول درجة (١) لم يرضى به الخصوم . ويتمثل في التظلم من هذا الحكم، وعلى المتظلم أن يحدد مطاعنه التي تؤخذ على الحكم محل الطعن، وليس لقاضي الاستئناف المتظلم إليه إلا النظر فيما قدم لديه، أي يجب أن يتقيد بنطاق وحدود ما عرض عليه من مطاعن على الحكم محل الطعن (٢). وهو ما عبر عنه البعض بقوله (٣) أن الاستئناف هو طعن في الحكم الصادر من محكمة أول درجة لعدم عدالته، ولإصلاح عدم العدالة هذه يجب على قضاة الاستئناف أن يعرفوا ما إذا كانت محكمة أول درجة قد أصابت أم أخطأت . وعلى محكمة الاستئناف أن تقضي في حدود ما طلب منها. فالصواب أو الخطأ لا يمكن أن يوجد إلا بصدد هذه الطلبات. فوحدة الطلب في الاستئناف وأمام محكمة أول درجة يعد شرطاً ضرورياً لقبول الطلبات المتقابلة من المستأنف والمستأنف ضده. فالاستئناف وسيلة لإصلاح

---

(١) وقديماً كان يعهد لنظام الاستئناف بدور رقابي بحت. فيراقب سلامة القضاء الصادر من أول درجة أو عدم سلامته من حيث الواقع والقانون، ويجيزه أن كان صحيحاً ولا يجيزه أن كان العكس، ويقتصر دور المحكمة الاستئنافية على ذلك: فلم يكن لها الحق في إعادة الفصل في النزاع ، وكان الاستئناف مجرداً من الأثر الناقل وفقاً لمفهومه كوسيلة للإصلاح. ومن الأثر الناقل أو الساحب وفقاً للمفهوم المعاصر لهذه الأفكار . فكانت وظيفة الاستئناف رقابية بحتة.

في الوظيفة الرقابية للاستئناف انظر : د. نبيل عمر: نطاق الطعن بالاستئناف ١٩٩٩ الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، ص ١٠ بند ٤ . د. علي تركي: نطاق القضية في الاستئناف ٢٠٠٩ ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ص ١١ وما بعدها بند ٥ وما بعده. د. محمد نور شحاته: نطاق النزاع في الاستئناف ١٩٨٨ ، دار النهضة العربية ص ١٢ وما بعدها. د. محمد زكي أبو عامر: شائبة الخطأ في الحكم الجنائي MOREL (R.) Traite élémentaire de procedure. ص ١٥٩ وما بعدها بند ٣٨ وما بعده .  
Civile 2e éd. Paris. 1949. p.98 ets. No 94ets. solus et PERROT droit judiciaire Prive. T.I. introduction notions Fondamentales organisation judiciaire éd 1961. p.633 ets N579. FERRAND: appel 1999 prés. No 9ets.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٦١/٦٥١ ق نقض ١٩٩٠/٦/٥ مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة النقض الدائرة المدنية السنة ٤٦ ص ٨٣٥.

Cass. Civ. 17 Janv. 1873. D.1873-1-448. Cass. Civ.2 des 1901. D.P.1902.1.48. S. 1902.1.33. Civ.12 Fevr 1923. D.P.1924-1019 com.4 Janv. 1958. D. 1958. 129.

(٢) د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين ٢٠٠٩ ، دار الجامعة الجديدة ، ص ١٦١ بند ٣٣ . د. اسامة أنور جامع: النطاق الموضوعي لخصومة الاستئناف، رسالة عين شمس، ٢٠٠٠، ص ٨.  
(٣) JAPIOT: Traité élémentaire de procedure civile et commerciale 1935. p.677. No1058. Merel: op. cit. p.489 No633.

حكم أول درجة أكثر من كونه وسيلة لنظر القضية (١). ولذا أعد النظام القانوني للطعن بالاستئناف وفقاً لهذه الوظيفة بحيث لا يخرج به عن هذه الغاية (٢).

٥ - ووفقاً لهذا التصور تم تصميم النظام القانوني للاستئناف وفق أدوات ووسائل فنية معينة يتم العمل بمقتضاها بشكل وترتيب معين. وطريقة عمل هذا النظام ترمي في المقام الأول إلى التوصل إلى غاية معينة. هذه الغاية هي إصلاح القضاء السيئ الصادر من قاضي أول درجة، ويتولد عن هذا النظام، أن الاستئناف يكون له أثر ناقل (٣). هذا الأثر الذي يحكم مجموعة الآثار التي تتولد عن الطعن بالاستئناف. ومقتضى هذا الأثر أن الاستئناف ينقل النزاع الذي كان منظور أمام قاضي أول درجة بحالته إلى قاضي ثان درجة (٤) هذا النقل تحكمه قاعدة مزدوجة فلا ينقل من

---

(١) محمد العشماوي : قواعد المرافعات في القانونين الأهلي والمختلط ، ج ٢ مطبعة الاعتماد ١٩٢٧ ص ٦٤١ بند ٨٩١. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٧ ، دار المطبوعات الجامعية ص ٨٩٣ وما بعدها بند ٦٢٠. د. ووجدي راغب: مبادئ القضاء المدني ص ٧٤٣. د. فتحي والي: الميسوط في قانون القضاء المدني ٢٠١٧ ، دار النهضة العربية ج ٢ ص ٥٢٦ وما بعدها بند ١٧٧. نظرية البطلان ، قام بتحديثها د. أحمد ماهر زغلول ١٩٩٧ ، دار النهضة العربية ص ٧٤٤ وما بعدها بند ٣٩٢. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ٢٠١٥ ، دار الجامعة الجديدة ص ٢١٧ وما بعدها بند ١٠٧.

GLASSON (E.), Tissier. (A.) et MOREL (R.) *Traité theorique et pratique d'organisation judiciaire de competence et de procedure civile*. T. III. 1929. p.340 No 883. MOREL: op.cit., p.479. No 613. JAPIOT: op. cit. p.677. No 1058.

(٢) د. أحمد ماهر زغلول : دعوى الضمان الفرعية ، دار النهضة العربية، ص ١٢٥ بند ١٢٣. د. أسامة أنور جامع : الإشارة السابقة.

(٣) في الأثر الناقل للاستئناف انظر فيما يلي : بند ٢٣ وما بعده.

(٤) د. فتحي والي : الميسوط ص ٥٦٥ وما بعدها بند ١٩٠. د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف، ص ٢١٧ وما بعدها بند ١٠٧. د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٧ دار الجامعة الجديدة ، ص ٦١٥ بند ٣٠٦ مبدأ التقاضي على درجتين ص ١٦١ وما بعدها بند ٣٣. د. طلعت دويدار : الوسيط في شرح قانون المرافعات ص ٧٤٤. VINCENT et Rusquc. les effets de l'appel quant a l'abjet du litige Goz.pal dact. 1974. p.401 MOTULSKY: Nouvelles reflexions sur L'effet devolutif de l'appel et l'évocation. J.C.P. 1958.1.1423. Raynaud. (P.) L'effet devolutif de l'appel et l'application d'une lois nouvelle aux instance en cause. J.C.P. 1942-1. Dactn. 291. No12. وفي تطبيق ذلك انظر : طعن ٦٨/١٢٥٤ ق نقض ١٩٩٩/١١/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٥٠ ص ١١٦٢ ، طعن ٦٢/٥١٤ ق نقض ١٩٩٨/٤/١٩ - أحوال شخصية - مجموعة الأحكام السنة ٤٩ ص ٣٣٤. طعن ٦٠/٢٦٥ ق. نقض ١٩٩٠/٢/١٩ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٤١٦.

Coss- Civ. 5 mars. 1980 Bull – Civ. 11, No 50 . Civ. 29 moi 1979 Bull. Civ. 11. No 163. Soc. 15. Nov . 1978 Bull. Civ. V. No 771.

النزاع إلى قضاء ثان درجة إلا ما فصل من محكمة أول درجة، وتعرض له الخصوم بالطعن (١) وهو ما صادف اعتمادًا ثابتًا من جانب المشرع المصري وفقًا للمادة ٢٣٢ مرافعات «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط». والمشرع الفرنسي وفقًا للمادة ١/٥٦١ مرافعات (٢) على أن «الاستئناف يعيد طرح الشيء المحكوم فيه على محكمة الدرجة الثانية».

٦- وإعمال هذه القاعدة يؤدي إلى حظر إيداء طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف والتي استهل بها المشرع المصري المادة ٢٣٥ مرافعات «لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف» والمشرع الفرنسي (٣) وفقًا للمادة ٥٦٤ مرافعات (٤) على أنه «لا يستطيع الخصوم طرح ادعاءات جديدة أمام محكمة الاستئناف».

---

(١) د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي: ص ١٦٤ وما بعدها بند ٣٤ وما بعده. د. رمزي سيف: الوسيط في قانون المرافعات. بدون تاريخ، ولا دار نشر. ص ٨٦٨ وما بعدها بند ٦٨٣.

(٢) وهي من النصوص التي أجري عليها تعديل بموجب قانون ٦ مايو ٢٠١٧ والتي تنص على أن: "L'appel remet la chose jugée en question devant juridiction d'appel". وفي تطبيق ذلك انظر: Civ. 2 Mai 1984. Bull. Civ. 11.No 74 D.1984. IR.419. obs julien civ.5 Mars 1980 Bull. Civ.11 No50.

(٣) والتي كانت مستقرة لديه من فترة طويلة. ففي القانون الفرنسي القديم كانت هذه القاعدة قوية وشبه مطلقة حيث لم يكن جائز إيداء أي طلب لأول مرة أمام محكمة الاستئناف فيما عدا طلب الفوائد والتعويضات اللاحقة. وجاءت مجموعة نابليون سنة ١٨٠٦ ونصت صراحة في المادة ٤٦٤ مرافعات على تحريم إيداء الطلبات الجديدة أمام محكمة الدرجة الثانية، ولكنها استثنيت من ذلك طلب المقاصة القضائية والطلبات التي من شأنها دعم الدفاع في الدعوى الأصلية. انظر: د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين ص ٢٠٣ وما بعدها. MARTIN. (R) sur la notion de mayen. J.C.P. 1976. Dactr. No 2768 No5.

وهو ما دفع بالبعض إلى وصف الاستئناف وفقًا لوظيفته التقليدية في ظل هذه المجموعة بأنه ولد قديمًا. انظر:

TISSIER (A.) le centenaire du code de procedure civ. R.T.D. Civ. 1906. p.625.

"les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions". (٤) cass. civ. 17 Mai 1977 Bull. Civ.III. No216. 21 Févr 1978. Bull. Civ.III. No87. Civ.19 Mai 1976 Bull. Civ.11. N162. Paris 15 déc 1983 Gaz pal 1984. 2. 489. note Bertin.

وتستند هذه القاعدة إلى مبدأ ثبات النزاع *immobilite du litige* الذي يقتضي في هذا المقام (١) تثبت النزاع على الحالة التي عرض بها على قضاء أول درجة (٢). وحيث أن قضاء ثان درجة في هذا المقام يرمي إلى اصلاح قضاء أول درجة السيئ ، لذلك يكون ضرورياً تثبيت عناصر النزاع كما عرض على قضاء أول درجة ، وذلك حتى يستطيع قاضي ثاني درجة أن يحكم الرقابة على القضاء الصادر من محكمة أول درجة. بل لم يقتصر البعض على ثبات العناصر الأساسية للنزاع - الأشخاص والموضوع والسبب - أمام محكمة الاستئناف. وإنما ذهب في تشدده إلى القول بالثبات المطلق للنزاع في مرحلة الاستئناف. ويقتضي هذا الثبات المطلق منع تقديم أي عنصر جديد في الاستئناف يستوي في ذلك منع تقديم الطلبات والوسائل والأدلة والمستندات والحجج الجديدة (٣).

---

(١) ومضمونه هو تحديد نطاق الخصومة بالطلب الأصلي، بحيث يحظر إجراء أي تعديل لاحق في عناصر هذا الطلب ، موضوعه، سببه وأطرافه بالصفة التي يتقاضون بها. في مبدأ ثبات النزاع وحدوده ومداه انظر : NORMAND : le juge et le litige préc, p.84 ets No91 ets. MIGUET : immutabilité et evolution du litige. Préc. P.25 ets. No16ets.

وثبات الطلب يجري في مواجهة القاضي والخصوم سواء بسواء. فالنزاع يجب أن يكون ثابتاً بالنسبة للخصوم لا يستطيعون التعديل في أركانه تجنباً لعاقة سير الخصومة وتعقيدها بطلبات جديدة تقدم بعد بدئها واعمالاً لحق الدفاع الذي يقضي بعدم مفاجأة الخصوم بطلبات جديدة تقدم بعد أن يكونوا قد استعدوا للدفاع في نطاق الطلب الأصلي وحده.

ويكون ثابتاً أيضاً بالنسبة للقاضي الذي يلتزم بعدم الخروج عن اطاره الابتدائي . ليس فقط احتراماً لحقوق الدفاع ، وإنما أيضاً اعمالاً لمبدأ سيادة الخصوم على الدعوى والتزامه فيها كما قدمت إليه. انظر : د. نبيل عمر ، الوسيط في الطعن بالاستئناف، ص ٥٨٠ وما بعدها بند ٢٧٦. د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها ص ٨٩.

NORMAND. Lic. Cit. MIGUET. Op. cit. p.26. No16. cass. soc. 31 Mai 1961, D. 1961. 184. civ. 23 fev. 1920 S. 1921.1.265. Paris. 2 fev. 1953. D. 1953. 204.

(٢) في المفهوم التقليدي لمبدأ ثبات النزاع وأساسه ومداه . انظر : د. علي تركي: المرجع السابق، ص ٣٧٨ وما بعدها بند ١٩٩.

MOREL : op. cit. p.290. No351. NORMAND: Thé. P.87ets. No92. MIGUET: Thé. P.18ets No8.

(٣) AZAED. (P.) l'immutabilite de la demand en droit judiciaire Français Thés. Paris 1936. p.13etss. وما بعدها بند ٣٧٩ وما بعدها بند ٢٠٠.

كما تستند القاعدة أيضاً إلى مبدأ التقاضي على درجتين (١) Double degree de juridiction الذي يعطي الحق لكل متقاضي في نظر دعواه أمام محكمتين مختلفتين في الدرجة على التوالي. فلا يقبل أي طلب جديد أمام محكمة الاستئناف. لأن شأن هذا الطلب ينحرف بالاستئناف عن هدفه بأن يطرح بواسطته عناصر غير التي نظرت في أول درجة . فطرح هذه العناصر المستجدة أمام قضاء ثان درجة تؤدي إلى حرمان المتقاضي من حقه في ازدواج درجة القضاء ، فضلاً عما يتضمنه من مخالفة لقواعد الاختصاص النوعي(٢).

وتأسيس قاعدة حظر إبداء طلبات جديدة في الاستئناف على مبدأي ثبات النزاع والتقاضي على درجتين تبرر الوظيفة التقليدية للاستئناف ، وتحصر نطاقه داخلها. وطالما أن هذه الوظيفة مختصرة في اصلاح خطأ قضاة الدرجة الأولى، وجب ألا يتناول بحثهم غير الطلبات التي كانت معروضة على هؤلاء القضاة. إذ أنه يجب أن يكون النزاع المطروح أمام محكمة ثان درجة هو نفس النزاع المرفوع لمحكمة الدرجة الأولى من حيث موضوعه والخصوم فيه(٣). فالنزاع يعد ثابتاً لم يتعدى أي عنصر من عناصره(٤).

---

(١) في الدراسة التفصيلية لمبدأ التقاضي على درجتين . انظر : د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين مشار إليه سابقاً. د. أحمد خليل: التقاضي على درجة واحدة وعلى ثلاث درجات في القانون اللبناني ، مجلة حقوق اسكندرية ١٩٩٤ العدد الأول والثاني. د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف، ص٥٧٣ وما بعدها بند ٢٧٥.

وفي تطبيق ذلك: طعن ٧٢/١٢٦٤ ق نقض ٢٠٠٣/١٢/٢٥. طعن ٦٣/٨٦٠١ ق نقض ٢٠٠١/٢/١٨ نقض ١٩٧٣/٥/١٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص٧٤٩.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص٨٩٤ بند ٦٢١. د. فتحي والي: المبسوط، ج٢، ص٥٥٧ بند ١٨٧. د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص٦٢٤ بند ٣١٣. د. طلعت دويدار: الوسيط ص٧٥٠. د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات محاضرات ألقيت على طلبة الدكتوراه ١٩٧٨، ١٩٧٩، ص١١٨.

MIGUET: Thé p.28. No18. Morel: op. cit. p.98ets souls et Perrot: op. cit., p.492ets GLASSON, TISSIER et MOREL: op. cit. p.343. No883.

(٣) د. أحمد هندي : مبدأ التقاضي ص٢٠٦ بند ٣٩. محمد وعبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ١٩٥٨ الجزء الثاني ص٩١١ بند ١٢٦٦ والمراجع المشار له.

(٤) Cass. Civ. 12 Mai 1976. D. 1976. p.280. orléans 19 Nov. 1974. J.C.P. (٤) 1976. IV. P.158.

ولهذه الأسس وتلك المبررات تعلقت قاعدة حظر إبداء الطلبات الجديدة في الاستئناف بالنظام العام. سواء في ظل قانون المرافعات الفرنسي السابق (١) ١٨٠٦ وفقاً للمادة ٤٦٤ أو العديد من التشريعات المعاصرة (٢) ومنها التشريع المصري في ظل قانون المرافعات الملغي تطبيقاً للمادة ٤١١ والتي واظب عليها في ظل القانون الحالي وفقاً للمادة ١/٢٣٥ مرافعات. فتقضي محكمة الاستئناف (٣) ولو من تلقاء نفسها بعدم قبول الطلبات الجديدة . وإلا أمكن الطعن في حكمها بالنقض (٤).

### المطلب الثاني

#### الوظيفة الحديثة للاستئناف

٧- وظيفة الاستئناف كطريق لإصلاح القضاء الصادر من أول درجة ، كانت سبباً في طول اجراءات التقاضي والشكوى من بطء العدالة. ومرجع ذلك ومبناه (٥) آليات

---

(١) حيث يرى اتجاه في الفقه التقليدي وبعض أحكام القضاء الفرنسي القديم تعلق قاعدة حظر الطلبات الجديدة في الاستئناف بالنظام العام . في هذا الاتجاه . انظر : د. علي تركي: المرجع السابق، ص ٤٤٥ وما بعدها بند ٢٤٥.

وفي تطبيق ذلك انظر :

Cass. Civ.12 Mars. 1889. S. 1891-513. Cos. Civ. 8 Nov. 1877. S. 1877. I. 147. Cass. Civ.23. Avr. 1920. S. 1921 1.265. Civ. 5. Nov. 1947. D.C. 1942. 158.

ومع ذلك فبعض أحكام القضاء ترى حتى في ظل القانون القديم أن الدفع بجدة الطلب أمام محكمة الاستئناف لا تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم لا يمكنها أن تثيره من تلقاء نفسها انظر :

Coss. Civ. 25 act. 1968. Bull. Civ. 1968.

(٢) ومن هذه التشريعات ، الأسباني ، الانجليزي ، النمساوي ، الإيطالي ، الإماراتي، العماني. والقاسم المشترك لدي هذه التشريعات أنها تخول لمحكمة الاستئناف ولو من تلقاء نفسها أن تقضي بعدم قبول الطلبات الجديدة. في موقف هذه التشريعات انظر: د. علي تركي: المرجع السابق، ص ٢٥-٢٨ بند ١٦-٢١ والمراجع والأحكام المشاركة لديه. وفي التشريع العماني. انظر: المؤلف: شرح قانون الاجراءات المدنية والتجارية ٢٠١٢ ، دار الجامعة الجديدة ص ٧٠٦ وما بعدها بند ٣١٢.

(٣) طعن ٢٨/١٢١ ق نقض ١٩٦٤/٣/٥ مجموعة الأحكام السنة ١٥٠ ص ٢٨٠. طعن ٢٠/٢٨٨ ق نقض ١٩٥٣/٣/١٩ مجموعة الأحكام السنة ٤ ص ٦٨٠.

(٤) نقض ٢٠٠١/٢/٨ طعن ٦٣/٨٦٠١ ق نقض ١٩٩٩/٦/٢٤ طعن ٦٨/٤٥٦ ق نقض ١٩٩١/٥/٣٠ الطعون أرقام ٥٥٥/١٧٢٥ ق ، ٥٥٨/٤٢٠٠ ق ، ٥٥٨/٥٧٧٠ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ١٢٥١.

(٥) كون الكيان القانوني بما يحويه من نظم وما يقوم عليه من فلسفة، لم يعد يتسع أو يتواءم وما طرأ على المجتمع من عوامل عديدة فكرية وسياسية واقتصادية واجتماعية. محمد كمال عبد العزيز : نظرة إلى مشكلات العدالة في مصر . الوثائق الأساسية ، مؤتمر العدالة الأول، نادي القضاة ، القاهرة ٢٠-٢٤ إبريل ١٩٨٦ ص ٢٠ مشار إليه لدي د. محمد عبد النبي غانم: المشرع وظاهرة البطء في التقاضي ، رسالة دكتوراه ، طنطا ٢٠١٥ ص ٢٠.

العمل داخل نظام الاستئناف والمبادئ التقليدية المحيطة به. وبمقتضى هذا وذاك اسبغ الفقه في جمهوره على كل ما يتعلق بالاستئناف صفة القواعد الآمرة.

هذا التصور تناقض معه تصور آخر ظهر حديثاً لنظام الطعن بالاستئناف لا ينظر إليه فقط باعتباره مجرد طريق لإصلاح قضاء أول درجة . وإنما يعتبر طريقاً لإنهاء وحسم النزاع بإعطائه حلاً شاملاً وكاملاً لكل ما يتفرع عنه من مسائل.

٨ - والتصور الحديث في مستهل تكونه لفت النظر إليه ما أحدثته التحولات الاجتماعية والاقتصادية والطفرة العلمية خلال الفترة السابقة من تأثيرها البالغ على الخصومة (١) في الوقت الحالي بزيادة تعقيدها وتشابكها، مرجعه ليس سوء قصد الخصوم، وإنما هذه التحولات. هذا المظهر المعقد والمتشابك قد لا تكشف عنه خصومة أول درجة ، مما يعني أن معطيات النزاع لا تكون قد اكتملت بعد، ومن ثم فلا تتوافر للقاضي النظرة الكاملة حول هذا النزاع، مما يستلزم تمكين الخصوم بتكملة هذه المعطيات أمام محكمة ثان درجة (٢).

ويتكامل مع ما كشف عنه من تعقيدات للخصومة نتيجة التحولات الاجتماعية والاقتصادية ، أن سرعة الفصل في النزاع لا يجب أن يتم بصورة جزئية (٣). حيث

---

(١) والتي استجابت لهذا التأثير كون الخصومة في ذاتها ظاهرة اجتماعية حية تقبل الحركة والنشاط. ومحلها هو رابطة أو مجموعة من الروابط القانونية غير قابلة للحجز داخل اطار معين وثابت . فالنزاع قد يتولد عنه أو يرتبط به مجموعة من المنازعات قد تصل إلى حد اعطائه وجهاً أو شكلاً جديداً أو هو ما يعبر عنه بتطور النزاع. والمنطق يقتضي تصفية هذا النزاع وكل ما يتفرع عنه مرة واحدة. انظر: د. أحمد ماهر زغلول: دعوى الضمان ص ٩١ بند ٩٠. د. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني ص ٤٧٧ وما بعدها د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص ج ١ منشأة المعارف ص ٥٨٧ وما بعدها بند ٢٣٨ وما بعده. المؤلف : الدفع بإحالة الدعوى ، ص ٥٦٧ وما بعدها بند ٥٦١ وما بعده.

NORMAND: Thé p.87ets No92ets MIGUET: Thé p.41ets No29ets Frederic FERRAND: appel préc No43ets. VINCENT et GUINCHARD : procedure civile 1994, 23e éd p.834 etss No 1424etss. VINSANT: les dimensions nouvelles de l'apple en matire civile. D.S.1973-1- chronique p. 180. LEGIER. (G.): L'intervention force en appel et l'évolution du litige – art 555 Nov. c. pr. Civ- D.S. 1978.11. chronique XXXI p.151ets No3ets.

(٢) د. علي تركي : الإشارة السابقة .  
(٣) بل يبقى النزاع واحد رغم تشابك علاقاته بتعدد أطرافه واتساع نطاقه. فليس في هذا أو ذاك ما ينفي وحدة الخصومة المطروحة على المحكمة، وتجميع أوصال تلك الخصومة التي يحرض القانون على تماسك أجزاء بها ولو اختلف عناصرها. فالمشرع يحرض على وحدة هذه الخصومة رغم اتساع نطاقها سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأطراف. ذلك لأنها تجمع بين طبيعتها نسيج واحد لنزاع واحد أو منازعات مرتبطة، وكان حرياً أن تبقى متماسكة ، وذلك كله جمعاً لشتات المنازعات المتداخلة تيسيراً للفصل فيها جملة واحدة،



يؤدي ذلك فضلاً عن تقطيع أوصال النزاع عدم فعالية الحكم الصادر فيه. ولذا يتعين أن يفهم المقصود بسرعة الفصل في النزاع، على أنه تصفية لموقف متنازع فيه، وفي خلال مدة معقولة، بهدف تجنب تعدد الخصومات بين نفس الخصوم، وبصدد ذات الموقف الذي قد يفصل فيه على عدة مرات (١).

وكننتيجة منطقية لهذه التحولات ، حتمًا صاحبها تحول في مفاهيم الفقه للمنظومات الاجرائية ومنها الدعوى (٢) والخصومة (٣) ودور القاضي (٤) . كما صاحب هذه التحولات ، تحول في مفاهيم المبادئ التقليدية المحيطة بهذه

---

وتحقيقًا للعدالة الشاملة وتوفيقًا من تضارب الأحكام لو كان ذلك على حساب بعض القواعد والمبادئ المتعلقة بالنظام العام.

في مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه انظر: د. الأنصاري النيداني: مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات ١٩٩٨ دار الجامعة الجديدة. د. أحمد هندي: ارتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات ١٩٩٥ دار الجامعة الجديدة. د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات. د. أحمد ماهر زغول: دعوى الضمان الفرعية المؤلف : الدفع بإجالة الدعوى في قانون المرافعات ص ٤٣٩ وما يليها بند ٤٢٣ وما يليه .

FOURCADE (j.p) La connexite en procedure civile. Thés Paris 1938.  
NORMAND: The. Prec. MIGUET: The. Préc.

(١) د. علي تركي: المرجع السابق، ص ٣٩٣ وما بعدها بند ٢١٦. د. نبيل عمر: نطاق الطعن بالاستئناف ص ٨ بند ١.

(٢) في تطور الدعوى واستقلال الحق فيها عن الحق الموضوعي، أساس هذا الاستقلال ومظاهره . انظر: د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضي التي تحوز الحجية ، دار النهضة العربية ص ١٧٠ وما بعدها بند ٨٥ وما بعده. د. وجدي راغب، نظرية العمل القضائي ، ص ٤٣٨ وما يليها .

VINCENT (j) action . Ency. D. pr. Civ. 1975. P.I.N.I. solus et PERROT: op. cit. T. I. p.96ets No95. p.195 No 221. MOHAMED ABD EL KHALEK OMAR: la notion d'inecevabilité en droit judiciaire prive Thés. Paris 1967. p.91 No189.

(٣) في تطور مفهوم الخصومة من كونها عملاً قانونيًا مركبًا ، إلى كونها مركزًا قانونيًا ، إلى كونها حالة قانونية ، إلى كونها رابطة قانونية، إلى كونها ليست من ذلك، وإنما شكلاً اجرائيًا للعمل القضائي . ومع كونها شكلاً للعمل القضائي فالخصومة ليست الوحيدة لشكل العمل القضائي. في تفصيل ذلك انظر: د. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي ١٩٧٤ منشأة المعارف ص ٦٤٨ وما بعدها. د. فتحي والي: قانون المرافعات في مائة عام. كتابات في القضاء المدني والتحكيم، ص ٤٢٤ وما يليها.

(٤) في تطور دور القاضي وحدوده انظر : د. نبيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ٢٠١١ ، دار الجامعة الجديدة ص ١٢٥ وما بعدها بند ٩٦ وما بعده. التقدير القضائي المستقبلي ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة. د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الاجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصلي لمشكلة منع تغيير أساس الادعاء ، مجلة المحامي الكويتية ، السنة التاسعة الأعداد: أكتوبر/ نوفمبر/ ديسمبر ١٩٨٦. د. سحر عبد الستار: دور القاضي في الإثبات ٢٠٠٢، دار النهضة العربية ، ص ٤٢١ وما يليها بند ٢٤٤ وما يليه.

NORMOND: Thé. P.25 ets No 29 ets. MIGUET: Thé. P.256ets No211ets.  
Hébraud: R.C. rit. Dip. 1965. p. 668 ets NORMAND: (j) principe directeurs du process office du juge fondement des prétentions litgieuses. J.C.P. pr. Civ. Fosc. 152.

المنظومات والتي سيطرت على نظام الاستئناف وحصرته في وظيفة اصلاح حكم أول درجة. وانعكست هذه التحولات وتلك المفاهيم على المبادئ التقليدية فأعطتها لوناً جديداً، ومن هنا أصبحت الفكرة تطور النزاع. هذه الفكرة تراجع معها - وكما سنرى - مبدأ التقاضي على درجتين . كل ذلك ساعد في أن يعطي لنظام الاستئناف لوناً جديداً في أداء وظيفته واعتباره نظام وفق متطلبات العصر قادر على إنهاء النزاع بكل تفريعاته وأطواره ومستحدثاته التي تمت منذ صدور حكم أول درجة ، بل والتي كانت قائمة قبل صدوره ولم يلتفت إليها هذا الحكم(١). ومن هنا بدأت الوظيفة الحديثة للاستئناف تزامم وظيفته التقليدية.

وساعد في سرعة استجابة الاستئناف لهذه التحولات ، طبيعة الاستئناف في ذاته ، فهو دائماً(٢) ينسوخ عن هدفه التاريخي كلما وصل المجتمع إلى درجة متقدمة من التنظيم والتدرج. فتبرز له طبيعته كنظام اجرائي يهدف إلى إنهاء النزاع فالمستقبل صاحب الكلمة النهائية في تطور هذا النظام فضلاً عن ذلك ، فالاستئناف كنظام اجرائي في نهاية المطاف ما هو إلا مجموعة من الإجراءات صنعها المشرع لكي تكون خادمة للحقوق الموضوعية. وإذا كان الحق الموضوعي هو ملك خاص لصاحبه، فكيف تكون الاجراءات لها هذه القوة التي يفتقدها مناط الحماية ، أي الحق الموضوعي الذي لا يتعلق أبداً بالنظام العام(٣).

٩- وإذا كانت القاعدة أن القانون يجب أن يساير هذه التحولات الاجتماعية والاقتصادية في نشأته وفي تطبيقه، ويتعين أن يتطور لملاءمة الحاجات المتجددة للعلاقات البشرية(٤) والاستئناف كأحد أنظمة هذا القانون، وباعتباره نظاماً قانونياً

---

(١) د. نبيل عمر : نطاق الطعن بالاستئناف ، ص ١٢ بند ٦.

PERROT et TISSOT: les effets de l'appel l'ouverture quant aux personnes  
Gaz pal 1974 – 1 Sam. P.408ets. jean – BAPTISTE – FANEST: l'irrevabilité  
des prétentions nouvelles en appel ou cau de l'economie processuelle.  
<http://ide-Paris2-2016>.

(٢) د. محمد زكي أبو عامر : المرجع السابق، ص ١٤٥ بند ٣٣.

(٣) د. نبيل عمر : المرجع السابق ، ص ١٢ بند ٥.

(٤) د. حمدي عبد الرحمن: محاضرات نحو نظرة جديدة للدراسة القانونية المقارنة ١٩٧٤ مشار إليه في مؤلفه الحقوق والمراكز القانونية ص ١١. د. السيد عبد الحميد فودة: تطور القانون ٢٠٠٣ الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ص ١٠. د. بدرية عبد الله العوضي: تجديد الفكر القانوني بشكل أعمق وأوسع . كلمة

إجرائي يخدم الحقوق الناشئة عن هذه العلاقات استجاب لما أحدثته هذه التحولات في وظيفته. فكان لازماً من وضع أفكار ودراسات تمهد الطريق للتعديل في نظامه القانوني لعدم ملائمة النظام الذي يحكم الوظيفة التقليدية للاستئناف مع وظيفته الحديثة. والطبيعي لا يقع على غير رجال الفكر القانوني(١) وضع مثل هذه الأفكار وتلك الدراسات اللازمة لتوجيه المشرع واسترشاده لإجراء التعديل.

وأخذ بزمام المبادرة رجال الفكر القانوني في فرنسا، حيث قاموا بإجراء مناقشات موسعة حول الوظيفة الحديثة للاستئناف، والتي بدأت بعقد ندوة حول طريق الطعن بالاستئناف في جامعة Aix-en-provence عام ١٩٦٣ ومن هذه الندوة انطلقت الأفكار الأولية للوظيفة الحديثة للاستئناف(٢). والتي بعدها توالت الدراسات وأعدت سلسلة من مشروعات القوانين تهدف جميعاً إلى إعطاء الاستئناف أبعاداً جديدة ليتمكن من شغل هذه الوظيفة. هذه الدراسات وتلك المشروعات وأن قوبلت بالتحفظ

---

العدد المؤتمر السنوي الرابع تحت عنوان "القانون أداة للإصلاح والتطوير" المنعقد بالكويت في الفترة من ١٠ - ١١ مايو ٢٠١٧ مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، الجزء الأول مايو ٢٠١٧ ص ١٣ وما بعدها. د. لافي محمد دراكه: مفهوم حكم القانون وسيادته أداة اصلاح وتطوير أم معول هدم وجمود. عدد المؤتمر السابق ص ٢٥٩ وما بعدها.

- VINCENT et RUSQUEC : les effets de l'appel quant a l'abjet du litige. Gaz Pal 1974 Doctrine – 49- p.401.

- VINCENT : Les dimensions Nouvelles de l'appel préc p.180 No 5.

(١) وخاصة الفقه، حيث أن دوره لم يعد يقتصر على شرح النصوص التشريعية القائمة، بل أصبح دوره الأهم يتمثل في توجيه المشرع والقضاء إلى الأخذ بأنسب الحلول على نحو وبشكل يحقق أهداف القاعدة القانونية، ومدى انسجام هذه القاعدة مع التغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي تحدث في المجتمع تحقيقاً لمصالح الأفراد، والتي يتعين أن يكون القانون مسائراً لها. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى. ص ٥٢٨ وما بعدها بند ٥٢١.

Colloque sur "la voie d'appel" ANN, Fac – dr. Aix – en – province. 1963. (٢) cette per. VINCENT: les effets de l'appel l'auverture quant a l'abjet du litige Gaz pal 1974 Dact P.408.

ومن الفقه الذي كان له دور بارز في هذه الندوة الأستاذان هنري سولس روجيه بيرو: وكانت من بين أفكارهم ضرورة التطابق مع الواقع والاعتراف بأن الاستئناف يجب أن يسمح باستيفاء العناصر التي لم يشملها هذا الطعن حتى إذا ما توافرت أمكن حسم جميع النزاع مرة واحدة أمام محكمة الدرجة الثانية. انظر د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات، ص ١٧٠.

والأستاذ "هبرو" في توضيحه لوظيفة الاستئناف الحديثة كوسيلة لإنهاء النزاع، بأن هذه الوظيفة وأن اختلفت بشكل واضح عن الوظيفة التقليدية إلا أنه لا تعارض بينهما. انظر:

HEBRAUD : effet dévolutif et évocation. Ro. Pp. ou. Colloque d'Aix – en- province 1963 p.141 etss.

من جانب بعض الفقه (١) والذي يرى بأن هذه الوظيفة يجب ألا تقوم على حساب دقة الأحكام وسلامة عدالتها ، وتجريد مبدأ التقاضي على درجتين من كل مضمونه. فعلى العكس لقيت رواجاً من جمهور الفقه (٢). والذي لا يقتصر بهذه الوظيفة على مجرد اعطاء محكمة الاستئناف سلطة إنهاء ما قد يتسع به أمامها خصومة أول درجة موضوعاً أو أشخاصاً ، بل تتصدى للموضوع الذي طرح على أول درجة ولو لم تستنفد به ولايتها متى توافرت حالة من حالات التصدي .

وكان لهذه الأفكار أنصار في الفقه المصري، والذي أخذ يروج لها وأعد دراسات بشأنها وأخذ بزمام المبادرة العلامة نبيل عمر (٣) وتبعه وبدون تردد جمهور الفقه (٤) والذي لا ينظر إلى نظام الاستئناف على أنه مجرد اصلاح قضاء أول درجة ، وإنما يعتبر أيضاً طريق لإتمام وحسم النزاع بإعطائه حلاً شاملاً وكاملاً لكل ما يتفرع عنه. ذلك للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية التي تزداد يوماً بعد يوم والتي يتعين أن يسايرها النظام القانوني للاستئناف. فالزمان تغير والحياة تغيرت وأصبح

---

(١) VINCENT, les effets de L'appel l'auverture prec. P.404. VINCENT et Eusquec: les effets de l'appel quant a l'objet du litige Gaz. Pal. 1974 Dact. P.401. PERROT et tissot: les effets de l'appet l'auverture quant aux personnes. Gaz. Pal 1974. Dact. P.408.

(٢) HEBRAUD : préc. P.141. Motulsky : nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'evocation. J.C.P. 1958. I.No1432. Couchez, Longlade et lebeau: procedure civile . Dalloz 1998. p. 520 No1414ets. Frédéric FERRAND: appet. Dalloz rép. Pr. Civ.1999. p.8 No22ets frédérique FERRAND: appel Dalloz 1993. Rep. pr. Civ. N498etss. Maurice Loisel: emploi optimal de la notion d'évocation en procedure civile. J.c.p. Doct. 1971 No2432 No2 GRANGER (R.): V. demande nouvelle. Rep. pr. Civ. Dallez.1re. de . T.I.N.95 LOBIN (Y.) V. demande nouvelle. Rep. pr, civ. Dallez No 81.

(٣) انظر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ٢٠٠٨ ، دار الجامعة الجديدة، فلسفة قانون المرافعات ١٩٧٨/١٩٧٩. الوسيط في الطعن بالاستئناف، نطاق الطعن بالاستئناف ، مشار إليها سابقاً . (٤) د. علي تركي: نطاق القضية في الاستئناف . د. اسامة أنور جامع : النطاق الموضوعي لخصومة الاستئناف . محمد نور شحاته: نطاق النزاع في الاستئناف. الاستئناف الاستثنائي ، دراسة تحليلية لشروط آثار الاستئناف كطريق لإبطال الحكم ١٩٩٠ ، دار النهضة العربية. د. يوسف أبو زيد: قانون المرافعات مشار إليه سابقاً. د. رمضان علام: التدخل في الدعوى المدنية أمام القضاء حالاته وآثاره ، قواعده وأحكامه ٢٠١٦ ، مكتبة الوفاء القانونية ص ١٩٢ وما بعدها. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين، ص ١٥٧ وما يليها بند ٣٢ وما يليه. د. أحمد خليل: خصومات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ٢٠٠٠ ، دار المطبوعات الجامعية، ص ١٦٣-١٧١. د. أحمد ماهر زغلول: دعوى الضمان الفرعية ص ١٢٦ وما بعدها بند ١٢٤ وما بعده. د. طلعت دويدار: الطعن في حكم الإفلاس ٢٠٠٤ ، دار الجامعة الجديدة ص ١٠١-١٠٧ .

يحكم الزمن والحياة مبدأ الاقتصاد في الإجراءات. ونظام الاستئناف في النهاية نظام اجرائي، لا يجوز بحال أن يشكل عقبة تحول دون تطبيق هذا المبدأ، مما يستلزم التعديل في نطاقه وزيادة فعالية الأدوات الفنية التي تحكم هذا النظام وفق متطلبات العصر.

كما أن في اتجاه محكمة النقض المصرية والفرنسية<sup>(١)</sup> لنظر موضوع الدعوى عند إلغاء الحكم الصادر بعدم القبول - عند قبول الدفع به - إذا كان يستند على الأثر الناقل للاستئناف - وبغض النظر وكما سنرى عن مدى سلامة هذا السند من عدمه - فإن ذلك لا مرجع له إلا لكونه يمثل ارهاصة للوظيفة الحديثة للاستئناف. وبالذور الجديد التي سوف تلعبه محكمة الاستئناف في إنهاء النزاع وتصفيتهأ له.

١٠- أثر الوظيفة الحديثة للاستئناف على كل من التشريع المصري والفرنسي : إذا كانت الغاية من هذه الوظيفة هي إنهاء النزاع بكل تفريعاته وطوائره ومستحدثاته التي تمت منذ صدور حكم أول درجة . فإن تحقيق هذه الغاية يحتاج إلى تعديل في النظام القانوني التقليدي للاستئناف، بحيث يكون مهيناً لإدراك هذه الغاية، وذلك بخلق أدوات جديدة، وإعادة النظر في المبادئ الراسخة المحيطة بهذا النظام.

وأبرز معالم هذا التعديل وأكثرها أهمية ، هي اطلاق سلطة الأطراف والقاضي في طرح كل عناصر النزاع، حتى تلك التي لم يسبق ابدائها أمام قضاء أول درجة ، بل والتي كانت قائمة قبل صدوره ولم يلتفت إليها هذا القضاء. والاعتراف للغير بالتدخل لأول مرة أمام محكمة التصدي وإثارة كل المسائل المرتبطة بالنزاع أو المتفرعة عنه أمامها. وتلك التي تولدت نتيجة أعمال الأدوات الاجرائية الجديدة التي تم التوصل إليها. أو على الكل اعطاء محكمة الاستئناف السلطة الكاملة في تصديها للموضوع ونظره وفقاً للأثر الساحب ودون أن تكون أول درجة استنفدت ولايتها بشأنه حالة الطعن في حكم أنهى خصومة هذا الموضوع أمام هذه المحكمة دون أن تفصل فيه.

---

(١) انظر فيما يلي : بند ٣٤.

ذلك بهدف تشغيل الوظيفة الحديثة(١). وأثر هذه الوظيفة وهو ما نتناوله أولاً: في القانون المصري، ثانيًا: في القانون الفرنسي.

١١- القانون المصري: تساند الوظيفة الحديثة للاستئناف وظيفته التقليدية وتقف على مستواها : يترتب على الاستئناف نقل الدعوى بحالتها التي عرضت بها على محكمة أول درجة إلى محكمة الاستئناف المواد ٢٣٢، ٢٣٣ مرافعات. ويحكم هذا النقل قاعدة أساسية(٢) النزاع لا يطرح أمام محكمة الدرجة الثانية إلا في حدود ما رفع عنه الاستئناف من الطلبات التي فصل فيها الحكم الابتدائي. واستنادًا إلى الوظيفة التقليدية للاستئناف فرق المشرع بين الأدلة والدفع وأوجه الدفاع الجديدة مادة ٢٣٣ مرافعات. وبين الطلبات الجديدة مادة ٢٣٥ مرافعات . وأجاز المشرع للأطراف أن يبدو أمام محكمة الاستئناف من الأدلة والدفع وأوجه الدفاع الجديدة(٣) ما يقدره ضروريًا لإقناع هذه المحكمة بأخطاء حكم أول درجة . أما الطلبات الجديدة(٤) التي لم تكن تحت نظر محكمة أول درجة . فالقاعدة يحظر على الأطراف تقديمها والتمسك بها. وفي حالة اثارها والتمسك بها تقضي المحكمة الاستئنافية بعدم قبولها ولو من تلقاء نفسها وفقًا للمادة ١/٢٣٥ مرافعات(٥).

كما حرص المشرع على تضمين المادة ١/٢٣٦ مرافعات حكمًا بمقتضاه يحظر اختصام الغير - وهو الذي لم يكن خصمًا في خصومة أول درجة - وتدخله في

---

(١) وهو ما اعتمده العديد من التشريعات المعاصرة : الألماني ، والبلجيكي ، والهولندي ، والسمة المشتركة لهذه التشريعات هو اتساع القضية في الاستئناف بهدف حسم النزاع في كل مظهره . في موقف هذه التشريعات انظر : د. علي تركي، المرجع السابق، ص٣٣-٣٥ بند ٢٦ وما بعده والمراجع المشار له. (٢) في نطاق القاعدة ومبناها . انظر : د. علي تركي: المرجع السابق ، ص ٦٠ وما يليها بند ٤٤ وما يليه . د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص٥٨٩ وما يليها بند ٢٧٩ وما يليه . د. اسامة جامع : المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين ص١٦١ وما بعدها بند ٣٣ وما بعده. د. رمسيس بهنام: المحاكمة والطعن في الأحكام ١٩٩٣ منشأة المعارف ص٢١٢ وما بعدها بند ١٠٧ . وفي تطبيق ذلك انظر : نقض ٢٣/١٠/٢٠٠٠ طعن ٧٧ لسنة ٦٩ نقض ١٧/١١/٢٠٠٠ طعن ٦٩/٦٢ ق ١١/٦/١٩٩٨ طعن ٥٨/٢٨٢٩ ق نقض ٢٣/١٠/٢٠٠٠ طعن ٧٧ لسنة ٦٩ نقض ١٧/١١/٢٠٠٠ طعن ٦٠/٦٧٤ ق السنة ٤٨ ص٣٣٢ رقم ٦٤. نقض ١٧/١١/١٩٩٤ طعن ٦٠/١١٧٦ ق السنة ٤٥ ص١٤٠٢. د. أحمد هندي: التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة اجزاء الرابع ص٣١٣.

(٣) في إبداء الأدلة والدفع وأوجه الدفاع الجديدة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف انظر فيما يلي : بند ٥١ وما بعده.

(٤) في المقصود بالطلبات الجديدة انظر فيما يلي : بند ٥٢ والهوامش الملحقه به.

(٥) انظر فيما يلي : بند ٥٢.

خصومة الاستئناف(١) و فرق المشرع بين التدخل الانضمامي والاختصاصي أو الهجومي . وسمح بالتدخل الانضمامي في خصومة الاستئناف لمن يطلب الانضمام إلى أحد الخصوم(٢) المادة ٢/٢٣٦ (٣) لأنه يعد أحد وجوه الدفاع الجديدة لما يرمي إليه من تدعيم الدفاع عن أحد الخصوم في الدعوى وحظر التدخل الهجومي والاختصاص في خصومة الاستئناف ، لأنه ينتمي إلى طائفة الطلبات الجديدة في الاستئناف(٤).

وإذا كانت النتيجة الأساسية(٥) للوظيفة التقليدية للاستئناف تتبلور في حظر كل من الطلبات الجديدة، والتدخل الهجومي والاختصاص في الاستئناف. فإن المشرع استجاب استثناءً للوظيفة الحديثة للاستئناف عندما وضع من استثناءات على هذا الحظر وعدد فيها بصدد الطلبات تطبيقاً للمادة ٤/٣/٢/٢٣٥ مرافعات(٦) والمادة ٢/٥٨ من قانون الأحوال الشخصية ٢٠٠٠/١ وبصدد التدخل تطبيقاً للمادة ١/٥٦٥ من قانون التجارة «للغير تقديم اعتراضه على حكم الإفلاس ولأول مرة أمام المحكمة التي تنتظر الاستئناف» والمادة ٢٦ إثبات ، ١١٨ مرافعات(٧). واعتماد المشرع لهذه الاستثناءات يجعل الوظيفة الجديدة للاستئناف تزامم وظيفته التقليدية كوسيلة لإصلاح قضاء أول درجة .

وفي تطور غير مسبوق من جانب المشرع أجاز للأطراف ابداء طلبات جديدة بسببها(٨) أو بموضوعها(٩) وبأشخاصها(١٠) لأول مرة أمام محكمة الاستئناف

---

(١) وتعتبر المكنتة التي تنسبها المواد ٢٦ إثبات ، ١١٨ مرافعات ، ٥٦٥ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ إلى المحكمة الاستئنافية استثناء على مبدأ حظر التدخل ، انظر فيما يلي : بند ٨٥.  
(٢) طعن ٦٠/٢٠٩٠ ق نقض ١٩٩٦/١/١١ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ١٥٦ . طعن ٥٨/٢٣٦٣ ق نقض ١٩٩٦/٥/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٨١١ . طعن ٦٤/٢٠٤٥ ق نقض ١٩٩٥/٦/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٨٦٩.

(٣) انظر فيما يلي : بند ٥٦ .

(٤) انظر فيما يلي : بند ٨٥ .

(٥) د. أحمد ماهر زغلول : المرجع السابق، ص ١٣١ بند ١٢٧ .

(٦) انظر فيما يلي : بند ٦٢ وما بعده .

(٧) انظر فيما يلي : بند ٨٥ .

(٨) انظر فيما يلي : بند ٥٧ .

(٩) انظر فيما يلي : بند ٦٢ .

(١٠) انظر فيما يلي : بند ٨٥ .

تطبيقاً للمادة ٢/٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ واعتراض الغير على حكم الإفلاس ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف مادة ١/٥٦٥ من قانون التجارة، مادة ٨٨ من قانون ١ لسنة ٢٠١٨ الخاص بإعادة الصلح الوافي والإفلاس ، ذلك لا يمثل مجرد استثناء فحسب على قاعدة الحظر. وإنما يمثل ارهاصة تحول من الوظيفة التقليدية للاستئناف إلى الوظيفة الحديثة وتصفية النزاع بشكل كامل وما يتفرع عنه . ونتيجة ذلك لم تعد الوظيفة الحديثة مجرد كونها وظيفة تزحم الوظيفة التقليدية، وإنما تخطت بكثير مجرد هذا التزاحم الذي كان يقف بها لمجرد استثناءات على قاعدة الحظر.

وبإجراء هذه التعديلات فإن المشرع تحول نحو جعل وظيفة الاستئناف لا تقتصر على إصلاح حكم أول درجة، وإنما تستهدف أيضاً تصفية شاملة للنزاع . وتضمن قانون المرافعات الحالي والقوانين المكملة له محصلة هذا التطور باعتماده للوظيفة الحديثة وأصبح النظام الاجرائي للاستئناف يستند إلى الوظيفتين معاً فأصبحت الوظيفة الحديثة تساند الوظيفة التقليدية وتقف على نفس مستواها. وكلما تطور التشريع وأحدث تعديلات أصبحت الحاجة ماسة إليها لمواكبة تطورات العصر على غرار المشرع الفرنسي .

وباعتماد المشرع للوظيفة الحديثة للاستئناف بإجراء تعديلاته في النظام الاجرائي للاستئناف ليتمكن من شغل هذه الوظيفة ، حتماً صاحبه تعديل موازي في المبادئ التقليدية المحيطة بالاستئناف كطريق اصلاح حكم أول درجة. وإذا كانت الفكرة أصبحت تطور النزاع فهذه الفكرة تراجع معها مبدأ التقاضي على درجتين . وساهم في تراجع كون المبدأ بوضعه المتوارث عليه بات جامداً مع ما تتطلبه حاجات المجتمع الحديث، وما توضحه لنا ما آلت إليه العدالة من عدم استجابة لنداء العصر ومقتضيات التطور السريع الذي يشهده عالم اليوم.

١٢- وإذا كان من المسلمات أن فكرة العدالة ثابتة لا تتغير من عصر إلي عصر (١) فحتماً وسائل العصر تتغير (٢) من زمن إلي زمن. خاصة وأن هذا التغير (١)

(١) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٧٣ وما بعدها بند ٢٧٢.

(٢) د. وجدي راغب ؛ أحمد ماهر زغول؛ يوسف يوسف أبوزيد، شرح قانون المرافعات ٢٠٠١، ج٢، ص ١١٩٦.



يفرض نفسه ولو لم يصاحبه تعديل في القواعد القانونية السارية، وإن كان يكفيه اتساع نطاقها أو الاخذ منها بأسلوب أو اتجاه معين من أجل المواءمة مع الأوضاع الجديدة. والمعتمد أن القانون (٢) يجب أن يساير هذه الأوضاع ويتطور لملاءمتها. هذا التطور فرض نفسه علي مبدأ التقاضي علي درجتين، وكمبدأ قانوني استجاب لهذا التطور، لأن الطبيعي أن القانون في مجموعة لا بد وأن يستجيب إلي متطلبات العصر. فالمبدأ ساهم بنفسه في هذا التطور، لأن حق الشخص في أن يتقاضى أمام درجتين لم يعد مستقراً في القضاء عموماً لا سيما الجنائي في أهم حالاته (٣). كما أنه لم يعد مؤكداً في حالات عديدة أمام القضاء الإداري (٤). وعلي وجه مطلق أمام قضاء التحكيم (٥)، أما بصدد القضاء المدني ففضلاً عن أنه لم يعد يوجد رأي مؤحد (٦) بشأن تعلق المبدأ بالنظام العام أو عدم تعلقه. فأصبح المبدأ بالخروج

- 
- (١) د. مصطفى حسين سلامة: تطور القانون الدولي العام بدون تاريخ. طبع دار النهضة العربية ص ٩.
- (٢) د. حمدي عبد الرحمن: الإشارة السابقة.
- (٣) فالجنايات وهي أعظم الجرائم وأخطرها تنتظر أمام محكمة الجنايات، وهي تتكون من دوائر تشكل في كل محكمة من محاكم الاستئناف. وما يصدر في هذه الجرائم من أحكام لا تقبل الطعن بالاستئناف وأن كانت تقبل الطعن بالنقض، انظر د. محمد ذكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية ١٩٩٤ منشأة المعارف، ص ٧٤٢ وما بعدها بند ٣٦٣ وما بعده.
- خلاف التصدي أمام محاكم الجنايات، الدائرة الجنائية بمحكمة النقض طبقاً للمواد ١١، ١٢، ١٣ إجراءات جنائية، وما تجيزه هذه المواد لتلك المحاكم، وهذه الدائرة من الفصل لأول مرة في بعض الجرائم. انظر: د. سامح جابر البلتاجي: التصدي في الإجراءات الجنائية ص ٢٤٣ وما يليها، ص ٤٥٣ وما بعدها.
- (٤) فالكثير من الدعاوي الإدارية لا تنتظر إلا مرة واحدة. فجميع الدعاوي المعروضة علي محكمة القضاء الإداري لأول مرة وهي طوائف عديدة من المنازعات لا تعرض علي درجة ثانية. وكذلك أغلب المنازعات المعروضة علي المحاكم التأديبية لا تخضع لمبدأ التقاضي علي درجتين. فالأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري ولحاكم التأديبية في هذه المنازعات لا تقبل الطعن إلا أمام المحاكم الإدارية العليا. انظر: د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري ١٩٨٦ ص ١٤٤ وما بعدها؛ د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة ص ٢٨٣ وما بعدها.
- (٥) د. محمود مختار البريري: التحكيم التجاري الدولي، ٢٠١٤، دار النهضة العربية، قارن د. أحمد عمار: التحكيم علي درجتين، رسالة، الإسكندرية ٢٠١٧..
- (٦) فالمسألة أصبح يتنازعها اتجاهين في الفقه والقضاء الأول: يري تعلق مبدأ التقاضي علي درجتين بالنظام العام. والثاني: يري عكس ذلك، ووفقاً للأخير، أن عدم جواز التقاضي لدي محكمة الدرجة الثانية لأول مرة لا يكون متعلقاً بالنظام العام إلا إذا رفعت الدعوى أمام هذه المحكمة مباشرة. إما إذا مرت الدعوى علي أول درجة وانتقلت إلي محكمة ثان درجة، أو أضيف للدعوى طلبات جديدة، فإن قبول هذه الطلبات أو عدم قبولها لا يتعلق بالنظام العام. في عرض الاتجاهين وتأييد الأخير، أنظر. د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مدي حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية ولموضوعية في القضاء المدني، رسالة طنطا ٢٠١١ من ١٢٩ وما بعدها والمراجع وأحكام القضاء المشار لديه؛ د. أحمد صدقي محمود: اختصام الغير في الخصومة في قانون المرافعات ص ٣١٤ وما بعدها.

المتوالي عليه من جانب المشرع وبنصوص صريحة وأمام درجتي التقاضي يشكل الاستثناء من الأصل في التقاضي(١).

فبصد ما أجاز طرحه ولأول مرة أمام محكمة الاستئناف يجعل من التقاضي درجة واحدة سواء بالإدعاء مباشرة أمام هذه المحكمة كجرائم الجلسات أو ما تنظره الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية من دعاوي تتجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه أو تكون غير قابلة للتقدير وفقاً للمادة ٢/٦ من قانون المحاكم الاقتصادية. أم دعاوي الرد مادة ١٥٣ مرافعات والمخاصمة ١٤٩ مرافعات. أو طلب تفسير ما وقع في الحكم من غموض أو ابهام بنفس الأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى مادة ١٩٢ مرافعات(٢) واختصاصها بنظر مسائل التحكيم إذا كان تجارياً دولياً مادة ٩ تحكيم. وطلب التعويض عن الاستئناف الكيدي مادة ٤/٢٣٥ مرافعات(٣). واختصاصها ولو لأول مرة بنظر الطعن في قرار لجنة قبول المحامين(٤)، وبنظرها للدعوى التي تحال إليها للارتباط من أول درجة(٥).

وبصد ما يجوز طرحه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بمناسبة ما طعن فيه أمامها من أحكام أول درجة مادة ٢/٢٣٥، ٣ مرافعات والمادة ٢/٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ أو باعتراض الغير أمامها ولأول مرة مادة ١/٥٦٥ من قانون التجارة، أو لاختصاصه لأول مرة أمام هذه المحكمة تحقيقاً للعدالة ولإظهار الحقيقة. مادة ١/٢١٨ مرافعات لعمومية تطبيق هذا النص(٦).

---

(١) د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي: ص ٣٢ وما بعدها بند ٧. المؤلف: المرجع السابق: ص ٥٢٥ وما بعدها بند ٥١٧ وما بعده.

(٢) في عمومية تطبيق النص انظر: طعن ٦/٣٤. ق نقض ١٩٩٤/١/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٢٥٧. ق نقض ٢/١٧.

(٣) طعن ٦٨/٣٩٧١ ق نقض ١٩٩٩/١١/٢٨. طعن ٦٥/١٠٤٩ ق نقض ١٩٩٦/٥/٢٦.

(٤) في الطعن علي القرار الصادر من لجنة قبول المحامين أمام محكمة الاستئناف وميعاده. انظر: د. أحمد ماهر زغلول، الدفاع المعاول الجزء الثاني ١٩٩١ ص ٣٩ بند ٢١.

(٥) في ميررات جواز الإحالة للارتباط من أول إلي ثاني درجة انظر: د. نبيل عمر: نطاق الطعن بالاستئناف ص ٩٦ وما بعدها بند ٤٩. التكامل الوظيفي والإجراءات الموازية ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة ص ٦٠ بند ٥٥. المؤلف: المرجع السابق ص ٥٣١ وما بعدها بند ٥٢٦.

(٦) انظر: فيما يلي: بند ٨٥ وما بعده.

أما بصدد الخروج علي المبدأ، وفي خصوص محكمة الدرجة الثانية بشأن ما إجازته  
المشرع وفقاً للمادة ٢/٢١٩ مرافعات، كفيل هذا النص وحده أن يهدر هذه الدرجة،  
ويجعل التقاضي علي درجة واحدة، حيث يجيز للخصوم الاتفاق مقدماً علي أن يكون  
حكم أول درجة نهائياً (١).

وترتيباً علي ذلك، فالخروج علي المبدأ وبصدد درجتي التقاضي يجيزه المشرع.  
خاصة وأن المبدأ من صنعه، وخروجه عليه لا يعد إنكاراً له، وإنما يبرهن المشرع  
علي خروجه بالتقاضي من الحيز التقليدي للمبدأ المتوارث والعمل علي مرونته. كما  
لا يمنع المشرع من جواز الخروج علي المبدأ حالة أن يوجد ما يبرر هذا الخروج  
تحقيقاً لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات وحسن سير العدالة. وأن كان في الخروج علي  
المبدأ ما يعد خروجاً علي قواعد الاختصاص النوعي. فالخروج علي هذه القواعد  
هي الأخرى إجازة المشرع وفقاً للمادة ٢/٤٦ مرافعات. (٢)

وأخيراً: لا يتصور أن يعدل النظام القانوني للاستئناف ليتمكن من شغل وظيفته  
الحديثة. ويظل اساس (٣) وظيفته التقليدية دون أن يلحقه التطور.

١٣- القانون الفرنسي: الأصل الوظيفة الحديثة للاستئناف ويزاحمه الوظيفة  
التقليدية: الأفكار والدراسات التي سادت الفكر القانوني حول وظيفة الاستئناف

---

(١) في نطاق الاتفاق المانع من الطعن وحدوده، انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص  
١٠٦ وما بعدها بند ٢٨ وما بعده.

وفي حقيقة هذا الاتفاق ومبناه. انظر: المؤلف: المرجع السابق ص ٢٠٥. وما بعدها بند ١٨٨ وما  
بعده.

MOREL: op. cit., p. 264 ets No 316, NORMAND: obs. R.T.D. Civ. 1981. P.  
674. No 1.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٥٠/١٧٢٥ ق، نقض ١٩٨٣/٣/٢٧ طعن ٥٠/١١٩٥ ق نقض ١٩٨٣/٢/١٧.  
(٢) في إحالة المحكمة الجزئية ما تختص به مع ما لا تختص به لعدم الإضرار بسير العدالة إلي المحكمة  
الابتدائية تطبيقاً للمادة ٢/٤٦ مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي. انظر: المؤلف: المرجع السابق ص  
٢٦٤ وما بعدها، بند ٢٤٨ وما بعده.

GIVERDON: Compétence. ENCY. Dalloz. Pr. Civ. 1978, p. 14.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٤٨/١١٠٤ ق، نقض ١٩٨٠/١/٥ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٨٩. طعن  
٢١/١٣٢٢ ق نقض ١٩٥٣/١٢/٣ مجموعة الأحكام السنة الرابعة ص ٢٢٣.

Cass. Civ. 18 avr. 1972. D. 1972 Somm 192. Paris. 6 Janv. 1993. Juris. Dala  
No 020015. cette Per. BARRERE. Tribunal d'instance. Jur. Class. Pr. Civ.  
1995. Fasc. 307 No 152.

(٣) انظر فيما سبق بند ٨.

الحديثة(١)، دفعت المشرع إلي أخذها في الاعتبار ابتداءً من عام ١٩٧١ إلي أن أصدرت الأجزاء الأولى لقانون المرافعات الحالي في يناير ١٩٧٦ وما تلي ذلك من تعديلات أخيرها في ٦ مايو ٢٠١٧. والتي تعمد المشرع من خلالها إلي إصدار هذا القانون مستجيباً إلي تطلبات المتقاضيين أنفسهم حول القضاء. ولتحقيق ذلك تم الالتجاء إلي استطلاع آراء هؤلاء المتقاضيين بهذا الشأن(٢). والتي اسفرت نتائج هذا الاستطلاع إلي أن المتقاضيين يتطلعون إلي عدالة أفضل وقضاء مبسط ونفقه أقل.

وتمثلت الاستجابة في مجال الاستئناف بالإعلام عن وظيفته الحديثة. وكان مؤدي القيام بها تغيير في الأدوات القديمة. والبحث عن أدوات جديدة تسمح بتوسع نطاق قبول الطلبات في الاستئناف، واعتناق معايير مرنة لفكرة الطلبات الجديدة. والسماح باختصام الغير وتدخله هجومياً لأول مرة في الاستئناف. وكذلك السماح بالمرور علي المبادئ التقليدية المحيطة بالوظيفة التقليدية للاستئناف لدرجة أنه لم يعد يسمح بها إلا في نطاق الاستثناء، وبعدم الإهدار الكلي لمبدأ التقاضي علي درجتين(٣).

---

(١) انظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٢) وعليه قامت وزارة العدل الفرنسية بتمويل إجراء تحقيق حول الفرنسيين والقضاء المدني» وذلك قبل اصدار قانون المرافعات الحالي، وما أسفر عنه التحقيق لم يكن مستغرباً أو مفاجئاً. فقد كان من المتوقع أن المتقاضيين يتطلعون إلي عدالة أفضل وقضاء سريع. وكشفت النتائج عن أن ٩٠.٤% ممن أجري معهم التحقيق ينتقدون مبدأ بطء التقاضي، وأن ٧٥.٤% ينتقدون ارتفاع النفقات كما أشار ٣٧% منهم إلي ضرورة التخلص من تعقيدات القضاء، وأخيراً اعرب ٧٢% ممن شملهم هذا التحقيق عن انتقادهم الشديد لتمسك القضاء بأنظمة لا تتفق مع روح العصر.

Y.BARAQUIN: Les français et La Justice civile Documentation français  
1975. p. 140 ets

مشار إليه لدي: د. علي تركي: المرجع السابق، ص ٣١ بند ٣٤.

(١)LOBIN: demande Nouvelle Préc. No 80. GRANGER: Préc N. 81  
.VINCENT et RUSQUEL: Les effect de L'appel Préc p. 403 . Vincent et  
Guinchard: Procédue civile 1994 éd 23. Dalloz, p. 832 No 1422 ets. Cass.  
Civ. 29 act. 1990. J.c.p 1990 No 51 ets . PERROT et TISSOT: les effets de  
.L'appel L'ouverture Quant aux Personnes Gaz 1974. p. 410 Aude  
DORANGE: neforme de Procédure D'appel les Nouveautés relatives a;a  
mise en état. LAMYDNE B.U. in 23-9-2017. p. 1.

ويؤكد عدم الإهدار الكلي لمبدأ التقاضي علي درجتين، المحافظة علي الوظيفة التقليدية للاستئناف. وفي نطاق الاستثناء. هذه المحافظة تظهر وبصورة واضحة من الاصلاحات الذي أجراها المشرع على آثار الاستئناف بموجب قانون ٦ مايو ٢٠١٧، سواء فيما يتعلق بالأثر الناقل للاستئناف، أو الأثر الساحب للموضوع لتولي محكمة الاستئناف نظره تطبيقاً لفكرة التصدي رغم عدم استفاد محكمة أول درجة ولايتها. واستناداً إلى الوظيفة التقليدية، فإن القاعدة أنه لا يطرح من أوجه النزاع أمام محكمة الاستئناف إلا ما فصلت فيه محكمة أول درجة وفي حدود ما رفع عنه الاستئناف فقط، ويعبر عن هذه الوظيفة بأن "الاستئناف يعيد طرح الشئ المحكوم فيه على محكمة الدرجة الثانية" مادة ١/٥٦١ مرافعات (١). ولهذه المحكمة نظر الطلبات الأصلية وملحقاتها التي فصلت فيها محكمة أول درجة " مادة ١/٥٦٢ مرافعات (٢).

وإعمال هذه القاعدة يؤدي إلى حظر تقديم طلبات جديدة في الاستئناف مادة ٥٦٤ مرافعات (٣). ولو كانت الطلبات الضمنية أو الكامنة في الطلبات الأصلية أو في الدفوع السابق طرحها أمام أول درجة وفقاً للمستفاد من المادة ٥٦٦ مرافعات (٤).

---

(١) والتي تنص وفقاً لقانون ٦ مايو ٢٠١٧ على أنه "L'appel remet la chase jugée en question devant la juridiction d'appel" وفي تطبيق ذلك انظر : cass. Civ. 29 mai 1979 Bull. Civ. 11. No 163. cass. Civ. 4 mars. 1980 Bull. Civ. 111. No 49. d. 1981. P. 147 obs. Julien. (٢) والمادة وفقاً لتعديل ٦ مايو ٢٠١٧ تنص على أنه: "l'appel défère a la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qu'il en dependent".

انظر:

Natalie FRICERO: L'appel nouveau arrive: <https://www.dalloz.fr/actualite/fr/19-avril-2018-jean-doptiste-forest-prec>.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Civ. 13 janv. 2004. Bull. Civ. 11. No 3. D. 2004. IR. 537. j.c.p. 2004. No 1400.

(٣) انظر فيما سبق بند ١٣.

(٤) حيث ألغى المشرع بالقانون ٦ مايو ٢٠١٧ فكرة الطلبات الضمنية أو الكامنة في الطلبات الأصلية السابق طرحها أمام أول درجة انظر فيما يلي: بند ٦٩ .

وإن كان يسمح للأطراف بتقديم أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة تطبيقاً للمادة ٥٦٣ -  
٥٦٥ مرافعات(١).

وبموجب قانون ١٩٧٥ وما عاقبه من تعديلات تدخل المشرع ليضع مجموعة من  
النصوص تحد من نطاق قاعدة الحظر، والعمل على تمكين الاستئناف من أداء  
وظيفته الحديثة والتي بدأها بعدم تعلق قاعدة الحظر بالنظام العام(٢). والخروج من  
دائرة هذا الحظر، وجواز تقديم طلبات جديدة تختلف عن الطلبات التي قدمت أمام  
أول درجة من حيث عنصر السبب تغييراً أو إضافة مادة ٥٦٥ مرافعات(٣).

كما أجازت المادة ٥٦٤ مرافعات تقديم مجموعة من الطلبات الجديدة حددتها في  
طلب المقاصة القضائية، والطلب الذي يكون الهدف منه استبعاد إدعاءات الخصم  
الآخر. الطلب الذي يرمي إلى الحكم في المسائل المتولدة عن تدخل واختصاص الغير  
لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، والطلب الذي يهدف إلى الفصل في المسائل  
المتولدة عن اكتشاف واقعة مرتبطة بالنزاع الأصلي أثناء سريان خصومة  
الاستئناف(٤).

وطبقاً للمادة ٥٦٦ مرافعات بموجب تعديل ٦ مايو ٢٠١٧ أجازت "لأطراف النزاع  
أن يضيفوا إلى إدعاءاتهم الأصلية السابق لهم طرحها أمام أول درجة ما كان متعلقاً

---

(١) انظر فيما يلي: بند ٥٦ وما بعده.

(٢) Civ. 6 juil 2017 Pourvoi. No 16 – 19354. Civ. 23 mars. 1983 Bull. Civ.  
111. No 82. Civ. 10 mai 1977 Bull. Civ. 1. No 220. P. 174. Civ. 20 avr. 1977  
Bull. Civ. 1. No 178. P. 139.

(٣) "les préentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux  
mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement  
juridique ets different".

في تفصيل ذلك انظر فيما يلي: بند ٥٦ وما بعده.

(٤) في تفصيل ذلك انظر فيما يلي: بند ٧٨.

بها أو ناتجاً عنها أو مكملاً لها" (١). وتضيف المادة ٥٦٧ مرافعات "قبول دعاوي المدعي عليه التي تثار لأول مرة أمام محكمة الاستئناف" (٢).

ويظهر تأثير المشرع الفرنسي بالوظيفة الحديثة للاستئناف وبصورة واضحة من جوازه لإدخال وتدخل الغير في الخصومة الاستئنافية. حيث أجازت المادة ٥٥٤ مرافعات (٣) قبول تدخل الغير هجوماً كان هذا التدخل أو انضمامياً، متي كان للمتدخل مصلحة، وتعطي المادة ٥٥٥ مرافعات الحق في اختصاص الغير لأول مرة في الاستئناف بقصد الحكم عليه، متي تم اختصاصه كنتيجة لتطور النزاع (٤).

### Quand L'évolution du Litige

إلا أن المجال الذي ظهر ومن خلال التأثير الكامل للمشرع الفرنسي بالوظيفة الحديثة للاستئناف . ما أوجده هذا المشرع اعمالاً للمادتين ٨٩، ٥٦٨ مرافعات، من إعطاء نظام الاستئناف كأثر لتطويره، أداة يخول بمقتضاها لمحكمة الدرجة الثانية السلطة كاملة بالمرور علي قاعدة استنفاد ولاية محكمة أول درجة، ضاربة عرض الحائط بالأثر الناقل المحدود والمترتب علي رفع الطعن. وبالإطاحة بمبدأ التقاضي علي درجتين. وقاعدة تحريم الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية وغيرها من المبادئ التقليدية (٥). هذه الأداة تسمح لمحكمة الاستئناف بنظر موضوع

(١) والمادة بعد تعديلها بموجب قانون ٦ مايو ٢٠١٧ تنص على أنه:

"les parties ne peuvent ajouter aux prétention soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire".

في تفصيل ذلك انظر فيما يلي: بند ٧٤ وما بعده.

(٢) "les demandes reconventionnelles sont également".

في تفصيل ذلك انظر فيما يلي: بند ٧٥.

(٣) "Peuvent intervenir en cause d'appel des dés lors qu'elles 4 ont intérêt les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance au qui 4 ont figure en une autre qualité".

في تفصيل ذلك انظر فيما يلي: بند ٨٧ وما بعده.

(٤) انظر فيما يلي: بند ٨٩.

(٥) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧٤٣ بند ٣٨؛ د. محمد نور شحاته: الاستئناف الاستثنائي ١٩٩٥، دار النهضة العربية ص ١١٤.

Frédérique FERRAND: l'évocation Préc. No 995. Joelle, JEGLO – BRUN: le decret 891 du 6 mai 2017. relative aux exceptions d'incompétence. et à L'appel en matière civile L'appel voie de réformation est – il arrive. [http://www. Avocats- boyonne. Arg. 3 Juill et 2017. VINCENT. les](http://www.Avocats-boyonne.Arg.3Juill.2017.VINCENT.les)

النزاع التي لم تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها متي طعن في حكم هذه المحكمة المنهي للخصومة أمامها. تعلق هذا الحكم بإجراء من إجراءات التحقيق أو بمسألة إجرائية أو بمسألة عدم القبول أو بوقف الخصومة. خاصة وأن في التزام محكمة الاستئناف بإعادة القضية إلي أول درجة فيما لم تستنفد به ولايتها، مصدراً للتأخير والتعقيد. ومن ثم يجب علي محكمة الاستئناف أن تكون لها السلطة الكاملة لموضوع النزاع من جميع جوانبه، طالما أن النزاع مر علي أول درجة ولو كانت اقتصرت علي بعض الجوانب، فالاستئناف خصومة جديدة ومرحلة من مراحل النزاع (١)

والأداة الفنية التي أوجدها المشرع كأثر للاستئناف هي فكرة التصدي L'évocation وأوجد لها الأدوات الإجرائية التي تعمل بمقتضاها محكمة الاستئناف ووفقاً لسلطتها التقديرية بسحب الموضوع التي لم تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها والتصدي له بقصد إنهاؤه برمته مرة واحدة.

وفكرة التصدي كأداة من أدوات الاستئناف، فضلاً علي أنها تجد أساسها الفني في الوظيفة الحديثة للاستئناف، وفي الأدوات والمبادئ التي أوجدها المشرع وأفرزها الواقع لتشغيل هذه الوظيفة، فأنا نجد أساسها - وكما سنري - في نصوص قانونية معتمدة. كما أنها تتميز عما قد يختلط بها وكذلك حالاتها ، وشروط تطبيقها وأيضاً تأثيرها علي موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، فتؤدي إلي اتساع نطاقه موضوعاً وأشخاصاً. وهو ما تستعرضه هذه الدراسة.

---

Dimensions Nouvelles de L'appel en matière civile Dalloz 1973. Chron. P. 179.

(١) انظر فيما يلي: بند ٤٨ وما بعده.



## الفصل الأول

### تحديد فكرة التصدي

#### تمييزها عما قد يختلط بها وحالاتها وشروط تطبيقها

تمهيد: تحديد فكرة التصدي، تقتضي بيان ماهيتها ومبرراتها والأساس القانوني لها. والفكرة كأداة فنية من أدوات الاستئناف قد تختلط بغيرها من أدواته أو بما يطلق عليه مصطلح التصدي أمام محكمة النقض. مما يقتضي تمييزها عما قد يختلط بها. كما أن الفكرة تقتضي بيان حالاتها وشروط تطبيقها وهو ما نتعرض إليه تباعاً في مباحثين:

المبحث الأول: تحديد فكرة التصدي وتمييزها عما قد يختلط بها.

المبحث الثاني: حالات التصدي وشروط تطبيقها.

#### المبحث الأول

#### تحديد فكرة التصدي وتمييزها عما قد يختلط بها

##### المطلب الأول

#### تحديد فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف

١٦- ماهية التصدي: رخصة تخول لقاضي ثان درجة حين يرفع إليه طعناً بالاستئناف في حكم فرعي صادر من أول درجة، في آن يتناول النزاع برمته ويحسمه بحكم واحد صادراً في الطعن والموضوع (١). هذه الرخصة (١) تعطي

---

(١) انظر: محمد العشماوي: المرجع السابق ص ٦٤٤ بند ٨٩٥؛ د. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ٢٠٠٧، دار المطبوعات الجامعية ص ١١١ بند ٩٤. د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧٤٣ بند ٣٨٠، الوسيط في الطعن بالنقض ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة ص ٤٠٣ بند ٢١٤. د. أحمد هندي: آثار أحكام محكمة النقض وقوتها ١٩٩٧، دار الجامعة الجديدة ص ٢١٤ بند ٢٦. د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٢ بند ٣٨. د. محمد نور شحاته: المرجع السابق، ص ١٢٨.

Fredérique FERRAND: Lic cit. MAYRE: le nouvel appel du Jugement Sun La Competen. Gaz pal. Sepci. Dossier 25 Juil. 2017. p. 74. No 24. etr. P. 77 No. 10. LOISEL: emploi aptional de la Notion d'évocation Préc. No 2432 No 32 ets. Moutulsky: le rapport entre l'effet D'évolutif de l'appel et l'évocation la jurisprudence récentes de la cour supreme. J.C.P. 1953- 10 No 1095. No 5. VINCENT et GUINCHARD: op. cit., p. 843 NO 1439.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Cass. Com. 8avr 2008. No 06- 17- 478. Civ. 8ava, 2004, Bull. Civ, 11, No 161, Civ, 30 Janv. 2003. Ball. Civ. 11. 21. D. 2003. Somm. 1399. obs Julien.

لمحكمة الاستئناف إذا ما طعن أمامها في حكم فرعي منهي لخصومة أول درجة أن تمد سلطاتها لكل النزاع ضاربة عرض الحائط بالأثر الناقل المحدود والمترتب علي رفع الطعن في الحكم الفرعي.

فالتصدي لا يظهر إلا إذا لم تحكم أول درجة في الموضوع (٢) وتكون أصدرت حكم فرعي منهي للخصومة أمامها، ويطعن في هذا الحكم. وبما للطعن من أثر ناقل، فهو ينقل الحكم في نطاق ما فصل فيه من مسألة فرعية، لتقوم محكمة الاستئناف بما لها الحق في التصدي، وبما لهذا الحق من أثر ساحب للموضوع بالفصل في المسألة الفرعية و الموضوع معاً.

هذا الحق وإن مثل مخالفة لمبدأ الأثر الناقل للاستئناف، والإطاحة ببعض المبادئ التقليدية (٣) فهو استثناء (٤). هذا الاستثناء يمثل حق لمحكمة الدرجة الثانية بمقتضي نصوص قانونية معتمدة ، كما أن الواقع يقتضيها لأنها من متطلبات العصر، طالما أن هذا الحق لن يقود هذه المحكمة إلي قبول طلبات تقدم لأول مرة أمامها، بالمخالفة للحالات التي تجوز استثناءً. أو يقودها هذا الحق إلي أن تنتظر طلبات تدخل في الاختصاص القاصر لقضاء

---

Civ. 14 Juin, 2001 No 99- 20 – 943: Civ 2 mai 1989. Bull. Civ. 1. No 174.  
Civ. 28 avr. 1980 Bull. Civ 11.No 87, Gaz pal, 1980. 20 489 Note Viatte.

Frédérique FERRAND: évocation Préc No 1019, Frederic. (٢) FERRAND: appel 1999. Préc. No 717 ets LOISEL: emploi aptmol de la Notion evocation Préc No 2. Caucez, Pierre, LANGLANDE et LEBEAU: Procedure Civile 1998. Dalloz. P. 523. .

(١)Frédérique FERRAN D: L'évocation Préc No 1020 et : appel Préc. P. 86. No 718. MEURISSEC. (R.): effet dévolutif de L'appel ou evocation. D. 1953. Chron. p. 127. MOTUISKY: Lic. cit. MOREL: op. cit., p. 292. No 637. VINCENT, et Guinchard: op. cit. P. 843. No 1440. Cass. Civ. 5 oct. 1978. Bell. Civ. 11. No 216: D. 1980. 1.R. 374 abs. Julien.

(٣) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف الإشارة السابقة.  
MOTULSKY: Lic. Cit. FERRAND: appel. Préc. No 718.

(٤) محمد العشماوي: المرجع السابق ص ٦٤٤ بند ٨٩٥ .

آخر (١) أو يقودها لنظر موضوع مما تحكم فيه محكمة أول درجة بصفة نهائية (٢).

وترتيباً علي ذلك، لا يعد تصدياً، إذا لم يمر النزاع علي أول درجة، كان يرفع مباشرة أمام ثان درجة (٣). أو أن تفصل الأخيرة بعد أن تكون محكمة أول درجة قد استنفدت ولايتها بالحكم في الموضوع (٤) ذلك بعد أن تقضي محكمة الاستئناف بإلغاء هذا الحكم (٥) أو ببطالته لعيب فيه أو لعيب في الإجراءات السابقة عليه (٦).

VINCENT et Guinchard: op. cit., P. 845, No 1446 et. Cite Par Civ 17 Juill. 1978. D. 1978. 1.R. obs. Julien. Lyon. 13 Juill 1977 J.C.P. 1978. 11. 1882. abc. J.A .

والاختصاص القاصر يعد ضرباً من الاختصاص النوعي، وهو استثناء نوع من المحاكم الجزئية المختصة بنظر بعض المنازعات، مؤداه خروج هذه المنازعات من اختصاص المحاكم العادية، والتعهد بها لهذه المحاكم المتخصصة، كالمحاكم التجارية، قاضي التنفيذ، محاكم شئون العمال الجزئية وغيرها من هذه المحاكم مصر.

وهذه المحاكم في فرنسا يطلق عليها بالمحاكم الاستثنائية كالمحاكم التجارية ومجالس التحكيم العمالية ولجان الضمان الاجتماعي وغيرها. انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٩٩ بند ٢٨٩.

SINAY (H.) La Compétence exclusive. J.C. p. 1985 , doct, 1451 .

(١) لأنه في هذه الحالة إذا أجزنا لمحكمة الاستئناف حق نظر الموضوع والتصدي، نكون قد أبحنا عرض النزاع علي درجتين في الحالات التي لا يجوز فيها ذلك. وتكون محكمة الاستئناف قد فصلت في موضوع لا تختص به. د. محمد العثماني: المرجع السابق ص ٦٤٨ بند ٨٩٧.

(٣) انظر فيما سبق: بند ١١ .

(٤) ويقصد باستنفاد الولاية عدم مباشرة القاضي لوظيفته القضائية أكثر من مرة واحدة بصدد المسألة الواحدة . فالقاضي يستغرق جهده وسلطته في شأن هذه المسألة بالحكم في موضوعها، ولا يمكن المساس به علي أي نحو أياً كان بتعديله إضافة أو حذفاً أو بإلغائه أو العدول عنه ولو كان باتفاق الخصوم. في استنفاد الولاية ومفترضها وحدودها. انظر: د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضي المدني المحاماة السنة ٦١ الأعداد ٣، ٤، ٥، ٦ الأصدار ١٩٨١ ص ٣٦ وما بعدها بند ٥. د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٢١١ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن، دار النهضة العربية ص ١٢ وما يليها بند ٥ وما يليه. د. محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم الشرطي ٢٠١١ منشورات الحلبي الحقوقية ص ٤٦٨ بند ٤٧٩.

GLASSON, TISSIER et MOREL: op. cit., T. 111.p. 83 No 766. MOREL: op. cit., p. 447 . No 570. BENABENT. (A.) Jugement. ENCYC. Dalloz. Pr. Civ. 1979. p. 34. No 474 – 479.

(٥) كأن يصدر حكم أول درجة في الدفع بعدم جواز الأخذ بالشفعة أو بسقوط الحق فيها. وتلغي محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم، فيتعين عليها أن تنتظر الموضوع. دون أن تعيده إلي أول درجة مرة ثانية. نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ السنة ١٦ ص ١٣٨٤. نقض ١٩٥٦/٦/٢١ السنة ٧ ص ٧٥١. د. أحمد مليجي: التعليق ج ٤ ص ٩٩٦.

(٦) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه «إذا فصلت المحكمة الابتدائية في موضوع الدعوى بحكم استئنافه المحكوم عليه، ورأت محكمة الاستئناف أن الحكم المستأنف باطل، فإن عليها بعد تقدير بطلان الحكم الابتدائي أن تمضي في الفصل في موضوع الدعوى بحكم جديد تراعي فيه أن تنفادي ما شاب الحكم الابتدائي من عيب،

١٧- مبررات الحق في التصدي: هذا الحق بحسب نشأته التاريخية في فرنسا(١) قصد به زيادة اختصاصات المحاكم الملكية. ورغم زوال هذا السبب. إلا أن هذا الحق ما زال مستمر، بل أن المشرع الفرنسي وسع كثيراً من نطاقه، والتي بدأها اعتباراً من تعديل ١٩٥٨ وعبر التعديلات اللاحقة عليه بالترخيص لمحاكم الاستئناف من نظرها للنزاع برمته رغم عدم استنفاد ولاية محكمة أول درجة لموضوع النزاع، ورغم أن كل ما طرح أمام ثاني درجة هو حكم فرعي.

والحق في التصدي وعبر تطوره، لم يتفق الفقه بشأنه حول مبرر بعينه فذهب البعض(٢) بقوله بأن هذا الحق يجد مبرره في عدم المساس بمشاعر قضاة أول درجة إذا ما تم إلغاء الحكم الفرعي. المطعون فيه بالاستئناف من جانب محكمة الدرجة الثانية، رغم بقاء الموضوع مطروحاً أمام أول درجة. فإن مشاعر قضاة أول درجة لا يمكن السيطرة عليها باعتبارهم بشر حين ينظرون الموضوع، وربما يخالفون اتجاه رأي محكمة الاستئناف الذي تكشف من إلغاء الحكم الفرعي من جانب هذه المحكمة بحيث يتعذر(٣) إذا ما تمت إحالة النزاع إلي أول درجة أن تفصل فيه

---

وإلا كان حكمها مخالفاً للقانون إذا اقتصر علي مجرد تقدير بطلان الحكم الابتدائي مادامت قد قضت ببطلان حكم محكمة أول درجة لغيب فيه أو للبطلان في الإجراءات السابقة عليه دون أن يصل البطلان إلي صحيفة افتتاح الدعوى» نقض ١٩٩٣/١/١٩٩٣ طعن ١٠٣٦ السنة ٥٨ ق وفي ١٩٩١/١١/٢٦ طعن ٦٠ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية». ونقض ١٩٩٣/١١/١٧ طعن ١٩٠٥ السنة ٥٩ ق وفي ١٩٩٣/١٢/١٢ طعن ١٧٦٣ لسنة ٥٩ ق. وفي ١٩٨١/٤/٢ طعن ٥٦٠ لسنة ٤٨ ق. د. أحمد هندي: التعليق علي قانون المرافعات ج ٤ ص ٣١٨.

بخلاف لو أمتد البطلان إلي صحيفة افتتاح الدعوى أو إعلان المدعي عليه بهذه الصحيفة، فإن هذا البطلان يؤدي إلي زوال الخصومة، ومن ثم لا يكون هناك محل لإعادة الدعوى إلي محكمة أول درجة، وإنما يتعين أن نقض محكمة ثان درجة عند حد تقرير البطلان. انظر: طعن ٥٨/٣٢٤٩ ق، نقض ١٩٩٠/٢/٢٨ طعن ٥١/٢٢٢٣ ق نقض ١٩٨٩/٣/١٦ طعن ٥١/٣٩٤ ق. نقض ١٩٨٨/٨/٢٦ طعن ٥٤/٢١٠٢ ق نقض ١٩٨٥/١١/٢٣.

(١) في التطور التاريخي لفكرة التصدي انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧٤٤ بند ٣٨٠. الوسيط في النقض ص ٤٠٣ بند ٢١٤. د. سامح البلتاجي: المرجع السابق، ص ٨ وما بعدها بند ٢.

NORMAND: Thés Prés P. 121 ets No. 133 ets.

(٢) د. محمد العشماوي: المرجع السابق ص ٦٤٤ بند ٨٩٥ HEBRAUD: effet d'évocation

. Ropport ou colloque d' Aix – en Franence. Préc. P. 100.

Dumas: L'évolution de L'evocation en matier civile . Thes. Pennes. 1968. (٣)

p. 50. مشار إليه لدي د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض ص ٤٠٣.

مرة ثانية بالحيدة اللازمة. وتطبيقاً لذلك قضي(١) بأنه «نفاذي ما قد يثيره إلغاء الحكم في نفس قاضي الدرجة الأولى من «الغيظ» أو لضمان عدم خروج محكمة أول درجة علي رأي محكمة الاستئناف» وترد المحكمة التي أصدرت هذا الحكم بقولها «إن نسبة الحمق إلي القاضي أمر يجب أن ينزه الشارع عن جعله حكمه للاستئناف».

وحيث أن التوسع في أعمال فكرة التصدي قد جاء في إطار فكرة اساسية يقوم عليه النظام الجديد للاستئناف، والإعلام عن وظيفته الحديثة ممثلة في الاعتراف لمحكمة الاستئناف بسلطات واسعة توحياً للسرعة في فض المنازعات واقتصاداً للوقت والجهد والنفقات. بما يؤدي إليه ذلك من استقرار في المراكز القانونية(٢). فعامل السرعة والانتهاء من النزاع برمته أمام محكمة ثان درجة ومرة واحدة يشكل مبرر يعطو علي العديد من المبادئ التقليدية.

هذا الاعتراف وإن كان متصوراً قبل تعديل قانون المرافعات الفرنسي الحالي ١٩٧٥ علي الحالات التي تلغي فيها محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون فيه(٣) فبصودر هذا القانون أصبح نظر هذه المحكمة لموضوع النزاع التي لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه حق لها، طالما أن هذا النزاع مر علي المحكمة الأخيرة. هذا الحق في ظل هذا القانون لم يعد قاصراً علي حالة إلغاء محكمة الاستئناف للحكم الفرعي، وإنما يمتد ليشمل حالة تأييدها لهذه الحكم استجابة لوظيفة الاستئناف الحديثة ولاعتبارات السرعة والعدالة الناجزة(٤). وإن كانت الحالة

---

(١) طنطا الابتدائية ١٩٣٠/٩/١٧ المحاماة السنة ١١ عدد ٦ ص ٥٢٨ رقم ٢٧٠ مشار إليه لدي د. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ٢٠٠٧، دار المطبوعات الجامعية ص ١١٢ بند ٩٥ .  
(٢) د. فتحي والي؛ د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٧٥١ حاشية رقم ١. د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٣ بند ٣٨.

FERRAND: évacation. Préc . No 995. FERRAND: appel 1999. Préc 695.

Cass. Civ. 1 Mars 1983. G.P. 1983. 171. abs. Guinchard .

(٢)MOURIC. LAISEL: emploi. Aplimol de La Notion d'évocation Préc No 17 etss.

(٤) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٧٤٤ بند ٣٨٠.

PERROT et TISSOT: Les effets de L'appel et quant aux personnes Gaz Pal 1974. 1er Som. P. 410. Cass. Civ. 11 Juill. 1978. J.C.P. 1978. Iv. 291. Paris 21 Mars. 1973. J. C. 1974. 1v. 275.

الأخيرة - كما سنري - كشف التطبيق العملي عن صعوبات في تطبيقها وجهها  
المشرع بقانون ٦ مايو ٢٠١٧ الذي حال بين محكمة الاستئناف وسلطتها في  
التصدي حالة تأييدها للحكم الفرعي. وان كان وسع من هذه السلطة بامتدادها لتشمل  
حالة لو قضت المحكمة بإبطال الحكم الفرعي لسبب إجرائي.

١٨- الأساس التشريعي لفكرة التصدي: إذا كانت الفكرة تجد أساسها الفني في وظيفة  
الاستئناف الحديثة (١) فالفكرة تجد أساسها التشريعي في نصوص قانونية معتمدة.  
ففي القانون المصري: تضرب الفكرة بجذورها في قانون المرافعات الأهلي  
والمختلط وفقاً للمواد ٤١٤/٣٧٠، ٤١٥/٣٧١ والتي كانت تسمح لمحكمة الاستئناف  
بالتصدي والفصل في موضوع النزاع التي لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها  
بشأنه. والمادة ٤١٦ مختلط، والتي كانت تنص علي أن لمحكمة الاستئناف أن تطلب  
القضية للحكم فيها كلما حكمت بإبطال حكم بناء علي كونه غير مستوفي للإجراءات  
القانونية. كما لو حكمت ببطالان الحكم لعدم سماع أقوال النيابة في الحالات التي يحتم  
القانون فيها ذلك. (٢)

وجاء قانون المرافعات ٧٧ لسنة ١٩٤٩ لاغياً الفكرة ولم يبق منها إلا علي الحالة  
الأخيرة وهي إذا رفع استئناف بهدف التوصل إلي إبطال حكم أول درجة الصادر  
فيها علي خلاف في قواعد الاختصاص وألغته محكمة الاستئناف، فيكون لها الحق  
التصدي لحسم موضوع النزاع (٣).

---

(١) وكان الحق في التصدي ثابتاً في التشريع الأهلي لكل محكمة استئنافية، سواء كانت محكمة استئناف  
عالي، أم محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية. ولكن في التشريع المختلط لا يملك هذا الحق غير محكمة الاستئناف  
ذاتها. وكان لهذه المحكمة التصدي لموضوع النزاع بنفس الشروط التي كانت تنص عليها المادة ٧٣ مرافعات  
فرنسي قديم. انظر: د. محمد العشماوي: المرجع السابق ص ٦٤٦ وما بعدها بند ٨٩٧. وفي هذه الشروط:  
انظر: د. أحمد أبو الوفا. المرجع السابق ص ١١٢ وما بعدها بند ٩٦.

LOISEL: Préc No 19 ets NORMAND: Thés Prés. P. 123 ets No 135

وفي تطبيق ذلك انظر: في القضاء المصري: استئناف مختلط ١٥ نوفمبر ١٩٢١ مجلة التشريع والقضاء  
السنة ٣٤ ص ١١. استئناف مختلط ٥ يونية ١٩٢٨ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٠ ص ٣٩٦. د. أحمد أبو  
الوفا: الإشارة السابقة. وفي القضاء الفرنسي انظر فيما يلي بند ١٩.

(٢) د. محمد العشماوي: المرجع السابق ص ٦٦ بند ٩٨٩٦.

(٣) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٢٣٤ بند ١٢٣. وفي تطبيق ذلك أنظر: نقض ١٩٥٦/٣/٢٦  
المحامة ٣٥ ص ١١٠. القاهرة الابتدائية في ١٩٥٧/١٢/٣، المحامة السنة ٣٨ ص ٩٢٥ مشار إليها لدي د.  
محمد نور شحاته: الاستئناف الاستئنائي ص ١٣٧.

وبصدور قانون المرافعات الحالي ١٣ لسنة ١٩٦٨ ألغيت الفكرة في مجملها، وعالج حالة قيام محكمة الاستئناف بإبطال حكم أول درجة الذي فصل في موضوع النزاع، حيث تكون محكمة الاستئناف ملزمة بالفصل في النزاع إعمالاً للأثر الناقل للاستئناف (١) وتطبيقاً للمادة ٢٢١ مرافعات. ولا تستطيع الإحالة إلي محكمة أول درجة. لأن الأخيرة تكون مادياً وواقعياً قد استنفدت ولايتها (٢). أما في أحوال عدم الاختصاص إذا طعن في حكم أول درجة بهدف إبطاله نظراً لصدوره من محكمة غير مختصة. فإن محكمة الاستئناف إذا قررت عدم الاختصاص أقرنت حكمها بالإحالة إلي المحكمة التي تراها مختصة إعمالاً للمادة ١١٠ مرافعات (٣).

ويبرر الفقه سبب إلغاء فكرة التصدي، فضلاً عن كون القانون المصري الإجرائي ما زال مخلصاً للمبادئ التقليدية السائدة في قانون المرافعات الفرنسي القديم (٤). فإن قانون المرافعات المصري الملغي وتبعه وبدون تردد القانون الحالي إلي منع الطعن المباشر في كثير من الأحكام الفرعية التي تصدر قبل الفصل في الموضوع فألغيت الفكرة تبعاً لإلغاء الطعن في هذه الأحكام (٥).

وإذا كان إلغاء فكرة التصدي لقي قبولاً من جانب بعض الفقه الإجرائي (٦) تمسكاً بأهداب مبدأ التقاضي علي درجتين، فذلك لم يعد مجعماً عليه. فضلاً عن خروج

---

(١) نقض ١٩٨٦/٥/١٥ طعن ٥٣/٤٢٤ ق نقض ١٩٨٤/١/٢٦. طعن ٥٠/٩٥٠ ق نقض ١٩٨٤/٣/٢٧. طعن ٥٠/١٨٠٦ ق نقض ١٩٨٤/١٨/١٨. طعن ٥٠/٣٩٩ ق نقض ١٩٩١/١٢/٣١ طعن ٦١/٤٨٩ ق نقض ١٩٨٠/١١/١٣، طعن ٤٦/٧٩٩ ق نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ طعن ٣٧/٢٥٢ ق، د. أنور طلبه. الطعن بالاستئناف والتماس إعادة النظر ٢٠٠٧. المركز القومي للإصدارات القانونية ص ٤٦٣ وما بعدها. طعن ٧١/٤٢٨ ق نقض ٢٠٠٣/٣/١٣.

(٢) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. فتحي والي؛ د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٧٥٥ وما بعدها بند ٣٩٧.

(٣) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٣١٦ وما بعدها بند ٣٠٨. وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٦١/١/١٦٠ ق نقض ١٩٩٦/٥/٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ث ٧٩٤. طعن ٥٣/١٩٧٨ ق نقض ١٩٨٨/٢/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٣٩ ص ٣٢٠. طعن ٥٧/٣١٢ ق. نقض ١٩٨٨/٤/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٣٩ ص ٣٧.

(٤) انظر: د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٣٥ بند ١٢٤.

(٥) د. رمزي سيف: المرجع السابق ص ٨٧٥ بند ٦٩٠ والحكم المشار إليه نقض ١٩٥٢/٣/٤. المحاماة السنة ٣٤ ص ١٣٢.

(٦) د. فتحي والي؛ د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٧٥٥ بند ٣٩٦. د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٥٥٧ بند ١٨٧؛ د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٦١٧ بند ٣٠٨؛ د. طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات ص ٧٥٠ وما بعدها؛ د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٨٩٢ وما بعدها حاشية.

المشرع المتوالي علي المبدأ علي نحو أصبح يشكل استثناءً مما أصبح عليه التقاضي حالياً (١) تحقيقاً للوظيفة الحديثة للاستئناف، وما أحدثه المشرع من تعديلات ليتمكن الاستئناف من أداء هذه الوظيفة. فإن البعض الآخر من الفقه الحديث (٢) ينادي بفكرة التصدي، لكونها متطلب من متطلبات العصر، ولكون الوظيفة الحديثة للاستئناف تقبلها، وتعمل علي تطبيقها، وتسعي بأدوات الاستئناف الحديثة إلي تمكين محكمة الدرجة الثانية من نظرها للنزاع التي لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه ، طالما أن هذا النزاع مر علي هذه المحكمة (٣).

كما أن فكرة التصدي تجد مجالها والعمل علي تطبيقها فيما تواترت عليه أحكام قضاء النقض (٤) بالترخيص لمحكمة الاستئناف حالة الغاءها للحكم بعدم القبول من نظرها لموضوع النزاع رغم عدم استنفاد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه وذلك بالخروج - وكما سنري- عن الأساس المغلوط التي تمنحه هذه الأحكام لمحكمة الاستئناف بصدده الحالة وفقاً للأثر الناقل للاستئناف.

- 
- (١) انظر فيما سبق: بند ٧ وما بعده .
- (٢) د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ١٢٦ وما يليها. الوسيط في الاستئناف ص ٧٤٦ وما بعدها بند ٣٨٢ وما بعده. نطاق الطعن بالاستئناف ص ٦٨ وما بعدها بند ٢٦ وما بعدها، ص ٨٢ وما بعدها بند ٣٦ وما بعده. د. محمد نور شحاته: المرجع السابق ص ١٣٠، ١٣٩. د. سامح البلتاجي: المرجع السابق ص ٤٠٧ وما بعدها بند ٢١٢ والمراجع المشار لديه. قرب د، أحمد هندي: حيث يري سيادته بأنه «يمكن لمحكمة الاستئناف أن تمارس التصدي في حالة إلغائها لحكم أكتفي بالأمر بوقف الفصل في النزاع ، طالما أن الخصوم في الدعوى طلبوا ذلك من محكمة الاستئناف، فما يمنع علي الخصوم هو فقط الالتجاء مباشرة إلي الدرجة الثانية دون المرور علي الدرجة الأولى» مبدأ التقاضي علي درجتين ص ٢٨٥ بند ٥١. وفي تطبيق ذلك انظر: الحكم المشار إليه ص ٦٥ حاشية ١ .
- (٣) وفي ذلك تقول محكمة الاستئناف «أنه إذا لم تتناول المحكمة في قضائها بعض الخصوم أو بعض الطلبات الموضوعية فأنها تكون قد ارتكبت خطأ يتعين علي المحكمة الاستئنافية تداركه، مادام أن صاحب الشأن لم يسلك السبيل الذي منحه إياه قانون المرافعات، والذي يخوله الالتجاء إلي ذات المحكمة التي اصدرت الحكم المبتور" استئناف القاهرة ١٩٥١/٤/٢٤ المحللة السنة ٣٣ ص ١٥٥٩ مشار إليه لدي. د. علي تركي المرجع السابق، ص ٩٣ بند ٥٢. كما استقر قضاء النقض الدائرة الجنائية علي ضرورة تصدي محكمة الاستئناف للموضوع ، ولو لم تكن محكمة أول درجة استنفدت ولايتها. نقض ٤ مارس ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٣٤١ ص ٤٣٦. نقض ٢ أكتوبر ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٩٠١ رقم ١١٨١ مشار إليهما لدي. د. سامح البلتاجي المرجع السابق ص ٤٠٧ وما بعدها .
- (٤) انظر فيما يلي بند ٣٤ وما بعده .



كذلك أجاز المشرع الطعن المباشر في بعض الأحكام التي تنهي بها خصومة أول درجة دون أن تستنفذ ولايتها في الموضوع (١) - وكما سنري - في حالة وقف الخصومة، حيث لا يوجد مانع يحول دون تصدي محكمة الاستئناف لموضوع النزاع محل هذه الخصومة.

كل ذلك وغيره - واما تكشفه هذه الدراسة - يفتح الطريق أمام فكرة التصدي. غاية الأمر تحتاج إلي مشرع جسر يركن إلي ما ينادي به الفقه. ويقنن ما تواترت عليه أحكام قضاء النقض بمنحها لمحكمة الاستئناف نظر الموضوع- التي لم تستنفذ محكمة أول درجة ولايتها بشأنه - وذلك بسحبه والتصدي له وليس علي أساس الأثر الناقل للاستئناف (٢).

١٩- في القانون الفرنسي: حق التصدي التي تمارسه محكمة الاستئناف يجد أساسه ومبناه في نصوص قانونية معتمدة، سواء في ظل قانون المرافعات القديم أو القانون الحالي وما أجري عليه من تعديلات، والتي من خلالها واظب المشرع علي حق محكمة الاستئناف في التصدي. ففي القانون القديم نصت المادة ٤٧٣ بعد تعديلها (٣) بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٤٢ على أنه «في حالة استئناف الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع تستطيع المحكمة الاستئنافية حالة إلغاء الحكم أن تتصدي للفصل في موضوع الدعوى بشرط أن تكون صالحة للحكم فيها موضوعياً». وإعمالاً لهذا النص تملك محكمة الدرجة الثانية التصدي لموضوع النزاع الذي لم تستنفذ محكمة أول درجة ولايتها بشأنه ، متى ألغت محكمة الاستئناف الحكم المستأنف، وكان موضوع الدعوى صالحاً للحكم فيه. بأن يكون الخصوم قد أبدوا طلباتهم الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الاستئناف، أو كانوا قد

---

(١) بل أن القضاء قد توسع في حالات الطعن ولم يعد يقصرها علي الحالات المستثناة وفقاً للمادة ٢١٢ مرافعات استناداً إلي عدم توافر العلة من الحظر نقض ٢٠١٣/٤/٢٨ في الطعن رقم ٧٢/٢٠٤ ق. ثم انظر فيما يلي.

(٢) انظر فيما يلي: بند ٣٤ وما بعده.

(٣) وتنص المادة ٤٧٣ قبل التعديل على أنه "إذا ألغت المحكمة الاستئنافية حكماً تمهيدياً ، وكانت الدعوى Statuer en même temps sur le fond définitivement par un seul et même jugement Mourice Loisel: préc No17ets.

مكنوا من ابدائها، وبدون ذلك لا يتصور أن تكون الدعوى صالحة للحكم في موضوعها(١).

وظل المشرع مواظبًا على حق محكمة الاستئناف في التصدي . وبصدر قانون المرافعات الحالي، اعتمد هذا الحق(٢) وفقًا للمادتان ٥٦٨، ٨٩ ووفقًا للمادة الأولى وسع من سلطة محكمة الاستئناف في تصديها للنزاع التي لم تستفد به محكمة أول درجة ولايتها، يستوي في ذلك أن تكون محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف أو على العكس أيده(٣) والتي نصت على أنه «عندما يطعن أمام محكمة الدرجة الثانية بالاستئناف في حكم صادر باتخاذ إجراء من اجراءات التحقيق أو في حكم صادر بالفصل في مسألة إجرائية، وكانت هذه الأحكام قد أنهت الخصومة ، فإن المحكمة تستطيع أن تتصدى لنظر جميع المسائل الأخرى من النزاع ، والتي لم تفصل فيها محكمة أول درجة، إذا رأت أن حسن سير العدالة يقتضي ذلك، ولها في سبيله أن تأمر باتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق".

والتصدي لا يعرقل أعمال المواد ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٦٣ إلي ٥٦٧".(٤)

---

(١) Mourice Laisel: préc No 19 etss. NORMAND: Thé 128 ets No 193 ets. Cass. Soc. 30 juin 1950 Bull. Civ. P. 377, No 562. civ17 juil. 1958 Bull. Civ. P.359 No 518. Soc. 5 jonv. 1967. Bull. Civ. Iv. No 1. 7 Nov. 1968. Bull. Civ. No 490.

(٢) كما اعتمد المشرع الفرنسي الحق في التصدي لمحكمة الاستئناف وفقًا للمادة ٥٢٠ اجراءات جنائية والتي نصت على أن لمحكمة الاستئناف سلطة التصدي والحكم في موضوع الدعوى في حالة ابطال الحكم الصادر من محكمة أول درجة لمخالفة أو إهمال الإجراءات التي ينص عليها القانون ويترتب عليها البطلان".  
"si le jugement est annule pour violation ou omission non reporee de formes prescrites par lai peine de nullite, la cour evoque et statue sur le fond".  
في تفصيل ذلك انظر : د. سامح البلتاجي : المرجع السابق، ص ٤١١ وما بعدها بند ٢١٣ وما بعده

(٣) فالحق في التصدي يثبت لمحكمة الاستئناف متى توافرت شروطه ، ويستوي بعد ذلك أن تكون أيدت الحكم المطعون فيه أو قضت بالغاثة .

Cass. civ. 21 déc. 1976. D. 1977. IR. 157. R.T.D. civ. 1977. 611. obs. NORMAND.

(٤) Art. 568: Lorsque la cour d'appel est saisie d'un jugement qui a ardonné une mesire d'instruction ou d'un jugement qui, Statuant sur une exception de procédure , a mis Fina L'instance elle Peut évoquer les points Non jugés si elle estime de bonne Justice de donner â offaire une solution definitive , apnes avoin ordonné elle meme le cas echeant, une mesure d'instruction".

وإذا كان تصدي محكمة الاستئناف للموضوع حالة إلغائها لحكم أول درجة لم يثير صعوبة في التطبيق العملي. (١) فعلي العكس أثير تصديها للموضوع حالة تأييدها للحكم الفرعي المطعون عليه صعوبات كشف عنها هذا التطبيق بين مؤيداً (٢) ومعارض (٣) لم يستقيم معها العمل، ولم تفلح الجهود المبذولة علي الصعيد الفقهي والقضائي في مواجهة هذه الصعوبات والتغلب عليها. فكان لازم من تدخل تشريعي يواجه هذه الصعوبات ويزيل مواطن الخلل والقصور.

وعليه تدخل المشرع معدلاً للمادة ٥٦٨ بمقتضى قانون ٨٩١ في ٦ مايو ٢٠١٧ وتطبيقاً له واعتباراً من ٢٠١٧/٩/١١ لا يخول لمحكمة الاستئناف التصدي لموضوع النزاع إذا قضت بتأييد الحكم الفرعي لأول درجة. وعلي المقابل وسع من سلطات هذه المحكمة في التصدي حالة إذا أبطلت هذا الحكم، بجانب حالة لو قضت بإلغائه (٤)، واعتماداً لذلك نصت المادة ٥٦٨ مرافعات علي أنه (٥) « إذا ألغيت أو

---

"L'évocation ne fait Par abstacle à L'application de orticles 554, 555 et 563, à 567.

(٢) Cass. Civ. 21 avr. 2005. J.C.P. 2005. iv. 2345 Civ. 30 janv. 2003. Bull. Civ. 11. No 21. D. 2003. Somm. 1399 obs. Jullien. J.c.p. 2003. iv. 1496 Gaz pal. 10 – 11 oct. 2003. P. 10. obs. du. Rusquec. 8. Avr. 2004. Bull.

Civ. 11. No 161. Civ. 8. Juin. 1979. Bull. Civ. 1979. 11. No 170. Gaz. Pal 1979. 443. Note. Viatte.

(٢) انظر الأحكام المشار إليها في الهامش السابق.

(٣) في القضاء المصري انظر: استئناف مختلط ٢٣ مايو ١٩٢٥ مجلة التشريع والقضاء السنة ٣٧ ص ٤٤٧. استئناف مختلط ٢٥ فبراير ١٩٢٠، مجلة التشريع والقضاء السنة ٣٢ ص ١٦٤. استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٤٨، مجلة التشريع والقضاء السنة ٦٠ ص ٨٦. مشار لدي. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص ١١٣.

وفي القضاء الفرنسي انظر: Com. 14 févr 1978 Bull. Civ. Iv. No 65. Com. 6 Mors 1979. No 78. Bull. Civ. 1979 iv. No 91. D. 1979. IR. 478. obs. Jullin.

(٤) Lucie MAYER: L'abjet. et les effets de L'appel Gaz Pal. Speci. Possier 25 Juillet 2017. p. 77 No 10. Aude DORANGE: Lic. Cit. Notalie FRICERO: L'oppel Nouveau est arrive Dalloz actualite 12 Mai 2017 . SHEHERAZADE Aqil: Conséquences sur L'effet dévolutif de L'appel: www. Apprendre Le drait. Fr Pr. Civ. Du 3 août 2017.

(٥) art. 568- Lorsque la cour d'appel infirme au annule un jugement qui ordo NNé une mesure d'instruction au qu'statuant sur une exception de procédure a mis fin à L'instance elle peut évoquer les Points non Jugés si, elle estice de donner à L'affaine une solution une mesure d'instruction.

أبطلت محكمة الاستئناف حكم صادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو في دفع إجرائي، وكان منهيًا للخصومة، فأن المحكمة تستطيع أن تتصدي لجميع المسائل الأخرى من النزاع، والتي لم تفصل فيها محكمة أول درجة إذا رأت أن حسن سير العدالة يقتضي إنهاء النزاع، ولها في سبيل ذلك أن تأمر باتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق".

والتصدي لا يعرقل إعمال المواد ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٦٣ إلى ٥٦٧.

كما اعتمد المشرع الفرنسي حق محكمة الاستئناف في التصدي إذا ما طعن أمامها بالاعتراض (١) le contéredit بهدف تحديد المحكمة المختصة تطبيقاً للمادة ٨٩ مرافعات والتي تنص على أنه (٢) "إذا كانت محكمة الاستئناف المطعون أمامها بهدف تحديد المحكمة المختصة هي ذاتها محكمة الاستئناف المختصة بالنسبة لمحكمة تراها مختصة بالنظر في النزاع المطروح أمامها، فمحكمة الاستئناف يمكنها أن تتصدي لنظر الموضوع إذا رأت من حسن سير العدالة حسم النزاع حتى ولو استلزم الأمر أن تأمر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق".

٢٠- وترتيباً على ذلك اعتمد المشرع الفرنسي (٣) فكرة التصدي وواظب على العمل بها خلال تشريعاته الإجرائية المتتالية، أما المشرع المصري ولو لم يعتمد الفكرة إلا أن اعتماده لوظيفة الاستئناف الحديثة والتعديلات التي أحدثها في نظامه الإجرائي وجوازه للطعن المباشر في بعض الأحكام الصادرة قبل الفصل في

---

L'évocation ne fait Pas obstacle à L'application des articles 554, 555, et 563, à 567.

(١) في الطعن بالاعتراض انظر فيما يلي : بند ٣٨.

(٢) art. 89 Lorsque la cour est jurisdiction d'appel relativement a la jurisdiction qu'elle estime competente, elle peut évoquer fond si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une sotion définitive après avoir ardonné elle – meme, le cas échéant, une mesure d'instruction".

(٣) واللبناني وفقاً للمادة ١/٦٦٤ أ.م.ل والتي تنص على أنه « إذا استؤنف حكم نهائي يقضي ببرد الدعوى لسبب لا يتعلق بالموضوع فعلي محكمة الاستئناف إذا فسخت هذا الحكم أن تنتظر في الموضوع». في فكرة التصدي في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني انظر: د. نبيل عمر: قانون أصول المحاكمات المدنية ٢٠٠٨ منشورات الحلبي الحقوقية ص ٥٩٢ وما بعدها. د. أحمد خليل: أصول المحاكمات المدنية ٢٠٠١ منشورات الحلبي الحقوقية ص ٥٤٤ وما بعدها. التقاضي على درجة واحدة وثلاث درجات في القانون اللبناني ، مجلة الحقوق، العدد الأول والثاني ١٩٩٤، ص ٥٧ وما بعدها.

الموضوع (١) وتواتر أحكام القضاء علي جواز نظر محكمة الاستئناف للموضوع حالة إلغاء الحكم بعدم القبول، رغم عدم استفاد ولاية محكمة أول درجة بشأن هذا الموضوع ، وما نادي به بعض الفقه للعمل بهذه الفكرة (٢)، كل ذلك أصبح يفرض نفسه، ويخول لمحكمة الاستئناف رخصة التصدي، ولو لم يصاحبه في الوقت الراهن تعديل في القواعد القانونية السارية، ويكفي تطويعها وما يتفق مع ما يفرزه الواقع أمام القضاء ومتطلبات العصر، تمشياً مع الأوضاع الجديدة لوظيفة الاستئناف متي طلب الخصوم أعمال هذه الرخصة - وفي حالات معينة تكشفها هذه الدراسة - لأن الممنوع عليهم هو فقط الالتجاء مباشرة إلي الدرجة الثانية (٣) دون المرور علي الدرجة الأولى - إلي أن يرتكن المشرع لهذه الأفكار ويعتمد الفكرة وينص عليها.

## المطلب الثاني

### تمييز فكرة التصدي عما قد يختلط بها

٢١- تمهيد : فكرة التصدي كأداة من الأدوات الفنية للطعن بالاستئناف، قد تختلط بغيرها من هذه الأدوات، الأثر الناقل للاستئناف. كما أن الفكرة من حيث تسميتها والهدف منها قد تختلط بالتصدي أمام محكمة النقض. في مطلبين: نتناول في الأول : فكرة التصدي والأثر الناقل للاستئناف. الثاني: التصدي أمام محكمتي الاستئناف والنقض.

## الفرع الأول

### فكرة التصدي والأثر الناقل للاستئناف

٢٢- مقدمة : التصدي رخصة تخول لمحكمة الاستئناف حين يطعن أمامها في حكم فرعي منهي لخصومة أول درجة أن تتناول الطعن والموضوع معاً، رغم عدم

(١) انظر فيما يلي بند ٤٤ .

(٢) انظر فيما يلي بند ٣٠ .

(٣) وتطبيقاً لذلك قضي «بأن عدم جواز التقاضي لدي محكمة الدرجة الثانية لأول مرة لا يكون من النظام العام إلا إذا كانت الدعوى برمتها مقدمة لتلك المحكمة مباشرة. أما إذا كانت الدعوى قدمت في الأصل لمحكمة الدرجة الأولى وعند انتقالها للدرجة الثانية أضيف إليها طلب جديد يتفرع منها ومن المحظور إبداءه لأول مرة أمام تلك الدرجة الثانية، فإن هذا الطلب الجديد وعدم قبوله لا يكون متعلقاً بالنظام العام، بل أنه من قبيل المصالح الخاصة التي يملك الخصوم وحدهم فيها أمر القبول وعدمه» نقض مدني ٣١ يناير ١٩٣٥ قضية رقم ٦٥ س ٤ مجموعة عمر ٢٢٦ ص ٥٩٨ مشار إليه لدي د. أحمد صدقي رسالة ص ٣٣٧ وحكم الاستئناف المشار لديه ص ٢٩٩ استئناف مصر ٦ إبريل ١٩٤١ المحاماة س ٢٢ رقم ٤٢٦ ص ١٠١٨ .

استنفاد محكمة أول درجة ولايتها للموضوع (١). متى توافرت حالة من حالات تطبيق هذه الرخصة (٢) والغت أو أبطلت الحكم المطعون فيه، وذلك تحقيقاً لحسن سير العدالة واقتصاداً للإجراءات ، ومن ثم فلا يعد تصدياً إذا كانت محكمة أول درجة استنفدت ولايتها للموضوع. كما لا يعد تصدياً إذا كانت محكمة ثان درجة ملزمة بالفصل في هذا الموضوع. وإنما نظرهما للموضوع في هذه الحالة إذا ألغت الحكم المطعون فيه يتم وفقاً للأثر الناقل للاستئناف تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين.

٢٣- ماهية الأثر الناقل للاستئناف : هو ما عبر عنه المشرع المصري وفقاً للمادة ٢٣٢ مرافعات (٣) بأن "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط". والمشرع الفرنسي وفقاً للمادة ١/٥٦١ مرافعات (٤) بأن "الاستئناف يعيد طرح الشئ المحكوم فيه على محكمة الدرجة الثانية". فالأثر الناقل يتمثل في نقل سلطات محكمة أول درجة إلى ثان درجة بنفس حالته وبذات شروطه، ليتم "النظر من جديد في تقدير الوقائع وتطبيق القانون" (٥) وتصدر حكماً فاصلاً في الموضوع. فالاستئناف يعد ناقلاً (٦)

(١) انظر فيما سبق بند ١٦ وما بعده.

(٢) انظر فيما يلي بند ٢٨.

(٣) والمادة ٥٨ من قانون الأحوال الشخصية ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص على أنه "تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط".

(٤) حيث وردت صياغة المادة وفقاً للقانون رقم ٨٩١ الصادر في ٦ مايو ٢٠١٧ على النحو التالي :

"L'appel remet la cause jugée en question devant la juridiction d'appel"

وفي تطبيق ذلك. انظر :

Cass. Civ. 5 mars 1980 Bull. Civ. II. No50 soc. 15 Nov. 1978 Bull. Civ. V.

No771. Civ.29 Mai 1979. Bull. Civ. II. No163.

(٥) "i lest statue à Nouveau en fait et en droit" art.561-2.

STRICKLER (y.) appel en procedure civile. <http://wwwconseil-elat.fr>. No 4ets.

coss. Civ. 3Oct. 2002 Bull. Civ. II. No205. D.2002

IR. 2916. J.c.p. 2002.IV. 2807 Gaz pal 30 Mars 1er Avr 2003. P.20. obs du rusquec.

(٦) كما أن للاستئناف أثر وقف لتنفيذ الحكم، ويقصد به عدم السير فيه – أو امتناعه إذا لم يكن قد بدأ – خلال فترة مؤقتة ، ذلك لسبب من أسباب الوقف، يستوجب أو يجيز بقوة القانون أو بحكم المحكمة، أو باتفاق الخصوم، وهو نظام يحمي في الأصل مصلحة المدين. إذ يحمه من مجرد الخضوع لإجراءات التنفيذ الجبري بما ينطوي عليه من وسائل قهر، أو على الأقل من استمرار الخضوع لهذه الإجراءات هي قابلة للإلغاء. كما

بمعنى أنه من اللحظة التي يرفع فيها، فإن الاختصاص بالنزاع يسند إلى قاضي أعلى، وأمامه يعاد عرض النزاع بكل ما تضمنه من وسائل الواقع، تجادل حولها الخصوم، وصدر فيها حكم من أول درجة، وتم الطعن فيه بالاستئناف. وعلى هذا النحو، فالأثر الناقل للاستئناف يجب تحديد نطاقه بعناية (١) حيث أنه يؤدي إلى نتائج هامة تتصل بسلطات ومكانات محكمة الاستئناف. فالطعن بالاستئناف يصبح المدخل لاختصاص قاضي الاستئناف بصورة ملزمة، إذا يلتزم بالطعن المطروح أمامه، ولا يمكنه بحال أن يعيد إلى قاضي أول درجة الذي استتفدت ولايته.

٢٤- النتائج المترتبة على الأثر الناقل للاستئناف : أمرين يرتبهما هذا الأثر: الأول: استفاد محكمة أول درجة ولايتها الأصلية والتكميلية على النزاع. الثاني: التزام محكمة الدرجة الثانية بنظرها للنزاع.

١- استفاد محكمة أول درجة لولايتها الأصلية والتكميلية على النزاع : تظل هذه المحكمة محتفظة بولايتها الكاملة على النزاع ما لم تنطق بالحكم الحاسم له. فإذا نطقت به (٢) فإنها تفقد ولايتها الأصلية بمجرد حسمها للنزاع وبه تستنفد ولايتها (١)

---

أن في وقف التنفيذ حماية لمصلحة الدائن، إذ أنه حينما يجري النفاذ المعجل، إنما يجريه على مسؤوليته، حيث يلتزم بتعويض الضرر الذي يصيب المدين المنفذ ضده لو ألغي الحكم بعد ذلك. في الدراسة التفصيلية لوقف تنفيذ الأحكام . انظر: د. أحمد خليل: طلبات وقف التنفيذ ١٩٩٦ دار الجامعة الجديدة . د. أحمد ماهر زغول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، دار النهضة العربية.

(١) د. نبيل عمر : الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٥٨٩ وما بعدها بند ٢٧٩ وما بعده. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين ص ١٦٢ وما بعدها بند ٣٣ .د. علي تركي: المرجع السابق ص ١٢٢ وما يليها بند ٦٣ وما يليه د. أسامة أنور جامع: رسالة ص ١٠٠ وما يليها . د. أحمد فتحي سرور : المرجع السابق ، ص ٩٦ وما يليها بند ٦٠ وما يليه .

Sheherazade Aqit: consequences sur l'effet dévolutif. WWW. Apprendre le droit. Fr. Pr. Civ. Du 3 a août 2017.

Frédéric FERRAND: appel: préc. P.75ets No625etss philippe Duhamel: L'effet dévolutif de l'appel ou regard de l'acte d'appel et des ecritures des parties. <https://www.courdecassation.fr/Préc>.

وفي تطبيق ذلك انظر :

Cass. Soc. II. Act 1990 Gaz pal 1991.1. Panor. 66. 27 Nov. 1990 Boll. Civ. V. No596. Cass. Soc. 21 Juin 1984 Bull. Civ. V. No263. Gozpal 1984.2.327. (٢) ولذا فإن الحكم لا يعتبر قد صدر بمجرد انقضاء المداولة فيه. كما لا يصير حقًا للخصم الذي سيصدر لمصلحته، ومن ثم يجوز لكل قاضي إلى ما قبل النطق بالحكم أن يعدل عن رأيه، ويطلب إعادة المداولة، على عكس النطق بالحكم، يصبح قائمًا موجودًا، ويصير حقًا للمحكوم له من هذه اللحظة. ويستنفد القاضي سلطته

## وأن ظلت محتقظة بولايتها التكميلية(٢) بتصحيح ما شاب الحكم من خطأ مادي(٣)

من هذا التاريخ. كما أن ميعاد الطعن يبدأ - كقاعدة - من وقت النطق به. انظر: د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ٧٢ وما بعدها بند ٣٩. المرافعات ص ٧٧٢ وما بعدها بند ٥٥٨ وما بعده. د. رمزي سيف: المرجع السابق، ص ٦٩٤ وما بعدها بند ٥٦٥. د. أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه ١٩٧١، دار النهضة العربية ص ٢٣ بند ٧.

BENABENT : jugement préc p.6ets No61ets frédéric. FERRAND: appel: 1999. préc. No4etss. Fredéique FERRAND : jugement. Dalloz. No9etss. Couchoz, pierre Langlade et lebeau: procedure civile 1998. Dalloz. P.516. No1407.

وفي تطبيق ذلك: انظر: طعن ٦٠/٨٥٠ ق نقض ١٩٩٦/١٢/٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ١٤٦٧. طعن ٥٩/٢٧٧ ق نقض ١٩٩٥/١١/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ١١٥٥. (١) فمن آثار الحكم استنفاد القاضي لولايته بالفصل في موضوع الدعوى التي كانت معروضة عليه، فلا يمكنه أن يفصل في النزاع بطريقة غير مؤكدة أو احتمالية أو افتراضية حتى يمكنه من العودة للنزاع وفحصه من جديد، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على اتفاق الخصوم. واعمال هذا التأكيد، وعدم الافتراضية يجد أساسه ومبناه في قاعدة استنفاد الولاية انظر المراجع المشار إليها هامش ١ ذات الصفحة وفي لاصفة التالية هامش ١.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٦٧/٥١ ق نقض تجاري في ٢٠٠١/١٢/٢١ المكتب الفني المستحدث ص ٥٧. طعن ٥٩/١٥١٨ ق نقض ١٩٩٦/٣/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٤٩٣. (٢) فالمحكمة التي أصدرت الحكم وحدها التي تختص بنظر طلب تصحيحه أو تفسيره - لما لها من ولاية تكميلية أو تبعية- اختصاصاً نوعياً ومحلياً، حتى وأن كان الحكم قابلاً للطعن فيه، طالما أن الطعن لم يرفع بعد، وهي تفعل ذلك من تلقاء نفسها، ودون توقف على طلب من أحد الخصوم. فليس لأي محكمة خلاف المحكمة التي أصدرت الحكم أن تنتظر طلب تصحيحه أو تفسيره، سواء كانت أعلى درجة منها أو في درجتها وهي قاعدة تتعلق بالنظام العام، وتلتزم بها المحكمة من تلقاء نفسها. مع مراعاة أن ذلك لا يعني ضرورة أن ينظر طلب التصحيح أو التفسير نفس القضاة الذين أصدروا الحكم. فيكفي أن تنتظره نفس المحكمة، ولا يجب أن ينظره نفس التشكيل، ولكن دائماً الذي يتولى التصحيح أو التفسير المحكمة بكامل هيئتها، وليس فقط رئيس المحكمة وإلا كان التصحيح أو التفسير باطلاً.

في تفصيل ذلك انظر: د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، دار النهضة العربية ص ١٦٤ وما يليها. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ١٠١ وما بعدها بند ١٩. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ٥٦٦ وما بعدها بند ٣٧٧. طعن ٤٩/٣١١ ق نقض ١٩٨٣/١١/٢٨. طعن ٤٩/١٧٧٣ ق نقض ١٩٨٣/١١/٩ طعن ٤٨/٦٤٩ ق نقض ١٩٨٢/٥/٦ طعن ٤٨/١٢٨ ق نقض ١٩٨١/١١/٢٦. نقض ١٩٨٠/٥/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ص ١٤٧٦.

(٣) وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع المصري وفقاً للمادة ١/١٩١ مرافعات. والفرنسي وفقاً للمادة ١/٤٦٢ مرافعات "يجوز تصحيح الأخطاء والإغلاط المادية التي تؤثر في الحكم..."

"les erreurs et omissions matérielles qui effectent un jugementt..."  
والخطأ المادي هو ذلك الخطأ الذي ينتج عن تعبير غير دقيق لفكر القاضي، وليس خطأ حول الفكر نفسه أنه خطأ في الصياغة أو في الأسلوب. وفضلاً عن كون خطأ مادي، يجب أن يكون ثابت ومؤثر في الحكم. في تفصيل ذلك انظر: د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ١٥٠ وما بعدها. د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ٨٣-٩٦ بند ١٧. د. فتحي والي: الميسوط ج ٢ ص ٤٢٥ وما بعدها بند ١٥٠ وما بعده.

François MELIN : precisions sur le régime du renvoi et de la procedure en reclification d'erreur matérielle. Dalloz actualite. Pr. Civ. le 4 Avril. 2017.

BERTIN: a propos de la rectification des jugements l'omission de staluer et l'ultra petita Gaz pal 1984. Doct. 82.



أو بتفسير ما ورد به من غموض أو ابهام(١). كما أنها تظل محتفظة بسلطاتها التبعية(٢) إلى أن يطعن على الحكم بالاستئناف. فإذا طعن عليه، فإن السلطات التكميلية والتبعية هي الأخرى التي تتمتع بها محكمة أول درجة، باستثناء حالة اغفال الفصل في طلب موضوعي(٣) تنتقل نتيجة استئناف الحكم إلى محكمة الدرجة

---

وفي تطبيق ذلك: طعن ٦٦٦/٣٩٩ ق نقض ٢٠٠١/٣/٢٤. طعن ٦٥/١٦٨٧ ق نقض ١٩٩٧/٤/٢. طعن مدني عماني رقم ٢٠٠٦/٢٦٦ ق نقض ٢٠٠٧/٣/٤ مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا السنة ٧ ص ٤٠٥.

Coss. Civ. 9 Oct. 1985. No84-13-730. Civ. 15 Janv. 2015- No14-10-054. (١) وهو ما صادف اعتمادًا ثابتًا من جانب المشرع المصري وفقًا للمادة ١٩٢ مرافعات. والمشرع الفرنسي وفقًا للمادة ١/٤٦١ مرافعات والتي تنص على أن "المحكمة التي أصدرت الحكم هي التي تتولى تفسيره، ما لم يكن قد طعن عليه بالاستئناف" "il appartient à tout juge d'interpréter sa décision si elle N'est pas frappée d'appel".

في تفصيل ذلك انظر: د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق، ص ١٩٨ وما يليها. د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١٠٥ وما بعدها بند ٢٠ وما بعده.

Auler. M.H. L'interpretation du jugement. Dalloz. Aelualite. L'interlpretationn du jugement. 17 Septembre 2015.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٣٤٣٨ لسنة ٧٨ ق نقض ٢٠٠٩/١٠/٢٦. نقض ٢٠٠٥/١/١٠ في الطعن ٦٤/٥٥٦٢ ق. د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٤٢٩. طعن رقم ٤٩١، ٦٩/٢٠٨٤ ق نقض ٢٠٠٠/٧/١١. طعن ٥٨/٣١٩٠ ق. نقض ١٩٩٠/١١/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٤١ ص ٦٦٥. طعن تجاري عماني رقم ٢٠٠٦/٤١٠ نقض ٢٠٠٧/١٢/١٢ مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة ٢٠٠١ وحتى ٢٠١٠ ص ٢٣٢.

Cass. Civ. 2déc 1992. No91-14-411. Bull. Civ. II. No295 com. 7 act. 1981. No79-16-416. Bull. civ. iv. No349. Civ. 16. Nov. 1982. No81-13- 817. Bull. civil. N0329.

(٢) والقاعدة أن المحكمة التي تباشر اجراءات معينة، تختص وحدها بالمسائل المتفرعة عن هذه الاجراءات، وذلك سواء كان موضوعها هو صحة هذه الإجراءات، أو الفصل في نتائجها. وتستنثي هذه المسائل من قواعد الاختصاص الاصلي للمحاكم، وذلك لأن هذه المحكمة اقدر من غيرها في نظرها لهذه المسائل، باعتبارها مسائل متفرعة عن الاجراءات ويطبق ذلك أيًا كانت المحكمة ودرجتها ولو كانت محكمة نقض. في تفصيل ذلك: انظر: د. وجدي راغب: مبادئ ص ٣٢٥ وما بعدها. المؤلف: شرح قانون الاجراءات ص ١٨١ وما بعدها بند ٧٥ وما بعده.

GENIN – MERIC (R.) : prorogation de competence jur. class. pr. civ. 1991. Fasc. 212-1-2. Solus et PERROT: op. cit. T. 2. P.585ets. No536.

(٣) وهو ما صادف اعتمادًا ثابتًا من جانب المشرع المصري وفقًا للمادة ١٩٣ مرافعات والفرنسي وفقًا للمادة ٤٦٣ مرافعات ويتمثل هذا الاعتماد وفقًا للتشريعين في العودة إلى المحكمة التي أغفلت الفصل في الطلب الموضوعي للفصل فيه باعتبار أنها لم تستنفد ولايتها بصده، وذلك لشروط معينة، تتركز هذه الشروط حول فكرة محددة، وهي أن الاغفال يكون كليًا ولهذا الطلب وحدة.

وأساس ذلك ومبناه، هو أن محكمة أول درجة لم تستنفد ولايتها بالفصل في هذا الطلب صراحة أو ضمنيًا، ومن ثم فليس هناك ثمة حكم يمكن أن يكون محلاً للاستئناف. كما أن في تعرض محكمة الاستئناف للطلب التي أغفلته محكمة أول درجة بشكل فضلاً عن كونه طلب جديد يحظر على محكمة الاستئناف نظره، فتويت لدرجة من درجات التقاضي.

الثانية، تعلقت هذه السلطات بتصحيح الحكم أو بنفسيره أو بإجراء وقتي أو تبغي متى تعلق ذلك بالحكم المطعون فيه(١). كما أن محكمة الدرجة الثانية وحدها تختص بالفصل فيما إذا كان النفاذ المعجل يجب أن يؤمر به(٢) وكذلك وحدها(٣) التي تقرر ما إذا كان الاستئناف بهدف المماثلة ، أو أنه غير صحيح. وأيضًا هي التي تأمر بالاستمرار في متابعة الإجراءات التي توقفت(٤) كما أن لها سلطة تقدير مسألة قبول المحكوم عليه للحكم الابتدائي أو تنازله عنه المانع من استئنافه(٥). فالأثر الناقل للاستئناف على هذا النحو ينقل وبشكل كامل سلطات محكمة أول درجة التي كانت لها على النزاع، وفي حدود ما استنفدت ولايتها بشأنه على محكمة الدرجة الثانية، ويشمل هذا النقل تلك السلطات في مجموعها، أصلية أو تكميلية أو تبعية(٦).

في تفصيل ذلك انظر : د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٢٨١ وما بعدها. أعمال القاضي التي تحوز الحجية ص ٣٩٢ وما بعدها بند ١٩٤ وما بعده. د. أحمد هندي: المرجع السابق، ص ١٣١-١٥٥ بند ٢٤ وما بعده. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٥٥٤ وما بعدها بند ٣٧٥. د. علي تركي: المرجع السابق: ص ٨٩ وما بعدها بند ٥١ وما بعده. د. اسامة جامع: المرجع السابق ص ١٢٨ وما بعدها .

BERTIN : préc.

وفي تطبيق ذلك: نقض ٢٠١١/١/١٧ في الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٨٠ق. نقض ٢٠٠٥/٥/١١ في الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٥٩ق نقض ٦٣/٣١٦٥ق نقض ٢٠٠١/٢/١١. طعن ٦٧/٢٤٢٦ق نقض ١٩٩٨/١١/٢٥. طعن تجاري عماني رقم ٢٠١٠/٣١٥/٢٨ جلسة ٢٠١١/٦/٢٨ مجموعة أحكام المحكمة العليا Cass. Soc. 7 dec. 2017 pourvoi. No16 – 20470 Note Mme Guyot. Cass. Civ 21 Oct. 2004. Bull. II. No463. Cass. Civ. 31 Mai 1978. J.c.p. 1978. IV.236.

(١) GLASSON, Tissier, et MOREL: op. cit. T. 3 p.340 No883.

(٢) محمد وعبد الوهاب العشموي : المرجع السابق ، ص ٨٨٩ حاشية رقم ١. د. أحمد هندي : التنفيذ الجبري ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة ص ٣١ وما بعدها بند ١٢.  
(٣) لأن محكمة الاستئناف تستطيع أن تقدر دون غيرها من المحاكم الأخرى، ما إذا كان الاستئناف المطروح عليها قد قصد به الكيد أو المماثلة أو لا، ومبلغ الضرر الذي لحق بالمستأنف عليه، ومقدار ما يستحق من تعويض . د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات ص ١١٠٦ بند ٦٥٥. د. أحمد هندي : التعليق ج ٤ ص ٣٨٨ وما بعدها والأحكام المشاركة لديه. د. فتحي والي: المبسوط. ج ٢ ص ٥٦٣ بند ١٨٨.  
(٤) في الدراسة المتحركة لخصوصية الاستئناف انظر : د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٤٧٥ وما يليها بند ٢٣٦ وما يليه؛ د. أحمد هندي : شطب الدعوى ١٩٩٣ مكتبة ومطبعة الإشباع ص ٩٣ بند ١٩.  
(٥) انظر د. علي تركي: المرجع السابق ص ١٢٩ بند ٦٤ والأحكام المشار لديه.  
(٦) د. فتحي والي: المرجع السابق ص ٥٧٥ وما بعدها بند ١٩٣؛ د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ١٦٧ بند ٢٣؛ د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق ١٠٩٨ وما بعدها بند ٦٥٣؛ محمد وعبد الوهاب العشموي: المرجع السابق ص ٨٨٨ بند ١٢٤٢.  
وفي تطبيق ذلك: طعن ٦٤/٧٤١ ق نقض ٢٠٠٤/٣/٢٥. طعن ٧١/٤٢٨ ق نقض ٢٠٠٣/١/١٣. طعن ٥٢/٦٨٣ ق نقض ١٩٨٨/١٢/١١. طعن ٥١/١٨٠٦ ق نقض ١٩٨٦/١٢/٢٢ طعن ٤٩/١٧٩٤ ق نقض ١٩٨٥/٣/١ ق نقض ٣٥/٢٢٥ ق نقض ١٩٧٣/٢/٧.

٢ - التزام محكمة الدرجة الثانية بنظرها للنزاع: إذا كان سلب الولاية الكاملة من محكمة أول درجة فيما استنفدت ولايتها بشأنه على النزاع، هو الوجه السلبي لمبدأ الأثر الناقل للاستئناف. فإن تأكيد اختصاص محكمة الدرجة الثانية بنظر هذا النزاع هو الوجه الإيجابي لهذا المبدأ أو الطابع الإلزامي لهذه المحكمة (١). والذي يحول بين ما تم نقله من سلطات لهذه المحكمة وبين عودة هذه السلطات كلها أو بعضها إلى محكمة أول درجة مرة ثانية. فالنزاع الذي نقل إلى محكمة ثان درجة كأثر للطعن، كي تفصل فيه هذه المحكمة (٢) لا كي تتخلى عنه لمصلحة قضاء آخر أياً كان (٣).

(١) في الطابع الإلزامي للأثر الناقل للاستئناف انظر: د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٥٨٩ وما بعدها بند ٢٧٩؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ١٠٢ وما بعدها.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 832 ets N. 1423 etss. Couchez, Langlade et Lebeau: op. cit. P. 517 N. 1409. Soraya AMRANI MEKKI: L'appel en matiere civil. Préc. P. 1110. N. 6 ets. Lucie MAYER: Le nouvel appel préc. P. 74. N. 22 ets. Phillippe DUHAMEL : L'effet devolutif de l'appel préc. Frédérique FERRAND: evocation préc. N. 1020. Frederic FERRAND: appel préc. P. 86. N. 718. RAYNAUD: R.T.D. Civ. 1952. P. 119 ets.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٦٨/١٢٥ ق نقض ١٩٩٩/١١/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٥٠ ص ١١٦٢. طعن ٦٧/١٣١٤ ق نقض ١٩٩٩/٣/٢٥ مجموعة الأحكام اسنة ٥٠ ص ٤٦١. طعن ٦٠/٦٧٤ ق نقض ١٩٩٧/٢/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٣٣٢ طعن مدني عماني رقم ٢٠٠٨/٢٥١ نقض ٢٠٠٩/١/٢٥ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٩ ص ٢٠٧ طعن تجاري عماني رقم ٢٠٠٨/١٧٠ نقض ٢٠٠٨/١١/٥ المجموعة اسابقة ص ٣٧٧.

Coss. Com. 4 Janv. 2005. N. 03 – 11465. Civ. 10 Févr 2000 R.T.D. Civ. 2000. 407 obs. Perrot. Civ. 15 janv. 2004. Bull. Civ. 11. N. 3. Pourvoin 10 – 17. 734. Civ. 22 juin. 1999. Bull. I. N. 206. P. 134. Civ. 26. mai 1992. Bull. Civ. III. N. 216. Civ. 3 nov. 1983. J.C.P. 1984. ed. G. IV. 43. Civ. 28. sep. 1979. J.C.P. 1980. IV. 53.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأن "قضاء محكمة الاستئناف ببطلان حكم أول درجة لعيب شابه أو في الإجراءات دون أن يمتد إلى صحيفة الدعوى أثره، وجوب الفصل في موضوع الدعوى دون إعادتها إلى محكمة أول درجة نقض ١٩٩٣/١/٢٤ طعن ٥٨/١٠٣٦ ق وفي ١٩٩١/١١/٢٦ طعن ٦٠ لسنة ٥٩ ق "أحوال شخصية" ونقض ١٩٩٣/١١/١٧ طعن ١٩٠٥ لسنة ٥٩ ق. وفي ١٩٩٣/١٢/١٢ طعن ١٧٦٣ لسنة ٥٩ ق وفي ١٩٨١/٤/٢ طعن ٥٦٠ لسنة ٤٨ ق د. أحمد هندي: التعليق ج ٤ ص ٣١٨. نقض مدني ١٩٦٦/٦/١ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ١٢٩٦.

(٣) وفي القانون الفرنسي تجوز الإحالة لمصلحة قضاء آخر وفقاً للمواد ٣٥٦ – ٣٦٦ مرافعات، ٦٢٢ إجراءات جنائية متى توافر سبب من أسباب هذه الإحالة، ممثلة في التشكك الشرعي والرد المقدم ضد عدة قضاة لتشكيل قضائي واحد، والمحافظة على دواعي الأمن العام. ويعمل القانون بهذا النوع من الإحالة سواء أمام أول أو ثان درجة. في تفصيل ذلك انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٢٠ – ١٣٣ بند ١١١ – ١٢٣ والمراجع والأحكام المشاركة لديه.

أو لكي تقتصر على نظر بعض أوجه النزاع دون الأوجه الأخرى(١)، مادامت محكمة أول درجة قد فصلت فيه. فاختصاص محكمة ثان درجة على النزاع الذي نقل إليها له طابع إلزامي، حيث أنها تختص بقوة القانون بنظر هذا النزاع وفي حدود ما نقل إليها، ودون أن يكون لها بحال أي سلطة تقديرية في ذلك(٢).

٢٥ - أوجه الاختلاف أو المغايرة بين فكرة التصدي ومبدأ الأثر الناقل للاستئناف: رغم المقاربة بين الفكرة والمبدأ من حيث كونهما يشكلان أداتين فنييتين من الأدوات الفنية التي توجد داخل النظام القانوني للطعن بالاستئناف، وما قد(٣) يترتب على أي منهما أن تقضي محكمة ثان درجة بإلغاء أو إبطال حكم أول درجة. كما يمكنها بعد هذا الإلغاء أو تلك الإبطال أن تحيل النزاع إلى قضاء أول درجة(٤). وأيضاً اشتراكهما في اتساع سلطات هذه المحكمة نتيجة تطور وظيفة الاستئناف إلا أن الاختلاف والمغايرة بينهما هو الجوهر، وهو ما ظهر جلياً من خلال النتائج المترتبة على المبدأ(٥).

فمن ناحية يعد أساس المبدأ ومبناه استنفاد ولاية محكمة أول درجة للنزاع حتى يخول لمحكمة ثان درجة نظره تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين. في حين أن التصدي الأ

---

(١) ومع ذلك يمكن لمحكمة الاستئناف أن تحيل جزءاً من النزاع إلى قضاء آخر، ذلك في حالتين. حالة اتفاق الخصوم على أن تبحث محكمة الاستئناف في جزء فقط من دعواهم، وأن تحيل الباقي إلى قضاء آخر. وكذلك في حالة عدم التجزئة بين النقطة محل النزاع في الاستئناف والمسائل التي لم يتم الفصل فيها بعد أمام قضاء أول درجة. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ١٦٨ وما بعدها بند ٣٤.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 834 ets N. 1425. Coss. Civ. 15 déc. 1943. D.A. 1944. 37. Soc. 20 juill. 1950. Gaz Pal. 1950. 2. 377. Montpellier 17 oct. 1972. J.C.P. 1973. IV. 191.

(٢) د. علي تركي: الإشارة السابقة والحكم المشار لديه نقض ١٩٦٠/٤/١٤ "أحوال شخصية" مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص ٢١٥؛ د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ١٦٨ بند ٣٤.

(٣) في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف في الطعن المرفوع إليها. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٥٤٩ وما يليها بند ٢٦٦ وما يليه. فلسفة قانون المرافعات ص ١١٧ وما يليها؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ١٣٧ وما بعدها بند ٧٠ وما بعده؛ د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ١٣٦ وما يليها.

Tony. Moussa: Bulletin d'information N. 620 du 10/61 2005

<https://www.Courdecassation.Fr.2005-1877N-No620-1936>.

(٤) Frederique FERRAND: évocation Préc. N. 1020. Frederic. FERRAND: appel. Préc. P. 86. N. 718.

(٥) د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٦ بند ٤٠؛ د. حلمي الحجار، هاني حلمي الحجار: المرجع السابق ص ٤١٦ وما بعدها بند ٩١١.

تكون محكمة أول درجة نظرت الموضوع، ونظر محكمة الدرجة الثانية له بقصد إنهاءه، ما هو إلا تحقيقاً لحسن سير العدالة واستجابة لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات والنفقات.

ومن ناحية أخرى، يظهر الاختلاف والمغايرة بين الفكرة والمبدأ من حيث الأثر الناتج عن كل منهما بصدد سلطة محكمة الاستئناف على النزاع. هذا الأثر يبلغ مبلغ الإلزام، فيكون ذات طابع إلزامي بشأن المبدأ، إذ يوجب على محكمة الدرجة الثانية وفي حدوده نظر النزاع المعروض عليها. في حين أن هذا الأثر يفتقد الصفة الإلزامية بشأن التصدي، ويكون لمحكمة الاستئناف السلطة التقديرية، فيمكنها (١) رفضه رغم طلب الخصوم له. أو على العكس تتصدي لموضوع النزاع ولو لم يطلبه الخصوم، فالتصدي رخصة لمحكمة الاستئناف.

ووفقاً لذلك يظهر الاختلاف والمغايرة بين مبدأ الأثر الناقل للاستئناف، على نحو يوجب عدم الخلط بينهما (٢) ووضع كل منهما موضع السليم وفقاً لقواعده وأحكامه والأثر المترتب عليه.

## الفرع الثاني

### فكرة التصدي أمام محكمتي الاستئناف والنقض

٢٦ - ماهية التصدي أمام محكمة النقض وحالاته: حينما تمارس هذه المحكمة رقابة الإبطال، فقد ينتهي بها الأمر إما إلى نقض الحكم المطعون فيه مع إحالة القضية (١)

(١) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض: ص ٤٠٣ بند ٢١٤.

Frédérique FERRAND: évocation préc. N. 1019. Frederic. FERRAND: appel préc. P. 86. N. 816. Tony – Moussa : Lic. Cit.

وفي تطبيق ذلك:

Coss. Com. 18 oct. 2011. N. 10 – 25 – 110. Civ. 23 sept. 2004. N. 10 – 21 – 141. Bull. Civ. II. N. 409. 23 sept. 2002. Dr. et 2005. 33. obs. Fricero. Soc. 17 févr. 1993. N. 89 – 43 – 502. Bull. Civ. V. N. 53. J.C.P. 1993. IV. 991. Civ. 16 juin. 1992. J.C.P. 1992. IV. 26872. Com. 11 janv. 1991. N. 89. 19 – 551. Bull. Civ. IV. N. 213. Com. 5 janv. 1973. Gaz Pal 1973. I. Somm. 87. Civ. 22 mai 1968. Bull. Civ. II. N. 143. civ. 2 mai. 1989. Bull. Civ. I. N. 174. Pourvoi. N. 87 – 17 – 705.

(٢) Frédérique FERRAND: évocation Préc. N. 1020. Ferderic FERRAND: appel. Préc. P. 86. N. 817.

إلى قضاء الموضوع لإعادة الفصل فيه مرة ثانية مع احترام ما قررته محكمة النقض في المسألة القانونية، هذا هو الأصل. وقد ينتهي الأمر بها إلى نقض الحكم مع التصدي في حالات استثنائية محصورة. نص عليها المشرع المصري (٢) واعتمدت بشأنها المذكرة الإيضاحية مصطلح التصدي. فوفقاً للمادة ٤/٢٦٩ مرافعات "ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية، ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أياً كان سبب الطعن أن تحكم في الموضوع".

وتطبيقاً لهذا النص يقصد (٣) بالتصدي أمام محكمة النقض، قيامها بالحكم في موضوع الدعوى الذي سبق عرضه والفصل فيه من محكمة الموضوع. وهو أمر وجوبي لا تملك محكمة النقض التنصل منه بحال متى توافرت حالاته (٤) ما لم يكن

---

(١) ومناطق هذه الإحالة ومضمونها، تتمثل في كونها مجرد إعادة لما سبق قفله نهائياً بالحكم النهائي الذي طعن فيه بالنقض إلى المحكمة التي نقض حكمها. ذلك بقرار يصدر دائماً من محكمة النقض، لتجد هذه الإعادة أساسها ومبناها في ضرورة البحث عن حكم جديد يسكن المراكز القانونية فيما تم نقضه من الحكم المطعون فيه، ووفقاً للمسألة القانونية التي قررتها محكمة النقض. ويأتي ذلك في كون هذا الحكم بحسب الأصل لن يصدر عن محكمة النقض. والقضية في نفس الوقت في حاجة ماسة إلى حكم يحدد مراكزها الشخصية بصفة نهائية. فكان الوصول إلى هذه النهاية، أن اقتضت الحاجة ضرورة إحالة القضية بعد نقض الحكم فيما تم نقضه. في الإحالة بعد النقض وكيفيةها. انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى: ص ١١١ وما بعدها بند ١٠٤ وما بعده والمراجع والأحكام المشار إليه.

(٢) والمشرع الفرنسي وفقاً للمادة ١/١٦ من القانون ٦٧ - ٥٢٣ الصادر في ١٩٦٧/٧/٣ رخص لمحكمة النقض في هيئة جمعية عمومية بعد النقض لأول مرة، أو في أي تشكيل آخر بعد النقض للمرة الثانية أن تفصل في الموضوع دون إحالة، وذلك حيث يقتصر دورها على مجرد تطبيق القانون على الوقائع. وهو ما اعتمده المشرع في ظل قانون المرافعات الحالي تطبيقاً للمادة ٢/٦٢٧، ودون أن يستخدم مصطلح التصدي. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض ص ٤١٠ وما بعدها بند ٢١٨؛ د. الأنصاري النيداني: النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض ٢٠٠٢ دار الجامعة الجديدة ص ٢٨٣ وما بعدها بند ٩٤ وما بعده؛ د. أحمد هندي: آثار أحكام محكمة النقض وقوتها ١٩٩٧ دار الجامعة الجديدة ص ٢١٥ بند ٢٦؛ د. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها الطبعة الثانية دار النهضة العربية ص ١٥٦ حاشية.

(٣) عبد المنعم حسني: طرق الطعن: ص ٣٩٢ بند ٤٤٠، ص ٨٠٧ بند ٩٠٤ مشار إليه لدى د. عاشور مبروك: النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ٢٠٠٨ دار الفكر والقانون ص ٢٦٩ حاشية رقم ٤١؛ د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٤٠٦ بند ٢١٥.

(٤) فإذا اتصلت المحكمة أو تصدت لغير الحالات التي حصرها المشرع في المادة ٤/٢٦٩ مرافعات. يرى البعض بأنه يطعن في حكمها بالالتماس، بينما يرى البعض بعدم جواز ذلك. في تفصيل ذلك انظر: د. عاشور مبروك: المرجع السابق ص ٢٧٧ وما بعدها بند ٢٥٦.

الطعن لمصلحة القانون (١) أو لمخالفة قواعد الاختصاص (٢) أو دفع ابتدائي معطل لسير الدعوى (٣).

والحالات الاستثنائية التي حصرها المشرع، وخول لمحكمة النقض حال توافرها التصدي للموضوع حالتين هما، حالة صلاحية الموضوع للفصل فيه. والثانية: حالة النقض للمرة الثانية.

والتصدي بسبب صلاحية الموضوع للفصل فيه مادة ٤/٢٦٩ مرافعات ورغم صراحة النص إلا أنه لم يوضح المقصود بصلاحية موضوع الدعوى للفصل فيه. ومع ذلك يكون الموضوع صالحاً للفصل فيه "متى كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها" مادة ١٣٠، ١٣١ مرافعات، وهي تكون كذلك إذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية، أي أبدوا دفاعهم الختامي في الدعوى سواء كان ذلك حقيقة بالمرافعة أو الكتابة أو حكماً. بأن كانت الفرصة قد أتت لهم لإبداء هذا الدفاع (٤) وقامت المحكمة التي صدرت الحكم المنقوض بتحقيق وتقدير كل هذه الوقائع، بحيث لا تحتاج تلك الوقائع إلى أي بحث جديد، ولا يحتمل الأمر أي

---

(١) لأن محكمة النقض بصدده لا تنظر أبداً الموضوع مهما كان صالحاً للفصل فيه. كما أنها لا تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه. فهي تكتفي بنقض الحكم، مع الإشارة إلى ما كان من المتعين أن يكون عليه الحكم المطعون فيه لكي يستقيم مع صحيح القانون. د. فتحي والي: المرجع السابق ص ٧٢١ وما بعدها بند ٢٤٠ والحكم المشار لديه بنقض احوال شخصية ٢٠١٢/١/١٠ في الطعن ٦٧٢ لسنة ٧٥ ق؛ د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٩٧٤ وما بعدها بند ٦٤٥.

(٢) فإذا تم نقض الحكم لمخالفة هذه القواعد. فإن محكمة النقض تقتصر على الفصل في مسألة الاختصاص، فلا تتصدى لموضوع النزاع، كما لا تحيله إلى المحكمة المختصة. وإنما تعين فقط عند الاقتضاء هذه المحكمة التي يجب التداعي إليها بإجراءات جديدة مادة ١/٢٦٩ مرافعات. في تفصيل ذلك : انظر: المؤلف: المرجع السابق ص ١١٤ وما بعدها بند ١٠٧ وما بعده.

وفي تطبيق ذلك: انظر: طعن ٦٣/٢٦٥ ق نقض ١٩٩٩/١١/٤ مجموعة الأحكام السنة ٥٠ ص ١٠٥٤ طعن ٥٧/٤٥٥٣ ق نقض ١٩٩٩/١٢/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٥٠ ص ١٢٦٧. طعن ٦١/٣٧٤٤ ق نقض ١٩٩٧/٣/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٥٦٦. طعن ٦٥/١٠٠ ق نقض ١٩٩٦/٥/٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٧٣٦.

قارن، حيث قضت محكمة النقض حديثاً "بعدم اختصاص محكمة المنصورة الاقتصادية نوعياً بنظرها للدعوى وبإجالتها إلى محكمة المنصورة الابتدائية للفصل فيها" نقض مدني ٢٢ فبراير ٢٠١٦ في الطعن رقم ١٠٢٤ لسنة ٨٤ من مشار إليه لدى د. فتحي والي: المرجع السابق ص ٧٠٣.

(٣) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٤٠٧ بند ٢١٥.

(٤) طعن ٥٦/٦٧٢٧ ق نقض ١٩٩٧/٤/٩. طعن ٦٢/٤١٢٩ ق نقض ١٩٩٦/١/٨. طعن ٥٧/١٠٧٤ ق نقض ١٩٩٢/٥/٢١ طعن ٥٥/٢٠٣٥ ق نقض ١٩٩١/١/٣.

إضافة إلى تلك الوقائع أو تغيير فيها(١) فيكون الموضوع مستكماً لكافة العناصر اللازمة للفصل ولا يحتاج إلى إجراءات أو تأكيدات واقعية. فاختصاراً للوقت والجهد والنفقات تتصدي محكمة النقض بعد نقضها للحكم لهذا الموضوع بتطبيق القانون على الوقائع الثابتة في هذا الحكم(٢). وهو نفس ما اعتمده المشرع الفرنسي صراحة وفقاً للمادة ٥/١٣١ من قانون التنظيم القضائي. والمادة ٢/٦٢٧ مرفعات والتي صرحت لمحكمة النقض بأن تفصل في النزاع وتضع له نهاية، وذلك "بتطبيق القاعدة القانونية المناسبة على الوقائع التي تم تحقيقها وتقديرها بصورة تامة عن طريق قضاة الموضوع"(٣).

أما التصدي حالة الطعن للمرة الثانية. فإن محكمة النقض تفصل في الموضوع ولو لم يكن صالحاً لنظره. ويكون الموضوع كذلك متى كان في حاجة إلى تحقيق أو إلى إثبات أو مرافعة، وأن كان أي من ذلك بحسب الأصل لا تقوم به إلا محكمة الموضوع، فإن محكمة النقض تقوم به، لأنها في هذه الحالة لها جميع السلطات التي

---

(١) على أنه من الصواب أن تتقبل محكمة النقض من الحكم المطعون فيه حاصل فهم الواقع في الدعوى، إلا إذا كان ما أثبتته الحكم يناقض أوراق المرافعات والمستندات المقدمة لها، أو يرتكز على أدلة غير مقبولة قانوناً، أو يكون الحكم في الدعوى على ما تمخضت إليه بحكم النقض مقترراً إلى تحصيل فهم جديد، فإنه يكون لها عندئذ أن تصحح ذلك الفهم أو تكمله على ضوء تلك الأوراق والمستندات بالحدف والتعديل والزيادة وأن تستبدل به فهماً آخر، مادام ذلك مستطاعاً بأهون سعي وبمجرد إطلاعها على قضية الطعن الموجودة أمامها وبغير اتخاذ إجراءات أخرى. فإن احتاج الأمر إلى إجراءات جديدة من اطلاع وتحقيق فإنها تقضي عندئذ بإحالة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه. حامد فهمي، محمد حامد فهمي: النقض في المواد المدنية والتجارية ١٩٣٧ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ص ٧٤١ والحكم المشار لديه نقض مدني ١٩٣١/١٢/٣١ المحاماة السنة ١٢ ص ٧٢٤ رقم ٣٥٦.

(٢) د. أحمد هندي: آثار أحكام محكمة النقض ص ٢١٦ وما بعدها بند ٢٧. قانون المرافعات ص ٦٧١ بند ٣٢٨؛ د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٤١٣ وما بعدها بند ٢١٩؛ د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ١٢٤٦ بند ٧٦٠؛ د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٧٠٤ وما بعدها بند ٢٣٥؛ د. كمال الدين عاطف: رسالة، ص ٣٤٤؛ د. طلعت دويدار: المحاكم الاقتصادية ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ص ١٤٤ وما بعدها. وتطبيقاً لذلك قضي "بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه والقضاء مجدداً بتعديل الحكم المستأنف وذلك بالنزول بمبلغ التعويض إلى خمسة عشر ألف ريال وإلزام المطعون ضده بالمصاريف ورد الكفالة للطاعة" طعن مدني عماني رقم ٢٠١٠/٣٠٥ جلسة ٢٠١٠/١٢/١٨ مجموعة أحكام المحكمة العليا في الفترة من ٢٠١٠/١٠/١ وحتى ٢٠١١/٦/٣٠ السنة ١١ ص ١٣٣.

"En ces cas, elle se prononce sur la charge des dépens afférents aux instances devant les du fond"

انظر:

Vincent et Guinchard: op. cit., P. N. 1087 ets. Cass. Civ. 27 juin 2007. 06 – 14329. Cass. Com. 11 fev. 1992. J.C.P. 1992. N. 13



لمحكمة الموضوع التي نقض حكمها. على أن تنقيد (١) بالمبدأ القانوني التي قررتها في حكمها السابق بالنقض وتلتزم به، باعتباره حائزاً لقوة الأمر المقضي في حدود المسائل التي بت فيها.

وما دون هذا القيد تعود الخصومة إلى ما كانت عليه قبل إصدار الحكم المنقوض. ولمحكمة النقض أن تبني حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى، تحصله حرة من جميع عناصرها (٢) على أن تصديها للموضوع حالة الطعن للمرة الثانية (٣) وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة لا يتحقق إلا إذا كان الحكم المنقوض (٤) قد فصل في الموضوع (٥)، ولو كان سبب الطعن بالنقض - وعلى خلاف ما استقرت عليه أحكامه (٦) - في المرة الثانية غير سبب الطعن في المرة الأولى (١).

(١) د. فتحي والي: المرجع السابق ص ٧٠٦ بند ٢٣٥؛ د. أحمد هندي: أثار أحكام محكمة النقض ص ٢٢٣ بند ٢٨. قانون المرافعات ص ٦٧٢ بند ٣٢٨؛ د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص ٢٩٥ بند ٢٠٧؛ د. وجدي راغب: ص ٨٢٩؛ حامد فهمي، محمد حامد فهمي: المرجع السابق ص ٧٣٥ بند ٣٨٤؛ د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص ٧٨١ بند ٤٠٨؛ د. سامح البلتاجي: المرجع السابق ص ٤٤٩ وما بعدها بند ٢٣٦. طعن ٣٥/١٩٠ ق نقض ١٩٦٩/٤/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٦٧٦.

(٢) نقض ١٣ فبراير ٢٠١٤ في الطعن رقم ٧٥٩٥ لسنة ٨١ ق مشار إليه لدى د. فتحي والي: الإشارة السابقة.

(٣) وإذا كانت محكمة النقض لا تتصدى لموضوع النزاع إلا بعد نقضها للحكم لثاني مرة. فإن المشرع خرج عن ذلك في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ١ لسنة ٢٠٠٠ وفقاً للمادة ٦٣ إذا نقضت محكمة النقض لأول مرة الأحكام صادرة بفسخ عقود الزواج أو ببطلانها أو بالطلاق أو التطلق، فإن عليها أن تفصل في الموضوع. نقض ٢٠٠١/٦/١١ طعن ٦٤٠ لسنة ٦٦ ق "أحوال شخصية" نقض ٢٠٠١/١/٢٩ طعن ٦٥/٦٤٩ ق "أحوال شخصية".

بخلاف ما لو قضت محكمة النقض بإثبات الطلاق دون القضاء بفسخ عقد الزواج أو ببطانها أو بالطلاق أو بالتطبيق فيجب عليها الإحالة، فيكون حكم النقض مع الإحالة. نقض ٢٠٠١/٥/٢٢ طعن ٦٥/٣٧٥ ق "أحوال شخصية". د. أحمد هندي: التعليق ج ٤ ص ٦٤٢. ويضيف البعض حالة النقض وفقاً للمادة ١٢ من قانون المحاكم الاقتصادية. انظر: د. طلعت دويدار: المحاكم الاقتصادية ص ١٦٠ وما بعدها.

(٤) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص ٢٩٤ وما بعدها بند ٢٠٦؛ د. أحمد هندي: أثار أحكام النقض ص ٢٢٤ بند ٢٨؛ د. أحمد ماهر زغلول: أثار إلغاء الأحكام ص ١٥٦ حاشية.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٤٩/١١٦٤ ق نقض ١٩٨٠/٥/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٠٤٩ طعن ٣١/٤٢٩ ق نقض ١٩٦٦/٦/٧ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ١٣٢٣.

(٥) نقض ١٩٨٠/٥/١٧، نقض ١٩٦٦/٦/٧ مشار إليهما سابقاً.

(٦) فقد جرى قضاء محكمة النقض قبل نفاذ القانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ على قصر تصديها لموضوع النزاع حالة النقض للمرة الثانية، إذا كان الطعن لهذه المرة ينصب على ذات ما طعن عليه في المرة الأولى، وإلا قضت بالإحالة بعد نقضها للحكم. انظر: نقض ٢٠٠١/١/١١ طعن ١٠٩١ لسنة ٦٩ ق. نقض ٢٠٠٠/٢/٢٧ طعن ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق نقض ١٩٩٩/١١/٢٨ طعن ٨١٢ لسنة ٦٢ ق نقض ١٩٩٦/١/١١ طعن ٢٠٩٠ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٧ ص ١٥٦. نقض ١٩٩٤/٦/٢١ السنة ٤٥ ص ١٠٨٥. نقض ١٩٨٩/٥/١٠ السنة ٤٠ ص ٢٤٩. نقض ١٩٨٥/١/٣٠ طعن ١٦٣٧ السنة ٥٤ ق السنة ٣٦ ص ١٧٧. د. أحمد هندي: التعليق ج ٤ ص ٦٤٤ وما بعدها. طعن مدني عماني رقم ٢٠١١/٢٦٤ نقض ٢٠١١/١٢/٣١ مجموعة أحكام المحكمة

ووفقاً لحالتي التصدي ومفهومه أمام محكمة النقض. تنظر الموضوع الذي كان سيحال إلى قضاء الموضوع إذا لم تتصدى له. وتصديها للموضوع في الحالتين محلها (٢) ليس هو الخصومة التي كانت مرددة بين طرفيها أمام محكمة الموضوع، وإنما هو مخاصمة الحكم النهائي الذي صدر في هذه الخصومة. ولذلك فإن النقض لا يتناول من الحكم المطعون فيه إلا ما تناولته من أسباب الطعن التي حكم بقبولها وبني النقض على أساسها (٣). والمحكمة وهي تقوم بنظرها للموضوع، يجب أن يكون الحكم التي تصدره في أي من حالتي التصدي مطابقاً لوجهة النظر القانونية التي من أجلها نقضت الحكم المطعون فيه (٤). فليس لها (٥) بحال العدول عن رأيها السابق، كما لا يقبل من الخصوم أن يطلب منها ذلك.

٢٧ - اختلاف فكرة التصدي أمام محكمتي الاستئناف والنقض: رغم وحدة الهدف (٦) التي ترمي إليه الفكرة أمام المحكمتين، وهو الاقتصاد في الإجراءات

---

العليا السنة ١٢ ص ٢٤٤ طعن مدني عماني رقم ٢٠١٠/١٠١٦ نقض ٢٠١١/١٠/١٩ المجموعة السنة السابقة ص ٢١٨ طعن مدني عماني رقم ٢٠١٠/٦٧١ نقض ٢٠١١/١٠/٩ العدد السابق ص ١٠٩٢. (١) ولهذا فإنه أياً كان سبب الطعن بالنقض في المرة الثانية، ولو كان غير سبب الطعن في المرة الأولى، فإنه يجب على المحكمة أن تفصل في الموضوع نقض ٢٠٠٨/٥/١١ في الطعن ٩٩٦٦ لسنة ٦٥ ق. د. فتحي والي: الإشارة السابقة.

(٢) د. فتحي والي: المرجع السابق ص ٦٨٣ وما بعدها بند ٢٢٨ وما بعده؛ د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض ص ٣٤٥ وما بعدها بند ١٧ وما بعده؛ د. وجدي راغب: مبادئ ص ٨١٦؛ د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ٨٣ وما بعدها؛ محمد كمال عبد العزيز: المرجع السابق ص ١٦٤٦ وما بعدها والأحكام المشار له فيه نقض ١٩٧٢/٤/١٩ طعن ٤٠/١٤ ق م. نقض - م - ٢٣ - ٧٣٩. ونفس المعنى نقض ١٩٨٦/١٠/٣٠. (٣) وتطبيقاً لذلك قضي بأن "الطعن بطريق النقض لا تنتقل به الدعوى برمتها إلى محكمة النقض كما هو الشأن في الاستئناف إذا هو طريق غير عادي لم يجيزه قانون المرافعات في الأحكام النهائية إلا لأسباب أوردتها على سبيل الحصر..".

طعان رقماً ٥٢/٣١١ ق، ٥٦/٢٦٢٤ ق نقض ١٩٨٩/١١/٢٦، طعن ٥٠/٣٢٤ ق نقض ١٩٨٤/٢/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٥٤٠.

(٤) لأن ما تنتهي إليه محكمة النقض برأي في المسألة القانونية التي فصلت فيها، إنما يفرض أتباعه على جميع المحاكم عند إعادة الفصل في النزاع سواء أسندت مهمة إعادة الفصل في النزاع إلى محكمة الإحالة. أو تولت محكمة النقض نفسها تلك المهمة في أي من حالتي التصدي حتى ولو صدر بعد ذلك ما يخالف هذا الرأي من الهيئة العامة للمحكمة. انظر: طعن ٦٧/١٣١٤ ق نقض ١٩٩٩/٣/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٥٠ ص ٤٦١. طعن ٦٠/١٥٣٩ ق نقض ١٩٩١/٢/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ٦٠١ طعن ٥٢/٢٥٤٦ ق نقض ١٩٨٩/٦/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٠ ص ٦٧١.

(٥) نقض مدني في ١٩٨٦/٣/١٨ الأسبوعية القضائية السنة ٦٠ جدول القضاء ص ١٤٩. نقض مدني في ١٩٧٤/١١/١٧ جازيت دي باليه السنة ٩٥ رقم ٦ مكرر فصل ٢ - فهرس تحليلي - نقض ص ٧٣ رقم ٤٧. د. أحمد هندي: آثار أحكام محكمة النقض ص ٢٢٨ حاشية رقم ٤.

(٦) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٤٠٨ بند ٢١٦.

وسرعة البت في الموضوع. كما أن الفكرة أمام المحكمتين تعد استثناء من الأصل، الذي يعد الأثر الناقل للاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية. وأمام محكمة النقض إحالة القضية (١) إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض. وما دون الهدف من الفكرة، وكونها استثناء تعد جد مختلفة الفكرة أمام المحكمتين لدرجة أنها - وكما سنرى - تعد نظام وأداة فنية أمام محكمة الاستئناف، ومجرد تسمية أمام محكمة النقض. ويظهر الاختلاف وبصورة واضحة من جملة أوجه من حيث المفترض والمحل التي ترد عليه، وسلطة المحكمة عند تصديها لموضوع النزاع.

فمفترض التصدي أمام محكمة النقض كون الحكم المنقوض قد فصل في الموضوع واستنفدت المحكمة التي أصدرته به ولايتها، فإذا كان الحكم اقتصر علي الفصل في إجراء شكلي تخلف المفترض، ولا يمكن للمحكمة التصدي . في حين أن المفترض أمام محكمة الاستئناف، كون الطعن يتعلق بحكم فرعي إجرائي منهي لخصومة أول درجة دون أن تكون استنفدت ولايتها في الموضوع، تعلق هذا الطعن بالاستئناف أم بالاعتراض.

أما المحل الذي يرد عليه التصدي أمام محكمة الاستئناف هو الخصومة المرددة بين الطرفين، والتي لم تستنفد محكمة الموضوع به ولايتها. وأمام محكمة النقض هو مخاصمة الحكم النهائي الذي صدر في هذه الخصومة. فما طرح أمامها ليس بموضوع. كما أنها لا تفصل في موضوع لم يسبق حسمه.

وفيما يتعلق بسلطة المحكمة، فضلا عن كون التصدي يعد رخصة لمحكمة الاستئناف ، فهو ذات طابع إلزامي (٢) لمحكمة النقض، وعند تصديها للموضوع يكون لها نفس سلطات محكمة أول درجة سواء من حيث الواقع أو القانون (٣).

وترتيباً علي ذلك، فإن ما تقوم به محكمة النقض عند نظرها للموضوع لا يعد في صحيح النظر تصدياً، ولا علاقة له بفكرة التصدي إلا مجرد التسمية فقط. وتسمية

---

(١) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص ٦٤ وما يليها بند ٤٣ وما يليه؛ د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٤١٩ وما بعدها بند ٢٢٤ وما بعده.

(٢) طعن ٤٦/١١٦٤ ق. نقض ١٩٨٠/٥/١٨ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٠٤٩.

(٣) طعن ٥٧/٢٠٣٩ ق. نقض ١٩٨٩/٤/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٠ ص ٢١٥.

المذكرة الإيضاحية له بالتصدي غير سليم(١). لأن التصدي كنظام له أدواته الفنية وأهدافه خلق ونظم ليعمل به في النظام القانوني الخاص(٢) بالطعن بالاستئناف، لا يوجد ولا مجال له أمام محكمة النقض، كما لا يستقيم العمل به أمام هذه المحكمة، لأن ما تقوم به هو إعمال المبدأ القانوني الصحيح علي ذات وقائع النزاع التي استخلصها الحكم المطعون فيه مستغني عن دور محكمة الإحالة، وتعمل هي وجهة النظر القانونية التي ارتأت أنها هي الصواب.

## المبحث الثاني

### حالات التصدي وشروط تطبيقها

٢٨- تمهيد:

متي كان الحكم المطعون فيه حكماً موضوعياً وألغته محكمة الاستئناف فإنه يفتح الطريق أمام اعمال الأثر الناقل للاستئناف . أما لو كان حكماً فرعياً ولم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها في الموضوع، وألغت أو ابطلت محكمة الاستئناف هذا الحكم، فإنه يفتح الطريق أمام إعمال الأثر الساحب للموضوع - التصدي - لتتظر هذه المحكمة جميع المسائل التي لم تفصل فيها محكمة أول درجة، طالما مرت عليها هذه المسائل، وكان الحكم الفرعي المطعون فيه منهيماً للخصومة أمامها.

ومحكمة الاستئناف تمارس حقها في التصدي تطبيقاً للمادتين ٥٦٨، ٨٩ مرفعات فرنسي متي توافرت حالة من حالاته ، ممثله هذه الحالات في كُون الحكم المطعون فيه بالاستئناف صادراً باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق، أو في دفع إجرائي منهي للخصومة أمام أول درجة، أو لكون هذا الحكم مطعوناً عليه بالاعتراض، وتكون محكمة الاستئناف هي المختصة للمحكمة التي تراها المختصة لنظر النزاع. وفي كل

---

(١) ومرجع ذلك هو سوء استخدام المصطلح في غير ما وضع له، والذي هو يعد في النهاية أزمة مصطلح يعاني منه قانون المرافعات. في أزمة المصطلح في قانون المرافعات. أنظر: د. طلعت دويدار: النظرية العامة للتنفيذ القضائي ٢٠١٧، دار الجامعة الجديدة ص ١٤ وما بعدها.

(٢) فإذا ما نقل من هذا النظام ودمج في نظام آخر تختلف أدواته وأهدافه، فحتماً يعمل بطريقة رديئة، ولا يحقق في عمله الهدف الذي كان في ذهن مبتكره، لأنه وضع بطريقة تحكمية داخل نظام لم يخلق له أصلاً للمساهمة في تحقيق أهدافه- وهو ما حدث في النقض - نظراً لتأثير هدف النظام ذاته علي أدواته الفنية وتحقيقها لأهداف هذا النظام. انظر: د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٤٠٩ بند ٢١٦ والمرجع المشار لديه.

ذلك يشترط لتطبيق هذه الحالات أن تلغي أو تبطل محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيه، وأن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع برمته . حالات ثلاثة وشرطين يلزم توافرها لتطبيق هذه الحالات، وهما ما نتعرض إليهما تباعاً في مطلبين: الأول حالات التصدي، والثاني شرطي تطبيق حالات التصدي.

## المطلب الأول

### حالات التصدي

٢٩- الحالة الأولى: كَوْن الحكم المطعون فيه بالاستئناف صادراً باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق(١) : وإذا كان هذا الحكم وبحسب الأصل يندرج ضمن طائفة الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع. والتي منعت التشريعات الحديثة(٢)

(١) وهو ذلك الحكم المتعلق بتهيئة الدعوى وإعدادها للحكم فيها، والذي يرمي إلى التحقيق من الوقائع القانونية موضوع الإدعاءات المتبادلة بين الخصوم والتبثيت منها. ويندرج هذا الحكم ضمن طائفة الأحكام التي تأمر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو تتعلق بإجراءات الإثبات كالحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق أو الانتقال إلى المعايمة أو استجواب أحد الخصوم أو سماع شاهد... الخ. وتصدر هذه الأحكام أما بناء على طلب الخصوم أو أحدهم، وإما من تلقاء نفس المحكمة. هذه الطائفة من الأحكام جرى الفقه التقليدي والقضاء القديم على تقسيمها إلى أحكام تمهيدية وأحكام تحضيرية. وراح الفقه يميز بين ما يعد تمهيدياً وما يعد تحضيرياً، نظراً لأن القانون المقارن القديم كان يغير في القواعد التي تحكم هذين النوعين من الأحكام وأهمها أنه كان يجيز الطعن المباشر في الحكم التمهيدي دون التحضيري، وأن الأول يستنفذ ولاية القضاء دون الثاني. هذه المغايرة نتج عنها سلبيات لم يستقيم معها العمل، فجاء تطبيقها مضطرباً بعيداً عن الانتظام وتخلف عنها العديد من المشاكل التي لم تفلح الجهود المبذولة سواء على الصعيد الفقهي والقضائي في تذليلها والتغلب عليها، فكان لازم من تدخل تشريعي يعالج مواطن الخلل والقصور. فأخذ بزمام المبادرة المشرع الفرنسي وأصدر قانون في ١٩٤٢/٥/٢٣ وتبعه وبدون تردد المشرع المصري بمقتضى القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٩، وذلك بإلغاء التفرقة التقليدية بين الحكم التمهيدي والتحضيري، والعمل على دمج هذه الأحكام في تنظيم واحد أطلق عليه بالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع. وبهذا التنظيم خضعت كافة الأحكام المتعلقة بالتحقيق والإثبات لقواعد موحدة سواء فيما يتعلق بتنظيم الطعن، أو فيما يتعلق بالفاعلية الداخلية والخارجية للأحكام. في تفصيل ذلك. انظر: المؤلف: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ٢٠١٦، دار الجامعة الجديدة ص ١٢٤-١٣٥ بند ٥٤-٥٨. والمراجع والأحكام المشار لديه.

(٢) حيث أدخل المشرع الفرنسي تعديلاً على المادة ٥٢٨ مرافعات قديم بمقتضى المرسوم المؤرخ في ١٩٥٨/١٢/٢٢ والذي بمقتضاه ضيق من قابلية الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع للطعن المباشر. فالأحكام الصادرة بالتحقيق أو التي تصدر برفض الطلب المقدم لهذا الغرض لا يجوز استئنافها إلا مع استئناف الحكم الصادر في الموضوع، ثم تحول هذا الاستثناء إلى قاعدة عامة بمقتضى المرسوم المؤرخ في ١٩٧١/٩/١٩ وفقاً للمادة ٤٣ مرافعات، ثم أكد المشرع على هذه القاعدة وعممها على كافة الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع والتي يندرج فيها الأحكام المتعلقة بالتحقيق والإثبات لا تقبل الطعن المباشر استقلاً عن الحكم في الموضوع وفقاً للمواد ١٥٠، ١٧٠، ٥٤٥، ٦٠٦، ٦٠٨ مرافعات. في تفصيل ذلك انظر: Bosquist (y) Jugementes avant dire droit. Jur. Class. Pr. Civ 1989. Fasc, 532. VINCENT et GUINCHARD: op. cit. p. 794 No 1342 et p. 795. No 1350. Cass. Civ. 10 Juill 1958. J.C.P. 1958. IV. 49.

الطعن فيها فور صدورها، وإنما يطعن فيها مع الحكم المنهي للخصومة كلها، ذلك لعدم تقطيع أوصال القضية(١)، وجاء قضاء النقض مؤكداً على ذلك(٢). إلا أن عمومية هذه القاعدة وفي خصوص الأحكام الصادرة باتخاذ إجراءات التحقيق أو الإثبات كثيراً ما تصطدم بظاهرة الأحكام المركبة أو المختلطة(٣) ومفترضها(٤) أن يصدر حكم التحقيق أو الإثبات مدموجاً في حكم آخر يتناول شق من موضوع الدعوى أو مسألة أخرى من المسائل المثارة في الخصومة.

وبصدد هذا الفرض ، خرج المشرع الفرنسي على القاعدة العامة التي تحظر الطعن المباشر في الأحكام التي لا تنهي بها الخصومة، وفي ظل غياب إجماع القضاء على رأي موحد(٥) بشأن الطعن في الأحكام المختلطة، أجاز - المشرع - الاستئناف

---

وقانون المرافعات المصري الملغي كان يحظر الطعن المباشر في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع. وجاء مؤكداً على ذلك قانون المرافعات الحالي وفقاً للمادة ٢١٢ بعدم الطعن على استقلال في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة وقيل الحكم الختامي المنهي لها. وذلك فيما عدا الحالات الاستثنائية والتي ليس من بينها الأحكام المتعلقة بالتحقيق والإثبات. انظر: د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات ٢٠١٢، دار الفكر العربي ص ٥٢٨ وما بعدها بند ٣٥٢. د. محمود مصطفى يونس: نظرية الطعن المباشر في الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية ٢٠٠١. دار النهضة العربية ص ١٨٨ وما بعدها بند ٩٩.

(١) في علة حظر الطعن ومداهما . انظر : د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٤٦١ وما بعدها بند ١٦٠. د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات ص ١٠٣٧ بند ٥٩٥. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٨٩ وما بعدها حاشية ١، ٢. القواعد الاجرائية للإثبات ص ١٢٩ وما بعدها بند ٥٥. د. محمود مصطفى يونس : المرجع السابق ص ١١٤ وما بعدها بند ٦١ وما بعده. محمد كمال عبد العزيز : ص ١٢٨٠ مادة ٢١٢.

(٢) طعن ٦٢٢/٥١٨٨ ق نقض ١٩٩٩/٣/١٤. طعن ٦٤٤/٤٨٠٠ ق "أحوال شخصية" نقض ١٩٩٨/١/١١ مجموعة الأحكام السنة ٤٩ ص ٨٨. طعن ٦١/٢١٠٦ ق نقض ١٩٩٦/٣/١٧. طعن ٦٠/٢٣٢ ق نقض ١٩٩٤/٥/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٩٣٤. طعن ٦٠/١٦٨٢ ق نقض ١٩٩٤/٥/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٨٢٩. طعن ٥٣/٥٦٠ ق نقض ١٩٩٢/١٢/٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ١٢٧٦.

Cass. Civ. 16 déc. 1992. Bull. Civ.III. No 393. Soc. 11 Juin 1987. D. 1987 358 Note. juilln Soc. 29. avil. 1981. Bull. Civ. 5. No350. D.S. 1982. 66. civ. 10 juill. 1958. j.c.p. 1958. iv. 49.

judgements mixtes : انظر: DURRY: "les jugement Mixtes R.T.D. civ 1960. NORMOND: jugements Mixtes autorite de la choise jugée. R.T.D. civ. 1978 jurisprudence française. P.187. PERROT (R.) jugement Mixte la notion de jugement Mixte susceptibled' un apell immediat. R.T.D. Civ. 1977. p.190.

(٤) المؤلف : القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ص ١٣٤ وما بعدها بند ٥٨.  
(٥) في عدم إجماع القضاء الفرنسي على رأي موحد بشأن قابلية أو عدم قابلية الأحكام المختلطة للطعن المباشر . انظر : د. أحمد هندي : أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ١٤٥ وما بعدها بند ١٥ والأحكام المشار له :

المباشر في هذه الأحكام رغم أنها لا تنهي الخصومة تطبيقاً للمادة ٥٤٤ مرافعات (١) ووفقاً لمفهوم الموافقة للمادة ٥٦٨ مرافعات. ولهذه الأحكام أنصار في الفقه (٢) والقضاء (٣) المصري وتطبيقاً لذلك يطعن في الشقين معاً . فلا يصح استقلالاً الطعن في الشق الصادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق ، أو في الشق الصادر في جزء من الموضوع. ومتى اختار الخصم طريق الطعن المباشر بالاستئناف ، وجب عليه رفع الطعن خلال شهر من تاريخ إعلانه وإلا سقط الحق فيه (٤).

---

frederic FERRAND: appel 1999. préc. P.14 No 52.

(١)art. 544 "les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal un mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme le jugements qui tranchent tout le principal" .

انظر :

- Frédéric. FERRAND : appel préc. P.14 No51; TONY - MOUSSA : Bulletin d'information No620 du. 01/06/2005.

<https://www.courdecassation.fr/2005-1877/N-620-1936>.

في تطبيق ذلك انظر :

Cass. Civ. II. Janv.1995. D.1995. IR.41. Bull. Civ. II. No3. civ.21 juill 1993. j.c.p. 1993. iv.2412. soc. 11 déc. 1990. j.c.p. 1991. iv. 51. civ. 16 Nov. 1983.

Bull. Civ.1983. 11. No178. pourvoi No82-14. 653.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص٥٣٨ وما بعدها بند ٣٦٢. د. فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٧٦ وما بعدها بند ١٦١. د. أحمد هندي: الإشارة السابقة. د. الأنصاري النيداني: مبدأ وحدة الخصومة ص٣٠٩ وما بعدها بند ٢٠٤ وما بعده. د. أحمد ماهر زغلول : أعمال القاضي ص١٣٠ وما بعدها بند ٦٩ . المؤلف :

القواعد الإجرائية للإثبات: الإشارة السابقة . د. محمود مصطفى يونس: المرجع السابق، ص١٢٢ وما بعدها بند ٦٨. محمد كمال عبد العزيز : ص١٢٩٤ مادة ٢١٢.

(٣) الطعون ٥٥/١٧٢٤ق، ٥٥٧/٢٢٧٧ق، ٥٥/١٧٢٥ق، ٥٨/٥٧٧ق نقض ١٩٩١/٥١٣٠ طعن ٥٢/٢٤٨٨ق نقض ١٩٨٨/١٢/٢٢ نقض ١٩٨٢/٥/٦ مجموعة الأحكام السنة ٣٣ ص٤٩٣.

(٤) فليس للخصم بعد انقضاء ذلك الميعاد أن يطعن على الحكم بعد صدور الحكم المنهي للخصومة في ميعاد الطعن المتعلق بهذا الحكم. إذ الحكم الصادر قبل الحكم المنهي للخصومة يحوز قوة الأمر المقضي بإنقضاء ميعاد الطعن فيه ويمنع على المحكمة معاودة النظر فيها، لأن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام.

د. فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٧٨ وما بعدها والأحكام المشار له . نقض مدني ١٢ مارس ١٩٧٠ Vincent مجموعة النقض ٢١-٤٢٥-٦٩. نقض تجاري ٢٧/٢/٢٠١٢ في الطعن رقم ٣٠٨٣ لسنة ٨١ق.

et Guinchard: op. cit. P.813ets. No1383. coss. Civ. 21 juin. 1978. D. 1978. 1-R-497 abs. Julien.

وإذا حدث وأخطأت محكمة الاستئناف وقبلت الطعن فيما صدر من محكمة أول درجة من أحكام غير منهيّة للخصوم ولا يندرج ضمن حالات الاستثناء الواردة بالمادة ٢١٢ مرافعات ، فإن حكم محكمة الاستئناف يكون مخالفاً للقانون. فإذا طعن فيه بالنقض قضت الأخيرة بعدم قبوله " إذ لا ينهض خطأ محكمة الاستئناف مبرر لتجاربها محكمة النقض في هذا الخطأ" د. فتحي والي : الإشارة السابقة والأحكام المشار له لديه نقض مدني ٤ مايو ١٩٨١ في الطعن رقم ٤٨/١٤٥٥ق نقض ٣١ مارس ١٩٨٠ في الطعن رقم ٤٥/٨٤ق. المؤلف: الدفع

وكان لغياب وحدة أحكام القضاء بشأن الطعن المباشر في الأحكام المختلطة أثره الذي امتد إلى تطبيقاتها ، ومنها تصدي محكمة الاستئناف للموضوع إذا ألغت أو أبطلت هذه الأحكام، فذهبت بعض الأحكام إلى عدم جواز ذلك (١). في حين انتهت بعض الأحكام حديثاً إلى جوازه (٢) وسمحت لمحكمة الاستئناف استخدام سلطتها في التصدي عند النظر في الطعن عن حكم قضي بإجراء تحقيق ، يكون الغرض منه تنوير عقيدة المحكمة وتقديم الرأي الفني المطلوب (٣) ولذا اقتصر بحق محكمة الاستئناف في التصدي على حالة كون الحكم المطعون فيه صادراً بنذب خبير تطبيقاً للمادة ٢٧٢ مرافعات (٤).

٣٠- كون الحكم المطعون فيه صادراً بنذب خبير : حيث أجاز المشرع الطعن في هذا الحكم استثناءً ووفقاً لضوابط معينة. فلا يسري هذا الاستثناء على الحكم الصادر بتحديد أو تعديل مهمة الخبير (٥) ولا باستبداله (٦) ولا في الحكم الصادر برفض

---

بإحالة الدعوى ص ١٩٣ وما بعدها والحكم المشار لديه . استئناف إسكندرية دائرة ١٩ مدني في ١١/٨/١٩٩٣ استئناف رقم ٤٧/١٢٨٠ ق.

(١) cass. Civ. 12 mars. 1980 Gaz pal 1980. 2. 455. note Votte 12 moi 1980 Gaz pal 1981-2. pan 417. 27 aout 1981. j.c.p. 1981. iv. 245 Gaz pal 1981. 2. 703. note votte . Lyon. 10 déc 1996. Gaz pal 1998. I. somm 76 note. H. Vray.

: قارن : cass. Civ. 4 avr 1978 Bull. Civ. III. No144. D. 1978. IR. 365 abs. p. julien. Dison. 12 juill 1979 Gaz pal 1979 2. 654 Note viatte. 15 Nov. 1979. Gaz pal 1980-1. 137 note. j.v.

(٢) cass. Com. 26 avril 2017 pourvoins. 14- 13554 juricaf 26-5-2017. cass. Civ. 28 juin 2006 N5-19. 156 Bull. Civ. II. No171 . D. 2006. IR. 2051. j.c.p. 2006. iv. 2017. com. 15 juin 1982 iv. 303. civ. 16. Nov. 1983. Bull. Civ. II. No178. D.1984. IR.86.

(٣) Soraya Amrani MEKKI: l'appel en matiere civile en marche vers un nouvel équilibre procédural. La semaine juridique. Pr. 5 juin 2017. p.1114. No18.

(٤) art. 272: "la décision ordonnant l'exertise peut être fropée d'appel independamment du jugement sur le fond".

(٥) Paris 20 juin 1990 Bull. Ch. Avoites 1990. 3. 93. Paris 18 moi 1979. Bull. Ch. Avoués 1979. 3. 38. Paris . 18 janv. 1990. Bull. Ch. Avoués-1-21 . مشار لهذه الأحكام لدي د. سحر عبد الستار: المرجع السابق، ص ٥١٢.



ندبه (١) وإنما لهذا الطعن أثر قاصر على الحكم بنذب الخبير. وذلك للحد من إسراف القضاء في اللجوء إلى ندب خبير دون أن تكون الواقعة الفنية تتطلب هذا الإجراء المعقد، ولتفادي كثرة النفقات والبطء في الإجراءات (٢).

ويحصل الطعن المباشر بالاستئناف في الحكم الصادر بنذب خبير بموجب طلب من الخصم المستأنف، وبترخيص من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف متى وجدت مبررات قوية، كأن يتعلق الأمر بأعمال خبرة جديّة وحقيقية. وتخضع هذه المبررات لتقدير الرئيس الأول للمحكمة (٣). وأمامه يكلف الخصم طالب الاستئناف خصمه بالحضور في ميعاد غايته شهر من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه، وإلا قضي بعدم قبول الطعن لفوات الميعاد (٤). أو لكونه مبني على أسباب أو مبررات غير جديّة (٥).

وينظر الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الطلب على وجه الاستعجال، فإذا تبين له أن هناك أسباب تبرر الطعن حدد موعد آخر لنظر الاستئناف أمام المحكمة (٦). فإذا قضت في الحكم المطعون فيه ورأت أنه من مصلحة العدالة إعطاء القضية حلاً

---

(١) cass. Civ. 23. oct. 1991. Bull. Civ. No267. j.c.p. 1991-iv.447.

(٢) د. سحر عبد الستار، المرجع السابق، ٥٣٢، ٥١٥ بند ٢٩١. د. طلعت دويدار: تأجيل الدعوى :

ص ٢١٢ وما بعدها. Soraya Amroni MERRI: Lic. Cit.

(٣) fredérique FERRAND: évocation : 2017 préc No1001et No1004 et appel 1993. préc. No669. Cédric. Tahri: Limites a la faculte d'évocation de la cour d'appel. Dalloz actualité. Editions. Dalloz 2017. cass civ.27 sep.

2012.11.11762- note M. Taillefer. Cass. Soc. 17 fer 1993. D. 1993. IR. 65.

Rennes. 23. fer. 1979. Gaz pal 1979. obs. Rusquec. Paris 27 Nov. 1985.

Bull. Ch. Avoues 1986- 272.

(٤) cass. Civ. 21 juin 1978. D. 1978. I.R. 497 obs. Julien Soc. 14 moi 1987.

j.c.p. 1987. IV.239. R.T.D. civ. 1987 p.600. obs. Perrot.

(٥) كما لو تعلقّت الخبرة بالبحث في مسائل قانونية، وهو ما لا يجوز، لأنه يعد بمثابة تفويض من القاضي

بالسلطة القضائية وتخلي عن وظيفته. فلا يجوز ندب الخبير لمسألة قانونية، حيث أن نطاق الخبرة محصور

في تقدير الواقع وليس تنوير القاضي في المسائل القانونية انظر : د. سحر عبد الستار: المرجع السابق،

ص ٥١٣ والأحكام المشار إليها.

Grenoble 4 mars. 1975. Gaz pal 1975. 2-776. note. BARABIER. Paris. 20

déc. 1989. Bull. Ch. Avoues 1990 - 1- 20.

(٦) Art: 272 al3. "s'il fait droit a demande le premier président fixe le jour aù l'affaire sera exominée Par. La Cour".

نهائياً<sup>(١)</sup> أمكنها إعمال سلطتها في التصدي اعمالاً للأثر الساحب للموضوع ووفقاً للمادة ٥٦٨ مرافعات<sup>(٢)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضي<sup>(٣)</sup> بتصدي محكمة الاستئناف في موضوع بدل تعويض لم تنظره محكمة أول درجة ، لأنه وجد أن أمر التحقيق الذي أمر به الأخير كان الغرض منه هو تزويده بالوقائع التي تمكنه من تحديد قيمة حق الطاعة في التعويض ، كما أنه أنهى إجراءات الخصومة أمامها.

٣١- الحالة الثانية : كون الحكم المطعون فيه بالاستئناف صادراً في دفع إجرائي منهي لخصومة أول درجة دون أن تستنفد ولايتها في الموضوع : إعمال الأثر الساحب للموضوع - التصدي - يوجب أن تكون السلطة المعترف بها لمحكمة الاستئناف ، هي سلطة الفصل في موضوع سبق طرحه على محكمة أول درجة ولم تستنفد الأخيرة ولايتها بشأنه<sup>(٤)</sup>. ومؤدي ذلك بأن يكون الطعن المطروح أمام محكمة الدرجة الثانية بصدد حكم إجرائي منهي للخصومة أمام أول درجة<sup>(٥)</sup>

(١) Cass. Civ. I. mars. 1983. Gaz pal 1983. p.171. obs Guinchard. Paris. 30 act. 1984. Bull. avovés 1984. 123. N 92.

بخلاف لو قضت محكمة الاستئناف برفض الطعن أصبح التصدي غير ممكن انظر : 23 civ. act. 1991. Bull. Civ. II. No267.

(٢) Cédric. Tahri: limites à la faculté d'évocation de la cour d'appel Dalloz actualité éditions. Dalloz 2017 (https://www.dalloz-actualite.fr). CARATINL : L'article 568 du code de procédure civile une modalité essentielle de l'indemnisation rapide des frais victimes d'accidents de la circulation cas pal 1984. I. Doctr. 130.

(٣) Coss. Civ. 27 Sept 2012. F.P. BN11-11-762. civ. 28 act. 2009 Bull. Civ. I. No212 Gaz pal. 27-23-janv 2010. p.31. obs. Lécuyer. Cass. Civ. 28. juin. 2006 Bull. Civ. II. No171. R.T.D. civ. 2006. 828. obs. R. Perrot Dijon 12 juill 1979 Gaz pal 1979-2. 654 note viatte.

Aussi. Dijon 15 Nov 1979 Gaz pal 1980-1. 137 Note j.V.

coss. Civ. 27 aût. 1981. j.c.p. 1981. iv. 245.

قارن :

(٤) د. أحمد خليل: التقاضي على درجة واحدة وعلى ثلاث درجات المقال ص٦٨. أصول المحاكمات المدنية ص٥٤ بند ١٦٦ د. نبيل عمر: قانون أصول المحاكمات ص٦٠٣ بند ٢٧٧.

(٥) وعرفه القانون اللبناني وفقاً للمادة ٥٥٣ أ. م. ك بأن "الحكم النهائي هو الذي يفصل في أصل النزاع... أو الذي يفصل في جهة من جهاته أو في دفع أو دفاع متعلق به ويكون نهائياً لما فصل فيه".

فالخصومة تنتهي أما بصدور حكم في الموضوع، وهو يفترض بحث الموضوع. وأما بصدور حكم بعدم قانونيتها أو بسقوطها، وهو ما يعني أن سبب الإنهاء إجرائي. وأما بصدور حكم بعدم قبول الدعوى

ودون البحث في الموضوع ، وبافتراض قانونية الإجراءات. في تفصيل ذلك: انظر: د. فتحي والي: المبسوط ج٢ ص٤٦٢ وما بعدها بند ١٦٠. د. أحمد خليل : الإشارات السابقة. د. نبيل عمر : الإشارة السابقة. د. أحمد

السيد صاوي: الوسيط ص٨٩٥ وما بعدها بند ٥٠٩ وما بعده. د. الأنصاري النيداني: مبدأ وحدة الخصومة

ص٣٠٢ بند ٢٠١ . كمال الدين أحمد عاطف: رسالة ص٣١٦ وما بعدها .

وطعن فيه مباشرة لانتهاية الإجراءات التي صدر فيها، والتي استهلكها هذا الحكم بصوره، وعمل على حسمها بشكل نهائي(١).

فالفرض كون الحكم المطعون فيه صادراً في دفع اجرائي، ومنهي للخصومة أمام أول درجة، ودون أن تكون قد فصلت في الموضوع، وليس لكونه مجرد حكم من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع(٢) وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي تطبيقاً للمادة ٥٦٨ مرافعات(٣). فما يفترضه هذا النص هو كون الحكم صادر في دفع من الدفع الاجرائية. ولما كانت هذه الدفع لا تقع تحت حصر تطبيقاً للمادة ٧٣ مرافعات(٤). وحيث أن حق محكمة الاستئناف في التصدي يعد استثناء(٥). فحدد المشرع نطاق أعماله على الحالات التي يكون الحكم المطعون فيه صادراً في دفع اجرائي منهي للخصومة(٦) كما لو كان صادراً ببطان صحيفة

---

وفي تطبيق ذلك انظر : طعن ٦٨/٣٨٩ ق "أحوال شخصية" نقض ٢٠٠١/١/١٥. طعن ٦٦/٤٣٤ ق نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ١٦٧. طعن ٦٥/٨٥٢٩ ق نقض ١٩٩٦/٢/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ١٦١٦. طعن ٦١/٦١٣ ق نقض ١٩٩٦/١/١١ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٣٤. طعن ٦٣/١٨٣٤ ق نقض ١٩٩٥/١/٢٦. طعن ٥٦/٢٤٠٢ ق نقض ١٩٩٢/٢/٢٠ نقض ١٩٧٦/٦/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ١٤٣٦.  
(١) المؤلف : الدفع بإحالة الدعوى ص ١٩١ وما بعدها بند ١٧٦.  
(٢) انظر فيما سبق بند ٢٢.

"(٣) au qui, statuant sur une exception de procedure a mis fin a L'instance".  
وهو ما اعتمده المشرع اللبناني وفقاً للمادة ١/٦٦٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية حيث تقترض أن الذي استؤنف هو "حكم نهائي يقضي برد الدعوى لسبب لا يتعلق بالموضوع...".  
(٤) Aat: 73. "Constitue une exception de procédure tout mayen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière au éleinte, soit a en sus pendre le cours".

ووفقاً لهذا النص يعتبر دفعاً اجرائياً ، كل دفع يرمي إلى الحصول على تقرير قضائي بعدم انتظام الإجراءات أو بانقضائها أو حتى مجرد وقف سيرها . وهو ذات النهج الذي انتهجه من قبله المشرع المصري وفقاً للمادة ١٠٨ مرافعات .

وفي تطبيق ذلك: طعن ٨١/٣٥٧٩ ق نقض ٢٠١٣/٢/١٦. طعن ٧٠/٣٩١ ق نقض ٢٠٠٢/٢/١١ مجلة المحاماة ٢٠٠٣ العدد الثاني ص ٩٧. طعن ٥٧/٢٣ ق أحوال شخصية . نقض ١٩٨٨/٦/٢٨ الموسوعة الذهبية ، الإصدار المدني ملحق ٦ ص ٤٥٤.

Cam. 16 juill. 1985. Bull. Civ. Iv. No214. R.T.D. civ. 1986. 192. obs. Critique perrot. Soc. 19 juin 1980 Bull. Civ. V. No544.

(٥) HEBRAUD: effet dévolutif et évocation, in "la voie d'appel colloque national judiciaire préc p.144.

(٦) ومع اعتماد المشرع تحديد نطاق أعمال التصدي على الحالات التي يكون الحكم المطعون فيها صادراً في دفع اجرائي منهي للخصومة ، إلا أن ذلك يعد توسع في ممارسة محكمة الاستئناف للتصدي عما كان عليه العمل في ظل قانون المرافعات القديم تطبيقاً للمادة ٤٧٣ والذي اعتمد المشرع هذا التوسع اعتباراً من مرسوم

الدعوى، أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى للارتباط ، أو لقيام ذات النزاع. أو في دفع تأجيلي أو بعدم الاختصاص أو بانقضاء الخصومة. ففي كل ذلك يعد الحكم صادر في دفع اجرائي ومنهي للخصومة أمام محكمة أول درجة، مما يتوافر بمقتضاه حالة من حالات التصدي(١).

فالحق في التصدي التي تمارسه محكمة الاستئناف تطبيقاً للمادة ٥٦٨ مرافعات فرنسي ، يستلزم في الحكم الفرعي المطعون فيه ، كونه حكم مركب من شقين، بأن يكون صادر في دفع اجرائي، ومنهي للخصومة أمام أول درجة . فلا يغني شق عن الآخر. فلا يكفي أن يكون الحكم صادر في دفع اجرائي ولكنه غير منهي للخصومة، كالحكم الصادر برفض الدفع بالتأجيل(٢) وطعن فيه بالاستئناف لكونه صادر مع شق في الموضوع كحكم مختلط، وآغت محكمة الاستئناف الشق القاضي برفض تأجيل الدعوى. فلا يخول لهذه المحكمة أن تستعمل سلطتها في التصدي(٣). لأن رفض

---

٢٨ أغسطس ١٩٧٢ بمقتضى المادة ١١٠ انظر : MIGUET: Thé. P.563 ets No469  
Frderique FERRAND: évocation préc. No1006ets et appel. D. 1993 préc.  
No672. Frederic. FERRAND: appel D. 1999 préc No704.  
frderique FERRAND: évocation préc No1006 et apple 1993, préc (١)  
No673ets. Vincent et Guinchard: op. cit. P.844ets No1445.  
Mourice LAISEL: emploi optimal de la notion d'évocation. Préc No22et 35.  
Vincent et Rusquec. Les effets de l'appel quant a l'objet ou litige. Préc.  
P.404. Vincent. Les effets de l'appel l'auverture quant a l'abjet du litige préc.  
P.405.  
CARATINI: l'article 568. une modalite essentielle denisation préc. P.130.  
Anne - lis lonné clément : les exceptions de procedure dans le cadre du  
divorce: les exceptions dilatoines et de nullite. Lic. cit.

وفي تطبيق ذلك انظر :

Coss. Civ. 24 janv. 1979. Gaz pal 1979 pan. 198. Civ.25 act. 1978. j.c.p.  
1979. iv.2 Bull. No216. Dijon. 15 Nov. 1979 Gaz pal 1980. 137 note. J.v. civ  
24 janv 1979. Gaz pal 1979. 1. somm. 198. soc. 23. sept 2009. No 08-41.  
334.

(٢) فالتأجيل كما يثار بطلب قد يثار بدفع. وقد صنفه المشرع الفرنسي في تقنين المرافعات الحالي ضمن الدفوع الإجرائية في المواد ١٠٨-١١٠. في تفصيل ذلك انظر: د. طلعت دويدار : تأجيل الدعوى ص١٦ وما بعدها.

(٣)coss. Civ. 23 act. 1992 147. obs. Grozo et Morel. Paris 30 act. 1984. Bull.  
Avoues. 1984. p.123. ROPPR. Coss. Civ. 1 mars 1983 . Gaz pal 1983. Pon.  
171. obs. Guinchord.

مشار إليها لدي د. علي تركي: المرجع السابق، ص ٤٤.

تأجيل الدعوى لا يترتب عليه إنهاء الخصومة . كذلك إذا أنهى الحكم المطعون فيه الخصومة ، دون أن يكون صادر في دفع إجرائي كالحكم الوقتي، فلا يكون محلاً لاستعمال محكمة الاستئناف سلطتها في التصدي(١).

٣٢- مدى جواز تطبيق فكرة التصدي في حالتي الحكم بعدم القبول ووقف الخصومة : نطاق التصدي على النحو السابق هو ما اعتمده المشرع الفرنسي وفقاً لصراحة المادة ٥٦٨ مرافعات بأن يكون الحكم المطعون فيه صادراً باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو في دفع إجرائي منهي للخصومة أمام أول درجة دون أن تستنفد ولايتها في الموضوع. وحق محكمة الاستئناف بالتصدي لهذا الموضوع يعد استثناءً من الأصل . وعند الأصوليين(٢) يجوز قياس الفرع على الفرع متى اتحدت العلة . وحيث أن نطاق التصدي وتطبيقه يتواجد في حالات غير التي اعتمدها المشرع، كما لو كان الحكم الصادر في الدفع ليس متعلقاً بالإجراءات ، وإنما يتعلق بشرط من الشروط المتعلقة بقبول الدعوى - عدم القبول - أو لكونه يتعلق بالإطار الخارجي للخصومة ، كما في حالة وقف الخصومة. والحكم في الحالتين ينهي الخصومة أمام أول درجة دون أن تستنفد ولايتها في الموضوع، كما أنه يقبل الطعن الفوري بالاستئناف . فهل يمكن لمحكمة الدرجة الثانية إذ ألغت هذا الحكم أن تتصدى للموضوع متى قدرت أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع . مسألتين نتعرض إليهما تباعاً الحكم بعدم القبول، والحكم بوقف الخصومة.

أولاً : الحكم بعدم القبول :

٣٣- أ - مسألة عدم القبول والحكم فيها : الدعوى كظاهرة إجرائية ينظمها القانون الإجرائي لا يمكن بحثها وتحديد دورها ومضمونها بعيداً عن هذا القانون(٣) وطبقاً

(١) Cass. Civ. 17 dec. 2009. No 09-11-847 D. 2010. 157.

(٢) وعند الأصوليين يجوز قياس الفرع على الفرع متى توافرت شروط العلة كالإسكار فهو وصف يصلح للتعدي إلى أصناف كثيرة فيصلح علة. في تفصيل ذلك انظر : الامام/ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه، دار الفكر العربي ٢٠١٥، ص ٢٢٥ وما بعدها. د. ممدوح واعر عبد الرحمن: الوسيط في المدخل لدراسة التشريع والفقه الإسلامي ٢٠١٥، دار الكتاب الجامعي، ص ١٨٧ وما بعدها.

(٣) والحقيقة إذا كانت الدعوى من وجهة نظر القانون الموضوعي، والحق الذي يقرره هذا القانون، عبارة عن وسيلة يستخدمها صاحب الحق أو الحائز لحماية حقه أو حيازته، فإن هذا ليس معناها في القانون الاجرائي، وحنماً لم تستقيم دراسة فكرة الدعوى، لأن معالجة هذه الفكرة في إطار غير إطارها الأصلي أن

لقواعده تمر الدعوى بمرحلتين أساسيتين (١) الأولى: وهي مرحلة القبول، وفيها يستلزم القانون توافر شروط لأمكان سماع الموضوع الذي تطرحه ونظره. ولقد عنيت نصوص القانون الإجرائي بتحديد الشروط الواجب توافرها لكي تجتاز الدعوى هذه المرحلة. فإذا تم ذلك انتقلت الدعوى إلى المرحلة الثانية، وهي مرحلة نظر موضوعها والحكم فيه سواء بالاستجابة إلى طلبات المدعي أو على العكس رفضها.

تكون محصلة هذه المعالجة نظاماً يتعثر في تطبيقه، تعجز مفترضاته عن أن تترجم مركزاً واقعياً ومنطقياً للدعوى يتفق مع قواعد القانون الاجرائي وتنظيماته المعتمدة. إذ أن الدعوى في إطار هذا القانون هي محل العمل القضائي رأى أنها محل بحث وتحقيق من القاضي يؤكد في نهايتها الحق أو ينفيه. وهذا يعني أن من يستخدم الدعوى قد يكون صاحب حق وقد لا يكون ولا يمكن التحقق من هذا إلا بعد مباشرة الدعوى وتحقيقها. أما قبل ذلك فإنها مجرد ادعاء قانوني أمام القضاء قد يكون على أساس أو على غير أساس، ومع ذلك يعترف بها القانون الاجرائي ويلزم القضاء بالفصل فيها.

في تفصيل ذلك انظر: د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي، ص ٤٥١ وما يليها. مبادئ ص ٩١ وما بعدها. دراسات في مركز الخصم، المقال ص ١١٢ بند ٢٨. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي ص ١٧٠-١٨٥ بند ٨٥-٩٥. د. فتحي والي: المبسوط ج ١ ص ١١٩ وما بعدها بند ٥٢ وما بعده. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٢٥٣-٢٨٩ بند ١٤١-١٦٢. الدفع بعدم القبول: ص ٣٦ وما بعدها بند ٢٣. د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص ج ١ ص ١٢٨ وما بعدها بند ٤٤. د. أحمد السيد صاوي: الوسيط، ص ٢١٥ وما بعدها بند ٨٥ وما بعده. المؤلف: شرح قانون الإجراءات المدنية: ص ٢٤٩ وما بعدها بند ١١٦.

ABD, EL-KHALK, OMAR: Thé. P.91ets No 189. NABIL- OMAR: La couse de la demande en justice Thé. Bordeaux 1977. p.230-238. solus et perrot: T.I. op. cit. p. 96. No 95 et p.195. No221. Vincent (j.): action Ency. D. pr. Civ. 1975 p.1. No1. Roubier (p.) le droit et l'action distinction entre l'action en contrfacon et l'action en con currence de layale R.T.D. civ. 1952. p.161.

ومع التفرقة بين الدعوى كحق ارادي، والحق الموضوعي الذي تحميه، إلا أن هذه التفرقة لا تنفي وجود الصلة بينهما. هذه الصلة وأن كان لا يشترط فيها أن تكون وثيقة لحظة الإعلان الإرادي الأولي الصادر من شخص استعمالاً لحقه في الدعوى، إلا أنها في مرحلة تالية تصل لدرجة الارتباط الوثيق بين الحقين. حيث تستند الدعوى إلى الحق لوجود هدف مشترك، هو ضمان مال معين لصاحب الحق، من إضافة تأكيد معين له حجبيته عند تنفيذه، يؤدي إلى انقضاء الحق الموضوعي.

انظر: د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي، ص ٦٠٩ وما بعدها. د. نبيل عمر: الإشارات السابقة. المؤلف: الإشارة السابقة. د. فتحي والي: المبسوط ج ١ ص ١٢٥ وما بعدها بند ٥٧. د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص ٢١٩ وما بعدها بند ٨١٩.

MIGUET: Thé. P.49. No39. Vincent et Guinchard: op. cit. p.67. No65.

قارن: د. عبد المنعم الشراوي: نظرية المصلحة في قانون المرافعات، رسالة القاهرة، طبعة ١٩٤٧ ص ٣٥ بند ٣٥ ص ٣٣٦ بند ٣٢٣. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، النظام القضائي في مصر، الطبعة الثانية، ١٩٢١، ج ١ ص ٣١٩ بند ٤٠٣، ٤٠٤.

(١) د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٤٥٨ وما بعدها. د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ص ٥٦ وما بعدها بند ٣٦ وما بعده. د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ١٨٦ بند ٩٥. د. كمال الدين عاطف: رسالة ص ٢٦٥ وما بعدها. د. علي الشيخ، الحكم الضمني: ١٩٧٧، دار النهضة العربية ص ٤١٤ بند ٢٥٩.

وفي ضوء هذا التحديد تتمثل الدعوى في كونها وسيلة في الحصول علي الحماية القضائية، سواء كان الشخص محقاً في دعواه أو غير محق مادة ٣٠ مرافعات فرنسي. ومع كونها وسيلة فهي ليست متاحة لكل من يلجأ إلي القضاء، وإنما لمن تتوافر فيه مجموعة من الشروط المحددة. كما أنها وسيلة لا تتيح لمن يلجأ إلي القضاء وتحديد مضمون الحكم وفرض رأيه الذاتي في التطبيق القانوني علي القاضي، وإنما ترتب له فقط إمكان فحص المحكمة لموضوع دعواه، وأن تصدر حكماً فيه. ومن هذه الزوايا تتمثل الدعوى معياراً يضبط مباشرة المحاكم لنشاطها القضائي ويحدد أحوال ممارسته(١).

وعلي هذا النحو تتبلور الدعوى في كونها مكنه الحصول علي الحماية القضائية. هذه المكنه تنسب إلي المدعي(٢) ، وتثبت له إذا توافرت مجموعة من الشروط التي يعينها القانون(٣) سواء كانت عامة(٤) تنطبق بشأن كافة الدعاوي أو

(١) د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة.

(٢) د. وجدي راغب: مبادئ ص ٨٩. د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضي ص ١٨٧ بند ٩٦. د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق ص ١٤٢ بند ٥٢. قارن: حيث يري العلامة «ايهرنج» إن الدعوى ليست حق وإنما واجب، فيري أنه يتعين علي كل صاحب حق - إذا ما اعتدي علي حقه - أن يباشر الدعوى التي يملكها. فذلك واجب علي الإنسان نحو نفسه ليدفع العدوان عن حقه. وواجب نحو المجتمع، لأن من مصلحة المجتمع أن يسود حكم القانون، ولن يسود القانون إلا إذا باشر كل عضو من أعضاء المجتمع ما له من حقوق لكي لا يفقد القانون فاعليته.

IHERING: La Lutte Pour le droit trad. Meutenaere. Prais. 1800. Cite. Por. Solus et Peaat. Op. cit., p. 111.

(٣) د. وجدي راغب: مبادئ ص ١٠٦ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضي ص ١٩٠ وما بعدها بند ٩٨.

(٤) والتي هي عبارة عن الخصائص الإيجابية التي يتطلب القانون توافرها في الدعوى لقبولها والفصل في موضوعها. وتعبير جميعاً عن المصلحة والصفة في الدعوى. وشرط الارتباط بالنسبة للطلبات العارضة التي تثار في خصومة الدعوى الأصلية.

في المصلحة والصفة انظر: د. عبد المنعم الشرقاوي: رسالة ص ٥٣ - ٥٦ بند ٤٧ - ٥٢. د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٤٩٢ وما بعدها. د. عبد الحكيم عباس عكاشة: الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات رسالة، القاهرة، ١٩٩٠ ص ٤٠ وما بعدها بند ٣٨ وما بعده. د. أحمد ماهر زغول: دعوى الضمان الفرعية ص ٨٩ بند ٨٧.

SOLUET PERROT: op. cit. p. 200 ets No 226 ets. LOBIN (y.) action en Justice. Jur. Class. Pr. Civ. 1987. Fasc. 126-2-p. 2. No 2 ets. et. Fasc. 126-3-p.2. ABO, EI- KHALEK OMAR; thé p. 148 et. No3150.

وفي تطبيق ذلك انظر: الطعان ٤٠٩٥، ٤٠٧٥/٤٠٧٥ ق نقض ١٩٩٥/٤/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٧٣٠. طعن ٥٨/٣١٠٣ ق نقض ١٩٩٤/١١/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ١٣٨٣. طعن ٦٦٦/٤٣٤ ق - أحوال شخصية. نقض ١٩٩٧/١٢/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ١٦٠٧. طعن ٦٦٦/٦٨٩٨ ق نقض ١٩٩٧/١١/٩ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ١٢٠٨.

خاصة (١) بدعاوى معينة. أو علي أن ترفع بطريقة معينة (٢)، وسواء كانت شروطاً إيجابية يتعين وجودها أو شروطاً سلبية (٣)، لا يوجد الحق في الدعوى إلا عند انتفائها. وسواء كانت تتصل بالشكل والإجراءات. أو تتعلق بالموضوع (٤).

ويثبت للخصم المقام ضده الدعوى الحق في الدفع بعدم القبول عن طريق آثارته بتخلف شروط قبولها أو بعضها (٥). والدفع بعدم القبول يتضمن علي هذا النحو إنكاراً للحق في الدعوى. فيعرف بأنه (٦) الدفع الذي يرمي إلي إنكار سلطة المدعي

---

وفي الارتباط: كصلة في المراكز الموضوعية المتنازع عليها لدعويين أو أكثر يستدل علي هذه الصلة أما من علاقة الفرع بالأصل، أو بالرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها وليس لطبيعتها، توافقاً للحلول القضائية التي تعطي للدعاوي محل المراكز الموضوعية المرتبطة منعاً لتناقض الأحكام أو تكرارها. في تفصيل ذلك انظر: المؤلف، الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٤٨ - ٢٦٣ بند ٢٣١ - ٢٤٦ والمراجع والأحكام المشار لديه.

(١) ومثالها المواعيد الخاصة ببعض الدعاوي. كأن ترفع دعوى الحيازة خلال سنة من بدء الاعتداء أو العمل المواد ٩٥٨، ٩٦١، ٩٦٢ مدني. وأن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإلا سقط الحق فيها مادة ٩٤٣ مدني. ولا تقبل دعوى صحة التعاقد علي حق من الحقوق العينية إلا إذا أشهرت صحيفتها مادة ٦٥ معدلة بالقانون ٦ لسنة ١٩٩١... الخ. د. وجدي راغب. مبادئ ص ١٠٧. المؤلف: شرح قانون الإجراءات ص ٢٦٤ بند ١٢٠.

(٢) فإذا رفعت الدعوى بغير الطريق الذي حدده القانون، كانت غير مقبولة، كما في حالات طلب أمر لأداء مادة ٢٠١ مرافعات. انظر: د. أحمد ماهر زغول: الأوامر علي العرائض وأوامر الأداء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٣٦ يناير ١٩٩٤، العدد الأول ص ٦٩. طعن ٧٠/٥٥٠٨ ق نقض ٢٠٠٢/١/١٢. طعن ١٩٦٦/٤/١٧ ق نقض ١٩٩٦/٤/١٧.

(٣) وهو ما يسمى بموانع الدعوى ومثالها عدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل في الموضوع مادة ١١٦. أو بالتقادم أو بالصلح أو إذا كانت هناك مشاركة تحكيم بشأنها. انظر: طعن ٦٢/٥٩٢١ ق نقض ٢٠٠١/٦/١٧. طعن ٥٨/٣٣١٨ ق نقض ١٩٩٤/٢/٩ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٣٢٤. طعن ٥٨/١١٦ ق أحوال

شخصية نقض ١٩٩١/١/١٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ٢٠٥. طعن ٥٠/١٨٧٥ ق نقض ١٩٨٦/٣/٣. (٤) ويرفض البعض هذا التصنيف ويحصر سبب عدم القبول في منع التعسف والذي يفترض وجود الحق

الإجرائي المعيب يعيب يرجع إلي استعماله. بحيث يؤدي الحكم بعدم القبول إلي منع هذا الاستعمال. لذا فإن المنع ينصب علي استعمال الحق الإجرائي لا علي وجوده. والمصلحة مجرد معيار يمكن بمقتضاه التعرف علي حالات عدم القبول وليس غير ذلك. د. إبراهيم أمين النفيوي: مسؤولية الخصم عن الإجراءات ١٩٩١ الطبعة الأولى، ص ٧٤٠ وما بعدها.

(٥) ودون أن يقع علي عاتق الخصم الذي يتمسك بالدفع بعدم القبول واجب إثبات حدوث ضرر وقع له من *Les Fins de Non-Receiver doivent être accueillies sans que les invoque ait a Justier d'un grief et ators même que L'inrecevobilité ne résutterait d'aune disposition expresse*.

انظر: PERROT: obs. R.T.D. civ. 1978, 419. وفي اعتبار كون ذلك يعد تزايداً من جانب المشرع. انظر: د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضي ص ١٩٢ وما بعدها حاشية رقم ٢٦٦.

(٦) د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ص ١٣٤ بند ٩٢. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٤٩٨. د. أحمد ماهر زغول: المرجع السابق ص ١٩٣ بند ٩٩. د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضي المقال ص ١٠٠ وما بعدها بند ٩٩. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٢٢٨ بند ٢٠٤. نظرية الدفع في قانون المرافعات ٢٠١٢، دار الفكر العربي، ص ٨٣٥ بند ٤٥٨.



في استعمال الدعوى (١). بمعنى نفي صلاحيتها لأن تكون محلاً لعمل قضائي يفصل في موضوعها ولو تحسسه القاضي. فبحث هذا الدفع والحكم فيه قد يقتضي حتماً التعرض للموضوع، ولكنه لا يعد تعرضاً هادفاً للفصل في ذات هذا الموضوع. وإنما هو تعرض أولي، سطحي، يتحسس به القاضي تأسيس هذا الدفع من عدمه حتى يمكنه الفصل فيه (٢). وفي حالة الحكم به يؤدي إلي امتناع القاضي عن فحص موضوع الدعوى، وإنهاء الخصومة المتعلقة بها دون الحكم في موضوعها. ويكفل هذا الدور معياراً سهلاً ومنضبطاً يمكن بواسطته تحديد نطاق الدفع بعدم القبول، كما

(١) ولم يعرف المشرع المصري الدفع بعدم القبول في النصوص المنظمة له، سواء في القانون الملغي أو القانون الحالي. فقط جاء بمجموعة الأعمال التحضيرية للقانون الملغي تعليقاً علي المادة ١٤٢ بأنه «الدفع الذي يرمي إلي الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماح الدعوى، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره».

بينما عرفه المشرع الفرنسي وفقاً للمادة ١٢٢ مرافعات بأنه كل وسيلة ترمي إلي عدم قبول طلب الخصم دون بحث الموضوع بسبب عدم توافر الحق في الإدعاء. مثل عدم توافر الصفة والمصلحة، أو بسبب التقادم أو إنقضاء الميعاد أو حجية الأمر المقضي "Constitue une de non- recevoir tout moyen qui Lend à faire déclarer L'adversaire irrecevable en sa demande., sans examen au fond, pour défaut de droir d'agir, tel le défaut de qualite, le défaut d'intérêt, La prescription, le delai préfix, la chose jugée".

(٢) فالمحكمة وهي بصدد بحثها في أهم شروط قبول الدعوى، المصلحة أو الصفة، أما تقتصر علي الفصل في مدي توافر الشرط، ولا تفصل في موضوع النزاع، وأن تعرضت لبحث بعض العناصر المتعلقة بالموضوع. فإن ذلك مرجعه ارتباط شروط قبول الدعوى بالحق الموضوع إلي حد كبير. فهذا البحث لازم غالباً حتى يستطيع القاضي أن يحكم في الدفع بعدم القبول. ولكن بحث هذه العناصر شيء والفصل فيها شيء آخر تماماً. فيبحث القاضي لهذه العناصر عند الفصل في مسألة عدم القبول يتم عن طريق تحسسها من الظاهر. دون أن يحسمها القاضي بحكم منهي للنزاع، ودون أن يستنفذ ولايته بشأنها. شأن بحث القاضي لطبيعة العقل محل النزاع بحثاً سطحياً ليعرف هل هو عقد عمل أو عقد تجاري. وذلك لكي يحدد مسألة اختصاصه، والحكم في هذه المسألة لا يعد بحال حكم في الموضوع. وأيضاً قاضي الأمور المستعجلة يبحثه لبعض عناصر الواقع المتصل باصل الحق، أما لكي يحدد اختصاصه، أو لكي يصدر حكماً مستعجلاً. وبحثه لمسألة اختصاصه أو صدوره حكم مستعجل لا يعد فصل في الموضوع.

انظر: د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول. ص ١٢٣ وما بعدها. بند ٨٤ وما بعده، ص ٣٤٢ وما بعدها بند ٢١٢ نطاق الطعن بالاستئناف ص ٦٧ وما بعدها بند ٢٦. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي علي درجتين ص ٧٢ - ٧٥ بند ١٤. د. أحمد ماهر زغول: إعمال القاضي ص ١٩٢ وما بعدها بند ٩٩ وما بعده. وفي تطبيق ذلك قضي «بأن تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة شرط أساسي لقبول دعوى الإخلاء للتأخير في سدادها. خلو الدعوى منه أو وقوعه باطلاً أو صدوره ممن لا حق له في توجيهه أثره عدم قبول الدعوى دون أن تفصل في الموضوع. طعن ٦١/١٧٩ ق نقض ١٩٩٥/١/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ١٤٨. طعن ٥٩٩/٢٦٤٨ ق نقض ١٩٩٣/٧/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٨٣٢. طعن ٥٨/٣٥٤٩ ق نقض ١٩٩٣/٦/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٦٦٩ طعن ٤٨/٤٦١ ق نقض ١٩٨٣/٣/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٧٤٦.

يضمن تمييزه عن غيره من الدفوع الموضوعية والإجرائية التي قد تتشابه في بعض خصائصه وأحكامه(١).

ووفقاً لهذا التصور يتميز الدفع بعدم القبول من ناحية عن الدفوع الموضوعية(٢)، إذا أنه يرمي إلي تجنب بحث الموضوع، فهو وسيلة لتجنب مناقشة الموضوع، فلا يتناول الحق ذاته بالإنكار أو بالاحتجاج بأدائه أو بانقضائه(٣)، وإنما ينازع في إمكانية الحصول علي حكم بشأنه، ويرمي إلي منع المحكمة من نظر الموضوع والفصل فيه(٤). ومن ناحية أخرى، يتميز هذا الدفع عن الدفوع الإجرائية(٥) والتي ينحصر دورها وتأثيرها المباشر في إجراءات الخصومة ذاتها، حيث تتناولها هذه الدفوع في انتظامها وصحتها. في حين أن الدفع بعدم القبول يتجه إلي موضوع هذه الإجراءات يحاول أن ينفي عنه الصلاحية لأن يكون محلاً للنشاط القضائي عن طريق إثبات تخلف بعض الشروط التي يتطلبها القانون للأعتراف للمدعي بحق نظر

---

(١) في التشابه والمغايرة بين خصائص وأحكام الدفع بعدم القبول وغيره من الدفوع الأخرى. انظر: د. أحمد ماهر زغلول: اعمال القاضي ص ١٩٤ - ٢٠٥ بند ١٠٠ - ١٠٤. د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ص ١٩٢ وما يليها بند ٢٢٣ وما بعده. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٥٠٠ - ٥٠٤. المؤلف: شرح قانون الإجراءات ص ٣٧٨ وما بعدها بند ١٨٦.

ABO, EL – KHALEK- OMAR. Thé. P. 60 etss. No 131 etss, Soluset  
PERROT. T. 2. op . cit., p. 291 ets No 315.

(٢) والتي بها يعترض الخصم علي الحق المطلوب حمايته، عن طريق إنكار أو تأكيد واقعه تؤثر في وجوده أو استحقاقه أو مقداره. ولذا كان الدفع الموضوعي هو الوجه المقابل للدعوى والحكم الصادر فيه يحوز الحجية. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع. ص ١٧ بند ٣. د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق، ص ٦٣٩ MOREL: op. cit., p. 49. No46. CORNN(G.) et Foyer (J.): Procédure civil 1996. p. 368. No 84 VINCNT, GUINCHARD. Et Mont AGNIER et VARINARD: op. cit.p. 674. No791. Coss. Civ. 12. Janv. 1994. D. 1994. p. 442. Note, Mossip.

(٣) د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ١٠٤ بند ٣٥. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٤٩٩. د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ص ١٣٣ بند ٩١.

ABD, EL- KHALEK OMAR: Thés. P. 69. No 148.

(٤) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١٣٤ بند ٩٢. المؤلف: شرح قانون الإجراءات، ص ٣٨١ بند ١٨٦. وتطبيقاً لذلك قضي بأن «الحكم بعدم القبول حكماً في الشكل لا يعد فاصلاً في الموضوع ولذا فهو لا يحوز الحجية التي تترتب علي القضاء في الموضوع» طعن مدني عماني رقم ٢٠١٢/٨٠٣ جلسة ٢٠١٣/٢/١١ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١٣، ١٤ في الفترة من ٢٠١٢/١/١ حتى ٢٠١٤/٦/٣٠ ص ١٢١.

(٥) وهي الدفوع التي يستعين بها الخصم ويظعن بمقتضاها في صحة الإجراءات، دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه فينفادي بها مؤقتاً الحكم بطلبات خصمه. انظر: المؤلف. بإحالة الدعوى ص ٣٣ وما بعدها والمراجع والأحكام المشار لديه.

موضوع دعواه وصدور حكم فيه. فالتفرقة بين الدفع الإجمالية والدفع بعدم القبول، هي في الواقع تفرقة بين إجراءات الخصومة وموضوع هذه الإجراءات (١). والنتيجة الحتمية لذلك، كون الدفع بعدم القبول يحتل مكاناً وسطاً متميزاً بين الدفع الموضوعية والدفع الإجرائية. فهو وأن كان يقترّب منهما في بعض المواضع ويشترك معهما في بعض الأحكام الخاصة، إلا أنه يظل مع ذلك متميزاً عنهما لا يختلط بهما أو يندمج فيهما (٢)، وتفرض هذه الطبيعة الذاتية استقلال الدفع بعدم القبول بنظام خاص يتفق ومفترضاته الخاصة. وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع المصري سواء في ظل قانون المرافعات الملغي. مادة ١٤٢ أو في ظل قانون المرافعات الحالي وفقاً للمادة ١١٥ وتبعه وبعد تردد (٣) قانون المرافعات الفرنسي الحالي وفقاً للمادة ١٢٢ - ١٢٦.

(١) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١٣٥ بند ٩٢. د. أحمد ماهر زغول: المرجع السابق: ص ١٩٥ وما بعدها بند ١٠٠. د. وجدي راغب: مبادئ الإشارة السابقة. نظرية العمل القضائي ص ٤٨٩.  
(٢) فالدفع بعدم القبول ليس دفعاً مختلطاً. يجتمع فيه خصائص الدفع الإجرائي والدفع الموضوعي. وإنما هو طائفة مستقلة من الدفع الموجودة في قانون المرافعات، إذ يوجه إلى الحماية القضائية المطلوبة بهدف أنكار حق طالبها فيها.

انظر: د. نبيل عمر: المرجع لاسابق ص ١٥٢ - ١٦٠ بند ١٠٠ - ١٠٤. د. وجدي راغب: مبادئ الإشارة السابقة، نظرية العمل القضائي: الإشارة السابقة. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي علي درجتين ص ٧٠ بند ١٤. د. أحمد ماهر زغول: الإشارة السابقة. د. محمود هاشم: المقال ص ١٠١ وما بعدها بند ٩٩. د. كمال الدين عاطف: رسالة ص ١٤٠ وما بعدها، ص ٢٧٣.

ABD, EL- KHALEK OMAR: Thés. P. 69. No 69. No. 148.

فان المرجع المشار إليها الصفحة التالية حاشية رقم ٢.  
(٣) حيث أعتبر المشرع الفرنسي الدفع بعدم القبول في ظل قانون ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥ من قبيل الدفع الإجرائية وفقاً للمادة ١٩٢ مرافعات والتي نصت علي أن «جميع الدفع الإجرائية والدفع المتعلقة بالبطلان والدفع بعدم القبول وكل الدفع المذكورة في المواد السابقة يتعين إيدؤها قبل الكلام في الموضوع». وكان هدف المشرع من إدراج الدفع بعدم القبول منه ما يتعلق بالموضوع ومنه ما يتعلق بالإجراءات. والتي ظل الوضع سارياً بمقتضى هذه التفرقة حتي بعد تعديل المادة ١٩٢ بمقتضى القانون السالف، إلي أن صدر قانون المرافعات الحالي وأعتبره دفعاً مستقلاً. في موقف الفقه والقضاء الفرنسي قبل قانون ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥ وما بعده انظر: MOREL: op. cit., p. 56. No 52. Solus et PERROT: op. cit., p. 297 No 319. Cass. civ. 6. Juin 1962. J.C.P. 1963. 11. 13191. No te Motulsky. R. T. D. Civ. 1963. p. 600 Note. Hébraud. Cass. civ. 30 Nov. 1962. Goz Pal 1963. 110. Cass Com. 14. Juin 1950. D. 1950. 534.

ومع اعتماد استقلال الدفع بعدم القبول، وتميزه بأحكام خاصة به. ووفقاً لتنظيمات قائمة، مازال بعض الفقه (١)، مدعماً بأحكام القضاء (٢) يري بأنه دفع موضوعي، وحكم أول درجة بعدم القبول يستتفد ولايتها في موضوع النزاع. والبعض (٣)، يخفف من ذلك ويرى بالتمييز بين عدم القبول لتخلف شرط إجرائي، وهو عدم قبول إجرائي لا تستتفد المحكمة بالحكم به ولايتها (٤). وعدم قبول موضوعي والحكم به حكم في الموضوع (٥). مما أدى هذا أو ذلك إلي الخلط بين الدفع بعدم القبول وغيره من الدفوع الموضوعية والإجرائية، والعودة مرة أخرى إلي سابق التنظيمات القائمة والتي قررت له طابعاً خاصاً وتنظيماً مميزاً عن

- (١) د. عبد المنعم الشرقاوي: نظرية المصلحة ص ٤١٢ ما بعدها بند ٣٨١ وما بعده. د. رمزي سيف: المرجع السابق، ص ٤٧٠ بند ٤٠٢. د. أحمد حشيش: الدفع بعدم قبول الدعوى رسالة الإسكندرية، ١٩٨٦ ص ٤٢٢.
- (٢) طعن ٦٥/٤٥٠٥ ق نقض ١٩٩٦/١٢/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ١٦٦٨ طعن ٦٥/٨٥٢٩ ق نقض ١٩٩٦/١٢/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ١٦١٦. طعن ٥٧/٦١٥ ق نقض ١٩٩٤/٣/٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٤٧٠. طعن ٥٥/٤١٢ ق نقض ١٩٩٠/٣/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٤١ ص ١٨٠٨. طعون أرقام ٥٢٣، ١٤٧٤، ١٤٩٨، ٥٣/١٤٩٨ ق نقض ١٩٨٥/٣/٢٥ طعن ٤٨/٧٥٨ ق نقض ١٩٧٩/٥/٧. نقض ١٩٧٤/٢/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٥ ص ٢٨٨ نقض ١٩٦٧/٦/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٣٣٩. طعن مدني عماني رقم ٣٠٨ لسنة ٢٠١٠ نقض ٢٠١٠/١٠/٩ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٦٨.
- (٣) د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ١٠٠ وما بعدها بند ٣٥. نظرية البطلان: ص ١٨ وما بعدها بند ٤. د. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق ص ٦٥٦ بند ٢٦٠. د. الإنصاري النيداني: العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها ٢٠٠٩، دار الجامعة الجديدة ص ٤٥٣ وما بعدها.
- وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٦٤/٣٣٩٢ ق نقض ٢٠٠٤/٦/٢٢. طعن ٦٣/٣٧٨ ق نقض ٢٠٠٠/٦/١٢. طعن ٦٠/١٢٠٤ ق نقض ١٩٩٨/٥/٢٨. طعن ٥٩/٢٦٤٨ ق. نقض ١٩٩٣/٧/١٤. طعن ٥٨/٣٥٤٩ ق نقض ١٩٩٣/٦/١٦.
- (٤) نقض مدني ٢٨ إبريل ٢٠١٤ في الطعن رقم ٧٤/٧٥٩٣ ق مشار إليه لدي د. فتحي والي: المبسوط ص ١٠٥ حاشية ٢. الطعانان ٨٢٩، ١١٠٨/٦٩ ق نقض ٢٠٠٠/١/١٣. طعن ٦٢/٤٨٧٢ ق نقض ٢٠٠٠/٢/١٣ غير منشور مشار إليهما لدي كمال الدين عاطف: رسالة ص ٢٥٣. طعن ٥٨/٣٥٤٩ ق نقض ١٩٩٣/٦/١٦ مجموعة الأحكام لسنة ٤٤ ص ٦٩٩. طعن ٥٩/٢٦٤٨ ق نقض ١٩٩٣/٧/١٤ مجموعة الأحكام لسنة ٤٤ ص ٨٣٢. طعن ٦٢/٥٢٦٧ ق نقض ١٩٩٣/٦/٢٠ مجموعة الأحكام لسنة ٤٤ ص ٨٢٦. طعون أرقام ١٤٧٤، ٥٢٣، ١٤٩٨، ٥٣/١٤٩٨ ق. نقض ١٩٨٥/٣/٢٥.
- (٥) نقض ١٩٩٧/١١/٩ طعن ٦٦/٦٧٩٨ ق السنة ٤٨ ص ١٢٠٧. نقض ١٩٩٧/١٢/٢٩. طعن ٦٥/٨٥٢٩ ق السنة ٤٧ ص ١٦١٦ عدد ٢ رقم ٢٩٦. نقض ١٩٩٠/٣/٢١. طعن ٥٥/٤١٢ ق السنة ٤١ ص ١٨٠٨ رقم ١٣٥. د. أحمد هندي: التعليق علي قانون المرافعات ٢٠٠٨، دار الجامعة الجديدة ج ٢ ص ٤٧٠، ٤٧١ مادة ١١٥. طعن ٥٤/٤٠٦ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٥. الطعن رقم ٣٥٤٩ السنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٦. الطعن رقم ٥٨/٧٩٦ ق جلسة ١٩٩٥/٥/٣. الطعن رقم ٦٩/٨٢ ق، جلسة ٢٠٠٠/١/١٩. الطعن رقم ٦٥/٣٢٥ ق، جلسة ٢٠٠١/٣/١٤ غير منشور مشار إليها لدي كمال الدين عاطف: رسالة ص ٢٧٤ وما بعدها.

غيره من الدفع الأخرى. وتبعاً لهذا الخلط جاءت أحكام القضاء متخبطة ومتضاربة(١)، وبعيدة عن الانتظام(٢)، وبدوره في نطاق القضية في الاستئناف .

٣٤- ب - الحكم بعدم القبول ينهي الخصومة أمام أول درجة دون أن تفصل في الموضوع: ويقبل الطعن المباشر بالاستئناف، ويتحدد نطاق الأخير بالمسألة التي فصل فيها الحكم، وهي مسألة عدم القبول، أي كان مضمونه، إذ يظل موضوع النزاع قائماً دون أن يفصل فيه تطبيقاً للتنظيم التشريعي للدفع بعدم القبول، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي(٣)، في ظل قانون المرافعات الحالي. علي عكس

(١) بل ظهر التضارب بشأن المسألة الواحدة، فتارة يضع الدفع بعدم القبول لعدم سلوك طريق الاعتراض أمام هيئة معينة في مصاف الدفع الشكلية، ويعتبر من إجراءات الخصومة لا يستند ولاية محكمة أول درجة. الطعن رقم ٣٦٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٣ غير منشور لدي كمال الدين عاطف رسالة ص ١٤٥. نقض ١٩٩٣/٦/٢٠ طعن ١٩٩٣/٦/٢٠ ق من السنة ٤٤ ص ٧٢٦ عدد ٢ ص ٢٥٧. نقض ١٩٩٣/٧/١٤ طعن ١٩٩٣/٧/١٤ ق من السنة ٤٤ ص ٨٢٢ عدد ٢ رقم ٢٧٦. نقض ١٩٨٩/٢/٨. طعن ٥٠/١٨ ق لسنة ٤٠ ص ٧ لدي د. أحمد هندي: المرجع السابق، ص ٤٧٣ وما بعدها.

وتارة ثانية يعتبر عدم اللجوء إلى جهة معينة قبل رفع الدعوى قضاء تستند به محكمة أول درجة ولايتها. طعن رقم ٥٢/٦٩٧ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ غير منشور لدي كمال الدين عاطف: الإشارة السابقة. نقض ١٩٩٦/١١/٢٢، نقض ١٩٩٠/٣/٢١ مشار إليها سابق.

وتارة ثالثة، يعتبر عدم اللجوء إلى جهة معينة قبل رفع الدعوى تكون الدعوى غير مقبولة دون الإفصاح عن طبيعة الدفع بعدم القبول. وتطبيقاً لذلك قضي بأنه «إذا رفعت الدعوى مباشرة إلى المحكمة في منازعة من المنازعات التي يجب فيها الالتجاء إلى التوفيق فإن الدعوى تكون غير مقبولة. نقض مدني ٢٠١٤/٨/١٢. في الطعنين رقمي ٨٠٢ و ٢٢٦٧ لسنة ٨٢ ق. وأخيراً، قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب علي المحكمة إذا لم تحكم بعدم القبول إذا رفعت إليها الدعوى مباشرة دون اللجوء أولاً للجهة التي يتعين الالتجاء إليها. وقضت المحكمة في نظر الدعوى، مادام الخصم لجأ إلى لجنة التوفيق قبل صدور الحكم المنهي للخصومة ونظرت اللجنة العليا وأصدرت توصيتها والدعوى مازالت منظورة أمام المحكمة. وذلك تحقيقاً للهدف من القانون، وهو تخفيف الأعباء عن كاهل القاضي والمتقاضين. نقض رقم ٧٥/٤٤٧١ ق مشار إليهما لدي د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٧٣٢ وما بعدها.

(٢) في موقف القضاء المصري المتضارب وتطبيقاته. أنظر: د. كمال الدين عاطف: المرجع السابق ص ١٣٩-١٤٨.

(٣) حيث كشفت الأحكام التي صدرت في ظل قانون المرافعات الحالي عن عدم إجراء تفرقة في الدفع بعدم القبول، وأخذت أحكام القضاء تطبق عليه أحكامه الخاصة، وأصبحت تميزه عن الدفع الموضوعي، فلا يعد الفصل في مسألة عدم القبول ليس فصلاً في الموضوع، ومن ثم فإن استئنائه لا يطرح علي محكمة الدرجة الثانية إلا مسألة عدم القبول، كما أنه لا يعد دفعاً إجرائياً. أنظر:

Cass- Civ 18 mai 1978. R.T.D. civ 1978. p. 438. abs Perrot. Civ. 10 mars 1977 Gaz Pal. 1978- 103 Note Viotte – Civ. 9 moi 1978. Bull. Civ 1978. No 177. Civ. 12,Janv. 1994. D. 1994. 449. Note Mossip. Paris – 2 Juill. 1992. Bull. A vaues 1993. 1.12. obs. Crit. Cass. Civ. 1 feve 1987. J.C.P. 1987. iv. 129.

مشار لهذه الأحكام لدي د. علي تركي: المرجع السابق ص ١٧٨.

القضاء المصري لم يلقي قبول ما سبق إلا في القليل من أحكامه (١) أما في الغالب منها مزج بين مسألة عدم القبول والفصل في الموضوع (٢)، وسمح لمحكمة الاستئناف إذا ألغت الحكم بعدم القبول الصادر من أول درجة أن تنتظر الموضوع. وهو ما لا يستقيم (٣) بحال وفقاً للأثر الناقل للاستئناف (٤)، فهذا الأثر لا يمكن أن يمتد إلي موضوع الدعوى إذ أن هذا الموضوع لم يفصل فيه بحكم. وبالتالي لا يمكن القول بأن نظر محكمة الاستئناف للموضوع في هذه الحالة يعد من الحالات التي يميز فيها القانون للمحكمة أعماله من تلقاء نفسها، لكونه

(١) وتطبيقاً لذلك قضي «بأن المصلحة في الدعوى بشروطها قانوناً هو ما يعبر عنه بالصفة، وهي صلاحية كل من طرفيها في توجيه الطلب منه وإليه، مما يقتضي من المحكمة اتصالاً بموضوع الدعوى للتحقق من وجود المصلحة محققه فعلاً - لأن ذلك لا يتبين إلا بعد بحث الموضوع - وإنما يكفي أن تكون فرصة التحقق . ومن ثم يكفي لقبول الدعوى أن تكون للمدعي شبهة حق حتى تكون دعواه جدية بالقبول. طعن رقم ٧٠/٢٥٧٩ ق جلسة ٢٠٠١/٥/٨ لدي د. كمال الدين عاطف: المرجع السابق ص ١٤٣ حاشية ١. قضت المحكمة العليا العمانية حديثاً في بعض أحكامها بأن «الحكم بعدم قبول الدعوى حكم في الشكل لا يعد فاصلاً في الموضوع، ويحق للمدعي إقامة دعوى جديدة بذات الحق بعد زوال سبب عدم القبول ولا يمكن التمسك بحجية الأمر المقضي فيه. طعن مدني رقم ٢٠١٢/٨٠٣ جلسة ٢٠١٣/٢/١١ مجموعة الأحكام السنة ١٣، ١٤، ص ١٢١.

(٢) وهذه الأحكام تستلهم في هذا حلولاً وتخريجات لقضاء قديم وسابق علي صدور القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وهي حلول وتخريجات كانت لها دوافعها، كما كانت لها أسانيداً التي كفلت توافقها مع قواعد وأحكام النظام القانوني التي صدرت في ظلها. في موقف القضاء القديم والأسانيد التي استندت إليها أحكامه. أنظر د. أحمد ماهر زغول، أعمال القاضي ص ١٧٠ - ١٧٦ بند ٨٥ والمراجع والأحكام المشار له.

ويفقد هذا القضاء محله كما تنهار أسانيد بزوال التنظيم القانوني الذي صدر في ظلها، وتبني المشرع في قانون المرافعات الملغي والحالي تنظيمات مختلفة يفردها للدفع بعدم القبول مكاناً مستقلاً ومتميزاً حرصت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغي ٧٧ لسنة ١٩٤٩. بالتأكيد علي استقلاله في مواجهة الدفوع الموضوعية والإجرائية. ويتغير التنظيم القانوني بقصد القضاء القديم حجتيه، ويتعين العدول عنه إلي قضاء يستقيم مضمونه مع التنظيم القانوني المستحدث. أنظر: د. أحمد ماهر زغول: المرجع السابق ص ٢١٢ حاشية رقم ٣١٤. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع، ص ١٩ وما بعدها بند ٤. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٥٠٤ حاشية. د. كمال الدين عاطف: رسالة ص ١٣٩. وما بعدها والأحكام المشار له.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ٥١٢ بند ٣٤٦. د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ص ٣١١ وما بعدها بند ١٩٦ وما بعده. الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٥٥٢ وما بعدها بند ٢٦٨. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٥٠٤. د. أحمد ماهر زغول: المرجع السابق ص ٢١١ بند ١٠٩. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٧٥ وما بعدها بند ١٤. د. علي التركي: المرجع السابق ص ١٩٢ وما بعدها بند ٨٦. د. كمال الدين عاطف: رسالة ص ١٣٢ وما بعدها.

(٤) والتي بمقتضاه سوّغت محكمة النقض لمحكمة الاستئناف نظر الموضوع بما للاستئناف من أثر ناقل فكانها قد أحلت الأثر الناقل التي تملكه محل الأثر الساحب التي لا تملكه في التصدي لنظر النزاع برتمه ولم تملك هذه الجراء التي ملكها المشرع الفرنسي حينما أراد هدم نظام الاستئناف بشكله التقليدي. د. نبيل عمر: نطاق الطعن بالاستئناف ص ٦٦ بند ٢٦.

مما يدخل في سلطتها(١). وإنما يعد نظر هذه المحكمة للموضوع وفقاً للأثر الناقل للاستئناف قضاء بما لم يطلبه الخصوم. مبنياً عن سهو أو غلط في تحديد موضوع القضية(٢)، يطعن عليه بالتماس إعادة النظر(٣)، مادة ٥/٢٤١ مرافعات مصري.

أما إذا أصدرت هذه المحكمة هذا القضاء مسببه إياه في هذا الخصوص. فإن سييل الطعن في الحكم في هذه الحالة هو النقص وليس الالتماس ، لأنه لا جدوى من الالتماس في هذه الحالة(٤)، وإذا كان لا يستقيم لمحكمة الاستئناف نظر الموضوع

---

(١) ومن أمثلة الحالات التي تدخل في سلطة محكمة الاستئناف وتقضي بها ولو لم يطلبها الخصوم قضائها بعدم الاختصاص المحلي والإحالة إلي المحكمة المختصة. والحكم بعدم قبول الاستئناف بعدم رفعه في الميعاد أو لرفعه ممن ليست له صفة في رفعه. أو اعتبار الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة مستأنفة باستئناف الحكم المنهي للخصومة. واستئناف الحكم الصادر في الطلب الاحتياطي يستتبع حتماً استئناف الحكم الصادر في الطلب الأصلي مادة ٢٢٩ مرافعات. وعلي وجه العموم في جميع الأحوال التي يخول فيها القانون للمحكمة اتخاذ إجراء معين من تلقاء نفسها كالمسائل المتعلقة بالنظام العام. انظر د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة ص ٢٥٦ وما بعدها بند ٢٢١.

Frédéric. FERRAND: applt 1999 préc. P. 13- No 47 ets.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٢٠٣٤/٢٢٢٢٠٣٤ نقض ١٩٩٩/٢/٤ مجموعة الأحكام السنة ٥٠ ص ١٨٢. طعن ٥٩/٥٩٥ ق نقض ١٩٩٤/٢/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٤١٢. نقض ١٩٩٣/٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٦٦٢. الطعن رقم ٥٢/٣١١ ق، ٥٦/٢٦٤٤ ق. نقض ١٩٨٩/١/٢٦. الطعن رقم ٥٥/١٥٨٩ ق، ٥٣/١٠٩٣ ق. نقض ١٩٨٧/٢/٣ مجموعة الأحكام السنة ٣٨١ ص ١٠٤٥. نقض ١٩٧٥/١٢/٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ١٥٣٧.

(٢) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٥ بند ٢١٧ وما بعده. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٧٨٢.

(٣) ففي حكم قضى بأنه يكفي أن تكون طلبات الخصوم المذكورة في عريضة الدعوى الابتدائية وأن لم تذكر صراحة في عريضة الدعوى الاستئنافية. وكان موضوع الدعوى أن شخصاً رفع دعوى ضد آخرين، وطلب الحكم عليهم بالتضامن بمبلغ من المال. فقضت المحكمة بعدم قبول الدعوى. فاستأنف المدعي عليه الحكم وطلب إلغاؤه والقضاء له علي الخصوم بالدين دون أن يطلب الحكم عليهم بالتضامن. ولكن المحكمة ألغت الحكم وقضت بالدين وبالتضامن، فالتمس المحكوم عليهم بإعادة النظر في الدعوى بحجة أن المحكمة الاستئنافية قضت عليهم بما لم يطلبه الخصوم وهو التضامن فحكمت المحكمة برفض الالتماس بدعوى أن طلبات الخصوم إنما تحدد في عريضة الدعوى الابتدائية، ولأن الاستئناف يعيد الدعوى بحالتها الأولى. بني سوييف الاستئنافية ١٩٢١/٣/٩ المحاماة ص ٢٧٦ السنة ٢.

إلا أنه ما يجب ملاحظته أن العبرة في تحديد طلبات الخصوم الختامية يكون بدرجة التقاضي التي قدم إليها الطلبات ، وعلي ذلك فإذا ما صدر حكم أول درجة، ثم طعن فيه بالاستئناف، فتكون الطلبات الختامية في هذا الفرض هي ما ترد في صحيفة الاستئناف نفسها.

في الحكم السابق فإن عدم الإشارة إلي التضامن في صحيفة الاستئناف يعد تنازلاً عن طلبه، وبناء علي ذلك، فإذا حكمت المحكمة الاستئنافية بالتضامن جاز الطعن بالالتماس. د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٥٢ وما بعدها والأحكام المشار لديه.

Coss. Civ. 24- 2-21874. D. 1874-1-233.

(٤) د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات ص ١١٣٦ بند ٦٧٤، والحكم المشار لديه نقض مدني ٢٧ مايو ١٩٧٦ مجموعة النقض ٢٧ ص ١٢٢١ ق ٢٣.

عن إلغائها للحكم بعدم القبول وفقاً للأثر الناقل للاستئناف. إلا أنه ذلك لا يؤخذ علي عمومه بشأن فكرة التصدي سواء في التشريعات التي نصت علي الفكرة واعتمدها، أو التي لم تنص عليها.

٣٥- ومؤدي ذلك في التشريعات التي نصت علي فكرة التصدي وخاصة الفرنسي، والذي أعتمد لأعمال الفكرة، كون الحكم الفرعي المطعون فيه منهي للخصومة أمام أول درجة دون أن تستنفد ولايتها في الموضوع، هذا الحكم بحسب الأصل يستوي فيه أن يكون منهي للخصومة لسبب إجرائي، أو لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى، لأنه في الحالتين حكم فرعي ومنهي للخصومة دون الفصل في موضوع النزاع. وهو ما صادف قبول الفقه والقضاء الفرنسي قبل تعديل قانون المرافعات السابق عام ١٩٣٥ وبعده (١). إلي أن صدر قانون المرافعات الحالي الذي حسم بمقتضاه طبيعة الدفع بعدم القبول وأعتبره دفع مستقل عن غيره من الدفوع الأخرى، موضوعية كانت أو إجرائية تطبيقاً للمواد ١٢٢ إلى ١٢٦.

والطريف أن المشرع الفرنسي في ظل القانون الحالي لم يسمح لمحكمة الاستئناف عند الطعن أمامها في الأحكام الصادرة بعدم القبول - وإلغائها للحكم - التصدي للموضوع، بينما أجاز لها ذلك عندما يكون الحكم المطعون فيه صادر في دفع

---

(١) ومبرر قبول ذلك ومبناه أن القضاء كان يفرق بين عدم القبول الموضوعي وعدم القبول الإجرائي. فإذا استؤنف الحكم الصادر في عدم القبول الموضوعي، وهي بطبيعته من طائفة الدفوع الموضوعية، يخول لمحكمة الاستئناف نظر الموضوع برمته استناداً إلي الأثر الناقل للاستئناف، لاستنفاد محكمة أول درجة ولايتها في الموضوع. أما إذا استؤنف الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول الإجرائي. فإن الأثر الناقل للاستئناف لا يخول لمحكمة الدرجة الثانية نظر الموضوع في حالة إلغاء الحكم، ويكون لها أما إعادة القضية إلي محكمة أول درجة وإما أن تستعمل سلطتها في التصدي إذا توافرت مفترضاته. انظر: د. علي تركي: المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها. د. أحمد خليل: التقاضي علي درجة واحدة وعلي ثلاث درجات المقال ص ٧٧ حاشية رقم ٦٢. أصول المحاكمات المدنية ص ٥٦٢ وما بعدها حاشية رقم ٣. د. نبيل عمر: أصول المحاكمات اللبناني ص ٦١٠ حاشية رقم ٢.

وفي تطبيق ذلك انظر: -1866. 5. 17 avri 1866-1-56. S. 1867-1-56. 27 Juil. 1896. coss. Civ. 1-640. 5. 1906-1-640. 25 act. 1905. req- coss. 1-623. S. 1875-1-623. 27 avril 1875. 1-284.

وفي مصر في ظل القانون الأهلي والمختلط قضت به المحاكم، حيث قضى «بأن الحالات التي تضمنتها المادة ٤١٤ مختلط وما بعدها غير واردة في سبيل الحصر، وأن لمحكمة الاستئناف التصدي للموضوع إذا رفع إليها حكم قضى بعدم قبول الدعوى ما دام الموضوع صالحاً للحكم»، استئناف مختلط ٢٦ إبريل ١٨٨٣ مج رسمية ٨ ص ١١٣ قارن استئناف مختلط ٢٤ ماري ١٩٢١ مج ٣٣٢ ص ٢٣٧، ٢ فبراير ١٩٢٢ مج ٣٤٢ ص ١٤٩ مشار لهذه الأحكام لدي د. محمد العشماوي: المرجع السابق ص ٦٤٥ حاشية رقم ٢.



إجرائي منهي للخصومة دون الحكم في موضوعها، مادة ٥٦٨ مرافعات. وربما كان الأوفق إذا أراد المشرع أن يختار بين الحكمين أن يختار التصدي في الحالة الأولى دون الثانية، نظراً لأن الفصل في الدفع بعدم القبول كثيراً ما يضطر معه القاضي التعرض للموضوع دون الفصل فيه وهو اضطرار يندر - إن لم ينعدم - وجوده عند الفصل في الدفع الإجمالي (١).

ورغم اختلاف الحكمين لاختلاف الدفع الذي يصدر فيه كل حكم من حيث طبيعته وأحكامه (٢)، إلا أن نطاق التصدي فيهما واحد، هو كونهما حكماً فرعياً منهي للخصومة أمام أول درجة دون أن تفصل في الموضوع. وطالما توافر المحل الذي يرد عليه التصدي رتب أثره، وأجاز لمحكمة الاستئناف استعمال سلطاتها بشأنه عند إلغاءها للحكم محل الطعن، يستوي في هذا الحكم أن يكون أنهى خصومة أول درجة لسبب إجرائي، أو لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى. وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع اللبناني (٣). وفقاً للمادة ١/٦٦٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية التي تقترض في الحكم الذي استؤنف كونه «حكم نهائي يرد الدعوى لسبب لا يتعلق بالموضوع».

٣٦- أما بشأن التشريعات التي لم تعتمد فكرة التصدي ومنها المصري، والذي ألغي الفكرة منذ صدور قانون المرافعات الحالي (٤)، في حين تواترت أحكام قضاء النقض علي منح محكمة الاستئناف إذا ألغت الحكم بعدم القبول، نظرت موضوع النزاع وحسمته بشكل نهائي وفقاً للأثر الناقل للاستئناف (٥)، رغم أن هذه الأحكام لم تسلم من التضارب (٦) وهو ما لا يقبله الفقه (١) كما لم يقبل فكرة التصدي مبرراً رفضه

(١) د. أحمد خليل: الإشارات السابقة. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة..

(٢) انظر فيما سبق بند ٢٦.

(٣) في تصدي محكمة الاستئناف للموضوع إذا ألغت الحكم بعدم القبول في القانون اللبناني. انظر: د. أحمد خليل، المقال ص ٦٨ وما بعدها بند ٤٢. أصول المحاكمات ص ٥٥٥ وما بعدها بند ١٦٧ وما بعده. د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٦٠٣ وما بعدها بند ٢٧٧. د. حلمي الحجار؛ د. هاني حلمي الحجار: المرجع السابق ج ٢ ص ٤١٥ وما بعدها بند ٩٩ وما بعده.

(٤) انظر فيما سبق بند ١٨.

(٥) انظر فيما يلي بند ٢٣.

(٦) انظر فيما سبق بند ٣٣.

لفكرة لمخالفتها لجملة مبادئ أساسية في التقاضي ممثلة في الخروج علي قواعد الاختصاص النوعي، ومبدأ التقاضي علي درجتين، وقاعدة حظر إبداء الطلبات الجديدة في الاستئناف، وهي في مجملها تتعلق بالنظام العام لا يجوز الخروج عليها. كما يلتزم البعض (٢) لهذا الرفض سنداً تشريعياً ما ورد بنص المادة ٢٣٤ مرافعات (٣) والذي يوجب «علي المحكمة إذا ألغت الحكم الصادر في الطلب الأصلي أن تعيد القضية إلي محكمة أول درجة لتفصل في الطلبات الاحتياطية». وفي تصورنا أن هذا الخروج في جملته هو ما أصبح ينادي به الفقه الحديث (٤) وساهم فيه القضاء (٥) وأوجده المشرع وبنصوص صريحة (٦) وبات الكلام عنه قديماً لا يتماشى مع الوظيفة الحديثة للاستئناف التي ساهم في وجودها كل من الفقه والقضاء والتشريع.

ففيما يتعلق بالخروج علي قواعد الاختصاص النوعي، أوجده المشرع ليس بصدد الاختصاص النوعي فحسب بل والقيمي، حيث أوجب علي المحكمة الجزئية إحالة الطلب التي تختص به مع الطلب التي لا تختص به إلي المحكمة الابتدائية لعدم الإضرار بسير العدالة، رغم عدم اختصاص المحكمة الابتدائية لا نوعياً ولا قيمياً

---

(١). د. أحمد خليل: التقاضي علي درجة واحدة وعلي ثلاث درجات، المقال ص ٦١ وما بعدها بند ٣٥ وما بعده، أصول المحاكمات ص ٥٤٨ وما بعدها بند ١٦٠ وما بعده. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي ص ٢١٣ وما بعدها بند ١١٠. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٢٣٦ وما بعدها بند ٢٠٩. نظرة الدفع ص ٨٩١ وما بعدها بند ٤٨٩ وما بعده. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٥٠٤.

(٢). د. أحمد خليل: الإشارات السابقة..  
(٣) وكذلك بنص المادة ٢/٤١٩ إجراءات جنائية ويقضي بأنه «إذا حكمت محكمة أول درجة بعدم الاختصاص أو بقبول دفع فرعي يترتب عليه منع السير في الدعوى وحكمت المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم وباختصاص المحكمة أو برفض الدفع الفرعي وينظر الدعوى فإنه يجب عليها أن تعيد القضية لمحكمة أول درجة للحكم في موضوعها» وما اعتمده المشرع هو ما أصاب صحيح القانون لأن التصدي لا يجوز متى استنفدت محكمة أول درجة ولايتها في الموضوع كما أنه لا يجوز متى تعلق الدفع بعدم الاختصاص لوجود محكمة مختصة. ومع اعتماد ذلك. فإن قضاء النقض الجنائي قد استقر علي ضرورة تصدي المحكمة الاستئنافية لموضوع النزاع في حالتين لم تستنفد فيهما محكمة أول درجة ولايتها في الموضوع. الحالة الأولى: تصدي المحكمة الاستئنافية عند نظر استئناف الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن. الثانية: الحكم الصادر بانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة. نقض ٤ مارس ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٣٤١ ص ٤٣٦. نقض ٢ أكتوبر ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ١١٨١ ص ٩٠١. في تفصيل ذلك انظر: د. سامح البلتاجي: المرجع السابق ص ٤٠٧ - ٤١٠ بند ٢١٢ والمرجع المشار لديه.

(٤) انظر فيما سبق بند ١٨.

(٥) انظر فيما سبق بند ١٩.

(٦) انظر فيما سبق بند ١٩.

بالطلب الأصلي التي تختص به المحكمة الجزئية تطبيقاً للمادة ٢/٤٦ مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي.

ومبرر خروج المشرع علي قواعد الاختصاص هو عدم الإضرار بسير العدالة(١) وهو ذاته المبرر الذي افترضه المشرع الفرنسي لأعمال فكرة التصدي تطبيقاً للمادة ٥٦٨ مرافعات. ومن ثم فمتي وجد هذا المبرر، وقدرت محكمة الاستئناف أنه يقتضي إنهاء النزاع نظرت الموضوع وفقاً للأثر الساحب وليس وفقاً للأثر الناقل، لأن جوهر ومناط الأخير يكون فيما استنفدت أول درجة ولايتها بشأنه، وحيث أن أول درجة لم تستنفد ولايتها للموضوع، فيكون نظره والفصل فيه من جانب محكمة الاستئناف متى قررت وفقاً للأثر الساحب - التصدي - وليس الأثر الناقل. ودون أن يكون في خروجها(٢) افتتيات علي قواعد الاختصاص لخروج المشرع نفسه علي هذه القواعد.

وفيما يتعلق بالخروج علي مبدأ التقاضي علي درجتين لم يعد يشكل عقبه للخروج المتكرر من جانب المشرع وبنصوص صريحة علي نحو أصبح يشكل المبدأ استثناءً من الأصل في التقاضي بل أصبح المشرع يبارك الخروج علي المبدأ، كلما وجد ما

---

(١) فعدم الإضرار بسير العدالة هو الذي أملي علي المحكمة الجزئية ضرورة إحالة الطلب العارض أو المرتبط إلي المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة. وهو نفسه الذي أدي إلي إحالة الطلب الأصلي هو الآخر إلي محكمة الطلب الأول رغم عدم اختصاصها به نوعياً وقيماً، فتصير مختصة بالتبعية لاختصاصها بالطلب العارض، ومن ثم فقاضي الفرع يصبح قاضياً للأصل. وبارك الفقه في مجموعه وبدون تردد والقضاء كذلك. في تفصيل ذلك. انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٧٠ وما بعدها بند ٢٥٤ وما بعده من المراجع والأحكام المشار لديه.

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه «علي المحاكم ... تحقيقاً للعدالة الشاملة وتوقياً من تضارب الأحكام ولو كان علي حساب بعض قواعد الاختصاص النوعي والقيمي، والتي في الأصل من النظام العام علي نحو ما أوجبته المادة ٤٦ مرافعات علي المحكمة الجزئية من التخلي عن الحكم في الطلب الأصلي الداخل في اختصاصها. إذا كان من شأن فصله عن الطلب العارض أو المرتبط يضر بسير العدالة، ويوجب عليها إحالة الدعوى برمتها إلي المحكمة الابتدائية لتحكم فيها بحكم واحد» طعن ٤٨/١١٠٤ ق نقض ١٩٨٠/١/٥ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ المحاماة السنة ٣٥ ع ٦٤ ص ١٠٦٨ حكم رقم ٤٥٣.

Paris 6 Janv. 1993. Juris. Data No 0200/5 cette per . BARRERE: tribune d'instance. Jur. Class. Pr. Civ. 1995 . Facc. 307 No 152. Cass. Civ. 18. avr. 1972. D. 1972. somm, 192.

(٢) ولا يتصور الاحتجاج بأن خروج المشرع علي قواعد الاختصاص داخل نطاق درجة التقاضي الواحدة، وليس علي درجتين، لأن خروجه في النهاية هو علي قواعد الاختصاص، وهي قواعد تتعلق بالنظام العام سواء علي نطاق الدرجة الواحدة أو الدرجتين.

ببرره تماشياً مع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية(١). وكان من صور هذا الخروج نظر النزاع برمته ولأول مرة أمام محكمة الاستئناف ونظرها لطلبات بسببها وموضوعها تطبيقاً للمواد ٢٣٥ / ٢، ٣، ٤، ٣، ٤، ٢ / ٥٨ أحوال شخصية ٥٦٥ من قانون التجارة، ٨٨ من القانون ١١ لسنة ٢٠١٨.

وفيما يتعلق بنص المادة ٢٣٤ مرافعات، ففضلاً عن مخالفته لما استقر عليه القضاء(٢) في ظل القانون السابق لا يعد إلا تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين والتمسك بأهديه التقليدية حيث تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالي "قروى أن من مصلحة العدالة أن تعيد محكمة الدرجة الثانية وجوباً الطلب الاحتياطي في هذه الحالة إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيه"(٣) وحيث أن المشرع خرج عن المبدأ في الغالب من تطبيقاته ليمنح محكمة الاستئناف من أداء وظيفتها الحديثة، وساهم المشرع بنفسه في ذلك(٤) فيكون من المنطقي إذا رأت محكمة الاستئناف أن مصلحة العدالة، وتحقيقاً لحسن سيرها إنهاء النزاع أمكنها ذلك والتصدي له وإنهاؤه بشكل كامل.

وإذا كانت أحكام النقض المصري تواترت علي منح محكمة الاستئناف هذه المكنة إذا ألغت الحكم بعدم القبول تطبيقاً للأثر الناقل للاستئناف، وهو ما لم نسلم به(٥). فضلاً عن تضارب هذه الأحكام(٦). إلا أنها تشكل إرهاباً تحول لوظيفة الاستئناف الحديثة، ولذا يحمدها علي هذا التحول، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى إذا خولت(٧) هذه المكنة لمحكمة الاستئناف تطبيقاً للأثر الساحب للموضوع - التصدي

(١) انظر فيما سبق بند ١١.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضي بأن "رفع الاستئناف من المحكوم عليه في الطلب الأصلي يستتبع اعتبار الطلب الاحتياطي الذي لم تكن محكمة أول درجة بحاجة إلى الفصل فيه مطروحاً على المحكمة الاستئنافية، وذلك بلا حاجة إلى رفع استئناف بشأن من المستأنف عليه" نقض ١٩٦٥/٤/٢٩ السنة ١٦ ص ٥١٨، نقض ١٩٦٢/٣/١٤ السنة ١٤ ص ٣٠٨ مشار إليهما لدى د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٥٧١؛ د. أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٥ ج ٤ ص ١٠٩٤.

(٣) انظر محمد كمال عبد العزيز: المرجع السابق ص ١٥٥٢.

(٤) انظر فيما سبق بند ١١.

(٥) انظر فيما سبق بند ٣٤.

(٦) في هذه الأحكام انظر فيما سبق بند ٣٣ والهوامش الملحقة به.

(٧) وهو ما تراه محكمة النقض وتريد بمقتضاه الإسراع في مجال العدالة. فبدلاً من إلغاء الحكم الفرعي، والعودة لأول درجة ثم إصدار حكمها الأول، ثم العودة إلي محكمة الدرجة الثانية بالطعن من جديد حاولت

- متي قدرت هذه المحكمة أن حسن سير العدالة وعدم الإضرار بها(١)، يقتضي إنهاء النزاع وطلب الخصوم ذلك، لأن الممنوع عليهم فقط الالتجاء مباشرة إلي هذه المحكمة. فالنزاع متي مر علي محكمة أول درجة. وطعن علي حكمها الفرعي المنهي للخصومة أمامها دون أن تستنفد ولايتها في الموضوع، وطلب الخصوم من محكمة الاستئناف نظر هذا الموضوع، وقدرت هذه المحكمة أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع، وألغت أو أبطلت الحكم المطعون فيه أمكنها سحب الموضوع وحسمه بشكل نهائي. ذلك كله تحقيقاً للهدف(٢) من القانون وهو تخفيف الأعباء عن كاهل القاضي والمتقاضين.

مثل هذا الحل(٣) يؤدي إلي إمكانية تطهير الخصومة أول بأول من الأعمال الإجرائية المعيبة التي بها. فإذا وجد حكم منهي للخصومة أمام أول درجة. وكان مصيره الإلغاء، إذا ما طعن فيه بالاستئناف. من الأفضل في ظل الوظيفة الجديدة له والمهمة المنوطه به تصفية النزاع بشكل نهائي وحكم واحد أمام محكمة الدرجة الثانية. فإذا ما ألغت الحكم المطعون فيه جاز لها التصدي لنظر موضوع الدعوى برمته.

٣٧- ثانياً: كون الحكم المطعون فيه صادراً بوقف الخصومة: والحكم بالوقف ايأً كان سببه(٤) يعد حكماً قضائياً قطعياً في مسألة معينة، هي عدم صلاحية الدعوى

---

الاختصار ، بالطن الفرعي فيما تم أمامها - الدرجة الثانية - فهي تغتم الفرصة وتنظر الموضوع إذا ألغته. د. نبيل عمر: نطاق الطعن بالاستئناف ص ٦٧ بند ٢٦.

(١) انظر فيما يلي بند ٤٤ وما بعده.

(٢) وفي تحولات محكمة النقض وسعيها نحو الإسراع في تحقيق العدالة. انظر فيما سبق بند ٢٦ وما بعده.

(٣) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٦٨ بند ٢٦. الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات ٢٠١١، دار

الجامعة الجديدة ص ١٥٥ وما بعدها بند ١١٢ وما بعده.

(٤) فوقف الخصومة تتعدد أسبابه لتعدد مصدره، فقد يكون مصدره إرادة القاضي أو إرادة الخصوم أو نص القانون. لذلك تعددت أنواع الوقف تبعاً لاختلاف هذه المصادر. فالوقف الذي يكون مصدره إرادة القاضي هو الوقف القضائي مادة ٩٩، ١٢٩ مرافعات. والوقف الذي يكون مصدره القانون هو الوقف القانوني مادة ١٦٢ مرافعات ٣/٣١ من قانون المحكمة الدستورية العليا. والوقف الذي يكون مصدره إرادة الأفراد هو الوقف الاتفاقي مادة ١٢٨ مرافعات. في تطبيق ذلك انظر:

طعن ٥٩/٣٣٧ ق نقض ١٩٩٦/٥/٢٦. طعن ٦٤/٨٢٤٩ ق نقض ١٩٩٥/٦/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٤٦

ص ٩١١. طعن ٥٩/٣٠٢٥ ق نقض ١٩٩٤/١/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٥٦١. طعن

٥٦/٢٢٥٧ ق نقض ١٩٩٢/٥/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٧٢١. طعن ٥٣/٢١١٩ ق نقض

بالحالة المطروحة بها للفصل فيها(١) لأجل معين أو حتى حدوث الواقعة التي حددها(٢). ومن ثم يحسم المسألة حول عدم صلاحية الدعوى للحكم فيها. ويستتفد ولاية المحكمة التي أصدرته(٣)، وينسب إليها ويرتب آثاره القانونية استناداً إلى هذه الصفة. فإذا صدر الحكم بالوقف رغم عدم توافر مفترضاته، كما لو قضت المحكمة بالوقف الجزائي نتيجة إهمال المدعي عليه دون المدعي(٤). أو بدون سماع المدعي

١٩٩١/٣/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ٧١٤. طعن ٤٣/٢٦٧ ق نقض ١٩٨٣/٤/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٠٣٧. طعن ٤٨/٣٣٢ ق. نقض ١٩٨٠/٦/٢ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٦٤٦. ووقف الخصومة في القانون الفرنسي، أما أن يكون مصدره نص القانون أو أن يكون مصدره قرار القاضي حينما يوقف الخصومة انتظاراً للفصل في مسألة أولية لازمة للفصل في الخصومة الأصلية، أو شطب الخصومة باستبعادها من الرول. وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع تطبيقاً للمادة ٣٧٧ مرافعات والتي تنص على أنه «فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون، توقف الخصومة بقرار وقف الفصل أو شطب الخصومة».

ولا يوجد نص في القانون الفرنسي يجيز الوقف الاتفاقي، كما هو الحال في القانون المصري، ولذا ثار الخلاف في الفقه الفرنسي حول جواز الوقف الاتفاقي، فالبعض أنكره والبعض أجازه حيث قسم الوقف إلي نوعين وقف الفصل، والشطب، والشطب قد يكون جزائياً أو اتفاقياً. انظر: د: الأنصاري النيداني: مبدأ وحدة الخصومة ص ٢٥٨ حاشية رقم ١.

Jean- Mare- DESPAQUIS: Incident d'instance. Lexis 360. 10 mors 2016 p. 5  
ets. CLOUDE BASNARD: les incidents d'instance. Ch. 6. sect. 3 portail du  
droit sociolin 31- 3- 2014.

(١). د. محمود هاشم: المقال ص ٩٧ بند ٩٧.  
(٢) تطبيقاً للمادتين ٣٧٧، ٣٧٨ مرافعات فرنسي. حيث استهلكت المادة الأولى بالقول بأنه فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون تقف الخصومة بقرار وقف الفصل في الدعوى.

"En déhars de cas aû la lai le prévait est suspendue par la decision qui sursoit a staluer radie L'affaire au ardonne son retroit du rôle".  
ونصت المادة الثانية، على أن قرار الوقف يوقف سير الخصومة لأجل معين أو حتى حدوث الواقعة التي حددها.

"La décision de sursis suspend le cours de L'instance Pour le lemps au jusqu'a la survenance d'événement qu'elle determine"

Claude Basnard: Préc.

انظر :

(٣) والفاعلية التي يرتبها الحكم بوقف الخصومة باعتبار صفته القطعية. تظل محصورة داخل نطاق الخصومة الذي صدر فيها، ولا يرتب أثره إلا في مواجهة المحكمة التي أصدرته دون غيرها من المحاكم، ويعبر عن هذه الفاعلية بالنسبة لهذه المحكمة بالقول أن المحكمة قد استنفدت ولايتها بالنسبة لمسألة عدم صلاحية الدعوى بالحالة المطروحة بها للفصل فيها هي مسألة إجرائية، وعلى نحو يحول بينها وبين معاودة البحث في هذه المسألة على أية وجه وفي أية صورة. أما خارج هذا النطاق فإن هذا الحكم يتجرد من فاعليته، فليست له فاعلية في أية إجراءات قضائية أخرى تتعلق بذات الموضوع الذي تطرحه خصومة الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم بشأنها، كما أنها لا تقيد من سلطة المحاكم الأخرى في خصوص المسائل التي قطعت، تتملك هذه المحاكم نظر المسألة والقضاء فيها على نحو يخالف ما قضى به هذا الحكم. ومرجع ذلك ومبناه عدم حيازة الحكم بوقف الخصومة أيما كان سببه لحجية الأمر المقضي. انظر : د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضي ص ١٦٣ وما بعدها بند ٨١ وما بعده. وأيضاً المراجع المشار إليها ص ١٠١.

(٤) حيث يجب لتحقيق الوقف الجزائي أن يكون هناك تقصير من المدعي سواء كان ذلك عن إهمال أو عنت، ويظهر ذلك في عدة أحوال. فقد تكلف المحكمة المدعي بإعلان خصمه، ولكن لا يقوم بذلك على الرغم من

عليه(١) أو قضت بالوقف الاتفاقي دون تحقق اتفاق جميع الخصوم(٢). أو وكلائهم في الخصومة(٣) ولو كان موضوع الدعوى يقبل التجزئة(٤) أو لمدة تزيد عن المدة المحددة في القانون(٥) أو قضت المحكمة بالوقف التعليقي بشأن

تكرار التأجيل. أو تكلفة المحكمة بإدخال خصم جديد في الدعوى فيمتنع. أو تؤجل المحكمة الدعوى لتقديم المدعي مستندات معينة قاطعة في الدعوى، ولكن يتخلف عن تقديم هذه المستندات. انظر : د. جمال العنيزي: المرجع السابق ص ٢٤٨ وما بعدها؛ د. أحمد مليجي: ركود الخصومة. الطبعة الثانية دار النهضة العربية ص ٤٤ وما بعدها؛ حمدي ياسين عكاشة: المرافعات الإدارية منشأة المعارف ص ١٥٠٧ وما بعدها. وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٦٤/٨٢٤٩ ق نقض ١٩٩٥/٦/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٩١١. المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٦/١٢/٢٧ الطعن رقم ٢٨/٢١١ مجموعة القواعد القانونية السنة ٣٢ ص ٥١٢.

(١) أما لو سمعت المحكمة المدعي عليه تحققت الغاية من سماعه، حتى ولو اعترض على الوقف، لأن القول بغير ذلك يعني شل سلطة المحكمة في أعمال الجزاء نفاذاً لأمر أصدرته لمجرد اعتراض المدعي عليه. وقد تكون مصلحة المدعي عليه في الاعتراض غير مشروعة، كما في حالة صدور أمر إلى المدعي لمصلحة العدالة، يرى المدعي عليه أنه ضار به، وليس من المقبول تعليق استعمال المحكمة لسلطتها على إرادة المدعي عليه، ولو أراد المشرع هذا، لنص على ذلك وعلق توقيع الجزاء على طلب المدعي عليه، ولكنه لم يتطلب سوى سماع أقواله. انظر: د. فتحي والي: الميسوط ج ٢ ص ٣١٣ وما بعدها بند ١١٦؛ د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص ٢٦٢ بند ١٨٧؛ د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ٧٩١ بند ٤٣٩ قارن : حيث يرى البعض أن سماع أقوال المدعي عليه قبل الحكم بالوقف وإثبات موافقته من مقتضيات الحكم بالوقف الجزائي؛ د. رمزي سيف: المرجع السابق ص ٥٧٧ بند ٤٦٩.

(٢) فالإرادة المجتمعة للخصوم في الوقف الاتفاقي تشكل مفترضاً أساسياً للحكم الصادر بالوقف، ويرتب الحكم آثاره. كما يؤكد فاعليته في ظل وجود هذا المفترض. فإذا غاب هذا المفترض في أي وقت لاحق بعد صدور الحكم وأثناء فترة الوقف فقد الحكم أساس وجوده ولا يعد هناك محل لأعمال مقتضاه أو التمسك بفاعليته، وترتيباً على ذلك يجب أن يتم الاتفاق على الوقف بإرادة الخصوم مجتمعة، لأن تطلب هذا الاتفاق يعتبر من مقتضيات حسن سير العدالة، إذ من المحتمل أن يكون طلب الوقف مقصوداً به الإضرار بالخصم الآخر والتأثير على مركزه القانوني لو أجاز تحقق الوقف بالإرادة المنفردة. انظر: د. وجدي راغب: مبادئ ص ٦٤٦؛ د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ١٥٩ بند ١٧٧؛ د. محمود هاشم: الإشارة السابقة؛ د. فتحي والي: المرجع السابق ص ٣٢٦ بند ٤٥٩؛ د. أحمد مليجي: ركود الخصومة ص ٣٦ وما بعدها؛ د. جمال العنيزي: المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها.

وفي مظاهر الوقف الاتفاقي وحقيقته. انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢١٠ وما بعدها بند ١٩٣ وما بعده.

(٣) نقض ١٩٥٥/٣/١٧ مجموعة الـ ٢٥ سنة الجزء الأول ٦٣٠ قاعدة د. أحمد هندي: التعليق ج ٣ ص ١٠٧.

(٤) قارن، حيث يرى البعض أن حالة تعدد الخصوم وطالب أحد المدعين مع المدعي عليه وقف الخصومة وفقاً جزائياً، فمن الواجب إجابة هذا الطلب متى كان موضوع الخصومة يقبل التجزئة بطبيعته. كذلك الحال إذا طالب بالوقف المدعي مع أحد المدعي عليهم، وذلك لأن الخصومة تقبل التجزئة كقاعدة عامة إن لم ينص المشرع على ما يخالف ذلك. د. أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية ص ٥٩٥ حاشية رقم أ؛ د. رمزي سيف: المرجع السابق ص ٥٩٣ بند ٤٨٥. وفي نقد هذا الرأي. انظر : د. الأنصاري النيداني: الإشارة السابقة.

(٥) حيث حدد المشرع مدة الوقف بما لا يجاوز ثلاث أشهر مادة ١٢٨ مرافعات، وحتى لا يؤدي الوقف الاتفاقي إلى تأييد المنازعات، وهو ما تأباه العدالة. فإذا أجابت المحكمة الخصوم لمدة تزيد عما نص عليه القانون تكون أخطأت في تطبيقه.

مسألة أولية(١) تدخل في صميم اختصاصها(٢) أو قضت بها رغم عدم جديتها(٣) أو لعدم وجود صلة ارتباط بينها وبين الدعوى الأصلية أو بالرغم من أن هذه المسألة سبق للقضاء أن حسمها بحكم قطعي(٤). أو على العموم قضت المحكمة بالوقف في غير الحالات التي يوجب القانون فيها وقف الخصومة(٥). ففي كل ذلك يعد قرار

(١) والمسألة الأولية هي ما يعترض بها سير الخصومة الأصلية، ويكون الفصل فيها أمراً لازماً للفصل في هذه الخصومة في حين أن محكمة هذه الخصومة لا تختص بها، كما لا يمكنها الفصل فيها. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٩٤ وما بعدها بند ٩٠ وما بعده. د. أحمد هندي: ارتباط الدعاوي والطلبات في قانون المرافعات ١٩٩٥ دار الجامعة الجديدة ص ٢٥٤ وما بعدها بند ٨٥ وما بعده؛ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق ص ١٥٠٨ وما بعدها،

HAFIZA, EL-HADDAD: le probleme des question préolables en droit international prive Thé. Nice. 1984.P.5. BERR : (j.) L'insertion dans les procès français du méconisme europeén des questions prejudicielles J.C.P. 1967. N. 2060.

ويعد مناط الحكم بوقف السير في الدعوى طبقاً للمادة ١٢٩ مرافعات أن تكون المسألة الأولية التي يثيرها أحد الخصوم خارجة عن اختصاص المحكمة الوظيفي أو النوعي. طعن ٦٠/٣٥٥٧ ق نقض ١٩٩٥/٥/١٦ طعن ٦٠/٨٣ ق نقض ١٩٩٤/٣/٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ع ٢ ص ١٥٤. طعن ٦٠/٦٦١ ق نقض ١٩٩٢/٥/٢١ طعن ٥٧/١٦٦٥ ق نقض ١٩٨٩/١١/٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٠ ع ٣ ص ٣٤ Cass. Civ. 5 juill. 1993. Bull. Civ. I – N. 262. Civ. 2 juill 1991 J.C.P. 1992 IV. 345. Civ. 19 juin. 1985.D.1985.426. Note. SARGO.

وفي القضاء الإداري: طعن ٨/٩٢٨ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٥ طعن ١٢/١١٩١ ق جلسة ١٩٦٨/١١/٢٣. طعن ١٢/٤٣٢ ق جلسة ١٩٧١/٥/١٦ طعن ٣٣/١٠٣٥ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٩ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق ص ١٥١٠ وما بعدها.

(٢) لأن ما يدخل في صميم اختصاص المحكمة المطروح أمامها الخصومة الأصلية يسمى بالمسألة الفرعية وهي تختلف عن المسألة الأولية. والمسألة الفرعية هي مسألة لا تثير نزاعاً قائماً بذاته، كما لا يستلزم الفصل فيها وقف الخصومة الأصلية، لأن الفصل فيها لا يكون من جانب محكمة خلاف محكمة الخصومة الأصلية، لامتداد اختصاص هذه المحكمة لنظرها، ودون أن يعد تجاوزاً من جانبها لمسألة الاختصاص. فإذا رفعت دعوى بصحة و نفاذ عقد بيع فطلب آخر الحكم بأنه مالك لهذا العقار. فهذا بحث يدخل في صميم الدعوى، لأن الحكم بالصحة والنفاذ، يتوقف على سلامة هذا الدفاع، فلا يسوغ وقف الخصومة حتى يفصل في مسألة الملكية، حتى ولو كان مدعي الملكية ليس طرفاً في العقد، بل من الغير الذي يضره الحكم الذي يصدر. في تفصيل ذلك، انظر: المؤلف، المرجع السابق ص ٩٧ بند ٩٣؛ د. أحمد هندي: الإشارة السابقة؛

HAFIZA, EL – HADDAD, Thé. P. 5 – 6. BERR Lic. Cit. Solus et Perrot : op. cit. t. 2 P. 506. N. 455. MOREL op. cit. P. 236.N. 275.

وفي تطبيق ذلك: طعن ٦٠/٨٣ ق نقض ١٩٩٤/١٢/٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ١٥٤٩. نقض ١٩٨١/٣/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٧٨٦. نقض ١٩٥٢/٥/٨ مجموعة الأحكام السنة الثالثة ص ١٠٤٦.

(٣) المؤلف: المرجع السابق ص ٩٩ بند ٩٥؛ د. وجدي راغب: مبادئ ص ٦٤٩. طعن ٧٣/٧٠ ق نقض ٢٠٠٦/٦/١٤ طعن ٦٢/٢٤٢٧ ق نقض ١٩٩٥/١٢/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ١٤٠١. Cass. Civ 23. mai. 1989. J.C.P. 1990.11.2.1460.Note Parieani.

(٤) طعن ٤٤/٢٠٣ ق نقض ١٩٧٩/١/٢٤. مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ص ٣٣٨. (٥) فالقانون ينص على حالات معينة يوجب فيها وقف الخصومة الأصلية المواد ١٢٩ مرافعات، ١٦ سلطة قضائية ١٠٢ إثبات، ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ١/٢٦٥، ٤٥٦ إجراءات جنائية مصري.



المحكمة بالوقف شابه الخطأ في تطبيق القانون بشأن المسألة الإجرائية (١) التي حسمها الحكم (٢) ودون أن يتجاوزها إلى موضوع الدعوى مما يجوز الطعن (٣) فيه استقلاً توصلاً إلى إلغائه تطبيقاً للمادة ٢١٢ مرافعات مصري ٥٤٤ مرافعات فرنسي.

وكون الحكم الصادر بالوقف أياً كان سببه فاصل في مسألة إجرائية، ومنهي للخصومة أمام أول درجة بشأن الإجراءات التي صدر فيها، وقابل للطعن فور صدوره (٤). فإذا ألغته محكمة الاستئناف توافرت حالة التصدي التي اعتمادها المشرع الفرنسي تطبيقاً للمادة ٥٦٨ مرافعات، وهو يخول لهذه المحكمة (٥) متى قدرت أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع. حسمت موضوعه متى طلب منها

---

٢/٣١٢ من قانون التنظيم القضائي الفرنسي ٢١٤ إجراءات جنائية فرنسي. في تفصيل ذلك انظر : المؤلف : المرجع السابق ص ٩٨ وما بعدها.

Solus et Perrot: op. cit., P.520 ets N. 469 ets. BERR : Préc. J. C. P. N. 2060.

(١) والتي طرحت على القاضي وقطع فيها برأيه. فهو مطالب سواء من تلقاء نفسه إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو بناء على طلب الخصوم أن يحسم مسألة معينة وهي عدم صلاحية الدعوى بالحالة المطروحة بها للفصل فيها انظر فيما سبق بند ٢٦ والهوامش الملحقة به.

(٢) والمحل الذي يرد عليه أياً كان سببه هي الأعمال أو الحقوق الإجرائية. في نطاق الوقف: انظر: د. جمال العنيزي: المرجع السابق ص ٤٥ وما بعدها. وفي الأعمال والحقوق الإجرائية. انظر : المؤلف: فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي ص ١٦ وما يليها بند ٤ وما يليه.

(٣) ومبرر جواز الطعن الفوري ومبناه، هو أنه إذا وقفت الخصومة تنفيذاً لهذا الحكم، فإن ضرراً حالاً يصيب الخصوم من هذا الحكم هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن الخصومة الواقفة لا يمكن أن تنتهي - مادام الوقف - بحكم فاصل في الدعوى، ومن غير المعقول حرمان الخصم طالب الحماية القضائية من هذه الحماية بالزامه بانتظار نهاية الخصومة دون تحقيق هدفها لكي يمكنه الطعن في حكم الوقف. د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٤٧١ بند ١٦١. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٧٢٨؛ د. أحمد أبو الوفا : نظرية الأحكام ص ٥٢٣ بند ٣٤٧؛ المؤلف: شرح قانون الإجراءات ص ٧٠٣ بند ٣١٠؛ د. محمود مصطفى يونس: المرجع السابق ص ١٥٩ بند ٨٢.

Jean – MORC. DESPAQUIS: Préc. P. 6. Cass. Civ. 30 Sept. 1998. No – 96 – 19 – 404. Juris. Dato. No 1998 – 003634. C.A. Limoges. 24 mai 2005. No 10/2005 juris. Dato No 2005 – 286249.

(٤) وفي خصوص القرار الصادر بالوقف الاتفاقي لم تفلح المحاولة التي بذلت من جانب بعض الفقه لإدراجه ضمن أعمال الإدارة القضائية، ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بأي طريق. د. أحمد أبو الوفا : المرجع السابق ص ٤١٤ بند ٢٥٣. المرافعات ص ٥٩٦ بند ٤٥٩. وفي تأييد ذلك، محمد كمال عبد العزيز: المرجع السابق ص ١٣٠١؛ د. محمود مصطفى يونس: ص ١٥٨ بند ٨١. وفي عدم صحة هذا التصور لعدم دقة أساسه. انظر: د. محمود هاشم: المقال ص ٩٦ وما بعدها بند ٩٧؛ د. أحمد ماهر زغول: أعمال القاضي. ص ١٥٨ حاشية رقم ١٠٧٨.

(٥) د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين ص ٢٨٥ بند ٥١.

الخصوم لأنه يمكنهم ذلك، لأن الممنوع عليهم هو طلب النزاع مباشرة أمام محكمة الدرجة الثانية.

ويؤكد ما سبق أن المشرع الفرنسي يعتبر الدفوع التأجيلية (١) وهي دفوع إجرائية (٢) نوع من وقف الخصومة تطبيقاً لصراحة المادتين ١٠٨، ١١٠ مرفعات (٣) وتواترت أحكام القضاء (٤) بؤيدها الفقه (٥) إلي أنه

---

(١) ويقصد بالتأجيل تعطيل السير في الخصومة إلى أجل معين. أي استهلاك جزء من وقت العدالة لاستيفاء مقتضيات جاهزية الدعوى للحكم. د. طلعت دويدار: تأجيل الدعوى ص ١٤؛ د. أحمد مليجي: ركود الخصومة المدنية ط ٢ دار النهضة العربية ص ١٧؛ د. جمال العيزي: المرجع السابق ص ١٦.

ANNE – Lise Loné – Clement : les exceptions de procedure dans le code du divorce : les exceptions dilatoires et de nullite. Lagbd.org. 24 – 1 – 2017.

(٢) حيث تناول المشرع في قانون المرافعات الحالي في الفصل الثاني من الباب الخامس من الكتاب الأول الدفوع الإجرائية، التي عرفها وفقاً للمادة ٧٣ بأنه يعتبر "دفعاً إجرائياً كل دفع يرمي إلى الحصول على تقرير قضائي بعدم انتظام الإجراءات أو بإنقضائها أو حتى مجرد وقف سيرها" في النص انظر فيما سبق بند ٢٦. وفي المبحث الثالث من هذا الفصل تناول الدفوع التأجيلية. وفرق بين التأجيل الوجودي مادة ١٠٨، والتأجيل الجوازي مادة ١٠٩، ١١٠. انظر: ANNE – Lise Loné – Clement: Préc.

(٣) حيث تحدث المشرع وفقاً للمادتين عن وقف الخصومة، حيث نص في المادة ١٠٨ على أنه "يجب على القاضي وقف الخصومة

"le juge doit suspendre L'instance..."

وفي المادة ١١٠ نص على أنه يجوز للقاضي وقف الخصومة في أحوال معينة.

"le juge pout également suspendre L'intance...".  
انظر:

ANNE – lise Loné – Clement: Prec. Hebroud: obs R.T.D. Civ. 1952. P. 536 etss

وفي تطبيق ذلك انظر :

Cass. Civ. 22 mars. 2012. N. 11 – 13 – 430. Coss. Civ. 24 mars 2005. N. 03 – 14. 197. Soc. 4 oct. 1989. Bull. Civ. V. N. 565. Civ. 28 avr. 1982. Bull. Civ. I. N. 152. Paris. Ard. 22 oct. 1987 Bull. Ch. A voués. 1987. 4. 195.  
(٤)Coss . Soc. 24. avr. 1975. Bull. V. N. 207. Civ. 25. mars. 1985. Gaz. Pal 1985. Pan. 197. obs. Groze et Morel. Aix. 5 act. 1976. d. 1977. 475. Note juline. Coss. Civ. 21. avr. 2005. J. C. P. 2005. iv. 2345.

مشار لهذه الأحكام لدى د. علي تركي : المرجع السابق ص ٤٤.

(٥)ANNE – Lise Loné – Clement: Lic. Cit. Frederique FERRAND: Domaine de L'evocation 2017 préc N. 1007 ets CARTINI: L'article 568. Gaz Pal. Préc. P. 403. Maurice Loisel: emploi optimal de La notion d'évocation préc. N. 22

قارن : حيث يرى البعض بعدم سلامة تبرير جواز التصدي في الأحكام الصادرة بتأجيل نظر الدعوى على أن محكمة أول درجة لم تستنفذ ولايتها، وهو ما يخالف ما نصت عليه المادة ٥٦٨ مرفعات التي نفترض لجواز التصدي أن يكون الحكم صادراً في دفع إجرائي، وليس لكون محكمة أول درجة لم تستنفذ ولايتها. د. علي تركي: الإشارة السابقة.

وهو ما لم نسلم به، لأن الدفوع التأجيلية تناولها المشرع الفرنسي ضمن الدفوع الإجرائية، وتخضع في تنظيمها التشريعي للقواعد العامة لهذه الدفوع. وخاصة قاعدة وجوب التمسك بالدفع الإجرائي قبل التعرض

إذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر بتأجيل الدعوى أمكنها التصدي للمسائل التي لم تنظرها محكمة أول درجة. وإذا كان قرار المحكمة بتأجيل الدعوى نوع من وقف الخصومة فقرار المحكمة بوقف الخصومة دون رفضه (١) إذا ما ألغته محكمة الاستئناف أمكنها التصدي للموضوع (٢)، متي طلب منها الخصوم ذلك وقدرت أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع. وتطبيقاً لذلك قضي (٣) بأن محكمة الاستئناف إذا ألغت قرار الوقف أمكنها التصدي لموضوع النزاع.

وفي تصورنا توافر هذه الحالة لا يحول العمل به في القانون المصري حائل، لأن محكمة أول درجة متى أخطأت في تقديرها لمسألة الوقف حتماً سوف يأتي تقديرها للموضوع خطأً. فبدلاً من الانتظار لصدور حكم في الموضوع وتلغيه محكمة الاستئناف وتتنظره وفقاً للأثر الناقل للاستئناف. فيمكنها التصدي لهذا الموضوع إذا ما ألغت الحكم الصادر بالوقف وطلب الخصوم ذلك وقدرت هذه المحكمة أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع.

٣٨ - الحالة الثالثة: كون الحكم الفرعي المطروح أمام محكمة الاستئناف مطعوناً عليه بالاعتراض Le conterdit: إذا فصلت محكمة أول درجة في مسألة

---

للموضوع. فالدفع بالتأجيل دفع إجرائي، وما يصدر فيه من قرار منهي لمسألة إجرائية هذا من ناحية. في تفصيل ذلك انظر: د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ٢٢ وما يليها.

ANNE – Lise Lonne – Clement. Prec

ومن ناحية أخرى، أن شرط التصدي ومناطه ألا تكون محكمة أول درجة قد استنفدت ولايتها في الموضوع. انظر:

Motulsky : Les rapports entre L'effet préc. J. C. P. 1953 – 1 – 1095. et  
Nouvelles reflexions sur l'effet. Préc. J. C. P. 1958. 11. N. 1423.

(١) فلا يمتد الطعن المباشر إلى الحكم الصادر برفض الوقف نقض ١٩٨٨/٣/١٦ طعن ٥٥/١١٠٥ ق،  
١٩٨٣/٣/٢٨ طعن ٤٠/٣٨٥ ق نقض ١٩٥٣/٥/٢١ م. نقض ٢٠ - ١٠٤٤ محمد كمال عبد العزيز: الإشارة السابقة.

(٢) Soc. 24 avr. 1975. Bull. Civ. 1975. V. N. 207. Aix – en – Provence. 5 act.  
1976. D. 1977. 475. Note juien. Civ. 25 mars. 1985. D. 1985. IR. 467 obs.  
Julien. G. P. 1985. I. Pan. 197 obs. CROZE et MOREL. Civ. 14 act. 1992.  
Bull. Civ. 1992. III. N. 266 نظرية زغلول: أحمد ماهر زغلول: نظرية ١٩٩٢. III. N. 266  
البيطلان ص ٧٥٢ وما بعدها.

(٣) .Cass. Civ. 23 mars. 1997. Bull. II. N. 69. Pouvoir. 95 – 11 – 441

الاختصاص دون الموضوع (١) فإنه لا يطعن على الحكم الصادر في هذه المسألة إلا بطريق الاعتراض (٢) وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي حيث تنص المادة ١/٨٠ مرافعات على أنه (٣) "إذا قضت محكمة أول درجة في مسألة الاختصاص دون الفصل في موضوع النزاع، فإن هذا الحكم لا يمكن الطعن عليه إلا بطريق الاعتراض حتى ولو حسمت مسألة تتعلق بالموضوع متى كان حسمها ضرورياً، نظراً لتعلقها بمسألة الاختصاص".

ونصت المادة في فقراتها الثانية على أنه (٤) "استثناءً من حالات الخبرة، فإن طريق الطعن بالاعتراض يكون الواجب الاتباع، إذا قضت محكمة أول درجة في مسألة

---

(١) أما إذا فصلت محكمة أول درجة في مسألة الاختصاص والموضوع معاً، فإن هذا الحكم لا يتم الطعن عليه إلا بالاستئناف، يستوي في ذلك أن يكون ما قضي به الحكم قد صدر ابتدائياً من حيث الموضوع. أو في مسألة الاختصاص فقط أو صدر انتهائياً من حيث الموضوع. ووفقاً لذلك إذا ألغت محكمة الاستئناف حكم أول درجة نظرت الموضوع وفقاً للأثر الناقل للاستئناف.

وفي تطبيق ذلك انظر : Cass. Civ. 28 mai 1986 Gaz Pal 1986 – 2 – Panor. 202. Com. 26 act. 1976. Bull. Civ. IV. N. 269. Paris. 1 – act. 1986. Gaz Pal. 1987. I. Somm. 32. Paris. 16 janv. 1981. J.C.P. 1982. IV. 223

(٢) حيث اعتبر المشرع الفرنسي الاعتراض هو الطريق الوحيد للطعن في مسألة الاختصاص إذا ما فصلت فيها محكمة أول درجة مستقلة عن الموضوع وذلك اعتباراً من عام ١٩٥٨. فقبل هذا العام كان طريق الطعن على الحكم الصادر في هذه المسألة هو الاستئناف.

انظر : MOREL: op. cit. P. 256N 304. BLANC. (E.) et VIATTE (j.) Nouve code de procedure civile commente dans l'ordre des articles. Avocats 1982. P. 94 ets. Art. 80.

Solus et Perrot. Op. cit., T. 11. P. 755 etss. N. 755 etss. Cass. Civ. 10 Juill. 2003. D. 2003. Civ. 10 Juin 2009. AJDI 2009. 814 Cass. Soc. 15 dec. 1999. D. 2000. 27. Paris 24 Nov. 2009 – AJDI 2010. 152. (٣) Ant. 80 – 1 "Lorsque le juge se prononce sur la compétence sans statue sur le fond du litige ne peut être attaquée que par la voie du contredit quand bien même le juge a tranché la question de fond dont dépend la compétence".

وفي تطبيقات ذلك انظر :

Cass. Civ. 2 févr 1972. Bull. Civ. II. N. 33. Soc. 24 avr. 1975. Bull. Civ. V. N. 205. Soc. 5 juin. 1962. Bull. Civ. V. N. 532. R.T.D. Civ. 1963. 787 obs.

Hébraud. Paris. 14 janv. 1972. J.C.P. 1972. II. 17242. Concl comadeau.

(٤) art. 80 – 2. "sous réserve des règles particulières à l'expertise la décision ne peut pareillement être attaquée du chef de la compétence que par la voie du contredit lorsque le juge se prononce sur la compétence et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire".

انظر : Cass. Civ. 14 dec. 1992. d. 1993. Somm. 183. obs julien Bull. Civ. II. N. 311.

متعلقة بالاختصاص، ولو اتخذت بصددها إجراء من إجراءات التحقيق أو إجراءً وقتياً. وتطبيقاً لذلك متى قضت محكمة أول درجة في مسألة الاختصاص وحدها ولو تحسست الموضوع أو اتخذت إجراءً وقتياً أو إجراءً تحقيقاً بهذه المسألة. كان الطريق الوحيد للطعن على هذا الحكم هو الاعتراض (١). لما لهذا الطريق من طابع محددة وسمات مميزة (٢) يهدف المشرع بمقتضاها إلى سرعة إنهاء ما يتعلق بمشاكل الاختصاص وفي وقت قريب.

ويترتب على فصل المحكمة في مسألة الاختصاص وحدها وقف الخصومة حتى ينقضي ميعاد الاعتراض تطبيقاً للمادة ٨١ مرفعات *L'instance est suspendue jusqu'à l'expiration du délai pour former contredit*. ويتم الوقف في

---

(١) فإذا أخطأ الخصم في سلوك طريق الطعن بالاعتراض وسلك محله الطعن بالاستئناف كان الخطأ سبباً لعدم قبول طعنه بالاعتراض.

Solus et perrot: op. cit., P. 865. N. 826. NORMAND: appel au contredit la sonction du mauvais choix. R.T.d. Civ. 1983. P. 588. N. 3.

بخلاف لو حدث العكس وكان الطريق الواجب الاتباع هو الطعن بالاستئناف وطعن بالاعتراض، فإن الخطأ في سلوك الطريق لا يحول دون نظر الطعن مادة ١/٩١ مرفعات. *Ellen'en demeure pas moins saisie*. غاية الأمر أنه يتعين على المحكمة في هذا الصدد إعطاء الطعن التكييف القانوني السليم، شريطة أن يكون ميعاد الطعن مازال مفتوحاً، ومن ثم تنتظره محكمة الطعن وفقاً لقواعد أحكام الطعن بالاستئناف.

SOHM – BOURGEOIS: Préc P. 28. N. 224. Civ. 10 dec. 1980. Bull. Civ. II. N. 261. Soc. 9 juin. 1982. *ibid.* V. N. 378. Paris 17 oct. 1972. D. 1973. 464.

Note. Giverdon. R.T.D. Civ. 1973. 811. obs. Hébraud.

ومع اعتماد الاعتراض كطريق للطعن في مسألة الاختصاص، إلا أنه لا يطعن بهذا الطريق في بعض الحالات، وإنما يطعن فيها بالطريق العادي الاستئناف. ومن هذه الحالات ما يتعلق بطبيعة المنازعة، ومنها ما يتعلق بطبيعة القرار التي تصدره المحكمة.

*Matiere de divorce au déseparation de corps*. GIVERDON : Ency. Dalloz pr. Civ. 1979. P. 10. N. 92.

والمسائل المتعلقة بالاختصاص الدولي *juridiction et rangée* انظر : J. C. : Civ. 6 juill. 1966. P. 1967. II. N. 14860. R.T.D. Civ. 1966. P. 846. N. 6. obs. Hebraud.

ومثال الثانية: المسائل المستعجلة *les ordonnance de référé*. انظر: NORMAND: obs. R.T.D. Civ. 1983. P. 781

والمسائل الإدارية :

Solus et PERROT: op. cit., P. 776 etss (administrative). N. 737. Paris 17 oct. 1972. et du. 24. Janv. 1973. R.T.D. Civ. 1973. 811 obs. Hébraud.

Solus et Perrot: op. cit., P. 776. N. 737 (٢)

مواجهة جميع أطراف الخصومة، ولو كان الاعتراض رفع من إحداهما دون الآخرين (١) لما للاعتراض من أثر واقف (٢). Éffet suspensif.

ويقدم الاعتراض إلى محكمة الاستئناف التي تتبعها المحكمة التي أصدرت الحكم في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره (٣) مادة ١/٨٢ مرافعات (٤). وذلك استثناءً من القاعدة العامة بشأن ميعاد الطعن بالاستئناف وهو شهر يبدأ من تاريخ إعلان الحكم (٥) ويجب أن يكون الاعتراض مسبباً وإلا كان غير مقبول (٦) ويقوم قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم محل الاعتراض بإعلان الخصوم بصورة منه بخطاب مسجل بعلم الوصول مادة ١/٨٣

.Por lettre recommandée avec demande d'avis de reception

ويرفع ملف القضية مشتملاً على الاعتراض المقدم مع صورة الحكم المطعون فيه لما له من أثر ناقل (٧) effet devalutif إلى قلم كتاب محكمة الاستئناف، والتي

---

(١) فإذا صدر حكم في مسألة الاختصاص، وقدم اعتراض على هذا الحكم من قبل أحد أو بعض الخصوم أو ضد أحد أو بعض الخصوم، فإن هذا الحكم يكون كل لا يتجزأ بالنسبة لجميع الخصوم، ومن ثم فلا يجوز لبعض الخصوم التمسك بحيازة الحكم بعدم الاختصاص بقوة الأمر المقضي بالنسبة لهم فقط، كما لا يجوز إخراجهم من خصومة الاعتراض المقدمة من قبل أحد الخصوم في هذا الحكم. ولهذا توقف الخصومة بالنسبة لجميع الخصوم، وليس بالنسبة للمعترض أو المعترض ضده فقط. Paris 22 juin et 29 juin 1962 sam. Jur. 1962. 11. 12848. note. R. L. R. T. D. civ. 1963. 155 obs. HEBRAUD. Cette per. Solus et Perrt: op. cit. P. 801. VASSEUR obs. R.T.D. Civ. 1950. 439. HEBRAUD: obs – R. T. D. Civ. 1962. P. 172.

Solus et Perrot : op. cit., P. 800 ets N. 762. (٢)

(٣) فإذا فوت الخصم ميعاد الاعتراض، فلا يجوز له بعد ذلك الطعن في هذا الحكم مع الحكم الصادر في الموضوع مادة ٨٠ مرافعات انظر فيما سبق بند ٣٧.

(٤) Frédéric FERRAND : appel. D. 1999. Préc. P. 60 N. 489. Coss. Soc. 21 mars. 1995. Cah. Prud'homaux. N. 9. 1995. P. 159. Soc. 11 dec. 1992. Bull. 1992. V. N. 928.

Coss. Civ. 6 dec. 1989. J.C.P. 1990. 11 21471. Note Cadie t(٥)  
Coss. Soc. 19 juin. 1980. Bull. Civ. V. N. 544. 3 mars 1983. J.C.P. 1983. (٦)  
ed. G. iv. P. 156. Coss. Civ. 23 Nov. 1985. Gaz Pal 1986. 2. 417 Note. S. G.  
cette Por. SOHM – BOURGEOIS Compétence. Jur class. Pr. Civ. 1991.  
Fasc. 213. 1. N. 183.

Solus et Perrot : op. cit., P. 800 N. 764. M. VERGUIN et APAJH: le (٧) contredit protail du droit social. <http://www.portail-droit-social-fn/:pageid=798>

Lucie MAYER: le nouvel appel préc. P. 73. N. 14.

تفصل في الاعتراض مادة ٨٣ مرافعات في الجلسة التي حددها القاضي مصدر الحكم محل الاعتراض. وهي غالباً ما تكون في أقرب وقت ممكن مادة ١/٨٤ مرافعات من وقت تقديم الاعتراض(١) والتي أخطر بها الخصوم بخطاب مصحوب بعلم الوصول مادة ٢/٨٤ مرافعات(٢) ويتعين على الخصوم تأييد ما أبدوه من ملاحظات observations بالحجج argumentation التي تودع ملف القضية مادة ٨٥ مرافعات(٣).

وتفصل محكمة الاستئناف في موضوع الاعتراض، وما أبداه الخصوم من ملاحظات بشأن مسألة الاختصاص(٤). فإذا رأت المحكمة أن محكمة أول درجة المصدرة للحكم محل الاعتراض هي المختصة بنظر الدعوى. فإن محكمة الطعن تأمر بإعادة الدعوى إليها لتتولى نظرها(٥). أما إذا رأت أنها غير مختصة، فإنها تحدد المحكمة التي تراها مختصة بنظر الدعوى، وتأمّر بإحالة الدعوى إليها. ويفرض قرار محكمة الطعن بالإحالة على كل من الخصوم ومحكمة الإحالة مادة ٨٦ مرافعات(٦) مع مراعاة ما تنص عليه المادة ١/٩٦ مرافعات(٧).

فإذا ما تبين لمحكمة الطعن أن المحكمة المختصة التي حددتها بالحكم في الاعتراض هي محكمة تابعة لها في الاختصاص، أمكن لمحكمة الطعن في هذه الحالة أن تتصدى لموضوع النزاع وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة

---

(١) Coss. Civ. 29 fevr. 1984. Bull. Civ. II. N. 39.

(٢) Soraya, Amrani – MEKKI : L'oppel en matiere civile la semaine juridique préc. N. 18. P. 1114. N. 18. Coss. Civ. 13. mai 1985. Bull. 1985. 11. N. 98.

(٣) Cass. Civ. 24 juin 1975. Bull. Civ. I. N. 209. R.T.D. Civ. 1975. 773 obs. (٣) Normand. Civ. 16 ovr. 1982. Bull. Civ. II. N. 53.

(٤) CES. MOTIFS: les contredit pred. P. 10/12 ets. Solus et Perrot: op. cit., p. 809 ets. N. 774. GIVERDON : Procédure de reglement préc. P. 166 ets. N. 81 ets.

(٥) GIVERDON : Préc. P. 167. N. 86

(٦) Coss. Com. 6 mai 1974. Bull. Civ. IV. N. 145. Goz Pol. 1974. 2. somme 202. 18 juin 1986. d. 1987. Somm. 229. obs. Juilien.

(٧) Coss. Civ. 22. Janv. 1980 D. 1981. IR. 208. Civ. 6 déc. 1988. Bull. Civ. II. N. 265.

٨٩ مرافعات متى توافرت مفترضات التصدي(١). ومناطه وفقاً لهذا النص(٢) بأن تكون محكمة أول درجة قد تعرضت للموضوع ولو بمجرد مناقشة متبادلة discussion controdaine. وأن تكون الدعوى مهياً لتلقي حكماً نهائياً decision definitife حسماً للنزاع. أو على الكل متى كان التصدي للموضوع ضرورياً لمصلحة العدالة وقدرت محكمة الدرجة الثانية ذلك ولو لم يطلب التصدي أحد من الخصوم(٣).

وإذا كان تصدي محكمة الاستئناف للموضوع يستلزم فضلاً عن توافر هذه الحالة من حالات التصدي، تحقق شروطه وفقاً للمادة ٨٩ مرافعات. ومن الشروط التي اعتمدها المشرع الفرنسي حديثاً(٤) وتعد من الأهمية بمكان - وكما سنري- هو أن تلغي أو تبطل محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون عليه. فلا يجوز لهذه المحكمة أن تتصدى لموضوع النزاع إلا إذا ألغت أو أبطلت هذا الحكم infirme au annule وفقاً لصراحة المادة ٥٦٨ مرافعات(٥). وحيث أن ما اعتمده المشرع وفقاً لهذه

---

Lucie MAYER : le nouvel appel du jugement sur la compétence préc. P. (١) 74. SORAYA, AMRANI – MEKKI : L'appel en Matiere civile préc. P. 1114. N. 18. Solus et Perrot : op. cit. P. 812 ets N. 772 ets. VINCENT et RESQUES: les effets de l'appel. Préc. P. 403. ets. SOHM – BOURGEOIS: Préc. P. 27 N. 214 ets. GIVERDON : Le procedure réglement. Préc. P. 167. N. 90 etss. NORMAND: obs. R.T.D. Civ. 1977. P. 611. Frederic. FERRAND: appel. D. 1999. Préc. P. 85. N. 707 etss. Frederique FERRAND: évocation Préc. N. Couchoz, Pierre Longlade et Lebeau: op. cit. P. 523. N. 1425. 1009 ets وفي تطبيق ذلك: Civ. 7 jin. 2006. N. 04 – 16 – 251. Bull. Civ. II. N. 146. Dr. et Potr. 2007. 116. obs. Amrani – MEKKI. Civ. 14. Juin. 2001. N. 99 – 20. 943. Soc. 17 fevr 1993. N. 89. – 43 502. Bull. Civ. V. N. 53. J.C.P. 1993. iv. 991. Civ. 2 mai 1989. Bull. Civ. I. N. 174. Civ. 23. Bull. Civ. III. N. 156. d. 1974. IR. 157.

(٢) Coss. Civ. 2 dec. 1975. R.T.D. Civ. 1977. 611, obs. NORMAND ودون أن تشترط المادة ٨٩ مرافعات أن يكون موضوع الدعوى صالحاً للفصل فيه، وهو ما كانت تشترطه المادة ٤٧٣ من قانون المرافعات القديم، لأن هذا الشرط كان يحد كثيراً من رخصة التصدي انظر: Solus et Perrot : op. cit., P. 810. N. 774. FERRAND: évocation. Préc. N. 1018.

(٣) Cass. Civ. 16 juill. 1992. Bull. Civ. 11. N. 206.

(٤) ذلك وفقاً للقانون ٨٩١ الصادر في ٦ مايو ٢٠١٧. انظر فيما يلي بند ٣٩. (٥) أما قبل صدور القانون ٨٩١ في ٦ مايو ٢٠١٧ فإن المفترض الوارد بالمتن "إذا ألغت أو أبطلت محكمة الاستئناف" لم يظهر لها بالمادة ٨٩، ولا بالمادة ٥٦٨ مرافعات. وبناء على ذلك لم يكن أمام محكمة الاستئناف إلا أعمال سلطتها التقديرية المبينة على مصلحة العدالة la bonne, justice لكي تقوم بأعمال حقها في



المادة يمثل شرطاً جوهرياً للتصدي بجانب ما تقتضيه مصلحة العدالة لانتهاء النزاع. وبما أن المادة ٨٩ مرفعات لم يرد بها ما نصت عليه المادة السابقة، فيكون وفقاً لما تقتضيه المادة ٥٦٨، لا تستطيع محكمة الاستئناف التصدي لموضوع النزاع تطبيقاً للمادة ٨٩ إلا إذا ألغت أو أبطلت هذه المحكمة الحكم الصادر في مسألة الاختصاص. ومن ثم فيطبق بشأن المادة ٨٩ ما ورد بنص المادة ٥٦٨ وهو متى ألغت أو أبطلت محكمة الاستئناف الحكم الصادر في مسألة الاختصاص أمكنها ممارسة حقها في التصدي (١). ذلك لأن سلطة محكمة الدرجة الثانية بشأن التصدي سواء الوارد بنص المادة ٨٩ أو المادة ٥٦٨ واحدة (٢) وهو أن التصدي رخصة لهذه المحكمة (٣) متى توافرت حالة من حالات التصدي وتحققت شروط تطبيقها. كما أن ممارسة هذه المحكمة لحقها في التصدي وفقاً للمادة ٨٩ لا يعرقل (٤) تطبيق المواد ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٦٣، ٥٦٧ مرفعات (٥) تطبيقاً للمادة ٥٦٨/٢ مرفعات لما بين المادتين ٨٩، ٥٦٨ من تكامل بشأن حالات التصدي وشروط تطبيقها.

---

التصدي ونظر الموضوع بأكمله. د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ٦٨ الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٧٥٨ بند ٣٩٤.

(١) وقياساً على المادة ٧٩ مرفعات التي نصت على أنه إذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر في مسألة الاختصاص، وكانت محكمة الاستئناف هي المحكمة المختصة للمحكمة التي تراها مختصة. فإن محكمة الاستئناف تلتزم بالفصل في موضوع النزاع دون إحالة إلى المحكمة المختصة تطبيقاً للأثر الناقل للاستئناف. فوفقاً لذلك لا يمكن لمحكمة الاستئناف نظر الموضوع في هذا الفرض إلا إذا ألغت الحكم الصادر في مسألة الاختصاص انظر فيما يلي: بند ٣٢. وفي تطبيق ذلك انظر:

Coss. Soc. 11 oct. 1990. Gaz Pal 1991. 1. Panor. 66. 27 Nov. 1990. Boll. Civ. V. N. 596. Coss. Soc. 21. Juin. 1984. Bull. Civ. V. N. 263. Gaz Pal. 1984. 2. 327.

(٢) ومن ثم يعد غير صحيح ما ذهب إليه البعض بقوله أن سلطة محكمة الاستئناف تكون أقل حالة تصديها للموضوع وفقاً للمادة ٨٩ مرفعات عنه حالة تصديها للموضوع وفقاً للمادة ٥٦٨ مرفعات لأن سلطة المحكمة واحدة بشأن رخصة التصدي. انظر:

MEUNIER : les exceptions din compétence a prés le decret du 20 juillet 1972. Dalloz 1974. chr. 213.

(٣) انظر فيما يلي: بند ٥٠.

VINCENT: les dimensions. Prec. P. 187. GESICA AUBE: le contredit et (٤) plus généralement, le regles de competence. In 14 mai 2017. <http://www-gesica.org/la-reforme-de-la-procedure.d'appel-21>.

(٥) انظر فيما يلي: بند ٨٦ وما بعده.

وعند تصدي محكمة الاستئناف لموضوع النزاع حالة أن تلغي الحكم الصادر في مسألة الاختصاص فإنها تدعوا الخصوم لتعيين وكيل للدعوى في المدة التي تحددها، وذلك متى كانت القواعد المطبقة على استئناف القرارات الصادرة من القضاء الذي صدر فيه الحكم المطعون فيه بالاعتراض يفرض هذا التعيين تطبيقاً للمادة ١/٩٠ مرافعات(١).

والتصدي الناشئ عن الاعتراض contredit والذي اعتمده المشرع الفرنسي على النحو الفائت لا يعمل به في القانون المصري، ففضلاً عن أن هذا النظام من الطعن غير معمول به، وإن أجاز المشرع الطعن المباشر بالاستئناف في الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة وفقاً للمادة ٢١٢ مرافعات(٢) فإن هذا الطعن يوقف خصومة الدعوى المحالة بقوة القانون أمام المحكمة المحال إليها الدعوى، إلى أن يصدر الحكم في الطعن، فإن صدر مؤيداً لحكم أول درجة زال الأثر الواقف للخصومة(٣) وتستأنف محكمة الإحالة نظرها لموضوع الدعوى(٤). أما إذا ألغيت(٥) محكمة الاستئناف هذا الحكم فإنها تلتزم بمقتضى المادة ١١٠ مرافعات بتحديد المحكمة المختصة التي تحال إليها الدعوى(١).

---

(١) Coss. Civ. 7 oct. 1981. Bull. Civ. II. N. 179. وفي حالة إذا لم يعين أي من الخصوم هذا الوكيل، فمحكمة الاستئناف التي تنظر الاعتراض يمكنها ولو من تلقاء نفسها شطب الدعوى بقرار مسبب لا يقبل الطعن. ويخطر الخصوم بصورة من هذا القرار على مواطنهم بخطاب عادي تطبيقاً للمادة ٢/٩٠ مرافعات.

(٢) طعن ٦٣/٢٢٦٨ ق نقض ١٩٩٧/٢/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٣٨٠. طعن ٦٤/٦١٠ ق نقض ١٩٩٦/٢/٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٣٠٨ طعن ٥٧/٣٥ ق نقض ١٩٩٥/١٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٢٤٢٨ طعن ٦٣/٦٣٠٥ ق نقض ١٩٩٥/٢/٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٦٢٤.

(٣) وزوال الأثر الواقف للخصومة يكون بتعجلها من الوقف. هذا التعجيل لا يتم إلا بإجرائين: أولهما: تحديد جلسة لنظرها. وثانيهما: إعلان الخصم بهذه الجلسة قبل إنقضاء سنة من تاريخ صدور الحكم النهائي في المسألة التي وقفت لسببها الخصومة. ولا عبرة بتاريخ إيداع صحيفة التعجيل قلم الكتاب، وإنما يتعين أن يتم إعلانها إعلاناً صحيحاً في الميعاد. طعن ٥٢/٢١١٢/٢٠٧٥ ق نقض ١٩٨٩/٣/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٠ ص ٨٧٣. طعن ٧٠/١٦٧٢ ق نقض ٢٠٠١/٦/٦ المحلماة ٢٠٠٢ ع ٢ ص ٤٧.

(٤) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٦٢٦ وما بعدها بند ٦١٨ وما بعده.

(٥) فقد يتصور أن تقول محكمة الطعن أن الحكم بعدم الاختصاص صحيحاً، لكن قرار الإحالة المقترن به غير صحيح لعدم اختصاص المحكمة المحال إليها الدعوى. وهنا تحدد محكمة الطعن المحكمة المختصة لتحال إليها الدعوى من جانب المحكمة التي كانت أحيلت إليها الدعوى أولاً. وتعد هذه الحالة إحدى صور الإحالة بعد الإحالة. انظر المؤلف: المرجع السابق، ص ١٩٦ بند ١٧٩.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٦١/١٨٦٠ ق نقض ١٩٩٦/٥/١٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٨٩٤. طعن ٦٠/١٠٠٦ ق نقض ١٩٩٦/٤/٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٦٣٣. طعن ٥٧/٣٥ ق نقض

## المطلب الثاني

### شرطي تطبيق حالات التصدي

٣٩ - الشرط الأول: أن تلغي أو تبطل محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيه بالاستئناف أو بالاعتراض: تطبيقاً للمادة ٥٦٨ مرافعات والتي كانت قبل تعديلها بموجب القانون ٨٩١ الصادر في ٦ مايو ٢٠١٧ تخول لمحكمة الاستئناف متى طعن أمامها في حكم فرعي منهي لخصومة أول درجة دون الفصل في الموضوع، التصدي لنظره. يستوي في ذلك أن تكون ألغت هذا الحكم أو على العكس قضت بتأييده(٢) كما يستوي أن يكون تصديها للموضوع وفقاً للمادة السابقة أم وفقاً للمادة ٨٩ مرافعات لأن المادتين قبل التعديل الأخير جاءتا خالية من كلمة إلغاء(٣) وإن كان شرط إلغاء الحكم المطعون فيه أمراً تقتضيه القواعد التي تحكم النشاط القضائي في ذاته(٤) فإن تصديها للموضوع حالة تأييدها للحكم المطعون فيه كشف عنه صعوبات لم يستقيم معها التطبيق العملي(٥). ولمواجهته، تدخل المشرع بالتعديل السابق وبمقتضاه استهلت المادة ٥٦٨ عبارتها "عندما تلغي أو تبطل محكمة

- 
- ١٩٩٥/١٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ١٤٣٦. طعن ٦١/١٣٤٥ ق نقض ١٩٩٥/٢/١٢ مجموعة الأحكام اسنة ٤٦ ص ٣٨٨. إدارية عليا ١١/٥/١٩٧٤ مجموعة مبادئ المحكمة العليا السنة ١٨ ص ٣٣١. وقد تقول محكمة الطعن أن الحكم بعدم الاختصاص صحيحاً، ولكن اقتترانه بالإحالة غير صحيح لتعلق موضوع الدعوى بعمل من أعمال السيادة أو بحصانة الأشخاص المعتمدين دولياً، وهنا تلغي هذه المحكمة قرار الإحالة، وتعتبر الدعوى أمام محكمة الإحالة كأن لم تكن. المؤلف: المرجع السابق ص ١٤٢ وما بعدها بند ١٣٥ والأحكام المشار لديه.
- (١) في تحديد المحكمة المحال إليها الدعوى وإحالة الدعوى إليها بحالتها. انظر: المؤلف: المرجع السابق ص ٦٠٩ وما بعدها بند ٦٠٢ وما بعدها والأحكام المشار إليها ص ٦٢.
- (٢) انظر في الأحكام المشار إليها ص ٦٢.
- (٣) ولم يكن أمام محكمة الاستئناف إلا أعمال سلطتها التقديرية المبنية على مصلحة العدالة، لكي تقوم بأعمال حفيها في التصدي ونظر الموضوع بأكمله. انظر فيما سبق.
- (٤) فالمنطق يفرض دائماً بحث صحة الوسيلة ومشروعيتها قبل التعرض لما تحويه من طلبات. لذا قيل - وبحق - أنه لا يوجد عمل قضائي دون أن يسبقه تقدير. وفي تصورنا أن صحة ما يترتب على هذا التقدير، يتوقف على صحة التقدير ذاته، باعتباره انعكاساً لما يترتب عليه، ومتى صح، صح البنين كله. انظر: د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٣٥١؛ د. نبيل عمر: سلطة القاضي التقديرية ٢٠١٤ دار الجامعة الجديدة ص ٥١٠ بند ٤٤١؛ د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي ص ١٤٥ بند ٧٤. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٣٦ بند ١٢٧ والنتيجة المترتبة على عدم مراعاة ذلك، أنه يضع القضاء أحياناً في حرج شديد، يؤدي إلى اللبس في التعرف على حقيقة مراكز الخصوم. د. أحمد مسلم: الاختصاص والموضوع في قضاء الأمور المستعجلة، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٠ العدد الأول مارس ١٩٦٠ ص ١٨ بند ٩.
- (٥) انظر فيما يلي بند ٤٣.

الاستئناف الحكم .... تستطيع أن تتصدي لجميع المسائل الأخرى من النزاع التي لم تفصل فيها محكمة أول درجة ...".

ووفقاً لهذا التعديل أورد المشرع شرطاً جوهرياً، تقتضيه القواعد التي تحكم النشاط القضائي في ذاته. ويستقيم بمقتضاه التطبيق العملي. وهو أن محكمة الاستئناف لا يمكنها ممارسة سلطتها في التصدي ولو توافرت حالاته إلا بتحقيق هذا الشرط وهو إذا ألغت أو أبطلت الحكم المطعون فيه. وحيث أن المادة ٥٦٨ مرافعات استهلت عبارتها بكلمة «إذا ألغيت»، مما يدل على عمومية تطبيق هذا الشرط بشأن حالات التصدي، فيطبق أيضاً بشأن حالته التي تناولها المادة ٨٩ مرافعات(١).

وترتيباً على ذلك، لا يستقيم في تصورنا تصدي محكمة الاستئناف للموضوع التي لم تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها، إلا إذا ألغت أو أبطلت الحكم الفرعي المطعون عليه، يستوي أن يكون طعن عليه بالاستئناف أو بالاعتراض. ففي الحالتين يتعين أن تلغي أو تبطل محكمة الاستئناف هذا الحكم لكي تمارس سلطتها في التصدي(٢). وهو ما نتعرض إليه في مسألتين: الأولى: حالة أن تلغي محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون عليه. والثانية: حالة أن تبطل محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون عليه.

٤٠ - أولاً : حالة أن تلغي *Infirmе* محكمة الاستئناف الحكم المطعون عليه: شرطاً بوجوده فضلاً عن النص عليه صراحة تطبيقاً للمادة ٥٦٨ مرافعات(٣)، القواعد

(١) انظر فيما سبق بند ٣٨.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا رفع استئناف عن حكم تمهيدي وحكم تحضيري وأيدت محكمة الاستئناف الحكم الأول وقررت عدم قبول الاستئناف المرفوع عن الحكم الثاني فلا يجوز التصدي لموضوع الدعوى "استئناف مختلط ٢٣ مايو ١٩٢٥ مجلة التشريع والقضاء السنة ٣٧ ص ٣٣٧ استئناف مختلط ٢٥ فبراير ١٩٢٠ مجلة التشريع والقضاء السنة ٣٢ ص ١٦٤ مشار إليهما لدى د. أحمد أبو الوفا : الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ص ١١٣.

(٣) *Larsque la cour d'appel infirme* كما اعتمد المشرع اللبناني المقترض الوارد بالمتن ونص عليه وفقاً للمادة ١/٦٦٤ أ. م. م. "إذا استؤنف حكم نهائي يقضي ببرد الدعوى لسبب لا يتعلق بالموضوع فعلى محكمة الاستئناف إذا فسخته أن تنتظر في الموضوع" في تفصيل ذلك انظر: د. أحمد خليل: التقاضي على درجة واحدة وثلاث درجات. المقال ص ٧٧ وما بعدها بند ٤٩. أصول المحاكمات المدنية ص ٥٦٣ وما بعدها بند ١٧٥. د. نبيل عمر: قانون أصول المحاكمات ص ٦١٠ وما بعدها بند ٢٧٧؛ د. حلمي الحجار، هاني حلمي الحجار: الوسيط في أصول المحاكمات المدنية ٢٠١٨ ج ٢ منشورات الحلبي الحقوقية ص ٤١٥ وما بعدها بند ٩٠٩.

العامة التي تحكم النشاط القضائي في ذاته. فالموضوع الذي تطرحه الدعوى لا يجوز ولا يستحق النظر والفصل فيه إلا إذا تحقق القاضي أولاً من أمرين: الأول: هو قانونية إجراءات الخصومة ومتابعتها خلال تطور مراحلها. والثاني: شروط قبول الدعوى أو الطعن، أي صلاحيته للنظر فيه فإذا أصدرت محكمة أول درجة حكماً بعدم قانونية الإجراءات أو بعدم قبول الدعوى. وطعن على هذا الحكم بالاستئناف أو الاعتراض، فإن على محكمة الاستئناف بعد أن تتحقق من صحة إجراءات الاستئناف أو الاعتراض وقبوله (١) أن تنتظر أولاً، فيما إذا كان قضاء أول درجة كانوا محققين فيما قضاوا به أم لا. إذ لو تبين أن إجراءات الخصومة أمام أول درجة أو شروط قبول الدعوى لم تكن متوافرة. أو لكونها قضت بعدم الاختصاص دون إحالة لتعلق موضوع الدعوى بعمل من أعمال السيادة، فإنه لا يكون ثمة خطأ يمكن نسبه إلى قضاء أول درجة. وأن الموضوع لم يكن بالفعل جديراً بأن يكون محلاً لنشاط قضائي.

كذلك لو تعلق الحكم المطعون عليه بإجراء من إجراءات التحقيق كالحكم الصادر بالخبرة، وأيدته محكمة الاستئناف ولم تلغيه، فلا يمكنها التصدي (٢) للموضوع وفقاً لصراحة المادة ٥٦٨ مرافعات، ولا يكون أمام هذه المحكمة إلا أن تأمر بإعادة القضية إلى محكمة أول درجة لتتولى نظرها والفصل فيها (٣) ومحكمة الاستئناف بحسب الأصل يمكنها ذلك لأن سلطتها في التصدي اختيارية. وطالما تخلف شرط إلغاء الحكم المطعون فيه أعادت القضية إلى محكمة أول درجة.

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٦٩٢ وما بعدها بند ٤٦٢. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٥٤٩ وما بعدها بند ٢٦٧.

Frederic FERRAND: appel. Préc. P. 40 ets N. 297 etss.  
وفي تطبيق ذلك انظر: طعن ٦٧/٨٩٤ ق نقض ١٩٩٨/٦/٢٤. طعن ٦٦/٥٦٣٥ ق. نقض ١٩٩٧/٦/٢٩.  
نقض ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٥٥١.  
Coss. Soc. 21 juill. 1986. Gaz Pal. 1987. 1. Somm 275 obs. Guinchord. Et  
Moussa. CA. Paris. 19 act. 1983. Bull. Avoués 1983. N. 87 – 88. P. 70.  
Coss. Civ. 27 out 1981. J.C.P. 1981. IV. 275 Civ. 12 mars 1980. Gaz Pal (٢)  
1980. 445. Note Viotte.  
Coss. Civ. 14 dec. 1976. Bull. Civ. III. N. 459. Com. 6 mai 1979. Bull. Civ. (٣)  
IV. N. 145. Gaz. Pal. 1974. 2. somme 202.

وعلى العكس من تأييد محكمة الاستئناف للحكم الفرعي المطعون عليه. إذ تبين لها أن هذا الحكم ليس صائباً قضت بإلغائه (١) ليظل موضوع النزاع مطروحاً أمامها. فإذا ما قدرت هذه المحكمة أن إحدي حالات التصدي متوافرة، وأن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع تصدت محكمة الاستئناف للموضوع والفصل فيه على نحو كامل.

والمشرع إذ يقيد سلطة محكمة الاستئناف في التصدي، بإلغائها للحكم المطعون فذلك يتحقق بمقتضاه، عدم الإهدار الكلي لمبدأ التقاضي على درجتين ليظل محافظاً على ما تبقى من هذا المبدأ وفقاً لصراحة المواد ١/٥٦١، ١/٥٦٢، ٥٦٣ - ٥٦٦ مرافعات. ويجعل من التصدي مهما توسع المشرع في تطبيقاته مجرد استثناء.

٤١ - ثانياً : حالة أن تبطل annule محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون عليه (٢):

نتعرض للمسألة في ظل قانون المرافعات الفرنسي ١٩٧٥. ثم في ظل التعديل الذي لحق بالقانون ٨٩١ الصادر في ٦ مايو ٢٠١٧.

٤٢ - ١ - موقف قانون ١٩٧٥ من مشكلة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف: حيث تنص المادة ٢/٥٦٢ مرافعات علي أن (٣) «للاستئناف كوسيلة

---

(١) في إلغاء محكمة الاستئناف للحكم المطعون فيه انظر : د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف. ص ٥٥٢ وما بعدها بند ٢٦٨. قانون أصول المحاكمات اللبناني: الإشارة السابقة؛ د. أحمد خليل: المقال الإشارة السابقة. أصول المحاكمات الإشارة السابقة.

(٢) والبطان الذي يمكن التمسك به بطريق الاستئناف، هو البطان الذي يشوب الحكم المستأنف أو يشوب أحد الأعمال الإجرائية السابقة عليه. ويكون ذلك إما لكون المستأنف لم يتمسك بالبطان أمام محكمة أول درجة ولم يصحح البطان بأي طريق. وإما لكون المستأنف قد سبق له التمسك بالبطان أمام أول درجة ورفض القاضي الدفع، فيكون للمستأنف التمسك بالبطان ولو كان تحقق سبب من أسباب التصحيح مادام هذا السبب قد حدث بعد تمسك البطان أمام أول درجة وكان لا يرجع إلى إرادته. في تفصيل ذلك انظر : د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغول: نظرية البطان ص ٧٥٥ وما بعدها بند ٣٩٧.

Frederic. FERRAND: appel D. 1999. P. 80 N. 669 ets. BARRET: L'appel - Nullite R.T.D. Civ. 1990. P. 199.

"La dévolution No s'opère pour le tout que lorsque l'opel n'est pas limite (٣) à certains chefs, lorsqu'il tend a l'annulation du jugement au si l'objet du litige est indivisible".

انظر : BARRET: l'appel - Nullite RT.D. Civ. 1990. préc. P. 199. PERDRIAU: pour une limitation des." Appel - Nullite" Gaz Pal 1996. 1. doct 204.

للإبطال أثر ناقل لكامل الحكم المطعون فيه بسبب بطلانه في الموضوع أو بنائه علي إجراء باطل». وظاهر النص يوحي بأن المشرع وضع بمقتضاه (١) حد للجدل الفقهي والقضائي الذي استمر رداً من الزمن (٢) بصدد تحديد نطاق الأثر الناقل للاستئناف وتمييزه عن نطاق الحق في التصدي. وما أتى به هذا النص يدل علي أن إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف يخول لهذه المحكمة إمكانية تناول موضوع النزاع وحسمه وفقاً للأثر الناقل للاستئناف، ويستبعد كل إمكانية لاستخدام الحق في التصدي.

وإذا كان هذا هو الوضع الظاهر للنص التشريعي. فإن هذا الوضع علي مستوي السياسة التشريعية القضائية (٣). فضلاً عن تعطيل النصوص المنظمة لفكرة التصدي - لا يخلو من جملة مخاطر (٤) ممثلة من ناحية، في أن ذلك يساهم في عدم فعالية الجزاء الإجرائي المقرر لعدم الصحة التي تشوب الحكم (٥). ومن ناحية ثانية

Frederic. FERRAND: Préc. BARRET. Préc P. 199. PERDRIAN: Préc. P. (١) 204.

(٢) حيث سبق النص الوارد بالمتن محاولات فقهية وقضائية خصبه، حول كون الاستئناف كوسيلة للإبطال يكون له اثر ناقل أم يخول لمحكمة الاستئناف رخصة التصدي. في محاولات الفقه والقضاء الفرنسي انظر: د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ١٢٦ - ١٣٧. الوسيط في الاستئناف ص ٢٢٥ - ٢٣٥. بند ١١٤ - ١٢٤. د. محمد نور شحاته: الاستئناف الاستثنائي ص ١١٢ - ١٢٧ والمراجع والأحكام المشار إليهما. (٣) حيث أن وظيفة العمل الإجرائي والغاية منه لا تنعكس فحسب علي كيفية تصميم الأعمال الإجرائية، وإنما تؤثر أيضاً علي كيفية اختيار الجزاء الإجرائي، وعلي آلية أعماله. ولا شك أن الفن القانوني يهدف إلي تنظيم الأعمال الإجرائية بشكل يجعلها مهينة لتحقيق الوظيفة التي تؤدي بها هذه الأعمال داخل الخصومة. وكلما تحققت الوظيفة الإجرائية للأعمال الإجرائية بشكل سلس قليل النفقات سريع الخطى نحو الحصول علي الحماية القضائية، كلما كان ذلك يتوقف علي السياسة التشريعية التي يعتنقها المشرع بشأن العمل الإجرائي والغاية منه والجزاء المترتب علي مخالفته وسلطة القاضي بشأنه. الخ. انظر: د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٦، دار الجامعة الجديدة ص ٣ وما يليها. المؤلف: فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي ص ٧ وما يليها. (٤) في هذه المخاطر. أنظر: د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ١٣٨ وما بعدها. الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٢٣٦، وما بعدها بند ٢٦ وما بعده. د. محمد نور شحاته: المرجع السابق ص ١١٤ وما بعدها.

(٥) فالقواعد المتعلقة بشكل الأحكام القضائية، والإجراءات المنظمة لكيفية إصدار هذه الأحكام وفقاً لأعماله المادة ٢/٥٦٢ مرافعات سوف يكون بلا جزاء، نظراً لأن محكمة الاستئناف لن تتوقف عند حد الأبطال فقط، وإنما سوف تمتد سلطتها إلي ابعاد من ذلك، وتفصل في موضوع النزاع. وبناء علي ذلك سيفلت كثيراً من حالات البطلان من الجزاء، لأن هذا الجزاء لكي يوقع فلا بد بعد أبطال الحكم أن ترجع الخصومة مرة ثانية أمام محكمة أول درجة، مما يترتب علي ذلك، عدم توافق الأثر الناقل للاستئناف مع الغاية من الاستئناف كوسيلة لأبطال الحكم. د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ١٣٨، الوسيط في الاستئناف ص ٢٣٦ بند ١٢٦. والمراجع والأحكام المشار لديه. عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات ٢٠١٦، دار الجامعة الجديدة ص ٢١٤ وما بعدها بند ١٦٢. د. محمد نور شحاته: المرجع السابق ص ١١٨ وما بعدها.

يترك فراغاً قضائياً فيما يتعلق بالموضوع حالة إبطال حكم أول درجة(١). ومن ناحية ثالثة: يشكل اعتداء علي الإرادة الحرة للخصوم في اتخاذ أو علي العكس عدم اتخاذ موقف معين(٢). وأخيراً أن الوضع الظاهر للمادة ٢/٥٦٢ يشكل اعتداءً صارخاً علي القاعدة التي تعني أن الاستئناف لا يطرح علي محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف فقط(٣).

وللحيلولة دون تفاقم هذه المخاطر كانت محاولات الفقه والقضاء، والتي تمثلت في التفرقة بين البطلان لعيب ذاتي في الحكم، وبين البطلان الذي يعيب إجراءات الخصومة(٤). والأولي: يخول لمحكمة الاستئناف الفصل في موضوع الطلب القضائي بما للاستئناف من اثر ناقل تطبيقاً للمادة ٢/٥٦٢ مرافعات(٥).

---

(١) فقضاء محكمة الاستئناف بأبطال حكم أول درجة يترك فراغاً فيما يتعلق بالموضوع. فموضوع مثل هذا الحكم يعتبر وكأنه لم يفصل فيه لأنه لكي يفصل فيه، لأبد وأن يتم ذلك بقضاء صحيح. والحاصل أن حكم أول درجة باطل، ويرجع ذلك أن أول درجة بهذا القضاء وأن كانت قد تم استنفاد ولايتها، فإن هذا الاستئناف لم يقع صحيحاً، بما يؤدي إلي الإنكار الكلي للأثر الناقل للاستئناف كطريق لأبطال الحكم. انظر: د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ١٣٩. الوسيط في الاستئناف ص ٢٣٦ وما بعدها بند ١٢٦ والمراجع المشار لديه. د. محمد نور شحاته: المرجع السابق ص ١١٦ وما بعدها.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٣/١١/٢١ طعن ٤٨/١٥٦٧ ق - موسوعة الفقهاني - الإصدار - المدني - ملحق ٦ - ص ١٢٢ قاعدة رقم ٢١٥. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ١٨٤.

(٢) فالأعمال الظاهر للمادة ٢/٥٦٢ مرافعات يجعل تقييد الاستئناف القاصر علي أبطال حكم أول درجة عديم الأثر. فالطاعن الأول يطلب أبطال حكم أول درجة، لن يجديه هذا التقييد في شيء. فمحكمة الاستئناف تتناول موضوع الطلب القضائي وتفضل فيه رغم ما طلب منها هو أبطال حكم أول درجة. د. نبيل عمر: الإشارات السابقة. د. محمد نور شحاته: المرجع السابق ص ١٢٢ وما بعدها.

(٣) ومن ثم فالحلل الوارد بالمادة ٢/٥٦٢ مرافعات يجبر الخصم علي مناقشة موضوع الطلب أمام محكمة الاستئناف رغم أن ما رفع عنه هو استئنافاً مقيداً. ومعني ذلك، أن القاعدة التقليدية التي تعني أن الاستئناف لا يطرح علي محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء أول درجة سوف لا تجد مجالاً لأعمالها: د.نبيل عمر: الإشارات السابقة.

coss. Civ. 9 Juill. 1981. R.T.D. civ. 1982. 973. obs. Perrot. 22, Nov. 1984. Gaz pal 1985. Pan. 83. obs. Guinchard.

(٥)coss. Civ. 12 Nov. 1985. j.c.p. 1986. iv. 37. civ. 8 juin. 1983. Gaz pal 1983. pan. 265. abs. Guinchard. 15 fevr. 1983. D. 1983. I.R. 393 obs. Julien. Com. 25. fev. 1981. D. 1981. I.R. 368. Paris. 22. act. 1979. D. 1980. I.R. 373.



أما الثانية: والتي لا يكون فيها البطلان إلا نتيجة لعيب في إجراءات الخصومة فقط، دون أن يكون بطلاناً خاصاً بالحكم فهنا - ووفقاً لهذه المحاولات - لا يوجد مجالاً لأعمال المادة ٢/٥٦٢ مرافعات(١).

وتطبيقاً لهذه التفرقة، رفض القضاء الفرنسي الأثر الناقل للاستئناف كطريق لإبطال الحكم المطعون فيه إذا كان مبنياً علي إجراء باطل كالعيب الذي يشوب صحيفة افتتاح الخصومة (٢). ومن ثم لا يكون إمام محكمة الاستئناف بعد التحقق من ذلك إلا إعادة القضية إلي محكمة أول درجة. والذي يمثل في النهاية عدم احترام المادة ٢/٥٦٢ مرافعات. فلم يكن أمام القضاء إلا أن استمر علي أعمال هذه المادة. ومؤداها أن الاستئناف كوسيلة للإبطال يكون له أثر ناقل حتي في الحالة التي يكون فيها الحكم مبنياً علي إجراءات باطلة ، وهو ما يؤدي، فضلاً عن التناقض وعدم التوافق في الأحكام تعطيل لرخصة التصدي، والتي تعد أداة فنية(٣). من أدوات الاستئناف اعتمدها المشرع وبنصوص صريحة.

والحقيقة أن المحاولات السابقة والجهود المبذولة سواء علي الصعيد الفقهي والقضائي لم تسفر إلا عن تبني أحد مسلكين الأول أما أعمال نص المادة ٢/٥٦٢ علي عمومها، ومن ثم أعمال الأثر الناقل للاستئناف كطريق للإبطال بشكل عاماً وشاملاً، وتفصل محكمة الاستئناف في موضوع النزاع. ومن ثم يرتب ذات المخاطر - السابقة - والتي بذلت من أجلها هذه المحاولات. والثاني أما التحرر من النص ، وذلك تأسيساً علي ضمان حقوق الدفاع في خصومة أول درجة، وإبطاله من ثان درجة، تعيده إلي أول درجة، وهو ما يشكل في النهاية عدم احترام المادة ٢/٥٦٢ والاختيار بين المسلكين في غاية الصعوبة.

---

(١) com. 5 moi et 25. Nov. 1980. R.T.D. civ. 1981. 697 abs. Perrot 24 mars. 1980 D. 1980. I.R. 373. obs. Julien. 25. févr. 1981. R.T.D. civ. 1981. 906. obs. Perrot. 15. févr. 1983. D.1983. I.R. obs. Julien. 21. moi. 1985. j.c.p. 1985. iv. 268.

(٢) انظر في الأحكام المشار إليها الهامش السابق.

(٣) انظر فيما سبق بند ١٦ وما بعده.

وفي الواقع (١) أن مثل هذه الحلول لا تترجم سوء العقبات التي تصادفها محكمة الاستئناف. وأمام جمود المبدأ التي تقرره المادة ٢/٥٦٢ مرافعات. وعدم إمكانية استشفاف التميز السابق من سياق النص. كما أن أحكام القضاء لم تقبل مثل هذه الحلول إلا بتحفظ، وهو السبب الذي من أجله يبدو أن هذه الأحكام تفتقر في مجملها إلي عدم التوافق، بتناقضها وعدم وحدتها.

لمس البعض (٢) موطن هذه المشكلة ووضع محاولته لمواجهة هذه العقبات، والحيلولة دون تفاقم عدم توافق الأحكام وتناقضها. ممثلة هذه المحاولة في إمكانية استبدال الأثر الناقل للاستئناف كطريق للإبطال برخصة التصدي، في الحالات التي يبطل فيها الحكم المستأنف لأسباب تتعلق بالإجراءات دون الموضوع. وهو نفس الحل الذي كان معتمد في ظل قانون المرافعات الفرنسي القديم تطبيقاً للمادة ٤٧٣ (٣)، وعطل بموجب أعمال المادة ٢/٥٦٢، مرافعات. وهو ما حاول المشرع اعتماده وبشكل واضح يمنع اللبس، بتعديله للمادتين ٢/٥٦٢، ٥٦٨ مرافعات بموجب القانون ٨٩١ الصادر في ٦ مايو ٢٠١٧، ليواجه بمقتضاه مواطن الخلل والقصور الذي نجم عنه التطبيق الحرفي للمادة ٢/٥٦٢ قبل تعديلها، والذي كان من أهم مواطن هذا الخلل أنها كانت تستبعد رخصة التصدي حالة إبطال الحكم ولو لسبب إجرائي.

٤٣- ثانياً: موقف قانون ٨٩١ الصادر في ٦ مايو ٢٠١٧ من مشكلة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف: حيث نصت المادة ٢/٥٦٢ مرافعات علي أن (٤) «الأثر الناقل للاستئناف لا ينقل النزاع برمته إلي محكمة الدرجة الثانية إلا إذا كان

(١) د. محمد نور شحاته: المرجع السابق ص ١٢٧.

(٢) د. محمد نور شحاته: المرجع السابق ص ١٢٨ وما بعدها. والمراجع والأحكام المشار لديه. د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ١٥٥ وما بعدها والمراجع والأحكام المشار لديه.

(٣) حيث كانت المادة ٥٦٢ تنص في فقرتها الأول علي أنه «في حالة استئناف الأحكام الصادرة قبل الفصل ي الموضوع تستطيع المحكمة حالة إلغاء الحكم أن تتصدي للفصل في الدعوى. كما نصت في فقرتها الثانية علي أن «محكمة الاستئناف يمكنها التصدي في حالة أبطال الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع سواء لعب إجرائي أو لأي سبب آخر». انظر:

Maurice LAISEL: emploi optimal de La Notion d'évocation. Préc. No 17 etss.  
MOTULSKY: Les rapports entre L'effet dévolutif de L'appel. Préc. J.C.P.  
1953. 1- 10995. et. Nouvelle reflex Sur L'effet devolutif de L'appel et  
L'évocation Préc. J.C.P. 1958. 1. No 1423.

(٤) انظر فيما سبق بند ١٩.

الاستئناف يرمي إلي إبطال حكم أول درجة أو كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة». والنص وفقاً لصراحته ورد واضحاً لا يدعوا مجالاً للتأويل في أن البطلان الوارد به هو البطلان لسبب موضوعي. ويلحق بهذا النوع من البطلان حالة كون موضوع النزاع غير قابل للتجزئة.

وفيما يتعلق بإبطال الحكم لسبب موضوعي(١)، ويقصد به البطلان لعيب غير إجرائي. فكلمة موضوعي لا تعني المضمون فقط، بل تشمل كل ما لا يدخل في الإجراء(١).

---

(١) وهو ما نظمته المشرع الفرنسي دون المصري في نصوص المواد ١١٧ إلى ١٢١ مرافعات . حيث تناول في المادة ١١٧ صور العيوب الموضوعية ممثلة في : ١- عدم توافر أهلية الاختصاص. ٢- تخلف سلطة الخصم أو سلطة شخص يظهر في الإجراءات ممثلاً قانونياً للشخص المعنوي أو لشخص طبيعي ناقص الأهلية. ٣- تخلف أهلية أو سلطة شخص يكفل التمثيل القانوني للخصم أمام القضاء " انظر: د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص٤١٧-٤٣٣ بند ٢٤٠-٢٤٧.

Tomosin (D.) Nullite des acts de procedure. Jur. Class. Du. Pr. Civ. 1990-1994. Fasc. 138-3. p. 4 ets No 6 ets. ANNE - Lise - Lonné - Clément: les exceptions de procédure dans le cadre du divorce: les exceptions dilatoires et de Nullite. Lag b d. arg PN 24-1-2017.

وتناولت المادة ١١٨ الوقت الذي يجوز فيه إبداء الدفع بالبطلان بالعيوب موضوعية. فنصت على أن "الدفع بالبطلان لعدم مراعاة القواعد الموضوعية المتعلقة بالأعمال الإجرائية يجوز إثارته في أي حالة كانت عليها الإجراءات ويجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض إذا كان التأخير مقصوداً منه المماثلة".

"les exceptions de Nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procedure peuvent être proposées en tout état de cause sous la possibilité pour le juge de condamner a des dommages - intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans, une intention diatoire, de les soulever plus tat".

Cornu et Foyer : op. cit. p.556 ets cass. Civ 27 Juin 2002 Bull.

Civ. II. No149. cass. Civ . 15. Jauv. 1991. j.c.p. 1991. Iv. 95.

ونصت المادة ١١٩ على جواز التمسك بالبطلان لعيب موضوعي دون حاجة إلى إثبات أي ضرر، "Les exceptions de Nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procedure doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que la nullite ne résulterait d'aucune disposition expresse" cass. Civ. 3 Oct. 1991. j.c.p.1991. IV.416.

وتناولت المادة ١٢٠ حالات إثارة البطلان لعيب موضوعي من تلقاء نفس المحكمة. حيث نصت

على أن "البطلان للعيب الموضوعي المتعلق بالنظام العام يجب على المحكمة إثارته والقضاء به من تلقاء نفسها. كما أن للقاضي من تلقاء نفسه أن يقضي بالبطلان الموضوعي المتعلق بانعدام أهلية الاختصاص".

"Les exceptions de Nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procedure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public".

ويكون الحكم باطلاً لوجود عيب موضوعي إذا تخلف أحد الشروط الموضوعية لصحة الحكم(٢). كما لو وجد عيباً في إرادة القاضي(٣)، أو بمحل الحكم أو بمضمونه(٤)، أو العيب في التسبب(٥).

"le juge peut relever d'office la Nullité pour défaut de capacité d'ester en justice" Cornu et Foyer: lic. Cit.

وأخيراً عالجت المادة ١٢١ إمكانية البطلان لعيب موضوعي ، فنصت على أنه "لا يجوز الحكم بالبطلان لعيب موضوعي إذا أمكن تصحيح العيب لحظة الحكم في الدعوى"

"Les exceptions de Nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office la rsqu'elles ont un caractère d'ordre public".

"le juge peut relever d'office la Nullité pour défaut de capacité d'ester en justice".

انظر : د. أحمد هندي : التمسك بالبطلان في قانون المرافعات ٢٠٠٥ ، دار الجامعة الجديدة ، ص٦٤ وما بعدها بند ١٠ . والمراجع والأحكام المشارية لديه.

- وفي عدم وجود تنظيم تشريعي في مصر للبطلان لعيب موضوعي. انظر : د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص٤١١ بند ٢٣٦. د. الأنصاري النيداني: العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ص١٥٦ وما بعدها .

(١) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول : الإشارة السابقة.

(٢) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول ك المرجع السابق، ص٤١٤ وما بعدها بند ٢٣٨. د. الأنصاري

النيداني: المرجع السابق ص١٣٤ وما بعدها. د. أحمد هندي : المرجع السابق ص٦٠ وما بعدها بند ١٠ .

ANNe - Lise Loné - clément : les exceptions préc 24 Janv 2017. Tomosin: préc. P.4 ets No6ets.

(٣) في العيوب التي تصيب إرادة القاضي ومدى تأثير هذه العيوب في صحة الحكم، ومنها الغلط في الواقع والقانون، التدليس. انظر : د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق، ص٤٤٦ وما بعدها بند ٢٥٨ وما بعده. المؤلف : فكرة الإعفاء من الجزاء الاجرائي ص١٨ حاشية . د. الأنصاري النيداني : المرجع السابق، ص١٣٥ وما بعدها والأحكام المشارية لديه.

(٤) في بطلان الحكم للتجهيل بمحله أو مضمونه . انظر : د. الأنصاري النيداني: ص١٤٠ والأحكام المشارية لديه.

(٥) يشترط لصحة سبب الحكم مجموعة من الشروط ، فإذا تخلف أحد هذه الشروط كان الحكم باطلاً لعدم كفاية أسباب الحكم الواقعية، ومخالفته للثابت في الأوراق ، وعدم الرد على الدفوع، وعدم الرد على أوجه الدفاع الجوهرية في تفصيل ذلك: انظر د. أحمد السيد صاوي: نطاق رقابة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ص١٥٧ وما يليها بند ٩٥ وما يليه. د. الأنصاري النيداني : المرجع السابق ، ص١٤٢-١٥٥ . المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص١٥٨-١٦٧ بند ١٥٠-١٥٤. د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الثاني ص٤٥٩ وما يليها بند ٢٤٧ وما يليه . د. نبيل عمر: دراسة في قانون المرافعات ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة ص٨٤ وما بعدها.

MARTIN: le fait et le droit ou les porties et le juge. Préc. No 3ets. ANDRE

PERDRIAU: les dispositifs implicites de jugementes. J.c.p. 1988. Doctr

No3352. No1-7.

في تطبيق ذلك. انظر : طعن ٦٣/٤٣٥٣ ق نقض ٢٠٠١/٥/١١ المحاماة ٢٠٠٢ ص٢٤ . طعن ٦٩/٧٧ ق نقض ٢٠٠٠/٣/٢٣ المحاماة ٢٠٠٢ العدد الثاني ص٨٨، ٨٩. طعن ٦٦/٣١ ق - أحوال شخصية نقض ٢٠٠٠/١١/٢٥ المكتب الفني المستحدث . طعن ٦٦/٨٩ ق - أحوال شخصية - نقض ٢٠٠١/١١/٢٥

أما فيما يتعلق بموضوع النزاع غير قابل للتجزئة (١)، وتتمثل وفقاً للمعيار الموضوعي (٢) في وحدة الحل. فالنزاع بسبب عدم تجزئته لا يكون قابلاً إلا لحل وحيد. وتحقق وحدة الحل هذه إذا كان هناك استحالة مطلقة للتنفيذ المتعاصر للقرارين اللذين سيصدران إذا لم يحقق للطالبين ولم يفصل فيهما عن طريق نفس المحكمة (٣)، ولو كانت محكمة استئناف (٤). ففي حالة عدم التجزئة إذا تعدد الأطراف فإن الاستئناف المرفوع من أحدهم يحدث آثاره بالنسبة للأطراف الآخرين الذين لم ينضموا لخصومة الطعن بالاستئناف. والاستئناف المرفوع ضد واحد من هؤلاء الأطراف لا يكون مقبولاً إلا إذا أُدعي جميع الأطراف إلي هذه الخصومة مادة ٥٣٣ مرافعات (٥) فرنسي ٢/٢١٨ مرافعات مصري (٦). فالغاية التي يهدف إليها

---

المكتب الفني المستحدث. طعن ٦٠/١٢٠٠ ق نقض ١٩٩٤/٥/٨ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ . طعن ٥٩/٨١٦ ق نقض ١٩٩٣/٦/٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ .

Cass. Com.12 fivr 1985 Bull. Civ. Iv. No59. p.50. Cass. Civ. 19 juin 1983. Bull. Civ. II. No118. p.83.

(١) فوفقاً لصراحة المادة ٢/٥٦٢ مرافعات تشترط عدم التجزئة، وعدم التجزئة علي خلاف صلة الارتباط وعلاقة التبعية وعلاقة السببية، فلا يكفي أي من هذا أو ذلك أو تلك. في التفرقة بين عدم التجزئة، وعلاقة التبعية والارتباط. انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٥٥ وما بعدها بند ٢٤٠. وأن كانت محكمة النقض الفرنسية ذهبت في بعض أحكامها إلي أن علاقة الارتباط تكفي لتجميع أوصال القضية أمام محكمة الاستئناف. نقض مدني في ١٩٧٢/٢/٢٥ المجموعة المدنية ١٩٧٢ ج ٣ ص ٣٣ رقم ٤٦. مشار إليه د. أحمد هندي: ارتباط الدعاوي والطلبات ص ٥٢٩ وما بعدها بند ١٧٠. (٢) فلم تفلح المعايير الإجرائية التي سادت القضاء الفرنسي لفترات طويلة، كما أن الفقه لم يقتنع بها. فمعيار وحدة الهدف - ويصدق علي معيار وحدة الطلبات - لا يصلح لتحديد عدم التجزئة. فهو معيار غير قانوني، كما أنه معيار صعب لتحديد وتغلب عليه الصنعة. ثم أن قبول هذا الحل يؤدي إلي طمس المميز الأساسي لحالة عدم التجزئة، والذي يعتمد بصفة اساسية علي الصيغة الواحدة أو الطابع الموحد لموضوع النزاع. وهذا المعيار، هو معيار ذاتي متعلق بموضوع النزاع. في المعايير الإجرائية لفكرة عدم التجزئة ونقدها. أنظر: د. أحمد هندي: المرجع السابق، ص ٨٦-٨٨ بند ٢٧. د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات. ص ٢١ وما بعدها.

NORMAND: obs. R.T.D. civ. 1984. p. 556.

(٣) د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ٨٨ وما بعدها بند ٢٧ وما بعده. د. علي تركي: المرجع السابق ص ٢٤١ وما بعدها بند ١٠٩ وما بعده.

(٤) د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ٢٤ وما يليها.

Frédéric FERRAND: appel 1999.préc p. 81. No 672 etss. Frédérique FERRAND: appel. 1993. Préc. P. 53 ets. No 641 etss.

(٥) في تفصيل ذلك: انظر: د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٧.

Frédéric FERRAND: Lic. Cut.,

(٦) والتي تنص علي أنه إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة، أو التزام بالتضامن، أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين جاز لمن فوت الطعن من المحكوم عليهم أو قيل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته، فإن لم يفصل أمرت

التشريعيين حالة عدم التجزئة هي إعادة تكوين النزاع السابق حسمه أمام أول درجة (١).

وترتيباً علي ذلك، إذا كان الحكم ذاته مصاباً بالبطلان، وطعن فيه بالاستئناف بهدف التوصل إلي ابطاله، وقضت محكمة الاستئناف بإبطاله لسبب موضوعي، أو رفع استئناف جزئي عن موضوع غير قابل للتجزئة . فالاستئناف في الحالتين يكون له أثراً ناقلاً عامًا يتناول كل الموضوع السابق طرحه أمام محكمة أول درجة وفقاً لصراحة المادة ٢/٥٦٢ مرفعات فرنسي (٢). ٢/٢١٨ مرفعات مصري. وتفصل محكمة الاستئناف في كل موضوع النزاع الذي لم يرفع عنه في حقيقته استئنافاً . فالاستئناف المرفوع كان مقصوراً على طلب ابطال حكم أول درجة (٣) أو رفع من بعض الخصوم دون البعض في موضوع غير قابل للتجزئة (٤) ولمواجهة هذا أو ذلك تعمل المادة ٢/٥٦٢، ٢/٢١٨ على إعادة تجميع أوصال هذا النزاع وتفصل فيه

---

المحكمة الطاعن باختصامه في الطعن. وإذا رفع الطعن علي أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب اختصام الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم. أنظر/ د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.  
وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠١/٦/١٠ طعن ٦٤/٣٧١٣ ق. نقض ٢٠٠١/٨/٥ طعن ١٠٩٣ لسنة ٧٠ ق. نقض ٢٠٠١/٧/٨ طعن ٧٠/١١٨٩ ق. نقض ١٩٩٤/٦/٢ طعن ١٩٩٤/٣/١٧ طعن ٥٠٥ ص ٤٥ ص ٥٠٥. نقض ٢٠٠١/١٢/٣ طعن ٢٦١، ٢٦٩/٣٢٧ ق. نقض ١٩٩٩/٩/٢٧ طعن ٦٤/٣٤٧٤ ق. نقض ١٩٩٩/٤/١٨ طعن ٦٨/٨٣٤ ق. نقض ١٩٩٧/١/١٩ طعن ٦٥/٧٥٠١ ق. نقض ١١٩٦/٥/٢٣ طعن ٦٠/١٥٨٤ ق. نقض ١٩٩٥/٧/٦ طعن ٤٦ ص ٩٥٢ عدد ٢ رقم ١٨٧. نقض ١٩٩٤/٤/٢٦ طعن ٦٠/١٩٥ ق «أحوال شخصية». د. أحمد هندي: التعليق ج ٤ ص ١٦٠.  
Coss. Ch. Mixte 9 févr 1971. J.C.P. 1971.11.16753. coss. Soc. 30 Juin 1950 Bull. Civ. 111. No 562. 20 Juill 1950. D. 1951 Somm.1. Goz Pol. 1950.2.377. CA Mont Pellier 17 oct. 1992 J.C.P. 1973. 1v. 191.

(١) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٤٠ وما بعدها.  
(٢) Frédéric FERRAND: appel. 1999. Préc. P.78ets No661ets Roynaud. Obs. R.T.D. Civ. 1973. 816 MIGUET: Thé préc p. 560 ets No460.

(٣) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٢٣٨ بند ١٢٧.  
(٤) د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ٤٠ وما بعدها . د. أحمد هندي : ارتباط الدعاوي والطلبات : ص ٨٨ وما بعدها . بند ٢٨، ص ٥٢٣ وما بعدها بند ١٦٩.

محكمة الاستئناف بحكم واحد(١). ويضاف إلى ذلك حالة بطلان الحكم(٢) لبطلان الإجراءات التي أثرت فيه تطبيقاً للمادة ١/٢٢١ مرافعات مصري(٣). وخارج هذا النطاق ، يستبعد أعمال الأثر الناقل للاستئناف ، ومن ثم استبعاد أعمال المادة ٢/٥٦٢ مرافعات فرنسي إذا ما تعلق البطلان بإجراءات الخصومة، أما لوجود خطأ في الإجراءات . هذا الخطأ يوجد ولو لم ينسب أي خطأ شخصي للقاضي. فقد يكون راجعاً إلى عدم قيام أحد الخصوم بعمل إجرائي يلزم القيام به قبل الحكم(٤). وأما القيام بهذا العمل بشكل معيب(٥) وعندما تبطل محكمة الاستئناف هذا الحكم(٦). كما لو كان صادرًا باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق(٧) أو في مسألة اجرائية(٨)، كما لو قضت محكمة أول درجة ببطلان صحيفة الدعوى بناء على دفع إجرائي ، أو في مسألة عدم القبول، بعدم القبول، أو قضت بوقف الخصومة(٩) في كل ذلك يستبعد أعمال المادة ٢/٥٦٢ مرافعات وتطبيق المادة ٥٦٨ مرافعات. ويكون لمحكمة الاستئناف متى توافرت حالة من حالات التصدي، وألغت الحكم، وقدرت أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع برمته، تصدت للموضوع التي لم تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها(١٠). فالحالات(١١) التي يبطل فيها الحكم المستأنف

(١) Coss. Com. 18 avr. 1989. Bull. Civ. IV. No110. R.T.D. civ. 1990. 149 obs. Crit. R. perrot. Coss. Civ. 27 fevr. 1985. Bull. Civ. IV. No338. Coss. Soc. 30 Juin. 1950. Montpellier. 17 Oct. 1972. Préc.

- (٢) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول : نظرية البطلان ، ص٨٤٨ وما بعدها بند ٤٥٥ وما بعده.  
(٣) طعن ٥٧/٣١٢ ق "هيئة عامة" نقض ١٩٨٨/٤/٢٧ السنة ٣٥ ص٣٧ رقم ٤ . نقض ١٩٨٨/١١/٢٧ طعن ٥٦/١٤٠٦ ق نقض ١٩٨٥/٥/٨ . طعن ٥١/٥٩٤ ق د. أحمد هندي : التعليق ج٤ ص٢١٧.  
(٤) د. فتحي والي: المبسوط ، ج٢ ص٤٤٩ بند ١٥٥.  
(٥) في العيب الاجرائي صورته وتقديره انظر : المؤلف : فكرة الاعفاء من الجزاء الاجرائي ص١٦ وما يليها بند ٤ وما يليه وفي صور بطلان الحكم لعيب اجرائي . انظر : د. الأنصاري النيداني: العيوب المبطله للحكم ص٢٣٥ وما يليها .  
(٦) يستوي في هذا الحكم أن يكون مطعوناً عليه بالاستئناف أو بالاعتراض انظر فيما سبق بند ٢٢ وما بعده.  
(٧) انظر فيما سبق بند ٢٩.  
(٨) انظر فيما سبق بند ٣١.  
(٩) انظر فيما سبق بند ٣٠.

(١٠) cass. Civ. 24 jainv. 1979 Gaz pal 1979. Pan. P.198. soc. 5 Nov. 1980 j.c.p. ann.55.1981 p.29.

(١١) د. محمد نور شحاته : المرجع السابق، ص١٣٩ وما بعدها .  
Frederique FERRAND: évocation préc. No997etss. Frederic. FERRAND: appel 1999. Préc. P.89ets No697 etss. LUCIE – MAYER: le, nouvel appel du

لأسباب تتعلق بالإجراءات . يعد تعرض محكمة الاستئناف لموضوع النزاع تصدياً له وفقاً لصراحة المادة ٥٦٨، ٨٩ مرافعات ٥٢٠ اجراءات جنائية فرنسي والمادة ١/٤١٩ اجراءات جنائية مصري والتي تعطي لمحكمة الاستئناف إذا رأت أن هناك بطلان في الإجراءات أو الحكم التي فصلت محكمة أول درجة في موضوعه أن تحكم في الدعوى وحكم محكمة الاستئناف في الدعوى يعد تصدياً لموضوع النزاع وفقاً لمفهوم التصدي موضوع الدراسة(١).

٤٤- الشرط الثاني: أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع : في ظل قانون المرافعات الفرنسي السابق، كان يشترط للتصدي أن يكون موضوع النزاع جاهزاً للحكم فيه مادة ٤٧٣. بمعنى أن تكون القضية قد استوفت اجراءات التحقيق والإثبات وجاهزة لتلقي الحكم الحاسم لكل النزاع(٢). هذا الشرط اختفى في ظل قانون المرافعات الحالي ١٩٧٥. وأجاز المشرع لمحكمة الاستئناف التصدي لموضوع النزاع التي لم تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها، ولو كان غير جاهزاً للنظر فيه، واحتاج إلى اجراءات تحقيق أو إثبات. غاية الأمر أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء هذا النزاع. وهو ما واطب عليه هذا القانون بموجب تعديله رقم ٨٩١ الصادر في ٦ is مايو ٢٠١٧. ممثلاً هذا الشرط في أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع. "elle estime de bonne justice de donner a l'affaire une solution définitive".

٤٥- قواعد العدالة مصدر من مصادر القانون : تعد هذه القواعد(٣) مع مبادئ القانون الطبيعي المصدر الرسمي الاحتياطي الأخير من مصادر القانون المصري،

---

jugement sur la competence préc p.74. No24. LOISEL : emploi optimal de la notion d'évocation préc. No22ets Raynoud: obs. R.T.D. civ. 1970. P.416.

(١) وهو ما يختلف عن مفهوم التصدي في مرحلتي التحقيق الابتدائي والمحكمة . في تفصيل ذلك انظر: د. سامح البلتاجي : المرجع السابق، ص٤٠٣ وما بعدها بند ٢١٠ وما بعده.

(٢) "autres tribunaux d'appel pourront statuer en meme temps sur. Le fond définitivement par un sul et meme jugement" Maurice Loisel: emploi optimal de la notion d'évocation préc. No19 etss. Aude DORANGE: reforme de la procédure d'appel préc.

(٣) وكان يمكن الاكتفاء بهذه القواعد دون مبادئ القانون الطبيعي ، كما كانت عليه الحال في نص المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية التي ألغيت . إلا أن المشرع في القانون الحالي الحق قواعد العدالة بمبادئ القانون الطبيعي ، مما يدل على استقلالهما. لكن الجامع المشترك بينهما هو مبدأ المساواة في معاملة



الذي يتعين على القاضي أن يلجأ إليه لاستخلاص حكم المسألة المعروضة عليه حين لا يجد لها حكماً في التشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية مادة ٢/١ مدني مصري.

وتُعرف مبادئ القانون الطبيعي (١) بأنها المساواة الحسابية المطلقة والتطبيق الكامل للقانون دون تمييز أو تقريب بين واقعة أو أخرى. أو هو القانون الطبيعي (٢) الذي يجب أن توضع على أساسه القوانين عن إرادة المشرع. فالعدل يقتضي إطاعة القوانين التي تسنها الدولة. أو هو في تصورنا (٣) ألا ينتقص من الشخص من اتصفه عدلاً. أما فكرة العدالة فهي شعور يختلف بحسب البلاد والأشخاص أكثر من كونها فكرة ثابتة محددة. ولهذا فهي لا يقتصر دورها على أن تكون مصدراً للقانون. فهي تعني (٤) تحقيق التوازن الدقيق لنتائج النشاط الإنساني وفي نفس الوقت التطلع نحو هذا التوازن والبحث عنه.

وإحالة القاضي إلى مبدأ العدل أو القانون الطبيعي وقواعد العدالة، تعني (٥) في الواقع دعوة المشرع له إلى الاجتهاد برأيه لاستخلاص المسألة المعروضة عليه من المبادئ القانونية العامة، لكي يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. فهذه الإحالة ليست إحالة لقواعد محددة، كما هو الحال في الإحالة إلى العرف وإلى مبادئ

---

المخاطبين بأحكام القانون، وأن كانت المساواة التي يقوم عليها مبدأ العدل أو القانون الطبيعي هي مساواة جامدة، تبني على أساس الغالب في الحياة. فالمساواة التي تقوم عليها قواعد العدالة هي مساواة مجسمة واقعية تقوم على أساس التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة. ولذا كانت مبادئ القانون الطبيعي في ذاتها مختلفة عن قواعد العدالة والتي بصددتها وضعت القواعد الأخيرة بمرورتها لتعالج جمود مبادئ الأول. انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٧٣ بند ٢٥٨.

(١) في صعوبة وضع تعريف جامع مانع للقانون الطبيعي وقواعد العدالة، وفي محاولة وضع تعريفات لهما. انظر: د. حمدي عبد الرحمن: فكرة القانون ١٩٧٩، دار الفكر العربي، ص ٢١٦، ٢١٧. د. حسام الدين الأهواني، حمدي عبد الرحمن: أصول القانون - المدخل للقانون. نظرية الالتزام بدون ناشر طبعة ١٩٩٦ ص ١٩٥ بند ٢٢٨. د. حسن كبيره: أصول القانون. الطبعة الثانية دار المعارف بمصر ١٩٦٠/٥٩ ص ١٩٠ بند ٨٦. د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٣٤٧. د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف ١٩٨١ ص ٥ وما بعدها.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون ١٩٨٦ منشأة المعارف ص ١٣٣ بند ٤٨.

(٣) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٧٣ بند ٢٥٨.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية ص ٢٨٧ بند ٣٠٣.

(٥) د. أحمد السيد صاوي: رقابة محكمة النقض ص ٨١ بند ٤٧. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض ص ١٣٧ بند ٦١.

الشريعة الإسلامية(١). وإنما رجوعًا بالقاضي إلى روح القانون كي يستلهم منها الحل. ولذا فكل من هذه المبادئ وتلك القواعد تساهم بدورها في تطور القاعدة القانونية ، مما يؤكد أن قواعد العدالة(٢) بجانب مبادئ القانون الطبيعي أو العدل في ذاته يعدا عنصرًا جوهريًا في القاعدة القانونية موضوعية كانت أو اجرائية يتعين مراعاتها.

ومصدر هذا التأكيد يستدل عليه من التفرقة بين مبادئ القانون أو العدل في ذاته، وقواعد العدالة. فالقانون وأن كان وجوبًا يهدف(٣) إلى تحقيق العدل، إلا أن العدل من حيث ارتباطه بالأخلاق يعد فكرة جامدة لا تراعي ظروف وملابسات كل واقعة على حدة . فتأتي قواعد العدالة لتراعي تلك الظروف وفق كل واقعة وملابساتها لتعد مكملة بمرونتها لتطبيق فكرة العدل في ذاته.

فالقانون الموضوعي يأخذ بالمبدأ العادل(٤) - العدل في ذاته - والذي ينص على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين" مادة ١٤٧ مدني مصري . ولكن قد تحدث ظروف استثنائية طارئة تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقًا. وبالتالي يكون التمسك بالمبدأ العادل - العقد شريعة المتعاقدين - وأن كان يتفق مع المنطق إلا أن به الشئ الكثير من التشدد الذي لا يتلاءم مع هذه الظروف الاستثنائية الطارئة. فتأتي قواعد العدالة(٥) لتراعي تلك الظروف الواقعية. ولذا نص

---

(١) فاعتبار التشريع المصدر الأصلي العام للقانون أصبح مع كمال الصيغة وغازرة الإنتاج لايداع مجالاً كبيراً للالتجاء إلى العرف كمصدر بليه. ومن باب أولى، فإن الالتجاء إلى مبادئ الشريعة كمصدر يلي العرف سيكون نادر الحدوث. وأن كان المشرع في الأونة الأخيرة ينبه إلى خطورة غزو القانون الفرنسي وسيطرته على التشريعات الوطنية وضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر تستقي من أحكامها القوانين. فنصت الدساتير المصرية المتعاقبة على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع وليست مجرد مصدر من مصادره. انظر: د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها بند ٤٦ .

(٢) تمثل لدى الإنسان شعور داخلي بالإحساس بالعدالة ، حيث تلفتت الشرائع على مختلف العصور والأزمان هذه الفكرة وشكلت عندها إطاراً جوهرياً ينبغي أن يقاس به كل شئ. في تفصيل ذلك انظر: د. فايز محمد حسين: اطلالة تاريخية على دور القاضي والتنظيم القضائي في مصر الفرعونية وفي بلاد ما بين النهرين . ورق عمل منشور بمؤتمر "دور القاضي في الخصومة" جامعة بيروت العربية، ٢٠١٠ منشورات الحلبي الحقوقية ج ١ ص ٣٠ وما بعدها.

(٣) د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ٢٠٠٩ ، دار الجامعة الجديدة ، ص ١٣٨ وما بعدها.

(٤) د. حسن كيرة : أصول ص ٢٥، ٢٦ بند ١١. د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة ص ٣٧١ وما بعدها.

(٥) د. محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص ٣٧٠.

المشرع "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن الالتزام التعاقدى وأن لم يصبح مستحيلًا وصار مرهقًا للمدين يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي وتبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

وفي القانون الاجرائي (١) يأخذ بالمبدأ العادل ، والذي ينص على أنه إذا طعن بالاستئناف المباشر (٢) في حكم صادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو في دفع اجرائي أو في الحكم بعدم القبول أو في الحكم بوقف الخصومة. أو طعن بالاعتراض في مسألة الاختصاص دون الحكم في الموضوع. وألغت أو أبطلت محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون فيه، وتأمّر بإعادة القضية إلى محكمة أول درجة لتستنفذ ولايتها في الموضوع تطبيقًا لنص المادة ٥٦٨ ، ٨٩ مرافعات فرنسي . وهذا ما يقتضيه المبدأ العادل أو العدل في ذاته. وبالتالي يمكن التمسك بذلك. ووفقًا لهذا المبدأ تفصل محكمة الاستئناف في الحكم الفرعي المطعون فيه وحده، وتأمّر بإعادة القضية إلى أول درجة . إلا أن مثل ذلك قد لا يتلاءم مع ما تقتضيه مصلحة العدالة. سواء تحقيقًا لحسن سيرها أو لعدم الاضرار بها. وترى محكمة الاستئناف تقديرًا لهذه المصلحة إنهاء النزاع برمته. فتفصل في الطعن والموضوع بحكم واحد ، لأن الفصل في الطعن وحده، وإعادة القضية إلى أول درجة قد تضار به العدالة. ومن ثم فمتى قدرت محكمة الاستئناف أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع تحقيقًا لحسن سيرها وعدم الاضرار بها فصلت في الطعن وتصدت للموضوع بحكم واحد تطبيقًا للمادة ٨٩ ، ٥٦٨ مرافعات فرنسي.

٤٦ - مصلحة العدالة : *bonne justice* إذا كانت فكرة العدالة تعد أحد الأسس المثالية للقاعدة القانونية . فالغاية من هذه الفكرة، هي حسن سيرها وعدم الاضرار

---

(١) في التطبيقات المتعددة لمبدأ العدل في ذاته وقواعد العدالة في القانون الاجرائي: انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٧٥ وما بعدها بند ٢٦١ .  
(٢) انظر فيما سبق بند ٢١ وما بعده.

بها، والمصطلحين (١) من أكثر المصطلحات غموضاً وإبهاماً (٢) لكونهما غاية كل نظام قانوني ومن ثم القضائي لأن الأخير هو وسيلة اخراج الأول إلى حيز الوجود (٣) فكان لهذه الغاية الدور البارز في نطاق العملين القانوني والقضائي معاً وخاصة في شأن الأخير وعلى وجه التحديد في نطاق القضية المدنية. فاعمالاً لمصلحة العدالة وتحقيقاً لحسن سيرها . وعلى سبيل المثال ، يخول المشرع الفرنسي تطبيقاً للمادتين ٨٩ ، ٥٦٨ مرافعات لمحكمة الاستئناف متى ألغت أو أبطلت الحكم الفرعي المطعون فيه نظر المسائل الأخرى التي لم تنتظرها محكمة أول درجة ، رغم ما يشكله نظر محكمة الدرجة الثانية لهذه المسائل من خروج على مبدأ التقاضي على درجتين وقواعد الاختصاص النوعي تطبيقاً لوظيفة هذه المحكمة التقليدية (٤). ولكن كان من شأن تطور هذه الوظيفة وتدخّل المشرع لتعديل النظام

---

(١) في القانون الموضوعي والاجرائي معاً . في القانون الموضوعي . انظر المراجع المشار إليها ، ص ١٥٦ حاشية ٢. وفي القانون الاجرائي. انظر : د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاءات الاجرائية ، ص ٢٦٣ بند ٢١١.

GENIN – MERIC. (M.) : prorgation de compétence. Jur. Class. Pr. Civ. 1991. Fasc. 212-2-No24.

(٢) واستخدام المشرع المصطلحات الغامضة جائز في السياسة التشريعية ، بل قد يكون استخدامه لهذه المصطلحات عن قصد، لكي يعطي القاضي سلطات واسعة لمواجهة ما قد يصعب التأكيد بشأنه. وترجيحه لموقف على آخر ومنها حالة تقديره لمصلحة العدالة تقتضي أو لا تقتضي إنهاء النزاع ومن ثم لقاضي الاستئناف التصدي للموضوع التي لم تستنفد أول درجة ولايتها بشأنه أو على العكس عدم تصديه لهذا الموضوع. شأن استخدام المشرع لفكرة الاقتراض . انظر فيما يلي ص ١٨٣ وما بعدها حاشية رقم ٤ . واستخدامه لفكرة الغاية لقبول الطلبات الجديدة في الاستئناف انظر فيما يلي بند ٥٦ وما بعده، وفي نظرية الجزاء الاجرائي. انظر : د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الاجرائي ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة. المؤلف: فكرة الاعفاء من الجزاء الاجرائي رغم بقاء العيب مشار إليه سابقاً والصياغة الغامضة، وكما يرى البعض تتميز أساساً بأنها لا تكشف مضمونها الحقيقي أي أنها لا تدل بطريق مباشر على حقيقة الإرادة التي تستخدم هذه الصياغة الغامضة كوسيلة للتعبير. هذه الصياغة تتخذ من الغموض والشك الذي يحيط بالغاية التي تعمل هذه الصياغة على تحقيقها سندا وأساساً يخول للإرادة أن تصل إلى ما تريد الوصول إليه من غايات بطريقة قانونية وأن كان ذلك في حقيقة الأمر يعد مخالفاً للقانون . انظر: PERROT: L'influence de la technique sur le lut des instilutions these Paris 1947, p.146 دار ٢٠٠٨، ص ١٧٤. الجامعة الجديدة ، ص ١٧٤.

(٣) فرغم أن القواعد الموضوعية هي أساس العدل القضائي. فإن الوصول إلى الحل العادل لا يكون إلا من خلال القواعد الاجرائية ، فهي وسيلة تحقيقه وخرجه إلى حيز الوجود. ووضعه موضع التطبيق العملي، وذلك لأنها أداة تنظيم النشاط القضائي، وهي التي تبين حدود سلطته ووسائل الإلتجاء إليه، وتيسير سبل تحقيق المراكز المتنازع عليها، واصدار القرار المناسب بشأنها والإلزام به.

(٤) انظر فيما سبق بند ٤ وما بعده.

القانوني للاستئناف استجابة لوظيفته الحديثة (١) والتي بدورها مكنت محكمة الاستئناف من نظر المسائل التي لم تنظرها محكمة أول درجة طالما مرت عليها. ونظر محكمة الاستئناف لهذه المسائل ما هو إلا تمكيناً من أداء وظيفتها على الوجه الأكمل تحقيقاً لحسن سير العدالة .

وتحقيقاً لحسن سير العدالة سمح المشرع الاجرائي وبنصوص صريحة تعديل نطاق القضية ولأول مرة في الاستئناف ، سواء من حيث أشخاصها (٢) المواد ٥٥٤ ، ٥٥٥ مرافعات فرنسي، مادة ٨٨ من القانون ١١ لسنة ٢٠١٨ ، ١/٥٦٥ من قانون التجارة المصري. أو من حيث موضوعها (٣) المواد ٥٦٤ ، ٥٦٥ ، ٥٦٦ ، ٥٦٧ مرافعات فرنسي ٢/٥٨ من قانون الأحوال الشخصية المصري ٢/٢٣٥ ، ٣ ، ٤ مرافعات، وفي أي من الحالتين قد يصاحب تعديل نطاق القضية من حيث أشخاصها تعديلاً من حيث الموضوع والعكس بالعكس. واقدام المشرع الاجرائي على ذلك، ونصه عليه صراحة ما هو إلا بقصد الكشف عن حقيقة النزاع وتجميع أوصاله تحقيقاً لحسن سير العدالة (٤).

وعلى الوجه المقابل لحسن سير العدالة، الاضرار بها، متى وجدت في مظهر من مظاهر الاضرار بها. فعدم قيام محكمة الاستئناف عندما تلغي أو تبطل الحكم الفرعي المطعون فيه، بنظر المسائل التي لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها وفقاً للمادتين ٨٩ ، ٥٦٨ مرافعات فرنسي قد تضار به العدالة. كما لو كان من شأن الفصل في الحكم الفرعي المطعون فيه وحده. وإعادة القضية إلى أول درجة لاستنفاد ولايتها يؤثر في قدرة الخصوم على السير في دعواهم على النحو التي تقتضيه العدالة. أو في قدرة محكمة الاستئناف أو محكمة أول درجة في تحقيقها فيما هو

(١) انظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٢) انظر فيما يلي: بند ٨٥ وما بعده.

(٣) انظر فيما يلي: بند ٦٢ وما بعده.

(٤)

مطروح أمامها سواء الطعن أو الموضوع، لعدم كفاية (١) كل من الطعن أو الموضوع على حدة لتحقيق الغاية منه.

والضرر التي قد تصاب به العدالة يمكن أن يتحقق (٢) من مجرد لو أن الفصل بين الطعن والموضوع يحول بين الخصم وبين تقديمه لأدلة كان بإمكانه تقديمها بمناسبة تصدي محكمة الدرجة الثانية للموضوع والفصل فيه مع الطعن بحكم واحد. والتي كانت من شأن هذه الأدلة أن تخدم (٣) الموضوع أو تؤدي إلى إلغاء أو ابطال الحكم الفرعي المطعون فيه. أو أن الفصل بين الموضوع والطعن يعوق الخصم في أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده من أدلة أو أوجه دفاع يسمح بها القانون، والتي من شأن تقديمها أمام محكمتين يؤدي إلى تناقضها (٤). أو كان من شأن هذا الفصل يعوق الخصم الآخر في قيامه لدحض ما قام الخصم الأول بإثباته (٥). لأن في دحض الخصم الآخر ما يقوم به الخصم الأول بإثباته في القضية لهو فرع هام من حقوق الدفاع، مما يشكل أي من هذا أو ذلك اخلافاً بمراعاة هذه الحقوق.

كما أن الضرر التي قد تصاب به العدالة ، قد يتحقق من مجرد لو أن الفصل بين الطعن في الحكم الفرعي، والموضوع التي لم تستند به محكمة أول درجة يؤثر في قدرة محكمة الطعن في تحقيقها للطعن على حدة، أو على محكمة أول درجة في نظرها للموضوع على حدة حالة عودته إليها، لما بين كل من الطعن والموضوع من تكامل وظيفي (٦). كما لو كان من شأن هذا الفصل يمنع القاضي من أن يأمر

(١) نفس المعنى : المؤلف: المرجع السابق، ص ٢٧٩ بند ٢٦٤. د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الاجرائية في قانون المرافعات ١٩٩٩ ص ٦٤ وما بعدها بند ٤٠ وما بعده .

(٢) في الأضرار التي تصاب به العدالة ومحاولة ارساء ضابط للإضرار بسير العدالة. انظر : المؤلف: المرجع السابق ص ٢٧٧-٢٨٢ بند ٢٦٣-٢٦٩.

(٣) في نفس المعنى د. وجدي راغب : دراسات في مركز الخصم ص ٩٥. د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص ٢٠. نقض مدني ١٩٤٢/١٢/٢٤ المحاماة السنة ٢٤ ص ١٢٨.

(٤) حول تناقض الأدلة . انظر : عبد العزيز فهمي: قواعد وأثار فقهية رومانية ١٩٤٧ ص ٨٤ بند ٢١.  
(٥) لأن القانون وأن كان يفرض عبء الإثبات بالنسبة لواقعة معينة على أحد الخصوم، فإنه يعترف بنفس الحق في الإثبات وعلى نفس الواقعة بالنسبة للخصم الآخر في إثبات العكس ما قام بإثباته الخصم الأول ، د. وجدي راغب: المقال ص ٢٠٢.

(٦) والتكامل الوظيفي هو اشتراك أكثر من عمل اجرائي أو حق اجرائي أو منظومة اجرائية في انتاج أثر قانوني. داخل الخصومة المدنية، بحيث لا يستطيع أي منها منفرداً إنتاج هذا الأثر وحده. وانتاج هذا الأثر الناتج عن التكامل يؤدي إلى تفعيل الاجراءات أي جعلها فعالة ، لأنه يمكن استخدامها بشكل أكثر مما خلقت له بصفة أساسية، وجعلها صالحة مع غيرها لتوليد آثار أخرى. فتضيف إلى ذلك فعالية للأعمال الاجرائية،

بحضور أحد الخصوم للاستجواب مادة ١٠٦ إثبات مصري. أو لمعاينة على الطبيعة كان يتطلبها الموضوع مما يحول إلى الوصول إلى الحقيقة مادة ١٣١ إثبات مصري. أو أن هذا الفصل يحول بين القاضي سواء قاضي الطعن أو الموضوع في قدرته في ندب خبير مادة ١٣٥ إثبات مصري. أو أن هذا الفصل يؤدي إلى تناقض الأدلة التي تقدم من أجل دحض الحكم الصادر في الطعن أو لإثبات الموضوع، أو تناقض تقارير الخبراء(١) وحتماً هذا التناقض أو ذلك قد يؤدي إلى تناقض الأحكام (٢).

وترتيباً على ذلك فمصلحة العدالة، والتي يقدرها(٣) قاضي الاستئناف، سواء تحقيقاً لحسن سيرها، أو لعدم الاضرار بها، هي التي أمليت على القاضي إنهاء النزاع برمته بتصديده لكل من الطعن والموضوع معاً بحكم واحد تطبيقاً للمادتين ٨٩، ٥٦٨ مرافعات فرنسي. مع ملاحظة أنه يتعين على القاضي عند تقديره لاستتباط حكم القانون من قواعد العدالة تحقيقاً لحسن سيرها وعدم الاضرار بها أن يصدر تقديره على اعتبارات موضوعية(٤) حسب وقائع وظروف كل قضية على حدة.

---

وتحميها من الهدر الاجرائي وزيادة الكلفة الاقتصادية للإجراءات. في فكرة التكامل الوظيفي ونطاقها في قانون المرافعات. انظر: د. نبيل عمر: التكامل الوظيفي للأعمال الاجرائية والاجراءات الموازنة ٢٠٠١ دار الجامعة الجديدة ص ١١ وما يليها.

(١) في تناقض تقارير الخبراء . انظر: د. علي الشحات الحديدي. دور الخبير الفني في الخصومة رسالة المنصورة، طبعة ١٩٨٩ ص ٣٦٩ بند ٢٢٢.

(٢) في تناقض الأحكام انظر: د. أحمد خليل: التعارض بين الأحكام القضائية ١٩٩٨ دار المطبوعات الجامعية . طعن ٢٠٠١/٣/٧ نقض ٢٠٠١/٣/٧ المحاماة ٢٠٠١ ص ٢٤ طعن ٢٠٠١/٣/٧ نقض ١٩٩٦/٢/١٨ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٣٥١.

NORMAND. Obs. R.T.D. Civ.1978. p.917 ets coss. Soc. 12déc 1990 Bull.

Civ. V.No653. cass. Civ. 2re 23. Janv. 1991. Bull. Civ.II. No25.

(٣) في تقدير محكمة الاستئناف لمصلحة العدالة انظر :

Civ. 3e 25 avr. 1974. D. 1974. I.R. 157. Paris 12 Juill 1978 j.c.p. 1979. II.

19042. Note. J.A.: Civ. 2re 8 Juin 1979. G. P. 1979. 443. Note VIATTE. Civ.

3e 1 Mars. 1983. G.P. 1983. Pan. 171. Obs. GUINCHARD. Civ. 2 Mai 1989.

Bull. Civ. 1989. I.No 174.

مشار لهذه الأحكام لدي د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق، ص ٧٥٣ حاشية ١.

(٤) د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها بند ٤٨ . الوسيط في شرح قانون المرافعات

ص ١١٨٠ وما بعدها بند ٧٠٨ وما بعده. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض: الإشارة السابقة. سلطة

القاضي التقديرية ص ١١٥ وما بعدها بند ٩٧ وما بعده. د. أحمد ماهر زغلول: دعوى الضمان الفرعية

ص ١٤٢ بند ١٣٨. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٥٨ وما بعدها بند ١٥٠ وما بعده بند ١٥٠ وما بعده د.

أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص ٦٣٧ وما بعدها بند ٣٢٥ وما بعده . وفي تطبيق ذلك: طعن

وإذا كان من الصعوبة بمكان وضع ضابط بعينه يتقيد بمقتضاه القاضي عند تقديره لمصلحة العدالة، ذلك لمرونة فكرة العدالة في ذاتها، ومن ثم مرونة تقدير مصلحتها . ومع ذلك يمكن وضع ضابط استرشادي لقاضي الاستئناف يستعين بمقتضاه عند تقديره لمصلحة العدالة، ليقرر وفقاً له اعمال مكنة التصدي من عدمه. هذا الضابط(١) يتمثل في حالة عدم قدرة كل من الطعن والموضوع على حده ليحقق الهدف منه بشكل مستقل لما بينهما من تكامل وظيفي. فكل منهما يضيف بعناصره إلى عناصر الآخر مما يؤدي إلى تركيز القضية لوحدة الحكم في الطعن والموضوع معاً بحكم واحد. غاية الأمر أن يأتي تقدير القاضي لمصلحة العدالة مبنياً على أسباب سائغة ليتمكن محكمة النقض من فرض رقابتها عليه(٢).

وذلك على عكس ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية، فوفقاً لتطبيقاتها(٣) أن مخالفة قواعد العدالة لا تصلح سبباً للطعن في الحكم بالنقض. على أساس أن رقابتها تقتصر على مخالفة القانون المكتوب ، على أن هذه المحكمة تضع في اعتبارها هذه القواعد وهي تمارس مهمتها في الرقابة على تفسير القانون، فمن هذه القواعد تستوحي التفسير الملائم(٤).

---

٢٠٠١/٥/٢٩ ق نقض ٢٠٠١/٥/٢٩ المحاماة ٢٠٠٢ ع ٢٤ ص ٥٥. طعن ٦٣/٣٧٨ ق نقض ٢٠٠٠/٦/١٣ المحاماة ٢٠٠١ ع ١٤ ص ٨٢ وما بعدها. طعن ٦٩/١١٠ ق نقض ٢٠٠٠/٤/٢٤ المحاماة ٢٠٠١ ع ١٤ ص ٨٢ طعن ٦٢/١٩٠٢ ق نقض ١٩٩٤/١٢/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٣٤٩. طعن ٥٨/٢٣١٩ ق نقض ١٩٩٤/١٢/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٣٧١.

(١) في محاولة وضع ضابط للإضرار بسير العدالة. انظر : المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٧٧ وما بعدها بند ٢٦٣ وما بعده.

(٢) انظر المراجع المشار إليها حاشية ١ ونفس الاشارات .

(٣) coss. Civ. 4 avr 1978. J.c.p. 1978. lv. 186. Civ. 18. janv. 1949 Bull. Civ. I. No 22. Civ. 13 Nov. 1933 D. D. 35. 5. Civ. 23. Oct. 1918. D.P. 1919.1.9.

مشار لهذه الأحكام لدي د. أحمد السيد صاوي: نطاق رقابة النقض: الإشارة السابقة.

(٤) د. أحمد السيد صاوي: الإشارة السابقة .



## الفصل الثاني

### استخدام فكرة التصدي وتأثيرها

#### علي موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف

٤٧- تمهيد وتقسيم: محكمة الاستئناف عندما تمارس حقها في التصدي، يكون لها ذات السلطات التي كانت لأول درجة علي النزاع التي لم تستنفد ولايتها بشأنه مادة ٥٦١ مرافعات فرنسي بمقتضى هذا الحق يكون لهذه المحكمة أن تمد يديها إلي كل النزاع وفي حدود ما طرح من موضوع أمام أول درجة، لتتظره والطعن بقصد إنهاؤه مرة واحدة وبحكم واحد، دون العودة مرة ثانية إلي محكمة أول درجة.

بالإضافة إلي ذلك، لا يحول ممارسة محكمة الاستئناف لحقها في التصدي دون إعمال حالات الخروج علي قاعدة حظر إيداء الطلبات الجديدة في الاستئناف، والمتمثلة هذه الحالات في جواز إيداء طلبات جديدة بموضوعها وأشخاصها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. فتصدي هذه المحكمة لموضوع النزاع التي لم تستنفد محكمة أول درجة به ولايتها، قد يسمح بإيداء طلبات أو ادعاءات جديدة(١). تطرح لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. كما أن تصديها للنزاع قد يجذب إليها أشخاص من الغير، فيظهر أمامها ولأول مرة أشخاص لم يظهروا ولم يمثلوا أمام أول درجة. وكل من هذا وذاك صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع، حيث تنص المادة ٥٦٨/٢ مرافعات «التصدي لا يعرقل أعمال المواد ٥٥٤، ٥٥٥، ١٥٦٣ إلي ٥٦٧ مرافعات».

وتطبيقاً لذلك يكون لمحكمة الاستئناف وهي بصدد تصديها لموضوع النزاع نفس السلطات التي كانت لأول درجة، لتصدر حكمها في هذا الموضوع. كما أن تصدي

---

(١) واستخدام المشرع الفرنسي لمصطلح الإيداع بدلاً من مصطلح الطلب الذي استخدمه المشرع المصري ليس لفارق جوهري N'est pas fondamentale وإنما فقط لاعتبارات السياسة التشريعية قصد بها المشرع الفرنسي دقة قانونية أكثر بتمييز الإيداع «أي تصرف قانوني يحتويه الطلب» عن الطلب الذي يعني العمل المادي المختلف، كما أن الإيداع يشير إلي كل الخصوم، المدعي والمدعي عليه والمتدخل، فقد يصدر لها وعاء عن أي منهم. انظر:

Vincent et Guinchard: op, cit. p. 837 No 1428. et Jugement cite par. Civ. 26. mai 1992 R.T.D. civ. 1993. 190. obs. Perrot.

هذه المحكمة للموضوع يمتد ليشمل كل تفرعاته، فقد يسمح أمامها بإيداء طلبات جديدة ، كما قد يجذب أمامها أشخاصا من الغير في مبحثين تتعرض إليهما تباعاً .  
الأول: استخدام فكرة التصدي وسلطات محكمة الاستئناف. الثاني: تأثير فكرة التصدي علي موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف.

### المبحث الأول

#### استخدام فكرة التصدي وسلطات محكمة الاستئناف

٤٨- خصومة الاستئناف مرحلة جديدة من مراحل النزاع: ذهب رأي في الفقه (١) إلي أن «خصومة ثاني درجة تعتبر هي بعينها خصومة أول درجة. والسبب في ذلك يرجع إلي أن ذات الطلب القضائي يعاد طرحه من خلال الحكم الصادر فيه أمام محكمة الدرجة الثانية. فموضوع هذا الطلب وسببه وأطرافه بصفاتهم القانونية، وهي التي تشكل العناصر المكونة للإدعاء الكامن في هذا الطلب، هي التي يعاد طرحها علي موجب التركيز النهائي الذي تم لها أمام محكمة أول درجة، وعلي أساس ما هو وارد في الطلبات الختامية أمام هذه المحكمة. ومحكمة الاستئناف إذ تنظر ذات هذا الطلب في حدود ما نقل إليها بمقتضي الأثر الناقل للاستئناف، فأنها تنظر تلك العناصر الموجودة في الطلب القضائي في ضوء مبدأ ثبات النزاع، وما يقتضيه مبدأ التقاضي علي درجتين من تحريم إيداء طلبات جديدة في الاستئناف». فالخصومة واحدة أمام محكمتي أول وثاني درجة.

وبعد أن أكد علي ذلك صاحب هذا التصور في أكثر من موضع، اعترف في أحدي هذه المواضع لخصومة الطعن ببعض الاستقلال (٢). وأيضاً بأنها «خصومة جديدة (٣)» ووفقاً لمفهوم المخالفة لهذا التصور تعد خصومة ثاني درجة ليست هي بعينها خصومة أول درجة. كما أنها (٤) ليست مجرد استمرار لخصومة أول

(١) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٢٩٨ وما بعدها بند ١٦٧ فلسفة قانون المرافعات ص ٤٥ وما بعدها. سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ٢٠٠٨ ، دار الجامعة الجديدة ص ١٥١ وما بعدها بند ١٢٦ وما بعده.

(٢) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص ٣٥٢ وما بعدها بند ٣٠٥.

(٣) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض ص ٣٥٧ بند ١٧٩.

(٤) قارن: محمد وعبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات ج ٢ ص ٩١١ بند ١٢٦٦. د. أحمد مليجي: التعليق علي قانون المرافعات ج ٤ ص ٩٧٤.

درجة. لأنه من غير المتصور (١) أن يكون الاستئناف مجرد مرحلة ثانية أتاحها القانون للمحكوم عليه في المرحلة الأولى ليعاود الدفاع عن حقه أو مركزه القانوني الذي لم يرتضي الحكم الصادر في شأنه. ومؤدي ذلك، أنه إذا كانت خصومة الاستئناف ليست بعينها خصومة أول درجة، كما أنها ليست مجرد مرحلة منها، فهي كذلك ليست بحال منبئة الصلة عنها، لأن الاستئناف بتعبير المشرع المصري «ينقل الدعوي بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف». مادة ٢٣٢ مرافعات. وبتعبير المشرع الفرنسي «الاستئناف يعيد طرح الشئ المحكوم فيه علي محكمة الدرجة الثانية» مادة ١/٥٦١ مرافعات (٢). فما تنظره محكمة الاستئناف هو «نفس النزاع من جديد» (٣)، إلا أن ما يتعين مراعاته - في هذا المقام - التفرقة بين الخصومة والنزاع. فالخصومة (٤) وفقاً لتصورها العام هي مجموعة مركبه ومتتابعة من الأعمال الإجرائية وتكون الشكل للعمل الإجرائي. هذه المجموعة من حيث كونها عمل تتابعي واحد (٥). ومن حيث نظامها القانوني (١)، لا يمكن بحال أن تختلط بالنزاع

---

(١) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف أبو زيد: شرح قانون المرافعات ج ٢ ص ١١٥٨ بند ١٨٥.

(٢) انظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٣) د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٥٥٣ وما بعدها بند ١٨٦. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات، ص ٨٠١ بند ٥٧٢. د. طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات ص ٧٤٣. د. نبيل عمر: المراجع السابقة، ونفس الإشارات.

(٤) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٢٩٧ بند ١٦٦. د. فتحي والي: المبسوط ج ١ ص ٦٦٨، بند ٣١٠. طعن ٤٨/١٤٥١ ق نقض ١٩٨٠/١/٣١ وفيه عرفت محكمة النقض الخصومة بأنها «مجموعة الأعمال الإجرائية التي يطرح بها الادعاء علي القضاء ويتم بها تحقيقه والفصل فيه» مشار إليه لدي المؤلف: الدفع بإحالة الدعوي ص ١٤ حاشية رقم ٢.

(٥) هذا النظام يتكون من عدة الأعمال يقوم ببعضها الخصوم وممثلوهم، ويقوم بالبعض الآخر القاضي وأعوانه، وهذه الأعمال تتابع فيما بينها تتابعاً زمنياً ومنطقياً، بحيث يبدو كل عمل منها مقترضاً للعمل اللاحق، وهذه الأعمال أن أنتجت آثار خاصة بها، فأنها كلها تجتمع لإنتاج أثر نهائي. هذا الأثر النهائي هو ما ينتجه العمل النهائي منها - وهو الحكم- من آثار. هذه الآثار تعتبر أثراً مباشراً للحكم القضائي ولكنها أيضاً تعتبر آثاراً غير مباشرة لما سبق الحكم من أعمال. ذلك أن الحكم لا يوجد ولا ينتج أثره بغير أعمال الخصومة السابقة عليه. انظر: د. فتحي والي: المبسوط ج ١ ص ٦٦٨ وما بعدها بند ٣١٠. مناهج البحث في قانون المرافعات كتابات في القضاء المدني والتحكيم ص ٢٣٥ وما بعدها بند ٢٠. نظرية البطلان، ص ٧٥ وما بعدها بند ٢٣.

قارن، حيث يرى البعض بأن الخصومة مجموعة من الأعمال القانونية تتتابع زمنياً لتحقيق غاية واحدة، هي الحصول على حكم من القاضي، ولكن ينبغي أن تكون عملاً قانونياً لتباين الهدف من كل عمل فيها، ويرى

حول الحق أو المركز الموضوعي والذي حسم بحكم أول درجة. ولكن لما كان طريق الطعن في هذا الحكم جائزاً. فالمفترض أن تفتح - مرة أخرى - مجموعة من الأعمال الإجرائية، تعتبر صحيفة الاستئناف الأداة الفنية التي تتولد منها المجموعة المتابعة من هذه الأعمال، الهدف منها هو إبطال الحكم أو إلغائه . فخصومة الاستئناف ليست هي ذات خصومة أول درجة ولا كونها خصومة واحدة تنظر علي مرحلتين، رغم وحدة النزاع فيهما.

وحيث أن النزاع في الخصومتين واحد، والاستئناف كنظام قانوني(٢) يفتح درجة جديدة للتقاضي. فالمنطقي أن آلية أداءه حسم النزاع تختلف من خلال نظامين قانونيين مختلفين(٣). دون أن يؤدي هذا الاختلاف إلي الاستقلال التام بين الخصومتين. وغالبية الفقه تؤيدها هذا النظر(٤). فلا تعد خصومة الاستئناف مستقلة تماماً عن خصومة أول درجة، وإنما هي مرحلة جديدة من مراحل النزاع. وتبدو العلاقة الوثيقة بين الخصومتين في موضوعها. ولذلك كان طبيعي أن ينطبق علي

---

أنها تعتبر كوحدة، وسيلة أو أداة لتكوين عمل القاضي، أي يعتبر شكلاً له، كما يرى أن العمل القانوني هو العمل القضائي وأن الخصومة ليست شكلاً في العمل.  
د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٦٤٩، مبادئ ص ٣٧٣.

ABO. EL - KHLEK, OMAR: Thés Préc. P. 92 No199. VINCENT, GUINCHARD et MONTAGNIER et VARINARD: op. cit., p. 701. No 833.

(١) د. وجدي راغب: مبادئ ص ٣٦٣ وما يليها؛ د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٣٠٧ وما يليها؛ المؤلف: شرح قانون الإجراءات المدنية ص ٤٠٧ وما بعدها بند ٢٠٠ وما يليه.

(٢) RAYANUD (P.) L'effet devolutif de L'appel et L'application d'une lois Nouvelle aux instance ou cause. J.C.P. 1942. Doctrine No 291 No 12.

(٣) وأساس هذا الاختلاف ومبناه يرجع إلي الأخذ في الاعتبار لبعض العناصر الشكلية، والتي تجد تبريرها في أن محكمة الاستئناف تختلف عن محكمة أول درجة من حيث التشكيل والأجراءات. كما أن إجراءات رفع الطعن تختلف عن إجراءات رفع الدعوي، وأن سلطات القاضي والخصوم أمام محكمة أول درجة تختلف عن سلطاتهم أمام محكمة الاستئناف. ومن جهة أخرى فإن الحكم الصادر من محكمة ثاني درجة هو حكم نهائي في جميع حالاته، وله آثار متعلقة بقوته التنفيذية. وطرف الطعن تختلف عن آثار حكم أول درجة وطرق الطعن التي يقبلها. أنظر:

PERROT. (R.) L'appel provoque d' Aix- en- Provence. 1963. p. 110.

(٤) د. فتحي والي: المبسوط ص ٥٥٢ بند ١٨٤. د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ٧٤٣ وما بعدها. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٧٥٢، ٧٦٠. المؤلف: شرح قانون الإجراءات ص ٧١٩ بند ٣٢٠؛ د. اسامة جامع: المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها. د. أحمد ابو الوفا: الإشارة السابقة.

PERROT: Proc . Lic. Cit. et. L'effet de L'appel quant aux personne. Prév. P. 414. Tissot: Les effets de L'appel: L'auverture quant aux Personnes Prév. P. 410. Hébraud: effet devolutif et évacation in colloque d' Aix- en- Provence 1963. p. 147.

خصومة الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى مادة ٢٤٠ مرافعات مصري(١) ٢/٥٦١ مرافعات فرنسي(٢). إلا أنها ومع ذلك علاقة استقلال نسبي، ولذلك كان طبيعياً أيضاً أن يحتفظ المشرع لخصومة الاستئناف بقواعد خاصة بها تبررها أما اعتبارات فنية بحته مستمدة من طابع هذه الخصومة أو اعتبارات سياسية تشريعية(٣) .

هذا النظر هو ما أيدته محكمة النقض، إذ قضت بأن الخصومة في الاستئناف تعتبر بالنظر إلي إجراءات رفعها والسير فيها مستقلة عن خصومة أول درجة و متميزة عنها. فما يجري على إحداها من بطلان أو صحة لا يكون له أثر على الأخرى(٤) ويؤكد ذلك أيضاً كون الخصومة في الاستئناف تعتبر في مجال تطبيق أحكام سقوط الخصومة(٥) أو وقفها(٦) أو تركها(٧)، أو إنقضائها(٨) أو

---

(١) طعن ٥٧/١٠٠ ق نقض ١٩٨٩/٤/١٩. نقض ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٥٤٢. د. أحمد هندي: التعليق ج ٤ ص ٤٣٣ وما بعدها.

(٢) civ 3 act. 2002 Bull. Civ. 11. No 205. D. 2002 IR. 2916. J.C.P. 2002 iv. 2807 30 mars 2003. p. 29 abs Rusquec.

(٣) د. طلعت دويدار: الإشارة السابقة.  
(٤) نقض مدني ١٩٨٩/١٢/١٤ في الطعن ١٢٠١ لسنة ٥٣ ق. د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ الإشارة السابقة. نقض مدني ١٩٨٠/٤/٢٣ السنة ٣١ ج ١ ص ١٩٠؛ د. أسامة جامع: الإشارة السابقة؛ د. أحمد هندي: التعليق ج ٤ ص ٢٩٣. طعن تجاري عماني رقم ٢٠٠٦/٢٩٧ جلسة ٢٠٠٦/١١/١٥ مجموعة الأحكام المحكمة العليا السنة ٧ ص ٦٦٩.

(٥) وقضي تطبيقاً لذلك بأن الخصومة في الاستئناف - في مجال تطبيق سقوط الخصومة - مستقلة عن الخصومة المطروحة أمام محكمة أول درجة و متميزة عنها، مما يجري على إحداها من إمكان الوقف والسقوط لا يكون له أثر على الأخرى. ومن ثم فإن الإجراءات التي اتخذت في شق النزاع المطروح على المحكمة الابتدائية لا تحول دون سقوط الخصومة في الاستئناف المرفوع على شق آخر متى وقف سيرها أمام محكمة الاستئناف بفعل المستأنف أو امتناعه مدة تزيد على سنة "نقض" ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٥٤٢".

(٦) وقضي تطبيقاً لذلك بأن طلب الطاعن أمام محكمة الاستئناف إلغاء قرار لجنة القبول فيما تضمنه من رفض قيده بجدول المحامين المقبولين أمام المحكمة الابتدائية، توقف الفصل فيه على البت في الشق الآخر من الطعن المنصب على ما تضمنه القرار من نقل اسمه إلى جدول المحامين غير المشتغلين. مؤداه التزام محكمة الاستئناف بوقف السير في الدعوى لحين الفصل من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في هذا الشق "طعن ٦٣/٧٨٣٨ ق نقض ١٩٩٥/٢/١. طعن ٥٢/٤١٦ ق نقض ١٩٨٣/٢/١٣.

(٧) وقضي تطبيقاً لذلك بأن ترك المستأنف الخصومة بالنسبة لبعض المستأنف عليهم في غير موضوع غير قابل للتجزئة يعتبر تاركاً لها بالنسبة للباقيين في المركز القانوني موضوع النزاع الذي لا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد بما يوجب على المحكمة أعمال أثر الترك على هذا النحو من تلقاء نفسها باعتبارها المهيمنة على إجراءات التقاضي المعتمدة من النظام العام. طعن ٤٨/٧٦١ ق نقض ١٩٨٣/١١/٢٨، طعن ٤٤/٥٩٠ ق نقض ١٩٨٣/١/٢٦.

شطبها(٢) مستقلة عن خصومة أول درجة. فما يجري على إحداها من أحكام بشأن هذه العوارض، لا يكون له أثر على الأخرى.

٤٩ - طرح النزاع أمام محكمة الاستئناف: يقدم الاستئناف بالشكل نفسه الذي تقدم به المطالبة القضائية أمام محكمة أول درجة. أي بإيداع صحيفة مشتملة على بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف والطلبات مادة ٢٣٠ مرافعات(٣). وبهذا الإيداع يتم رفع الاستئناف(٤) ثم بعد ذلك تعلن هذه الصحيفة إلى المستأنف ضده مع تكليفه بالحضور، وذلك وفقاً لنفس القواعد ومراعاة نفس المواعيد التي يخضع لها إعلان صحيفة الدعوى أمام محكمة أول درجة(٥)، وبالإعلان تتعقد خصومة الاستئناف. كما أنها تتعقد بحضور(٦) المستأنف ضده أمام محكمة الاستئناف.

وتطبيقاً للمادة ٢٣١ مرافعات يجب أن يقوم قلم الكتاب بطلب ضم ملف الدعوى الابتدائية في اليوم التالي لليوم الذي رفع فيه الاستئناف. وعلى قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف إرسال ملف الدعوى إلى المحكمة الاستئنافية خلال المدة المحددة وفقاً لهذا النص(٧).

---

(١) وقضي تطبيقاً لذلك بأن الحكم بانقضاء الخصومة في الاستئناف يترتب عليه اعتبار الحكم المستأنف نهائياً من تاريخ انقضاء ميعاد استئنافه أو من تاريخ الحكم بالانقضاء، إذا كان ميعاد الاستئناف لم ينقضي بعد. طعن ٤٣/٢٨٠ ق نقض ١٩٧٦/٢/١٥.

(٢) د. أحمد هندي: شطب الدعوى ص ١٨ وما بعدها بند ٤.

(٣) نقض ٢٠٠٢/١/١٤ طعن ٦٥/٦٠٩ ق. نقض ٢٠٠٠/٦/٢٧ طعن ١٨٦٥ لسنة ٦٣ ق. د. أحمد هندي: التعليق ج ٤ ص ٢٨٧ وما بعدها.

(٤) طعون ٦١١٤، ٦١٥٨، ٦٢/٦٠٢٩ ق نقض ١٩٩٤/٤/١٧. طعن ٦٠/٥٨٠ ق نقض ١٩٩٥/٦/٢٦

"هيئة عامة" طعن ٦٥/١٢٧٧ ق نقض ١٩٩٤/٢/١٥. طعن ٥٨/١٢٨ ق نقض ١٩٩٣/٥/١٣.

(٥) طعن ٤٥/٧٢٧ ق نقض ١٩٨٠/٢/٥. طعن ٥١/١٨١٧ ق نقض ١٩٨٦/٣/٢٧. طعن ٥٦/٢٩١ ق نقض ١٩٩٢/١/١.

(٦) طعن ٦٠/١١٧٦ ق نقض ١٩٩٤/١١/١٧. طعن ٦٣/٤٩٤٦ ق نقض ١٩٩٤/١/٦.

(٧) ودون أن يترتب على عدم ضم الملف بطلان أو سقوط. وكل ما يجب على محكمة الاستئناف الحكم على الموظف الذي أهمل في طلب ضم الملف أو في إرساله في الميعاد بغرامة من عشرون إلى مائتي جنيه بحكم غير قابل للطعن مادة ٢/٢٣١ مرافعات.

ما لم يكن طلب ضم الأوراق بناء على طلب أحد الخصوم. فإن أغفلت محكمة الاستئناف ضم تحقيقات

كانت أمام محكمة أول درجة وسلخت من الملف كان حكمها معيباً لمخالفته الأثر الناقل للاستئناف. نقض

٢٠٠٣/١/٢١ طعن ٨٤١٩ لسنة ٦٣ ق. د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ٣٠٩.

وبهذا الضم(١) لا يكون المستأنف في حاجة إلى أن يسحب أو يقدم مستندات ومذكرات سبق تقديمها أمام أول درجة إذ أن الملف الحاوي لذلك كله يضم بواسطة قلم الكتاب، كما أنه ليس من الضروري تقديم صورة رسمية أو أكثر من الحكم المستأنف، إذ أن الملف حاوي لهذا الحكم يضم من تلقاء نفس قلم الكتاب وبأمر من القانون ذاته.

ووفقاً لذلك، يعد ضم ملف الدعوى الابتدائية إلى محكمة الاستئناف هو الوسيلة(٢) الإجرائية المادية التي تحقق الأثر الناقل للاستئناف، وهو وحده ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط. أي أنه لا ينقل إلى محكمة ثاني درجة إلا ما فصل فيه من محكمة أول درجة. كما أنه لا ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية إلا ما حدث طعن بالنسبة له من الحكم الصادر من محكمة أول درجة. وطبقاً للأثر الناقل للاستئناف فإن محكمة الدرجة الثانية تملك الحكم في الموضوع الذي كان معروضاً على محكمة أول درجة وفي حدود ما رفع عنه الاستئناف. والذي يحدد وفقاً له نطاق القضية في الاستئناف والتي بمقتضاه يكون لمحكمة الاستئناف السلطة الكاملة التي كانت لمحكمة أول درجة لنظر القضية من جديد على ما عرض على محكمة أول درجة وما لم يعرض عليها(٣).

هذا الأثر الناقل المحدود للاستئناف بعد طرحه للدعوى بحالتها أمام محكمة الدرجة الثانية. هذه المحكمة قد تضرب بهذا الأثر عرض الحائط وتمد يدها إلى كل النزاع، إذا ما كان الحكم المطعون فيه(٤) حكم فرعي إجرائي منهي لخصومة أول درجة دون أن تستنفد ولايتها بشأن الموضوع. وألغت أو أبطلت(٥) محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم واقتضت مصلحة العدالة إنهاء النزاع، أمكنها نظر النزاع برمته وفقاً للأثر الساحب للموضوع - التصدي .

(١) محمد وعبد الوهاب العشماوي ج ٢ ص ٩٠١ بند ١٢٥٥.

(٢) د. وجدي راغب: مبادئ ص ٧٦١.

(٣) في الأثر الناقل للاستئناف ونتائجه انظر فيما سبق بند ٢٣ وما بعده.

(٤) انظر فيما سبق بند ٣١.

(٥) انظر فيما سبق بند ٣٩.

٥٠ - السلطة التقديرية لمحكمة الاستئناف ورخصة التصدي: هذه الرخصة متى توافرت مقوماتها من حالات وشروط تطبيقها (١) خضع استخدامها أو على العكس عدم استخدامها لكامل سلطة هذه المحكمة التقديرية. هذه السلطة يسيطر عليها ضرورة التوازن الذي يتعين مراعاته بين الحفاظ على مبدأ التقاضي على درجتين وسرعة إنهاء النزاع. مع مراعاة ظروف هذا النزاع في مجمل عناصره (٢). ووفقاً لذلك، للمحكمة السلطة في ألا تستخدم تلك الرخصة. وحيث إنها لا تستخدمها، فيتعين عليها أن تحيل النزاع إلى قضاة أول درجة. أما إذا قررت (٣) المحكمة استخدامها لهذه الرخصة، فإنها تستطيع أن تتقدم خطوة للأمام، ويمتد الطعن إلى كل ما طرح على قضاة أول درجة ليشمل ما فصل وما لم يفصل فيه لتفصل في النزاع برمته بحكم واحد في الطعن والموضوع وفي ذات الحكم، على أن تراعي (٤) المحكمة حالة تصديها للنزاع وإصدارها لهذا الحكم مبدأ المواجهة الذي يظل كصمام أمان لكي يكفل للخصوم الفرص المتساوية لإبداء أقوالهم وسماع إدعاءاتهم ودفعوهم. وتصدي محكمة الاستئناف لموضوع النزاع التي لم تستنفد به أول درجة ولايتها، ودون أن يكون المستأنف قد تناوله في استئنافه أو اعتراضه، قد يعني أن هذه المحكمة وضعت يديها على هذا الموضوع دون طلب الطاعن. ولكن الواقع أن وضع محكمة الاستئناف يديها على الموضوع ومراعاتها لمبدأ المواجهة فضلاً عن طلب الخصوم له - عند غياب النص - يجد سنده في نصوص قانونية معتمدة مرتبطة بالتصدي أو الأثر الساحب للموضوع ذاته، بل تشكل جوهر هذا الأثر (٥).

(١) في مقترضات التصدي انظر فيما سبق بند ٢١ وما بعده.

(٢) Frederique FERRAND: évacuation Préc. N. 1021; Frederic FERRAND: appel Préc. N. 718.

وفي تطبيق ذلك انظر: الأحكام المشار إليها ص ٥٠ حاشية رقم ١.

(٣) د. محمد نور شحاته: الاستئناف الاستثنائي ص ١٢٨.

RAYNAUD: R.T.D. Civ. 1952. P. 119 ets Moutulsky: le rapport entre l'effet devolutif préc. N. 5. Tony - Moussa : Bulletin d'information. N. 620 du 10/60. 2005. Lic. Cit. Civ. 2 mai 1989. Bull. Civ. I. N. 174. Pourvoi. N. 87 - 17 - 705. civ. 14 juin 2001. Pourvoi. N. 99 - 20 - 943.

(٤) Vincent: les dimensions nouvelles de l'appel préc. P. 187 ets

(٥) د. حلمي وهاني الحجار: المرجع السابق ص ٤١٥ وما بعدها بند ٩١٠.



هذه النصوص هي التي شكلت الأساس التشريعي لفكرة التصدي لدى التشريعات التي اعتمدت الفكرة ووظبت عليها المواد ٥٦٨، ٨٩ مرافعات فرنسي، ٦٦٤ أصول محاكمات لبناني. وهي التي رخصت لمحكمة الدرجة الثانية حالة أن تقرر استخدامها للفكرة بمد يديها للموضوع الذي لم ينقله إليها الأثر الناقل المحدود للاستئناف والتي لم تستنفد به أول درجة ولايتها وامتد إليه الطعن افتراضاً أو حيلة من المشرع يلوي به عن قصد الواقع المائل أمامه، فيقلب الأمور رأساً على عقب ويفترض وجود الموضوع أمام محكمة الاستئناف بمد الطعن إلى كل ما طرح على محكمة أول درجة لتفصل في الطعن والموضوع بحكم واحد. هذا الافتراض (١) يدعمه ضم ملف الدعوى الابتدائية إلى ملف الاستئناف تطبيقاً للمادة ٢٣٠ مرافعات مصري، ومكنة محكمة الاستئناف من طلبها لأي مستند في القضية يمكنها من حسم النزاع وفقاً للمادة ٤١٦ قانون مختلط.

(١) يعد إحدى وسائل تطور القانون، يلجأ إليه المشرع الإجرائي للمحافظة على الإجراءات وتحقيق فعاليتها داخل الخصومة المدنية. ويوجه المشرع بفكرة الافتراض واستخدامها الصعوبات الفنية التي تتعلق بصياغة بعض القواعد الإجرائية أو الصعوبات الواقعية التي تتعلق بتطبيق أحكام هذه القواعد. والهدف العام من هذه الفكرة هو محاولة اقتراب المشرع من الواقع والحقيقة عندما يعز عليه اليقين أو يصعب التأكيد ومثال ذلك افتراض التنازل عن الحق في الطعن في حالة قبول الحكم من المحكوم عليه، وهو ما يترتب عليه عدم جواز الطعن المرفوع والامتناع عن نظر موضوعه مادة ٢١١ مرافعات مصري. افتراض حضور الخصوم جلسة النطق بالحكم، ومن ثم عدم جواز إثارة البطلان المتعلق بالنطق بالحكم أو إعلانيته، إذ لم يتم التمسك به لحظة النطق بالحكم مادة ٤٥٨ مرافعات فرنسي ... الخ.

وفكرة الافتراض فضلاً على أننا نصادفها في مختلف المنظومات الإجرائية التي يحتويها قانون المرافعات. فالمشرع نفسه يقننها ويستغلها ويلبسها ثوب الشرعية، ويؤيد من استخدامها العديد من الآثار الإجرائية والموضوعية.

وبغض النظر عن كثرة استخدامها في القانون الإجرائي. فإن الفكرة تجبر المشرع على استخدامها كحيلة قانونية لمواجهة الواقع الإجرائي في الخصومة المدنية، كافتراض توافر أهلية التقاضي للمجنون والمعنوه، وذلك بجواز اتخاذ الإجراءات في مواجهتهم، بل وفي مواجهة الخصم المتوفي لحفظ ميعاد الطعن مادة ٢/٢١٧ مرافعات مصري.

في فكرة الافتراض، مصدرها وشروطها وتطبيقاتها. انظر: د. محمد الصاوي مصطفى: فكرة الافتراض في قانون المرافعات ١٩٩٨ الطبعة الأولى دار النهضة العربية؛ د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة ص ٢٧٨ وما بعدها.

المؤلف: فكرة الإغفاء من الجزاء الإجرائي ص ٥٧ وما بعدها بند ١٦ وما بعده؛ د. محمد فتحي عطية: فكرة الافتراض في قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠١٥.

NORMAND : Thés préc. P. 193 etss. N. 204 etss. MIGUET: Thés préc. P. 14 etss.

ويدعم ذلك أيضاً، أن النصوص السابقة والتي تشكل الأساس التشريعي لفكرة التصدي، تشترك مع نصوص أخرى (١) اعتمدها المشرع ليتمكن الاستئناف من القيام بوظيفته الحديثة، عن طريق إعطاؤه كافة الأدوات الإجرائية التي تكفل له القيام بالعديد من الوظائف والتي من بينها الترخيص لمحكمة الاستئناف بالتصدي للموضوع التي لم تنظره أول درجة طالما مر عليها، ذلك لوحدة الغاية من استعمال هذه الرخصة مع الغاية التي تهدف إليها الوظيفة الحديثة للاستئناف - والتي شكلت هذه الوظيفة الأساس الفني لفكرة التصدي (٢) - ممثلة هذه الغاية في إنهاء النزاع برمته مرة واحدة دون حاجة إلى تكرار العودة إلى محكمة الدرجة الأولى.

وإذا كانت فكرة التصدي - وكما انتهينا من قبل - يمتد نطاق تطبيقها خارج النصوص السابقة، كما في حالتي الحكم الصادر بوقف الخصومة، والصادر بعدم القبول، والتي لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها في الموضوع بإصدارها لهذا الحكم أو ذلك. ومع ذلك سمحت محكمة النقض المصرية (٣) لقاضي الاستئناف حالة إلغاء الحكم بعدم القبول نظر الموضوع، وذلك لمجرد اعتقاد هذه المحكمة أن لجوء قاضي أول درجة إلى بعض العناصر الموضوعية التي كان فحصها ضروري للفصل في الدفع بعدم القبول - المصلحة أو الصفة - فصل في الموضوع، في حين كان تعرضها لهذه العناصر لا يتجاوز كونه مجرد استشفاف لها حتى تتمكن من الفصل في الدفع باعتباره مسألة أولية يتعين اجتيازها قبل الفصل في الموضوع.

هذا الاستشفاف للعناصر الموضوعية من جانب أول درجة اعتبرته محكمة النقض استفاداً للولاية، سوغت وفقاً له لمحكمة ثاني درجة نظر الموضوع بما للاستئناف من أثر ناقل، فكأنها حلت هذا الأثر التي تملكه محل الأثر الساحب التي لا تملكه، وهو حلول قائم على أساس مغلوظ لاختلاف النظام القانوني وأحكامه لكل أثر. فالأثر الناقل جوهره ونطاق إعماله قاصر على ما استنفدت فيه محكمة أول درجة ولايتها

(١) انظر فيما سبق بند ١٩ وما بعده.

(٢) انظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٣) انظر فيما سبق بند ٣٢ وما بعده.

في حين أن الأثر الساحب جوهره ومناط إعماله إذا لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها للموضوع على أن يكون مر عليها.

وفي هذه الحالة، يعد ترخيص محكمة النقض لقاضي الاستئناف نظر الموضوع التي لم تستنفد محكمة أول درجة به ولايتها، وكما يقول فقه (١) مسموع الكلمة هي حيلة أو افتراض وإصطناع لأن هذه المحكمة لم تملك الجرأة التي ملكها المشرع الفرنسي حينما أراد هدم نظام الاستئناف بشكله التقليدي دون أن يقرر أن في ذلك هدم للدرجة الأولى من درجتي التقاضي.

ومع ذلك يحمى لمحكمة النقض هذه المساعي والتي شكلت إرھاصة تحول نحو الأخذ بالوظيفة الحديثة للاستئناف وبإدارة أمل (٢) كي تعدل نظرتها لفكرة التصدي في كونها أداة هدم لمبدأ التقاضي على درجتين، ويكون ترخيصها لقاضي الاستئناف من نظره لموضوع النزاع حالة إلغاء الحكم بعدم القبول - وشأنه الحكم بوقف الخصومة (٣) - ليس وفقاً للأثر الناقل الذي ينتهي دوره عند الحكم بالإلغاء، وإنما وفقاً للأثر الساحب - التصدي - باعتباره أداة من الأدوات الفنية لنظام الاستئناف تسعى بدورها وأدواتها داخل هذا النظام لتمكنه من القيام بوظيفته الجديدة والغاية منها ممثلة في إنهاء النزاع التي هي الغاية من التصدي.

٥١ - التصدي والسلطة الكاملة لمحكمة الاستئناف: متى قررت المحكمة ممارسة حقها في التصدي امتد الطعن إلى النزاع في مجمله، ويعد مطروح أمامها كل ما طرح أمام أول درجة، لتمارس سلطتها على الحكم والموضوع معاً، فلا تقف هذه السلطة عند مراقبة سلامة الإجراءات التي صدر فيها الحكم المطعون عليه، سواء بالاستئناف أو الاعتراض، وإنما تجاوز ذلك وتمتد يديها إلى كل ما طرح على أول درجة، وفي حدود ما كان مطروح عليها. وتلتزم

---

(١) د. نبيل عمر: نطاق الطعن بالاستئناف ص ٦٦ وما بعدها.  
(٢) والتي عبر عنها البعض وهو بصدد حديثه عن التصدي بقوله "وكلنا أمل أن ينص المشرع المصري على ذلك في المستقبل". د. محمد نور شحاته: المرجع السابق، ص ١٣٠.  
(٣) انظر فيما سبق بند ٣٢ وما بعده.

بنظره من جميع جوانبه من حيث الواقع والقانون شأنها في ذلك شأن محكمة أول درجة (١) ويكون لها نفس سلطات هذه المحكمة (٢).

ويترتب على السلطة الكاملة التي تتمتع بها محكمة الاستئناف على النزاع إعمالاً للأثر الساحب للموضوع - التصدي - بعض النتائج ممثلة في الآتي:

٥٢ - ١ - بالنسبة لإجراءات التحقيق: التي أجريت أمام محكمة أول درجة تعد مطروحة بنفس القوة أمام محكمة ثاني درجة، ويكون لها سلطة تطبيقها. كما أن لها إعطاء واقعة معينة تكييفاً مغايراً لذلك الذي أعطته أول درجة، أو رفض إجراء تحقيق معين. كما أن لها أن تأمر بإجراءات تحقيق جديدة.

ومؤدى ذلك، يعد كل ما طرح أمام أول درجة من إجراءات تحقيق مطروح بنفس القوة أمام محكمة الاستئناف، ولهذا فإن الإيمان التي حلفت في أول درجة تبقى لها نفس الفاعلية، والإقرارات القضائية أمام أول درجة تعتبر أمام ثاني درجة إقرارات قضائية. وبصفة عامة تعتبر جميع إجراءات التحقيق المقدمة أمام أول درجة مقدمة

---

(١) Meurisse: effet dévolutif de l'appel évocation plentidue de juridication Gaz Pal 1950 - 1 - Dactrine P. 3. Solus et Perrot : op. cit., T. 2. P. 811 ets. N. 775. Frederique FERRAND: évocation préc. N. 1022. et appel 1993. préc. P. 57 N. 688. Frederic. FERRAND: appel préc. P. 86. N. 720. Loisel : omploi aptimal de la nation d'evocation préc. N. 38. STRICKLER : Préc. N. 8. Cass Civ. 23. Sept. 2004. Bull. Civ. II. N. 409. J.C.P. 2004. IV. 3060. Dr. et . P. proc 2005. 33. note Fricone. Civ. 18 mars 2003. Bull. Civ. N. 78. J.C.P. 2003.1. 140. N. 22. obs. R. Morlin. Soc. 17 fevr 1993. N. 89 - 42. 502. Bull. Civ. V. N. 53. J.C.P. 1993. IV. 991.

(٢) حيث تنص المادة ٢/٥٦١ مرافعات فرنسي معدلة بالقانون ٨٩١ الصادر في ٦ مايو ٢٠١٧ على أنه "يتم النظر في تقدير الوقائع وتطبيق القانون وفقاً للشروط والضوابط المحددة في البابين الأول والثاني من هذا التقنين".

art. 561-2. Nov. il est statué á nouveau en fait at en droit dans les conditions et limites déterminées aux livres premier et deuxieme du present code".

وفي تطبيق ذلك انظر :

Coss. Civ. 3 oct. 2002. Bull. Civ. II. N. 205. D. 2002. IR. 2916. J.C.P. 2002 IV. 2807 Procedures 2002 comm 225. Note perrot. Gza Pal 30 mars lne avr 2003. P. 29. abs. Rusquec Soc. 5 janv. 1967. Bull. Civ. IV. N. 1. civ. 19 avr. 1972. Bull. Civ. III. N. 244.

أيضاً أمام محكمة ثاني درجة (١). ولها أن تعتمد عليها متى رأت أنها حققت الغاية، وأن فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها دون أن تلتزم بإجراءات تحقيق جديدة، فلا تثريب على محكمة الاستئناف إن هي لم تستجيب لطلب أي من الخصوم بندب خبير، طالما وجدت في الأوراق ما يغنيها عن ذلك الإجراء، وما يكفي لتكوين عقيدتها فيما هو مطلوب إحالته للخبير (٢) هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، لمحكمة الاستئناف السلطة في ألا تأخذ بنتيجة التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة. فلها أن تراجع أقوال الشهود في التحقيق الذي أجرته هذه المحكمة، وتستخلص منها ما تطمئن إليه، ولو كان مخالفاً لما استخلصته محكمة أول درجة (٣)، كما يمكن لمحكمة الاستئناف عدم الأخذ بشهادة الشهود، وذلك خلافاً لما ذهبت إليه محكمة أول درجة، ومن ثم لا يسوغ النعي على ما قضت به بعدم الأخذ بأقوال شاهد استمعت إليه محكمة أول درجة نفاذ للحكم الصادر منها بإحالة الدعوى إلى التحقيق والتي ألغته محكمة الاستئناف (٤) وأيضاً لها ألا تقبل (٥) دليل استهلك أمام أول درجة، أو تنازل عنه الخصم، فلا تقبل توجيه يمين إلى خصم إذا كان قد سبق توجيهه إليه في أول درجة، أيأ كان موقفه عندئذ.

---

(١) د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٥٥٤ بند ١٨٦ والحكم المشار لديه نقض مدني ١٩٨٨/١٢/١٢ في الطعن ٣٥٣ لسنة ٥٣ ق. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٧٦٢؛ د. فكري أبو صيام: الأسباب الجديدة في النقض المدني ٢٠٠٥ دار النهضة العربية ص ٩٨ وما بعدها.

Frederique FERRAND: évocation préc. N. 1021 et appel préc. P. 57 N. 667.

وفي تطبيق ذلك: انظر: طعن ٦٢/١٣٤١ ق نقض ١٩٩٨/٢/١٥.

Cass. Civ. 12 mars 1980. Gaz Pal. 1980. 2. 455. Note Viatte. 27 avr. 1981. ibid. 1981. 2. 703. Note. Viatte. Com. 15 juin 1982. Bull. Civ. Iv. N. 229. Civ. 4 avr. 1978. D. 1978. IR. 365. obs. Julien Civ. 8 juin 1979. Bull. Civ. III. N. 125.

(٢) د. علي تركي: المرجع السابق ص ١٢٤ وما بعدها. الأحكام المشار لديه نقض مصري ١٩٦٩/٢/١٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٢٤٩. تمييز دبي في ٢٠٠٨/٦/٩ في الطعن رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٨. طعن تجاري تمييز دبي في ١٩٩١/١/٢٧ مجموعة الأحكام ع ١ لسنة ١٩٩١ رقم ١٢ ص ٨٢.

(٣) د. فتحي والي: الإشارة السابقة والأحكام المشار لديه نقض مدني أول مايو ١٩٦٩ مجموعة النقض ١٩ - ٩٢٤ - ١٣٧؛ د. علي تركي: الإشارة السابقة والأحكام المشار لديه نقض مدني ١٩٧١/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٥٤٠. نقض "أحوال شخصية" ١٩٧٥/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٦٧٤. نقض مدني ١٩٧٩/٥/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٤٤٦.

(٤) د. علي تركي: المرجع السابق ص ١٢٨ بند ٦٤. نقض مدني ١٩٧٣/٤/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٦٦٧.

(٥) د. فتحي والي: المرجع السابق ص ٥٥٥ بند ١٨٦.

وأخيراً لمحكمة الاستئناف أن تأمر بإجراءات تحقيق جديدة تقدر أنها ضرورية للفصل في النزاع(١) وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً لصراحة المادة ٨٩، ٢/٥٦٨ مرافعات فرنسي Une mesure d'instruction. فيكون للمحكمة سلطة الإحالة إلى التحقيق، وندب الخبراء والانتقال لمحل النزاع، والأمر باستحضار الخصوم لاستجوابهم، وتوجيه اليمين، وغير ذلك من طرق الإثبات المختلفة(٢)، بل هي تلتزم باستعمال هذه السلطات للوصول إلى الحقيقة، فتخطئ إذا حجت نفسها عن تمحيص تقدير أدلة الدعوى. واكتفت في أمر يقوم على التقدير الشخصي - كالمضاهاة أو تقدير أقوال الشهود - بتأييد رأي محكمة أول درجة دون أن تقوم هي به، ولو رأت أن استخلاص محكمة أول درجة استخلاص سائغ وسليم(٣).

وللخصوم أيضاً نفس الحقوق التي كانت لهم أمام المحكمة الابتدائية، ولهم دائماً أن يركنوا إلى وسائل إثبات ومستندات جديدة لم يسبق لهم إيدؤها أمام أول درجة، فللوصول إلى تفتح الطلب الأصلي، أي السماح له بإنتاج كل آثاره أتاح المشرع للخصوم عدة طرق منها ما جاء بالمادة ٥٦٣ مرافعات فرنسي من تبرير إدعاءاتهم المعروضة على محكمة أول درجة بإتاحة تقديم مستندات وأوراق جديدة(٤). والحق في تقديم ذلك لا يثير أدنى صعوبة(٥)، كما يستتبع أيضاً الحق(١) في التمسك

---

(١)Frederique FERRAND: évocation. Préc. N. 1021 et. Appel. Préc. N. 719. MEURISSE: Préc. P. 3. Frederic. FERRAND: appel. Préc. N. 695. Strickler: Préc. N. 8.

(٢)Coss. Civ. 23 oct. 1991. Goz Pal 1992. Somm. 146 obs. Ferrand et Moussa. Civ. 6 oct. 1971. D. 1972. 74 R.T.D. Civ. 1972. 445. obs. Roynoud. Soc. 6 fer. 1985. J.C.P. 1985. iv. 148. Soc. 6 fer. 1985. J.C.P. 1985. IV. 335.

(٣)Vicnent, et Rusquec: les effets de l'appel quant a l'abjet préc. P. 402. Vicnent : Les effets de l'appel laouverture quant al'objet du litige. Préc. P. 408. Soc. 6 mai 1985. J.C.P. 1985. iv. N. 148. Civ. 20 mars 1973. Bull. Civ. II. N. 107. Civ. 25 oct. 1991. Bull. Civ. II. N. 265.

(٤)Vincent et Rusquec: Les effets de L'appel quant a L'ajbet du lilige préc. P. 402. Vicnent: les dimensions nouvelle de l'appel préc. P. 180. N. 524. aude DORANGE: reforme de la procedure d'appel préc.

(٥)Civ. 20 mars 1973. Bull. N. 107. 25 janv. 1978. J.C.P. 1978. iv. 99. Civ. 6 oct. 1971. D. 1972. 74. Rev. trim. 1972. 445. obs. Raynaud. Soc. 6 fevr.

بظروف وقائع لم يحدث التمسك بها أمام أول درجة، على الا تتضمن هذه الوقائع - وكما سنرى - طلباً جديداً إلا في حدود ما نصت عليه المادة ٥٦٤ مرافعات فرنسي. ٥٣ - ٢ - بالنسبة للدفع وأوجه الدفاع: أو الوسائل بتعبير المشرع الفرنسي التي قدمت أمام محكمة أول درجة تعتبر مطروحة على محكمة الاستئناف وبقوة القانون تطبيقاً للمادة ٢٣١ مرافعات مصري، ونظر هذه المحكمة للنزاع على أساس ما قدم فيه من هذه الدفع أو ذلك تطبيقاً للمادة ٢٣٣ مرافعات مصري، ٥٦٣ مرافعات فرنسي. كما أنه ووفقاً لصراحة هذه النصوص تعد أوجه الدفع والوسائل الجديدة مقبولة أمام محكمة الاستئناف.

ومؤدى ذلك أن كل ما كان قد أبداه الخصوم أمام أول درجة من دفع أو أوجه دفاع أو وسائل أو أسانيد وأسباب ولو كان أبدى منها على سبيل الاحتياط (٢)، سواء كانت هذه المحكمة قد عرضت لها أم لم تعرض، وسواء كانت فصلت فيها أو لم تفصل، وسواء كان فصلها فيها في ذات الحكم المطعون فيه أم بحكم سابق عليه، فينقل إلى محكمة الدرجة الثانية ضمن ملف الدعوى الابتدائية ليضم إلى ملف الاستئناف.

وإذا كان ذلك بالنسبة لأوجه الدفاع والدفع التي سبقت أن أبداه الطالب أمام محكمة أول درجة، فإنه بالنسبة للمطعون ضده لا يلزم أن يرفع استئنافاً أو اعتراضاً بشأنها، وأن يعاود التمسك أمام محكمة الاستئناف بما كان قد أبداه أمام محكمة أول درجة من أوجه الدفاع أو دفع أو يردده مرة أخرى أمامها. ولو تغيب (٣) أو حضر دون أن يبدي دفاعه إذ تعتبر مطروحة بقوة القانون أمام محكمة ثاني درجة وفقاً لصراحة

---

1985. J.C.P. 1985. iv. 148. cette. Préc. Vicent et Guinchard: op. cit., P. 837.

(١) د. هشام صادق: المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره المحاماة ١٩٧٠ السنة ٥٠ العدد الخامس ص ٢٢٦.

Cass. Civ. 8 juin 1979. Gaz Pal. 1979.443. Note Viatte.

(٢) طعن ٤٧/١٢٩١ ق نقض ١٩٧٨/١٠/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٦٤٠. نقض ١٩٧٥/١١/١١ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ١٢٨٨.

(٣) د. فتحي والي: المرجع السابق ج ٢ ص ٥٥٥ بند ١٨٦. طعن ٤٥/٩٣٧ ق نقض ١٩٧٩/٥/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ص ٣٢٨.

المادة ٢٣١ مرافعات (١) وعلى فرض تقاعس قلم كتاب محكمة الاستئناف طلب ضم ملف الدعوى الابتدائية أو أهمل قلم كتاب المحكمة الابتدائية في إرسال الملف. فإنه متى قررت محكمة الاستئناف تصديها للنزاع، فإن الطعن الذي طرح أمامها يمتد إلى كل هذه الدفوع وأوجه الدفاع عرضت أو لم تعرض على أول درجة فصلت فيها أم لم تفصل، ما لم يتنازل المطعون ضده عن التمسك بشئ من هذه الدفوع صراحة أو ضمناً (٢). وتقدير هذا النزول مسألة واقع تستقل بتقديره محكمة الاستئناف (٣). ونتيجة لذلك إذا غفلت محكمة الدرجة الثانية دفاع المطعون ضده الذي أبداه أمام أول درجة، فإن ذلك يكون سبباً للنعي عليه، حتى ولو عاود التمسك به أمامها (٤). كذلك لا يقبل من المطعون ضده النعي على الحكم المطعون فيه تناوله أوجه دفاعه كطلب الدعوى للتحقيق إستجابة لما كان قد طلب أمام أول درجة، إستناداً إلى أنه لم يعاود التمسك بذلك أمام محكمة الاستئناف، طالما أنه لم يتنازل عن هذا الطلب (٥).

أما بالنسبة للأوجه المتعلقة بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص الولائي (٦) أو الاختصاص النوعي القاصر لمحكمة أخرى (٧)، فتعتبر مطروحة دائماً على محكمة الدرجة الثانية. وعليها أن تقضي فيها من تلقاء نفسها ولو لم يعرض له الخصوم في صحيفة الطعن أو في مذكرات دفاعهم، إذ لا يرد عليه القبول أو التنازل ويجوز الدفع بشأنه ولو لأول مرة أمام محكمة النقض (٨).

(١) نقض ١٩٧٦/٣/١٧ طعن ٤١/٥٩٨ ق السنة ٢٧ ص ٦٧٦. وفي ١٩٧٨/٣/٢٩ طعن ٣٢٠ لسنة ٤٤ ق السنة ٢٩ ص ٩٠٠. د. أحمد هندي: التعليق ج ٤ ص ٣٠٩.

(٢) نقض ١٩٨٥/٣/٣١ في الطعن ١٩٨١ لسنة ٥٠ ق. نقض ١٩٨٠/٢/١١ في الطعن ١٥٩ لسنة ٤٦ ق نقض ١٩٧١/٣/٢ السنة ٢٢ ص ٢٣٩. د. أحمد مليجي: التعليق ج ٤ ص ١٠٦٢.

(٣) نقض ١٩٦٥/٦/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ٨٨٣. د. أحمد مليجي: المرجع السابق ص ١٠٦٢.

(٤) طعن ٣٦/١٩٩ ق نقض ١٩٧٠/١١/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ١١٤٨.

(٥) طعن ٤٣/٨٩٣ ق نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ١٨٦٠.

(٦) طعن ٦٠/٢٦٩١ ق نقض ١٩٩٦/١٢/١ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ١٤٤٤. طعن ٦٠/٣٧٢٩ ق نقض ١٩٩٦/٤/٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٦٢٨.

(٧) Lyon. 13 Juill 1977. J.C.P. 1978. 11. 18825. obs. Julien cette per. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 845.

(٨) Cass. Civ. 27 juin 2002. Bull. Civ. 11. N. 149. Cass. Civ. 20 oct. 1986. D. 1987. Somm. Com. 299. obs Julien. Cass. Com. 20 1992. D. 1993. Somm. 184. obs. Julien.



بالإضافة إلى ذلك، ووفقاً للنصوص السابقة، ما يعدّ جديداً من هذه الدفوع وأوجه الدفاع (١) أو الوسائل (٢) يُقبل ولو طرح لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، لكونها درجة من درجات التقاضي لا تقيد حرية الخصوم في تدارك ما يكون قد فاتهم من كل ذلك أمام أول درجة (٣) فيكون للخصوم الحق في إبداء ما يشاء من ذلك ولو لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية. طالما لم يسقط الحق في إبداءها (٤) أو يكون القصد منها المماثلة أو إطالة أمد التقاضي (٥) أو على الكل ينطوي الدفع أو أوجه الدفاع على طلب جديد.

ومبرر قبول أوجه الدفاع والدفوع والوسائل الجديدة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، فضلاً عن كونها لا تعد طلبات جديدة (٦) فإن حق الدفاع ومقتضيات العدالة والنصوص القانونية تقتضي ذلك (٧). فأوجه الدفاع (٨) لا تغير في موضوع النزاع ولا في سببه ولا في الخصوم أو صفاتهم، كما أنها لا تقدم جديداً في هذا

(١) مادة ٢٣٣ مرافعات مصري "يجب على المحكمة أن تنتظر الاستئناف على أساس ما قدم لها .... وأوجه دفاع جديدة ...". طعن ٥٢/٢١٧٣ ق نقض ١٩٩١/١/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ٢٤٥.

(٢) art. 563. "Pour justifier en appel les pretentions qu'elles avaient soumises au premier juge les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux....".

(٣) نقض ١٩٨٠/٦/٧ الطعن ٤٩/٥٢٥ ق. د. أحمد مليجي: التعليق ج ٤ ص ١٠٥٧.

(٤) د. وجدي راغب: مبادئ ص ٧٦٩ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ١١٠٩ بند ٦٥٦؛ د. طلعت دويدار: الوسيط ص ٧٤٩؛ د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٦٢٤ بند ٣١٢ مبدأ التقاضي على درجتين ص ١٩٤ وما بعدها بند ١٣٧؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ٣٢٦ وما يليها بند ١٧٩ وما يليه. وفي تطبيق ذلك. انظر: طعن ٤٣/٥١٧ ق نقض ١٩٧٧/٣/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ٦٩٧ طعن مدني عماني ٢٠١٠/٢٧٥ نقض ٢٠١٠/١٢/٥ مجموعة أحكام المحكمة العليا ص ٢٢٠.

Civ. 8 juin 1979. J.C.P. 1979. iv. 261.

(٥) نقض استئناف بني سويف في ١٩٧٠/٢/٨ القضية ١٠٦ لسنة ٥ ق والذي ذهب إلي أنه عن الدفع بالجهالة، فإن المحكمة ترى أنه غير جدي، لأن المستأنف بصفته لم يبد هذا الدفع أمام محكمة أول درجة واقتصر دفاعه على الدفع بسقوط الحق طبقاً للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ الذي يستفاد منه أنه لم ينازع في صحة توقيع المورث على سند المديونية، فإثارته لهذا الدفع أمام محكمة الدرجة الثانية ما هو إلا من قبيل المماثلة وإطالة أمد التقاضي، ومن ثم يتعين الالتفات عنه. مشار إليه لدى د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ١٩٤ حاشية رقم ٥.

(٦) Cass. Civ. 2e 1 déc 2016. N. de pourvoi. 15. 27143. وفي مفهوم الطلب الجديد. انظر فيما يلي: بند ٥٢ والهوامش الملحقة به.

(٧) د. علي تركي: المرجع السابق ص ٣٢٥ بند ١٧٦، ١٧٧ والأحكام المشار له لديه نقض مدني ١٩٧٤/٢/٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٥، ص ٤٢٨. نقض مدني ١٩٧٩/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض س ٣٠ ص ٢٢٠.

(٨) د. طلعت دويدار : الإشارة السابقة د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ١٨٩ بند ٣٧.

Vicent et Rusquec : les effets de l'appel quant al'abjet au litige préc. P. 402.

الموضوع بالزيادة أو النقصان. وإنما تعني الحجج التي يستند إليها الخصوم في تأييد ما يدعون، دون أن يغير بها من المطلوب. فالخصوم بمقتضاها يؤكدوا أو ينفوا ذات النزاع السابق طرحه على أول درجة وفي حدوده (١). كما أن الدفوع الموضوعية والإجرائية والدفع بعدم القبول المطعون ضده تكون مقبولة أمام ثاني درجة طالما لا تضيف جديد على موضوع الطلب الأصلي (٢).

وفي القانون الفرنسي للخصوم كي يتمكنوا من تأييد إدعاءاتهم التي سبق أن طرحوها أمام أول درجة التمسك بوسائل جديدة مادة ٥٦٣ مرافعات والوسائل الجديدة (٣) عبارة عن وقائع وحججاً مقدمة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف استناداً إلى الإدعاءات التي سبق تقديمها أمام أول درجة. ومن ثم فالتفرقة واضحة بينها وبين الطلبات الجديدة، التي تكون عبارة عن إدعاءات تطرح لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية. تلك الطلبات التي لا تتحدد فقط عن طريق محلها، وإنما أيضاً عن طريق سببها. فيكون الطالب جديداً إذا غير في أساس وهدف الإدعاء بإحلال أساس أو هدف آخر. في حين أن الوسيلة الجديدة لا تعدل في موضوع الإدعاء ولا في

---

(١) وتطبيقاً لذلك لذي قضى "بأن الإدعاء بتزوير الأوراق المقدمة في الدعوى يجوز إبدائه أمام محكمة الاستئناف مادة ١/٤٩ إثبات، لأن مسألة التزوير ليست في حقيقتها إلا دفاعاً موضوعياً منصباً على مستندات الدعوى وليست من قبيل الطلبات الجديدة التي يتمتع تقديمها لأول مرة في الاستئناف" نقض مدني ٦ نوفمبر ١٩٤٧ طعن رقم ١٠٠ لسنة ١٦ ق، وأيضاً نقض مدني ١٦ إبريل ١٩٣٩ طعن ٩٩ السنة ٨ ق مشار إليهما لدى د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق ص ١١٠٩ وما بعدها. وانظر: طعن ٥٨/١٤٣٨ ق نقض ١٩٩٣/٤/١١ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ع ٢ ص ٥٩.

(٢) في تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٨/١٠/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١١٤٢، نقض ١٩٧٥/١٢/١١ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ١٣٨٨.

Cass. Com. 10 juin. 1986. J.C.P. 1986. iv. 244. Cass. Com. 20 oct. 1992. D. 1993. Somm. 184. obs. Julien. Civ. 16 déc. 2004. Bull. Civ. II. N. 525. civ. 10 janv. 1968. Bull. Civ. I. N. 10.

STRICKLER: Préc N. 8. Aude, DORANGE: réforme, de la procédure d'appel: les nouveautés relatives a mise en état: <https://www.aclualites-dudroit.fr/24mai2017>. Jean – baptiste – Forest : L'irrecevabilité des Prétenions nouvelles en appel au coeur d'economie processuelle préc. N. 1. Tony – Moussa : Bulletin d'information N. 620 du 10/6/2005. <https://www.coundecassation.fr/2005-1877.N620-19361>. MARTIN (R.) sur la nation de mayen J.C.P. 1976. Dactrinen 2778 N. 4 et le fait et le droit au les parties et le juge préc N. 48. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 837 ets. N. 1430. Cass. Civ. 12 janv. 1983. D. 1983. 211. Note. Larroumet. Com. 4 mai 1993. Bull. Civ. iv. N. 171

سببه ولا في صفة خصومه، ولا حتى بالتبعية في مضمون الطلب، لكنها فقط قد تمثل باعاً جديداً. فهي تعني كونها (١) أداة لبلوغ غاية معينة هي الحكم بزعم واقع وقانون. فالوسيلة هي (٢) كل ما يمكن أن يفيد في تبرير إدعاءات الخصوم دون تعديلها ولو في عنصر من عناصرها، ومن ثم فقد تمثل طرق إثبات جديدة، أو حتى طرق جديدة لإنقضاء الالتزام.

ووفقاً لذلك، يكون للخصوم تقديم وسائل جديدة (٣) ودون أن يكون في تقديمها تعدي على مبدأ النفاضي على درجتين، لأن موضوع الإدعاء لا يتغير، وإن كان من الممكن تغيير سببه لاختلاطه بالوسيلة (٤) لأن ذلك ما يقتضيه الاستئناف بوجه

---

(١) MARTIN : sur la nation de mayen préc N. 11. et le fait et le droit au les parties et le juge préc. Lic. Cit.

(٢) Vincent et Guinchart : Lic. Cit

(٣) Cass.Civ. 28 oct. 1929. 323. J.C.P. 1952. II. 7009. Paris. 12. Juill 1974. Gaz Pal 1974. 848. Civ. 2e II déc 1975. D. 1976. I.R. 54. Soc. 9 mai 1978. J.C.P. 1978. iv. 207 cette pér. Vincent et Guinchart: op. cit. P. 837. Civ. 25 oct. 1991. Bull. Civ. II. N. 265. Civ. 11 mars 1998. Bull. Civ. 11. N. 77. Civ. 4 mars 2004. N. 02 – 12. 141. Bull. Civ. 11 N. 84. D. 2004. 1204. obs. Fricero. Civ. 23 sep. 2004. Bull. N. 409. Pourvois N. 02 – 21. 141

(٤) فعلى الرغم من وضوح التفرقة بين الطلب الجديد، والوسيلة الجديدة، إلا أن فكرة الوسيلة تقترب من فكرة أخرى هي فكرة السبب. أدى هذا التقارب إلى الخلط بين الفكرتين لدرجة صعوبة التفرقة بينهما لعدم وجود ضابط يعينه للتفرقة بين الفكرتين خاصة في التطبيق العملي. فمن يطالب أمام محكمة الاستئناف بالبطالان ويكون قد طلب أمام أول درجة بالفسخ بسبب تطرفات تدليسية يعتبر قد قدم طلباً جديداً لتعديله السبب. لكن ذلك الذي يطالب أمام الاستئناف بحق المرور بسبب الحبس بعد طلب ذلك أمام أول درجة على أساس الاتفاق يكون مغير للوسيلة فقط دون السبب. كذلك الحال حين يطلب تعديل تكييف تصرف هبة إلى إبراء.

في تفصيل ذلك انظر: د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ص ١٨٧ وما يليها. الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٥٩٢ وما يليها بند ٢٨١ وما يليه د. عزمي عبد الفتاح: أساس الإدعاء أمام القضاء المدني ١٩٩١ دار النهضة العربية ص ٦٤ وما يليها. التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأسيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء مجلة المحامي الكويتية السنة التاسعة الأعداد: أكتوبر / نوفمبر / ديسمبر ١٩٨٦. د. علي تركي: المرجع السابق ص ٢٦٦ وما يليها بند ١٢٢ وما يليه.

NORMAND: Thèse P. 134 etss N. 146 etss. BENABENT (A.) les moyens relève en secret par les juge. J.C.P. 1977. 1. 2849. MARTIN : le fait et le droit ou les parties et le juge. Préc. N. 17 – 24 et 49. et sur la nation de mayen préc. N. 4. Vicnent : les effets de l'appel l'ouverture quant a l'abjet du litige préc. P. 405. Vincent et Guinchart : op. cit., P. 837 ets. N. 1430.

عام(١). كما تقتضيه فكرة التصدي - موضوع الدراسة - تطبيقاً للمادة ٢/٥٦٨ مرافعات لكونها أداة فنية من أدواته، وتهدف إلى ما تهدف إليه وظيفته - الاستئناف - الحديثة في إنهاء النزاع وسرعة حسمه(٢).

فتقديم الوسائل الجديدة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف حق للخصوم وهو حق يقتضيه القانون فلمهم تقديم وسائل جديدة تعلق هذه الوسائل بالواقع أو القانون. ووسائل الوقائع تمثل أساس إدعاء الخصوم، إنها تثير وسيلة القانون. فالوسيلة تقوم حيث تجد الوقائع، القاعدة القانونية القابلة للتطبيق عليها ويعرضها الخصوم على القاضي الذي من سلطته أن يتحقق من مدى سلامة وملاءمة القاعدة القانونية لها. ليس للقاضي أن يثير وسيلة واقع أو قانون من تلقاء نفسه، وإنما فقط الوسيلة القانونية البحتة(٣). فللخصوم فقط اختلاق الوسائل وخط الواقع بالقانون. والوسيلة تحدد اللحظة الرئيسية لتكوين الحكم، دونها لا يمكن أن يكون هناك استدراك أو استنتاج، الذي يؤدي إلى الحكم(٤).

وإذا كان القاضي ملزم بألا يضيف على وسائل الخصوم، وإنما يعرض عليهم أن يبدوا الوسائل الكافية لتسبيب القرار وإلا كان الطلب غير مقبول. حيث يجب على

---

(١) فالوسائل الجديدة ليست سوى طرق جديدة تتصل بنفس الطلب القضائي الذي طرح على أول درجة وامتد النزاع بشأن أمام ثاني درجة. انظر:

RAYNAUD: L'effet devolutif de l'appel et l'application d'une lois nouvelle aux instance préc. N. 20.

(٢) Natalie Fricero : L'appel nouveau est arrive. Préc. Joelle JEGLOT – BRUN: Le decret N. 891 du 6 mai 2017 préc.

CARATIN.. L'art. 568 une modalite essentielle de l'indeminisation rapide des victime d'accidents prec. P 130. Civ. 1 mars 1983. Gaz Pal 1983. Pan 171. obs. Guinchard.

(٣) في الوسائل القانونية البحتة وكيفية إثارة القاضي لها من تلقاء نفسه. د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص ٢٤٣ وما بعدها بند ٢٢٠ وما بعده. انظر: د. عزمي عبد الفتاح: أساس الادعاء. ص ٢٦٤ وما بعدها.

MARTIN: le fait et le droit ou les porties préc N. 48 ets et sur la nation de mayen préc. N. 8.

(٤) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون المقال ص ٣٢ وما بعدها؛ د. علي تركي: التزام القاضي بالفصل في النزاع ٢٠١٣ ص ١٠ وما بعدها بند ٩ وما بعده؛ د. أحمد صدقي: رسالة ص ٢٩٣ وما بعدها.

MARTIN : sur la nation de moyen préc N. 8 et le fait et le droit ou les parties et le juge. Préc. N. 48 et 52.

الخصم أن يخاطب القاضي بلغة القانون كي يساعده على حل النزاع، ولذا استلزم القانون الاستعانة بمحامي، "لتسبيب الإدعاء" شأن "تسبيب الحكم" يجب أن يتم من رجل قانون وبصورة مكتوبة(١). La "motivation de la pretention sur la .modele de la motivation" du jugement فإلوسائل الجديدة يجوز للخصوم إيدائها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولو تعلقت بوقائع لاحقة على الحكم المطعون عليه بالاستئناف أو الاعتراض. ولا يجوز لهذه المحكمة رفضها بحال طالما لا تتطوي على طلب جديد بالمخالفة للمادة ٥٦٤ مرافعات.

٥٤ - ٣ - بالنسبة لإنهاء النزاع في مجمله: ينتج عن السلطة الكاملة لمحكمة الاستئناف على النزاع وفقاً للأثر الساحب للموضوع، أن تنظره من جميع جوانبه الواقعية والقانونية، لتصدر حكماً في الطعن والموضوع معاً، ودون أن تنقيد بما تكون قد تعرضت له أول درجة من الموضوع، كما لو فصلت في شق منه مع الحكم الصادر بنذب خبير، الحكم المختلط وطعن فيهما. وتصدت محكمة الاستئناف للموضوع برمته، فلا قيد على سلطتها بشأن ما تكون أول درجة قد تعرضت له من هذا الموضوع. كما تستطيع محكمة الدرجة الثانية أن تقبل طلب أو دليل أو دفع أو دفاع رفضته محكمة أول درجة. أو على العكس لها رفض أي من ذلك ولو كانت أول درجة قبلته، بل ولو كانت استندت إليه فيما تعرضت له من الموضوع. فتخطئ(٢) محكمة الدرجة الثانية إذا حجت نفسها عن سلطتها بمقولة أنها لا تملك التعقيب على ما قبلته أو تعرضت له أو على العكس رفضته أول درجة. كما أن لقاضي الاستئناف وهو في سبيل إصدار حكم ينهي النزاع برمته، له أن يدعو الخصوم لتزويده بالتوضيحات القانونية التي يقدر أنها ضرورية لإنهاء النزاع وهو

(١) د. سعيد أحمد بيومي: لغة القانون ٢٠١٠ دار الكتب القانونية. لغة الحكم القضائي ٢٠٠٧ الطبعة الأولى دار النهضة العربية.

MARTIN : le fait et le droit ou les parties et le juge préc. N. 51.

وفي تطبيق ذلك:

Cass. Soc. 11 mai 2005. J.C.P. 2005. iv. 2426. Cass. Civ. 29. Nov. 2001.  
Bull. Civ. 2001. 11. N. 180. Civ. 14. fevr. 1985. J.C.P. 1988. 11. 2130. Civ.  
19 mai 1976. J.C.P. 1976. iv. 229.

(٢) نقض ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ١٠٣٦.

ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع تطبيقاً للمادة ١٣ مرافعات فرنسي(١). وكذلك له تبصرة الخصوم بما يتطلبه حسن سير الدعوى مادة ٤ من القانون ٢٠٠٠/١ المتعلق بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في مصر(٢). وذلك كله لتقوية الاهتمام بفكرة التعاون بين القاضي والخصوم ومعاونتهم من أجل عدم إطالة أمد القضية. فيتحقق بذلك الاقتصاد الإجرائي أو بما أسماه البعض(٣) بالاقتصاد القضائي L'economie judiciaire.

ويتصدى محكمة الاستئناف للنزاع تنهي موضوعه بكل تفرعاته، وبحكم واحد منهي للنزاع في جملته. هذا الحكم يكون غير قابل للطعن بالطريق العادي، وإن كان يقبل الطعن بالطريق غير العادي، كما أن هذا الحكم ينفذ تنفيذاً عادياً، ومن ثم لا نكون بحاجة إلى فكرة النفاذ المعجل(٤) بصدد الأحكام التي تصدرها محكمة الاستئناف عند ممارسة حقها في التصدي.

---

(١) "le juge peut inviter les parties á faurnir les explications de droit qu'il estime nécessaire a la solution du lilige" .

في نطاق تطبيق هذا النص وتبريره، ومنح القانون الرخصة الواردة بالنص لكافة القضاة. انظر : د. عزمي عبد الفتاح: أساس الإدعاء أمام القضاء المدني ص ٢٥٤ وما بعدها.

وفي تطبيق ذلك انظر: Cass. Civ. 12 nov. 2006. Bull. Civ. 2006. 11. N. 174. Civ. 4 déc. 1973. Bull. Civ. 1. N. 336

(٢) "يكون للمحكمة في إطار تهيئة الدعوى للحكم – تبصرة الخصوم في مواجهتهم بما يتطلبه حسن سير العدالة .... انظر : د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي ص ١٣٨ وما بعدها.

(٣) Motulsky (H): la caure de la demande dans la delimitation de l'office du juge. D. 1964. chron. P. 253. Frederique FERRAND: évocation prec. N. 1031 ets.

وفي تطبيق ذلك انظر: Civ. 14 févr. 1989 Bull. Civ. I. N. 83. 13 déc. 1989 Bull.

Civ. 1. N. 393. Civ. 4 Nov. 1988. D. 1989. 609.

(٤) في آثار التحولات التي حدثت في نطاق الطعن بالاستئناف على وظيفة هذه المحكمة وتأثير هذه التحولات في وظيفة الاستئناف على إرادة الخصوم وإرادة ودور القاضي وعلى طبيعة الأحكام الصادرة من هذه المحكمة في إندثار بعض الأفكار وإزدهار أفكار إجرائية أخرى. انظر : د. نبيل عمر: نطاق الطعن بالاستئناف ص ٨٢ وما بعدها بند ٣٦ وما بعده.

## المبحث الثاني

### تأثير فكرة التصدي على موضوع الطلب القضائي

#### أمام محكمة الاستئناف

٥٢ - تمهيد وتقسيم: ممارسة محكمة الاستئناف لحقها في التصدي قد يجذب إليها أشخاص من الغير، وطلبات جديدة تطرح لأول مرة أمام هذه المحكمة إعمالاً للمواد ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٦٤ إلى ٥٦٧ مرافعات فرنسي، والمواد ٢٣٥، ٢٣٦ من قانون المرافعات، ٥٨ من القانون ٢٠٠٠/١ المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، ٨٨ من القانون ١١ لسنة ٢٠١٨، ٥٦٥ من قانون التجارة المصري: هذه المواد تعالج تدخل واختصاص الغير وكذلك الطلبات أو الإدعاء الجديدة التي تطرح لأول مرة أمام محكمة الاستئناف تطبيقاً للمادة ٢/٥٦٨ مرافعات فرنسي.

ومؤدى ذلك - وكما سنرى - أن كل هذه الأعمال تشكل تطوراً غير محدد المعالم للنظام القانوني للاستئناف. هذا التطور يكون محكوماً بالشروط المطلوبة لإعمال هذه النصوص والواردة في صلب هذه المواد. هذا النظام وعلى خلاف صور تطوره يعمل على إعادة تكوين موضوع النزاع بجميع تعريفاته بقصد إنهاؤه مرة واحدة. إستجابة لضرورة هامة، هذه الضرورة هي الإسراع في حل النزاع، وتغليبها على المبادئ التقليدية التي كانت تحكم هذا النظام تحقيقاً للوظيفة الحديثة للاستئناف، والتي تمارسها محكمة الدرجة الثانية من خلال الأدوات الفنية لهذا النظام والتي تعد إحدى هذه الأدوات فكرة التصدي، والتي تعمل عند ممارسة محكمة الاستئناف لها - شأن الأثر الناقل للاستئناف - على جذب أشخاص من الغير، وأيضاً طلبات أو إدعاءات جديدة (١) تطبيقاً للنصوص السابقة. فتؤثر هذه الفكرة بجذبها لهؤلاء الأشخاص وتلك

---

(١) وعلى الرغم من استخدام المشرع المصري لمصطلح الطلب الجديد مادة ٢٣٥ مرافعات، والمشرع الفرنسي لمصطلح الإدعاء الجديد مادة ٥٦٤ مرافعات، إلا أن أي من التشريعين لم يعرف المصطلح الذي استخدمه، كما أن الرأي لم يتفق حول تحديد معيار لهذا الطلب أو تلك الإدعاء. ويقصد بالطلب الجديد في الفقه المصري: هو الطلب الذي يختلف في أحد عناصره - الأشخاص والمحل والسبب - عن الطلب الذي كان مطروحاً أمام أول درجة قبل إصدارها للحكم في القضية. فكل طلب لا يتطابق مع الطلب الأصلي في جميع هذه العناصر يعتبر جديداً. بمعنى أنه كان من الممكن أن يرفع بالطلب دعوى جديدة. ولما كانت حجية الأمر المقضي مشروطة بوحدة الموضوع ووحدة السبب ووحدة الخصوم بصفاتهم التي اختصموا بها في الدعوى. فإن الطلب الذي يبدي أمام محكمة الاستئناف يعتبر جديداً بالنسبة للطلب الذي أبدى أمام الدرجة الأولى، إذا اختلف عنه في الموضوع أو في السبب أو في الخصوم خاصة في

الطلبات على موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، فيؤدي ذلك إلى اتساع الخصومة أمام هذه المحكمة لتحكم في مجمل النزاع بكل تعريفاته ومرة واحدة في الموضوع والطعن معاً بحكم واحد. وهو ما نتعرض إليه تبعاً في مطلبين. الأول: تأثير التصدي على موضوع الطلب القضائي وقبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف. الثاني: تأثير التصدي على موضوع الطلب القضائي لتدخل واختصاص الغير أمام محكمة الاستئناف .

صفاتهم التي اختصوا بها في الدعوى. والقضاء لا يختلف عن الفقه في ذلك، وإن كان يخرج اختلاف السبب عن دائرة الحظر التزاماً بنصوص القانون. ويستقر على أن الطلب يعتبر جديداً إذا كان يزيد أو يختلف عن الطلب السابق أبوه أمام محكمة أول درجة في الموضوع أو الخصوم. في تفصيل ذلك انظر: د. رمزي سيف: المرجع السابق ص ٨٦٩ بند ٦٨٣؛ د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٥٥٧ وما بعدها بند ١٦٧؛ د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص ١٢٦ وما بعدها بند ١٠٢؛ الوسيط في الاستئناف ص ٥٩١ وما بعدها بند ٢٨٠ وما بعده؛ د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢١٠ بند ٤٠. ارتباط دعاوي والطلبات ص ٤٩٣ وما بعدها بند ١٦٣؛ د. طلعت دويدار: الوسيط ص ٧٥١؛ د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ١١٠١ بند ٦٥٤؛ د. وجدي راغب: مبادئ ص ٧٦٧؛ د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٨٩٨ بند ٦٢١؛ المؤلف: شرح قانون الإجراءات ص ٧٣٢ بند ٣٢٤. وفي تطبيق ذلك انظر: الطعون أرقام ٧١٠٨، ٧١٥٩، ٧٤/٧٢٠٠ ق نقض ٢٠٠٥/١٢/١١ طعن ٦٢/٤٣٠٣ ق نقض ١٩٩٩/١١/٢٥ طعن ٦١/١٦١٢ ق نقض ١٩٩٨/٢/١٨. طعن ٦٠/٢٧٨٦ ق نقض ١٩٩٧/١/١٢ طعن ٦١/١٩٩٥ ق نقض ١٩٩٦/٤/٢١. طعن ٥٩/١٢٢ ق نقض ١٩٩٣/٦/٢٩ طعن تجاري عماني ٢٠٠٦/١٦٩ نقض ٢٠٠٦/١٠/١٨ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٧ ص ٥٨٨. أما المشرع الفرنسي، وإن لم يعرف الإدعاء الجديد إلا أنه اتبع نهجاً معيناً، حيث اعتبر التغيير في أساس الإدعاء لا يضيفي صفة الجدة على الطلب. بحيث يمكن القول أن الإدعاء يصبح جديداً إذا غير الخصوم صفاتهم أو محل الطلب. بمعنى أن الإدعاء يكون جديداً إذا اختلف موضوعه أو اختلفت صفات الخصوم فيه، أما مجرد اختلاف أساس الإدعاء لا يشكل طلباً جديداً، إذا تم وفق شروط معينة مادة ٥٦٥ مرافعات. انظر فيما يلي.

ومحل الإدعاء أو موضوعه ينفرد بتحديدده الخصوم، فهم الذين يحددونه والقاضي لا يمكنه بحال أن يفصل خارج حدود النزاع الذي رسمه الخصوم. كما لا يمكنه أن يعدل حدود هذا النزاع، وإنما يتحرك فقط داخل هذا الإطار إلى أن يصدر حكمه. كما أن الخصوم لا يمكنهم تعديل هذا الموضوع في الاستئناف. انظر:

Vincent et Guinchard: op. it., P. 837. N. 1428. CORNU et FOYER: op. cit., P. 610. MARTIN : le fait et le droit au les parties prec. N. 25 ets. BAPTISTE FOREST (J.) L'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel. Le petit juriste Fr. 15 Novembre 2014.

في تطبيق ذلك انظر:

Cass. Com. 18 janv. 1984. Gaz Pal. 1984. 1. Pan. Jur. 1972. Note Guinchard Bull. Civ. IV. N. 23. Civ. 27 mars. 1974. Bull. Civ. P. 90. Soc. 5 feir. 1975. Bull. Civ. P. 49.

وحول عدم الاتفاق على معيار واحد للطلب الجديد في الاستئناف. انظر: د. علي تركي: المرجع السابق ص ٣٩٨ - ٤٤٠ بند ٢٢١ - ٢٤٧ والأحكام والمراجع المشاركة لديه.



## المطلب الأول

### تأثير التصدي على موضوع الطلب القضائي

### وقبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف

٥٦- تمهيد : السماح باستعمال أساس قانوني جديد، وقبول الطلبات العارضة الإضافية والمقابلة ، والادعاءات الناشئة عن حدوث أو اكتشاف واقعة جديدة لأول مرة في الاستئناف. مسائل أربعة نتعرض إليها تباعاً على النحو التالي :  
أولاً :

السماح باستعمال أساس قانوني جديد لأول مرة أمام محكمة التصدي بعد أن اعتمد المشرع المصري في صدر المادة ٢٣٥ مرافعات، والفرنسي بالمادة ٥٦٥ مرافعات قاعدة حظر إيداء الطلبات الجديدة في الاستئناف(١). عاد المشرعين وأوردا على هذه القاعدة استثناءات . فنصت المادة ٣/٢٣٥ على أنه "وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه". والمادة ٥٦٥ على أن "الادعاءات لا تكون جديدة طالما كانت ترمي إلى نفس الغايات التي كانت معروضة أمام الدرجة الأولى حتى ولو اختلفا في الأساس القانوني"(٢).

---

(١) انظر فيما سبق بند ٦ .

(٢) Art 565 "les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux même fins que celles soumises au premier juge meme si leur fondement juridique est different".

وفي تطبيق ذلك : انظر :

Cass. Com. 11 Avril 2018, 16 – 20972. Civ. 25 Sept 2002. Bull. Civ. 11. No169. J.c.p. 2002. Iv. 2726.

٥٧- والسبب كعنصر في الدعوى هو (١) مجموعة الوقائع المادية المولدة للحق المدعي به. دون أن يدخل في هيكله الوقائع القانونية ولا التكييف القانوني الذي يقترحه الخصوم لهذه الوقائع. وإنما يتولى القاضي تكييفها أو إعادة تكييفها. وتكييفه أو إعادة التكييف يعد تعديلاً للوسائل القانونية (٢) دون السبب، مادام لم يغير في مجموعة الوقائع المعروضة عليه، وهو ما لا يملكه القاضي من تلقاء نفسه (٣) فطلب الزوجة التطلق للضرر أمام أول درجة، تعد الوقائع المولدة للحق فيها، هي واقعة الضرر، وطلبها التطلق للهجر أمام ثان درجة، هو ذات الطلب التي طلبت

---

(١) د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص ٨٨ وما بعدها بند ٧٠ وما بعده. الوسيط في الاستئناف ص ٥٩٨ وما بعدها. بند ٢٨٧. د. عزمي عبد الفتاح: أساس الادعاء ص ٨٠ وما بعدها، ص ٣٣٥. د. فتحي والي: المبسوط ج ١ ص ١٧٨ وما بعدها بند ٧٥. د. علي تركي: المرجع السابق ص ٢٨٠ وما بعدها بند ١٣٦ وما بعده. د. أسامة جامع: المرجع السابق، ص ٢٥٠. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٤٠ بند ٢٢٥. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٩٥. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٥٦٤ وما بعدها بند ٢٢٩. د. أحمد هندي: ارتباط دعاوي والطلبات ص ٤٩٨ وما بعدها بند ١٦٣. د. هشام صادق: المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، المحاماة ١٩٧٠ السنة ٥٠ العدد الخامس ص ٧٦ وما يليها خاصة ص ٩٥. د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، دار الفكر العربي ١٩٨٢ ص ٥٠٤ وما بعدها خاصة ٥١٤.

MOTULSKY : la cause de la demende. D. 1964. Chnon. P.237. NORMAND: Thé préc . p.166 No174.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعون ٩٥٦، ١١٥٣، ٥٩١/٤٥١. نقض ١٩٩٤/٥/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٨٧٦. طعن ٥٨/٢٧٧ نقض ١٩٩٢/١١/٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ١١٠١. طعن ٥٤/١٩٣٨ نقض ١٩٩١/٩/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ١٥١١. طعن ٥٣/٣٢١ نقض ١٩٩١/٢/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ٣٥٠. طعن ١١/١٩٣٤ نقض ١٩٨٧/٢/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٣٨ ص ٢٥٠. طعن تجاري عماني ٢٠١٠/١/٤٦ نقض ٢٠١١/١/٩ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٤٢١.

Coss. Civ. 19 Juin 1984 Gaz pal 1984. Pan. 87 abs. piédelievre. Civ.8 Sep. 2011. No09-13086.

قارن ما يراه البعض في كون السبب واقعة قانونية

FORUCADE : Thé préc. P.27. No22. MOREL: op. cit., p.287.

أو كونه تصرف قانوني. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٣٨٠ وما بعدها بند ٣١٦. نظرية الدفع ص ٢١٣ بند ١٠٩. أو كونه مجموعة من الوقائع المكيفة قانوناً. انظر:

MIGUET: Thés. Préc p.51. No41. MARTIN: le fait et le droit au les parties préc No17.

(٢) فالتكييف أو إعادة التكييف لا يغير في سبب الدعوى. طعن ٥٨/٨٣١ ق نقض ١٩٩٣/١/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٢٨٨.

Coss. Civ. 19 mars. 1985- J.C.P. 1985. Iv. 197.

(٣) طعن ٦١/٤٧٦٦ نقض ١٩٩٣/٢/١ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٤٦١، طعن ٦٠/٥٣ ق " أحوال شخصية" نقض ١٩٩٣/٤/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ١٦٦.

Cass. Civ. 10 oct. 1960 J.C.P. 1961. 11. 11981 Note Esmein.

فيه التطبيق للضرر من حيث وحدة السبب (١) لأن بحث واقعة الضرر تتضمن حتماً بحث عناصر وقائع الضرر، والتي من بينها الهجر، فالطلبين تتضمننا ذات الوقائع المولدة للحق المدعي به.

ووفقاً لذلك يظل السبب بوحده قائماً في الطلبين ولو كان الطلب الثاني رفع بوسائل دفاع (٢) أو حجج (٣) قانونية جديدة لم يرفع بها الطلب الأول، أو لوحدة الغرض (٤) في الطلبين دون أن تتغير الوقائع المولدة للحق المدعي به فيهما. فوحدة هذه الوقائع تكشف عن وحدة السبب في الطلبين (٥)، ولو اختلف أحدهما عن الآخر من حيث التكييف أو الأدلة أو الغرض أو الوسائل أو الحجج القانونية. والسبب علي هذا النحو يشترك مع المحل (٦) في تحديد معالم الشئ المطلوب حمايته من الناحية الموضوعية، لكون هذا الشئ لا يتحدد فقط بتحديد ما يطلبه المدعي من القضاء - المحل - وإنما أيضاً بتحديد سبب هذه الحماية (٧)، والذي عليه يتحدد مدي وحدته

(١) طعن ٥٨/٨٥ق - أحوال شخصية - نقض ١٩٩١/١/١٥، مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ١٨٨ نقض ١٩٧٢/٥/١٦، مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٩٢٦.

Cass. Civ. 14 mars. 1928. Gaz Pal 1928 - 1. 748.

(٢) نقض ١٩٦٤/١/٩ مجموعة الأحكام السنة ١٥ ص ٥٣.

Cass. Civ. 10 juill. 1970. J.C.P. ed avoués 1970. iv. 5795.

(٣) كما لو رفع دائن دعواه على مدينه. فاعترض الأخير على الدين، وادعي الوفاء وأثناء نظره عثر المدين على الورقة الدالة على الوفاء، فرفع دعوى بهذه الواقعة. فالسبب متحد في الدعويين وأن اختلفت الحجج القانونية فيهما. استئناف مصر الأهلية ١٩٢١/٢/١٤ المحاماة الجدول العشري الأول - ص ٢٧٥ بند ١٢١٧ حكم ١١٢. الطعون أرقام ٩٥٦، ١١٥٣، ٥٩/١٤٥١ ق نقض ١٩٩٤/٥/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٨٧٦.

(٤) كما لو رفع شخص دعوى شفعة لسبب الجوار عن قطعة أرض خوفاً من كون المشتري سيبني عليها دار تضايقه فحكم له، فإنه لا يصح للمشتري أن يطلب العدول عن الحكم لأن الشفيع عدل عن البناء، وسيجعل الأرض بستاناً. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى: ص ٢٤٢ حاشية رقم ٣ والأحكام المشاركة لديه. بني سوييف الاستئنافية في ١٩٢١/١٢/١٤ المحاماة ٢ - ٢٣٧ - ٧٤. طعن ١٢/٢٨ ق نقض ١٩٤٣/٤/١٥ الموسوعة الذهبية الإصدار المدني ج ١ ص ٤٠٤ بند ١١٠٥.

(٥) د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص ١٨٧ وما بعدها.

NORMAND: Thés. P. 217 N. 223. PERROT: Chase jugee. Préc. P. 17 N.

173. ets.

(٦) واشترك السبب مع المحل لا ينفي التمييز القائم بينهما في الطلبين. فقد يتحد المحل في الطلبين ويتحد السبب ومع ذلك لا يكون الطلب الثاني هو ذات الطلب الأول، ومن ثم ما يصدر في إحداهما من حكم لا يكون له حجية في مواجهة ما يصدر في الآخر. الإدارية العليا ١٩٦٥/٢/٢٨ مجموعة الأحكام التي تصدرها هذه المحكمة السنة الخامسة ص ١٣٣٧ مشار إليه لدى المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى المرجع السابق ص ٢٤٠. د. عزمي عبد الفتاح: أساس الإلعاء ص ٨٧ وما بعدها.

(٧) د. فتحي والي: المبسوط ج ١ ص ١٧٧ بند ٧٥. المؤلف: المرجع السابق ص ٢٣٩ وما بعدها بند ٢٢٤؛ د. فكري أبو صيام: المرجع السابق ص ٤٢٨ وما بعدها.

بصدد الموضوع - المحل - أو علي العكس اختلافه يختلف الموضوع تبعاً له. فيعد الطلب جديد بسببه وموضوعه. لأن كل تغيير (١) في سبب الطلب القضائي يتضمن حتماً تغييراً مقابلاً وموازياً له في موضوع هذا الطلب. وبالتالي نكون إزاء طلب جديد بسببه وبموضوعه في آن واحد (٢).

٥٨- وبتطبيق هذه النتيجة علي ما أعتده المشرع المصري وفقاً للمادة ٣/٢٣٥ مرافعات ٢/٥٨ من القانون ٢٠٠٠/١ المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية من جواز تغيير سبب الطلب القضائي أو الإضافة إليه مع بقاء الموضوع الأصلي علي حالة يؤدي إلي نتائج لا يستقيم معها العمل لاستعمال (٣) مصطلح السبب في أكثر من موضوع للدلالة علي أشياء مختلفة ولغموض معناه (٤) ولاختلاطه بوسائل الدفاع (٥) علي نحو يتعذر التمييز بينهما من الناحية القانونية (٦). مده المشرع المصري وفقاً للمادة ٢/٢٣٥ مرافعات منناعت

---

CADIET (L) Litispendance Ency. Dalloz pr. Civ. 1995. N. 7 etss. Jacques PELLERIN, MARIA et GUERRE: La nouvelle procedure d'appel du décret N. 2017 - 891 préc. 81. N. 16.

(١) د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص ١٣٣ بند ١٠٨. الوسيط في الاستئناف ص ٦٠١ - ٦٠٩ بند ٢٨٩ وما بعده؛ د. أحمد هندي: ارتباط الدعاوي والطلبات ص ٥٠٠ وما بعدها بند ١٦٣ وما بعده؛ المؤلف : المرجع السابق ص ٢٣٩ - ٢٤٣ بند ٢٢٥ وما بعده؛ د. عزمي عبد الفتاح: أساس الإدعاء ص ٣٣٤ وما بعدها؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ٣٠٠ بند ١٥٣؛ د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ٢٦٠ وما بعدها.

(٢) انظر فيما يلي بند ٦٢ وما بعده.

(٣) في المواضع التي استخدم فيها السبب للدلالة على معاني مختلفة انظر: د. عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق ص ٧٣ وما بعدها، ص ٣٣٨ وما بعدها.

MARTIN : le fait et le droit au les parties. Prec. N. 21 ets.

وفي تطبيق ذلك قضي بأنه "إذا رفعت دعوى بطلب بطلان عقد لسبب من أسباب البطلان، وانحصرت وظيفة المحكمة في بحث هذا السبب وحده .... وهي حيث انتهت إلى رفضه يقتصر قضاءها على هذا الرفض ولا يتعدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد، ومن ثم فإن حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان العقد ذاته لسبب آخر من أسباب البطلان نقض ١٩٦٦/٤/٢١ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٨٩٩.

Cass. Com. 22 sept. 1983. Gaz Pal 1984. Pan. Jur. 33 Note Guinchard.

(٤) د. أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ١٩٧١ دار النهضة العربية ص ٧٩ بند ٤٣.

(٥) في اختلاط السبب بالوسيلة انظر المراجع المشار إليها سابقاً حاشية رقم ١ من ذات الصفحة.

(٦) د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات ص ١١٠٤ بند ٦٥٥.

مما اضطر المشرع إلي جواز تغيير السبب أو الإضافة إليه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف مع بقاء الموضوع الأصلي علي حاله. وهو بذاته ما نقل عن المشرع الفرنسي القديم ١٨٠٧ وفقاً للمادة ٤٦٤ مرافعات (١) وعاني منه ذات المشرع في ظل هذا القانون، وحتى بعد تعديله بالقانون الصادر في ١٩٣٥ (٢)، إلي أن صدر مرسوم ١٩٧١ والذي يعد جزء من قانون المرافعات الحالي ١٩٧٥ والذي بمقتضاه وللأسباب السابقة استبدل (٣) المشرع مصطلح السبب بمصطلح أساس الإداء le fondement Juridiqu واستخدامه في ظل هذا القانون في المادة ٣/١٢ وورده تطبيقاً للمادة ٥٦٥ مرافعات.

(١) والتي كانت تحظر إبداء الطلبات الجديدة في الاستئناف، واستثناء جواز تقديم بعض الطلبات لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية كطلب المقاصة القضائية، وكان الطلب يعد جديد إذا اختلف مع الطلب الأصلي في أحد العناصر المكونة له. كما كان مسموحاً بإبداء الوسائل الجديدة وتقديم الحجج ولأول مرة في الاستئناف، وأيضاً كانت هناك محاولات للأخذ بفكرة الطلبات الاحتمالية. ومرجع ذلك ومبناه تعلق قاعدة الحظر بالنظام العام. انظر: د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص ١٠٨ - ١١٣ والمراجع والأحكام المشار له. MIGUET: Thés P. 100 ets N. 88.

(٢) وبعد صدور قانون ١٩٣٥ عدلت المادة ٤٦٤ حيث أضيف إليها فقرة ثالثة تسمح للخصوم بتغيير سبب الطلب القضائي لأول مرة أمام الاستئناف متى توافر شرطين: الأول: أن ينشأ الطلب الجديد بسببه عن ذات الطلب الأصلي مباشرة. الثاني: أن يهدف الطلب الجديد إلى ذات الغايات التي يهدف إليها الطلب الأصلي. وبصدد الشرطين لم يتفق الرأي ولا أحكام القضاء بشأنهما. انظر: د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١١٣ - ١١٥ والمراجع والأحكام المشار له.

MIGUET: Thés P. 103 ets. N. 90.

(٣) كما أن فكرة استبدال مصطلح السبب بأساس الإداء لم يتوحد الرأي بشأنها، حيث اعتبرها البعض أنه مجرد استبدال مصطلح بمصطلح دون أن يحل المصطلح الجديد أي من المشاكل التي يثيره المصطلح القديم. انظر: د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١٢٨ بند ١٠٣. MIGUET: préc. P. 51 N. 41. Une والبعض يرى بأن هذا الاستبدال ترك فراغاً قانوني، ويقترح سد هذا الفراغ عن طريق الوسيلة certaine marge d'appréciation au meme d'option: انظر MARTIN : le fait et le droit au les parties préc N. 35 ets. وفي تأييد البعض لهذا الاستبدال. انظر :

Blanc (E.) les principes généraux de la nouvelle procédure civile J.C.P. 1973 - 1. 2559

ومبرر هذا الاستبدال ومبناه، هو أن المشرع يستخدم مصطلحات فنية غير دقيقة للتعبير عن أفكار قانونية في منتهى الدقة، فينتج عن استخدامها غموض وإبهام، وهذا أمر يجب تجنبه. ورأي المشرع أن ذلك ينطبق على اصطلاح السبب حيث أصبح مدلوله لا يتسق في استعمالته المختلفة، مما دعي إلى ضرورة التخلي عنه واستبداله بمصطلح أكثر مرونة وأفضل ميزة هو أساس الإداء. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٠٦ بند ٢٩٢؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ٢٨٩ والمراجع المشار له.

Motulsky: proegoméne pour un futur code procédure civile. D. 1972. Chron. P. 91.

وتطبيقاً للمادة ٣/١٢ مرافعات أجاز المشرع للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يثير وسائل القانون البحتة أيًا كانت الوسائل القانونية التي تمسك بها الخصوم (١). فالأساس القانوني (٢) هو مرادف للوسائل القانونية البحتة. وبالتالي فالمعني الذي يعطي لفكرة الأساس القانوني الواردة في المادة ٥٦٥ مرافعات، يجب ان يكون هو بعينه المعني الذي يعطي لهذا المصطلح في نطاق المادة ٣/١٢. فيكون المشرع قصد بالطلبات الجديدة في الاستئناف تلك الطلبات التي تستخدم كأداة فنية لطرح وسائل الدفاع القانونية أمام محكمة الاستئناف. واستخدام هذه الطلبات بعيداً عن فكرة السبب وتعقيدها، يعمل كذلك (٣) علي ازدهار الخصومة القضائية، وبدورها يمكن هذه المحكمة من أن تتفهم بطريقة أكثر شمولية للمراكز القانونية المتنازع عليها.

٥٩- وفي تصورنا لا يخرج عن كل ذلك، وكما يري البعض (٤) - وبحق - قصد المشرع المصري من جوازه لأبداء طلبات جديدة بسببها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف تطبيقاً للمادة ٣/٢٣٥ مرافعات والمادة ٢/٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠. ومؤدي عدم خروج ما تضمنته المادة ٣/٢٣٥ مرافعات والمادة ١/٥٨ أحوال شخصية مصري عن ما قصده المشرع الفرنسي وفقاً للمادة ٥٦٥ مرافعات. هو أن المشرع المصري لم يستخدم مصطلح السبب في باب الأحكام العامة (٥) وهو بصدد

---

(١) "Il peut relever d'affice le mayens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties".

Normand: Principe directeurs du procès office du juge fondement des prétentions litigieuses. Jur - class. Pr. Civ. Fasc. 152. N. 37. Civ. 27 juin 1990 Bull. Civ. II. N. 154. Civ. 30 Nov. 1985. Bull. Civ. 11. N. 23.

(٢) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٠٥ وما بعدها بند ٢٩٢؛ سبب الطلب القضائي ص ١٣٥ وما بعدها بند ١١١ وما بعده خاصة ص ١٦٤ بند ١٤٠.

Motulsky: La cause de la demande préc. P. 237 ets. Normand : Thés. P. 168 ets. N. 176. et Principe directeur préc. Lic. Cit. Frederique FERRAND : évocation. Préc. N. 1031 etss.

(٣) Vincent : Les dimension nouvelles de l'appel. Préc. P. 180

(٤) د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص ١٢٦ وما بعدها بند ١٠٢؛ الوسيط في الاستئناف ص ٦٠٧ وما بعدها بند ٢٩٣؛ د. عزمي عبد الفتاح اساس الإدعاء ص ٣٣٥.

(٥) حيث خلا قانون المرافعات المصري من باب تمهيدي يتناول تنظيم الأفكار الأساسية في القانون الإجرائي كأساس الإدعاء والمحل والواقع والقانون والمواجهة، الإثبات ويحدد دور القاضي ودور الخصوم في هذه المسائل على النحو القائم في قانون المرافعات الفرنسي.

بيان العناصر الموضوعية للطلب القضائي. لكن استخدام المصطلح عندما أجاز تغيير السبب لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وفقاً للمادة ٢٣٥/٣ مرافعات. وكما رأينا لغموض هذا المصطلح، وكثير استعمال معانيه، واختلاطه الشديد بفكرة الوسيلة. فيكون المقصود (١) بالسبب في نطاق هذه المادة وبالنظر إلي سلطة القاضي ليس هو مجموعة الوقائع المادية المولدة للحق المدعم به. وإنما المقصود به هو الأساس القانوني ووسائل القانون، لأنها هي فحسب التي يباشر القاضي وظائفه بشأنها سواء كانت واجبات أم سلطات، ولذلك فاصطلاح السبب في هذا السياق غير سليم من الناحية الفنية.

وترتيباً علي ذلك، فكون السبب مجموعة من الوقائع المادية المولدة للحق المدعي به لا يمكن تعديله لأول مرة في الاستئناف (٢)، وإلا صاحبه تعديل في موضوع الطلب ويصبح الطلب جديد بسببه وموضوعه وهو ما لا يجوز أمام محكمة الاستئناف (٣)، وإنما ما يمكن تعديله، وكما يتضح عنه قصد المشرع وفقاً للمادة ٥٦٥ مرافعات

---

وعندما عالج المشرع المصري العناصر الموضوعية في الطلب القضائي - ما يسمى ببيانات صحيفة الدعوى - فقد ذكر المحل طلبات المدعي مادة ٦٣ مرافعات ولم يذكر شيئاً عن السبب، وعليه يكون خلو التشريع من مصطلح السبب في باب الأحكام العامة مقصوداً من المشرع، ومن ثم لا يستدعي وجود الخلاف الدائر حول وجود السبب أو على العكس عدم وجوده. كما خلا التشريع المصري كذلك من أي تحديد تشريعي لوظيفة القاضي ودور الخصوم في مجال كل من الواقع والقانون، حيث ترك الأمر للقضاء الذي تناقضت أحكامه في هذا الشأن إلى أن أخذت تتجه نحو وجهة النظر الصحيحة.

في تفصيل ذلك انظر: د. عزمي عبد الفتاح: أساس الإدعاء ص ٣٣٤ وما بعدها. التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء. مجلة المحامي الكويتية. السنة التاسعة. الأعداد أكتوبر / نوفمبر / ديسمبر ١٩٨٦ ص ١٣ وما يليها؛ د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص ١٥٢ وما بعدها بند ١٢٧ وما بعده.

MARTIN : le fait et le droit au les parties préc.

(١) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٠٧ بند ٢٩٢. سبب الطلب القضائي: الإشارة السابقة؛ د. عزمي عبد الفتاح: أساس الإدعاء ص ٣٣٥.

(٢) مما يمتنع على القاضي تغيير سبب الدعوى بما يتضمن امتناعه من تغيير وقائع الدعوى كما تمسك بها الخصوم، وذلك تطبيقاً لمبدأ سيادة الخصوم وحياد القاضي في الدعوى المدنية. أما بالنسبة للقانون فعلى القاضي أن يطبقه من تلقاء نفسه دون التقيد بتحديد الخصوم للإطار القانوني لدعواهم. وليس له أن يطبق قاعدة لم يتمسك الخصوم بالعناصر الواقعية اللازمة لتطبيقها. د. هشام صادق: المقال ص ٧٦ وما بعدها.

(٣) انظر فيما سبق بند ٥٧. قارن د. أحمد هندي: ارتباط الدعاوي والطلبات ص ٥٠٣ بند ١٦٤.

فرنسي ٣/٢٣٥ مرافعات مصري هو وسائل الدفاع القانونية دون أن يعد هذا تقديمًا لطلباً جديداً (١) وذلك متي توافر مبرر هذا التعديل.

ومبرر هذا التعديل ومبناه، أنه يجوز إبداء طلبات جديدة لأول مرة في الاستئناف ولو اختلفت في أساسها القانوني عن الطلب الأصلي، طالما كانت ترمي إلى نفس الغايات التي كانت معروضة أمام أول درجة مادة ٥٦٥ مرافعات. واشترط تطابق الغاية أمر يتعلق بالدعوى وليس بالموضوع (٢) فلا يمكن القول بأن استهداف نفس الغاية يعني تماماً وحدة الموضوع. لذا استبعد (٣) المشرع من نص المادة ٥٦٥ مصطلح الموضوع، واستخدم مصطلح الغاية Fin وإن كان مصطلح يصعب تعريفه. كما أنه يوجد صعوبات جمة حينما نريد تمييزه عن المحل - الموضوع - إلا أن الغاية فيهما متحدة.

٦٠ - ومحاولة تعريف فكرة الغاية - ما يسمى بغايات الطلب - يعد أمر في غاية الصعوبة لكونها (٤) فكرة مفقودة وسط أفكار أخرى شبيهة بها - وهي أفكار السبب، المحل، الهدف، الإدعاء - وإذا ما حاولنا وضع أي من هذه الأفكار في قوالب جامدة، فإننا نخلق صعوبات جديدة ونغرق في جدل كبير دون مكنة الخروج منه بحلول عملية، فمن الخير عدم تفسير عبارة "ترمي إلى نفس الغايات" - فهي غموض

---

(١) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٠٧ بند ٢٩٢. سبب الطلب القضائي ص ١٣٨ بند ١١٤. والمراجع المشار له.

Rusquec et Perrot: les conclusions d'appel et immutabilite litige la technique des conclusions d'appel Gaz Pal. 1975. P. 3 ets.

(٢) لأن الموضوع لا يمكن تقديره فقط من ناحية المسمى الذي يسمى به أو التكيف الذي يتكيف به، بل لابد لتقدير موضوع الطلب من النظر إليه من زاوية النظام القانوني الذي يحكمه ويرتب آثاره القانونية. د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص ١٤٧ بند ١٢٢.

MIGUET : Thés. P. 64 ets N. 53. Frédéric FERRAND: appel 1999. préc. P. 88. N. 727.

(٣) د. نبيل عمر : سبب الطلب القضائي ص ١٦٣ بند ١٣٩.

(٤) د. نبيل عمر : المرجع السابق ص ١٦٦ بند ١٣٩.

PERROT (R.) abs R.T.D. Civ. 1977. année 55. P. 628. Baptiste Forest (J.)  
L'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel. Le petitjurste, Fr. 15 Nov. 2014. ARCHER et GARREOU: focus sur la recevabilité des demandes nouvelles en appel. gbvFd – avocatsaux conseils. Com. / actualites / 3 mars 2017.



أتى به المشرع الفرنسي عن قصد لتحقيق مآرب كثيرة. وإنما يترك تقديرها للقاضي وحسب تسلسله الهرمي.

أما عن صعوبة التمييز بين المحل والغاية رغم ما بين الفكرتين من صلة قوية إلا أنهما مختلفتان، فالغاية تكون أكثر إتساعاً وذات صبغة شخصية أكثر من المحل. فيمكن أن يستنتج أن محل الإدعاء مختلف عن الإدعاء الأصلي – بالمعنى القانوني حول الإدعاء الذي يرمي إليه – "au sens de droit sur l'aquelle elle parte" إلا أن للفكرتين غاية متحدة تفهم باعتبارها النتيجة التي يبحث عنها مقدم الطلبات (١) ممثلة في النتيجة الاقتصادية التي يسعى إليها المتقاضي أو الميزة التي يأمل في الحصول عليها من موضوع الطلب (٢). ففكرة غاية الطلب القضائي تدور حول فكرة النتيجة التي يهدف إليها هذا الطلب. فالطلب يهدف إلى نفس غايات طلب سابق حتى ولو نتج عنه إدعاءات جديدة، طالما كان هذا الطلب الجديد متصل بالطلب السابق. ويمكن القول أن نتيجة ما قد تحققت من طلب جديد وأن هذا الطلب يعتبر متصلاً بالطلب السابق إذا لم يوجد أي تشويه للإدعاءات السابقة (٣).

هذا التفسير الموسع لفكرة الغاية باعتبارها أكثر اتساعاً من فكرة المحل، هو ما ذهب إليه الفقه الغالب (٤) واستقر عليه قضاء النقض الفرنسي (١). فالإدعاءات طالما

---

(١) Vincent et Guinchard: op. cit., P. 839. N. 1431. Frederique FERRAND: évocation. Préc. N. 1028. Frederic FERRAND: appet 1999. préc. P. 86 N. 722.

(٢) Baptiste Forest: Lic. Cit. (٢) فالغايات يمكن الكشف عنها وفقاً لنص المادة ٥٦٥ مرافعات من خلال وجهة نظر المتقاضي لأن ذلك يتضمن تقدير للغايات التي ينشدها. فالمتقاضون لا يبحثون في الواقع إلا عن مزاياء ملموسة مادية ومعنوية. فالقانون ليس وسيلة تحقيق غاية ولكن يقدم طرقاً عدة للوصول إلى هذه الغايات العملية. فغايات الإدعاء من وجهة نظر المتقاضي لا يمكن إلا أن تكون النتيجة المرجوة من قبل مقدم الطلب. وعلى ذلك فالإدعاء لا يعد جديداً متى كان الهدف هو ذاته في خصوصية تاني درجة بغض النظر عن طريقة التعبير عنه أو الطرق القانونية المستعملة لبلوغه.

PATARIN : le problème de l'equivalence juridique des resultats. P. 21.

مشار إليه لدى د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ٢٥٥.

(٣) Giverdon: appel pretention nouvelles juriscilosseur procédure civil Fasc. 717 – 2. No. 62. cete per. Vincent et Guinchard: Lic. Cit. Frederique FERRAND: évocation préc. N. 1028.

(٤) Vincent et Guinchard: Lic. Cit. Boplisle, Farust: Préc. Lic. Cit. Giverdon : Lic cit. Frederique FERRAND: evocation. Lic. Cit. Couchez, Pierre Langlade et lebeau: op. cit. P. 521 N. 1417.

ترمي إلى نفس غايات الطلب الأصلي، فإنها لا تكون جديدة ولو اختلفت في أساسها القانوني تطبيقاً للمادة ٥٦٥ مرافعات فرنسي. وفي تصورنا أن ذلك هو ما لا يخرج عنه قصد المشرع المصري وفقاً للمادة ٣/٢٣٥ مرافعات، ولو كان منطوق النص يتكلم عن السبب مع بقاء الطلب الأصلي لأن مصطلح السبب غير دقيق في هذا السياق(٢).

فوحدة الغاية أو وحدة النتيجة بين الإدعاء الجديد والطلب الأصلي، هي شرط قبول مثل هذا الإدعاء. وتطبيقاً لذلك قضي(٣) بأن طلب التعويض عن تفويت الفرصة أمام ثان درجة يرمي إلى نفس الغايات من الطلب الذي طرح أمام أول درجة بمسؤولية مديرون الشركة لانتهاكاتهم للقوانين واللوائح. وطلب(٤) استبدال الخبير لإخلاله بواجباته أمام أول درجة لا تمنع من طلب رده أمام ثان درجة. وطلب(٥) فسخ عقد شركة أمام محكمة الاستئناف بعد طلب حلها لأخطاء المساهمين أمام أول درجة، يعد طلباً مقبولاً لأن طلب الفسخ يرمي إلى نفس غايات طلب حل الشركة. وطلب رد المال إلى التركة نظراً للتأجير بسعر منخفض يرمي إلى نفس غاية الطلب برد المال لأن التصرف يمثل هبة مستترة. وطلب هيئة التأمين الاجتماعي بتحديد رقماً أعلى للضرر الذي لحق المجني عليه يرمي إلى نفس الغاية من الطلب الذي طرح أمام أول درجة بسداد مستحقته. وطلب فسخ عقد يرمي إلى نفس الغايات التي يرمي إليها طلب دفع أجر المعاش الأصلي، لأن الطلب بأجر المعاش يشكل تعويضاً(٦).

---

(١) Civ. 4 mars. 2004. N. 02 – 12 – 141 Bull. Civ. 11. N. 84. D. 2004. 1204 obs. Fricero.

(٢) انظر فيما سبق بند ٥٧.

(٣) Cass. Com. 20 déc. 2017 – 16 – 20887 Note France. Civ. I. fevr. 2018. 17 – 10045. Note France.

(٤) Cass. Civ. 15 mars. 1979. Bull. Civ. 1979. 11. N. 87.

(٥) Cass. Civ. 3 oct. 1984. J.C.P. 1985. N. 42. N. 2047 Note J.P.

(٦) Cour. d'appel de paris. Le 20 octobre 1972. et cour d'appel de Grenoble 6 fevrier. 1973. et cour. d'appel de, caen le 23. fevrier. 1973. cete per. Vincent et du Rusquec: les effets de l'appel préc. P. 402.

وقضي بأن (١) طلب تكملة الثمن عن القدر الزائد في المبيع أمام أول درجة، ثم طلب قيمة هذا القدر الزائد في المبيع أمام الاستئناف على أساس أن المشتري قد اغتصبه لا يعد تغييراً لموضوع الطلب الأصلي التي رفعت به الدعوى أمام أول درجة، مادام القدر الزائد المطالبة بقيمته لم يتغير وأن تغير وسيلة المطالبة به. وقضي بأن (٢) إضافة سبب الهدم إلى طلب الإخلاء لدى محكمة ثان درجة لا يعتبر تقدماً لطلب جديد. وقضي بجواز طرح الدفاع الموضوع بعدم المديونية ابتداء أمام محكمة الاستئناف وعليها بحثه بعد دعوى الحساب بإنشغال ذمة طرفيها أمام أول درجة (٣). ففي كل ذلك ما يبديه الطاعن من أسس تبرر طلبه، اعتبارها أوجه دفاع في الدعوى يجوز إبداء الجديد منها في الاستئناف (٤).

٦١- وعلى عكس ذلك إذا كانت الإدعاءات الجديدة لا ترمي إلى نفس غايات الطلب الأصلي، وإنما ترمي إلى تعديل في الوقائع المادية المولدة للحق المدعي به كنا بصدد طلب جديد يختلف بسببه وموضوعه. فالإدعاء بالتزوير أمام ثاني درجة لا يهدف إلى ذات غايات التعويض عن المنافسة غير المشروعة (٥)، وطلب تخفيض ثمن عقار لا يرمي إلى ذات غايات طلب بطلان بيع هذا العقار (٦). وطلب تنفيذ أعمال تعلية مدخنة وإزالة التعديلات لا يرمي إلى ذات غايات طلب إصلاح حائط مشترك (٧). وطلب التعويض النهائي أمام ثاني درجة، بعد طلب التعويض المؤقت أمام أول درجة (٨).

- 
- (١) نقض ١٩٦٧/١/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١١٦.  
(٢) طعن إيجارات عماني ٢٠١٠/١٤٦ جلسة ٢٠١١/١/٩ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٤٢١.  
(٣) طعن ٦٥/٥٤٢٦ ق نقض ١٩٩٦/١٠/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ١٢٠٦.  
(٤) طعن ٦١/١٩٩٥ ق نقض ١٩٩٦/٤/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٦٨٥ طعن ٥٨/١٤٣٨ ق.  
نقض ١٩٩٣/٤/١١ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ع ٢ ص ٥٩.  
Civ. 22 fev. 2012 N. 11 – 10082. Civ. 28 mai 2008. N. 07 – 13 – 266. Civ. 19 avr. 1988. Gaz Pal 1988. 858. Note Massip.  
(٥) Cass. Com. 22 sept. 1983. Bull. Civ. 1983. iv. N. 236. Com. 18 janv. 1984. Bull. Civ. 1984. iv. N. 23.  
(٦) Cass. Civ. 12 mai 1979. Bull. Civ. III. N. 110 com. 29 mai 2011 N. 09. 71. 990.  
(٧) Cass. Civ. 29 fev. 1968. Bull. Civ. 1968. 111. N. 63.  
(٨) طعن ٥٩/٣٢٦ ق نقض ١٩٩٥/١٢/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ١٣٨٠.

وطلب فسخ عقد الإيجار في الاستئناف وطرد المستأجر إلى سبب آخر خلاف عدم سداد الأجرة الذي استند إليه أمام أول درجة (١). وطلب الحكم بالتعويض عن قيمة الأرض التي نزعت ملكيتها لأول مرة في الاستئناف، لا يهدف إلى نفس غايات طلب تثبيت هذه الملكية وإزالة ما عليها من مباني الذي طلبت أمام أول درجة (٢)، وطلب الطاعة أمام ثاني درجة بالتعويض المعادل للقيمة الحقيقية لحصتها محل النزاع إذا ما استحال ردها عيناً لا يهدف إلى نفس غايات طلبها أمام أول درجة ببطلان عقد بيع المشتري (٣). وطلب تغيير تاريخ سريان الفوائد لدى محكمة الاستئناف عما كان سابقاً بمثابة الطلب الجديد (٤).

وترتيباً على ذلك يمكن القول (٥) ومن خلال التحليل السابق للمادة ٥٦٥ مرافعات فرنسي والمادة ٣/٢٣٥ مرافعات ٢/٥٨ أحوال شخصية. وفي ضوء أعمال محكمة الاستئناف لفكرة التصدي، أن الذي يمكن تعديله لأول مرة أمام هذه المحكمة هي وسائل الدفاع القانونية متى كان الإدعاء الجديد يهدف إلى نفس غايات الطلب الأصلي، ولو اختلفا في الأساس القانوني. وفي مختلف الحالات التي قبل فيها القضاء الإدعاءات أو الطلبات الجديدة لوحدة النتيجة أو الغاية، نجد هذه الوحدة تتحقق من مسلك الطاعن أو المطعون ضده في كسب دعواه والتي لم تفصل في موضوعها محكمة أول درجة ذلك بكل الوسائل القانونية، والقضاء قد أبدى مرونة في هذا الصدد، حيث قرر قبول إدعاءات جديدة تكون فيها فكرة وحدة الغاية غير واضحة بصورة تامة (٦). ولكن في كل مرة يكون الهدف من إيداء طلبات جديدة في

---

(١) Cass. Civ. 16 mai 1976. Bull. Civ. 1974. 111. N. 204.

(٢) طعون ٦٤/٥٩٨٥ ق، ٧٥٨٠، ٦٦/٧٧٩١ ق نقض ١٩٩٩/١١/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٥٠ ص ١١٣٩.

(٣) طعن ٦٧/٩٣٩ ق نقض ١٩٩٩/١/٦. طعن ٦١/١٩٩٥ ق نقض ١٩٩٦/٤/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٦٨٥.

(٤) طعن تجاري عماني ٢٠٠٦/١٦٩ مشار إليه سابقاً.

(٥) د. نبيل عمر : الوسيط في الاستئناف ص ٦٠٧ وما بعدها بند ٢٩٢ وما بعده. سبب الطلب القضائي ص ١٦٤ وما يليها بند ١٤٠ وما يليه. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٤٧ وما بعدها بند ٤٥.

(٦) Civ. 10 fer. 2018. 17. 10045. Com. 20 dec. 2017. 16. 20887. Civ. 10 mai 2005. N. 021412. 10 mars. 2004. N. 02 – 15062. Bull. Civ. 11. N. 99. Civ. fer. 1999. N. 96. 21291. Bull. Civ. 1. N. 33. Civ. 24 avr. 1981. J.C.P. 1981.

الاستئناف متعارضة مع ما أبدى أمام أول درجة ومر عليها يكون الطلب غير مقبول(١).

ثانياً : قبول الطلبات العارضة الإضافية لأول أمام محكمة التصدي ٦٢- تمهيد: تنص المادة ٢/٢٣٥ مرافعات مصري علي أنه «ومع ذلك يجوز أن يضاف إلي الطلب الأصلي الاجور والفوائد والمرتببات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام أول درجة، وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات». والمادة في فقرتها الرابعة تنص علي أنه «يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد». والمادة ٢/٥٨ من القانون ٢٠٠٠/١ تنص علي أنه «يجوز إبداء طلبات جديدة في الاستئناف بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مرتبة عليها أو متصلة بها...». والمادة ٥٦٦ مرافعات فرنسي بعد تعديلها بموجب قانون ٦ مايو ٢٠١٧ تنص علي أنه «لا يمكن لإطراف النزاع الإضافة إلي الادعاءات التي عرضت أمام أول درجة إلا تلك التي تعتبر ملحقة بها أو ناتجة أو مكملة لها». والنصوص في مجملها وإن اختلفت في الصياغة تجيز إبداء الطلبات الإضافية لأول مرة أمام محكمة التصدي وفقاً للضوابط الواردة في صلب هذه المواد.

٦٣- والطلبات العارضة الإضافية وأن قصد بها ما يعدل ويضيف بمقتضاها الخصم في إدعاءاته السابقة أمام أول درجة مادة ٦٥ مرافعات فرنسي(٢)، فهي أمام محكمة ثان درجة، يعدل أو يضاف بمقتضاها الادعاءات التي طرحت أمام أول درجة فهي

---

IV. 235. 18. oct. 1979. J.C.P. 1981. 11. 19574. Note Boucon et dambra. Civ. 12 janv. 1977. D. 1977. I.R. 227 obs. julien.

(١) Civ. 20 janv. 2010. N. 09 – 65275. Bull. Civ. 111. N. 14. Civ. 8 sep. 2011. N. 09 – 13086. Bull. Civ. 11. N. 163. Civ. 12 mars 2009. N. 08 – 11. 925. Civ. 13 fevr. 2008. N. 06 – 22. 093. Bull. Civ. 1. N. 28. Com. 18 janv. 1984. Coz Pal. 1984. Pan. 147. obs. Guinchard. Civ. 19 déc. 1977. R.T.D. Civ. 1978. 738. obs. Perrot.

(٢) "Constitue une demande additionnelle la demande par la quelle une partie modifie ses prétentions anterieures".

Cass. Civ. 21 juin 1981. Bull. 11. 910. T.G.I. Paris 10 وفي تطبيق ذلك انظر: mars. 1980. quot. jur. 26 fevr. 1981.

ما يعد ملحقاتاً أو ناتجاً أو مكماً لهذه الإدعاءات مادة ٢/٥٨ من قانون الأحوال الشخصية المصري، ٥٦٦ مرفعات فرنسي. وهو ما يعني أن المشرع يجيز التقدم بطلبات عارضة إضافية لأول مرة في الاستئناف. فالخصم (١) الذي لم يكن قد تقدم أمام أول درجة بطلبات عارضة، أو اكتفي برفض طلب خصمه، فإنه يتمتع بسلطة التقدم لأول مرة في الاستئناف بهذه الطلبات. فللخصوم (٢) أن يضيفوا إلى الطلبات التي عرضت أمام أول درجة تلك الطلبات التي تعتبر ملحقاتاً بها أو ناتجة أو مكملة لها. نظراً لكون هذه الطلبات تمثل إمتداداً لذات الإدعاءات الأصلية، ويتضمن مجرد المطالبة بتوابع هذه الإدعاءات التي استحققت بصورة لاحقة علي الحكم المطعون فيه أيضاً كان طبيعية موضوعي أو إجرائي.

ولكي تُقبل الطلبات العارضة أمام محكمة التصدي، يجب أن يكون هناك صلة كافية بينها وبين الإدعاءات الأصلية. هذه الصلة تعد قيد جوهري وشرط أساسي لقبول هذه الطلبات بصفة عامة سواء أمام أول أو ثاني درجة، وبصدها وضع المشرع الفرنسي في باب الأحكام العامة قاعدة اعتمدها ونص عليها وفقاً للمادة ٢١٤ مرفعات (٣) « لا تقبل الطلبات العارضة إلا إذا كانت تربطها بالإدعاءات الأصلية صلة كافية. وأكد المشرع على هذه الصلة في خصوص الطلبات العارضة الإضافية

---

(١) ROUSSE (J.P.) les demandes reconventionnelles formés pour. La premiere fais en appel Gaz Pal. 1976 2. dact. P. 619. Baptiste Forest (J.) l'irrecevabilite des pretentions nouvelles en appel. <https://www.lepetitjuriste.fr/15novembre2014> Frédéric FERRAND: appel 1999 préc P. 24. N. 138 et P. 86. N. 722. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 842. N. 1436. Civ. 13 mai 1985. Gaz Pal. 1985. Pan. 257 obs. Croze et Morel.

(٢) د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٥٥ بند ٤٧؛ د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦١٠ وما يليها بند ٢٩٥ وما يليه؛ د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ص ١٦٩؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٥٨ وما بعدها بند ٢٦٢ وما بعده؛ د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ٢٣٦ وما يليها.

(٣) "... Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidents lorsque celles – ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant".

وفي تطبيق ذلك انظر : Soc. 26 fevr. 1985. Gaz Pal. 1985. 2 somm. 189. obs. Guinchard et Moussa. Civ. 8 juill 1976. Bull. Civ. 11. N. 239.

وفقاً للمادة ٧٠ مرافعات(١) «... الطلبات الإضافية لا يمكن أن تقبل إلا إذا كانت تتصل بالإدعاءات الأصلية بصلة كافية». هذه الصلة هي الارتباط، وضابطه(٢) وجود صلة في المراكز الموضوعية المتنازع عليها يستدل علي هذا الضابط بصدد الطلبات العارضة وقبولها لأول مرة في الاستئناف، بأن تكون هذه الطلبات ترمي(٣) لذات الغاية التي يهدف إليها الإدعاء الأصلي، وإلا فإنها تعد طلبات جديدة بسببها وموضوعها لا تقبل لأول مرة أمام محكمة التصدي.

وترتيباً علي ذلك، فكل من المشرع المصري والفرنسي يعطي للخصم الحق في إيداء طلبات إضافية لأول مرة في الاستئناف. فمن تقدم بطلب اصلي أمام أول درجة أن يضيف إليه طلبات عارضة، وحيث أن الطلب الأصلي لم تستند به أول درجة ولايتها، ومارست بشأنه محكمة ثان درجة سلطتها في التصدي، فيكون لمن فاتته إيداء هذه الطلبات أمام أول درجة الحق في تداركها لأول مرة في الاستئناف. فحق التقدم(٤) بالطلبات العارضة لا يقتصر علي أول درجة، وإنما يمتد إلي الدرجة الثانية لوحدة النزاع في خصومتي أول وثاني درجة. خاصة وأن المشرع أراد بتصدي محكمة الاستئناف للنزاع إنهاؤه في مجمله وبكل تفريعاته دون العودة مرة ثانية إلي أول درجة.

---

(١) "..... ne sont recevables que si elles se rattachent aux pretentions originaires par un lien suffisant". Civ. 18 févr. 1981. Gaz Pal. 1981. 2. Panor. 248. Civ. 14 mars 1978. Bull. Civ. 1. N. 437.

(٢) في الاتجاهات المختلفة التي قيل بها في ضابط الارتباط والرد عليها والراجح منها. انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٤٨ - ٢٦٣ بند ٢٣١ - ٢٤٦، ص ٥٧٠ - ٥٧٣ بند ٥٦٣ وما بعده.  
(٣) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٦١٦ وما بعدها بند ٢٩٩؛ د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ٢٥٩ بند ٤٧.

MIGUET: Thé préc. P. 140 N. 122. et demande additionnelle jur. Class. Pr. Civ. 1995. Fasc. 127. N. 17 solus et parrot: op. cit., T. 111. N. 1029. Civ. 3 mai 1972. Bull. Civ. 111. N. 279. 25 mai 1972. Bull. Civ. 111. N. 399. Civ. 6 juin. 1978. Bull. Civ. 1. N. 214. Com. 30 nov. 1982. Bull. Civ. iv. N. 389. Com. 9 oct. 1984. Gaz. Pal. 1985. Pan. 19 obs. Guinchard: Cass. Civ. 17 juill 1978. D. 1978. I.R. 497 obs. Jullieu. Civ. 27 mars 1979. et 29 mai 1979. D. 1979. I.R. 473. obs. Jullieu. R.T.D. Civ. 1980. 624. obs. Perrot. Civ. 16 janv. 1980. R.T.D. Civ. 1980. 624 obs. Perrot.

قبول الطلبات العارضة الإضافية هو ما نتعرض إليه تباعاً في القانون المصري ثم في القانون الفرنسي علي النحو التالي:

٦٤- ١- المطالبة بتوابع الطلب الأصلي في القانون المصري: أ- جواز طلب الملحقات وما يتبع الطلب الأصلي وما يندرج فيه تطبيقاً للمادة ٢/٢٣٥ مرافعات كل هذه الطلبات تعد إضافة أو تعديل للطلب الأصلي وليست التقدم بطلبات جديدة. وحيث أن الطلب الأصلي عرض علي أول درجة. وبمناسبتة أصدرت حكم أنهى الخصومة أمامها دون أن تستنفد ولايتها بشأن موضوع هذا الطلب وقررت محكمة الاستئناف تصديها للطعن والموضوع معاً تطبيقاً للأثر الساحب للموضوع. فيكون طرح هذه الطلبات فضلاً عن النص عليها مما يقتضيها هذا الأثر لأن المطالبة بهذه الطلبات أمام أول درجة يترتب عليه تقطيع أوصال القضية وتضارب الأحكام، وهو ما يخالف (١) مبدأ الاقتصاد في الإجراءات ويتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم ثان درجة يجب أن يتضمن حماية قضائية شاملة. والتي تعد الغاية من فكرة التصدي.

٦٥- ومن صور الملحقات الواردة بالمادة ٢/٢٣٥ مرافعات كل دين دوري متجدد، الفوائد والأجور والمرتبات حيث تعتبر هذه الطلبات تابعة للطلب الأصلي، فهي فقط تعدل في مقداره أو تضيف إليه، ودون أن يعد عرضها لأول مرة في الاستئناف طلباً جديداً (٢) إذ أن لها جذور في النزاع الذي مر علي أول درجة، ومن ثم فهي لا تمثل سوي نمو لهذه الجذور وازدهار لخصومة الاستئناف التي تمتد بحكم وظيفة الاستئناف الحديثة لتشمل النزاع بكل تفرعاته (٣).

---

(١) د. فتحي والي : المبسوط ج ٢ ص ٥٦٢ بند ١٨٨؛ د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٦١٦ وما بعدها بند ٢٩٩؛ د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ٢١٩ بند ٤١؛ د. طلعت دويدار : الوسيط ص ٧٥٣؛ د. رمزي سيف: المرجع السابق ص ٨٧١ بند ٦٨٥.

(٢) د. أحمد مليجي : التعليق ج ٤ ص ١١٢٦ وما بعدها؛ د. أحمد هندي: التعليق على قانون المرافعات ج ٤ ص ٣٨٦. والحكم المشار لديه نقض ١٩٩٧/١٢/١٠ طعن ٦١/٤٢٨ ق ص ٣٦٤. طعن إيجارات عماني رقم ٢٠٠٩/٧٦٥ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١٠ ص ٤٠٤.

(٣) Vincent : les dimensions, nouvelles préc. P. 179. L'ÉGIER (G.)  
L'intervention forcée en appel et évolution du litige art. 555. Nouv. C. pr. Civ.  
D.S. 1978. I. P. 152.



ويأخذ حكم الدين الدوري المتجدد سائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم آخر طلبات أمام أول درجة (١). كأجرة الأعيان المؤجرة، كما تعتبر أقساط الثمن (٢) من ملحقات الطلب الأصلي. وإيضاً يأخذ حكم هذه الملحقات الطلبات المندمجة في الطلب الأصلي والموضحة له.

ويعد طلب مندمجاً (٣) في الطلب الأصلي إذا كان القضاء في الطلب الأصلي بمثابة قضاء في الآخر (٤) كطلب فسخ عقد بيع عقار - طلب أصلي - وطلب تسليم العقار - طلب مندمج - (٥). والطلبات المتعلقة بشطب التسجيلات وإلغاء كافة الآثار المترتبة علي عقد البيع واعتبارها كأن لم تكن تعتبر مندمجة في الطلب الأصلي ببطان عقد البيع وإلغاءه لصوريته صورية مطلقاً (٦). فالطلبات المندمجة علي هذا النحو يجوز أثارها والتمسك بها لأول مرة في الاستئناف حالة تصديها لموضوع النزاع، لأن هذه الطلبات لا تعد من الطلبات الجديدة المحذور إبداءها لأول مرة في الاستئناف (٧).

كما يعد الطلب موضعاً للطلب الأصلي إذا قصد به توضيح مرماه ببيانه وتحديد المطلوب فيه. مثل هذا الطلب لا يعد طلباً جديداً، ويكون مقبول ولو لأول مرة في

- 
- (١) لأن ما ذكرته المادة ٢/٢٣٥ مرافعات من الملحقات والتوابع إنما جاء علي سبل المثال لا الحصر، لأن المشرع عطف عليها بعبارة سائر الملحقات، مما يقطع بجواز أن يضاف إلي الطلب الأصلي الذي كان مقدماً للمحكمة أول درجة وما يعتبره من ملحقاته. وطلبه أمام الاستئناف. د. أحمد هندي: التعليق. الإشارة السابقة.
- (٢) كما لو رجع البائع علي المشتري بتنفيذ عقد البيع وإلزامه بما حل من أقساط بحيث إذا قضي له بذلك، واستأنف المشتري الحكم، جاز للبائع أن يطلب الاستئناف بما حل من أقساط باعتبارها من ملحقات الثمن. أنظر أنور طلبه: المرجع السابق ص ١٠٢١.
- (٣) والطلب المندمج علي خلاف الطلب الضمني أو الاحتمالي. أنظر فيما يلي:
- (٤) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٢٧٠ بند ٣١١. د. أحمد هندي: التعليق ج ١ ص ٦٨٥. مبدأ التقاضي ٢ ٢٢١ وما بعدها بند ٤١. د. فتحي والي: المبسوط ج ص ٥٤٨ بند ٢٤٣.
- (٥) نقض مدني ٢٥/٥/٢٠٠٨ في الطعن رقم ١٥٠١٦ لسنة ٧٦ ق مشار إليه لدي د. فتحي والي: الإشارة السابقة.
- (٦) طعن ٤٠/٢٩٤ ق نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ١٦٧٣.
- (٧) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة. فإذا لم يستتبع الطلب المندمج نفس مصير الطلب الأصلي وثار نزاع حول الطلب المندمج في ذاته، أصبح طلباً مستقلاً عن الطلب الأصلي كطلب بطلان الاتفاق علي إنهاء الشركة، وطلب تصفية الشركة. فطلب التصفية لا يعتبر مندمجاً في طلب البطلان، بل هو طلب مستقل عنه. نقض ١٩٨٠/٦/٢٣ السنة ٣١ ص ١٨٤٠. د. أحمد هندي: التعليق. الإشارة السابقة.

الاستئناف (١). وكذلك تقبل الطلبات المقصود بها اتخاذ إجراءات تحفظية كطلب تعيين حارس أو تقدير نفقة وقتية (٢). وأيضاً الطلبات المستعجلة أو الوقتية لاختصاص محكمة الاستئناف كمحكمة موضوع. بهذه الطلبات علي سبيل التبعية (٣).  
والقيد الجوهري الذي يرد علي إرادة الخصوم لإثارة هذه الطلبات والتمسك بها لأول مرة أمام محكمة التصدي، هو أن تكون الملحقات محل هذه الطلبات قد استحقت بعد تقديم آخر طلبات أمام أول درجة مادة ٢/٢٣٥ مرافعات وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب الفقه والقضاء. أما تعليق قبول المطالبة بهذه الملحقات علي أن يكون طوالب بها أمام أول درجة وهو ما استقر عليه القضاء (٤) إلا أنه لم يصادف إجماع

(١) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه «إذا كان قد تقدم أمام محكمة الدرجة الأولى بإلزام خصومه بالمبلغ موضوع الدعوى، وهو دين في ذمة مورثهم دون أن يضمن طلباته بطلب إلزامهم بهذا المبلغ من تركه مورثهم، ثم جاء بعد ذلك أمام الدرجة الثانية وأضاف في صحيفة الاستئناف إلزامهم بدفع هذا المبلغ من تركه المورث، فإن هذا الطلب لا يكون إلا بياناً وتحديداً لطلبه الأصلي، ولا يعتبر من الطلبات الجديدة التي لا يقبل إيدؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، خاصة أنه ثبتت من صحيفتي الدعوي الابتدائية وتعديل الطلبات أمام أول درجة. وما ورد في المذكرة المقدمة من المستأنف أنه أختصم خصومة ابتداء بوصفهم ورثة المدين وأنه يطلب إلزامهم بدفع المبلغ من تركه المورث. نقض رقم ٢٣٦ لسنة ٤٩٩ق من الموسوعة الذهبية للفكهاني ص ٥٠١ رقم ٩٤٥ مشار إليها لدي د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٢٤ حاشية رقم ٢.  
وقضي بأن المطالبة بدفع الدين لأول مرة أمام الاستئناف ولا يعد طلباً جديداً، وإنما موضعاً لطلب صحة توقيع حجز فالمدين لدي الغير الذي ابدى أمام أول درجة.

Poris. 23 act. 1986 Bull. Avoués 1987. 2. 60.

وقضي بأن «الادعاء الوارد في أحد بنود الطلب الأصلي لا يكون طلباً جديداً أمام محكمة الدرجة الثانية إذا ما اقتصرت المذكرات المقدمة أمام محكمة الاستئناف علي تحديد وتوضيح هذا الادعاء. فإذا قامت هذه المذكرات بتحديد رقم المبلغ المطلوب حتي وأن قامت بزيادته أو بإقصائه، فإن مثل هذا التحديد لا يشكل طلباً جديداً أمام محكمة الدرجة الثانية.

Cass. Soc. 16 Juin 1966 Bull. Civ. P. 502 No 501. D. 1967. 162.

(٢) نقض ١٩٨٣/٥/١٥ الطعن رقم ٤٨/٧٦٤ق المدونة الذهبية، عبد المنعم حسني - ١٩٨٤ - ١ - ٢٧٢ رقم ٤١٠ مشار إليه لدي د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٢٤ رقم ٢.

Seine 5 déc. 1942. D. 1984. 34. No te Fréj availle.

(٣) في اختصاص محكمة الموضوع ولو كانت محكمة استئناف بنظر الطلبات المستعجلة التي ترفع إليها لأول مرة. انظر: د. أمينة النمر: مناط الاختصاص والحكم في دعاوي المستعجلة ١٩٦٧ منشأة المعارف ص ٢١٨ وما بعدها بند ١٣٨. د. وجدي راغب: مبادئ ص ٧٦٩.

Couchez, pierre langlade et lebeau: op. cit., p. 539 ets No 1466 ets.

طعن ٥٢/١٣٦٠ق نقض ١٩٨٦/٢/١٨. طعن ٥١/٣٣٢ق نقض ١٩٨٥/٢/٣.  
(٤) طعن ٦١/٤٢٨ق نمقض ١٩٩٧/١٢/١٠. طعن ٥٠/١١٦ق نقض ١٩٨٥/٤/٢٨. طعن ٤٤/٨٧٧ق نقض ١٩٨٠/١٢/٢٨. طعن ٣٥/٤٤٤ق نقض ١٩٧٢/٢/٢. طعن ٣١/٢٤٤ق نقض ١٩٦٦/٥/١٠.  
قارن آراء الفقه وأحكام القضاء الفرنسي التي استبعدت هذا القيد في الفقه والقضاء الفرنسي. انظر: د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٧٨ حاشية رقم ١.

الفقه، حيث أتجه البعض (١) - وبحق - إلي أنه لا محل لاشتراط أن يكون الدين الدوري المتجدد وسائر الملحقات قد تم المطالبة. بمثلها أمام أول درجة حتى يمكن طلبها لأول مرة في الاستئناف.

ومبرر هذا الاتجاه ومبناه، أن نص المادة ٢/٢٣٥ لم يتطلب سوي أن تكون هذه الملحقات استحققت بعد تقديم آخر طلبات أمام أول درجة. وأن هذا التعبير يختلف عن العبارة التي استعملها المشرع بالنسبة للتعويضات، والتي سبق وأن طوّل بها أمام أول درجة. ومن ثم لا محل لاشتراط ما لم يشترطه المشرع. خاصة (٢) وأن الملحقات التي يجيز النص تقديمها لأول مرة في الاستئناف هي ذات طبيعة مستمرة، وأن هذه الاستمرارية توقف أمام أول درجة، ثم تستأنف سيرها أمام الدرجة الثانية عندما تتصدى للنزاع وتظهره.

ومقتضي ذلك، أن محكمة أول درجة عند إصدارها للحكم الذي أنهى الخصومة دون أن تستنفذ ولايتها في الموضوع توقف أمامها تقديم الطلبات التابعة للطلب الأصلي. وعند نظر محكمة الاستئناف للطعن المرفوع بشأن هذا الحكم والموضوع معاً تطبيقاً لفكرة التصدي، فإن خاصية تقديم الطلبات التابعة للطلب الأصلي تعود مرة ثانية لتستأنف استمراريتها أمام محكمة الاستئناف ولو لم يكن الخصم قد طوّل بها أمام أول درجة، طالما أن هذه الطلبات قد استحققت بعد تقديم آخر طلبات قدمت أمام أول درجة، كما أنه كان من الجائز قبولها أمام هذه المحكمة.

وفي تطور غير مسبوق لم يقتصر فيه المشرع المصري علي مجرد الملحقات التي أوردتها وفقاً للمادة ٢/٢٣٥ مرافعات، وإنما أجاز تقديم طلبات ولأول مرة في الاستئناف، قد لا تكون بالضرورة من الملحقات، وإنما يمكن (٣) أن تشكل بذاتها طلباً مستقلاً طالما كان جائز تقديمه أمام أول درجة، وهي الطلبات المكملة للطلبات

---

(١) د. فتحي والي: المبسوط ص ٥٣٦ حاشية وفي تأييد ذلك انظر: د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٦١ بند ٢٦٣ قارن . د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٢٠ بند ٤١. د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ١١٠٥ بند ٦٥٥.

(٢) أنور طلبة: المرجع السابق ص ١٠٢٢.

(٣) د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ص ١٦٩. د. محمود مصطفى يونس: تيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ص ٢٤٠ وما بعدها بند ١٢٢.

الأصلية والمترتبة عليها والمتصلة بها مادة ٢/٥٨١ من القانون ٢٠٠٠/١ واعتماد  
المشرع لذلك - وكما رأينا - يمثل إرهابة تحول نحو الأخذ بالوظيفة الحديثة  
للاستئناف (١)، والأخذ بما اعتمده المشرع الفرنسي بشأن الطلبات الإضافية - وكما  
سنري - لأول مرة في الاستئناف تطبيقاً للمادة ٥٦٦ مرفعات.

٦٦- ب- المطالبة بزيادة التعويضات: يضيف المشرع المصري وفقاً للمادة ٢/٢٣٥  
مرفعات «طلب ما يزيد من التعويضات» بعد تقديم الطلب الأصلي. ويفترض طلب  
ما يزيد من التعويضات أن يكون الطلب الأصلي هو التعويض، فيطلب أمام محكمة  
الاستئناف حالة تصديها لهذا الطلب ما يطرأ عليه من زيادة نتيجة لتفاقم الضرر الذي  
حدث عن نفس الواقعة التي طوالب بالتعويض عنها أمام أول درجة، لتفصل محكمة  
الاستئناف في طلب التعويض وما طرأ عليه من زيادة أمام هذه المحكمة. لا  
طلب (٢) التعويض أو زيادته لأول مرة في الاستئناف إلي واقعة جديدة حدثت بعد  
إنهاء خصومة أول درجة، أو لكون طلب (٣) الزيادة عن نفس الواقعة دون بيان ما  
يبيرر هذه الزيادة أمام الاستئناف بأنها نتيجة لتفاقم الضرر، لكون الطلب في الحالتين  
لم يمر علي أول درجة مما يعد بمثابة نزاع جديد يطرح لأول مرة أمام محكمة  
الاستئناف مما يتخلف معه أحدي (٤) مفترضات التصدي.

ومبرر هذا الاستثناء ومبناه، أن طلب ما يزيد من التعويضات بعد خصومة أول  
درجة، وتصدي محكمة الاستئناف لموضوع النزاع يمتد ليشمل ما يطرأ من زيادة،  
نتيجة لتفاقم الضرر وتغيير الظروف (٥). ودون أن تعد هذه الزيادة طلباً جديداً يحظر

(١) انظر فيما سبق بند ٧ وما بعدها.

(٢) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦١٨ بند ٣٠٠. د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٥٦٣ بند  
١٨٨. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٢٥ بند ٤١. التعليق ج ٤ ص ٣٨٧ وما بعدها. د. أنور طلبه:  
المرجع السابق ص ١٠٢٣ والحكم المشار لديه نقض ٢٠٠٤/١/٤ طعن ٣٤٧٥ لسنة ٧٢ق.  
(٣) طعن رقم ١٢٢٧، ٤٧/١٢٣٥ق نقض ١٩٨٠/٤/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٢٢٥. طعن  
٤٩/٩٣٤ق نقض ١٩٨٣/١/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٨٨. طعن ٤٨٩٨، ٦١/٤٨٥ق نقض  
١٩٩٣/٧/٢٨.

(٤) في ضرورة أن يكون النزاع قد مر علي أول درجة. انظر فيما سبق بند ١٦.

(٥) فالضرر قد يزيد عما كان عليه وقت وقوعه، وقد ينتقص، وقد يبقي الضرر علي ما هو عليه، ولكن قد  
ترفع الأسعار ارتفاعاً كبيراً، ولذا فإن تقدير التعويض يقوم علي أساس وبشأن مراكز متمد في الزمان وقابله  
للتغيير. في تفصيل ذلك، انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم الشرطي ص ٣٣٨ وما يليها بند ٢٥٢ وما  
يليه. د. أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية ص ١٤٤ وما بعدها بند ٩٢ وما بعده.

قبوله أمام الاستئناف. كما في إصابة (١) إنسان إصابة خطيرة يحتمل أن تترك به عاهة أو أن تفضي إلي موته. والمقرر (٢) في أنه كلما كان الضرر متغيراً تعين علي القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه عند الحكم، مما يوجب علي محكمة الاستئناف عند تصديها لموضوع النزاع تصفيته بشكل نهائي، بتقديرها (٣) للتعويض الكامل الجابر للضرر منذ نشوء النزاع وحتى إصدار قضائها فيه مراعية كل العناصر التي استجدت بعد تقديم آخر طلبات أمام أول درجة مستنده في ذلك للأدلة التي توافرت لديها.

٦٧- ج- طلب التعويض عن الاستئناف الكيدي: يضاف هذا الطلب إلي سائر الملحقات التي أوردها المشرع وفقاً للمادة ٤/٢٣٥ مرافعات. وهو طلب وإن كان في صحيح النظر يعد جديداً لسببه وموضوعه (٤) لكن بما لاشك فيه أنه يعتبر مرتبطاً بالطلب الأصلي المطروح أمام الاستئناف. وفكرة الارتباط إذ هي التي تبرر طرح طلب التعويض لأول مرة في الاستئناف. ولكن هذا الطلب (٥) حتى يمكن قبوله يجب أن يبني علي أساس رفع الاستئناف الكيدي تعلق ذلك بالاستئناف الأصلي أو المقابل وأياً كانت طبيعة الحكم محل الطعن موضوعي أو إجرائي أم بصدد إجراء من إجراءات التحقيق، ودون أن يرتبط هذا القبول بواقعة الخسارة أو يترتب عليها. ومؤدي ذلك، أن جواز طلب التعويض وفقاً لنص المادة ٤/٢٣٥ يعد أحد تطبيقات (٦) القاعدة العامة التي وردت بالمادة ١٨٨ مرافعات لا يترتب قبوله

---

(١) أو إذا ترفع دعوى ريع عن غضب عقار، ويعتبر الريع بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثماره، بما يجوز طلب ما يستجد منه بعد تقديم آخر طلبات أول درجة. انظر. د. أنور طلبه: المرجع السابق ص ١٠٢٣.

(٢) نقض ١٩٥٧/١١/١٤ السنة ٨ ص ٧٨٣ لدي د. أحمد مليجي: المرجع السابق ص ١١٢٨.

(٣) د. أحمد هندي: التعليق: ج ٤ ص ٣٨٨.

(٤) وذلك لأن هذا الطلب لم يكن من المتصور طرحه أمام أول درجة، لأن الضرر المطلوب التعويض عنه لم يحدث إلا بسبب الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر من أول درجة. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٦١٩ بند ٣٠١. د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ٢٧٧.

(٥) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٥٦٣ بند ١٨٨. د. أحمد هندي: مبدأ النقاضي ص ٢٢٧ بند ٤١. التعليق ج ٤ ص ٣٨٨. د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٦٦ بند ٢٦٨. د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق ص ١١٠٦ بند ٦٦٥.

(٦) د. عبد الباسط جميعي: الإساءة في المجال الإجرائي، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٨٣ عدد خاص بمناسبة العيد المنوي لكلية الحقوق جامعة القاهرة ص ٢١١ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ١١٦-

علي واقعة الخسارة، وإنما يحتاج الأمر إلي الكشف عن الغرض (١) الذي استهدفه المستأنف من استئنافه (٢). بمعنى أن ما ورد بالمادة ٤/٢٣٥ مرفعات في ضوء المادة ١٨٨ مرفعات، والمادة الخامسة من القانون المدني. ومن ثم فإن الطلب الذي يجوز قبوله وفقاً للمادة ٤/٢٣٥ يخضع (٣) في تقدير قبوله لقاضي الاستئناف. ومن تطبيقات ذلك، معاودة الخصم تمسكه بأدلة سبق رفضها (٤)، أو إصراره وعناده علي التمسك بها رغم ضعف موقفه الواضح، كما لو تمسك الخصم بالخبرة، بعد أن قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم الصادر بقبولها (٥). أو كان القصد من تأخير الخصم في رفع استئنافه الفرعي هو التسوية أو المماثلة (٦) مادة ٢/٥٥٠ مرفعات فرنسي (٧)، فهذه الطلبات وغيرها (٨)، متي قصد بها الكيد من رفع الاستئناف، فأنها لا تعد من الطلبات المحظور قبولها لأول مرة في الاستئناف.

١٣١ بند ٦٠-٦٤. د. إبراهيم النفاوي: مسؤولية الخصم عن الإجراءات ١٩٩١، الطبعة الأولى ص ٢٦٦. د. أنور طلبه: المرجع السابق ص ١٠٢٦.

(١) وتطبيقاً لذلك قضي بأن «مسائلة الخصم عن الإضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضي، وجوب إيراد الحكم العناصر الواقعية والظروف التي يصبح استخلاص نية الانحراف والكيد منها استخلاصاً سائغاً» طعن ٦٥/١١٨٦٥ ق ٦٥/١١٨٦٥ نقض ١٩٩٧/٦/٢٩ طعن ٦٤/١٠٠٥٩ ق ٦٤/١٠٠٥٩ نقض ١٩٩٦/١١/٩.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه «يجوز الحكم للمستأنف عليه بالتعويض إذا لم يكن الغرض في الاستئناف سوي تعطيل الإجراءات» استئناف مختلط ١٤ فبراير ١٩٣٤- المحاماة - ١٥ ص ٣٨٩ مشار إليه لدي د. إبراهيم النفاوي، الإشارة السابقة.

(٣) نقض ١٩٩٧/٥/١٠ طعن ٣٩٠٨ لسنة ٦١ ق، نقض ١٩٩٦/١/٩ طعن ١٠٠٥٩ لسنة ٦٤ ق نقض ١٩٩٠/١٢/٢٥ طعن ٧١ لسنة ٥٧ ق لسنة ٤١ ص ٦٠٠ جزاء، نقض ١٩٨٥/٢/٢٨ طعن ٨٨٢ لسنة ٥١ ق لدي د. أحمد هندي: التعليق ج ٣ ص ٥٣٤.

(٤) Coss. Civ. G Janv. 1981. J.C.P. 1981. iv. No100.

(٥) Cass. Civ. 8 mars 1978. J.C.P. 1978. iv. 152

(٦) Civ. 23 Nov. 1994. Bull. Civ. III. N. 197. Gaz Pal 1995. I. Pan. 65.

(٧) حيث أجازت المادة الواردة بالمتن للقاضي أن يحكم بالتعويضات على الخصم الذي يحجم عن رفع استئنافه الفرعي في الحال ويقصد التسوية. انظر:

Frederic. FERRAND : appel prec. No. 314. Civ. 21 jull. 1986. J.C.P. 1986. iv. 300. Civ. 20 janv. 1977. Bull. Civ. II. No. 14. D. 1977. IR. 225. obs. Julien Civ. 8 nov. 1976. J.C.P. 1976. IV. 392. 8 dec. 1982. Gaz Pal 1983. Pan. 133. obs. Guinchard.

(٨) في صور التعسف عن استعمال الحق في الطعن. انظر" د. إبراهيم النفاوي: المرجع السابق ص ٢٥٦-

٢٦٧ .

٦٨ - ٢ - المطالبة بتوابع الطلب الأصلي في القانون الفرنسي وفقاً للمادة ٥٦٦ مرافعات. والتي تنص وفقاً لتعديلها بقانون ٦ مايو ٢٠١٧ على أنه «لا يمكن لأطراف النزاع أن يضيفوا إلي الإدعاءات التي عرضت علي أول درجة ، إلا تلك التي تعتبر ملحقة بها أو ناتجة أو مكملة لها». وما أتى به النص وفقاً للتعديل الجديد هو اختفاء فكرة الطلبات الاحتمالية أو الكامنة في الطلبات الأصلية. وأقتصر علي الطلبات العارضة الإضافية التي تعد امتداد للطلب الأصلي. ممثله في الطلبات الملحقة أو الناتجة أو المكملة للإدعاءات الأصلية. وهو ما نتعرض إليه تبعاً في: أ- اختفاء فكرة الطلبات الضمنية أو الاحتمالية . ب- قبول الطلبات الملحقة أو الناتجة أو المكملة للإدعاءات الأصلية.

٦٩- أ- اختفاء فكرة الطلبات الضمنية أو الاحتمالية في ظل القانون ٨٩١ الصادر في ٦ مايو ٢٠١٧: رغم اعتماد المشرع لفكرة هذه الطلبات لأول مرة (١) في قانون

(١) وفكرة الطلبات الضمنية أو الاحتمالية من خلق القضاء الفرنسي القديم، حيث درج علي تطبيقها منذ قانون المرافعات القديم ١٨٠٧ لمواجهة التغلب علي جمود بعض المبادئ التقليدية، مبدأ ثبات النزاع وقداسة مبدأ التقاضي علي درجتين، قضي بأن طلب التعويض مقابل السماد الذي أضيف إلي الأرض لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يندرج ضمناً في طلب التعويض مقابل التحسين والنققات التي قدمت أمام القضاء. وقضي بأن الخصم الذي يطلب أمام أول درجة منع الطرف الآخر من استغلال البراءة الممنوحة له بموجب العقد المبرم بينهما، يمكنه في الاستئناف طلب فسخ الاتفاق، مثل هذا الطلب كامن في الطلب الأصلي. وقضي بأن من يطلب المتأخرات المستحقة عن الربع أو الدخل يطلب ضمناً تقدير وجود الربع أو الدخل. انظر:

Cass. req 30 mai 1837. jur. Gén. No. 118. req. 16 mars 1887. D. 1887. 1 -  
No. 372. Civ. 12. avril. 1875. D. P. 1875. 1. 311. Civ. 5 mars 1892. D. P.  
1893. 1. 276. Com. 3 aut 1891. D. P. 1895. 11. s. 1898. 1. 518. Civ. 11 mai  
1909. D. P. 1909. 1. 419. Req. 3 janv. 1912. s. 1913. 1. 131. cette per.  
NORMAND: the préc. P. 112.

ولعلو القضاء في تطبيقه للفكرة، وفي ظل غياب الضابط الذي يمكن الاستناد إليه لقبول هذه الطلبات تدخل المشرع بموجب قانون ١٩٣٥ بتعديل المادة ٤٦٤ مرافعات، حيث أجاز للخصوم - ودون أن يعتمد فكرة الطلبات الضمنية - تغيير سبب الطلب القضائي لأول مرة في الاستئناف . إلا ان القضاء ظل يطبق الفكرة لتحقيق غاية هي إنهاء النزاع في مجمله أمام محكمة الاستئناف، ولو أقتضي الأمر تقديم طلبات جديدة بموضوعها طالما استلهمت ضمناً الطلبات الأصلية، ومن تطبيقات القضاء، قضت المحكمة في الطلب الضمني بحق المرور الناشئ عن حالة الاحتباس بعد رفضها للطلب الصريح المدعي فيه بالمطالبة بحق الملكية.

Cass. civ. 6 Janv. 1959. Bull. No 877 cette per NORMAND: préc. p. 112 No 120.

وقضي بقبول الإدعاء بشأن إصلاح عيوب البناء التي لم يتم التحقيق منها أو لم تكتشف إلا بعد إيداع تقدير الخبير طالما أن دعوى المسؤولية العقدية ضد المهندس المعماري والمقاول قد أقيمت في عبارات واسعة جداً للحصول علي تعويض كامل عن كل العيوب في العقارات المطلوبة، وأن الإشارة إلي إعلان الخبرة الذي أمرت به المحكمة معجلاً لا يقتصر موضوع الإدعاء فقط علي العيوب المذكورة في تقدير الخبرة .

المرافعات الحالي ١٩٧٥ وعبر عنها بمصطلح ما يطرحه الاستئناف من أجزاء الحكم «ضمنياً» وفقاً للمادة ٥٦٢/١(١). أو بمصطلح الطلبات الكامنة أو الاحتمالية(٢)، تطبيقاً للمادة ٥٦٦ والتي نصت علي أن «الأطراف أمام محكمة الاستئناف يستطيعون توضيح إدعاءاتهم الكامنة في الطلبات والدفع المطروحة أمام أول درجة»(٣) وكل ما أورده النص بخصوص هذه الطلبات لتكون مقبولة لأول مرة في الاستئناف ووفقاً لما اعتمده القضاء(٤)، أن تكون هذه الطلبات والدفع قد قدمت بين نفس الخصوم أمام أول درجة.

وفكرة الطلبات الاحتمالية ومنذ أن طبقتها القضاء الفرنسي القديم، وتلقاها بعض الفقه بالقبول وأخذ يروج لها إلي أن اعتمدها المشرع في قانون المرافعات الحالي أثار العديد من الصعوبات(٥) والجدل في مقدمته أن القضاء والفقه لم يتفقا علي معيار موحد يمكن الاستناد إليه كضابط لقبول هذه الطلبات لأول مرة في الاستئناف. فقضاء الموضوع أظهر ترحيبه لفكرة الطلبات الضمنية أو الاحتمالية وأجتهده في إقرار اختصاصه بنظره لهذه الطلبات ما دامت موجودة في الطلب الصريح، فقضي(٦) بالامتيازات والفوائد الناتجة عن الزواج الظني التي لم يطلبها الخصوم صراحة من المحكمة، في حين أن الإدعاء الأصلي والصريح واردة علي طلب الوصاية علي

---

Cass, civ. 21 mars 1974. Bull. Civ, 1974. 11. No 108. civ. 24. avr. 1950. D. 1950. 450.

(١) انظر فيما يلي بند ٧٣.

(٢) ويعد مصطلح الطلبات الاحتمالية أو الكامنة أكثر اتساعاً من مصطلح الطلبات الضمنية. فالطلبات الاحتمالية تعني اتساعاً للطلب الأصلي وامتداداً له علي نحو لم يكن الخصم يتوقعه في بداية النزاع، ومن ثم فهذه الطلبات قد لا يتم الكشف عنها إلا أثناء سير الخصومة، ولذا فتظهر ضرورتها لتجميع تفرعات النزاع والفصل فيها مرة واحدة. أنظر:

NORMAND: Thés. P. 110 No118.

(٣) انظر فيما يلي: بند ٧٤.

(٤) Civ. 27 mars 1974. Bull. P. 90. Civ. 1re 13 Nov. 1974. J.C.P. 1976. 11. 18242. Note Couchez. Soc. 5 fevr. 1975. Bull. P. 49. Com. 18 janv. 1985. Gaz Pal 1983. Pan. 175. obs. Guinchard. Paris. 15 dec. 1983. Gaz Pal. 27 juill. 1984. Note Bertin. Com. 9 oct. 1984. Gaz Pal. 1985. Pan. 19 obs. Guinchard. Cette Per. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 842

(٥) في هذه الصعوبات انظر فيما يلي بند ٧٣.

(٦) Trib. Civ Blide 31 déc 1931. D. P. 1932. 2. 113. et Alger 1er fév 1933 D. P. 1934. 2. 104. cette per . NORMAND: Thé. P. 111. No35.



الأولاد القصر. وقضي(١)بمنح بدل السكن التعويضي المشترك من محكمة الاستئناف بعد طلب الطلاق أمام أول درجة. وقضي(٢) برد الأموال المقسمة لأول مرة في الاستئناف بعد طلب إجراء القسمة أمام أول درجة. وقضي(٣) بدفع الدين لأول مرة في الاستئناف بعد طلب صحة توقيع حجز ما للمدين لدي الغير أمام أول درجة ، لأن الأخير ينطوي ضمناً علي الأول.

وقضت محكمة الاستئناف بإبطال قرار تشكيل المجلس الأعلى للتعريف الجمركية، ثم قضت في ذات الوقت بإبطال جميع الإجراءات التي قام هذا المجلس باتخاذها رغم أن الطلب الأخير لم يطلب من محكمة الاستئناف صراحة(٤) وذلك لأن بطلان هذا الإجراءات كان ضروري لتعلقها بالطلب المطروح علي المحكمة(٥). وقضي(٦) بأن الطلب المقدم أمام محكمة الاستئناف بهدف الحصول علي حكم بإصلاح الضرر الذي كان محله منقولات وملابس وفقد المنفعة، مثل الطلب الذي يرفع من أحد الملاك المشتركين في ملكية الطبقات، يعتبر مقبول أمام محكمة الاستئناف نظراً لكونه طلباً احتمالياً، إذ يعد بمثابة تكمله للطلب الصريح الذي طرح أمام أول درجة، والذي كان يرمي إلي الحصول علي تفويض نتيجة لسوء تشيد المبني.

بل أن قضاء الموضوع ذهب إلي أبعد من ذلك، وتجاهل الفصل في الطلب الأصلي كلياً، وقضي في الطلب الاحتمالي الموجود بين طيات الطلب الصريح فقضت محكمة الاستئناف للطاعن بحق المرور الناشئ عن حالة الاحتباس، بعد مطالبته بحق الملكية أمام أول درجة. وذلك لأن الطلب بحق الملكية ينطوي ضمناً علي حق المرور(٧).

---

(١)Paris. 10 mai 2007- R. G. No6100548.

(٢)Paris 26 Janv. 1906. D-P. 1907. 2. 373.

(٣)Paris. 23 act. 1986. Bull. Avoués 1987- 2- 60.

(٤)Paris 30 NoV. 1961. J.C.P. 1962. iv. Éd. A. 3989, ops J.A. et. R.T. 1962. 397 obs Raynaud cette per. Normand. Thés p. 111.

(٥)NORMAND: Préc p. 111. No 120.

(٦)Cour de pau 25 act. 1973. cette per. VINCENT et RUSQUEC: les effets de L'appel quant a L'abjet au Litige préc p. 403.

(٧)La Cour d'appel a pu Lui reconnaitne Seulement un droit de passage fandé sur L'ctat d' enclave. En 6 janv. 1959. Bull. No 877 cett per.

NORMAND: préc p. 112. No 120.

٧٠- وبالرغم من تحمس قضاء الموضوع لفكرة الطلبات الاحتمالية ومواظبته علي تطبيقها ، كما في الأحكام السابقة وغيرها(١)، إلا أن هذا التطبيق أفتقد في مجمله إلي الضابط الذي يمكن الاستناد إليه لقبول هذه الطلبات. ولذا جاءت أحكام هذا القضاء مترددة في مواضع أخرى، فمحكمة استئناف «جرينوبل» في ٢ فبراير ١٩٧٣ اعتبرت أن الطلب الرامي إلي الحصول علي مبالغ إضافية يعتبر طلباً جديداً، علي الرغم من أن الطلب الذي قدم أمام أول درجة كان يرمي فقط إلي الحصول علي أجزاء من المبالغ المتأخرة(٢) .

ومحكمة «بواتيه» في ١٧ أكتوبر ١٩٧٣ قررت أنه من المستحيل impossible أن يطرح في خصومة الاستئناف طلب يرمي إلي حصول علي نفقة أو علي النفقة الوقتية ، في حين أن الطلبات التي كانت مطروحة أمام أول درجة كانت ترمي فقط إلي التوصل إلي حكم بالتصديق علي حالة التصفية الخاصة بأموال المدين والتي طولب فيها بتأجيل الحكم Surseoin á statuer(٣) .

وتردد قضاء الموضوع ظهر وبصورة واضحة، وهو بصدد اختياره للمعيار الواجب إتباعه لقبول الطلبات الاحتمالية لأول مرة في الاستئناف. ففي حكم صادر من محكمة «رن» تري أن المعيار الواجب الإتباع بصدد هذه الطلبات هو معيار دقيق وغير واضح. وقضت هذه المحكمة بأن البطلان حتى المتعلق بالنظام العام لا يمكن طرحه أمام محكمة الاستئناف إذا كان هذا البطلان لا ينتج مباشرة عن الطلب

---

وبشأن هذا الحكم تقول محكمة النقض أن حق الارتفاق بالمرور كان متضمناً في الطلب الأصلي المتعلق بحق الملكية وكان موجوداً من قبل ضمن إدعاءات الخصوم. وهو من الأحكام التي أيدت فيه محكمة النقض فكرة الطلبات الاحتمالية انظر:

NORMAND: op. cit., p. 113 No 121.

(١) في تطبيقات قضاء الموضوع لفكرة الطلبات الاحتمالية انظر:

NORMANDL Thé p. 111 ets No 120..

(٢) Cour de Grenoble 2 fev. 1973. Cette per. VINCNT et Pusquec. Les effets de L'appel quant at abjet du Lilige préc. P. 402.

(٣) Cour de poitiers 17 act. 1973. deméme cour de paris 18 juin 1973. Gaz pal 1973-2-825 et cour d'appel Rennes 12 aur 1973. cette per. VINCENT et RUSQUEC: préc p. 403.

الأصلي، وكان طلب البطلان هذا يشكل موضوعاً للنزاع مستقل عن النزاع الذي حسمه من قبل قاضي أول درجة (١).  
ووفقاً لذلك فإن فكرة الطلبات الاحتمالية وأن لقيت استحساناً من جانب قضاء الموضوع في جل أحكامه، وإن تردد في القليل منها. فأن محكمة النقض (٢)، ومنذ أن طبقت هذه الفكرة أوردت تحفظها علي قضاء الموضوع، وتمثل جوهر هذا التحفظ في ضرورة أن يكون الطلب الاحتمالي قد خضع للمناقشة الحضورية بين الخصوم (٣)، ولذا جاءت أحكام قضاء النقض في القليل منها بقبول الطلبات الاحتمالية لأول مرة في الاستئناف (٤)، وفي جل أحكامها بعدم قبول هذه الطلبات (٥)، وأكدت علي ذلك حديثاً (٦)، حيث قضت صراحة بعدم قبول الطلبات الاحتمالية لافتقارها إلي المعيار الواضح لقبولها.

---

(١)Rennes. 6- 5- 1957.D. 1957. Sommoire. P. 144.

مشار إليه لدي د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٧٩، فلسفة قانون المرافعات ص ١٨٢.

(٢) في موقف قضاء النقض وتحفظه علي فكرة الطلبات الاحتمالية انظر:

NORMAND: thés [ 112 ets No 121.

(٣) حيث قضت محكمة النقض برفض منح أحد الخصوم مزايا الزواج الظني علي أساس أن هذا الطلبات لم تكن محل مناقشة حضورية أمام قضاء الموضوع.

Civ 1er 15 áct. 1958. Bull - No432. p. 347. cette per. Normard préc p. 113.

(٤) انظر في الأحكام المشار إليها ص ٢٣٤ حاشية رقم ١.

(٥)Civ. 7 sept. 2011. No 09 - 13 - 086. Civ. 4 juin 2002 Bull. Civ. 1 - N. 155.

Com. 18 jan. 1983. Bull. Civ. Avaués No 21. Civ. 10 juin. 1998. N. 96. 20.

034. Civ. 4 Nov. 1964. Bull. Civ. 11. N. 679. Civ. 24 juin 1963. Bull. Civ. I. N. 340.

(٦)Civ. 2re 5oct. 2017. N. 16 - 22. 353. Civ. 1re 28. juin 2012 N. 11. 19 - 265. D. 2012. 1736. ibid. 2013. 40 obs. P. Brun. Et o Gout.

<https://actu.dalloz.eludiant.Fr/27oct2017>.

٧١- أما الفقه الإجرائي الذي أعتمد الفكرة (١)، وأخذ يروج لها لم يتفق من جانبه علي معيار موحد لقبولها، فذهب البعض بقوله (٢)، تكون الطلبات الاحتمالية مقبولة متى خضعت للمناقشة الحضورية التي تترجم حقوق الدفاع. ولم تحدث (٣) أي تعديل في سبب الطلب القضائي وموضوعه. ويرى البعض (٤) بأن هذه الطلبات تقبل متي كانت تهدف إلي ذات الغاية المطلوبة في الطلب الأصلي دون إضافة أو تعديل في هذا الطلب. وحالت أن تهدف هذه الطلبات إلي ذات الهدف من الطلب الأصلي، فأنها يمكن أن تؤدي إلي وظيفة هامة في حسم النزاع برمته أمام الاستئناف. ويسند البعض (٥) قبولها علي واقعة موجودة من قبل الإدعاء الأصلي، ويقع علي الخصم عند أثارها والتمسك بها إثبات وجود هذه الواقعة، ومن ثم يتوقف قبول هذه الطلبات أو علي العكس عدم قبولها علي نجاح أو عدم نجاح إثبات الواقعة. ومتي قوبلت (٦) الطلبات الاحتمالية اعتبرت وسيلة فنية لإعطاء محكمة الاستئناف كل المكنات التي تخول لها حسم الطلب القضائي وبشكل نهائي.

٧٢- وإزاء تردد قضاء الموضوع بصدد تطبيقه لفكرة الطلبات الاحتمالية، وتحفظ قضاء النقض علي قبولها، وقضاؤه حديثاً برفضها وعدم قبولها صراحة. وعدم اتفاق

(١) ولل فكرة أنصار في الفقه المصري، حيث يرى البعض أن هذه الفكرة من الممكن أن تعمل في إطار خصومة الاستئناف بذات الضوابط التي تعمل بها في فرنسا. ويستند إلى الحجة المستمدة من أن النزاع عن طريق الاستئناف قد خضع من قبل لأول فحص بواسطة قاضي أول درجة. فإذا ما حدث طعن في مثل هذا الحكم فإنه ينتقل إلى محكمة الدرجة الثانية، حاملاً معه كل الاحتمالات الكامنة في هذا الطلب الأصلي. انظر : د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٦٨٥ بند ٣٢٥؛ فلسفة قانون المرافعات ص ١٨٨ وما بعدها؛ د. علي الشيخ: الحكم الضمني ١٩٩٧ دار النهضة العربية ص ١٧٢ وما بعدها بند ١١٢ وما بعده؛ د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ٣٠٦ وما بعدها والمراجع والأحكام المشاركة لديه د. فكري أبو صيام: الأسباب الجديدة في النقض المدني ٢٠٠٥ دار النهضة العربية ص ٨٤ وما بعدها.

(٢) NORMAND: Thé P. 113 No 121. OMAR: La cause de la demande en justice. Thés Bordeaux 1977. P. 350 ets.

مشار إليه في مؤلفه فلسفة قانون المرافعات ص ١٧٧ وما بعدها.

(٣) د. نبيل عمر : الوسيط في الاستئناف ص ٦٨٥ بند ٣٢٦؛ فلسفة قانون المرافعات ص ١٨٨.

(٤) GULLARD et LANDRY: les conclusions d'appel. Gaz Pal 1975. P. 16 ets.

مشار إليه لدى د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٧٧.

(٥) Vincent et Guinchard: op. cit., P. 842. No 1436. Vincent : les dimensions Nouvelles. Préc. P. 187 ets.

(٦) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف : الإشارة السابقة. فلسفة قانون المرافعات: الإشارة السابقة.

الفقه المروج لها حول معيار موحد لقبولها والتمسك بها، وتحذير البعض (١) من أعمالها، وعدم الخلط بينها وبين ما هو محكوم فيه ضمناً (٢)، وهجوم البعض عليها لكونها مجرد صنعه يجب الابتعاد عنها (٣). وما يراه البعض الآخر (٤) بأن هذه الفكرة تعني عنها فكرة الطلبات المقابلة المنصوص عليها بالمادة ٥٦٧ مرافعات، لكون الطلبات الاحتمالية مجرد افتراض لا تكون (٥) الجد فيها مؤكدة. في حين أن الطلبات المقابلة (٦) تقوم علي وجود صلة قوية بينها وبين الطلب الأصلي وهي مقبولة لأول مرة في الاستئناف.

(١) MELNESCO (C.) études sur l'autarite de la ehose jugée en matère civile  
Thé paris 1913. No 206. MOUTLSKY: Art. Préc D.H. 1968. chron. I. No 28  
ets.

مشار إليهما لدى د. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها دار النهضة العربية الطبعة الثانية ص ٣٢٨ حاشية رقم ١٠١ أعمال القاضي التي تحوز الحجية ص ٤٤٩.  
(٢) فالافتراضات والمقدمات المنطقية للحلول الواردة في المنطوق الصريح لا تعتبر - في ذاتها - مقضياً بها ضمناً، فليس كل ما هو ضمني أو احتمالي يعتبر مقضياً به ضمناً. وإذا كان ما يعد طلباً ضمناً أو احتمالياً يثير الإنكار والمجادلة. فعلى العكس الأحكام الضمنية رغم اعتراض البعض أضحت ظاهرة تستعصي في وجودها على الإنكار والمجادلة، لسمودها واستمرارها في الفقه والقضاء متى توافرت مفترضات هذه الظاهرة.

في ظاهرة الأحكام الضمنية ومفترضاتها: انظر: د. علي الشيخ: الحكم الضمني ١٩٩٧ دار النهضة العربية د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز الحجية ص ٤٤١ وما يليها بند ٢٢٨ وما يليه. آثار إلغاء الأحكام ص ٣٢٥ وما بعدها بند ٢١٢ وما بعده. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٧١ وما بعدها بند ١٥٩ وما بعده والمراجع المشار له.  
وفي تطبيق هذه الأحكام انظر: طعن ٦٥/٣٥٥ ق نقض ١٩٩٦/٦/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٩٥٤. طعن ٦١/١٣١٢ ق نقض ١٩٩٦/٣/١٣ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٤٧٨. طعن ٦١/٣٥٥٧ ق نقض ١٩٥٥/٥/٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٧٨٤ طعن ٥٦/١٥٠١ ق نقض ١٩٩٣/٤/٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ١٤٠٩. طعن ٥٧/٧٤ ق نقض ١٩٩٠/١/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٤١ ص ٢٥٨.  
Cass. Civ. 29 mars. 1995. Bull. Civ. No 111. Com 28. juin 1988. J.C.P. 1988. 11. 21072 obs. Perdriau. Civ. 16 avr. 1982. Bull. Civ. No 54. Lyon. 2 Nov. 1978. D. 1978. 498 obs. Julien.

قارن: د. أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه مشار إليها سابقاً ص ٥٨ - ٧١ بند ٣٣ - ٣٨.

MIGUET: Thés P. 235. No 192.

(٣) فاستخراج بعض الطلبات من الإدعاءات الأصلية المطروحة على المحكمة بمقولة أن هذه الطلبات تعتبر موجودة بصفة احتمالية أو ضمنية في هذه الإدعاءات ما هو إلا صنعة أي وسيلة مصطنعة تشوه الحقيقة يجب الابتعاد عنها. HEBRAUD: R.T.D. Civ. 1963. P. 142. مشار إليه لدى د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٧٤ بند ٣١٨.

(٤) GUY MARRAN: les demandes Nouvelles apres le decret du 6 mai 2017.  
<https://www.village-justice.com.24Nov.2017>

(٥) GRANGER : demande Nouvelle préc. No 70.

(٦) انظر فيما يلي بند ٨١.

٧٣- والمشرع هو الآخر بتنظيمه لفكرة الطلبات الاحتمالية أو الكامنة وفقاً لنص المادة ٥٦٦ مرافعات لم يضع ضابطاً لقبولها(١). وإنما كل ما أورده بشأن جواز طرحها لأول مرة في الاستئناف أن تكون قد قدمت بين نفس خصوم أول درجة(٢). ولغياب هذا الضابط لم يستطيع هذا التنظيم أن يستقيم في العمل فجاء تطبيقه مضطرباً بعيداً عن الانتظام، وتخلف عنه العديد من المشاكل التي لم تفلح الجهود المبذولة سواء علي الصعيد الفقهي والقضائي في تذليلها والتغلب عليها. وظلت عقبة رغم كل الجهود المبذولة مسألة وجود ضابط معين يمكن الارتكان إليه لما يعد أو لا يعد طلباً ضمنياً أو احتمالياً، لأنه لا يمكن بحال(٣) أن يعد طلباً احتمالياً أو كامناً في الأصل ما لم يطرحه الخصوم أصلاً علي المحكمة، كما لا يعد كذلك في خصوص طلب طرحه الخصوم ولم يكن محلاً لبحث من جانب المحكمة. ولعدم وجود معيار موضوعي لبيان هذا أو ذاك. وإنما جاءت كل المعايير التي قيل بها في شأن فكرة الطلبات الاحتمالية مجرد معايير غائية ذات الفكرة غموضاً وإبهاماً(٤). وتقوم بالفكرة علي مجرد الافتراض والتخمين لا القطع واليقين. فاتجاه المحكمة بالنسبة لطلب الاحتمالي الذي يستشف من الطلب الأصلي يظل مجرد احتمال قد يصدق أو لا يصدق، وحتى لو صادف الاحتمال محله، فإن المحكمة قد تجد

(١) شأن الضابط الذي وضعه في المادة ٥٦٥ مرافعات انظر فيما سبق بند ٧٨ أو بشأن قبول الطلبات العارضة في عمومها انظر فيما سبق بند ٦٢ وما بعده.

(٢) انظر فيما سبق بند ٦٣.

(٣) ويكفي في الدلالة على بحث المحكمة لمسألة ما مجرد الإشارة إليها في عناصر الحكم الصادر. وغالباً ما ترد هذه الإشارة في حثييات الحكم وأسبابه، وفي ذلك تقول أحكام المحاكم الأهلية أن الحكم الضمني يستفاد من مقارنة أسباب الحكم بمنطوقه. جزئي أهلي ١٠/٢٧/١٩٢٠ - المحاماة - ١ - ٢٦٢ - ٤٦. استئناف أهلي ١٠/٢٧/١٩٢٠ المجموعة ١٩٢٠ - ٨٦، ١٠/١٢/١٩٢٩ المحاماة ١٠ - ٥٧٧ مشار إليها لدى د. أحمد ماهر زغول: آثار إلغاء الأحكام ص ٢٢٩ وما بعدها بند ٢١٤.

(٤) والغاية لا يمكن أن تكشف عن مصدرها، لأنها ليست سوى النتيجة التي ينبغي أن يحققها العمل، ولذا فهي خاصة بالمستقبل ولا يمكن أن تؤثر في جوهره، كما أنها توجد بالنسبة لأي مشروع ولو كان غير قانوني، ولذا قيل - وبحق - أن الغاية مسألة لا قانونية أو ميتافيزيقية بالنسبة للإجراءات القضائية. والمعايير الغائية وحدها تصلح فقط لتصنيف الأعمال القانونية من وجهة نظر اجتماعية، حتى أن هذه المعايير قد فشلت في تعريف الأعمال القضائية انظر:

Enrico - ALLOKIO: soggiopolemiche sulla giurisdiziane volontaria sulla dattrina delle giurisdizion omilona 1959. P. 3 - 56.

مشار إليه لدى د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٢٨ وما بعدها.

نفسها أن ما انتهت إليه هو مجرد طلباً ملحقاً أو ناتجاً أو مكماً لطلب أصلي وليس طلباً احتمالياً.

وفضلاً عن ذلك، وما قد يصطدم بالقاعدة التي أوردها المشرع الفرنسي في باب الأحكام العامة لقبول الطلبات العارضة وفقاً للمادة ٢١٤ مرافعات (١). فأن أعمال فكرة الطلبات الاحتمالية يؤدي إلي وجود العديد من الصعوبات (٢)، التي قد لا يستطيع مواجهتها والتغلب عليها. فالفكرة تسند في الواقع إلي إرادة الخصوم طلبات قد تكون من الجائز أنهم لم يفكروا في عرضها علي القضاء، كما أنها تشكل اعتداءً موجهاً إلي مبدأ التقاضي علي درجتين، فالطلب الاحتمالي أو الكامن في الطلب الأصلي سوف يتم عرضه في حالة الطعن لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية طارحاً أمامها آنذاك طلباً جديد بسببه وموضوعه، وهو ما يخالف نظام الاستئناف. وأيضاً تشكل الفكرة مخالفة لمبدأ المواجهة، وذلك في الحالات التي قد لا تسنح فيها الفرصة للخصوم لمناقشة الادعاءات التي يتضمنها هذا الطلب الجديد.

فإذا تكشفت هذه السلبيات، سواء علي المستوي القضائي أو الفقهي أو التشريعي، فإنه كان متوقفاً تدخلاً تشريعياً يعيد فيه المشرع تقييم تنظيماته ويعالج مواطن الخلل والقصور فيها. ومن منطلق الهدف (٣) الذي بمقتضاه ابتكر القضاء فكرة الطلبات الاحتمالية. وكذلك الغاية التي من أجلها المشرع أعتمد الفكرة في قانون ١٩٧٥، ممثله هذه الغاية في إنهاء النزاع. وفي سياق كل من هذا الهدف وتلك الغاية تدخل المشرع بموجب القانون ٨٩١ في ٦ مايو ٢٠١٧ لاغياً فكرة الطلبات الضمنية أو الاحتمالية أو الكامنة في الطلب الأصلي.

ووفقاً لهذا القانون اختفت عبارة «أجزاء الحكم الضمنية» من المادة ١/٥٦٢ مرافعات (٤). كما أختفي مصطلح «الطلبات الاحتمالية أو الكامنة الموجودة في

(١) انظر فيما سبق بند ٦٣.

(٢) حول هذه الصعوبات انظر : د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٧١ وما بعدها بند ٣١٦ فلسفة قانون المرافعات ص ١٧٦ وما بعدها.

(٣) انظر فيما سبق ص ٢٣٢ حاشية رقم ١.

(٤) والمادة قبل تعديلها بالقانون الوارد بالمتن كانت تنص علي أنه «لا يطرح الاستئناف علي محكمة الدرجة الثانية سوي أجزاء الحكم التي يطعن عليها صراحة أو ضمناً وما يتعلق بتلك الأجزاء».

الطلبات والدفع المعروضة أمام أول درجة وفقاً للمادة ٥٦٦ مرافعات (١)، وإتماماً لعملية الإصلاح التي أتى بها قانون ٦ مايو ٢٠١٧، المشرع قصر سلطة محكمة الاستئناف حالة تصديها لموضوع النزاع وفقاً للمادة ١/٥٦٨ مرافعات (٢) علي حالي إلغاء أو إبطال الحكم الصادر في إجراء من إجراءات التحقيق أو في دفع إجرائي دون حالة تأييدها لهذا الحكم. ومن ثم فمحور هذه الإصلاحات هو المحافظة علي محكمة الاستئناف كمحكمة ثاني درجة، وهو المتبقي في القانون الفرنسي من مبدأ التقاضي علي درجتين بعد أن أخرج هذا القانون تلك المبدأ من نطاق فكرة النظام العام.

---

«L'appel Né défère à la cour que La Connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressement ou implicitement et de ceux qui en dépendnt».  
انظر:

Fredénic FERRAND: appel 1999 préc. P. 77 No 646 ets.  
VINCENT et Guinchard: op. cit., p. 834. No. 1424. MOREL: op. cit. P. 490.  
Com. 22 mai 1985. J.C.P. 1985. iv. 268. Civ. 22 Nov. 1984. Bull. Civ. 11. No 173. Civ. 13 Nov. 1961. J.C.P. 1961. 11. 1246. Note. J.A. Civ. 29 mars. 1944. J.C.P. 1944. 111. 2637.

وأصبح النص بعد تعديله بالقانون ٨٩١ في ٦ مايو ٢٠١٧ علي النحو التالي: «لا يطرح الاستئناف علي محكمة الدرجة الثانية سوء أجزاء الحكم التي يطعن عليها صراحة وما يتعلق بتلك الأجزاء».  
"L'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressement et de ceux qui en dépendnt..."

(١) والمادة قيل تعديله كانت تنص علي أنه «يمكن للخصوم ولأول مرة في الاستئناف القيام بتوضيح الإدعاءات الكامنة في الطلبات أو الدفع المطروحة أمام أول درجة».

"les parties peuvent aussi expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et defenses soumises au premier juge".  
وفي تطبيق ذلك انظر: Civ. 4 juin 2002 Bull. Civ. 1. No 155. D. 2002 IR 2122.  
J.C.P. 2002 11. 10025. Note Rusquec. Civ. 26 Nov. 2003. Bull. Civ. 111. No 204. J.C.P. 2004. IV. 1141.

والمادة ٥٦٦ بعد تعديله تنص علي أنه "لا يمكن لأطراف النزاع بالإضافة إلى الإدعاءات التي عرضت أمام أول درجة إلا تلك التي تعتبر ملحقه بها أو ناتجة عنها أو مكملة لها".

"les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence au le compte nécessaire".

انظر : - Joelle JEGLOT : L'appel nouveau est arrive préc. Natalie Fricera  
BRUN : le décret No 891 du 6 mai 2017. Lic. Cit.

(٢) انظر فيما سبق بند ٤٠.



٧٤ - ب - قبول الطلبات الملحقة أو الناتجة أو المكملة للطلب الأصلي لأول مرة أمام محكمة التصدي: وفقاً للمادة ٥٦٦ مرافعات، حيث تنص على أنه "لا يمكن لأطراف النزاع الإضافة إلى الإدعاءات التي عرضت أمام أول درجة إلا تلك التي تعتبر ملحقة بها أو ناتجة عنها أو مكملة لها. والمصطلحات الثلاثة التي استخدمها المشرع وفقاً لهذا النص "الملحقة بها والناتجة عنها والمكملة لها" مصطلحات أكثر عمومية واتساعاً مما كان يستخدمها بالمادة ٤٦٤ مرافعات قديم.

هذه المصطلحات المرنة خرج المشرع بمقتضاها من ناحية عن القيود التي كانت تستلزمها المادة السابقة (١). ومن ناحية أخرى، فتح بمقتضاها الباب للمطالبة (٢) بكل التوابع علاوة على ما يكون موجود بعد حكم أول درجة - المنهي للخصومة أمامها دون أن تستنفد ولايتها في الموضوع - بل ما يوجد منها قبل صحيفة افتتاح خصومة أول درجة ولو اختلفت المطالبة بهذه التوابع عن الطلب الأصلي في الأساس القانوني متى وجدت الصلة (٣) بين هذا الطلب والمطالبة بتلك التوابع، حتى ولو اختلفت الوسيلة (٤) المتبعة للكشف عن هذه الصلة من طلب إلى آخر، بل ولو اشترط لكل وسيلة شروط لإعمالها تختلف عن الوسيلة الأخرى (٥).

٧٥ - ويقصد بالملحقات، كل ما يضاف إلى الطلب الأصلي دون أن يستغرقه (٦)، وهو ما يعني أن الملحقات تأخذ حكم الأصل (١) فيكون للملحقات نفس النظام

---

(١) فالمشرع الفرنسي بموجب قانون ١٩٧٥ وتطبيقاً للمادة ٥٦٦ مرافعات استبعد تعبير الفوائد والأجور والمرتببات وطلب ما يزيد من التعويضات والتي كان منصوص عليها بالمادة ٤٦٤. كما أن ظاهر المادة ٥٦٦ استبعد ما درج عليه الفقه واستقر عليه القضاء من قيود، سواء ما تعلق منها بأن تكون الملحقات مستحقة بعد صدور حكم أول درجة. كما استبعد تقييد المطالبة بها، أن تكون أثيرت أو تم التمسك بها أمام أول درجة. فالمصطلحات الثلاثة الواردة بالنص غير مقيد طلبها والتمسك بها بوقت زمني وإلا كان أفصح عنها النص. في تفصيل ذلك انظر: د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٧٧ وما بعدها بند ٢٧٩.

(٢) في تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 18 janv. 1978 J.C.P. 1978. IV. 91. 4 oct. 1978. Bull. 200. Civ. 17  
juill. 1978. D. 1978. IR. 497 obs Julien. Civ. 24 Nov. 1982. Gaz Pal. 1983.  
Pon. 98. obs. Guinchard.

(٣) انظر فيما سبق بند ٦٣.

(٤) د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ٢٠٨؛ الوسيط في الاستئناف ص ٦٩٣ بند ٣٣٦.  
Vincent et Guinchard: op. cit., P. 841. him. No 8.

(٥) انظر فيما يلي بند ٨٢ وما بعده.

(٦) د. محمد نور شحاته: نطاق النزاع في الاستئناف ص ٢١٤.

القانوني الذي للطلب الملحق به، كذلك يكون لها نفس النظام الإجرائي، حتى يكون من الملائم الفصل في الملحقات والطلب الأصلي معاً لوحدة الخصومة وتحقيقاً لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات. وعلى ذلك فإن الطلب بالملحقات الجديدة، والتي تنصب على ما أثير أمام أول درجة ومر عليها تكون مقبولة لأول مرة في الاستئناف(٢) لتفصل محكمة الدرجة الثانية إعمالاً لفكرة التصدي في الطلب الأصلي وملحقاته. ومبرر قبول الملحقات الجديدة ونظر محكمة الاستئناف للطلب الأصلي وملحقاته يعد تطبيقاً لقاعدة الفرع يتبع الأصلي، لكون الصلة في الفرع تعد قائمة من البداية لاتصال الطلبات الفرعية أيّاً كان نوعها بالطلب الأصلي. وفضلاً عن جواز طلب الفوائد والأجور والمرتببات وزيادة التعويضات كملحقات للطلب الأصلي(٣). فهذه الملحقات قد تشكل بذاتها طلباً مستقلاً، كما لو كان جائر تقديمه أمام أول درجة(٤) كطلب الإجراءات التحفظية أو الوقتية أو الطلبات المستعجلة لأول مرة في الاستئناف(٥). تبعاً للطلب الأصلي الذي طرح أمام أول درجة، تنتظر محكمة الاستئناف الطلبين معاً.

وتطبيقاً لذلك قضي(٦) بقبول طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بالشهرة لأول مرة في الاستئناف بعد المطالبة أمام أول درجة بالتعويض عن أعمال الإصلاح والضمان. وبقبول طلب(٧) فسخ البيع لأول مرة في الاستئناف، رغم أن الطلب الأصلي كان وارداً على بطلان المزايدة لوحدة الأعباء التي كانت مفروضة على

---

(١) إعمالاً للاصطلاح اللغوي والمقابلة في اللغة الجارية، يعد المصطلح اللغوي للكلمة ملحق هو ما يجيء بعد شئ يسبقه والمقابلة في اللغة الجارية بين اصطلاح ملحقات من ناحية ومصطلح "أصلي" أو "أساسي" تفهم الملحقات على أنها "التبعية" مقابلة بالأصلي، وهكذا لا يمكن تعريف الملحقات إلا بالنظر إلى الأصلي، فالملاحقات يجب أن تأخذ حكم الاصل. انظر : د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٧٩ بند ٢٧٧.

(٢)Frédérique FERRAND: évocation préc. No 1024. Lucie MAYER : L'objet et les effets de l'appel préc. P. 76 ets. No 9 etts. LOISEL : emploi optimal de la nation d'évocation préc. No 29 ets.

(٣) انظر فيما سبق بند ٦٤ وما بعده.

(٤) د. أحمد خليل : خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ص ١٦٩؛ د. محمود مصطفى يونس: تيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ص ٢٣٨ وما بعدها بند ١٢٢.

(٥) انظر فيما سبق بند ٥١.

(٦) Cass. Civ. 6 fev. 1978. Gaz Pal 1979. Pan. P. 111. Civ. 1 fev. 2006. No 05 – 13 – 291. Bull. Civ. 11. No 28.

(٧)Rennes 2 avril. 1973. Cite. Par. Vincent et Rusquec: préc. P. 403.

الراسي عليه المزداد مع الأعباء التي كانت مفروضة على المتملك للاستفادة بالمنفعة. وبقبول طلب (١) التعويض لأول مرة في الاستئناف كأحد ملحقات طلب التطبيق أمام أول درجة، وكذلك المطالبة (٢) بنفقات المأكل كأحد ملحقات طلب التطبيق أمام أول درجة، وغيرها (٣) من الطلبات التي تعد من ملحقات الطلب الأصلي. على عكس ذلك لا يعد من ملحقات الطلب الأصلي طلب تطبيق بعض بنود العقد بعد طلب إبطاله، أو طلب تخفيض الثمن بعد طلب فسخه (٤).

٧٦ - ويقصد (٥) بالطلبات الناتجة، هي كل طلب يعد نتيجة قانونية عادية للإدعاء أو الدفاع الأصلي. ففي الأحوال التي يطلب فيها أمام أول درجة، مثلاً بإبطال تصرف قانوني معين، أو يدفع المدعي عليه بدفع موضوعي معين رداً على هذا الطلب، فيمكن لمن طلب بإبطال التصرف أو من رد عليه بدفع عند تصدي محكمة الاستئناف لهذا الطلب أو تلك الدفع أن يطلب (٦) أمامها ولأول مرة بما قد يعد نتيجة لهذا الطلب أو تلك الدفع إذا أجابته المحكمة إلى طلبه أو دفعه، كأن يطلب (٧) الدائن أمام محكمة الاستئناف بما استحق له في ذمة مدينه منذ آخر طلبات قدمت أمام أول درجة، أو أن يطالب (٨) لأول مرة في الاستئناف بالتعويض عن الأضرار المالية والتجارية وتعويضات التأخير كملحقات ناتجة عن طلب التعويض عن الضرر الناتج

---

(١) Cass. Civ. 1 juin 1983. Gaz Pal 1983. Pan. 288. Paris 10 mai 2007. R. G. No 06100648.

(٢) Versailles 17 mai 1985. D. 1987. Somm. 273. Note Grostiere.

(٣) Civ. 13 juin 1985. Bull. Civ. 11. No 121. 9 janv. 1991 Bull. Civ. 11. No 11 31 mai 2000 Bull. Civ. 11. No 92. J.C.P. 2000. 11. 10425 Note Briere.

Com. 29 mars. 2011. No 9 – 71. 9908 No 10 – 12. 046. Civ. 20 janv. (٤) 2010. No 09 – 65272.

(٥) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٩٤ بند ٣٣٧؛ فلسفة قانون المرافعات ص ٢٠٩ وما بعدها؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٨٢ بند ٢٧٩؛ د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ٢٧١.

Natalie FRICERO : L'appel nouveau est arrive. Lic cit. Frederic FERRAND: appet. Prec. P. 86. No 722.

(٦) Cass. Civ. 24 juin 2004. Bull. Civ. 11. No 309. D. 2004. I.R. 2082. R.T.D. Civ. 2004. 554. obs. Perrot. J.C.P. iv. 2728.

(٧) C. A. Grenoble 2 oct. 1973. Cite par. Vincent et Rusquec. Préc. P. 403. MAYER: préc. No 9.

(٨) Cass. Civ. 8 mars 2007. No 05 – 21 – 627. Bull. Civ. 11. No 58.

عن سقوط جزء من بناء تحت الإنشاء. أو أن يطلب (١) الحائز حسن النية باسترداد النفقات التي قام بالإنفاق بها على الأرض محل النزاع. فهذا الطلب يعد نتيجة مترتبة على دفاعه في الدعوى المقامة ضده باسترداد هذه الأرض. أو بالتعويض (٢) عن فوات فرصة التأجير كنتيجة للتأخير في تسليم الوحدات المحجوزة.

٧٧ - أما الطلبات المكملة، فيقصد بها كل ما يضاف إلى الطلب الأصلي حتى يكون كاملاً (٣). ويكون الطلب مكملاً للطلب الأصلي إذا كانت طبيعة المحل في الطلبين مماثلة، بحيث كان من الممكن أن يندمجا معاً في طلب واحد إذا ما تحقق سبب الطلب المكمل وقت رفع الطلب الأصلي (٤). ويكفي لقبول الطلب المكمل لأول مرة في الاستئناف متى وجدت صلة (٥) بينه وبين الطلب الأصلي، وكانت هذه الصلة (٦) في حدود احترام موضوع وسبب الطلب الأخير (٧). ولذا سمحت المادة ٥٦٦ مرافعات للخصوم ولو لأول مرة في الاستئناف إيداء كل ما يعد مكملاً للطلب الأصلي (٨) وتطبيقاً لذلك قضي (١) بجواز طلب زيادة التعويض لفقدان الدخل لأول

---

(١) Cass. Civ. 12 mars 1986. J.C.P. 1986. iv. 143. Civ. 13 Nov. 1974. J.C.P. 1976. 11. 18242. Note Couchez.

مشار إليه لدى د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٨٣.

(٢) Cass. Civ. 3e 28 fev. 2018 Pourvoi No 16 - 1 - 17950. Civ. 3e 12 avril. 2018, 17 - 14581.

(٣) ومصطلح المكمل يختلف عن مصطلح الإضافي. فالأول يندمج في الشيء إذ أنه ما يتم به الشيء. أما الثاني، فيظل خارج الشيء. انظر: د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٨٤ بند ٢٨٠.  
(٤) وتمائل الدعويين أو الطلبين أو تشابههما لا يمنع من إزدواجهما، ولو كانا يرمي إلى أثر قانوني واحد.  
انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات ص ٢٤٢ وما بعدها بند ٢٢٧ والمراجع والأحكام المشاركة لديه.

(٥) انظر فيما سبق بند ٦٣.

(٦) Cass. Civ. 20 mars. 1989. Bull. Civ. 111. P. 78. No 119.

(٧) ودون أن يستلزم أن يكون الطلب المكمل له ذات طبيعة الطلب الأصلي، أو لكونه موجود في وقائع الطلب الأخير، أو لكون الطلب المكمل يهدف إلى ذات الغاية من الطلب الأصلي. في الاتجاهات المختلفة التي قيل بها في ضابط الصلة بين الطلب المكمل والطلب الأصلي. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٨٧ وما بعدها بند ٣٣٠ وما بعده؛ سبب الطلب القضائي ص ١٥٨ بند ١٣٤؛ فلسفة قانون المرافعات ص ٢٠٢ وما بعدها.

Vincent et Guinchard: op. cit., P. 841 No 1435.

(٨) في تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 29 avr. 2002 Bull. Civ. IV. No 75. D. 2002. A.J. 1674. obs. A.

Lienhard. AIDI 2002. Gol. Note. Le corre. Civ. 3 mai 1990. Bull. Civ. 11. No 72. Civ. 21. juin 1977. Bull. Civ. I. No 288.

مرة في الاستئناف، رغم أن الطلب الذي طرح أمام أول درجة كان يتعلق بالتعويض عن حادث مرور. والطلب(٢) المقدم لأول مرة في الاستئناف بإلزام الخصم بالقيام بإعمال الإصلاح يعد طلباً مكملاً للطلب المقدم أمام أول درجة بتقرير كفالة للقيام بهذه الأعمال، وقضي(٣) بأن طلب مبلغ من الأموال يتعلق بأعمال الصيانة للملكية المشتركة ولأول مرة في الاستئناف يعد من مكملات الطلب الأصلي بدفع أعباء الملكية المشتركة الذي طرح أمام أول درجة.

وترتيباً على ذلك، أن كافة الطلبات العارضة الإضافية التي كان يجوز للخصم إثارتها والتمسك بها أمام أول درجة، ولم يتمكن من إبدائها، لإنهاء خصومة أول درجة دون أن تستنفذ ولايتها بموضوع النزاع يمكنه - الخصم - إثارتها والتمسك بها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف حالة تصديها لموضوع هذا النزاع، متى كانت هذه الطلبات ملحقة بالطلب الأصلي أو ناتجة عنه أو مكملة له تطبيقاً للمادة ٥٦٦ مرافعات(٤) إعمالاً للمادة ٢/٥٦٨ مرافعات(٥).

ثالثاً

قبول الطلبات المقابلة لأول مرة أمام محكمة التصدي

---

(١) Cass. Civ. 16 mai 2013. No 12 – 13859. Note. A. Bascoulergue Douai 5 mars. 1953. Gaz Pal. 1953. 2. 55. Montpellier 25. Nov. 1941. A. S. obs. au. J.C.P. 1947. 11. 3500.

(٢) Cass. Civ. 21 avril 1982. Bull. Civ. 11. No 61.

(٣) Cass. Civ. 15 oct. 1975. D. 1976. P. 57 Concl. De M. L'avocat general. Paucot Note Giverdon. الإشارة السابقة. الوسيط في الاستئناف. الإشاره السابقة. (٤) Cass. Civ. 8 avr. 1999. Bull. Civ. 111. No 85. D. Affaires 1999. 979. obs. Y.A. De frenois 2000. 583. obs. Duplon – Miellat.

(٥) Frederique FERRAND: évocation. Préc. No 1024. Couchez, Pierre Langlade et Lebeau: op. cit. P. 525. No 1429. Cass. Civ. 17 juill 1976. D. 1978. I.R. 497 obs. julion. Civ. 11. juill. 1978. J.C.P. 1978. IV. 291. Bull. Civ. 1. No 261.

٧٨ - والطلبات المقابلة (١) يقصد بها كل ما يبدئه المدعي عليه - مستأنف أو مستأنف ضده - بقصد الحصول على ميزة أكثر من مجرد رفض إدعاءات خصمه. فهذه الطلبات فضلاً عن كونها (٢) وسيلة دفاع ترمي إلى رفض طلب هذا الخصم، فهي تحقق ميزة مستقلة لمن له الحق في إثارتها والتمسك بها. يستوي فمن له هذا الحق ووفقاً للاتجاه الحديث (٣) كونه هو المستأنف ضده في مواجهة المستأنف أو العكس بالعكس. لأن المستأنف ضده عند تقديمه لطلب مقابل يعد مستأنفاً ومن اتخذ في مواجهته مستأنف ضده، وله بهذه الصفة تقديم طلب مقابل لطلب المستأنف عليه.

وتقبل (٤) الطلبات المقابلة لأول مرة أمام محكمة التصدي سواء أهديت هذه الطلبات في صورتها التقليدية المقاصة أو طلبات رد الإدعاء الأصلي مادة ٥٦٤

---

(١) وعرفت المادة ٦٤ مرافعات فرنسي الطلب المقابل بأنه "الطلب الذي بواسطته يدعي المدعي عليه الأصلي للحصول على ميزة أكثر من مجرد رفض إدعاء خصمه.

"Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur ariginaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire".

في تطبيق ذلك انظر: Paris 15 fevr. 1968. J.C.P. éd A. 1969. IV. 5428. R.T.D. Civ. 1969. 373. obs. Hébraud.

(٢) في طبيعة ومزايا الطلبات المقابلة انظر د. وجدي راغب: مبادئ ص ٤٨١؛ د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٦٢٠ وما بعدها بند ٢٤٩؛ د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للطلبات العارضة ١٩٨٤ دار الفكر العربي ص ٢٧٨.

DESDEVISES (Y.) : demande reconventionnelle. Ency. Dalloz 1979. No 2 ets. MOREL: op. cit. P. 294. No 357.

(٣) حيث يجيز للمدعي الأصلي أن يتقدم بطلب مقابل في مواجهة المدعي عليه. وذلك لأن الأخير عند تقديمه طلباً مقابلاً يعد مدعياً، ويكون الأول في مركز المدعي عليه، فله بهذه الصفة تقديم طلب مقابل لدعوى المدعي عليه.

انظر: د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٧٨ وما بعدها بند ٢٦؛ د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة "لا تحكم دون سماع الخصوم" ص ٢١ وما بعدها؛ المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٥٧٤ بند ٥٦٥؛ د. وجدي راغب: المرجع السابق ص ٤٨٢؛ د. محمد محمود إبراهيم: المرجع السابق ص ٣٨٣ وما بعدها؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ٤٨٩ بند ٢٨٤.

MIGUET: Thé préc P. 210. No 166. Solus et Perrot: op. cit. T. 3 P. 878. No 1032. CADIET: droit. op. cit. P. 417. No 803.

(٤) Natalie FRICERO: L'appel nouveau est arrive 19 avril 2018. Lic. Cit. Guy Narran les demandes nouvelles après le decret du 6 mai 2017. préc. Strickler: préc. No 8. Baptiste Forest: L'irrecevabilite des pretentions Nouvelles en appel 15 Nov. 2016. Lic. Cit. Frederique FERRAND: évocation préc. 1027.

مرافعات(١) أم أبديت بصفة عامة دون تحديدها بنوع معين من هذه الطلبات مادة ٥٦٧ مرافعات.

٧٩ - والمقاصة المقصودة وفقاً للمادة ٥٦٤ مرافعات(٢) رغم أن النص لم يفصح عن نوعها، هي المقاصة القضائية، وليست القانونية، لأن الأخيرة لكونها وسيلة دفاع موضوعي يجوز إثارتها والتمسك بها كدفع موضوعي في أية حالة كانت عليها ولأول مرة في الاستئناف(٣). أما المقاصة القضائية فهي طلب عارض وليس دعواً موضوعياً يبدي بالطريق الذي رسمه القانون لإبداء الطلبات العارضة(٤) وتعطي المادة ٥٦٤ للخصم الذي يتمسك بالمقاصة إمكانية أن يعرض على قضاء الاستئناف ولو لأول مرة إدعاءً جديداً ولو لم يكن هناك ارتباط من حيث الموضوع أو السبب بين الدينين محل التداعي، غاية الأمر أن تكون المقاصة مبداه بالمقابل لطلب الخصم الآخر(٥).

---

(١) كما تنص المادة ٢/٥١٦ من قانون العمل على أن "القضاء الذي يفصل في موضوع عمالي يختص بالفصل في كل الطلبات بالمقاصة التي بطبيعتها، تدخل في اختصاصه، حتى إذا قدمت في قضية الاستئناف" مشار إليه لدى د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٥١ حاشية ٥.

(٢) "les parties ne peuvent soumettre a la cour de Nouvelles pretentions si ce n'est pour apposer compensation...".

Civ. 14 janv. 1987. Gaz Pal 1987. 2 somm 334. obs. وفي تطبيق ذلك انظر: Croze et Morel.

(٣) فمتى توافرت شروط المقاصة القانونية وتم التمسك بها، فإنها تقع بحكم القانون، ويتعين على القاضي أن يحكم بها، وحكم القاضي يعد كاشفاً عن وقوع المقاصة وليس منشئاً لها. فهي تقع منذ الوقت الذي يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة، وينقضي الدينان منذ ذلك الحين. مؤدى ذلك أن وقوع المقاصة بقوة القانون يتم وقت إنقضاء الدينين بها، وهو وقت صلاحيتهما للمقاصة لا وقت التمسك بها. انظر: د. محمد حسين منصور: أحكام الالتزام ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة ص ٥٢٩ وما بعدها؛ د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٥١ بند ٤٦.

Vincent et Guinchard: op. cit., P. 840 ets No 1432.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨١/٣/٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٧٢٧. نقض ١٩٦٤/١٢/٣ مجموعة الأحكام السنة ١٢ ص ١١٣٤.

Cass. Civ. 9 dec. 1965. Bull. Civ. 1. 1965. P. 691.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ١٩٧ وما بعدها بند ١٧٨؛ د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص ٢٤٩ بند ١٣٦.

(٥) Cass. Civ. 19 mai 1976. Bull. Civ. 1. No 180.

وجواز إبداء طلب المقاصة ولو لأول مرة أمام محكمة التصدي متى أبدى بالمقابل لطلب الخصم الآخر، هو ما تواترت عليه أحكام القضاء (١) وقضي تطبيقاً لذلك (٢) بأن طلب صاحب العمل الذي يدعي أن المبلغ المستحق عليه للمقاول يجب أن يخصم منه ما يقابل العمل المبين في الصفقة المبرمة بينهما، ولكن تم تنفيذه عن طريق مقاول آخر، حيث أن هذا الطلب يرمي إلى إبداء مقاصة رداً على طلب الخصم بالقيام بتلك الأعمال.

٨٠ - أما طلبات رد الإدعاء الأصلي، وهي الطلبات التي لا يقتصر فيها الخصم على مجرد رفض إدعاءات خصمه كلياً أو جزئياً لكونها غير قائمة على أساس مادة ٧١ مرافعات (٣) أو لمجرد تعطيل السير فيها مادة ٧٣ وما بعدها (٤). أو لمجرد إنكار حق طالبها في الحماية القضائية مادة ١٢٢ وما بعدها (٥)، أو لمجرد إبداء وسائل جديدة مادة ٥٦٣ (٦). وإنما هي طلبات يرمي بها الخصم إلى استبعاد إدعاءات خصمه كلياً أو جزئياً، فهي لا تعد طلبات جديدة مرفوعة في هذه الحالة، بل هي طلبات مقبولة لأول مرة في الاستئناف مادة ٥٦٤ مرافعات (٧) متى كان الهدف الأساسي منها هو هدم الإدعاء الأصلي (١) كلياً أو جزئياً (٢).

---

(١) Cass. Civ. 14 Nov. 1995. Gaz Pal 1995. Pan. 50. Civ. 13 mars 1985. ibid. 1985. 1. Pan. 196. obs. H. Croze et C. Morel. J.C.P. 1985. iv. 185. Civ. 10 Nov. 1982. Gaz Pal 1982. 1. Pan 98. obs. S. Guinchard. 19 déc. 1983. ibid. 1984. 1. Pan. 147.

(٢) Cass. Civ. 10 mai 1977. Bull. Civ. 1977. iv. 196.

(٣) وتطبيقاً لذلك قضي بأن الدفاع المستمد من بطلان العمل أو الإجراء الذي يستند إليه الطلب يشكل وسيلة دفاع موضوعي يقبل دائماً.

Cass. Civ. 16 déc. 2004. Bull. Civ. 11. No 525. D. 2005. I.R. 311. J.C.P. 2005. iv. 1228.

: انظر Anne - Lise. Loné - Clément: les exceptions de procédure. Lagbd. Arg. 24 jan. 2017. préc.

(٥) انظر فيما سبق بند ٣٣ وما بعده.

(٦) انظر فيما سبق بند ٥٢ وما بعده.

(٧) "les parties ne peuvent soumettre a la cour de Nouvelles Pretentions si ce n'est pour opposer ..... faire econte les pretention adverses".

وفي تطبيق ذلك انظر:

Civ. 17 juin 1976. Bull. Civ. 1. No 223. 10 janv. 1978. Bull. Civ. 1. No 11. 20 mars. 1989. Gaz Pal 1989. 1. Pan. 94. Civ. 3 fev. 1983. Bull. Civ. 11. No 28.



ومبرر قبول هذه الطلبات ومبناه هو حق الدفاع (٣) Droit de la defense الذي يبرر لكل خصم (٤). ووفقاً لما تواترت عليه أحكام القضاء (٥) أن يثير من الوسائل التي يمكن أن تفيده في استبعاد إدعاءات خصمه ولو اتخذت شكل الطلب الجديد لأول مرة في الاستئناف وذلك لسمو هذا الحق (٦) على غيره من المبادئ الأخرى في

Gaz Pal 1983. 1. Pan. 170 obs. Guinchard. Civ. 12 Nov. 1987. Gaz Pal. 1987. 2 Pan. 289.

(١) وتطبيقاً لذلك قضي بقبول طلب الخصم لأول مرة في الاستئناف بملكته للأرض محل النزاع على أساس التقادم المكسب رداً على طلب خصمه بمنعه من المرور من قطعة الأرض المشتركة إلى ملكته الخاصة.

Cass. Civ. 2e 23 fevr. 2017. F. P. B. No 16 - 12. 859. D. oct. du 20 avril et 12 avril 2018. 17. 14581. Civ. 18 jan. 1978. Bull. Civ. 241.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضي بأن للمؤجر أن يطلب لأول مرة في الاستئناف الحصول على مقابل شغل العين رداً على طلب المستأجر بتجديد عقد الإيجار.

Cass. Civ. 8 mai 1933. D. H. 1933. 363. Dans le meme sens. Cass. Com. 23 juill. 1952. Bull. Civ. 111. 214.

مشار إليه لدى د. علي تركي ص ٤٩٥.

Civ. 6 oût 1912. D. P. 1912. 1. 542. Com. 30 oct.

1973. D. 1974. 1. R. 26. 4 Nov. 1974. Bull. No 274. Civ. 13 Nov. 1974.

J.C.P. 1976. 11. 18242. obs. Couchez. Cite. Par. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 841.

(٣) وليس مجرد حرية الدفاع *liberté de la defense*، لأن اصطلاح الحرية ليس مرادفاً لمصطلح الحق. فالحرية تتعلق فقط باستعمال الحق، وهي تعني بالنسبة للحق استعمال الحق أو عدم استعماله، وعدم تقرير مسؤولية صاحب الحق إذا استخدم حقه بشكل لا ينطوي على التعسف في استعماله. وحق الدفاع وإن كان من وجهة نظر الفن القانوني شكلاً من الأشكال الإجرائية، فإنه لا ينبغي النظر إليه كشكل إجرائي محض، لأنه بحكم سيادته على كل خصومة أمام القضاء يصبح عنصراً من عناصر القانون وإن لم ينص عليه بالاسم نظراً لكونه لازمة ضرورية لحسن سير العدالة.

في تفصيل ذلك انظر: د. عزمي عبد الفتاح: واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة. دار النهضة العربية ١٩٩٣/٩٢. ص ١٠ وما بعدها. التمييز بين الواقع والقانون المقال ص ١٠٥ وما بعدها. د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧٦. العدد الأول. السنة ١٨ ص ١٨٤ وما بعدها؛ د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم الإشارة السابقة؛ دفتحي والي، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ١٥٨ وما بعدها بند ٧٧ وما بعدها.

(٤) وتطبيقاً لذلك قضي بأن موضوع القسمة، الخصوم فيه يكونون على التوالي مدعين ومدعي عليهم من ناحية في تحديد الطرف الإيجابي والطرف السلبي وفي تحديد حقوقهم والطلب المقدم لأول مرة في الاستئناف التي تتصل بنفس أسس التصفية، تكون لها طابع الدفاع ولا تكون ممنوع وفقاً للمادة ٥٦٤ مرافعات.

Cass. Civ. 5 juill 1967. Bull. Civ. 1967. 1. 185.

(٥) Civ. 17 janv. 1978. J.C.P. 1979. 11. 19063. obs. Couchez. Civ. 4 mars

1980. D. 1981. 1. R. 147. obs. Julien. 10 Nov. 1982. Gaz Pal 1983. Pan. 98.

obs. Guinchard. 19 déc. 1983. Gaz Pal. 1984. Pan. 147 obs. Guinchard. Cite par. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 841. No 3.

(٦) انظر المراجع المشار إليها في الصفحة السابقة حاشية ٤ ونفس الإشارات.

قانون المرافعات. كما أن مخالفة هذا الحق تصلح(١) سبباً للطعن بالنقض في الحكم لمخالفته القانون.

٨١ - قبول الطلبات المقابلة بصفة عامة لأول مرة أمام محكمة التصدي: لم يعد يقصر قانون المرافعات الحالي قبول هذه الطلبات على المقاصة القضائية، وطلبات رد الإدعاء الأصلي، وإنما أورد قاعدة عامة، يبيح بمقتضاها قبول كل ما يمثل دفاعاً ضد هجوم الخصم الآخر، هذا القبول صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٥٦٧ مرافعات(٢) حيث نصت على أن "الطلبات المقابلة تكون مقبولة دائماً في الاستئناف".

ومع اعتماد المشرع لهذه الطلبات وقبوله لها صراحةً ولأول مرة في الاستئناف، فضلاً عن ما تحققه هذه الطلبات من مزايا(٣) أهمها كونها تتيح لمحكمة الاستئناف إعطاء النزاع حلاً واحداً بكل تفرعاته. يتحفظ البعض(٤) - رغم تهمسه لفكرة الطلبات المقابلة(٥) - على إمكان تقديمها لأول مرة في الاستئناف وما يؤديه هذا القبول إلى حرمان الخصم الذي قدم في مواجهته من ضمان التقاضي على درجتين. ورداً على هذا التحفظ أن هذه الطلبات يبررها - وكما رأينا - الحق في الدفاع وهو حق يسمو على مبدأ التقاضي على درجتين. كما أن إيداء الطلب المقابل في مواجهته، لا يوجد مانع يحول بينه وبين إيدائه هو الآخر طلب مقابل رداً على ما أبدى في مواجهته. وعلى الكل(٦) لا يكون موقفه في جميع الأحوال أسوأ حالاً من

(١) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام. ص ١٩٧ وما بعدها بند ٩٧؛ د. عزمي عبد الفتاح: تحقيق مبدأ المواجهة ص ١١؛ د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض ص ١٢٩ وما بعدها بند ٦٥ وما بعده.  
"les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel"(٢).  
انظر: Rousse (J.P.): les demandes reconventionnelles formées pour la première fois en appel Gaz Pal du 2 Nov. 1976. doct. P. 619. Jacques. PELLERIN, MARIA et GUERRE: La Nouvelle procédure d'appel du décret No 2017. 891. préc. P. 81 No 16 ets. MIGUET: Thésé préc P. 179 ets. No 144 etss. Couchez, Pierre Langlade et Lobeau: op. cit. P. 523. No 1425. No 1429.

(٣) حول هذه المزايا انظر المراجع المشار إليها بند ٦٩ والهوامش الملحقه به.  
DESDEVICES: Préc No 10. Vincent: les dimensions nouvelle préc. P. 180. Vincent et Rusquec. Préc. P. 403.

(٥) Vincent et Gonchard: op. cit. P. 842. No 1437.

(٦) Rousse: préc. P. 619.

موقف الغير الذي يتم اختصامه لأول مرة في الاستئناف وفقاً للمادة ٥٥٥ مرافعات، واختصامه يبرر له تقديم طلبات مقابلة متى اقتضى تطور النزاع ذلك(١).  
والقيد الذي أورده المشرع لقبول هذه الطلبات هو أن توجد صلة كافية بينها وبين الطلب الأصلي، هذه الصلة وإن لم تفصح عنها المادة ٥٦٧ مرافعات بالرغم من عمومية قبول هذه الطلبات إلا أن المشرع اعتمد هذه الصلة ونص عليها في باب الأحكام العامة، فأورد مبدأ عاماً لقبول الطلبات المقابلة وفقاً للمادة ٧٠ مرافعات والتي تنص على أن "الطلبات المقابلة لا يمكن أن تقبل إلا إذا كانت تتصل بالإدعاءات الأصلية بصفة كافية"(٢). هذه الصلة تجد مصدرها في علاقة الفرع بالأصل أو بالرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها، لتتحقق وحدة التجانس بين الطلب الأصلي والمقابل لما في قبول الطلب الأخير من انعكاس(٣) للحق محل الطلب الأصلي، مما يؤدي إلى تطوره، فيستلزم وجود الصلة الكافية بين الطرفين(٤). وتطبيقاً لذلك قضي بقبول طلب الخصم بملكيته للأرض محل النزاع على أساس التقادم المكسب لأول مرة في الاستئناف لوجود صلة كافية بين هذا الطلب والطلب الأصلي رغم تعلقه بحق المرور على أحد قطعتي الأرض محل

(١) انظر فيما يلي بند ٨٧ وما بعده.

"les demandes reconventionnelles .... Ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant".

وفي تطبيق ذلك انظر: Cass. Civ. 30 juin 1999. Bull. Civ. 111. No 151. D. 2000. 559. Note. M. EANCEL. Civ. 13 déc. 1988. J.C.P. 1989. iv. 59. 13 mai 1985.

Gaz Pal 1985. 2. Pan 257 obs. Croze et MOREL. Paris 25 mars 1987. Bull. Ch. Avoués 1987. 3 126. Civ. 29 mai 1979. Bull. Civ. 11. No 162. R.T.D. Civ. 1980. 624. obs. R. Perrot.

Mehdi – Kebin: Appel : appréciation du nouveauté d'un demande reconventionnelle. Dalloz actualité édition de 20 avril 2018 préc. Frédéric FEERAND: appel 1999 préc. P. 87. No 725. ROUSSE: Lic. Cit. Mignet: Thé. Préc. P. 180. No 144 et P. 213. No 170 ets.

(٤) فإذا تخلفت هذه الصلة فإن الطلب لا يقبل في الاستئناف وتطبيقاً لذلك قضي بأنه لا يمثل دفاعاً ضد الدعوى الأصلية طلب إسترداد كامل قيمة الإجراءات التي دفعت والتعويض عن الأضرار المقدم بصورة عارضة ضد طلب فسخ عقد بيع الشقة لعدم سداد كامل الثمن - 17 - Cass. Civ. 3e 12 avril 2018. 1105. وقضي بأنه لا يمثل دفاعاً ضد الدعوى الأصلية طلب تنفيذ أعمال تعليية مدخنة وإزالة التعدييات المقدمة بصورة عارضة ضد طلب إصلاح حائط مشترك. Cass. Civ. 6 Nov. 1968 Bull. Civ. 1968. 111. 63.

النزاع تطبيقاً للمادة ٧٠، ٥٦٧ مرافعات(١). واستقر قضاء النقض(٢) على ذات الحل. كما تجري(٣) عليه محاكم الاستئناف وهي بصدد تصديها لموضوع النزاع، طالما لا يقودها التصدي إلى نظر طلب يدخل في الاختصاص القاصر لقضاء آخر. رابعاً

قبول الإدعاءات الناشئة عن حدوث أو اكتشاف واقعة

لأول مرة أمام محكمة التصدي

٨٢ - تنص المادة ٥٦٤ مرافعات على أن الخصوم لا يمكنهم طرح إدعاءات جديدة في الاستئناف ما لم تكن هذه الإدعاءات ..... ناشئة عن حدوث أو اكتشاف واقعة(٤). ووفقاً للنص يتكلم المشرع عن واقعة حديثة *Survenance d'un Fait* ظهرت أثناء تصدي محكمة الاستئناف للموضوع. وعن واقعة قديمة كانت موجودة أثناء قيام النزاع أمام أول درجة ولكنها كانت خافية على الخصوم وكشفت أمام محكمة التصدي أي واقعة مكتشفة(٥) *Revelation d'un Faut*.

ويقصد بالواقعة في صورتها حدث معين أياً كان هذا الحدث، وكان من شأن هذا الحدث أن يؤثر في حقوق الخصوم، فإن لهم أن يتقدموا بإدعاءاتهم المترتبة على هذا

- 
- (١) Cass. Civ. 23 FEVR 2017. f.p + B.No 16-12- 859.
- (٢) Cass. Civ. 10 juill 2003. Bull. Civ. 11. No 231. J.C.P. 2003. IV. 2569. Gaz Pal 9 - 10 Juill 2004. P. 8. obs. Du Rusquec 17 Jull. 1978. D. 1978. IR. 497. obs. Julien. Civ. 11. Juill. 1978. Bull. Civ. 1. No 261.
- (٣) Lyan 13 juill. 1977. J.C.P. 1978. 11. 18825. obs. J.A.
- (٤) "au de la survenance au de la revelation d'un Fait" Vincent: les dimensions nouvelles préc. P. 179. Vincent et Du Rusquec. préc. P. 403. Jacques PELLERIN, MARIA et GURRES. La nouvelle procedure d'appel préc. P. 81. No 17. Cass. Civ. 5 mai 1999. Bull. Civ. 111. No 102. Civ. 27 mars. 1974. Bull. Civ. No 108.
- (٥) والواقعة حديثة أو مكتشفة على عكس الواقعة الجديدة التي توجد خارج أي علاقة بالنزاع الأصلي، هذه الواقعة كان من الممكن أن توجد بغض النظر عن مضمون الحكم المطعون فيه، وبغض النظر عن مضمون الإدعاء الأصلي في الواقعة الجديدة انظر د. صلاح عبد الصادق: رسالة ص ٢٤٥ بند ١٣٧.
- MIGUET : Thé préc. P. 351 ets No 285. Cass. Civ. 2e 16 mars. 2017. 16. 14801. Cass. Civ. 11 avril 2018. 16 - 20972.
- كما تختلف الواقعة المكتشفة في صورتها عن الطلبات الاحتمالية. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٤٩ بند ٣٠٣؛ د. أسامة جامع: ص ٢٨٧.

الحدث، سواء لتأسيس إدعاء أحدهما أو على العكس لدحض إدعاء الآخر، ولو كانت هذه الإدعاءات جديدة لأول مرة أمام محكمة التصدي(١).

٨٣ - والواقعة الحديثة، تتمثل في حدث لم يكن له وجود أثناء طرح النزاع أمام أول درجة وحتى تاريخ إصدارها للحكم المنهي للخصومة أمامها، دون أن تستنفذ ولايتها في موضوع النزاع، وكشفت هذه الواقعة مادية كانت أو قانونية أثناء تصدي محكمة الاستئناف لهذا الموضوع بمناسبة اتخاذها لإجراء من إجراءات التحقيق(٢) أو لإبرام عقد تأمين لاحق على إنهاء خصومة أول درجة وأثناء تصدي محكمة الاستئناف لموضوع النزاع. أو لإصدار أحكام قضائية أخرى أثناء هذا التصدي، وبصدد دعاوي مماثلة للنزاع محل التصدي. أو لصدور قانون جديد(٣) أو لرفض المدين القضاء بالدين بعد تعهده للدائن أمام أول درجة بالسداد، ففي كل ذلك حدث واقعة تبرر إيداء إدعاءات جديدة أمام محكمة الاستئناف(٤). حالة تصديها لموضوع النزاع.

وكل ما يشترط لقبول هذه الواقعة ولو ترتب عليها إدعاءات جديدة أن تعمل(٥) هذه الواقعة على توضيح النزاع éclairage du litige فتساهم(٦) في إعطاء الطلب

---

(١) فالأحداث أو الوقائع التي قد تؤثر على النزاع توجب إتاحة الفرصة للخصوم لتعديل إدعاءاتهم حتى يمكن لمحكمة الاستئناف أن تفصل في النزاع بصورة شاملة. د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٤٣ وما بعدها بند ٣٠٣؛ فلسفة قانون المرافعات ص ١٩٠ وما بعدها؛ د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين ص ٢٦٢ بند ٤٩؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ٥٠٦ بند ٢٩٧؛ د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ٢٨٠ وما بعدها.

(٢) Paris 25 mars 1985. Bull. Avaués 1985. 57.

(٣) د. علي تركي: المرجع السابق ص ٥٠٧ وما بعدها بند ٢٩٧ والأحكام المشار له؛ د. أحمد صدقي: رسالة ص ٢٤٢ وما بعدها والأحكام المشار له.

MIGUET: Thé préc. P. 428 ets No 335 ets. Couchez, Pierre - Langlade et Lebeau: op. cit., P. 523. No 1423.

(٤) Cass. Civ. 5 mai 1999. Bull. Civ. 111. No 102. Civ. 27 mars 1974. Bull. Civ. 1. 108. Paris. 3e ch. 17 avr. 1975. Gaz Pal 1975. 2. 442. Paris 10 juill 1976. Gaz Pal . 1979. 1. Somm. 132. 11 janv. 1975. 1975. Gaz Pal. 1975. 1. 413.

(٥) د. علي تركي: الإشارة السابقة.

LEGIER (G.): L'intervention forcee en appel et L'évaluation du litige cart. 555. Nouv. C. P. Civ. D. S. 1978. 1. P. 156. No 29.

(٦) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٤٩ بند ٣٠٣.

الأصلي كل إمكانيات التطور والازدهار أمام محكمة التصدي. وأن توجد صلة (١) مباشرة بين هذه الواقعة وذلك النزاع. فإذا حدثت هذه الواقعة أثناء تصدي محكمة الاستئناف للموضوع، وتبين لهذه المحكمة بعد تقديرها للواقعة إنها لا تتصل بالإدعاء الأصلي بصلة كافية، فإن هذه الواقعة تكون غير مقبولة (٢).

٨٤ - أما الواقعة المكتشفة فهي واقعة موجودة من قبل في طيات النزاع الذي طرح أمام أول درجة، ولم تكتشف إلا أثناء تصدي محكمة الاستئناف لهذا النزاع، كما لو كان الطلب محل هذا النزاع يتعلق بتثبيت ملكية على عقار وقضت هذه المحكمة بنذب خبير، وطعن على هذا الحكم، وألغته محكمة الاستئناف وقررت تصديها لموضوع النزاع، وأثناء سير الخصومة أمامها أحييت الدعوى للتحقيق لإثبات عناصرها. وتقدم من يشهد على الملكية للمستأنف وآثار في شهادته أن العقار محمل بالرهن لآخرين. فإن واقعة الرهن تعد واقعة مكتشفة لم تكن معروفة للمستأنف من قبل، تعطيه الحق في طرح طلب بطلان الرهن لوقوعه على عقار غير مملوك لراهن - المستأنف عليه - هذا الطلب أو يكتشف المؤمن أمام محكمة الاستئناف خطأ ارتكبه أحد مستخدميهم عندما يكون هذا الخطأ قد دفع المؤمن له إلى الاعتقاد بأن الخطر المؤمن ضده لم تتم تغطيته (٣) وقضي بأن واقعة التصديق على العقد أثناء سير خصومة الاستئناف تبرر طلب الادعاء الجديد بها (٤).

هذه الواقعة لم يتفق الفقه بشأنها على رأي موحد فالبعض (٥) يعطي لمعنى الاكتشاف مفهوماً واسعاً، ويرى بأن الواقعة تكون مكتشفة متى كانت موجودة في طيات النزاع

(١) د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٦٣ بند ٤٩.

LEGIER: Préc. P. 156. No 28. Lucie MAYER: L'objet et les effets de L'appel. Préc. P. 77 No 10 ets.

PERROT et Tissot : les effets d'appel préc P. 410. (٢)

وتطبيقاً لذلك قضي بعدم قبول طلب استرداد كامل الإجراءات لأول مرة في الاستئناف لعدم وجود صلة بين هذا الطلب، والإدعاء الأصلي بفسخ عقد البيع لعدم سداد كامل الثمن.

Cass. Civ. 12 avril 2018 - 17 - 11015. Com. 11 avril 2018 - 16 - 20972. Com. 9 oct. 1984. J.C.P. 1985. No 50.

Paris. 5 déc. 1975 . Gaz Pal 1976 - 1 - 184. Cite. Par. Legier : Lic. Cit. (٣)

Soc. 16 fev. 1986. Bull. 1986. iv. No 37. (٤)

Vincent : les dimensions nouvelles del'appel préc. P. 180. (٥)

الذي طرح أمام أول درجة ولم تقدم أمام هذه المحكمة يستوي في عدم تقديمها إهمال الخصم أو تعمدته عدم تقديمها (١) بينما يعطي البعض الآخر (٢) مفهوماً ضيقاً لمعنى الاكتشاف، ويرى بأن الواقعة وإن كان يجب أن تكون موجودة بين طيات النزاع الذي طرح أمام أول درجة، ولكن يتعين أن تكون غير معروفة للخصوم ولا للخصم الذي آثارها ومتى تم اكتشافها أمام محكمة الاستئناف جاز إثارتها والتمسك بالإدعاءات الجديدة المتولدة عنها ولو لأول مرة أمام هذه المحكمة.

ويعتمد القضاء المفهوم الضيق للواقعة المكتشفة وتعامل معها بحذر وحرص شديدين. فتعامل وهو بصدد تطبيقه لهذه الواقعة بحذر، فستلزم أن تكون الواقعة غير معروفة للخصوم ولا للخصم الذي آثارها وإلا كان الإدعاء المبني عليها غير مقبول. وتطبيقاً لذلك قضي (٣) بأن الزوجة لا يمكن أن تطلب تعويضات ونفقة لأول مرة في الاستئناف مستندة إلى اكتشافها حالة خيانة الزوج، طالما أن هذه الحالة كانت معروفة لها حتى قبل التحقيق الذي أفشى فيه الزوج ذلك. وقضي (٤) بأنه لا يجوز للمستأنف الإدعاء على مباشر الإجراءات بضمان التعويضات للخطأ في إعلانه لصحيفة الاستئناف مما ترتب عليه بطلان هذه الصحيفة.

كما تعامل القضاء مع الواقعة المكتشفة بحرص شديد، ويميل في تطبيقه للمادة ٥٦٤ مرافعات إلى التشدد (٥) فاشتراط فضلاً عن كون الواقعة غير معروفة من جانب

---

(١) وفي الرد على هذا الاتجاه انظر : د. علي تركي: المرجع السابق ص ٥٠٨ بند ٢٩٧.

(٢) Lobin : Demande nouvelle préc. No 130. PERROT et TISSOT: les effets de l'appel préc. P. 408. LEGLER: préc P. 156. No 28. Jean - bapliste - Forest : L'irrecevabilité de prelations nouvelles en appel préc. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 841. No 1435.

وفي تطبيق ذلك انظر : Com. 6 juille 2010. No 09 - 15 - 671. et du. 25 oct. 2011. No 10 - 21- 383. Civ. 17 janv. 1978. J.C.P. 1978. 11. 1903. obs. Couchez.

(٣) Paitiers 16 janv. 1973. et Paris 23 oct. 1973 et Grenoble 11 oct. 1972. cite Par. Vincent et Rusquec: les effets de L'appel quant a l'abjet du Litige Préc. P. 403. Civ. 2 juin 1978 Gaz Pal 1979. 1. 27. Note Viatte. Reims. 16 oct. 1973. Cite Par. Perrot et Tissot: Préc. P. 410. Civ. 2 avr. (٤) 1979. J.C.P. 1979. I.V. 197.

(٥) د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ٢٦٥ بند ٤٩. Vincent et Du Rusquec: Préc. P. 403.

الخصوم، أن تكون هناك صلة بين هذه الواقعة والإدعاءات الأصلية (١). وذلك للمحافظة على محكمة التصدي كمحكمة ثاني درجة، وهي السياسة التي انتهجها المشرع في تعديله الأخير لقانون المرافعات بالمرسوم ٨٩١ في ٦ مايو ٢٠١٧ (٢).

## المطلب الثاني

### تأثير فكرة التصدي على موضوع الطلب القضائي

#### بادخال الغير واختصامه لأول مرة أمام محكمة التصدي

٨٥ - المشرع المصري ومشكلة تدخل واختصام الغير لأول مرة في الاستئناف: حيث يجيز تدخل الغير الذي لم يكن طرفاً في خصومة أول درجة (٣) تدخلاً انضمامياً لأول مرة في الاستئناف تطبيقاً للمادة ٢/٢٣٦ مرافعات. ومبرر ذلك كون المتدخل انضمامياً لا يطالب بحق ذاتي لنفسه. كما أن تدخله لا يضيف جديداً للطعن، وإنما هو يتدخل لتأييد أحد الخصوم ومساعدته (٤) يستوي في المتدخل أن ينضم إلى المستأنف أو المستأنف ضده.

والنص السابق يستبعد تماماً التدخل الأصلي أو الهجومي لأول مرة في الاستئناف. ومبرر الاستبعاد ومبناه أن التدخل الأصلي حيث يسمح به ما يؤدي إلى طرح طلبات جديدة ليس فقط بأشخاصها بل بموضوعها وسببها، وهو محظور أمام محكمة

---

(١) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٥٠ بند ٣٠٣؛ فلسفة قانون المرافعات ص ١٩٨ وما بعدها؛ د. علي تركي: المرجع السابق ص ٥١١ وما بعدها بند ٢٩٨.

(٢) انظر فيما سبق بند ٥١.  
(٣) أما الغير الذي كان طرفاً في الخصومة الأصلية، ولم يكن مستأنفاً أو مستأنفاً عليه، وهو ما يعد من الغير فقط بالنسبة لخصومة الاستئناف، فهذا يجوز تدخله أو إدخاله في الاستئناف، طالما وجد حق الاستئناف له أو في مواجهته. فإذا سقط حق الاستئناف سواء بسبب فوات ميعاد الطعن، أو قبول الحكم، فإنه لا يجوز تدخله أو إدخاله، وذلك إلا في الحالات الاستثنائية التي حددها المادة ٢١٨ مرافعات.

في تفصيل ذلك انظر: د. الأنصاري النيداني: مبدأ وحدة الخصومة ص ٣٢١ وما يليها؛ د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ١٠ وما يليها؛ الوسيط في الاستئناف ص ٦٩٩ وما بعدها بند ٣٤١.  
وفي تطبيق ذلك انظر: طعنات ٦٣٤، ٦١/٧٣٦ ق نقض ١٩٩٥/٧/٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ع ٢ ص ٩٥٢ الطعون أرقام ٩٥٦، ١١٥٣، ٥٦/١٤٥١ ق نقض ١٩٩٤/٢/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٨٧٦. طعن عماني تجاري ٢٠١٢/٩٧، نقض ٢٠١٢/١١/١٤ أحكام المحكمة العليا السنة ١٣، ١٤ ص ٥٤٩.

(٤) ويترتب على التدخل الانضمامي أمام محكمة الاستئناف اتساع نطاق الأثر للاستئناف من حيث الأشخاص. فالمتدخل يقبل تدخله بصير خصماً في الاستئناف، وليس للمتدخل انضمامياً أن يتخذ موقفاً يتعارض مع موقف الخصم التي تدخل إلى جانبه، كما لا يجوز له أن يبدي طلبات تختلف عن طلبات من انضم إليه وإلا كان تدخله اختصاصياً غير جائز لأول مرة في الاستئناف. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٦٩٦ - ٧٠٤ بند ٣٣٩ - ٣٤٤؛ د. رمزي سيف: المرجع السابق ص ٨٧٣ بند ٦٨٩.



الاستئناف إعمالاً لقاعدة حظر الطلبات الجديدة في الاستئناف مادة ٢٣٥ مرافعات(١).

وما اعتمده المشرع بقبوله للتدخل الانضمامي واستبعاده للتدخل الهجومي، وإن تواترت عليه أحكام القضاء(٢). إلا أن المشرع خرج على اعتماده باستثناءات. كما أن هذا الاعتماد لم يعد مجمع عليه من جانب الفقه. فالفقه الحديث - كما سنرى - يجيز التدخل الهجومي، بل واختصاص الغير لأول مرة في الاستئناف.

والاستثناءات التي أوردها المشرع على المادة ٢٣٦ مرافعات. المادة ٢٦ إثبات حالة(٣) تجاوز إدخال الغير تقديمه للمستند الذي تحت يده، وقدم طلباً في مواجهة أي من خصوم الدعوى أو قدم أحد الخصوم طلباً في مواجهته. وهنا يأخذ الغير المتدخل صفة الخصم في الدعوى، ويكون له ما لخصوم الدعوى من حقوق وعليه ما عليهم من التزامات(٤).

وحالة(٥) اختصاص الغير لمصلحة العدالة وإظهار الحقيقة مادة ١١٨ مرافعات، لكونها وردت بصفة عامة، وبالتالي لا يجوز تخصيصها بغير مخصص، بل إن الاعتبار التي أدت إلى هذه المادة تعلق على الاحترام الواجب لقاعدة التقاضي على درجتين، وعليه يعمل بها أمام درجتي التقاضي.

(١) انظر فيما سبق بند ٤ وما بعده .

(٢) في قبول التدخل الانضمامي انظر: طعن ٥٧/٦٩٨ ق نقض ١٩٩٢/٧/٣٠ طعن ٥٥/١١٨٢ ق نقض ١٩٩١/١٢/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ١٩٩٥. طعن ٥٣/١٠٤٩ ق نقض ١٩٩١/٥/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ١١٤٥ .

وفي عدم قبول التدخل الهجومي. انظر: طعن ٦٠/١٦٨٩ ق نقض ١٩٩٦/٦/١١ مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ثم ص ٩٣٣ طعن ٦١/٩٠١ ق نقض ١٩٩٦/٣/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٧. طعن تجاري عماني ٢٠٠٩/٦/٢٢ نقض ٢٠١٠/٥/١٠ أحكام المحكمة العليا السنة ١٠ ص ٥٠١ .

(٣) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧٢٤ وما بعدها بند ٣٦٣؛ د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٣٢٣ وما بعدها والمراجع المشار له.

قارن: د. فتحي والي: المبسوط ج ٢ ص ٥٦٤ بند ١٨٩؛ د. أحمد ماهر زغول: دعوى الضمان ص ٨٣ وما بعدها بند ٨٣.

(٤) د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ١٨٨ وما بعدها. طعن ٦١/٦٤٧ ق نقض ١٩٩٥/٦/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ع ٢ ص ٩٠٧. طعون أرقام ٣١٥، ٦٣٢، ٥٩/٧٠٢ ق نقض ١٩٩٢/٧/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ١٠١٧. طعن ٥٤/٢٢٠١ ق نقض ١٩٩١/٥/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ١١٤٥ .

(٥) د. صلاح عبد الصادق: المرجع السابق ص ٣٢٦ وما بعدها؛ د. أحمد هندي: ارتباط الدعاوي والطلبات ص ٤٥٠ وما بعدها بند ١٥٠ .

وحالة اعتراض الغير على حكم الإفلاس أمام محكمة الاستئناف وفقاً للمادة ١/٥٦٥ من قانون التجارة ١٧/١٩٩٩ (١) والمادة ٨٨ من القانون ١١ لسنة ٢٠١٨، والذي يعد هذا الاعتراض بمثابة (٢) تدخل في الاستئناف، حيث أن إجراءاته هي نفس إجراءات التدخل في الاستئناف. هذا الاعتراض (٣) يقبل من المدين ولكن فقط إذا كان الحكم بالنسبة له صدر غيابياً (٤). كما يقبل من كل ذوي مصلحة (٥) من غير الخصوم طبقاً لصراحة النص، ويعتبر كذلك كل شخص لم يكن طرفاً في دعوى الإفلاس، ومع ذلك يؤثر الحكم بالإفلاس في حقوقه. ومن ثم فلا يكون المدين في هذه الحالة، ولا لغير صاحب المصلحة من غير الخصوم منضماً إلى أحد خصوم الاستئناف، وإنما تدخل هذا أو ذاك مطالباً بالمحافظة على حقوقه، وعليه فلا يكون

(١) والتي تنص على أنه "يجوز لكل ذي مصلحة من غير الخصوم أن يعترض على حكم شهر الإفلاس أمام المحكمة التي أصدرته خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الصحف ما لم يكن قد طعن عليه بالاستئناف فيرفع الاعتراض إلى المحكمة التي تنظر الاستئناف".

(٢) في تفصيل ذلك انظر: د. طلعت دويدار: الطعن في حكم الإفلاس ص ١٠١ وما بعدها.

(٣) ولكن لا يتصور صدور الاعتراض من جانب الدائن طالب الإفلاس، لأنه هو المدعي ويكون الحكم بالنسبة إليه حضورياً دائماً، لأن غياب المدعي لا يجعل الحكم غيابياً بالنسبة إليه بأي صورة وفقاً للمادة ٨٢ مرافعات. طعن ٦٣/٧٨٦٦ ق نقض ١٩٩٤/٧/٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ١١٧٥.

فالدائن لا يكون له إلا أن يطعن بالاستئناف، وهو لا يدخل في نطاق ذوي المصلحة من غير الخصوم الذين لهم أن يعارضوا في الحكم، لأن هؤلاء هم الذين لم يكونوا طرفاً في الدعوى، كما أن الاعتراض لا يقبل من النيابة العامة التي طلبت شهر الإفلاس، لأنها بهذا الطلب تكون خصماً في الدعوى، ولا يكون لها سوى استئناف الحكم الصادر برفض طلبها. انظر: د. علي جمال الدين عوض: الإفلاس في قانون التجارة الجديد ٢٠١٠ دار النهضة العربية الطبعة الثانية ص ١٣٩ بند ١٣١. قارن د. حسين الماحي: أحكام الإفلاس في قانون التجارة الجديد ٢٠٠٠ دار النهضة العربية الطبعة الأولى ص ٢٠٥.

(٤) وهو يعتبر كذلك إذا صدر من تلقاء نفس المحكمة، أو بناء على طلب النيابة العامة، إذا أعلن المدين بالدعوى فلم يحضر الجلسة الأولى وحكم في الدعوى، لكونها صالحة للحكم فيها. انظر: د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص ١٣٨ بند ١٢٩.

(٥) ويدخل في ذلك، مثلاً، من دخل في تصرف مع المفلس، لأن التصرف يتعرض للبطلان متى شهر إفلاس المدين وغطته فترة الريبة، فيكون له مصلحة في إلغاء الحكم إبقاء على التصرف. وشركة الأشخاص إذا شهر إفلاس شريك فيها لأن هذا الحكم يؤدي في الأصل إلى انحلال الشركة. والشريك المتضامن إذا شهر إفلاس الشركة لأن إفلاسها يؤدي إلى إفلاسه هو. وإذا شهر إفلاس المدين وعينت المحكمة أمين التفليسة وشهر نفس المدين من محكمة أخرى جاز للسنديك أن يطعن في هذا الحكم الجديد لأنه يمثل جماعة الدائنين ولهم مصلحة في إلغاء الحكم الثاني. د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص ١٤٠ بند ١٣٢؛ د. سميحة القليوبي: المؤجر في أحكام الإفلاس ٢٠٠٣ دار النهضة العربية الطبعة الأولى ص ١٤٢؛ د. حسين الماحي: المرجع السابق ص ٢٠٥.

وفي تطبيق ذلك انظر: الطعان رقما ٦٠٩، ٦١٣ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٢. فتحي أنور عزت: أحكام ومبادئ القانون للمنازعات الاستثمارية والتجارية والتكنولوجية أمام المحاكم الاقتصادية ٢٠١٠ الطبعة الأولى ص ٨٩٦.

تدخله مجرد تدخل انضمامي(١) وإنما هو - في تصورنا - تدخل هجومي يطالب فيه المتدخل بحق له يطلب الحكم به(٢) وهو ما كان يجيزه المشرع وفقاً للمادة ٤١٢ مرافعات ملغي وعاد إليه بموجب المادة ٥٦٥ من قانون التجارة. والعودة بهذا النص(٣) إلى الماضي هو في الحقيقة إرهابية تحول نحو وظيفة الاستئناف الجديدة(٤) على ضوء ما انتهى إليه الوضع في القانون الفرنسي. وترتيباً على ذلك، تعد المواد ٢٦ إثبات، ١١٨ مرافعات، ٥٦٥ من قانون التجارة، ٨٨ من قانون ١١ السنة ٢٠١٨. بمثابة استثناءات(٥) على المادة ٢٣٦ مرافعات، بل وتفرض هذه الاستثناءات بتطبيقاتها على هذه المادة إعمالاً للعبارة الواردة بها "ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

هذه الاستثناءات(٦) كان يتعين على المشرع أن يوضح ماهيتها أو على الأقل يبين حدودها وهو بصدد نصه على الاستثناءات الواردة على قاعدة حظر اختصاص الغير في الاستئناف مثلما فعل في نص المادة ٢٣٥ مرافعات(٧). وإعمالاً لهذه الاستثناءات والتي بات تطبيقها تفرضه متطلبات العصر ولو لم يصاحبها حالياً تعديلاً

---

(١) حيث يرى البعض بأن اعتراض الغير على حكم الإفلاس أمام محكمة الاستئناف يجعله في مركز المتدخل الانضمامي، ويكتسب بالتالي المركز القانوني الإجرائي لهذا التدخل. انظر: د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ١٤٢ وما بعدها.

(٢) وذلك استثناء بالنسبة لمن يجوز له الاعتراض على الحكم، وما دام المشرع يجيز لبعض الأشخاص الخارجين عن الخصومة أن يعترضوا على الحكم الصادر فيها، ومادام هذا جائز سواء كان الحكم المراد الاعتراض عليه صادراً من محكمة ابتدائية أم محكمة استئناف، فمن غير المعقول أن يمنع هؤلاء الأشخاص من التدخل الاختصاصي في الدعوى لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية. د. رمزي سيف: المرجع السابق ص ٨٧٣ بند ٦٨٩؛ د. صلاح عبد الصادق: المرجع السابق ص ٢٦٠ وما بعدها بند ١٣٣.

(٣) والواقع أن نص المادة ٥٦٥ / ١ وإن كان عودة إلى الماضي تلبية لمقتضيات المستقبل، فإن ذلك ينسجم تماماً مع السياسة التشريعية العامة السائدة في القانون الحديث من حيث الحرص على قيمة الوقت وسرعة حسم النزاع سواء على مستوى أول أو ثاني درجة. د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ١٠٦.

(٤) انظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٥) ويؤكد على ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالي بقولها "لقد عدل المشرع المصري بموجب قانون المرافعات ١٣ لسنة ١٩٦٨ من نص المادة ٤١٢ من قانون المرافعات الملغي تعديل قصد به مواجهة الحالات التي يبيح فيها القانون على سبيل الاستثناء اختصاص الغير لأول مرة أمام محكمة الاستئناف" مشار إليه لدى د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٣٣١ وما بعدها.

(٦) د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٣٣٢ وما بعدها.

(٧) في الاستثناءات الواردة على المادة ٢٣٥ مرافعات. انظر فيما سبق بند ٥٢ وما بعده.

في النصوص القائمة، يقبل الفقه الحديث(١)، تدخل واختصام الغير لأول مرة في الاستئناف، كما ينادي به. لأن كل من التدخل والاختصام يساعد على تجميع كل عناصر النزاع أمام محكمة ثاني درجة، فتكون أكثر قدرة على سرعة إنجازها والفصل فيه بحكم واحد في مواجهة جميع أشخاصه مما يوفر الوقت والجهد والنفقات ويمنع من تعارض الأحكام أو تكرارها.

وإذا كانت الاستثناءات السابقة في مجملها لا تمنع تدخل واختصام الغير لأول مرة في الاستئناف فضلاً عن قبول الفقه ومناداته بذلك. فإن قضاء النقض(٢) هو الآخر لا يمنعه وإن لم يصرح به. هذا القبول في تصورنا يصبح أكثر حاجة، حالة تصدي محكمة الاستئناف لموضوع النزاع التي لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه لإنهاء خصومة هذا النزاع أمامها دون الفصل في موضوعه. وفي الغالب لا يكون هذا النزاع قد كشف عن كافة أطرافه. وحتى يمكن تجميع كافة عناصره أمام محكمة التصدي. فيجوز تدخل واختصام الغير أمام هذه المحكمة متى كان للمتدخل مصلحة من تدخله، ووجدت صلة بين الإدعاء الأصلي والإدعاءات التي يتقدم بها الغير أو تتخذ في مواجهته وتطور النزاع على نحو يصبح اختصام الغير ضرورة للفصل فيه. ذلك كله حتى لا تنتشب خصومة الاستئناف وتتسع لتشمل إدعاءات بعيدة عن الإدعاء الأصلي.

---

(١) د. نبيل عمر: نطاق الطعن بالاستئناف ص ١٨ وما بعدها بند ٩ وما بعده؛ فلسفة قانون المرافعات ص ٢٠١ وما بعدها؛ د. صلاح عبد الصادق: المرجع السابق ص ٢٥٤ - ٢٦٤ بند ١٣١ - ١٣٥؛ د. أسامة جامع: المرجع السابق ص ٣١٣ وما بعدها خاصة ص ٣٤٥؛ د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٣٣١ وما بعدها والمراجع المشار له؛ د. بشندي عبد العظيم أحمد: حماية الغير في قانون المرافعات رسالة القاهرة ١٩٩٠ ص ٣٧٩.

(٢) كما لو قضت محكمة أول درجة بعدم قبول تدخل الغير. وطعن في الحكم بعدم قبول تدخله بالاستئناف. أن يتدخل في الاستئناف المرفوع من الخصوم الأصليين. في تطبيق ذلك انظر: طعن ٦٥/١٢٣٦ ق نقض ١٩٩٧/٥/٢٦. طعن ٦٤/١٠١٨٧ ق نقض ١٩٩٦/٦/١٣ نقض ١٩٩١/٣/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٤ ص ٨٣٠. طعن رقم ٩٥٦، ٥١/٩٧٨ ق ١٩٨٨/١/٧ مجموعة الأحكام السنة ٣٩ ص ٥٨.  
Com. 29 janv. 1980. Bull. Civ. 1980. iv. No 46. Civ. 13 mars 1984. Gaz Pal 1984. Pan 216. obs. Guinchard. Civ. 6 janv. 1988. J.C.P. 1988. 11. 2. 21089. obs. Cadiet.

ومما لا شك فيه أنه يعد تدخل لأول مرة في الاستئناف، إذ أنه لم يكن طرفاً في خصومة أول درجة لأنها رفضت تدخله، وبالتالي لم يعد خصماً فيها. كما أن حكمها بعدم قبول تدخله لم تستنفد ولايتها بشأنه. د. صلاح عبد الصادق: المرجع السابق ص ٢٥٩ بند ١٣٢.

٨٦ - وعلى عكس المشرع المصري المشرع الفرنسي الذي سلك مسلكاً مغايراً تماماً حيث أجاز قبول تدخل واختصام الغير لأول مرة في الاستئناف تطبيقاً للمواد ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٦٤ مرافعات متى توافرت شروط القبول الواردة في صلب هذه المواد(١). ومبرر هذا الجواز ومبناه هو اختلاف نظرة هذا المشرع عن نظيره المصري لمبدأ التقاضي على درجتين ولوظيفة الاستئناف.

٨٧ - قبول تدخل الغير واختصامه لأول مرة أمام محكمة التصدي: نصت المادة ٢/٥٦٨ مرافعات على أن التصدي لا يعرقل أعمال المواد ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٦٤ مرافعات(٢). وبصدد التدخل نصت المادة ٥٥٤ على أنه "يمكن أن يتدخل في خصومة الاستئناف طالما كانت لهم مصلحة في ذلك، الأشخاص الذين لم يكونوا خصوماً ولم يمثلوا في خصومة أول درجة أو ظهوروا فيها بصفة أخرى"(٣). فالنص يبيح لأي شخص من الغير لم يكن خصماً في أول درجة أو لم يمثل فيها، بل لو ظهر أمام هذه المحكمة بصفة أخرى أن يتدخل في خصومة الاستئناف. ولم يشترط لذلك سوى شرط المصلحة أياً كان تدخله انضمامي أو هجومي. بجانب ما تشترطه

---

(١) في تدخل الغير واختصامه لأول مرة في الاستئناف. انظر:

M. CEDRAS: L'intervention forcee d'un cause d'appel et L'évolution du  
https://www.cour.de.cassation.Fr/2005-1877No620-19361Litige.

Gillis (Y.) L'intervention en appel et L'évolution du Litige Gaz Pal 1993. P.  
1254. LEGIER (G.) L'intervention forcee préc. P. 151. Vincent: Les

dimension nouvelles prec. P. 182. Frederic FERRAND: appel. Préc. P. 50  
ets. No 398 etss. PERROT et TISSOT: les effets de l'appel. Préc. P. 408.

PERROT. L'effet de l'appel quant aux personnes Gaz Pal 1974. dact. P.  
411. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 806 etss. No 1367 - 1370. CADIET:

droit judiciaire op. cit. P. 634 No. 1225 etss.

Cass. Civ. 15 janv. 2004. Bull. Civ. 11. No 6. D. 2004. P. 539. R.T.D. Civ. 2004. 350 obs Perrot. J.C.P. 2004. iv. 1443. Soc. 9 juin

2004. No 01 - 43. 803 - 0 - 40 - 670. Civ. 29 mars. 1979. Bull. Civ. 11. No  
105. R.T.D. Civ. 1980. P. 424. obs. Perrot. Lyon. 2 avr. 1974. J.C.P. 1975.

iv. P. 12. Pou. 2 mai 1973. J.C.P. 1973. 11. 175.

"L'évocation ne fait pas obstacle a l'application des articles 554, 555 et (٢)  
563 à 567".

"Peuvent intervenir en cause d'appel des lars qu'elles y ont intérêt les (٣)  
personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en premiere instance au  
qui des ont figure en une autre qualite".

القاعدة العامة في التدخل من ضرورة أن تربطه بإدعاءات الخصوم بصله كافية مادة ٣٢٥ مرافعات (١). فيقبل (٢) التدخل لأول مرة أمام محكمة التصدي سواء كان تدخلاً انضمامياً أو تبعياً حالة أن يتدخل شخص من الغير لتأييد إدعاءات أحد الخصوم مادة ١/٣٣٠ مرافعات. أو تدخلاً أصلياً أو هجومياً عندما يبدي المتدخل إدعاءات جديدة لمصلحته مادة ١/٣٢٩ مرافعات.

ولا يثير التدخل الانضمامي أمام محكمة التصدي أدنى مشكلة لأن المتدخل لا يبدي طلبات أو إدعاءات جديدة، وإنما يقتصر على تأييد إدعاءات خصمه. لذا لم يشترط المشرع سوى توافر المصلحة لدى المتدخل مادة ٢/٣٣٠ مرافعات. أما الصلة بين تدخله وبين الإدعاء الأصلي وكما يرى البعض (٣) تعد مفترضة. ومفترضها هو أن المتدخل يعمل لا لحساب نفسه، وإنما يعمل لحساب من تدخل بجانبه، ومن ثم لا يتوقف قبول تدخله على اشتراط توافر هذه الصفة.

وفي تصورنا (٤) أن البحث في مركز المتدخل انضمامياً ومركز من تدخل بجانبه يكشف عن علاقة هي أوثق من مجرد صلة الارتباط. هذه العلاقة هي علاقة التبعية accession تكشف عنها وحدة الطلب بين المتدخل ومن تدخل بجانبه. ويؤكد أنها أن حسم المركز الموضوعي للخصم الأصلي يعد حسماً لمركز المتدخل انضمامياً.

---

L'intervention n'est receivable que si elle se rattache aux prétentions des (١) parties par un lien suffisant".

وفي تطبيق ذلك انظر:

Civ. 29 mars 1979. R.T.D. Civ. 1980. 424. obs. Perrot. 11 mars. 1981.

R.T.D. Civ. 1981. 907 obs. Perrot.

Frederique FERRAND: évocation. Préc. No 1024. Frederic FERRAND: (٢)

appel. Préc. P. 87 No 724. PELLERIN, MARIA et GUERRE: La nouvelle

procedure d'appel. Préc. P. 81 No 17 ets. STRICKLER: préc. No 8. Vincent

et Guinchart: op. cit. P. 845. No 1446. M. Cedros. L'intervention Lic. Cit.

Couchez, Pierre Langlade et Lebeau: op. cit., P. 525. No 1429. CADIET: op.

cit., P. 642. No 1244.

(٣) د. وجدي راغب: مبادئ ص ٥٧٦؛ د. صلاح عبد الصادق: المرجع السابق ص ١٨٦ وما بعدها بند

٩٩.

(٤) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى، ص ٥٨٣ وما بعدها.

وتطبيقاً لذلك لذك قضى(١) بأن الخصم الثالث إذا كان تدخله في الدعوى هو لتأييد طلبات من انضم إليه من الخصوم فتدخله كطالب عارض يعد دعوى تبعية على العكس من المتدخل الأصلي. فالمتدخل انضمامياً مرتبط بقوة - بحسب الأصل - مع الإدعاء الأصلي دون حاجة إلى أن يشترط لتدخله خلاف شرط المصلحة الواردة بالمادة ٥٥٤ مرافعات.

٨٨ - أما المتدخل الأصلي أو الهجومي قد يتولد عن تدخله إدعاءات جديدة(٢) سواء قدمت منه أو ضده. هذه الإدعاءات يشترط لقبولها فضلاً عن شرط المصلحة أن تكون هناك رابطة(٣) كافية بينها وبين الإدعاء الأصلي. بأن تستقي(٤) منه مباشرة أو تهدف إلى نفس غاياته تطبيقاً للمادة ٥٦٤ مرافعات لعمومية تطبيقها بشأن الطلبات العارضة تعلقت باتساع نطاق خصومة الاستئناف موضوعاً أو أشخاصاً وإلا كانت هذه الإدعاءات غير مقبولة(٥). وتخضع هذه الإدعاءات في تقديرها والصلة بينها وبين الإدعاء الأصلي وقبولها لمطلق سلطة محكمة التصدي(٦) ولكنها لا تقضي بعدم قبول التدخل من تلقاء نفسها لتعلقه بحق الخصوم، ولهم أن يتمسكوا به عن طريق الدفع بعدم القبول(٧).

- 
- (١) استئناف أهلي ١٩٣٠/٥/٢١ المحاماة السنة ١١ ص ٥٨ رقم ٣١.  
(٢) وقد لا يتولد عن تدخل الغير تدخلًا أصلياً تقديم إدعاءات جديدة. كما لو تدخل بقصد صدور الحكم في مواجهته مادة ٢/٣٣١ مرافعات، دون أن يطالب هذا الغير بشئ. ولا يعد الأمر في هذه الحالة سوى حرمان هذا الغير من حق اعتراض الخارج عن الخصومة، وعدم تمتعه بالأثر السلبي للشئ المحكوم فيه. انظر: Boyer: les effets des jugements a l'egard des tines R.T.D. Civ. 1951. P. 163.  
RAYNAUD: obs. R.T.D. Civ. 1952. P. 402 مشار إليهما لدى د. علي تركي : المرجع السابق ص ٥١٤.  
(٣) Vincent et Rusquec: les effets d'appel préc. P. 403 No C.  
(٤) د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٦٩ بند ٥٠.  
FERRAND: évocation. Prec. No 1025 ets.  
(٥) Civ. 22 juin 1994. No 92 - 11655. Com 14 nov. 1977 Bull. Civ. Iv. No 254.  
Civ. 11. juin 1975. Bull. Civ. 1975. 11. P. 140. CA. Paris 3 avr. 1987. Bull. Avoués 1987. 2. 83. CA. Aix. 19 juill 1974. D. 1975. 375 Note. Julien.  
(٦) Civ. 1er fevr 1978. et Civ. 1re 8 fevr. 1978. D. 1979. I. r. 509 obs. Julien.  
Civ. 22 mai 1975. J.C.P. 1976. 11. 18346. obs. Randoux. Aix 19 juill 1974. d. 1975. 375. Note. Jullien Civ. 9 nov. 1976. D. 1977. I.r. 95. Cite par. Vincent et Guinchard: op. cit., P. 807.  
(٧) انظر فيما يلي بند ٩٥.

فما يعرضه المتدخل من إيداعات أمام محكمة التصدي يجب أن يكون متصلاً بالإيداع الأصلي، بأن يرمي إلى نفس غايات هذا الإيداع، أو يستنتج من هذا الإيداع. وتكون هذه الإيداعات كذلك إذا كانت لا تخرج عما تسمح به المواد ٥٦٣ إلى ٥٦٧ مرفعات(١) ولا يغير من ذلك حتى ولو اختلفت الإيداعات التي يتقدم بها المتدخل سبباً وموضوعاً عن الإيداع الأصلي. كما لو تدخل الغير مطالباً بأتعابه عن الواقعة محل الرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها، والذي توسط فيها بين طرفي هذه الرابطة(٢). أو كانت هذه الإيداعات عبارة عن دفاعاً(٣) مستقي مباشرة من الإيداع الأصلي، كأن يتدخل(٤) شخص في الاستئناف مؤكداً أن طلب الوفاء من الدائن موجه إليه ولم يوجه إلى أي من الخصوم الآخرين، وأنه اعترض على هذا الطلب الذي يرمي إلى تقرير مديونيته لإجراء مقاصة بعد ذلك "وقضي(٥) بأن للبنك الدائن مصلحة في التدخل في خصومة البطلان التي تتعلق بالرهن العقاري.

٨٩ - أما بخصوص اختصام الغير وقبوله لأول مرة أمام محكمة التصدي: نصت المادة ٥٥٥ مرفعات على أنه "يمكن اختصام أي شخص من الغير أمام محكمة الاستئناف إذا كان ذلك الاختصام من شأنه أن يساهم في تطور النزاع"(٦). وكل ما

(١) انظر فيما سبق بند ٥٢ وما بعده.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه يجوز تدخل السمسار الذي قام بالتوسط بين طرفي عقد البذل في القضية المرفوعة بين طرفي هذا العقد بشأن صحته، والذي طلب تدخله بأتعابه، وقبلت المحكمة تدخله على أساس أن هذه الأتعاب اتفق عليها في طلب العقد محل الرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها. استئناف مختلط في ١٩٣١/٤/٢٦ مجلة التشريع والقضاء السنة ٣٣ ص ٢٨٦.

(٣) د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين ص ٢٧٠ بند ٥٠.

FERRAND: évocation prec. No 1027.

(٤) نقض مدني ١٩٨٦/٧/٩ الأسبوعية القضائية السنة ٦٠ رقم ٤٤٠ جدول القضاء ١٩٨٦ ص ٢٧٣ مشار إليه لدى د. أحمد هندي: الإشارة السابقة.

(٥) Cass. Civ. 22 mai 1975 Bull. Civ. 1975. 111. P. 134.

(٦) "Ces mêmes personnes peuvent être appelés devant la cour même aux fins de condamnation quand l'évolution du litige implique leur anise en cause.

وفي تطبيق ذلك انظر: Civ. 8 mars 2006 D. 2006. IR. 1247. J.C.P. 2006. IV. 1746. 30 oct. 2006. Bull. Civ. I. No 447. Civ. 7 juin 2006 Bull. Civ. 11. No 146. D. 2006. IR. 1840.



اشترطه المشرع لجواز اختصام الغير حتى بهدف الحكم عليه عندما يستلزم ذلك تطور النزاع.

ومصطلح تطور النزاع من المصطلحات الغامضة (١) والتي استخدمها المشرع عن قصد ليمنح محكمة الاستئناف من القيام بوظيفتها الحديثة، والفصل في مجمل النزاع بكل تفرعاته مرة واحدة وبحكم واحد. ولذا تعددت محاولات الفقه (٢) بشأن هذا المصطلح. كما أن القضاء لم يعتق تقسيراً موحداً بشأنه. فذهبت بعض الأحكام إلى اعتناق مفهوم واسع (٣) لفكرة تطور النزاع وعلى العكس ذهبت بعض الأحكام إلى اعتناق مفهوماً ضيقاً للفكرة (٤) إلى أن استقر

(١) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧٠٩ بند ٣٥٠، ص ٧٢٨ بند ٣٦٧.

LÉGIER: L'intervention Forcee préc. P. 155 No 23. PERROT: L'effet de L'oppel quant aux personnes préc. P. 414. MIGUET: Thés. Préc. P. 240 ets. No 197. Civ. 10 mai 1977. Bull. Civ. 1977. 1. No 220. P. 174. d. 1977. I.R. 410. Note jullin.

(٢) في الدراسة التفصيلية لهذه المحاولات: انظر: د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٢٦٤ - ٢٨٠ والمراجع والأحكام المشار له. د. نبيل عمر: فلسفة قانون المرافعات ص ٨٠ وما بعدها؛ الوسيط في الاستئناف ص ٧٠٩ وما بعدها بند ٣٥٠ وما بعده.

MIGUET: Thés préc. P. 239 ets. No 195 ets

(٣) فقضت بقبول اختصام الغير بهدف الحكم عليه ولو لم يكن هناك أي تطور للنزاع. مادام هذا الاختصام مفيداً وضرورياً ومرغوباً فيه لحل النزاع، وحقوق الدفاع روعت. وجاء تفسير هذا القضاء لفكرة بما أن روح المادة ٥٥٥ مرافعات تجعل من تطور النزاع الشرط الوحيد لإمكانية اختصام شخص من الغير. وبالتالي فلا يمكن لأي واقعة أو أي خطأ أن يشكل عقبة أمام إعمال هذا النص. كما لا يعوق تطبيقه الإهمال أو النسيان العمدي أمام أول درجة باختصام هذا الغير. فروح النص يتحدث عن ضرورة تجميع عناصر أمام محكمة الاستئناف والفصل فيه بحكم واحد وبسرعة وهو ما يعلو على مبدأ التقاضي على درجتين انظر:

CA. Pau 2 mai 1973 Cit Par Perrot et Tissot. Les effets de l'appel préc. P. 410. J.C.P. 1973. 11. 17512. arléans 29 Nov. 1973. J.C.P. 1974. IV. 6414. P. 174. obs. J.A. Cite par LÉGIER préc. P. 155. 20.

وفي نقد المفهوم الواسع لفكرة تطور النزاع. انظر: د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٢٣٧ وما بعدها؛ د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧١٢ بند ٣٥٣.

MIGUET: Thés préc. P. 232 ets No 189 ets.

(٤) وقضت بأنه متى كانت جميع عناصر النزاع معروفة للخصوم ولم يطرأ عليها أي تعديل في معطيات النزاع، فلا نكون بصدد تطور للنزاع. وتطبيقاً لذلك قضي برفض اختصام المحضر الذي اختصمه المستأنف في دعوى لكي يكون ضامناً لجميع النتائج المترتبة على الخطأ في الإعلان، والذي سبق وتم تصحيحه. وبني المستأنف طلب اختصام المحضر لإرتكابه خطأ شخص في عملية الإعلان، مما أدى إلى بطلان الاستئناف. وبررت محكمة الاستئناف رفضها لاختصام الغير، لأنه لا يوجد أي تطور للنزاع، بل إن اختصام المحضر يشكل دعوى جديدة تختلف تماماً عن الإدعاء الأصلي المتعلق بالحيازة.

AC. Reims. 16 oct. 1973. et AC. Chambéry 30 oct. 1972. Cite Par. Perrot et Tissot. Lic. Cit. Paris. 11. Janv. 1975. Gaz Pal 1975. 1. 413. 5 déc. 1975. Gaz Pal 1976. 1. 184. 15 oct. 1975. Gaz Pal 1976. Somm. 104. J.C.P. 1976.

قضاء النقض(١) بقصد المحافظة على محكمة الاستئناف كمحكمة ثان درجة إلى اعتناق مفهوم ضيق للمادة ٥٥٥ مرافعات، والتي تسمح باختصاص الغير متى تطور النزاع.

وكون فكرة تطور النزاع هي المبرر لاختصاص الغير أمام محكمة التصدي. كما أنها تعد الأساس فيما يتعلق بالتعديلات أو التغيير الذي يصيب موضوع العمل القضائي أمام هذه المحكمة. وأيضاً الفكرة هي التي تشكل الحدود التي يتم في نطاقها هذه التغييرات(٢). هذه الفكرة يستلزم وجودها اكتشاف واقعة أو حدوث عنصر جديد. من هذا الاكتشاف يوضع أمام محكمة التصدي، النزاع من زاوية جديدة وغير مرتقبة(٣) بأن تحدث الفكرة للنزاع تحول في معطياته الواقعية أو القانونية(٤) مما يؤدي إلى نمو النزاع عما طرح أمام أول درجة ليأخذ بعداً جديداً أمام هذه المحكمة(٥).

---

iv. 6612. 17 avr. 1975. Gaz Pal 1975. 2. 442. 10 juill. 1976. Gaz Pal. 1977. 1. Somm. 132. Paris. 20 Nov. 1986. Bull. Avoués 1986. 125. Lyon. 28. avr. 1976. D. 1977. 20. R.T.D. Civ. 1977. 192. obs. Perrot. 6 juill. 1976. J.C.P. 1977. 11. 18561.

Cass. Civ. 26 oct. 2017 Pouvoir - 16 - 18434 - Civ. 7 juin 2006 Pourvoi. (١)  
No 04 - 16251. Bull. Civ. 11. No 146. P. 139. Civ. 13 mars 1996. J.C.P. 1996. IV. 1055. Com. 7 juin 1983. Gaz Pal. 1983. Pan. 270. obs. Gunichard. Civ. 15 juin 1982. R.T.D. Civ. 1983. 394. obs. Perrot. Civ. 28 mars. Et 10 mai 1977. D. 1977. I.R. 409. obs. Julien. Civ. 3 mars 1976. Gaz Pal. 1976. 1. 338.

(٢) وفي كل ذلك تستطيع رابطة الحق الموضوعي أن تؤثر على المراكز الإجرائية. فتؤدي إلى إيجاد نوع من تطور النزاع تخول لصاحب المصلحة تقديم طلب بهدف اختصاص الغير ليحكم عليه بشئ ما لأول مرة في الاستئناف. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧٢١ بند ٣٥٩، ص ٧٢٧ بند ٣٦٦؛ الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة ص ٢٠٨ وما بعدها بند ١٦٢؛ المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٥٩ وما بعدها بند ٢٤١ وما بعده.

BOULANGER (J.) : usage et abus de la nation d'indisibilite des actes juridiques. R.T.D. Civ. 1950. P. 1. Vincent: les effets de l'appel l'auverture quant l'abjet du litige Gaz Pal. Jurisp. 1974. P. 408.

Vincent: Lic. Cit. et les dimensions nouvelles prec. P. 182. (٣)

Civ. 28 mars. 1977 Bull. Civ. 1. No 162. P. 126. D. 1977. I.R. 410 Note (٤)  
julien. Amiens 16 oct. 1975. Gaz Pal. 1976. 1. Somm. 104. CA. Aix. 19 Nov. 1975. Gaz. Pal. 1976. 1. Somm. 178.

PERROT: L'effet de L'appel quant aux personnes préc. P. 414 N.XV. (٥)

ولكي يتحقق هذا التطور، ويبيح اختصام الغير أمام محكمة التصدي، لا بد من توافر شروط يلزم تحققها ممثلة (١) في ظهور عنصراً أو واقعة جديدة لم تكن معروفة للخصوم أثناء طرح النزاع أمام أول درجة. وأن توجد علاقة مباشرة بين الواقعة والعنصر الجديد وبين موضوع الإدعاء الأصلي. وأن تؤدي الواقعة أو العنصر الجديد إلى حدوث تطور حقيقي للنزاع.

٩١ - وأول هذه الشروط وأهمها ظهور واقعة أو عنصر جديد. يعني به حدوث تحول أو تغيير في معطيات أو عناصر النزاع. فلا يمكن أن يستدعي شخص من الغير لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إلا إذا حدث بصورة لاحقة على خصومة أول درجة عنصراً معدلاً لعناصر النزاع الأساسية مما يستدعي اختصاصه (٢). هذا التعديل يعطي للنزاع وجهاً لم يكن متوقعاً بحسب المجرى العادي للأمر. يستوي في هذا العنصر أو تلك الواقعة أن تكون مكتشفة، بأن يكون الجديد هو اكتشافها، أو كون هذه الواقعة جديدة (٣) أو ينتج هذا التطور (٤) من نمو في عناصر القانون.

وكون الكشف عن الواقعة هو الجديد، يحدث حالة أن تكون الواقعة المدعي بها، قد نتجت خلال سير خصومة التصدي، وتم الكشف عنها من الأوراق التي طرحت في هذه الخصومة، أو من إجراءات التحقيق التي اتبعت فيها. أي أن الواقعة كانت

---

(١) في الدراسة التفصيلية لهذه الشروط. انظر: د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٢٦٨ - ٢٦٣؛ د. صلاح عبد الصادق: المرجع السابق ص ٢٤٣ - ٢٥٠ بند ١٣٧ وما بعده؛ د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧٢٠ وما بعدها بند ٣٥٩ وما بعده.

LÉGIER: Préc. P. 155 ets. No 25 etss. Frédéric FERRAND: appel. Préc. P. 53 ets No 435 etss.  
PERROT et TISSOT: les effets de L'appel préc. P. 410. LÉGIER: préc. P. (٢) 156 No 28 ets.

(٣) مع مراعاة أن "حدوث أو اكتشاف واقعة" التي تحدث عنها المشرع في نهاية المادة ٥٦٤ مرافعات والتي تبيح التقدم بادعاءات جديدة ناشئة عن ذلك لا تكون مطابقة لفكرة ظهور أو اكتشاف واقعة خاصة بتطور النزاع الذي عالجه المشرع في المادة ٥٥٥ وجعله مبرراً لاختصام الغير. ذلك أن الفكرة الأولى تفترض طلبات جديدة في الاستئناف ضد أشخاص أو خصوم ممثلين في أول درجة. بينما الفكرة الثانية تستلزم التدخل الجبري في الاستئناف لأشخاص ليسوا أطرافاً ولا ممثلين في الدرجة الأولى. د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٧٢ وما بعدها بند ٥٠ والحكم المشار لديه نقض مدني ١٩٨٢/٦/١٥ النشرة المدنية ٢ رقم ١٥٥.

Frédéric FERRAND: appel. Préc. P. 54. No 439 LEGIER: préc. P. 156. (٤) No 27. MIGUET: Thés préc. P. 439. No 356.

موجودة أصلاً ضمن الواقعة الأصلية للنزاع(١) وكشفت عنها الأوراق التي طرحت أمام محكمة الاستئناف أو تولدت من إجراءات التحقيق التي اتخذت أمام هذه المحكمة. فما يتولد عن هذا أو تلك يعد هو الواقعة المكتشفة والمعدلة في معطيات النزاع. ومن ثم تؤدي هذه الواقعة إلى إمكانية طرح مجموعة طلبات أمام محكمة الاستئناف، ومنها طلب إدخال الغير، أو منه ضد أحد طرفي النزاع(٢). كما لو تولد عن الواقعة اكتشاف انتحال شخصية صاحب الصفة الحقيقية في الإدعاء الأصلي(٣). أو تم الحصول على تحقيقات الشرطة التي لم يكن في الإمكان تقديمها أثناء طرح النزاع أمام أول درجة(٤) أو تحقق العلم بعقد التأمين في تاريخ لاحق على إنهاء خصومة أول درجة(٥). فكل هذه الوقائع عند اكتشافها أمام محكمة التصدي، تعد بمثابة تحول في معطيات النزاع، وبالتالي يمكن أن تؤدي إلى أعمال المادة ٥٥٥ مرافعات ومن ثم اختصاص الغير صاحب الصفة الحقيقية في النزاع، أو ما تكشف عنه تحقيقات الشرطة أو عقد التأمين. فحيث تطرأ ظروف جديدة تعدل في معطيات النزاع يجوز اختصاص الغير ولو بهدف الحكم عليه لأول مرة في الاستئناف(٦) وهي بصدد تصديها لموضوع النزاع(١).

---

LEGIER: préc. P. 155. No 25. M. CEDRAS: L'intervention Forcee. Lic. (١)  
Cit. MIGUET: Thés P. 349. No 207. Vincent et Rusquec. L'effets de L'appel.  
Préc. P. 403. PERROT. L'effets de L'appel préc. P. 415. Frédéric  
FERRAND: appel. Préc. P. 54 No. 437.

Frediric FERRAND: préc. No 437. Vincent : les dimensions nouvelles (٢)  
préc. P. 182. Civ. 14 déc. 1977. Bull. Civ. 1111. No 448 Gaz Pal 1978. 1.  
Panor. 83. Com. 6 Nov. 1974. Gaz Pal 1985. 1. Panor. 91. obs. Guinchard.

CA Lyon. 28 avr. 1976. D. 1977. 20 Cite Par LÉGIER Préc. P. 155. No (٣)  
25.

(٤) وتطبيقاً لذلك قضي بأن الحصول على محاضر تحقيقات الشرطة أمام محكمة الاستئناف، والتي لم يكن بالإمكان تقديمها أمام محكمة أول درجة تبرر اختصاص الغير.

Cass. Civ. 27 oct. 1981. Bull. Civ. 1981. 1. No 313. Cite par FERRAND:  
appel préc. P. 54. No 437. CA. Aix. 19 Nov. 1975. Gaz Pal 1976. 1. Somm.  
1. 78.

Cass. Civ. 10 déc. 1991. J.C.P. 1992. IV. 253. CA. Paris. 6 fevr. 1986. (٥)  
Bull. Avoues. No 98. P. 60.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 802. No 1370. Civ. 30 juin 1982. Bull. (٦)  
Civ. 1982. 11. No 99. Lyon 2 mai 1974. J.C.P. 1974. iv. 6454 obs. J.A.

وعلى عكس ذلك إذا كانت الواقعة المكتشفة في مقدرة الخصم إثارتها والتمسك بها أثناء كون النزاع مطروح أمام أول درجة. أو كان في مقدوره إدخال الغير أمام هذه المحكمة. وحتى تاريخ صدور الحكم المنهي للخصومة أمامها. فإن كل من هذا أو ذاك لو حدث أمام محكمة التصدي، فلا يكون من شأنه أن يغير من الوضع القانوني لمراكز الخصوم ولا في غيرها من معطيات النزاع(٢). ونتيجة ذلك تعد الواقعة المكتشفة كانت معروفة أثناء طرح النزاع أمام أول درجة، مما يتعين استبعادها من نطاق الوقائع التي يمكن اعتبارها وقائع مكتشفة أثناء سير خصومة التصدي.

٩٢ - ويمكن أن ينشأ تطور النزاع نتيجة حدوث واقعة جديدة حقيقية. ويحدث ذلك بعد إنهاء خصومة أول درجة إذ ينتج عنصر جديد أو واقعة جديدة معدلة لمعطيات النزاع، وتعطي له وصفاً جديداً أو مفاجئاً(٣)، ذلك عندما لا تظهر الحاجة إلى اختصام الغير إلا أمام محكمة التصدي على أثر العنصر الجديد أو الواقعة الجديدة. هذا العنصر أو تلك الواقعة قد تحدث نتيجة تغيير في موقف أحد ذوي الشأن أو كنتيجة للتغيير في المركز القانوني لأحد الخصوم. والتغيير في الفرضين سيكون تطوراً للنزاع، ويصادف اعتماد ومقصود المادة ٥٥٥ مرافعات.

والفرض الذي يحدث نتيجة تغيير في موقف أحد ذوي الشأن تجعل اختصام شخص من الغير أمام محكمة التصدي أمر مرغوب فيه وضرورياً لحل النزاع بجميع تفريعاته وفي مواجهة جميع أطرافه. فحالة توقف المدين عن سداد بقية الأقساط أمام محكمة الاستئناف يعد تغييراً في موقفه. ويمثل واقعة جديدة تبرر اختصامه لأول

---

R.T.D. Civ. 1975. 159 obs. Perrot. Paris. 11 janv. 1975. Gaz Pal. 1975. 413.

Frédéric FERRAND: évocation. Préc. No 1026. (١)

Civ. 3 juin 2004. Bull. Civ. 2004. 111. No 113. Com. 5 mars 1996 Gaz Pal (٢)  
1996. 2. 264. juris. Data No 000769.

Abou - Zeid (y.) les Porrties a l'instance d'appel en matere civil. Thés. (٣)  
Pennes 1980. P. 368 ets. No 427. المرجع السابق ص  
Frédéric. FERRANDF: appel. Préc. P. 54. No 436 et 438. ٢٤٥

مرة أمام هذه المحكمة (١). وتطبيقاً لذلك قضي (٢) بأن العدول عن الوعد بالبيع أمام محكمة الاستئناف تبرر اختصاص الغير.

أما الفرض التي تنشأ الواقعة الجديدة فيه نتيجة تغيير في المركز القانوني لأحد الخصوم، فذلك حالة حدوث تغيير في هذا المركز أمام محكمة التصدي، فيحدث هذا التغيير تطوراً للنزاع. كما لو تمسك المستأنف ضده لأول مرة في الاستئناف بأن شخصاً من الغير قد تقاضي ليس كوكيل عنه ولكن بصفته الشخصية. هذا التطور أحدث تعديلاً في المركز القانوني للمستأنف ضده تبرر اختصاص هذا الغير (٣). وتطبيقاً لذلك قضي (٤) بأن السماح لأحد الخصوم أن يُحمل صاحب المصنع الضمان عن مسؤوليته المستحقة عليه والناجمة عن الإخلال الطارئ على العقارات المجاورة من جراء تنفيذ الأعمال التي يقوم بها المصنع قبل إنهاء خصومة أول درجة، يعد تطوراً للنزاع يسمح بإدخال شركة التأمين لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

٩٣ - وكذلك يمكن أن يتطور النزاع لا كنتيجة حدوث عنصر جديداً أو واقعة جديدة فحسب. وإنما نتيجة (٥) حدوث تعديل في المعطيات القانونية للنزاع. فحدث رؤية

---

(١) وتطبيقاً لذلك قضي بأن توقف المدين عن سداد بقية الأقساط أمام محكمة الاستئناف يعد واقعة جديدة يترتب عليها تطور النزاع. وتسمح باختصاص الغير أمام هذه المحكمة.

CA. Paris. 17 avr. 1975. Gaz Pal. 1975. 2 - 442. Cite Par LÉGIER: Préc. P. 155. No 24.

Com. 14 juin 1976. Bull. Civ. Iv. No 198. P. 17. Civ. 28 mars. 1977. Bull. (٢) Civ. I. No 162. P. 126. D. 1977. I.R. 410 Note Julien. Aix. 19 Nov. 1975. Gaz Pal. 1976. I. Somm. 178. Cite Par. LÉGIER: Préc. P. 156. No 29.

Cass. Civ. 22 fevr. 1983. Bull. Civ. I. No 72. Civ. 25 fevr. 1986. Bull. Civ. (٣) 11. No 26. Civ. 17 mars 1993. Gaz Pal 1993. 1. 236. Cite Par. Frédéric FERRAND: appel. Préc. P. 54. No 436.

Cass. Civ. 15 mars 1978. Bull. Civ. No 110. R.T.D. Civ. 1979. 203 obs. (٤) Perrot. 24 oct. 1979. Bull. Civ. 1. N. 256. R.T.D. Civ. 1980. 425 obs. Perrot. CA. Paris. 12 Nov. 1985. Bull. Avoués. No 97. P. 16. Cass. Civ. 25 mars. 1991. Bull. Civ. 1. No 105. Cite. Par Frédéric FERRAND: préc. No 438.

(٥) د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٢٤٢ وما بعدها والأحكام المشار إليها. Frédéric FERRAND: préc. P. 54 ets. No 439. LÉGIER: préc. P. 156. No 27. MIGUET: Thés. Préc. P. 439. No 356. M. Cedrac: L'intervention forcee. Lic. Cit.

قانونية جديدة، قد تجعل من الضروري اختصاص الغير لأول مرة أمام محكمة التصدي. كما لو صدر قانون جديد(١). أو عدلت هذه المحكمة في العناصر القانونية للنزاع، كأن تعدل في تكييفها للواقعة من حادثة مرور إلى حادثة عمل أو العكس(٢). فالرؤية القانونية الجديدة مفترض قد يحدث تعديلاً في المعطيات القانونية للنزاع يبرر اختصاص الغير. وإن كان مفترض(٣) لا يطبق في كافة حالات اختصاص الغير لأول مرة أمام محكمة التصدي.

وعلى النحو السابق، سواء كان الكشف عن الواقعة هو الجديد، أو كانت الواقعة جديدة، أو تطور النزاع لرؤية قانونية جديدة. فإن هذا التطور يجب أن ينشأ عن عنصر جديد. هذا العنصر يجب أن يكون مفاجئاً. أي يعطي النزاع هيئة أو وضعاً لم يكن متوقعاً وفقاً للمجرى العادي للأمر(٤).

ولا يكفي توافر الجدة مادية كانت أو قانونية في العنصر فحسب، وإنما يجب أن يقوم العنصر أو يكتشف في فترة محددة. بل يجب أن تحدد هذه الفترة المؤقتة. فلا يمكن أن يبرر هذا العنصر اختصاص الغير أمام محكمة الاستئناف إلا في اللحظة التي يقوم أو يكشف فيها بعد إنهاء خصومة أول درجة(٥)، وحالة تصدي محكمة الاستئناف لموضوع النزاع.

---

(١) كما لو صدر قانون جديد ينص على تحسين مركز المجني عليهم في حوادث السير انظر: La Loi. No 85 - 677 du 5. juill. 1985. D. 1985. 371. rect. 588. Cite Par. Frédéric. FERRAND: Lic. Cit.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 15 janv. 1985. d. 1985. IR. 265. obs. Julien. 1985. 2. Panor. 172. obs. Croze et Morel.

(٢) د. أحمد صدقي: الإشارة السابقة والأحكام المشارية لديه. FERRAND: Lic. Cit.

Frédéric. FERRAND: Préc. P. 54 ets. No 439. (٣)

(٤) د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٢٤٦ وما بعدها والأحكام المشارية لديه؛ د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين ص ٢٧٥ بند ٥٠.

LÉGIER: préc. P. 156. No 30 PERROT et TISSOT: préc. P. 410. Civ. 28 mars. 1977. Préc. Civ. 21 déc. 1976. Bull. Civ. 111. No 473. P. 361. Paris 17 avr. 1975. 10 juill. 1976. Aix. 3 fevr. 1976. Cite. Par. LÉGIER: préc. No 29.

(٥) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧٢١ وما بعدها بند ٣٦٠.

ونتيجة لذلك، إذا كان العنصر معروفاً أثناء طرح النزاع أمام أول درجة. أو كان بإمكان الخصم اختصام الغير أمام هذه المحكمة. فلا يقبل اختصاصه بحال أمام محكمة التصدي(١)، حتى ولو برر الخصم اختصاص الغير على أساس مبدأ حسن سير العدالة(٢) لأن المبدأ وإن كان هدفاً مطلوباً ومرغوباً فيه إلا أن مضمونه المرن، يصعب أن يعد الأساس لاختصام الغير لأول مرة في الاستئناف(٣)، حالة تصديها لموضوع النزاع.

٩٤ - ويشترط ثانياً: أن توجد رابطة بين تطور النزاع واختصام الغير. إذ أن هذا الاختصام يجب أن يظهر كنتيجة(٤) منطقية لتغيير معطيات النزاع. ومقتضى ذلك(٥)، أن النزاع القضائي ينصب أساساً على علاقة حق موضوعي. وأثناء سير الإجراءات القضائية قد تنشأ الحاجة إلى اختصاص شخص من الغير داخل خصومة الاستئناف. هذه الحاجة تجد أساسها في رابطة الحق الموضوعي. بمعنى أن يكون هذا الغير طرفاً في هذه الرابطة، ولكنه لم يمثل أمام أول درجة، أو على الأقل قد يكون هذا الغير على صلة ما برابطة الحق الموضوعي. وبناء على هذه الرابطة الموضوعية والتي هي في الواقع تؤدي إلى تطور النزاع، ولصلة هذه الرابطة بهذا الغير، يصبح اختصاصه أمام محكمة التصدي بهدف الحكم عليه ضرورة ملحة. فإذا ظهرت الواقعة الجديدة خلال الخصومة، وأمكن أن تزود خصومة أخرى بأساس مختلف، فإنه لا يمكن القول حقيقة أن هناك تطوراً للنزاع. فمثلاً عندما يرتكب المحضر خطأ في إعلان صحيفة الاستئناف، ويعيد هذه الصحيفة بعد انتهاء المهل،

---

(١) انظر فيما سبق بند ٨٥.

(٢) CA. Pau. 12 janv. 1973. Cite Par. Perrot et Tissot: les effets de l'appel. Préc. P. 410.

(٣) د. صلاح عبد الصادق: المرجع السابق ص ٢٤٩ بند ١٢٨. وفي مرونة مبدأ حسن سير العدالة انظر فيما سبق بند ٤٤ وما بعده.

(٤) د. نبيل عمر: الوسيط في الاستئناف ص ٧٢٠ بند ٣٥٩؛ د. صلاح عبد الصادق: المرجع السابق ص ٢٤٩ وما بعدها بند ١٢٨؛ د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٢٥٧ وما بعدها؛ د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٧٦ بند ٥٠.

Perrot et Tissot: préc. P. 410. LÉGIER: préc. P. 156. No 30. FERRAND: appel préc. P. 55 No 442.

(٥) انظر المراجع المشار إليها بند ٣٣ والهوامش الملحقة به ونفس الإشارات.



فإن المستأنف عليه لا يمكنه أن يختصم في الدعوى المحضر لضمان الأضرار، للحكم عليه بالتعويضات، لأنه يتقاضى حينئذ في خصومة مختلفة تماماً (١).

٩٥ - وأخيراً، يجب أن يؤدي العنصر الجديد إلى تطور حقيقي في النزاع (٢) بأن يضيف هذا العنصر على النزاع رؤية جديدة تجعل اختصاص الغير أمام محكمة التصدي ضرورة لحل النزاع. أي يجب أن يكون التطور مستلزماً اختصاص هذا الغير. هذا الاختصاص يجب إذن أن يبدو كما لو كان تابعاً بصورة منطقية لتغيير معطيات النزاع، فاكتشاف المؤمن له، المسؤول عن التعويض، أن الخطر قد تم تغطيته تماماً عن طريق شركته، يستلزم تدخل هذه الشركة (٣).

فإذا كان العنصر الجديد لا يعطي رؤية جديدة تجعل من اختصاص الغير أمام محكمة التصدي ضرورياً لحل النزاع، وإنما مجرد تعديل في التفاصيل أو في الوسائل، أو في الوقائع الجديدة التي ليس لها أهمية كافية، لا يؤدي أي من ذلك إلى تطور حقيقي في النزاع بالمعنى المقصود في المادة ٥٥٥ مرافعات. فمجرد قرار محكمة الاستئناف تصديها لموضوع النزاع (٤) ومجرد اختلاف الوسائل المثارة أمام هذه المحكمة عن تلك التي أثرت أمام أول درجة (٥) أو لمجرد واقعة الحضور في خصومة الاستئناف بعد الغياب أمام أول درجة (٦). كل ذلك لا يعدل في معطيات

---

Reims 16 oct. 1973. Cite Par. Perrot et Tissot : Préc. P. 410. LEGIER: (١) préc. P. 156. No 28. Civ. 11 juill. 1978. Bull. Civ. 1. No 261. Cite Par. Frédérique FERRAND: evocation Préc. No 1025.

(٢) د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٢٥٩ وما بعدها؛ د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ٢٧٥ بند ٥٠. PERROT: L'effet de l'appel quant aux parsones. Préc. P. 411. FERRAND: appel préc. P. 53. No 443.

LÉGIER: préc. P. 156. No 31. (٣)

Civ. 7 juin 2006. No 04 - 16 - 251. Bull. Civ. 11. Civ. 11. 146. Dr. et Patr (٤) 2007. 116. obs. Amroni - Mekki. Procedures 2006. No 152 obs. Perrot. Cite Par. Frédérique FERRAND: évocation. Préc. No 1024.

Civ. 28 mars. 1977. Bull. Civ. 1. No 162. P. 126. D. 1977. IR. 410. Note. (٥) Julien. Cite Par LEGIER: Prec. No 29. Cass. Ch. Mixte. 16 janv. 1976. Gaz Pal. 1976. 1. 389. Civ. 4 oct. 1977. Bull. Civ. 1. No 351. Cite Par. FERRAND: appet. Préc. No 443.

(٦) نقض اجتماعي في ١٩٨٣/٦/٧ الأسبوعية القضائية ٥٧ رقم ٤٠ جدول القضاء ١٩٨٣ ص ٢٥٤٥ مشار إليه لدى د. أحمد هندي: المرجع السابق ص ٢٧٧.

النزاع، ولا يضيف جديداً له، ومن ثم لا يعد تطوراً للنزاع، وعليه يفنقد معه مبرر اختصاص الغير لأول مرة أمام محكمة التصدي.

وتحقق قيام تطور النزاع حالة توافر معطياته على النحو السابق، مسألة تستقل به محكمة التصدي. فحيث لا يتحقق أمامها مثل هذا التطور، فإن اختصاص الغير يكون غير مقبول. ولكن هذه المحكمة لا يمكنها أن تقضي بعدم قبول طلب اختصاص الغير من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يثيره ويتمسك به أحد الخصوم عن طريق الدفع بعد القبول(١). ومرجع ذلك ومبناه أن ما جاء بالمادة ٥٥٥ مرافعات ليس سوى تطبيقاً من تطبيقات قاعدة عدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف وهذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام(٢).

ووفقاً لذلك، يجعل المشرع اختصاص الغير أمام محكمة التصدي من سلطات الخصوم، هم من يختصمون الغير، وهم من يتمسكون بعدم قبول اختصاصه. وما على هذه المحكمة إلا التحقق من توافر مفهوم تطور النزاع المبرر للاختصاص. فإذا تخلفت مقتضيات هذا المفهوم - على نحو ما رأينا - أمكن لهذه المحكمة أن تقضي بعدم قبول طلب الاختصاص طالما تمسك الخصم صاحب المصلحة بذلك. وهذا يعني(٣) أنه طالما أن المحكمة لا تملك أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول طلب اختصاص الغير متى كان تطور النزاع لا يستلزمه، فإنها من باب أولى لا تملك من تلقاء نفسها أن تحكم باختصاص الغير ولو كان تطور النزاع يستلزم ذلك.

---

Cass. Civ. 23 oct. 1991. Bull. Civ. 11. No 278. Civ. 22 mars 1983. Bull. (١)  
Civ. 111. No 82. 23 oct. 1984. J.C.P. 1985. IV. 1. Com. 17 avr. 1980. Bull.  
Civ. Iv. No 148. R.T.D. Civ. 1980. 426. obs. Perrot. Civ. 13 juin 1979. Bull.  
Civ. 1. No 181.

(٢) انظر فيما سبق بند ٨٩.

(٣) د. أحمد هندي: مبدأ التقاضي ص ٢٧٩ بند ٥٠. ارتباط الدعاوي والطلبات ص ٤٥٤ بند ١٥١.

Frédéric FERRAND: appel. Préc. P. 55 No 445 ets PERROT: L'effet de  
l'appel quant aux personnes préc. P. 415.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 5 oct. 1983. Gaz Pal. 1984. 1. Somm. 44. Bull. Civ. 11. No 159.  
R.T.D. Civ. 1984. 358 obs. Normand.

## خاتمة

وبعد أن استوت الدراسة على عودها، يمكننا إجمال أهم النتائج والتوصيات التي إنتهت إليها:

فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف أداة فنية من أدواته يرخص بمقتضاها لهذه المحكمة بعدم الوقوف عند حدود الأثر الناقل للاستئناف، والسماح لها بنظر موضوع النزاع الذي مر على أول درجة ولم تستنفد ولايتها بشأنه، دون العودة إليها مرة ثانية، متى توافرت مقومات الفكرة من حالات وشروط لازمة لتطبيقها، مما يحد بهذا التطبيق من ظاهرة بطء التقاضي التي أصبحت تمثل صورة لإنكار العدالة. والفكرة وإن افقدت إلى الأساس التشريعي في قانون المرافعات المصري الحالي، إلا أن غياب النص لا يمنع من تطبيقها، لكونها أداة فنية داخل نظام الاستئناف تقتضيها متطلبات العصر تحقيقاً للعدالة الناجزة، مما يتعين عدم تعطيل العمل بها لمجرد الإرتكان لمبادئ تقليدية متوارثة.

ورغم غياب النص إلا أن فكرة التصدي تجد لها أساساً فنياً في الآليات التي أدخلها المشرع على نظام الاستئناف إعمالاً لوظيفته الحديثة والتي توافر معها للفكرة مقوماتها ومبررات تطبيقها، مما جعلها صالحة للتطبيق متى طلبها الخصوم، لأن الممنوع عليهم هو رفع النزاع مباشرة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. ويزيد من أهمية الفكرة وصلاحيتها للتطبيق، أنها ليست بغريبة عن القانون المصري، كما أن العودة إليها أمر ليس بجديد، حيث عاد المشرع إلى تطبيق المادة ٤١٢ مرافعات ملغي بموجب المادة ٥٦٥ من قانون التجارة ١٧/١٩٩٩ والمادة ٨٨ من القانون ١١ لسنة ٢٠١٨ بجواز اعتراض الغير على حكم الإفلاس لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية، لتتطلب طلباً جديداً بموضوعه وأشخاصه ولم تخرج هذه العودة عن كونها تلبية لمقتضيات العصر. ففكرة التصدي باتت متطلب عصري تحقيقاً لفكرة العدالة الناجزة، والحد من ظاهرة بطء التقاضي غاية الأمر تحتاج إلى مشرع جسور يقنن ما يفرزه الواقع أمام القضاء وما ينادي به الفقه الحديث.

ولأهمية فكرة التصدي ودورها في تلبية متطلبات العصر تحقيقاً للعدالة الناجزة صادف وجودها اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي تطبيقاً للمادة ٨٩ ، ٥٦٨ مرافعات، بل زاد من أهمية الفكرة ودورها بالإصلاح التشريعي الصادر في ٦ مايو ٢٠١٧ والذي أدخل على منظومة الاستئناف تعديلات منها أن المشرع حد من سلطة محكمة الدرجة الثانية عند ممارسة حقها في التصدي إذا أبدت حكم أول درجة الفرعي المنهي للخصومة أمامها دون أن يستنفذ ولايتها في الموضوع. على العكس وسع المشرع من هذه السلطة، فأضيف إلي حالة الغاء هذا الحكم، حالة إذا قضت المحكمة بإبطال الحكم لعيب إجرائي يستوي أن يكون طعن عليه بالاستئناف وبالاعتراض .

وبتحديد الدراسة لفكرة التصدي ومبرراته وأساسها الفني والقانوني حددت نطاقها لتمارسها محكمة الدرجة الثانية، كأداة فنية من أدوات النظام القانوني للاستئناف، ودون ان تختلط الفكرة بغيرها من أدوات هذا النظام، مبدأ الأثر الناقل للاستئناف. فالفكرة والمبدأ وإن كانا يشكلان أداتين من الأدوات الفنية لهذا النظام، إلا أن الاختلاف والمغايرة بينهم هو الجوهر. وتظهر المغايرة من خلال الأساسي والأثر الناتج عن كل منهما. فإذا كان أساس المبدأ هو استنفاد ولاية محكمة أول درجة للنزاع حتى يمكن لمحكمة الاستئناف نظره وفي حدود ما استنفدت به محكمة أول درجة ولايتها إعمالاً لمبدأ التقاضي علي درجتين. فأساس التصدي ومبناه ألا تكون محكمه أول درجة استنفدت ولايتها للموضوع وتصدى محكمة الاستئناف لما لم تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها بقصد إنهاء النزاع، ما هو إلا تحقيقاً لمصلحة العدالة، سواء لحسن سيرها أو لعدم الإضرار بها، وإستجابة لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات. أما الأثر الناتج عن إعمال المبدأ والفكرة يكون ذو طابع إلزامي بشأن المبدأ، إذ يجب على محكمة الدرجة الثانية وفي حدود نظر النزاع المعروض عليها في حين أن هذا الأثر يفتقد الصفة الإلزامية بشأن الفكرة، ويكون لمحكمة الاستئناف السلطة التقديرية الكاملة، فيمكنها التصدي لموضوع النزاع ولو لم يطلبه الخصوم أو على العكس رفضه ولو طالبوه.

كما تختلف فكرة التصدي عما يشتهر بها في مجرد التسمية. تصدى محكمة النقض للموضوع. فما تقوم به هذه المحكمة لا يعد تصدياً ولا علاقة له بالفكرة إلا مجرد التسمية فقط، ولمجرد التعبير به من قبل المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات، لأن التصدي كنظام له أدواته الفنية وأهداف خلق ونظم ليعمل به في النظام القانوني الخاص بالطعن بالاستئناف، لا يوجد ولا مجال له أمام محكمة النقض، كما لا يستقيم العمل به أمام هذه المحكمة، لأن ما تقوم به هو إعمال المبدأ القانوني الصحيح على ذات وقائع النزاع التي استخلصها الحكم المطعون فيه، فتستغني عن دور محكمة الإحالة وتعمل وجهة النظر القانونية التي إرتأت أنها الصواب.

وبعد أن حددت الدراسة فكرة التصدي ببيان ماهيتها ومبرراتها وأساسها وميزاتها عما قد يختلط بها، كشفت عن حالات الفكرة وانتهت إلى أنه يوجد لها حالات ثلاث:

الحالة الأولى: كون الحكم المطعون فيه بالاستئناف صادراً باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق، وهي تلك الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها، وإن كانت القاعدة، أن الأحكام الصادرة باتخاذ هذه الإجراءات غير قابلة للطعن المباشر، إلا أن المشرع الفرنسي خرج عن هذه القاعدة بصدد ظاهرة الأحكام المركبة أو المختلطة وأجاز الطعن في الحكم الذي يندرج تحت هذه الظاهرة تطبيقاً للمادة ٥٤٤ ومفهوم الموافقة للمادة ٥٦٨ مرافعات، وإن كان المشرع حد من هذا الخروج وقصر هذا الجواز على الحكم الصادر بנדب خبير دون تجديد أو تعديل مهمته أو باستبداله أو برفض ندبه، فإذا ألغيت أو أبطلت محكمة الاستئناف الحكم الصادر بנדب الخبير أمكنها التصدي لموضوع النزاع إذا اقتضت مصلحة العدالة ذلك. ولما كان لهذه الظاهرة أنصار في الفقه والقضاء المصري. كما أن القضاء خرج عن حالات الطعن المباشر مادة ٢١٢ مرافعات وأجاز الطعن في غيرها. فالحكم بندب خبير لا يحول حائل من قابلية للطعن المباشر. ومن ثم تعد حالة من حالات العمل بفكرة التصدي .

الحالة الثانية: كون الحكم المطعون فيه بالاستئناف صادراً في دفع إجرائي منهي لخصومة أول درجة، فلا يكفي أن يكون مجرد حكم صادر قبل الفصل في الموضوع، وإنما يجب أن يكون حكم صادر في دفع إجرائي ومنهي لخصومة أول

درجة، فهو حكم ذي شقين، لا يغني إحداهما عن الآخر. فلا يكفي أن يكون الحكم صادر في دفع إجرائي دون أن يكون منهي للخصومة، أو منهي للخصومة دون أن يكون صادر في دفع إجرائي. ومثال الأول: الحكم الصادر برفض الدفع بالتأجيل. ومثال الثاني: الحكم الوقتي. فالحكم المطعون فيه يجب أن يكون صادر في دفع إجرائي منهي لخصومة أول درجة.

هذه الحالة وكما كشفت الدراسة عنها يستوي فيها أن يكون الحكم الفرعي الصادر في الدفع لمسألة تتعلق بالإجراءات أو تتعلق بشرط من شروط قبول الدعوى - عدم القبول- أو تتعلق بالإطار الخارجي للخصومة كما في حالة وقفها. فالحكم في صوره الثلاثة ينهي خصومة أول درجة دون أن تستنفذ ولايتها في الموضوع ويقبل الطعن الفوري وتعد حالة للتصدي.

الحالة الثالثة : كون الحكم الفرعي المطروح أمام محكمة الاستئناف مطعون عليه بالاعتراض، وهو طريق الطعن الوحيد في القانون الفرنسي على الحكم الفاصل في مسألة الاختصاص دون الموضوع، ولو حسمت المحكمة بشأنه مسألة تتعلق بالموضوع، متى كان حسمها ضرورياً نظراً لتعلقها بمسألة الاختصاص مادة ١/٨٠ مرافعات. فإذا تبين لمحكمة الطعن أن المحكمة المختصة التي حددتها بالحكم في الاعتراض هي محكمة تابعة لها في الاختصاص، أمكن لمحكمة الطعن أن تتصدي لموضوع النزاع وفقاً للمادة ٨٩ مرافعات. والطعن بالاعتراض، ولو لم ينظمه المشرع المصري، ولكنه حرص على تبديد مكونات المضار التي قد تنشأ عن مسألة الاختصاص وعدمه في مستهل تكوينها، وذلك عن طريق العديد من الوسائل الفنية، والتي تعمل كضمانات وقائية تحول دون ظهور مضار هذه المسألة، ويأتي في مقدمة هذه الوسائل إحالة الدعوى بحالتها من المحكمة غير المختصة إلي المحكمة المختصة مادة ١١٠ مرافعات. ومن ثم فلا محل للتصدي الناشئ عن إلغاء أو إبطال الحكم المطعون فيه بالاعتراض في القانون المصري.

وبعد أن وقفت الدراسة على حالات التصدي، وحصرت تطبيقها على الحالات التي تناولتها، مضت قدماً في بيان شروط تطبيق هذه الحالات، ممثلة هذه الشروط في

شرطين صادف بهما اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي وفقاً للمادة ٥٦٨ مرافعات.

الشرط الأول : أن تلغي أو تبطل محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيه دون تأييده. وهذا ما استحدثه قانون ٦ مايو ٢٠١٧ ووفقاً لذلك أورد المشرع شرطاً جوهرياً تقتضيه القواعد التي تحكم النشاط القضائي في ذاته، ويستقيم بمقتضاه التطبيق العلمي، وهو أن محكمة الاستئناف لا يمكنها ممارسة حقها في التصدي ولو توافرت أحدي حالاته إلا إذا ألغت أو أبطلت الحكم المطعون فيه، وهو ما استهلكت به المادة ٥٦٨ مرافعات عباراتها بهذا الشرط، مما يدل على عمومية تطبيقه بشأن حالات التصدي، ولو تعلق بحالة الاعتراض، كما أنه يتماشى مع فلسفة الإصلاح التشريعي وفقاً للقانون السابق بالمحافظة على محكمة الاستئناف كمحكمة ثاني درجة.

الشرط الثاني: أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع، ويقدرها قاضي الاستئناف في أي من صورتها، سواء تحقيقاً لحسن سيرها أو لعدم الإضرار بها. ومصلحة العدالة، هي التي أملت على القاضي إنهاء النزاع بتصديده لكل من الطعن والموضوع معاً بحكم واحد. ولكون حسن سير العدالة أو عدم الإضرار بها من أكثر المصطلحات غموضاً وإبهاماً لأنهما غاية كل نظام قانوني أو قضائي، فكان من الصعب وضع ضابط بعينه يمكن للقاضي الإستناد إليه في تقديره .

ومع ذلك كشفت الدراسة عن ضابط ولو كان إسترشادي يستعين القاضي بمقتضاه عند تقديره لمصلحة العدالة ليقدر وفقاً له أعمال فكرة التصدي من عدمها. هذا الضابط يتمثل في عدم قدرة كل من الطعن والموضوع على حده ليحقق الهدف منه بشكل مستقل، لما بينهما من تكامل وظيفي. فكل منهما يضيف بعناصره إلى عناصر الآخر مما يؤدي إلى تركيز القضية لوحدة الحكم في الطعن والموضوع معاً بحكم واحد، غاية الأمر أن يأتي تقدير القاضي لمصلحة العدالة مبيناً على أسباب سائغة ليتمكن محكمة النقض من فرض رقابتها.

وبوقوف الدراسة على تحديدها لفكرة التصدي، وتميزها عما يختلط بها، وبيانها لحالات وشروط تطبيقها، مضت الدراسة لتوضح كيفية استخدام محكمة الاستئناف

لفكرة وسلطات هذه المحكمة بشأنها، كما كشفت عن مدى تأثير الفكرة على موضوع الطلب القضائي أمام هذه المحكمة بجذبها لإشخاص من الغير وطلبات جديدة تطرح لأول مرة أمام محكمة التصدي .

وإستخدام محكمة الاستئناف لحقها في التصدي يخضع لمطلق سلطاتها التقديرية، فإذا ما قررت تصديها لموضوع النزاع كان لها على النزاع ذات السلطات التي كانت لأول درجة، دون أن تقف بسطاتها عند حدود الأثر الناقل المحدود للاستئناف بل يمتد الطعن أمامها إلى كل ما طرح على قضاة أول درجة ليشمل ما فصل وما لم يفصل فيه، لتفصل في جميع جوانبه الواقعية والقانونية لتنتهي هذا النزاع برمته وبحكم واحد.

وإمتداد الطعن إلى ما لا ينقله الأثر الناقل للإستئناف ولم تستنفد محكمة أول درجة به ولايتها، فإن ذلك فضلاً عن أنه يجد أساسه ومبناه في نصوص قانونية معتمدة المواد ٩٨، ٥٦٨ مرافعات فرنسي ٦٦٤ أصول محاكمات لبناني، وفي طلب الخصوم حالة غياب النص، فإن هذا الامتداد يعد إفتراض أو حيلة من المشرع يلوي به عن قصد الواقع المائل أمامه فيقلب الأمور رأساً على عقب، ويفترض وجود موضوع النزاع وفي حدود ما طرح به لدى أول درجة أمام محكمة التصدي لتمد يديها لكل موضوع النزاع ما نقل أو لم ينقل إليها، لتفصل في الطعن والموضوع معاً بحكم واحد. هذا الإفتراض يدعمه ضم ملف الدعوى الإبتدائية إلى ملف الاستئناف مادة ٣٢٠ مرافعات مصري. كما يمكن لمحكمة التصدي طلب أي مستند ليتمكنها من الفصل في النزاع مادة ٤١٦ قانون مختلط مصري، وذلك كله إقتصاداً للإجراءات وإنهاء النزاع مرة واحدة.

وبتصدي محكمة الاستئناف للنزاع تنتهي موضوعه بكل تفرعاته وبحكم واحد منهي للنزاع في جملته، هذا الحكم يكون غير قابل للطعن بالطريق العادي ، وإن كان يقبل الطعن بطرق الطعن غير العادية. كما ان الحكم ينفذ تنفيذاً عادياً ومن ثم لا نكون بحاجة إلى فكرة النفاذ المعجل بصدد ما تصدره محكمة الاستئناف من أحكام عند ممارسة حقها في التصدي.



كما أن في ممارسة محكمة الاستئناف لحقها في التصدي غالباً ما قد يجذب إليها أشخاصاً من الغير وكذلك طلبات جديدة تطرح ولأول مرة أمام هذه المحكمة إعمالاً للمواد ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٦٤ الى ٥٦٧ مرافعات فرنسي ٢٣٥/٢٣٣ إلى ٢٣٧ مرافعات ٥٨ من القانون ٢٠٠٠/١ ، ٥٦٥ من قانون التجارة المصري ٨٨ من قانون ١١ لسنة ٢٠١٨ الخاصة بهيكلة الصلح الواقي والإفلاس، تعالج هذه المواد تدخل وإختصام الغير وكذلك الطلبات والإدعاءات الجديدة التي تطرح لأول مره في الاستئناف تطبيقاً للماده ٥٦٨ مرافعات فرنسي .

هذا التدخل وذاك الاختصام وكذلك الطلبات الجديدة إعمالاً للنصوص السابقة تشكل تطور للنظام القانوني للاستئناف وأدواته. هذا التطور يكون محكوماً بالشروط المطلوبة لإعمال هذه النصوص والواردة في صلب هذه المواد، وأحسن المشرع الفرنسي صنعاً بموجب قانون ٦ مايو ٢٠١٧ باستبعاده من بين هذه النصوص فكرة الطلبات الاحتمالية أو الضمنية لصعوبة وضع ضابط لقبولها، وما قد ينتج عن إعمالها من صعوبة في التطبيق العملي، ووجود طلبات محظور قبولها لأول مرة في الاستئناف.

والنظام القانوني للاستئناف وعلى خلاف صور تطوره يعمل على إعادة تكوين موضوع النزاع بكل تفرعاته بقصد إنهاؤه مرة واحدة، استجابة لضرورة هامة، هذه الضرورة، هي الإسراع في حل النزاع وعن طريق أداة فنية من أدوات هذا النظام، هذه الأداة هي التصدي.

وإذا كانت النتائج المتقدمة تشكل المحصلة الاجمالية لهذه الدراسة. فإنه يتبقى مع ذلك نتيجة لا تقل في الأهمية تأخذ صورة توصية تضاف إلى التوصيات التي نادى بها الفقه الحديث (١) بشأن النظام القانوني للطعن بالاستئناف واتساع نطاق خصومته، ونهيب بالمشرع في ضوءها إجراء تعديل تشريعي يتناول نصوص قانون المرافعات المتعلقة بهذا النظام وخصومته.

(١) د. أحمد صدقي: المرجع السابق ص ٣٤٥ وما بعدها.

د. علي تركي: المرجع السابق ص ٥٢١-٥٢٥.

د. أسامة انور جامع: المرجع السابق ص ٣٤٥ وما بعدها.

هذه التوصية تتمثل في إضافة مادة جديدة للفصل الثاني من الباب الثاني عشر من قانون المرافعات، مادة ٢٣٢ مكرر "إذا ألغت أو أبطلت محكمة الاستئناف حكم صادر بإتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو في دفع إجرائي لا يتعلق بمسألة الاختصاص أو في دفع بعدم القبول وكان منهيًا للخصومة فإن المحكمة تستطيع أن تتصدى لجميع المسائل الأخرى من النزاع والتي لم تفصل فيها محكمة أول درجة إذا رأت إن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع ولها في سبيل ذلك أن تأمر بإتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق".

والتصدي لا يعرقل أعمال المواد ٢٣٣ ، ٢٣٥ الى ٢٣٧ مرافعات".

## المراجع

- أولاً : باللغة العربية :
- ١- المؤلفات العامة :
- د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص. الجزء الأول ١٩٧٤، منشأة المعارف .
- د. أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٧، دار المطبوعات الجامعية.
- د. أحمد السيد صاوي : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١١، دار النهضة العربية.
- د. أحمد خليل : أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠١ منشورات الحلبي الحقوقية.
- د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، الكتاب الثاني ٢٠١٦ ، دار النهضة العربية .
- د. أحمد مليجي : الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٥ ، الطبعة الرابعة ، طبعة نادي القضاة.
- د. أحمد هندي : قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٧ ، دار الجامعة الجديدة .
- .....: التعليق على قانون المرافعات ٤ أجزاء ٢٠٠٨ ، دار الجامعة الجديدة .
- د. حلمي الحجار ، هاني حلمي الحجار: الوسيط في أصول المحاكمات المدنية ٢٠١٨ ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية.
- د. رمزي سيف : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، بدون تاريخ ودار نشر.
- د. طلعت دويدار: الوسيط في قانون المرافعات ٢٠١٦، دار الجامعة الجديدة .
- د. علي أبو عطية هيكل : شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ٢٠١٢ ، دار الجامعة الجديدة .

- د. فتحي والي : المبسوط في قانون القضاء المدني ٢٠١٧ جزعين، دار النهضة العربية .
- محمد العشماوي : قواعد المرافعات في القانونين الأهلي والمختلط ١٩٢٧، مطبعة الاعتماد .
- محمد وعبد الوهاب العشماوي : قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن ١٩٥٨، الجزء الثاني، المطبعة النموذجية.
- أ. محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات ، الجزء الأول ، ١٩٩٥ .
- د. نبيل عمر : قانون أصول المحاكمات المدنية ٢٠٠٨، منشورات الحلبي الحقوقية.
- د. وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني، ٢٠٠١، دار النهضة العربية.
- د. وجدي راغب ، أحمد ماهر زغلول، يوسف أبو زيد : شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٠ .
- ٢- المؤلفات الخاصة :
- د. إبراهيم أمين النفاوي: مسؤولية الخصم عن الإجراءات ١٩٩١ الطبعة الأولى.
- د. إبراهيم نجيب سعد : قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم ١٩٨١ منشأة المعارف.
- د. أحمد أبو الوفا : الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ٢٠٠٧، دار المطبوعات الجامعية .
- ..... : نظرية الأحكام في قانون المرافعات ٢٠١٢ ، دار الفكر العربي.
- ..... : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ٢٠١٢، دار الفكر العربي.
- د. أحمد السيد صاوي : نطاق رقابة محكمة النقض، دار النهضة العربية.
- د. أحمد حشيش : الدفع بعدم قبول الدعوى رسالة الإسكندرية ١٩٨٦ .
- د. أحمد خليل : خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ٢٠٠٠ دار المطبوعات الجامعية.

- د. أحمد صدقي : اختصام الغير في الخصومة في قانون المرافعات ، رسالة القاهرة ١٩٩١ .
- د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها ، دار النهضة العربية .
- .....: أعمال القاضي التي تحوز الحجية ١٩٩٠ ، دار النهضة العربية.
- .....: دعوى الضمان الفرعية، دار النهضة العربية.
- د. أحمد هندي : ارتباط الدعاوي والطلبات في قانون المرافعات ١٩٩٥ ، دار الجامعة الجديدة.
- ..... : التمسك بالبطلان في قانون المرافعات ٢٠٠٥ ، دار الجامعة الجديدة .
- ..... : مبدأ التقاضي على درجتين ٢٠٠٩ ، دار الجامعة الجديدة .
- د. أسامة أنور جامع : النطاق الموضوعي لخصومة الاستئناف ، رسالة عين شمس، ٢٠٠٠ .
- د. الأنصاري حسن النيداني : العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها ٢٠٠٩ ، دار الجامعة الجديدة.
- ..... : مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات ١٩٩٨ ، دار الجامعة الجديدة .
- ..... : النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض ٢٠٠٢ ، دار الجامعة الجديدة .
- أ. أنور طلبة : الطعن بالاستئناف والتماس إعادة النظر ٢٠٠٧ ، المركز القومي للإصدارات القانونية .
- د. جمال مبارك العنيزي : وقف الخصومة المدنية في القانون الكويتي والمقارن ٢٠٠٦ ، دار الفتح للطباعة .
- د. حمدي ياسين عكاشة : المرافعات الإدارية، منشأة المعارف .

- د. عزمي عبد الفتاح : أساس الإدعاء أمام القضاء المدني ١٩٩١ ، دار النهضة العربية .
- ..... : واجب القاضي في تحقق مبدا المواجهة ١٩٩٣/٩٣ ، دار النهضة العربية .
- د. علي تركي : نطاق القضية في الاستئناف ٢٠٠٩ ، دار النهضة العربية.
- د. سامح جابر البلتاجي : التصدي في الإجراءات الجنائية ٢٠٠٨ ، دار الفكر القانوني .
- د. سحر عبد الستار أمام : دور القاضي في الإثبات ٢٠٠٢ ، دار النهضة العربية .
- د. صلاح أحمد عبد الصادق : نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات، رسالة عين شمس ١٩٨٦ .
- د. طلعت دويدار : الطعن في حكم الإفلاس ٢٠٠٤ ، دار الجامعة الجديدة.
- ..... : تأجيل الدعوى ٢٠٠٣ ، منشأة المعارف .
- د. عاشور مبروك : النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ٢٠٠٨ دار الفكر القانوني .
- د. عبد المنعم الشرقاوي : نظرية المصلحة في قانون المرافعات، رسالة القاهرة، طبعة ١٩٤٧ .
- د. علي أبو عطية هيكل : الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات ٢٠٠٧ ، دار المطبوعات الجامعية .
- ..... : القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة .
- ..... : فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب ٢٠١٧ ، دار الجامعة الجديدة .
- د. علي الشيخ : الحكم الضمني ١٩٩٧ ، دار النهضة العربية .

- د. علي جمال الدين عوض: الإفلاس في قانون التجارة الجديد ٢٠١٠ ، دار النهضة العربية .
- د. فتحي والي : كتابات في قانون القضاء المدني والتحكيم ٢٠١٥ ، دار النهضة العربية .
- ..... : نظرية البطلان في قانون المرافعات قام بتحديثها د. أحمد ماهر زغلول : ١٩٩٧ ، دار النهضة العربية .
- د. كمال الدين أحمد عاطف : مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية والموضوعية، رسالة طنطا ٢٠١١ .
- د. محمد زكي أبو عامر : شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ٢٠١١ ، دار الجامعة الجديدة .
- د. محمد نور شحاته : نطاق النزاع في الاستئناف ١٩٩٨ ، دار النهضة العربية .
- ..... : الاستئناف الاستثنائي ١٩٩٥ ، دار النهضة العربية.
- د. محمود مصطفى يونس : نظرية الطعن المباشر في الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية ، ٢٠٠١ ، دار النهضة العربية .
- د. نبيل اسماعيل عمر : نطاق الطعن بالاستئناف في القانون المصري والفرنسي ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة .
- ..... : الدفع بعدم القبول ونظامه الاجرائي ١٩٨١ منشأة المعارف .
- ..... : الوسيط في الطعن بالاستئناف ٢٠١٥ ، دار الجامعة الجديدة .
- ..... : الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر ٢٠١٥ ، دار الجامعة الجديدة .
- ..... : الوسيط في الطعن بالنقض ٢٠١٥ ، دار الجامعة الجديدة .

- ..... : سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف  
٢٠٠٨ ، دار الجامعة الجديدة .
- ..... : فلسفة قانون المرافعات ١٩٧٨/١٩٧٩ .
- د. وجدي راغب : النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ١٩٧٤ ،  
منشأة المعارف .
- ٣- المقالات :
- د. أحمد خليل : التقاضي على درجة واحدة وعلى ثلاث درجات في القانون اللبناني،  
مجلة الحقوق ، العدد الأول والثاني ١٩٩٤ .
- د. أحمد مسلم : الاختصاص والموضوع في قضاء الأمور المستعجلة، مجلة القانون  
والاقتصاد، السنة ٣٠ العدد الأول مارس ١٩٦٠ .
- د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في  
الخصومة المدنية، مجلة المحامي الكويتية السنة التاسعة عدد أكتوبر ونوفمبر  
وديسمبر ١٩٨٦ .
- د. فايز محمد حسين : إطلالة تاريخية على دور القاضي والتنظيم القضائي في  
مصر الفرعونية وفي بلاد ما بين النهرين. ورقة عمل منشور بمؤتمر "دور القاضي  
في الخصومة" جامعة بيروت العربية ٢٠١٠ منشورات الحلبي الحقوقية .
- د. محمود هاشم : استفاد ولاية القاضي المدني ، المحاماة السنة ٦١ الأعداد ٣ ، ٤ ،  
٥ ، ٦ لسنة ١٩٨١ .
- د. هشام صادق : المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، المحاماة  
١٩٧٠ السنة ٥٠ ، العدد الخامس .
- د. وجدي راغب : دراسات في مركز الخصم ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية  
يناير ١٩٧٦ ، العدد الأول السنة الثامنة عشر .
- ٤- الدوريات ومجموعات الأحكام :
- المحاماة وتصدرها نقابة المحامين ، القاهرة .  
مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية .



مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس.

مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة .

مجلة المحامي الكويتية .

مجموعة أحكام النقض يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية.

مجموعة أحكام المحكمة العليا العمانية.

أولاً : باللغة الفرنسية :

١- المؤلفات العامة :

- CADIET (E.) : Droit judiciaire prive. Litee 1992.
- CORNU (G.) et FOYER (J): Procédure civile 3e éd Paris 1996.
- COUCHEZ (G.). LANGLADE (j.p) et LEBEAU (D.) : procédure civile. Dalloz 1998.
- GLASSON (E.), TISSIER (A.) et MOREL (R.): Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile T. III. 1929.
- JAPIOT (R.) Traité élémentaire de procédure civile et commerciale 1935.
- MOREL (R.) Traité élémentaire de procédure civile Sirey 1949.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.): Droit judiciaire privé T.I. introduction nations fondamentales organisation judiciaire éd 1961. T.II. la compétence. Sirey. 1973.
- VINCENT (j.) et GUINCHARD (S.): procédure civile 23e éd. Entièrement refondur. Dalloz 1994.
- VINCENT (j.), GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.) et VARINARD (A.) la justice et ses instutions 4e éd 1996.
- ٢- المؤلفات الخاصة والمقالات :
- ARCHER et GARREOU : focus sur la recevabilité des demandes nouvelles en appel gbfvd- avocat saux conseils com. / actualilalitesl 3 mars 2017.

- AUDE, DORANGE: reforme de la procédure d'appel: les nouveautés relatives à mise en état. <https://www.acluolites du droit.Fr.24moi 2017>.
- AUTEUR (M.H.): L'interprétation du jugement Dalloz étudiant 17 Septembre 2015.
- BAPTISTE – FOREST (j.): L'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel ou cour de l'économie processuelle. <http://ida paris.2.2016>.
- .....: L'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel. Le petitjuriste Fr.15novembre2014.
- BENABENT (A.): jugement Encyc. Dalloz. Pr. Civ. 1979.
- BLANC (E.) : les principes généraux de la nouvelle procédure civile j.c.p. 1973. 1. 2559.
- BOSQUST (Y.): jugements avant dire droit jur. Class. Pr. Civ. 1989. Fasc. 532.
- CAAATINL : L'article de l'indemnisation rapide des frais victimes d'accidents de la circulation Gaz Pal 1984. I. Dactr. 130.
- CLEMENT (A.L.L.): les exceptions de procédure dans le cadre du divorce. Les exceptions de latitudes et de Nullite. Lagbd. Org. 24-1-2017.
- CLOUDE – BASRARD: les incidents d'instance ch. 6. Sect. 3 portail droit social in 31-3-2014.
- DESPAQUIS (J.M): incident d'instance lexis 360 du 10 mars 2016.
- FERRAND (F.) : Appel. Janvier 1993. Pr. Civ. Dalloz.
- ..... : Appel: mars 1999 rép. Pr. Civ. Dalloz.
- ..... : exception au principe général du droit d'appel titre. 3. Évocation. Dalloz. Répertoire de. Pr. Civ.2. Nov. 2017.
- FOURCADE (j.p) : la connexité en procédure civile Thèse. Paris. 1938.
- FRICERO (N.): L'appel Nouveau arrive. <https://www.dalloz- aculolite fr. 19 avril 2018..>

- .....: L'appel nouveau arrive. Dalloz actualite 12 mai 2017.
- GENIN – MERIC (M.): prorgation de compétence jur, class. Pr. Civ. 1991 – Fasc. 212-2.
- GESICA – AUBE : le contredit et plus généralement le regles de competence in 14 mai 2017. <http://www.gesicaa rg/la-reforme-de- la – procedure – d'appel>.
- GILLIS (Y.): L'intervention en appel et l'évolution du litige Gaz Pal 1993. P. 1254.
- GIVERDON (C.) : competence Ency Dalloz 1978.
- HEBRAUD : effet de volutif et evocation Ro. Pp. ou colloque d'Aix – en – Provence 1963. P.141.
- JEGLOT – BRUN (j): le decret 891, du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompetence et a l'appel voie de reformation est-il arrive. <http://www.vavoctots boyonne arg>. 3 juillet 2017.
- LEGIER (G.) : L'intervention force en appel et évolution du litige art 555 Nov. c. pr. Civ. D.S. 1978. II. Chronique XXX. P.151.
- LOBIN (Y.) : action en justice jur. Class. Pr. Civ. 1987. Fasc. 126-2. Et Fasc. 126-3.
- LOISEL (M.) : emploi optimal de la notion d'évocation en procedure civile. J.c.p. 1971 Dact. N2432.
- M. CEDRAS : L'intervention forcée d'un cause d'appel et l'évolution du litige. <https://www.caur de cassation Fr>. 2005. 1877. No620-19361.
- MARRAN (G.): les de mandes nouvelles apres le décret du 6 mai 2017 <https://www.village-justice com>. 24 Novembre 2017.
- MARTIN (R.) : Le fait et le droit ou les parties et le juge j.c.p. 1974. Doctr. No2625.
- ..... : sur la notion de mayen j.c.p. 1976. Dactr. No 2768.
- MAYER (L.) : L'objet et les effets de l'appel Gaz Pal. Sepci. Dossier 25 Juill. 2017. P.77.

- ..... : Le nouvel appel du jugement sur la compétence Gaz Pal Sepci. Dassièr. 25 Juil. 2017 p.71.
- MEKKI (S.A.): l'appel en matière civile en marche vers un nouvel équilibre procedural Samaine juridique edition Générale No23-5-juin 2017. P.1109.
- MELIN (F.) : précisions sur le regime du renvoi et de ;a procédure en rectification d'erreur materielle. Dallez actualite éditions. D. 2018.
- MEURISSEC. (R.): effet dévolutif de l'appel ou évocation. D. 1953. Chron. P.127.
- MIGUET (j): Demande additionnelle jur. Class. Pr. Civ. 1995. Fasc. 127.
- .....: immutabilite et evolution du litige Thèse . Toulouse 1977.
- MOHAMED, ABO, EL-KHALEK- OMAR: la notion d'irrecevabilite en droit judiciaire privé Thèse Paris 1967.
- MOTULSKY (H.): La cause de la demande dans la delimitation de l'office du juge. D.1964. chron. P.253.
- .....: Le rapport entre l'effet d'évolutif de l'appel et l'évocation la jurispeudence récentes de la cour suprême. j.c.p. 1953. I. No1095.
- MOTULSKY (H.): Nouvelles reflexions sur l'effet devolutif de l'appel et l'évocation. j.c.p. 1958. I. 1423.
- NORMAND (j): appel ou contérdit la sanction du mouvois choix, R.T.D. civ. 1983. P.588.
- .....: Le juge et litige Thesé. L.G.D.J. 1965.
- PELLERIN (j.), MARIA (L.) et GUERRE (F.): la nouvelle procedure d'appel du décret No2017- 891 du 6 mai 2017 Gaz Pal Spec. Dossier. 25 Juill 2017. No28 p.78.
- PERDRIAN (A.): les dispositifs implicates de jugementes j.c.p. 1988 Doctr. No3352.
- PERROT (R.) : jegement Mixte la notion de jugement Mixte susceptible d'un apell immedial. R.T.D. civ. 1977 p.190.
- .....: l'effet de l'appel quant aux personnes Gaz Pal 1974. Dactr. P.411.

- PERROT (R.) ETISSOT (M.): les effets de l'appel l'ouverture quant aux personnes GazPal 1974. Dactr. P. 408.
- ROUBIER (p.): le droit et action en concurrence de layale R.T.D. civ. 1952. P.161.
- ROUSSE (j.p.) : demandes reconventionnelles forms pour la premiere fois en appel Gaz Pal 1976-2- Dact. P.619.
- ROYNAUD (P.): L'effet devolutif de l'appel et l'appelation d'une lois Nouvelle aux instance en cause. J.c.p. 1942-1. Dactr.
- SHEHEROZADE AQIL : consequences sur l'effet devolutif de l'appel www. Appreudre le droit fr. Pr. Civ. Du 3 a out 2017.
- SINAY (H.): compétence exclusive. J.c.p. 1985 doct. 1451.
- STRICKLER (Y.): L'appel en procedure civile <http://www.conseil-elat.Fr>.
- TISSIER (R.): le Centenaire du cade de procedure civile. R.T.D. civ. 1906. P.625.
- TOMOSIN (D.): Nullite des actes de procedure jur. Class. Pr. Civ. 1990-1994. Fasc. 138-3.
- TONY – MOUSSA : Bulletin d'information No620 du 01-06-2005. <https://www.corde-cassation.Fr/2005> – 1879. No620-19361.
- VINCENT (j.): action Ency. D. Pr. Civ. 1975. P.1.
- .....: Les dimensions nouvelles de l'appel en matire civile. D.S. 1973. I. chron. P.179.
- .....: Les effets de l'appel l'ouverture quant á l'objet du litige Gaz Pal 1974 juris p.404.
- VINCENT et Du RUSQUE : les effets de l'appel quant a l'objet du litige Gaz Pal 1974. Doctr. P.401.
- : الدوريات ومجموعات الأحكام :
- Bull. Civ :Bulletin des arrest des chambers de la cour de cassations française.
- D : recueil Dalloz de doctrine, de juris prudence el de legislation.

- D. S : recueil Dalloz sirey de doctrine de jurisprudence et de legislation .
- G.P. : Gazette du Palais
- J.C.P : juris – classeur périodique – semaine juridique.
- R.T.D.civ : Revue trimestrielle de droit civil .
  - : recueil general des lois et des arrêts Sirey.
- : المواقع الالكترونية :
- <http://www.acluolites> du droit. Fr.
- <http://www.avocats>.
- <https://www.Cour de Cassation>. Fr.
- <https://www.Conseil-etat>.Fr.
- <https://www.dollozaclualite>.Fr.
- <https://www-gesicaarg>.
- <http://www.idapris>.Fr.
- <https://www.village-justice.com>.

**قرينة الصحة الإجرائية**  
**دراسة في أحكام محكمة النقض المصرية**

الدكتور/ محمود مختار عبدالمغيث محمد  
مدرس قانون المرافعات المدنية والتجارية  
كلية الحقوق – جامعة حلوان





## المقدمة

### الاجراء القضائي الصحيح والاجراء القضائي الباطل :

للإجراء القضائي ضوابط ومقتضيات موضوعية وشكلية بحيث اذا راعي الاجراء هذه المقتضيات، أضحى اجراء صحيحاً، ورتب أثاره القانونية، وبمفهوم المخالفة اذا صدر الاجراء بالمخالفة لتلك المقتضيات، كان إجراء معيباً، ولا تترتب عليه أثاره التي حددها القانون<sup>1</sup>، فالإجراء الباطل هو اجراء خالف المقتضيات التي حددها القانون مخالفة تقضي لعدم ترتيب أثاره القانونية لو أنه تم صحيحاً، وهذه المقتضيات قد تكون مقتضيات موضوعية، وهي الإرادة والمحل والسبب، كصدور الاجراء من خصم لم تتعد له الأهلية الإجرائية، وقد تكون مقتضيات شكلية<sup>2</sup>.

### آليات الحد من بطلان الإجراءات القضائية :

التمسك ببطلان الاجراءات القضائية لمخالفتها للمقتضيات الموضوعية والشكلية علي اطلاقها قد يؤدي لنتائج تتنافي مع العدالة تأسيسا علي أن المشرع ينظم الاجراءات القضائية ويحدد لها أشكال معينة، إلا أن هذه الاجراءات وهذه الشكليات ليست هدفاً في ذاتها، وإنما مجرد وسيلة لتحقيق هدف الخصومة القضائية القائم علي حماية الحقوق الموضوعية<sup>3</sup>. وعليه، الحكم بالبطلان علي كل مخالفة اجرائية ولو كانت ضئيلة قد يهدر الحقوق الموضوعية التي تقرررت الإجراءات أصلا لحمايتها.

لذلك تتعدد الاليات التي تعول عليها المحكمة للحد من التمسك ببطلان اجراءات التقاضي ضمانا لصحة الحكم الصادر في الدعوي، وعدم اثاره الطعون التي تؤسس علي عدم صحة الإجراءات، والتي تتال من هذا الحكم، وبعض هذه الاليات ينص عليها القانون، كألية تصحيح الإجراء الباطل، والمنصوص عليها في المادة ٢٣ من

<sup>1</sup> د/فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ٢٠٠٩، دار النهضة العربية، بند ٢٤٦، ص٣٩٩، د/علي بركات، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، بند٧٦، ص٢٧٠

<sup>2</sup> د/فتحي والي، مرجع سابق، بند ٢٤٦، ص٤٠٠، د/علي بركات، مرجع سابق، بند٧٦، ص٢٧١

<sup>3</sup> د/علي بركات، مرجع سابق، بند٧٦، ص٢٧١

قانون المرافعات<sup>١</sup>، وألية تحول الاجراء الباطل، والتي نصت عليها المادة ١/٢٤ من قانون المرافعات، وغيرها من الوسائل الأخرى التي ينص عليها قانون المرافعات<sup>٢</sup>.  
والبعض الآخر من هذه الاليات ينص عليه قانون آخر غير قانون المرافعات، وتضطلع محكمة النقض بمهمة ايضاح مفهومه ونطاق تطبيقه وكيفية إعماله استنادا إلي أنها المحكمة الأعلى درجة في القضاء، والتي تضطلع بمهمة تبني القواعد والمبادئ القانونية في المنازعات والدعاوي التي يختص بنظرها القضاء العادي. ومن ذلك، قرينة صحة الإجراءات القضائية، ووفقا لها "الأصل في الإجراءات أنها روعيت صحيحة، وعلى من يدعى مخالفتها إقامة الدليل على ذلك"<sup>٣</sup> أو "الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما أثبتت سواء في محضر الجلسة أو في الحكم - إلا بطريق الطعن بالتزوير"<sup>٤</sup>.

### موضوع الدراسة :

يتناول الباحث في هذه الدراسة أحد الأليات المعول عليها للحد من بطلان الاجراءات القضائية، وهي ألية قرينة صحة الاجراءات، و التي ورد النص عليها بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون حالات واجراءات الطعن بالنقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بقولها "الأصل اعتبار أن الإجراءات قد روعيت في أثناء نظر الدعوي، ومع هذا فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت ما لم تكن مذكورة في محضر الجلسة أو في الحكم، فإذا ذكر في أحدهما أنها اتبعت، فلا

---

١ تنص المادة ٢٣ علي أنه " يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان علي أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعادا مناسباً لتصحيحه ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه"، د/نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، بدون سنة نشر، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص١٨  
٢ تنص المادة ١/٢٤ مرافعات علي أنه "إذا كان الإجراء باطلا وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحا باعتباره الإجراء الذي توفرت عناصره".  
٣ طعن مدني رقم ٦٩١ لسنة ٨٦ق، جلسة ١١/٨/٢٠٠٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :  
أيضا، انظر الطعن المدني رقم ١٠٨٨ لسنة ٤٨ق، جلسة ١٩٨٤/٥/٢٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، وفيه قضت محكمة النقض بأن " الأصل في الإجراءات أن تكون قد روعيت و علي من يدعى أنها خولفت أن يقيم الدليل علي ما يدعيه".  
٤ د/أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشر، منشأة المعارف الاسكندرية، بند

يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير<sup>1</sup>. وهو ما أخذت به محكمة النقض في العديد من الأحكام الصادرة عنها، فالأصل العام أن الاجراءات القضائية صحيحة ما لم يقدّم الدليل علي عكس ذلك.

### أهمية موضوع الدراسة :

لموضوع قرينة صحة الاجراءات القضائية أهمية، تتجلي مظاهرها من ناحيتين أحدهما أهمية نظرية، والأخرى أهمية عملية، وذلك علي النحو الآتي :

**أولا - الأهمية النظرية :** بيان مفهوم قاعدة الأصل في الاجراءات أنها روعيت من حيث التعريف بها، وأساس هذه القرينة، وموقف كل من القانون والفقهاء والقضاء منها، وتمييزها عن غيرها من المصطلحات الأخرى، وطبيعتها، والخصائص التي تتميز بها، وعناصرها.

علاوة علي بيان نطاق هذه القاعدة من حيث بيان التطبيقات القضائية التي ذكرتها محكمة النقض للتدليل عليها سواء التطبيقات المتعلقة بمرحلة الخصومة حتي صدور الحكم، ونظيرتها المتعلقة بمرحلة ما بعد صدور الحكم.

**ثانيا - الأهمية العملية :** لموضوع الدراسة أهمية عملية تتجلي مظاهرها في بيان كيفية تقديم الدليل علي عدم صحة الاجراءات، وخاصة أن محكمة النقض أقامت تفرقة هامة بين حالة عدم نص القانون علي ذكر الاجراء في محرر، وحالة النص علي عكس ذلك، فقد يرد ذكر الاجراء القضائي في محضر الجلسة، أو ورقة الحكم المنهي للدعوي، وهو ما يستتبع مباشرة اجراءات الطعن بالتزوير لتقديم الدليل علي عدم اتباع الاجراءات، وإلا تقضي المحكمة بعدم قبول الادعاءات لعدم اتباع الاجراءات التي رسمها القانون.

### أسباب اختيار موضوع الدراسة :

يرجع اختيار الباحث لموضوع قرينة صحة الاجراءات لعدة أسباب، منها :

<sup>1</sup> القانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية وقانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض، دخل حيز التنفيذ في الأول من أكتوبر ٢٠٠٧

١- ايضاح دور هذه القرينة في الحفاظ علي صحة الاجراءات، والحد من التمسك ببطلانها، والذي لا يقل عن دور الاليات التي ينص عليها قانون المرافعات، كألية تحقق الغاية من الاجراء الباطل (المادة ٢٠ مرافعات)، وألية تصحيح الاجراءات الباطلة (المادة ٢٣ مرافعات)، وألية تحول الاجراء الباطل (المادة ٢٤ مرافعات)<sup>١</sup>.

٢- بيان الصعوبات العملية التي تعترض الخصم لاثبات عكس هذه القرينة، لأن تقديم الخصم الدليل علي بطلان الاجراء قد يصطدم ببعض الصعوبات العملية، كصعوبة تحقق الغاية من الاجراء الباطل، وصعوبة الدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام.

٣- ندرة المراجع العلمية التي تناولت قاعدة الأصل في الاجراءات أنها روعيت، فلا تتعرض هذه المؤلفات لهذه القاعدة إلا في حدود بيان المقصود منها وكيفية اثبات العكس في ضوء أحكام محكمة النقض المستقرة في هذا الشأن.

#### **منهج الدراسة :**

دراسة هذا الموضوع تعتمد علي المنهج التأصيلي كمحاولة لرد تطبيقات قرينة صحة الاجراءات لأصل واحد، هذا من ناحية أولي، وعلي المنهج التحليلي كمحاولة لتحليل الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض في هذا الخصوص من ناحية أخرى.

#### **خطة الدراسة :**

تتقسم خطة الدراسة لفصلين، ويسبقهم مبحث تمهيدي:

#### **مبحث تمهيدي – ماهية قرينة صحة الاجراءات**

#### **المطلب الأول – مفهوم قرينة صحة الاجراءات**

الفرع الأول – المقصود بقرينة صحة الاجراءات

الفرع الثاني – أهمية قرينة صحة الاجراءات وخصائصها

#### **المطلب الثاني – تطبيقات قرينة الصحة في فروع القانون الأخرى**

الفرع الأول – التطبيقات المعمول بها في القانون المدني

<sup>١</sup> د/محمد ابراهيم، تعليق علي حكم محكمة النقض في عدم الغلو في الشكل، المجلة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٠، ص ١٢١

الفرع الثاني – التطبيقات المعمول بها في قانون الاثبات  
الفرع الثالث – التطبيقات المعمول بها في القانون الجنائي

### الفصل الأول – نطاق قرينة صحة الاجراءات

#### **المبحث الأول – تطبيقات قرينة الصحة أمام محاكم القضاء المدني**

المطلب الأول – اجراءات رفع ونظر الدعوي  
المطلب الثاني – اجراءات صدور الحكم في الدعوي  
المطلب الثالث – اجراءات الطعن علي الحكم  
المطلب الرابع – اجراءات التنفيذ الجبري للحكم  
المطلب الخامس – مدي سريان قرينة الصحة علي الاجراء المنعدم والاجراء  
التنظيمي

#### **المبحث الثاني – تطبيقات قرينة الصحة أمام المحاكم المتخصصة وغيرها**

المطلب الأول – تطبيقات قرينة صحة الإجراءات أمام محاكم الأسرة  
المطلب الثاني – تطبيقات قرينة صحة الإجراءات أمام المحاكم الاقتصادية  
المطلب الثالث – تطبيقات قرينة صحة الإجراءات أمام القضاء الجنائي

### الفصل الثاني – نقض قرينة صحة الاجراءات

#### **المبحث الأول – الإجراءات الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم**

المطلب الأول – الإجراءات القضائية الثابتة بمحضر الجلسة  
المطلب الثاني – الإجراءات القضائية الثابتة بالحكم  
المطلب الثالث – الطعن بالتزوير

#### **المبحث الثاني – الإجراءات غير الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم**

المطلب الأول – إقامة الدليل علي المخالفة الإجرائية  
المطلب الثاني – سلطة المحكمة في بحث الدليل

## مبحث تمهيدي ماهية قرينة صحة الإجراءات

### تمهيد وتقسيم :

في نطاق القضايا والمنازعات غير الجنائية، يستند قضاء محكمة النقض علي قاعدة الأصل في الاجراءات أنها روعيت لاثبات صحة الاجراءات، وضمان ترتيب الإجراء القضائي لأثاره التي حددها القانون، وهو ما يستلزم التعرض لمفهوم قرينة صحة الاجراءات من حيث بيان التعريف بها، والخصائص التي تتميز بها، والآثار المترتبة علي الأخذ بها في نطاق الاجراءات القضائية، وما هو أساس هذه القرينة القضائية، وموقف التشريعات المختلفة منها، وهو ما سيكون موضوع المطلب الاول من هذا المبحث.

بينما نتناول في المطلب الثاني تطبيقات قرينة الصحة في فروع القانون الأخرى.

### المطلب الأول – مفهوم قرينة صحة الإجراءات

### المطلب الثاني – تطبيقات قرينة الصحة في فروع القانون الأخرى

#### المطلب الأول

#### مفهوم قرينة صحة الإجراءات

### تمهيد وتقسيم :

لبيان مفهوم قرينة صحة الاجراءات مقومات عديدة، منها تحديد المقصود بهذه القرينة القضائية، والأساس الذي تنهض عليه، علاوة علي الآثار المترتبة علي أعمال هذه القرينة في نطاق الاجراءات القضائية، وهو ما سيكون محل دراسة الفرع الأول من هذا المبحث. بينما نخصص الفرع الثاني لبيان خصائص هذه القرينة وأهميتها، وموقف التشريعات المقارنة منها.

### الفرع الأول – المقصود بقرينة صحة الإجراءات

### الفرع الثاني – أهمية قرينة صحة الإجراءات وخصائصها

## الفرع الأول

### المقصود بقرينة صحة الإجراءات

#### ماهية قرينة صحة الإجراءات ١ :

يقصد بهذه القرينة أن صحة الاجراءات القضائية تستند لأصل عام، مفاداه أن الاجراءات التي قام بها الخصوم، أو التي صدرت عن المحكمة، أو التي قام بها أعوان المحكمة صحيحة، وترتب آثارها القانونية، أي أن الاجراءات القضائية تمت

<sup>1</sup> القرينة هي "عملية استنباط عقلي من أمارات مستمدة من ظروف الحال أو الواقع بقصد تكوين عقيدة القاضي"، انظر د/أسامة المليجي، نظام الإثبات والمقارنة بين الإثبات في المواد المدنية وبين الإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، بند ١٠٨، ص ١٢٠، د/سيد أحمد محمود، إقامة الدليل أمام القضاء المدني، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، بدون دار نشر، ص ١٣٠ والقرينة وسيلة من وسائل الإثبات غير المباشرة، لكونها استنباط أمر مجهول من أمر معلوم بعملية استنتاج عقليه تتفق مع المنطق السليم والخبرة الإنسانية، أو هي استنتاج واقعة لا دليل عليها من واقعة قام الدليل عليها.

ونظمت أحكام قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ القران كأحد وسائل الإثبات في نطاق المسائل المدنية والتجارية، وذلك بالمواد ٩٩، ١٠٠ حيث تنص المادة ٩٩ علي أن " القرينة القانونية تعني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك". وتقرر المادة ١٠٠ " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القران إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

القران نوعان: قانونية وقضائية، والقران القانونية نوعان: قران قاطعة وقران غير قاطعة.القران القضائية: لم ينص عليها القانون، بل ترك أمر استخلاصها للقاضي، وضابط التمييز بينهما يرجع لمصدر القرينة، فإذا نص القانون علي القرينة في مسألة ما أيا كانت طبيعتها، في هذه الحالة تكون القرينة قانونية. أما اذا استقرت القرينة بأحكام القضاء، ففي هذه الحالة تعد القرينة قضائية.

وفي كافة الأحوال، تقبل القرينة اثبات العكس سواء كانت قرينة قضائية أم قرينة قانونية ما لم ينص القانون علي غير ذلك.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه "تضع المادة ١٣ من قانون الإثبات قرينة قانونية مفادها اعتبار الصورة الرسمية من الحكم - خطية كانت أو ضوئية - حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل متى تبين عدم وجوده والتي يختلف مفهومها ونطاق تطبيقها عن الإجراءات التي استنتجها الشارع في شأن الأحكام المزيلة بصيغة التنفيذ الجائر تنفيذها جبراً ذلك أن هذا الحكم لا يقدم للتنفيذ باعتباره دليل كتابي على وجود الحق المطلوب اقتضاؤه وإنما كشرط ضروري للتنفيذ يكتمل به مقومات وجود السند التنفيذي وصحة إجراءات التنفيذ". طعن مدني رقم ١٢٧٨ لسنة ٦٧ق، جلسة ١١/٧/١٩٩٨، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/All/Cassation\\_Court\\_All\\_Case.s.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Case.s.aspx)

أيضاً، الطعن المدني رقم ٢٥٢٢ لسنة ٦٢ق، جلسة ١٧/٥/١٩٩٨، وفيه قضت محكمة النقض بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مودى نص المادتين ١٣٦، ١٣٧ من القانون المدني أن المشرع قد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للدين سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في سند الدين. فإن ذكر فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله، وإن ادعى المدين أن السبب المذكور في السند غير صحيح أو أنه سبب صوري كان عليه أن يقيم الدليل على ذلك".

وفقا لنص القانون المنظم لها، وتمت علي نحو صحيح، وتضمنت المقتضيات الموضوعية والشكلية اللازمة.

إلا أن هذه القرينة الإجرائية تقبل اثبات العكس، شأنها في ذلك شأن سائر القرائن باعتبارها أحد طرق الإثبات المنصوص عليها قانونا، أي يجوز لكل ذي مصلحة أن يقدم الدليل علي بطلان الاجراءات، أو علي أن هذه الاجراءات قد اهملت أو خولفت. وهو ما عبرت عنه محكمة النقض بقضائها أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت، أو أن الأصل في الإجراءات الصحة، ومن يدعي العكس، يتحمل عبء اثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، ما لم يكن الاجراء ورد في محضر الجلسة أو الحكم الصادر في الدعوي، فيكون طريق اثبات العكس دعوي التزوير<sup>1</sup>.

وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون حالات واجراءات الطعن بالنقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بقولها "الأصل اعتبار أن الإجراءات قد روعيت في أثناء نظر الدعوي، ومع هذا فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات قد اهملت أو خولفت، ما لم تكن مذكورة في محضر الجلسة أو في الحكم، فإذا ذكر في أحدهما أنها اتبعت، فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير"<sup>٢</sup>.

### أساس قرينة صحة الإجراءات :

يقصد بأساس قرينة صحة الاجراءات المصدر الذي ترجع إليه هذه القرينة، فالقرينة قد تكون قرينة قانونية إذا كان القانون ينص عليها، وقد تكون قرينة قضائية إذا لم ينص القانون عليها، بل ترك أمر استخلاصها للقاضي في ضوء ظروف الدعوي

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٦٩١ لسنة ٨٦ق، جلسة ٢٠٠٠/١١/٨، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أيضا، انظر الطعن المدني رقم ١٠٨٨ لسنة ٤٨ق، جلسة ١٩٨٤/٥/٢٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، وفيه قضت محكمة النقض بأن " الأصل في الإجراءات أن تكون قد روعيت و علي من يدعي أنها خولفت أن يقيم الدليل علي ما يدعيه".

<sup>2</sup> أجري المشرع المصري تعديلات كثيرة لهذا النص، كان آخرها التعديل الصادر بالقانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية وقانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض، والذي دخل حيز التنفيذ في الأول من أكتوبر ٢٠٠٧، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ تابع، الصادر في ٣١ مايو ٢٠٠٧



وملابساتها، وهو ما ينطبق علي قرينة صحة الإجراءات؛ لأن أساس هذه القرينة يتباين تبعاً لطبيعة المسألة القانونية، وما إذا كانت مسألة جنائية أم مسألة غير جنائية. فإذا كانت المسألة جنائية، فإن أساس قرينة صحة الإجراءات نص القانون، وهو نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون حالات واجراءات الطعن بالنقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ المستبدلة بالقانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٧ (الفرقة السادسة)، وذلك في الباب الثاني المعنون بالطعن في المواد الجنائية.

وجدير بالذكر أن عبارة نص المادة ٢/٣٠ حصرت الإجراءات التي تعد صحيحة مالم يثبت العكس في الإجراءات المتصلة بنظر الدعوي، وهي الإجراءات المتبعة أمام المحكمة المختصة، أي اجراءات تحقيق الدعوي والفصل فيها، وبمفهوم المخالفة، لا تمتد هذه القرينة الإجرائية لتشمل اجراءات أخرى ولو كانت تتصل بذات الدعوي، كإجراءات رفع وتحريك الدعوي، والاجراءات المتبعة لتنفيذ الحكم الفاصل في الدعوي الجنائية، والإجراءات المتبعة لرفع الطعن علي هذا الحكم. إلا أن محكمة النقض وسعت من نطاق هذه القرينة الإجرائية، وتبنت قاعدة الأصل في الإجراءات الصحة أي كانت طبيعة الإجراء القضائي، وأي كانت طبيعة المرحلة التي تمر بها الدعوي، يستوي في ذلك اجراءات رفع وتحريك الدعوي الجنائية بمعرفة النيابة العامة، واجراءات نظر وتحقيق الدعوي الجنائية بمعرفة المحكمة الجنائية المختصة، واجراءات اصدار الحكم، واجراءات الطعن عليه بطرق الطعن المنصوص عليها في القانون.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف الثابت منها الا بطريق الطعن بالتزوير وإذ كان الطاعن لم يسلك هذا السبيل في خصوص ما أثبت بإذن التفقيش من أن الأستاذ ..... قد أصدره بناء على انتداب الأستاذ ..... رئيس النيابة له في ذلك. فإن الإذن بالتفقيش يكون قد صدر صحيحاً ممن يملك إصداره"<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ٢٥٦٤٩ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٦، المكتب الفني س٤٧، الجزء الأول، ص١٣٦٢

أيضا، قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحية وأن المحقق يباشر أعمال وظيفته في حدود اختصاصه وكان النعي بإنكار تحرير كل محضر الضبط وإذن التفتيش وصدوره من المختص لغموض توقيعه عليه واردا في حقيقته على مجرد شكل التوقيع في حد ذاته فإنه لا يعيب المحررين - بفرض صحته - ما دام موقعاً على كل منهما فعلاً".<sup>1</sup>

أما إذا كانت المسألة غير جنائية، كالمسائل المدنية والتجارية والعمالية والاحوال الشخصية وغيرها، فلم يورد قانون المرافعات المنظم للطعن بالنقض - من حيث حالاته واجراءات رفع الطعن ونظره والفصل فيه - أي إشارة لهذه القاعدة الأصولية علي الرغم من أهميتها في اثبات صحة الاجراءات القضائية، إلا أن محكمة النقض جرت أحكامها علي تبني هذه القاعدة الأصولية في نطاق المسائل غير الجنائية، وأوردت تطبيقاتها في المراحل المتعاقبة للدعوي غير الجنائية سواء مرحلة رفع وقيد صحيفة الدعوي بقلم كتاب المحكمة، مروراً بمرحلة نظر وتحقيق الدعوي بمعرفة المحكمة المختصة، وانتهاءً بمرحلة الحكم المنهي للدعوي، واجراءات تنفيذه جبراً.

فإذا أخذ المشرع المصري بهذه القرينة في نطاق المسائل الجنائية، ولم ينص عليها في نطاق المسائل غير الجنائية، إلا أن محكمة النقض لا تدع فرصة إلا وتؤكد علي أن الأصل أن الإجراءات روعيت ما لم يقم الدليل علي غير ذلك. أي أن أساس قرينة صحة الإجراءات في نطاق دعاوي غير الجنائية أحكام محكمة النقض التي

---

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ١٦٤٠٤ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٩٩٦/١٢/١١، المكتب الفني س٤٧، الجزء الأول، ص١٣٠٨، أيضاً انظر حكم محكمة النقض الصادر بجلسة ١٩٩٦/١٠/١٧، وفيه قضت "لما كان ما يثيره الطاعنه بشأن استعانة وكيل انيابة المحقق بكاتب تحقيق دون أن يفصح عن هويته أو الأسباب التي دعتة إلى ندبه ، مردوداً بأن الأصل في الإجراءات الصحية ويجوز في حالة الضرورة ندب كاتب التحقيق المختص لتدوين محضر التحقيق ، وخلو محضر التحقيق من بيان الظروف التي دعت النيابة إلى ندب غير الكاتب المختص لا ينفي قيام الضرورة إلى ندب غيره وتقدير هذه الضرورة موكول لسلطة التحقيق تحت اشراف محكمة الموضوع ومتى كانت المحكمة قد أقرت سلطة التحقيق على هذا الإجراء ، وكانت الطاعنة لا تدعى أن محضر التحقيق لم يتضمن بياناً بهوية الكاتب أو أن ما ورد بهذا المحضر يخالف الحقيقة فإن معناها في هذا الصدد يكون غير قويم"، طعن جنائي رقم ٢٠٣٣٦ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٩٩٦/١٠/١٧، مكتب فني س ٤٧، الجزء الاول، ص١٠٤٧

ترسي المبادئ والقواعد القانونية واجبة التطبيق، وهو ما يطلق عليه الأساس القضائي لقرينة صحة الإجراءات.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر - في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت وعلى من يدعى مخالفتها إقامة الدليل على ذلك، ولا يجوز للخصم أن يحدد ما أثبت بورقة الحكم أو بمسودته من بيانات الا بطريق الطعن التزوير، وكان الثابت من النسخة الأصلية للحكم المطعون فيه أنه صدر بعد المداولة فلا يجدى الطاعنة الادعاء بخلاف ذلك طالما لم تسلك سبيل الطعن بالتزوير"<sup>1</sup>.

وهو ذات ما جاء به حكمها الصادر في ٢٠١٣/٢/١٤، فقضت بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن كل ما أوجبه القانون في المادة ١٦٦ وما بعدها من قانون المرافعات هو وجوب صدور الحكم بعد المداولة، وأن الأصل هو صحة الإجراءات وعلى ما يدعى أنها خولفت إقامة الدليل على ما يدعيه"<sup>2</sup>.

كما قضت محكمة النقض بأنه " من المبادئ الأصلية في النظام القضائي أن المرافعة قد تكون شفوية أو بمذكرات مكتوبة و أن الخصوم إذا طلبوا من المحكمة الإستماع إلى مرافعتهم فلم تمكنهم من ذلك فإنها تكون قد أخلت بحقهم في الدفاع،

---

<sup>1</sup> جلسة ١٤ فبراير سنة ١٩٩٩، الطعن رقم ٥٠٢٥ لسنة ٦٢ ق، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أنظر أيضاً، الطعن المدني رقم ١٥٥٨ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٩٨٢/٦/١٠، وفيه قضت محكمة النقض بأنه "إذ كان الثابت أن محكمة أول درجة قد ضمت دعوى الطاعن بطلب تعديل قرار لجنة تحديد الإجراءات إلى دعوى المطعون ضده الأول بطلب الإخلاء ليصدر فيها حكم واحد، و لما كانت المادة ١٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد نصت على أن يلحق بتشكيل المحكمة الابتدائية التي تنتظر الطعون على قرارات لجان تحديده الأجرة مهندس معمارى أو مدنى، فإن ورود اسم هذا المهندس في ديباجة الحكم الابتدائي ضمن تشكيل هيئة المحكمة لا يعدو أن يكون إلتزاماً بنص المادة المشار إليها و لا يدل في حد ذاته على أنه قد إشتراك في المداولة أو أنه حضرها في دعوى الإخلاء أو في المسائل الأولية السابقة على تقدير الأجرة في دعوى الطاعن، بل أن الثابت في صدر مدونات الحكم الابتدائي أن المداولة تمت وفقاً للقانون، هذا إلى أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت، و ليس في الأوراق ما يدل على خلاف ذلك".

<sup>2</sup> طعن مدني رقم ١٠١٦٦ لسنة ٧٨ ق، جلسة ٢٠١٣/٢/١٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

والأصل في الإجراءات أنها روعيت و على المتمسك بعدم حصول المرافعة أن يقدم دليله"<sup>١</sup>.

وجدير بالذكر أن الأساس القضائي لقرينة صحة الإجراءات هو الأصل لهذه القاعدة الإجرائية سواء كان مجال تطبيقها المسائل الجنائية أو المسائل غير الجنائية استناداً لدور محكمة النقض في إرساء المبادئ والقواعد القانونية التي تسهم في فض المنازعات والقضايا، فقد أخذت محكمة النقض بقرينة صحة الإجراءات قبل صدور قانون حالات واجراءات الطعن بالنقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩، والذي نص علي هذه القرينة في الفقرة الثانية من المادة ٣٠ علي النحو السابق ايضاحه، فعلي سبيل المثال، بجلسة ١٥ ديسمبر ١٩٥٨، قضت محكمة النقض بأن "الأصل في إجراءات المحاكمة اعتبار أنها روعيت، فلا يعيب الحكم أن يكون دفاع المتهم غير مدون بالتفصيل في محضر الجلسة، و إذا كان المتهم يهمله بصفة خاصة تدوين أمر في محضر الجلسة فهو الذي عليه أن يطلب صراحة إثباته به، فإن هو لم يفعل فليس له أن يثير ذلك أمام محكمة النقض"<sup>٢</sup>.

ثم، يأتي دور المشرع المصري لتقنين هذه المبادئ والقواعد القانونية المستقرة قضائياً لتصبح نصوص قانونية ملزمة لكافة المحاكم التابعة لقضاء الدولة، وبصرف النظر عن الدرجة التي تتبعها.

### **فلسفة قرينة صحة الإجراءات :**

تستند قرينة صحة الإجراءات علي فلسفة خاصة بها، مفادها أن اثبات صحة اجراءات التقاضي ينهض علي دعامتين، هما :

**الدعامة الاولى :** الأصل العام أن الاجراءات تمت صحيحة، أي أن القاعدة في نطاق الاجراءات القضائية أن الاجراء وقع فعلاً هذا من ناحية أولي، ووقع صحيحاً وليس باطلاً هذا من ناحية أخري. فالأوراق المثبتة لإجراءات المرافعات متعددة، فمنها ما

---

1 طعن مدني رقم ١٩٢٥ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٤/٥/٩، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

2 طعن جنائي رقم ١٣٠٠ لسنة ٢٨ق، جلسة ١٩٥٨/١٢/١٥، المكتب الفني السنة التاسعة، الجزء الثالث، ص ١٠٨١

يخص المرحلة السابقة علي رفع الدعوي كالإنذارات والتنبيهات، ومنها ما ترفع به الدعوي كصحيفة افتتاح الدعوي وصحيفة الطعن، ومنها ما يصدر أثناء سير الخصومة كمحاضر التحقيق وتقارير الخبراء، ومنها ما تختتم به الخصومة كالأحكام، ومنها ما يباشره الخصوم بعد انتهاء الخصومة كإعلان الحكم. وعلي الرغم من تنوع الأوراق القضائية، إلا أنه يجمعها خاصية أنها أوراق شكلية، وخاصية أنها محررات رسمية.

**أ- خاصية الشكلية :** تحرر ورقة المرافعات وفقا للأوضاع التي يتطلبها القانون، ويجب أن تتضمن البيانات التي ينص عليها القانون بحيث يجب أن تدل الورقة بذاتها علي استكمالها لشروط صحتها، فلا يجوز تكملة النقص الوارد في بيان من بيانات الورقة بدليل آخر يستمد من ورقة أخرى<sup>١</sup>.

**ب - خاصية الرسمية :** تحرر ورقة المرافعات بواسطة موظف عام مختص، وبالتالي تكون حجة بما أثبتته فيها من بيانات عن أمور باشرها بنفسه أو وقعت أمامه من ذوي الشأن، فلا يجوز إثبات ما ينافيها إلا عن طريق الإدعاء بالتزوير<sup>٢</sup>. أيضا، القاعدة العامة هي قانونية الشكل، أي أنه يجب أن يتم العمل الاجرائي وفقا للوسيلة التي يحددها القانون، وليس وفقا للوسيلة التي يختارها من يقوم به<sup>٣</sup>. وإذا لم يحدد المشرع شكل العمل الاجرائي، فلا يعني ذلك عدم الالتزام به، وإنما يترك تحديد هذا الشكل وفقا للقواعد المستقرة عملا في مثل هذه الأحوال، وفي ضوء ما يقتضيه مضمون العمل الاجرائي<sup>٤</sup>.

كما أن الشكل لازم لصحة العمل الاجرائي، وليس لاثبات القيام بهذا العمل، ولهذا اذا كان العمل معيباً بعيب شكلي، فلا يجوز تكملة هذا النقص عن طريق الاثبات. فعلي سبيل المثال، اذا لم يبين المحضر في ورقة الاعلان قيامه باجراءات الاعلان التي

---

<sup>١</sup>د/أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠١٠، بند ٣٤٦، ص ٥٥٠

<sup>٢</sup>د/أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند ٣٤٧، ص ٥٥٢

<sup>٣</sup> د/فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، بند ٢٢٥، ص ٣٥٨

<sup>٤</sup> د/فتحي والي، مرجع سابق، بند ٢٢٥، ص ٣٥٨

ينص عليها قانون المرافعات، فلا يجوز احالة الامر إلى التحقيق لاثبات أنه قد قام فعلا بهذه الاجراءات<sup>1</sup>.

**الدعامة الثانية :** اثبات عدم مباشرة الاجراء، أو اثبات مباشرته علي نحو غير صحيح، ويفترض ذلك أن الخصم يدعي عدم القيام بالإجراء أو يدعي أن الاجراء تم علي نحو غير صحيح قانوناً. وقد أجرت محكمة النقض تمييزاً بين الاجراء الثابت بمحضر الجلسة أو بالحكم، وبين الاجراء غير الثابت بأحدهما من حيث طريق اثبات عدم القيام بالإجراء أو القيام به علي نحو غير صحيح.

فإذا كان الاجراء ثابت بمحضر الجلسة او بالحكم، فإنه لا يقبل اثبات عدم القيام به أو اثبات عدم صحته إلا بطريق الطعن بالتزوير علي أساس أن المدعي ينال من صحة محرر رسمي. أما إذا لم يكن الاجراء ثابت بمحضر الجلسة أو بالحكم، فإنه يجوز للخصم اثبات ما يدعيه بكافة طرق الاثبات المنصوص عليها قانوناً<sup>2</sup>.

ولا يجوز الأخذ بقريضة صحة الإجراءات إذا كان القانون يتطلب أن تتضمن أوراق الإجراءات بيانات معينة ، وإلا كانت باطلة يستوي في ذلك أن يكون هذا الإجراء صحيفة دعوي أم ورقة إعلان أم محضر جلسة أم محضر تحقيق أم النسخة الأصلية للحكم<sup>3</sup>، ففي مثل هذه الأحوال، يجب أن تتضمن ورقة الإجراء البيانات والخطوات التي يفرضها القانون، ولا يفترض أنها روعيت، أي لا يجوز القول بأن الشكل أو الإجراء تم احترامه أو مراعاته إلا بإثباته في المحرر علي نحو ما أراده المشرع<sup>4</sup>.

لذلك، خلو الورقة الإجرائية من بيان يفيد احترام الشكل أو البيان الذي تطلبه المشرع يعد دليلاً علي عدم مراعاة هذا الشكل أو البيان، ويقع عبء اثبات مراعاته علي من قام بالعمل أو الإجراء القضائي، فعلي سبيل المثال، بيانات محضر إعلان أوراق

<sup>1</sup> د/فتحي والي، مرجع سابق، بند ٢٢٥، ص ٣٥٨

<sup>2</sup> د/محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، دار النهضة العربية، بند ٢٤، ص ٤٢

<sup>3</sup> د/أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الطبعة الثامنة، بدون سنة نشر، ص ٣٣٢

<sup>4</sup> د/أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٣٢، د/محمد سليمان الرشيدى، النظرية العامة للجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٦٨

المحضرين، والخطوات التي قام بها المحضر لتسليم ورقة الاعلان لجهة الإدارة، فالمادة ٣/١١ مرفعات تؤكد علي أنه إذا لم يجد المحضر أحدا في موطن المعلن إليه أو وجد شخصاً لا يجوز تسليم الإعلان إليه أو امتنع من وجده عن استلام الإعلان أو عن ذكر اسمه أو صفته أو امتنع عن التوقيع علي الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة، فإنه يجب علي المحضر أن يثبت كل ذلك في محضر، ثم ينتقل بعد ذلك إلي جهة الإدارة لتسليم صورة الإعلان في نفس اليوم، وبيان جميع الخطوات التي اتبعتها المحضر في سبيل اتمام الاعلان، وإثبات ذلك في أصل الاعلان وصورته، ويترتب علي اغفاله بطلان الإعلان<sup>١</sup>.

أيضا، بيان كافة اجراءات الاثبات في محضر، كمحضر التحقيق أو المعاينة أو الاستجواب أو سماع الشاهد، وهو ما أخذت به محكمة النقض بخصوص إخطار الخبير للخصوم بالجلسة المحددة لمباشرة المأمورية المسندة، فلم يوجب قانون الاثبات إرفاق الخبير بإصال الخطابات الموصي عليها بمحضر الأعمال التي يقوم بها طالما أنه أثبت إخطار الخصوم بهذا المحضر.

وعليه، قضت محكمة النقض بأن " الأصل في الإجراءات أنها روعيت ، و إذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أن الثابت بمحضر أعمال الخبير أنه أخطر الطرفين بالجلسة المحددة بإخطارات موصى عليها و كان الشارع لم يوجب على الخبير إرفاق إيصال الخطاب الموصى عليه و كان إغفال إرفاق هذا الإيصال لا ينفى واقعة الإخطار في ذاتها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض الدفع ببطلان أعمال الخبير يكون قد إلتزم صحيح القانون "<sup>٢</sup>.

ففي مثل هذه الأحوال، لا يجوز للمحكمة التعويل علي أي اجراء من اجراءات الاثبات ما لم يكن ثابتاً في محضر، فإذا كانت المحكمة مثلا قد أجرت معاينة ولم تثبتها في محضر، فلا يجوز لها أن تعتد علي ما توصلت إليه من خلال المعاينة.

<sup>١</sup> د/أحمد هندي، الإعلان القضائي، ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، بند٧، ص٧٢ ما بعدها، د/أبراهيم النفاوي، مسئولية الخصم عن الاجراءات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٦٩٨  
<sup>٢</sup> طعن مدني رقم ٦٦٠ لسنة ٤١ ق، جلسة ١٩٧٦/٦/٧، مجموعة المكتب الفني، ٢٧ الجزء الأول، ص

وبالنسبة لسماع الشهود، لا يجوز أن تعتمد المحكمة علي الشهادة ما لم تكن ثابتة في محضر، وبالتالي لا يجوز أن تورّد أقوال الشهود في ورقة الحكم دون أن يكون لها أصل في محضر التحقيق. كما لا يجوز للمحكمة أن تعتمد علي شهادة واردة في مذكرة أحد الخصوم دون أن تكون واردة في محضر التحقيق<sup>١</sup>.

## الفرع الثاني

### أهمية قرينة صحة الإجراءات وخصائصها

أولاً - أهمية قرينة صحة الإجراءات :

لقرينة أن الاجراءات سليمة ولم يشوبها أي مخالفة أو عيب اجرائي أهمية كبيرة، تتجلي مظاهرها من عدة جوانب، فعلي سبيل المثال أهميتها بالنسبة للخصوم أطراف الدعوي، وأهميتها بالنسبة للمحكمة التي تنتظر الدعوي، وأهميتها بالنسبة لمحكمة الطعن سواء كانت محكمة الاستئناف أم محكمة النقض، وذلك علي النحو الآتي :

١- أهمية قرينة صحة الإجراءات بالنسبة للخصوم :

تضمن قرينة صحة الإجراءات للخصوم تجنب الجزاء المترتب علي عدم القيام بالإجراء، أو القيام به علي نحو معيب، وبالتالي تفادي آثار هذا الجزاء يستوي في ذلك جزاء البطلان أم سقوط الحق في الإجراء<sup>٢</sup>.

أيضاً، تضمن قرينة أن الاجراءات صحيحة التوفيق بين حماية الحقوق الموضوعية، والآثار السلبية للجزاء الاجرائي المترتب علي عدم مراعاة الشكل المنصوص عليها في قانون المرافعات، وخاصة أن غالبية الأشكال الإجرائية مقررة لمصلحة الخصوم، ولا تستهدف المصلحة العامة إلا في أضيق الحدود<sup>٣</sup>. فلا يجوز أن تمتد الآثار السلبية للجزاء الاجرائي لتتال من الحماية المقررة للحقوق الموضوعية المطلوب حمايتها عن طريق القضاء المختص؛ لأن حماية الحقوق الموضوعية تسبق الاجراءات المنظمة لهذه الحماية بحيث اذا وقع تعارض بين حماية الحق الموضوعي

<sup>1</sup> الطعن رقم ٢٤٣٤ لسنة ٥٨ جلسة ٠٧/٠١/١٩٩٣ س ٤٤ ع ١ ص ١٧١

<sup>2</sup> د/إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، بدون سنة نشر، منشأة المعارف، ص ٧٣٠

<sup>3</sup> د/وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى ١٩٧٨، دار الفكر العربي، ص ٨٦



وضرورة احترام الاجراء الشكلي، فإنه تغلب حماية الحق الموضوعي علي احترام الشكل<sup>١</sup>.

علاوة علي ذلك، لا تقتصر الآثار السلبية للجزاء الإجرائي عند حد الحقوق الموضوعية المطلوب حمايتها، وإنما قد تمتد لتتال اجراءات أخرى تم اتخاذها علي نحو صحيح، فعلي سبيل المثال الحكم ببطلان صحيفة الدعوي، أو بسقوط الخصومة أو بتقادمها أو اعتبارها كأن لم تكن قد يؤدي إلي عودة الخصوم للحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوي، وهو ما لا يجوز التسليم به علي نحو مطلق<sup>٢</sup>. لذلك، التنظيم الإجرائي السليم هو الذي يوازن بين الإجراءات وأشكالها من ناحية، والغاية منها من ناحية أخرى ضماناً لعدم تعطيل سير الخصومة وعدم رد الحقوق لأصحابها، وهو ما يستلزم سلامة التنظيم الإجرائي، وعدم المغالاة في التطبيق غير الصحيح للجزاء الإجرائي والآثار المترتبة عليه<sup>٣</sup>.

## ٢- أهمية قرينة صحة الإجراءات بالنسبة للمحكمة التي تنظر الدعوي :

تبرز أهمية قرينة صحة الاجراءات بالنسبة للمحكمة التي تنظر الدعوي من حيث الاعتبارات العملية المتعلقة باستمرار سير الخصومة حتي صدور الحكم المنهي لها، فالغاية من رفع وتحريك الدعوي هي الحصول علي الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها من خلال حكم قضائي يؤكد ذلك. وهو ما يقتضي استمرار سير الخصومة أمام المحكمة التي تنظرها، وعدم تعطيل الفصل فيها لأي مخالفة اجرائية لم يقدم الخصم دليلاً علي ثبوتها<sup>٤</sup>.

علاوة علي الاعتبارات العملية القائمة علي انتظام سير الخصومة، واعتبارات العدالة التي تستوجب عدم تعطيل حصول الخصم علي الحماية القضائية لحقوقه المتنازع عليها لمجرد مخالفة اجرائية لم يثبت الدليل عليها.

<sup>١</sup> د/أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة ١٢، بدون سنة نشر، منشأة المعارف، ص٤٤٧،

د/أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، بند ١، ص٨

<sup>٢</sup> د/نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية - بدون سنة نشر، منشأة المعارف، ص٨٩

<sup>٣</sup> د/أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة

الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص٢٠٤

<sup>٤</sup> د/محمد الصاوي مصطفي، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٢٤، ص٢٥

### ٣- أهمية قرينة صحة الإجراءات بالنسبة لمحكمة الطعن :

يترتب علي تطبيق قرينة صحة الاجراءات مالم يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت حصر نطاق أوجه الطعن التي يمكن تصويبها نحو الحكم المطعون عليه؛ لأنه لا يكفي لقبول ادعاء الخصم بعدم مباشرة المحكمة للإجراء مجرداً، وإنما يتعين أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، مالم يكن الإجراء ثابت في محضر الجلسة أو الحكم، فلا سبيل أمام الطاعن سوي الطعن بالتزوير<sup>١</sup>.  
فالسبب التي قد يستند إليها الطاعن لتبرير طعنه علي الحكم قد تكون أسباب ترجع لشكل الاجراءات، وأسباب ترجع لموضوع الدعوي، بحيث اذا ذكر في صحيفة الطعن أسباب شكلية ولم يقدم عليها دليلاً، أضحت ادعاءات غير مؤيدة بالدليل، ولا تلتفت إليها محكمة الطعن. أيضاً، يجب علي الطاعن أن يتمسك بالمخالفة الإجرائية أولاً أمام محكمة أول درجة، وقبل الكلام في موضوع الدعوي وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها تطبيقاً لحكم المادة ١٠٨ مرافعات، والتي تنص علي أن "الدفع بعدم الاختصاص المحلي ..... وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إيدؤها معاً قبل إيداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".

### ثانياً - خصائص قرينة صحة الاجراءات :

#### أولاً - تفادي الحكم بالجزاء الإجرائي المتعلق بالعمل الإجرائي :

غاية قاعدة أن الإجراءات روعيت ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك هو الحد من الجزاءات الإجرائية المترتبة علي عدم مراعاة المقتضيات الموضوعية والشكلية الخاصة بالإجراء القضائي. وهو ما يمكن أن نطلق عليه تفادي الحكم بالجزاء الاجرائي، والذي قد يكون البطلان، وقد يكون سقوط الحق في القيام بالعمل الاجرائي.

<sup>١</sup> الدكتور/محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، تنقيح الدكتور/فوزية عبدالستار، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ٢٠١١، دار النهضة العربية، فقرة ١٤٠٨، ص ١٤٤٠

أما البطلان، فهو تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني بحيث يؤدي لعدم ترتيب أثاره القانونية التي كان يرتبها لو كان صحيحاً، وهو ما يثبت في حالة تخلف أحد المقتضيات الموضوعية أو الشكلية اللازمة لتمام العمل الإجرائي<sup>١</sup>. أما سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، فهو عدم القيام بالإجراء بسبب عدم مراعاة الحدود التي قررها المشرع للقيام به؛ استناداً إلي أن المشرع لا يترك للخصوم مكنة مباشرة الإجراءات دون صياغة حدود معينة لمباشرتها<sup>٢</sup>.

وهو ما يختلف عن الجزاء الإجرائي المتعلق بالخصومة القضائية، والذي بدوره ينقسم من حيث أثاره إلي جزاءات إجرائية يترتب عليها تعطيل السير في الخصومة، كالشطب والوقف الجزائي، وجزاءات تؤدي لانقضاء الخصومة، كإنقضاء الخصومة لوجود عيب في صحيفة الدعوي بحيث يترتب عليه بطلان هذه الصحيفة، والحكم بعدم الاختصاص لرفع الدعوي أمام محكمة غير مختصة قانوناً، وسقوط الخصومة لعدم السير في الخصومة نتيجة إهمال المدعي السير فيها لمدة ستة أشهر من تاريخ آخر اجراء صحيح فيها، واعتبار الخصومة كأن لم تكن بحالاته المنصوص عليها قانوناً، أو التي يترك أمر تقديرها لسلطة المحكمة<sup>٣</sup>. ففي هذه الحالات الأخيرة، لا تهدف قاعدة الأصل أن الاجراءات صحيحة إلي تفادي الحكم بمثل هذه الجزاءات التي تتعلق بالخصومة القضائية كوحدة واحدة.

#### ثانياً - اثبات الإجراء في محضر الجلسة أو الحكم ليس شرطاً لصحته :

لا يعد اثبات الإجراء في محضر الجلسة أو في الحكم شرطاً لصحته؛ لأنه تعتبر جميع اجراءات الدعوي قد اتخذت علي وجهها الصحيح ولو لم تكن ثابتة في المحضر أو الحكم<sup>٤</sup>. فلا يقبل الطعن علي الحكم تأسيساً علي أنه لم يذكر في محضر

<sup>١</sup> د/فتحي والي، مرجع سابق، بند ٢٢٥، ص ٣٥٩

<sup>٢</sup> د/وجدي راغب، مرجع سابق، ص ٨٨

<sup>٣</sup> د/الانصاري النبداني، القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، بدون دار

نشر، بند ٤، ص ٤

<sup>٤</sup> الدكتور/محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، تنقيح

الدكتور/فوزية عبدالستار، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ٢٠١١، دار النهضة العربية، فقرة ١٤٠٨،

ص ١٤٣٩

الجلسة أو أن الحكم الصادر لم يذكر أن جلسات نظر الدعوى كانت علنية، فالفرض أنها كانت كذلك، ومن يدعي خلاف ذلك، أي يدعي أن نظر الدعوى جري في جلسات عقدت في غرفة المشورة، وبالمخالفة للأحوال التي يجوز فيها ذلك، يجب أن يقيم الدليل.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " مجرد خلو محضر الجلسة والحكم من ذكر العلانية لا يصح أن يكون وجهاً لنقض الحكم ما لم يثبت الطاعن أن الجلسة كانت سرية من غير مقتضى. لأن الأصل في الإجراءات المتعلقة بالشكل اعتبار أنها روعيت أثناء الدعوى ولصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق القانونية أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت".<sup>1</sup>

كذلك، لا يقبل الطعن علي الحكم اذا لم يشير محضر الجلسة أو الحكم المطعون عليه أن الشهود حلفوا اليمين قبل أداء الشهادة؛ لأنه الفرض أنهم قد حلفوها، ويقع عبء الإثبات علي الخصم الذي يدعي عكس ذلك، أن يدعي أن الشهود لم يحلفوا اليمين قبل أداء الشهادة.

### ثالثاً – موقف التشريعات العربية :

أخذت التشريعات العربية بقاعدة أن الأصل في الاجراءات صحيحة ما لم يقيم الدليل علي غير ذلك، فعلي سبيل المثال القانون البحريني، والقانون اليمني، والقانون الكويتي، والقانون السوري، وذلك علي النحو الآتي :

### موقف المشرع البحريني :

نص المشرع البحريني علي قرينة صحة الإجراءات، وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون محكمة التمييز البحرينية رقم ٨ لسنة ١٩٨٩، فقررت أن " الأصل اعتبار أن الإجراءات قد روعيت أثناء الدعوى، ومع ذلك فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات أهملت أو خولفت وذلك إذا لم تكن مذكورة في محضر الجلسة ولا في الحكم، فإذا ذكر في أحدهما أنها اتبعت فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بالادعاء بالتزوير".

1 جلسة ١٩٢٩/٤/٢٥، مجموعة القواعد القانونية ج ١ ق ٢٤١ ص ٢٨٢

وهو ما قضت به محكمة التمييز البحرينية بخصوص ورقة الاعلان، فقررت أنه " إذا كان أصل الإعلان هو وحده - دون الصورة - الذى يرفق بملف الدعوى بإعتباره من أوراقها، أما صورة الإعلان فقد أعدت لإخطار المعلن إليه بالدعوى فإن إعمال هذا النظر مشروط بأن تكون الورقة التى يقدمها المعلن إليه تأييدا لدفاعه هى صورة الإعلان التى قام المحضر بتسليمها إليه، وهذه مسألة أولية لازمه للفصل فى صحة الإعلان أو بطلانه وعلى محكمة الموضوع أن تتحقق منها ويقع عبء الإثبات على المعلن إليه إذ من المقرر أن الأصل فى الإجراءات أنها روعيت ويقع عبء إثبات العكس على من يدعيه"<sup>1</sup>.

#### موقف المشرع الكويتي :

نص المشرع الكويتي علي قرينة صحة الإجراءات في قانون حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢، وذلك في المادة ٨ منه، والتي قررت أنه "لكل من النيابة العامة والمحكوم عليه.....، الأصل اعتبار أن الاجراءات قد روعيت أثناء الدعوي ومع ذلك فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الاجراءات قد أهملت أو خولفت وذلك إذا لم تكن مذكورة في محضر الجلسة ولا في الحكم، فإذا ذكر في أحدهما أنها اتبعت، فلا يجوز اثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير".

#### موقف المشرع الإماراتي :

تنص المادة ٢٠ من قانون تنظيم حالات وإجراءات الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٧ لسنة ١٩٧٨ علي أنه " لكل من النيابة العامة والمحكوم عليه والمسئول عن الحقوق المدنية..... وللطاعن ان يثبت بكافة الطرق ان الاجراءات قد اهملت او خولفت وذلك اذا لم تكن مذكورة في محضر الجلسة ولا في الحكم المطعون فيه فاذا ذكر في احدهما انها اتبعت فلا يجوز اثبات عدم اتباعها الا بطريق الطعن بالتزوير".

<sup>1</sup> الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ٧ / ٣ / ١٩٩١ س ٤٢ ج ١ ص ٦٧٩، مشار إليه علي الموقع الالكتروني :

<http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?opt&country=1&LawID=1008>

## موقف المشرع اليمني :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية اليمني علي قرينة صحة الإجراءات، وذلك بقولها " الأصل أن الإجراءات قد روعيت أثناء نظر الدعوى ولصاحب الشأن إذا لم تذكر الإجراءات في محضر الجلسة ولا في الحكم أن يثبت بكافة طرق الإثبات أنها أهملت"، وذلك كله بعد النص علي الحالات التي يجوز الطعن فيها بالنقض، والقائمة علي ما إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً علي مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه، أو إذا وقع بطلان في الحكم أو إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم (المادة ٤٣٥/١).

### المطلب الثاني

#### تطبيقات قرينة الصحة في فروع القانون الأخرى

#### تمهيد وتقسيم :

قرينة صحة الإجراءات ليست هي القرينة الوحيدة في التنظيم القانوني، فالمشرع أخذ بهذه القرينة في سني فروع القانون دون استثناء، فعلي سبيل المثال، قاعدة الأصل براءة ذمة المدين، وقاعدة أن العقد صحيحاً، وقاعدة الأصل في التعاقد حسن النية في القانون المدني، وقاعدة الأصل صحة المحررات، وقاعدة الأصل أن اجراءات الاثبات روعيت في نطاق قانون الاثبات، وقاعدة أن المتهم برئ حتي تثبت إدانته في نطاق القانون الجنائي، وغيرها من فروع القانون الأخرى.

الفرع الأول – التطبيقات المعمول بها في القانون المدني

الفرع الثاني – التطبيقات المعمول بها في قانون الاثبات

الفرع الثالث – التطبيقات المعمول بها في القانون الجنائي

#### الفرع الأول

#### التطبيقات المعمول بها في القانون المدني

#### أولا – قاعدة الأصل براءة الذمة :

تفترض هذه القاعدة براءة ذمة المدين من الدين، وذلك حتي يثبت انشغالها بهذا الدين بناء علي دليل مقدم من الدائن تطبيقاً للقاعدة الأصولية التي تقرر أن البيئة علي من

يدعي، واليمين علي من أنكر. وهو ذات ما قررته المادة الأولى من قانون الإثبات بنصها "علي الدائن اثبات الالتزام وعلي المدين إثبات التخلص منه".<sup>1</sup>

ويقصد بهذه القاعدة أنه لا حق دون دليل، فالأصل أن الذمة لا تشغلها الديون، وعلي من يدعي خلاف ذلك أن يقدم الدليل، ويترتب علي ذلك نتيجة هامة، مفادها أن من يدعي حقاً قبل شخص آخر، يقع عليه الالتزام بإقامة الدليل علي وجود هذا الحق، وعلي التزام الخصم الاخر بأدائه، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "الأصل هو براءة الذمة، وانشغالها عارض، ويقع الإثبات علي عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً، مدعيًا كان أو مدعي عليه".<sup>2</sup>

ويترتب علي هذه القاعدة اعفاء المدعي عليه من عبء الإثبات اذا توقف دفاعه عند انكار انشغال ذمته بالالتزام، وبالتالي براءة ذمة هذا الشخص الذي التزم الصمت أو الانكار المجرد، ولا يعني تمسك المدعي عليه بالإنكار عدم اثباته لأي طلبات بمحضر الجلسة؛ لأنه عادة ما تفسر محاكم الموضوع ذلك بأنه تسليم من المدعي عليه بطلبات المدعي، وإنما يجب عليه طلب عدم الحكم بما يدعيه المدعي لعدم وجود دليل، أو عدم قبول الدعوى لخلوها من المستندات، وهو ما اخذت به محكمة النقض بحكمها الصادر في ١٠/٦/٢٠٠٠، فقضت "لا يعني المنكر من الإثبات إلا إذا كان إنكاراً مجرداً فلا يجيب علي الدعوى بغير الإنكار أما إذا أقر بالدعوى في أحد عناصرها المدعاة وأدعي من جانبه خلاف الظاهر فيها فإن عليه يقع عبء إثبات ما يخالفه".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> د/أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، ١٩٨٧، منشأة المعارف الاسكندرية، ص ٣١، وما بعدها  
<sup>2</sup> الطعن ١٤٢٢ سنة ٧٢ قضائية- جلسة ٢٠٠٤/٢/١٥، مشار إليه علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>3</sup> الطعن رقم ٨٥٥ سنة ٦٩ قضائية - جلسة ٢٠٠٠/٦/١٠، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض : "لما كان المطعون عليه قد أنكر علي البنك الطاعن حصول التنبية بالوفاء ، وكان هذا الأخير وهو الذي يباشر الإجراءات قد ادعي حصول هذا التنبية فإنه بذلك يسير مدعيًا بهذا الإدعاء . ومطالبًا بأن يقيم الدليل علي ما يدعيه بغض النظر عما إذا كان هو المدعي أصلاً في الدعوى أو المدعي عليه فيها ، وتكون مطالبته بتقديم هذا الدليل لا خطأ فيها" ( طعن رقم ٢٢٩ سنة ٦٨ قضائية - جلسة ١٩٩٩/٦/١٩ ) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض : "من المقرر أن علي صاحب الدفع إثبات دفعة ، ومن ثم علي من يتمسك بالتقدم الثلاثي لدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أن يثبت انكشاف العيب في وقت معين ومضي المدة المذكورة بعدنذ" ( طعن رقم ١٤٩ سنة ٦٠ ق- جلسة ١٩٩٠/١١/٢٧ )

## ثانيا - قاعدة الأصل في التعاقد حسن النية :

لما كان الأصل في الانسان براءة الذمة من الديون أو الالتزامات، فإنه يعد حسن النية في التعاقد الأصل أيضا، وهو ما أشارت إليه صراحة نص المادة ٩٦٥ من القانون المدني، والتي ذكرت " ١- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الحق ناشئا عن خطأ جسيم. ٢- فإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبارة بنية من يمثله، ٣- وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس".<sup>١</sup>

ومن يدعي سوء النية، يقع عليه عبء اثبات ذلك لما يمثل ادعائه خلافاً للأصل العام الذي نصت عليه المادة السابقة، والقائم علي افتراض حسن النية، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر متي كان حسن النية والمفروض أن الدائن حسن النية لا علم له بالعقد المستتر وعلي من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه".<sup>٢</sup>

## ثالثا - قاعدة الأصل أن العقد صحيحاً :

الأصل العام صحة العقد، ويقصد بذلك أن العقد يتضمن أركانه الجوهرية والشروط التي نص عليها القانون علي نحو سليم، ويترتب علي ذلك أن الأصل العام سلامة الإرادة من العيوب، وعلي من يدعي أن ارادته معيبة بغلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال أن يثبت ما يدعيه.

أيضا، الأصل العام كمال أهلية المتعاقد، أي أن الشخص بالغ الرشده، ولم تسلب أهليته بحكم القانون، وعلي من يدعي خلاف ذلك يتحمل عبء الإثبات، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "المادة ١٢٧ من القانون المدني تنص علي أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقم الدليل علي غير ذلك

<sup>١</sup> د/أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣١، وما بعدها  
<sup>٢</sup> الطعن رقم ٢٨٦ سنة ٦٣ قضائية - جلسة ١١/٥/١٩٩٧، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض "حسن النية مفترض في الحامل الذي يتلقى الورقة بمقتضى تطهير ناقل للملكية أو تظهر تأميني. ويقع علي المدين - إذا ادعي سوء نية هذا الحامل - عبء نقض هذه القرينة بالدليل العكس". ( الطعن رقم ٨١ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٥/٦/١٩٦٧ )



ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل علي ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل علي صورته السبب فعلي من يدعي أن لالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ومؤدي ذلك أن القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب، فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله فإذا ادعي المدين عدم مشروعية السبب فإن عبء إثبات ذلك يقع علي عاتقه، أما إذا كان دفاعه مقصورا علي أن السبب المذكورة بالعقد هو سبب صوري فعليه أن يقدم للمحكمة الدليل القانوني علي هذه الصورية، وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا إلي عاتق المتمسك به<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### التطبيقات المعمول بها في قانون الاثبات

#### أولا - قاعدة الأصل أن إجراءات الإثبات روعيت :

تجري إجراءات الإثبات وفقا لما ينص عليه قانون الإثبات في المسائل المدنية والتجارية أيا كان طريق الإثبات المتبع في الدعوي، يستوي في ذلك الإثبات عبر الكتابة أو شهادة الشهود أو اليمين أو الخبرة، أو غيرها من الآليات التي حددها قانون الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، ولا يكفي التنظيم القانوني لإجراءات الإثبات لضمان صحتها من الناحية القانونية، وإنما استقر قضاء محكمة النقض علي تبني قاعدة الأصل في إجراءات الإثبات أنها روعيت، أي أنها طبقت فعلا علي الدعوي. ومع ذلك، يقع علي من يدعي أنها خولفت عبء اثبات ما يدعيه، كما لا يجوز لهذا الخصم أن يجحد ما أثبته الحكم من إجراءات تتعلق بالاثبات إلا بطريق الطعن بالتزوير، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الأصل في الإجراءات أن تكون

<sup>1</sup> جلسة ١٩٥٣/٤/٢ طعن رقم ٤٠٦ سنة ٢١ق، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض : "مؤدي نص المادتين ١٢٦ ، ١٢٧ من القانون المدني أن المشرع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولم يذكر هذا السبب فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله، وإن ادعي المدين صورية السبب المذكور في العقد كان عليه أن يقدم الدليل القانوني علي هذه الصورية ومن ثم ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا علي عاتق المتمسك به" (الطعن رقم ٨٦ سنة ٢٦ق - جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

قد روعيت وعلي من يدعي أنها خولفت إقامة الدليل علي ما يدعيه، كما لا يجوز له أن يجحد ما أثبتته الحكم إلا بالطعن بالتزوير وإذ كانت الثابت بمحضر الجلسة أمام هيئة التحكيم أن كلا من عضوي الهيئة - مندوبي وزارة العمل ووزارة الصناعة - قد أديا اليمين القانونية ، وأن طرفي النزاع صمما علي طلباتهما ، وقررت الهيئة - في غيبة مندوبي أصحاب العمل والنايات غير ذات الصلة المباشرة بالنزاع - النطق بالحكم بالجلسة التي صدر فيها القرار المطعون فيه ، وكانت الطاعنة لم تقدم دليلا علي عدم انتداب مندوبي وزارة العمل ووزارة الصناعة ، ولا يجوز لها أن تجحد ما ثبت بمحضر الجلسة من حلفها اليمين القانونية ولا بالطعن بالتزوير فإن النعي علي القرار المطعون فيه يكون علي غير أساس<sup>1</sup>.

### ثانيا - قاعدة الأصل صحة المحررات :

وفقا لهذه القاعدة، الأصل العام أن المحررات والمستندات التي يقدمها الخصوم صحيحة، يستوي في ذلك المحررات والمستندات المقدمة من المدعي رافع الدعوي، أو التي يقدمها المدعي عليه رداً علي ادعاءات خصمه، ويستوي في ذلك المحررات

---

<sup>1</sup> الطعن رقم ١٠٧ سنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٩/٦/٢، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض : ما اشترطته المادة ٢٠١ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ من أن يؤدي عضوا هيئة التحكيم وزارتي العمل والصناعة اليمين المبينة بها أمام رئيسها يقتضي أن يتم الحلف قبل مباشرتهما العمل في الهيئة وإذا كان هذا الإجراء يصح إثباته بمحضر جلسة أول نزاع يعرض علي الهيئة ، وإذا كان هذا الإجراء يصح إثباته بمحضر جلسة أول نزاع يعرض علي الهيئة دون ما حاجة إلي تكرار إثباته بمحضر كل نزاع تال ، كما يصح أن يفرد له محضر خاص قائم بذاته، وكان الأصل في الإجراءات أن تكون قد روعيت وعلي من يدعي أنها خولفت إقامة الدليل عليها يدعيه ، وكانت الطاعنة لم تقدم سوي محاضر الجلسات التي نظر فيها هذا النزاع وهي لا تكفي بذاتها للتدليل علي أن عضوي وزارتي العمل والصناعة في الهيئة لم يؤديا تلك اليمين ، فإن نعيها يكون مجردا عن الدليل".(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٣٧ ق- جلسة ١٩٧٤/٤/٩)، (الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٣٧ ق- جلسة ١٩٧٤/٢/٢٣)

كما قضت محكمة النقض "مفاد نص المادة ٢٩ من قانون الحجز الإداري رقم ٣٠٨٠ لسنة ١٩٥٥ أن الشارع وإن أوجب أن تتضمن صورة الحجز التي تعلن إلي المحجوز عليه بتاريخ إعلان محضر الحجز إلي المحجوز لديه إلا أنه لم يوجب أن تحمل صورة محضر الحجز المعلن إلي المحجوز عليه دليل إعلانها إلي المحجوز لديه في خلال الميعاد المقرر قانونا وإنما رسم إجراءات خاصة لإعلان محضر الحجز إلي المحجوز لديه وإعلان المحجوز عليه بصورة من ذلك المحضر وهي تختلف عن الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات فجعل الإعلان المرسل من الحاجز إلي الحجز إلي المحجوز عليه بكتاب موصى عليه مصحوب لعلم الوصول في قوة الإعلان الذي يتم بالطرق القانونية وبالتالي فإن السبيل الوحيد لإثبات حصول ذلك الإعلان هو تقديم علم الوصول الدال عليه" ( الطعن رقم ١١٢٦ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٨)

الرسمية، ويقصد بها المحررات المحررة بواسطة موظف عام مختص، أو المحررات العرفية التي يحررها ذوي الشأن. أيضا، الأصل العام صحة الأسباب التي يستند إليها المحرر أو المستند المقدم في الدعوي بواسطة الخصوم، ما لم يقدّم الدليل علي عكس ذلك، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "مجرد توقيع مصدر السند عليه يفيد التزامه بدفع قيمته ولو لم يذكر فيه سبب المديونية ذلك أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل علي غير ذلك ويقع عبء الإثبات علي من يدعي انعدام السبب"<sup>١</sup>.

### الفرع الثالث

#### التطبيقات المعمول بها في القانون الجنائي

##### قاعدة المتهم برئ حتى تثبت إدانته :

الأصل العام براءة المتهم، فلا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تقيمها النيابة العامة وتبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إلى المتهم في كل ركن من أركانها وبالنسبة لكل واقعة ضرورية لقيامها، وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة، إذ هو من الركائز التي يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة<sup>٢</sup>. وهو ما نصت عليه المادة ٦٧ من الدستور بقولها "المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه" ، ومفاد هذا النص الدستوري أن الأصل في المتهم البراءة وأن إثبات التهمة قبله يقع على عاتق النيابة العامة فعليها وحدها عبء تقديم الدليل، ولا يلزم المتهم بتقديم أي دليل على براءته، كما لا يملك المشرع أن يفرض قرائن قانونية لإثبات التهمة أو لنقل عبء الإثبات على عاتق المتهم<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> جلسة ١٩٥٤/٤/٨ طعن رقم ١٩٩ لسنة ٢١ق، مشار إليه علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٢</sup> الطعن رقم ٣٠٣٤٢ لسنة ٧٠ جلسة ٢٨/٠٤/٢٠٠٤ س ٥٥ ص ٤٥٤ ق ٦١، الطعن رقم ١٧٢٥١ لسنة ٦٦ جلسة ٠٤/٠٤/٢٠٠٩

<sup>٣</sup> الطعن رقم ٣٠٣٤٢ لسنة ٧٠ جلسة ٢٨/٠٤/٢٠٠٤ س ٥٥ ص ٤٥٤ ق ٦١، الطعن رقم ١٧٢٥١ لسنة ٦٦ جلسة ٠٤/٠٤/٢٠٠٩

كما قضت محكمة النقض بأنه " لما كان من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية - تطبيقاً لما كفلته الدساتير المتعاقبة من الحق في المحاكمة المنصفة - أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يُحكم بإدانته بحكم نهائي في محاكمة قانونية عادلة تُكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، وهو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادتيه العاشرة والحادية عشرة ، كما أنه مبدأ استقر تطبيقه في الدول الديمقراطية ، وتقع في إطاره مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة لا تختلف فيه الأمم المتحضرة ، وذلك أيًا كانت طبيعة الجريمة وبغض النظر عن درجة خطورتها . ولقد قام على هدي هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه وأصبح حقاً مقدساً يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يضيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤذيها ويؤذي العدالة معاً إدانة بريء"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> الطعن رقم ٢٠٢٣٨ لسنة ٨٤ جلسة ٢٤/٠١/٢٠١٥، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

## الفصل الأول

### نطاق قرينة صحة الإجراءات

#### تمهيد وتقسيم :

نطاق قرينة صحة الإجراءات واسع، ويمتد ليشمل الصور المختلفة للإجراءات القضائية يستوي في ذلك اجراءات رفع ونظر الدعوي، والاجراءات المتبعة لصدور الحكم في الدعوي، والإجراءات المتبعة للطعن علي هذا الحكم سواء بطريق الاستئناف، أم بطريق النقض.

أيضا، لقرينة صحة الاجراءات تطبيقات تتعلق بإجراءات التنفيذ الجبري للأحكام والسندات التنفيذية الأخرى، فضلا عن الاجراءات المتعلقة بمسألتي رد ومخاصمة القاضي.

كذلك، لهذه القرينة تطبيقات تتعلق بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم المتخصصة سواء كانت محاكم الأسرة المنشأة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤، أو المحاكم الاقتصادية المنشأة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨. علاوة علي التطبيقات المتعلقة بإجراءات الدعوي الجنائية.

#### المبحث الأول – تطبيقات قرينة الصحة أمام محاكم القضاء المدني

#### المبحث الثاني – تطبيقات قرينة الصحة أمام المحاكم المتخصصة وغيرها

### المبحث الأول

#### تطبيقات قرينة الصحة أمام محاكم القضاء المدني

#### تمهيد وتقسيم :

تنقسم تطبيقات قرينة الصحة الإجرائية أمام محاكم القضاء المدني إلي أربع فئات رئيسية وفقا لطبيعة المرحلة القضائية التي تمر بها الدعوي، وطبيعة الإجراءات المتعلقة بها، فهناك مرحلة اجراءات رفع وتحريك ونظر الدعوي القضائية، ومرحلة اجراءات صدور الحكم في الدعوي، ومرحلة اجراءات الطعن علي الحكم، ومرحلة اجراءات التنفيذ الجبري للحكم، وذلك علي النحو الآتي.

المطلب الأول – اجراءات رفع ونظر الدعوي  
المطلب الثاني – اجراءات صدور الحكم في الدعوي  
المطلب الثالث – اجراءات الطعن علي الحكم  
المطلب الرابع – اجراءات التنفيذ الجبري للحكم  
المطلب الخامس – مدي سريان قرينة الصحة علي الاجراء المنعدم والاجراء  
التنظيمي

### المطلب الأول

#### اجراءات رفع ونظر الدعوي

لقاعدة الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت تطبيقات في مرحلة رفع ونظر الدعوي، سواء ما يتعلق منها بتحرير صحيفة الدعوي، وإيداعها قلم الكتاب، وإعلانها عبر قلم المحضرين، كما يقع علي عاتق هيئة المحكمة – أثناء هذه المرحلة – العديد من الالتزامات، كالتزام المحكمة بالإطلاع علي المستندات المقدمة من الخصوم، والالتزام بإبلاغ النيابة العامة بملف الدعوي، والالتزام بتمكين الخصوم من إيداء أوجه الدفاع، والالتزام بتمكينهم من المرافعة الشفوية، والالتزام بنظر الدعوي في جلسة علنية، والالتزام بإجراء المرافعة باللغة العربية، والالتزام بتحليف الخبير يميناً قبل مباشرة العمل المسند إليه<sup>1</sup>.

فإذا لم يورد محضر الجلسة أو ورقة الحكم بيان يؤكد وفاء المحكمة بهذه الالتزامات، فلا يعني ذلك أن المحكمة لم تراعي هذه الإجراءات تأسيساً علي أن الاجراءات قد روعيت، وأن المحكمة قد وفّت بهذه الالتزامات، مالم يقدم دليل علي خلاف ذلك.

الأصل في الاجراءات أن تكون المطالبة القضائية بصحيفة دعوي تودع قلم الكتاب: الأصل العام – في نطاق الالية المتبعة لاقتضاء الحقوق – أن ترفع دعوي وتودع بقلم كتاب المحكمة المختصة استناداً إلي أن هذا الاجراء هو الطريق العادي لحصول المتقاضي علي الحماية القضائية لحقوقه المتنازع عليها، أي بواسطة دعوي ترفع إلي المحكمة بموجب صحيفة تودع قلم الكتاب متضمنة البيانات الواردة بالمادة ٦٣

<sup>1</sup> د/الانصاري النيداني، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، مرجع سابق، ص ٢١٤

من قانون المرافعات ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك<sup>١</sup>. فلا يجوز للخصم أن يلجأ لطريق آخر لانتهاء النزاع القائم سواء كان طريق الأمر علي عريضة أو طريق أوامر الأداء؛ لأن قانون المرافعات أورد حالات استصدار الأمر علي عريضة علي سبيل الحصر بحيث لا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها<sup>٢</sup>.

أما بالنسبة لأوامر الأداء، فقد وضع قانون المرافعات شروط يجب توافرها لاستصدار أمر أداء، يأتي في مقدمتها أن يكون الدين نقدي أو منقول معين بالذات أو المقدار، وأن يكون ثابت بالكتابة. وبالتالي، في غير هذه الأحوال، يجب علي صاحب الشأن أن يلجأ لطريق الدعوي اذا وقع اعتداء علي حقوقه أو مركزه القانوني لرفع هذا الاعتداء بحكم قضائي ملزم لاطرافه.

وهو ما أخذت به محكمة النقض، فقضت بأنه " لما كان القانون وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة (محكمة النقض) جعل الأصل في الإجراءات التي تتخذ أمامها بما فيها المعارضة في تقدير المصرفيات أن تكون بصحيفة تودع قلم الكتاب وليس بطريق آخر"<sup>٣</sup>.

#### أولاً - فيما يتعلق بتحرير صحيفة الدعوي وإعلانها :

**١- الأصل أن المحام الذي وقع علي صحيفة الدعوي هو من المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحكمة التي تنظر الدعوي، وعليه لا يجوز الإدعاء ببطلان صحيفة الدعوي نظراً لأن توقيع المحامي توقيع غير مقروء<sup>٤</sup>. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه " إذ كان الثابت من صحيفة الطعن أنها صدرت من الأستاذ/..... المحامي المقبول أمام محكمة النقض، فإن التوقيع المذيلة به صحيفة الطعن أسفل**

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ٣٣٩ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٤/١/٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٥، الجزء الأول، رقم القاعدة ١٧، ص ٦٩

<sup>٢</sup> د/أمانة النمر، الدعوي واجراءاتها، بدون سنة نشر، منشأة المعارف، ص ٨٤  
<sup>٣</sup> طعن مدني رقم ٤٤٨٧ لسنة ٦٣ق، جلسة ٢٠٠١/١١/٢٨، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٢ق، الجزء الثاني، رقم القاعدة ٢٣٨، ص ١٢٣٣، أيضاً في نفس المعني، طعن مدني رقم ٥٠ لسنة ٤١ق، جلسة ١٩٧٥/٦/١٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦، رقم القاعدة ٢٣٤، ص ١٢٢٦، قضت محكمة النقض بأنه "جرى قضاء هذه المحكمة علي أن القانون قد جعل الأصل في الإجراءات التي تتخذ أمامها بما فيها المعارضة في تقدير المصرفيات أن تكون بصحيفة تودع قلم الكتاب ، و ليس بأى طريق آخر".

<sup>٤</sup> د/سيد أحمد محمود، دور المحامي في المنظومة القضائية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، دار النهضة العربية، ص ١٠٩

عبارة "وكيل الطاعة" يكون منسوباً إليه، ومفترضاً صدوره منه، بما يكون الدفع (الدفع ببطلان الطعن على سند من أن توقيع محامي الطاعة على صحيفته غير مقروء ولا يمكن الاستدلال منه على صاحبه بصفته) على غير أساس<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٢٠٣٢ لسنة ٧٠ق، جلسة ٢٠٠٢/١٢/١٨، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٣، الجزء الثاني، ص ١١٩٦، قارن حكم محكمة النقض، والذي قررت فيه أن "النص في المادة ٥٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه ..... لا يجوز تقديم صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء للمحاكم الابتدائية والإدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل ..... ويقع باطلاً كل إجراء يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة، يدل على أن المشرع قصد من توقيع المحامي على صحف الدعاوى رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص في ذات الوقت، لأن إشراف المحامي على تحرير صحف الدعاوى من شأنه مراعاة أحكام القانون في تحريرها وبذلك تنقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة له بممارسة هذه الشؤون ذات الطبيعة القانونية بما يعود بالضرر على ذوي الشأن، مما مفاده أن توقيع المحامي على الصحيفة يتحقق به الغرض الذي قصد إليه المشرع لما كان ذلك وكان الثابت من الإطلاع على صحيفة افتتاح الدعوى أنها قد خلت من توقيع محام فإنها تكون باطلة ولا يغير من ذلك أنه ذكر أن المدعي اتخذ مكتب أحد المحامين محلاً مختاراً له أو لصق طابع نقابة المحامين عليها وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه" طعن مدني رقم ١٦٣ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٧/٤/٢١، مجموعة المكتب الفني لسنة ٤٨، الجزء الأول، رقم القاعدة ١٢٩، ص ٦٦٤، أيضاً حكم الدائرة المدنية في الطعن رقم ٣٨٦٧ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٧/٣/٩، مجموعة المكتب الفني لسنة ٤٨، الجزء الأول القاعدة رقم ٩٠، ص ٤٧١، وفيه "مفاد المادة ٢٥٣ مرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أوجب على الخصوم أن ينيبوا عنهم محامين مقبولين أمام محكمة النقض في القيام بالإجراءات والمراقبة أمامها والحكمة في ذلك أن هذه المحكمة لا تنتظر إلا المسائل القانونية فلا يصح أن ينولى تقديم الطعن إليها أو التوقيع عليها والمرافعة فيها إلا المحامون المؤهلون لبحث مسائل القانون ويترتب على مخالفة هذا الحكم بطلان الطعن لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن أصل صحيفة الطعن قد خلا مما يفيد أن من وقع عليه محام مقبول أمام محكمة النقض إذ ذيل أصل الصحيفة بتوقيع غير مقروء ولم يشر فيها إلى اسم من وقعها وأنه محام مقبول أمام هذه المحكمة فإن الطعن يكون باطلاً ولا يغير من ذلك أن الغاية من توقيع محام مقبول أمام محكمة النقض على صحيفة الطعن لم تتحقق على هذه الصورة لأن هذا التوقيع هو وحده الذي يضمن جدية الطعن وكتابة أسبابه على النحو الذي يتطلبه القانون". أيضاً حكم الدائرة الجنائية الصادرة في الطعن رقم ١٥٦٦١ لسنة ٦٥ق، جلسة ٢٠٠٢/١٠/١٥، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٣، ص ٩٦١، وفيه قضت محكمة النقض بأن "لما كان المحكوم عليه وأن قرر بالطعن في الحكم بطريق النقض وأودعت أسباب الطعن بتاريخ ١٩٩٥/٧/١٨ موقعة من الأستاذ ..... المحامي في حين أنه في ذلك التاريخ كان محامياً بالإدارة القانونية بينك الاستثمار العربي إذ انتهت خدمته بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٤ وذلك وفق ما أفصح عنه كتاب نقابة المحامين، لما كان ذلك وكانت المادة ٣٤ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادرة بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بعد أن نصت على وجوب التقرير بالطعن بالنقض وإيداع أسبابه في أجل غايته ستون يوماً من تاريخ النطق بالحكم أوجبت في فقرتها الأخيرة بالنسبة إلى الطعون المرفوعة من غير النيابة العامة أن يوقع أسبابها محام مقبول أمام محكمة النقض وبهذا التنصيص على الوجوب يكون المشرع قد دل على أن ورقة الأسباب ورقة شكلية من أوراق الإجراءات التي يجب أن تحمل بذاتها مقوماتها، ولما كان القانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المعمول به من تاريخ نشره في ١٩٨٤/١٠/١٨ قد استبدل في مادته الأولى بنص المادة الثامنة من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ النص الآتي "مع عدم الإخلال بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية لا يجوز لمحامي الإدارات القانونية للهيئات وشركات القطاع العام والمؤسسات الصحفية أن يزاولوا أعمال المحاماة لغير الجهة التي يعملون بها وإلا كان العمل باطلاً" وهذا النص يدل على أن الشارع قد وضع شرطاً لصحة العمل الذي يقوم به المحامي الذي يعمل بالجهات الواردة بالنص هو أن يكون العمل قاصر على الجهة التي يعمل بها وترتب جزاً على مخالفته بطلان العمل ومن ثم يكون التوقيع على مذكرة



أيضا، قضت محكمة النقض بأن "الأصل صدور التوقيع ممن نسب إليه إلى أن يثبت خلاف ذلك، فإذا كان البين من صحيفة الاستئناف أنها صدرت عن الأستاذ / ..... المحامي بصفته وكيلًا عن المستأنف بصفته مما مفاده أن التوقيع له، ويكون الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف ( المبدى من الطاعنين لتزليلها بتوقيع غير مقروء وكأنها خالية من توقيع محام على غير أساس)"<sup>١</sup>.

**٢- الأصل أن من قام بإعلان صحيفة الدعوي هو من المحضرين، وأنه المحضر المختص بالإعلان، وعليه لا يجوز الإدعاء بأن اسم المحضر أو توقيعه مكتوب بخط غير مقروء، أو أنه جري إغفاله كلياً ما لم يثبت أن من قام بالإعلان هو من غير المحضرين وذلك عبر اتباع اجراءات الطعن بالتزوير<sup>٢</sup>.**

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بجلسة ٢٦ أبريل ٢٠١٥ بأن " المحضرين وحدهم هم المنوط بهم القيام بالإعلان والأصل أنهم ملزمون بمباشرة إجراءات الإعلان بمجرد طلبه من المعلن طالما توافر في ورقة الإعلان الإجراءات المعتادة قانوناً ودون تدخل أو متابعة من جانب المعلن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"<sup>٣</sup>.  
أيضا، قضت محكمة النقض بجلسة ١٤/٦/٢٠٠٧ بأنه " إذ كان يبين من أصل ورقة إعلان الطعن أنه ورد فيها اسم المحضر الذي باشر الإعلان والمحكمة التي يتبعها ثم

---

أسباب طعن المحكوم عليه باطلا لخروجه عن دائرة التخصيص التي حددها قانون المحاماة وتكون ورقة الأسباب بحالتها - وهي من أوراق الإجراءات الصادرة من الخصوم والتي يجب أن يكون موقعا عليها من صاحب الشأن فيها - ورقة عديمة الأثر في الخصومة وتكون لغوا لا قيمة لها، وإذا كان الثابت أن ورقة الأسباب قد صدرت من غير ذي صفة وبقيت غفلا من توقيع محام مقبول أمام محكمة النقض حتى فوات ميعاد الطعن فإن الطعن يكون مفصحا عن عدم قبوله شكلا وهو ما يتعين التقرير به".

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ٣١٩ لسنة ٧٣ق، جلسة ٢٤/٣/٢٠٠٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٥، القاعدة رقم ٦٢، ص٣٣٧، أيضا قضت محكمة النقض بأن " الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار قانون المحاماة، وإن أوجبت توقيع محام مقرر أمام المحكمة الابتدائية على الأقل على الصحف وأوامر الأداء التي تقدم إليها، إلا أنها لم تشترط لهذا التوقيع شكلا معينا، وكان الأصل بالنسبة للتوقيع هو افتراض صدوره ممن نسب إليه حتى يثبت العكس" طعن مدني رقم ٥٤٧ لسنة ٦٦ق، جلسة ٢١/٥/٢٠٠١، مجموعة المكتب الفني، السنة ٥٢، الجزء الاول، القاعدة رقم ١٤٢، ص٦٩٣

<sup>٢</sup> د/طلعت دويدار، الاعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوي ومبدأ سلطان الارادة في الخصومة، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص٣٦، د/الانصاري النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ٢٠١٦، بدون دار نشر، ص٢٢٠، د/أحمد ماهر زغول، قواعد الاعلان القضائي واتجاهات تطويرها في النظام القانوني السعودي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، نشر ٢٦/٥/١٩٩٢، ص١

<sup>٣</sup> طعن مدني رقم ٣٧٠٧ لسنة ٨٤ق، جلسة ٢٦/٤/٢٠١٥، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

ذيل الإعلان بتوقيع المحضر ، فقد تحقق ما قصدت إليه المادة التاسعة من قانون المرافعات من بيان اسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها في ورقة الإعلان ، ولا ينال من ذلك أن يكون خط المحضر غير واضح وضوحاً كافياً في خصوص ذكر اسمه ولا أن يكون توقيعه كذلك ما دام أن المطعون عليه ( المعلن إليه ) لم يدع أن من قام بإجراء الإعلان من غير المحضرين".<sup>1</sup>

**٣- الأصل أن من وقع علي أصل الإعلان بالاستلام هو الشخص الذي تسلم الإعلان، ولو كان التوقيع غير مقروء طالما أن المحضر ذكر اسمه وصفته في تسلم ورقة الإعلان، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه متى انتقل المحضر إلى موطن الشخص المراد إعلانه، فإنه غير ملزم بالتحقق من صفة من خاطبه أو تسلم منه الإعلان، ولا يجدي الطاعة من بعد التعلل بعد وصول الإعلان إليها أو الادعاء بأن الصفة التي قررها من تخاطب معه المحضر أو تسلم الإعلان غير صحيحة".<sup>2</sup>**

**٤- الأصل أن صورة ورقة الإعلان تتطابق مع الأصل ضماناً لصحة اجراء الإعلان، وصورة الإعلان ورقة أعدت لإخطار المعلن إليه بالدعوي وتسلم إليه، بينما أصل الإعلان وحده الذي يرفق بملف الدعوي علي أساس أنه أحد أوراقها.**

<sup>1</sup> طعن مدني الدوائر العمالية رقم ٣٢١٢ لسنة ٦٢ق، جلسة ٢٠٠٧/٦/١٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٨، رقم القاعدة ٩٤، ص ٥٤٤، قارن حكم محكمة النقض الذي قرر أنه إذا كانت صورة إعلان تقرير الطعن قد خلت من تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة اللاتي حصل فيها الإعلان واسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها واسم الشخص الذي سلمت إليه ورقة الإعلان وتوقيع المحضر عليها مع أن هذه البيانات جوهرية لصحة الورقة باعتبارها محرراً رسمياً ، فإنه يترتب على عدم مراعاتها البطلان وفقاً لنص المادتين ٢٤ ، ٤٣١ من قانون المرافعات، طعن مدني رقم ٢٢٧ لسنة ٢١ق، جلسة ١٩٥٤/٦/٢٤، مجموعة المكتب الفني السنة الخامسة، رقم القاعدة ١٥٢، ص ٩٨٤

<sup>2</sup> طعن مدني رقم ٣٢٦ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٩، الجزء الأول، القاعدة رقم ٧٠، ص ٢٨٣، أيضاً انظر حكم محكمة النقض، وفيه قضت بأن "المحضر غير مكلف بالتحقق من صفة من يتقدم إليه لاستلام الإعلان ممن ورد بيانهم في المادة العاشرة من قانون المرافعات طالما أن هذا الشخص قد خوطب في موطن المراد إعلانه كما أن الإخطار غير لازم إلا في حالة تسليم صورة الإعلان إلى جهة الإدارة في حالة امتناع من ورد بيانهم في المادة العاشرة عن استلامها على ما يقضي به نص المادة الحادية عشرة من قانون المرافعات التي لا توجب على المحضر إرفاق إيصال الخطاب الموصى عليه بأصل الإعلان وغاية ما تتطلبه أن يرسل المحضر الإخطار في الميعاد المنصوص عليه فيها وأن يثبت في محضر قيامه بإرسال هذا الإخطار في الميعاد" طعن جنائي رقم ١٢٢٣ لسنة ٤٦ق، جلسة ١٩٧٧/٣/١٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨، الجزء الأول، ص ٣٥٣

وتتوقف صحة اجراءات الإعلان علي تطابق صورة الاعلان بورقة الأصل، وعلي المحكمة أن تتحقق من هذا التطابق، وذلك للفصل في مسألة صحة الإعلان أو بطلانه<sup>١</sup>.

ووفقا لقاعدة أن الأصل في الاجراءات أنها روعيت، صورة ورقة الاعلان يجب أن تكون متطابقة مع الأصل، وهو ما أخذت به محكمة النقض، فقضت بأن "إذا كان أصل الإعلان هو وحده - دون الصورة - الذي يرفق بملف الدعوى بإعتباره من أوراقها، أما صورة الإعلان فقد أعدت لإخطار المعلن إليه بالدعوى فإن إعمال هذا النظر مشروط بأن تكون الورقة التي يقدمها المعلن إليه تأييداً لدفاعه هي صورة الإعلان التي قام المحضر بتسليمها إليه، وهذه مسألة أولية لازمه للفصل في صحة الإعلان أو بطلانه وعلي محكمة الموضوع أن تتحقق منها ويقع عبء الإثبات على المعلن إليه إذ من المقرر أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت ويقع عبء إثبات العكس على من يدعيه"<sup>٢</sup>.

#### ثانياً - التزام المحكمة بالإطلاع علي المستندات المقدمة من الخصوم :

يجب علي المحكمة أن تتطلع علي المستندات التي يقدمها الخصوم في الدعوي، والتي قد تعتمد عليها في حكمها بحيث اذا ثبت أن المحكمة لم تتطلع علي مستند معين، فإن حكمها يكون باطلاً<sup>٣</sup>، وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات وتمسك بدلائلها فالتفت الحكم عن التحدث عنها كلها أو بعضها مع ما يكون لها من الدلالة فإنه يكون معيباً بالقصور، وكان الثابت أن الطاعنين قدما لمحكمة الموضوع وللخبراء المنتدبين لفحص النزاع العديد من المستندات للتدليل على صحة دفاعهم

<sup>١</sup> د/نبيل اسماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية، دراسة تحليلية وعملية لقانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨١، بند ٢٨، ص ٥٤ وما بعدها  
<sup>٢</sup> طعن مدني رقم ١٠٢ لسنة ٥٣ق، جلسة ١٩٩١/٣/٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>٣</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، بدون سنة نشر، منشأة المعارف، ص ٧٣٣

الوارد بسبب النعي وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذه المستندات ولا يبين منه أنه فحصها أو إطلع عليها، فإنه يكون معيباً بالقصور".<sup>1</sup>

ولا ينال من ذلك القول بأن محكمة الموضوع تحظى بسلطة الأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة وإطراح ما عداه دون الحاجة للرد استقلاً علي ما لم تأخذ به؛ لأن ذلك محله أن تكون قد اطلعت علي تلك الاوراق وأخضعتها لتقديرها<sup>2</sup>، وهو ما قضت به محكمة النقض بجلسة ٢٠١٤/٩/٩ بقولها "المقرر — في قضاء محكمة النقض — أنه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل وفهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة فيها وترجيح بعضها على البعض الآخر إلا أنها تخضع لرقابة محكمة النقض في تكييفها هذا الفهم وفي تطبيق ما ينبغى من أحكام القانون بحيث لا يجوز لها أن تطرح ما يقدم إليها تقديماً صحيحاً من الأوراق والمستندات المؤثرة في حقوق الخصوم دون أن تدون في حكمها بأسباب خاصة ما يبرر هذا الاطراح وإلا كان حكمها قاصراً"<sup>3</sup>.

أيضاً، قضت محكمة النقض بأن "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - إن الحكم يجب أن يكون فيه بذاته ما يطمئن المطلع عليه إلى أن المحكمة قد محصت الأدلة التي

---

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٦٤١ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩١/٢/٢٨، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٢، الجزء الأول، ص ٩٣٩، قارن حكم محكمة النقض الصادر بجلسة ٢٠١٢/١/١٠، وفيه قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ١٦٨ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض - أن الخصومة إذا انعقدت بإعلان الخصوم على الوجه المنصوص عليه في قانون المرافعات واستوفى كل خصم دفاعه وحجزت المحكمة الدعوى للحكم انقطعت صلة الخصوم بها ولم يبق لهم اتصال بالدعوى إلا بالقدر الذي تُصرح به المحكمة ، فإذا قدم أحد أطراف الخصومة مستنداً في فترة حجز القضية للحكم دون أن يكون مصرحاً له بتقديم مستندات ودون أن يثبت إطلاع الطرف الآخر عليه كان على المحكمة أن تلتفت عن هذا المستند ، فإذا عولت عليه في قضائها كان حكمها باطلاً . لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أنه بتاريخ ٣ من مايو سنة ٢٠١٠ قررت محكمة الاستئناف حجز الدعوى للحكم لجلسة ٣٠ من مايو ٢٠١٠ وصرحت للخصوم بتقديم مذكرات في عشرة أيام ، أودع المطعون ضده - خلالها بتاريخ ٨ من مايو ٢٠١٠ - مذكرة أرفق بها حافظة مستندات طويت على إنذار موجه من المطعون ضده للطاعن مرفق به مذكرة اعتراضات وصورة ضوئية من تقرير الخبير المودع في الدعوى رقم ... لسنة ١ ق اقتصادية دون أن يكون مصرحاً بتقديم مستندات ، وإذ أسس الحكم المطعون فيه قضاءه ببطلان قرارات الجمعية العمومية للشركة الطاعنة الصادرة بتاريخ ٢ من أغسطس سنة ٢٠٠٧ اعتماداً على هذه المستندات فإنه يكون معيباً" طعن مدني رقم ١٣٥٢٨ لسنة ٨٠ق، جلسة ١٠ يناير ٢٠١٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٦٣، القاعدة رقم ١٦، ص ١١٩،

<sup>2</sup> د/الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص ٢١٦

<sup>3</sup> طعن أحوال شخصية رقم ٥٧٣ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١٤/٩/٩، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

قدمت إليها وحصلت منها ما تؤدي إليه . وذلك باستعراض هذه الأدلة والتعليق عليها بما ينبئ عن بحث ودراسة أوراق الدعوى عن بصر وبصيره، والقول بأن لمحكمة الموضوع سلطة الأخذ بما تظمن إليه من الأدلة وإطراح ما عداه دون حاجة للرد استقلالاً على ما لم تأخذ به محله أن تكون قد اطلعت على تلك الأوراق وأخضعتها لتقديرها كما يتعين على محكمة الموضوع أن تفصح عن مصادر الأدلة التي كونت منها عقيدتها وفحواها وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق وأن يكون ما استخلصته منها سائغاً ومؤدياً إلى النتيجة التي خلصت إليها حتى يتأتى لمحكمة النقض أن تعمل رقابتها على سداد الحكم<sup>1</sup>.

وعليه، تلتزم المحكمة بالإطلاع على كافة المستندات والأوراق المقدمة إليها في الدعوى، ولو كانت غير منتجة في تكوين عقيدتها؛ لأنه لا يمكن التحقق من مدي تأثير هذه الأوراق والمستندات في عقيدتها إلا بعد الإطلاع عليها<sup>2</sup>، إلا أن المحكمة غير ملتزمة بأن تذكر في ورقة الحكم أنها اطلعت على هذه الأوراق والمستندات، بل لا يلزم أن تذكر ذلك في محاضر الجلسات؛ لأن الإطلاع على المستندات ليس اجراء من اجراءات الجلسة حتى يلزم إثباته في محضرها أو بورقة الحكم أو بأي ورقة أخرى من أوراق الدعوى<sup>3</sup>.

وهو ما قضت به محكمة النقض بقولها " المقرر — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق القضية فلا

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ١٠٥٦ لسنة ٦١ق، جلسة ١٥/٣/١٩٩٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٣، الجزء الاول، ص٤٥٢، أيضا انظر حكم محكمة النقض الصادر بجلسته ١١ أكتوبر ٢٠١٤، وفيه قضت محكمة النقض بأن " من المقرر أنه يجب إيراد الأدلة التي تستند إليها المحكمة وبيان مؤادها في الحكم بياناً كافياً ، فلا يكفي مجرد الإشارة إليها ، بل يجب سرد مضمون الدليل وذكر مؤداه بطريقة وافية يبين منها مدى تأييده للواقعة كما اقتنعت بها المحكمة ومبلغ اتفاقه مع باقي الأدلة التي أقرها الحكم"، طعن جنائي رقم ١١٢٥٣ لسنة ٨٤ق، جلسة ١١/١٠/٢٠١٤، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

قارن حكم محكمة النقض بجلسته ١/٧/٢٠١٤، وفيه قضت بأن " المقرر — في قضاء محكمة النقض — أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وبحث الأدلة المقدمة فيها والمفاضلة بينها وهي غير ملزمة بتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وترد استقلالاً على كل حجة أو قول أثاروه ما دام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات ، ولها أن تعتمد على القرينة المستقاه من تحقيقات أجريت بمعرفة النيابة أو من محضر جنح الاستدلالات ولا رقابة عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغاً"، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>2</sup> د/الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص٢١٧

<sup>3</sup> د/الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص٢١٧

يعتبر الأمر بضمها والاطلاع عليها إجراء من إجراءات الجلسة التي يلزم إثباتها في محضرها أو في مدونات حكمها<sup>1</sup>.

### ثالثاً - التزام المحكمة بتمكين الخصوم من إبداء أوجه الدفاع :

في نطاق المنازعات والدعاوي التي يختص بنظرها جهة القضاء العادي، تلتزم المحكمة بتمكين الخصوم من إبداء أوجه الدفاع سواء في صورة مرافعة شفوية أم بمذكرات مكتوبة، وأنه إذا طلب الخصوم من المحكمة سماع مرافعتهم، ولم تمكنهم من ذلك، فإنها تكون قد أخلت بحقهم في الدفاع<sup>2</sup>، إلا أن محكمة النقض تؤكد على أنه "لئن كان حق الدفاع - بما في ذلك المرافعة الشفوية - أمر كفله القانون لأطراف النزاع في الدعوى إلا أن ذلك لا يحول بين المحكمة وبين تنظيم هذا الحق على وجه يصونه ولا يكلف المحكمة من أمرها رهقاً وحسبها في ذلك أن تفسح للخصوم المدى المعقول لتمكينهم من الدفاع دون غلو أو إسراف في التأجيل أو تكرار الإستماع إليهم أو خروج عن موضوع الدعوى ومقتضيات الدفاع فيها"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٢٢٠ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٤، الجزء الأول، رقم القاعدة ٨٤، ص ٥٠٢، أيضاً الطعن المدني رقم ٨٥٢ لسنة ٥٠ق، جلسة ١٩٨٤/٥/٦، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٥، الجزء الأول، رقم القاعدة ٢٢٦، ص ١١٨١، وفيه قضت محكمة النقض بأن "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق الدعوى فلا يعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها إجراء من إجراءات الجلسة التي يلزم إثباته في محضرها وبالآخرى في مدونات حكمها"، أيضاً الطعن رقم ١٠٢١ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٢/١٢/١٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٣، الجزء الثاني، رقم القاعدة ٢٠٨، ص ١١٥٣، وفيه قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أن الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق القضية فلا يعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها إجراء من إجراءات الجلسة التي يلزم إثباته في محضرها وبالآخرى في مدونات حكمها، ولما كان الحكم المطعون فيه قد أورد في أسبابه أن الختم الوارد في السند منسوباً إلى المطعون ضدها قد إصطنع في تاريخ لاحق للتاريخ المعطى للسند مما يفيد إطلاع المحكمة عليه وفحصه، وكان هذا الإجراء مما لا يلزم إثباته بمحضر الجلسة أو بأى محضر آخر أو بمدونات الحكم، وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبتته. وكان الطاعن لم يقدم الدليل على أن المحكمة لم تطلع على السند المدعى بتزويره فإن نعيه بذلك يكون على غير أساس".

<sup>2</sup> د/فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢٨٢، ص ٤٧١، وما بعدها  
<sup>3</sup> طعن مدني رقم ١٢٣٦ لسنة ٥١ق، جلسة ١٩٨٧/٣/٢٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٨، الجزء الأول، القاعدة رقم ١٠٦، ص ٤٧٨، أيضاً انظر في نفس المعنى حكم محكمة النقض الصادر بجلاسة ٢٠٠٨/٤/١٢، طعن مدني رقم ٨٢٢ لسنة ٧٤ق، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٩، ص ٤١٤، وفيه قضت "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه إذا عُثِرَ لخصم بعد قفل باب المرافعة في الدعوى أو أثناء المدة المصرح فيها بتقديم مذكرات أن يبدي دفاعاً، أو يقدم أوراقاً أو مستندات استكمالاً لدفاعه السابق الذي أبداه قبل حجز القضية للحكم، وطلب إعادة فتح باب المرافعة في الدعوى تمكيناً لخصمه من الرد على هذا الدفاع فإن واجب المحكمة - وهي في معرض التحقق من مدى جدية الطلب - أن تطلع على ما ارتأى الخصم استكمال دفاعه به توطئة للتقرير بما إذا كان يتسم بالجدية، أم قصد به عرقلة الفصل في الدعوى وإطالة أمد التقاضي، فإذا

كذلك، لا يجب علي المحكمة أن تثبت في حكمها أو في محاضر الجلسات أنها قد مكنت الخصوم من إيداء دفاعهم؛ لأن الأصل أن الاجراءات قد روعيت، وعلي المتمسك بعدم تمام ذلك أن يقدم دليله، وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " من المقرر أنه لا يعيب الحكم خلو محضر الجلسة من إثبات دفاع الخصم إذ إن كان يهيمه تدوينه أن يطلب صراحة إثباته في هذا المحضر ، كما عليه إن ادعى أن المحكمة صادرت حقه في الدفاع قبل حجز الدعوى للحكم أن يقدم الدليل على ذلك وأن يسجل عليها هذه المخالفة في طلب مكتوب قبل صدور الحكم ، وإذ كانت الطاعنة لم تذهب إلى الادعاء بأنها طلبت أن تثبت بمحضر جلسة المحاكمة دفاعها أو أنها تقدمت بطلب سجلت فيه على المحكمة مصادرة حقه في الدفاع ، وكانت أسباب الطعن قد خلت البتة من أية إشارة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير في هذا الصدد ، فإن منعى الطاعنة على الحكم في هذا الصدد لا يكون له محل"<sup>١</sup>.

أيضاً، قضت محكمة النقض بأنه "لما كان البين من محضر الجلسة أنه خلا من طلب سماع شهود الإثبات - خلافاً لما يزعمه الطاعنون بأسباب طعنهم - وكان من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحة ، وأن محضر جلسة المحاكمة يكتسب حجيته بما ورد به ما دام لم يجر تصحيح ما اشتمل عليه بالطريق القانوني، فإن ما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه من دعوى الإخلال بحق الدفاع لا يكون له محل"<sup>٢</sup>.

---

ما رأتها متمسماً بالجديية بأن كان دفاعاً جوهرياً من شأنه - إذا صح - تغيير وجه الرأي في الحكم ، فإنها تكون ملزمة بقبول ما رافق الطلب من أوراق أو مستندات وبإعادة فتح باب المرافعة في الدعوى تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم وإلا تكون قد أخلت بحق الدفاع المعتبر أصلاً من أصول المرافعات والذي يمتد إلى كل العناصر التي تشكل تأثيراً على ضمير القاضي ، ويؤدي إلى حسن سير العدالة". أيضاً طعن مدني رقم ٢٤٨٠ لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٥، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٥، القاعدة رقم ٤٤، ص ٢٢٥

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ١٨٠٨٧ لسنة ٨٤ق، جلسة ٢٠١٤/٩/٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٦٥، أيضاً في نفس المعني، طعن جنائي رقم ٦٤٧٥ لسنة ٨٢ق، جلسة ٢٠١٤/١/١، مجموعة المكتب الفني السنة ٦٥، وفيه قضت محكمة النقض بأنه "لما كان أي من الطاعنين لم يزعم بأن المحكمة قد منعت من إيداء دفاعه ، فإنه لا يعيب الحكم خلو محضر الجلسة من إثبات دفاعه كاملاً ، إذ كان عليه إن كان يهيمه تدوينه أن يطلب صراحة إثباته في المحضر ، ومن ثم يكون النعي على الحكم في هذا الصدد غير مقبول".

<sup>٢</sup> طعن جنائي رقم ٢٠٦٤٠ لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٥، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٨

#### رابعاً - الأصل أن تجري الإجراءات باللغة العربية :

الأصل أن تجري اجراءات سير نظر الدعوي باللغة الرسمية للدولة، وهي اللغة العربية مالم يتعذر علي المحكمة مباشرة الاجراءات دون الاستعانة بوسيط يقوم بالترجمة أو يطلب منها الخصم ذلك، وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الأصل أن تجرى المحاكمة باللغة الرسمية للدولة \_\_\_\_\_ وهي اللغة العربية \_\_\_\_\_ ما لم يتعذر على إحدى سلطتي التحقيق أو المحاكمة مباشرة إجراءات التحقيق دون الاستعانة بوسيط يقوم بالترجمة أو يطلب منها المتهم ذلك ويكون طلبه خاضعاً لتقديرها ، فإنه لا يعيب إجراءات التحقيق أن تكون الجهة القائمة به قد استعانت بوسيط تولى ترجمة أقوال المجنى عليه ووالدته إلى العربية إذ هو متعلق بظروف التحقيق ومقتضياته خاضع دائماً لتقدير من يباشره<sup>1</sup>.

فلا يجوز أن تجري المرافعة بلغة أخرى غير اللغة العربية، وهو التزام عام علي القاضي والمتقاضي علي السواء سواء في مرحلة اجراءات التقاضي أو الاثبات أو إصدار الأحكام بحيث اذا جرت المرافعة بلغة أخرى غير اللغة العربية وجب علي المحكمة الاستعانة بوسيط يضطلع بالترجمة<sup>2</sup>. ويخضع طلب الخصم بالاستعانة

---

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ٤٠٧٥ لسنة ٨٢ق، جلسة ٢٠١٣/١٠/١٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، أيضا في نفس المعني انظر الطعن الجنائي رقم ٢٠٦٤٠ لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٥، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٨، وفيه قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الأصل أن تجري المحاكمة باللغة الرسمية للدولة وهي اللغة العربية ما لم يتعذر على إحدى سلطتي التحقيق أو المحاكمة مباشرة إجراءات التحقيق دون الاستعانة بوسيط يقوم بالترجمة أو يطلب منها المتهم ذلك ويكون طلبه خاضعاً لتقديرها - فإنه لا يعيب إجراءات التحقيق أن تكون الجهة القائمة به قد استعانت بمترجم كي يتولى أعمال الترجمة ، إذ هو متعلق بظروفه ومقتضياته خاضع دائماً لتقدير من يباشره ، وكان رد الحكم على دفع الطاعن في هذا الخصوص كافياً ويستقيم به ما خلص إليه اطراحه ، فإن منعى الطاعن عليه يكون غير سديد". أيضا انظر الطعن الجنائي رقم ١٠٠١٥ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٥/١/١٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٦، الجزء الأول، ص ٢١١، أيضا الطعن الجنائي رقم ٥٨٢٢ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٣، الجزء الاول، رقم القاعدة ١٩٠، ص ١٢٢٢

<sup>2</sup> د/الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص ٢٢٠  
انظر حكم الدائرة المدنية الصادر في الطعن رقم ٢٣٣٣ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٤/١/١٦، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٥، الجزء الأول، رقم القاعدة ٣٤، ص ١٥٨، وفيه قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة الثانية من الدستور على أن " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ... " وفي المادة ١٦٥ منه على أن " السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها ن وتصدر أحكامها وفق القانون" وفي المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على أن " لغة المحاكم هي اللغة العربية، وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصم أو الشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم بعد حلف اليمين " - يدل على أن المشرع عد اللغة العربية من السمات الجوهرية والمقومات الأساسية التي تنهض عليها نظام



بوسيط يقوم بالترجمة للسلطة التقديرية للمحكمة، فقد توافق علي هذا الطلب وتأمّر بالاستعانة بمتّرجم للأوراق والأقوال التي يدلي بها الخصوم أو غيرهم بلغة أجنبية، وقد ترفض هيئة المحكمة هذا الطلب وفقا لما يتبين لها من أوراق ومستندات الدعوي، ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

ومع ذلك، لا يجب علي المحكمة أن تذكر في الحكم أو محضر الجلسة أن المرافعة جرت باللغة العربية، لأن الأصل أن الاجراءات تمت باللغة العربية مالم يّم الدليل علي غير ذلك، فاذا خلا محضر الجلسة مما ينبئ عن حاجة المحكمة أو الطاعن إلي تعيين مترجم، فإن النعي علي الحكم بالمخالفة لحقوق الدفاع لا يكون سديد<sup>1</sup>.

الدولة، مما يوجب علي الجماعة بأسرها حكومة وشعبا بحسب الأصل الإلتزام بها دون أّيه لغة أخرى كوسيلة للخطاب والتعبير في جميع المعاملات وشتي المجالات علي إختلافها. وحرص المشرع علي تقنين هذا الحكم في مجال القضاء بإيجاد نص صريح جلي المعنى قاطع الدلالة في أن اللغة العربية هي المعتبره أمام المحاكم يلتزم بها المتقاضى والقاضى علي السواء فيما يتعلق بإجراءات التقاضى أو الإثبات أو إصدار الأحكام . وقد عالج هذا النص الحالة التي يتحدث فيها الخصوم أو الشهود بلغة أجنبية فأوجب ترجمة أقواله إلي اللغة العربية، وحكمه يجرى كذلك علي سائر المحررات المدونه بلغة أجنبية التي يتساند إليها الخصوم فيتعين لقبول هذه المحررات أن تكون مصحوبه بترجمة عربية لها لذات العله، وتحقيقا للغاية التي تستهدفها المشرع من الإلتزام باستخدام اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للدولة وإحدى الركائز لإعمال سيادتها وبسط سلطاتها علي أراضيها مما يحتم علي الجميع عدم التفريط فيها أو الإلتناقص من شأنها علي أية صورة كانت، والقاعدة التي قننتها المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية بهذه المثابة تعد من أصول نظام القضاء المتعلقة بالنظام العام . فيترتب علي مخالفتها البطلان المطلق، ومن ثم يجوز للخصوم التمسك بهذا البطلان كما للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها في أية حالة كانت عليها الدعوى . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر حين استند في قضائه بالزام الشركة الطاعنة بتحرير عقد لإيجار للمطعون ضده الأول عن الشقة موضوع النزاع إلي عقد إيجارها الأصلي الذي قدمه الأخير متخذًا منه ركيزه أقام عليه قضاءه فيما ذهب إليه من صدور هذا العقد من المالك السابق للعقار الكائن به الشقة للمطعون ضده الثاني الذي تنازل عنها للمطعون ضده الأول باعتبارها مكتبا للمحاماه علي الرغم من كونه محررا باللغة الفرنسية دون تقديم ترجمة عربية لبياناته ونصوصه التي عول عليها الحكم فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه".

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ٦٩٨ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٧/١٠/١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٠، الجزء الاول، ص٧٦٢، وفيه قضت محكمة النقض بأن " الأصل أن الإجراءات قد روعيت، كما أن الأصل أن تجرى المحاكمات باللغة الرسمية للدولة وهي اللغة العربية ما لم ينعذر علي المحكمة مباشرة الإجراءات دون الاستعانة بوسيط يقوم بالترجمة أو يطلب منها المتهم ذلك ويكون طلبه خاضعا لتقديرها وإذ خلا محضر الجلسة مما ينبئ عن حاجة المحكمة أو الطاعن الذي وجه ألفاظ الإهانة باللغة العربية إلي ذلك، فإن هذا النعي يكون غير سديد".

قارن الطعن المدني رقم ٣٨٨٨ لسنة ٦٢ق، جلسة ١٤/٣/٢٠٠٦، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٧، ص٢٤٩، وفيه قضت محكمة النقض بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن عدم ترجمة المستندات التي تقيم المحكمة عليها قضاءها من اللغة الأجنبية إلي اللغة العربية يجعل حكمها مخالفا لقانون السلطة القضائية الذي يقرر أن لغة المحاكم هي اللغة العربية، إلا أنه لا تشترط الرسمية في هذه الترجمة إلا حيث لا يسلم الخصوم بصحة الترجمة العرفية المقدمة للمستند ويتنازعون في أمرها". أيضا الطعن المدني رقم ١٤٩٧ لسنة ٥٥ق، جلسة ١٩/٧/١٩٩٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٤، الجزء الأول، رقم القاعدة ٢٧٩،

ص٨٥٠

## خامسا - الأصل أن الخبير حلف اليمين القانونية قبل مباشرة عمله:

وفقا لنص المادة ١٣٩ من قانون الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، "إذا كان الخبير غير مقيد اسمه في الجدول وجب أن يحلف أمام قاضى الأمور الوقتية - وبغير ضروره لحضور الخصوم - يمينا أن يؤدي عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلاً".

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأنه " إذ كانت العبرة هى بحقيقة الواقع لا بما يضيفه الحكم من وصف على الخبير الذى ناط به أداء المأمورية، و كان البين من الإطلاع على تقرير الخبير أنه مرفق به كتاب موجه إليه من محكمة القاهرة الابتدائية تخطره فيه بنذب المحكمة له و تطلب منه الحضور لحلف اليمين و الإطلاع على ملف الدعوى تمهيدا لتقديم التقرير، و كان محضر أعمال الخبير قد سجل إنتقاله إلى مقر المحكمة و حلف اليمين ، فإن ذلك يدل على أن الخبير الذى عهد إليه الحكم أداء المأمورية ليس من بين خبراء الجدول المعينين في المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢<sup>١</sup> .

إلا أن القانون لم يوجب أن يدون في محاضر الجلسات أو في ورقة الحكم أن الخبير قد حلف اليمين، مما يجب معه تطبيق قاعدة الأصل أن الاجراءات قد روعيت، أي الأصل أن الخبير قد حلف اليمين، ولو لم يوجد بيان يفيد ذلك، طالما لم يقدم دليل علي أنه لم يحلف اليمين، وهو ما أخذت به محكمة النقض، فقضت بأن " أن الأصل

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ٧٤ لسنة ٤٣ق، جلسة ١٩٧٧/٢/٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨، الجزء الأول، رقم القاعدة ٨٠، ص٤١٣، كما أكدت محكمة النقض في ذات الطعن علي أن " مفاد نص المادة ١٣٩ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أنه يجب على الخبير الذى لا يكون اسمه مقيدا بجدول الخبراء أن يحلف أمام القاضى المختص يمينا قبل مباشرته المأمورية التى ندب لها ، و رتب المشرع على تخلف الخبير عن أداء اليمين بطلان ما يقوم به من عمل ، غير أن حلف اليمين من جانب الخبير و إن كان مقررأ لصالح الخصوم جميعا إلا أنه إجراء غير متعلق بالنظام العام ، و من ثم فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به إذا جاوزه صراحة أو ضمنا ، و من قبيل الإجازة الضمنية الرد على تقرير الخبير بما يفيد إعتبراره صحيحا عملا بالقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٢٢ من قانون الإثبات ، لما كان ما تقدم و كان الثابت من الدعوى الابتدائية المرفقة بملف الطعن بالنقض إنه بعد أن أودع الخبير المنتدب تقريره تقدم الطاعن بثلاث مذكرات إقتصر فيها على إبداء إعتراضاته على هذين التقريرين من الناحية الموضوعية دون أن يشير في أيهما من قريب أو بعيد إلى ما خاله من بطلان ناشئ عن عدم تأدية الخبير اليمين القانونية ، و كان هذا السلوك منه يفيد نزوله عن حقه في التمسك بالبطلان المدعى أيا كان وجه الرأى فيه ، فإنه لا يحق له إثارته سواء أمام محكمة الإستئناف أو أمام محكمة النقض".

أن الإجراءات المتعلقة بالشكل كتحليف الخبراء اليمين على إبداء رأيهم بالذمة إعمالاً للمادة ٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية قد روعيت ولم يقدم المتهم دليلاً ما يثبت أن أعضاء اللجنة سالفة الذكر لم يحلفوا اليمين القانونية قبل إبداء رأيها ومن ثم يضحى ما يثيره المتهم في هذا الخصوص على أساس غير سليم من القانون خليقاً بالرفض".<sup>١</sup>

#### سادساً - الأصل أن الخبير أخطر الخصوم بالحضور:

تنص المادة ١٤٦ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ علي أنه " على الخبير ان يحدد بدء عمله تاريخاً لا يجوز الخمس عشرة يوماً التالية للتكليف المذكور في المادة ١٣٨ وعليه ان يدعو الخصومة بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة ايام على الاقل يخبرهم فيها قبل التاريخ بسبعة ايام على الاقل يخبرهم فيها بمكان اول اجتماع ويومه وساعته .

وفي حالاته الاستعجال يجوز ان ينص في الحكم على مباشرة العمل في الثلاثة ايام التالية بتاريخ التكليف المذكور على الاكثر وعندئذ يدعى الخصوم باشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الاول باربعة وعشرين ساعة على الاقل وفي حالات الاستعجال القسوى يجوز ان ينص في الحكم على مباشرة المأمورية فوراً ودعوة الخصوم باشارة برقية للحضور في الحال، ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير"، وتنص المادة ١٤٧ من ذات القانون علي أنه " يجب على الخبير ان يباشر اعماله ولو في غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح".

وفقاً لنص المادتين السابقتين، يجب علي الخبير أن يثبت بمحضر أعماله إخطاره للطرفين لجلسات مباشرة المهمة المكلف بها قضائياً، وذلك بموجب كتب مسجلة ترسل لهم، وتخبرهم بمكان أول اجتماع ويومه وساعته، إلا أنه لا يقع علي عاتق الخبير التزام بإرفاق إيصال الخطاب الموصي عليه المرسل للخصم بملف الدعوي؛ لأن إغفال الخبير إرفاق هذا الإيصال لا ينفى واقعة الإخطار في ذاتها ذلك أن

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ٩٤٠ لسنة ٤٧ق، جلسة ١٩٧٨/١/٢٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

المشرع لم يوجب على الخبير إرفاق إيصالات الإخطارات الموصى عليها التي يرسلها للخصوم أو ذكر أرقامها وتواريخها.

أيضا، ووفقا لقاعدة الأصل أن الاجرائات قد روعيت، الأصل أن الخبير أخطر الخصوم بالحضور أمامه مالم يقدم صاحب المصلحة الدليل علي عدم الإخطار، وعليه تري محكمة النقض أن نعي الطاعن علي الحكم المطعون عليه بالبطلان، والقائم علي تمسكه بالدفع ببطلان أعمال الخبير لعدم دعوتها للحضور أمامه قبل مباشرة المأمورية، يكون في غير محله<sup>١</sup>.

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأن " الأصل في الإجراءات أنها روعيت ، و إذ كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الثابت بمحضر أعمال الخبير أنه أخطر الطرفين لجلسات ... ، ... ، ... ، ... فلم يحضر المستأنف "الطاعن" و حضر المستأنف ضده "المطعون ضده" و قرر بجلسته... أن الطاعن يتعمد عدم الحضور بالجلسات لتعطيل الفصل في الدعوى ، وكان إغفال الخبير إرفاق إيصال الخطاب الموصى عليه المرسل للطاعن لا ينفى واقعة الإخطار في ذاتها ذلك أن المشرع لم يوجب على الخبير إرفاق إيصالات الإخطار الموصى عليها التي يرسلها للخصوم ومن ثم يكون النعي بالبطلان على تقرير الخبير على غير أساس"<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> نقض مدني رقم ٧٣١ لسنة ٥٠ق، جلسة ١٩٨١/٥/٥، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>٢</sup> نقض مدني - طعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٤٧ ق - جلسته ١٩٨٠/٤/٢١ - مكتب فني ٣١ - جزء رقم ١ - صفحه ١١٧٣، أيضا الطعن المدني رقم ٥٠٤٨ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٩٨٠/٤/١٠، قضت محكمة النقض بأن " إذ كان الأصل في الإجراءات أنها روعيت وقد خلت الأوراق مما يفيد عدم إخطار الخبير الطاعنين للحضور حال مباشرته لمأموريته وانتهت المحكمة أن الخصم المدخل هو الحائز لعين النزاع ورتبت على ذلك القضاء برفض الدعوى ( دعوى الطاعنين بتمكينهما من عين النزاع ومنع التعرض لهما فيها ) وبمنع تعرضهما في حيازته فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة ومن ثم فإن النعي عليه ( باعتماده على تقرير الخبير رغم ما شابه من بطلان لمباشرته المأمورية دون إخطار الطاعنين ) يكون على غير أساس".

أيضا، طعن مدني رقم ٦٨٣ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٩٢/١/٢٩، وفيه قضت محكمة النقض بأن "الأصل في الإجراءات أنها روعيت وكان الثابت من التقارير المقدمة أمام محكمة الموضوع ومحاضر الأعمال أن الخبير

## إجراء المرافعة في الدعوي :

يعد سماع المحكمة لمرافعة الخصوم في الدعوي أحد الاجراءات الأصلية والجوهرية التي يجب علي المحكمة أن تكفل للخصوم القيام بها نظراً لتعلقها بمبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع، أي يجب علي المحكمة أن تسمع وجهة نظر المدعي والمدعي عليه في موضوع النزاع المعروض عليها، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن " المقرر أنه لا قضاء إلا في خصومة تحققت فيها المواجهة بين الخصوم باعتبارها ركناً من أركان التقاضي لا يقوم إلا بتحقيق هذه المواجهة بتمام إجراءاتها وإعلاناتها وفق صحيح القانون فإذا انعدمت يمتنع على المحاكم الاستمرار في نظرها والتصدى لها والفصل في موضوعها وإصدار حكم فيها سواء بالقبول أو الرفض"<sup>٢</sup>.

وقد تجري هذه المرافعة شفاهة في الجلسة شريطة حضور الخصوم، وقد تجري بمذكرات مكتوبة شريطة اعلانها للخصوم وتمكينهم من الرد عليها، ولا يجوز للمحكمة أن تخل بحق الخصوم في اجراء المرافعة أيا كانت طريقة المرافعة، وإلا كان حكمها باطلاً لعدم مراعاة حقوق الدفاع.

---

قد وجه إلى الطاعنين كتابا مسجلة وكان المشرع لم يوجب على الخبير إرفاق إيصالات الخطابات الموصى عليها ولم يقدم الطاعنون ما يثبت عدم وصول خطابات الخبير إليهم بما يخص النعي على غير أساس".<sup>١</sup> د/فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢٨٢، ص ٤٧٣، د/سيد أحمد محمود، دور المرافعة في المنظومة القضائية، بدون سنة نشر، وبدون دار نشر، ص ٣٧

<sup>٢</sup> طعن مدني رقم ٤١٨٨ لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠١٢/٤/١٨، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :، في نفس المعني، انظر الطعن التجاري رقم ٧٦٧ لسنة ٧٦ق، جلسة ٢٠١٠/٥/٢٧، وفيه قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نصوص المواد ٦٣ ، ٦٧ ، ٦٨ من قانون المرافعات أن شرط قيام الخصومة - كما نظمها قانون المرافعات - هو الربط بين طرفيها المتخاصمين في ساحة القضاء بالمثل فيها حقيقة بالحضور الفعلي أو حكماً بالتخلف عن الحضور مع هذا لا تقوم المواجهة بين دعوى المدعى ودفاع المدعى عليه ليفصل بينهما القضاء ، تلك المواجهة التي لا تنتأى - على ما أوجبه القانون - إلا بإعلان المدعى عليه للحضور أمام القاضي في التاريخ المحدد لنظر الدعوى ليحقق له الفصل في خصومة ومعقودة بين يديه . لما كان ذلك ، فإنه ما لم يتحقق الإعلان - على هذا النحو - فلا تكون ثمة خصومة ، فإذا قضى فيها القاضي رغم ذلك كان قضاؤه وارداً على غير محل"، وفي نفس المعني الطعن المدني رقم ١٨٢٤٩ لسنة ٧٦ق، جلسة ٢٠٠٨/٤/١٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٩، ص ٤٣٠، وفيه قضت محكمة النقض بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن العبرة في انعقاد الخصومة بتمام المواجهة بين الخصوم ، و أن هذه المواجهة كما تتم بإعلان المدعى عليه بصحيفة افتتاح الدعوى إعلاناً صحيحاً فإنه يكفي و وفقاً للفقرة الثالثة من المادة ٦٨ من قانون المرافعات و المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ حضور المدعى عليه بالجلسة و لو لم يسبق إعلانه بصحيفتها أو شاب إجراءات إعلانها البطلان".

وقد أخذت محكمة النقض بقريضة صحة الاجراءات في هذا الخصوص علي النحو الآتي :

١- الأصل أن المحكمة سمعت مرافعة الخصوم، أي أتاحت للمدعي عرض طلباته الجوهرية وتقديم المستندات الدالة علي ذلك، وأتاحت للمدعي عليه سماع هذه الطلبات والرد عليها، وهو ما يطلق عليه احترام حقوق الدفاع، وقد جرت عادة المحاكم أن تثبت اجراء سماع مرافعة الخصوم (المدعي والمدعي عليه) في الحكم الصادر عنها، وهو ما يعني أنه لا يجوز للطاعن أن يجحد ما أثبتته الحكم من تمام هذا الإجراء إلا بالطعن بالتزوير.

وهو ما أخذت به محكمة النقض، فقضت بأن "الأصل في الإجراءات أنها روعيت. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت تلاوة التقرير وسماع مرافعة الخصوم فلا يجوز للطاعن أن يجحد ما أثبتته الحكم من تمام هذا الإجراء إلا بالطعن بالتزوير وهو ما لم يفعله. ولا يقدح في ذلك أن يكون إثبات هذه التلاوة قد وردت في ديباجة الحكم المطبوع، ما دام أن رئيس الدائرة التي أصدرت الحكم قد وقع عليه من كاتبها طبقاً للمادة ٣١٢ من قانون الإجراءات الجنائية بما يفيد إقراره ما ورد به من بيانات".<sup>١</sup>

٢- الأصل العام أن اجراء المرافعة تم صحيحاً، أي لم تقع مخالفة للقواعد والمبادئ المنظمة لاجراء المرافعة، كعدم مخالفة المحكمة لمبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع، وهو ما جاء به حكمها الصادر في ١٩٨٤/٥/٩، فقضت بأن " من المبادئ الأصلية في النظام القضائي أن المرافعة قد تكون شفوية أو بمذكرات مكتوبة و أن الخصوم إذا طلبوا من المحكمة الإستماع إلى مرافعتهم فلم تمكنهم من ذلك فإنها

---

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ١٢٠٠ لسنة ٣٩ق، جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٠، الجزء الثالث، ص١٤٣٨، أيضا في نفس المعني انظر الطعن الجنائي رقم ١٢٤٥ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٦٥/١٠/١٩، مجموعة المكتب الفني السنة ١٦، الجزء الثالث، القاعدة رقم ١٣٧، ص٧٢٤، وفيه قضت محكمة النقض بأن " الأصل في إجراءات المحاكمة أنها روعيت . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت تلاوة تقرير التلخيص و سماع مرافعة الخصوم فلا يجوز للطاعن أن يجحد ما أثبتته الحكم من تمام هذه الإجراءات إلا بالطعن بالتزوير".

تكون قد أخلت بحقهم في الدفاع ، و الأصل في الإجراءات أنها روعيت وعلى المتمسك بعدم حصول المرافعة أن يقدم دليله<sup>1</sup>.

### التزام المحكمة بالرد علي الدفاع الجوهري :

جرت عادة محكمة النقض علي التمييز بين الدفاع الجوهري، والدفاع غير الجوهري، وذكرت أن الدفاع الجوهري هو الدفاع الذي تلتزم محكمة الموضوع بمواجهته وإبداء الرأي فيه، ويترتب على الأخذ به تغيير وجه الرأي في الدعوى، ويكون مدعيه قد أقام عليه الدليل أمام المحكمة أو طلب منها وفقاً للأوضاع المقررة في القانون تمكينه من إثباته، ويترتب على إغفال الحكم بحث هذا الدفاع قصوره في أسبابه الواقعية بما يقتضي بطلانه<sup>2</sup>. أي أنه الدفاع الجدي المؤيد بالمستندات والأوراق، والذي يجب علي المحكمة متي عرض عليها هذا الدفاع أن ترد عليه، وإلا حكمها يكون معيباً بالقصور في التسبيب، فضلاً عن الإخلال بحق الدفاع<sup>3</sup>.

وهذا علي خلاف الدفاع غير الجوهري، وهو الدفاع العاري عن الدليل المؤيد له، والذي لا يجب علي المحكمة أن ترد عليه حال تمسك الخصم به أمامها، فلا تثريب

---

1 طعن مدني رقم ١٩٢٥ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٤/٥/٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٥، الجزء الأول، القاعدة رقم ٢٣٥، ص ١٢٢٨

2 طعن مدني رقم ٤١٢٧ لسنة ٦٥ق، جلسة ٢٠٠١/١٠/١٨، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٢، الجزء الثاني، القاعدة رقم ٢٠٣، ص ١٠٤١، أيضاً الطعن المدني رقم ٢٠٤ لسنة ٦٧ق، جلسة ١٩٩٨/٣/٢٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٩، الجزء الأول، القاعدة ٦٩، ص ٢٧٨، وفيه قضت محكمة النقض بأن "الدفاع الجوهري الذي تلتزم محكمة الموضوع بتحصيله وبحثه وتحقيقه والرد عليه هو الدفاع الذي يقدمه الخصم مؤيداً بدليله أو يطلب تمكينه من التدليل عليه".

3 طعن جنائي رقم ١٤٧٦٤ لسنة ٨٣ق، جلسة ٢٠١٤/٦/٥، مجموعة المكتب الفني السنة ٦٥، وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " الدفاع الجوهري هو الذي يترتب عليه - لو صح - تغيير وجه الرأي في الدعوى فتلتزم المحكمة أن تحققه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه دون تعلق ذلك على ما يبديه المتهم تأييداً لدفاعه، أو ترد عليه بأسباب سائغة تؤدي إلى إطراحه". نقض ١٩٧٢/١/٢١ مجموعة القواعد القانونية س ٢٣ ص ٢١٤، أيضاً، قضت محكمة النقض بأن " طلب ندب خبير لتحقيق دفاع جوهري هو من الطلبات الهامة لتعلقه بتحقيق الدعوى لإظهار وجه الحق فيها فإذا لم تر المحكمة إجابة لعدم حاجة الدعوى إليه وجب الرد عليه في الحكم بما يبرر رفضه، فإذا هي لم تفعل كان حكمها معيباً لقصوره في البيان". (نقض ١٩٥١/٥/٢٢ مجموعة القواعد القانونية س ٢ رقم ٤٣٢ ص ١١٨٣)، أيضاً الطعن الجنائي رقم ٨٠٧٣ لسنة ٨١ق، جلسة ٢٠١٢/٤/٤، منشور علي الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية:

علي المحكمة إن هي أعرضت عن هذا الدفاع<sup>١</sup>، ولا يعد سكوت محكمة الموضوع عنه دون أن تتناوله في حكمها إخلالاً بحق الدفاع، ولا قصوراً في حكمها<sup>٢</sup>. وقد أخذت محكمة النقض بقاعدة الأصل في الإجراءات أنها روعيت فيما يتعلق بالتزام المحكمة بالرد علي الدفاع الجوهري فحسب، فالأصل أن محكمة الموضوع ردت علي الدفاع الجوهري المؤيد بالدليل عليه، وذلك من خلال الأسباب التي يتضمنها الحكم الصادر عنها، وهو ما ورد بحكمها الصادر في ١٠ يناير ١٩٨٣، فقضت " لما كان الأصل في الإجراءات أنها روعيت و على من يدعى أنها خولفت إقامة الدليل على ذلك ، و كان الطاعن لم يقدم لمحكمة الإستئناف أو لهذه المحكمة ما يؤيد ما تمسك به من صدور الحكم المستأنف دون تلاوة تقرير مأمور التفليسة - على خلاف ما ورد في مدوناته فإن نعيه يكون عارياً عن الدليل ولا تثريب على محكمة الإستئناف إن هي أعرضت عن هذا الدفاع إذ أن الدفاع الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه هو الدفاع الجوهري الجدي المؤيد بما يعززه"<sup>٣</sup>.

**الأصل أن المحامي المترافع عن الخصم مقبول المرافعة أمام درجة المحكمة :**  
ضماناً لاحترام حقوق الدفاع، يجب علي محكمة الموضوع أن تؤجل نظر الدعوي اذا طلب أحد الخصوم ذلك من أجل حضور محاميه طالما أن المحكمة لم تنتدب

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ١٦١٣٧ لسنة ٦٧ق، جلسة ١٣/٤/١٩٩٨، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٩، القاعدة رقم ٧٣، ص٥٦٣، وفيه قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أنه يشترط في الدفاع الجوهري فيما تلتزم المحكمة بالالتفات إليه والرد عليه ، أن يكون مع جوهريته جدياً وأن يشهد له الواقع وبسائده ، أما إذا كان عارياً من دليله فلا تثريب على المحكمة إن هي التفتت عنه لما ارتأته من عدم جديته وعدم استناده إلى واقع بظاهره ، ولا يعيب حكمها خلوه من الرد عليه وحسبه أن يورد الأدلة المنتجة التي صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة المسندة إلى الطاعن". أيضا الطعن المدني رقم ١٧٥ لسنة ٦٣ق، جلسة ٢٦/٥/١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٨، الجزء الاول، ص٨٠٧، وفيه قضت محكمة النقض بأن "الدفاع الذي تلتزم المحكمة بتحقيقه أو الرد عليه هو الدفاع الجوهري المنتج في الدعوى، فإن عدم رد الحكم المطعون فيه على طلب الطاعن استخلاف المطعون ضدها بعد أن أثبت دعواها بأقوال شاهدها التي اطمانت إليها محكمة لا يعيبه إذ لا يستند هذا الدفاع إلى سند صحيح ولا يؤثر في النتيجة السليمة التي انتهى إليها الحكم".

<sup>٢</sup> طعن جنائي رقم ٦٧٤٥ لسنة ٥٢ق، جلسة ٣/٥/١٩٨٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٤، القاعدة ١٢١، ص٦١٢

<sup>٣</sup> نقض مدني، طعن رقم ٣٦٠ لسنة ٤٩ ق ، جلسة ١٠ / ١ / ١٩٨٣ - مكتب فني ٣٤ رقم الجزء ١، ص١٥١



محامي للدفاع عنه هذا الخصم<sup>١</sup>، وأخذت محكمة النقض بقاعدة الأصل أن الاجراءات قد روعيت، وذلك بافتراض صحة الإجراءات المتعلقة بدرجة قيد المحامي أمام المحكمة التي يترافع أمامها، أي أن المحامي المترافع عن الخصم يفترض أنه مقبول للمرافعة أمام درجة المحكمة التي تنظر الدعوى ما لم يثبت بالدليل أنه غير مقيد للمرافعة أمام هذه المحكمة.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بحكمها الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٤ " لما كان الثابت من محاضر جلسات المحاكمة أن المحكوم عليه طلب من المحكمة أجلاً لحضور محاميه فأجابته المحكمة إلي ذلك غير أنه لم يحضر فطلب من المحكمة أن تتدب له من يدافع عنه فنذبت لذلك المحامي..... ومكنته من الإطلاع علي القضية وأفسحت له الأجل الذي طلبه للاستعداد ثم ترافع وأبدي ما عن له من أوجه الدفاع فاستوفي المحكوم عليه بذلك حقه في الدفاع.

ولا يقدح في ذلك ما يبين من كتاب نيابة النقض المرفق من أن المحامي سالف الذكر لم يستدل علي درجة قيده بنقابة المحامين لوجود أكثر من اسم يتشابه مع اسمه، لما هو مقرر من أن الأصل في الاجراءات أنها روعيت. ولما كان المحامي الذي حضر مع المحكوم عليه وترافع عنه لم يثبت أنه غير مقيد أمام المحاكم الابتدائية، ومن ثم فإن اجراءات المحاكمة والحكم يكونان قد تما وفق صحيح القانون<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> انظر الطعن الجنائي رقم ٣٨٦ لسنة ٤٤ ق، جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٥، الجزء الأول، ص ٤٣٨، وفيه قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أنه إذا لم يحضر المحامي الموكل عن المتهم ونذبت المحكمة محامياً آخر ترافع في الدعوى، فإن ذلك لا يعد إخلالاً بحق الدفاع ما دام لم يبد أي اعتراض على هذا الإجراء ولم يتمسك أمام المحكمة بطلب تأجيل نظر الدعوى حتى يحضر محاميه الموكل. ولما كان الثابت من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن قرر في بدايتها أن والده قد وكل له الأستاذ ... .. المحامي وأنه طالما أن هذا المحامي لم يحضر فإنه يكتفي بالمحامي المنتدب مدافعاً عنه وقد ترافع هذا الأخير في الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ولم يرد بهذا المحضر أن الطاعن اعترض على حضور المحامي المنتدب أو أنه طلب التأجيل لحضور المحامي الموكل، فإن ما يثيره في هذا الشأن لا يكون له محل ولا وجه لما يتحدى به الطاعن من أن المحامي المنتدب لم يكن ملماً بوقائع الدعوى إذ أن استعداد المدافع عن المتهم أو عدم استعداده أمر موكل إلى تقديره هو حسبما يوحى به ضميره واجتهاده وتقاليده مهنته

<sup>٢</sup> الطعن رقم ٣١ لسنة ٨٣ ق، جلسة ١٠ فبراير ٢٠١٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، أيضاً انظر الطعن رقم ٤٥٦ لسنة ٨١ ق، الصادر بجلسته ٢٠١٢/١٢/٢٠، " من المقرر أن الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت وعلى من يدعى أنها خولفت إقامة الدليل على ذلك ، وكان الطاعن لم يقدم دليلاً على أن المحامي الذى حضر معه وتولى الدفاع عنه في الجناية التي دين بها غير مقبول للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية كما يبين من كتاب نقابة المحامين إلى نيابة النقض والمرفق بملف الطعن أنه تعذر الاستدلال

## الأصل أن اجراءات سماع الشهود صحيحة :

سماع المحكمة لشهادة الشهود أحد اجراءات الاثبات التي نظمها قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بالمواد (٦٠-٩٨)، وذلك في نطاق المسائل المدنية والتجارية، والتي يملك قاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير الأدلة المقدمة إليه، ومنها شهادة الشهود، والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه منها ، واستخلاص ما يراه منطقياً مع واقع الحال في الدعوى دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض مادام قد أقام قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي خلص إليها<sup>١</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "المقرر - في

---

على درجة قيد المحامي وذلك لعدم وجود اسمه كاملاً أو رقم قيده فإن ما يدعيه الطاعن الثالث في هذا الصدد يكون على غير سنده"، أيضاً الطعن رقم ٥٣٠٣ لسنة ٧٤ق، جلسة ٢٠١٢/١٠/١٧، "من المقرر ان الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت وعلى من يدعى أنها قد خولفت إقامة الدليل على ذلك، وكان الطاعن لم يقدم دليلاً على أن المحامين الموكلين منه والحاضرين معه واللذين تولوا الدفاع عنه في الجناية التي دين بها غير مقبولين للمرافعة أمام المحكمة الابتدائية ، فإن ما يدعيه الطاعن في هذا الصدد يكون على غير سند". أيضاً الطعن رقم ١٦١٢١ لسنة ٧٣ق، جلسة ٢٠٠٤/١/٢٦، قضت محكمة النقض " من المقرر أن الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت وعلى من يدعى أنها قد خولفت إقامة الدليل على ذلك وكان الطاعن لم يقدم دليلاً على أن المحامي ..... الموكل من قبله وحضر معه أمام محكمة الجنايات وتولى الدفاع عنه في الجناية التي دين بها غير مقبول أمام المحاكم الابتدائية ، فإن ما يدعيه الطاعن في هذا الصدد يكون على غير سند". أيضاً الطعن رقم ٥٠٦١٤ لسنة ٧٤ق، جلسة ٢٠٠٥/١٢/٧، قضت محكمة النقض بأن " لما كان البين من مطالعة محاضر الجلسات أمام المحكمة أن الأستاذ .... المحامي حضر مع الطاعن منذ فجر التداعي بجلسة .... وتقدم بطلباته للمحكمة ، ثم أناب عنه في الحضور محام آخر بالجلسات اللاحقة ، و بجلسة المرافعة الختامية حضر المحامي الأصيل ....، وفيها تناول في دفاعه أقوال الشهود ومن استمعت المحكمة إليهم وكافة الإجراءات التي تمت في الجلسات التي أناب فيها زميله ، دون أن يطلب من المحكمة إعادة إجراء مما اتخذ ، فإن المحكمة لا تكون قد أخلت بحق الطاعن في الدفاع وينحسر البطلان عن إجراءاتها ، لما هو مقرر من أن واجب المحامي يقضى عليه الاستمرار في الوقوف إلى جانب موكله حتى انتهاء المحاكمة فإذا تغيب المحامي باختباره لأي سبب كان عن الحضور مع المتهم أو أناب عنه محام غير مقبول أمام تلك المحكمة - بفرض صحته - فللمحكمة قانوناً أن تستمر في نظر الدعوى في غيابه ، هذا فضلاً عن أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت وعلى من يدعى أنها قد خولفت إقامة الدليل على ما يدعيه وهو ما لم يأت به الطاعن ". أيضاً، الطعن الجنائي رقم ١٩٨٣٢ لسنة ٦٥ق، جلسة ١٩٩٨/١/٥، وفيه قضت محكمة النقض بأن "لما كان الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت وعلى من يدعى أنها قد خولفت إقامة الدليل على ذلك ، وكان الطاعن لم يقدم دليلاً على أن المحامي ..... الذي ندبته محكمة الجنايات وحضر معه أمامها وتولى الدفاع عنه في الجناية التي دين بها غير مقبول للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية . كما يبين من كتاب نقابة المحامين إلى نيابة النقض والمرفق بملف الطعن أنه تعذر الاستدلال على درجة قيد المحامي وذاك لعدم وجود اسمه كاملاً أو رقم قيده . فإن ما يدعيه الطاعن في هذا الصدد يكون على سند". منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>1</sup> الطعن المدني رقم ٣٢ لسنة ٧٠ق، جلسة ٢٠٠٤/١٢/١٤، مجموعة المكتب الفني ٥٥، ص ٦٤، الطعن المدني ٧٢٥ لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٠٠٣/٣/١٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٤ الجزء الأول، القاعدة رقم ٨١، ص ٤٦٢، وفيه قضت محكمة النقض بأنه " المقرر في قضاء محكمة النقض أن محكمة الموضوع ، وإن كانت غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة الدعوى إلى التحقيق ، لإثبات ما يجوز إثباته

قضاء محكمة النقض – أن التحقيق الذي يصح اتخاذه سنداً للحكم هو الذي يجري وفقاً للأحكام التي رسمها القانون لشهادة الشهود في المادة ٦٨ وما بعدها من قانون الإثبات، تلك الأحكام التي تقضي بأن يحصل التحقيق أمام المحكمة ذاتها بمعرفة قاضي تندبه لذلك وتوجب أن يحلف الشاهد اليمين إلي غير ذلك من الضمانات المختلفة التي تكفل حسن سير التحقيق توصلًا إلي الحقيقة، أما ما يجريه الخبير من سماع شهود ولو أنه يكون بناءً علي ترخيص من المحكمة لا يعد تحقيقاً بالمعني المقصود إذ أنه مجرد إجراء ليس الغرض منه إلا أن يهتدي به الخبير في أداء المهمة، ولا يجوز الاعتماد علي أقوال الشهود أمام الخبير إلا باعتبارها مجرد قرينة قضائية لا تصلح وحدها لإقامة الحكم عليها، وإنما يتعين أن تكون مضافة إلي قرائن أخرى تؤدي في مجموعها إلي النتيجة التي انتهت إليها المحكمة<sup>١</sup>.

الأصل أن المحكمة التي قررت نظر الدعوي قد سمعت شهادة الشهود، والثابتة بمحضر جلسة المرافعة، مالم يقوم الدليل علي أن المحكمة نظرت الدعوي دون سماع الشهود، وذلك بطريق الطعن بالتزوير، فإذا كان الثابت أن الطاعن لم يسلك هذا الطريق في خصوص إثبات عكس ما ورد بمحضر جلسة المرافعة، فإن الزعم بأن المحكمة قررت نظر الدعوي دون سماع الشهود يكون مغاير للواقع، ويكون غير مقبول<sup>٢</sup>.

---

بشهادة الشهود، إلا أنها ملزمة إذا رفضت هذا الطلب أن تبين في حكمها ما يسوغ رفضه". نفس المعني الطعن المدني رقم ١٥٦٠ لسنة ٧٠ق، جلسة ٢٠٠١/٦/٢٠، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٢، الجزء الأول، القاعدة رقم ١٨٤، ص ٩٤٧

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ١٠٠٨ لسنة ٦٩ق، جلسة ٢٠٠٢/٤/١٦، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٣، الجزء الأول، ص ٥٤٧، أيضاً انظر الطعن المدني رقم ٩٨٧ لسنة ٦٩ق، جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٥١، الجزء الثاني، القاعدة رقم ١٥٦، ص ٨٣٧، وفيه قضت محكمة النقض بأنه " لما كانت المادة ٦٢ من قانون الإثبات تنص على أن " جوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة" ومفاد ذلك أن المشرع وقد جعل لمبدأ الثبوت ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصم بشهادة الشهود أو القرائن فقد اشترط لتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة - أيًا كان شكلها أو الغرض منها - ولم يتطلب المشرع بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة فيكفي أن تكون صادرة من الخصم ويحتج عليه بها وأن تجعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول وقريبة الاحتمال".

<sup>٢</sup> طعن جنائي رقم ١٠٩٧١ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩١/١٢/٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٢، القاعدة رقم ١٨١، ص ١٣٠٧

## الأصل أن إجراءات تقديم المذكرات صحيحة :

احتراماً لمبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، يجوز للخصوم في الدعوى تقديم مذكرات بطلباتهم الختامية وأوجه الدفاع والدفع الجوهرية، والتي يجب علي المحكمة أن تطلع عليها وصولاً للحكم الصحيح في الدعوى، وتنظم المحكمة الإجراءات الخاصة بتقديم الخصوم لهذه المذكرات سواء قبل قفل باب المرافعة في الدعوى، أو بعد قفل باب المرافعة إذا صرحت للخصوم بتقديم هذه المذكرات لهيئة المحكمة.

فإذا قدم أحد الخصوم مذكرة لهيئة المحكمة أثناء الجلسات التي تعقدتها لسماع الدعوى وخلال المواعيد المحدد لهم، فإنه يجب إطلاع الخصم الآخر عليها ومنحه أجلاً للرد عليها، وتلتزم المحكمة بالرد علي ما قد تتضمنه هذه المذكرات من طلبات وأوجه دفاع ودفع جوهرية، أما إذا قررت المحكمة قفل باب المرافعة في الدعوى، فالأصل أنه ليس لأي من الخصوم تقديم مذكرة أو طلب، و أن من حق المحكمة أن تستبعد ما يقدمه لها الخصوم من طلبات أو مذكرات بعد قفل باب المرافعة في الدعوى، ولا تلتزم بالرد على ما تتضمنه من طلبات<sup>1</sup>.

ومع ذلك، فقد تصرح المحكمة للخصوم بتقديم مذكرات خلال مواعيد محددة، وقبل الجلسة المحددة للنطق بالحكم، فإنه لا يجوز لها قبول مذكرات أو مستندات من أحد الخصوم إلا إذا أطلع عليها الخصم الآخر، وأتاحت له فرصة الرد عليها.

وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من قانون المرافعات "وإذا صرحت المحكمة بتقديم مذكرات خلال فترة حجب الدعوى للحكم، وجب عليها تحديد ميعاد للمدعى يعقبه ميعاد للمدعى عله لتبادلها، بإعلانها، أو بإيداعها قلم الكتاب من أصل وصور بعدد الخصوم أو وكلائهم، بحسب الأحوال، وصوراً إضافية ترد للمودع بعد التأشير عليها من قلم الكتاب باستلام الأصل والصور وتاريخ ذلك".

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن "الشارع رأى حماية لحق الدفاع منع المحاكم من الاستماع - بعد قفل باب المرافعة في الدعوى - لأحد الخصوم أو وكيله

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ١٩١٤ لسنة ٥٠، ق، جلسة ١٩٨٥/٣/١٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٦، الجزء الأول، القاعدة رقم ٨٣، ص ٣٨٠

في غيبة خصمه، كما حظر عليها قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها، وبالتالي، فإنه إذا صدر الحكم في الدعوى ولم يستند إطلاقاً من قريب أو بعيد، إلى أقوال أو أوراق أو مذكرات تمت من جانب أحد الخصوم في غفلة من الخصم الآخر، ودون حصولها في مواجهته فإن الإجراءات لا تكون باطلة، أما إذا اعتمد الحكم في الدعوى على مذكرات أو مستندات أو أوراق أو دفاع جديد قدم في غفلة من الخصم الآخر ودون حصوله في مواجهته، فإن هذا الحكم يكون قد بني على إجراءات باطلة<sup>1</sup>.

أيضاً، قد يبدي الخصم - بعد قفل باب المرافعة أو أثناء المدة المصرح فيها بتقديم مذكرات - دفاعاً أو يقدم أوراقاً أو مستندات استكمالاً لدفاعه السابق الذي أبداه قبل حجز القضية للحكم، وطلب إعادة فتح باب المرافعة في الدعوى تمكيناً لخصمه من الرد على هذا الدفاع، فإن واجب المحكمة - وهي في معرض التحقق من مدى جدية الطلب - أن تطلع على ما ارتأى الخصم استكمال دفاعه به توطئة للتقرير بما إذا كان يتسم بالجدية، أم قصد به عرقلة الفصل في الدعوى وإطالة أمد التقاضي، فإذا ما ارتأته متسماً بالجدية بأن كان دفاعاً جوهرياً من شأنه - إذا صح - تغيير وجه

---

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ٧٣٦٥ لسنة ٤٥ق، جلسة ٢٠٠٥/٣/١٥، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٠، الجزء الأول، ص٧٦٥، أيضاً انظر الطعن المدني رقم ٤٣١٠ لسنة ٨١ق، جلسة ٢٠١٢/٥/١٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه لا يجوز للمحكمة طبقاً لنص المادة ١٦٨ من قانون المرافعات أن تقبل أثناء المداولة أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً، ولا يسوغ الخروج على هذه القاعدة التي تعد أصلاً من أصول المرافعات أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم قد أذنت للخصوم بتقديم مذكراتهم بطريق الإيداع خلال فترة حجز الدعوى للحكم إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ١٧١ من ذات القانون والمضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ إذ ليس من شأن هذا التنظيم الذي استحدثه المشرع لتبادل المذكرات خلال فترة حجز الدعوى للحكم وقصد به كفالة المساواة بين طرفي الخصومة وتحقيق اليسر لهما في عرض دفاعهما أن يغير من قواعد أساسية وضعت كفالة لحق التقاضي وعدم تجهيل الخصومة على من كان طرفاً فيها، وهو ما جلته المذكرة الإيضاحية لمشروع ذلك القانون تعليقاً على هذه الفقرة حين أوردت القول بأنها قد أوجبت على المحكمة في حالة ما إذا صرحت بتبادل المذكرات خلال فترة حجز الدعوى للحكم تحديد طريقة تبادلها سواء بالإعلان أو بالإيداع وتحديد ميعاد للمدعي يقدم فيه مذكرته يعقبه ميعاد آخر للمدعى عليه لتقديم مذكرة الرد على مذكرة المدعى بما يمتنع معه تحديد موعد واحد لتقديم المذكرات لمن يشاء، كما أوجبت في حالة الإيداع بقلم الكتاب أن تكون المذكرة من أصل وصور بقدر عدد الخصوم أو وكلائهم بحسب الأحوال وصوره إضافية يؤشر عليها قلم الكتاب باستلام الأصل والصور ..... وتاريخ الإيداع مع ختمها بداهة بخاتم المحكمة وردّها للمودع ويقوم قلم الكتاب بتسليم صور المذكرات إلى الخصوم أو وكلائهم بحسب الأحوال بعد توقيعهم على الأصل بالاستلام".

الرأى في الحكم ، فإنها تكون ملزمة بقبول ما رافق الطلب من أوراق أو مستندات وبإعادة فتح باب المرافعة في الدعوى تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم وإلا تكون قد أخلت بحق الدفاع المعتبر أصلاً من أصول المرافعات والذي يمتد إلى كل العناصر التي تشكل تأثيراً على ضمير القاضى ، ويؤدى إلى حسن سير العدالة<sup>1</sup> .

وقد أخذت محكمة النقض بقريضة صحة الاجراءات في نطاق الاجراءات المتعلقة بالمذكرات المقدمة بواسطة الخصوم، وهو ما جاء به حكمها الصادر في ١٢/١٢/١٩٩١، فقضت بأن "إذ كان الثابت أن جلسة ١/١٢/١٩٨٤ كانت الجلسة الأولى التي نظر فيها الطعن وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت ولم يقدم الطاعن دليلاً على أن المذكرة التي أشار إليها قدمت بطريق آخر ينال من صحة إجراءات تقديمها فإنه لا على الحكم أن هو أعتد بما جاء فيها من دفاع ويكون النعى عليه بهذا الوجه على غير أساس"<sup>2</sup> .

#### الأصل أن الدعوي نظرت في جلسة علنية :

تنص المادة ١٠١ مرافعات علي أن "تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة علي النظام العام

---

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٨٢٢ لسنة ٧٤ق، جلسة ١٢/٤/٢٠٠٨، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٩، ص٤١٤، أيضا الطعن المدني رقم ٢٩١١ لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٢/٤/٢٠٠٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٤، الجزء الأول، القاعدة رقم ١٢٣، ص٧٢٢، وفيه قضت محكمة النقض بأنه " إذا عن لخصم بعد قفل باب المرافعة في الدعوى أو أثناء المدة المصرح فيها بتقديم مذكرات أن يبدى دفاعا ، أو يقدم أوراقا أو مستندات استكمالاً لدفاعه السابق الذي أبداه قبل حجز القضية للحكم ، وطلب إعادة فتح باب المرافعة في الدعوى تمكيناً لخصمه من الرد على هذا الدفاع ، فإن واجب المحكمة - وهي في معرض التحقق من مدى جدية الطلب - أن تطلع على ما ارتأى الخصم استكمال دفاعه به توطئة للتقرير بما إذا كان يتسم بالجدية ، أم قصد به عرقلة الفصل في الدعوى ، وإطالة أمد التقاضى، فإذا ما رأت أنه يتسم بالجدية بأن كان دفاعا جوهريا من شأنه - إذا صح - تغيير وجه الرأى في الحكم ، فإنها تكون ملزمة بقبوله وما رافقه من أوراق أو مستندات تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم وإلا تكون قد أخلت بحق الدفاع المعتبر أصلاً هاما من أصول المرافعات والذي يمتد إلى كل العناصر التي تشكل تأثيراً على ضمير القاضى ، ويؤدى إلى حسن سير العدالة". قارن الطعن المدني رقم ٧٧٤ لسنة ٧٠ق، جلسة ٢/٧/٢٠٠٧، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٨، القاعدة رقم ١١٠، ص٦٣٨، وفيه قضت محكمة النقض بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي لم تجب الطلب المقدم إليها بفتح باب المرافعة أو التصريح بتقديم مستندات متى كان قدم إليها بعد قفل باب المرافعة في الدعوى ، إذ تصبح إجابة هذا الطلب من الإطلاقات التي لا يعاب على المحكمة عدم الاستجابة إليها".

<sup>2</sup> طعن مدني رقم ٤١٠ لسنة ٥٦ق، جلسة ١٢/١٢/١٩٩٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أو مراعاة للأداب أو لحرمة الأسرة"، فالأصل العام أن المحكمة عقدت جلساتها بصفة علنية بحيث إذا ثبت أن مرافعة الخصوم قد أجريت في غرفة المشورة، أو في جلسة علنية، وفي غير الأحوال التي يجوز فيها ذلك، فإن الحكم يكون باطلاً.

وهذا علي خلاف ما نصت عليه المادة ١٧٤ مرافعات، والتي قررت أن " ينطق القاضى بالحكم بتلاوة منطوقه، أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ويكون النطق به علانية وإلا كان باطلاً"، أي أن جلسة النطق بالحكم تكون علنية، وبصرف النظر عما إذا كانت جلسات نظر الدعوي والتحقيق فيها علنية أم سرية.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " النص في المواد ١٠١ ، ١٠٢ ، ١٧١/١ من قانون المرافعات يدل على أن الأصل في الجلسات أن تكون علنية وأن تجرى المرافعة فيها علناً وكيفية قيام المحكمة بالنداء على خصوم الدعوى علناً مدعين ومدعى عليهم وإثبات حضورهم من عدمه والاستماع لأقوالهم ودفوعهم ومقتضيات دفاعهم وتعقبه بعد إنتهاء المرافعة بالنطق بالحكم فيها في ذات الجلسة أو تأجيل إصداره إلى جلسة أخرى قريبة تحددها حسب ظروف وملابسات السير في الدعوى ، وبالنظر للأهمية البالغة لهذه القاعدة الأصلية علانية الجلسات لما فيها من ضمان حقوق الدفاع المقدسة لم يكتف المشرع بالنص عليها في المادة ١٠١ من قانون المرافعات المشار إليها بل ضمنها دساتير الدولة المتعاقبة وآخرها المادة ١٦٩ من دستور جمهورية مصر العربية في سنة ١٩٧١ لتكون بعيدة عن إمكان العبث بها ومن ثم فإنها تعد من الإجراءات المتعلقة بنظم النقاضى الأساسية المتصلة بالنظام العامة التى يترتب عليها بطلان الأحكام الصادرة بالمخالفة لأحكامها"<sup>١</sup>.

وإذا كانت قاعدة علنية الجلسات من النظام العام بحيث لا يجوز مخالفتها، إلا أن المشرع المصري لم يوجب علي المحكمة أن تذكر هذا البيان في محضر الجلسة أو في ورقة الحكم، ولذلك إذا خلا كل من الحكم ومحضر الجلسة مما يفيد نظر الدعوي

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ٧٥٨٨ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٧/١١/٢٠، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٨، الجزء الثاني، القاعدة رقم ٢٣٦، ص ١٢٧٣

في جلسة علنية، فإن ذلك لا يؤدي لبطلان الحكم تأسيساً على قاعدة الأصل في الإجراءات أنها روعيت مالم يقوم الدليل على عكس ذلك<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " مجرد خلو محضر الجلسة والحكم من ذكر العلانية لا يصح أن يكون وجهاً لنقض الحكم ما لم يثبت الطاعن أن الجلسة كانت سرية من غير مقتض. لأن الأصل في الإجراءات المتعلقة بالشكل اعتبار أنها روعيت أثناء الدعوى ولصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق القانونية أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت"<sup>2</sup>.

وإذا ثبت بمحاضر الجلسات أن إجراءات نظر الدعوي كانت علنية، فلا يجوز الإدعاء بما يخالف ذلك إلا بالطعن بالتزوير، وبالتالي لا يقبل من الخصم الدفع أو الطعن بأن هذه الإجراءات كانت غير علنية مادام لم يباشر إجراءات الطعن بالتزوير فيما دون محاضر الجلسات، ولا ينال مما سبق تقييد دخول قاعة الجلسة بناء على تصاريح؛ لعدم منافاة ذلك لعلانية الجلسات، وإنما المقصود منها تنظيم دخول الجلسة فحسب، وليس عقد الجلسة بصفة سرية.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بحكمها الصادر في ١٤ أبريل ٢٠١٥ بأن "لما كان الثابت من محاضر الجلسات أن إجراءات المحاكمة كانت علنية، وكان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما يثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير، فإنه لا يقبل من الطاعن قوله أن إجراءات المحاكمة كانت غير علنية ما دام لم يتخذ من جانبه إجراء الطعن بالتزوير فيما دون بمحضر جلسات المحاكمة، ويكون ما رده في طعنه في هذا الصدد غير سديد، ولا يغير من ذلك ما يثيره الطاعن من تقييد دخول قاعة الجلسة بتصاريح؛ لأن ذلك لا يتنافى مع العلانية؛ إذ إن المقصود من ذلك هو تنظيم الدخول"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د/الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص ٢٢٢، وما بعدها

<sup>2</sup> جلسة ١٩٢٩/٤/٢٥، مجموعة القواعد القانونية ج ١ ق ٢٤١ ص ٢٨٢

<sup>3</sup> طعن جنائي رقم ١٨٦٣٧ لسنة ٨٤، جلسة ٢٠١٥/٤/١٤، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية، أيضاً الطعن الجنائي رقم ١٠٨٠٣ لسنة ٦٨ق، جلسة ٢٠٠٤/٤/٥، قضت محكمة النقض "لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في ديباجته النطق به علناً، أي تلاوته، وهو ما عبر عنه المشرع في المادة ١٧٤ من قانون المرافعات بقوله " ينطق القاضى بالحكم بتلاوة منطوقه، أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ويكون



وعادة ما تشير محاضر الجلسات إلي عقد الجلسات بصفة علانية تماشياً مع القاعدة العامة في هذا الشأن، إلا أن محكمة النقض تعتبر أن غياب هذه الاشارة يحمل الدلالة علي عقد الجلسات في غرفة المشورة، ولا ينال من ذلك أن تكون الدعوى قد طرحت أمام محكمتي أول درجة و الإستئناف في جلسات علنية طالما أنها عرضت أخيراً في جلسة منعقدة في غرفة المشورة و نظرت فيها و قررتا حجزها للحكم فيها<sup>1</sup>.

#### الاستثناءات :

يجوز للمحكمة عقد الجلسات بصفة سرية، وذلك في الأحوال التي يحددها القانون، كالحالات المتعلقة بالمحافظة علي النظام العام أو مراعاة للأداب أو لحرمة الأسرة تطبيقاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٧١ مرافعات، وذلك بموجب قرار صادر من المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب من أحد الخصوم، وفي هذه الأحوال الاستثنائية، يكون الأصل العام عقد الجلسة بصفة سرية ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك.

أيضاً، لم يشترط المشرع المصري أن يكون بيان نظر الدعوي في غرفة المشورة مذكور في محضر الجلسة أو في الحكم، فخلو المحضر من هذا البيان لا يبطل الحكم مالم يقدم الطاعن دليلاً علي مخالفة المحكمة لقاعدة سرية الجلسات.

وتتقسم هذه الاستثناءات لنوعين، النوع الأول استثناء وجوبي علي المحكمة بضرورة عقد جلسات بصفة سرية، والنوع الثاني استثناء جوازي للمحكمة بعقد جلسات نظر الدعوي بصفة سرية، وذلك علي النحو الآتي :

---

النطق به علانية وإلا كان باطلاً ، وكان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الإدعاء بما يخالف ما أثبت منها سواء في محضر الجلسة أو في الحكم إلا بالطعن بالتزوير وهو مالم يفعله الطاعن فإن ما يجادل فيه من عدم تلاوة الحكم يكون غير قويم ولا يعتد به".

أيضاً، طعن جنائي رقم ٦٢٧٦ لسنة ٦٥ق، جلسة ١٩٩٧/٥/٦، وفيه قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الثابت بمحضر المحاكمة إن الدعوى نظرت بجلسته سرية، إلا أن الثابت بالحكم المطعون فيه إنه صدر علناً، وكان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما ثبت منها، سواء في محضر الجلسة أو في الحكم إلا بالطعن بالتزوير، فإنه لا يقبل من الطاعن قوله إن الحكم صدر بجلسته غير علنية ما دام لم يتخذ من جانبه إجراء الطعن بالتزوير فيما دون بالحكم".

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٦٤ لسنة ٥٥ق، جلسة ١٩٨٧/١/٢٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

## الاستثناء الأول – واجب نظر دعاوي الأحوال الشخصية في جلسات سرية :

المادة ٨٧١ مرافعات قبل إلغائها بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم إجراءات التقاضي في بعض مسائل الأحوال الشخصية كانت تنص علي أن " تنظر المحكمة في الطلب منعقدة في غرفة المشورة بحضور أحد أعضاء النيابة العامة وتصدر حكمها علناً"، كما كانت تنص المادة ٨٧٨ مرافعات قبل إلغائها بذات القانون علي أن " ينظر الاستئناف في غرفة المشورة على وجه السرعة وتبع المحكمة الاستئنافية في نظره الإجراءات المبينة في المادة ٨٧١".<sup>١</sup>

109 وتطبيقاً لهاتين المادتين، قضت محكمة النقض بأن "مفاد المادتين ٨٧١ ، ٨٧٨ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات أن المشرع أوجب نظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية في غرفة مشورة، وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ الذى أضاف الكتاب الرابع إلى قانون المرافعات، بأنه ينظر المحكمة الطلب في غرفة مشورة تتوافر بذلك السرية الواجبة لمسائل قد تكون أولى المسائل بذلك، مما مفاده أنه يقصد بغرفة المشورة عقد الجلسة سرية بالنظر لأن قضايا الأحوال الشخصية تدور حول حالة الشخص وأهليته ونظام الأسرة ، وهى كلها مسائل يجب أن تعرض فى أضيق نطاق وألا تلوک الألسن ما يدور فيها، ولذا إقتضت إرادة المشرع وجوب نظرها فى غير علانية، ولما كان هذا الإجراء يتعلق بنظم التقاضى الأساسية ويتصل بالنظام العام فإنه يترتب على مخالفته بطلان الأحكام الصادرة فى هذه الدعاوى. يؤيد هذا النظر أن الأصل فى الجلسات أن تكون علنية وأن تجرى المرافعة فيها علناً، ولما لهذه القاعدة الأصلية من أهمية بالغة ولما فيها من ضمان حقوق الدفاع المقدسة لم يكتف المشرع بالنص عليها فى المادة ١٠١ من قانون المرافعات الواردة فى الأحكام العامة بل ضمنها دستائير الدولة المتعاقبة و آخرها المادة ١٦٩ من دستور جمهورية مصر العربية فى سنة 1971 لتكون بعيدة عن إمكان العبث بها، فإذا ما عنى المشرع بإيراد وجوب السرية فى أحوال معينة فإنها فى حدود هذا النطاق تعتبر من القواعد الأساسية فى المرافعات التى تصم الحكم عند تخلفها بالبطلان دون حاجة إلى النص عليه صراحة ، ودون إمكان القول فى شأنها بتحقيق الغاية من الإجراء فى معنى المادة ٢٠ من قانون المرافعات. يظهر هذا القول أن المادتين ٨٦٩ ، ٧٨٠ الواردتين فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات و اللتين أبقي عليهما قانون المرافعات الحالى رسماً طريقاً لرفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية للأجانب يخالف الطريق المعتاد فى كل الدعاوى المنصوص عليها فى المادة ٦٣ وما بعدها ، فلا تعلن عريضة الدعوى فيها إلى الخصم وإذا يتولى قلم الكتاب إعلانها إلى المدعى عليه على نماذج خاصة روعى الإقتصار فيها على ذكر موجز الطلب إمعاناً فى السرية وحفاظاً على الحرامات والأسرار . لما كان ما تقدم وكان النزاع فى الدعوى يدور حول ثبوت نسب صغيرة تدعى زوجة مصرية ثبوت لأب كويتى الجنسية ، وبهذه المثابة يتعلق هذا النزاع بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية للأجانب مما كان يوجب عقد الجلسة سرية ، و كان الثابت من محاضر الجلسات أن الاستئناف نظر فى جلسات علنية فإن الحكم يكون مشوباً بالبطلان".  
طعن رقم ١٤ لسنة ٤٤٦ق، جلسة ١٩٧٨/٢/٨، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية :  
أيضاً، الطعن المدني رقم ٢٣ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٠/١/١٦، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية

وهو ما أكدت عليه نص المادة ٥ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠، بقولها " للمحكمة أن تقرر نظر المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية - مراعاة لاعتبارات النظام العام او الاداب - في غرفة المشورة وبحضور احد اعضاء النيابة العامة متي كانت ممثلة في الدعوي وتتطرق بالاحكام والقرارات في جلسة علنية".

أيضاً، تنص المادة ١٠ من قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ علي أن " تعقد جلسات محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية في أماكن منفصلة عن أماكن انعقاد جلسات المحاكم الأخرى، وتزود بما يلزم من المسائل التي تتناسب مع طبيعة المنازعات وأطرافها وما قد تقتضيه من حضور الصغار تلك الجلسات للاستماع إلى أقوالهم.....".

وهو ما يبرره خصوصية منازعات الأحوال الشخصية بحيث يجب نظر دعاوي الأحوال الشخصية في غير علانية، فلا يجوز نظرها بحضور غير أطراف النزاع حفاظاً علي أسرار الأسرة، وضمان عدم اطلاع الغير عليها، أي نظر الدعاوي في غرفة المشورة، فالدعاوي المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية يتعين نظرها في غرفة مشورة، لأنها تدور حول الشخص ونظام الأسرة وكلها مسائل يجب أن تعرض في أضييق نطاق وألا تلوك الألسن ما يدور حولها.

إلا أنه يجب أن يصدر الحكم بجلسة علنية، وهو ما أكدت عليه المواد ٨٧١، ٨٧٨ من قانون المرافعات قبل إلغائهم بصدور قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤، وقد أخذت محكمة النقض بقريضة صحة الإجراءات فيما يتعلق بسرية الجلسات المخصصة لنظر دعاوي الأحوال الشخصية، وهو ما جاء به حكمها الصادر في ٢٠٠٤/٣/١٣، فقضت " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن الدعاوي المتعلقة بالأحوال الشخصية يتعين نظرها في غير علانية على أن يصدر الحكم فيها علناً وذلك عملاً بالمادتين ٨٧١ ، ٨٧٨ من قانون المرافعات - المنطبق على الدعوى - وأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت ما لم يقر الدليل على غير ذلك . لما كان ذلك ، وكان البين من محاضر جلسات محكمة أول درجة التي تداولت فيها الدعوى

ودارت فيها المرافعة أنها قد خلت من الإشارة إلى انعقادها في علانية مما مفاده أن الدعوى نظرت في غرفة مشورة ولم تقدم الطاعنة الدليل على خلاف ذلك".<sup>1</sup>

### الاستثناء الثاني - جواز نظر الطعون الضريبية في جلسات سرية :

حفاظا علي أسرار الممول الشخصية وبياناته المالية، تتميز المنازعات الضريبية بأن جلسات الفصل فيها تكون سرية. فعلائية جلسات نظر المنازعات الضريبية قد تؤثر

---

1 طعن مدني رقم ٤٨ لسنة ٦٦ق، جلسة ١٣ مارس ٢٠٠٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أيضا، الطعن المدني رقم ٤١٢ لسنة ٦٥ق، جلسة ٢٠٠٢/٢/٤، قضت محكمة النقض "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت ما لم يتم الدليل على غير ذلك وأن خلو محاضر الجلسات التي تمت بها المرافعة من الإشارة إلى انعقادها في علانية مفاده - أن الدعوى نظرت في غرفة مشورة وأن انعقاد أية جلسات في علانية لا يخل بالسرية المطلوبة في نظر الدعوى طالما لم تدر فيها مرافعة بشأن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية. لما كان ذلك، وكان الثابت من محاضر جلسات محكمتي أول وثاني درجة أنها قد خلت من الإشارة إلى انعقاد الجلسات أمامهما في علانية مما مفاده أن الدعوى الماتلة نظرت في غير علانية".

أيضا، الطعن رقم ١٣٣ لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٠٠١/٦/١٩، وفيه قضت محكمة النقض " المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية يتعين نظرها في غرفة مشورة، لأنها تدور حول الشخص ونظام الأسرة وكلها مسائل يجب أن تعرض في أضيق نطاق وألا تلوك الألسن ما يدور حولها، على أن يصدر الحكم علنا، وذلك إعمالا لنصوص المواد ١٧٤، ٨٧١، ٨٧٨ من قانون المرافعات، وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت ما لم يتم الدليل على عكس ذلك. لما كان ذلك، وكان البين من محضر جلسة ١٩٩٧/١/١٣ أمام محكمة الاستئناف أنه خلا مما يفيد انعقادها في علانية مما مفاده انعقادها في غرفة مشورة إذ لم تقدم الطاعنة الدليل على خلاف ذلك، وكان الثابت من النسخة الأصلية للحكم المطعون فيه صدوره في علانية، فإن ما تضمنه محضر جلسة ١٩٩٧/٢/٥ التي تم النطق فيها بالحكم من أنها انعقدت في غرفة مشورة لا يعدو أن يكون خطأ ماديا لا يرتب البطلان".

أيضا، الطعن المدني رقم ٥٤٧ لسنة ٦٦، جلسة ٢٠٠١/٥/٢١، وفيه قضت محكمة النقض بأن "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادتين ٨٧١، ٨٧٨ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات - المنطبق على الدعوى - أن المشرع أوجب نظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية في غرفة مشورة، ومؤدى هذا أن يكون نظر هذه الدعاوى في جلسات سرية لأنها تدور حول حالة الشخص وأهليته ونظام الأسرة وهي كلها مسائل يجب أن تعرض في أضيق نطاق ولا تلوك الألسن ما يدور حولها؛ لما كان ذلك وكان البين من محاضر جلسات محكمة أول درجة أنها قد خلت من الإشارة على انعقادها في علانية، وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت، فإن هذه الجلسات تكون قد عقدت في غرفة مشورة، ولا يغير من ذلك أن محضر جلسة ١٩٩٦/١/١٤ حرر على نموذج مطبوع يفيد أن الجلسة عقدت في علانية إذ أنه لم تدر فيها مرافعة من أي من الطرفين تتناول مسألة من مسائل الأحوال الشخصية".

أيضا، الطعن المدني رقم ٥٦ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/٢/١٥، وفيه قضت محكمة النقض بأن "من المقرر - في قضاء محكمة النقض - ان الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية يتعين نظرها في غرفة مشورة ، لأنها تدور حول حالة الشخص ونظام الأسرة وكلها مسائل يجب أن تعرض في أضيق نطاق وألا تلوك الألسن ما يدور حولها ، على أن يصدر الحكم فيها علنا ، وذلك إعمالا لنصوص المواد ٨٧٨، ٨٧١، ١٧٤ من قانون المرافعات ، وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت ما لم يتم الدليل على عكس ذلك . لما كان ذلك وكان البين من محاضر الجلسات التي نظرت فيها الدعوى أمام محكمتي الموضوع أنها خلت من الإشارة إلى انعقادها في علانية، مما مفاده أن المدعى نظرت وترافع فيها الطرفان في غرفة مشورة بما يحقق السرية التي حرص عليها المشرع عند نظر دعاوى الأحوال الشخصية ، وإنما تم النطق بالحكم في علانية على نحو ما هو ثابت بنسخته الأصلية، وهو ما يتفق وصحيح القانون".

علي أعمال الممول وسمعته التجارية، أو تؤدي لتشويه هذه السمعة، وهز ثقة المتعاملين معهم، وخاصة أن السمعة التجارية لبعض الممولين تعد من أهم ما يعولون عليه لنجاح أنشطتهم التجارية ومشاريعهم الصناعية.

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها " عدم مراعاة نظر الدعاوي المتعلقة بهذه المنازعات في جلسات سرية يترتب علي مخالفته بطلان الأحكام الصادرة في الدعاوي؛ نظراً لأن هذا الأجراء يتعلق بنظم التقاضي الأساسية المتصلة بالنظام العام"١، أيضاً قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يجوز نظر الدعاوي التي ترفع من الممول أو عليه في جلسات سرية، إلا أنه يجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية، وإلا كان الحكم باطلاً"٢.

وهو ما نص عليه قانون الضريبة علي الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥، فقررت المادة ١٢٢ " تكون جلسات لجان الطعن سرية". وبالنسبة لضرورة سرية جلسات نظر الدعاوي الضريبية، تنص المادة ١٢٥ " الدعاوي التي ترفع من الممول أو عليه يجوز للمحكمة نظرها في جلسة سرية ويكون الحكم فيها دائماً على وجه السرعة"، وهو ما كانت تنص عليه المادة ٩٤ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩، فقد كانت الدعاوي التي ترفع من الممول أو عليه تنظر في جلسة سرية.

وقد أخذت محكمة النقض بقاعدة أن الأصل في الاجراءات أنها روعيت في نطاق اجراء نظر الدعاوي الضريبية في جلسات سرية، وذلك بموجب الحكم الصادر عنها في جلسة ١٩ مارس ١٩٨٤، فقضت بأنه " لما كان المشرع قد أوجب في المادة ٩٤ من القانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ نظر الدعاوي التي ترفع من الممول أو عليه في جلسة سرية إلا أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت و على من يتمسك بمخالفتها أن يقدم الدليل على ذلك و المناط في هذا الخصوص هو الإعتداد بالبيانات المثبتة بالحكم على أن تكمل بما يرد بمحضر

<sup>1</sup> الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤١ ق، جلسة ٥ مايو ١٩٧٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>2</sup> الطعن رقم ٨٥٠ لسنة ٦٠ ق، جلسة ٥ ديسمبر ١٩٩٦، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

الجلسة في خصوصه . لما كان ذلك و كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه و من محاضر الجلسات المودع صورها ملف الطعن أنها قد خلت مما يشير إلى أن الدعوى قد نظرت في جلسة علنية و كان من المقرر أن خلو الحكم من الإشارة إلى سرية الجلسة لا يبطله فإن النعى بهذا الوجه يكون على غير أساس<sup>1</sup>.

#### الاستثناء الثالث – التظلم من أمر تقدير مصاريف الدعوي :

تنص المادة ١٩٠ مرافعات علي أنه " يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من الأمر المشار إليه في المادة السابقة ويحصل التظلم أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير أو بتقرير في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم وذلك خلال ثمانية الأيام التالية لإعلان الأمر ، ويحدد المحضر أو قلم الكتاب على حسب الأحوال اليوم الذي ينظر فيه التظلم أمام المحكمة في غرفة المشورة ويعلن الخصوم بذلك قبل اليوم المحدد بثلاثة أيام"، فالتظلم من أمر تقدير مصاريف الدعوي ينظر في غرفة المشورة، وليس في جلسة علنية.

#### الأصل أن إجراءات دعوي المخاصمة صحيحة :

تنص المادة ٤٩٥ مرافعات علي أن " ترفع دعوى المخاصمة بتقرير في قلم كتاب محكمة الاستئناف التابع لها القاضي او عضو النيابة يوقعه الطالب، او من يوكله في توكيلا خاصا وعلى الطالب عند التقرير ان يودع خمسمائة جنيه على سبيل الكفالة.....".

طبقت محكمة النقض قرينة صحة الاجراءات علي الاجراءات المتعلقة بدعوي مخاصمة القاضي، وخاصة الاجراء الخاص بتوقيع التقرير المودع قلم كتاب المحكمة، والذي يجب توقيعه من الطرف المخاصم أو ممن يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً.

وهو ما جاء به حكمها الصادر في ١٩٩٧/٨/٧، فقضت " النص في المادتين ٤٩٥ ، ٤٩٦/٢ من قانون المرافعات مؤداه أن دعوى المخاصمة التي ترفع ضد أحد

---

1 طعن مدني رقم ٣٦ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٤/٣/١٩، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

مستشارى محكمة النقض تكون بتقرير يودع قلم كتاب هذه المحكمة يوقعه المخاصم أو من يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً وإذ كانت الدعوى قد رفعت بتقرير موقع من الأستاذ .... المحامى بصفته وكيلاً عن المخاصم وقد خلت الأوراق مما يدحض حصول هذا التوقيع أمام الموظف المختص بقلم كتاب محكمة النقض، وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت فإن الدفع يكون على غير أساس".<sup>1</sup>

### الأصل أن اجراءات رد القاضي صحيحة :

يحصل الرد بتقرير يودع بقلم كتاب المحكمة التي يتبعها القاضي المطلوب رده، ويوقع من الطالب نفسه، أو من وكيله بتوكيل خاص يرفق بالتقرير. ويجب أن يشتمل طلب الرد على أسبابه، وأن يرفق به ما قد يؤيده من أوراق ومستندات عملاً بحكم المادة ١/١٥٣ مرافعات.

ويجب تقديم طلب الرد قبل تقديم أي دفع أو دفاع في الدعوي المطلوب رد القاضي عن نظرها، وإلا سقط الحق فيه تطبيقاً لنص المادة ١/١٥١ مرافعات. فإذا لم يقدّم سبب الرد أو لم يعلم به الخصم إلا بعد الكلام في الموضوع، كان له الحق في طلب الرد ( الفقرة الثالثة من المادة ١٥١ مرافعات).

وفي كافة الأحوال، لا يقبل طلب الرد بعد قفل باب المرافعة في الدعوي. ولا يقبل طلب الرد ممن سبق له طلب رد نفس القاضي في ذات الدعوي.<sup>2</sup>

ويجب على قلم كتاب المحكمة رفع التقرير بالرد إلي رئيسها مرفقاً به بيان بما قدم من طلبات رد في الدعوي وما تم فيها، وذلك خلال أربع وعشرين ساعة. وعلى الرئيس أن يطلع القاضي المطلوب رده على التقرير فوراً، وأن يرسل صورة منه إلي النيابة العامة. وعلى القاضي المطلوب رده أن يجيب كتابة على وقائع الرد وأسبابه خلال الأربعة أيام التالية لاطلاعه.

وقد طبقت محكمة النقض قرينة صحة الاجراءات على اجراءات رد القاضي، وخاصة الاجراء الخاص بعلم القاضي بطلب رده، وهو ما جاء به حكمها الصادر

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٨٥٦٩ لسنة ٦٦ق، جلسة ١٩٩٧/٨/٧، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>2</sup> د/ وجدي راغب، مرجع سابق، ص ٢٣٩

في ١٩٩٧/٤/٨، وفيه قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الثابت من الأوراق أن المحكمة الاستئنافية بعد أن نظرت القضية بجلسة ١٩٨٨/٥/١٤ قررت حجزها للحكم لجلسة ١٩٨٨/٦/٢٥ وصرحت بتقديم مذكرات لمن يشاء من الخصوم في أسبوعين ثم طلب الطاعن رد أعضاء الدائرة بموجب التقرير بذلك في قلم الكتاب بتاريخ ١٩٨٨/٦/٢١ أى بعد حجز القضية للحكم وأقال باب المرافعة في الدعوى ولم يثبت أن طلب الرد قد عرض على رئيس المحكمة الابتدائية كما لم يثبت أن أعضاء الدائرة الذين أصدروا الحكم المطعون فيه قد أحيطوا علماً بحصول هذا التقرير - ولم يدع الطاعن ذلك بأسباب طعنه - لما كان ذلك وكان الأصل في الإجراءات الصحة فإن الحكم في الدعوى قبل أن يحاط أعضاء الهيئة التي أصدرته علماً بحصول التقرير بطلب ردهم يكون قد صدر صحيحاً في القانون ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بالبطلان لصدوره من هيئة محجوبة عن نظر الدعوى الجنائية على غير سند ويتعين رفضه"<sup>١</sup>.

أيضاً، اذا خلت الأوراق مما يدل على أن الحكم المطعون عليه قد صدر قبل الحكم برفض طلب رد هيئة المحكمة، فإن النعي على الحكم بالبطلان يكون على غير سند ويتعين رفضه من المحكمة المطعون أمامها<sup>٢</sup>.

### **المطلب الثاني**

#### **اجراءات صدور الحكم في الدعوي**

أيضاً، لقاعدة الأصل أن الاجراءات روعيت تطبيقات في نطاق اجراءات وقواعد صدور الحكم في الدعوي، فعلي سبيل المثال الأصل أن المداولة قد تمت طبقاً للقانون، والأصل أنها قد تمت بين القضاة الذين سمعوا المرافعة، وأنه لم يشترك فيها

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ٢٤٧٠٩ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٧/٤/٨، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية:

<sup>٢</sup> طعن جنائي رقم ١٨٨٩ لسنة ٣٦ق، جلسة ١٩٦٧/٥/١٦، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض



غيرهم، وأنها قد حصلت سراً، وأن العدد الذي اشترك في المداولة كان وتراً، وأنها قد حصلت بينهم مجتمعين<sup>١</sup>.

والأصل أن المحكمة نطقت بالحكم في جلسة علنية، وأن القاضي الذي نطق بالحكم هو أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة، وذلك علي النحو الآتي:

#### أولاً - الأصل أن المداولة قد جرت علي الوجه المقرر في القانون :

تنص المادة ١٦٧ مرافعات علي أنه لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، وإلا كان الحكم باطلاً؛ لأن الرأي الذي سيدلي به القاضي لحظة المداولة في الحكم هو نتيجة متابعته إجراءات التحقيق في الدعوي<sup>٢</sup>، فإذا تغير أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة لأي سبب كإحالتة للمعاش أو نقله أو رده أو وفاته، يجب فتح باب المرافعة من جديد، وإعادة الإجراءات أمام المحكمة بهيئتها الجديدة، إلا أنه يحدث عملاً إعادة الطلبات الختامية<sup>٣</sup>. أيضاً، تنص المادة ١٧٠ مرافعات علي أنه "يجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم فإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم".

فطبقاً لما سبق، لا يعد تضمين الحكم بيان بأنه صدر بعد المداولة من البيانات التي فرضها قانون المرافعات، وكل ما فرضه القانون الأخير هو وجوب صدور الحكم بعد المداولة، كما خلا نص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات التي حددت البيانات التي يجب أن يتضمنها الحكم من النص علي وجوب اثبات هذا البيان<sup>٤</sup>.

وعليه، الأصل أن المداولة قد جرت علي الوجه المقرر قانوناً، أي لم يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، وعلي من يدعي مخالفة المحكمة لذلك،

<sup>١</sup> د/أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي، بدون سنة نشر، دار النهضة العربية، ص ٨٤٥

<sup>٢</sup> د/أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشر، منشأة المعارف، بند ٥٣٨، ص ٧٤٢، د/أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، بند ١٠٤، ص ٨١

<sup>٣</sup> د/أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند ٥١٣، ص ٨٢٤

<sup>٤</sup> طعن مدني رقم ١٨٨ لسنة ٣٢ق، جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

إقامة الدليل علي ما يدعيه<sup>1</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بجلسته ١٤ فبراير ١٩٩٩ بأنه " من المقرر - في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الاجراءات أنها روعيت وعلى من يدعى مخالفتها اقامة الدليل على ذلك، ولا يجوز للخصم أن يجحد ما أثبتت بورقة الحكم أو بمسودته من بيانات الا بطريق الطعن التزوير، وكان الثابت من النسخة الأصلية للحكم المطعون فيه أنه صدر بعد المداولة فلا يجدى الطاعنة الادعاء بخلاف ذلك طالما لم تسلك سبيل الطعن بالتزوير"<sup>٢</sup>.

علاوة علي ذلك، لم تنص المادة ٣١٠ اجراءات جنائية علي وجوب إثبات تمام المداولة في الحكم، وهو ذات ما أخذت به المادة ١٧٨ مرافعات، والتي حددت البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الحكم، ولم تشر لبيان تمام المداولة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر أن نص المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية التي حددت البيانات التي يجب أن يتضمنها الحكم ، قد خلت من وجوب إثبات تمام المداولة ، فإن منعى الطاعنين في هذا الشأن لا يكون له محل ، هذا فضلاً عن أن الثابت بمحضر جلسة ..... التي صدر فيها الحكم المطعون فيه تمام المداولة ، وكان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما ثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير وهو ما لم يفعله الطاعنون"<sup>٣</sup>.

<sup>1</sup> د/أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، اسكندرية، ص ٨١  
<sup>2</sup> جلسة ١٤ فبراير سنة ١٩٩٩، الطعن رقم ٥٠٢٥ لسنة ٦٢ ق، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أنظر أيضاً، الطعن المدني رقم ١٥٥٨ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٠/٦/١٩٨٢، وفيه قضت محكمة النقض بأنه "إذ كان الثابت أن محكمة أول درجة قد ضمت دعوى الطاعن بطلب تعديل قرار لجنة تحديد الإجراءات إلى دعوى المطعون ضده الأول بطلب الإخلاء ليصدر فيها حكم واحد ، و لما كانت المادة ١٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد نصت على أن يلحق بتشكيل المحكمة الابتدائية التي تنتظر الطعون على قرارات لجان تحديده الأجرة مهندس معمارى أو مدنى ، فإن ورود اسم هذا المهندس في ديباجة الحكم الابتدائى ضمن تشكيل هيئة المحكمة لا يعدو أن يكون إلتزاماً بنص المادة المشار إليها و لا يدل في حد ذاته على أنه قد إشتراك في المداولة أو أنه حضرها في دعوى الإخلاء أو في المسائل الأولية السابقة على تقدير الأجرة في دعوى الطاعن ، بل أن الثابت في صدر مدونات الحكم الابتدائى أن المداولة تمت وفقاً للقانون ، هذا إلى أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت ، و ليس في الأوراق ما يدل على خلاف ذلك".

<sup>3</sup> طعن جنائي رقم ١٣١٩٦ لسنة ٧٦ ق، جلسة ١٨/٥/٢٠٠٦، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

وهو ذات ما جاء به حكمها الصادر في ٢٠١٣/٢/١٤، قضت بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن كل ما أوجبه القانون في المادة ١٦٦ وما بعدها من قانون المرافعات هو وجوب صدور الحكم بعد المداولة، وأن الأصل هو صحة الإجراءات وعلى ما يدعى أنها خولفت إقامة الدليل على ما يدعيه"<sup>١</sup>.

**ثانياً - الأصل أن المداولة جرت بعد قفل باب المرافعة وبعد انقضاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات :**

لتمام صحة المداولة قانوناً، يلزم أن تجري بعد قفل باب المرافعة في الدعوي، وانقضاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات، وهو ما يضمن اطلاع هيئة المحكمة علي كافة دفوع الخصوم وأوجه دفاعهم، ولذلك إذا ثبت أن المداولة تمت بين القضاة قبل قفل باب المرافعة أو قبل انقضاء الأجل المحدد للخصوم لتقديم المذكرات، فإن الحكم يكون باطلاً لإخلاله بحقوق الدفاع<sup>٢</sup>.

بيد أن قانون المرافعات لم يوجب علي المحكمة أن تورد بياناً في الحكم لتؤكد فيه أن المداولة تمت بعد قفل باب المرافعة، أو بعد انقضاء الأجل المحدد لإيداع المذكرات، فخلو الحكم من هذا البيان لا يبطله؛ لأن الأصل أن المداولة تمت بعد قفل باب المرافعة، وبعد انقضاء الأجل المحدد لإيداع المذكرات.

ومع ذلك، إذا قدم أحد الخصوم دليلاً علي عكس ذلك، فإن الحكم يكون باطلاً، فإذا ثبت أن مسودة الحكم قد اودعت قبل قفل باب المرافعة، أو قبل انقضاء الأجل المحدد لإيداع المذكرات، ففي هذه الحالة ثبت أن المداولة تمت علي نحو يخالف القانون مما يؤدي لبطلان الحكم<sup>٣</sup>.

وتذهب محكمة النقض إلي أنه إذا ثبت أن الخصم لم يودع أي مذكرات خلال الأجل المحدد أو أنه أودع مذكرة لم تتضمن أي دفاع جديد قد يتغير به وجه الرأي في

1 طعن مدني رقم ١٠١٦٦ لسنة ٧٨ق، جلسة ٢٠١٣/٢/١٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>2</sup> د/الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص ٢٢٧، وما بعدها

<sup>3</sup> د/الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص ٢٢٨

الدعوي، فإن إيداع مسودة الحكم قبل انقضاء الأجل المحدد لإيداع المذكرات لا يبطل الحكم لعدم إخلاله بحقوق الدفاع<sup>١</sup>.

### ثالثاً - الأصل أن المداولة قد جرت سراً :

وفقاً لنص المادة ١٦٦ مرافعات، تكون المداولة في الأحكام سراً بين القضاة مجتمعين، فإذا جرت بينهم علي نحو علني، فإن ذلك يؤدي لبطلان الحكم الصادر، إلا أن قانون المرافعات لم يوجب علي هيئة المحكمة أن تورد بياناً يؤكد علي أن المداولة تمت سراً؛ لأن الأصل أنها جرت علي هذا النحو مالم يقدم الدليل علي عكس ذلك بحيث إذا تمكن الطاعن من اثبات أن المداولة كانت في العلن، فإن ذلك يؤدي لبطلان الحكم<sup>٢</sup>.

### رابعاً - الأصل أن الهيئة التي أصدرت الحكم هي التي سمعت المرافعة :

تنص المادة ١٦٧ مرافعات علي أنه " لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً"، وتنص المادة ١٧٠ مرافعات علي أنه " يجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم فإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم".

طبقاً لنص المادتين السابقتين، الأصل العام أن الحكم صدر عن ذات الهيئة التي سمعت المرافعة، فإذا تخلف أحد أعضائها عن حضور جلسة النطق به، فإنه يتعين أن يوقع علي مسودته شريطة أن يحل غيره محله وقت النطق به مصحوباً بإثبات ذلك في الحكم.

إلا أن قانون المرافعات لم يوجب ذكر بياناً في محضر الجلسة أو في الحكم يفيد أن الهيئة التي أصدرت الحكم هي التي سمعت المرافعة في الدعوي التي صدرت فيها ذات الحكم، وعليه الأصل أن الاجراءات روعيت، أي أن الهيئة التي أصدرت الحكم هي التي سمعت المرافعة، ومع ذلك يجوز للطاعن أن يقدم الدليل علي أن تشكيل الهيئة التي أصدرت الحكم يغاير التشكيل الذي نظر الدعوي وتولي التحقيق فيها،

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ٣١٠ لسنة ٣١ق، جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥، مجموعة المكتب الفني السنة ١٨، ص ١١٠٢

<sup>٢</sup> د/الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص ٢٢٩

وذلك بكافة طرق الاثبات مالم يكن هذا الاجراء ثابت في محضر الجلسة أو في الحكم، فلا يجوز النيل منه إلا بطريق الطعن بالتزوير.

وهو ما أخذت به محكمة النقض بحكمها الصادر في ١١/٢٨/١٩٩٠، فقضت بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى المواد ١٦٧ ، ١٧٠ ، ١٧٨ من قانون المرافعات أنه يتعين أن يكون الحكم صادراً من ذات الهيئة التي سمعت المرافعة و إذا تخلف أحد أعضائها عن حضور جلسة النطق به فإنه يتعين أن يوقع على مسودته على أن يحل غيره محله وقت النطق به مع إثبات ذلك في الحكم و أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت و على المتمسك بعدم حصول المداولة على وجهها السليم أن يقدم دليله و أن المناط في هذا الخصوص هو بالبيانات المثبتة بالحكم و يكمل بما يرد بمحضر الجلسة في خصوصه"<sup>١</sup>.

#### خامساً - الأصل أن الحكم صدر من الهيئة المبينة أسماؤها بمحضر الجلسة :

إذا كان الثابت بمحضر الجلسة أن الحكم صدر من الهيئة المبينة أسماؤها بمحضر الجلسة، وكانت هذه الهيئة ليس من بينها أحد القضاة الذين نظروا الدعوي بجلستين سابقتين وأجلت فيها نظر الدعوي لعدم صلاحية الهيئة لنظرها<sup>٢</sup>.

وكان محضر الجلسة التي نظرت فيها المحكمة الدعوي موضوعاً لا يدل علي أن أحد أعضائها كان من بين القضاة الذين اشتركوا في تأجيل الدعوي لعدم صلاحية هيئة المحكمة، فإن الاجراءات تمت صحيحة، ولا يجوز للطاعن أن يتمسك بوقوع مخالفة اجرائية إلا بطريق الطعن بالتزوير<sup>٣</sup>.

وبالنسبة لبيانات الحكم، وخاصة بيان اسم المحكمة ومكان انعقادها، فقد أكدت محكمة النقض علي أن بيان مكان المحكمة ليس من البيانات الجوهرية التي يترتب علي اغفالها بطلان الحكم مادام قد ذكر فيه اسم المحكمة التي أصدرته، وتطبيقاً لذلك

1 الطعن المدني رقم ٤٨٢ لسنة ٥٦ق، جلسة ١١/٢٨/١٩٩٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

2 طعن جنائي رقم ٣٦٣ لسنة ٢٢ق، جلسة ٥/٧/١٩٥٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

3 طعن جنائي رقم ٣٦٣ لسنة ٢٢ق، جلسة ٥/٧/١٩٥٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

قضت بأنه "لما كانت المادة الرابعة من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة تنص على أن محكمة أمن الدولة العليا تتعقد في كل مدينة بها محكمة ابتدائية، وكان الثابت من ديباجة الحكم المطعون فيه أنه صدر من محكمة أمن الدولة العليا المشكلة من ثلاثة مستشارين بمحكمة استئناف القاهرة وهو ما يكفي بياناً لاسم المحكمة ومكان انعقادها، وكان الطاعن لا يدعي أن المحكمة انعقدت في جهة أخرى على خلاف ما نصت عليه المادة المذكورة، وكان من المقرر أن الأصل في إجراءات المحاكمة أنها روعيت فإن ما يثيره الطاعن بشأن إغفال اسم المحكمة وبيان مكان انعقادها يكون غير سديد فضلاً عن أن بيان مكان المحكمة ليس من البيانات الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان الحكم ما دام قد ذكر فيه اسم المحكمة التي أصدرته"<sup>١</sup>.

#### سادساً - الأصل أن تشكيل هيئة المحكمة وتراً :

قد تتألف هيئة المحكمة من قاضي فرد، كما هو معمول به في تشكيل المحاكم الجزئية ومحاكم التنفيذ، وقد تتألف هيئة المحكمة من أكثر من قاضي واحد، كالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف العالي، والدوائر الابتدائية والاستئنافية التابعة للمحاكم الاقتصادية، ودوائر محاكم الأسرة، وغيرها من المحاكم، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب أن يكون عدد أعضاء هيئة المحكمة وتراً، أي عدد إحدادي، فلا يجوز أن تتألف هيئة المحكمة من عدد زوجي ضماناً للوصول للأغلبية التي يصدر بها الحكم حال إجراء المداولة عليه.

والأصل العام أن تشكيل هيئة المحكمة في مثل هذه الأحوال وتراً مالم يقيم الدليل على أن تشكيلها كان يضم عدد زوجي من القضاة بالمخالفة للقانون، وقد أخذت محكمة النقض بقاعدة أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت في نطاق تشكيل هيئة

---

1 طعن جنائي رقم ٢٨٢٢ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٧/١٢/١٩٨٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أيضاً، طعن جنائي رقم ٦٥٥٠ لسنة ٥٢ق، جلسة ٢٥/٥/١٩٨٣، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أيضاً، طعن جنائي رقم ١٣٨ لسنة ٤٣ق، جلسة ٢/٤/١٩٧٣، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

المحكمة، وذلك من خلال افتراض أن عدد أعضاء هيئة المحكمة وتراً إلي أن يقوم الدليل علي عكس ذلك، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "الأصل في الإجراءات - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنها قد روعيت و على من يدعى أنها قد خولفت إقامة الدليل على ما يدعيه، و كان الطاعن لم يقدم إلى محكمة الموضوع الدليل على أن المحكمين الذين أشتروا في المداولة و أصدر الحكم لم يكن عددهم وتراً و كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على دفاع لم يقدم الخصم دليله فإن النعى يكون على غير أساس"<sup>1</sup>.

أيضاً، قضت محكمة النقض بأن "الثابت من الحكم المطعون فيه أن الهيئة التي أصدرته كانت مشكلة من اثنتين من مستشاري محكمة استئناف أسيوط وعضو ثالث هو رئيس المحكمة بمحكمة أسيوط الابتدائية. فإن تشكيل المحكمة التي أصدرت الحكم يكون صحيحاً ولا يحتاج في هذا الشأن بما خولته المادة ٣٧٢ من قانون الإجراءات الجنائية لوزير العدل من أن يندب أحد رؤساء المحاكم الابتدائية أو وكلائها للجلوس بمحكمة الجنايات بالشروط والأوضاع المنصوص عليها في هذه المادة - فإن هذا محله على ما نصت عليه المادة المذكورة أن يكون النذب لحضور دور أو أكثر من أدوار انعقاد تلك المحكمة الأمر الذي لا يدعيه الطاعن ولم يتم على حصوله دليل في الأوراق - وإذ كان الأصل أن الإجراءات التي يتطلبها القانون قد روعيت فإن ما يعيبه الطاعن على الحكم المطعون فيه من بطلان تشكيل المحكمة يكون بلا سند في القانون"<sup>2</sup>.

وهو ذات ما قضت به بحكمها الصادر في ١٣/١٢/١٩٣٧، فقررت "الأصل في الأحكام اعتبار الإجراءات المتعلقة بالشكل قد روعيت أثناء الدعوى ما لم يتم صاحب الشأن بإثبات أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت. وهذا إذا لم تكن مذكورة في محضر الجلسة ولا في الحكم. فإذا كان الثابت بالحكم المطعون فيه أن المحكمة

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٦/٢/٦، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية:

<sup>2</sup> طعن جنائي رقم ٣٢١ لسنة ٤٤ق، جلسة ١٩٧٤/٤/١٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية:

انعقدت بحضور اثنين من المستشارين وأحد قضاة المحكمة الابتدائية بطريق الندب، فهذا كاف لاعتبار المحكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً صحيحاً<sup>1</sup>.

### **إعلان قرار المحكمة بإعادة الدعوي للمرافعة :**

يعقب سماع المحكمة لطلبات الخصوم وأوجه دفاعهم ودفعهم الجوهرية، وتحقيق ملف الدعوي، صدور قرار بقبل باب المرافعة وحجز الدعوي للحكم، إلا أن المحكمة قد تري من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب من أحدالخصوم إعادة الدعوي للمرافعة لاستكمال تكوين عقيدتها في الدعوي المعروضة عليها، وإذا قررت المحكمة ذلك، فإنه يجب اعلان الخصوم بالجلسة المحددة لاعادة الدعوي للمرافعة ضمناً لاحترام مبدأ المواجهة وعدم الإخلال بحقوق الدفاع.

لذلك، يفترض صحة الإجراءات المتعلقة بإعلان الخصوم حال عدم حضورهم اذا قررت هيئة المحكمة إعادة الدعوي للمرافعة، وبالتالي لا يترتب البطلان علي عدم الإعلان لمن لم يحضر من الخصوم في مثل هذه الأحوال استناداً لقرينة صحة اجراءات اعلانهم ما لم يقيم الدليل علي عكس ذلك، أي أن الخصم قد الدليل علي عدم إعلانه بقرار إعادة الدعوي للمرافعة.

### **سابعا – الأصل إيداع أسباب ومنطوق الحكم عقب النطق به :**

مسودة الحكم هي الورقة التي تشتمل علي منطوق الحكم وأسبابه، وتحمل توقيع جميع القضاة الذين أصدروا الحكم، وقد عرفتها محكمة النقض بأنها " ورقة من أوراق المرافعات – وهي ورقة رسمية – تشتمل علي منطوقه وأسبابه، كما تشتمل علي توقيع القضاة الذين أصدروه وتاريخ إيداعها الذي هو في الأصل يوم النطق به"<sup>2</sup>، وتحرر هذه المسودة بخط القاضي، وبأي قلم، ويجوز أن تتطوي علي شطب أو تحشير أو إضافة.

---

1 طعن جنائي رقم ٣٨ لسنة ٨ق، جلسة ١٣/١٢/١٩٣٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

2 الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٧/٥/٢٠١٢، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات في ١٠ سنوات من يناير ٢٠٠٣ لغاية أحر ديسمبر ٢٠١٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية



وتوجب المادة ١٧٥ مرافعات ايداع مسودة الحكم ملف القضية عند النطق بالحكم، ويضمن هذا الايداع أن هيئة المحكمة قد أجرت المداولة قبل النطق بالحكم، وتحفظ مسودة الحكم المشتملة علي منطوقه وأسبابه بالملف، ولا تعطي منها صور، ولكن للخصوم الاطلاع عليها لحين تحرير نسخة الحكم الأصلية عملاً بحكم المادة ١٧٧ مرافعات.

ويسري حكم قرينة صحة الإجراءات علي ايداع المحكمة لمسودة الحكم المتضمن الأسباب والمنطوق، وهو ما قضت به المحكمة العليا بسلطنة عمان، فذكرت "الأصل في الإجراءات أنها روعيت، كما أن الشكلية في العمل الإجرائي مقررة لصحة العمل الإجرائي لا لإثباته، ولذلك وعلى الرغم من خلو المحضر مما يفيد بعدم ايداع منطوق الحكم أو أسبابه بعد النطق به وفقاً لنص المادة ١٧٠ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية ٢٠٠٢، فإن المشرع لم يرتب البطلان على عدم ايداعهما"<sup>١</sup>.

#### ثامنا - بيانات الحكم :

تنص المادة ١/١٧٨ مرافعات علي أنه " يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادراً في مادة تجارية أو مسألة مستعجلة، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة، واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية أن كان، وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم، وحضورهم وغيابهم.

كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم ، و خلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرية، ورأى النيابة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه".

في نطاق بيانات الحكم، أخذت محكمة النقض بقاعدة الأصل في الإجراءات أنها تمت صحيحة من ناحيتين، الأولى البيانات التي يوجب القانون أن يتضمنها الحكم، الناحية الثانية البيانات التي لا يوجب القانون أن يتضمنها الحكم، وذلك علي النحو الآتي :

<sup>1</sup> انظر الموقع الالكتروني :  
mohamoon-om.com

## ١ - بالنسبة للبيانات التي يوجب القانون أن يتضمنها الحكم :

وهي البيانات التي أشارت إليها الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ مرافعات، ومن هذه البيانات منطوق الحكم، وهو الرأي القضائي الذي انتهت إليه المحكمة في الخصومة المعروضة عليها، وهو ما تتلوه في الجلسة العلنية المخصصة للنطق بالحكم، فإذا كان الطاعن يدعي أن الحكم قد خلا من منطوقه، فإنه يجب عليه اتباع طريق الطعن بالتزوير لإثبات ذلك، وإلا كان إدعائه غير مقبول لعدم اتباع الطريق الذي رسمه القانون.

وهو ما أخذت به محكمة النقض، فقضت بأنه "من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الإدعاء بما يخالف ما يثبت منها في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير ومن ثم فإنه لا يقبل من الطاعنين قولهما أن الحكم خلا من منطوقه ما دام لم يتخذا من جانبيهما اجراء الطعن بالتزوير فيما دون بالحكم ومحضر الجلسة"<sup>١</sup>.

أيضا، يعد تاريخ صدور الحكم أحد البيانات التي حددتها المادة ١/١٧٨ مرافعات، ويثبت هذا البيان في الحكم الصادر استناداً لكونه أحد بياناته أو يثبت في محاضر الجلسات التي أعدت لإثبات ما يجري فيها، وتحدد المحكمة تاريخ صدور الحكم من خلال محاضر الجلسات عبر قرارها بحجز الدعوي للحكم في جلسة تالية بحيث يكون تاريخ هذه الجلسة هو تاريخ صدور الحكم في الدعوي.

وقد أخذت محكمة النقض بقاعدة الأصل في الاجراءات أنها روعيت لإثبات تاريخ صدور الحكم من خلال محاضر الجلسات أو التاريخ الثابت في الحكم، وهو ما جاء به حكمها الصادر في ٢٧ فبراير ١٩٩١، فقضت بأن "الأصل في الإجراءات أنها روعيت وأن ثبوت تاريخ إصدار الحكم هو محاضر الجلسات التي أعدت لإثبات ما يجرى فيها"<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ٢٣٥٨٠ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٢</sup> طعن مدني رقم ٢٣٩ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩١/٢/٢٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

## ٢ - بالنسبة للبيانات التي لا يوجب القانون أن يتضمنها الحكم :

أخذت محكمة النقض بقرينة صحة الاجراءات في حالة البيانات التي لم يوجب القانون أن يتضمنها الحكم، ففي مثل هذه الأحوال لا يدعي الطاعن أن الحكم خالي من البيانات التي نص عليها القانون، وإنما يدعي خلوه من بيانات لم ينص عليها القانون، لذلك تري محكمة النقض أن ما ينعاه الطاعن بشأن خلو الحكم من بيانات لم يوجب القانون أن يتضمنها لا يكون سديداً، ولا يرقى للدعاءات التي تتال من قاعدة الأصل في الاجراءات أنها روعيت ولو أقام الطاعن الدليل علي وقوعها. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " الأصل في الإجراءات أن تكون قد روعيت ، و على من يدعى أنها خولفت إقامة الدليل على ذلك . و لما كان الطاعن لا يدعى في طعنه مخالفة هذه الإجراءات ، فإن ما ينعاه بشأن خلو الحكم من بيانات لم يوجب القانون أن يتضمنها لا يكون سديداً<sup>١</sup>.

### الأصل أن النطق بالحكم كان في جلسة علانية :

وفقاً لنص المادة ١٧٤ مرافعات " ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلاً". يجب علي هيئة المحكمة أن تنطق بالحكم في جلسة علنية، وإلا كان الحكم باطلاً عملاً بحكم المادة ١٧٤ مرافعات، فلا يكفي أن تتوصل هيئة المحكمة لرأي في الدعوي المعروضة عليها، أو يوقع أعضاء الهيئة علي منطوق الحكم، وإنما يجب النطق بالحكم<sup>٢</sup>. ويقصد بالنطق بالحكم تلاوة منطوقه أو تلاوة منطوقه مصحوباً بالأسباب في جلسة علنية. وفي كافة الاحوال، يجب النطق بالحكم في جلسة علنية حتي ولو كانت المحكمة تعقد جلسات المرافعة بصفة سرية لاعتبارات تتعلق بالنظام العام أو بحرمة الأسرة<sup>٣</sup>.

1 طعن جنائي رقم ٢٠٩ لسنة ٣٩ق، جلسة ١٩٦٩/٦/٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

2 د/محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، بند ٢٣٣، ص ٣٨٠

3 د/محمود محمد هاشم، مرجع سابق، بند ٢٣٣، ص ٣٨٠

وقد أخذت محكمة النقض بقاعدة الأصل في الإجراءات الصحة في نطاق الإجراءات المتعلقة بالنطق بالحكم في جلسة علنية، وإلا كان الحكم باطلاً، وهو ما جاء به حكمها الصادر في ١٢ مارس ١٩٩١، فقضت "النص في المادة ١٧٤ من قانون المرافعات على أنه، ينطق القاضى بالحكم بتلاوة منطوقه، أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلاً، يدل - على أن المشرع رتب البطلان جزاء على عدم النطق بالحكم بتلاوة منطوقه أو منطوقه مع أسبابه في جلسة علنية. لما كان ذلك وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك وكان الثابت من محضر جلسة . . . التي نطق فيها بالحكم المطعون فيه أنها لم تتعقد في غرفة مشورة مما مفاده إنعقادها في علنية، وإن تضمنت النسخة الأصلية للحكم المطعون فيه صدوره في غرفة مشوره، لا يعدو أن يكون خطأ مادياً لا يرتب البطلان".<sup>١</sup>

كما تعتبر محكمة النقض أن تضمنت نسخة الحكم الأصلية أن الحكم صدر في غرفة المشورة لا يعدو سوي خطأ مادي لا يرقى للمخالفات التي تنال من صحة الحكم، وتؤدي لبطلانه.

#### تاسعا - طلب تصحيح الحكم :

تنص المادة ١٩١ مرافعات على أن تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية كانت 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، ولا يلزم أن يقوم بالتصحيح نفس القضاة الذين أصدروا الحكم.

ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة نطاق تصحيح الأخطاء المادية البحتة، علي سبيل المثال إذا تضمن قرارها تغييراً في مضمون الحكم، أو إذا كان يستند لأوراق ومستندات جديدة ليست في ملف القضية، وذلك

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ٢٠٨ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٢/٣/١٩٩١، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح، ويبدأ ميعاد الطعن من تاريخ صدور قرار التصحيح أو إعلانه، بحسب الظروف.

أما القرار الصادر من المحكمة برفض طلب التصحيح، فلا يجوز الطعن فيه إلا مع الطعن في الحكم موضوع التصحيح<sup>1</sup>.

وقد أخذت محكمة النقض بقرينة صحة الإجراءات في هذا الخصوص، وكان ذلك بمناسبة قيام رئيس الجلسة بتصحيح الخطأ في منطوق الحكم، ودون الاستعانة بكاتب الجلسة، فقد قضت بأن "الأصل أن الإجراءات قد روعيت أثناء نظر الدعوى، وعلى صاحب الشأن إثبات إنها أهملت أو خولفت. المادة ٣٠ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩. إثارة الطاعن أن رئيس الجلسة قام بمفرده بتصحيح الخطأ في منطوق الحكم. عدم قبوله. ما دام أنه لم يقدم الدليل على ذلك"<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث

#### اجراءات الطعن علي الحكم

##### أولاً - الأصل أن إجراءات إعلان الطعن صحيحة :

تنص المادة ٢١٤ مرافعات علي أنه "يكون إعلان الطعن لشخص الخصم أو في موطنه ويجوز إعلانه في الموطن المختار المبين في ورقة اعلان الحكم. وإذا كان المطعون ضده هو المدعى ، ولم يكن قد بين في صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلي، جاز إعلانه بالطعن في موطنه المختار المبين في هذه الصحيفة".

وفقاً لنص المادة ٢١٤ مرافعات، لم يوجب قانون المرافعات علي هيئة المحكمة أن تذكر في محضر الجلسة أو في الحكم الصادر عنها أن صحيفة الطعن جري إعلانها لشخص الخصم أو في موطنه<sup>٣</sup>، وعليه إذا لم يرد بيان يؤكد علي تمام هذا الإعلان

<sup>1</sup> د/أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، بند ٢١٨، ص ١٧٠

<sup>2</sup> الطعن رقم ١٢٥٢٢ لسنة ٦٠ جلسة ١٠/٠٣/١٩٩٧ س ٤٨ ع ١ ص ٣١٣

<sup>3</sup> تطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ١/٢١٤ من قانون المرافعات أن يكون إعلان الطعن لشخص الخصم أو في موطنه الأصلي.... والمقصود بالموطن - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - هو الموطن العام للشخص وفقاً لأحكام القانون المدني، وقد قصد القانون من إطلاق لفظ الموطن دون وصف توحيد المصطلحات في قانون الموضوع وقانون الإجراءات. (الطعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٦٩ جلسة ٠٦/٠٦/٢٠٠١ س ٥٢ ع ١ ص ٨٣١ ق ١٦٦)

للمطعون ضده، فالأصل أن اجراءات إعلان الطعن صحيحة مالم يقدم المطعون ضده دليلاً علي عدم هذا الإعلان، أو أن هذا الإعلان لم يجري وفقاً لما حددته المادة ٢١٤ مرافعات.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادة ٢١٤ من قانون المرافعات أن إعلان الطعن في الموطن المختار لا يكون إلا في إحدى حالتين أو لاهما إذا كان الموطن المختار للمطعون ضده مبيناً في ورقة إعلان الحكم والثانية إذا كان المطعون عليه هو المدعى ولم يكن قد بين في صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلي، في غير هاتين الحالتين لا يصح إعلان الطعن في الموطن المختار لأن الأصل وعلى ما جرى به جرى به نص الفقرة الأولى من المادة المذكورة أن يكون إعلان الطعن لشخص الخصم أو في موطنه الأصلي".<sup>١</sup>

#### ثانياً - بيانات صحيفة الطعن بالاستئناف :

تنص المادة ٢٣٠ مرافعات علي أن " يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى ويجب ان تشمل الصحيفة على بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف والطلبات وإلا كانت باطلة".

وفقاً لنص المادة السابق، يرفع الطعن بالاستئناف بموجب صحيفة طعن تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف، ويجب أن تشمل هذه الصحيفة علي بيانات معينة كبيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف والطلبات التي يتقدم بها الطاعن.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ٥٠٦٤ لسنة ٦٣ جلسة ٢٥/٠١/١٩٩٥ س ٤٦ ع ١ ص ٢٤٣ ق ٤٨، أيضاً في نفس المعني، قضت محكمة النقض بأن " إن الأصل - وعلى ما جرى به نص الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من قانون المرافعات - أن يكون إعلان الطعن لشخص أو في موطنه، وأن إعلان الطعن في الموطن المختار لا يكون إلا إذا كان هذا الموطن مبيناً في ورقة إعلان الحكم أو كان المطعون ضده هو المدعى ولم يكن قد بين في صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلي، وفي غير هاتين الحالتين لا يصح إعلان الطعن في الموطن المختار (الطعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٥٧ جلسة ٣١/١٢/١٩٩٢ س ٤٣ ع ٢ ص ١٤٨٥).

<sup>٢</sup> د/أحمد هندي، أصول قانون المرافعات، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٢، بند ٣٨٩، ص ٦٣٨

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " من المقرر إعمالاً للمادة 230 من قانون المرافعات أنه يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى ويجب أن تشمل الصحيفة على بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف والطلبات وإلا كانت باطلة"<sup>1</sup>.

إلا أن المادة ٢٣٠ مرافعات لم توجب على هيئة المحكمة أن تذكر في محضر الجلسة أو الحكم بياناً يتضمن أن الاستئناف جري رفعه بموجب صحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة المختصة، ومتضمنة البيانات التي حددتها المادة السابقة؛ لأن الأصل أن إجراءات الطعن بالاستئناف صحيحة ما لم يقم الدليل على عكس ذلك<sup>٢</sup>.

### ثالثاً - إجراءات الطعن بالنقض :

حدد قانون المرافعات الإجراءات المتبعة للطعن بالنقض بداية من إجراءات رفع الطعن، ومروراً بنظره بواسطة محكمة النقض، وانتهاءً بالحكم الصادر سواء بقبول

<sup>1</sup> الطعن رقم ١٣٨٠ لسنة ٥٩ جلسة ١٧/٠٦/١٩٩٣ س ٤٤ ع ١ ص ٧٠٧ ق ٢٥٣، أيضاً في نفس المعنى، قضت محكمة النقض بأن " المقرر و إعمالاً للمادة 230 من قانون المرافعات أن إجراءات رفع الاستئناف تخضع لذات الأوضاع المقررة لرفع الدعوى ، و كان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الدعوى ترفع وفقاً للمادة ٦٣ من ذات القانون بإيداع صحيفة قلم الكتاب حيث يتمثل علم المحكمة بها و تنعقد الخصومة فيها بتمام المواجهة بين طرفيها ، و أنه و لئن كان المشرع قد عني بتنظيم إجراءات إعلان الصحيفة بإعتباره الوسيلة المثلى لإتمام المواجهة ، إلا أنه في ذات الوقت يأت بنصوص تتنافى مع إتمام المواجهة و بالتالي إنعقاد الخصومة بغير الإعلان بل أنه إعتد بالعلم اليقيني كوسيلة لإنعقاد الخصومة في حالات كثيرة منها ما نصت عليه المادتان ١٢٣ ، ١٢٦ من قانون المرافعات من جواز توجيه الطلبات العارضة و جواز التدخل إنضمامياً أو هجومياً شفاهاة بالجلسة في حضور الخصم بغير إعلان ، و ما أجازته المادة ٢٣٧ من ذات القانون بشأن رفع الاستئناف المقابل بمذكرة تقدم عند نظره بغير إعلان ، هذا إلى أنه من غير المقبول أن يعتد المشرع بإنعقاد الخصومة بالعلم الحكي في الحالات التي تسلم فيها ورقة الإعلان لغير الشخص المراد إعلانه ، و لا يعتد بعلمه اليقيني ، و بالتالي فإنه يتعين القول بأن الخصومة تنعقد بتمام المواجهة بين طرفيها سواء تحققت تلك المواجهة بالإعلان أو بالعلم اليقيني الذي يتمثل في حضور الخصم أمام القضاء و متابعة السير في الدعوى و إيداعه دفاعه فيها في الشكل و الموضوع على نحو يدل على إحاطته بموضوعها و بالطلبات فيها و بمركزه القانوني بين أطراف الخصومة و لما كان البين من الأوراق أنه و إن كانت صحيفة الاستئناف لم تعلن للطاعن - المستأنف عليه - إلا أنه و إزاء مثوله أمام المحكمة و مناقشة الحاضر معه موضوع الاستئناف و إيداعه ما عني له من دفع و أوجه دفاع يدل على إحاطته بموضوع الاستئناف و بالطلبات فيه ، فإن خصومة الاستئناف تكون قد إنعقدت و يكون النعي على غير أساس" (الطعن رقم ١٧٣٢ لسنة ٥٢ جلسة ٢٧/٠٢/١٩٨٩ س ٤٠ ع ١ ص ٦٤٧)

<sup>2</sup> الطعن رقم ١٧٣٢ لسنة ٥٢ جلسة ٢٧/٠٢/١٩٨٩ س ٤٠ ع ١ ص ٦٤٧، الطعن رقم ٢٤٠٣ لسنة ٥٢ جلسة ٢٥/٠٣/١٩٨٦ س ٣٧ ع ١ ص ٣٥٧ ق ٧٨، الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٥٠ جلسة ٢٢/٠٦/١٩٨٢ س ٣٣ ع ١ ص ٨٠٧ ق ١٤٤

الطعن أو رفضه، ومن هذه الاجراءات، اجراء المعارضة في تقدير المصروفات، والذي يقدم بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، وليس بأي طريق آخر. وهو ما أشارت إليه صراحة نص المادة ١٧ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، والتي نصت على أنه " يجوز لذى الشأن أن يعارض في مقدار الرسوم الصادر بها الأمر.....، وتحصل المعارضة أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير او بتقرير في قلم الكتاب في ثمانية الأيام التالية لتاريخ إعلان الأمر ..... " .

وهو ما أخذت به محكمة النقض، فقضت "وحيث أن الطعن أقيم على سبب واحد ينعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وفي بيان ذلك يقول أنه سلك في تظلمه الأصل العام في رفع الدعاوى المقرر بنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات وأقامه بصحيفة أودعت قلم الكتاب وفقاً لصحيح القانون وإذ خالف الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم قبول تظلمه فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد ذلك إن مفاد نص المادة ٦٣ من قانون المرافعات أن الأصل في رفع الدعاوى أن تكون بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، وقد أفصح المشرع في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ عن أنه " ولئن كانت التشريعات الموضوعية هي موطن العدل بمضمونه وفحواه فإن التشريعات الإجرائية هي آلية الطريق وأداة ذلك أن الرسالة الأولى والأخيرة للتشريعات الإجرائية أن تكون أداة طبيعة ومطية ذلولا لعدل سهل المنال مأمون الطريق لا يحتفل بالشكل ولا يلوذ به إلا مضطراً يصون به حقاً أو يرد باطلاً ..... " وأنه تبسيطاً للإجراءات وتيسيراً لسبل التقاضي رأى المشرع توحيد الطريق الذي يسلكه المتقاضي في رفع الدعاوى والطعون واختار في هذا الشأن اعتبار الدعوى أو الطعن مرفوعاً بمجرد إيداع الصحيفة قلم الكتاب . لما كان ذلك وكان النص في المادة ١٧ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية على أنه " يجوز لذى الشأن أن يعارض في مقدار



الرسوم الصادر بها الأمر.....، وتحصل المعارضة أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير أو بتقرير في قلم الكتاب في ثمانية الأيام التالية لتاريخ إعلان الأمر..... " مؤداه أن المشرع ارتأى أن يكون رفع التظلم من الأمر الصادر بتقدير الرسوم القضائية بهذا الطريق الاستثنائي تبسيطاً للإجراءات وتيسيراً على المتقاضين دون أن يمنع ذوى الشأن من سلوك الطريق الذى أورده فى المادة ٦٣ من قانون المرافعات بحسابه هو الأصل العام فى رفع الدعاوى والطعون ومتى تحقق ذلك فإنه يستوى فى واقع الأمر رفع التظلم بإيدائه أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير أو بتقرير فى قلم الكتاب أو بصحيفة ومن ثم فلا على المتظلم إن هو أودع قلم الكتاب فى الميعاد المقرر بدلاً من التقرير - صحيفة انطوت على بيانات استهدف منها رفع تظلمه إلى المحكمة المختصة للقضاء له بتعديل التقرير ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه وأن أسبع على الدعوى تكييفها الصحيح واعتبرها منازعة فى مقدار الرسوم إلا أنه قضى بعدم قبولها لرفعها بصحيفة أودعت قلم الكتاب وليس بتقرير فى قلم الكتاب أو أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون".<sup>١</sup>

وضمامنا لعدم بطلان اجراء المعارضة، أخذت محكمة النقض بقريضة صحة الاجراءات فى هذا المقام، مؤكداً أن "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن القانون قد جعل الأصل فى الإجراءات التى تتخذ أمامها بما فيها المعارضة فى تقدير المصروفات أن تكون بصحيفة تودع قلم الكتاب، وليس بأي طريق آخر".<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> طعن مدني، رقم ٦٥١٢ لسنة ٧٦ق، جلسة ٢٠٠٧/٧/٨، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٢</sup> طعن مدني رقم ١٤٨ لسنة ٦٢ق، جلسة ٢٠٠٢/٥/٨، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

أيضاً، طعن مدني رقم ٤٤٨٧ لسنة ٦٣ق، جلسة ٢٠٠١/١١/٢٨، وفيه قضت محكمة النقض بأن " لما كان القانون وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة (محكمة النقض) جعل الأصل فى الإجراءات التى تتخذ أمامها بما فيها المعارضة فى تقدير المصروفات أن تكون بصحيفة تودع قلم الكتاب وليس بطريق آخر".

رابعا – توقيع محامي مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض علي صحيفة الطعن:

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٣ مرافعات علي أن "يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض.....".

ولم يورد قانون المرافعات التزاماً علي هيئة المحكمة بأن تذكر في محضر الجلسة أو الحكم الصادر بياناً يؤكد علي أن توقيع المحامي علي صحيفة الطعن مقبول المرافعة أمامها؛ لأن الأصل أن هذا التوقيع منسوب لمحامي مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض مالم يقدم الدليل علي غير ذلك.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " إذ كانت المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات أوجبت توقيع صحيفة الطعن بالنقض من محام مقبول أمام محكمة النقض إلا أنها لم تتطلب وضعاً معيناً في توقيع المحامي علي تلك الصحيفة يكشف عن اسمه بوضوح وكان الأصل بالنسبة للتوقيع هو إفتراض صدوره مما نسب إليه حتى يثبت العكس، لما كان ذلك وكان الثابت من صحيفة الطعن أنها صدرت عن الأستاذ ..... المحامي المقبول للمرافعة أمام محكمة النقض بصفته وكيلاً عن الطاعنين ، ومن ثم يكون التوقيع المزيل به الصحيفة صادراً عنه خاصة وأنه لم يقم دليل علي خلاف ذلك".<sup>١</sup>

#### خامسا – تقديم الدليل علي وجه الطعن :

يحدد قانون المرافعات أوجه الطعن التي يجوز للطاعن أن يستند إليها للطعن بالنقض، وهي الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله علي النحو الذي بينته المواد ٢٤٨، ٢٤٩، ولا يكفي أن يؤسس الطاعن طعنه علي أحد أوجه الطعن المنصوص عليها قانوناً، بل يجب أن يقيم الدليل علي تحقق وجه الطعن؛ لأنه لا يقبل وجه الطعن المفتقر للدليل عليه، وهو ما يؤكد علي أن تقديم الدليل علي وجه الطعن أحد

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ١٨١٧ لسنة ٧٦ق، جلسة ٢٠٠٦/١١/١٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٧، ص ٧١٩، وفي نفس المعني قضت محكمة النقض بأن " النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات وإن أوجبت أن يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض إلا أنها لم تشترط لهذا التوقيع شكلاً معيناً وكان الأصل بالنسبة للتوقيع هو افتراض صدوره ممن نسب إليه حتى يثبت العكس . (الطعن رقم ٦٤٢٥ لسنة ٧٣ جلسة ٢٠٠٥/٠٢/٢٤ س ٥٦ ص ٢١٩ ق ٣٨)

الاجراءات الجوهرية في الطعن بالنقض بحيث يناط بالخصوم تقديم الدليل علي ما يتمسكون به من أوجه طعن في المواعيد التي حددها القانون. أيضا، أخذت محكمة النقض بقاعدة الأصل في الاجراءات أنها روعيت في نطاق الاجراءات المتعلقة بتقديم الدليل علي وجه الطعن بالنقض، وهو ما جاء به حكمها الصادر في ١٤ يناير ٢٠١٣، فقضت بأن "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت، وأن الشارع عد من الإجراءات الجوهرية في الطعن بطريق النقض أن يناط بالخصوم أنفسهم تقديم الدليل على ما يتمسكون به من أوجه الطعن في المواعيد التي حددها القانون، لما كان ذلك، ولئن كان الطاعن قد قدم صورة رسمية من محضر جلسة ١١/١١/١٩٩٧ والتي قررت فيها محكمة أول درجة حجز الدعوى للحكم إلا أنه لم يقدم صورة من محضر جلسة ٢٣/١٠/١٩٩٧ والتي ورد فيها التقرير للوقوف عما إذا كانت قد أخطرت الخصوم من عدمه، كما لم يقدم رفق صحيفة طعنه صورة رسمية من الحكم المحاج به حتى تستطيع المحكمة الوقوف على صحة الدفع المبدى من الطاعنة، بما يكون النعي سالف الذكر بشقيه على غير أساس".<sup>١</sup>

#### **المطلب الرابع**

#### **اجراءات التنفيذ الجبري للحكم**

ينظم قانون المرافعات في الكتاب الثاني (المواد ٢٧٤-٤٨٦) الإجراءات المتبعة للتنفيذ الجبري للحكم القضائي، وسائر السندات التنفيذية الأخرى بداية من اجراءات الحجز سواء كان حجز تنفيذي أم حجز تحفظي، مروراً بإجراءات البيع الجبري للمال المحجوز عليه، وانتهاءً بالإجراءات المتبعة لتوزيع حصيلة البيع الجبري علي الحاجزين، علاوة علي الإجراءات المتبعة لتحريك ورفع منازعة التنفيذ يستوي في ذلك منازعة التنفيذ الوقتية (الإشكال في التنفيذ) أم منازعة التنفيذ الموضوعية<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> النقض المدني - الطعن رقم ٦٧٩٦ - لسنة ٨٠ قضائية - تاريخ الجلسة ١٤-١-٢٠١٣، منشور علي الموقع الإلكتروني لقوانين الشرق:

[www.eastlaws.com](http://www.eastlaws.com)

<sup>٢</sup> د/أسامة المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري وفقاً لآخر التعديلات التشريعية (قانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧)، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، بند ٦، ص ١٧

ولا شك أن اجراءات التنفيذ الجبري شأنها شأن اجراءات رفع ونظر الدعوي القضائية تخضع لذات القواعد الإجرائية المنظمة للقيام بها، كقاعدة أن الأصل في الاجراءات أنها صحيحة، أي أن الأصل العام أن اجراءات التنفيذ الجبري صحيحة مالم يقوم الدليل علي غير ذلك.

#### أولاً - الأصل أن اجراءات الحجز القضائي صحيحة :

للحجز القضائي اجراءات تتباين تبعاً لطبيعة المال محل الحجز، وما إذا كان منقول أم عقار، ووفقاً للغرض من الحجز، وما إذا كان الغرض التحفظ علي المال خشية تهريبه (الحجوز التحفظية)، أو الغرض بيع المال وتوزيع حصيلة البيع علي الحاجزين (الحجوز التنفيذية).

وقد حدد قانون المرافعات الإجرائات المتبعة في كل حجز قضائي، كإجراءات الحجز التنفيذي علي المنقول، واجراءات الحجز التنفيذي علي العقار، واجراءات الحجز التحفظي علي المنقول لدي المدين، واجراءات حجز ماللمدين لدي الغير. والأصل العام أن اجراءات الحجز أياً كان نوعه صحيحة، أي أنها تمت وفقاً للإجراءات التي حددها القانون مالم يقدم الخصم الدليل علي غير ذلك، وذلك عن طريق منازعة تنفيذ في اجراءات الحجز؛ لأنه الطريق الوحيد للاعتراض علي اجراءات الحجوز القضائية.

فعلي سبيل المثال، في نطاق اجراءات الحجز التنفيذي علي المنقول لدي المدين، الأصل أن معاون التنفيذ انتقل للمكان حيث توجد المنقولات مالم يقوم الدليل علي غير ذلك، والأصل أن معاون التنفيذ حرر محضر حجز متضمناً كافة البيانات التي نصت عليها المادة ٣٥٣ من قانون المرافعات مالم يقوم الدليل علي غير ذلك، أيضاً الأصل العام أن إعلان المدين بالسند التنفيذي وتكليفه بالوفاء صحيح مالم يقدم هذا المدين الدليل علي أن هذا الإعلان أو التكليف بالوفاء لم يجري أصلاً، أو تم علي نحو غير صحيح.

كما أن الأصل العام أن المنقولات المحجوز عليها ملكاً للمدين المحجوز عليه، ومن يدعي غير ذلك يتحمل عبء اثبات ذلك، وذلك بمناسبة دعوي استرداد المنقولات المحجوزة<sup>1</sup>.

كذلك، في نطاق الحجز التحفظية الأصل أن إجراءات توقيع الحجز التحفظي صحيحة مالم يقدم الدليل علي غير ذلك، فالأصل صدور الأذن بتوقيع هذا الحجز من القاضي المختص بإصداره مالم يثبت غير ذلك.

وفي نطاق الحجز العقارية، الأصل أن إجراءات اعلان تنبيه نزع الملكية للمدين، وتسجيله في الشهر العقار صحيحة مالم يقوم الدليل علي غير ذلك.

### ثانياً - الأصل أن إجراءات البيع الجبري صحيحة :

أيضاً، ينظم قانون المرافعات الإجراءات المتبعة للبيع الجبري للمال المحجوز عليه استناداً إلي أن الغاية من مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، والقائمة علي حصول الحاجز علي حقه الثابت في ذمة المحجوز عليه، ويقسم قانون المرافعات إجراءات البيع الجبري وفقاً لطبيعة المال المراد بيعه جبراً لنوعين، النوع الأول إجراءات البيع الجبري للمنقول، والنوع الثاني إجراءات البيع الجبري للعقار<sup>2</sup>.

والأصل العام أن إجراءات البيع الجبري للمنقول أو العقار صحيحة، أي تمت وفقاً لصحيح القانون، إلا أنه يجوز للمحجوز عليه أن يقيم الدليل علي غير ذلك، أي تقديم الدليل علي أن إجراءات البيع الجبري تخالف القانون.

ويكون إقامة الدليل علي غير ذلك سواء في صورة منازعة في التنفيذ اعتراضاً علي إجراءات البيع الجبري للمنقول، أو في صورة الاعتراض علي قائمة شروط بيع العقار.

<sup>1</sup> د/أسامة المليجي، موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، بند ٢٥٣، ص ٣١٩

<sup>2</sup> انظر إجراءات بيع المنقول، د/أحمد هندي، التنفيذ الجبري علي ضوء قانون المرافعات وتعديلاته بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦، بند ١٠٨، ص ٣١٧، وما بعدها، أيضاً، إجراءات بيع العقار، نفس المؤلف، بند ١٥٢، ص ٤٧٥ وما بعدها

### ثالثاً - الأصل أن اجراءات المنازعة في التنفيذ صحيحة :

تنقسم منازعات التنفيذ لنوعين تبعاً لما يريده المدعي من تحريك منازعة التنفيذ إلي منازعات التنفيذ الوقتية (الإشكال في التنفيذ) ومنازعات التنفيذ الموضوعية، فإذا كان المدعي يريد وقف التنفيذ مؤقتاً، كانت منازعة التنفيذ منازعة وقتية، أما إذا كان المدعي يريد الوصول للحكم بصحة اجراءات التنفيذ أو بطلانها، كانت منازعة التنفيذ منازعة موضوعية<sup>1</sup>.

ويضع قانون المرافعات الاجراءات المتبعة لرفع وتحريك المنازعة التنفيذية سواء في صورة دعوي قضائية ترفع بالطرق العادية والمعتادة في رفع الدعاوي، أم في صورة تقديم اشكال في التنفيذ شفاهة امام المحضر.

أياً كان صورة الاجراء المتبع لتحريك المنازعة التنفيذية، فالأصل العام أن الاجراءات صحيحة مالم يقوم الدليل علي غير ذلك، فعلي سبيل المثال تقديم الدليل علي أن منازعة التنفيذ الموضوعية تم تحريكها شفاهة أمام المحضر، وبالمخالفة لقانون المرافعات الذي يقصر هذا الطريق علي منازعات التنفيذ الوقتية وحدها.

### المطلب الخامس

#### مدي سريان قرينة الصحة الإجرائية

علي الاجراء المنعدم والاجراء التنظيمي

#### أولاً - مدي سريان قرينة صحة الإجراءات علي الإجراء المنعدم :

الإجراء المنعدم هو كل إجراء معيب تصل فيه المخالفة حداً جسيماً بحيث ينتفي معها أحد أركان وجوده، فيصبح بدون وجود قانوني<sup>2</sup>، فعلي سبيل المثال الأحكام الصادرة من غير قاضٍ أو من قاضٍ غير صالح (المادة ١٤٧/٢ مرافعات)، أو بدون توقيع، أو الصادرة من هيئة تتشكل من قاضيين بدلاً من ثلاثة قضاة، أو الصادرة علي شخص متوفي قبل رفع الدعوي عليه، فهذه الأحكام منعدمة لأنها فقدت ركناً من

<sup>1</sup> د/أسامة المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، مرجع سابق، ص ٧٨٨  
<sup>2</sup> د/خيري البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠١٢، بند ٦، ص ١٦

أركانها (أن يصدر الحكم من محكمة تتبع جهة قضائية، وأن يصدر في خصومة، وأن يكون مكتوباً).

فمثل هذه الأحكام لا تعد أحكاماً في نظر القانون، ولا تخضع لقواعد الطعن في الأحكام، فيجوز رفع دعوي أصلية ببطلان الحكم المنعدم، كما يجوز التمسك بالانعدام عن طريق الدفع ببطلانه في أي دعوي يجري التمسك فيها بالحكم أو عن طريق المنازعة في تنفيذه، فالحكم في هذه الأحوال يتجرد من أركانه الأساسية ١. والإجراء المنعدم ليس له وجود قانوني، بينما الإجراء الباطل له وجود قانوني ولكنه معيب؛ لأن الإجراء المنعدم يفقد ركناً من أركان وجوده، بينما الإجراء الباطل يفقد شرطاً من شروط صحته، وهو ما يوجب التمييز بين مقومات وجود الحكم ومقتضيات الصحة ٢.

إذا كان نطاق قاعدة الأصل أن الإجراءات صحيحة واسع، ويمتد ليشمل كافة التطبيقات المشار إليها سلفاً، إلا أنه يثور التساؤل عما إذا كانت هذه القاعدة تشمل الإجراء المنعدم أم لا، فهل يجوز التمسك بصحة الإجراء المنعدم مالم يقوم الدليل علي العكس؟

إذا كانت غاية قرينة صحة الإجراءات هي الإبقاء علي الإجراء القضائي الباطل منتجاً لأثاره مالم يقوم الدليل علي غير ذلك، فإن الإجراء القضائي المنعدم يظل منتجاً لأثاره القانونية أيضاً مالم يقوم الدليل علي غير ذلك.

أي أن الأصل أن الحكم صدر عن شخص يعد قاضياً مالم يقوم الدليل علي غير ذلك، والأصل أن الحكم صدر عن قاضي لم يتوافر بشأنه سبب من أسباب عدم الصلاحية مالم يقوم الدليل علي غير ذلك، الأصل أن الحكم يحمل توقيع القاضي مالم يقوم الدليل علي غير ذلك، والأصل أن الحكم صدر عن هيئة المحكمة مشكلة تشكيلةً صحيحاً مالم يقوم الدليل علي غير ذلك.

<sup>1</sup> د/خيري البتانوني، مرجع سابق، بند ٦، ص ٢٠

<sup>2</sup> د/خيري البتانوني، مرجع سابق، بند ٦، ص ٢١

أيضاً، يجوز للخصم صاحب المصلحة تقديم دليله علي انعدام الإجراء سواء عن طريق رفع دعوي أصلية ببطلان الحكم المنعدم، أو عن طريق الدفع ببطلانه في أي دعوي يجري التمسك فيها بالحكم أو عن طريق المنازعة في تنفيذه.

### مدي سريان قرينة صحة الإجراءات علي الإجراءات التنظيمية :

الإجراء التنظيمي هو كل إجراء يقصد به تنظيم سير العمل القضائي، وضمن تسييره، ولا يترتب جزاء البطلان علي مخالفته<sup>١</sup>، وهو ما يقترب من الميعاد التنظيمي، وهو الميعاد الذي لا يلتزم به الخصوم، فلا يترتب جزاء على عدم الامتثال له، فعلي سبيل المثال لا يترتب عدم إرفاق المدعي بصحيفة دعواه جميع المستندات المؤيدة لها أي بطلان، كما تنص المادة ٩٨ مرافعات علي أنه لا يجوز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلي أحد الخصوم علي أن لا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع.

لا تطبق قرينة صحة الإجراءات علي الإجراءات التنظيمية؛ لأنه لا يترتب بطلان علي عدم مخالفتها للقول بأن الأصل أن الإجراء التنظيمي صحيح مالم يقوم الدليل علي غير ذلك، ولو أثبت صاحب الشأن أن هذا الإجراء باطل، فلا أثر لهذا البطلان علي اجراءات الدعوي، ولا يترتب أي آثار كتلك التي يرتبها الإجراءات غير التنظيمية إذا ثبت بطلانها بعد ذلك.

وبالتالي، لا يجوز الدفع ببطلان الإجراء التنظيمي، ولو كان التمسك بهذا الدفع سابق علي التمسك بأي دفع موضوعي في الدعوي، كما لا يجوز الطعن علي الحكم لمخالفة المحكمة لإجراء تنظيمي، ولو كان هذا الإجراء ثابت في الحكم أو محضر الجلسة، وطعن بالتزوير عليه، ففي مثل هذه الأحوال لا جدوي من التمسك ببطلان الإجراء التنظيمي.

<sup>1</sup> الطعن رقم ١٣١٩٦ لسنة ٧٦ جلسة ١٨/٠٥/٢٠٠٦ س ٥٧، الطعن رقم ١٠٦٦٤ لسنة ٧٩ جلسة ٠٤/٠٣/٢٠١٠، الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٦ جلسة ٠١/٠٢/٢٠٠٠ س ٥١ ع ١ ص ٤٩



## المبحث الثاني

### تطبيقات قرينة صحة أمام المحاكم المتخصصة وغيرها

#### تمهيد وتقسيم :

يتبع القضاء العادي محاكم متخصصة، أسند إليها المشرع مهمة الفصل في دعاوي ومنازعات معينة تبعا لإجراءات قد تختلف عن نظيرها المتبع أمام سائر المحاكم العادية، فعلي سبيل المثال تختص محاكم الأسرة بمهمة الفصل في منازعات ودعاوي الأحوال الشخصية (المادة ٣ من قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤)، ووفقا لإجراءات معينة، كإجراء عرض الدعوي علي مكتب تسوية المنازعات الأسرية قبل عرضها علي الدائرة المختصة (المواد ٥-٨ من قانون محاكم الأسرة)<sup>١</sup>.

أيضا، المحاكم الاقتصادية المنشأة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨، فقد أسند المشرع لها مهمة الفصل في الدعاوي والمنازعات الاقتصادية المشار إليها بالمادتين الرابعة والسادسة من هذا القانون وفقا لإجراءات معينة، كإجراء تحضير الدعوي غير الجنائية المنصوص عليه بالمادة ٨ من ذات القانون<sup>٢</sup>.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بقاعدة أن الاجراءات صحيحة في نطاق الاجراءات المتبعة أمام القضاء المتخصص يستوي في ذلك قضاء محاكم الأسرة، أم قضاء المحاكم الاقتصادية.

أيضا، طبقت محكمة النقض ذات القاعدة علي الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الجنائية، وهو ما سنوضحه في هذا المبحث علي النحو الآتي .

#### المطلب الأول – تطبيقات قرينة صحة الإجراءات أمام محاكم الأسرة

#### المطلب الثاني – تطبيقات قرينة صحة الإجراءات أمام المحاكم الاقتصادية

<sup>١</sup> تنص المادة ٣ من قانون محاكم الأسرة علي أنه "تختص محاكم الأسرة دون غيرها، بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.....".

<sup>٢</sup> تنص المادة ٨ من قانون المحاكم الاقتصادية علي أنه " تنشأ بكل محكمة اقتصادية هيئة لتحضير المنازعات والدعاوي التي تختص بها هذه المحكمة..... وتختص هيئة التحضير بالتحقق من استيفاء مستندات المنازعات والدعاوي ودراسة هذه المستندات، وعقد جلسات استماع لأطرافها، وإعداد مذكرة بطلبات الخصومة وأسانيدهم.....".

## المطلب الثالث – تطبيقات قرينة صحة الإجراءات أمام القضاء الجنائي

### المطلب الأول

#### تطبيقات قرينة صحة الإجراءات أمام محاكم الأسرة

أولاً – الأصل أن تشكيل محكمة الأسرة صحيحاً :

تنص المادة ٢ من قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ علي أنه "تؤلف محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة يكون أحدهم علي الأقل بدرجة رئيس المحكمة الابتدائية ويعاون المحكمة في الدعاوي المنصوص عليها في المادة "١٠" من هذا القانون خبيران أحدهما من الاخصائيين الاجتماعيين والآخر من الاخصائيين النفسيين يكون أحدهما علي الأقل من النساء. وتؤلف الدائرة الاستئنافية من ثلاثة من المستشارين بمحكمة الاستئناف يكون أحدهم علي الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف وللدائرة أن تستعين بمن تراه من الاخصائيين. ويعين الخبيران المشار اليهما من بين المقيدين في الجداول التي يصدر بها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الشؤون الاجتماعية أو وزير الصحة بحسب الأحوال".

وفقا لهذا النص، تتألف الدائرة الابتدائية من ثلاثة قضاة يكون أحدهم علي الأقل بدرجة رئيس المحكمة الابتدائية، بينما تتألف الدائرة الاستئنافية من ثلاثة من المستشارين بمحكمة الاستئناف يكون أحدهم علي الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف.

إلا أن قانون محاكم الأسرة لم يوجب علي هيئة المحكمة أن تذكر الدرجة الوظيفية للقاضي سواء في محضر الجلسة أو في الحكم المنهي للدعوي؛ فبيان الدرجة الوظيفية للقاضي ليس من البيانات اللازمة لمحضر الجلسة أو الحكم.

ومع ذلك، الأصل أن هيئة المحكمة تم تشكيلها علي نحو صحيح تطبيقاً لقاعدة الأصل أن الاجراءات صحيحة، مالم يقدّم الدليل علي غير ذلك، أي أن الطاعن قدم الدليل علي أن هيئة المحكمة لم تتألف من قضاة بذات الدرجة الوظيفية المنصوص عليها في المادة ٢ من قانون محاكم الأسرة.

ولا ينال من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ مرافعات، والتي توجب أن يتضمن الحكم أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة؛ نظراً لتباين مسألة أسماء القضاة عن مسألة الدرجة الوظيفية لهم.

### ثانياً - الأصل سبق عرض النزاع علي مكتب التسوية :

تنص المادة ٦ من قانون محاكم الأسرة علي أنه " في غير دعاوي الأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها الصلح. والدعاوي المستعجلة ومنازعات التنفيذ. والأوامر الوقتية يجب علي من يرغب في اقامة دعوي بشأن احدي مسائل الأحوال الشخصية التي تختص بها محاكم الأسرة ان يقدم طلبا لتسوية النزاع إلي مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص وتتولي هيئة المكتب الاجتماع بأطراف النزاع وبعد سماع أقوالهم تقوم بتبصيرهم بجوانبه المختلفة وآثاره وعواقب التماذي فيه وتبدي لهم النصح والارشاد في محاولة لتسويته وديا حفاظا علي كيان الأسرة".

كما تنص المادة ٩ من ذات القانون علي أنه " لا تقبل الدعوي التي ترفع ابتداء إلي محاكم الأسرة بشأن المنازعات التي تختص بها. في المسائل التي يجوز فيها الصلح طبقاً للمادة "٦" دون تقديم طلب التسوية إلي مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص ليتولي مساعي التسوية بين أطرافها وفقاً لحكم المادة "٨". وللمحكمة أن تأمر بإحالة الدعوي إلي المكتب المختص للقيام بمهمة التسوية وفقاً لأحكام هذا القانون. وذلك بدلاً من القضاء بعدم قبول الدعوي".

وفقاً لنص المادتين السابقتين، يجب عرض دعاوي ومنازعات الأحوال الشخصية أولاً علي مكتب تسوية المنازعات الأسرية قبل عرضها علي الدائرة المختصة بنظرها بحيث يجب علي الأخيرة أن تأمر بإحالة الدعوي للمكتب المختص للقيام بمهمة التسوية بدلاً من القضاء بعدم القبول، إلا أن قانون محاكم الأسرة لم يوجب علي هيئة المحكمة أن تذكر بياناً سواء في محضر الجلسة أو في الحكم يؤكد علي سبق عرض النزاع علي مكتب تسوية المنازعات الأسرية.

ومع ذلك، لا يعني عدم ذكر هذا البيان عدم سبق عرض النزاع علي المكتب المختص؛ إعمالاً لقاعدة أن الأصل أن الدعوي سبق عرضها علي المكتب المختص مالم يقم الدليل علي غير ذلك.

**ثالثاً - الأصل نظر الدعوي في غير علانية<sup>1</sup> :**

**رابعاً - الأصل أن المحكمة عرضت الصلح في دعوي التطلاق :**

تنص المادة ١٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية علي أن " تلتزم المحكمة في دعاوي الولاية علي النفس بعرض الصلح علي الخصوم ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح مع علمه بها بغير عذر مقبول رافضاً له وفي دعاوي الطلاق والتطلاق لا يحكم بهما الا بعد ان تبذل المحكمة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك فان كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين علي الاقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد عن ستين يوماً".

وفقاً للنص السابق، تلتزم محكمة الاسرة بعرض الصلح علي طرفي دعوي التطلاق؛ لأنه اجراء وجوبي يترتب علي عدم القيام به بطلان الحكم، فلا تملك المحكمة إزاء هذا الإجراء أدني سلطة تقديرية للحكم به من عدمه، وما يعضد ذلك التزام المحكمة بأن تورد بمحضر الجلسة ما يدل علي قيامها بالسعي للصلح بين الزوجين، وبيان الدور الذي قامت به في هذا الخصوص، وعليه لا يكفي اثبات أن المحكمة عرضت الصلح، وإنما يتعين أن يتضمن الحكم قيام المحكمة بالسعي للصلح، وبيان ما صدر عنها في هذا السبيل.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " النص علي المحكمة عند نظر الاعتراض سواء تضمن طلباً بالتطلاق أو اقتصر علي طلب الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة أن تعرض الصلح علي طرفي الدعوي وهو إجراء وجوبياً يترتب علي إغفاله بطلان الحكم، فإذا ثبت للمحكمة أن للخصمان أبناء وأقترن الاعتراض بطلب التطلاق وجب

<sup>1</sup> تقادياً للتكرار، أنظر ص ٥٥

عرض الصلح مرتين علي الأقل علي أن يفصل بين المرة والأخرى مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد علي ستين يوماً .

ويتعين علي المحكمة أن تضمن محاضر جلساتها ما يدل علي قيامها بالسعي للصلح بين الزوجين وبيان الدور الذي قامت به المحكمة في هذا الخصوص فلا يكفي إثبات أن المحكمة عرضت الصلح وإنما يتعين كما تقدم أن يتضمن الحكم قيام المحكمة بالسعي للصلح وبيان ما اتخذته في هذا السبيل إلا أنه يتعين الإشارة أيضاً إلي وجوب إعمال القاعدة القائلة بأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت وأن علي من يدعي عدم مراعاتها إثبات ما يدعيه . وشرط عرض الصلح علي أطراف الدعوي من الإجراءات الوجوبية التي يتعين علي المحكمة القيام بها وإثبات حصولها بمحضر الجلسة وإلا كان الحكم باطلاً ، إلا أنه إذا أقرن طلب الاعتراض بطلب تطليق فلا موجب لاتخاذ إجراء عرض الصلح إلا حال الانتهاء إلي الحكم بالتطليق أما إذا قضت المحكمة برفض طلب التطليق فلا يبطل الحكم ثبوت تخلف المحكمة عن عرض الصلح باعتبار أن هدف المشرع من ذلك الإجراء هو الحيلولة دون فسم عري الزوجية"<sup>1</sup>.

#### خامسا - الأصل تبصير المحكمة للخصوم :

وفقا لنص المادة ٤ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ " يكون للمحكمة-في اطار تهيئة الدعوي للحكم-تبصره الخصوم في مواجعتهم بما يتطلبه حسن سير الدعوي ومنحهم اجلا لتقديم التقرير لا يزيد على اسبوعين ويتم الندب من قوائم الاخصائيين الاجتماعيين التي يصدر بها قرار من وزير العدل بناء علي ترشيح وزير التأمينات والشئون الاجتماعية".

وفقا لنص المادة السابقة، تلتزم المحكمة بتبصير الخصوم بما يتطلبه حسن سير الدعوي، ومنحهم أجلا لتقديم التقرير، وذلك خلال مدة أسبوعين، إلا أن القانون لم يلزم المحكمة بذكر بيان يؤكد قيامها بالتبصير سواء في محضر الجلسة أو في

<sup>1</sup> الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٧٣ جلسة ١٠/٠٧/٢٠١٢

الحكم، ومع ذلك الأصل أن المحكمة بصرت الخصوم وفقاً لحكم المادة ٤، وللطاعن أن يقيم الدليل علي عدم قيام المحكمة بواجبها المنصوص عليه قانوناً.  
المطلب الثاني

تطبيقات قرينة صحة الإجراءات أمام المحاكم الاقتصادية  
أولاً - الأصل أن تشكيل المحكمة الاقتصادية صحيحاً :

حددت المادة الثانية من قانون ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية تشكيل الدوائر الابتدائية والاستئنافية، فنصت علي أنه " تشكل كل دائرة من الدوائر الابتدائية الاقتصادية من ثلاثة من الرؤساء بالمحاكم الابتدائية، وتشكل كل دائرة من الدوائر الاستئنافية من ثلاثة من قضاة محاكم الاستئناف يكون أحدهم علي الأقل بدرجة رئيس بمحكمة الاستئناف".

وفقاً لنص المادة السابقة، تتشكل الدوائر الابتدائية من ثلاثة من الرؤساء بالمحاكم الابتدائية وهو تشكيل خاص يخالف التشكيل العادي للمحاكم الجزئية والابتدائية قصد به ضمان تمتع قضاة هذه المحاكم بقسط وافر من الخبرة بما يتناسب مع أهمية وجسامة الأنزعة التي نيظت بها ١، إلا أن قانون المحاكم الاقتصادية لم يوجب علي المحكمة أن تذكر في محضر الجلسة أو في الحكم الصادر بياناً يؤكد علي تشكيل الدائرة الابتدائية أو الاستئنافية من القضاة الوارد ذكرهم في المادة الثانية من ذات القانون.

ومع ذلك، الأصل أن تشكيل الدائرة الابتدائية صحيحاً، أي يتضمن ثلاثة من الرؤساء بالمحاكم الابتدائية مالم يقدم الطاعن دليلاً علي أن الدائرة لم تتشكل علي النحو الوارد ذكره في المادة الثانية، وهو ذات ما يسري أثره علي تشكيل الدائرة الاستئنافية من ثلاثة قضاة من محاكم الاستئناف علي أن يكون أحدهم علي الأقل بدرجة رئيس بمحكمة الاستئناف، فالأصل أن تشكيل الدائرة الاستئنافية صحيحاً مالم يقوم الدليل علي غير ذلك.

---

1 تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية، مضبطة مجلس الشعب، الفصل التشريعي التاسع، دور الانعقاد العادي الثالث، ص ٥

## ثانياً - الأصل سبق عرض الدعوي علي هيئة التحضير المشار إليها في المادة ٨ :

أخذت محكمة النقض بقرينة صحة الإجراءات في نطاق الاجراءات المتبعة أمام المحاكم الاقتصادية، وخاصة اجراء تحضير الدعوي غير الجنائية، والمنصوص عليه بالمادة ٨ من هذا القانون، والتي تنص علي أن " تنشأ بكل محكمة اقتصادية هيئة لتحضير المنازعات والدعاوي التي تختص بها هذه المحكمة، وذلك فيما عدا الدعاوي الجنائية والدعاوي المستأنفة.....".

وهو ما جاء به حكمها الصادر في ٢٠ فبراير ٢٠١٣، فقضت بأن " مفاد نص المادة الثامنة من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإصدار قانون المحاكم الاقتصادية أن المشرع أنشأ هيئة لتحضير المنازعات والدعاوي في مرحلة تسبق طرح موضوع النزاع على دوائر المحكمة الاقتصادية لنظره والفصل فيه، وأنه متى تم تحضير القضية فصارت صالحة للمرافعة في موضوعها، فإن قاضى التحضير يحيلها إلى إحدى دوائر المحكمة ويحدد لها جلسة فيها أمامها ما لم تكن الجلسة محددة من قبل، وأنه لم يرد بهذا القانون ما يوجب على المحكمة الاقتصادية أن تورد في حكمها ما يفيد سبق عرض النزاع على هيئة التحضير قبل طرحه عليها، ومن ثم فإن على من يتمسك ببطلان الحكم أن يقدم الدليل على عدم مرور الدعوى بمرحلة التحضير، ذلك أن الأصل في الإجراءات أن تكون قد روعيت وعلى من يدعى أنها خولفت إقامة الدليل على ذلك، وإذ لم تقدم النيابة الدليل على أن الحكم المطعون فيه تصدى للفصل في النزاع قبل أن يعرض على هيئة التحضير، فإن الدفع المبدى منها بالبطلان يكون على غير أساس"<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> الدائرة التجارية، الطعن رقم ١٣٥٩٢ لسنة ٨٠ق، جلسة ٢٠١٣/٢/٢٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/)

### المطلب الثالث

#### تطبيقات قرينة صحة الإجراءات أمام القضاء الجنائي

أخذت محكمة النقض بقاعدة الأصل في الإجراءات أنها صحيحة في نطاق الإجراءات المتبعة أمام القضاء الجنائي، وذلك في العديد من الأحكام الصادرة عنها، فعلي سبيل المثال الأصل أن جلسات المحاكمة كانت علنية، الأصل صدور الأذن بالتفتيش ممن يملك إصداره، الأصل حضور المتهم جلسات نظر الدعوي، الأصل سؤال المتهم عن الفعل المسند إليه، الأصل سماع المحكمة لشهادة الشهود، الأصل أن المحكمة أمرت بفض الأحرار في حضور المتهم ومحاميه، وذلك علي النحو الآتي :

#### أولا - الأصل أن جلسات نظر المحاكمة الجنائية علنية :

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الثابت من محاضر الجلسات أن إجراءات المحاكمة كانت علنية ، وكان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما يثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير ، فإنه لا يقبل من الطاعن قوله أن إجراءات المحاكمة كانت غير علنية ما دام لم يتخذ من جانبه إجراء الطعن بالتزوير فيما دون بمحضر جلسات المحاكمة ، ويكون ما رده في طعنه في هذا الصدد غير سديد ، ولا يغير من ذلك ما يثيره الطاعن من تقييد دخول قاعة الجلسة بتصاريح ؛ لأن ذلك لا يتنافى مع العلانية ؛ إذ إن المقصود من ذلك هو تنظيم الدخول".<sup>1</sup>

#### ثانيا - الأصل سرية الجلسات أمام محكمة الأحداث :

تنص المادة ١٢٦ من قانون الطفل على أنه " لا يجوز أن يحضر محاكمة الطفل أمام محكمة الأحداث إلا أقاربه والشهود والمحامون والمراقبون الاجتماعيون ومن تجيز له المحكمة الحضور بإذن خاص ..... " مما مفاده أن سرية جلسات المحاكمة في نطاق مخصوص أمام محكمة الأحداث فقط دون محكمة الجنايات التي تمت المحاكمة أمامها.

1 طعن جنائي رقم ١٨٦٣٧ لسنة ٨٤ جلسة ١٤/٠٤/٢٠١٥، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، أيضا في نفس المعني الطعن رقم ٢٣٢٣٦ لسنة ٧٥ جلسة ١٧/١١/٢٠١٢ س ٦٣



وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " البين من محاضر جلسات المحاكمة أن المدافع عن المتهم الطاعن لم يسجل على المحكمة مخالفتها لحكم المادة ١٢٦ من قانون الطفل ، وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت ، وكان نص المادة المشار إليها قد حدد نطاق من يسمح لهم بحضور محاكمة الحدث ولم ينص على جعل الجلسات سرية بإطلاق ولا يدعى الطاعن أن أحداً من غير من أجازت لهم المحكمة الحضور قد حضر ، ولا عبرة في ذلك بما هو مدون بمحاضر الجلسات والأحكام عن علانية الجلسات كأصل عام إذ لم يصادف واقع الحال في إجراءات نظر الدعوى ، ومن ثم فإن النعى على الحكم بالبطلان أو مخالفة القانون يكون على غير سند"<sup>١</sup>.

### ثالثاً - الأصل صدور الأذن بالتفتيش ممن يملك إصداره :

وهو ما أخذت به محكمة النقض، فقضت بأنه " لما كان الحكم المطعون فيه قد عرض إلى الدفع ببطلان إذن النيابة العامة بالضبط والتفتيش لتجهليه وخلوه من بيان اختصاص وكيل النيابة المكاني وتوقيعه بتوقيع غير مقروء ورد عليه بقوله : " لما كان القانون لم يشترط شكلاً معيناً لإذن التفتيش ولم يوجب القانون ذكر الاختصاص المكاني مقروناً باسم وكيل النيابة مُصدره إذ العبرة في الاختصاص المكاني لهذا الأخير إنما تكون بحقيقة الواقع وإن تراخى ظهوره إلى وقت المحاكمة، وكان الأصل في الإجراءات حملها على الصحة ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك ، وكان الثابت من مطالعة إذن التفتيش أنه صدر معنوناً باسم السيد الأستاذ ... وكيل النيابة على ذات محضر التحري الذي طلب محرره الإذن بضبط المتهمين وتفتيشهما حال تردهما على دائرة مركز .... وأذن مُصدر الإذن بذلك حال تردهما على دائرة المركز....."<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ٧٠٦٦ لسنة ٨١ جلسة ٢٦/٠١/٢٠١٢ س ٦٣، أيضاً في نفس المعني الطعن الجنائي رقم ٢٢٤١٤ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٨/٠١/١٩٩٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٣، الجزء الأول، القاعدة ١٢٩، ص ٨٤١

<sup>٢</sup> الطعن رقم ٨٦٦٨ لسنة ٧١ جلسة ١٠/١٢/٢٠٠٧ س ٥٨، أيضاً في نفس المعني الطعن رقم ٢٥٦٤٩ لسنة ٦٤ جلسة ١٧/١٢/١٩٩٦ س ٤٧ ع ١ ص ١٣٦٢، الطعن رقم ١٦٤٠٤ لسنة ٦٤ جلسة ١١/١٢/١٩٩٦ س ٤٧ ع ١ ص ١٣٠٨

#### رابعاً - الأصل تلاوة رئيس المحكمة لتقرير التلخيص :

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الثابت من الاطلاع على ديباجة الحكم المطعون فيه أن تقرير التلخيص قد تلى بمعرفة رئيس المحكمة ، وكان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما أثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير ، وكان فقدان تقرير التلخيص بعد تلاوته لا يبطل الإجراءات بعد صحة ، فإن ما يثيره الطاعن من أن تقرير التلخيص لم يودع ملف الدعوى بما يبطل الحكم لابتنائه على مخالفة حكم المادة ٤١١ من قانون الإجراءات الجنائية لا يكون له محل . فضلاً عن أنه لما كان الثابت من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن لم يعترض على ما تضمنه تقرير التلخيص من بيان فلا يجوز له من بعد النعى على التقرير بالقصور لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ كان عليه إن رأى أن التقرير قد أغفل الإشارة إلى واقعة تهمة ، أن يوضحها في دفاعه ، ومن ثم فلا وجه لما ينعاه الطاعن في هذا الصدد".<sup>١</sup>

#### خامساً - الأصل أن اجراءات ندب كاتب للتحقيق صحيحة :

قضت محكمة النقض بأنه " لما كان ما يثيره الطاعنه بشأن استعانة وكيل انيابة المحقق بكاتب تحقيق دون أن يفصح عن هويته أو الأسباب التي دعت إليه ندبه ، مردوداً بأن الأصل في الإجراءات الصحة ويجوز في حالة الضرورة ندب كاتب التحقيق المختص لتدوين محضر التحقيق ، وخلو محضر التحقيق من بيان الظروف التي دعت النيابة إلى ندب غير الكاتب المختص لا ينفي قيام الضرورة إلى ندب غيره وتقدير هذه الضرورة موكول لسلطة التحقيق تحت اشراف محكمة الموضوع ومتى كانت المحكمة قد أفترت سلطة التحقيق على هذا الإجراء ، وكانت الطاعنة لا تدعى أن محضر التحقيق لم يتضمن بياناً بهوية الكاتب أو أن ما ورد بهذا المحضر يخالف الحقيقة فإن معناها في هذا الصدد يكون غير قويم"<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ٦٩٤٤ لسنة ٦٦ جلسة ٢٥/٠٣/٢٠٠٤ س ٥٥ ص ٢٧٨ ق ٤٠، في نفس المعني الطعن رقم ١٨٧٩٠ لسنة ٦١ جلسة ٠٤/٠١/٢٠٠٠ س ٥١ ص ٣٣ ق ٣  
<sup>٢</sup> الطعن رقم ٢٠٣٣٦ لسنة ٦٤ جلسة ١٧/١٠/١٩٩٦ س ٤٧ ع ١ ص ١٠٤٧، أيضاً في نفس المعني الطعن الجنائي رقم ١٣٩٤ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٩٨١/١١/١٠، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٢، القاعدة ٨٤٦، ٨٤٣

### سادسا - الأصل اختصاص مأموري الضبط القضائي بتنفيذ إذن التفتيش :

وفي هذا الشأن، قضت محكمة النقض بأنه " لما كان القانون لم يشترط شكلا معيناً لإذن التفتيش وكل ما يتطلبه في هذا الصدد أن يكون الإذن واضحا وحددا بالنسبة إلى تعيين الأشخاص والأماكن المراد تفتيشها ، وأن يكون مصدره مختصا مكانيا بإصداره وأن يكون مدونا بخطه وموقعا عليه بإمضائه ، فإنه لا يعيب الإذن عدم تعيين اسم المأذون له بإجراء التفتيش ، ولا يقدر في صحة التفتيش أن ينفذه أى واحد من مأموري الضبط القضائي المختصين ما دام الإذن لم يعين مأمورا بعينه . وكان الأصل في الإجراءات حملها على الصحة ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ استند إلى ذلك في رفض الدفع ببطلان إذن التفتيش يكون قد وافق صحيح القانون ، وبضحي ما يثيره الطاعن في هذا الخصوص غير سديد".<sup>1</sup>

### سابعا - الأصل حضور المتهم جلسات نظر الدعوى الجنائية :

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأن " الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما أثبت بمحضر الجلسة أو في الحكم المطعون فيه إلا بطريق بالتزوير، وكان الطاعن يسلك هذا السبيل في شأن ما أثبت بمحاضر جلسات المحاكمة المطعون فيه من عدم حضوره وحضور المتهم الثاني فقط - الطاعن الثاني \_ فإن ما يثيره الطاعن في هذا الشأن يكون غير مقبول".<sup>2</sup>

### ثامنا - الأصل سؤال المتهم عن الفعل المسند إليه :

وهو ما أخذت به محكمة النقض، فقضت "من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الإدعاء بما يخالف ما أثبت سواء في محضر الجلسة أو في الحكم إلا بطريق الطعن بالتزوير وإذ كان الثابت أن الطاعن لم يسلك هذا السبيل في خصوص ما أثبت بمحضر جلسة المرافعة الأخيرة من سؤال الطاعن عن الفعل

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ١١٢٧٩ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٥/٥/١٩٩٦، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٧ الجزء الأول، ص ٦٥٠، أيضا في نفس المعني الطعن الجنائي رقم ٢٨٥٣ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٢/١١/١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٨، الجزء الثاني، ص ٩٤٨

<sup>2</sup> طعن جنائي رقم ٥٨٩٩ لسنة ٦٣ق، جلسة ٦/١٢/١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٥، القاعدة رقم ١٧٢، ص ١٠٩٢

المسند إليه فإن الزعم بأن الطاعن لم يسأل عن الفعل المسند إليه "تهمة الإشتراك في جريمة الزنا" يكون غير مقبول هذا إلى أنه من المقرر أن سؤال المحكمة للمتهم عن الفعل المسند إليه هو من قبيل تنظيم الإجراءات في الجلسة ولا يترتب البطلان على مخالفته".<sup>1</sup>

#### تاسعا – الأصل سماع المحكمة لشهادة الشهود :

وهو ما قضت به محكمة النقض بقولها "لما كان الأصل في الإجراءات الصحة و لا يجوز الإدعاء بما يخالف ما أثبت بمحضر الجلسة أو الحكم إلا بطريق الطعن بالتزوير ، و كان الثابت أن الطاعن لم يسلك هذا السبيل في خصوص ما أثبت بمحضر جلسة المرافعة من إكتفاء الدفاع بالأقوال الواردة بالتحقيقات لشهود الإثبات ، فإن الزعم بأن المحكمة قررت نظر الدعوى دون سماع الشهود مغاير للواقع و يكون غير مقبول".<sup>2</sup>

#### عاشراً – الأصل أن المحكمة أمرت بفض الأحراز في حضور المتهم ومحاميه:

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحة و لا يجوز الإدعاء بما يخالف ما أثبت - سواء في محضر الجلسة أو في الحكم - إلا بطريق الطعن بالتزوير، وإذ كان الثابت أن الطاعن لم يسلك هذا السبيل في خصوص ما أثبت بمحضر جلسة المرافعة الأخيرة من أن المحكمة أمرت بفض الحرز في مواجهة الطاعن ومحاميه ودون اعتراض منهما، فإن الزعم بأن المحكمة لم تقم بهذا الإجراء يكون غير مقبول".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ٦٦٥٦ لسنة ٦٢ق، جلسة ١٦/٩/١٩٩٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٤، الجزء الأول، ص٧٢٦، أيضا في نفس المعني الطعن الجنائي رقم ١٣٠٠ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٠/٣/١٩٨٠، مجموعة المكتب الفني السنة ٣١، القاعدة ٦٥، ص٣٥٤

<sup>2</sup> طعن جنائي رقم ١٠٩٧١ لسنة ٦٠ق، جلسة ٩/١٢/١٩٩١، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٢، القاعدة رقم ١٨١، ص١٣٠٧، أيضا في نفس المعني الطعن الجنائي رقم ٢٤٥٥ لسنة ٥٥ق، جلسة ٢٧/١٠/١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٦، القاعدة رقم ١٧٠، ص٩٣٥

<sup>3</sup> طعن جنائي رقم ١٥٠٦٩ لسنة ٦٩ق، جلسة ٥/٢/١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني السنة ٤١، الجزء الأول، ص٢٦٧

## الفصل الثالث

### نقض قرينة صحة الإجراءات

#### تمهيد وتقسيم :

تنقسم الإجراءات القضائية من حيث ثبوتها في محضر الجلسة أو الحكم لنوعين، النوع الأول الإجراءات الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم، والنوع الثاني الإجراءات غير الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم. وتتباين آلية إثبات عدم صحة هذه الإجراءات وفقا لما إذا كانت مدونة في محضر الجلسة أو الحكم، أم لم تدون في هذا المحضر أو الحكم.

فإذا كان الإجراء ثابت بمحضر الجلسة أو الحكم، فلا يجوز إثبات عدم صحته إلا بطريق الطعن بالتزوير، أما إذا لم يكن الإجراء ثابت بمحضر الجلسة أو الحكم، فيجوز إثبات عدم صحته بأي طريق من طرق الإثبات، وذلك علي النحو الآتي :

#### المبحث الأول – الإجراءات الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم

#### المبحث الثاني – الإجراءات غير الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم

##### المبحث الأول

#### الإجراءات الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم

#### تمهيد وتقسيم :

لم يورد قانون المرافعات بيانا بالإجراءات التي يجب ذكرها في محضر الجلسة علي غرار التنظيم القانوني لبيانات الحكم، فالمواد ١٧٦ وما بعدها حددت البيانات (الإجراءات) التي يجب علي المحكمة إيراد ذكرها في الحكم الصادر عنها، كالبيان الخاص بأسماء القضاة الذين نظروا الدعوي، والبيان الخاص بوقائع الدعوي والأسباب، والبيان الخاص بتوقيع رئيس المحكمة علي نسخة الحكم الأصلية، وغيرها من البيانات الأخرى.

وهو ما يوجب التعرض بالدراسة للبيانات (الإجراءات) التي قد يرد ذكرها في ورقة محضر الجلسة، ونظيرها الواجب إيراده في ورقة الحكم القضائي، وذلك علي النحو الآتي:

المطلب الأول – الإجراءات القضائية الثابتة بمحضر الجلسة

المطلب الثاني – الإجراءات القضائية الثابتة بالحكم

المطلب الثالث – الطعن بالتزوير

### المطلب الأول

الإجراءات القضائية الثابتة بمحضر الجلسة

ماهية محضر الجلسة :

محضر الجلسة هو الورقة التي يجري تحريرها بمعرفة موظف عام مختص يطلق عليه تعبير أمين السر (السكرتير)، أو كاتب الجلسة، وتتضمن هذه الورقة كافة الوقائع التي تجري في الجلسات التي تعقدها المحكمة لسماع ونظر الدعاوي بداية من الجلسة الأولى حتى تاريخ الجلسة المحددة لصدور الحكم المنهي للدعوي، والأوراق التي قدمت لهيئة المحكمة، وما يكون قد صدر عنها من قرارات، وبصرف النظر عما إذا كانت الجلسة علنية أم قررت المحكمة انعقادها بصفة سرية، فلا يمنع سرية الجلسات حضور أمين السر لتدوين وقائع هذه الجلسات في ورقة محضر الجلسة<sup>1</sup>. فالمادة ٢٥ من قانون المرافعات تنص علي أنه "يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفي جميع إجراءات الإثبات كاتب محرر المحضر ويوقعه مع القاضي وإلا كان العمل باطلا"، ولذلك، محضر الجلسة ورقة رسمية نظراً لتحريرها بمعرفة موظف عام مختص، ويجري توقيعها من رئيس الدائرة وأمين السر، ولا يجوز الإدعاء بمخالفة الثابت بها إلا بطريق الإدعاء بالتزوير.

دور محضر الجلسة بوجه عام :

لمحضر الجلسة دور لإثبات ما يجري في الجلسة من إجراءات، كمسألة حضور وغياب الخصوم، والأوراق التي تقدم لهيئة المحكمة، والإجراءات أو القرارات التي تأمر بها هيئة المحكمة، ومسألة علانية الجلسات المنعقدة من عدمه. وهو ما أباينت عنه محكمة النقض، فقضت بأن "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت وعلي من يدعي أنها خولفت إقامة الدليل، وأن محاضر

<sup>1</sup> الطعن رقم ١٦٢٨ لسنة ٤٩ ق، جلسة ١٤/٢/١٩٨٠

الجلسات أعدت لإثبات ما يجري فيها، وكان البين من محضر جلسة ١٩٩٥/٤/٢٩ أمام محكمة الاستئناف عدم مثول الطاعن أو وكيله بها ولم يقدم الطاعن دليلاً على خلاف ذلك، فإن ما يثيره في هذا الشأن يكون على غير أساس<sup>١</sup>.

وهو ما قضت به محكمة النقض بقولها "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق القضية فلا يعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها إجراء من إجراءات الجلسة التي يلزم إثباتها في محضرها أو في مدونات حكمها"<sup>٢</sup>.

أيضاً، قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أن الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق القضية فلا يعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها إجراء من إجراءات الجلسة التي يلزم إثباته في محضرها وبالأحرى في مدونات حكمها، و لما كان الحكم المطعون فيه قد أورد في أسبابه أن الختم الوارد في السند منسوباً إلى المطعون ضدها قد إصطنع في تاريخ لاحق للتاريخ المعطى للسند مما يفيد إطلاع المحكمة عليه و فحصه، و كان هذا الإجراء مما لا يلزم إثباته بمحضر الجلسة أو بأى محضر آخر أو بمدونات الحكم، و كان الأصل في الإجراءات أنها روعيت و

---

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ٣٨٦ لسنة ٦٥ق، جلسة ٧ فبراير ٢٠٠٠، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية:

<sup>٢</sup> طعن مدني رقم ٢٢٠ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٤، الجزء الأول، رقم القاعدة ٨٤، ص ٥٠٢، أيضاً الطعن المدني رقم ٨٥٢ لسنة ٥٠ق، جلسة ١٩٨٤/٥/٦، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٥، الجزء الأول، رقم القاعدة ٢٢٦، ص ١١٨١، وفيه قضت محكمة النقض بأن " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق الدعوى فلا يعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها إجراء من إجراءات الجلسة التي يلزم إثباته في محضرها وبالأحرى في مدونات حكمها"، أيضاً الطعن رقم ١٠٢١ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٢/١٢/١٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٣، الجزء الثاني، رقم القاعدة ٢٠٨، ص ١١٥٣، وفيه قضت محكمة النقض بأن " من المقرر أن الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق القضية فلا يعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها إجراء من إجراءات الجلسة التي يلزم إثباته في محضرها وبالأحرى في مدونات حكمها، و لما كان الحكم المطعون فيه قد أورد في أسبابه أن الختم الوارد في السند منسوباً إلى المطعون ضدها قد إصطنع في تاريخ لاحق للتاريخ المعطى للسند مما يفيد إطلاع المحكمة عليه و فحصه، و كان هذا الإجراء مما لا يلزم إثباته بمحضر الجلسة أو بأى محضر آخر أو بمدونات الحكم، و كان الأصل في الإجراءات أنها روعيت و على من يدعى خلاف ذلك أن يثبته . و كان الطاعن لم يقدم الدليل على أن المحكمة لم تطلع على السند المدعى بتزويره فإن نعيه بذلك يكون على غير أساس".

على من يدعى خلاف ذلك أن يثبتته . و كان الطاعن لم يقدم الدليل على أن المحكمة لم تطلع على السند المدعى بتزويره فإن نعيه بذلك يكون على غير أساس".<sup>1</sup>

#### – دور محضر الجلسة في كشف الأخطاء المادية :

قد تشوب ورقة الحكم بعض الأخطاء المادية أو الأخطاء الكتابية، والتي أجازت المادة ١/١٩١ من قانون المرافعات تصحيحها، فذكرت "تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحثة 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".

فقد يكون لمحضر الجلسة دوراً في كشف هذه الأخطاء المادية، ومعاونة هيئة المحكمة في تصحيحها، فعلي سبيل المثال بيان حضور الخصوم الجلسات، وخاصة جلسة النطق بالحكم لتحديد لحظة بدء ميعاد الطعن. فقد يثبت محضر الجلسة أن الطاعن حضر بشخصه في جلسة النطق بالحكم، كما حضر محام وأبدي دفاعه عنه بالجلسة المذكورة، فإن الحكم المطعون فيه وقد تم توصيفه بأنه حضوري يكون قد أصاب حقيقة الواقع<sup>٢</sup>، ولا ينال من ذلك ما ورد بديباجة الحكم بأن الطاعن لم يحضر جلسة النطق بالحكم، إذ لا يعدو ذلك أن يكون خطأ مادي كشف عنه محضر الجلسة<sup>٣</sup>.

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ١٠٢١ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٤/١٢/١٩٨٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٣، الجزء الثاني، ص١١٥٣، أيضاً طعن مدني رقم ٢٢٠ لسنة ٥٩ق، جلسة ٤/٢/١٩٩٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٤، الجزء الأول، رقم القاعدة ٨٤، ص٥٠٢، وفيه قضت محكمة النقض بأن "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق القضية فلا يعتبر الأمر بضمها والاطلاع عليها إجراء من إجراءات الجلسة التي يلزم إثباتها في محضرها أو في مدونات حكمها"، أيضاً في نفس المعنى الطعن المدني رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ق، جلسة ٢٣/٣/١٩٧٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٣، الجزء الأول، رقم القاعدة ٧٠، ص٤٣٩

<sup>2</sup> طعن رقم ٦٤٩ لسنة ٣٩ق، جلسة ٢/٦/١٩٦٩، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>3</sup> طعن رقم ٦٤٩ لسنة ٣٩ق، جلسة ٢/٦/١٩٦٩، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية



## خصائص محضر الجلسة :

### ١- محضر الجلسة وحدة واحدة :

محضر الجلسة وحدة واحدة لا فرق بين المتن والهامش من حيث ما يثبتته أمين السر من بيانات في هامش المحضر، فقد تشتمل هذه البيانات علي تعديل للبيانات الثابتة بمتن المحضر، أو تصحيحاً لها، وبناء علي ذلك، ما يثبتته أمين السر في هامش المحضر يكون صحيحاً، وبصرف النظر عن توقيع القاضي عليه من عدمه، فإذا كان يلزم توقيع رئيس الدائرة وأمين السر علي محضر الجلسة، فإنه لا يلزم توقيع القاضي علي ما يثبتته أمين السر في هامش المحضر<sup>١</sup>.

علاوة علي ذلك، يعد ما يثبتته أمين السر في هامش المحضر بمثابة تصحيح لما دونه من خطأ في متن ذات المحضر، ودون الحاجة لتوقيع القاضي علي هذا التصحيح طالما ما أجراه أمين السر من تصحيح يتفق وحقيقة الواقع وتداركاً لسهو وقع منه، وإذا كان عدم توقيع القاضي علي محضر الجلسة لا يترتب عليه البطلان، فإنه من باب أولي لا يجوز النعي بالبطلان علي تصحيح أمين السر لمحضر الجلسة دون الرجوع لرئيس الدائرة<sup>٢</sup>.

أيضاً، لا يجوز اثبات ما يخالف الوارد بهامش المحضر إلا بطريق الطعن بالتزوير شأنه في ذلك شأن البيانات الواردة في متن ذات المحضر استناداً إلي وحدة الشخص القائم علي تحرير هذا المحضر، وهو أمين السر<sup>٣</sup>.

### ٢- حجبة محضر الجلسة :

لمحضر الجلسة حجبة بما ورد فيه من بيانات شأنه في ذلك شأن الحجبة التي تثبت للبيانات التي يشتمل عليها الحكم القضائي طالما لم يجر تصحيحاً لما اشتمل عليه

<sup>١</sup> الدائرة الجنائية طعن رقم ٥٧ لسنة ٤٢ق، جلسة ١٩٧٢/٣/٢٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٢</sup> الدائرة الجنائية طعن رقم ٥٧ لسنة ٤٢ق، جلسة ١٩٧٢/٣/٢٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٣</sup> الدائرة الجنائية طعن رقم ٥٧ لسنة ٤٢ق، جلسة ١٩٧٢/٣/٢٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

المحضر بالطريق القانوني<sup>1</sup>، إلا أن حجية الحكم القضائي صفة تثبت له، وتحول دون تجديد ذات النزاع مرة أخرى أمام ذات المحكمة القضائية أو أمام محكمة أخرى، وإلا تم الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، أما حجية محضر الجلسة فهي ذات الحجية التي تثبت للبيانات التي يتضمنها أي محرر رسمي، وهي المحررات التي يجري تحريرها بمعرفة موظف عام مختص، وبالتالي لا يجوز الإدعاء بمخالفة بيانات محضر الجلسة أو انكارها إلا بطريق الطعن بالتزوير.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن "لما كان البين من محضر الجلسة أنه خلا من طلب سماع شهود الإثبات - خلافاً لما يزعمه الطاعنون بأسباب طعنهم - وكان من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحة، وأن محضر جلسة المحاكمة يكتسب حجيته بما ورد به ما دام لم يجر تصحيح ما اشتمل عليه بالطريق القانوني، فإن ما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه من دعوى الإخلال بحق الدفاع لا يكون له محل"<sup>2</sup>.

كما قضت ذات المحكمة بأنه "لما كان البين من الاطلاع على محضر جلسة محكمة أول درجة أن دفاع الطاعن قام على أنه لم يتسلم المنقولات موضوع الدعوى. لما كان ذلك، وكان الطاعن وإن لم يعاود إثارة هذا الدفاع أمام المحكمة الاستئنافية إلا أنه وقد أثبت بمحضر جلسة المحاكمة الابتدائية، أصبح واقعاً مسطوراً بأوراق الدعوى، قائماً مطروحاً على المحكمة عند نظر استئنافه، وكان هذا الدفاع على الصورة آنفة البيان يعد دفاعاً جوهرياً لتعلقه بتحقيق الدليل المقدم في الدعوى بحيث إذا صح لتغيير وجه الرأي في الدعوى، فإن المحكمة إذ لم تقطن بفحواه وتقسطه حقه وتعنى بتحقيقه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه، فإن حكمها يكون معيباً بالقصور فضلاً عن الإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه والإعادة"<sup>3</sup>.

1 طعن جنائي رقم ٦٤٩ لسنة ٣٩ق، جلسة ١٩٦٩/٦/٢، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية:

2 طعن جنائي رقم ٢٠٦٤٠ لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٥، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٨

3 طعن جنائي رقم ١٨٧٢٢ لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠٠٥/١/٢٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٦، القاعدة رقم ٨١، ص ٥٢٣

### ٣- يكون التدوين بمحضر الجلسة بناء على طلب الخصوم :

يجوز للخصم أن يطلب من هيئة المحكمة أن تثبت ما يهمله من طلبات وأوجه دفاع ودفع في محضر الجلسة، وهذا علي خلاف الحكم الذي حددت المادة ١٧٨ مرافعات البيانات التي يجب علي المحكمة أن تثبتها فيه، فلا يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة أن تثبت ما يهمله في الحكم الصادر عنها؛ لأن هذا الحكم هو قرار المحكمة المبين لوجه نظرها في الدعوي المعروضة عليها<sup>١</sup>، فإذا كان يهمل أحد الخصوم اجراء ما، ويريد اثباته بمحضر الجلسة، فهو الذي عليه أن يطلب صراحة اثباته به، فلا تقرر المحكمة اثبات هذا الاجراء بمحضر الجلسة من تلقاء نفسها، وإنما يكون بناء علي طلب من الخصم صاحب المصلحة في ذلك.

وبالتالي إذا لم يفعل الخصم ذلك، فلا يجوز له أن يثير مسألة عدم تدوين دفاعه بالتفصيل في محضر الجلسة أمام المحكمة الأعلى درجة، ومن ثم لا يقبل منه القول بأن المحكمة لم تمكن الدفاع عن الطاعن من اثبات تمسكه بسماع شهود الاثبات<sup>٢</sup>، ولذلك ترفض محكمة النقض الطعون القائمة علي اغفال المحكمة المطعون علي حكمها تدوين دفاع الخصوم بالتفصيل في محضر الجلسة اذا ثبت عدم طلب الخصم ذلك، وهو ما تطلق عليه محكمة النقض أنه لا يعيب الحكم أن يكون دفاع الخصم غير مدون بالتفصيل في محضر الجلسة<sup>٣</sup>.

كذلك، الطلبات العارضة والدفع الموضوعية والإجرائية والدفع بعدم القبول التي تقدم شفاهة في الجلسة دون أن يقدم بها مذكرة مكتوبة، لا يجوز للمحكمة أن تعول

---

1 طعن جنائي رقم ٩٣ لسنة ٣٦ق، جلسة ١٩٦٦/٢/٢١، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

2 طعن جنائي رقم ٣٢ لسنة ٣٣ق، جلسة ١٩٦٣/٦/٣، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

أيضا، طعن جنائي رقم ١٣٠٠ لسنة ٢٨ق، جلسة ١٩٥٨/١٢/١٥، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

وفيه، قضت "الأصل في إجراءات المحاكمة اعتبار أنها روعيت، فلا يعيب الحكم أن يكون دفاع المتهم غير مدون بالتفصيل في محضر الجلسة، و إذا كان المتهم يهمله بصفة خاصة تدوين أمر في محضر الجلسة فهو الذي عليه أن يطلب صراحة إثباته به، فإن هو لم يفعل فليس له أن يثير ذلك أمام محكمة النقض".

3 طعن جنائي رقم ٣٢ لسنة ٣٣ق، جلسة ١٩٦٣/٦/٣، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

عليها في حكمها إلا إذا أثبت في محضر الجلسة، فإذا أبدى الخصم شفاهة في الجلسة دفعا بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة ولم يثبت هذا الدفع في محضر الجلسة كما لم يتمسك به في مذكرة مكتوبة أو في صحيفة مودعة، فلا يجوز للمحكمة بحث هذا الدفع أو التعويل عليه لأن الأوراق خلت مما يفيد تمسك الخصم بهذا الدفع.

وتبرز أهمية الاثبات في محضر الجلسة من حيث تمكين الخصم من الالمام بما أغفلت المحكمة الرد عليه، وبالتالي بيان ما إذا أخلت المحكمة بحقوق الدفاع من عدمه<sup>1</sup>. إلا أن الطعن علي الحكم لاخلال المحكمة بحقوق الدفاع يتوقف علي طلب الخصم صراحة اثبات ما يهمله في محضر الجلسة، فالاثبات في محضر الجلسة لا يجري بقرار المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما لا بد أن يكون رداً علي طلب تقدم به الخصم.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر أنه لا يعيب الحكم خلو محضر الجلسة من إثبات دفاع الخصم إذ إن كان يهمله تدوينه أن يطلب صراحة إثباته في هذا المحضر ، كما عليه إن ادعى أن المحكمة صادرت حقه في الدفاع قبل حجز الدعوى للحكم أن يقدم الدليل على ذلك وأن يسجل عليها هذه المخالفة في طلب مكتوب قبل صدور الحكم ، وإذ كانت الطاعنة لم تذهب إلى الادعاء بأنها طلبت أن تثبت بمحضر جلسة المحاكمة دفاعها أو أنها تقدمت بطلب سجلت فيه على المحكمة مصادرة حقه في الدفاع ، وكانت أسباب الطعن قد خلت البتة من أية إشارة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير في هذا الصدد ، فإن منعى الطاعنة على الحكم في هذا الصدد لا يكون له محل"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ٩٣ لسنة ٣٦ق، جلسة ١٩٦٦/٢/٢١، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>2</sup> الطعن رقم ١٨٠٨٧ لسنة ٤ جلسة ٢٠١٤/٠٩/٠٣ س ٦٥، أيضا في ذات المعني، قضت محكمة النقض بأن " من المقرر أنه لا يعيب الحكم خلو محضر الجلسة من إثبات دفاع الخصم كاملاً إذ كان عليه إن كان يهمله تدوينه أن يطلب صراحة إثباته في المحضر . كما أن عليه إن ادعى أن المحكمة صادرت حقه في الدفاع قبل قفل باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم فيها أن يقدم الدليل على ذلك ، وأن يسجل عليها هذه المخالفة في طلب مكتوب قبل صدور الحكم ، وإلا لم تجز المحاجة من بعد أمام محكمة النقض على أساس من تقصيره فإن ما يثيره الطاعن من خلو محضر جلسة المحاكمة أمام محكمة أول درجة من إثبات طلبه إحالة القضية

وبناء عليه، على الطاعنين إن كان يهمهم ما أدعوا به من مصادره حقهم في الدفاع قبل قفل باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم أن يقدموا الدليل على ذلك وأن يسجلوا عليها هذه المخالفة فيطلب صدور الحكم، وإلا لم تجز المحاجة من بعد أمام محكمة النقض على أساس تقصيرهم فيما كان يتعين عليهم تسجيله ومن ثم فإن النعى على الحكم في هذا الصدد يكون في غير محله<sup>١</sup>.

### ورقة الحكم تكمل ورقة محضر الجلسة :

استقرت محكمة النقض في قضائها الصادر عنها علي أن ورقة الحكم الصادر في الدعوي تعتبر متممة لمحضر الجلسة في شأن اثبات اجراءات نظر الدعوي سواء تلك التي يقوم بها الخصوم أم تأمر بها هيئة المحكمة، أي أن ورقة محضر الجلسة هي الورقة التي يجب الرجوع إليها أو لا لاثبات اجراءات نظر الدعوي تأسيساً علي وظيفتها الجوهرية القائمة علي اثبات ما يجري من وقائع وقرارات تأمر بها المحكمة أثناء نظرها للدعوي حتي صدور الحكم المنهي لها.

وإذا تبين أن محضر الجلسة أغفل ذكر أحد الوقائع أو الاجراءات التي أمرت بها المحكمة، فإنه يجب الرجوع في مثل هذه الأحوال لحكم المحكمة المنهي للدعوي، فلا يجوز الرجوع لورقة الحكم إلا إذا خلا محضر الجلسة من أي بيانات تتعلق بالإجراء القضائي، وهو ما أخذت به محكمة النقض بحكمها الصادر في ١٩٨٨/٣/٣، فقضت بأن " من المقرر أن ورقة الحكم متممة لمحضر الجلسة في شأن إثبات إجراءات المحاكمة، و أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت و من ثم فلا يجوز للطاعن أن يجدد ما أثبتته الحكم من تلاوة تقرير التلخيص إلا بالطعن بالتزوير و هو ما لم يفعله"<sup>٢</sup>.

---

نظرها أمام دائرة أخرى أو التأجيل لاتخاذ إجراءات الرد يكون على غير أساس . (الطعن رقم ٦٠٩٦٨ لسنة ٥٩ جلسة ١٢/٠٤/١٩٩٨ س ٤٩ ص ٥١٤ ق ٦٧، أيضا الطعن الجنائي رقم ٦٤٧٥ لسنة ٨٢ق، جلسة ٢٠١٤/١/١ مجموعة المكتب الفني السنة ٦٥

<sup>١</sup> الطعن رقم ٦٩٥ لسنة ٦١ جلسة ١٤/١٢/١٩٩٣ س ٤٤ ع ١ ص ١١٣٤

<sup>٢</sup> طعن جنائي رقم ٥٤٥٣ لسنة ٥٧قضائية، جلسة ١٩٨٨/٣/٣، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أيضا، الطعن الجنائي رقم ٢٢٢٤ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٠/١١/١٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، وفيه قضت المحكمة بأنه " لما كان ما يثيره الطاعن عن خلو جلسة المحاكمة الاستئنافية من

أيضاً، إذا أثبت الحكم تمام الاجراء، فإن عدم الإشارة بمحضر الجلسة لتلاوة أقوال الشاهد لا يبطل في حد ذاته القول ببطلان الاجراءات طالما أن الخصم لم يجدد ما أثبتته الحكم بالطعن بالتزوير<sup>1</sup>، وهو ما يعني أن الإجراءات التي لم يثبتها محضر الجلسة وأثبتها الحكم، لا يجوز اثبات عكسها إلا بالادعاء بالتزوير، وبمفهوم المخالفة للإجراءات التي أثبتتها محضر الجلسة ولم يثبتها الحكم، لا يجوز الادعاء بما يخالفها إلا بطريق الطعن بالتزوير، فليس بالضرورة أن يثبت كل من الحكم ومحضر الجلسة كافة الإجراءات التي باشرها الخصوم أو أمرت بها المحكمة، وإن كل لا يوجد ما يمنع ذلك.

### التعارض بين ورقة الحكم ومحضر الجلسة :

قد يقع تعارض بين ورقة الحكم ومحضر الجلسة، وذلك فيما يتعلق بالبيانات التي يتضمنها كل منهما سواء كانت بيانات تتعلق بالدعوي التي تنظرها المحكمة، أو بيانات تتعلق بالخصوم أطراف هذه الدعوي، أو بيانات تتعلق بالأوراق والمستندات المقدمة منهم لهيئة المحكمة، أو بيانات تتعلق بالإجراءات التي أمرت بها هيئة المحكمة، وهو ما قد يؤدي لتضارب بين ورقة الحكم ومحضر الجلسة مما يثير التساؤل عن أي منهما يقدم علي الآخر، فهل ورقة الحكم الصادرة عن هيئة المحكمة تقدم علي محضر الجلسة المحرر بواسطة كاتب الجلسة (أمين السر)، أم يحدث العكس؟

أجابت محكمة النقض علي هذا التساؤل، وقررت أنه اذا تعارضت ورقة الحكم ومحضر الجلسة فيما يتعلق بالبيانات التي قد يتضمنها كل منهما، فإن العبرة بما أثبتته

---

إثبات تلاوة تقرير التلخيص مردوداً بما هو مقرر من أن ورقة الحكم تعتبر متممة لمحضر الجلسة في شأن إجراءات المحاكمة أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت و من ثم فإنه لا يجوز للطاعن أن يجدد ما أثبتته الحكم من تلاوة تقرير التلخيص إلا بالطعن بالتزوير و هو ما لم يفعله فيكون ما يثيره في هذا الصدد غير مقبول".

أيضاً، الطعن الجنائي رقم ٦٥١ لسنة ٤٧ق، جلسة ١٩٧٧/١١/٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض، وفيه قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أن ورقة الحكم تعتبر متممة لمحضر الجلسة في شأن إثبات إجراءات المحاكمة، وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت، فلا يجوز للطاعن أن يجدد ما أثبتته الحكم من تلاوة تقرير التلخيص إلا بالطعن بالتزوير وهو ما لم يفعله".

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ١٩٢٣ لسنة ٣٨ق، جلسة ١٩٦٨/١٢/١٦، منشور علي الموقع الالكتروني

الحكم من بيانات، وهو ماجاء به حكمها الصادر في ١٠/٧/١٩٩٤، فقضت بأن "المقرر في قضاء محكمة النقض - أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت صحاحه وعلى من يدعى مخالفتها إقامة الدليل على ذلك وأنه عند قيام تعارض بين ما أثبت بمحضر الجلسة فإن العبرة بما أثبت بالحكم"<sup>١</sup>.

ويجوز تبرير موقف محكمة النقض القائم علي تقديم ما أثبتته الحكم من بيانات علي ما أثبتته محضر الجلسة بأن ورقة الحكم أحد أوراق المرافعات التي يجري تحريرها بواسطة هيئة المحكمة التي نظرت الدعوي وقررت حجزها للحكم، وأجرت مداولة سليمة قانوناً حول طبيعة القرار الصادر فيها، وهذا علي خلاف ورقة محضر الجلسة التي يتولي تحريرها موظف عام بالمحكمة يدعي أمين السر (كاتب الجلسة) ليدون فيه كل ما يقع من اجراءات أثناء الجلسة وما قد تأمر به المحكمة من اثبات للاجراءات، ويوقعه أمين السر ورئيس الدائرة.

أيضاً، تكتسب ورقة الحكم حجية الأمر المقضي التي تحول دون تجديد ذات النزاع مرة أخرى امام ذات المحكمة أو أمام محكمة أخرى، وإلا تقضي المحكمة بعدم جواز نظر الدعوي لسبق الفصل فيها، وهذا علي خلاف ورقة محضر الجلسة التي لا تكتسب ذات الحجية، وإن كان يضي عليها طابع الرسمية التي تحول دون النيل من هذه الورقة إلا بالطعن بالتزوير.

#### الدور المكمل لمحضر الجلسة :

قد يكون لمحضر الجلسة دوراً مكماً للبيانات التي قد لا تتضمنها ورقة الحكم، كبيان مكان المحكمة التي أصدرت الحكم، فهذا البيان - وعلي ما جري به قضاء محكمة النقض - ليس له أهمية جوهرية بعد بيان اسم المحكمة التي أصدرته، ومن ثم فإن عدم ذكر ذلك المكان في ورقة الحكم لا يترتب عليه البطلان<sup>٢</sup>.

أيضاً، قد يكمل محضر الجلسة ورقة الحكم بخصوص بيان دائرة المحكمة التي أصدرت الحكم؛ لأنه إذا كان لا يعيب ورقة الحكم عدم بيان الدائرة التي أصدرته، إذ

<sup>١</sup> طعن مدني رقم ٢٠٩٦ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٠/٧/١٩٩٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٢</sup> الطعن رقم ٧٦ق لسنة ٥٦ق، جلسة ٢/٥/١٩٩٠، السنة ٤١، ص ٢١

ليس من شأنه التجهيل بالحكم، ويكون الدفع ببطلان الطعن لخلو الصحيفة من هذا البيان في غير محله متي ذكر محضر الجلسة هذا البيان<sup>١</sup>.

### إثبات تاريخ الحكم :

الأصل في ثبوت تاريخ إصدار الحكم هو محاضر الجلسات التي أعدت لإثبات ما يجري فيها، وخاصة أن المشرع قد حرص بالنص في المادة ٣٤٤ من قانون المرافعات السابق علي أنه في حالة تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية تعين المحكمة اليوم مع بيان أسباب التأجيل في ورقة الجلسة وفي المحضر<sup>٢</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "المقرر وفقاً للمادة ٢٢٧ من قانون المرافعات أن ميعاد الاستئناف أربعون يوماً مالم ينص القانون علي غير ذلك، وأن النص في المادة ٢١٣ من ذات القانون يدل علي أن المشرع قد حمل الأصل سريان مواعيد الطعن في الأحكام من تاريخ صدورها واستثنى من هذا الأصل الحالات المبينة في المادة المذكورة علي سبيل الحصر وأن الأصل في ثبوت تاريخ إصدار الحكم هو محاضر الجلسات التي أعدت لإثبات ما يجري فيها"<sup>٣</sup>.

إلا أن محكمة النقض قضت بأن الحكم يجب أن يكون مستكماً بذاته شروط صحته ومقومات وجوده فلا يقبل تكملة ما نقص فيه من بيانات جوهرية بأي دليل غير مستمد منه أو بأي طريق من طرق الإثبات، فقضت بأنه "لما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر علي أن ورقة الحكم من الأوراق الرسمية التي يجب أن تحمل تاريخ إصداره وإلا بطلت لفقدها عنصراً من مقومات وجودها قانوناً، وإذ كانت هذه الورقة هي السند الوحيد الذي يشهد بوجود الحكم علي الوجه الذي صدر به بناء علي الأسباب التي أقيم عليها فبطلانها يستتبع حتماً بطلان الحكم ذاته لاستحالة إسناده إلي أصل صحيح شاهد بكامل أجزائه مثبت لأسبابه ومنطوقه، وإذ كان الحكم الابتدائي منطوقه المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد خلا من تاريخ إصداره، فإنه يكون باطلاً لخلوه من هذا البيان الجوهرى، وإذ كان الحكم الاستئنافى المطعون فيه قد

<sup>١</sup> الطعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩، السنة ٤٦، ص ٥٤٩

<sup>٢</sup> الطعن رقم ١٠١ لسنة ٣٧ق، جلسة ١٩٧٣/٢/١٧، السنة ٢٤، ص ٢٥٥

<sup>٣</sup> الطعن رقم ٧١٤٤ لسنة ٦٤ق، جلسة ٢٠٠٤/٨/٢٨، غير منشور



أخذ بأسباب هذا الحكم ولم ينشئ لنفسه أسباباً جديدة قائمة بذاتها ، فإنه يكون باطلاً كذلك لاستناده إلى أسباب حكم باطل وما بنى على الباطل فهو باطل ، ولا يقدر في ذلك أن يكون محضر الجلسة قد استوفى بيان تاريخ إصدار الحكم ، لأنه إذا كان الأصل أن محضر الجلسة يكمل الحكم في خصوص بيانات الديباجة ، إلا أنه من المستقر عليه أن الحكم يجب أن يكون مستكماً بذاته شروط صحته ومقومات وجوده فلا يقبل تكملة ما نقص فيه من بيانات جوهرية بأى دليل غير مستمد منه أو بأى طريق من طرق الإثبات ولكل ذى شأن أن يتمسك بهذا البطلان أمام محكمة النقض عند إيداع الأسباب التى بنى عليها الطعن ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون باطلاً<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### الإجراءات القضائية الثابتة بالحكم

تتكون ورقة الحكم من مسودة الحكم ونسخته الأصلية، وتشتمل كل منهما علي بيانات قد تختلف عن البيانات التي تشتمل عليها الورقة الأخرى، وذلك علي النحو الآتي :

**أولاً – مسودة الحكم :**

مسودة الحكم هي ورقة تحضير الحكم الصادر في الدعوي، وتكتب عقب الانتهاء من المداولة، وقبل النطق بالحكم، وتشتمل علي أسباب الحكم ومنطوقه وتوقيع القضاة الذين أصدروه<sup>2</sup>، ويجب تحرير المسودة بخط القاضي الذي أصدر الحكم أو بخط أحد أعضاء الهيئة التي أصدرته، ويجوز أن يشترك جميع أعضاء الهيئة في تحرير المسودة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ١٩٠١٢ لسنة ٦٦ق، جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٠، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٦، القاعدة ٣٢، ص ٢١١

<sup>2</sup> الطعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٨٢ جلسة ٢٠١٤/٦/٢٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>3</sup> الطعن رقم ٥٢٩١ لسنة ٨٣ جلسة ٢٠١٤/٧/١، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

ويجري تحرير المسودة بأي قلم سواء كان قلم رصاص أم جاف أم حبر، ويجوز أن تتضمن المسودة علي حذف وشطب وكشط وتحشير وتعديل طالما جري كل ذلك بمعرفة أعضاء هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم<sup>١</sup>.

ويجب أن تتضمن مسودة الحكم البيانات الآتية :

#### ١- بيان الأسباب و المنطوق :

يجب أن تتضمن مسودة الحكم علي أسبابه ومنطوقه، وذلك كدليل علي حصول المداولة بين القضاة، فالمداولة لا تكون بصدد منطوق فحسب، وإنما بصدد المنطوق والأسباب معاً، فعدم اشتمال المسودة علي أسباب الحكم يعني أنه لم تتم المداولة بخصوص الأسباب، وهو ما يؤدي إلي بطلان الحكم<sup>٢</sup>.

#### ٢- بيان توقيع أعضاء الهيئة :

يجب إيداع مسودة الحكم مشتملة علي أسبابه موقعاً عليها من جميع أعضاء الهيئة التي أصدرته سواء صدر الحكم عقب المرافعة مباشرة أم في جلسة أخرى غير جلسة المرافعة، فلا يكفي أن يوقع المسودة رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم أو أحد أعضائها أو بعضهم، بل يجب أن تحمل المسودة توقيع أعضاء الهيئة جميعهم<sup>٣</sup>.

#### ثانياً - نسخة الحكم الأصلية :

حددت المادة ١٧٨ مرافعات البيانات التي يجب أن تشتمل عليها نسخة الحكم الأصلية، وهي :

١- بيان المحكمة التي أصدرت الحكم وتاريخ ومكان اصداره، والمادة التي صدر فيها تجارية أو مسألة مستعجلة، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته.

٢- أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم، وحضورهم وغيابهم، وأسماء وكلائهم إن كانوا.

<sup>١</sup> الطعن رقم ٥٢٩١ لسنة ٨٣ جلسة ٢٠١٤/٧/١، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٢</sup> الطعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٨٢ جلسة ٢٠١٤/٦/٢٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٣</sup> الطعن رقم ٣٧٤٦ لسنة ٨٠ جلسة ٢٠١٢/١/٢ س ٦٣

**٣- طلبات الخصوم المقدمة،** وما قدموه من دفاع ودفوع وما استندوا إليه من أدلة واقعية وحجج قانونية.

وإذا اغفلت المحكمة الفصل في بعض الطلبات، يجوز الرجوع لذات المحكمة للفصل فيه، ودون التقيد بمواعيد الطعن في الحكم، فالمادة ١٩٣ مرفعات تجيز الرجوع لذات المحكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيما أغفلت الفصل فيه عن سهو أو غلط، ودون تحديد ميعاد لذلك.

إلا أنه يجب التقيد بحكم القواعد العامة في هذا الخصوص، ومنها ما تنص عليه المادة ١٣٤ مرفعات، والتي تقرر سقوط الخصومة بإنقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي فيها<sup>١</sup>.

**٤- رأي النيابة العامة** إذا كانت قد تدخلت في الخصومة، واسم عضو النيابة الذي أبدى رأيه.

وقد أكدت محكمة النقض علي أن إيراد صفة أمين السر أمام أسم وكيل النيابة بديباجة الحكم خطأ مادي، لا يترتب عليه النعي ببطلان الحكم.

فقضت " إذ كان الثابت من مطالعة كافة محاضر الجلسات أمام محكمة أول درجة تمثيل النيابة فيها بما في ذلك تاريخ جلسة النطق بالحكم بحضور الأستاذ ..... وكيل النيابة، ولا ينال من ذلك ورود خطأ مادي بديباجة الحكم عند إعداده بإيراد صفة أمين السر أمام اسم وكيل النيابة الثابت بمحضر الجلسة بما يترتب عليه أن يكون النعي ببطلان الحكم علي غير أساس"<sup>٢</sup>.

**٥- أسباب الحكم :** وهي الحثيات والأسانيد القانونية والأدلة الواقعية التي أسست عليها المحكمة حكمها، والإ كان باطلاً تطبيقاً لحكم المادة ١٧٦ مرفعات.

<sup>١</sup> الطعن رقم ١٥٥٥٥ لسنة ٥٩ق، جلسة ٢٠٠٤/٦/١٤، مجموعة المكتب الفني، س ٥ ص ٦٠٧  
<sup>٢</sup> الطعن رقم ٨٢ لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٠١١/٣/١٤، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرفعات في ١٠ سنوات من يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

والأدلة الواقعية هي الأسباب التي استندت إليها المحكمة لاثبات وجود أو عدم وجود الواقعة أو الوقائع الأساسية في الدعوي<sup>١</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "المشرع ألزم المحاكم بكتابة أسباب الحكم لكي يحمل بذاته آيات صحته وينطق بعدالته ومطابقته للقانون فيطمئن المطلع عليه إلى أن المحكمة قد ألمت بالواقعة المطروحة عليها ويسرت للخصوم علي السواء سبل وصول الحقوق لأصحابها فمكنتهم من تقديم أدلتهم واستخلصت منها ما تؤدي إليه"<sup>٢</sup>.

كذلك، قضت بأن "المقرر أنه يتعين لسلامة الحكم أن يورد في أسبابه الدفع الشكلية وغيرها من الدفع الموضوعية الأخرى والرد عليها أياً كان حظها من الصواب أو الخطأ وإلا كان ذلك مشوباً بالبطلان وذلك علي هدي مما تقضي به المادة ١٧٨ من قانون المرافعات"<sup>٣</sup>.

والقصور في بيان الأسباب الواقعية يفضي لبطلان الحكم (المادة ١٧٨/فقرة أخيرة مرافعات)؛ لأنه يجب أن تكون واضحة وكافية لتكوين عقيدة القاضي بالواقعة أو الوقائع الأساسية في الحكم، فإذا كانت غير ذلك، يشوب الحكم قصور في التسبب يفضي لبطلانه<sup>٤</sup>، أما القصور في الأسباب القانونية لا يؤدي إلي بطلان الحكم. فالأسباب القانونية هي التي تبين القاعدة القانونية أو المبدأ القانوني الذي يصدر الحكم تطبيقاً له، وتشتمل علي الحجج القانونية التي يستند إليها الحكم<sup>٥</sup>.

ولذلك، القصور في بيانها لا يؤدي لبطلان الحكم؛ لأن العبرة بالنتيجة التي توصل إليها الحكم في منطوقه، فإذا كانت تتفق مع القانون، كان الحكم صحيحاً، أما إذا كانت غير ذلك، كان الحكم باطلا لمخالفته للقانون<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> د/محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، بند ٢٣٥، ص ٣٨٦  
<sup>٢</sup> الطعن رقم ٥٤٤٧ لسنة ٧٧ق، جلسة ٢٠٠٩/٦/٨، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات في ١٠ سنوات من يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٣</sup> الطعن رقم ١٠٠٠ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٧، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات في ١٠ سنوات من يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٤</sup> د/محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، بند ٢٣٥، ص ٣٨٧

<sup>٥</sup> د/محمود محمد هاشم، مرجع سابق، بند ٢٣٥، ص ٣٨٦

<sup>٦</sup> د/محمود محمد هاشم، مرجع سابق، بند ٢٣٥، ص ٣٨٧

٦- **منطوق الحكم** : وهو الرأي القضائي الذي انتهت إليه المحكمة في الخصومة المعروضة عليها، وهو ما تتلوه في الجلسة العلنية المخصصة للنطق بالحكم.

٧- **توقيع رئيس الجلسة وكاتبها**: يجب توقيع رئيس الجلسة وكاتبها علي ورقة الحكم لتحوز الصفة الرسمية، لذلك يبطل الحكم الذي يفتقد لتوقيع أحدهما.

وقد يتضمن محضر الجلسة بعض هذه البيانات كبيان المحكمة التي أصدرت الحكم وتاريخ ومكان اصداره، وبيان أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم، وحضورهم وغيابهم، وأسماء وكلائهم إن كانوا، وبيان طلبات الخصوم المقدمة، وما قدموه من دفاع ودفوع وما استندوا إليه من أدلة واقعية وحجج قانونية، وهو ما يعني اشتراك ورقة الحكم وورقة محضر الجلسة في بعض البيانات، مما يثير التساؤل عن العلاقة بين الورقتين للتأكد من إيراد هذه البيانات، وما هي الورقة التي يجب أن يرجع إليها الخصوم أولاً؟

أجابت محكمة النقض المصرية علي ذلك مقررأ ضرورة فحص ورقة الحكم أولاً للتأكد من البيانات التي يجب أن تتضمنها، علي أن يكمل الحكم بما يرد بمحضر الجلسة، وهو ما أخذت به محكمة النقض بحكمها الصادر في ٢٨/١١/١٩٩٠، فقضت بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى المواد ١٦٧ ، ١٧٠ ، ١٧٨ من قانون المرافعات أنه يتعين أن يكون الحكم صادراً من ذات الهيئة التي سمعت المرافعة و إذا تخلف أحد أعضائها عن حضور جلسة النطق به فإنه يتعين أن يوقع على مسودته على أن يحل غيره محله وقت النطق به مع إثبات ذلك في الحكم و أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت و على المتمسك بعدم حصول المداولة على وجهها السليم أن يقدم دليله و أن المناط في هذا الخصوص هو بالبيانات المثبتة بالحكم و يكمل بما يرد بمحضر الجلسة في خصوصه".<sup>١</sup>

أيضاً، قضت محكمة النقض بأنه " لما كان المشرع قد أوجب في المادة ٩٤ من القانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ نظر الدعاوى التي ترفع من الممول أو عليه في جلسة

---

1 الطعن المدني رقم ٤٨٢ لسنة ٥٦ق، جلسة ٢٨/١١/١٩٩٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

سرية إلا أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت و على من يتمسك بمخالفتها أن يقدم الدليل على ذلك و المناط في هذا الخصوص هو الإعتداد بالبيانات المثبتة بالحكم على أن تكمل بما يرد بمحضر الجلسة في خصوصه . لما كان ذلك و كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه و من محاضر الجلسات المودع صورها ملف الطعن أنها قد خلت مما يشير إلى أن الدعوى قد نظرت في جلسة علنية و كان من المقرر أن خلو الحكم من الإشارة إلى سرية الجلسة لا يبطله فإن النعى بهذا الوجه يكون على غير أساس<sup>1</sup>.

### **المطلب الثالث**

#### **الطعن بالتزوير**

ورد مصطلح الطعن بالتزوير في أكثر من موضع تشريعي، فعلى سبيل المثال الطعن بالتزوير للنيل من حجية المحررات الرسمية بإعتبارها أحد طرق الإثبات في المسائل المدنية والتجارية المنصوص عليها في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، فقد تناول المشرع المصري الإدعاء بالتزوير في قانون الإثبات، وذلك بالمواد من ٤٩ إلي ٥٩، ويقصد به الإدعاء بالتزوير المدني وليس الجنائي، فكل منهما يرفع مستقل عن الآخر، علي أن رفع الدعوي الجنائية يوجب علي المحكمة المدنية إرجاء الحكم في الدعوي المدنية لحين الفصل في الدعوي الجنائية<sup>٢</sup>.

ويقصد به مجموعة الإجراءات التي تهدف لاثبات التزوير في الأوراق الرسمية أو العرفية لهدم القوة الإثباتية لهذه الأوراق، والاصل العام أن الإدعاء بالتزوير هو الطريق الوحيد للمساس بصحة المحررات الرسمية، أما بالنسبة لأوراق العرفية، فيكفي لمن يحتج عليه بها أن ينكرها دون اللجوء للقضاء للإدعاء بتزويرها.

كما لا يملك الإدعاء بالتزوير إلا طرفي الخصومة فقط الممثلين في الدعوي أو خلفائهم، أي من كان طرفاً في الورقة بنفسه أو من خلال من يمثله قانوناً، فلا يقبل الطعن ممن كان خارج الخصومة وقاصداً الطعن بالتزوير من خلال التدخل في

1 طعن مدني رقم ٣٦ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩/٣/١٩٨٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

2 د/أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند ٤٨٦، ص ٧٧٩

خصومة قائمة، ووفقا لحكم المادة ٥٨ اثبات، يجوز للمحكمة ولولم يدع امامها بالتزوير بالاجراءات المتقدمة -ان تحكم برد أي محرر وبطلانه اذا ظهر بها بجلاء من حالته او من ظروف الدعوى انه مزور. ويجب عليها في هذه الحالة ان تبين في حكمها الظروف والقرائن التي تبينتها منها ذلك.

والإدعاء بالتزوير قد يتم أثناء سير الخصومة التي يحتج فيها بالمحرر، ويسمى في هذه الحالة بدعوى التزوير الفرعية، وتنص المادة ٤٩ اثبات علي أنه "يكون الادعاء بالتزوير في ايه حاله تكون عليها الدعوى بتقرير في قلم الكتاب، وتبين في هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها والا كان باطلا، ويجب ان يعلن مدعى التزوير خصمه في الثمانية ايام التاليه للتقرير بمذكره يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق التي يطلب اثباته بها والا جاز الحكم بسقوط ادعائه".<sup>١</sup>

وقد يكون ادعاء التزوير ابتداء في صورة طلب أصلي، ويسمى في هذه الحالة بدعوى التزوير الأصلية، فقد أجاز المشرع لمن يدعى التزوير أن يرفع دعوى تزوير أصلية قبل أن يتمسك بالورقة في مواجهته وذلك بالطرق المعتادة لرفع الدعوى ويطلب فيها إثبات تزويرها طبقا للأوضاع التي نص عليها القانون لإثبات صحة الورقة أو تزويرها وتراعى المحكمة في هذه الدعوى وفي الحكم فيها القواعد المنصوص عليها في شأن الإدعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط بقدر ما يتفق والعمل بهذه القواعد مع طبيعة الدعوى الأصلية، فإنه لا يشترط في هذه الدعوى التقرير بالطعن بالتزوير في قلم الكتاب ولا إعلان مذكرة شواهد التزوير لما ينتقيان مع طبيعتها حالة كونها دعوى مبتدأة، وليست دعوى تزوير فرعية إذ إن ما تضمنته صحيفة الدعوى من بيانات نصت عليها المادة ٦٣ من قانون المرافعات ذلك أن في بيان وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيده ما يبين مواضع التزوير والشواهد عليه وطريقة تحقيقها بما يغنى عن التقرير بالطعن بالتزوير في قلم الكتاب وإعلان شواهد.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> د/سيد أحمد محمود، إقامة الدليل أمام القضاء المدني، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، بدون دار نشر، ص ٧٠

<sup>٢</sup> الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٧٠ جلسة ٢٠١٣/٢٠٣/٢٠٤

ويجوز التمسك بالإدعاء بالتزوير أمام محكمة الاستئناف ولو لأول مرة؛ لأنه يعد بمثابة دفع موضوعي يتناول مستندات الدعوي، ولا يعد في ذلك اخلال بقاعدة التقاضي علي درجتين، ولما كان الإدعاء بالتزوير بمثابة طلب عارض، فلا يقبل هذه الإدعاء بعد قفل بال المرافعة بالدعوي، وتختص به محكمة الموضوع في جميع الأحوال أيا كانت قيمة الحق الثابت في المحرر المدعي تزويره.

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأنه " إذ كان الطاعنون قد قدموا إلى محكمة الاستئناف مستندات ( صورة رسمية من عقد البيع ، البطاقة العائلية وصورة رسمية من توكيل عام ) وتمسكوا بإجراء المضاهاة على توقيع مورث المطعون ضدهم على أصول هذه المستندات إلا أن الحكم المطعون فيه قد أطرح هذه المستندات بمقولة أنها صور ضوئية من توقيع مورث المطعون ضدهم لا قيمة لها بمفردها دون أن يكلف الخبير المختص بالانتقال إلى الجهات التي بها أصول هذه المستندات لإجراء المضاهاة عليها وقضى برد وبطلان المحررات محل الطعن بالجهالة مما يعيبه بالإخلال بحق الدفاع".<sup>1</sup>

ويتم الإدعاء بالتزوير بتقرير في قلم الكتاب، وتبين في هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها والا كان باطلا، وهو بطلان مقرر لمصلحة المدعي عليه بالتزوير، فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وعلي الخصم أن يتمسك به قبل الكلام في الموضوع.

ووفقا للفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ اثبات، يجب ان يعلن مدعي التزوير خصمه في الثمانية ايام التالية للتقرير بمذكره يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق التي يطلب اثباته بها والا جاز الحكم بسقوط ادعائه.

#### **الإدعاء بالتزوير في نطاق الدعوي الجنائية :**

أيضا، أجاز قانون الإجراءات الجنائية الإدعاء بالتزوير في نطاق الدعوي التي تنتظرها محاكم القضاء الجنائي، وذلك بإجراءات دعوي التزوير الفرعية المنصوص

<sup>1</sup> الطعن رقم ٥٤٥٩ لسنة ٦٤ جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٢ س ٥٥ ص ٧٥٥ ق ١٣٨



عليها بالمواد ٢٩٥ إلى ٢٩٩<sup>١</sup>، فالمادة ٢٩٥ من قانون الإجراءات الجنائية تنص علي أن "النيابة العامة ولسائر الخصوم في أية حالة كان عليها الدعوى أن يطعنوا بالتزوير في أية ورقة من أوراق القضية ومقدمه فيها".

ويحصل الطعن بتقرير قلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها الدعوى، ويجب أن تعين فيه الورقة المطعون فيها بالتزوير والأدلة على تزويرها (المادة ٢٩٦)، وتقرر المادة ٢٩٧ علي أنه "إذا رأت المحكمة المنظور أمامها الدعوى وجها للسير في تحقيق الادعاء بالتزوير وكان الفصل في الدعوى المنظورة أمامها يتوقف على الورقة المطعون فيها، تحقق المحكمة الواقعة بنفسها ومع ذلك يجوز لها إذا تعذر عليها ذلك أن تحيل الأوراق إلى النيابة العامة، وفي هذه الحالة توقف الدعوى إلى أن يفصل في الادعاء بالتزوير. وإذا تبين للمحكمة أن الورقة المطعون فيها مزورة تفصل في الدعوى وتحيل الواقعة للنيابة العامة لاتخاذ شئونها فيها. وفي حالة عدم وجود تزوير تقضي المحكمة بالإزام مدعي التزوير بغرامة لا تجاوز خمسة آلاف جنية".

فالطعن بالتزوير على ورقة من الأوراق المقدمة في الدعوى هو من وسائل الدفاع التي تخضع لتقدير المحكمة فيجوز لها ألا تحقق بنفسها الطعن بالتزوير وألا تحيله للنيابة العامة لتحقيقه وألا توقف الفصل في الدعوى الأصلية إذا ما قدرت أن الطعن غير جدي وأن الدلائل عليه واهية ولأن الأصل أن المحكمة لها كامل السلطة في تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> الدكتور/أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٣٨٤  
<sup>٢</sup> الطعن رقم ٧٥٤٩ لسنة ٦٩ جلسة ١٨/١٠/٢٠٠١ س ٥٢ ص ٧٣٨، أيضا قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الطعن بالتزوير على ورقة من أوراق الدعوى هو من وسائل الدفاع التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع التي لا تلتزم بإجابته. لأن الأصل أن للمحكمة كامل السلطة في تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث وهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها أو بالاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها مادامت المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة بنفسها أن تشق طريقها لإبداء رأي فيها، وأن طلب المتهم تمكينه من الطعن بالتزوير إنما هو من قبيل التأجيل لاتخاذ إجراء مما لا تلتزم المحكمة في الأصل بالاستجابة إليه. إلا أن ذلك مشروط بأن تستخلص المحكمة من وقائع الدعوى عدم الحاجة إلى ذلك الإجراء. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لطلب التأجيل رغم تعلقه بتحقيق دفاع جوهري يتصل بالدليل المقدم في الدعوى بحيث إن صح هذا الدفاع تغير وجه الرأي فيها، فقد كان على المحكمة أن تعرض في حكمها لهذا الدفاع وأن تحمسه وأن تبين العلة في عدم إجابته إن هي رأت اطراحه، أما وأنها لم تفعل والتفتت عنه كلية مقتصرة على تأييد الحكم المستأنف لأسبابه، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يبطله ويوجب نقضه والإعادة. (الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٦٥ جلسة ٢٧/٠٣/٢٠٠١ س ٥٢ ص ٣٨٣ )

وتنص المادة ٢٩٩ علي أنه " إذا حكم بتزوير ورقة رسمية، كلها أو بعضها، تأمر المحكمة التي حكمت بالتزوير بالغائها أو تصحيحها حسب الأحوال ويحرر بذلك محضر يؤشر على الورقة بمقتضاه".

### مدي جواز الطعن بالتزوير علي الأحكام ومحاضر الجلسات:

الإدعاء بالتزوير هو طريق الطعن الوحيد للمساس بقيمة الأوراق الرسمية، والتي منها الأحكام القضائية، فالحكم القضائي يجوز الطعن عليه بالتزوير سواء بطريقة فرعية أم بطريقة أصلية، فعلي سبيل المثال التمسك بتزوير المنطوق، والأسباب المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً، كما يمكن الإدعاء بالتزوير علي مسودة الحكم وما تتضمنه من بيانات.

ولا تحول حجية الأمر المقضي به التي يتمتع بها الحكم القضائي دون جواز الطعن عليه بالتزوير؛ لأن الحجية لا تثبت إلا لحكم بالمعني الفني لكلمة حكم، والحكم المزور لا يعد حكماً<sup>١</sup>.

وفي هذا الشأن، قضت محكمة النقض بأن " من المقرر أن الطعن بالنقض هو مناط اتصال المحكمة به وأن إيداع الأسباب التي بنى عليها الطعن في الميعاد الذي حدده القانون هو شرط لقبوله، وأنهما يكونان معاً وحدة إجرائية لا يقوم أحدهما مقام الآخر أو يغني عنه، مما يستوجب أن يستوفي هذا العمل الإجرائي بذاته شروط صحته الشكلية دون تكملته بوقائع أخرى خارجة عنه، وأن تكون أسباب الطعن واضحة محددة. ولما كان الطاعن لم يثر في أسباب طعنه بالنقض إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير في الحكم، إلا على سبيل الاحتمال، فيكون هذا السبب مشوباً بالإيهام وعدم التحديد، ولا يقبل منه - وهو يدعي بمثل هذا السبب منذ الحكم - سعيه يوم نظر طعنه ومن بعد مضي الأجل المضروب لإيداع الأسباب، إلى رفع هذه الشائبة أو تقديم دليل على طعنه وبإجراء خارج عنه، بسلوك طريق الطعن بالتزوير"<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> د/عيد القصاص، الإدعاء بالتزوير أمام القضاء المدني، ١٩٩٧، دار النهضة العربية، بند ٧، ص ٢٣،

هامش ٢

<sup>٢</sup> الطعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٤١ جلسة ١٩٧٢/٠٤/٠٣ س ٢٣ ع ٢ ص ٥١٨ ق ١١٤

ولا يحول الطعن بتزوير الحكم قابليته للطعن عليه بالاستئناف؛ لأن الطعن بالاستئناف يفترض صدور الحكم المطعون عليه صحيحاً، أما وقد صدر الحكم مزور، فإن يقبل الطعن عليه بالتزوير، ودون الحاجة للإنتظار للطعن عليه بطرق الطعن المقررة قانوناً<sup>١</sup>.

وهو ذات ما ينطبق علي محاضر الجلسات التي يحررها كاتب الجلسة، فهي محررات رسمية لا يجوز النيل من حجيتها إلا بالطعن بالتزوير عليها سواء أمام المحكمة التابع لها هذا الموظف من خلال دفع يقدم لهذه المحكمة أثناء نظرها للدعوي، وهو ما يمكن تصوره في حالة الإجراءات المتعلقة بنظر وتحقيق الدعوي، كإجراء رفع وقيد الدعوي في قلم الكتاب، وإجراء سماع المحكمة للخصوم، وإجراء إطلاع المحكمة علي المذكرات المقدمة من الخصوم<sup>٢</sup>.

كما يجوز الطعن بالتزوير علي محضر الجلسة أمام المحكمة الأعلى درجة، وذلك بمناسبة مباشرة أحد طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات سواء الطعن بالاستئناف أم الطعن بالنقض، وهو ما يمكن تصور في حالة الإجراءات المتعلقة بالحكم الصادر عن المحكمة المختصة، كإجراء المداولة قبل صدور الحكم، أو إجراء صدور الحكم بجلسة علنية.

كما يجوز الإدعاء بتزوير محضر الجلسة في أي حالة تكون عليها الدعوي شريطة التمسك بذلك قبل قفل باب المرافعة في الدعوي<sup>٣</sup>.

### المحكمة المختصة بنظر دعوي التزوير :

وفقاً لنص المادة ١٠/٣٧ مرافعات "ودعاوى التزوير الأصلية تقدر قيمتها بقيمة الحق المثبت في الورقة المطلوب الحكم بصحة التوقيع عليها او بتزويرها" تتحدد المحكمة المختصة بنظر دعوي التزوير بقيمة الحق الثابت في الورقة المطلوب الحكم بتزويرها بحيث تكون المحكمة الجزئية هي المحكمة المختصة إذا كان الحق الثابت بالورقة لا يزيد عن أربعين ألف جنية، وتكون المحكمة الابتدائية هي المحكمة

<sup>١</sup> د/عبدالحكم فودة، الطعن بالتزوير، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧، منشأة المعارف، اسكندرية، ص٢٥

<sup>٢</sup> د/عبدالحكم فودة، الطعن بالتزوير، مرجع سابق، ص٣٢

<sup>٣</sup> د/عبدالحكم فودة، الطعن بالتزوير، مرجع سابق، ص٣٢

المختصة إذا كان الحق الثابت بالورقة يزيد علي أربعين ألف جنية، وتقتصر مهمة المحكمة علي القضاء بصحة المحرر أو تزويره، ودون البحث في الحق الثابت بالورقة، فدورها ينحصر في الحكم بصلاحيه الورقة كدليل في اثبات الحق أو عدم صلاحيتها<sup>١</sup>.

ويعد الحكم الصادر في دعوي التزوير حكم منهي للخصومة، ويقبل الطعن عليه بطرق الطعن المقررة قانوناً في هذا الشأن<sup>٢</sup>.

### الخيار للخصم ولا يتوقف علي قرار من المحكمة :

الطعن بالتزوير رخصة نص عليها القانون، وليس واجب علي الخصم مباشرة اجراءاته، أي يترك القانون مسألة الطعن بالتزوير للتقدير الشخصي للخصم، ودون الحاجة لقرار من المحكمة بذلك، وعليه للخصم الحق في الطعن بالتزوير، أو عدم الطعن حسب ما يترائي له في ضوء ظروف وملابسات الدعوي، فقد يري الخصم عدم الطعن بالتزوير لعدم توافر شروط قبوله، والتي نصت عليها أحكام قانون الاجراءات الجنائية، وقد تتعد هذه الشروط، ومع ذلك لا يطعن بالتزوير لانتفاء المصلحة التي تعود عليه من ذلك. وقد يري الطعن بالتزوير علي محضر الجلسة أو الحكم علي الرغم من عدم توافر الشروط والاوضاع التي تسمح بقبول هذا الطعن من المحكمة المختصة بنظره.

ولو قرر الخصم الطعن بالتزوير علي محضر الجلسة أو الحكم، فلا يتوقف ذلك علي قرار من المحكمة المختصة بذلك، فصدور هذا القرار ليس شرطاً لقبول الطعن بالتزوير، وهو ما قررته محكمة النقض بحكمها الصادر بجلسة ١٠ يولييه ١٩٩٤، فقضت بأن " لا يجوز للخصم أن - يجحد ما أثبت بالحكم أو بمسودته من بيانات إلا بطريق الطعن عليهما بالتزوير وفقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون، وهو

<sup>١</sup> د/سحر عبدالستار إمام، دور القاضي في الاثبات، ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، بند ١٢٣، ص ١٧٩

<sup>٢</sup> د/سحر عبدالستار إمام، مرجع سابق، بند ١٢٣، ص ١٧٨

رخصة قررهما المشرع له إن شاء إستعملها دون حاجة إلى الترخيص له بذلك من المحكمة<sup>1</sup>.

### أثر عدم اتباع طريق الطعن بالتزوير :

لا يقبل الادعاء بمخالفة الإجراءات الثابتة في محضر الجلسة أو الحكم الصادر إلا بطريق الطعن بالتزوير علي النحو السابق ايضاحه، وبالتالي لا يجوز اتباع أي طريق آخر من طرق الاثبات في مثل هذه الأحوال، وهو ما يؤكد علي أن طريق الطعن بالتزوير في مثل هذه الأحوال من النظام العام، والذي لا يجوز للخصوم مخالفته، كما لا يجوز للمحكمة أن تقبل دليل اثبات آخر في هذه الأحوال.

وهذا علي خلاف ما اذا كان الإجراء غير ثابت في محضر الجلسة أو الحكم، فيجوز للمدعي أن يثبت العكس عبر كافة طرق الاثبات بما فيها طريق الطعن بالتزوير. لذلك، يترتب علي عدم اتباع طريق دعوي التزوير عدم قبول الإدعاء بمخالفة الإجراءات التي تظل سليمة وفقا للأصل العام الذي يقرر أن الإجراءات روعيت ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك.

أي أن ما يجادل الطاعن فيه من عدم القيام بالإجراء، وبغير طريق الطعن بالتزوير يعد - وفقا لتعبير محكمة النقض - غير قويم ولا يعتد به للنيل من صحة اجراءات النقاضي أو صحة اجراءات الحكم، وهو ما أخذت به محكمة النقض بحكمها الصادر في ١٤ فبراير ١٩٩٩، فقضت بأنه " من المقرر - في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الاجراءات أنها روعيت وعلى من يدعى مخالفتها اقامة الدليل على ذلك، ولا يجوز للخصم أن يجحد ما أثبت بورقة الحكم أو بمسودته من بيانات الا بطريق الطعن التزوير، وكان الثابت من النسخة الأصلية للحكم المطعون فيه أنه صدر بعد

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٢٠٩٦ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٠/٧/١٩٩٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

المداولة فلا يجدى الطاعنة الادعاء بخلاف ذلك طالما لم تسلك سبيل الطعن بالتزوير" ١.

فعلي سبيل المثال، إذا ثبت بمحاضر الجلسات أن اجراءات نظر الدعوي كانت علنية، فلا يجوز الإدعاء بما يخالف ذلك إلا بالطعن بالتزوير، وبالتالي لا يقبل من

---

<sup>1</sup> جلسة ١٤ فبراير سنة ١٩٩٩، الطعن رقم ٥٠٢٥ لسنة ٦٢ ق، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أيضا، طعن جنائي رقم ١٨٩٥٣ لسنة ٦٤ ق، جلسة ١٩٩٦/١٠/٩، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، وفيه قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما يثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير ، وإذ كانت ورقة الحكم المطعون فيه قد أثبتت في نهايتها أنه صدر وتلى علنا فلا يقبل من الطاعن الأول قوله إن الحكم صدر بجلسة غير علنية مادام لم يتخذ من جانبه إجراء الطعن بالتزوير فيما ورد بالحكم ويكون ما ورده في طعنه في هذا الصدد غير مقبول "

أيضا، الطعن الجنائي رقم ٤٢٤٨ لسنة ٥٧ ق، جلسة ١٩٨٨/١/١٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، وفيه قضت محكمة النقض بأن "لما كان الثابت من محضر جلسة المحاكمة و الحكم المطعون فيه أن أعضاء المحكمة الذين أصدره هم الذين سمعوا المرافعة و أن الحكم قد صدر بعد المداولة قانوناً ، بما مؤده و مفهومه أخذ رأى القضاة الذين أصدره هذا فضلاً عن أن من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحة و لا يجوز الإدعاء بما يخالف ما يثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير و من ثم فإنه لا يقبل من الطاعن قوله أن الحكم صدر دون إتمام المداولة ما دام لم يتخذ من جانبه إجراء الطعن بالتزوير فيما دون بالحكم و محضر الجلسة و يكون ما ورد في طعنه في هذا الصدد غير سديد "

أيضا، الطعن الجنائي رقم ٣٨٦١ لسنة ٥٧ ق، جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، وفيه قضت المحكمة بأنه "لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه ومن محضر جلسته أنه صدر علناً، وكان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الإدعاء بما يخالف ما يثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير فإنه لا يقبل من الطاعن قوله أن الحكم صدر في جلسة غير علنية مادام لم يتخذ من جانبه إجراء الطعن بالتزوير فيما دون بالحكم ومحضر الجلسة ويكون ما ورد في طعنه في هذا الصدد غير سديد".

أيضا، طعن جنائي رقم ٥٨٧٩ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض، وفيه قضت بأن "من المقرر أن ورقة الحكم تعتبر متممة لمحضر الجلسة في شأن إثبات إجراءات المحاكمة وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت فلا يجوز للطاعن أن يجحد ما أثبتته الحكم من طلب النيابة العامة تطبيق مواد الاتهام إلا بالطعن - بالتزوير وهو ما لم يفعله فإن منعاه في هذا الشأن يكون غير سديد".

أيضا، طعن جنائي رقم ٣٧٤٧ لسنة ٥٦ ق، جلسة ١٩٨٧/٢/٢٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، وفيه قضت محكمة النقض بأن "لما كانت ورقة الحكم تعتبر متممة لمحضر الجلسة في شأن إثبات إجراءات المحاكمة، وكان الأصل في الإجراءات أنها روعيت ومتى أثبت الحكم تلاوة تقرير التلخيص فلا يجوز للطاعن أن يجحد ما أثبتته الحكم من تمام هذا الإجراء إلا بالطعن بالتزوير وهو ما لم يفعله".

أيضا، الطعن الجنائي رقم ١٦٣٥ لسنة ٤٨ ق، جلسة ١٩٧٩/١/٢٨، وفيه قضت محكمة النقض بأن "لما كان الثابت في محضر جلسة المحاكمة الاستئنافية وفي ورقة الحكم الغيابي الاستئنافية تلاوة تقرير التلخيص علي خلاف ما يزعمه الطاعن، وكان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما أثبت فيها سواء في محضر الجلسة أو في الحكم إلا بالطعن بالتزوير وهو ما لم يفعله الطاعن فإن ما يجادل فيه من عدم تلاوة تقرير التلخيص يكون غير قويم ولا يعتد به".

الخصم الدفع أو الطعن بأن هذه الاجراءات كانت غير علنية مادام لم يباشر اجراءات الطعن بالتزوير فيما دون بمحاضر الجلسات<sup>1</sup>.

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بحكمها الصادر في ١٤ أبريل ٢٠١٥ بأن "لما كان الثابت من محاضر الجلسات أن إجراءات المحاكمة كانت علنية ، وكان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما يثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير ، فإنه لا يقبل من الطاعن قوله أن إجراءات المحاكمة كانت غير علنية ما دام لم يتخذ من جانبه إجراء الطعن بالتزوير فيما دون بمحضر جلسات المحاكمة ، ويكون ما رده في طعنه في هذا الصدد غير سديد ، ولا يغير من ذلك ما يثيره الطاعن من تقييد دخول قاعة الجلسة بتصاريح ؛ لأن ذلك لا يتنافى مع العلانية ؛ إذ إن المقصود من ذلك هو تنظيم الدخول"<sup>٢</sup>.

وهو ما سبق أن أيدته بحكمها الصادر في ٧/٣/٢٠٠٢، فقضت "لما كان الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الإدعاء بما يخالف ما أثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير ومن ثم فلا يقبل النعي بأن الدعوى نظرت في جلسة غير علنية مادام المحكوم عليهما لم يتخذا إجراءات الطعن بالتزوير فيما دون في محاضر الجلسات"<sup>٣</sup>.

---

1 طعن جنائي رقم ٨٥٣ لسنة ٤٦ق، جلسة ١٩/١٢/١٩٧٦، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض  
2 طعن جنائي رقم ١٨٦٣٧ لسنة ٨٤، جلسة ١٤/٤/٢٠١٥، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية  
3 طعن جنائي رقم ١٤٣١٨ لسنة ٧١ق، جلسة ٧/٣/٢٠٠٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية،

أيضا، طعن جنائي رقم ٢٣٢٩٨ لسنة ٦٣ق، جلسة ١١/٧/١٩٩٩، وفيه قضت محكمة النقض بأن "لما كان البين من محضر جلسة المحاكمة الاستئنافية أن الطاعن حضر أولى جلسات نظر الاستئناف المعقودة بتاريخ ٢٨ من نوفمبر سنة ١٩٩١. فقررت المحكمة حجز الدعوى للحكم لجلسة ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩٩١ ثم مدت أجل الحكم لجلسة ٢٣ من يناير سنة ١٩٩٢ وفيها قضت حضوريا للطاعن بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع برفضه وتأبيد الحكم المستأنف، فإن ما ذهبت إليه المحكمة من وصف حكمها بأنه حضوري بالنسبة للطاعن يكون قد صادف صحيح القانون، وإذ عارض في هذا الحكم الاستئنافي الحضوري فقد قضت المحكمة بعدم جواز معارضته - وهو نظر صائب في القانون ، إذ المعارضة لا يغير من ذلك ما يدعيه الطاعن بأسباب طعنه من مخالفة الثابت بالأوراق، ذلك بأن الأصل في الإجراءات الصحة، ولا يجوز الادعاء بما يخالف الثابت بمحضر الجلسة أو في الحكم المطعون فيه إلا بطريق الطعن بالتزوير، وكان الطاعن لم يسلك هذا السبيل في شأن ما أثبت بمحاضر جلسات المحاكم الاستئنافية والحكم الاستئنافي الحضوري من حضوره بجلسة ٢٨ من نوفمبر سنة ١٩٩١، فإن ما يثيره في هذا الشأن لا يكون مقبولا".

فلا تقبل محكمة النقض الطعن علي الحكم استنادا لعقد الجلسة في غير علانية بالمخالفة لما هو ثابت في محضر الجلسة طالما أن الطاعن لم يحرك اجراءات الطعن بالتزوير فيما تون في محضر الجلسة.

أيضا، إذا كان الثابت من الاطلاع علي مفردات الدعوي أنه قد تحدد لنظر المعارضة الاستئنافية جلسة ١٩٧٦/١٢/٢٧، ووقع الطاعن ببصمة ابهامه علي تقرير المعارضة الاستئنافية بما يفيد علمه بتاريخ الجلسة المحددة لنظر معارضته، فإنه لا يقبل من الطاعن ادعاؤه بأنه كان محددًا لنظر معارضته جلسة ١٩٦٩/١٢/٧ ثم عدلت إلي ١٩٦٩/١٢/٢٧ مادام لم يسلك الطعن بالتزوير علي تقرير المعارضة<sup>١</sup>. وإذا لم يطعن بالتزوير علي ما ورد بالحكم أو محضر الجلسة، فلا يقبل الادعاء بالبطلان لمخالفة اجراءات التقاضي، فإنه من باب أولي لا يكون النعي علي الحكم بالبطلان سديد اذا كانت الأوراق المقدمة من الطاعن خالية مما يدل علي عدم القيام بالإجراء، وهو ما قضت به محكمة النقض بقولها "الأصل في الإجراءات - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنها قد روعيت ، و إذ كانت الأوراق المقدمة من

---

أيضا، طعن جنائي رقم ٢٧٤٩١ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٦/٧/٣١، وفيه قضت محكمة النقض بأن " من المقرر أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت ، ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما أثبت منها سواء بمحضر الجلسة أو بالحكم إلا بالطعن بالتزوير وكان مفاد أثبت بالحكم المطعون فيه من تلاوة تقرير التلخيص وجوده عند تلاوته فإن ما يثيره الطاعن في هذا الشأن يكون غير سديد".

أيضا، طعن جنائي رقم ٢٣٧١٣ لسنة ٦٢ق، جلسة ١٩٩٦/١/٢٤، وفيه قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أن الأصل في الإجراءات الصحة ولا يجوز الادعاء بما يخالف ما ثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير فإنه لا يقبل من الطاعن قوله أن المحكمة أعدت الحكم مسبقاً قبل سماع المرافعة في الدعوى مادام لم يتخذ من جانبه إجراء الطعن بالتزوير فيما دون فيهما في هذا الشأن".

أيضا، طعن جنائي رقم ١٨٠٩٥ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/١٠/٥، وفيه قضت محكمة النقض بأن " الأصل في الإجراءات الصحة، ولا يجوز الإدعاء بما يخالف ما أثبت منها سواء في محضر الجلسة أو الحكم إلا بالطعن بالتزوير".

أيضا، طعن جنائي رقم ٨٢٣ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٨٩/١١/١٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض، طعن جنائي رقم ٧٤٣ لسنة ٤٧ق، جلسة ١٩٧٧/١٠/٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>١</sup> الطعن الجنائي رقم ١٥٥١ لسنة ٤٨ق، جلسة ١٩٧٩/١/١٤، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :



الطاعة خلواً مما يدحض حصول المداولة قانوناً من أعضاء الهيئة على النحو الذى أثبتته الحكم المطعون فيه ، فإن النعى عليه بالبطلان يكون غير سديد<sup>1</sup>.

ففي مثل هذه الأحوال، لم يطعن الخصم بالتزوير فحسب، وإنما لم يقدم الدليل علي وقوع المخالفة الاجرائية، وبالتالي التمسك ببطلان الحكم لعدم اتباع الاجراءات التي حددها القانون. وبناء علي ذلك، تعد اجراءات الطعن بالتزوير من الاجراءات المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز للخصم مخالفتها، كما يجوز لمحكمة الطعن أن تقضي بها من تلقاء نفسها، ولو كانت هذه المحكمة محكمة النقض.

علاوة علي ذلك، لم تفرق محكمة النقض في جزاء عدم قبول الادعاءات طالما لم يسلك الطاعن طريق الطعن بالتزوير بين الاجراءات المتعلقة بالنظام العام، والاجراءات غير المتعلقة بالنظام العام، فلا تقبل محكمة النقض الادعاءات المتعلقة بإجراءات من النظام العام طالما أن الطاعن لم يسلك طريق الطعن بالتزوير، كإجراء المتعلق بميعاد الطعن، وكيفية احتساب هذه الميعاد.

كذلك، الإجراء الخاص بعلائية الجلسات، قررت محكمة النقض أنه لا يقبل من الطاعن قوله أن الحكم صدر بجلسة غير علنية طالما أنه لم يتخذ من جانبه اجراء الطعن بالتزوير فيما دون بالحكم ومحضر الجلسة<sup>2</sup>، وهو ما يعني تغليب قضاء محكمة النقض للاعتبارات المتعلقة بالطعن بالتزوير علي نظيرها الخاص بالمخالفات التي قد تتال من صحة اجراءات ذات طابع النظام العام.

---

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ١٩ لسنة ٤٣ق، جلسة ١٩/١١/١٩٧٥، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>2</sup> طعن جنائي رقم ١٥٤٣ لسنة ٤٨ق، جلسة ١١/١١/١٩٧٩، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

أيضا، طعن جنائي رقم ٨٣٤ لسنة ٤٦ق، جلسة ١٠/١١/١٩٧٧، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

## المبحث الثاني

### الإجراءات غير الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم

تقسيم :

تنقسم دراسة هذا المبحث لمطلبين، هما :

المطلب الأول – إقامة الدليل علي المخالفة الإجرائية

المطلب الثاني – سلطة المحكمة في بحث الدليل

#### المطلب الأول

##### إقامة الدليل علي المخالفة الإجرائية

أولاً – أليات التمسك بالمخالفة الإجرائية :

لم يحدد قانون تنظيم حالات واجراءات الطعن بالنقض الاليات التي يجوز للخصم أن يستند إليها لإثارة المخالفة الإجرائية، فهل يجوز التمسك بها في صورة طلب أصلي أم في صورة طلب عارض أم في صورة دفع اجرائي (شكلي)، أم في صورة طعن علي الحكم ؟

الحقيقة أن محكمة النقض لم تجب علي هذا التساؤل، وتتنصر الأحكام الصادرة عنها في التأكيد علي قاعدة أن الأصل في الإجراءات أنها تمت صحيحة، ويقع عبء إثبات العكس علي من يدعي ذلك مالم يكن الإجراء ثابت في محضر الجلسة أو في الحكم، فيجب اثبات المخالفة الإجرائية عبر طريق الطعن بالتزوير.

إلا أن الأجابة علي هذا التساؤل تقتضي التمييز بين الصور المختلفة للمخالفات التي قد تشوب الإجراءات، فهناك مخالفات تتعلق بإجراءات رفع وتحريك الدعوي، ومخالفات تتعلق بإجراءات نظر الدعوي، ومخالفات تتعلق بإجراءات اصدار الحكم المنهي للدعوي.

وبناء علي هذا التقسيم، تتحدد طبيعة الألية التي يجوز الاستناد إليها للتمسك بالمخالفة الإجرائية، فعلي سبيل المثال المخالفات التي تنال من اجراءات رفع وتحريك الدعوي، كإجراءات تحرير وقيده صحيفة الدعوي بقلم الكتاب، واجراءات اعلان

المدعي عليه وتكليفه بالحضور في الجلسة المحددة لنظر الدعوي، يجوز التمسك بالمخالفة الإجرائية من خلال آلية الدفع الشكلي وفقاً للقواعد العامة لقانون المرافعات. وإذا كان الإجراء يتعلق بالنظام العام، فإنه يجوز التمسك بالدفع الشكلي في أي وقت، ولا يتقيد بترتيب معين عند التمسك به، ويحق لكل ذي مصلحة التمسك به، وليس له ميعاد يسقط بفواته، ويجوز التمسك به أمام محكمة الدرجة الأولى، وأمام محكمة الدرجة الثانية، وأمام محكمة النقض، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام، ولا يسقط الدفع بالكلام في الموضوع أو بإبداء الدفع بعدم القبول، ولا بالدفع الموضوعية.

أما المخالفات التي تتال من صحة اجراءات نظر الدعوي واجراءات الحكم الصادر فيها، فيجوز للخصم أن يستند لألية الدفع الشكلي أو ألية الطعن علي الحكم أمام المحكمة الأعلى درجة، فعلي سبيل المثال اجراء نظر الدعوي في جلسة سرية بالمخالفة للأحوال التي يجوز فيها ذلك يعد تطبيقاً لمخالفة تتال من اجراءات نظر الدعوي، يجوز للخصم أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوي في غرفة المشورة، كما يجوز أن يطعن علي الحكم علي أساس ذات المخالفة.

وبالنسبة للمخالفات التي تتال من الحكم المنهي للدعوي، كعدم ذكر البيانات الواجب كتابتها في الحكم، أو صدور الحكم بناء علي مداولة غير سليمة، فلا طريق أمام الخصم للتمسك بالمخالفة الإجرائية إلا طريق الطعن علي الحكم سواء الطعن بالاستئناف أم الطعن بالنقض، ووفقاً للشروط والأوضاع التي تجيز ذلك.

### شرط المصلحة :

تنص المادة ٣ مرافعات علي أن " لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون"، لا يجوز للخصم التمسك بالمخالفة الإجرائية سواء في صورة دفع أو طعن إلا إذا توافرت المصلحة في ذلك، وبالأوصاف التي حددها النص المشار إليه، وهي المصلحة القانونية، والقائمة، والمباشرة، وبالتالي إذا ثبت عدم تحقق شرط المصلحة في الدفع أو الطعن الذي يتمسك بهما صاحب الشأن،

فيجب القضاء بعدم قبولهم لانتفاء هذا الشرط الذي يعد إحدى الشروط المتعلقة بالنظام العام.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه لا تقبل دعوى أو دفع بغير مصلحة ، وأنه ليس للخصم أن يتمسك بما لغيره من دفع أو دفاع"<sup>1</sup>، كما قضت بأنه "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن المصلحة هي مناط الدفع والدعوى ، ومن شروط قبول الخصومة أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق موضوع النقاضى حتى تعود على المدعى منفعة من اختصام المدعى عليه للحكم عليه بطلابته"<sup>2</sup>.

### ثانياً - التزام الخصم بتقديم الدليل علي عدم صحة الإجراءات :

يعد التزام الخصم بتقديم الدليل علي وقوع المخالفة الاجرائية نتيجة لقاعدة الأصل أن الاجراءات قد روعيت أو تمت صحيحة، فإذا كان أحد الخصوم يدعي مخالفة المحكمة لأحد الاجراءات التي نص عليها قانون المرافعات، فلا يكفي مجرد الإدعاء للحكم بعدم صحة الإجراء، وإنما يجب تقديم الدليل علي ذلك.

فإذا كانت الأوراق المقدمة من الطاعن لا تدل علي عدم حصول المداولة بين أعضاء هيئة المحكمة علي النحو الثابت بالحكم المطعون فيه، فإن النعي علي الحكم بالبطلان بهذا الوجه لا يكون غير سديد<sup>3</sup>، ويترك للمحكمة التي تنتظر الطعن مسألة تقدير الدليل المقدم من الطاعن علي ثبوت بطلان الحكم أو بطلان الاجراءات التي يقوم عليها طالما كان تقديرها قائم علي أسباب سائغة.

وهو ما يعني أنه يقع علي الخصم صاحب المصلحة التزام بتقديم الدليل علي ما يدعيه من مخالفات قد تشوب اجراءات النقاضى استناداً إلي أنه يدعي خلاف الأصل العام القائم علي أنها الاجراءات روعيت أو أن الاجراءات صحيحة مالم يقيم الدليل علي خلاف ذلك، يستوي في ذلك أن يكون هذا الخصم المدعي أو المدعي عليه أو

<sup>1</sup> الطعن رقم ١١٦٨٩ لسنة ٧٧ جلسة ١٣/٠١/٢٠٠٩ س ٦٠

<sup>2</sup> الطعن رقم ٧٢٩٧ لسنة ٧٥ جلسة ٢٦/٠٢/٢٠٠٨ س ٥٩ ص ٢٥٥

<sup>3</sup> طعن مدني رقم ١٠٧ لسنة ٣٧ق، جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

الخصم المتدخل في الدعوي سواء تدخل انضمامي أو تدخل اختصاصي أو جري اختصاص الغير، فالضابط المعول عليه في هذا الشأن هو كل خصم صاحب مصلحة في تقديم الدليل علي تحقق المخالفة الإجرائية.

وبالتالي، ليس علي المحكمة التي تنظر الدعوي التزام بإيضاح الأسباب المؤيدة لصحة الاجراءات التي تمت في الدعوي المنظورة أمامها، أو التأكيد علي ذلك أثناء ذكر حيثيات الحكم المنهي للدعوي.

كما أجازت المادة ٣٠ من قانون حالات واجراءات الطعن بالنقض للخصم أن يقدم ما يشاء من أدلة لاثبات هذه المخالفة الإجرائية طالما أن الإجراء لم يثبت بموجب الحكم الصادر أو في محضر الجلسة؛ لأنه في هذه الحالة ينحصر طريق الاثبات في دعوي التزوير الفرعية، ففي مثل هذه الأحوال، اذا كان المشرع قيد نطاق طرق الاثبات، وحصرها في طريق واحد، إلا أن ذلك لا يعني إعفاء الخصم من إقامة الدليل علي وقوع المخالفة الإجرائية، وبالتالي إذا لم يقدم هذا الخصم الدليل علي وقوع هذه المخالفة، فإنه يترتب علي ذلك عدم قبول إدعائه تماشياً مع القاعدة العامة التي تشدد علي أن الاجراءات روعيت، وهو ما يعني أن مجرد الإدعاء بالمخالفة الإجرائية ليس كافياً لدحض هذا الأصل العام، وترتب محكمة النقض علي عدم تقديم هذا الدليل عدم قبول الإدعاء، والاتفات عنه.

وهو ما أخذت به محكمة النقض، فقضت بأن " الأصل أن الاجراءات قد روعيت أثناء نظر الدعوى، وعلى صاحب الشأن إثبات إنها أهملت أو خولفت. المادة ٣٠ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩. إثارة الطاعن أن رئيس الجلسة قام بمفرده بتصحيح الخطأ في منطوق الحكم. عدم قبوله. ما دام أنه لم يقدم الدليل على ذلك".<sup>١</sup>

### عبء الاثبات :

ينقل عبء الاثبات علي من يدعي العكس، أي يتحمل الخصم الذي يدعي أن الإجراء لم يقع أصلاً، أو أن الإجراء لم يجري علي النحو الصحيح قانوناً. فالخصم

<sup>١</sup> الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٧/٥/٢٠١٢، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات في ١٠ سنوات من يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

الذي يدفع ببطلان الإجراء، أو يطعن علي الحكم لعدم مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون هو الذي يتحمل عبء اثبات ذلك؛ لأنه يدعي خلاف الوضع الظاهر القائم علي أن الإجراءات تمت، أو أن الإجراءات صحيحة وتتفق مع القانون. وبالتالي، إذا لم يثبت هذا الخصم المخالفة الإجرائية، فإنه يتعين الحكم برفض الدفع، أو عدم قبول الطعن علي الحكم لصحة الإجراءات المتبعة أثناء نظر الدعوي والفصل فيها، فلا يقع البطلان بقوة القانون، وإنما يجب أن يصدر به حكم من المحكمة سواء البطلان المتعلق بالنظام العام أم البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة. والأصل العام أن تحكم المحكمة بالبطلان حينما تتعقد موجبات الحكم به، إلا أن قانون المرافعات قد يخول القاضي المختص سلطة تقديرية في الحكم بالبطلان أو عدم الحكم به إذا كان لا يتعلق بالنظام العام<sup>1</sup>.

وبالنسبة لأثار البطلان، يظل الإجراء المعيب منتجاً لأثاره سواء كان البطلان وجوبياً أم جوازياً إلي أن يحكم ببطلانه. فإذا حكم ببطلانه اعتبر كأن لم يكن وزالت جميع أثاره، إلا أنه لا يترتب علي بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه تطبيقاً لحكم الفقرة ٣ من المادة ٢٤ مرافعات، فبطلان إعلان الحكم لا يؤثر علي صحة صحيفة الدعوي<sup>٢</sup>.

أما الإجراءات اللاحقة علي الإجراء الباطل، فالقاعدة أنها تبطل كأثر لبطلان الإجراء السابق عليها بشرط أن ترتبط الإجراءات اللاحقة بالإجراء الباطل بحيث يعتبر العمل السابق الذي بطل شرط لصحة العمل اللاحق عليه، فالحكم ببطلان صحيفة الدعوي يستتبع بطلان إجراءات الخصومة اللاحقة عليها<sup>٣</sup>.

### ثالثاً - التزام المحكمة بالرد علي التمسك بوقوع المخالفة الإجرائية :

إذا تمسك الخصم بعدم صحة الإجراءات القضائية، فإن التزام المحكمة بالرد علي ذلك يتوقف علي ما إذا أقام هذا الخصم الدليل علي ما يدعيه، أم لم يقدم هذا الدليل، وذلك علي النحو الآتي :

<sup>1</sup>د/أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند ٣٩٩، ص ٦٥١

<sup>2</sup>د/أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند ٣٩٩، ص ٦٥١

<sup>3</sup>د/أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند ٣٩٩، ص ٦٥٢

## ١ - إقامة الخصم الدليل علي ما يدعيه :

تلتزم المحكمة بالرد علي ما يدعيه الخصم من مخالفات اجرائية إذا كانت ادعاءاته مؤيدة بالدليل، وهو ما أشارت إليه صراحة محكمة النقض في كافة الأحكام الصادرة عنها، فأشارت إلي أن " الأصل أن الإجراءات .....، مالم يقم الدليل علي عكس ذلك"، ويستند التزام المحكمة بالرد علي ما يدعيه الخصم إلي العديد من المبررات :

أولاً - احترام حقوق الدفاع، ينشأ التزام المحكمة بالرد علي ما يدعيه أحد الخصوم من مخالفات اجرائية كنتيجة لضرورة احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم وما يتعلق به من ضرورة احترام حقوق الدفاع، فلا يجوز للمحكمة الإخلال بحقوق الدفاع للخصوم لما يمثل ذلك أحد الأصول العامة للتقاضي.

ثانياً - يعد عدم رد المحكمة علي هذه الادعاءات قصوراً في التسبب، واخلاقاً بحقوق الدفاع مما يجيز فتح باب الطعن علي الحكم أمام المحكمة الأعلى درجة، وعليه تقضي محكمة النقض بأنه "من المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن إغفال الحكم بحث دفاع جوهرى أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها الحكم إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً في أسباب الحكم الواقعية بما يقتضى بطلانه"<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> الطعن رقم ١٠٧٠ لسنة ٧٤ جلسة ١٧/١١/٢٠٠٥ س ٥٦ ص ٨٠٨ ق ١٤٢، أيضا في ذات المعني، قضت محكمة النقض بأنه "إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالإخلاء بالتأسيس على احتسابه مقدار الزيادة في أجره العين محل النزاع المقررة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ وفق الأجرة الاتفاقية الواردة بعقد الإيجار دون أن يعنى يبحث دفاع الطاعنين الجوهري بشأن مدى مطابقة هذه الأجرة بالأجرة القانونية، وطلبهما نذب خبير في الدعوى لبيان تاريخ إنشاء المبنى وصولاً إلى حقيقة مقدار الأجرة التي يلتزمان بها عن الفترة محل النزاع ومدى صحة التكاليف بالوفاء السابق على رفع الدعوى، فإنه يكون فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون مشوباً بالإخلال بحق الدافع والقصور في التسبب). الطعن رقم ٢٢١٨ لسنة ٧٠ جلسة ٢٠/٠٦/٢٠٠١ س ٥٢ ع ١ ص ٩٥٩ ق ١٨٦)، أيضا المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهت إليها المحكمة، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً في أسباب الحكم الواقعية بما يقتضى بطلانه. (الطعن رقم ١٧٦٧ لسنة ٧٠ جلسة ١٤/٠٦/٢٠٠١ س ٥٢ ع ١ ص ٨٧٦ ق ١٧٣)، أيضا قضت محكمة النقض بأن "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلانه إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً في أسباب الحكم الواقعية . (الطعن رقم ١٠٢١ لسنة ٦٥ جلسة ٠٥/٠١/٢٠٠٦ س ٥٧ ص ٤٣).

والتزام المحكمة بالرد علي ادعاءات الخصوم المؤيدة بالدليل عليها التزام عام يشمل كافة الصور التي قد يأخذها هذا الإدعاء، يستوي في ذلك صورة الطلب الأصلي أو الطلب العارض أو الدفع الشكلي أو وجه الطعن علي الحكم الصادر.

ولا يكفي للحكم ببطلان الإجراء تقديم الخصم للدليل علي ثبوت المخالفة الاجرائية، وإنما يلزم أن يكون هذا الدليل كافي للتدليل علي ثبوت هذه المخالفة، وهو ما يترك أمر تقديره للمحكمة المختصة وفقا لظروف كل حالة علي حدة طالما كان قضاؤها قائم أسباب معقولة، فقد يقدم الخصم صاحب المصلحة دليلا علي المخالفة الاجرائية، إلا أن هذا الدليل لا يكفي لاثبات وقوع هذه المخالفة، فمحكمة النقض ساوت بين حالة عدم تقديم الخصم دليلا علي المخالفة الاجرائية، وحالة عدم كافية الدليل ذاته علي ثبوت المخالفة الاجرائية من حيث الآثار المترتبة علي ذلك، فكلاهما يندرجا تحت نعي الخصم علي المخالفة الاجرائية بأنه نعي مجرد عن الدليل.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الأصل في الإجراءات أن تكون قد روعيت و على من يدعى أنها خولفت إقامة الدليل على ما يدعيه، و كانت الطاعنة لم تقدم سوى محاضر الجلسات التي نظر فيها هذا النزاع و هي لا تكفي بذاتها للتدليل على أن عضوى وزارتى العمل و الصناعة في الهيئة لم يؤديا تلك اليمين، فإن نعيها يكون مجردا عن الدليل"<sup>1</sup>.

## ٢ - عدم اقامة الخصم الدليل علي ما يدعيه :

في هذه الحالة، يتمسك الخصم بوقوع المخالفة الإجرائية، إلا أنه لم يقدم الدليل علي ما يدعيه، أي أن الخصم يدعي بوجود مخالفة اجرائية علي نحو مجرد، ودون التقدم بالدليل عليه، ففي مثل هذه الأحوال، لا يجب علي المحكمة أن ترد علي هذا الإدعاء، لأنه إدعاء مجرد، ولا يدعمه الدليل مما يجوز معه للمحكمة الالتفات عنه، ودون الرد عليه.

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٤٨٤ لسنة ٣٧ق، جلسة ١٩٧٤/٢/٢٣، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :



ولا يعد عدم رد هيئة المحكمة علي مثل هذه الادعاءات العارية من الدليل اخلالا بحقوق الدفاع، ولا يعد قصوراً في التسبيب؛ لن المحكمة لم تتعرض لادعاء لو صح قد يتغير به وجه الرأي في الدعوي. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه "إذ كان الثابت أن محكمة أول درجة قد ضمت دعوى الطاعن بطلب تعديل قرار لجنة تحديد الإجراءات إلى دعوى المطعون ضده الأول بطلب الإخلاء ليصدر فيها حكم واحد ، و لما كانت المادة ١٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد نصت على أن يلحق بتشكيل المحكمة الابتدائية التي تنظر الطعون على قرارات لجان تحديده الأجرة مهندس معمارى أو مدنى ، فإن ورود اسم هذا المهندس في ديباجة الحكم الابتدائى ضمن تشكيل هيئة المحكمة لا يعدو أن يكون إلتزاماً بنص المادة المشار إليها و لا يدل في حد ذاته على أنه قد إشتراك في المداولة أو أنه حضرها في دعوى الإخلاء أو في المسائل الأولية السابقة على تقدير الأجرة في دعوى الطاعن ، بل أن الثابت في صدر مدونات الحكم الإبتدائى أن المداولة تمت وفقاً للقانون ، هذا إلى أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت ، و ليس في الأوراق ما يدل على خلاف ذلك".<sup>١</sup>

وهو ما تطلق عليه محكمة النقض بالدفع غير الجوهري، أو الدفع غير جدي، أو الدفع غير مؤيد بالمستندات، ويستوي في ذلك أن يكون الاجراء ثابت في محضر الجلسة أو الحكم، أو لم يكن كذلك، فإذا كان الاجراء ثابت في محضر الجلسة أو الحكم، وطعن الخصم بالتزوير مدعياً وقوع مخالفة اجرائية، ولم يقدم المستندات والادلة المؤيدة لذلك، فيجوز للمحكمة الالتفات علي هذه الادعاءات. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أن الأوراق المدعى بتزويرها لا تعدو أن تكون من أوراق القضية فلا يعتبر الأمر بضمها و الإطلاع عليها إجراء من إجراءات الجلسة التي يلزم إثباته في محضرها و بالأحرى في مدونات حكمها ، و لما كان الحكم المطعون فيه قد أورد في أسبابه أن الختم الوارد في السند منسوباً إلى المطعون ضدها قد إصطنع في تاريخ لاحق للتاريخ المعطى للسند مما يفيد إطلاع

<sup>١</sup> الطعن المدني رقم ١٥٥٨ لسنة ٥١ق، جلسة ١٩٨٢/٦/١٠، منشور علي الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية :

المحكمة عليه و فحسه ، و كان هذا الإجراء مما لا يلزم إثباته بمحضر الجلسة أو بأى محضر آخر أو بمدونات الحكم ، و كان الأصل في الإجراءات أنها روعيت و على من يدعى خلاف ذلك أن يثبته . و كان الطاعن لم يقدم الدليل على أن المحكمة لم تطلع على السند المدعى بتزويره فإن نعيه بذلك يكون على غير أساس<sup>١</sup> .

والعبارة في تكييف الدفع بحقيقة جوهره وممراته لا بالتسمية التي تطلق عليه، والدفاع الذي تلتزم المحكمة بتحقيقه والرد عليه هو الدفاع الجوهرى الذي يكون من شأنه لو محص تغير وجه الرأي في الدعوى<sup>٢</sup>. ومن ثم لا يعيب الحكم بالقصور النقطة عن الرد على الدفاع طالما لا يشكل دفاعاً جوهرياً مما قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فيما لو تعرض له الحكم، وعلى ذلك فإن إغفال الحكم ذكر وجه دفاع أبدأه الخصم لا يترتب عليه بطلان الحكم إلا إذا كان هذا الدفع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها الحكم بمعنى أن المحكمة لو كانت قد بحثته لجاز أن تتغير به هذه النتيجة إذ يعتبر عدم بحث مثل هذا الدفاع قصوراً في أسباب الحكم الواقعية بما يترتب عليه البطلان طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٧٨ مرافعات<sup>٣</sup>.

أيضاً، إذا كان الطعن بالتزوير، فالمحكمة تلتزم بالرد على هذا الطعن بموجب حكم يستوي في ذلك حالة إقامة الخصم الدليل على ما يدعيه، أو حالة عدم إقامة الخصم الدليل على ما يدعيه؛ لأن هذا الطعن يستوجب صدور حكم فيه، وهذا على عكس الاجراءات الأخرى التي لا تثبت في محضر الجلسة أو الحكم، فيجوز للخصم

<sup>١</sup> طعن مدني، رقم ١٠٢١ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٢/١٢/١٤، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>٢</sup> الطعن رقم ٥٧٠ لسنة ٤٤ق، جلسة ١٩٧٨/٦/٢١، السنة ٢٩، ص ٦٩٧،

<sup>٣</sup> الطعن رقم ٥١٧ لسنة ٤٣ق، جلسة ١٩٧٧/٣/١٦، السنة ٢٨ ص ٦٩٧، أنظر في ذات المعنى، حكم محكمة النقض "من المقرر أنه يشترط في الدفاع الجوهرى كيما تلتزم المحكمة بالالتفات إليه والرد عليه أن يكون مع جوهريته جدياً لا ينفك مقدمه عن التمسك به والإصرار عليه وأن يشهد له الواقع وبسأنده. أما إذا لم يصر عليه وكان عارياً من دليله فإن المحكمة تكون في حل من الالتفات عنه دون أن تتناولته في حكمها ولا يعتبر سكوتها عنه إخلالاً بحق الدفاع ولا قصوراً في حكمها. لما كان ذلك وكان الطاعن لم يصر أمام محكمة أول درجة على التمسك بدفاعه الخاص بتزوير التوكيل الخاص رقم..... حتى إقفال باب المرافعة أمامها ولم يثر هذا الدفاع أمام محكمة ثاني درجة فإنه بعد متنازلاً عنه ويضحى دفاعاً غير جدي لم يقدم دليله ولم يقصد به سوى إثارة الشبهة في أدلة الثبوت التي اطمأنت إليها المحكمة وليس له من بعد أن ينعى عليها قعودها عن إجراء لم يطلب منها أو سكوتها عن الرد عليه"، طعن جنائي رقم ٤٢٨١ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٧/١/٢٠، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٨، الجزء الأول، ص ١٢٢

التمسك بوقوع المخالفة الاجرائية في صورة دفع شكلي أو طعن امام المحكمة الأعلى درجة، والتمسك بالمخالفة في صحيفة الطعن.

فإذا كانت في صورة طلب أو دفع ولم يقدم وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها القانون فإنه يكون غير مقبول، فعلي سبيل المثال الطلب العارض المقدم بعد قفل باب المرافعة يكون غير مقبول، أو الدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام، والذي قدمه الخصم بعد الحديث في موضوع الدعوي أو تقديم دفع بعدم القبول، ففي مثل هذه الأحوال، لا يقبل الطلب العارض أو الدفع الشكلي لعدم اتباع الاجراءات التي رسمها القانون في مثل هذه الأحوال.

أما إذا كان التمسك بالمخالفة الاجرائية في شكل طعن، فإنه تحكمه القواعد العامة للطعن، والمنصوص عليها في قانون المرافعات، والتي تتباين تبعاً لما إذا كان طعن بالاستئناف أم طعن بالنقض.

#### **التمييز بين الإدعاء المؤيد بالدليل، والإدعاء غير المؤيد بالدليل :**

جرت عادة محكمة النقض علي التمييز بين الإدعاء المؤيد بالدليل، ونظيره غير المؤيد بالدليل من حيث مدي قبول المحكمة لهذا الإدعاء والتزامها بالرد عليه في متن الأسباب التي يتضمنها الحكم الفاصل في الدعوي.

الإدعاء المؤيد بالدليل هو الإدعاء الذي يتمسك به الخصم أمام هيئة المحكمة مصحوباً بالدليل الذي يدعمه بحيث يجب علي المحكمة حال تقديمه بحثه والرد عليه سواء قررت قبوله أم رفضه، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور في التسبيب وقابلاً للإلغاء حال الطعن عليه.

بينما الإدعاء غير المؤيد بالدليل، فهو الإدعاء الذي يتمسك به الخصم أيضاً أمام هيئة المحكمة ودون تقديم دليل يدعمه بحيث لا يجب علي المحكمة بحثه والرد عليه، بل يجوز لها الالتفات عنه، وإذا فعلت ذلك لا يكون حكمها مشوباً بالقصور في التسبيب، وغير عرضة للإلغاء حال الطعن عليه. وهو ما جاء به حكم محكمة النقض الصادر بجلسة ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢، فقضت " وكان الطاعن لم يقدم دليلاً على أن المحامي الذي حضر معه وتولى الدفاع عنه في الجناية التي دين بها غير مقبول للمرافعة أمام

المحاكم الابتدائية كما يبين من كتاب نقابة المحامين إلى نيابة النقض والمرفق بملف الطعن أنه تعذر الاستدلال على درجة قيد المحامي وذلك لعدم وجود اسمه كاملاً أو رقم قيده فإن ما يدعيه الطاعن الثالث في هذا الصدد يكون على غير سنده<sup>١</sup>.

### عدم الرد علي الدفاع الجوهري :

إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان دفاعاً جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها الحكم، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً في أسباب الحكم الواقعية يقتضي بطلانه بما مؤداه أنه إذ طرح علي المحكمة دفاع كان عليها أن تتظر في أثره في الدعوي فإن كان منتجاً فعليها أن تقدر مدي جديته حتي إذا ما رأته متسماً بالجدية مضت إلي فحصه لتقف علي أثره في قضائها فإن هي لم تفعل كان حكمها قاصراً<sup>٢</sup>.

ويجب في الدفع أن يقدم إلي المحكمة بطريقة صحيحة وقانونية، ويجب أن يبدي الدفع بطريقة صريحة وواضحة، ويجب أن يكون هذا الدفع معيناً تعييناً نافياً للجهالة، وليس قول مرسل، كما يجب أن يبدي الدفع بطريقة جازمة، ويجب أن يكون الدفع مقترناً بالدليل علي صحته، وأن يكون مطلوباً من المحكمة تحقيقه، وأن يطلب الخصم من المحكمة تمكينه من التدليل عليه، ووفقاً للشروط المقررة قانوناً ووفقاً للمستقر عليه في قضاء محكمة النقض، ويجب أن يكون الدفع من شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوي<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم ٤٥٦ لسنة ٨١ق، جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٠، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية، أيضاً الطعن رقم ١٦١٢١ لسنة ٧٣ق، جلسة ٢٠٠٤/١/٢٦، قضت محكمة النقض "وكان الطاعن لم يقدم دليلاً على أن المحامي ..... الموكل من قبله وحضر معه أمام محكمة الجنايات وتولى الدفاع عنه في الجناية التي دين بها غير مقبول أمام المحاكم الابتدائية، فإن ما يدعيه الطاعن في هذا الصدد يكون على غير سند".

<sup>٢</sup> طعن رقم ٢٢٥ لسنة ٣٨ق، جلسة ١٩٧٣/١٢/٨، السنة ٢٤، ص ١٢٣٩

<sup>٣</sup> تطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن "إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قدمت لمحكمة الموضوع صورة ضوئية من المحضر الإداري رقم ١٦٤٥ لسنة ٢٠٠٢ إداري الغردقة كما قدمت صورة ضوئية من الحكم الصادر في الدعوى رقم ٩٧ لسنة ٢٠٠٢ شرعي الإسماعيلية بتاريخ ٢٠٠٣/٦/٢٨ بتطبيقها من المطعون ضده طلاقة بائنة للضرر وتمسكت بدلالة هذين المستنديين في عدم ثبوت نشوزها وبأحقيتها للنفقة عن الفترة السابقة على الطلاق ولم يحص الحكم هذا الدفاع رغم تحصيله له ولم يرد عليه برد سائغ رغم أنه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى بما يعيبه"، الطعن رقم ٤٣٠ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١٢/٣/١٣

وبناء عليه، لا علي المحكمة إن هي لم ترد علي الدفع في الأحوال الآتية :

١. إذا أبدي خلال فترة حيز الدعوي للحكم دون التصريح بمذكرات من المحكمة.

٢. إذا قدم بعد الميعاد المحدد خلال فترة حيز الدعوي للحكم مع التصريح بمذكرات.

٣. إذا تطلب القانون أن يبدي الدفع في شكل معين لم يقم به مقدم الدفع، كما هو حال طلب المقاصة القضائية.

٤. إذا لم يقدم الدفع بطريقة صحيحة بحيث يلقي انتباه المحكمة.

٥. أن يبدي الدفع في قول مرسل لا ينبئ عن تمسكه به

٦. إذا كان الدفع عارياً من الدليل

٧. إذا كان الدفع غير مؤثر في وجه الرأي في الدعوي.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه إذا عنّ لخصم بعد قفل باب المرافعة في الدعوى أو أثناء المدة المصرح فيها بتقديم مذكرات أن يبدي دفاعاً، أو يقدم أوراقاً أو مستندات استكمالاً لدفاعه السابق الذي أبداه قبل حيز القضية للحكم ، وطلب إعادة فتح باب المرافعة في الدعوى تمكيناً لخصمه من الرد على هذا الدفاع فإن واجب المحكمة - وهي في معرض التحقق من مدى جدية الطلب - أن تطلع على ما ارتأى الخصم استكمال دفاعه به توطئةً للتقرير بما إذا كان يتسم بالجدية ، أم قصد به عرقلة الفصل في الدعوى وإطالة أمد التقاضي ، فإذا ما ارتأته متسماً بالجدية بأن كان دفاعاً جوهرياً من شأنه - إذا صح - تغيير وجه الرأي في الحكم ، فإنها تكون ملزمة بقبول ما رافق الطلب من أوراق أو مستندات وإعادة فتح باب المرافعة في الدعوى تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم وإلا تكون قد أخلت بحق الدفاع المعتبر أصلاً من أصول المرافعات

والذي يمتد إلى كل العناصر التي تشكل تأثيراً على ضمير القاضي ، ويؤدي إلى حسن سير العدالة<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### سلطة المحكمة في بحث الدليل

#### أولاً - سلطة المحكمة في تقدير الدليل :

لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير الأدلة المقدمة إليه وبحث دلالتها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه منها واستخلاص ما يراه متفقاً مع واقع الحال في الدعوي دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض مادام قد أقام قضاءه علي أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق ومن شأنها أن تؤدي إلي النتيجة التي خلص إليها.

وهو ما قضت به محكمة النقض بقولها "تقدير الأدلة والمستندات المقدمة في الدعوي واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع متي أقامت قضائها علي أسباب سائغة تكفي لحمله"<sup>2</sup>، أيضا قضت ذات المحكمة بأن "لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوي والترجيح بين البيانات وتقدير الأدلة ولا رقيب عليها في ذلك طالما لم تعتمد علي واقعة بلا سند، وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضائها علي أسباب سائغة تكفي لحمله"<sup>3</sup>. فإذا أخذت بتقرير الخبير المقدم في الدعوي وأحالت في بيان أسباب حكمها إليه، وكانت أسبابه لا تؤدي

<sup>1</sup> طعن مدني رقم ٨٢٢ لسنة ٧٤ق، جلسة ٢٠٠٨/٤/١٢، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٩، ص ٤١٤، في ذات المعني، قضت محكمة النقض بأن "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه وإن كان طلب إعادة الدعوى للمرافعة ليس حقاً للخصوم يتحتم إجابتهم إليه بل هو متروك لتقدير محكمة الموضوع إلا أنه إذا قدم الخصم أوراقاً أو مستندات استكمالاً لدفاعه السابق الذي أبداه قبل حجز الدعوى للحكم وطلب فتح باب المرافعة فيها فإن واجب المحكمة أن تطلع على ما ارتأى الخصم استكمال دفاعه به توطئة للتقرير بما إذا كان يتسم بالجدية أم قصد به عرقلة الفصل في الدعوى وإطالة أمد التقاضي فإذا ما ارتأته متمساً بالجدية بأن كان دفاعاً جوهرياً فإنها تكون ملزمة بقبول ما أرفق بالطلب من أوراق ومستندات وبإعادة فتح باب المرافعة في الدعوى لتحقيق المواجهة بين الخصوم وإلا تكون قد أخلت بحق الدفاع المعترف أصلاً هاماً من أصول المرافعات"، الطعن المدني رقم ٢٤٨٠ لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٥، مجموعة المكتب الفني السنة ٥٥، القاعدة رقم ٤٤، ص ٢٢٥

<sup>2</sup> طعن رقم ٤٠١٠ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٣، السنة ٤٨، ص ٣٢٠

<sup>3</sup> الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤، السنة ٤٨، ص ٩٨٩

إلى النتيجة التي انتهى إليها بحيث لا تصلح رداً علي دفاع جوهرى تمسك به الخصم، فإن حكمها يكون معيباً بالقصور"<sup>1</sup>.

إلا أن القول بأن لمحكمة الموضوع سلطة الأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة وإطراح ما عداه دون حاجة للرد استقلالا علي ما لم تأخذ به محله أن تكون قد اطلعت علي تلك الأوراق وأخضعتها لتقديرها، كما يتعين علي محكمة الموضوع أن تفصح عن مصادر الأدلة التي كونت منها عقيدتها وفحواها وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق وأن يكون ما استخلصته منها سائغاً ومؤدياً إلي النتيجة التي خلصت إليها حتي يتأتى لمحكمة النقض أن تعمل رقابتها علي سداد الحكم<sup>2</sup>.

### ثانياً - سلطة المحكمة في إجراء تحقيق في الدعوي :

لما كان الإثبات يتناول مسائل موضوعية، فإنه يدخل في سلطة محكمة الموضوع في تحصيل فهم الواقع في الدعوي، ولا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض متي أقامت قضاءها علي أسباب سائغة لها أصلها من أوراق ومستندات وما يستخلصه منها من أدلة أو قرائن فلا التزام عليها بتكليفهم بإقامة الدليل علي دفاعهم أو لفت نظرهم إلي مقتضيات هذا الدفاع ولا يعاب عليها عدم إحالتها الدعوي إلي التحقيق أو إصدار حكم الاستجواب من تلقاء نفسها إذ أن ذلك من الرخص المخولة لها وحتى تصح بمقتضى تقديرها، ولمحكمة الموضوع أن ترفض طلب التحقيق الذي يطلب منها كلما رأت أنها ليس في حاجة إليه<sup>3</sup>.

أيضاً، يخضع طلب إحالة الدعوي إلي التحقيق لتقدير محكمة الموضوع، فالأصل أن طلب إحالة الدعوي للتحقيق ليس حقاً للخصوم يتحتم إجابتهم إليه في كل حالة، بل هو متروك لمحكمة الموضوع، فلها أن ترفض الإجابة إليه بما لها من سلطة التقدير متي رأت أنه لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر لظروف الدعوي، ومن ثم فلا تثريب علي المحكمة من بعد إن هي التفتت عن طلب إحالة الدعوي للتحقيق طالما قد

<sup>1</sup> الطعن رقم ٥٨٩٠ لسنة ٧٩ق، جلسة ٢٠١٠/٦/٢٤، غير منشور

<sup>2</sup> الطعن رقم ٣٧٥٠ لسنة ٦٢ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٤، السنة ٤٤، ص٦٦٧

<sup>3</sup> الطعن رقم ٢٠ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٩/٥/٢٢، السنة ٤٠، ص٣٤٥، الطعن رقم ٨٩ لسنة ٣٧ق، جلسة

١٩٧٢/٣/٧، السنة ٢٣، ص٢٩٨

وجدت في أوراق الدعوي ومستنداتها ما يكفي لتكوين عقيدتها في موضوعها<sup>1</sup>. إلا أن محكمة النقض قضت بأن طلب إحالة الدعوي للتحقيق لإثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات يتعين علي محكمة الموضوع إجابته<sup>2</sup>.

### ثالثاً - إثبات الخصم للمخالفة الإجرائية :

قد ينجح الخصم في تقديم الدليل علي وقوع المخالفة الإجرائية، أي إقامته للدليل علي بطلان الإجراء القضائي مما يجب معه أن تقضي المحكمة بهذا البطلان، إلا أن ثبوت هذا البطلان لا يحول دون تدخل قانون المرافعات مرة أخرى للحد من هذا البطلان من خلال أليات الحد من بطلان الإجراء الباطل.

وعليه، يتعين التمييز بين قرينة صحة الإجراءات، ووسائل الحد من بطلان الإجراء القضائي، فالقرينة تفترض أن الإجراء صحيحاً ومنتجاً لأثاره القانونية مالم يقوم الدليل علي غير ذلك، أما وسائل الحد من بطلان الإجراء القضائي تفترض أن الإجراء باطلاً، ومع ذلك يتدخل المشرع للحد من هذا البطلان وتضييق نطاقه من خلال أليات يتبناها في هذا الشأن.

ولذلك، لا يتصور التعرض لهذه الأليات إلا إذا أقام الخصم صاحب الشأن الدليل علي بطلان الإجراء بالمخالفة لقرينة صحة الإجراءات، وهو ما يعني أن أليات الحد من البطلان تأتي كمرحلة تالية علي تقديم الخصم للدليل علي بطلان الإجراء.

وبناء عليه، قد لا تقرر المحكمة البطلان علي الرغم من إقامة الخصم الدليل عليه اذا انعقدت الشروط اللازمة لإتباع أحد أليات الحد من البطلان. فعلي سبيل المثال قاعدة لا بطلان إذا تحققت الغاية من الإجراء، ومفاد هذه القاعدة أن الشكل الإجرائي ليس مطلوب لذاته، بل ينص عليه القانون لتحقيق غاية معينة، فإذا تحققت هذه الغاية يجب ألا يقض ببطلان الإجراء ولو نص القانون صراحة علي هذا البطلان.

وبمفهوم المخالفة، إذا لم تتحقق الغاية من الإجراء، يجب الحكم ببطلان الإجراء حتي ولو لم ينص المشرع علي ذلك<sup>1</sup>. وهو ما نصت عليه المادة ٢٠ مرافعات، فقررت "

<sup>1</sup> الطعن رقم ٣١٨٦ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٨، السنة ٤٥، ص١٥٦٧، الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٦١ق،

جلسة ١٩٩٥/١/٣١، السنة ٤٦، ص٢٨٧

<sup>2</sup> الطعن رقم ٧٢٩٦ لسنة ٦٣ق، جلسة ٢٠٠٢/٣/١٠، غير منشور



يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة علي بطلانه أو إذا شابهه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء. ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء".

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة ٢٠ من تقنين المرافعات علي أن " يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة علي بطلانه أو إذا شابهه عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء" يدل علي أن الأساس في تقرير البطلان هو تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققها دون تفرقة بين حالة النص علي البطلان أو عدم النص عليه وذلك أياً كان العمل الإجرائي ولو كان حكماً قضائياً وسواء تعلق الشكل بالمصلحة الخاصة أو بالنظام العام حماية للمصلحة العامة"<sup>٢</sup>.

فعلي سبيل المثال، الإعلان إجراء قضائي يراد به إيصال واقعة معينة لعلم المعلن إليه، بيد أن وصول الإعلان لعلم المعلن إليه، وإن تحققت به الغاية كإجراء لا يكفي للتسليم بصحته، وإنما ينبغي أن يصل لعلم المعلن إليه مستوفياً للأوضاع والبيانات التي ينص عليها القانون، وإلا كان باطلاً، ومع ذلك لا تقضي المحكمة بالبطلان إذا ثبت أن النقص أو الخطأ الذي شاب الشكل أو البيان المطلوب لم يترتب عليه تخلف الغاية منه<sup>٣</sup>.

أيضاً، النقص أو الخطأ في اسم المعلن أو المعلن إليه أو في لقبه أو في وظيفته لا يترتب عليه البطلان طالما أنه لم يؤدي هذا النقص أو الخطأ للتشكيك في حقيقة الخصم المعلن أو المعلن إليه، ويعني توقيع المحضر عن عدم ذكر اسمه للتثبت من أن الاعلان قد جري علي يد موظف عام مختص بإجرائه، وهذا علي خلاف حالة عدم ذكر تاريخ الإعلان الذي يؤدي لبطلان الإعلان إذا كان بيان التاريخ الذي جري

---

<sup>١</sup>د/أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند ٣٩٣، ص ٦٣٥  
<sup>٢</sup> الطعن رقم ١٤٥، ٢٢١ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١١/٣/٢٢، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات في ١٠ سنوات من يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢، منشور علي الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية

<sup>٣</sup>د/أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند ٣٩٥، ص ٦٤٢

فيه الإعلان يهدف لتحقيق غاية معينة في الإعلان، كما لو كان إعلان يبدأ به ميعاد طعن.

وهو ما يستوجب أن يبحث القاضي كل حالة علي حدة، وما إذا كانت الغاية من الشكل أو البيان المطلوب قد تحققت أم لا، حتي ولو تعلق الشكل بالنظام العام. فإذا تحققت الغاية من الشكل، فإنه لا يحكم بالبطلان حتي ولو كان الشكل الذي تخلف يتعلق بالنظام العام استناداً لعمومية نص المادة ٢٠ مرافعات، والذي لم يفرق بين الشكل الذي يتعلق بالنظام العام، ونظيره الخاص بالمصلحة الخاصة لأحد الخصوم<sup>١</sup>. ويتباين مسلك الخصم في التمسك بالبطلان تبعاً لما إذا كان البطلان منصوص عليه قانوناً، أم غير ذلك، فإذا كان البطلان منصوص عليه قانوناً، أي أن القانون ينص صراحة علي البطلان في حالة ثبوت المخالفة الإجرائية، فإنه يجب علي الخصم صاحب المصلحة أن يثبت حصول المخالفة التي تستوجب الحكم بالبطلان، أما إذا لم ينص القانون علي البطلان، فإنه يجب أن يثبت الخصم صاحب المصلحة أن الإجراءات يعتريه عيب جوهري لم تتحقق بسببه الغاية من الشكل تطبيقاً لحكم المادة ٢٠ من قانون المرافعات.

في ضوء ما سبق، يثور التساؤل عن مدي جواز التمسك بالمخالفة الاجرائية اذا تحققت الغاية من الاجراء، فهل يجوز الادعاء بوجود المخالفة الاجرائية علي الرغم من تحقق الغاية من الاجراء، أم لا يجوز ذلك طالما تحققت الغاية من الاجراء تطبيقاً لنص المادة ٢٠ مرافعات؟ فعلي سبيل المثال، اذا شاب إعلان أوراق التكليف بالحضور مخالفة اجرائية، وحضر المعلن إليه الجلسة المحددة لنظر الدعوي مما ترتب عليه تصحيح هذا البطلان، فهل يجوز لهذا الخصم التمسك بالبطلان علي أساس أن الاجراءات لم تتم علي نحو صحيح، أم لا يجوز له ذلك علي أساس تحقق الغاية من الاجراء المشار إليها بنص المادة ٢٠ مرافعات.

مما لا شك فيه أن قاعدة تحقق الغاية من الإجراء الباطل قد تؤدي لعدم جدوي اقامة الخصم الدليل علي عدم صحة الاجراء، وهو ما يعني أن المحكمة لا تملك الحكم

<sup>١</sup>د/أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند ٣٩٥، ص ٦٤٣

بالبطلان علي الرغم من تحقق موجبات القضاء به، والمقدمة من الخصم صاحب المصلحة اذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء الباطل، أي أن قاعدة تحقق الغاية من الاجراء الباطل تمثل قيد علي تقديم الخصم الدليل علي وقوع المخالفة الإجرائية بحيث لا تقضي المحكمة بالبطلان إلا اذا ثبت عدم تحقق الغاية من الاجراء الباطل. وبمفهوم المخالفة، يجب علي المحكمة أن تقضي بالبطلان اذا توافر شرطان، هما الشرط الأول تقديم الخصم الدليل علي وقوع المخالفة الاجرائية، الشرط الثاني ألا تتحقق الغاية من الاجراء الباطل. وتقدير مدي توافر هذه الشروط يتترك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، وذلك وفقا لظروف كل دعوي علي حدة، والملابسات المحيطة بها.

#### الدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام :

في هذه الحالة، يدعي أحد الخصوم وقوع مخالفة اجرائية، وأقام الدليل علي ذلك، إلا أن هذه المخالفة لا تتعلق بالنظام العام، وإنما تمس مصلحة خاصة بأحد الخصوم، وهو ما يعني أن التمسك بها يسقط الحق فيه بالكلام في الموضوع، وهو ما يطلق عليه الفقه الاجرائي بالدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام، والذي يجب التمسك به قبل أي دفع موضوعي، أو دفع بعدم القبول<sup>1</sup>.

لذا، يثور التساؤل عن مدي سلطة المحكمة بالقضاء بالبطلان اذا قدم إليها الخصم الدليل علي المخالفة الاجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، فهل تملك ذلك، أم لا يجوز لها ذلك علي أساس أن المخالفة الاجرائية يسقط الحق في التمسك بها بالكلام في الموضوع؟

لم تميز محكمة النقض في القضاء الصادر عنها بين المخالفات الاجرائية غير المتعلقة بالنظام العام أو نظيرتها المتعلقة بالنظام العام من حيث سريان قاعدة الأصل في الاجراءات أنها تمت مالم يقم الدليل علي عكس ذلك، إلا أن طبيعة الدفع الشكلي غير المتعلقة بالنظام العام تقيد سلطة المحكمة في القضاء بالبطلان اذا ثبت

<sup>1</sup> د/نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، مرجع سابق، ص ١٠٦، د/أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١١، ص ٦٩

أن المخالفة الاجرائية كانت تشكل دفع شكلي غير متعلق بالنظام العام، ولم يتمسك به الخصم في الميعاد المناسب، وعلي الرغم من اقامة الخصم الدليل علي وقوع هذه المخالفة الاجرائية.

والقول بغير ذلك قد يسمح للخصم سيئ النية بإهدار الاجراءات ووقت وجهد المحكمة التي فصلت في الدعوي، لأنه كان يملك الفرصة المناسبة للدفع الشكلي بوقوع المخالفة الاجرائية، ومع ذلك تحدث في موضوع الدعوي مما أسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلي، ثم يجوز له التمسك بذات المخالفة الاجرائية عن طريق اقامة الدليل علي وقوعها استناداً لعدم تمام الاجراءات، فعلي سبيل المثال تنص المادة ١٠٨ مرافعات علي أنه إذا كان الدفع يستند إلي عدم اختصاص المحكمة محلياً، يجب ابداءه قبل إثارة أي دفع بعدم القبول أو دفع موضوعي استناداً إلي أن قواعد الاختصاص المحلي لا تتعلق بالنظام العام، أما لو كان الدفع مبنياً علي عدم اختصاص المحكمة ولائياً أو نوعياً أو قيمياً بالدعوي التي تنظرها، فيجوز للخصم التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوي، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها تطبيقاً لنص المادة ١٠٩ مرافعات.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن " قواعد الاختصاص القيمي للمحاكم تتعلق بالنظام العام طبقاً للمادة ١٠٩ من قانون المرافعات لأنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة هي حسن تنظيم القضاء لا مصلحة خاصة بالمتقاضين"<sup>١</sup>، فإذا كانت المحكمة التي نظرت الدعوي غير مختصة محلياً بها، فلا يجوز للخصم بعد ذلك أن يطعن علي الحكم علي أساس مخالفة قواعد الاختصاص المحلي، ولو أقام الدليل علي ذلك؛ لأنه إذا كان هذا الدليل ينال من القاعدة الأصولية القائمة علي أن الأصل أن الاجراءات روعيت، إلا أن هذا الدليل يصطدم بالقاعدة التي نصت عليها المادة ١٠٨ مرافعات، والتي تقرر أنه يجب ابداء الدفع بعدم الاختصاص المحلي قبل إثارة أي

<sup>١</sup> الطعن رقم ٨٢٤١ لسنة ٦٦ق، جلسة ٢٧/٤/٢٠٠٩، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات في ١٠ سنوات من يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية

دفع بعدم القبول أو دفع موضوعي استناداً إلي أن قواعد الاختصاص المحلي لا تتعلق بالنظام العام.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بأن "الأصل في الإجراءات الصحة وأنها قد روعيت ما لم يقد دليل على خلاف ذلك - وأنه لما كان الطاعنان لم يتمسكا أمام محكمة الموضوع بأن أمراً لم يصدر من مستشار الإحالة بإحالة الدعوى إلى محكمة الجنايات، فإنه لا يجوز لهما إثارة ذلك، والدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض".<sup>1</sup>

### العبرة بحقيقة الواقع :

العبرة في مخالفة الإجراءات أو عدم مخالفتها هي بحقيقة الواقع، ولذلك مجرد عدم الإشارة في محضر الجلسة أو في الحكم إلى شيء خاص بها أو مجرد الإشارة خطأً إلى شيء منها لا يبرر في حد ذاته القول بوقوع المخالفة بالفعل، بل يجب على من يدعى المخالفة أن يقيم الدليل على مدعاه بالطريقة التي رسمها القانون، وهو ما قضت به محكمة التمييز الكويتية، فقررت " إن الشارع في المادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات قد نص على أن الأصل في إجراءات المحاكمة هو اعتبار أنها جميعاً - على إختلاف أهميتها - قد روعيت أثناء الدعوى ، على ألا يكون من وراء ذلك إخلال بما لصاحب الشأن من الحق في أن يثبت أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت في الواقع، وذلك بكل الطرق القانونية إلا إذا كان ثابتاً بمحضر الجلسة أو بالحكم أن هذه الإجراءات قد روعيت ، ففي هذه الحالة لا يكون لمن يدعى مخالفتها سوى أن يطعن بالتزوير في المحضر أو في الحكم. و هذا يلزم عنه أن تكون العبرة في مخالفة الإجراءات أو عدم مخالفتها هي بحقيقة الواقع. ولذلك، فإن مجرد عدم الإشارة في محضر الجلسة أو في الحكم إلى شيء خاص بها أو مجرد الإشارة خطأً إلى شيء منها لا يبرر في حد ذاته القول بوقوع المخالفة بالفعل، بل يجب على من يدعى المخالفة أن يقيم الدليل على مدعاه بالطريقة التي رسمها القانون".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> طعن جنائي رقم ١٦١٠ لسنة ٤٥ق، جلسة ١٩٧٦/٢/٢، منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية :

<sup>2</sup> طعن ١٠٤٦، جلسة ٢٠٠١/١١/١٩، منشور علي الموقع الالكتروني لقوانين الشرق

## الخاتمة والتوصيات

تناول الباحث موضوع "قرينة الصحة الإجرائية" في ثلاثة فصول رئيسية، كان موضوع الفصل الأول ماهية قرينة صحة الاجراءات، والفصل الثاني "نطاق قرينة صحة الاجراءات"، والفصل الثالث "نقض قرينة صحة الاجراءات".

وتنقسم دراسة الفصل الأول لمبحثين، كان مفهوم قرينة صحة الاجراءات موضوع المبحث الأول من حيث المقصود بهذه القرينة، والتميز بينها وبين غيرها من المصطلحات الأخرى، بينما كانت المفترضات اللازمة لقرينة صحة الاجراءات موضوع المبحث الثاني.

أما الفصل الثاني بعنوان نطاق قرينة صحة الاجراءات، ويشمل المبحث الأول، تطبيقات قرينة الصحة أمام محاكم القضاء المدني، أما المبحث الثاني، فيتضمن تطبيقات قرينة الصحة أمام المحاكم المتخصصة وغيرها.

وجدير بالذكر أن نطاق قرينة صحة الاجراءات واسع، ويمتد ليشمل الصور المختلفة للإجراءات القضائية يستوي في ذلك الإجراءات الجوهرية أو الإجراءات غير الجوهرية، فلا ينحصر نطاق هذه القرينة علي الإجراءات الجوهرية فحسب، فمحكمة النقض ساوت بين الاجراء الجوهرية ونظيره غير الجوهرية من حيث قاعدة الأصل في الاجراءات أنها صحيحة، فلم تستبعد من نطاق هذه القاعدة الاجراءات غير الجوهرية، وهو ما يبرره فلسفة قرينة صحة الاجراءات، والقائمة علي عدم جواز النيل من الاجراءات القضائية لمخالفة اجرائية لم يقم الدليل علي ثبوتها، وبالتالي ضمان صحة الحكم الصادر يستوي في ذلك الاجراء الجوهرية الذي لا غني عنه، ونظيره غير الجوهرية.

ويقصد بالإجراء الجوهرية كل اجراء يلزم القيام به علي النحو الذي يحدده القانون، بحيث عدم القيام به أو القيام به علي نحو غير صحيح يؤدي لعدم تحقق الغاية منه، وبالتالي بطلان الاجراء، فإذا كانت الغاية من الاجراء الحفاظ علي مصالح الخصوم واحترام حقهم في الدفاع، أو المصلحة العامة القائمة علي حسن سير مرفق القضاء، فإن الاجراء يكون جوهرياً.

فعلي سبيل المثال، اجراء توقيع محام مقبول للمرافعة علي صحيفة الدعوي في مرحلة رفع وتحريك الدعوي، اجراء اعلان صحيفة الدعوي للمدعي عليه وتكليفه بالحضور في الجلسة المحددة لنظرها، اجراء نظر الدعوي في علانية، واجراء توقيع مسودة الحكم من أعضاء المحكمة الذين اشتركوا في سماع الدعوي والمداولة بخصوص الحكم الصادر، ففي هذه الأحوال يعد الاجراء جوهرى لأن عدم القيام به يؤدي لبطلان الاجراء لعدم تحقق الغاية منه تطبيقاً لحكم المادة ٢٠ مرافعات.

أما الاجراء غير الجوهرى، فهو كل اجراء لا يؤدي لبطلانه عدم القيام به أو القيام به علي نحو غير صحيح قانوناً، وهو ما تطلق عليه محكمة النقض الاجراءات التنظيمية التي لا يؤدي مخالفتها لأي بطلان، أي أنه اذا كان غرض الاجراء مجرد مراعاة اعتبارات الملائمة أو التنظيم الاجرائي أو تسهيل مهمة القاضي لنظر الدعوي والفصل فيها، فإن الاجراء يكون غير جوهرى، ولا يترتب علي مخالفته البطلان، فعلي سبيل المثال، الاجراءات المتعلقة بترتيب سير الجلسات، المناداة علي الشهود لسماع شهادتهم، تأجيل الجلسات، وغيرها من الاجراءات التي تعدها محكمة النقض من قبيل الاجراءات التنظيمية التي لا يترتب علي مخالفتها أي بطلان.

وجدير بالذكر أنه لا أثر لموضوع الدعوي علي تطبيق قاعدة الأصل في الاجراءات أنها روعيت، فنطاق هذه القاعدة عام ويشمل كافة أنواع الدعاوي والمنازعات يستوي في ذلك المنازعات المدنية أو المنازعات غير المدنية (الدعاوي الجنائية)، وهو ما يمكن أن نطلق عليه النطاق العام لقاعدة الأصل في الاجراءات أنها روعيت، فقضاء محكمة النقض المستقر في هذا الشأن لم يفرق بين الطعون بالنقض في المسائل الجنائية أو الطعون بالنقض في المسائل غير الجنائية، كالمسائل المدنية والمسائل التجارية، ومسائل الأحوال الشخصية، ولم تكتفي محكمة النقض بتطبيق هذه القاعدة علي ماسبق، بل أكدت عليها في نطاق الاجراءات التي تنتم بها بعض المحاكم المتخصصة، كالمحاكم الاقتصادية، ومحاكم الأسرة.

ويرجع النطاق الواسع والعام لقاعدة الأصل في الاجراءات أنها روعيت إلي وحدة التنظيم الاجرائي للدعوي، وبصرف النظر عن موضوعها، فالدعاوي المدنية

والدعاوي الجنائية تتلاقى إجراءاتها من حيث إجراءات رفع الدعوي وإجراءات نظرها وتحقيقها من هيئة المحكمة، وإجراءات اصدار الحكم المنهي لها، وإجراءات الطعن عليه أمام المحكمة الأعلى درجة.

أما الفصل الثالث نقض قرينة صحة الاجراءات، ينقسم إلي المبحث الأول الإجراءات الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم، المبحث الثاني الإجراءات غير الثابتة بمحضر الجلسة أو الحكم، وتدور دراسة هذا الفصل حول أن الأصل أن البطلان لا يقع بقوة القانون، وإنما يجب أن تقضي به المحكمة بناء علي تمسك صاحب المصلحة والصفة بذلك، أو من تلقاء نفسها اذا كان يتعلق بالنظام العام، فالإجراء المعيب يبقى منتجاً لكل أثاره إلي أن يصدر حكم ببطلانه، ويجري التمسك ببطلان صحيفة الدعوي أو أي إجراء في الخصومة بدفع شكلي وفقاً للشروط والأوضاع المشار إليها بنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات، وإذا كان البطلان وارداً علي حكم، فإن التمسك ببطلانه يحصل عن طريق الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً، وأمام المحكمة الأعلى درجة، فإذا انقضى ميعاد الطعن دون ولوجه زال عن الحكم أو عن الاجراءات السابقة عليه كل المخالفات التي تعيبه.

ويتعين التمييز بين فرضين بخصوص إقامة الدليل علي وقوع المخالفة الإجرائية أو عدم القيام بالإجراء، الفرض الأول عدم تقديم الدليل علي وقوع المخالفة الإجرائية، يتعين علي المحكمة المختصة رفض الإدعاء أو الدفع أو الطعن.

الفرض الثاني إذا قدم الخصم الدليل علي وقوع المخالفة الإجرائية، تحضي المحكمة المختصة بسلطة تقديرية لقبول هذا الدليل من عدمه، فقد تقبل الدليل وتقضي ببطلان الإجراء، وقد لا تقبل الدليل لعدم كفايته متي كان تقديرها لذلك سائغاً ومقبولاً.

أي أن الخصم يقيم الدليل علي أن الإجراء لم يجري أصلاً، أو أن يقيم الدليل علي أن الإجراء تم علي نحو غير صحيح، وفي الحالة الأولى يتعين التمييز بين سقوط الحق في الإجراء وعدم سقوط الحق في الإجراء، أما في الحالة الثانية للحكم ببطلان الإجراء، يتعين مراعاة قواعد الحد من أثار البطلان، وهي قاعدة تحقق الغاية من



الإجراء الباطل، والدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام، وتحول الإجراء الباطل، وانتقاص البطلان.

### التوصيات :

أوصي المشرع المصري بأن يورد نص في قانون المرافعات يؤكد علي أن "الأصل اعتبار أن الإجراءات قد روعيت في أثناء نظر الدعوي، ومع هذا فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت، ما لم تكن مذكورة في محضر الجلسة أو في الحكم، فإذا ذكر في أحدهما أنها اتبعت، فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير".

وهو ما يعد تأكيداً لقضاء محكمة النقض المستقر في هذا الشأن، وعلي غرار نص المادة ٣٠ من قانون اجراءات وحالات الطعن بالنقض المتعلقة بالطعون الجنائية.

وتعود الفائدة من هذا النص إلي حسم ما قد يثور من خلاف فقهي وقضائي حول نطاق تطبيق هذه القاعدة، أي الخلاف الذي قد يقع بمناسبة تحديد المسائل الاجرائية التي تشملها هذه القرينة الإجرائية من عدمه، وخاصة أن قانون المرافعات هو الشريعة العامة للقوانين الاجرائية، فلا يتصور النص علي وسائل للحد من آثار البطلان، ودون أن يكون أحدها قاعدة أن الاجراءات صحيحة مالم يقوم الدليل علي غير ذلك.

## المراجع

### أولاً - الكتب العامة والمتخصصة :

د/إبراهيم النفيلاوي، مسئولية الخصم عن الاجراءات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣  
د/إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، بدون سنة نشر،  
منشأة المعارف

د/أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة ١٢، بدون سنة نشر، منشأة  
المعارف

د/أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشر، منشأة  
المعارف الاسكندرية،

د/أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الطبعة الثامنة،  
بدون سنة نشر

د/أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الاثبات، ١٩٨٧، منشأة المعارف  
الاسكندرية

د/أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، اسكندرية  
د/أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة  
٢٠١٠

د/أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧  
د/أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي، بدون سنة  
نشر، دار النهضة العربية

د/أحمد ماهر زغلول، قواعد الإعلان القضائي واتجاهات تطويرها في النظام  
القانوني السعودي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، نشر ٢٦/٥/١٩٩٢، ص ١

د/أحمد هندي، أصول قانون المرافعات، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٢

د/أحمد هندي، الإعلان القضائي، ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية

د/أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة،  
اسكندرية

د/أحمد هندي، التنفيذ الجبري علي ضوء قانون المرافعات وتعديلاته بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦

د/أسامة المليجي، نظام الإثبات والمقارنة بين الإثبات في المواد المدنية وبين الإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣

د/أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣

د/أسامة المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري وفقا لأخر التعديلات التشريعية (قانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧)، دار النهضة العربية، ٢٠١٢

د/أسامة المليجي، موضوعات مختارة في خصومة تنفيذ الأحكام، دار النهضة العربية، ٢٠١٢

د/الانصاري النبداني، القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، بدون دار نشر

د/الانصاري النبداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ٢٠١٦، بدون دار نشر

د/أمينة النمر، الدعوي واجراءاتها، بدون سنة نشر، منشأة المعارف

د/أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٣

د/حمد سليمان الرشيدى، النظرية العامة للجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ٢٠١٢

د/خيري البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠١٢

د/سحر عبدالستار إمام، دور القاضي في الاثبات، ٢٠٠٢، دار النهضة العربية

د/سيد أحمد محمود، دور المحامي في المنظومة القضائية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، دار النهضة العربية

د/سيد أحمد محمود، دور المرافعة في المنظومة القضائية، بدون سنة نشر، وبدون دار نشر

د/سيد أحمد محمود، إقامة الدليل أمام القضاء المدني، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، بدون دار نشر

د/عبدالحكم فودة، الطعن بالتزوير، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧، منشأة المعارف، اسكندرية

د/عيد القصاص، الإدعاء بالتزوير أمام القضاء المدني، ١٩٩٧، دار النهضة العربية  
د/طلعت دويدار، تأجيل الدعوي، محاولة لضبط قواعد التأجيل بين قيمة الوقت في الدعوي والحق في الدفاع، بدون سنة نشر، منشأة المعارف

د/طلعت دويدار، الاعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوي ومبدأ سلطان الارادة في الخصومة، منشأة المعارف، ٢٠٠٣

د/علي بركات، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢

د/فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ٢٠٠٩، دار النهضة العربية  
د/محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، دار النهضة العربية

د/محمد ابراهيم، تعليق علي حكم محكمة النقض في عدم الغلو في الشكل، المجلة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٠، ص ١٢١

د/محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، ١٩٨٩، دار النهضة العربية

د/محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية، تنقيح الدكتور/فوزية عبدالستار، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ٢٠١١، دار النهضة العربية

د/نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، بدون سنة نشر، منشأة المعارف، الاسكندرية،

د/نبيل اسماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية، دراسة تحليلية وعملية لقانون  
المرافعات والفقهاء والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨١  
د/وجدى راغب، مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى ١٩٧٨، دار الفكر العربي  
ثانياً - مجموعات أحكام محكمة النقض الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض  
- القسم المدني

ثالثاً - تقارير ومواقع إلكترونية :

تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون  
الاقتصادية ، مضبطة مجلس الشعب، الفصل التشريعي التاسع، دور الانعقاد العادي  
الثالث

موقع محكمة النقض المصرية علي شبكة الانترنت

موقع قوانين الشرق

## النظام الإجمالي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني

د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانونى

استاذ مساعد قانون المرافعات

وكيل كلية الحقوق - جامعة أسوان

محام بالنقض ومحكم دولى ووسيط قانونى



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يريدا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ سورة النساء آية (٣٥).  
ويقول تعالى: ﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ سورة النساء آية (١١٤).

ويقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ... إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾ سورة الحجرات آية (٩ - ١٠).

ويقول عز وجل: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ سورة النساء آية (٦٥).  
ويقول تعالى: ﴿ ... لَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ... ﴾ سورة النساء آية (١٢٨).

ويقول تبارك وتعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ سورة النساء آية (٥٨).

واعتذر عما قد يكون من نقص أو قصور بقول العماد الأصفهاني ((إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غدة لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر)). (العماد الأصفهاني: معجم الأدباء، مقدمة).





## إهداء

إلي :

مصر الحبيبة التي في خاطري

أرواح شهداء مصر الأبرار

والدي إخوتي زوجتي أصدقائي

ابني محمود، وابنتي يمنى، وابني يس ... الأمل والمنى

رمز عرفان وتقدير

## مقدمة

١ - علاقة التحكيم الإلكتروني بوسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة: في عصر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات جعلت وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة كل دول العالم بلا حدود جغرافية رغم بُعد المسافات واختلاف التوقيت، وهي كثيرة فمنها: الكتابية، كالبرق، والتلكس، والبريد المصور (الفاكس)،... أو الصوتية كالهاتف العادي، والمرئي، والمحمول، والراديو... أو مسموعة مرئية كالتلفاز والفيديو... أو وسائل كتابية صوتية مرئية كالإنترنت، والفيديوكونفرانس... (١). وللتفاعل معها كان لابد من سن نظرية قانونية للمعلوماتية (القانون المعلوماتي)، والاعتراف التشريعي بالكتابة والتوقيع الإلكتروني، وتطوير قطاع الاتصالات، وإصدار التشريعات اللازمة لحماية أمن وتوثيق وتصديق المعلومات الإلكترونية... (٢)؛ وذلك نتيجة لظهور نظم قانونية جديدة كالتجارة الإلكترونية، والدليل الإلكتروني، والنقاضي الإلكتروني، والتحكيم الإلكتروني... فكل شيء أصبح إلكتروني E. (٣). ويتم فض منازعات التجارة الإلكترونية بطريقة إلكترونية تتفق مع طبيعتها وبنفس الآلية التي تمت بها عن طريق مراكز، وهيئات متخصصة في فض المنازعات إلكترونيا بإحدي الوسائل البديلة (٤).

- (١) د. محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة ١٩٩٣م، ص ٢ وما بعدها. د. محمد عبد الظاهر حسين، الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠ / ٢٠٠١م، ص ٥ وما بعدها. د. خليل صابات، وسائل الاتصال وتطورها، ٩٦، مكتبة الأنجلو المصرية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص ٩-١١.
- (٢) د. عدلي أمير خالد، فض منازعات المديونية، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٢٩٣. د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٥م، ص ٣٦٢ - ٣٦٣. د. محمد صابر الدميري، دور الحاسب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١٤م، ص ٤٠.
- (٣) د. سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني والكثرونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥م، ص ٣ وما بعدها. د. السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٢م، ص ٩ وما بعدها.
- (٤) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م، ص ١٥. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، بند ٤٠، ص ٦٧. د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص ٦٥. د. السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، ص ٩ وما بعدها. د. عدلي أمير خالد، فض منازعات المديونية، ص ٢٩٣. د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية، ص ٣٦٢-٣٦٣. د. محمد أبو العينين، مقدمة في حسم منازعات التجارة الإلكترونية،

وبعد أن وقر في أذهان الناس أن خير وسيلة لإماتة حق طرحه علي القضاء؛ لبطء التقاضي وعدم فاعلية تنفيذ الأحكام القضائية، فقد ترعرت النظم الودية البديلة بثوبها القشيب وأخذت بها كثير من دول العالم، ومن هذه النظم: التحكيم L'arbitrage، والوساطة La Médiation، والتوفيق La Conciliation، والصلح La Transaction، والمفاوضة أو التفويض La Négociation، والاستشارة La Consultation، والمحكمات المصغرة Mini-Trial، ومجالس تسوية المطالبات Disputes Le adjudication board... غير أن نجاح الوسائل البديلة مرهون بزيادة وعي وثقافة أفراد المجتمع بأهميتها، وتفعيل دور الدولة من الناحية التشريعية والقضائية، والإعداد الجيد للكوادر الوطنية عالية الخبرة والمهارة باعتباره واجباً وطنياً وضرورة قومية. وهذه الوسائل لها علاقة وطيدة بالثقافة والتقاليد والعادات الاجتماعية لكل بلد (١).

---

مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ووسائل حسم المنازعات، جامعة الدول العربية ١٢-١٣ يناير ٢٠٠٢م، ص ٢.

(١) د. أحمد عبدالكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م، ص ١٠ وما بعدها. د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣م، ص ٣٢٢ - ٣٢٤. د. أحمد فوزي عبد المنعم، وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، مجلد ٦١، ٢٠٠٥م، ص ٥٢٣.

-Gilles Eymery; La médiation dans le monde...Gaz. Pal 28-30 Nov. 1999; P. 7.

-Élodie-Anne Télé maque; la médiation en propriété intellectuelle; Gaz.Pal.9-11mars2008; doct.; P.8.

-B. Blohorn-Brenneur; Conciliation amiable composition et mediation judiciaire dans les conflits individuels du travail; La pratique Grenobloise; Rév. arb. 1999; N. 4; P. 788.

-B. Oppett; Les modes alternatifs des règlement des différends de la vie économique; chronique justices; 1995; P. 55.

-J. El Hakim; Les modes alternatifs des règlement des conflits dans les droits des contrats; Rév. Int. Dr. Com. 1997; P. 351.

-G. Cornu; Les modes alternatifs des règlement de Règlement des conflits; Rév. Int. Dr. Com. 1997; N. 2; P. 316.

ويتم تسوية منازعات التجارة الإلكترونية بالتحكيم الإلكتروني - الذي يعتبر السلطة القضائية للعالم الافتراضي - الذي يتطلب وجود اتفاق تحكيم، ونظام إجرائي خاص يتناسب مع طبيعته، حيث يبدأ باتفاق، ويمر بإجراءات، وينتهي بحكم(١). ويعتبر التحكيم الإلكتروني وسيلة واعدة وأكددة لحل المنازعات التي يجوز فيها الصلح كالمنازعات المدنية، والبيئية، والملكية الفكرية والصناعية والرياضية، وأسماء نطاق وعاوين المواقع الإلكترونية وأمن المعلومات، والمنافسة غير المشروعة، وعقود المستهلك، ومنازعات التجارة الإلكترونية، ومنازعات القرصنة أو السطو الإلكتروني للعلامات التجارية... (٢)؛ وذلك لتوافر الخبرة، والثقة، والأمان التقني، والاقتصاد في الجهد والوقت والإجراءات... (٣). والتحكيم الإلكتروني هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، على تسوية كل أو بعض منازعاتهم القابلة للتحكيم الإلكتروني التي نشأت أو ستنشأ بينهم، عن

(١) د. أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، بحث ضمن فعاليات المؤتمر الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بالتعاون مع جامعة الدولة العربية ٢٠٠٢م، ص ١. وضمن أعمال مهدها لروح د. محسن شفيق، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م.

(٢) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ٢٦٤ وما بعدها، ص ٤١٧ وما بعدها. د. شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق / جامعة الكويت، س ٢٨، ع ٣٤ سبتمبر ٢٠٠٤م، ص ٤٠٢ وما بعدها. د. عصام عبدالفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ١٨٤. د. محمود عبدالرحيم الديب، الحماية القانونية للملكية الفكرية في مجال الحاسب الآلي والإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٥م، ص ٧١.

(٣) د. أحمد عوض هندي، التحكيم "دراسة إجرائية"، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٦م، بند ٧١، ص ٢٩١؛ حكم التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق إسكندرية ٢٠٠٩م، ع ٢٤، بند ٣، ص ٤٨. د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٥م، ص ١٥ وما بعدها. د. محمود عبدالرحيم الديب، الحماية القانونية للملكية الفكرية، ص ٧١.

### **-Ahmed Mikalalah; La Résolution par l'arbitrage électronique des litiges relatifs à l'internet; thèse Strasbourg III 2004; N.2; P.8 ets.**

وقد أقرت التشريعات الوطنية والدولية حجية كل من المحرر والتوقيع الإلكتروني منها: التوجيه الأوربي للتوقيعات الإلكترونية رقم ٩٣ / ١٩٩٩م الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩م. وقانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١م. وقانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ١٩٩٦م. والتشريع الفرنسي رقم ٢٣٠ / ٢٠٠٠م الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠م. وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤م، والقانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات. والقانون التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية. والقانون الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الإلكترونية. والقانون الإماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية. وقانون البحرين الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢م...

طريق هيئة تحكيم إلكتروني من اختيارهم، تطبق القانون الاتفاقي وضمانات التقاضي، لإصدار حكم تحكيم إلكتروني(١). ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني سابقاً على قيام النزاع كشرط تحكيم أو لاحقاً بعد قيام النزاع كمشاركة تحكيم أو في شكل إحالة ترد في العقد الأصلي إلى وثيقة كشرط تحكيم بالاحالة. ويجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم إلكتروني أن تحكم بعدم قبول الدعوى القضائية إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، ولا يحول رفع الدعوى القضائية دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم الإلكتروني (م ١٣ تحكيم مصري)(٢).

وظهرت عدة مراكز متخصصة في مجال فض المنازعات إلكترونيا كمراكز تسوية إلكترونية للمنازعات عن طريق التحكيم، والمفاوضة، والتوفيق، والوساطة... لذا تعد لوائح تلك المراكز مصدراً لقواعد وأسس التحكيم الإلكتروني في ظل غياب تشريعات وطنية، واتفاقيات دولية تنظم قواعد وإجراءات التحكيم الإلكتروني، وبمجرد الدخول لأي موقع من تلك المراكز أو الهيئات على الإنترنت

(1) د.نبيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١١م، بندا، ص٣. د.محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط٣، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٠م، بندا، ص٥. د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، بندا، ص٤٤. د.خالد ممنوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص٢٤٨. دستورية عليا ١٩٩٤/١٢/١٧ف، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ق، الجريدة الرسمية ٢٤، ١٢يناير ١٩٩٥م. دستورية عليا ١٩٩٩/٧/٣ف، القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ق، الجريدة الرسمية، ع ٢٨، ١٥يوليو ١٩٩٩م. دستورية عليا ٢٠٠١/١/٦ف، القضية رقم ٦٥ لسنة ١٨ق، الجريدة الرسمية، ع ٣، ١٨يناير ٢٠٠١م. إدارية عليا ١٩٩٤/١/١٨ف، طعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ق، مج، س٦٨، ص٦٩١.

(2) د.أحمد هندي، التحكيم، بندا، ص٢ وما بعدها. د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص٨. د.هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٤ف، ص٣١ وما بعدها. د.سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٦م، ص١٧٢-١٧٨. نقض مدني ٢٧/٥/٢٠١٠م، طعن رقم ٧٦٧ لسنة ٧٦ق،

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

-Jean Vincent et Sarge Gunchard; Procédure Civile; Dalloz 1994; P. 961.

-Philippe Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage commercial international; Litec;1996; N. 7; P. 11.

-Bruno oppotit; La clause arbitrale par rférence; Rév.arb.1990; P.550 ets.

نجد الوسائل أو الخدمات التي تقدمها، وآلية تقديم كل خدمة، سواء أكانت خدمة التحكيم الإلكتروني أو الوساطة الإلكترونية أو المفاوضة الإلكترونية أو التوفيق الإلكتروني أو الصلح الإلكتروني... ويلاحظ أن الطابع العالمي لشبكات الاتصال الإلكترونية يؤدي إلى استبعاد القواعد التقليدية للاختصاص التشريعي والقضائي لحسم منازعات التجارة الإلكترونية. ومن هذه المراكز: هيئة الأيكان (ICANN) ، [www.icann.org](http://www.icann.org)، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايبو) [www.wipo.org](http://www.wipo.org)، ونظام المحكمة الفضائية (Le cybertribunal) [www.cybertribunal.org](http://www.cybertribunal.org)، ونظام القاضي الافتراضي (Magistrate Virtual) [www.vmag.org](http://www.vmag.org)، وجمعية التحكيم الأمريكية American Arbitration Association - [www.aaa.com](http://www.aaa.com) (AAA)، ومحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس: [www.iccnetscase.org](http://www.iccnetscase.org)....(١).

ويوجد في موقع مركز التسوية الإلكترونية للمنازعات أمانة عامة تتلقى طلبات فض المنازعات إلكترونياً - طلب تحكيم، طلب وساطة، طلب توفيق... والتي يقوم المدعي بإرسالها بعد ملء نموذج الطلب المعد سلفاً على الموقع بشبكة الإنترنت مرفقاً به: اتفاق طرفي النزاع على حل النزاع بإحدى الوسائل البديلة إلكترونياً، والطلبات، والأدلة، والمستندات الإلكترونية والورقية عبر جهاز المسح Scanner، وتقوم أمانة المركز بإخطار المدعي عليه ودعوته للمشاركة، وتقديم طلباته وأدلته ومستنداته، واختيار محكمة... ثم يقوم المركز بإعداد صفحة للنزاع على موقعه بشبكة الإنترنت (ملف خصومة التحكيم الإلكتروني Net Cass, Web

---

(1) د. أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النشر الذهبي للطباعة، القاهرة ٢٠٠٣م، ص ٧٢. رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، مجلة الشريعة والقانون، تصدرها كلية القانون/ جامعة الإمارات، ع ٢٢٤، يناير ٢٠٠٥م، ص ٣٠٨ وما بعدها. د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٦م، ص ١٩-٢٠. د. عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، بند ٣١، ص ٣٥. د. هند الطوخي السيد، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٠م، ص ١٤٣. د. مجدي عبدالغني خليف، أوجه الرقابة على آلية التحكيم الإلكتروني، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ٢٠١٦م، ص ٢٨ وما بعدها.

-Vincent Tilman; Arbitrage et nouvelles technologies: Alternative Cyberdispute Résolution, *Révue Ubiquite*; 1999; N. 2; P.51- 53.

(File, Ecaf, Case Cite) يتسم بالخصوصية والسرية يودع به جميع الأوراق والمستندات، ويزود طرفي النزاع، وهيئة الفصل في موضوع النزاع بكلمة سر (Password) لدخول الموقع واستعراض النزاع، ويقوم قلم السكرتارية بدور المنسق الإداري والفني لتنظيم ملف خصومة التحكيم الإلكتروني، وإعلان الأطراف بجميع الأوراق والإخطارات والملفات والرسائل عبر العنوان البريدي الإلكتروني باعتباره الموطن الافتراضي لأطراف التحكيم الإلكتروني، وتقوم هيئة التحكيم الإلكتروني بتوضيح آلية سير خصومة التحكيم الإلكتروني لطرفي النزاع، وكيفية عقد الجلسات وسير الإجراءات في وثيقة التحكيم الإلكتروني الموقع عليها من هيئة التحكيم وطرفي النزاع(١).

وتبدأ خصومة التحكيم الإلكتروني بسماع الادعاء، والدفاع، والدفع، وفحص المستندات، والطلبات، وأدلة الإثبات والنفي... وتحرير محضر جلسة يرسل إلى طرفي النزاع بصورة إلكترونية لقراءته والتوقيع عليه إلكترونياً، ثم يعيده إلى موقع القضية على الإنترنت(٢). ويتم تبادل الإعلانات مع سكرتارية المركز وهيئة التحكيم الإلكتروني والأطراف من خلال نماذج معدة سلفاً على موقع القضية ليتم تعيّناتها وإرسالها بالبريد الإلكتروني (م ٤ من لائحة المحكمة القضائية)(٣). وقد يتم نظر النزاع والفصل فيه دون عقد جلسة مرافعة شفوية اكتفاءً بما قدمه الخصوم من مستندات ومذكرات بالبريد الإلكتروني - كموطن حكومي افتراضي - للأطراف عبر

---

(1) د. أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، ص ٤. د. حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ٢٠٠٨م، ص ١٨١ وما بعدها. د. مصلح أحمد الطراونة، دنور حمد الحجابيا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية حقوق البحرين، ج ٢، ع ١٤، يناير ٢٠٠٥م، ص ٢٣٢ وما بعدها.

-Eric A.Caprioli; arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du cyber Tribunal); Rév. arb. 1999; N. 2; P. 225.

(2) د. أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٣، ص ٤٩. د. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، ص ٤٨، ع ١، ٢٠٠٦م، ص ٩٠ - ٩١.

-Philippe Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman; Traité de L'arbitrage commercial international; Litec 1996; N. 7; P. 11.

(3) د. أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٣، ص ٥٠. د. محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣، ص ١٤ وما بعدها. د. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني، ص ٩٠-٩١.



الإنترنت مالم يتفق الخصوم علي غير ذلك (م/٩ من قواعد الإجراءات التكميلية لجمعية التحكيم الأمريكية، وم/٥٣ من لائحة تحكيم الوايبو، وم/٢١ من لائحة المحكمة القضائية، وم/٣/١٧ من قواعد الأونستيرال). وليس من الضروري أن يقوم بعمل محضر الجلسة كاتب جلسة؛ لأنه لا يعد شكلاً جوهرياً أو إجراءً أساسياً وإنما قد يقوم به المحكم نفسه أو أحد الأطراف أو شخص من الغير(١)... وتستمر إجراءات خصومة التحكيم الإلكتروني لتنتهي بصدور حكم وتقيده على الموقع الشبكي للقضية وإعلانه للأطراف... (٢).

وعلي ذلك يتطلب التحكيم الإلكتروني تعديل التشريعات الوطنية والدولية بما يسمح باستخدام الملفات الإلكترونية الرقمية في عملية التحكيم الإلكتروني، وإعداد فني وتقني متقدم، وتوفير الكفاءات البشرية اللازمة من فنيين متخصصين ومبرمجين وكتبة وإدارة... وإنشاء مراكز تحكيم متخصصة ومعتمدة بمواقع إلكترونية مجهزة، وتنمية الوعي الإلكتروني والتقني لدي القائمين عليه، وتوفير الأجهزة والمعدات اللازمة، وإنشاء سجل إلكتروني يحوي قاعدة البيانات لكل دعوي ويستخرج من هذا السجل برنامج ملف الدعوي، والاعتراف التشريعي بمساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي، ومساواة المحررات الإلكترونية بالمحررات الورقية، والاعتراف بحجية كل من المحرر والتوقيع الإلكتروني، وضمان التحقق من شخصية الموقع علي المحرر الإلكتروني، وصياغة التشريعات اللازمة لحماية

---

(1) د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، بند ٤٢٢ ومابعده، ص ٣٥٤-٣٥٥.

(2) د. محمد أبو العينين، مقدمة في حسم منازعات التجارة الإلكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ووسائل حسم المنازعات، جامعة الدول العربية ١٢-١٣ يناير ٢٠٠٢م، ص ٢. د.أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة ٢٠٠٣م، ص ٣٨. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، تسوية المنازعات القضائية بالطرق البديلة (الصلح، الوساطة والتوفيق)، ورقة عمل مقدمة للدورة التي عقدها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية حول إجراءات تسوية وفض المنازعات القضائية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، في الفترة من ١٨ - ٢٢ / ١٢ / ٢٠٠٥م، ص ٦. د.إيناس الخالدي، مدى ملائمة قواعد التحكيم الحالية لحسم منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة التحكيم العربي، ع ١٢، يوليو ٢٠٠٩م، ص ٦٦. د.محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة للنشر، الأردن ٢٠٠٢م، ص ٥٨.

أمن وسلامة المحررات الإلكترونية، وأخذ الاحتياطات اللازمة لسلامة وتلافي أخطاء الأجهزة والمعدات وأنظمة التشغيل والبرامج الإلكترونية(١).

ويعتبر حكم التحكيم الإلكتروني انعكاساً لمحصلة ماتوصل إليه أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني من قرار حاسم نابع من ضميرهم لتسوية النزاع القائم بين أطراف التحكيم الإلكتروني، بعد انتهاء هيئة التحكيم الإلكتروني من التحري والتقصي والاستماع لدفاع ودفوع كل طرف وأدلتة... ويتعين علي الأطراف القيام بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بحسن نية لما له من قوة ملزمة و حجية بالنسبة لطرفي النزاع في حدود المسألة التي فصل فيها.

٢- التحكيم الإلكتروني، وإلكترونية التحكيم: أصبحت الأجهزة الإلكترونية الحديثة كالفاكس، والتلكس، والكمبيوتر، والإنترنت، والبريد الإلكتروني... أجهزة معاونة للقضاء، وللطرق الودية البديلة لفض المنازعات في تجميع القوانين واللوائح والأحكام القضائية والآراء الفقهية، وتخزين وحفظ ملفات القضايا، والإعلانات، وتبادل المذكرات والمستندات، والإثبات... وهُنَا يُثار تساؤل عما إذا كان يشترط إتمام التحكيم بأكمله عبر الوسائل الإلكترونية لاعتباره تحكيمياً إلكترونياً أم يكفي استعمال الوسائل الإلكترونية في أي مرحلة من مراحلها؟ وفي الجواب على هذا التساؤل نقول: اختلف الفقهاء في ذلك، فانقسموا فريقين:

---

(١) د.فحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١٤م، بند ٣٠٤، ص ٥٥٣. د.أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١٤م، بند ٨، ص ١٨ وما بعدها. د.أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره علي قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ١٣٩. حازم محمد الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١٠م، ص ٥٣ وما بعدها. د.محمود مختار عبد المغيث محمد، استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م، ص ٩٨ وما بعدها. د.يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه- حقوق عين شمس ٢٠١٢م، ص ٣٣٤ وما بعدها. د.صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية " المفهوم والتطبيق "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول ٢٠١٢م، ص ١٧٥- ١٧٦. د.محمد محمد الألفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، بحث مقدم في مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس " الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" بدبي خلال الفترة من ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م، منشور علي:

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan029801.pdf>

**فريق الإتجاه الأول (الإتجاه الموسع) يرى أن:** التحكيم يعتبر إلكترونياً سواء تم بأكمله عبر وسائل إلكترونية كالبريد الإلكتروني أو الفيديو كونفراس أم اقتصر استعمال الوسائل الإلكترونية على بعض مراحلها، أيا كانت تلك المرحلة وإتمام باقي المراحل الأخرى بوسائل تقليدية كالتليفون أو الفاكس، كما أنه قد يتخلله عقد جلسات في حضور الطرفين وتواجهما مادياً، بمعنى أن التحكيم الإلكتروني قد لا يجرى دائماً باستخدام شبكة الإنترنت، فقد يتم بأكمله أو بعض مراحلها إلكترونياً وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية(١).

**وفريق آخر (الإتجاه الثاني المضيق) يرى أن** التحكيم لا يكون إلكترونياً إلا إذا تم بأكمله عبر وسائل الاتصالات الإلكترونية، و يستخدم في كافة مراحلها وإجراءاتها ووسائل الاتصالات الحديثة كالإنترنت منذ الاتفاق عليه ومروراً بإجراءاته، وانتهاءً بصدور حكم فيه. وسند هذا الرأي هو أن القول بعكس ذلك يجعل من أي تحكيم تحكيمياً إلكترونياً؛ إذ لا يخلو أي تحكيم الآن في العصر الحاضر من استعمال وسائل الاتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحلها، فمن الممكن استخدام وسائل نقل المعلومات الحديثة في بعض إجراءات عملية التحكيم التقليدي دون تحويله إلى تحكيم إلكتروني كالإعلان بالبريد الإلكتروني، أو إرسال مستندات بالبريد الإلكتروني أو بالفاكس... كما أن مراكز ومؤسسات فض المنازعات تستخدم وسائل الاتصال الحديثة في بعض مراحل التحكيم التقليدي دون أن تضيف عليه وصف تحكيم إلكتروني مادامت تعقد

---

(1) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٧١، ص ٢٩٣؛ حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٣، ص ٤٩. د.حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي - إبريل ٢٠٠٣م، ص ٦٩. د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، ص ٢٠. د.إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، ص ٣١ هامش (٣)، ص ٣٩. د.عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٤١. د.توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني (التحكيم عبر الإنترنت) كوسيلة لفضل منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون بجامعة الإمارات، إبريل ٢٠٠٨م، ص ١٠٩٢. د.خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٢٧٩. د.فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٨م، ص ٧٤٥.

جلسات التحكيم التقليدي بحضور طرفيه وتواجههما تواجدًا ماديًا، واستعمال الورق العادي، والتوقيع التقليدي(١).

وعلي ذلك لا يمكن لجهاز الكمبيوتر القيام بدور أصلي بديل عن القضاء، أو أحد الطرق الودية البديلة لفض المنازعات كقاعدة عامة، حيث لا يوجد جهاز إلكتروني يفصل بذاته في النزاع بدلاً من القاضي أو المحكم الشخص الطبيعي، ولكن يمكن مستقبلاً أن يقوم جهاز الكمبيوتر بدور بديلي استشاري علي سبيل الاستثناء في بعض القضايا التي تستند إلي حسابات مالية مثل قضايا البنوك والنفقة والميراث... فتكون القواعد القانونية الحسابية مجمعة ومخزنة علي الكمبيوتر كي يعطي الحل القانوني للقضية الحسابية المطروحة عليه... وذلك بعد توافر الأمان التقني التكنولوجي، والأمان القانوني التشريعي لاعتبار الأجهزة الإلكترونية الحديثة معانوة للقضاء وللطرق الودية البديلة في إقامة العدل بين الناس(٢).

وعلي ذلك يكون التحكيم إلكترونياً (الحاسب الآلي محكماً) يتدخل العنصر البشري كمشغل لتشغيل جهاز الكمبيوتر وإدخال البيانات فقط - إذا تم بأكمله عبر وسائل الاتصالات الإلكترونية من بدايته حتي صدور حكم التحكيم بمحكم آلي، فلا يوجد فيه أوراق أو مكاتبات أو حضور جسدي لأطراف النزاع، حيث يكون المحكم جهازاً إلكترونياً. بمعنى أن التحكيم الإلكتروني يستخدم في كافة مراحل وإجراءاته وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة كالإنترنت منذ الاتفاق عليه ومروراً بإجراءاته، وانتهاءً بصدور قرار تسوية إلكتروني فيه. أي أنه يتم تقديم خدمة التحكيم الإلكتروني عبر قنوات ووسائل إلكترونية، حيث تجري الإجراءات بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي للقضية من خلال موقع أحد مراكز تسوية المنازعات إلكترونياً والتي تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني بداية من ملء نموذج طلب التحكيم

---

(1) د.مصلح أحمد الطراونه، د. نور حمد الحجابا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة البحرين، ج ٢، ع ١، يناير ٢٠٠٥م، ص ٢٠٧. د.إلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون بجامعة الإمارات (التحكيم التجاري الدولي)، ص ٩٧٧.

(2) د.سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥م، ص ٣ وما بعدها.

الإلكتروني، ومروراً بالإجراءات التي تتم في شكل إلكتروني وانتهاءً بصدور حكم تحكيم، وقيده على الموقع الشبكي للقضية وإعلانه للأطراف... (١).

بينما **الإلكترونية التحكيم** هي استعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة كالإنترنت في خدمة بعض مراحل عملية التحكيم للقيام بدور مساعد ومعاون في بعض إجراءات عملية التحكيم كسماع شاهد أو خبير عبر الإنترنت أو تبادل المذكرات بالبريد الإلكتروني... حيث يتم اختيار طرفي النزاع لمحكم - شخص طبيعي - له موقع إلكتروني على الإنترنت لفض النزاع أو اختيار مركز تحكيم له موقع إلكتروني على الإنترنت لحسم النزاع. وعلى ذلك يعتبر نظام التحكيم الإلكتروني هو الصورة الكاملة لنظام إلكترونية التحكيم (٢).

٣- **عدم الاهتمام بدراسة النظام الإجرائي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني ( مشكلة البحث )**: لم تفِ الدراسات التي تناولت موضوع (النظام الإجرائي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني) بدراسة كافة زواياه، فما زال محل بحث وتردد ولم يصل الفقه بشأنه إلي يقين كامل، وهذا ليس قصوراً من الباحثين الذين اجتهدوا قدر طاقتهم، لكن جودة الموضوع هي الباعث على صعوبته، وتحتاج لمن ينيره من الباحثين بقدر أكبر من العناية والجدد لأجل البحث العلمي وخدمة البشرية، ولعل البحث فيه ما زال يعاني معاناة أشبه بخطوات الطفل الأولى لحدثة الموضوع وتطوره السريع، خاصة وأن التقنيات الحديثة التي يستند عليها التحكيم الإلكتروني تقنيات تسبق في تطورها أية دراسة، بالإضافة إلي عدم وجود تطبيقات تحكيمية إلكترونية، وهنا تكمن صعوبات البحث حيث يكون على الباحث دائماً في المجال القانوني أن يسهم بوضع أطر عامة أمام المشرع بما يعينه على

---

(1) د. يوسف سيد عوض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٢م، ص ٣١٣ وما بعدها. د. جمال الدين مبروك موسي علي، إلكترونية التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٥م، ص ١٢ وما بعدها.

(2) د. أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، ص ٤. د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقود الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٢م، ص ٣٨-٣٩. د. مصلح أحمد الطراونه، دنور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٠٧. د. آلاء يعقوب الأنعمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ص ٩٧٧.

وضع تشريعات تكون لها صفة الدوام والاستمرار والإحاطة بما قد ينشأ من منازعات أو يجد من تفسيرات لأطول فترة زمنية ممكنة، وهو الأمر العسير في مجال دراستنا.

ولعل من أبرز صعوبات البحث التي تصادف الباحث هي جدة موضوع إصدار حكم التحكيم الإلكتروني، وقلة الدراسات القانونية المتخصصة المقارنة، وندرة أحكام القضاء بشأنه، وعدم نشر الكثير من أعمال مراكز التحكيم الإلكتروني، التي تتناول موضوع تلك الدراسة؛ وذلك نظراً لأنه أمر حديث العهد نتج عن التطور التقني في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. بالإضافة إلي الإصطدام بالواقع العملي حيث لا يوجد قانون متكامل ينظم آلية التحكيم الإلكتروني كاملة، كما لا توجد أحكام تحكيم إلكتروني منشورة مما يعد حجر عثرة يعترض سبيل تأصيل النظام الإجرائي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني، وقلة المراجع التي تناولت فكرة النظام الإجرائي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني بشكل علمي، وعدم أمان البيئة الإلكترونية خاصة في دول العالم الثالث مهما اتخذت من وسائل الحماية والأمن والأمان للتحقق من شخصية أطراف وهيئة التحكيم الإلكتروني، ومحاولات العبث والتزوير من قرصنة ولصوص شبكة الإنترنت، وإشكالية إبرام اتفاق تحكيم الكتروني عبر الإنترنت دون إنقاء مادي بين أطرافه ودون التحقق من شخصيتهم، وامتناع أحد أطراف التحكيم الإلكتروني عن اختيار محكمه والمشاركة في إجراءات التحكيم الإلكتروني، وصعوبة مراقبة عمل المحكم في التحكيم الإلكتروني إذ قد يرد علي عمله الغش والخطأ والنسيان والغلط، وصعوبة فرض الدور الرقابي والمساعد للقضاء في التحكيم الإلكتروني،...

ويجتهد الباحث مدفوعاً برغبة ملحة في التعرف علي آلية إصدار حكم التحكيم الإلكتروني في محاولة للإسهام بوضع نموذج أو صياغة مثلى لفكرة إصدار حكم التحكيم الإلكتروني، ليسهل بعد ذلك تأطيرها وتقنينها بما يتناسب وأهميتها التي أصبحت ملحة في حياتنا اليومية؛ وذلك لتقديم إفادة علمية وتطبيقية للمجتمع القانوني بشكل خاص وللمجتمع الإنساني بشكل عام.

٤- سبب اختيار موضوع البحث وأهميته وهدفه وتساؤلاته:

تم التركيز على دراسة موضوع (النظام الإجرائي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني)، لجلي جوانبه وسبر أغواره نظراً لأهميته العلمية والعملية، وتوضيح آثاره وبيان مدي وكيفية الاستفادة منه، وسد ثغرة بالمكتبة القانونية العربية في هذا موضوع؛ لأنه لم ينل ما يستحقه من العناية والاهتمام، وهي في أشد الحاجة إليه، وليكون مساهمة ولو يسيرة في الصرح القانوني العظيم، وهادياً ومعيناً لكل مشتغل بالقانون والقضاء والمحاماة. وكما ترجع أهمية هذا البحث إلي ارتباطه بالتجارة الإلكترونية التي أصبحت تفرض نفسها علي مجتمعنا الوطني والدولي، ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها. ويتجلي هدف هذا البحث في محاولة خلق فكرة متطورة ذات طابع إجرائي عن آلية إصدار حكم التحكيم الإلكتروني كوسيلة ودية بديلة عن القضاء لفض منازعات التجارة الإلكترونية باعتبار أن التطور هدفٌ مُرتجى لا نهاية له، وتطلعاً لمستقبل أفضل؛ لضمان حماية الحقوق والمحافظة علي المراكز القانونية.

ويثير هذا الموضوع عدة تساؤلات منها: ما هو مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني، وماهي أنواعه، وطبيعته القانونية، ونطاقه، وتنظيمه التشريعي، وجهود مراكز التحكيم الإلكتروني، وتكييفه القانوني؟ وما هي واجبات هيئة التحكيم الإلكتروني خلال مرحلة اصداره، وكيفية سير خصومته، وعوارضها، وقفل باب المرافعة فيها وحجزها للحكم، والمدولة فيها، وكيفية صدوره، وكيفية النطق به، وكتابة مسودته، وكتابته، واللغة التي يكتب بها، وبياناته، وسريته وعدم نشره، وكيفية تسليم نسخة من أصله، وإيداعه ومرفقاته لدي المحكمة القضائية المختصة، وكيفية إعلانه، وماهي آثاره، وهل يتمتع بحجية الأمر المقضي، وهل تستنفد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني بالنطق به، وما هي سلطتها في تفسير ما وقع فيه من غموض أو إبهام، وفي تصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية بحتة، والفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات؟ وهل يتمتع حكم التحكيم الإلكتروني بالقوة التنفيذية؟ وهل يمكن وقفها، وهل يمكن سقوطها؟ وماهي آليات التنفيذ الذاتي المباشر وغير المباشرة لحكم التحكيم

الإلكتروني؟ وهل يخضع حكم التحكيم الإلكتروني لقواعد دعوي البطلان الأصلية،  
وجزاء الانعدام الإجرائي؟

**٥- منهجية البحث وخطته:** من أجل عرض الأفكار المتعلقة بالبحث،  
وإبراز إشكالياته، وبسبب أهمية الموضوع ، وحتى يمكن التغلب علي تحديات  
وصعوبات البحث، فقد تم اتباع عدة مناهج علمية لتتكامل فيما بينها في محاولة  
لفحص جميع جوانب الموضوع، ألا وهي: المنهج الوصفي الاستنباطي التحليلي  
التأصيلي المقارن بين التشريعات وأحكام القضاء والآراء الفقهية المختلفة،  
لتوصيف وتحليل وتفسير وتأصيل واستنباط نتائج لفكرة (النظام الإجرائي  
لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني) بهدف التوصل إلي أفضل الحلول الممكنة  
والترجيح بينها - بعد إبراز المحاسن والمساوئ، وأوجه النقص والقصور، وأوجه  
القوة والضعف - من أجل تطوير أحكام القانون الوطني علي ضوء أحكام الدراسة  
المقارنة، للإسهام في معالجة أي قصور تشريعي بما لا يدع مجالاً لوجود  
ثغرات قانونية أو نقص تشريعي. ويتحدد موضوع البحث في النظام الإجرائي  
لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني باعتباره العمل الختامي لخصومة التحكيم  
الإلكتروني الصادر عن هيئة التحكيم الإلكتروني في المنازعات المدنية والتجارية  
الداخلية والدولية الخاصة. وسنتناول كافة أحكامه القانونية بتحديد مفهومه، وبيان  
تكيفه القانوني، والتمييز بينه وبين غيره من النظم القانونية المشابهة، وأنواعه،  
والتزامات هيئة التحكيم الإلكتروني عند إصداره، ثم النظام الإجرائي لكيفية إصداره،  
وتكوينه، وآثاره الإجرائية...

وبناء على ذلك سوف نتناول بالدراسة والبحث موضوع ( النظام الإجرائي  
لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني ) في فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي، ويعقبهما  
خاتمة، وذلك على النحو التالي:

المبحث التمهيدي، ويتناول : مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني.

الفصل الأول : قواعد إصدار حكم التحكيم الإلكتروني، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول : الاستعداد لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني، ويتضمن مطلبين:



المطلب الأول : سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار الحكم.  
المطلب الثاني : الإجراءات التمهيدية لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني.  
المبحث الثاني : تكوين و إصدار حكم التحكيم الإلكتروني، ويتضمن مطلبين:  
المطلب الأول : تكوين حكم التحكيم الإلكتروني.  
المطلب الثاني : إصدار حكم التحكيم الإلكتروني.  
الفصل الثاني : آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني و تنفيذه، ويتضمن مبحثين:  
المبحث الأول : آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني، ويتضمن مطلبين:  
المطلب الأول : تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي.  
المطلب الثاني : استنفاد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني.  
المبحث الثاني : تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، ويتضمن مطلبين:  
المطلب الأول : القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني.  
المطلب الثاني : آليات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.  
الخاتمة : وتتضمن خلاصة ما إنتهى إليه البحث وأهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

وذلك بالتفصيل المناسب على النحو الآتي :

وعلى الله تعالى قصد السبيل

## مبحث تمهيدي

### مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني

٦ - تعريف حكم التحكيم الإلكتروني: في اللغة : يقصد بالحكم لغةً ؛ القضاء مطلقاً أو القضاء بالعدل... وهو مصدر للفعل حَكَمَ يَحْكُمُ (بضم الحاء، وفتحها)، فالحُكْمُ بالضم: القضاء، يقال حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أي قضي، وحكم وفصل بين المتنازعين بحكم أي قضي بينهم، ويقال حكم له وحكم عليه. والتحكيم في اللغة مصدر حكم يقال حَكَمْتُ فلاناً في مالي تحكيمياً، أي فوضت إليه الحكم، ويقال استحكم فلان مال فلان، إذا أجاز فيه حكمه. وحكموه فيما بينهم: أمروه أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكماً فيما بينهم، واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم: إذا رفعوا أمرهم إليه، وحكم فلان في الشيء أو الأمر يعني جعله حكماً، ومنه قوله تعالى ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ (١). ويطلق على من يختار للفصل بين المتخاصمين: الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (٢). ومن اختاره الطرفان للتحاكم إليه يسمى: حَكَمًا أو مُحَكَّمًا وحَاكَمًا. أما الخصم صاحب النزاع فيسمى؛ مُحْتَكَمًا، بكسر الكاف أو مُحَكَّمًا؛ بتشديد الكاف مع الكسر (٣). ويتضح مما سبق أن التحكيم في معناه اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشرع أو تفويض الأمر للغير أي التفويض في الحكم أو طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه.

وفي الاصطلاح: يقصد بالحكم: القرار الصادر عن محكمة في منازعة معروضة عليها بإجراءات خصومة منعقدة أمامها في موضوع الخصومة برمته، أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه (٤). ولم يرد نص تشريعي في قانون التحكيم المصري لتعريف حكم التحكيم، وعرفه بعض الفقه المصري والفرنسي بأنه قرار مكتوب

(١) سورة النساء: آية ٦٥.

(٢) سورة النساء: آية ٣٥.

(٣) لسان العرب لابن منظور، المؤسسة المصرية للتأليف والنشر بالقاهرة، ج٥، ص٣١-٣٢. المصباح المنير للفيومي، المطبعة الأميرية بمصر، ج١-٢، ط٣، ص٢٢٦. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ص١٦٥. القاموس المحيط للفيروز أبادي، دار بيروت ١٣٩٨هـ، ج٤-٥، ص٩٨.

(٤) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م، بند ١١، ص٣٤. د. حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم بغرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية الإنشائية بدمشق ٢٠٠٨م، ص٣. د. محمد سليم العوا، حكم التحكيم في القوانين العربية، مجلة التحكيم العربي، ٩٤، أغسطس ٢٠٠٥م، ص٧٩.

صادر من هيئة التحكيم الإلكتروني بمقتضى سلطتها فاصلاً في نزاع إجرائي أو موضوعي كله أو في جزء منه بعد مداولة سرية بين جميع أعضائها(١). كما عرفته محكمة استئناف باريس بأنه قرار هيئة التحكيم الإلكتروني الذي يفصل بشكل نهائي قطعي وحاسم كلياً أو جزئياً في النزاع المعروض عليها بشأن مسألة موضوعية أو إجرائية تنتهي بها خصومة التحكيم الإلكتروني(٢).

وحكم التحكيم الإلكتروني هو قضاء مكتوب صادر عن هيئة التحكيم الإلكتروني بالقول الفصل في المسائل الإجرائية أو الموضوعية كلها أو بعضها في خصومة التحكيم الإلكتروني المعروضة عليها بعد مداولة سرية بينهم. وإذن مقومات حكم التحكيم الإلكتروني هي: صدوره مكتوباً ومسبباً وحاسماً في خصومة مستكملة لمقوماتها أطرافاً ومحلاً وسبباً، وموقفاً من هيئة تحكيم إلكتروني مختصة بما لها من سلطة تحكيمية ومشكلة تشكياً صحيحاً، وعليه يكون لحكم التحكيم الإلكتروني باعتباره عملاً قانونياً مقتضيات أو أركان موضوعية هي: الإرادة للقائم به (إرادة المحكم)، والمحل (المحكوم به)، والسبب، وأركان شكلية هي: وجود خصومة تحكيمية إلكترونية، وورقة حكم تحكيم إلكتروني مكتوبة، وأركان شخصية هي: هيئة تحكيم، وخصوم. ويستمد حكم التحكيم الإلكتروني قوته الملزمة التي تجعل الخصوم

---

(١) د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٤٠، ص ٢٨٣. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم"، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م، ص ٢٤٠. د.عبد محمد القصاص، حكم التحكيم، ط٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٧ف، بند ١٥، ص ٧٠ وما بعدها. د.حفيظة الحداد، الموجز، ص ٢٨٩. د.محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م، ص ١٩. د.محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩م، ص ٦.

-**Philippe Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman**; Traité de L'arbitrage; N.1350; P.749.

-**Jean Robert**; L'arbitrage droit interne; droit international privé; 6 éd; Dalloz; Paris; 1993; P. 3.

-**René David**; L'arbitrage dans Le Commerce international; Paris; 1982; N. 2; P. 5.

(٢) -Paris; 11 avr. 2002; Rév. arb. 2002; P. 778.

-Paris; 10 Nov. 1995; Rév. arb. 1997; P. 596; obs. **J. Pellerin**.

-Paris; 25 mars. 1994; Rév. arb. 1994; P. 391; Not. **Ch. Jarroson**.

-Cass. civ.; 17 Nov. 1993; Rév. arb. 1995; P. 78; Not. **Philippe Fouchard**.

-Paris; 9 juillet. 1992; Rév. arb. 1993; P. 303; Not. **Ch. Jarroson**.

يتقيدون به من اتفاق التحكيم الإلكتروني، ونص القانون الذي منح إرادة الأطراف حق إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني، واتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشاركة (١).

وحكم التحكيم الإلكتروني هو القرار الذي تحسم بمقتضاه هيئة التحكيم الإلكتروني النزاع المعروض عليها في خصومة تحكيم بعد التحقق من الادعاءات والمستندات والدفع والدفاع التي يبديها الخصوم بالشكل القانوني، ويصدر مكتوباً وموقعاً ومشملاً علي بيانات معينة، أثناء سير الخصومة أو في نهايتها، وسواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أم في مسألة إجرائية. ويعتبر حكم التحكيم الإلكتروني كالحكم القضائي هو خاتمة المطاف والغاية المرجوة والنهاية الطبيعية لعملية التحكيم الإلكتروني حتي تستقر الحقوق والمراكز القانونية. ولحكم التحكيم الإلكتروني ثلاثة أركان هي: صدوره مكتوباً، من هيئة تحكيم إلكتروني في حدود ولايتها التحكيمية، في خصومة تحكيمية مستكملة مقوماتها أطرافاً ومحلاً وسبباً. ويشترط لصحته صدوره بالشكل القانوني حاسماً لمسائل النزاع ومنهي لخصومة التحكيم الإلكتروني، وفي حدود النطاق الشخصي والموضوعي لاتفاق التحكيم، وخلال ميعاد التحكيم، وبعد مداولة صحيحة بين جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني، وبأغلبية الآراء، وموقعاً عليه إلكترونياً، وغير مخالف للنظام العام... ويعتبر حكم التحكيم الإلكتروني عملاً قضائياً وفقاً للمعيار المادي لأن موضوعه يتصل بالفصل في النزاع، ووفقاً للمعيار الشكلي لأنه يصدر وفقاً للإجراءات التي يصدر بها الحكم القضائي. وإن صدر حكم التحكيم الإلكتروني حائزاً لحجية الأمر المقضي إلا أنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد صدور أمر من القضاء بتنفيذه (٢). ويمكن الاعتراف به دولياً استناداً

- 
- (١) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢١، ص ٨٨. د.أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الإختياري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ١٠ وما بعدها. د.حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٧م، ص ٢٠. د.عصام فوزي محمد الجنائني، تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ٢٠١٢م، ص ١٠ وما بعدها.
- (٢) د.نبيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، ط ١، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٦م، بند ١ وما بعده، ص ٤ وما بعدها. د.أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ط ٢-١٩٩٦م، بند ٧٧ وما بعده، ص ١١٢ وما بعدها. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢١، ص ٨٨. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، بند ٥ وما بعده، ص ١٧ وما بعدها. د.جمدي علي عمر، حكم التحكيم في المجال الإداري، المجلة القانونية الاقتصادية تصدرها كلية حقوق الزقازيق، ٢٠٠٧م، ٢٢٤، ص ١٢.

إلى اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام ١٩٥٨م. وتخضع جميع الإجراءات والأعمال والطلبات والمستندات والوثائق لقريئة الصحة طالما كانت محلاً للتبادل والمناقشة بين أطراف النزاع وهيئة التحكيم الإلكتروني، وعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل على صحة ادعائه(١).

وعلى ذلك فإن تعريف حكم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن تعريف حكم التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في إصداره، والتي تتم عبر وسائط اتصالات الكترونية كالانترنت.

ولا يعتبر حكم تحكيم إلكتروني يمكن الطعن فيه بالبطلان: القرارات الادارية الصادرة عن مؤسسات التحكيم الإلكتروني، والإجراءات الادارية ذات الطابع القضائي التي يصدرها المحكم بهدف تيسير إجراءات التحكيم الإلكتروني ولا تهدف إلي الفصل في المنازعة كلياً أو جزئياً كإجراء التحقيق في الدعوي، وقرار تأجيل نظر الدعوي للإطلاع أو الاستعداد، وقرار ندب خبير، ومشروع قرار التحكيم الذي لا يتحول إلي حكم تحكيم إلا إذا ارتضاه الأطراف و أعتمده مركز التحكيم الإلكتروني... (٢).

٧- الطبيعة القانونية لهيئة التحكيم الاختياري الإلكتروني: إذا كان التحكيم الإلكتروني يجد مصدره في إرادة الخصوم لإبرام اتفاق تحكيم إلكتروني وقرار المشرع لهذه الإرادة، وبمجرد ممارسة المحكم لسلطته المستمدة من اتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه يعمل مستقلاً عن إرادة الخصوم لتطبيق القانون علي موضوع النزاع.

---

(١) د.بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني، ص ٩٠-٩١. د.محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية، ص ١٤ وما بعدها.

-Paris 25 Fév. 1994, Rév.arb.1995, P. 129.

-Paris 14 Juin 1985, Rév.arb.1987, P. 395.

-Paris 8 Janv. 1984, Rév.arb.1984, P. 530.

(٢) د.ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٤م، ص ١٨٦.

-Cass. Civ.; 1 juillet.1987; Rév. arb. 1994; P. 791; Not. Ch. Jarrosson.

-Paris; 25 mars.1994; Rév. arb. 1994; P. 391; Not. Ch. Jarrosson.

وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لهيئة التحكيم الإلكتروني، ويرجع هذا الخلاف إلي أن الأصل في فض المنازعات يتم باللجوء إلي القضاء ممثلاً في المحاكم القضائية بكافة أنواعها ودرجاتها. فذهب رأي أول إلي تكييف هيئة التحكيم بأنها هيئة قضائية خاصة تحوز أحكامها حجية الأمر المقضي؛ لأن قانون التحكيم هو الذي نظم قواعد اللجوء إليها، وضوابط ممارستها للمهمة التحكيمية، فالتحكيم طريق استثنائي بديل قوامه الخروج علي طرق التقاضي العادية أمام المحاكم صاحبة الولاية العامة، ومن ثم فهو مقصور حتماً علي ماتصرف إليه إرادة الأطراف، وهذا التكييف غير جازم لاختلاف المحكم عن القاضي كموظف عام(١). وذهب رأي ثان إلي تكييفها بأنها هيئة قضائية بحتة علي اعتبار أن المحكم كالقاضي يفصل في النزاع بحكم ملزم حائز لقوة الأمر المقضي حاسماً لنزاع في خصومة، وترجيحاً للصبغة القضائية لنظام التحكيم(٢). وذهب رأي ثالث إلي تكييفها بأنها هيئة ذات اختصاص قضائي مستقل تتمتع بطبيعة خاصة، ارتضاها الأطراف باتفاق تحكيم للفصل في النزاع بينهما عن طريق محكم، والتحكيم نظام بديل عن القضاء ولا يجتمعان معاً في ذات الوقت(٣). وذهب رأي رابع إلي تكييفها بأنها هيئة مكافئة بخدمة عامة لأنها تقوم بعمل المحاكم القضائية؛ ويرتب علي ذلك الصفة الرسمية للأوراق الصادرة عنها، ولكن يرد علي هذا الرأي بأن المكلف بخدمة عامة يقوم بعمله بشكل دائم ومستمر، وليس لمرة واحدة فقط يستفد بعدها سلطته(٤).

ومن الصعوبة بمكان اعتبار هيئة التحكيم الإلكتروني الاختياري لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي؛ لأنها تصدر قرارات إدارية (م ٨/١٠ من قانون مجلس الدولة المصري) ولانعدام أي دور للإدارة في عملية التحكيم الاختياري. ومن الصعوبة

(١) د.أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، ص ٦٩ وما بعدها. د.أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٠م، ص ٤٠٦ وما بعدها.

(٢) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٣ وما بعدها.

(٣) د.أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، ص ٨١ وما بعدها. د.أنور سلامة، هيئات التحكيم هل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي، مجلة الدستور، س ٢٠٠٣، ١٤-٣، ص ٣ وما بعدها.

(٤) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٩٨.

أيضاً اعتبار هيئة التحكيم الإلكتروني الاختياري محكمة استثنائية أو محكمة خاصة؛ لأنها ليست تابعة للدولة، وأعضاؤها ليسوا موظفين دائمين تعينهم الدولة، وأحكامها لا تحوز القوة التنفيذية بذاتها بل تحتاج لأمر بالتنفيذ من القضاء(١).

#### ٨ - التكييف القانوني لحكم التحكيم الإلكتروني : وإذا كان حكم التحكيم

الإلكتروني هو النهاية الطبيعية لخصومة التحكيم الإلكتروني المنظورة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني، فقد ثار خلاف في الفقه أدى إلى ظهور نظريات فقهية لتحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم الإلكتروني باعتباره العمل الصادر عن هيئة التحكيم الإلكتروني، ويرجع أساس هذا الخلاف إلى أن التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة عن قضاء الدولة لفض المنازعات نظام تعاقدية في نشأته، وقضائي في وظيفته. فرجح بعض الفقهاء الجانب التعاقدية على الجانب القضائي ( النظرية العقدية )، بينما رجع آخرون الجانب القضائي على الجانب التعاقدية ( النظرية القضائية )، وحاول غيرهم الخلط بينهما ( النظرية المختلطة ). وذهب آخرون إلى القول بأن التحكيم نظام قانوني مستقل بطابع خاص ( نظرية الاستقلال )، واستند كل منهم إلى أسباب شتى للتدليل على صحة ما يعتقدونه صواباً، وإليك تفصيل القول في تلك النظريات:

(أ) - الطبيعة العقدية لحكم التحكيم الإلكتروني: ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن اتفاق التحكيم هو عملية أساس التحكيم الإلكتروني، والمحكم ليس قاضياً، وحكم التحكيم الإلكتروني ليس حكماً قضائياً حيث أنه يعتبر نتيجة مباشرة لاتفاق التحكيم الإلكتروني. فنظام التحكيم الإلكتروني له طبيعة تعاقدية على اعتبار أن أساس التحكيم الإلكتروني هو إرادة طرفيه في إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، فالمحكم الإلكتروني شخص طبيعي يجلس أمام جهاز كمبيوتر لفض المنازعات عبر الإنترنت يتم اختياره بإرادة الأطراف، ويستمد سلطته واختصاصه من اتفاق التحكيم الإلكتروني، ويستطيع رفض القيام بالمهمة التحكيمية دون أن يكون منكرًا للعدالة، لأنه ليس قاضياً، ولا يتمتع بسلطة الأمر، كما أن التحكيم الإلكتروني يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة للأطراف، ويحدد اتفاق التحكيم الإلكتروني القواعد

(1) د.أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، ص ٧٦ وما بعدها.

الإجرائية والموضوعية للتحكيم الإلكتروني، فاتفاق التحكيم الإلكتروني هو أساس التحكيم الإلكتروني، ومصدره، والدينامو المحرك لكل نظامه القانوني. كما أن هناك إختلافاً في الهدف بين التحكيم والقضاء، ولا يخضع المحكم الإلكتروني لقواعد المخاصمة، ولا يلزم توافر نفس شروط القاضي في المحكم، وفقدان سلطة الجبر والإلزام للمحكم. ويمكن رفع دعوي أصلية ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني بعكس حكم القضاء. ولا يتمتع حكم التحكيم الإلكتروني ذاته بقوة تنفيذية بل يلزم صدور أمر بتنفيذه(١).

ولكن يعيب تلك النظرية مبالغتها في تحديد دور إرادة طرفي اتفاق التحكيم الإلكتروني بمنحها الدور الرئيسي في التحكيم الإلكتروني، وتجاهلت وظيفة المحكم الإلكتروني في الكشف عن إرادة القانون، وليس إرادة الخصوم بالقيام بنظر النزاع والفصل فيه بحكم، كما أنه يصعب النظر إلى التحكيم الإلكتروني كعقد، فالعقد في ذاته لا يحسم النزاع، ولا يصدر أحكاماً.

(ب) - الطبيعة القضائية لحكم التحكيم الإلكتروني: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن التحكيم الإلكتروني قضاء، وأن المحكم قاضٍ وما يصدر عنه يعتبر حكماً قضائياً، فنظام التحكيم الإلكتروني ذو طبيعة قضائية على اعتبار أن وظيفة المحكم الإلكتروني وظيفة قضائية وهي الفصل في النزاع بعد فحصه وتقديره بحكم يحوز الحجية منذ صدوره، وقبل صدور الأمر بتنفيذه. فالقضاء والتحكيم الإلكتروني يؤديان وظيفة واحدة هي الفصل في المنازعات بتطبيق القانون، فالتحكيم الإلكتروني وسيلة بديلة عن القضاء في حسم المنازعات. وسند قيام المحكم بوظيفة القاضي هو قانون الدولة التي سمحت بالتحكيم الإلكتروني للأفراد، وحق تدخل قضاء الدولة في التحكيم الإلكتروني بالمساعدة والرقابة، والالتجاء إلى القضاء للحصول على أمر بتنفيذ

---

(1) د.محمود مختار بريري، التحكيم، بند ٣، ص ٨. د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٦، ص ٣٧-٣٩. د.محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط ١، ج ١، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٩٠م، ص ٢١٤. د.أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ط ١، مؤسسة دار الكتب الكويت ١٩٩٦م، ص ٤٧. د.مصطفى ترو، سلطة المحكم الدولي في تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، رسالة دكتوراه، الجامعة اللبنانية ١٩٩٢م، ص ١٠٣ وما بعدها.



حكم التحكيم الإلكتروني، وتوافر بعض عناصر العمل القضائي في التحكيم الإلكتروني من ادعاء، ومنازعة، وعضو له سلطة حسم النزاع، وتشابه حكم التحكيم الإلكتروني بحكم القضاء من حيث الشكل، والمضمون، والآثار، وتشابه المركز القانوني للمحكم الإلكتروني مع القاضي في أمور كثيرة. وتطبيق قواعد الرد علي كل من المحكم، والقاضي. وتقيد هيئة التحكيم الإلكتروني بالضمانات الأساسية للنقاضي، وتشابه إجراءات وقواعد خصومة التحكيم الإلكتروني بقواعد الخصومة القضائية(١).

و لكن يعيب هذه النظرية إختلاف المحكم الإلكتروني عن القاضي في الصلاحية والمسئولية و السلطة؛ كعدم تمتع المحكم بسلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي، فلا يستطيع المحكم إلزام شاهد بالحضور، ولا إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده، وصعوبة إضفاء الطابع القضائي البحت على كل مراحل التحكيم الإلكتروني و تجاهل الطابع التعاقدى الذي يظهر في بعض مراحل التحكيم الإلكتروني. كما أن حجية حكم التحكيم الإلكتروني غير متعلقة بالنظام العام؛ لأنها تستند إلي القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الإلكتروني، عكس حجية الحكم القضائي متعلقة بالنظام العام، وأيضاً يحتاج حكم التحكيم الإلكتروني إلي أمر قضائي بتنفيذه ليكتسب القوة التنفيذية التي يفنقدها، عكس الحكم القضائي فهو مكتسب للقوة التنفيذية بدون حاجة لأمر قضائي بتنفيذه(٢).

### (ج) - الطبيعة المختلطة لحكم التحكيم الإلكتروني: ذهب بعض الفقهاء إلى

القول بأن التحكيم الإلكتروني نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يسير بإجراء وينتهي بقضاء، أي

---

(1) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، طه، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٨م، ص١٩-٢٠. د.شمس ميرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٣م، ص٤٥٦. د.أمال الفزائري، دور قضاء الدولة، ص٨٣،٤١. د.السيد عيد نايل، التحكيم في منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٧م، ص١٠٢. د.علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ١٩٩٦م، بند٣٢، ص٣٦. د.نجيب أحمد الجبلي، التحكيم في القانون اليمني، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية ١٩٩٦م، ص٥١. د.أحمد عمر أبو زقية، أوراق في التحكيم، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي ٢٠٠٣م، ص٣١-٣٢. د.خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٦م، ص٥٦-٥٨.

(2) د. وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق الكويتية، س١٧، ١٦-٢، مارس- يونيو ١٩٩٣م، ص١٣٩ ومابعدها.

تتبادل على التحكيم الإلكتروني قواعد العقد ومظاهر القضاء معاً، فتظهر قواعد العقد في اتفاق التحكيم الإلكتروني و اختيار القانون الإجرائي و الموضوعي الواجب التطبيق على التحكيم، وتتضح مظاهر القضاء في تدخل قضاء الدولة بالرقابة و المساعدة و إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني لمنحه القوة التنفيذية عند تنفيذه تنفيذاً جبرياً. ولا يعتبر التحكيم الإلكتروني ذو طبيعة عقدية محضة، ولا ذو طبيعة قضائية محضة، وإنما هو نظام مختلط يحتل موقعاً وسطاً بينهما فهو اتفاقي النشأة، قضائي الوظيفة والغاية؛ أي أنه قضاء خاص اتفاقي (١). ولكن يعيب هذه النظرية أنها لم تبحث جوهر المشكلة، وإنما اختارت أيسر الحلول، وذلك بالجمع بين النظرية العقدية و النظرية القضائية، أي بدمج نظامين مختلفين في نظام واحد، وهذا أمر صعب، كما يعتبر ذلك بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة كاملة بكافة أبعادها المختلفة (٢).

(د) - الطبيعة المستقلة لحكم التحكيم الإلكتروني: ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التحكيم الإلكتروني نظام قانوني مستقل له طبيعة خاصة وقائم بذاته، وله ذاتيته وتطبيقاته المستقلة عن القضاء وصياغته الفنية المغايرة وقواعد خاصة تتسم بتبسيط إجراءاته ومرونتها. فظهر التحكيم كأداة متميزة لحل المنازعات قبل القضاء في المجتمعات البدائية ونشأ مستقلاً عنه، وهو طريق خاص مستقل لفض المنازعات بديلاً عن قضاء الدولة في حدود معينة، ودون أن يكون تصرفاً قانونياً أو عملاً قضائياً، وله من القواعد والأحكام ما يتناسب مع طبيعته المستقلة. فأصبح للتحكيم قواعده وقوانينه التي تنظمه في كافة الدول، وله هيئات ومراكز ومؤسسات مختلفة وطنية ودولية، وتم إبرام العديد من المعاهدات الدولية التي تتعلق بالتحكيم الإلكتروني مما يؤيد استقلاله. ويخضع حكم التحكيم الإلكتروني لقواعد خاصة مستقلة؛

(1) د.محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ص ٢١٩-٢٢٠. د.سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ج ١، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م، ص ٧٠. د.عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق، تصدرها حقوق الكويت، س ٨، ع ٤، ديسمبر ١٩٨٤م، ص ١٠٥. د.محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية، ص ٢٥. د.أحمد خليل، قواعد التحكيم في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠٠٢م، ص ١٤ ومابعدها.

(2) د.سامية راشد، التحكيم، ص ٧٠.

كوجوب صدوره خلال ميعاد التحكيم، ووجوب صدور أمر قضائي بتنفيذه، وجواز رفع دعوي أصلية ببطلانه، وتقديم عدالة خاصة سريعة من هيئة تحكيم خاصة (١). ولكن يعيب هذه النظرية أنها لم تأت بجديد، ولم تتضمن تفسيراً وتأصيلاً قانونياً لعملية التحكيم الإلكتروني. ومع ذلك يعتبر بعض الفقهاء نظرية الاستقلال هي أنسب النظريات السابقة مواعمة للتحكيم الإلكتروني نظراً لوجود قواعد خاصة مستقلة بالتحكيم الإلكتروني، كما أن وظيفة المحكم الإلكتروني هي فض المنازعات بشكل سلمي بحت لضمان استمرار العلاقات متصلة بين أطراف النزاع، بالإضافة إلي الطبيعة الإلكترونية لجميع مراحل التحكيم الإلكتروني المختلفة التي تتم عبر الإنترنت لفض منازعات التجارة الدولية الإلكترونية (٢).

**٩- معيار حكم التحكيم الإلكتروني :** يرجع أساس القوة الملزمة لحكم التحكيم الإلكتروني إلي اتفاق التحكيم الإلكتروني، ونص القانون الذي يجيز للأطراف الاتفاق علي التحكيم. وعلي ذلك فالتحكيم الإلكتروني يرتكز علي أساسين هما: إرادة الخصوم بالاتفاق علي التحكيم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة. لذا يكون من المنطقي الاعتداد بإرادة الخصوم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة عند تأصيل فكرة تقييد الخصوم بقرار هيئة التحكيم الإلكتروني (٣).

ويعدد الفقهاء معايير كثيرة لتحديد طبيعة العمل القضائي نعرض لطرف منها حتي يتسني تحديد طبيعة حكم التحكيم الإلكتروني : المعيار العضوي وهو

---

(1) د.وجدي راغب فهد، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م، ص٣٨٢؛ هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق الكويتية، س١٧، ع١٦-٢، مارس - يونيو ١٩٩٣م، ص١٣٥ ومابعدها. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص٣٦ وما بعدها ؛ حكم التحكيم في القانون الوضعي، ورقة عمل مقدمة لورشة عمل التحكيم التجاري التي نظمتها المنظمة العربية للتنمية الإدارية في ١٦-٢١ إبريل ٢٠٠٥م، ص٤. د.طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار لجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص٢٤. استئناف القاهرة، دائرة ٧ تجاري، ٢٠١١/٣/٩م، دعوي رقم ٧٠ لسنة ١٢٣.ق. تحكيم، مجلة التحكيم العربي يونية ٢٠١١م، ع ١٦، ص ١٩٢. نقض مدني ٢٧/١٢/٢٠٠٧م، طعن رقم ٤٧٢١ لسنة ٧٣ق، غير منشور.

(2) د.حسام الدين فتحي ناصف، تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م، ص٢٠-٢١.

(3) د.نبيل عمر، التحكيم، ص ٢٨٩. د.أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، ص ١٠ ومابعدها.

صدور العمل من عضو قضائي ليتمتع العمل الصادر عنه بالصفة القضائية، وهذا المعيار العضوي متحقق في عمل المحكم؛ لأن المحكم يقوم بنفس عمل القاضي بالفصل في النزاع المعروف عليه. ومنها: معيار حسم المنازعة أو النزاع، والمنازعة هي التعارض بين ادعاءات الخصوم وحيث لا توجد منازعة لا يوجد قضاء، فالنزاع هو أساس العمل القضائي وسببه وغايته، والقرار الذي يصدر في غير منازعة لا يحوز حجية الأمر المقضي، وهذا ينطبق علي حكم التحكيم الإلكتروني؛ لأنه يتضمن حلاً لنزاع ما. ومنها كذلك معيار أثر العمل القضائي، فالعمل القضائي يبدأ بطلب ويمر بإجراء وينتهي بحكم لحل المسألة القانونية المعروضة ويتم بقوة الحقيقة القانونية، وهو ينطبق أيضاً علي حكم التحكيم الإلكتروني؛ لأنه يتمتع بحجية الأمر المقضي ويستتفد ولاية المحكم الإلكتروني. ومنها أيضاً معيار غاية العمل القضائي وهو وضع حد للمنازعة بين الخصوم أي إزالة العوارض القانونية بغية المحافظة علي النظام القانوني وتحقيق السلام الاجتماعي، وهو ينطبق أيضاً علي حكم التحكيم الإلكتروني ... وعليه يعتبر حكم التحكيم الإلكتروني عمل قضائي يرتب حجية الأمر المقضي قبل صدور الأمر بتنفيذه، وتستتفد هيئة التحكيم الإلكتروني ولايتها بمجرد صدوره، ولا يجوز المساس به إلا بالطرق القانونية للطعن فيه خلال المواعيد القانونية(١).

١٠- جنسية حكم التحكيم الإلكتروني : يستعمل لفظ الجنسية علي سبيل المجاز إذ لا يقصد منه أن ينسب حكم التحكيم الإلكتروني لجنسية دولة معينة بقدر ما يقصد منه تحديد ما إذا كان حكم التحكيم الإلكتروني وطنياً أو أجنبياً؛ وذلك لأن غالبية دول العالم تنتج إلي التفرقة في المعاملة بين أحكام التحكيم الوطنية وأحكام

---

(١) د.وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٢٠ وما بعدها. د.أسامة أحمد شوقي المليجي، التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م، ص ٧٦ وما بعدها. د.هشام خالد، مفهوم العمل القضائي، مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية ١٩٩٠م، ص ٢١ وما بعدها. د.محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ٣١ وما بعدها. د.القطب محمد طبلية، العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الادارية ذات الاختصاص القضائي في مصر، رسالة ١٩٦٥م، ص ٥٨ وما بعدها

التحكيم الأجنبية، كما يترتب علي ذلك آثار هامة كتلك الخاصة بالاعتراف بالحكم أو شروط وإجراءات التنفيذ أو طرق الطعن فيه أو غير ذلك... (١).

وتوجد عدة معايير لتحديد جنسية حكم التحكيم منها: **المعيار الجغرافي** الذي يأخذ بجنسية المكان الذي انعقدت فيه هيئة التحكيم بصفة رئيسية وصادر فيه حكم التحكيم (مكان صدور الحكم)، ولكن هذا المعيار يصعب تطبيقه علي حكم التحكيم الإلكتروني؛ لتلاشي الحدود الجغرافية في العالم الافتراضي، وعليه فلا يمكن تحديد جنسية حكم التحكيم الإلكتروني من خلال المعيار الجغرافي مالم يتفق الأطراف علي غير ذلك. ويوجد أيضاً **المعيار الإجرائي** الذي يأخذ بجنسية الدولة التي تم تطبيق قانونها الإجرائي علي التحكيم، وهذا المعيار هو الذي يمكن تطبيقه علي حكم التحكيم الإلكتروني اعتداداً بالارادة الصريحة أو الضمنية للأطراف في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق علي خصومة التحكيم الإلكتروني (٢).

وعلي ذلك تتحدد جنسية حكم التحكيم الإلكتروني بالإرادة الصريحة أو الضمنية لأطرافه، والتي قد تحدد جنسيته إما بجنسية القانون الإجرائي الواجب التطبيق (المعيار الإجرائي)، أو بجنسية المكان الذي انعقدت فيه هيئة التحكيم بصفة رئيسية وصادر فيه الحكم (المعيار الجغرافي)، أو بجنسية الخصوم، أو بجنسية المحكمين، أو بجنسية مكان التنفيذ أو المعيار الاقتصادي إذا كان موضوعه متعلقاً بمنازعات التجارة الدولية... (٣).

## ١١- التمييز بين حكم التحكيم الإلكتروني، وغيره من النظم

**القانونية المشابهة:** الوسائل البديلة هي طرق اتفاقية لفض المنازعات دون اللجوء إلى القضاء مثل: التحكيم، والوساطة، والتوفيق... وتتواءم هذه الوسائل مع متطلبات عصر تكنولوجيا الاتصالات والتجارة الدولية الإلكترونية من سرعة،

---

(1) د. عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام المحكمين، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م، ص ٣٤-٣٥. د. عزت محمد البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٦م، ص ٤٦. د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٤٢. د. رضوان هاشم حمدون، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١٣م، ص ٩٠-٩٣.

(2) الإشارة السابقة.

(3) د. عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٤.

وتوفير للوقت والجهد والنفقات، والحد من إجراءات التقاضي الكيدية، وتخفف العبء عن قضاء الدولة، ويقوم بها شخص ثالث محايد متخصص... من اختيار الأطراف أنفسهم، ولذا فإن تلك الوسائل البديلة قد تتشابه أو تختلط بحيث يصعب التمييز بينها، من أجل ذلك فإننا نحاول التمييز بين حكم التحكيم الإلكتروني وما قد يتشابه معه :-

(أ) - **حكم التحكيم الإلكتروني، والحكم القضائي:** يختلف حكم التحكيم الإلكتروني عن الحكم القضائي من عدة أوجه: أن قضاء الدولة هو السلطة القضائية وهو أحد سلطات الدولة الثلاث - التشريعية، والتنفيذية، والقضائية - يتولاها مرفق عام في الدولة ممثل في المحاكم، ويقوم بها قضاء يتقاضون مرتبات من الدولة، يتمتعون بولاية قضائية عامة ودائمة لإصدار حكم قضائي يحوز حجية الأمر المقضي، بينما التحكيم الإلكتروني قضاء اتفاقي مؤقت قاصر على نزاع معين يقوم به محكم إلكتروني يختاره طرفي النزاع للقيام بمهمة حسم النزاع بينهما مقابل أجر أو بدون مقابل بناءً على اتفاق تحكيم إلكتروني، والعلانية مظهر للقضاء بينما السرية مظهر للتحكيم الإلكتروني. والقاضي رجل قانون بينما المحكم خبير فني بموضوع النزاع. والقاضي معين من الدولة بينما المحكم يختاره الخصوم. والقاضي موظف عام يتقاضى مرتب من الدولة ولايته عامة دائمة بينما المحكم شخص عادي يتقاضى أجره من طرفي النزاع ولايته خاصة محددة بنزاع معين تنتهي بانتهائه(١).

كما أن مصدر سلطة القاضي نص القانون بينما مصدر سلطة المحكم اتفاق التحكيم الإلكتروني، ويتمتع القاضي بسلطة الأمر عكس المحكم، وتشتت الجنسية الوطنية في القاضي عكس المحكم، ويخضع القاضي لنظام دعوى المخاصمة عكس المحكم الذي يُسأل طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وكما أن لطرفي النزاع

---

(1) د.نبيل عمر، التحكيم، بند ١٠، ص ١٧. د.أحمد محمد مليجي موسى، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٩م، ص ١٨٣ وما بعدها. د.أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٠م، بند ١٣٠، ص ٣٣٠. د.آمال الفزاري، دور قضاء الدولة، ص ٢٨٤. د.علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٦م؛ دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص ١٤٨ وما بعدها.

عزل المحكم عكس القاضي، والقاضي تابع للدولة وتساءل عنه مسئولية المتبوع عن عمل التابع عكس المحكم. حكم القاضي يقبل التنفيذ الجبري - معجلاً أو عادياً - فور صدوره بدون حاجة لأمر تنفيذ عكس حكم المحكم. وللقاضي سلطة اختصاص الغير في الخصومة لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة عكس المحكم، كما أن للقاضي سلطة الإيجار و تحليف الخصوم والشهود بينما ليس للمحكم ذلك. ويحق للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في الخصومة القضائية عكس خصومة التحكيم الإلكتروني(١).

و يعتبر القاضي مرتكباً لجريمة إنكار العدالة إذا امتنع عن القيام بعمله عكس المحكم، ويحتاج المحكم لاختيار جديد لكل نزاع على حده عكس القاضي ولايته دائمة عامة، ووجوب حلف القاضي لليمين القانونية عند تعيينه في القضاء عكس المحكم، ولا يخضع المحكم للضمانات القانونية التي يتمتع بها القاضي كضمانات عدم القابلية للعزل، والندب، والإعارة، والترقية... أداة تعيين المحكم هي اختيار أطراف النزاع له، بينما أداة تعيين القاضي هي قرار رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٤٤ من قانون السلطة القضائية).

على أن هناك أوجه شبه عديدة بين كل من القاضي والمحكم الإلكتروني فكل منهما يعتبر موظفاً عاماً بصدده جريمة الرشوة (م ١١١ عقوبات مصري)، ويحق لكل من القاضي والمحكم ندب خبير لفحص المسائل الفنية بالنزاع، ويعتبر كل من القاضي والمحكم من الغير بالنسبة لطرفي النزاع، وكلاهما يحترم المبادئ الأساسية للنقاضي. ويشترك المحكم مع القاضي في ضرورة توافر الموضوعية و الحياد و النزاهة و الاستقلال أثناء ممارسة مهمتهما، كما يستنفد كل منهما ولايته بمجرد صدور حكمه(٢).

(ب) - حكم التحكيم الإلكتروني، واتفاق التسوية بالتوفيق: التوفيق هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على تسوية كل أو بعض

(١) الإشارة السابقة.

(٢) دنيل عمر، التحكيم، بند ١٠، ص ١٧. د.علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، ص ٤٨ وما بعدها.

منازعاتهم القابلة للتوفيق، والتي نشأت أو ستنشأ بينهم بواسطة هيئة توفيق من اختيارهم لإصدار اتفاق تسوية موقع منهم، ومن هيئة التوفيق، فيقوم الموفق بالاجتماع والتشاور مع طرفي النزاع لتخفيف وطأة الشقاق بينهما بالتقريب بين وجهات النظر المتعارضة، وتبديد الخلاف، وسوء التفاهم للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، وكثيراً ما يرد اتفاق توفيق، شرطاً أم مشارطه، في عقود التجارة الدولية التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة كعقود التوريد، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود المشروعات العامة الدولية... والتوفيق يشكل مرحلة سابقة على مرحلة الوساطة، والوساطة مرحلة سابقة على مرحلة التحكيم، ولا يجوز لأي طرف اللجوء مباشرة إلى أي وسيلة لفض النزاع قبل استفاد الوسيلة السابقة عليها احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق إذا وجدا اتفاق على ذلك (١).

ويتفق كل منهما في أنهما وسيلة بديلة عن القضاء لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين طرفي النزاع، وأن أساس كل منهما مشترك وهو اتفاق طرفي النزاع في شكل شرط أو مشارطه، وأن اختيار هيئة الفصل في النزاع من اختيار أطرافه، وأن المسائل القابلة للتحكيم والتوفيق واحدة، ومحددة بالمسائل غير المتعلقة بالنظام العام، والمسائل التي يجوز فيها الصلح، وأن المحكم والموفق ليس عضواً في الجهاز القضائي، وليس من الموظفين العموميين، بالتالي فهما ليسا تابعين للدولة، ولا تسأل عنهما الدولة مسئولية المتبوع عن عمل التابع، وإنما يسأل كل منهم طبقاً للقواعد العامة في المسئولية المدنية، ولا يخضع أي منهم لإجراءات دعوى المخاصمة، ويحق للأطراف اللجوء إلى القضاء بعد فشل التحكيم أو التوفيق (٢).

---

(1) د.شمس ميرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، ص ٤٥٠. د.نبيل حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٣، ص ٢٧. د.حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى، مصر ٢٠٠٦م، بند ١٤، ص ١٨. د.خالف عبد اللطيف، الوسائل السلمية لحل منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٧م، ص ٢٩٤ وما بعدها. د.عبد الباسط عبد المحسن، دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ٢٥ وما بعدها.

(2) د.هدي محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، بند ٣٩، ص ٥٧. د.محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديد للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٥م، ص ٤٩-٥٣.



ويجوز لكل من المحكم الإلكتروني والموفق التحي من تلقاء نفسه عن القيام بمهمته دون اعتباره منكرًا للعدالة، ولا يجوز لأي منهما أن يمثلا في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما، ويقوم كل منهما بعمل مؤقت غير دائم محدد بالنزاع المعروض عليه فقط بمقتضى اتفاق طرفي النزاع، ولا تشترط الجنسية الوطنية في أي منهما، ولا يجوز للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في عمل أي منهما، ولا يلزم أي منهما بحلف اليمين القانونية، ولا يجوز لأي منهما تحليف الشاهد اليمين، والتحكيم ينال من حق التقاضي بخلاف التوفيق، وقد يكون من مهمة المحكم أن يحاول التوفيق أولاً بين طرفي النزاع، وقد تتوقف إجراءات التحكيم من أجل منح فرصة للتوفيق بين طرفي النزاع. وكل من المحكم و الموفق يعتبر من الغير بالنسبة لطرفي النزاع. ويشترك الموفق مع المحكم في ضرورة توافر الموضوعية والحياد والنزاهة والاستقلال أثناء ممارسة مهتهما(١).

ويختلف التحكيم الإلكتروني عن التوفيق في أن المحكم يصدر حكماً ملزماً يحوز الحجية، بينما يصدر الموفق تسوية لا تحوز الحجية و غير ملزمة إلا بقبول طرفي النزاع لها و التوقيع عليها مع الموفق بعد قيامه بسماع أقوالهم و التعرف على وجهة نظرهم والتقريب بينهم بحل وسط للنزاع، ويرجع الأساس الملزم لطرفي النزاع بتسوية الموفق إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد. فالتوفيق له قيمة سلمية أكثر مما للتحكيم، فالمحكم يعمل في خصومة تحكيم بينما الموفق لا تقوم أمامه خصومة بالمعنى الدقيق. ويعتبر المحكم موظفاً عاماً في تطبيق نصوص جريمة الرشوة (م ١١١ عقوبات مصري) بخلاف الموفق(٢).

---

**-Bruno oppetit; arbitrage, Médiation et Conciliation, Rév. arb, 1984, P. 307ets.**

(1) د.نبيل حلمي، التوفيق، ص ٢٧. د.هدي محمد مجدي، دور المحكم، بند ٣٩، ص ٥٧. د.محمد إبراهيم موسى، التوفيق، ص ٤٩-٥٣.

**-Bruno oppetit; arbitrage, médiation et conciliation, Rév. arb, 1984, P.307 ets.**

(2) الإشارة السابقة.

وقد يقترن اتفاق التوفيق بشرط تحكيم، كما قد يقترن اتفاق الوساطة بشرط تحكيم، والاختلاف بين التوفيق والوساطة هو فقط في الدرجة وليس في الطبيعة، فيقتصر عمل الموفق على مجرد التقريب أو نقل وجهة نظر كل طرف من أطراف النزاع إلى الآخر فيقوم بتسهيل الاتصال بين طرفي النزاع مع بيان نقاط الخلاف والتقريب بينها. بينما عمل الوسيط يستغرق عمل الموفق، ويمتد إلى حد اقتراح حلول على طرفي النزاع، أي أن عمل الوسيط أكثر اتساعاً وأبعد مدى وأكثر إيجابية من عمل الموفق، لذا يُبدأ باستعمال وسيلة التوفيق فإن أخفقت يلجأ إلى الوساطة فإن أخفقت يلجأ إلى التحكيم، ولا يجوز لأي طرف اللجوء مباشرة إلى أي وسيلة لفض النزاع قبل استفاد الوسيلة السابقة عليها احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق على ذلك.

وقد استحدثت المشرع المصري نظام التوفيق في المنازعات المدنية والتجارية و الإدارية بموجب قانون لجان التوفيق رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م لفض المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها قبل اللجوء إلى القضاء، وأصبح اللجوء إلى هذه اللجان إجبارياً - كقاعدة عامة - قبل اللجوء إلى القضاء باستثناء الدعاوي و الطلبات المستعجلة... فلا تقبل أي دعوى قضائية متعلقة بمنازعة تنشأ بين الأشخاص الاعتبارية العامة و بين العاملين بها أو الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة... إلا بعد الالتجاء إلى لجان التوفيق (م ٢٤) من هذا القانون (١).

**(١)** وبموجب قانون لجان التوفيق المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م تنشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بينها وبين العاملين بها أو الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة... لتقوم بتسوية المنازعة بتوصية غير ملزمة إلا إذا وافق عليها كل من الجهة الإدارية والطرف الآخر في النزاع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض التوصية على طرفي النزاع خلال سبعة أيام من صدورها، وتثبت التوصية في محضر جلسة موقع من طرفي النزاع، وتكون له قوة السند التنفيذي (م ٩). وتشكل لجنة التوفيق من أحد رجال الهيئات القضائية السابقين رئيساً وعضوية ممثلًا عن الشخص المعنوي العام، وممثلًا عن الطرف الآخر في النزاع. ويقدم طلب التوفيق إلى لجنة التوفيق من أي من طرفي النزاع. ويترتب على تقديم طلب التوفيق للجنة وقف ميعاد سقوط أو انقضاء الدعوى. وتنظر اللجنة النزاع بحضور طرفي النزاع أو من ينوب عن أي منهما دون التقيد بإجراءات ومواعيد قانون المرافعات باستثناء ضمانات التقاضي الأساسية. وتفحص اللجنة طلبات ودفاع طرفي النزاع وتحققها لتصدر توصية بأغلبية الآراء خلال ستين يوماً من تقديم الطلب، وتنتهي مهمة اللجنة بإصدار التوصية أو بانقضاء ميعاد ستون يوماً دون إصدارها، ويترتب على أي منهما انقضاء أثر طلب التوفيق في وقت التقادم أو السقوط. وإذا لم تصدر اللجنة التوصية خلال ميعاد (٦٠) يوماً، أو أصدرتها ولم يقبلها أي من طرفي النزاع، فيحق لأي منهما اللجوء إلى القضاء، ويقوم قلم كتاب المحكمة بضم ملف التوفيق إلى ملف الدعوى.

ونظام التوفيق في المنازعات المدنية و التجارية و الإدارية وفقاً لقانون لجان التوفيق المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م لفض المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص الاعتبارية العامة، وبين العاملين بها أو الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ويمكن اعتباره بمثابة شرط عرض النزاع على لجنة قبل اللجوء إلى المحكمة المختصة و إلا حكم بعدم قبول الدعوى (م ٢٤) من هذا القانون، ولا يمكن اعتباره توفيق، ولا وساطة، ولا تحكيم لعدم وجود اتفاق توفيق، ولا اتفاق وساطة، ولا اتفاق تحكيم، كما أن أي اتفاق منها يقتضي إرادة حرة من طرفيه، بينما اللجوء إلى لجان التوفيق أمر مفروض و إجباري بنص المادة الأولى من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ف. كما أن اللجنة تصدر توصية بحل النزاع لقبولها أو رفضها من طرفي النزاع، وهذا هو عمل الوسيط و ليس عمل الموفق، فالموفق يحاول التوفيق بين وجهتي نظر طرفي النزاع دون اقتراح الحلول.

وقد قضت محكمة النقض في حكم حديث لها بأن: "... المشرع في القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن إنشاء لجان التوفيق لفض المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، تطلب لقبول الدعوي بشأن إحدى المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون؛ أن يتقدم المدعي فيها قبل رفعها بطلب توفيق للجنة فض المنازعات المختصة وإلا كانت هذه الدعوي غير مقبولة... وأنه إذا تعلق الأمر بإجراء أوجب القانون اتخاذه، وحتى تستقيم الدعوي، فإن الدفع المبني علي تخلف تلك الإجراءات يُعد دعواً شكلياً، ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول، متي انتهت صلته بالصفة، أو المصلحة في الدعوي، أو بالحق في رفعه، وإن اتخذ اسماً بعدم القبول؛ لأن العبرة في تكييف الدفع هي بحقيقة جوهره ومرماه... مؤدي ذلك أنه عند رفع المدعي إحدى المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون دعواه مباشرة إلي المحكمة المختصة قبل اللجوء إلي إحدى اللجان التي أنشأها هذا القانون، ولكنه أثناء نظر هذه الدعوي، وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة فيها تدرك الأمر، وتقدم بطلبه إلي اللجنة المختصة إعمالاً لأحكام

القانون سالف الذكر، وأن اللجنة المختصة نظرت الطلب وأصدرت توصيتها فيه وكانت الدعوي الماثلة مازالت منظورة أمام المحكمة حتي أصدرت حكمها بعد ذلك، فإن هذا المدعي يكون قد استوفي الإجراء الذي أوجبه هذا القانون، بما لا تثريب معه علي المحكمة إن هي مضت في السير في نظر الدعوي دون حاجة للحكم بعدم قبولها، لعدم اتخاذ هذا الإجراء الشكلي..."(١).

(ج) – حكم التحكيم الإلكتروني، وتوصية الوساطة: الوساطة هي اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غيرعقدية على تسوية كل أو بعض منازعاتهم القابلة للوساطة، التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، عن طريق هيئة وساطة من اختيارهم لإصدار توصية لا تحسم النزاع، ولا تحوز الحجية، وغير ملزمة إلا بقبولها من طرفي النزاع، بديلاً لقضاء الدولة. ويقوم الوسيط بتقريب وجهات نظر طرفي النزاع و اقتراح الحلول الممكنة للنزاع في شكل توصية بعد اجتماعات مشتركة أو فردية منفصلة لطرفي النزاع، ومحاولة الحصول على موافقة طرفي النزاع على الحل الذي ينتهي إليه(٢).

يتفق كل من التحكيم الإلكتروني، والوساطة في أن كلا منهما وسيلة بديلة عن قضاء الدولة لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين الأطراف. وأن أساس كل منها اتفاق الأطراف في صورة شرط أو مشارطه، وأن اختيار هيئة الفصل في النزاع من اختيار الأطراف. وأن المسائل القابلة للتحكيم والوساطة واحدة ومحددة بالمسائل الغير متعلقة بالنظام العام والمسائل التي يجوز فيها الصلح. كما أن

---

(١) نقض مدني ٦ / ٧ / ٢٠١٥م، طعن رقم ١٧٢٤ لسنة ٧٧ ق، منشور علي موقع محكمة النقض

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

(2) د.نبيل عمر، التحكيم، بند٧، ص١٢. د.عبد الباسط عبد المحسن، دور الوساطة، ص٣٠ وما بعدها. د.ضحى إبراهيم الزياتي، شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٣م، ص٨٣ وما بعدها .

-Serge Braundo; propos sur la médiation en matièrecivile;Gaz.Pal 14-15 avril 1995; doct.; P. 3.

كلاً من المحكم والوسيط شخص عادي ليست لأيهما صفة رسمية وليس عضواً في الجهاز القضائي للدولة. ولا يجوز لأي من الوسيط أو المحكم أن يمثل في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما(١).

ويجوز لكل من المحكم الإلكتروني و الوسيط التنحي من تلقاء نفسه عن القيام بمهمته دون اعتباره منكرًا للعدالة، والجمع بين مهمته والقيام بعمل آخر لأنهما لا يعتبران موظفين عموميين. وكل من المحكم والوسيط يعمل مؤقت غير دائم محدد النزاع المعروف عليه فقط بمقتضى اتفاق طرفي النزاع. ولا يخضع أي من المحكم أو الوسيط لنظام دعوى مخاصمة القضاة، ولا تسأل الدولة عن أي منهما فهم ليسوا من تابعيها. ويجوز عزل الوسيط أو المحكم باتفاق طرفي النزاع، ولا تشترط الجنسية الوطنية في أي منهما، ويسأل أي منهما بالتعويض طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. ولا يجوز للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في عمل المحكم و لا في عمل الوسيط. ولا يلزم أي منهما المحكم أو الوسيط بحلف اليمين القانونية لأنهما ليسا من موظفي الدولة، ولا يجوز لأي منهما تحليف الشاهد اليمين. ويحق لطرفي النزاع اللجوء إلى القضاء بعد فشل التحكيم أو الوساطة. ويعتبر المحكم و الوسيط من الغير بالنسبة لطرفي النزاع. وتشترط الموضوعية والحيادة والنزاهة والاستقلال في عمل كل من المحكم الإلكتروني والوسيط(٢). واتفاق الوساطة شأنه شأن أي اتفاق يكون ملزماً لأطرافه، لذا يتحتم عليهم الدخول في عملية وساطة بحسن نية و إلا تعرض الطرف المخل بالتزامه للحكم عليه بالتعويض عن الأضرار.

---

(١) -**Maustafa El matwalyKandeel**;La conciliation et la médiation Judiciaires; thèse Paris1;2001;P.69.

-**Bruno oppetit**; arbitrage, médiation et conciliation;Rév. arb. 1984 ;P. 308-310.

-**Jean Timsit**; La médiation: une alternative à la Justice et non une Justice alternative; Gaz. Pal.15 Nov. 2001; P. 53.

(2) د.ضحى إبراهيم الزبياني، شرط التحكيم في العقود المدنية، ص ٨٣ وما بعدها.

-**Serge Braundo**; propos sur la dédiation en matiérecivle;Gaz.pal 14-15 avril 1995; doct.; P. 3.

بالإضافة إلى الحكم بعدم قبول دعواه القضائية لوجود اتفاق وساطة. وكما هو الحال بشأن اتفاق التحكيم الإلكتروني(١).

وتختلف الوساطة عن التحكيم الإلكتروني في أن توصية الوسيط لا تحسم النزاع، ولا تلزم أطرافه و لا تحوز الحجية إلا بقبولها و التوقيع عليها من طرفي النزاع تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد(٢). بينما حكم التحكيم يحسم النزاع و يحوز الحجية و ملزم لأطراف النزاع كقاعدة عامة بمعنى أن المحكم يحكم والوسيط يقترح، ويحق للوسيط الانفراد بأحد أطراف النزاع على حده بخلاف المحكم لتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، والوساطة وسيلة وسط بين التوفيق و التحكيم، فالوسيط أكثر فعالية من الموفق و أقل قوة من المحكم، ويحق لكل من المحكم، والوسيط ندب خبير لفحص المسائل الفنية في النزاع. والتحكيم الإلكتروني ينال من حق التقاضي بإصدار حكم تحكيم إلكتروني ملزم لطرفي النزاع، بخلاف الوساطة تنتهي بتوصية غير ملزمة، والوساطة لها قيمة سلمية أكثر مما للتحكيم. فالمحكم الإلكتروني يعمل في خصومة تحكيم إلكتروني بخلاف الوسيط لا تقوم أمامه خصومة بالمعنى الفني الدقيق. ويعد المحكم في حكم الموظف العام عند تطبيق نصوص جريمة الرشوة بنص (م ١١١ عقوبات مصري) بخلاف الوسيط.

ويجوز لأطراف النزاع الانسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة بخلاف التحكيم. كما يتجرد الوسيط من كل سلطات الإيجار دون أن يملك الحق في فرض تسوية للنزاع بخلاف المحكم الذي يتمتع ببعض سلطات الإيجار للخصوم أثناء سير عملية التحكيم. وقد يكون من مهمة المحكم محاولة الوساطة أولاً بين طرفي النزاع، وقد تتوقف إجراءات التحكيم من أجل منح فرصة للوساطة بين طرفي النزاع. وقد تكون الوساطة في صورة قضاء صوري، فتشكل هيئة الوساطة من الوسيط رئيساً وعضوية وكلاء عن أطراف النزاع بهدف الوصول لحل مقبول، وقد تكون الوساطة

(١) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٧، ص ٣٣٩-٣٤٠.

(٢) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن ٢٠٠٩م، ص ٢٨ هامش(١).

في صورة وساطة استشارية حيث يطلب من خبير استشارته أولاً في موضوع النزاع ثم يتدخل كوسيط لحل النزاع، وهناك وساطة قضائية يعرضها قاضي النزاع على الأطراف قبل الفصل في النزاع ويقوم القاضي أو الخصوم بتعيين الوسيط، وهناك أخيراً الوساطة التحكيمية فيقوم الوسيط بمهمة المحكم إذا فشلت مهمته في الوساطة(١).

(د) – حكم التحكيم الإلكتروني، وعقد الصلح: الصلح هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بنزول كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته (م ٥٤٩ مدني مصري، art. 2044 C.C.F)، وعلى ذلك فالصلح يحتوي على ثلاثة عناصر: وجود نزاع قائم أو محتمل، ونية حسم النزاع، ونزول كل من طرفي النزاع عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل. ولا يشترط في الصلح أن يكون النزول من الجانبين متعادلاً أو متساوياً، ولذا فلا محل للادعاء بالغبن في الصلح. ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز على المصالح المالية المترتبة على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم (م ٥٥١ مدني مصري)(٢).

والصلح عقد رضائي لا تشترط الكتابة لانعقاده بل تلزم لإثباته؛ لأنه يتضمن شروطاً واتفاقات معقدة نتيجة المساومات الطويلة والأخذ والرد. فالصلح عقد رضائي، ملزم للجانبين، كاشف للحقوق، لا يتجزأ فبطلان جزء منه يبطل العقد كله أياً كان سبب البطلان أو الإبطال (م ٥٥٧ مدني مصري). وبالصلح ينحسم النزاع وتتقضي الحقوق و الادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين نزولاً نهائياً (م ٥٥٣

---

(1) د.أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدولة العربية، ط٣، ٢٠٠٥م، ص٦٥ وما بعدها. د.إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، ص٤٥.  
(2) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤م، ص٣٨٩ وما بعدها. د.عزمي عبدالفتاح عطية، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١م، ص٢٣٣ وما بعدها. ديبس محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧٨م، ص٢٥٢. شيماء محمد سعيد خضر البوراني، ط١، أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٣م، ص٣٨ وما بعدها.

مدني مصري)، وعقد الصلح يمكن الطعن عليه كأى عقد بدعوى بطلان أصلية لعيب من العيوب التي تلحق العقد(١).

هذا ويتفق التحكيم الإلكتروني مع الصلح في أن كلاً منهما وسيلة اختيارية لفض المنازعات، وأن المنازعات القابلة للصلح هي نفسها القابلة للتحكيم، وأن حكم المحكم وعقد الصلح كلاهما يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية، وهما يؤديان إلى عدم جواز عرض النزاع على قضاء الدولة لسبق الفصل فيه، وكلاهما يتطلب لصحته توافر أهلية التصرف في أطرافه و وكالة خاصة لإبرامه. وأيضاً كلاً منهما يجد مصدره في اتفاق أطرافه على فض النزاع بينهما باتفاق تحكيم أو عقد صلح أي يجمع بينهما النشأة الاتفاقية(٢).

أما أوجه الإختلاف بينهما فكثيرة منها: أن الصلح ينهي النزاع بالتراضي و يصبح سبباً لعدم قبول الدعوي إذا رفعت بعده لأنه يعتبر تنازلاً عن حق الدعوي، ويعتبر سبباً لإنقضاء الخصومة إذا تم الصلح بعد رفع الدعوي لإنقضاء مصلحة الخصم في استمرار الخصومة، أما المحكم فينهي الخصومة بحكم التحكيم الإلكتروني. ويجوز للأطراف اللجوء للقضاء قبل الصلح بخلاف التحكيم. وفي الصلح يعرف كل طرف ما سيأخذه وما سيقدمه بالصلح بينما في التحكيم الإلكتروني لا يعرف أي طرف ماسيقضي به حكم التحكيم الإلكتروني. ومحضر الصلح لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد توثيقه أو تصديقه من القضاء، ولا يحتاج إلى أمر بتنفيذه بخلاف حكم التحكيم الإلكتروني فهو لا يحتاج إلى توثيق أو تصديق بل يحتاج لأمر بتنفيذه(٣).

ويتطلب الصلح تضحيات متبادلة بنزول كل من طرفي النزاع عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل للوصول إلى نقطة توازن يرتضون بها بخلاف التحكيم

---

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.عزمي عبدالفتاح عطية، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوي، ص٢٣٤. د.فايز عبد الله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، س٤٢، ع٢٤، يوليو ٢٠٠٠م، ص١٤٧ وما بعدها. د.السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص٣٢ وما بعدها.

(٣) د.إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة للنشر، عمان ١٩٩٩م، ص١٩ وما بعدها.



فلا ينزل الخصوم كلهم أو بعضهم عن كل أو بعض ادعاءاته. والتحكيم يتم أمام هيئة تحكيم في حين أن الصلح يتم في صورة عقد رسمي موثق ومصدق عليه أو يتم أمام المحكمة القضائية المطروح عليها النزاع، وفي الصلح يعرف كل خصم مقدماً ما يتنازل عنه، بينما لا يعرف الخصوم ماسيحكم به المحكم بحكم ملزم(١).

وفي التحكيم الإلكتروني يكون الحكم الذي ينتهي به النزاع من عمل المحكم في حين أن الحل الذي ينتهي به النزاع في الصلح من عمل الخصوم أنفسهم. ويعد المحكم الإلكتروني في حكم الموظف العام عند تطبيق نصوص جرائم الرشوة (م ١١١ عقوبات مصري) بخلاف المصلح. وحكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي ولا يجوز المساس به إلا بطرق الطعن المقررة له قانوناً، بخلاف عقد الصلح فهو يتمتع بالقوة الملزمة للعقد، ويمكن الطعن عليه بدعوى بطلان أصلية لأي عيب من العيوب التي تلحق العقد(٢).

**(هـ) – حكم التحكيم الإلكتروني، وتقرير الخبرة:** الخبرة هي العلم عن تجربة وممارسة ومهارة فائقة ببواطن أمور فنية غير قانونية، وإبداء رأي استشاري فني متخصص غير ملزم للخصوم ولا للمحكمة. وعلى ذلك فلا يجوز للخبير إبداء رأيه في مسائل قانونية، ولا في مسائل فنية خارج مهمته، فالخبير يقدم رأياً استشارياً فنياً في مسألة واقعية مادية بحتة في شكل تقرير فني يجوز طرحه أو تجزئته و التعديل فيه(٣).

هذا و تتفق الخبرة مع التحكيم الإلكتروني في أن كلا من الخبير والمحكم يعتبر من الغير بالنسبة لأطراف النزاع، ويشترط فيهما الحياد و الاستقلال و انتفاء الموانع القانونية، ويجوز رد كل منهما من الخصوم، ويجوز اختيار الخبير محكماً لخبرته

---

(١) د.محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م، ص ٨٤. د.أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ١٩٩٠م، ص ٤٤١. د.هدى محمد مجدي، دور المحكم، بند ٣٧، ص ٥٣.

(٢) الإشارة السابقة.

(٣) د.محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠م، ص ٣٠. د.علي الشحات الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٩م، ص ٩٧ وما بعدها.

الفنية. وكل منهما ليس عضوًا في الجهاز القضائي للدولة، ولا يجوز لأي منهما أن يمثلًا في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما. وأيضاً يعد كل من المحكم، والخبير في حكم الموظف العام عند تطبيق نصوص جرائم الرشوة بنص (م ١١١ عقوبات مصري)، ولا يجوز للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في عمل أي منهما، وتشترط الموضوعية و الحياد و النزاهة و الاستقلال في مهمة كل منهما(١).

أما أوجه الاختلاف بينهما فعديدة، منها: أن الخبير يعطي رأياً فنياً غير ملزم لأي من أطراف النزاع و لا للمحكمة، ولا يحوز الحجية، وغير واجب التنفيذ بخلاف المحكم الإلكتروني الذي يعطي حكماً ملزماً للخصوم ولل قضاء، ويحوز الحجية، وواجب التنفيذ بعد إصدار أمر بتنفيذه، ووضع الصيغة التنفيذية عليه. وأيضاً تقتصر مهمة الخبير على فحص وتحقيق الوقائع لتقديم تقرير فني يساعد القاضي في تكوين عقيدته بخلاف المحكم الذي يقوم بتحقيق الواقع والقانون معاً. يجب على الخبير أداء اليمين القانونية أمام القاضي قبل إنجاز مهمته بخلاف المحكم. وكذلك عمل الخبير هو إجراء من إجراءات الإثبات و لا يمكن أن يكون عملاً قضائياً بخلاف المحكم. ولا يجوز تعيين محكم في مسألة لا يجوز فيها التحكيم، بينما يجوز تعيين خبير فيها. كما أن الخبير يطلب منه الاستشارة والاستيضاح بينما المحكم يطلب منه حسم النزاع وإظهار العدالة. ومصدر سلطة الخبير قرار المحكمة بند به، بينما مصدر سلطة المحكم الإلكتروني هو اتفاق التحكيم الإلكتروني(٢).

(و) — حكم التحكيم الإلكتروني، وعقد الوكالة: الوكالة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل أن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل بنص (م ٦٩٩ مدني مصري) و يلتزم الوكيل بالقيام بالعمل باسم ولحساب موكله بحيث تتصرف آثاره لموكله في الحدود المرسومة للوكالة، وأن

---

(1) د.حسان عبد السميع هاشم، الخبرة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص ٩ وما بعدها . د.مهدي أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٥م، ص ٥٩.

(2) د.محمود السيد التحيوي، التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢م، ص ٤٤. د.هدي محمد مجدي، دور المحكم، بند ٤٠، ص ٥٨. أحمد سعيد الدهن، موقع الخبير من التحكيم التجاري، مجلة التحكيم اليمنية ٢٠٠٠م، ع ٣٤، ص ٢٦.

بيدل في تنفيذ الوكالة عناية الشخص المعتاد، فلا يكون الوكيل مستقلاً عن موكله عند قيامه بأعمال الوكالة، ولا يملك الوكيل أكثر ما يملكه الموكل، ويأتمر الوكيل بأوامر وتعليمات الموكل وإن خرج عنها كان للموكل الاتصال من أعمال الوكيل (١).

هذا وتتفق الوكالة مع التحكيم الإلكتروني في النشأة الاتفاقية لكل منهما، وفي أن محل كل منهما عمل قائم على الثقة و الاعتبار. وأن كلاً من المحكم الإلكتروني، والوكيل ليس عضواً في الجهاز القضائي للدولة، وليس لهما أن يمثلا في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما. ولا يجوز للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في عمل أي منهما، ولا يخضعا لإجراءات دعوى مخاصمة القضاة بل تطبق بشأنهم القواعد العامة في المسؤولية المدنية (٢).

و تختلف الوكالة عن التحكيم الإلكتروني في أن المحكم لا يعتبر وكيلاً عن أي من طرفي النزاع و لا عن الطرف الذي عينه و لا وكيلاً مشتركاً عن طرفي النزاع لتعارض مصالحهما بخلاف الوكيل. ولذا لا يمكن تأسيس مسؤولية المحكم الإلكتروني على أساس فكرة الوكالة بخلاف الوكيل، ويعمل المحكم مستقلاً في عمله عن طرفي النزاع بخلاف الوكيل الذي يأتمر بأوامر موكله. وكذلك المحكم يعمل بأجر بينما الأصل في الوكالة تبرعية ما لم تكن بأجر. ويستطيع الموكل عزل وكيله أو استبداله متى شاء بخلاف المحكم فإنه لا يستطيع عزل المحكم بدون مبرر شرعي. وأيضاً يستطيع الموكل إلغاء عقد الوكالة بينما لا يستطيع المحكم إلغاء اتفاق التحكيم. ويتصرف الوكيل بما هو في صالح موكله بخلاف المحكم. والوكيل غير مستقل عن موكله و لا يحل نزاعاً ولا يصدر أحكاماً بخلاف المحكم الإلكتروني (٣).

---

(١) د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٩، ص ١٥. د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، ج ١، ط ١، ١٩٩٨ ف، بند ١٦-١٧، ص ٣١-٣٤. د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٤٥.

(٢) د.فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧م، بند ١٢، ص ٣٠-٣١. د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٩، ص ١٥. د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٤٥.

(٣) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند ١١، ص ٣٠. د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١٦-١٧، ص ٣١-٣٤. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠م، ص ١٨. د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، بند ٣٥، ص ٥٠.

(ز) — حكم التحكيم الإلكتروني و اتفاق التسوية بالمفاوضة: المفاوضة هي وسيلة اتفاقية بديلة — تبادل الرأي بين ذوي الشأن بغية الوصول إلى تسوية أو اتفاق بحل وسط بينهما — لتسوية النزاع بالحوار المباشر بين طرفيه دون تدخل من الغير لتوصلهما إلى اتفاق تسوية ملزم في مصلحة الطرفين بعد تبادل وجهتي نظرهما من خلال لقاءات مباشرة بينهما أو بواسطة محاميها أو وكلاهما. بمعنى أنها تبادل الرأي بين ذوي الشأن بغية الوصول إلى تسوية أو اتفاق بحل وسط. ويرجع أساس القوة الملزمة لاتفاق التسوية بالمفاوضة إلى توقيعها عليه وإعمال مبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه. وقد تكون المفاوضة مفاوضة خاصة أو مؤسسية تتم من خلال أحد مراكز أو مؤسسات التسوية الودية لتقديم خدمة الاتصال أو اللقاء بين الأطراف. وقد تتم المفاوضة بالوسائل التقليدية أو بوسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة كالتليفون أو التلكس أو الفاكس أو بالبريد الإلكتروني عبر الإنترنت... (١)

ويتوقف نجاح المفاوضة على مدى مرونة طرفي النزاع في الحوار للوصول إلى نتيجة في صالح الطرفين، وتتصب المفاوضة على موضوع النزاع لا على الأشخاص، فكل طرف في المفاوضة يرى الأمور حسب وجهة نظره فيعتقد أن كل ما لديه هو الصحيح و أن ما لدى الطرف الآخر خطأ، لذا فالحل المثالي يوفق بين المصالح ولا شأن له بمواقف الأشخاص التي قد توصل إلى طريق مسدود بفشل عملية المفاوضة (٢).

وإذا كانت المفاوضة هي وسيلة حوار بغرض الإقناع، فيجب على المفاوض الإلمام بكل وقائع المنازعة ثم وضع حلول حتى يكون على بينة من أمره أثناء سير المفاوضات، وقد لا يبدأ المفاوضة بالحل الذي يدور في ذهنه، وإنما يبدأ بحل آخر أشد منه، ربما يرفضه الطرف الآخر، ثم يدعي المفاوض أنه سيصل إلى حل وسط

---

-Ph. Fouchard; le statut; N. 12; P. 330.

(١) د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، بند ١٠، ص ٢٢-٢٣. د.عبد الرسول عبد الرضا، هل يوجد حل أمثلة لتسوية المنازعات، نشرة التحكيم التجاري الخليجي، ع ٢٧٤، ديسمبر ٢٠٠٣م، ص ٩-١٢؛ ع ٢٨، مارس ٢٠٠٤ف، ص ١٩-٢٣. د.محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٠-٢٥. د.إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق، ص ٣٣٤.

(٢) الإشارة السابقة.

يرضي جميع الأطراف، ويعرض الحل الذي يسعى إليه منذ البداية، فعلى المفاوض أن يبدأ بحل قد يصعب أن يوافق عليه الطرف الآخر إلى أن يعرض مراده فربما يجده الطرف الآخر أكثر منطقية ومعقولة، فتكون هذه وسيلة للوصول إلى الحل الذي يسعى إليه المفاوض منذ البداية، كما يجب على المفاوض أن يجعل الطرف الآخر يعرض حله أولاً، فغالباً ما يكون الطرف الخاسر هو الطرف الذي قدم حله أولاً في المفاوضات، ويتعين على المفاوض أن يعرض طلباته تدريجياً مع تطور المفاوضات فلا يعرضها كلها جملة واحدة حتى لا تكون محلاً لقبول بعضها وطرح البعض الآخر (١). ومن الأفضل أن يشكل فريق المفاوضة من أكثر من مفاوض فإذا كانوا اثنين فيقوم أحدهما بعرض حلول يصعب أن يقبلها الطرف الآخر بينما يقوم المفاوض الثاني بعرض حلول تبدو أكثر منطقية و معقولة فتجد قبولاً من الطرف الآخر. ويتعين على المفاوض الأخذ في الاعتبار العدالة و القانون، فإذا لم يكن القانون في صف المفاوضات فعليه أن يتجنبه قدر الإمكان أثناء المناقشة والحوار مركزاً على اعتبارات العدالة بين الأطراف (٢).

هذا ويتفق التحكيم الإلكتروني مع المفاوضة في النشأة الاتفاقية لكل منهما، وفي أن كلاهما وسيلة بديلة لفض المنازعات. ولايجوز تدخل النيابة العامة وجوباً أو جوازاً في كلاً منهما. وأن كل منهما قد يتم في صورة تقليدية أو بصورة إلكترونية (٣).

أما أوجه الاختلاف بينهما فتتمثل في أن التحكيم يتم عن طريق تدخل شخص ثالث من الغير (المحكم) ليصدر حكم ملزم يحوز حجية الأمر المقضي وقابل للتنفيذ الجبري بعد استصدار أمر بتنفيذه ووضع الصيغة التنفيذية عليه، بخلاف المفاوضة التي تتم بين طرفي النزاع أنفسهم دون تدخل شخص ثالث من الغير لإصدار اتفاق تسوية يوقعه طرفي النزاع. وأيضاً في التحكيم يطبق المحكم قواعد قانونية

---

(١) د.محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣م، ص٣١٨-٣٢١.

(٢) الإشارة السابقة.

(٣) د.إبراهيم أحمد سعيد زمزي، القانون الواجب التطبيق، ص٣٣٤. د.عبدالرسولعبدالرضا، هل يوجد حل أمثلة لتسوية المنازعات، نشرة التحكيم التجاري الخليجي، ٢٧٤، ديسمبر ٢٠٠٣م، ص٩-١٢؛ ع ٢٨، مارس ٢٠٠٤م، ص١٩-٢٣.

موضوعية وإجرائية اتفق عليها طرفي النزاع، وفي المفاوضات تطبق حلول عرفية غير مستمدة من قواعد قانونية محددة تتمثل في إجراء مقارنة بين طلبات كل طرف في النزاع للتوصل إلى تسوية وسط بينهما في مصلحة الطرفين(١).

(ح) - حكم التحكيم الإلكتروني و قيام الغير بتكملة تصرف قانوني ناقص: قد يتفق طرفا تصرف قانوني علي تفويض شخص ثالث بتحديد عنصر ناقص فيه لتكاملته بقرار ملزم لهما بإندماجه في العقد ليصبح جزءاً منه. ويرتب التصرف القانوني آثاره من لحظة إبرامه، وليس من وقت قيام الشخص الثالث بمهمته في تحديد العنصر الناقص في التصرف القانوني، كتفويض شخص ثالث في تحديد ثمن المبيع في عقد بيع، أو ثمن المقولة حسب كمية الأعمال المنفذة كل فترة زمنية بمراعاة تقلبات الأسعار أو القيمة الإيجارية عند تجديد عقد الإيجار كل فترة لتغيير القيمة الشرائية للنقود... فيقوم الغير بمهمة المثلث بثلث عدل، وجوهر مهمته تحديد عنصر أساسي في العقد (الثلث) لا ينعقد بدونه، لإنتفاء أحد أركانه، وهذا الغير لا يعتبر وكيلاً عن طرفي التصرف القانوني لتعارض مصالحهما. ولا يعتبر قرار الشخص الثالث المكمل للتصرف القانوني و الملزم لأطرافه عملاً قضائياً؛ لأنه ليس قاضياً. كما لا يعتبر حكم تحكيم إلكتروني، ولا يخضع لقواعده، ولا يرتب آثاره؛ لأن التحكيم الإلكتروني يفترض قيام نزاع، ولا نزاع بين المتبايعين، فهما متفقان علي أن يفوضا تقدير الثمن لشخص ثالث، فهو لا يبحث عن إرادة القانون ليطبقها، ولا يطبق قاعدة قانونية تمت مخالفتها، ولكنه يحدد عنصراً في تصرف قانوني ناقص أحد عناصره لتكاملته إعمالاً لإرادة أطرافه. ومع هذا كله فقد اعتبر المشرع الفرنسي مهمة المثلث تحكيم و أسماه " تحكيم الغير " بنص ( art. 1592 C.C.F. ) ، وبه

(1) د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، بند ١٠، ص ٢٢-٢٣. د.عبد الرسول عبد الرضا، هل يوجد حل أمثلة لتسوية المنازعات، نشرة التحكيم التجاري الخليجي، ع ٢٧، ديسمبر ٢٠٠٣م، ص ٩-١٢؛ ع ٢٨، مارس ٢٠٠٤م، ص ١٩-٢٣. د.محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٠-٢٥. د.إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق، ص ٣٣٤.

قضت محكمة باريس، وذلك بالرغم من أن قرار المثلث ينفذ جبراً عن طريق المطالبة بتنفيذ العقد كأثر للقوة الملزمة له، وليس عن طريق الأمر بالتنفيذ كحكم تحكيم(١).

**(ط) - حكم التحكيم الإلكتروني وقيام الغير بتعديل التزامات طرفي التصرف القانوني:** قد يتفق طرفا تصرف قانوني - عقد مستمر كعقد توريد مثلاً - علي تفويض شخص ثالث بتعديل التزاماتهما و إعادة توازنها عند تغيير الظروف الإقتصادية أو الفنية التي تؤدي إلي الإخلال بالتوازن بين التزامات الطرفين، ويرد الالتزام المرهق للمدين به و الذي يهدده بخسارة فادحة إلي الحد المعقول، وتعديل العقد لمواجهة ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وعمل موازنة بين مصلحة الطرفين، بقرار ملزم لهما... فيعتبر الغير هنا محكماً، ومهمته مهمة تحكيمية هي من عمل القضاء في الأصل ( نظرية الظروف الطارئة - م ١٤٧، ١٤٨ مدني مصري )، واتفاق الطرفان علي ذلك هو اتفاق علي التحكيم، وما يصدره حكم تحكيم الإلكتروني؛ لأنه يجوز للأطراف الاتفاق علي التحكيم لتعديل رابطة عقدية(٢).

و بعد أن انتهينا من دراسة المبحث التمهيدي ( مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني ) علي النحو السابق، ننتقل الآن إلي دراسة الفصل الأول ( قواعد إصدار حكم التحكيم الإلكتروني ) وهاك تفصيل القول في ذلك:

---

(1) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بنده، ص ١٨-١٩. د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبدالعال، التحكيم، بنده، ص ٢١. د.محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمن، دارالنهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م، ص ٨٨. د.هدي محمد مجدي عبدالرحمن، دور المحكم، بنده، ص ٥٢.

-Paris, 12 mars.1985; Rév. arb. 1985; P. 299.

(2) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بنده، ص ١٩. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بنده، ص ٢٥-٢٦.

## الفصل الأول

### قواعد إصدار حكم التحكيم الإلكتروني

١٢- تمهيد وتقسيم: يلجأ أطراف العلاقة القانونية للتحكيم الإلكتروني بإرادتهم الحرة بناءً على اتفاق تحكيم إلكتروني بينهم لتقاضي عرض منازعاتهم على القضاء نظراً لما تتسم به إجراءات التقاضي من قيود شكلية وزمنية، وإجراءات معقدة ودرجتين للتقاضي... فيؤدي إلى بطء وتعقيد وإطالة أمد التقاضي، بينما التحكيم الإلكتروني يتسم بالسرية والسرعة نظراً لحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وعلى الإجراءات، وتحديد ميعاد تحكيم لإصدار الحكم خلاله وخبرة المحكم الفنية في موضوع النزاع، كما أن المحكم لديه الوقت الكافي لفض النزاع في أقل وقت ممكن وفي أوقات مناسبة لطرفي النزاع ودون التقيد بمواعيد العمل الرسمية، كما لا يلتزم طرفي النزاع بالانتقال أو الحضور المادي أمام هيئة التحكيم الإلكتروني بل تتم الجلسات من خلال وسائل اتصالات إلكترونية بإجراءات تعتمد على التبادل الإلكتروني للأدلة أو المستندات، كما يمكن الحصول على حكم التحكيم الإلكتروني من مركز خدمة التسوية الإلكترونية للمنازعات عبر الإنترنت. وبذلك سيكون التحكيم الإلكتروني أسرع من القضاء ومن التحكيم التقليدي الذي يعتمد على الحضور المادي للأطراف ووكلائهم والشهود والخبراء، وتقديم مستندات ورقية ومذكرات مكتوبة ومرافعات شفهية... (١).

ولذلك تعتبر مصاريف التحكيم الإلكتروني أقل من مصاريف التقاضي أمام القضاء لما يحتاجه من رسوم قضائية، وأتعاب محامين، ومصاريف خبراء، ومصاريف شهود، وتقاضي على درجتين، ونقض... فنفاقات التحكيم الإلكتروني تتناسب مع حجم العقود الإلكترونية التي تتم عن طريق نظم الوسائط المتعددة، ويمكن استخدام الوسائل السمعية والبصرية في إجراءات التحكيم الإلكتروني من عقد جلسات

---

(١) د. أحمد هندي، التحكيم، بند ٧١، ص ٢٩١ وما بعدها. د. محمد سليم العوا، التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية القانون وغرفة تجارة وصناعة دبي ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م، ج ٥، ص ٢٣٨١. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ٤١٧. د. أمال الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣م، ص ٧.



التحكيم، وتبادل الأوراق، والمستندات... مما يقلل من نفقات السفر، والانتقال. لذا يعد التحكيم الإلكتروني مناسباً للمنازعات التي تثور بصدد مبالغ ضئيلة أو زهيدة القيمة (١). ويقوم المحكم الإلكتروني باعتباره محل ثقة من طرفي النزاع بفض النزاع بعدالة مرنة تعاونية بروح العدالة وحسن النية وبقاء العلاقات ودية متصلة... بعكس القضاء فهو يفض النزاع بعدالة جامدة ويترك علاقات عدائية محطة بلا عودة. كما يجنب التحكيم طرفي النزاع مشاكل تنازع القوانين، والعلم بالقوانين الأجنبية، واختلاف النظم القانونية، والدفع بالحصانة، ومساس الدولة بحياد قضائها. ويعتبر التحكيم وسيلة اجتماعية واقتصادية للتعايش السلمي بين الأطراف باعتباره نظاماً اختيارياً أساسه اتفاق التحكيم الإلكتروني شرطاً كان أو مشارطه ووسيلة بديلة لقضاء الدولة الرسمي، ويتم التحكيم الإلكتروني بإجراءات أكثر سهولة ويسر دون قيود شكلية استجابة لمقتضيات السرعة في عصر التجارة الإلكترونية، كما أن التحكيم الإلكتروني بهذا الشكل يحمي الأطراف المنتمين لعدة دول من فرضية تحيز القاضي الوطني حيث سيتمكن الأطراف من الاطلاع على الوثائق، والمستندات بوسائل الاتصال الحديثة، والرد عليها عبر شبكة الإنترنت بالبريد الإلكتروني (٢).

ولا يكون التحكيم إلكترونياً إلا إذا تم بأكمله عبر الوسائل الإلكترونية، بمعنى أن التحكيم الإلكتروني يستخدم في كافة مراحل وإجراءاته ووسائل الاتصال الحديثة التي توفرها تقنية المعلومات والاتصالات، وعلى رأسها الإنترنت منذ الاتفاق عليه ومروراً بإجراءاته، وانتهاء بصدور حكم إلكتروني فيه (٣). بمعنى أنه يتم تقديم خدمة التحكيم الإلكتروني عبر قنوات ووسائل إلكترونية، حيث تجري الإجراءات

- 
- (١) د. محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقات البترول، مجلة الحقوق، حقوق الإسكندرية، ص ١٠٤، ٢٠١٤. د. أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، ص ٤٢. د. محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج ١، القاهرة ١٩٨٦م، ص ١٠.
- (٢) د. أبو زيد رضوان، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٧م، ص ٣. د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج ٢، التحكيم متعدد الأطراف، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٦. د. إلياس ناصيف، التحكيم الإلكتروني، بحث مقدم لندوة القوانين والتشريعات في العمل المصرفي الإلكتروني، اتحاد المصارف العربية، بيروت ٢٠٠١م، ص ١.
- (٣) د. مصلح أحمد الطراونه، د. نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٠٧. د. آلاء يعقوب الأنعمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ص ٩٧٧.

بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي للقضية من خلال موقع أحد مراكز تسوية المنازعات إلكترونيا والتي تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني، بداية من ملء نموذج طلب التحكيم الإلكتروني، ومروراً بالإجراءات التي تتم في شكل إلكتروني وانتهاءً بصدور حكم وقيده على الموقع الشبكي للقضية وإعلانه للأطراف... (١).

وتنتهي خصومة التحكيم الإلكتروني انتهاءً طبيعياً بصدور حكم التحكيم الإلكتروني فيها، وتقع مجموعة واجبات علي عاتق هيئة التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار حكم التحكيم الإلكتروني. وتتجلى أهمية تحديد حكم التحكيم الإلكتروني في أن عمل هيئة التحكيم الإلكتروني الذي ينطبق عليه وصف حكم التحكيم الإلكتروني هو وحده دون غيره من القرارات والأوامر الذي يولد آثار قانونية معينة؛ فيتمتع بحجية الأمر المقضي، ويمكن رفع دعوي ببطلانه، ولا تسري المعاهدات الدولية بشأن الإعراف بأحكام التحكيم وتنفيذها كاتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م إلا علي ما ينطبق عليه وصف حكم التحكيم الإلكتروني، كما أن المحكم بمقتضى قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس يقدم مشروع حكم تحكيم لمحكمة الغرفة فإن لم تقبله فإنه يصبح مجرد رأي (٢). كما تتعدد أحكام التحكيم الإلكتروني إلى عدة أنواع متعددة.

وبناءً على ذلك نتناول الفصل الأول (قواعد إصدار حكم التحكيم الإلكتروني) في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول : الإستعداد لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني.

المبحث الثاني : تكوين و إصدار حكم التحكيم الإلكتروني.

وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.

---

(1) د.أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونيا، ص٤. د.محمد نور شحاتة، الوفاء الإلكتروني، ص٣٢. د.فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقودالاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار

الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٢م، ص٣٨-٣٩.  
(2) د.حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٤م، ص٢٩١. د.عادل علي محمد النجار، البطلان المؤثر في حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١١م، ص٤.

## المبحث الأول

### الإستعداد لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني

١٣- تمهيد وتقسيم : صدور حكم التحكيم الإلكتروني هو النهاية الطبيعية لخصومة التحكيم الإلكتروني وهدفها الأساسي، فحكم التحكيم الإلكتروني هو الثمرة و الغاية التي يرمي إليها الخصوم من وراء خصومة التحكيم الإلكتروني والسير فيها، ولكنها تحتاج إلي بعض الوقت... فيسعي الخصوم إلي تقديم أدلتهم ومستنداتهم ومذكراتهم وطلباتهم ودفاعهم ودفوعهم... سواء كان ذلك من تلقاء أنفسهم أو بناءً علي طلب أو قرار هيئة التحكيم الإلكتروني. وتسهر هيئة التحكيم الإلكتروني علي النزاع محل التحكيم الإلكتروني حتي تفرغ منه في وقت قريب حتي لا يطول انتظار الخصوم بصدور حكم التحكيم الإلكتروني صحيح خلال ميعاد معين يحدده الأطراف أو نص القانون الواجب التطبيق علي الإجراءات في قالب شكلي معين لحفظه من أي عبث أو تحريف.

ويأتي صدور حكم التحكيم الإلكتروني كنهاية طبيعية لخصومة التحكيم الإلكتروني، بعد قيام هيئة التحكيم الإلكتروني بواجباتها، والاستعداد لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني بقل باب المرافعة والمدولة لتقييم مايتضمنه ملف قضية التحكيم الإلكتروني من عناصر واقعية وقانونية بعد انتهاء المرافعات أمامها، بعيداً عن تقديم عناصر جديدة في قضية التحكيم الإلكتروني، وبعيداً عن تناول الخصوم فيها ...

وتقوم هيئة التحكيم الإلكتروني بالفصل في النزاع بعد سماع الادعاء والدفاع وفحص أدلة الإثبات والنفي والمستندات...وقفل باب المرافعة، والمدولة قانوناً لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني بأغلبية آراء هيئة التحكيم الإلكتروني، مكتوباً، ومحتوياً علي بيانات شكلية وموضوعية وتسببيه وكتابته وموقعاً، ثم قيده على الموقع

الخاص بالقضية على شبكة الإنترنت، ويعلن للخصوم، ومراعاة قواعد إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة(١).

وبناءً على ذلك نتناول المبحث الأول ( الاستعداد لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني ) في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار الحكم.

المطلب الثاني: الإجراءات التمهيدية لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني.

وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.

### المطلب الأول

#### سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار الحكم

١٤- واجبات هيئة التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار حكم التحكيم الإلكتروني : بمقتضى نصوص قانون التحكيم بشكل خاص ونصوص القانون بشكل عام، واتفاق التحكيم الإلكتروني، وعقد التحكيم الإلكتروني المبرم بين الخصوم وهيئة التحكيم الإلكتروني؛ تلتزم هيئة التحكيم الإلكتروني بمجموعة من الضوابط القانونية والاتفاقية التي تفرضها عليها أصول ممارسة مهنة التحكيم الإلكتروني. فيقع على عاتق المحكم، سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، مجموعة من الالتزامات تمثل واجبات قانونية و اتفاقية على المحكم، وهي بمثابة ضمانات لعملية التحكيم الإلكتروني ولأطرافه، وتعتبر مبادئ ثابتة لا جدال فيها. ويلتزم المحكم بتلك الواجبات دون حاجة إلى التأكيد عليها من قبل الأطراف(٢).

ويلتزم المحكم باحترام تلك الضوابط التي تمثل ضمانات لعملية التحكيم الإلكتروني أيضاً كان نوع التحكيم. أي سواء كان المحكم مفوضاً بالصلح أم غير مفوض به وسيحكم بالقانون. وسواء اتفق الأطراف على التزامه بمراعاة هذه

(1) د. أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، بحث ضمن فعاليات المؤتمر الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بالتعاون مع جامعة الدول العربية ٢٠٠٢م، ص ١ وما بعدها.

(2) د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٥م، ص ١٩٢.

الضمانات أم لم يتفقوا، باعتبار أن هذه الضمانات تعد من المسائل الملازمة لفكرة العدالة ذاتها(١).

وعليه فإن المحكم يجب أن يتوخى الحيطة والحذر، وأن يلتزم أثناء تأديته لمهمته التحكيمية بالقانون وإرادة المحكّمين، والقانون الواجب التطبيق، ومراعاة المبادئ الأساسية في خصومة التحكيم الإلكتروني، ومراعاة القواعد الآمرة والنظام العام في الدولة التي سينفذ فيها حكم التحكيم الإلكتروني، وإلا فإن المحكّمين باستطاعتهم إبطال حكمه و مساءلته قانوناً. وذلك بهدف إصدار حكم التحكيم الإلكتروني بسرعة وفاعلية رغم افتقار المحكم لسلطة الإيجاب التي يتمتع بها القاضي(٢). وعدم احترام هيئة التحكيم الإلكتروني للالتزامات الواقعة عليها سواء القانونية منها أو الاتفاقية قد تؤدي إلى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني فضلاً عن تقرير المسؤولية المدنية للمحكم تجاه أحد أطراف التحكيم الإلكتروني الذي لحقته الأضرار(٣).

وقبل قفل باب المرافعة في خصومة التحكيم الإلكتروني من هيئة التحكيم الإلكتروني، والاستعداد لإجراء المداولة، وإصدار الحكم خلال مواعيد التحكيم، وفي حدود النطاق الشخصي والموضوعي للنزاع وسبب الادعاء، واحترام القانون الواجب التطبيق علي إجراءات وموضوع التحكيم، واحترام قواعد النظام العام والآداب العامة، تقوم الهيئة بالاستفسار من أطراف خصومة التحكيم الإلكتروني عما إذا كان لديهم أقوال أخرى، أو أدلة أخرى لتقديمها، أو شهود آخرين لسماعهم. كما يجوز للهيئة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد أطراف التحكيم الإلكتروني إعادة فتح باب المرافعة التحكيمية في أي وقت قبل إصدار حكم التحكيم الإلكتروني، وتنتهي مهمة المحكم بإصدار حكم التحكيم الإلكتروني. وإذا اتفق الأطراف قبل صدور حكم التحكيم الإلكتروني على تسوية النزاع بينهم فعندئذ يجب

---

(1) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٦٢. د.مهنا أحمد الصانوري، دور المحكم، ص ١٩٢.  
(2) د.عادل محمد خير، حضانة المحكّمين مقارناً بحضانة القضاء، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م، ص ٩٧.  
(3) د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، بند ١١١، ص ١٥٠.

على هيئة التحكيم الإلكتروني أن تصدر قراراً بالمصادقة على التسوية بالشروط المتفق عليها واعتبارها قراراً صادراً عنها(١).

وتعتبر مرحلة إصدار الحكم التحكيم الإلكتروني المرحلة الأخيرة والمهمة من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم الإلكتروني. ذلك أن صدور حكم التحكيم الإلكتروني هو الهدف المبتغي والمنتظر لأطراف خصومة التحكيم الإلكتروني؛ إذ به يتم الفصل في النزاع التحكيمي، و بموجبه يحصل كل ذي حق على حقه بحكم منهي للنزاع و فاصل فيه. ويجب على هيئة التحكيم في تلك المرحلة مراعاة قواعد المداولة التحكيمية، والشروط الشكلية و الموضوعية لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني و قواعد تسببيه وكتابته ومحتوياته بكافة بيناته، ومراعاة قواعد إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة... هذه الضوابط قد تكون قانونية أو اتفاقية و سوف نتناولها بالتفصيل علي النحو التالي:

#### ١٥- الضوابط القانونية لسلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار

**الحكم:** تتعدد الضوابط القانونية لسلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار حكم التحكيم الإلكتروني باعتباره نهاية المطاف في خصومة التحكيم الإلكتروني إلي مجموعة ضوابط تمثل ضمانات قانونية لتلك المرحلة، منها:

#### (أ) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني باحترام ميعاد التحكيم عند إصدار الحكم:

يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني احترام مواعيد التحكيم الإلكتروني، وإصدار حكمه خلال ميعاد التحكيم وإلا تعرض حكمه للبطلان؛ لزوال ولايته، وهو ما قد يعرضه للمسئولية القانونية تجاه أطراف التحكيم لإخلاله بالتزام قانوني وهو وجوب الانتهاء من مهمته التحكيمية بإصدار حكم التحكيم

---

(1) مركز القاهرة الإقليمي ٢٠٠٢/١/٩ م قضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٩٩، مجلة التحكيم العربي، ٥٤، سبتمبر ٢٠٠٢م، ق ٢٢، ص ١٩٤. مركز القاهرة الإقليمي ٢٠٠٠/٩/٦ م، قضية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٩٩، مجلة التحكيم العربي، أكتوبر ٢٠٠٠م، ٣٤، ق ١٥، ص ٢١٠. نقض مدني ١٦/٧/١٩٩٠م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢٤٥، ص ٤٣٤. نقض مدني ٣/٢/١٩٨٢م، طعن رقم ١١٤٢ لسنة ٥١ ق، مج، س ٣٣، ج ١، ق ٥٢، ص ٢٨٦.

الإلكتروني خلال ميعاد التحكيم الإلكتروني، وذلك بموجب (م ١/٥٣- أ) تحكيم مصري، و(م ٢٤) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٢٨) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم، و( art.1484 al.3 N.C.P.C.F. ).

وقد حددت معظم قوانين التحكيم ميعاداً لإصدار حكم التحكيم خلاله حيث أنه ميعاد ناقص ينتهي بانتهاء اليوم الأخير منه، وتتباين هذه المدة في بدءها، ومقدارها، وتمديدتها بواسطة القضاء (م ٢/٤٥ تحكيم مصري) أو باتفاق لاحق مكتوب باعتباره مكملاً لاتفاق التحكيم بواسطة الخصوم أنفسهم أو ممثليهم بتوكيل خاص بمد الميعاد؛ وذلك لمنع تعنت ومماطلة أيا من المحكمتين والمحكمتين في سبيل تعطيل إجراءات التحكيم. وبناءً على ذلك يجب على المحكم التقيد بالميعاد المحددة من الأطراف أو بنصوص قانون التحكيم عند عدم وجود اتفاق من الأطراف على تحديد ميعاد لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني خلاله. والأصل أن ميعاد التحكيم الإلكتروني هو ميعاد اتفريقي يحدد بإرادة الأطراف وليس له حد أدنى أو أقصى، و يكون قانونياً محدد بنصوص قانون التحكيم عند غياب اتفاق الأطراف على تحديده، ويحدد ميعاد التحكيم الإلكتروني صراحة أو ضمناً باتفاق أطراف التحكيم في اتفاق التحكيم ذاته أو باتفاق لاحق، أو بالإحالة إلى نظام مركز أو مؤسسة تحكيم الإلكتروني، أو بالإحالة على هيئة التحكيم، أو بالإحالة على نصوص قانون تحكيم دولة ما(١).

ويختلف مقدار تلك المواعيد من قانون إلى آخر، وبانتهاء تلك المدة ينتهي اختصاص المحكم، وينتهي التحكيم ذاته، وإذا لم يصدر المحكم حكمه خلال ميعاد التحكيم، ينتقض التحكيم، ويضيع كل أثر لاتفاق و عقد التحكيم، ويعد حكم التحكيم قابلاً للإبطال لإخلال المحكم بالتزام تعاقدي أخذه على عاتقه وهو إصدار

---

(١) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، ص ١٩٠. د.فتحي والي، قانون التحكيم، ص ٤٠٧. د.نبيل عمر، التحكيم، ص ٢١٨. د.أحمد شرف الدين، مدة التحكيم وسلطة المحاكم في الأمر بوقف إجراءات التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ٧، يوليو ٢٠٠٤م، ص ٢٦. د.عزمي عبدالفتاح، حكم المحكمتين، مجلة الأمن والقانون، س ٢، ع ٢، ١٩٩٤م، ص ٢٩٨. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٣٦٧. د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم، ص ٦ وما بعدها. د.مصطفى الجمال، و د.عكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص ٦٧٤.

حكم التحكيم الإلكتروني خلال مهلة التحكيم، فإنه يحكم ببطالان حكمه بعد الميعاد، ويقع تحت طائلة المسؤولية القانونية لإخلاله بواجب الالتزام بميعاد التحكيم(١).

والأصل أن أطراف التحكيم يحددون ميعاد صدور الحكم، إلا أن بعض قوانين وأنظمة التحكيم تدخلت وحددت هذا الميعاد في حالة عدم تحديده من الأطراف حفاظاً على مبدأ السرعة في إجراءات التحكيم الإلكتروني، وعدم إطالة أمد الإجراءات حرصاً على مصلحة أطراف التحكيم، فميعاد التحكيم في (م١/٤٥) تحكيم مصري، و (م٤٠) تحكيم سعودي هي اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، أما (م٢٦٢ مرافعات عراقي) حددت المدة ستة أشهر من تاريخ قبولهم التحكيم، أما (م٧/٣٧) تحكيم أردني حدد المدة ستة أشهر - أما (م٢٥٨) أصول محاكمات مدنية لبناني حددت المدة بثلاث أشهر من تاريخ قبولهم ما لم يتفق أطراف التحكيم على أجل للحكم، و (م٧٥٢) مرافعات ليبي، و (م٢/٥٠) تحكيم إنجليزي، و (art1456.N.C.P.C.F) ستة أشهر على الأكثر من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته بخصوص التحكيم الداخلي(٢).

والقاعدة في إعطاء الأولوية في تحديد المدة التي تنتهي بانتهائها إجراءات التحكيم، وبالتالي مهمة المحكم هي لاتفاق أطراف التحكيم، وإلا فبنص القانون، وقد يتفق أطراف التحكيم الإلكتروني فيما بعد على تحديد مهلة التحكيم، وتمديداتها باتفاق صريح أو ضمني، أو بتفويض هيئة التحكيم الإلكتروني في مد ميعاد التحكيم، فالمحكم لا يملك تمديد مواعيد التحكيم من تلقاء نفسه، أو بمعرفة القضاء. كما يجوز لأطراف التحكيم الإلكتروني تعديل ميعاد التحكيم سواء بالزيادة أو بالنقصان، ويبدأ ميعاد التحكيم الإلكتروني من اليوم الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم وينتهي

---

(1) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٩٤. د.عيد القصاص، حكم التحكيم، ص ١٣١. د.عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ج٢، ص٢٤٣. د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٨٤. د.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص ٣٠٤.

(2) د.سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، ص ٦٥. د. علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٨٤.

-Cass. Civ. 5Avril 1993; Rév. arb. 1995; P.68 .

-Cass. Civ.2 □ ; 14 Mai 1997; Rév. arb. 1998; T.4; P.703.



بانتهاء اليوم الأخير منه، ويقف سريانه بالقوة القاهرة أو بالوقف التعليقي لخصومة التحكيم الإلكتروني إلي حين تعيين محكم بديل أو للطعن بالتزوير... (١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "... نص في (م ١/٤٥) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م 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 شهراً 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 " يدل على أن المشرع أوجب على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الخصوم، وأنه في حالة عدم اتفاقهم على الميعاد، فإن عليها أن تصدر حكمها خلال اثني عشر شهراً مع حقها في مد هذه المدة أو المدة المتفق عليها، فترة أخرى لا تتجاوز ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مد الميعاد أكثر من ذلك، ولم يشترط المشرع لصحة اتفاق الخصوم على مد الميعاد أن يكون أمام هيئة التحكيم، أو أن يكون المد لفترة محددة بزمان معين، ومن ثم فإنه ليس ما يمنع من الاتفاق أمام الخبير المنتدب من هيئة التحكيم على مد ميعاد التحكيم لحين انتهاء أعمال الخبير وإصدار هيئة التحكيم حكمها في النزاع" (٢).

**(ب) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني باحترام القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع التحكيم عند إصدار الحكم: يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر**

(١) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، ص ١٩٠. د. قححي والي، قانون التحكيم، ص ٤٠٧. د. نبيل عمر، التحكيم، ص ٢١٨. د. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٩٤. د. الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم، ص ١٤ وما بعدها. د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، ج ٢، ص ٢٤٣. د. علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٨٤.

(٢) نقض مدني ١٩٥٨/٦/١٩م، طعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٤ ق، مج، س ٩، ص ٥٧١. نقض مدني ١٩٧١/٢/١٦م، طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق، مج، س ٢٢، ج ١، ق ٣١، ص ١٧٩. نقض مدني ٢٠١٠/١٢/١٥م، طعن رقم ٣٦٦٩ لسنة ٦٨ ق،

أم مؤسسي، احترام تطبيق القانون الاتفاقي لإجراءات وموضوع التحكيم، وإلا حكم ببطان حكم التحكيم الإلكتروني بنص (م ١/٥٣ - د، م ٣٩) تحكيم مصري، و(م ٢/٣٤) من قانون اليونستيرال، و(م ١٧) من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٢٩) من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم، و(م ٢٢) من نظام محكمة تحكيم لندن.

وذلك لأن الأصل في التحكيم الإلكتروني هو إعفاء المحكم من التقيد بالقواعد الإجرائية التي يتقيد بها قاضي الدولة؛ لأن أساس التحكيم الإلكتروني هو اتفاق التحكيم. وبناءً على ذلك، فإنه يجب على المحكم الالتزام والتقيد بما اتفق عليه أطراف التحكيم الإلكتروني في اتفاق التحكيم أثناء سير إجراءات التحكيم الإلكتروني. ولا يجوز للمحكم تطبيق قواعد أو إجراءات من اتفاهم مخالفاً للنظام العام أو في حالة تفويض الأطراف المحكم باختيار القانون الواجب التطبيق إذ تعد سلطة المحكم مجرد سلطة تكميلية لإرادة الأطراف. فأطراف التحكيم هم الذين يحددون قانون اتفاق وإجراءات التحكيم الإلكتروني، واختصاصات المحكم، ومكان ولغة وموضوع التحكيم (م ٢٥) تحكيم مصري، و(art. 1460;1494.N.C.P.C.F.) (١).

فالأصل هو احترام المحكم لإرادة واتفاق المحكمتين على اختيار القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم الإلكتروني، وموضوع النزاع. فاستقلالية شرط التحكيم تتيح للمحكمتين حرية اختيار أي قانون يرتضونه يسري على إجراءات التحكيم، أو يسري على موضوع التحكيم بغض النظر عن وجود أي صلة بينه وبين العقد مثار النزاع، بشرط عدم مخالفتها لقواعد النظام العام والآداب العامة في دولة تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني. وفي حالة عدم الاتفاق بين المحكمتين على قواعد أو قانون معين للإجراءات أو الموضوع فللأطراف تفويض المحكم صراحة أو ضمناً باختيار تلك القواعد (٢).

- 
- (1) د.حميد اللهبي، المحكم، ص ٢٠٧-٢٠٩، د.إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، دورة إعداد المحكم بمركز تحكيم حقوق عين شمس في ٩-٤ سبتمبر ٢٠٠٠م، ص ٤. د.عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ج ١، ص ٤٤٦. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٤١.
- (2) د.سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٨م، ص ٤٥٦، ٤٦٢، د.أبو العلا علي أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ١٦. نقض مندي ١٦/٧/١٩٩٠م، طعن

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "ومن المقرر - في قضاء محكمة النقض - وعلى ما تقضى به المادة ٣٩ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أنه متى اتفق المحكمان على الموضوع محل النزاع تعين على هيئة التحكيم أن تطبق عليه القواعد القانونية التي اتفقا عليها ، فإذا ما اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة تلتزم هيئة التحكيم أن تطبق على النزاع القواعد الموضوعية لهذا القانون دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق طرفا النزاع على غير ذلك. وإذ اقتصر تحديدهما على مجرد قانون الدولة دون فرع معين ، كان لهيئة التحكيم تطبيق فرع القانون الذي تراه من وجهة نظرها أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع ، بما مفاده أن خطأها في تحديد ذلك الفرع لا يعد استبعاداً منها لقانون المحكمين بل في حقيقته خطأ في تطبيق القانون" (١).

وإذا كانت قوانين وأنظمة التحكيم تركت لطرفي التحكيم حرية الاتفاق على ما يرونه من الإجراءات التي يتبعها المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، عند الفصل في النزاع، وخولت المحكم عند عدم وجود هذا الاتفاق أو تفويض للأطراف للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق أو كان القانون الذي اتفق عليه الأطراف مخالف للنظام العام في دولة التنفيذ أن يختار إجراءات التحكيم. ويلتزم المحكم باحترام أحكام قانون التحكيم باعتباره مقرر للضمانات الأساسية في خصومة التحكيم بموجب نص (م ٢٥ تحكيم). ولذلك يتعين على المحكم حين يعهد إليه أمر تنظيم إجراءات التحكيم ألا يخل بالقواعد التي نص عليها قانون التحكيم، وإلا كان حكم التحكيم عرضه للبطالان، سواء كانت هذه

---

رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ق، مج، س٤١، ج٢، ق٢٤٥، ص٤٣٤. نقض مدني ١١/٧/١٩٩٨م، طعن رقم ٥٥٣٩ لسنة ٦٦ق، مجلة القضاة، س٣٠، ١٢ع، يناير، ديسمبر ١٩٩٨م، ق٩٣، ص٣١٣.  
(١) نقض مدني ٢٧/١٢/٢٠١١م، طعن رقم ١٥٠٩١ لسنة ٨٠ق،

القواعد أمره أو مكملة. كما يجب على المحكم عند الفصل في موضوع النزاع مراعاة شروط العقد محل النزاع، والأعراف الجارية (م ٣/٣٩) تحكيم مصري(١).

**(ج) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني بالحياد والاستقلال عند إصدار الحكم:**  
يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني الالتزام بالحياد التام، وعدم الانحياز لأحد أطراف التحكيم أو ضده لأسباب شخصية. ويجب على المحكم قبل وبعد تعيينه أن يصرح كتابة لمن اختاره أو عينه، وسواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أم دولي، حر أم مؤسسي، بكافة الوقائع والظروف والعلاقات التي من شأنها أن تؤثر أو تثير شكوكاً حول حياده واستقلاله. وعدم حياد المحكم، أو عدم استقلاله يعد سبباً يجيز طلب رده (م ٣/١٦) تحكيم مصري، و(م ٢٤) تحكيم إنجليزي، و (art.1452 N.C.P.C.F)(٢).

فالحياد هو سلوك يصدر من المحكم يجعله يتسم بعدم الانحياز لأحد الأطراف بأي شكل، يكون سبباً لرده أو بطلان حكمه، والحياد غير الاستقلال. فالحياد: هو عدم الميل أو الحكم بالهوى لصالح أحد الأطراف، وهو حالة نفسيه وذهنية ذات طابع شخصي تخضع لنية المحكم وتفكيره. بينما الاستقلال: هو عدم تبعية المحكم لأي من الأطراف حتى لا يتوجه في عمله بتوجيهات أي منهما، بالألا توجد للمحكم صلة أو مصلحة بموضوع النزاع أو ارتباط بأحد أطرافه أو ممثليهم. ويقوم الاستقلال غالباً علي واقعة مادية معينة تحمل مظاهر خارجية يمكن إثباتها مثل؛ علاقة الوظيفة أو القرابة أو الوكالة أو تكون له مصالح مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية، أو مهنية أو اجتماعية سابقة أو حالية أو خاضعاً لتأثير أو توجيهه أو وعد أو وعيد مع أحد طرفي النزاع(٣).

- 
- (1) نقض مدني ١٩٨٥/٤/٢٣م، طعن رقم ١٧٣٦ لسنة ٥١ ق، مج، س ٣٦، ج ١، ص ٦٥٣.  
(2) د.محمد محمود بدران، المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ٣٤، أكتوبر ٢٠٠٠م، ص ٣٩-٤٣. د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٠٣ وما بعدها. د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٠٢ وما بعدها، ص ١٦٠ وما بعدها.  
(3) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ١٦، ص ٦٥ وما بعدها. د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٠٣ وما بعدها. د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٠٢ وما بعدها، ص ١٦٠ وما بعدها. د.محمد محمود بدران، المشاكل

وعلى ذلك فإنه يجب استقلال المحكم عن اختاره، وعن الطرف الآخر في النزاع الذي لم يختره، وعدم وجود صلات سابقة أو حالية بأي منهما أو أقاربهما أو ممثليهما، وعدم سبق اتصاله بموضوع نزاع التحكيم بفتوى أو استشارة، وعدم وجود مصلحة له مالية أو أدبية تتعلق بموضوع نزاع التحكيم لاحقة عن تولي المحكم لمهمته أو سابقة ولم يفصح عنها للأطراف، وعدم إجراء المحكم اتصالات منفردة بأحد الأطراف، أو يسرب إليه بعض المعلومات، أو أعطاه بعض الإرشادات التي قد تعينه على خصمه. ويجب على المحكم منح كل طرف فرصاً كافية ومتساوية لعرض دعواه والدفاع عنها، وإصدار حكمه بعيداً عن العواطف والعلاقات والمصالح مهما كان شكلها، بل بما يقدمه الأطراف من أدلة ووثائق وإثبات في الدعوى. وطبقاً لنص (م ١/١٨م تحكيم مصري) فإنه لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيده أو استقلاله، وذلك لأن أي سبب يثير الريبة حول استقلاله وحياده يحول دون الحكم بموضوعية في النزاع، ويخل بمبدأ الثقة في المحكم (١).

وقضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأنه: "و لئن كان من المقرر أن اعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية، يوجب على هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، وذلك سواء كان التحكيم تحكيمياً عادياً أو تحكيمياً مع التفويض بالصلح، وتعتبر حيده المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي، إلا أن الأصل في المحكم أنه محايد ومستقل ما دام قد قبل القيام بمهمته، وعلى من يدعى عدم حياد المحكم أو عدم استقلاله أن يتمسك بذلك ويثبته طالما أنه قد علم بالعيب قبل صدور حكم التحكيم، وليس له بعد صدوره أن يرفع دعوى ببطلانه استناداً إلى عدم توافر أيهما في المحكم، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر،

---

الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ٣، أكتوبر ٢٠٠٠م، ص ٣٩-٤٣. استئناف القاهرة ٢٨/٤/٢٠٠٤م، دائرة ٩١ تجاري، دعوى رقم ٧٨ لسنة ١٢٠ق. استئناف القاهرة ٣٠/٣/٢٠٠٤م، دائرة ٩١ تجاري، دعوى رقم ٧٨ لسنة ١٢٠ق.  
(١) د.كثم أمين الخولي، خليات التحكيم، مجلة التحكيم اليمنية، ع ٣، ٢٠٠٠م، ص ١٧. د.حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ١٩٩-٢٠٣. نقض مدني ١٤/١/١٩٩١م، طعان رقم ٨٨٧، ١٥٤ لسنة ٥٩ق، مج، ص ٤٢، ج ١، ق ٣٣، ص ١٨٤.

-Paris; 20 déc.1984; Rév.arb.1987; P.84.

وأقام قضاءه برفض دفاع الطاعنة الوارد بالنعي على دعامة حاصلها أنها علمت بالوقائع التي تستند عليها في نفي الحيدة عن المحكمين وذلك قبل صدور حكم التحكيم، ولم تبد ثمة اعتراض بشأنها أمام هيئة التحكيم ومن ثم لا يقبل منها الاستناد عليها لطلب بطلانه" (١).

(د) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني باحترام قواعد النظام العام والآداب العامة عن إصدار الحكم: يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني احترام قواعد النظام العام والآداب العامة لقانون الدولة التي يجري التحكيم بها أو الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، وإلا حكم ببطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام والآداب العامة (art.1484. al.6.N.C.P.C.F.)، و(م ٢/٥٣) تحكيم مصري

وبناءً على ذلك؛ فإنه وإن جاز لطرفي التحكيم الاتفاق على إجراءات التحكيم أو تفويض المحكم فيها؛ فإنه يجب على المحكم مراعاة عدم مخالفة إجراءات التحكيم للنظام العام والآداب العامة للقانون الذي يجري التحكيم في إطاره أو للبلد المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم. وذلك أياً كان نوع التحكيم، وبغض النظر عن اتفاق أطراف التحكيم أو عدم اتفاقهم على إلزام المحكم بذلك. لأن قواعد النظام العام والآداب العامة، تعتبر ضمانات أساسية للمحافظة على المصلحة العامة في المجتمع (٢). فمثلاً: إذا اتفق طرفا النزاع على إخضاع التحكيم لقانون معين بشأن أدلة الإثبات أو فوض المحكم بذلك، فيجب على المحكم التقييد بإجراءات التي نص عليها قانون الإثبات، وعدم إجراء الإثبات على أساس دليل يعتبر مخالفاً للنظام العام والآداب العامة طبقاً للقانون المصري (٣).

(هـ) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني باحترام حدود النطاق الشخصي والموضوعي للنزاع عند إصدار الحكم: يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني احترام

(1) نقض مدني ٢٠١٠/٢/٩، طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ ق،

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

(2) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، بند ٥٥، ص ١١٢.

(3) د.علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٣١٧، ص ٣١٣-٣١٤.

حدود النطاق الشخصي لاتفاق وخصومة التحكيم الإلكتروني. فاتفاق التحكيم لا يلزم إلا طرفيه الذين أبرموه، أو الغير الذي يمتد إليه أثر اتفاق التحكيم (م ١٤٥ مدني مصري). لذا لا يخضع لولاية هيئة التحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم من ليس طرفاً فيه، ولا يستفيد من هذا الاتفاق إلا أطرافه، ولا يضر منه غيرهم، ولا يملك التمسك ببطلانه إلا هم. ويمتد هذا الاتفاق ويتسع ليشمل الخلف العام والخلف الخاص كالورثة والمحال إليه (١).

ويتحدد أطراف خصومة التحكيم بأشخاص اتفاق التحكيم، ويظل هذا النطاق الشخصي ثابت طوال سير خصومة التحكيم؛ بحيث لا يجوز كقاعدة عامة التدخل الاختياري أو الإدخال في خصومة التحكيم للغير، وذلك لاحترام إرادة أشخاص اتفاق التحكيم، ومع ذلك يجوز لهم أن يسمحوا للغير بالتدخل بإدراج نص يجيز ذلك في اتفاق التحكيم نفسه، وإما باتفاق لاحق. ونفس الأمر بالنسبة للإدخال لا يكون مقبولاً إلا باتفاق طرفي التحكيم، وسواء كان الإدخال بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم أو بناءً على طلب المحكم وبشرط موافقة الشخص الذي يراد إدخاله.

وعلي ذلك فيمكن إدخال الغير الذي ليس طرفاً في اتفاق التحكيم بناءً على طلب من طرفي التحكيم، وموافقة المطلوب إدخاله، وحضوره شخصياً أو بوكيل وكالة خاصة يجيز له إبرام اتفاق التحكيم، وإلا كان حكم التحكيم باطلاً؛ لصدوره دون اتفاق تحكيم بالنسبة للشخص المدخل. وللطرف في اتفاق التحكيم الذي لم يدخل في خصومة التحكيم عند بدء الإجراءات، أن يتدخل فيها هجوماً أو انضمامياً، ودون موافقة طرفي الخصومة، لأنه طرفاً في اتفاق التحكيم، ومنعاً لصدور أحكام متعارضة، وتجنباً لتقطيع أوصال القضية. وللمحكم سلطة تقديرية في قبول أو رفض طلب التدخل أو الإدخال حسبما يتراءى له من جدية الطلب ومدى قدرته على الفصل في النزاع خلال ميعاد التحكيم من عدمه، وتكييف التدخل والإدخال يدخل في السلطة

(1) د. أحمد هندي، التحكيم، بند ٩-١٠، ص ٣٥ وما بعدها. د. سامية راشد، التحكيم، بند ١٨٤، ص ٣٣٦. نقض مدني ١٩٧٠/٤/١٤م، طعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ق، مج، س ٢١، ج ١، ق ٩٦، ص ٥٩٨. نقض مدني ١٩٦٥/٢/٢٥م، طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ق، مج، س ١٦، ج ١، ص ٢٣٠.

التقديرية لهيئة التحكيم(١). ويجب لصحة إجراءات التحكيم؛ أن يقوم بها من لديه أهلية التقاضي أو ممثله القانوني حتى يتمكن من الدفاع عن مصالحه.

كما يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني احترام حدود ونطاق موضوع النزاع المعروض عليه و إلا كان حكمه عرضة للحكم ببطلانه (art.1448.al.1;art.1484.al.3.N.C.P.C.F.)، و(م١/٥٣، م١٠) تحكيم مصري، و اختصاص المحكم بالنسبة لموضوع النزاع كما حدده أطراف التحكيم في اتفاق التحكيم، ويظل هذا التحديد ثابتاً بدون تغيير إلا بإبرام الخصوم لاتفاق تحكيم جديد.

ويجب على المحكم ألا يحكم إلا بما يطلب منه فقط، دون زيادة أو نقصان، و إلا كان حكمه معيباً (مبدأ ثبات النزاع). وذلك تقييداً بما ورد في اتفاق التحكيم، و لذا فلا يجوز للمدعي، ولا للمدعي عليه في خصومة التحكيم أن يضيف بإرادته المنفردة مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو يجاوز حدود هذا الاتفاق، اللهم إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له حيث لا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة فقط (م١/٥٣ - و تحكيم مصري). ولذا يجب استبعاد ما قضى به المحكم خارجاً عن اتفاق التحكيم. فإن تعذر فصل هذا القضاء عن باقي ما قضى به، أو كان بين القضاة ارتباط لا يقبل التجزئة، أو كان التحكيم بحسب طبيعته لا يقبل التجزئة فإن الحكم يقع باطلاً(٢).

وإذا كان الأصل والقاعدة أن أحكام المحكمين التي تتصدى لموضوعات لم يتناولها اتفاق التحكيم تكون معرضة للبطلان، لأن هيئة التحكيم تستمد ولايتها من اتفاق التحكيم، فإنها تكون مقيدة بنطاقه. وذلك ما لم يتفق أطراف التحكيم على

---

(1) د.مصطفى الجمال، ود.عكاشة عبدالعال، قانون التحكيم، بند٤٣٩، ص٦٣٠. د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص٢٩٤-٢٩٦. نقض مدني١٩٧١/١/٢٠، طعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ق، مج، س٢٢، ج١، ق، ص١٤٦. نقض مدني١٩٦٧/٢/٧، طعن رقم ١٣٥ لسنة ٣٣ق، مج، س١٨، ج١، ق٤٦، ص٣٠٠. مركز القاهرة ٢٠٠٠/٧/٣، قضية رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٩، مجلة التحكيم العربي، ع٣٤، ص٢٠٩.

(2) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، بند١٤٤، ص٣٦-٣٧. د.محمد نور شحاتة، نشأة الاتفاقية، ص٣١٨.

Cass. Civ. 16 Juin.1967; Bul. Civ.1;P. .

-217

-Cass. Civ. 9Fév.1955; Rév. arb. 1955; P.60.



إجازتها صراحةً أو ضمناً. حيث يفترض في تلك الحالة أن مشاركة تحكيم جديدة قد انعقدت بالنسبة لتلك الطلبات الإضافية والمقابلة. أو كانت الطلبات الإضافية نتيجة طبيعية للطلب الأصلي كطلب الفوائد مع أصل الدين أو اتفق أطراف التحكيم بصيغة عامة دون تحديد لنوع النزاع(الشروط النموذجية)(١). وقد نصت (م ٣٢) تحكيم سعودي، و (م ٣٢) تحكيم مصري على أن: "لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع".

وبناءً على ذلك فيجوز قبول الطلبات العارضة (إضافية أو مقابلة) أثناء سير خصومة التحكيم بشرط قبولها من هيئة التحكيم، وارتباطها ارتباطاً وثيقاً بالطلب الأصلي، وعدم خروجها عن مضمون اتفاق التحكيم...» وذلك في حالات معينة استثناءً وليس كأصل عام، وتقدير وجود الارتباط بين الطلبات العارضة من سلطة هيئة التحكيم بشرط أن يكون ما خلصت إليه من أسباب سائغاً(٢). معنى ذلك أن الأصل هو قيام المحكم بالفصل في موضوع النزاع دون أن يتعداه إلى غيره، ولا يحق له إجراء تعديلات في موضوع النزاع، ويلتزم باتفاق الأطراف، ولا يجوز له أن يحكم بما لم يشملته اتفاق التحكيم أو بما لم يطلبه أطراف التحكيم.

(و) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني باحترام أساس الادعاء أو سبب النزاع عند إصدار الحكم: يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، احترام أساس الادعاء (سبب النزاع) باعتباره أحد مبادئ خصومة التحكيم الإلكتروني

(1) د.عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند ٢٥، ص ٦٩ وما بعدها. نقض مدني ١٩٥٢/١/٣م، طعن رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٠، الموسوعة الذهبية، ج ٤، ق ١٠٥، ص ٥٥٠.

-Cass. Civ. 21 Fév. 1978; Rév. arb. 1978; P. 472.

(2) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٩-١٠، ص ٣٥ وما بعدها. د.عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند ٢٢، ص ٧١.

-Paris 25 Juin 1982; Rév. arb. 1983; P. 344.

-Paris 13 Juin 1984; Rév. arb. 1983; P. 530.

-Cass. Civ. 10 Mai 1988; Rév. arb. 1989; P. 51.

(art.1460.al.2.N.C.P.C.F). وتطبيقاً لمبدأ ملكية خصومة التحكيم الإلكتروني لأطرافها، فيكون المحكم ملزماً بمراعاة الحياد بين أطرافها، ولذا يقع على عاتق أطراف التحكيم زعم الوقائع التي تصلح سبباً للنزاع، منذ بدايته إجراءات التحكيم، والتي تبدأ من يوم تسليم المدعى عليه طلب التحكيم ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر (م ٢٧ تحكيم مصري). ولذا لا يجوز للمحكم أن يؤسس حكمه على وقائع لم تعرض عليه، ولم تكن مطروحة وقت نظر خصومة التحكيم. وبذلك يظل المحكم محصوراً داخل السياج الواقعي لاتفاق أطراف التحكيم بحيث إذا تجاوزه يكون قد غير أساس الادعاء. كما لا يجوز للمحكم أن يؤسس حكمه على وقائع استقاها من خارج جلسات التحكيم في غيبة طرفي التحكيم، ودون تحقيق مبدأ المواجهة بينهما. كما لا يجوز للمحكم أن يجري إجراء من إجراءات الإثبات دون الالتزام بقواعد الإثبات، بل يجوز للمحكم القيام بالدور الإرشادي المبكر، عن طريق دعوة طرفي التحكيم لتقديم إيضاحات حول واقعة يرى أنها ضرورية لحل النزاع، بشرط أن تكون تلك الوقائع كائنة بملف خصومة التحكيم، بحيث يمكن للمحكم الاطلاع عليها، وتحقيق مبدأ المواجهة بين طرفي التحكيم بشأنها (١).

ولا يجوز للمحكم أن يقضي بعلمه الشخصي، ويعد من قبيل العلم الشخصي؛ ترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغة الحكم بواسطة المحكم نفسه، فإذا قام بإجرائها بنفسه يكون قد قضى بعلمه الشخصي، و ما لم يتفق طرفي التحكيم صراحة أو ضمناً على أن يقوم المحكم بإجراء هذه الترجمة بنفسه. ويجب أن تقدم المستندات بلغة المرافعة، والحكم أو تترجم إليها بمعرفة أطراف التحكيم أو محاميهم وعلى مسئوليتهم، ولا يكون المحكم قد قضى بعلمه الشخصي إذا قضى بواقعة مشهورة في أوساط معروفة في أوساط المهنة لأن المحكم يختار لصفاته الفنية والقانونية (٢).

(1) د.عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند ٢٧، ص ٨٠-٨٣. د.عزمي عبدالفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، ص ٣٢١.

(2) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٥٩. د.محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية، ص ٣٢٢. د.أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٣٨.

## ١٦- الضوابط الاتفاقية لسلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار

**الحكم:** ليس بمستغرب في أن تمتد إرادة أطراف التحكيم الإلكتروني لتنظيم الكثير من قواعد مرحلة إصدار حكم التحكيم الإلكتروني، فالتحكيم الإلكتروني ذاته يخضع تنظيمه لإرادة واتفاق التحكيم، فالكثير من نصوص قانون التحكيم المصري قواعد مكملة أو مفسرة تطبق عند غياب إرادة أطراف التحكيم الإلكتروني، حيث تبدأ العديد من نصوص مواده بعبارة " للأطراف حرية الاتفاق علي ... " أو تنتهي بعبارة " مالم يتفق الأطراف علي غير ذلك ". وتتعدد الضوابط الاتفاقية لسلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار حكم التحكيم الإلكتروني باعتباره خاتمة المطاف في خصومة التحكيم الإلكتروني إلي مجموعة ضوابط تمثل ضمانات اتفاقية لتلك المرحلة، منها حرية الأطراف في الاتفاق علي كيفية صدور حكم التحكيم الإلكتروني، و حرية الأطراف في الاتفاق علي ضرورة النطق بالحكم، و حرية الأطراف في الاتفاق علي اختيار اللغة التي يكتب بها الحكم ... (١).

### (أ) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني بالفصل في النزاع بنفسها دون تفويض

**غيرها:** تختلف خصومة التحكيم الإلكتروني عن الخصومة القضائية، ولا تخضع لما تخضع له من قيود إجرائية، بل تخضع لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مع ضرورة مراعاة قواعد النظام العام للقانون الذي يجري التحكيم علي ضوءه، أو لبلد تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، والمبادئ الأساسية للنقاضي. ويولد عقد التحكيم المبرم بين المحكم، وأطراف التحكيم التزامات على عاتق المحكم يتعين عليه القيام بها، سواء كان المحكم معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية. ومن تلك الالتزامات: قيام المحكم بمهمة الفصل في النزاع خلال

---

(١) د.قحي والي، قانون التحكيم، ص ٤٣٣. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٣٦٨. د. عيد القصاص، حكم التحكيم، ص ١٣٩. د.برهام محمد عطاالله، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، مجلة التحكيم العربي، ٢٤، يناير ٢٠٠٠م، ص ١٤. د.عادل علي محمد النجار، البطلان المؤثر في حكم التحكيم، ص ٣٨-٣٩. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ١/٢٢ / ٢٠٠٤م، دعوي رقم ٢٦ لسنة ١٢٠٠م، مجلة التحكيم العربي، ع ٨، أغسطس ٢٠٠٤م، ص ١٦٨.

ميعاد التحكيم بنفسه دون تفويض غيره. فعقد التحكيم من العقود الرضائية التي تقوم على الاعتبار الشخصي بالتالي فشخصية المحكم محل اعتبار المحكّمين، وعلى أساسها يتم اختياره. فالثقة والخبرة في شخص المحكم هي مبعث الاتفاق عليه، ومن ثم فلا يجوز للمحكم تفويض السلطة المخولة إليه بموجب عقد التحكيم إلى غيره مهما كانت شخصية هذا الغير، ومهما كانت صلته به. فلا يملك المحكم أن يعهد لشخص آخر بالفصل في النزاع باسمه، فلا يستبدل بمندوب أو بممثل عنه، فولاية المحكم مستمدة من اتفاق وعقد التحكيم، وبالتالي فمن يباشر هذه السلطة دون عقد واتفاق تحكيم فإن ما يصدر عنه من حكم يكون باطلاً، ويكون المحكم محلاً للمساءلة القانونية تجاه المضرور من المحكّمين. فالأصل هو عدم جواز تفويض المحكم غيره في أداء مهمته، وهذا الالتزام لم يرد النص عليه في قانون التحكيم المصري، رغم أنه التزام مفروض بطبيعة عملية التحكيم، والفلسفة التي يقوم عليها، ولأن المهمة التحكيمية ذات طابع شخصي بحت تتمثل في الثقة في شخص المحكم وعدالته(١).

ويختص المحكم سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، بتسيير إجراءات خصومة التحكيم الإلكتروني عن طريق وضع نظام متكامل بخطة زمنية متكاملة، ويفرض رقابته المستمرة على أطراف التحكيم لتنفيذها والسير عليها، ابتداءً من تقديم طلب التحكيم إلى الإعلانات وتقديم الطلبات فالمرافعات، وتقديم المستندات وإدارة الجلسات وتنظيمها، وإجراء التحقيقات، وسماع الشهود والاستعانة بالخبراء وانتهاء بإصدار الحكم التحكيم الإلكتروني. فالمحكم يتمتع بسلطات واسعة يمارسها بناءً على اتفاق المحكّمين أو من تلقاء نفسه لتنظيم وتسيير عملية التحكيم من بدايتها، وصولاً إلى إنهاء النزاع بحكم فاصل ملزم. وفي حالة رغبته باتخاذ أي إجراء يخرج عن مجال اختصاصه يجب

---

(1) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٦٢. د. أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٣، ص ٩٢. د. سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، ص ٨٠. د. سحر عبد الستار، المركز القانوني، ص ١٢٥.  
-Alexandre Ditchev; Le Contrat d'arbitrage; Rév. arb. 1981; N. 6; P. 396; P. 401

عليه اللجوء إلى المحكمة المختصة طالباً المساعدة من قضاء الدولة الرسمي حيثما يحتاج إلى سلطة الأمر (١).

**(ب) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني باحترام سلوكيات وأخلاق التحكيم عند إصدار الحكم:** توجد العديد من الواجبات السلوكية والأخلاقية التي يلتزم بها المحكم. وأوردت الهيئة الأمريكية للتحكيم، ونظام تحكيم مركز القاهرة للتحكيم قواعد السلوك المهني للمحكم: لا يجوز للمحكم الاتصال بأطراف التحكيم لاختياره أو تعيينه محكماً. ويجب على المحكم التأكد من قدرته وصلاحيته لأداء المهمة التحكيمية دون تحيز. ويجب على المحكم التصريح بأي ظروف تثير شكوكاً حول حياده واستقلاله. ويجب على المحكم تخصيص الوقت والجهد اللازمين لسرعة الفصل في خصومة التحكيم. ويجب على المحكم تجنب إجراء اتصالات من جانب واحد مع أحد أطراف التحكيم. ويجب على المحكم عدم قبول مزايا أو هدايا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من أحد أطراف التحكيم. ويجب على المحكم عدم الاستفادة من المعلومات التي حصل عليها أثناء خصومة التحكيم. ويجب على المحكم المحافظة على سرية كافة المسائل المتعلقة بإجراءات التحكيم. ويجب على المحكم الإفصاح عن علاقات، والعلاقات الاجتماعية المباشرة والحالية والسابقة مع أي من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين. وكذلك علاقات القرابة والمصاهرة مع أي طرف من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين. والظروف التي تستجد بعد بدء إجراءات التحكيم (٢).

**(ج) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني بالمساواة بين الأطراف عند إصدار الحكم:** يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، احترام تطبيق مبدأ المساواة بين طرفي خصومة التحكيم الإلكتروني. وأن يعامل المحكم طرفا التحكيم الإلكتروني على قدم

(1) د.محمد سليم العوا، إجراءات التحكيم في القانون المصري، مجلة التحكيم العربي، ٤٤، أغسطس ٢٠٠١م، بند ١، ص ٨.

(2) د.عادل محمد خير، حضانة المحكمين مقارنة بحضانة القضاء، دار النهضة العربية، ١٦، ١٩٩٦م. د.حميد اللهبي، المحكم، ص ٢١٥-٢١٧.

المساواة، ويهيئ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه أو دفاعه. وذلك حتى تتحقق ثقة وطمأنينة طرفي نزاع التحكيم الإلكتروني في هيئة التحكيم الإلكتروني، ولأن المساواة بين أطراف خصومة التحكيم الإلكتروني سمة من سمات العدل بين الناس، وتعطي للتحكيم الإلكتروني صفة القبول والرضا بنص (م ٢٦) تحكيم مصري، و(م ١٤) غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ١٤) من قواعد محكمة لندن.

وتشمل المساواة بين الخصوم؛ المساواة الإجرائية في إبداء طلباتهم، و دفعوهم، ودفاعهم؛ والمساواة في تعامل هيئة التحكيم مع الخصوم، وتهيئة الفرص المتكافئة لكل منهما. فلا يجوز للمحكم أن يفسح صدره لأحد أطراف التحكيم لشرح دعواه دون الآخر، أو أن يسمح لأحدهما بتوكيل محام دون الآخر، أو أن يسمح لأحدهما بالحضور دون الآخر، أو أن يتحسس لسماح أحدهما وشهوده دون الآخر، أو أن يرفض دون مبرر اعتراضات أحدهما دون الآخر، أو أن يدافع عن أحدهما دون الآخر، أو أن يقدم دليلاً في الدعوى لصالح أحدهما دون الآخر، أو أن يتبنى وجهة نظر أحدهما دون الآخر، أو أن يتصرف كمحام عن أحدهما دون الآخر، أو أن تكون لغة التحكيم هي لغة أحد الطرفين في غياب اتفاق الطرفين على اللغة، وكذلك المكان، أو السماح لأحد الأطراف بالمشاركة في تشكيل هيئة التحكيم ومنع الطرف الآخر، أو الإذن لأحدهم بالحضور في غيبة الآخر. ويجب على المحكم أن يساوي بين الأطراف في كل صغيرة وكبيرة حتى في العبارات والإشارات والجلوس أمامه في مجلس التحكيم، وتعد مخالفة تلك المبادئ سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم ورفض تنفيذه، وفي شرح موضع نزاعهم بالتساوي، وتقسيم وقت التحكيم بصورة مقبولة وكافية بين الطرفين مع الأخذ في الاعتبار مدة التحكيم حتى يضمن لأطراف التحكيم خصومة عادلة، وذلك تطبيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص بين طرفي خصومة التحكيم(١).

(١) د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ط١، مؤسسة دار الكتب، ١٩٩٦م، بند ٥٥، ص ١٤٧. د. أحمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ط٢، ١٩٩٧م، ص ٦. نقض مني ٢٧/١٢/٢٠١١، طعن رقم ١٥٠٩١ لسنة ٨٠ ق،

وفي حالة إساءة أحد أطراف التحكيم لاستخدام هذا الحق بغرض عرقلة سير إجراءات التحكيم أو بقصد الإضرار بالطرف الآخر بأن يتخلف عن حضور الجلسات أو بالامتناع عن تقديم الأدلة المطلوبة منه، ففي هذه الحالة يجوز للمحكم الاستمرار في تسيير خصومة التحكيم أو إصدار الحكم في النزاع استناداً إلى الأدلة المطروحة أمامه، ولا يكون في هذه الحالة قد أخل بمبدأ المساواة (م ٣٥) تحكيم مصري.

(د) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني باحترام مبدأ الاستمرارية في أداء مهمتها التحكيمية حتى نهايتها: يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، التزاماً باحترام مبدأ الاستمرارية في أداء مهمتها التحكيمية حتى نهايتها وإلا كانت محلاً للمساءلة القانونية عن الإخلال بهذا الالتزام. وعليه فلا يجوز للمحكم بعد قبوله للمهمة التحكيمية التخلي عنها دون مبرر مشروع، وإلا كان مسؤولاً عما قد يسببه من ضرر لطرفي التحكيم أو لأي منهما، وذلك بنص (م ١/١) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم، و(م ٥/٧) من نظام غرفة التجارة الدولية، و art.1462. (al.1.N.C.P.C.F.). ولم ينص على هذا الالتزام صراحة قانون التحكيم المصري، ولا الأردني، ولا الفلسطيني، إلا أن قانون المرافعات الكويتي اعتبر أن طبيعة التحكيم تفرض على المحكم إصدار حكم في النزاع محل التحكيم. ولا شك أن تنفيذ هذا الالتزام يتطلب استمرار المحكم في عمله حتى إصدار الحكم. وبالتالي يعد الإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسؤولية المحكم (م ١٧٨) مرافعات كويتي.

وبناءً على ذلك يعتبر من أهم واجبات المحكم؛ التزامه باحترام مبدأ الاستمرارية في أداء مهمته التحكيمية حتى نهايتها طالما أنه قد قبلها. وعليه أن يتابعها حتى إصدار حكم التحكيم الحاسم للنزاع. ولا يحق له الاستقالة بدون مبرر قوي كضمانه

لعدم المماثلة من قبل الطرف الذي عينه من خصومة التحكيم. ولأن الاستقالة غير المشروعة ستؤدي إلى إعادة القضية من أولها؛ وسيكون مضيعة للوقت والمال خصوصاً إذا جاء المحكم البديل وقدم استقالته هو الآخر، فستدور إجراءات التحكيم في حلقة مفرغة. لذلك فيجب على المحكم قبول مهمته، وتأديتها كاملةً، والاستمرار فيها حتى نهايتها حتى لا يعرض نفسه للمساءلة القانونية. فالإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسؤولية المحكم، ويحق للخصوم مطالبة المحكم بالتعويض (١). ولكن هذا الانسحاب كثيراً ما يؤدي ثماره عند انسحاب المحكم أو رفضه المساهمة في إجراءات التحكيم في بداية عملية التحكيم، ولكن يفقد فاعليته إذا حصل بعد قطعاً شوطاً كبيراً في إجراءات التحكيم الإلكتروني. سواء كان انسحاب المحكم في هذه الحالة أو تلك دون سبب معقول، إنما يدل على سوء تصرفه، ويعد بالنتيجة خرقاً للالتزام التعاقدية.

#### (هـ) - التزام هيئة التحكيم الإلكتروني بأداء مهمتها التحكيمية بنزاهة وعدالة

**عند إصدار الحكم:** يفترض في المحكم كالقاضي العدالة والنزاهة والإلتزام بالعدالة للمساءلة القانونية. لذلك فيجب على المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، القيام بمهمته التحكيمية بنزاهة وعدالة. (م٧/٤٣) تحكيم فلسطيني، و(م٣/٣٤) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، و(م٥٢) من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وبناءً على ذلك؛ يعد متعارضاً مع نزاهة وعدالة المحكم: استغلال المحكم لعدم خبرة أحد الأطراف أو محاميه من خلال حرمانه من الاطلاع على المستندات المقدمة من الخصم الآخر. والبحث عن أمر ما في حضور أحد أطراف التحكيم، وغياب الخصم الآخر. ارتكاب المحكم غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم بسوء نية بقصد الإضرار بأحد أطراف التحكيم أو تحقيق مصلحة خاصة بالمحكم. وانحراف المحكم عن الوقائع أو

(1) د.عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ج٢، ص٢٢٤. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص٢١٣. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص١٠١.



الأقوال أو الأدلة التي أسس عليها حكمه، بقصد الإضرار بأحد أطراف التحكيم. وصف مستند على غير حقيقته لخداع باقي أعضاء هيئة التحكيم. وقيام المحكم بتصرف معين يضر بأحد أطراف التحكيم نتيجة رشوة من الخصم الآخر (١). وإخلال المحكم بهذا الالتزام يعرضه للمسائلة القانونية، فيقع تحت طائلة المسؤولية الجنائية في حالات الرشوة والاحتيال (٢).

و«قاعدة الغش يبطل التصرفات» وهي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يرد بها نص خاص في القانون. وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد و الجماعات. «فقاعدة الغش يفسد كل شيء» هي قاعدة قانونية مصدرها القانون الطبيعي، وقواعد العدالة الوارد ذكرها في (م ١ مدني مصري)، ونظرية التعسف في استعمال الحق (م ٥ مدني مصري) (٣).

## المطلب الثاني

### الإجراءات التمهيدية لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني

١٧- سير خصومة التحكيم الإلكتروني: في التحكيم الإلكتروني المؤسسي - كالأليكان، أو المحكمة الفضائية، أو القاضي الافتراضي، الوايو، أو جمعية التحكيم الأمريكية... - يتم التقدم لمركز فض المنازعات إلكترونيا والذي يقدم خدمة التحكيم الإلكتروني بطلب تحكيم عن طريق كتابة النموذج المعد سلفاً على موقعه بالإنترنت مبيناً به موضوع النزاع، والبيانات الشخصية للمدعي والمدعي عليه، وعناوينهم وكيفية الاتصال بهم، والأدلة والمستندات، واتفق التحكيم... ويعتبر تاريخ تقديم هذا الطلب بمثابة تاريخ بداية الإجراءات، وذلك بنص (م ٥) من لائحة المحكمة الفضائية،

(١) د. أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٥٧.

(٢) د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٤٢٣.

-Paris; 30 Mars 1962; J.C.P. 1962; II; N. 12842; Not. **Leval**.

(٣) نقض مدني ١١/١٧/١٩٨٠م، طعن رقم ٥٤٥ لسنة ٤٨، مج، س ٣١، ج ١، ق ٤٢، ص ١٩٧. نقض مدني ١/٢٢/٢٠٠١م، طعن رقم ١٠٣ لسنة ٦٥ ق، مستحدث دوائر الأحوال الشخصية ٢٠٠٠/٢٠٠١م، ص ٦١.

و(م٣) من لائحة التحكيم الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية... وبعد استلام المركز لطلب التحكيم الإلكتروني يقوم بالاتصال بالمدعي عليه وتزويده بنسخة من طلب التحكيم، فإذا رد المدعي عليه على المركز برفض التحكيم أو لم يرد خلال ميعاد معين محدد له تنتهي إجراءات التحكيم عند هذا الحد، أما إذا كان رد المدعي عليه بقبول التحكيم فعليه إرسال موافقته للمركز بتعبئة النموذج المعد لذلك ليقوم باختيار محكمه(١). وتقوم هيئة التحكيم بتوضيح آلية سير النزاع للطرفين، وكيفية عقد الجلسات، وبعد موافقة طرفي النزاع على هيئة التحكيم والإجراءات، يتم الانتقال للمرحلة التالية من عملية التحكيم، وهي مناقشة موضوع النزاع وإثارة نقاط الخلاف الجوهرية، وتقديم الأدلة والمستندات، والطلبات، والدفع... من خلال ملف قضية التحكيم على موقع المركز بشبكة الإنترنت ويتم دخول طرفي النزاع وهيئة التحكيم على صفحة النزاع بكلمة المرور (Password)، بعد الضغط على اختيار ( My Cases)...(٢).

ويتم تبادل الإعلانات في خصومة التحكيم الإلكتروني مع سكرتارية المحكمة وهيئة التحكيم الإلكتروني والأطراف من خلال نماذج معدة سلفاً على موقع القضية؛ ليتم تعبئتها وإرسالها بالبريد الإلكتروني (م٤) من لائحة المحكمة القضائية، وتستمر خصومة التحكيم الإلكتروني في سيرها حتى انقضائها انقضاءً طبيعياً بصور حكم في موضوعها، وبعد صدور حكم التحكيم الإلكتروني تأتي مرحلة تنفيذه، وتخضع جميع الإجراءات والأعمال والطلبات والمستندات والوثائق في خصومة التحكيم الإلكتروني لقرينة الصحة طالما كانت محلاً للتبادل والمناقشة بين أطرافها وهيئة التحكيم، وعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل على صحة ادعائه(٣).

---

(١) د. أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، ص ٤. د. حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ١٨١ وما بعدها. د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، ص ٦٠ وما بعدها. د. مصلح أحمد الطراونة، د. نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٣٢ وما بعدها.

-E.Capilli; arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du cyber Tribunal ) Rév. arb.1999; N. 2; P. 225.

(٢) الإشارة السابقة.

(٣) -Paris 25 Fév. 1994; Rév.arb.1995; P. 129.

-Paris 14 Juin 1985; Rév.arb.1987; P. 395.

ويقوم طالب التحكيم الإلكتروني بتقديم طلب التحكيم الإلكتروني خلال الميعاد القانوني، وبالبيانات المطلوبة اتفاقاً وقانوناً، ويترتب على تقديم طلب التحكيم قطع التقادم كالمطالبة القضائية، ويصبح الحق متنازعاً فيه... وكافة الآثار القانونية التي ترتبها صحيفة افتتاح الدعوى من الناحية الموضوعية والإجرائية. وإذا وقع النزاع بين أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، وتم الاتفاق بينهم على اللجوء إلى مركز من مراكز تسوية المنازعات إلكترونياً، والتي تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني فإنه يتعين القيام بإجراءات معينة لعرض نزاعهم على التحكيم الإلكتروني عبر الإنترنت(١).

ويقوم مركز التحكيم الإلكتروني بالاتصال بأطراف اتفاق التحكيم بالبريد الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس... لمتابعة الإجراءات وفق جدول زمني معين... فيقوم المركز بإخطار المدعي عليه ودعوته للمشاركة في إجراءات التحكيم الإلكتروني، فإذا رفض المدعي عليه المشاركة أو لم يرد على المركز خلال ميعاد معين – عشرة أيام في (م٧) من لائحة المحكمة القضائية – محدد له سلفاً انتهت الإجراءات عند هذا الحد. أما إذا رد المدعي عليه بالقبول والمشاركة وقدم أدلته ومستنداته ووثائقه- (م٦ – م٧) من لائحة المحكمة القضائية – فعلي المركز أنيقوم بإعداد صفحة خاصة بالنزاع على موقعه بشبكة الإنترنت، ويزود أطراف النزاع وهيئة المحكمة سواء أكانت محكماً واحداً أو أكثر حسب اختيار أطراف النزاع بكلمة سر (Password) للدخول لصفحة النزاع ومتابعة إجراءاته من خلال جلسات تدار عن طريق البريد الإلكتروني (E-mail) أو الفيديو كونفرانس ( Video Conference) أو أي وسيلة إلكترونية عبر وسائط الاتصال الإلكترونية... بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع، وتحدد لهم موعداً لتقديم كل ما لديهم من مستندات، ومذكرات، وأدلة إثبات، وأوجه دفاع، وطلبات... وتستمر عملية التحكيم الإلكتروني إلى أن تنتهي بإصدار حكم تحكيم إلكتروني ويتم قيده على الموقع الخاص بالقضية

---

-Paris 8 Janv. 1984; Rév.arb.1984; P. 530.

(1) -Paris; 8 Janv. 1981; Rév.arb.1982; P. 62.

-Paris; 30 Mars 1962; J.C.P. éd. G. 1962; N. 2; P. 128; obs. Level.

التحكيمية على الإنترنت، بنص (م١٩) من لائحة المحكمة الفضائية، و(م١٢) من لائحة التحكيم الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية(١).

وتقوم سكرتارية المحكمة بإخطار المدعي عليه بطلب التحكيم بعد أن يستوفى الشروط القانونية، ويتم الإعلان على عنوان المدعي عليه الوارد بطلب التحكيم، ويعتبر المدعي عليه قد تسلم الإعلان بطلب التحكيم عند اتصال سكرتارية المحكمة به بأي وسيلة من وسائل الاتصال، أو تلقي سكرتارية المحكمة منه ما يفيد استلامه الإخطار (م٦ من لائحة المحكمة الفضائية). ويجب على المدعي عليه الرد على طلب التحكيم المقدم من المدعي خلال عشرة أيام من تاريخ إخطاره بهذا الطلب، ويجوز للمدعي عليه أن يرفق برده أي طلبات يرى تقديمها لهيئة التحكيم (م٧ من لائحة المحكمة الفضائية)(٢).

ويتم إيداع جميع المستندات المتعلقة بخصومة التحكيم الإلكتروني على موقع القضية بما فيها طلب التحكيم الإلكتروني والرد عليه وكل الإقرارات وأدلة الإثبات والإعلانات و أوجه دفاع كل خصم، ويلتزم الأطراف وهيئة التحكيم بالدخول لموقع القضية بطريقة شرعية من حين لآخر للاطلاع على مستجدات القضية، ويجب المحافظة على البيانات المنشورة على موقع القضية، والتي تعتبر سرية ولا يمكن مراجعتها إلا من خلال سكرتارية المحكمة وهيئة التحكيم والأطراف (م١٩ من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية)(٣).

وفي لائحة التحكيم الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية يجب على الجمعية بمجرد تلقي مصاريف طلب التحكيم من المدعي القيام بمراجعة طلب التحكيم للتأكد من توافر شروطه وبياناته، وإنشاء موقع خاص بالقضية على شبكة الإنترنت خلال

---

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.جمال محمد الكردي، مدى ملاءمة الاختصاص القضائي الدولي، ص ١٦١.

**-Huet .A et valmachinos; Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international. Gaz. Pal; Janv-Fév . 2000; P. 103 ets.**

(3) د.مصلح أحمد الطراونة، د.نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٢٨ وما بعدها. د.محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، ص ٣٨٦ - ٣٨٨. د.صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، النظام القانوني التجاري للتجارة الإلكترونية، ص ١٦٤.

خمسة أيام عمل رسمية وإعلانه لأطراف التحكيم. وتبدأ إجراءات التحكيم من تاريخ إنشاء الموقع الإلكتروني للقضية... وإذا كان طلب التحكيم معيباً عند مراجعته من الجمعية فيتعين عليها إخطار المدعي بهذا العيب على وجه السرعة (م ٤ من لائحة التحكيم الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية).

ويجب لقبول طلب التحكيم الإلكتروني توافر شروط قبول الدعوى أمام القضاء، من توافر شرط الصفة، وشرط الميعاد، وشرط المصلحة الشخصية المباشرة القائمة التي يقرها القانون، وشرط المنازعة، وشرط الأهلية، وشرط احترام الشكل القانوني... وإلا حكم بعدم قبول طلب التحكيم، ويخضع الدفع بعدم قبول الدعوى التحكيمية لنفس أحكام الدفع بعدم القبول أمام القضاء، ويجوز الدفع بعدم القبول في أية حالة كانت عليها الدعوى، وتقضي به هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الأطراف(١).

وفي نظام المحكمة الفضائية تقوم هيئة التحكيم الإلكتروني بدعوة أطراف التحكيم إلى تقديم طلباتهم ومذكراتهم الختامية خلال فترة محددة لتقرر قفل باب المرافعة استعداداً للقيام بالمداولة التحكيمية، وإصدار الحكم التحكيمي بالأغلبية متضمناً البيانات المطلوبة قانوناً لصحته، وتبليغه لأطراف التحكيم بالبريد الإلكتروني، وإيداعه على صفحة القضية التحكيمية بالإنترنت (م ٢٢ من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية). وبعد الانتهاء من تبادل المذكرات والمستندات وتحقيق الدعوى وسماع المرافعات والدفاع... تقوم هيئة التحكيم الإلكتروني بقفل باب المرافعة وحجز القضية للحكم، وتنقطع صلة الخصوم بالقضية للمداولة بين جميع المحكمين شفويّاً أو كتابة لإصدار حكمهم بالأغلبية، ومسبباً، ويكون حكماً نهائياً غير قابل للطعن أو الاعتراض عليه أمام أي جهة أخرى، ويتعهد الأطراف بتنفيذه بسرعة ودون أي تأخير(م ٢٥ من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية)(٢).

(1) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٨٩، ص ٣٥٠.  
(2) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٤٧ وما بعده، ص ٤٢٦ وما بعدها. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٠٨. د.نبيل عمر، التحكيم، بند ١٤٩، ص ١٧٢ وما بعدها. د.محمد نور شحاتة، الرقابة على

وبعد أن تنتهي هيئة التحكيم الإلكتروني من سماع الادعاء والدفاع، وفحص أدلة الإثبات، والنفي من أطراف خصومة التحكيم الإلكتروني، أي بعد منح كافة الأطراف الفرصة الكاملة لإبداء دفاعهم وتقديم مستنداتهم... تقوم بقتل باب المرافعة لدراسة ملف القضية التحكيمية وتقييمها به من عناصر واقعية وقانونية تمهيداً لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني الذي توصلت إليه بعد مداولة سرية بين جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني لتبادل الرأي بينهما، والمناقشة للاتفاق على وجه الحكم في الخصومة التحكيمية الإلكترونية، وإذا كانت هيئة التحكيم الإلكتروني مشكلة من محكم واحد فيتولى إصدار الحكم دون أية عقبات، أما إذا كانت مشكلة من ثلاثة محكمين فإن المداولة ستنتهي إما إلى إجماع المحكمين الثلاثة على رأي واحد، وإما إلى اتفاق اثنين على رأي معين بتحقيق أغلبية على معارضة الثالث، أو إلى تبني كل محكم لوجهة نظر مختلفة بوجود ثلاثة آراء متعارضة مع ترجيح رأي الرئيس (م ٢٤ من لائحة تحكيم المحكمة الفضاائية)، وتتم المداولة في التحكيم الإلكتروني بالوسائط الإلكترونية كالبريد الإلكتروني أو الفيديوكونفرانس (م ٢١ - ٢٤ من لائحة تحكيم المحكمة الفضاائية)، أو عن طريق نظام الدوائر التلفزيونية (م ٨٣٧ مرافعات إيطالي) (١).

ويجب صدور حكم التحكيم الإلكتروني من هيئة التحكيم الإلكتروني نفسها والمختارة من أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني بكامل تشكيلها، ولا يجوز لها إنابة غيرها في ذلك، ولا يجوز للأغلبية إصدار حكم التحكيم الإلكتروني في غياب الأقلية أو دون أخذ رأيها؛ إذ مثل هذا الحكم يكون صادراً ممن ليس له سلطة إصداره، ويعتبر حكماً منعديماً، حيث إنه بعد اتفاق المحكمين على حكم التحكيم الإلكتروني

---

أعمال المحكمين ١٩٩٣م، ص ١٠١. د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، ص ٣٧٦.

-Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage; N. 1372; P. 763.

-P.Bernardini; l'arbitrage en Italie après La récente réforme; Rév. arb. 1994; P. 494.

(١) الإشارة السابقة.

يقوم كل منهم بالتوقيع عليه باستعمال إحدى طرق التوقيع الإلكتروني (م ٤٥ من لائحة تحكيم الوايبو)، ثم تقوم السكرتارية بنشر الحكم التحكيمي على موقع القضية وإبلاغه للأطراف بأية وسيلة إلكترونية ممكنة ليرتب آثاره تجاههم، ويجب أن يشمل حكم التحكيم الإلكتروني على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجلساتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ صدوره وأسبابه الواقعية والقانونية وتوقيع المحكمين على الحكم (م ٤٣/٣ تحكيم مصري) (١).

ويشمل حكم التحكيم جميع الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم الإلكتروني، والتي تفصل بشكل قطعي في النزاع المعروض عليها كلياً أو جزئياً في شق منه، سواء أتلقت بموضوع النزاع أو بالاختصاص أو بمسألة إجرائية يترتب عليها الحكم بإنهاء خصومة التحكيم (٢). ويخضع حكم التحكيم الإلكتروني لذات الشكل المقرر بالنسبة للأحكام القضائية، لذا يشترط في حكم التحكيم الإلكتروني أن يكون مسبباً، ومكتوباً، وموقعاً عليه من هيئة التحكيم الإلكتروني، ومبيناً فيه تاريخ صدوره، وأن يتم إيداعه وحفظه على موقع القضية، وأن يتم إعلانه لأطراف خصومة التحكيم الإلكتروني بكل وسيلة ممكنة من وسائل الاتصال وفقاً لظروف وملابسات القضية، وذلك بعد سداد أطراف التحكيم للرسوم المقررة بشكل كامل (م ٢٥/٤، ٣، ٢ من لائحة تحكيم المحكمة القضائية)، وأن يشمل على أسماء الخصوم وعناوينهم، وأسماء هيئة التحكيم وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوقة، وتاريخه... أما إذا تطلب القانون إيداع صورة من حكم التحكيم الإلكتروني قلم كتاب المحكمة القضائية المختصة، فهذا الأمر قد يستدعي

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٤٩، ص ٤٣١. د. محسن شفيق، التحكيم، بند ١٥١، ص ٢٢. نقض

مدني ١٩٩٠/٧/١٦م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢٤٥، ص ٤٣٤. نقض

مدني ١٩٨٢/٣/٢م، طعن رقم ١٤٢ لسنة ٥١ق، مج، س ٣٢، ج ١، ق ٥٢، ص ٢٨٦.

(٢) د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، ص ٣٨٦-٣٨٨.

-Paris; 7 Juill. 1987; Rév. arb. 1988; P. 649; Not. E. Mezger.

-Paris; 25 Mars 1994; Rév. arb. 1994; P. 391; Not. CJarrosso.

استصدار نسخة ورقية من حكم التحكيم الإلكتروني لهذا الغرض خاصة في الدول التي لاتعترف تشريعاتها بالمستند وبالتوقيع الإلكتروني(١).

وبعد صدور حكم التحكيم الإلكتروني يجب إعلانه لأطراف التحكيم الإلكتروني بأي وسيلة كانت، ويقوم مركز تسوية المنازعات إلكترونياً عن طريق السكرتارية بإعلان الحكم لأطراف التحكيم الإلكتروني، بكافة وسائل الاتصال الممكنة، ونشره مباشرة على موقع القضية التحكيمية على شبكة الإنترنت بعد سداد مصاريف التحكيم بالكامل (م ٢٥/٤ من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية). ويجب على هيئة التحكيم التأكد من إعلان حكم التحكيم الإلكتروني على موقع القضية، ويتعين ذكر تاريخ إعلانه في الإيميل الذي يتم إرساله لأطراف التحكيم من موقع القضية، ويظل موقع القضية متاحاً للأطراف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الحكم على موقع القضية (م ١١ من لائحة التحكيم الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية).

ويعتبر حكم التحكيم الإلكتروني قد صدر بكتابته والتوقيع عليه من هيئة التحكيم الإلكتروني، ولا يلزم النطق به في جلسة علنية، بل قد يتم النطق به بتلاوته شفويًا في الجلسة المحددة عبر وسائل الاتصال الإلكترونية لإصداره من غير علانية حفاظاً على السرية، ولا يلزم دعوة طرفي التحكيم الإلكتروني إلي جلسة مخصصة للنطق بحكم التحكيم الإلكتروني مالم يتفق طرفي التحكيم علي ضرورة أن يتم النطق بحكم التحكيم في حضورهما بتحديد جلسة للنطق بالحكم. ولا يلزم كتابة مسودة حكم التحكيم الإلكتروني، ولا سبق إيداعها ملف القضية قبل النطق به، ولا تغني المسودة إن كتبت عن نسخة حكم التحكيم الإلكتروني الأصلية، ولا يجوز نشر حكم التحكيم الإلكتروني أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة أطرافه، ويمكن إثبات واقعة نشره بكافة

---

(١) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند ١١٥، ص ٢٦٤. د.فتح والي، قانون التحكيم، بند ٢٥٤، ص ٤٥٣ وما بعدها. د.محمود مختار بريري، التحكيم، بند ١١٠، ص ١٨٢. د.محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٤١ وما بعدها. د.علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٢٦٨ وما بعده، ص ٢٦٥ وما بعدها. د.مهنا أحمد الصافوري، دور المحكم، ص ١٦١. نقض مدني ١٩٩٠/٧/١٦م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢٤٥، ص ٤٧٥. نقض مدني ١٩٨٥/٤/٢٣، طعن رقم ١٧٣٦ لسنة ٥١ ق، مج س ٣٦، ج ٢، ق ١٣٦، ص ٦٥٣.

-Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage; op.cit.; N. 1319 ets, P. 773.



طرق الإثبات، ولا يؤدي نشر الحكم بدون موافقة إلى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني أو المساس بحجتيه، وإنما يمثل انتهاكا لسريه التحكيم الإلكتروني، والمساءلة القانونية لمن قام بنشره دون موافقتهم(١).

ولا يمكن تحديد جنسية حكم التحكيم الإلكتروني بالمعيار الجغرافي – اكتساب حكم التحكيم جنسية مكان صدوره – وذلك لعدم ضبط فكرة المكان في عالم الفضاء الإلكتروني الذي تتلاشى فيه الحدود والمسافات. وإنما يمكن تحديد جنسية حكم التحكيم الإلكتروني بالمعيار الإجرائي – اكتساب حكم التحكيم لجنسية الدولة التي طبق قانونها الإجرائي – نظراً لصعوبة تطبيق المعيار الجغرافي على أحكام التحكيم الإلكتروني(٢).

١٨- عوارض خصومة التحكيم الإلكتروني : وهي عبارة عن ما يطرأ علي الخصومة من حوادث أثناء سيرها تؤدي إلى وقفها أو انقطاعها أو انقضائها بغير حكم في موضوعها. ولا تخضع خصومة التحكيم الإلكتروني نظراً لطبيعتها الاتفاقية لنظام الشطب عند غياب المدعي والمدعي عليه وعدم صلاحية القضية للفصل فيها؛ لأنه يجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني الاستمرار في إجراءات التحكيم رغم عدم حضور أحد الطرفين أو تغييبهما في أية جلسة من الجلسات ما دام المدعي قد قدم بيان دعواه ومستنداته وأتيحت الفرصة للمدعي عليه لتقديم دفاعه (التحكيم الإلكتروني بالمستندات)، وإذا لم يقدم المدعي بياناً بدعواه دون عذر مقبول، وجب علي هيئة التحكيم أن تأمر بإنهاء الإجراءات ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك (م٣٤، ٣٥) تحكيم مصري، و(م١٧) من لائحة محكمة التحكيم الفضائية(٣).

ولا تخضع خصومة التحكيم الإلكتروني نظراً لطبيعتها الاتفاقية لنظام اعتبار الخصومة كأن لم تكن، وكذلك لا يجوز إعمال نظام التقادم الإجرائي أو السقوط

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.عزت محمد البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٦م، ص ٤٦.

(٣) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢١١، ص ٣٧٥ وما بعدها، د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٥٨، د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ٢٦٧، ص ٩٤٨ وما بعدها.

الإجرائي على خصومة التحكيم الإلكتروني نظراً لاختلاف أهداف تلك النظم القانونية في الخصومة القضائية عنها في خصومة التحكيم الإلكتروني(١).

وانقطاع خصومة التحكيم الإلكتروني هو وقف سيرها بقوة القانون نتيجة لتصدع ركنها الشخصي، وينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني في الأحوال ووفقاً للشروط المقررة لذلك في قانون المرافعات (م٣٨) تحكيم مصري. وينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم، أو بفقده أهلية الخصومة، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين، مالم تكن الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها وكان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل الوفاة أو فقد أهلية الخصوم، أو زوال الصفة (م١/١٣٠، م١٣١) مرافعات مصري. وتظل الخصومة موقوفة حتى يعلم بها من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته أو زالت صفته لتستأنف سيرها من آخر إجراء صحيح تم فيها، أي من آخر نقطة وقفت عندها. ويترتب على انقطاع خصومة التحكيم الإلكتروني وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم، وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع (م١٣٢ مرافعات مصري)، وإذا صدر حكم التحكيم الإلكتروني رغم توافر أحد أسباب الانقطاع فيكون لذوي المصلحة حق طلب بطلان حكم التحكيم الإلكتروني(٢).

ووقف خصومة التحكيم الإلكتروني هو عدم السير فيها إذا ما طرأ عليها أحد أسباب الوقف أثناء سيرها مثل: وقف الخصومة لحين الفصل في مسألة أولية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، ووقف الخصومة لحين تعيين محكم بديل في حالة رد أو عزل أو تنحي أحد المحكمين، ووقف الخصومة لحين تسوية النزاع بالصلح أو بالوساطة أو بالتوفيق... ويترتب على وقف خصومة التحكيم الإلكتروني باتفاق جميع الأطراف أو بقرار من هيئة التحكيم الإلكتروني أو بقوة القانون نفس الآثار المترتبة على انقطاعها من: وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم، وتعتبر

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.محمود مختار بريري، التحكيم، بند ٧٣ وما بعده، ص١٢٣ وما بعدها. د.محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٣١ وما بعدها.

خصومة التحكيم الإلكتروني في فترة الوقف راکدة، ولا يجوز القيام فيها بأي نشاط إجرائي من الأطراف أو من هيئة التحكيم، وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الوقف(١).

وتتقضي خصومة التحكيم الإلكتروني انقضاءً مبدئياً بغير حكم في موضوعها بصدور أمر من رئيس المحكمة القضائية المختصة بناءً علي طلب أحد طرفي النزاع (م ٤٥م تحكيم مصري) في شكل طلب استصدار أمر علي عريضة، أو بقرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات إذا لم يقدم المدعي دعواه بشكل كامل دون عذر مقبول، أو لفوات ميعاد التحكيم دون مده، أو باتفاق جميع الخصوم علي إنهاء إجراءات التحكيم الإلكتروني أو اتفاق جميع الأطراف علي إنهاء الإجراءات لتسوية النزاع بغير التحكيم، أو إذا ترك المدعي دعواه ما لم يطلب المدعي عليه من هيئة التحكيم الاستمرار وحسم النزاع، أو إذا استحال علي هيئة التحكيم الاستمرار في خصومة التحكيم، أو إذا رأت هيئة التحكيم عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالتة...ويترتب علي إنهاء إجراءات التحكيم الإلكتروني انتهاء خصومة التحكيم الإلكتروني، وانتهاء مهمة وولاية هيئة التحكيم دون المساس بالحق الموضوعي أو بالحق في الدعوي (م ٤٨ تحكيم مصري)(٢).

١٩- قفل باب المرافعة وحجز القضية التحكيمية للحكم أمام هيئة التحكيم الإلكتروني : يعني قفل باب المرافعة أن القضية أصبحت جاهزة للفصل فيها بعد أن انتهى الخصوم من المرافعة الشفوية بالأقوال والكتابية بالمذكرات. ولهيئة التحكيم الإلكتروني أن تقرر صراحةً أو ضمناً من تلقاء نفسها أو بناءً علي طلب أحد الخصوم أو كليهما قفل باب المرافعة في القضية التحكيمية المعروضة أمامها وحجزها للمداولة والحكم فيها، وذلك بعد أن تتضح وتستبين لها حقيقة المسائل

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢١٥، ص ٣٧٩. د.محمود مختار بريري، التحكيم، بند ٧١، ص ١٢١. د.محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٢٩ وما بعدها. نقض مندي ١٩٧٣/٢/٢٤م، طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٧ ق، مج، س ٢٤، ج ١، ق ٥٦، ص ٣٢١.

(٢) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٢٣ وما بعده، ص ٣٨٨ وما بعدها. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢١، ص ٨٩. د.محمود مختار بريري، التحكيم، بند ٧٦، ص ١٢٥ وما بعدها. د.محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٣٤ وما بعدها.

القانونية والواقعية المتعلقة بها، وينتهي جميع أطراف خصومة التحكيم الإلكتروني من شرح موضوع الدعوي وتقديم المذكرات والأدلة والمستندات وتحقيق الدعوي وسماع المرافعات والدفاع والدفع والرد...وقفل باب المرافعة أو فتحها أمر يدخل في السلطة التقديرية لهيئة التحكيم الإلكتروني، وهيئة التحكيم الإلكتروني هي فقط التي تحدد تاريخ حجز القضية التحكيمية للمدولة والحكم، وذلك بنص (م ٢٩) من قواعد اليونسترال، و(art.1468 al.1.N.C.P.C.F.)، و(م ٣٥، ٣٦) من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية، و(م ٢٣) من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية(١).

وتلتزم هيئة التحكيم الإلكتروني قبل غلق باب المرافعة بدعوة الخصوم لإبداء طلباتهم الختامية مما يعني أن الدعوي صالحة للحكم فيها؛ وحتى لا يقفل باب المرافعة دون سابق إنذار(م ٥/٢١ من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية)، وتحدد هيئة التحكيم الإلكتروني بعد غلق باب المرافعة تاريخ صدور الحكم (م ٢٣ من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية)، وذلك بعد أن تكون قد اتاحت للخصوم فرص كافية وعادلة لإبداء دفاعهم(م ٢٢ من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية). وقد تلزم بعض التشريعات هيئة التحكيم بإصدار حكم التحكيم الإلكتروني خلال ميعاد معين من تاريخ قفل باب المرافعة حتي لا يكون الخصوم بصدد إنتظار غير مبرر، كميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ قفل باب المرافعة طبقاً لنص (م ٩/أ) من الإجراءات التكميلية لجمعية التحكيم الأمريكية.

وقد تصدر هيئة التحكيم الإلكتروني قرار صريحاً بقفل باب المرافعة وحجز القضية للحكم، كما قد تقرر حجز القضية للحكم دون أن تصرح بقفل باب المرافعة وبذلك يكون قد تم قفل باب المرافعة ضمناً. وتعتبر القضية التحكيمية في مرحلة المدولة التحكيمية بصدور قرار هيئة التحكيم الإلكتروني بقفل باب المرافعة فيها وحجزها للمدولة والحكم، وبالتالي تنقطع صلة الخصوم بها؛ فلا يجوز لأحد الخصوم تقديم أية طلبات أو مستندات أو مذكرات جديدة دون أن يتمكن خصمه من

(١) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢١، ص ٩٠-٩٢. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٩٥. د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص ٣٣. د.محمد حسن محمد علي، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٧٠ ومابعدها. استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/١/٢٩، دعوي رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٩.ق. تحكيم.

الاطلاع عليها ومناقشتها والرد عليها لاحترام حقوق الدفاع، مالم يكن ذلك بناء علي طلب هيئة التحكيم الإلكتروني (art.1468 al.2 N.C.P.C.F.)، و(م٢٧) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢م. وقد تصرح هيئة التحكيم الإلكتروني للخصوم خلال فترة حجز الدعوي التحكيمية للمداولة والحكم بتقديم مذكرات أو إيداع مستندات أوهما معاً خلال أجل معين تحدده، وذلك بتحديد ميعاد معين للمدعي يعقبه ميعاد آخر مثله للمدعي عليه للاطلاع والرد من كل منهما، وبانتهائه يعتبر باب المرافعة مقفولاً، ولذلك لا يجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني بعد قفل باب المرافعة وحجز القضية التحكيمية للحكم أن تستمع لأحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها، وإلا كان هناك إخلالاً بحقوق الدفاع يترتب عليه بطلان حكم التحكيم الإلكتروني(م١/٥٣-ج تحكيم مصري) (١).

ويجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني مد أجل النطق بالحكم بعد حجز القضية للحكم لأجل معين، ولكن ليس معني مد أجل النطق بالحكم أن الدعوي ليست مهياً للحكم فيها. كما يجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني حسب سلطتها التقديرية الكاملة إما من تلقاء نفسها أو بناءً علي طلب أحد الخصوم أو كليهما في أي وقت بعد قفل باب المرافعة وقبل النطق بالحكم ولأسباب جدية تستدعي ذلك كما لو كانت طلبات الخصوم غير واضحة وتحتاج إلي مزيد من التحقيق أو سماع شهود أو إجراء معاينة... فيعادة فتح باب المرافعة لتمكين أحد الخصوم من الاطلاع والعلم والرد علي دفاع ومستندات خصمه المقدمة في وقت متأخر قبيل قفل باب المرافعة التحكيمية؛ وذلك تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم واحترام حقوق الدفاع واستكمال مناقشة القضية وكشف الحقيقة. وإذا تحي أحد المحكمين فلا يجوز بقاء هيئة التحكيم الإلكتروني قائمة بعدد

---

(١) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٤٧، ص ٤٢٧. دعزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٩٥. استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٦/٢٩، دعوي رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩ق. تحكيم. استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٤/٩/٢٩، دعوي رقم ٥٠ لسنة ١٢٠١ق. تحكيم. نقض مدني ٢٠١٢/٥/١٠، طعن رقم ٣٤١٠ لسنة ٨١ق.

-[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

زوجي حتي إصدار الحكم دون محكم بديل، ولذا يجب علي هيئة التحكيم الإلكتروني إعادة فتح باب المرافعة بعد استكمال تشكيلها بتعيين محكم بديل خلفاً لمن خرج من أعضائها لأي سبب كالوفاة أو المرض أو الاعتذار... وذلك ليتمكن المحكم الجديد من سماع المرافعة وتكوين عقيدته في موضوع النزاع التحكيمي، وحتى لا يشترك في المداولة إلا من سمع المرافعة، ولا يؤثر تعيين محكم بديل أثناء سير خصومة التحكيم الإلكتروني علي صحة إجراءاتها السابقة مادامت صحيحة في ذاتها(١).

وفي التحكيم الإلكتروني بنظام المحكمة الفضائية تلتزم هيئة التحكيم بمجرد قفل باب المرافعة بتحديد ميعاد صدور حكم التحكيم الإلكتروني، ولسكرتارية المحكمة إمكانية مد هذا الميعاد متى وجدت ضرورة لذلك في ضوء ظروف القضية (م ٢٣) منها. ووفقاً لقواعد وأنظمة ولوائح مراكز وهيئات التحكيم الإلكتروني المؤسسي فإنه يتم النص فيها على ميعاد إصدار حكم التحكيم الإلكتروني بالأيام أو بالساعات، على خلاف التحكيم التقليدي فهو يحسب بالشهور أو بالأيام، لما يمتاز به التحكيم الإلكتروني من سرعة عبر شبكة الإنترنت، فطبقاً لنظام القاضي الافتراضي يصدر المحكم قراره الفاصل في الموضوع خلال اثنين وسبعين ساعة من تاريخ تقديم طلب التحكيم، وطبقاً لأحكام اللائحة الموحدة لهيئة الأيكان تصدر هيئة التحكيم قرارها في مدة لا تقل عن خمس وأربعين يوماً ولا تزيد عن خمسين يوماً. ووفقاً لنظام مركز التسوية الإلكتروني بكندا تصدر محكمة التحكيم قرارها الفاصل في النزاع خلال خمس وثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء إجراءات التحكيم(٢).

---

(١) د. فتحي والي، قتلون التحكيم، بند ٢٤٧، ص ٤٢٧. د. عيد القصاص، حكم التحكيم، بند ٢٧، ص ٩٥-٩٦؛ التزام القاضي بلحترام مبدأ المواجهة، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق ١٩٩٢، بند ٥٨ وما بعده، ص ٧٣ وما بعدها. استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/١/٢٩، دعوي رقم ٣٤،٣٥ لسنة ١١٩ق. تحكيم. نقض مدني ١٩٧٤/١/٣٠، طعن رقم ٣٥ لسنة ٣٩ق (أحوال شخصية)، مج، س ٢٥، ج ١، ق ٤٤، ص ٢٥٠.

-Cass. Civ. 2 □ ; 31 janv.1996; Rév. Tirm. de. Com.1997; P. 69; obs. **Dubary et Loquin.**

-Paris, 12 janv.1996; Rév. Arb.1996; P. 428; Not. **Ph. Fouchard.**

(٢) د. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٩٩. د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، ص ٣٨٦-٣٨٨. د. صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، النظام القانوني التجاري للتجارة الإلكترونية، ص ١٦٤.

٢٠- **المدولة التحكيمية الإلكترونية:** يجب على المحكم (هيئة التحكيم الإلكتروني) - سواء أكان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية في تحكيم وطني أو دولي، حر أو مؤسسي، قبل إنهاء المرافعة التحكيمية، وحجز القضية للحكم - أن يسأل الأطراف عما إذا كان لديهم أدلة أخرى لتقديمها، أو شهود آخرين لسماعهم، فإن لم يعد لديهم ما يقدمونه، فيعلن المحكم قفل باب المرافعة، وفتح باب المدولة التحكيمية بعد الانتهاء من التحقيق، وإيداء كل طرف دفاعه، وتقديم المذكرات الختامية. ويجب على هيئة التحكيم الإلكتروني ألا تصدر الحكم التحكيم الإلكتروني إلا بعد إتمام مدولة سرية بين جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني إذا تعددوا، ولا يجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني إصدار حكم التحكيم الإلكتروني دون مدولة لمناقشة كل ظروف القضية، والتشاور علي رأي للحكم فيها. وتتم المدولة في أي مكان، وأي زمان، شفويّاً أو كتابياً باتفاق هيئة التحكيم الإلكتروني مالم يتفق الأطراف علي غير ذلك، وذلك طبقاً لنص (م ٤٠) تحكيم مصري، و(art.1468; 1469. N.C.P.C.F.) (١).

و المدولة التحكيمية هي التشاور سراً بين جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني في القضية المعروضة عليهم بشأن منطوق حكم التحكيم الإلكتروني وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وحجزها للحكم و قبل النطق به. فالمدولة إذاً هي مرحلة تفكير تلي المرافعة، وتنتهي بالنطق بالحكم استعداداً لاختيار الحل المناسب لحسم القضية بعد تشاور وتفكير. ولا يجوز لأي شخص الاشتراك في المدولة غير أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني الذين حضروا جلسات المرافعة، وذلك لضمان إبداء حرية الرأي والمحافظة على هيئة التحكيم ورفع الحرج عنهم. ولا يجوز للمحكم توكيل أو تفويض غيره لحضور المدولة، ولا يجوز لرئيس مركز التحكيم في التحكيم

---

(1) د.سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص٣٦. د.أحمد محمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ط١، مؤسسة دار الكتب، الكويت ١٩٩٦م، ص ١٩٢. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ٨١. د.عبدالله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، ص ١٢٤. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٩م، ص٤٥٢. نقض مدني ١٩٨٢/٣/٢م، طعن رقم ١١٤٢ لسنة ٥١ ق، مج، س٣٣، ج١، ق٥٢، ص٢٨٦.

المؤسسي حضور المداولة (١). وعلي ذلك فالمداولة التحكيمية الإلكترونية هي تبادل الرأي بالتفكير والمشاوره والمناقشة والإقناع بين جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني الذين سمعوا المرافعة سراً، في كل ظروف وعناصر القضية المنظورة أمامهم من وقائع ودفاع ودفوع بعد الانتهاء من تحقيقها وتقديم الخصوم طلباتهم الختامية، وبعد قفل باب المرافعة وتحديد جلسة للنطق بالحكم، بقصد بلورة ما سيكون عليه الحكم فيها بعد تكوين الرأي النهائي الذي ينتهون إليه. ولا يجوز إجراء المداولة قبل قفل باب المرافعة ولا بعد النطق بالحكم، وللمحكم إلي ما قبل النطق بالحكم طلب العدول عن رأيه وطلب إعادة المداولة (٢).

وتعتبر المداولة التحكيمية مفترض قانوني ومنطقي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني لاستجلاء غموض كافة المسائل الواقعية والقانونية المتعلقة بالقضية قبل صدور الحكم فيها، وإلا صدر حكم التحكيم الإلكتروني باطلاً، وذلك للتفكير والنظر والمناقشة والتعليق والتعقيب والتفحص في المستندات وموازنتها لتكوين رأي موضوعي يحسم الخلاف. ولا يجوز لأطراف التحكيم الإلكتروني الاتفاق علي إصدار حكم التحكيم بدون مداولة، وإذا صدر حكم بدون أن تسبقه مداولة فإنه يكون باطلاً (م ١/٥٣ - ز تحكيم مصري)، ويقع عبء إثبات صدور حكم التحكيم الإلكتروني دون أن تسبقه مداولة تحكيمية علي مدعي ذلك، وتفترض المداولة تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني من أكثر من محكم لإجراء المداولة بينهم جميعاً. وتدخل خصومة التحكيم الإلكتروني مرحلة المداولة حينما تصبح مهياً للحكم فيها بتمام تحقيقها وانتهاء المرافعة فيها وابداء الخصوم طلباتهم الختامية. وعدم قيام أحد

- 
- (1) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٠٠. د.محمود بربري، التحكيم، بند ٩٨، ص ١٨٢، ١٨١. د.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، عمان ١٩٩٥م، ص ٣١٣. د.محمد حسن محمد علي، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان ٢٠١٢/٢٠١١م، ص ٤٨٢ وما بعدها. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص ٤٥٤.
- (2) د.نبيل عمر، التحكيم، ص ١٨٤. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٠١. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٢-٢٣، ص ٩٠ وما بعدها. د.أحمد محمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ص ١٩٣. د.إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٣٨.



المحكّمين بالمداولة مع باقي أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني يجعل حكم التحكيم الإلكتروني باطلاً (١).

وتحدد هيئة التحكيم الإلكتروني شكل وكيفية المداولة التحكيمية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس للمداولة التحكيمية الإلكترونية شكل محدد يمكن أن تتم فيه، ولهيئة التحكيم الإلكتروني حرية تحديد الشكل الذي تتم فيه المداولة التحكيمية فيما بينهم عن بعد عبر الإنترنت بطريقة تتفق مع طبيعة التحكيم الإلكتروني ودون حاجة لعقد جلسة باجتماعهم في مكان محدد بل كل في مكانه أو دولته عبر الإنترنت. ولا يجوز أن يشترك في المداولة التحكيمية الإلكترونية غير أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني الذين سمعوا المرافعة التحكيمية الإلكترونية، وتتم المداولة التحكيمية الإلكترونية سراً بين جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني بالكيفية والشكل الذي تحدده هيئة التحكيم الإلكتروني بالوسائل الإلكترونية عبر الإنترنت مالم يتفق طرفا التحكيم الإلكتروني علي غير ذلك، بنص (م ٤٠) تحكيم مصري، و(م ١٨) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢م، و(م ٥٤) من لائحة الوايبو، و(م ٥٤) من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية، و( art. 1476 ) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد معدلاً بالمرسوم رقم ٨٤ لسنة ٢٠١١م. ويجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني حرية المداولة في أي مكان، وفي أي وقت، وبأية طريقة أو وسيلة تراها مناسبة مالم يتفق الأطراف علي شكل محدد تتم به المداولة، ولا يجوز لأطراف الاتفاق علي إصدار حكم التحكيم الإلكتروني دون مداولة، والطريقة الحديثة للمداولة

---

(١) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٤٨، ص ٤٣٠. د.محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص ٢١. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ٧٧. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٥٣٠، ص ٤٢٧. د.أمال الفزايري، المداولة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، بنده ومابعده، ص ١٤ ومابعدها. نقض مدني/٢٠١٠/٢٠١٠م، طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ق.

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx).

-**M. Rondeau-Rivier**; Arbitrage; La sentence arbitrale; Juris- class. Porc.Civ.

Fasc.1042; N. 9.

-**Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman**; Traité de L'arbitrage; N. 1372; P. 762-763.

-**P. Bernardini**; L'arbitrage en Italie apr□s la récente reforme; Rév. arb.1994; P. 494.

التحكيمية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية كالبريد الإلكتروني أو الفيديوكونفرانس تتفق مع طبيعة التحكيم الإلكتروني(١).

وتكون المداولة التحكيمية صحيحة متى تمت بأية طريقة شفوية كانت أو كتابية، سمعية أو بصرية تمكنهم من إجراء حوار بينهم، سواء باجتماع هيئة التحكيم الإلكتروني للمداولة عبر وسائل الاتصال الإلكترونية كالتليفون أو الفاكس أو الدوائر التليفزيونية المغلقة أو بالمراسلة...أو بإرسال كل منهم رأيه مكتوباً برسالة علي موقع القضية التحكيمية (م ٨٣٧ مرافعات إيطالي). والمهم هو إعطاء الفرصة الكافية لكل محكم للتعبير عن رأيه و وجهة نظره والمناقشة والتعليق علي آراء زملائه المحكمين الآخرين في جميع المسائل التي سيتم الفصل فيها خلال مدة معقولة من المداولة، والمساواة في الحرية والتعبير عن وجهة النظر بين جميع المحكمين أثناء المداولة(٢).

ويلزم لصحة المداولة التحكيمية الإلكترونية اشتراك جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني أنفسهم، - فلا يجوز لهم أو لأحدهم إنابة غيره - والذين سمعوا المرافعة في الخصومة التحكيمية الإلكترونية؛ لأن تولى المهمة التحكيمية ذو طابع شخصي بحت، كما أن الحكم سيصدر باسم الهيئة مجتمعة، ولا يجوز الاتفاق بين أطراف التحكيم، ولا بين أعضاء هيئة التحكيم علي إجراء المداولة بين بعضهم دون البعض.

---

(١) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٧٢ ص ٢٩٥؛ حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٤، ص ٥٣. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، ص ٢١٤ وما بعدها. د.خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٣١٧. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٦م، ص ١٢٧.

**Ahmed Mikalalah; La Résolution par l'arbitrage électronique des litiges relatifs à l'internet; thèse Strasbourg III 2004; P. 350.**

-Cass. Civ. 2 □ ; 28 janv. 1981; Gaz. Pal.1981; 2; P.373; Not. **Viatte**.

(٢) د.قنحي والي، قانون التحكيم، بند ١٦٢، ص ٣٠٩. د.أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ١٩٢. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٧٢، ص ٢٩٧. د.أمال أحمد الفزاري، دور قضاء الدولة، ص ٨٩. د.يعقوب يوسف صرخوه، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، الكويت ١٩٩٦م، ص ٢٣٣. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٤/١١/٢٢م، دعوي رقم ٢٦ لسنة ١٢ق.تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٦٣ تجاري، ١٩٩٥/١٢/٢٠م، دعوي رقم ١٩ لسنة ٩٤ق. تحكيم. نقض مدني ٢٠١٢/٥/١٠، طعن رقم ٤٣١٠ لسنة ٨١ ق. نقض مدني ٢٠١٣/٢/١٤م، طعن رقم ١٠١٦٦ لسنة ٧٨ق،

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx).

-Cass. Civ.2 □ ; 28 Jan.1981; Rév.arb.1982; P.425; Not. **Ph. Fouchard**.

فليس لهيئة التحكيم الإلكتروني إذا كانت مشكلة من ثلاثة أن تتعقد في أية جلسة من جلساتها بعضوين فقط أو بعضو واحد، وإلا كانت إجراءات التحكيم الإلكتروني باطلة، ويتعين القضاء ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني(١).

و معنى ذلك أنه ليس بإمكان أغلبية المحكمين القيام بالمداولة وحدهم دون أخذ رأي الأقلية أو في غيابها وإلا كان الحكم باطلاً، فلا تصح المداولة التحكيمية الإلكترونية إلا بين جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني في القضية التحكيمية المنظورة أمامهم (م ٤٠) تحكيم مصري، و(art.1470 N.C.P.C.F.)، و(م ٨٢٣) مرافعات إيطالي...وإذا استقال المحكم قبل إصدار الحكم -سواء أكانت مبررة أم تعسفية بهدف إعاقة المداولة وإبطالها - فهو ممتنع عن أداء مهمته حتي نهايتها، ويجب استبداله بمحكم آخر مالم يتفق الأطراف علي خلاف ذلك، في حين أن المحكم الممتنع عن الاشتراك في المداولة مازال عضواً بهيئة التحكيم وله حق حضور المداولة، وحق التصويت أيضاً(٢).

و يصدر حكم التحكيم الإلكتروني بالإجماع أو بأغلبية الآراء بعد مداولة سرية فيما بينهم مجتمعين، وتتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم الإلكتروني مالم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، ويعتبر الحكم صادراً عن هيئة التحكيم الإلكتروني كوحدة متكاملة، وذلك بنص (م ٤٠) تحكيم مصري، و(art.1469.N.C.P.C.F.)، و(م ٢٦) من قواعد تحكيم محكمة لندن. ويجب إصدار حكم التحكيم الإلكتروني خلال ميعاد التحكيم. ويعتبر صادراً من تاريخ توقيع هيئة التحكيم الإلكتروني عليه. ويعتبر توقيع جميع أعضاء هيئة التحكيم علي حكم التحكيم الإلكتروني دليلاً قاطعاً علي

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند ١١١، ص ٢٥٥. د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٤٩، ص ٤٣١. د.نبيل عمر، التحكيم، ص ١٨٤. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٣، ص ٩٢-٩٣. د.محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩م، ص ١٦-١٨.

-M. Rondeau-Rivier; Arbitrage; La sentence arbitrale; Juris- class. Porc.Civ. Fasc.1042; N. 15.

-Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage; N.1371; P. 761- N. 1374; P. 764.

حصول المداولة واشتراكهم جميعاً فيها(١). وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأن: " النص في المادة ٤٣ / ١ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أنه: " ١- يصدر حكم التحكيم كتابةً، ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية... " يدل على أن حكم التحكيم يصح متى وقعته أغلبية المحكمين، ولا يترتب على عدم ذكر أسباب الامتناع عن التوقيع بطلان الحكم ما لم يثبت المتمسك بالبطلان عدم تحقق الغاية من إثبات سبب الامتناع و هي التحقق من حدوث مداولة قبل إصدار الحكم"(٢).

ومن المبادئ الأساسية صدور الحكم من ذات المحكم الذي كلف بالمهمة، والذي سمع المرافعة، وفي حدود سلطته، فلا يملك أن يشرك غيره معه؛ لأن المهمة التي يقوم بها ذات طابع شخصي بحت، ولا يملك المحكم إشراك غيره في المداولة أو أخذ رأيه وإلا كان حكمه باطلاً، وذلك ينطبق على الخبير الذي يستعين به المحكم؛ إذ لا يحق للمحكم اشتراك الخبير معه في إصدار الحكم. وتتم المداولة باجتماع جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني معاً، أو تجري بأية صيغة أخرى، فقد تتم بالمراسلة، أو الهاتف، أو الفاكس، أو البريد الإلكتروني، أو البريد العادي، أو بأية وسيلة اتصال أخرى ما لم يتفق طرفا التحكيم على استئجار شكل معين للمداولة(٣). ويجب أن تكون مداولات هيئة التحكيم الإلكتروني سرية، وذلك بحظر إصدارها الآراء علناً أثناء المداولة، وعدم إفشاء سرية المداولة، وعدم اشتراك أحد غيرهم بالمداولة (art.1469N.C.P.C.F.)، و(م ٢/٣٠) من قواعد تحكيم محكمة لندن... وذلك حفظاً لهيبة وتعظيم حكم التحكيم الإلكتروني في نفوس الناس، وضمناً لحرية أعضاء هيئة التحكيم في إبداء الرأي والتشاور، ورفعاً للحرج عنهم

(1) د.قحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٤٨، ص ٤٣٠. د.نبيل عمر، التحكم، ص ١٨١. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٠٩. د.محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص ١٨. د.محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين، ص ٨٧. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص ٤٦١ وما بعدها.

(2) نقض مدني ٢/٩ / ٢٠١٠م، طعن رقم ٨٨ لسنة ٧٣ ق.

(3) د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم، ص ٤٤ - ٤٥.  
[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

أمام أطراف النزاع أو ممثليهم حال حضورهم المداولة. ولا يبطل حكم التحكيم الإلكتروني لإفشاء سرية المداولة، فلم يرد نص علي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني بسبب مخالفة سرية المداولة التحكيمية، وإنما تترتب مسؤولية المحكم المدنية عن إفشاء سرية المداولة (١). غير أن بعض الفقهاء ذهبوا إلي القول ببطلان حكم التحكيم لمخالفته شرط سرية المداولة باعتبارها من المبادئ الأساسية للتقاضي المتعلقة بالنظام العام، وأن سرية المداولة ضرورية في التحكيم أكثر منها في القضاء (٢).

وقد يعتمد أحد أعضاء هيئة التحكيم أحياناً عدم المشاركة في المداولة التحكيمية لإبطال الحكم عندما يستشعر صدور الحكم ضد مصلحة الطرف الذي اختاره، وحينئذٍ يجب علي باقي أعضاء هيئة التحكيم إخطار أطراف التحكيم بامتناع هذا المحكم عن استمرار المشاركة في إجراءات التحكيم لتعيين محكم بديل عنه، ويعاد فتح باب المرافعة لسماع المحكم البديل الجديد للمرافعة، مالم يتفق أطراف التحكيم علي استمرار التحكيم رغم غياب المحكم الممتنع عن المشاركة في المداولة (م ١٢، م ٢٦ لائحة تحكيم محكمة لندن). ولا يجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني الاعتماد علي دفاع أو إيضاحات أو مذكرات أو مستندات قدمها أحد الخصوم أثناء المداولة بعد قفل باب المرافعة دون اطلاع الخصم الأخر عليها و إلا كان الحكم باطل لإخلاله بحقوق الدفاع، وإذا رأت هيئة التحكيم أنها منتجة فلها مد أجل النطق بالحكم وفتح باب المرافعة للنظر فيها (٣).

---

(١) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند ١١١، ص ٢٦٢. د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٤٨، ص ٤٢٩. استئناف القاهرة دائرة ٦٣ تجاري، ١٩٩٥/١٢/٢٠، دعوي رقم ١٩ لسنة ٩٤ ق. تحكيم. نقض مني ٢٠١٠/٢/٩ م، طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ ق.

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx).  
(٢) د. أشرف عبد العليم رفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨، ص ٢٦١. د. محمود مختار بريري، التحكيم، بند ١٠٤، ص ١٧٣. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٥٣٥، ص ٤٣١.

- **René David; L'arbitrage; N. 345; P. 436.**

(٣) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٤٩، ص ٤٣١. د. أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٣، ص ٩٢-٩٣. د. الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم، ص ٤٧ ومابعداها. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٥٣٦، ص ٣٦٣.

وقد تضمنت قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ٢٠١٢ م نظاماً لمراجعة مشروع حكم التحكيم الإلكتروني قبل صدوره وإعلانه للأطراف كرقابة وقائية، وذلك بعرض مشروع حكم التحكيم الإلكتروني - كإجراء تمهيدي يسبق تحرير الحكم النهائي - علي المحكمة الدولية للتحكيم بالغرفة برقبته ومراجعته وكشف ما قد يكون به من عيوب إجرائية أو بيانات شكلية لاستكمالها وإصلاحها قبل صدوره بشكل نهائي؛ لوقاية حكم التحكيم الإلكتروني من مخاطر التجهيل الشكلي، وكضمانة لصدوره في نصابه الصحيح قابلاً للتنفيذ خالياً من أي تجهيل أو نقص أو قصور في بياناته وبنائه الشكلي الذي فرضته قواعد الغرفة، ولوقايتيه من خطر البطلان(١)، وذلك بقول (م٣٣) التي نصت علي أنه: "يتعين علي هيئة التحكيم، قبل توقيع أي حكم تحكيم، أن تقدّم مشروعه إلى المحكمة. وللمحكمة أن تدخل تعديلات تتعلق بشكل الحكم ولها أيضاً - دون المساس بما لهيئة التحكيم من حرية الفصل في المنازعة - أن تلفت انتباه الهيئة إلى مسائل تتعلق بالموضوع. ولا يجوز أن يصدر أي حكم تحكيم من هيئة التحكيم حتى تعتمد المحكمة من حيث الشكل". وبذلك يعتبر مشروع حكم التحكيم الإلكتروني ضماناً شكلية لصدوره خالياً من أي تجهيل أو نقص أو قصور أو عيوب إجرائية في بنيانه الشكلي لإصلاحها قبل صدوره، ولحمايته من خطر البطلان، كإجراء تمهيدي يسبق تحرير الحكم النهائي وشرطاً لصحة إصداره، إلا أنه لا يحسم النزاع بين الأطراف، فيجوز تعديله أو الرجوع فيه(٢).

## المبحث الثاني

### تكوين وإصدار حكم التحكيم الإلكتروني

٢١ - تمهيد وتقسيم: تنتهي خصومة التحكيم الإلكتروني انتهاءً طبيعياً بصدور حكم التحكيم الإلكتروني فيها. وحكم التحكيم الإلكتروني هو قضاء مكتوب صادر عن

(١) د.نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، بند٢٥٠، ص ٢٩٧؛ بطلان حكم التحكيم، ط ١، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١١م، بند ٥١، ص ٨٧. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ٢٣٥-٢٤٢. د.مجدي عبدالغني خليف، أوجه الرقابة علي آلية التحكيم الإلكتروني، رسالة دكتوراة - حقوق إسكندرية ٢٠١٦م، بند ١٥٩ ومابعده، ص ٣١٠ ومابعدها.  
(٢) الإشارة السابقة.

هيئة التحكيم الإلكتروني بالقول الفصل في المسائل الإجرائية أو الموضوعية كلها أو بعضها في خصومة التحكيم الإلكتروني المعروضة عليها بعد قفل باب المرافعة و مداولة سرية بين أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني. ومقومات حكم التحكيم الإلكتروني هي: صدوره مكتوباً ومسبباً وحاسماً في خصومة مستكملة لمقوماتها أطرافاً ومحلاً وسبباً، وموقعاً من هيئة تحكيم إلكتروني مختصة بما لها من سلطة تحكيمية ومشكلة تشكيلةً صحيحاً، وعليه يكون لحكم التحكيم الإلكتروني باعتباره عملاً قانونياً مقتضيات أو أركان موضوعية هي: الإرادة للقائم به (إرادة المحكم)، والمحل (المحكوم به)، والسبب، وأركان شكلية هي: وجود خصومة تحكيمية إلكترونية، وورقة حكم تحكيم إلكتروني مكتوبة، وأركان شخصية هي: هيئة تحكيم وخصوم. ويستمد حكم التحكيم الإلكتروني قوته الملزمة التي تجعل الخصوم يتقيدون به من اتفاق التحكيم الإلكتروني، ونص القانون الذي منح إرادة الأطراف حق إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني، واتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشاركة (١).

ونتناول في هذا المبحث قواعد تكوين و إصدار حكم التحكيم الإلكتروني، وذلك من خلال بيان مايلي: وصدوره من هيئة بكامل تشكيلها، وبالغلبية العددية لأراء، والنطق به، وكتابة مسودته، وكتابته، ولغة حكم التحكيم الإلكتروني، وبياناته الشكلية كبيانات الخصوم، وبيانات أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني، وتوقيع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني عليه، وإرفاق صورة من اتفاق التحكيم الإلكتروني بالحكم، وبيان تاريخ ومكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني... والبيانات الموضوعية كملخص لوقائع النزاع، وطلبات الخصوم، وأقوالهم، ومستنداتهم، وبيان أسباب أو تسبب حكم التحكيم الإلكتروني، ومنطوقه...وسرية حكم التحكيم الإلكتروني وعدم نشره وتسليم نسخة من أصل حكم التحكيم الإلكتروني أو صورة موقعة وإيداعه ومرفقاته لدي المحكمة القضائية المختصة، وقواعد إعلان حكم التحكيم الإلكتروني. ويتنوع حكم

---

(1) د. أحمد هندي، التحكيم، بند ٢١، ص ٨٨. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ١٠ وما بعدها. د. حفظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٧م، ص ٢٠. د. عصام فوزي محمد الجنائبي، تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ٢٠١٢م، ص ١٠ وما بعدها.

التحكيم الإلكتروني الذي قد يكون منهيًا للخصومة كلها، ويكون حضورياً لاغيبياً، وقد يكون اتفاقياً، أو تفسيرياً، أو إضافياً، أو قراراً بالتصحيح، وقد يكون حكماً وقتياً أو مستعجلاً، وقد يكون جزئياً أو كلياً، أو تمهيدياً، وقد يكون أمراً وقتياً أو لائئياً، وقد يكون بمصاريف التحكيم.

وبناءً على ذلك نتناول المبحث الثاني ( تكوين و إصدار حكم التحكيم الإلكتروني ) في مطلبين على النحو التالي:  
المطلب الأول: تكوين حكم التحكيم الإلكتروني.  
المطلب الثاني: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني.  
وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.

### المطلب الأول

#### تكوين حكم التحكيم الإلكتروني

٢٠- صدور الحكم من هيئة التحكيم الإلكتروني بكامل تشكيلها، وبالأغلبية العديدة لآراء: يلزم لصحة حكم التحكيم الإلكتروني إشترك جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني بكامل تشكيلها بأنفسهم - فلا يجوز لهم أو لأحدهم إنابة غيره - والذين سمعوا المرافعة في خصومة التحكيم الإلكتروني؛ لأن تولى المهمة التحكيمية ذو طابع شخصي بحت، ولأن الحكم سيصدر باسم الهيئة مجتمعة، وتطبق قاعدة أغلبية الأصوات عند صدور حكم التحكيم الإلكتروني. ولا يجوز صدور حكم التحكيم الإلكتروني من أغلبية أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني في غيبة الأقلية، أو دون أخذ رأيها، وإلا كان الحكم باطلاً. ويجب أن يكون كل محكم عضو في هيئة التحكيم الإلكتروني قادراً على التعبير عن رأيه ومناقشة آراء باقي المحكمين. ولا يشترط صدور الحكم بالإجماع ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. والأصل هو



صدور حكم التحكيم الإلكتروني بالأغلبية، مالم يتفق الخصوم علي صدوره بالإجماع وليس بأغلبية الآراء(١).

وعلي ذلك فالمداولة هي تبادل آراء جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني الذين سمعوا المرافعة في خصومة التحكيم الإلكتروني، أما التصويت فهو موافقة أغلبية أعضاء هيئة التحكيم علي إصدار حكم التحكيم الإلكتروني وهي مرحلة تلي عملية المداولة. ويتم التصويت علي حكم التحكيم الإلكتروني بالإيجاب أو بالنفي، والإمتناع عن التصويت صوت سلبي لا يعتد به في الحسبان في قاعدة الأغلبية، ويتم التصويت بأية طريقة تراها هيئة التحكيم الإلكتروني شفويًا أثناء تقابلهم أو كتابيًا. ويصدر حكم التحكيم الإلكتروني بالإجماع أو بالأغلبية العديدة لآراء أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني (النصف + صوت واحد) عند التصويت مالم يتفق طرفا التحكيم الإلكتروني علي غير ذلك، طبقاً لنص (م ٤٠) تحكيم مصري، و(م ٤٠) من قواعد جمعية التحكيم الامريكية، و(art.1470N.C.P.C.F.)، و(م ١/٣١) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ ف(٢).

وإذا تشعبت الآراء فلا مفر من إعادة التصويت مرة أخرى، ولامجال للقول بانضمام المحكم الأحدث إلي أحد الفريقين؛ لأنه لا أقدمية في التحكيم الإلكتروني. ولايجوز لكل عضو من الهيئة أن يصدر حكماً مستقلاً عن نفسه؛ إذ يعتبر حكماً منعماً لصدوره ممن ليس له سلطة إصداره، وإذا لم تتوصل هيئة التحكيم الإلكتروني إلي الأغلبية المطلوبة لإصدارالحكم، كان عليها إصدار قرار بإنهاء إجراءات التحكيم الإلكتروني لعدم الجدوي من استمرارها (م ٤٨/١-ج تحكيم مصري). وقد يدون رأي الأقلية (الرأي المخالف) في حكم التحكيم الإلكتروني، أو

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند٢٤٩، ص٤٣١. د.نبيل عمر، التحكيم، ص١٨٤. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند٥٥، ص٥٤-٥٥. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص٣٠٩. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص٨٧.

(٢) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند١١١، ص٢٦٤. د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند٢٥٠، ص٤٣٢. د.ياسر عبدالهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٢ف، ص٣٤٦ ومابعدها. د.محمد حسن محمد علي، التحكيم الإلكتروني، ص٤٩٠ ومابعدها. د.محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص١٦. د.محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية، ص٣٨٦. د. محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص٤٦١ ومابعدها.

في ورقة مستقلة، وهو لا يعتبر جزءاً من حكم التحكيم الإلكتروني حتي ولو أرفق به، ولا يؤثر في صحته، ولا في تنفيذه، ولا في أسبابه، ولا في نتيجته النهائية. ونصت بعض التشريعات علي أنه إذا لم تتحقق الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني فيصدر الحكم برأي رئيس الهيئة ويتولي رئيس هيئة التحكيم الفصل في النزاع بمفرده ، مثل نص (م ١/١٨٩) دولي خاص سويسري، و(م ٣٤) تحكيم أسباني، و(م ١/٢٥) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٢٤) من لائحة تحكيم المحكمة القضائية، و(م ٣/٢٦) من قواعد تحكيم محكمة لندن(١).

والمحكم المنقطع عن أداء مهمته والممتنع عن المشاركة في المداولة بحجج وأعدار مختلفة مازال عضواً في تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني، وله الحق في الاشتراك في المداولة والتصويت علي الحكم والتعبير عن وجهة نظره والتعليق علي آراء زملائه المحكمين في جميع المسائل التي سيتم الفصل فيها خلال مدة محدودة ومعقولة من المداولة، فمهمته التحكيمية لا تنتهي تلقائياً بمجرد رفضه المشاركة في المداولة، بل يتم إخطار الأطراف بذلك لإقناع هذا المحكم عن العدول أو إقالته واستبداله بمحكم آخر أو قبول استقالته. ولا يجوز لباقي أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني الاستمرار في إجراءات خصومة التحكيم الإلكتروني قبل استبدال هذا المحكم حتي لو أدي ذلك إلي وقف الإجراءات؛ لأن أطراف التحكيم وافقوا علي تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني من ثلاثة وليس من اثنين مالم يوجد نص أو يتفق الأطراف علي غير ذلك(٢).

**٢٣- كتابة حكم التحكيم الإلكتروني :** توجب أنظمة وقوانين التحكيم المختلفة التزاماً علي عاتق المحكم (هيئة التحكيم الإلكتروني) - سواء أكان معيناً، أو مختاراً من الأطراف، أو من أحدهم، أو من مركز تحكيم، أو من الغير، أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي - باحترام قواعد كتابة حكم التحكيم الإلكتروني مثل نص (م ١٣١) من قانون اليونستيرال، و(م ٤٣) تحكيم

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٤، ص ٩٥ وما بعدها. دياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، ص ٣١٦ وما بعدها.

مصري، و(م٢٦) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي. ويجب على هيئة التحكيم إصدار حكم التحكيم الإلكتروني مكتوباً؛ لأن القانون لا يعرف حكم التحكيم الشفوي، كما يجب توقيعه كتابةً من هيئة التحكيم الإلكتروني إن كانت فرداً أو من المحكمين إن كانوا أكثر من فرد، وفي حالة تعذر التوقيع من هيئة التحكيم الإلكتروني لسبب ما، كغياب أحدهم أو رفضه التوقيع، يجب إصدار حكم التحكيم الإلكتروني بالأغلبية، بشرط توضيح هذا الأمر في حكم التحكيم الإلكتروني وأسباب ذلك. فالكتابة شرط لوجوده لا لإثباته، فصدوره شفافه لا يتحقق به وصف الحكم، وذلك حتى يتسنى إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة، ووضع الصيغة التنفيذية عليه بعد صدور أمر بتنفيذه. ويكتب حكم التحكيم الإلكتروني باللغة التي جري بها التحكيم ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى (م٢٩ تحكيم مصري)، ولا يشترط توقيع الحكم كتابةً في مكان معين أو أن يتم مرة واحدة من جميع المحكمين أو الأغلبية، وباكتمال التوقيع يصبح الحكم جاهز لإصداره وإعلانه، ويعتبر قيده على موقع القضية بالإنترنت وإعلام الخصوم بذلك بمثابة النطق به، أما قبل ذلك فإنه يظل في حوزة هيئة التحكيم الإلكتروني(١).

ولم يشترط قانون التحكيم المصري صدور الحكم في جلسة علنية - ما لم يتفق طرفي التحكيم علي صدوره في جلسة علنية، بل اكتفي بتسليم هيئة التحكيم صورة منه إلي كل طرف من أطراف التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره. ولا يجوز نشر حكم التحكيم الإلكتروني أو أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم (م٤٤ تحكيم مصري). ولا يعتبر نشراً لحكم التحكيم نشر المبادئ القانونية التي تضمنها حكم التحكيم دون أسماء وجنسية وصفة الخصوم. ويعتبر حكم التحكيم قد صدر من تاريخ التوقيع عليه، ولا يؤثر علي صحته عدم

---

(1) د.فتحى والي، قانون التحكيم، بند٢٥٣، ص٤٣٤؛ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند٣٠٣، ص٥٥٣. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند٦، ص٥٦؛ التحكيم، بند٧٤. د.محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم، ٢٠٠٩م، ص١٤٣-١٤٤. د.إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص٤٤٦-٤٤٧. د.محمد مأمون أحمد سليمان، التحكيم، ص٤٧٤. د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية، ص٣٨٦. د.عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات، ص٣٢٣.

النطق به في جلسة علنية. فحكم التحكيم الإلكتروني هو غاية أطراف التحكيم، وهو الورقة المثبتة للحق. ولذلك يجب أن تحتوي على كل المعلومات والبيانات والحيثيات التي بنيت عليها نتيجة الحكم حتى تكون ورقة الحكم منتجة لآثارها القانونية. ويلزم أن تكون ورقة الحكم ممهورة بتوقيع المحكمين، فلا يعرف القانون حكم تحكيم شفوي(١).

ويجب صدور حكم التحكيم الإلكتروني كتابة بأية طريقة إلكترونية، فالكتابة ركن جوهرى من أركان حكم التحكيم الإلكتروني بدونها يصبح منعماً لا كيان له ولا وجود له، فالكتابة شرط لوجوده وليس لإثباته، وبالتالي فإن صدوره بطريقة أخرى غير الكتابة كصدوره بطريقة شفوية أو غيرها من الطرق الأخرى لا يتحقق به وصف الحكم، وذلك بنص (م١/٤٣) تحكيم مصري، و(art.1471N.C.P.C.F.)، و(م١/٥٢) تحكيم إنجليزي، و(م٢/٣٢) من قواعد اليونسترال، و(م٢/٣٢) من قواعد مركز القاهرة، و(م١/٢٦) من قواعد تحكيم محكمة لندن، و(م٤٢) من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية، و(م١٠) من الإجراءات التكميلية لجمعية التحكيم الأمريكية، و(م٢/١٠٥٧) مرافعات هولندي، و(م١٧١٠) قضائي بلجيكي، و(م١/٢٨) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م٥٤-٥٥) من لائحة الوايو، و(م٣/٢٥) من لائحة المحكمة الفضائية.

وعلى ذلك فالكتابة ليست شرطاً لإثباته، بل هي ركن أساسي لوجود حكم التحكيم الإلكتروني وتوثيقه، ولتكون الكتابة شاهدة على وجوده واستقراره وعدم نسيانه، وتمكن من الاطلاع عليه، وتنفيذه، والرقابة عليه، فلا يجوز أن يكون شفهيًا؛ لأن صدوره كذلك لا يتحقق به وصف الحكم، كما أن الشفوية تؤدي إلي نسيانه بمرور الزمن. والمشرع المصري لا يعرف فكرة حكم التحكيم الإلكتروني الشفوي، وإذا صدر حكم التحكيم الإلكتروني شفهيًا، فإنه يكون معدوماً. وتشهد الكتابة بأية طريقة على وجود حكم التحكيم الإلكتروني، وحتى يمكن إيداعه بذاته قلم كتاب

(١) نقص مدني١٦/٧/١٩٩٠م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٢٧ق، مج، س٤١، ج٢، ق٢٤٥، ص٤٣٤. نقص مدني ١٧٣٦ لسنة ٥١ق، مج، س٣٦، ج٢، ق١٣٦، ص٦٥٣. نقص مدني٢٤/٢/١٩٧٣م، طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٧ق، مج، س٢٤، ج١، ق٥٦، ص٣٢١.

المحكمة القضائية المختصة للتأكد من صحته قبل صدور الأمر بتنفيذه، والقيام بإجراءات التنفيذ الجبري. ويجب أخذ احتياطات الأمن والأمان اللازمة للحفاظ علي الوثيقة الإلكترونية محل حكم التحكيم الإلكتروني وتأمينها من محاولات العبث والقرصنة والتزوير والتحريف عبر الإنترنت ببرامج حماية وتوثيقه وحفظه لدي جهات التصديق الإلكتروني(١).

ويتم تحديد اللغة التي يحرر بها حكم التحكيم الإلكتروني باتفاق أطراف التحكيم الإلكتروني أو عن طريق هيئة التحكيم الإلكتروني أو عن طريق قواعد مراكز ومؤسسات التحكيم الإلكتروني. ويجرى كتابة حكم التحكيم الإلكتروني باللغة العربية كلغة رسمية تم استعمالها أثناء سير خصومة التحكيم الإلكتروني ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى، ويسرى حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة والمرافعات الشفهية، وكذلك على كل قرار تتخذه هيئة التحكيم الإلكتروني، أو رسالة توجهها، أو حكم تصدره مالم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم الإلكتروني على غير ذلك. ويجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني أن تقرر أن يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى ترجمة إلى اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم الإلكتروني، وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها، وذلك بنص (م٢٩) تحكيم مصري، و(م١٠٥٧/٢) مرافعات هولندي، و(م١٧١٠) قضائي بلجيكي، و(م١٧) تحكيم

---

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، ص ٤٣٤. د.نبيل عمر، التحكيم، ص ١٩٧. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٦، ص ١٠٤. د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص ٤٩-٥٠. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ١٠٤. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص ٤٦٩. د.محمد حسن محمد علي، التحكيم، ص ٤٩٧ ومابعدها. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٣١٦. د.عادل أبو هشيمة، عقود خدمات، ص ٣٢٤.

-M. Rondeau-Rivier; Arbitrage; La sentence arbitrale; Juris- class. Porc.Civ. Fasc.1042; N. 18.

- Matthieu de Boissésou; le droit français de l'arbitrage interne et international;1990;N. 378; P. 322.

سويدي، و(م ٢٠) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ ف،  
و(م ٢٣) من قواعد تحكيم محكمة لندن(١)

٢٤- **بيانات حكم التحكيم الإلكتروني:** يجب على المحكم (هيئة التحكيم الإلكتروني) - سواء أكان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي- تضمين حكم التحكيم الإلكتروني البيانات التالية: أسماء أطراف التحكيم وعناوينهم، وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، وصورة من اتفاق التحكيم، وملخص لطلبات أطراف التحكيم وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوق الحكم، وتاريخ ومكان إصداره، وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً، واسم المحامي أو الشخص الذي مثل كل طرف أو مساعده... ولم يشترط قانون التحكيم المصري- وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية - صدور حكم التحكيم باسم الشعب، ولم يوجب قانون التحكيم كتابة مسودة من حكم التحكيم الإلكتروني؛ لأنه لم يشترط النطق بحكم التحكيم الإلكتروني في جلسة علنية، ويبطل حكم التحكيم الإلكتروني إذا كتبت مسودة للحكم ولم تكتب نسخته الأصلية؛ لأن العبرة بنسخة الحكم الأصلية دون المسودة، كما يكون الادعاء بتزوير مسودة الحكم غير منتج لعدم ضرورتها، فهي مجرد ورقة لتحضير الحكم(٢).

فتوجب قوانين و أنظمة التحكيم ذكر تلك البيانات الكثيرة التي تتشابه في معناها و تختلف في صياغتها، وتتوسع و تضيق من قانون إلى آخر، فالمهم هو التزام

---

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، ص ٣١٦. د.نبيل عمر، التحكيم، ص ١٨٠. د.محمد نور عبدالهادي شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ١٠٤. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٣١٧. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص ٤٨٤.

-M. Rondeau-Rivier; Arbitrage; La sentence arbitrale; Juris- class. Porc.Civ. Fasc.1042; N. 18.

-Matthieu de Boissésou; le droit français de l'arbitrage intern et international;1990;N. 378; P. 322.

-Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage; P. 773.

(2) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٥٢، ص ٤٣٣، ٤٣٤. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٦، ص ١٠٤ أو مابعدھا. نقض مدني ١/٢٣ / ١٩٩٠م، طعن رقم ٢٥٦٨ لسنة ٢٥ ق، مج، ص ٤١، ج ١، ق ٤٤٤، ص ٢٢١. نقض مدني ١٢/٤ / ١٩٨٨م، طعن رقم ٦٤٠ لسنة ٥٤ ق، مج، ص ٣٩، ج ٢، ق ٥٢، ص ٢٤٢.

المحكم بضوابط بيانات حكم التحكيم الإلكتروني الواردة في القانون الواجب التطبيق علي التحكيم الإلكتروني، والبيانات المتعلقة بالنظام العام، مثل نص (م ٤٣/٣) تحكيم مصري، و(م ٣/٣١) من قانون اليونستيرال، و(art.1472 N.C.P.C.F.) (١). وترجع أهمية تحديد مكان إصدار حكم التحكيم الإلكتروني إلى ارتباطه بقواعد تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، كما أن أهمية تحديد تاريخ إصدار حكم التحكيم الإلكتروني ضرورية للتأكيد من أنه صدر في خلال مهلة التحكيم، ويجب ذكر أسباب حكم التحكيم الإلكتروني بالقدر اللازم لحمل قضاء الحكم ما لم يتفق طرفا التحكيم الإلكتروني على غير ذلك، علي أن تكون كافية و متعلقة بموضوع الدعوى و غير متناقضة(٢).

ويجب أن تراعي الأوضاع والشكليات التي نص عليها القانون في تحرير حكم التحكيم الإلكتروني باعتباره ورقة شكلية، ويجب أن تتضمن البيانات التي أوجب القانون ذكرها في نسخة الحكم، وترتيب بيانات حكم التحكيم الإلكتروني غير ضروري، فلا يشترط أن تأتي البيانات بترتيب معين، ولكن المهم وجودها في الحكم. ويشترط لصحة حكم التحكيم الإلكتروني أن يكون حاسماً في قطع دابر النزاع، ومطبّقاً للقانون الإجرائي والموضوعي المتفق عليه من الأطراف، ومكتوباً، وموقعاً عليه من الهيئة التي أصدرته، ومسبباً، ومتضمناً البيانات اللازمة له، ولذلك يجب أن يشتمل حكم التحكيم الإلكتروني علي عدة بيانات هي: أسماء الخصوم وعناوينهم، وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، وصورة من اتفاق التحكيم الإلكتروني، وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوق الحكم الإلكتروني، وتاريخ ومكان صدوره، وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً... (٣).

(1) د.نبيل عمر، التحكيم، بند ١٤٩، ص ١٧٢، بند ١٥٦، ص ١٨٢. نقض مدني ١٣/٤/٢٠١٠م، طعن رقم ١٠٤١ لسنة ٧٤ق،

(2) د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ٢٠٨، ٢١٠. نقض مدني ١١/٧/١٩٨٨م، طعن رقم ٥٥٣٩ لسنة ٦٦ق، مجلة القضاة، س ٣٠، ع ١٤، ٢، ١٩٩٨م، ق ٩٢، ص ٣١٣. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، جلسة ١٩٩٩/٧/٢٠م، استئناف رقم ٧ لسنة ١١٦ ق. تحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ٤٤، أغسطس ٢٠٠١م، بند ٢/ج، ص ٢٠٩.

(٣) د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص ٥٣.

وتعتبر تلك البيانات هي أساسيات كيان حكم التحكيم الإلكتروني بنص (م ٤٣/٣) تحكيم مصري، و(م ٥٢-٥٤) تحكيم إنجليزي، و(art.1471 N.C.P.C.F.)، و(م ٥٥) من لائحة الوايبو، و(م ٣١) من القانون النموذجي، و(م ٣٤) من قواعد اليونيسترال، و(م ٢٦) من قواعد تحكيم محكمة لندن... ولا يجوز دحض حججة بيانات حكم التحكيم الإلكتروني إلا بالطعن عليها بالتزوير، باعتباره ورقة رسمية، وإذا ثبت صحة الادعاء بالتزوير أبطل الحكم وسقطت حججته، وتنقسم بيانات حكم التحكيم الإلكتروني إلي بيانات شكلية، وأخرى موضوعية(١).

**٢٥- أولاً : البيانات الشكلية في حكم التحكيم الإلكتروني:** وهي البيانات الخاصة بالخصوم، وهيئة التحكيم، وإرفاق صورة من اتفاق التحكيم الإلكتروني، وتاريخ ومكان صدور... .

(أ) - **بيانات الخصوم:** يجب أن يشتمل حكم التحكيم الإلكتروني علي بيانات طالب التحكيم كاسمه ولقبه، ومهنته أو وظيفته، وموطنه، واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه. واسم المحاكم ضده، ولقبه، ومهنته، أو وظيفته، وموطنه، واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه. وكذلك بيانات الخصم المدخل، أو المتدخل في خصومة التحكيم. ويمكن استكمال تلك البيانات من اتفاق ووثيقة التحكيم الإلكتروني المرفقة بحكم التحكيم الإلكتروني. وذلك بهدف التعرف علي أطراف التحكيم، ونفي الجهالة عن أطرافه، والتأكد من صحة صدور حكم التحكيم الإلكتروني بين أطرافه. ولا يؤدي إغفال إحدي هذه البيانات إلي بطلان الحكم، مادام لم يؤدي إلي التشكيك في تحديد الشخص. ويكفي ذكر تلك البيانات في أي مكان بحكم التحكيم الإلكتروني(٢).

---

(١) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بندا ١١٦، ١١٤، ص ٢٧٥، ٢٨١، د.قحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٥٨، ص ٤٥١. دنيل عمر، التحكيم، بند ١٦٤ مكرر، ص ١٩٣. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٧٤، ص ٣٠١ وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص ٤٩. استئناف القاهرة، دائرة ٧ تجاري جلسة ٢٠٠٦/٩/٥م، دعوي رقم ٢٨ لسنة ١٢٣ق.تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٧م، دعوي رقم ٧٠ لسنة ١١٩ق. تحكيم.

(٢) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٦، ص ١٠٤ وما بعدها. د.محمود الشرفاوي، التحكيم، بند ٣٢٦، ص ٤٤٠. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ١٠٦. د.أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم، ص ٢٦٥.



(ب) - بيانات أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني وتوقيعهم: يقع علي عاتق جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني - سواء أكانوا واحداً أو أكثر من واحد بعدد وتري - التزاماً بأن يشتمل حكم التحكيم الإلكتروني علي أسماء المحكمين ولقبهم، ومهنتهم أو وظيفتهم، وموطنهم، وعناوينهم، وجنسياتهم، وصفاتهم كمحكم عن أحد الخصوم أو رئيساً لهيئة التحكيم الإلكتروني... وإلا كان باطلاً ( art.1472 et 1480 N.C.P.C.F. )، و(م ٣/٥٢ تحكيم إنجليزي)، وذلك للتعرف علي أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني، والتأكد من صحة تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني التي تم اختيارها للقيام بالمهمة التحكيمية الإلكترونية، وأنها هي نفسها التي أصدرت حكم التحكيم الإلكتروني، وأنه لا يوجد لدي أي منهم مانع يحول دون اشتراكه في هيئة التحكيم الإلكتروني، وإذا كان أحد المحكمين قد سمع المرافعة ثم تم عزله وتم تعيين محكم بديل فلا يلزم ذكر المحكم المعزول بل يلزم ذكر المحكم البديل الذي سمع المرافعة واشترك في المداولة (١).

(ج) - توقيع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني علي حكم التحكيم الإلكتروني: يقع علي عاتق جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني - سواء أكانوا واحداً أو أكثر من واحد بعدد وتري - التزاماً بالتوقيع علي حكم التحكيم الإلكتروني الصادر منهم كاملاً علي جميع صفحاته التي تحتوي علي منطوقه وأسبابه وإلا كان الحكم باطلاً؛ لأن الحكم نتيجة عملهم جميعاً، وهذا التوقيع يفيد نسبة حكم التحكيم الإلكتروني إلي هيئة التحكيم الإلكتروني التي أصدرته ( م ٥٤ من لائحة منظمة الوايو، و م ٣/٢٥ من لائحة المحكمة القضائية)، كما يفيد أيضاً إشتراكهم في المداولة علي الوجه الصحيح المطلوب قانوناً. ولا يغني عن توقيع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني علي حكم التحكيم الإلكتروني وضع خاتم أو شعار مركز التحكيم

---

(١) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣١٢. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ١٠٨.

-M. Rondeau-Rivier; Arbitrage; La sentence arbitrale; Juris- class. Porc.Civ. Fasc.1042; N. 22.

-Matthieu de Boissésou; le droit français; N. 381; P. 324.

علي الحكم، كما لا يغني عنه توقيع مدير أو رئيس مركز التحكيم المؤسسي الذي تم التحكيم تحت رعايته وطبقاً لقواعده (١).

وقد أوجبت بعض التشريعات ضرورة توقيع جميع أعضاء هيئة التحكيم علي حكم التحكيم الإلكتروني و إلا كان باطلاً. وتطلب بعضها توقيع رئيس هيئة التحكيم الإلكتروني علي الحكم لصحته، في حين أكتف البعض الآخر بتوقيع أغلبية أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني علي الحكم بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية في حكم التحكيم الإلكتروني للتدليل علي انعقاد وإتمام المداولة قانوناً، ويكون لهذا الحكم نفس الآثار كما لو أنه وقع من كافة المحكمين، وذلك بهدف التأكد من اشتراك جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني في المداولة قبل إصدار الحكم، وأنها قد تتضمن ما يؤيد ويساند طلب بطلان الحكم، وتجعل الأغلبية تأخذ الحذر والحيطه والحرص في الرد علي أسباب رفض توقيع الأقلية، مما يضمن سلامة الحكم، ويقال احتمال بطلانه، مثل نص (م٤٣/تحكيم مصري)، و (art.1473 N.C.P.C.F.)، و (م٢٧) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، و (م١/٢٦) من قواعد تحكيم محكمة لندن، و (م٣٤) من قانون اليونيسترال، و (م٢٥) من لائحة تحكيم المحكمة القضائية، و (م٤٢) من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية، و (م١٠) من قواعد التحكيم الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية، و (م٥٥) من قواعد الوايبو ... ولم يوجب القانون علي هيئة التحكيم الإلكتروني تعيين أمين سر لها في جلسات التحكيم

---

(١) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند١١٢، ص٢٥٩. دقحي والي، قانون التحكيم، بند٢٥٤، ص٤٤٣. د.أحمد هندي، التحكيم، بند٢٨، ص١١٥ وما بعده. د.أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص٢٠٥. د.محمود مختار بربري، التحكيم، بند١١٢، ص١٨٧. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص١٠١. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص٣١٦. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند٥٦٥، ص٤٤٦. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص٤٧٧. د.محمد حسن محمد علي، التحكيم، ص٥٠٣ وما بعدها. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٩/٦/٢٠٠٣، دعوي رقم ٤٧ لسنة ١١٩ ق.تحكيم. نقض تجاري ٢/ ٩/٢٠١٠، طعن رقم ٨٨ لسنة ٧٣ ق.؛ نقض مدني ٤١٣/٢/٢٠١٣، طعن رقم ١٠١٦٦ لسنة ٧٨ ق.

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)  
-Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage; N.1409; P. 784.

-M. Rondeau-Rivier; Arbitrage; La sentence arbitrale; Juris- class. Porc.Civ. Fasc.1042; N. 25.

-Paris, 5 juill.1990; Rév. Arb.1991; P. 359.

الإلكتروني، ولكن عندما تعين هيئة التحكيم الإلكتروني أمين سر لها فلا يشترط توقيعه علي الحكم لصحته؛ لأنه ليس عضواً فيه (١).

(د) - صورة من اتفاق التحكيم الإلكتروني: اتفاق التحكيم الإلكتروني شرطاً كان أو مشاركة هو دستور عملية التحكيم الإلكتروني، ففيه يتحدد شخصيات أطراف التحكيم الإلكتروني، ونوعه، وميعاده، والقانون الإجرائي والموضوعي الواجب التطبيق عليه، وللتحقق من صدور حكم التحكيم الإلكتروني في حدود سلطات هيئة التحكيم الإلكتروني المستمدة من اتفاق التحكيم الإلكتروني، ولسهولة الرقابة علي الحكم. ولا يعني عنها إيداع أصل اتفاق التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة مع الحكم؛ لأن الإيداع إجراء لاحق وتالٍ لصدور حكم التحكيم الإلكتروني. وتعد صورة اتفاق التحكيم الإلكتروني مفترضاً ضرورياً لوجود حكم التحكيم الإلكتروني، وبيان جوهره قد يؤدي عدم وجوده إلي بطلان الحكم. ويكفي أن تشتمل ورقة حكم التحكيم الإلكتروني علي البيانات الجوهرية لاتفاق التحكيم الإلكتروني - شرطاً كان أو مشاركة - بما يحقق الغاية من وجوب اشتغال حكم التحكيم الإلكتروني علي صورة مناتفاق التحكيم، أو أن يرفق اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشاركة بورقة حكم التحكيم الإلكتروني مع الإشارة في حكم التحكيم الإلكتروني إلي هذا الإرفاق (٢).

(هـ) - تاريخ ومكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني: يجب أن يشتمل حكم التحكيم الإلكتروني علي تاريخ صدوره، وذلك بنص (art.1472.N.C.P.C.F.)، و(م ٤٣/٣) تحكيم مصري، و(م ٥٢/٣) تحكيم إنجليزي، و(م ٣١/٣) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ ف، و(م ٢٥/٣) من لائحة تحكيم المحكمة القضائية... وذلك بهدف تحديد الوقت الذي تسري منه حجية الأمر المقضي لحكم التحكيم الإلكتروني، والتأكد من صدوره خلال مهلة أو ميعاد التحكيم الإلكتروني،

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٥٤، ص ٤٣٦. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٥٥٣، ص ٤٤٠. د.خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط ١، دار الشروق بالقاهرة ٢٠٠٢م، ص ٢٤١-٢٤٢. نقض مدني ١٩٩٥/٣/٢٧م، طعن رقم ٩٣٢ لسنة ٥٨ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ١٠٧، ص ٥٣٧. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٦/٢٩، دعوي رقم ٦٩ لسنة ١١٩ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٧ تجاري، ٢٠٠٢/٩/٢٥، دعوي رقم ٧٣ لسنة ١١٩ق. تحكيم.

ومنه يبدأ حساب ميعاد الطعن بالبطلان أو ميعاد تصحيح ما وقع به من أخطاء مادية بحتة كتابية كانت أو حسابية (م ٥٠ تحكيم مصري)، والتأكد من أن جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني ظلوا صالحين لتولي المهمة التحكيمية حتي هذا التاريخ، ولايجوز إثبات أن حكم التحكيم الإلكتروني صدر في غير تاريخ صدوره إلا عن طريق الادعاء بالتزوير باعتباره محرراً رسمياً(١).

والسائد في تشريعات التحكيم المقارنه أن يتم تحديد مهلة التحكيم باتفاق أطرافه سواء أكان ذلك في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق عليه أو في الاتفاق علي تطبيق لائحة تحكيم مؤسسة أو مركز تحكيم معين أو بتطبيق قانون معين يحدد ميعاد مدة التحكيم بطريقة معينة، ويبدأ سريانه من التاريخ الذي يحدده طرفي التحكيم أو من تاريخ بدء إجراءات التحكيم... وينقطع هذا الميعاد نتيجة لانقطاع خصومة التحكيم أو انتظاراً للفصل في مسألة أولية، ويمكن مد ميعاد مدة التحكيم المحدد اتفاقاً أو قانوناً باتفاق طرفيه صراحة أو ضمناً بالحضور والكلام في الموضوع بعد انقضاء الميعاد(م٤٥/١ تحكيم مصري، art.1456 N.C.P.C.F.) (٢).

وفي تشريعات التحكيم المقارنة والفقهاء المقارن يتحدد معيار تاريخ صدور حكم التحكيم الإلكتروني؛ إما بتاريخ موافقة أغلبية أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني علي حكم التحكيم، أو بتاريخ توقيع آخر عضو هيئة تحكيم علي نسخة حكم التحكيم الإلكتروني الأصلية، أو بتاريخ كتابة حكم التحكيم، أو بالتاريخ المدون بصلب حكم التحكيم، أو بتاريخ إيداعه علي موقع القضية علي الإنترنت. ولا يبطل حكم التحكيم الإلكتروني إذا لم يذكر فيه تاريخ صدوره مادام هناك تاريخ ثابت يقطع بصدوره خلال مهلة التحكيم الإلكتروني(٣). بينما ذهب رأي آخر إلي بطلان حكم التحكيم

(١) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند١١٢، ص٢٦٩. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص٣١٢. د.يعقوب يوسف صرخوه، أحكام المحكمين وتنفيذها، ص٧٠. د.نبيل عمر، التحكيم، ص١٩٢. د. الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص ٦٤-٦٥. د.محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ط١٩٩٩، ص٥٥.

(٢) الإشارة السابقة.

(٣) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، ص٢٦٩.

الإلكتروني لعدم ذكر تاريخ صدوره باعتباره من البيانات الخاصة بمقومات صحته(١).

كما يجب أن يشتمل حكم التحكيم الإلكتروني علي بيان مكان صدوره، ويتحدد مكان صدوره باتفاق أطرافه، فإن لم يوجد اتفاق على ذلك يترك الأمر لهيئة التحكيم الإلكتروني، ويكون عليها بيان مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني في الحكم الصادر عنها، ويعتبر حكم التحكيم قد صدر في مكان التحكيم بنص (م١/١٣)، (١/٢٥) من لائحة المحكمة القضائية، و(art.1472 N.C.P.C.F.)، و(م١٠) من قواعد الإجراءات التكميلية للتحكيم الإلكتروني بجمعية التحكيم الامريكية، و(م٣/٣١) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة٢٠١٢ف. وذلك بهدف بيان ما إذا كان التحكيم سيخضع لأحكام القانون المصري أم لا، وتوضيح ما إذا كان حكم التحكيم الإلكتروني وطنياً أم أجنبياً، وبيان القانون الواجب التطبيق علي الإجراءات (م٢٢) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس. ويبطل حكم التحكيم الإلكتروني إذا لم يذكر فيه مكان صدوره (art.1480N.C.P.C.F.). ويتحدد مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني ( كمكان افتراضي، وليس كمكان مادي ) من هيئة التحكيم الإلكتروني مالم يكن الأطراف قد اتفقوا عليه من قبل صراحة أو ضمناً؛ وذلك لأن التحكيم الإلكتروني يتم عبر الإنترنت الذي لا يعترف بالحدود الجغرافية، وهيئة التحكيم الإلكتروني لا تجتمع في دولة معينة بل تجتمع عبر شبكة الإنترنت(٢).

---

-Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage; N.1410; P. 785.

-Paris, 9 Fev. 1995; Rév. Arb.1996; P. 137; obs. J. Pellerin.

-Cass. civ.2 □ ; 12 mars 1985; Gaz. Pal. 1987; somm.; P. 43; obs. Guinchard et Moussa.

-Cass. civ.2 □ ; 27 oct. 1982; Rév. Arb. 1983; P. 510; Not. Bernard.

(١) د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص٣٤٥-٣٤٦. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص١١٣.

(٢) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص٣١٠. د.محمد نور شحاته، الرقابة القضائية، ص١١١.

-Jérôme Huet; Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international; Gaz. Pal. 2000; P. 108 ets.

بمعنى أن تحديد مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني هو فكرة افتراضية قانونية خيالية بحتة (حيلة قانونية) لترتيب نتائج وآثار قانونية معينة، وليس مجرد فكرة مادية تقوم على مكان مادي محدد، ويترك أمر تحديده لإرادة الأطراف صراحة أو ضمناً. ويصدر حكم التحكيم الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت التي تجتاح الحدود الجغرافية للدول، وبيان مكان صدور حكم التحكيم هو أحد البيانات الضرورية التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم. هذا وقد اختلفت التشريعات في اعتناق معيار أو ضابط محدد لتحديد مكان صدور حكم التحكيم؛ فهو إما بمكان توقيع جميع المحكمين أو أغلبهم علي حكم التحكيم، أو بمكان إجراء التحكيم أو مقر التحكيم، أو بمكان كتابة حكم التحكيم، أو بمكان المداولة التحكيمية...وإذا ذكر المكان بحكم التحكيم الإلكتروني فلا يجوز إثبات عكسه إلا بالطعن بالتزوير؛ لأن حكم التحكيم الإلكتروني يعتبر ورقة رسمية كحكم القضاء(١).

## ٢٦ - ثانياً : البيانات الموضوعية في حكم التحكيم الإلكتروني :

(أ) - ملخص لوقائع النزاع وطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم : يجب أن يشتمل حكم التحكيم الإلكتروني علي ملخص لوقائع النزاع في خصومة التحكيم الإلكتروني التي ثارت بشأنها الادعاءات، وطلبات جميع الخصوم طالب التحكيم، والمحتكم ضده، والمُدخل، والمتدخل، وأقوالهم، ومستنداتهم، ودفوعهم، ودفاعهم، وأدلة الإثبات والنفي...وإلا كان باطلاً باعتباره قصوراً في أسباب الحكم الواقعية ( م ١/٥٣ - وتحكيم مصري، art.1471 N.C.P.C.F.)، وذلك حتي يكون الحكم دالاً بذاته علي استكمال شروط صحته، بهدف بيان حدود النطاق الموضوعي لخصومة

---

(١) دبسامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٦، ص ٢٠٩-٢١٣. د.عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية، ص ٣١٥. دببيل محمد أحمد صبيح، وسائل تسوية منازعات التجارة الدولية إلكترونياً، كتاب الأهرام الاقتصادي، ع ٢٠٢، القاهرة أول أكتوبر ٢٠٠٤، ص ٥١-٥٤. د.أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي، ص ١١١. د.عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٠٤٧ وما بعدها.

-**Gabrielle Kaufmann-Koheler**; Le Lieu de l'arbitrage à l'une de La mondialisation; Rév. arb.1998; P. 518.

-Paris, 28 oct.1997, Rév. arb. 1998, P. 399.

-Paris, 22 Sept. 1995, Rév. arb. 1996, P. 101.

التحكيم الإلكتروني الصادر فيها الحكم، والتأكد من أن هيئة التحكيم الإلكتروني قد التزمت بحدود النزاع، وللتأكد أيضاً من أن هيئة التحكيم الإلكتروني قامت بفحص ودراسة الطلبات والدفع والمستندات في حدود سلطاتها، وأن هيئة التحكيم الإلكتروني قامت بالفصل في جميع طلبات الخصوم، خلال ميعاد التحكيم المحدد من قبل الأطراف أو هيئة التحكيم... (١).

(ب) - أسباب حكم التحكيم الإلكتروني : توجب تشريعات وقوانين التحكيم التزاماً على عاتق المحكم (هيئة التحكيم الإلكتروني) - سواء أكان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي - باحترام قواعد تسببب حكم التحكيم الإلكتروني، وذكر الأسباب التي بني عليها الحكم في صك الحكم؛ وذلك لأن التسببب ضماناً لصحته واحترام حقوق الدفاع، والرقابة علي عمل المحكم، ويجب على المحكم احترام قواعد تسببب حكم التحكيم الإلكتروني باعتباره واجباً قانونياً على المحكم للتروي والتفكير في الحكم قبل إصداره والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع الخصوم وكافة المستندات والمذكرات، كما أن التسببب ضماناً تمكن محكمة الطعن من الرقابة علي الحكم. فالتسببب هو التزام هيئة التحكيم الإلكتروني ببيان الأسانيد الواقعية الصحيحة والحجج القانونية السليمة والدفاع الجوهرية وطلبات الخصوم التي كونت منها عقيدتها وبررت بها وجهة نظرها وبنّت عليها حكمها؛ للتأكد من أنها فحصت جميع الوقائع والادعاءات والحجج والمبررات والمستندات والأوراق والأدلة والطلبات والدفاع والدفع التي تقدم بها

---

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٥٤، ص ٤٤٠. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٦، ص ١٠٨-١٠٩. د.محمد نور شحاته، الرقابة القضائية علي أعمال المحكمين، ص ١١٠. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣١٤. د.حسني المصري، التحكيم، ص ٤٥٧. د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص ٥٩-٦٠. د.منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٠م، ص ٣٦٢.

الخصوم...ويرجع أساس تطبيقه إلي إرادة الأطراف، والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم(١).

وتشترط بعض التشريعات ذكر أسباب حكم التحكيم الإلكتروني حتي يقتنع كل من يقرأ حكم التحكيم الإلكتروني بعدالته وسلامته بدرجة أقل من تسبب أحكام القضاء، بحيث لا يترتب على عدم تسبب حكم التحكيم الإلكتروني ببطلانه مثل نص (م٢/٤٣) تحكيم مصري، و(م٤/٥٢،١٤) تحكيم إنجليزي، و(م٣٣) تحكيم سويسري، و(م٢/٢٧٠) مرافعات عراقي، و(م٧٦٠) مرافعات ليبي، و(م٤٢) تحكيم سعودي، و(م٤١/ب) تحكيم أردني، و(م٣١) تحكيم بحريني، و(م٥٧) تحكيم موريتاني، و(م٣٠) تحكيم تونسي، و(م٢/٣١) من القانون النموذجي، و(م٢/٣٢) من اليونستيرال(٢).

بينما البعض الآخر من التشريعات اعتنق فكرة بطلان حكم التحكيم الإلكتروني لعدم تسببه، فيبطل حكم التحكيم الإلكتروني إذا لم يُسبب بحيثيات واضحة متكاملة لأنه يحوز الحجية وملزم للخصوم كحكم القضاء، مثل نص (م١٨٣) مرافعات كويتي، و(م٣٠) تحكيم تونسي، و(م٢/٣١) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ٢٠١٢م، و(art.1461.et.1480.N.C.P.C.F.)، و(art. et 1704/2-i, j)، و(1701/6) من القانون القضائي البلجيكي، و(م٨٢٣) مرافعات إيطالي، ويجب أن تتضمن ورقة حكم التحكيم الإلكتروني الأدلة الواقعية والقانونية التي أسس عليها

(1) د.محمد حامد فهمي، تسبب الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، ١٩٣٥م، ص٥٩٣ وما بعدها. د.عزمي عبدالفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاء، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٣م، ص١٥. د.عبد الوهاب الباهي، خواطر حول تسبب أو تعليل القرارات التحكيمية، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، ٢٠٠٠م، ص١٣٢ وما بعدها. د. محمد نور شحاته، الرقابة القضائية، ص٨٧ وما بعدها. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص٣٢٤. د.عادل علي محمد النجار، البطلان المؤثر، ص٥٢ وما بعدها. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ٢٤/٣/٢٠١٠م، دعوي رقم ٣٧ لسنة ١٢٥.ق. تحكيم، غير منشور. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ٢٣/٦/٢٠١٠م، دعوي رقم ٤٨ لسنة ١٢٥.ق. تحكيم، غير منشور. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ١٧/٥/٢٠١٠م، دعوي رقم ٥٨ لسنة ١٢٦.ق. تحكيم، غير منشور. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٣٠/٥/٢٠٠٦م، دعوي رقم ٣٣ لسنة ١٢١.ق. تحكيم، مجلة التحكيم العربي، يونيو ٢٠٠٨م، ع ١١، ص ١٢٣.

(2) د.أحمد هندي، التحكيم، بند٢٧، ص ١١١ وما بعدها. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ٢٠٥. د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٧٤-١٧٥. د.برهان أمر الله، حكم التحكيم، مجلة التحكيم العربي، سبتمبر ٢٠٠٧، ع ١٠، ص ١٥٠. د.عبد الوهاب الباهي، خواطر حول تسبب أو تعليل القرارات التحكيمية، ص ١٤٠. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ٢٤/٣/٢٠١٠م، دعوي رقم ٣٧ لسنة ١٢٥.ق. تحكيم، غير منشور.



المحكم حكمه وإلا كان باطلاً؛ لأن أسباب حكم التحكيم الإلكتروني تشكل رقابة ذاتية علي المحكم في التحكيم الإلكتروني تدفعه إلي الحرص والتروي قبل إصداره. و تذكر الأسباب في العادة قبل منطوق الحكم مسبوقه بعبارة (حيث أن...) أو (بناءً على...) أو (بما أن...)(١).

ويهدف التسبب إلى ضمان تحقيق العدالة، واحترام المحكم لحقوق الدفاع، والتزامه بالقواعد الموضوعية والإجرائية، ومدى تمسكه بقواعد الإثبات، ويسهم في تكوين واضح للسوابق التحكيمية التي تعد مصدراً من المصادر القانونية التي يستعين بها المحكم في حكمه، ويعتبر ضماناً لأطراف التحكيم ضد تحيز المحكم الذي يجد نفسه مجبراً على بذل العناية اللازمة في دراسة واستيعاب وقائع النزاع، وفحص وتمحيص ادعاءات أطراف التحكيم، ووزن الأدلة والمستندات كونت منها هيئة التحكيم الإلكتروني عقيدتها، وبث الثقة والطمأنينة في نفوس أطراف التحكيم، كما يهيئ التسبب للخصوم فرصة لتقييم حكم التحكيم، فإما أن يقبلوه عن اقتناع بعدالته وينفذوه تنفيذاً اختيارياً دون حاجة إلي ولوج طريق إجراءات التنفيذ الجبري، وإما أن يستعملوا حقهم في الطعن عليه أمام المحكمة المختصة كالطعن ببطلانه، كما يسمح التسبب بالتحقق من استناد الحكم على قانون سليم أو تملك عن طريقه محكمة الطعن ببطلان حكم التحكيم مراقبة صحته وسلامته وخلوه من أوجه العوار التي تبطله(٢).

وفي تقديرنا أن القول بأن حكم التحكيم الإلكتروني يجوز أن يخلو من التسبب في حالة اتفاق الأطراف علي ذلك، أو إذا لم يكن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يشترط ذكر أسباب الحكم، وأن يكون متمشياً مع مبدأ سلطان الإرادة؛ لأنه يتعارض مع الطبيعة القضائية لحكم التحكيم، كما يتعارض مع مبدأ

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.محمد حامد فهمي، تسبب الأحكام، ص٥٩٣ وما بعدها. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ٢٤/٣/٢٠١٠م، دعوي رقم ٣٧ لسنة ١٢٥٥.ق.تحكيم، غير منشور. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ٢٣/٦/٢٠١٠م، دعوي رقم ٤٨ لسنة ١٢٥٥.ق.تحكيم، غير منشور. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ١٧/٥/٢٠١٠م، دعوي رقم ٥٨ لسنة ١٢٦٦.ق. تحكيم، غير منشور. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٩/٦/٢٠٠٣م، دعوي رقم ٤٧ لسنة ١١٩٩.ق.تحكيم، غير منشور.

-Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de l'arbitrage commercial international; Litec 1996; N.1392; P. 774.

حجية الحكم، فالذي يسوغ فرض إرادة المحكم على أطراف التحكيم، ومنح قراره قوة الأمر المقضي به كما يرى البعض بحق (١) هو تحقيق وقائع النزاع تحقيقاً كافياً ومنطقياً وهو ما يحمله في أسباب حكمه بما يضمن عدالته، ولا يكفي في ذلك الارتكان إلى مجرد الثقة في المحكم، ما لم تعكس أسباب الحكم هذه الثقة وتؤكددها، فالتسبيب هو الذي يناقش الأقوال والمستندات ويبين ركائز قناعة المحكم بالحكم (٢).

ويجب أن تكون أسباب حكم التحكيم الإلكتروني واضحة وخالية من عيوب التسبيب وجدية تحقق الغاية منها، فلا يعد تسبباً التسبيب الغامض أو المجمل الذي يصلح لكل طلب كقول المحكم محق في دعواه، وأن حقه ثابت بالأوراق دون تحديد (٣)، فالنص على الالتزام بالتسبيب جاء عاماً على نحو لا يجوز تقييده (٤)، وتثبت المسؤولية المدنية للمحكم عند التجاهل أو الإخلال بهذا الالتزام (٥)، ويجب على المحكم عند تسبيب حكمه، أن تكون الأسباب كافية ومقنعة ومتعلقة بموضوع النزاع وغير متناقضة ومحددة ومنطقية ومستمدة من إجراءات التحكيم، وأن ترد في حكم التحكيم الإلكتروني ذاته، وأن تحرر أسباب الحكم وكل بياناته بلغة التحكيم الإلكتروني (٦).

وعلي ذلك فيجب أن يشتمل حكم التحكيم الإلكتروني على الأسباب التي بُني عليها والمؤدية إلي ما انتهى إليه من نتيجة، أي بيان الدعائم والحيثيات التي يقوم عليها منطوق حكم التحكيم الإلكتروني. فالتسبيب مبدأ إجرائي عام، وضابط وضمانة أساسية لصحة حكم التحكيم الإلكتروني. ويقصد بتسبيب حكم التحكيم الإلكتروني بيان الأسانيد والركائز والأسس والحجج والأدلة الواقعية والقانونية التي بُني عليها حكم

(١) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٧، ص ١١١ وما بعدها د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٧٦. د.عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، دار المعارف، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٣١٦.

(٢) د.عبد الوهاب الباهي، تسبيب أو تعليل القرارات التحكيمية، ص ١٣٩.  
(٣) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٧، ص ١١١ وما بعدها. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٥٥؛ حكم المحكمين، مجلة الأمن والقانون، يوليو ١٩٩٤م، ص ٣١٠. عبد الوهاب الباهي، تسبيب أو تعليل القرارات التحكيمية، ص ١٣٧.

(٤) د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٧٦. نقض مدني ١٢/٣١ / ١٩٦٤م، طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٠ق، ص ١٥، ج ٢، ق ١٨٥، ص ١٢٨٨.

(٥) د.عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ص ٢٤٧.

(٦) د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ٢٠٦. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٣٦٥.

التحكيم الإلكتروني، وكونت منها هيئة التحكيم الإلكتروني عقيدتها فيما انتهت إليه، وذلك بهدف توفير الرقابة علي عمل هيئة التحكيم والتحقق من حسن استيعابها لوقائع النزاع ودفاع طرفيه، وتبريره، وتقويته، وبيان الأساس الذي اعتمدت عليه، وحماية واحترام حقوق الدفاع، ومنع شطط وانحراف وتعسف هيئة التحكيم الإلكتروني، وضمانة للرقابة عليها، وضمانة لسلامة التروي والتفكير بطريقة سائغة في الحكم قبل إصداره من هيئة التحكيم. فأسباب الحكم هي مبناه وأساسه الذي يسمح بمراقبة صحته. وتقوم هيئة التحكيم الإلكتروني بالاقتصاد في التسبب قدر الامكان، وتقتصر علي ما هو ضروري وفقاً لموضوع النزاع وطبيعته، ولا تؤثر الاسباب الزائدة علي حكم التحكيم الإلكتروني مادامت أسباب صحيحة(١).

وتذهب غالبية التشريعات إلي إلزام هيئة التحكيم الإلكتروني بالتسبب، فيجب أن يكون حكم التحكيم الإلكتروني مسبباً وإلا كان باطلاً مالم يتفق طرفا التحكيم علي غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق علي إجراءات التحكيم الإلكتروني لا يشترط ذكر أسباب حكم التحكيم الإلكتروني، وذلك بمفهوم نص (م٢/٤٣) تحكيم مصري، و(م٤/٥٢) تحكيم إنجليزي، و(art.1471al.2 et 1480 N.C.P.C.F.)،

---

(١) د.محمد بدران، مذكرات، ص١٠١. د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص٧٠ ومابعدھا. د.عيد القصاص، حكم التحكيم، بند٣٣، ص١١٣. د.سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف بالاسكندرية١٩٨٦، ص١٤٦. د.يعقوب يوسف صرخوة، شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق/جامعة الكويت، س ١٨، ع ٣، سبتمبر ١٩٩٤م، ص٣٢ ومابعدھا. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٩/٦/٢٠٠٣م، دعوي رقم ٤٧ لسنة ١١٩ق.تحكيم.

-**Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman**; Traité de L'arbitrage; N. 1392-1395; P. 761-763.

-**J. Delvolvé**; Essai sur la motivation des sentences arbitrales; Rév. Arb. 1989; No. 2; P. 149 ets.

-**Erica.Caprioli**; Arbitrage et médiation dans Le Commerce électronique (L'expérience du cyber tribunal) Rev. arb. 1999; N. 2; P. 237.

-**M. Rondeau-Rivier**; Arbitrage; La sentence arbitrale; Juris- class. Porc.Civ. Fasc.1042; N. 28.

-Paris, 20 juin 1996; Rév. Arb.1996; P. 657; obs. **Bureau**.

-Paris, 28 Nov. 1996; Rév. Arb.1997; P. 380.

-Paris, 25 oct. 1995; Rév. Arb.1996; P. 127.

-Paris, 30 mars. 1995; Rév. Arb.1996; P. 137; Not. **J. Pellerin**.

-Paris, 28 mai. 1993; Rév. Arb.1993; P. 664; Not. **D. Bureau**.

و(م ٢/٣١) من القانون النموذجي، و(م ٣/٣٤) من قواعد اليونسترال، و(م ٢/٣١) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ ف، و(م ١/٢٩) من قواعد تحكيم محكمة لندن، و(م ٢/٢٥) من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية، و(م ٦٢/ج)، و(م ٥٥) من لائحة الوايو، ... بينما البعض الآخر من التشريعات - كأمریکا، والسويد، والنمسا، والدنمارك، والنرويج...- لا تلزم هيئة التحكيم الإلكتروني بالتسبب مالم يتفق طرفا التحكيم الإلكتروني علي ضرورة تسبب الحكم (م ٤٢) من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية(١).

وتستعرض هيئة التحكيم الإلكتروني في حكمها موضوع النزاع، ووقائع وأدلة وأسانيد وهدف كل خصم من الدعوي التحكيمية، وما يقدم من أدلة إثبات فيها، وما يحكم الدعوي من نصوص ومبادئ قانونية، والرد علي كل طلبات وادعاءات كل خصم بالتأييد أو بالرفض، وحجج وأدلة كل خصم...ويجب علي هيئة التحكيم الإلكتروني الالتزام بالتسبب سواء أكان حكم التحكيم الإلكتروني قطعياً ومنهياً لخصومة التحكيم الإلكتروني كلها أو في جزء منها أو كان حكماً مستعجلاً، بينما لا يجب الالتزام بتسبب الأحكام غير القطعية التي تتصل بسير خصومة التحكيم الإلكتروني أو بإجراءات الإثبات فيها؛ لأن مجرد النطق بها يفصح بذاته عن أسباب صدورها(٢).

ويجب أن تكون أسباب حكم التحكيم الإلكتروني موجودة صراحةً أو ضمناً بالإحالة إلي تقرير الخبير مثلاً، ومرتبطة بالحكم وملائمة له وشارحة لمضمونه، وواضحة، وكافية بذاتها لحمل الحكم علي محمل الصحة، ومنطقية وسائغة وصحيحة وواضحة وجزلية وغير متناقضة وغير مشوبة بإبهام أو نقص أو غموض أو واردة بشكل عام مجمل...بحيث تؤدي إلي النتيجة التي انتهى إليها الحكم. بمعنى أنه يجب أن تكون أسباب حكم التحكيم الإلكتروني موجودة و كافية لحمل جميع أجزاءه وذلك بالرد علي جميع طلبات الخصوم، وأن لا تكون متناقضة أو متعارضة مع بعضها

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند ٦٥، ص ١٧٢ وما بعدها . د.عزمي عبدالفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٣م، ص ٢١، ١٥، ٢٥.

حتى لا يهدم بعضها بعضاً فتسقط وتتهاي وتصبح هي والعدم سواء. كما يجب أن تكون منطقية بحيث تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهت إليها هيئة التحكيم الإلكتروني في حكمها وإلا كان استدلالها غير منطقي وغير كافٍ لحمل قضاء حكمها (١).

**(ج) - منطوق حكم التحكيم الإلكتروني :** يقصد بمنطوق حكم التحكيم الإلكتروني: نص القرار الذي قضت به هيئة التحكيم الإلكتروني في الطلبات الموضوعية والإجرائية التي طرحت عليها في خصومة التحكيم الإلكتروني، أو القضاء بالقول الفصل الصادر من هيئة التحكيم الإلكتروني فيما عرض عليها من نزاع بين طرفي خصومة التحكيم الإلكتروني، أو النتيجة النهائية التي توصلت إليها هيئة التحكيم الإلكتروني حسماً للنزاع، أو هو الجزء النهائي من حكم التحكيم الذي يحسم فيه النزاع ويسبق عادة بعبارة " وبناءً علي ذلك " أو " وبناءً عليه ". ويجب أن يكون المنطوق مرتبطاً ومتعلقاً بحدود موضوع النزاع وواضحاً ولايحتمل التأويل وغير متناقض مع بعضه، وإذا كان الأصل أن يرد القضاء الفاصل في النزاع في المنطوق الوارد بالجزء النهائي من حكم التحكيم الإلكتروني، فإنه قد يرد ضمن أسبابه المرتبطة بالمنطوق كاستثناء (٢).

ومنطوق حكم التحكيم الإلكتروني هو الذي يحدد حقوق المحكوم له، وواجبات المحكوم عليه، ولذا يكون الرجوع لمنطوق الحكم لمعرفة قضاؤه، وذلك سواء أكان حكم التحكيم الإلكتروني منه للخصومة كلها أو صادر قبل الفصل في الموضوع أو حكم جزئي، وسواء أكان حكم التحكيم الإلكتروني حكم تفريري أو منشيء، أو إلزام.

---

(١) د.محمد سعيد أحمد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية، ص ٣٨٦. د.عبدالله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، ص ١٨٠. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٥/٢٦ / ٢٠٠٤م، دعوي رقم ٦٦ لسنة ١٢٠ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٦/٢٩ / ٢٠٠٣م، دعوي رقم ٦٩ لسنة ١١٩ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٧ تجاري، ٣/١٣ / ٢٠٠١م، دعوي رقم ٤٩ لسنة ١١٧ق. تحكيم. غير منشور.

(٢) د.أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، بند ١٦٢-١٦٣، ص ٣٥٦-٣٥٧. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣١٩. د.أحمد عوض هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ١٩٩٩م، ص ٣٩، ٥٨، ١٧١. د.محمد نور شحاته، الرقابة القضائية، ص ٩٥. د.عبدالله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، ص ١٨١. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٣٣٨-٣٣٩. د.خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط١، دار الشروق بالقاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٢٤٢.

-M. Rondeau-Rivier; Arbitrage; La sentence arbitrale; Juris- class. Porc.Civ. Fasc.1042; N. 29.

ومنطوق حكم التحكيم الإلكتروني قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً، فالمنطوق الصريح يعتبر فاصلاً ضمنياً في كل مسألة يفترضها حتماً الحكم الصريح، ويجب أن يكون قضاء حكم التحكيم الإلكتروني بالمنطوق فاصلاً في المسائل الواردة باتفاق التحكيم الإلكتروني فقط دون زيادة أو نقصان وإلا كان باطلاً، وذلك بالألا يقضي بأكثر أو بأقل مما طلبه الخصوم حتي يمكن تنفيذه (م ١/٥٣ - و) تحكيم مصري(١).

ويجب في منطوق حكم التحكيم الإلكتروني الفصل في جميع مسائل النزاع دون زيادة أو نقصان بصورة واضحة ومحددة ونهائية ويقينية لا تحتل التأويل خالياً من التناقض بين أجزائه، والتقييد بمسائل اتفاق التحكيم، وصريحاً ينبأ بذاته عن قضاء هيئة التحكيم الإلكتروني في خصومة التحكيم الإلكتروني(٢).

## المطلب الثاني

### إصدار حكم التحكيم الإلكتروني

٢٧- **النطق بحكم التحكيم الإلكتروني، وكتابة مسودته :** لا يلزم تخصيص جلسة للنطق بحكم التحكيم الإلكتروني كما هو الحال عند إصدار الحكم القضائي ، ولا يلزم حضور الخصوم جلسة النطق بالحكم، ولا يلزم النطق به في جلسة علنية كما هو شرط عند إصدار الحكم القضائي ، مالم يتفق الأطراف علي غير ذلك، وإذا اتفق الأطراف علي تحديد جلسة للنطق بالحكم، فيجب أن يتم النطق بمنطوقه شفويّاً في جلسة سرية محده لإصداره، ضمناً لسرية التحكيم الإلكتروني. ويعتبر تسليم صورة من الحكم لكل طرف بمثابة النطق به(٣).

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣١٩. د.أحمد عوض هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، ص ١٧١. د.نبيل عمر، التحكيم، ص ١٨٢. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص ٥٣٩ ومابعدها. د.عبدالله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، ص ١٨١.

(٣) د.قحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٥١-٢٥٢، ص ٤٣٣-٤٣٤. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٧٣، ص ٢٩٩. د.عبدالله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، ص ١٨٦. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣م، بند ٣٢٠ ومابعده، ص ٢٨٥ ومابعدها. د.مجدي عبدالغني خليف، أوجه الرقابة علي آلية التحكيم الإلكتروني، بند ١٦٤، ص ٣١٨-٣١٩. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري ٢٤/٤/٢٠٠١م، الدعوي رقم ٦٤ لسنة ١١٧ ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٦٣ تجاري، ٢٩/٦/٢٠٠٦م، الدعوي رقم ٢٦ لسنة ١١٧ ق. تحكيم. نقض مدني ١٤/٢/٢٠١٣م، طعن رقم ١٠١٦٦ لسنة ٧٨ ق، منشور علي موقع محكمة النقض

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

ولم يوجب قانون التحكيم المصري كتابة مسودة حكم التحكيم الإلكتروني، علي العكس في قانون المرافعات كقانون عام بخصوص الحكم القضائي الذي يلزم كتابة مسودة له موقعة من القاضي مصدرها للتحقق من أن الحكم قد صدر عن تدبر وتفكير، ولتحفظ بملف القضية، ويمكن للخصوم الاطلاع عليها وردها، ويمكن تنفيذ الحكم بموجب مسودته في المواد المستعجلة. ولا يلزم إعداد مسودة لحكم التحكيم الإلكتروني، ولا يلزم إيداع مسودته بملف القضية التحكيمية عند النطق به؛ لأنه مادام النطق بحكم التحكيم الإلكتروني ليس لازماً، فلا مبرر لكتابة مسودته. وإذا كتبت المسودة فلا تغني عن نسخة الحكم الأصلية؛ لأن العبرة في الأحكام بنسخة الحكم الأصلية، ولا تعتبر المسودة إلا ورقة لتحضير وتجهيز حكم التحكيم الإلكتروني؛. ولذلك فإن الادعاء بتزوير مسودة حكم التحكيم الإلكتروني يكون غير منتج. هذا وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية أن التوقيع علي مسودة حكم التحكيم الإلكتروني دليلاً علي اشتراك المحكم صاحب التوقيع في المداولة التحكيمية الإلكترونية، وأن الأصل هو صحة الإجراءات، وعلي من يدعي أنها خولفت إقامة الدليل علي ما يدعيه(١).

٢٨- سرية حكم التحكيم الإلكتروني وعدم نشره : أوجبت قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة التزاماً على المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، باحترام مبدأ سرية عملية التحكيم أثناء نظر خصومة التحكيم الإلكتروني، وحتى بعد صدور حكم التحكيم الإلكتروني. والأصل هو سرية التحكيم لإعلى أطرافه وممثليهم بخلاف القضاء، فالأصل فيه العلانية. ويشمل نطاق التزام المحكم بسرية التحكيم: عدم إفشاء أسرار مرافعات التحكيم، والجلسات، وتسريب المعلومات والوثائق الخاصة بخصومة التحكيم. وشرط السرية يعد في حكم الشرط المضمن في العقد المبرم بين المحكم وأطراف التحكيم. بل يتمتع على المحكم الاستفادة من تلك المعلومات مادياً أو معنوياً، كما يحظر عليه

(١) الإشارة السابقة.

اطلاع الغير على المستندات أو الإدلاء بشهادة أمام القضاء عن معلومات أطراف التحكيم، عدم إفشاء المعلومات إلى وسائل الإعلام للتربح من ورائها إخلال بعنصر الثقة والكتمان... وذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني بغير ذلك؛ لأن إفشاء أسرار أطراف خصومة التحكيم الإلكتروني من هيئة التحكيم أو مركز التحكيم المؤسسي يشكل مخالفة للإلتزام تعاقدي وقانوني بالسرية، وذلك لضمان سرية علاقات ومعاملات التجارة الدولية واستقرارها (١).

والأصل أن تكون جلسات التحكيم سرية، ولا يجوز حضور أحداً ممن ليس له علاقة بالنزاع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. فالتحكيم يقوم أساساً على خصوصية المنازعة بين الطرفين، بما يحقق ميزة من أبرز مميزات التحكيم، وهي عدم نشر إجراءات التحكيم أو أحكامه إلا برضا الطرفين (م ٤٤/٢) تحكيم مصري، و(م ٣٣) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية، و(م ٣٠) من قواعد محكمة تحكيم لندن و(م ٣٤) من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٣٥) من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم. وفي أغلب الأحوال لا يوافق المحكوم عليه على نشر الحكم، ويجب على المحكم عدم استخدام أية معلومات نمت إليه من خلال معرفته بالنزاع التحكيمي (٢).

وإذا خالف المحكم واجب الإلتزام بالسرية بكافة أشكالها وصورها المتعلقة بالدعوى التحكيمية المعروضة عليه، فإن هذه المخالفة توقعه تحت طائلة المسؤولية الجنائية، والتأديبية، والمدنية، إلا إذا كان الكشف قد تم بموافقة خطية من أطراف التحكيم (٣).

ونظراً لقيام فلسفة التحكيم الإلكتروني على أساس مبدأ سرية التحكيم وعدم علانية إجراءاته، لذا لا يجوز نشر حكم التحكيم الإلكتروني أو أي أجزاء منه بأية

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، ص ٤٥٢. د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٤٨، ٢٤٩.

د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ص ٢١٢. د. محمد إبراهيم موسي، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٥م، ص ١٨٩-١٩٠.

(٢) د. نبيل عمر، التحكيم، ص ١٩. د. محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص ١١٥. د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية، ص ٣٨٦. د. مصلح أحمد الطراونه، و د. نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٢٩. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة ٢٠٠٢/١/٢م في قضية تحكيمية رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٠٠م، مجلة التحكيم العربي، ص ٥٤، سبتمبر ٢٠٠٢م، بند ١٨، ص ١٩٣.

(٣) د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ج ٢، ص ٢٤٣. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٦١.

-Alexander Ditchave; Le Contrat d'arbitrage; Rév. arb. 1981; N. 3; P. 395.

-Eric Loquin; Compétence arbitrale; Juris. Class. Fasc. 1032; N. 107.



وسيلة إلا بموافقة أطراف التحكيم الإلكتروني صراحة، وهذا هو ما نصت عليه تشريعات التحكيم في (م ٤٤/٢) تحكيم مصري، و(م ٣/٣٧ مكرر) من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، و(م ٥/٣٢) من قواعد اليونسترال، و(م ٤/٢٥) من لائحة المحكمة القضائية، و(م ٣٠) من قواعد تحكيم محكمة لندن. بينما نصت (م ٤١) تحكيم فلسطيني علي ذلك بقولها: " بما لا يتعارض مع أحكام القانون لا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة". وعليه فحق الموافقة علي نشر حكم التحكيم الإلكتروني يكون للأطراف أو للمحكمة المختصة في قانون التحكيم الفلسطيني بما يجعل للمحكمة القضائية المختصة سلطة رقابة ومتابعة علي نشر حكم التحكيم الإلكتروني.

وذلك سواء أكان النشر في الصحف أو المجلات أو الكتب العلمية؛ للحفاظ علي ميزة سرية التحكيم، ويجوز إثبات موافقة أطراف التحكيم صراحة بكافة طرق الإثبات، ولا يترتب علي نشر الحكم بعد صدوره دون إذن صاحب الشأن بطلان حكم التحكيم الإلكتروني، ولا أي مساس بحجيته؛ لأن النشر لاحقاً علي صدور الحكم، وللمضور حق المطالبة بالتعويض ممن سبب له ضرر بنشر الحكم دون إذنه. والهدف من عدم النشر هو عدم تعريض حكم التحكيم الإلكتروني للعلاية وعدم الإخلال بمبدأ السرية، مما قد يضر بالمصالح المالية والتجارية لأطراف خصومة التحكيم الإلكتروني في معاملات التجارة الدولية، ولذلك يمكن نشر المبادئ القانونية التي انتهي إليها حكم التحكيم الإلكتروني للمساعدة في البحث العلمي، والاهتداء بها كسوابق تحكيمية إلكترونية يمكن الرجوع إليها والاقتراس منها، ولتكون منارةً للباحثين والمتعاملين بالتحكيم الإلكتروني، بشرط عدم ذكر أسماء الخصوم ووقائع النزاع بحيث لا يمكن لأحد التعرف عليهم من خلال الاطلاع علي أحكام التحكيم...وبما يحقق الحكمة من منع النشر وسرية التحكيم وعدم الإضرار بأطراف حكم التحكيم الإلكتروني وتعاملاتهم التجارية(١).

(١) د.فتحي والي، التحكيم، بند ٢٥٩، ص ٤٥٢. د.محمد بدران، مذكرات، ص ١١٥. د.سيد أحمد محمود، دور الحاسوب أمام القضاء المصري والكويتي (القضاء الإلكتروني)، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، ص ٢٧. د.محمود التحيوي، حكم التحكيم، ص ٣٨٤. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص

٢٩- تسليم نسخة من أصل حكم التحكيم الإلكتروني أو صورة موقعة : توجب قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة التزاماً على عاتق المحكم (هيئة التحكيم الإلكتروني)- سواء أكان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أو مؤسسي - بتسليم صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكم أو المحكمين للمحكّمين. وطبقاً لنص (م ٤٤/١ تحكيم مصري) يجب أن يتم التسليم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم، ولم ترتب أي جزاء على عدم مراعاة قيام المحكم بهذا الالتزام خلال الأجل القانوني، وتكمن أهمية هذا الالتزام من الناحية العملية في تمكين من صدر حكم التحكيم لصالحه القيام بإجراءات التنفيذ الجبري(١).

وتسلم هيئة التحكيم الإلكتروني إلى طرفي التحكيم الإلكتروني سواء أكان محكوماً له أو محكوماً عليه، نسخة من أصل حكم التحكيم الإلكتروني المنهي للخصومة برمتها، أو صورة من حكم التحكيم الإلكتروني موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره (م ٤٤/١ تحكيم مصري)، وهو ميعاد تنظيمي لا يترتب علي مخالفته جزاء إجرائي، بل مسئولية هيئة التحكيم بالتعويض إن كان له وجه، والهدف من إجراء التسليم هو مجرد العلم فقط، والقيام ببعض الأعمال الإجرائية كطلب التفسير(م ٤٩ تحكيم مصري)، أو طلب إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال إجراءات خصومة التحكيم وأغفلت هيئة التحكيم الفصل فيها (م ٥١ تحكيم مصري).

ويتم تسليم نسخة أصلية من حكم التحكيم الإلكتروني موقعة من هيئة التحكيم الإلكتروني، ومعتمدة من مركز التحكيم في حالة التحكيم المؤسسي وسيلة من وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة مادام يتحصل منها علي دليل يفيد الإرسال والاستلام، وذلك لتحقيق العلم اليقيني للأطراف به، وفي حالة التحكيم المؤسسي تقوم

---

٥٥٥. د.محمد حسن محمد علي، التحكيم، ص ٥٢٤ ومابعدها. استئناف القاهرة ، دائرة ٩١ تجاري، ٢٧/١١/٢٠٠٢م، دعوي رقمي ١١،١٤ لسنة ١٩٩٩ق. تحكيم.  
(1) د.أبو العلا النمر، ميعاد التحكيم، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ٢٠٠. د.سحر عبد الستار، المركز القانوني، ص ١١٤.

أمانة مركز التحكيم المؤسسي بنشر الحكم علي موقع القضية، وتبليغه للأطراف بكل وسيلة ممكنه، وتسليم حكم التحكيم الإلكتروني للأطراف بعد سداد مصاريف التحكيم في آخر عنوان أدلي به الطرف أو ممثله أو يكون قد أعلن عنه للطرف الآخر. ولا تسلم صورة من الحكم لغير الأطراف ضمناً لسرية التحكيم. وعلي نفس المنوال: (م ٤/٣١) من القانون النموذجي، و(م ٢/٥٥) تحكيم إنجليزي، و(م ٦/٣٤) من قواعد اليونسترال، و(م ٦/٣٢) من قواعد مركز القاهرة للتحكيم، و(م ٢/٣٤) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ف، و(م ٥/٢٦) من قواعد تحكيم محكمة لندن، و(م ٤/٢٥) من قواعد تحكيم المحكمة الفضائية، و(م ٥٤) من قواعد الوايو... وعدم تسليم صورة من حكم التحكيم الإلكتروني إلي أحد أطرافه ليس من حالات البطلان المنصوص عليها في (م ٥٣ تحكيم مصري)، وليس من إجراءات التحكيم التي يترتب علي مخالفتها بطلان(١).

وإذا امتنعت هيئة التحكيم الإلكتروني عن تسليم نسخة من أصل حكم التحكيم الإلكتروني دون مبرر، فلطرفي التحكيم أو لأحدهما صاحب الشأن رفع دعوي للمحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات لإلزام هيئة التحكيم الإلكتروني تسليم نسخة من أصل حكم التحكيم الإلكتروني، وفرض غرامة تهيديدية كوسيلة لإجبار هيئة التحكيم الإلكتروني علي التسليم، والحكم بالتعويض عن الأضرار إن كان له وجه حق؛ وذلك لأن تسليم نسخة من أصل حكم التحكيم الإلكتروني لطرفي التحكيم لا يكون إلا بعد صدور الحكم، وبالتالي لا تختص المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من قانون التحكيم المصري؛ لأن تلك المسألة ليست من مسائل التحكيم التي يحيلها قانون التحكيم إلي القضاء المصري، كما أنه لا يوجد نص خاص بتلك المسألة في قانون التحكيم المصري كقانون خاص، وبالتالي

---

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٠، ص ٤٥٤-٤٥٥. د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند ١١٩، ص ٢٧٩. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٧٤، ص ٣٠١ ومابعدها. د.مختار بريري، التحكيم، بند ١١٠، ص ١٨٣. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٦٠٢ ومابعده، ص ٤٧٥. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ٣٥٨.

-Huet.(J) et valnachino(S); Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international.; Gaz . Pal.; janv – Fév . 2000; dect.; P. 103.

يطبق قانون المرافعات كقانون إجرائي عام. ويجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني الإمتناع عن تسليم نسخة من أصل حكم التحكيم الإلكتروني إذا إمتنع طرفي التحكيم الإلكتروني أو أحدهما عن دفع ما عليه من أتعاب هيئة التحكيم الإلكتروني ومصاريف عملية التحكيم(١).

ويجوز لأي طرف من أطراف خصومة حكم التحكيم الإلكتروني دون غيرهم بعد صدوره طلب تسليم نسخة إضافية منه مصدقاً عليها طبق الأصل مقابل دفع التكاليف اللازمة لذلك (م ٢/٣٤ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس)، و(م ٦٢/ز من لائحة تحكيم الوايبو)، وقد يقيد ذلك بميعاد معين، فيكون ذلك مثلاً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الحكم حيث يظل موقع القضية متاحاً للأطراف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الحكم علي الموقع (م ١١ من الإجراءات التكميلية للتحكيم الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية)، وهنا تظهر أهمية وفاعلية التصديق الإلكتروني لحكم التحكيم الإلكتروني لدي إحدى جهات التصديق الإلكتروني(٢).

٣٠- إيداع حكم التحكيم الإلكتروني ومرفقاته لدي المحكمة القضائية المختصة :  
توجب معظم قوانين التحكيم الإلكتروني التزاماً على المحكم (هيئة التحكيم الإلكتروني) - سواء أكان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أو مؤسسي - باحترام قواعد إيداع حكم التحكيم الإلكتروني لدى قلم كتاب المحكمة المختصة، فور صدوره مستوفياً كافة شروطه الشكلية والموضوعية. ويقصد بإيداع حكم التحكيم الإلكتروني وضعه تحت تصرف الخصوم، وتمكين المحكوم له من

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات، ص ١٩٦. د. مجدي عبدالغني خليف، أوجه الرقابة،

بند ٢١٨، ص ٤١٣.

الحصول علي أمر بتنفيذه؛ للقطع بصدوره بالحالة التي أودع بها وحفظه من الضياع(١).

فيجب أن يقوم المحكم أو أحد المحكمين عند تعددهم، أو الطرف الرابح صاحب المصلحة في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني على وجه السرعة، أو كاتب جلسات التحكيم بإيداع حكم التحكيم في قلم كتاب المحكمة المختصة، ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع، ولكل من طرفي التحكيم الإلكتروني الحصول علي صورة من محضر الإيداع، ويعتبر ايداع حكم التحكيم الإلكتروني شرطاً لتنفيذه تنفيذاً جبرياً. فالهدف من إيداع حكم التحكيم بعد إصداره قلم كتاب المحكمة المختصة حتى يكون قابلاً للتنفيذ الجبري بعد إصدار أمر بتنفيذه، ثم تذييله بالصيغة التنفيذية من قاضي التنفيذ بالمحكمة المختصة. وتطبق القواعد الخاصة بالإنفاذ المعجل على أحكام المحكمين وذلك بنص (م ٢١٢/٣) إجراءات مدنية إماراتي(٢).

ويجب تحرير محضر بهذا الإيداع في قلم كتاب المحكمة المختصة، ولأن إيداع الحكم إجراء لاحق على صدور الحكم التحكيم الإلكتروني، لذا فإن عدم القيام به لا يؤدي إلى إبطال حكم التحكيم وإن كان يؤدي إلى تعطيل تنفيذه. وظيفة القاضي حين يتصدى لإعطاء حكم المحكمين صيغة التنفيذ تقتصر على البحث في أن هناك شرط أو مشاركته تحكيم بصدد نزاع معين، وأن هذا النزاع هو الذي طرح بالفعل على المحكم، وفصل فيه في مواجهة من اتفق على التحكيم، وأن هذا النزاع لا يتصل بمسائل لا يجوز فيها الصلح، وأن المحكم لم يخرج عن حدود وثيقة التحكيم، ولم يتجاوز الميعاد المقرر للتحكيم، وأن الحكم يتمتع بالشكل المقرر بالنسبة للأحكام، ولم يُبين على إجراء باطل. ويختص قاضي التنفيذ بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين وهذا الاختصاص يشمل المنازعات الموضوعية و الوقتية و

---

(١) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣١٩. د.أحمد ملبجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ص ٢٠٨. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بند ٥٢، ص ١٦٢، د.محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين وفقاً لقانون التحكيم المصري، ملتقى الفكر بالإسكندرية، ص ٤٥. د.عبدالله عيسي علي الرمح، حكم التحكيم، ص ١٨٦ (٢) الإشارة السابقة.

الأوامر المتعلقة بالتنفيذ، وتصلح أسباب بطلان حكم المحكمين أن تكون بذاتها أسباب للاستشكال عند تنفيذه (١).

وقد نص قانون التحكيم المصري في (م٤٧) على وجوب إيداع أصل حكم التحكيم الإلكتروني، أو صورة منه موقعة باللغة التي صدر بها مع ترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية ممن صدر حكم التحكيم لصالحه؛ لأنه صاحب المصلحة في الإيداع، وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلي، أو في قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي أو أية محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف. أما في فرنسا فيتم إيداع حكم التحكيم الإلكتروني من صاحب المصلحة في الإيداع الذي صدر الحكم لصالحه، في قلم كتاب المحكمة الكلية التي صدر الحكم في نطاق دائرتها (art.1487 C.P.C.F.)، أو المحكمة الكلية بباريس إذا كان حكم التحكيم قد صدر في الخارج أو في تحكيم دولي ( art.1516 C.P.C.F.). والمحكمة التي يتم إيداع حكم التحكيم الإلكتروني في قلم كتابها هي ذات المحكمة المختصة باصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم.

ولم يحدد المشرع المصري ولا الفرنسي ميعاداً لإيداع حكم التحكيم الإلكتروني خلاله في (م٤٧) تحكيم مصري، وكذلك (م٨٤٤) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م٤٧) تحكيم عُماني. أما قانون المرافعات العراقي فقد نص في (م٢٧١) منه على أن: "... وتسليم القرار مع الأصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع خلال ثلاثة أيام التالية لصدوره وذلك بوصول يوقع عليه كاتب المحكمة". وأما نص (م٧٦٢) مرافعات ليبي حدد المدة بخمسة أيام تالية لصدور الحكم. وحدد نص(م١٨٤) مرافعات كويتي المدة بعشرة أيام من الأيام التالية لصدور الحكم المنهي

(1) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص٣٢٥. د.محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، ص٢٦، يناير/ يوليو ١٩٨٤م، ١٤-٢، ص٣٨. د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص١٨٠. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص٢١٢. نقض مدني١٩٧٨/٢/١٥م، طعن رقم ٥٢١، لسنة ٤٤٤ق، مج، ص٢٩، ج ١، ق٩٣، ص٤٧٢. استئناف مصر ١٩٤٦/٤/٣٠م، المحاماة، ص٣١، ٧٤، ص١٢١٩.

للخصومة ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع. وألزمت (م ٤٤) تحكيم سعودي هيئة التحكيم بإيداع حكم التحكيم في المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً، وكذلك (م ٢١٣) إجراءات مدنية إماراتي. بينما نصت (م ٥٠) تحكيم يمني على أن الإيداع يكون خلال الثلاثين يوماً التالية لإصدار الحكم. ونص قانون المرافعات الفرنسي على أن يودع أحد المحكمين أو الطرف الأكثر استعجالاً أصل الحكم التحكيم، مرفقاً به نسخة من اتفاق التحكيم، قلم كتاب المحكمة المختصة، وعلى قاضي التنفيذ وضع الصيغة التنفيذية على أصل حكم التحكيم الإلكتروني، وفي حالة رفض قاضي التنفيذ وضع الصيغة التنفيذية، يجب أن يكون رفضه مسبباً ( art. 1477 et 1478.N.C.P.C.F. (١).

ويجب وضع حكم التحكيم الإلكتروني لدى جهة قضائية مختصة محددة بنص القانون - قد تكون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أو المحكمة التي صدر الحكم في دائرتها أو المحكمة التي يقع في دائرتها مكان التحكيم - للقطع باستنفاد ولاية هيئة التحكيم بشأن النزاع الذي صدر فيه الحكم بالحالة التي أودع بها، وحتى يمكن الرجوع إليه والاطلاع عليه من قبل ذوي الشأن، وأيضاً يمكن تنفيذه؛ لأن الإيداع إجراء لازم للحصول على الأمر بالتنفيذ، وذلك لتمكين قضاء الدولة من مراقبته مراقبة شكلية خارجية قبل تنفيذه، وحفظه من الضياع (٢).

وتوجب كثير من تشريعات التحكيم إيداع حكم التحكيم الإلكتروني أو تسجيله لدى جهة قضائية معينة، وجعله بعضها رخصة لذوي الشأن بقصد الحصول على اعتراف به من السلطة القضائية، بينما تعلق بعض التشريعات الأخرى تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الأجنبي على إيداعه أو تسجيله بالمحكمة المختصة. وقد يقوم بالإيداع أحد طرفي حكم التحكيم الإلكتروني صاحب المصلحة في ذلك أو أحد

---

(١) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، ص ١١٥. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٢٥. د.أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ص ١٨٩. عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مكتبة مديولي بالقاهرة ١٩٩٥م، ص ٢٣١.

(٢) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣١٩. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، ص ١٦٢، د.محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين، ص ٤٥. د.أحمد مليجي. قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ص ٢٠٨.

أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني أو كاتب جلسة التحكيم الإلكتروني... خلال ميعاد الإيداع الذي حدده القانون إن كان القانون قد حدد ميعاداً للإيداع خلاله، وهو ميعاد تنظيمي لا يترتب علي مخالفته بطلان، ولم يحدد المشرع المصري ميعاداً للإيداع، ولذا يصح إيداع حكم التحكيم الإلكتروني في أي وقت طالما بقي حكم التحكيم الإلكتروني قائماً بذاته وقابلاً للتنفيذ الجبري ممن له مصلحة في الإيداع علي وجه السرعة(١).

وفي القانون المصري يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه - باعتباره صاحب المصلحة في الإيداع، وعلي وجه السرعة تمهيداً لإصدار أمر بالتنفيذ - إيداع أصل الحكم (النسخة الأصلية) أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها، وترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك في قلم كتاب المحكمة القضائية المختصة؛ لأن رئيسها هو المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ - المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع سواء أكانت محكمة استئناف أو محكمة أول درجة في التحكيم الداخلي، وفي التحكيم التجاري الدولي تكون محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر - ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع ويجوز لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر(م٤٧م تحكيم مصري)؛ لأن صورة محضر الإيداع تعد من مرفقات طلب الأمر بالتنفيذ (م٤/٥٦م تحكيم مصري)؛ ولأن قانون التحكيم المصري لم يحدد ميعاداً للإيداع؛ فيكون الإيداع في أي وقت بعد صدور حكم التحكيم، حتي قبيل سقوط الحق الثابت بحكم التحكيم الإلكتروني بالتقادم؛ لأنه بهذا السقوط تتعدم مصلحة المحكوم له في طلب استصدار أمر بالتنفيذ، وإذا امتنع كاتب المحكمة عن قبول إيداع حكم التحكيم الإلكتروني بحجة

---

(١) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم، بند ١١٩، ص ٢٧٨. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٣٢٥. د.أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ١٨٩. د.محمود التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين، دار ملتقى الفكر بالإسكندرية، ص ٤٥. د.عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، مكتبة مدبولي بالقاهرة ١٩٩٥م، ص ٢٣١. نقض مدني ١٩٧٨/٢/١٥م، طعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٤ق، مج، س ٢٩، ج ١، ق ٩٣، ص ٤٧٢.

-M. Rondeau-Rivier; Arbitrage; N. 63



مخالفته للنظام العام مثلاً، كان لصاحب المصلحة في إتمام الإيداع اللجوء إلى قاضي الأمور الوقتية بنفس المحكمة لإتمام عملية الإيداع باعتباره رئيساً إدارياً مشرفاً علي قلم الكتاب (١).

وفي القانون الفرنسي يقوم بالإيداع أحد أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني أو أحد الخصوم الأكثر حرصاً علي الإيداع، ويكون إيداع أصل الحكم أو صورته مصحوباً بأصل اتفاق التحكيم أو صورته (art. 1487 al. 2 N.C.P.C.F.). في حين جعلت (م ٤٤) تحكيم سعودي الإيداع من واجبات هيئة التحكيم الإلكتروني، وكذلك (م ٥٠) تحكيم يمني. بينما جعلت كل من (م ٤٣/١) تحكيم سوري، و(م ٤٧) تحكيم عُمانى، واجب الإيداع علي من صدر الحكم لصالحه، ويجب أن يقدم طلب الحصول علي الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني مرفقاً به أصل الحكم أو صورة موقعة منه، وصورة من اتفاق التحكيم، وترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها، وصورة من المحضر الدال على إيداع حكم التحكيم الإلكتروني، وإلا رفض القاضي طلب الأمر بالتنفيذ، وذلك بنص (م ٥٦) تحكيم مصري، و(م ١٨٤) مرافعات كويتي، و(م ٧٦٢) مرافعات ليبي، و(م ٢١٣) إجراءات مدنية إماراتية (٢).

ويمتد إيداع حكم التحكيم الإلكتروني فور صدوره إلي جميع أحكام التحكيم الإلكتروني التي يُطلب الأمر بتنفيذها، سواء أكان حكم تحكيم إلكتروني مُنه لخصومة التحكيم الإلكتروني كلها أو في جزء منها - حكم جزئي - أو حكم وقتي مستعجل... وإيداع حكم التحكيم الإلكتروني إجراء إداري لازم لتنفيذ الحكم، وليس له علاقة بإصداره؛ لأن الإيداع إجراء لاحق علي صدور الحكم، ولذلك لا يقع بطلان في الحكم لعدم الإيداع، أو لإيداعه محكمة غير مختصة، أو إيداعه بالمخالفة لنص

(١) د.عاشور ميروك، تنفيذ أحكام المحكمين، بند ٢٠، ص ٤٩. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٦٠٧ ومابعده، ص ٤٧٦ ومابعدها.

(٢) الإشارة السابقة.

(م٤٧) تحكيم مصري، وليس للإيداع شأن ببدء ميعاد دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني في القانون المصري(١).

ويلاحظ أن أحكام التحكيم الإلكتروني الأجنبية الصادرة خارج مصر، ولم يطبق عليها قانون التحكيم المصري، تعتبر أحكام صادرة في بلد أجنبي يطبق بشأن تنفيذها في مصر المواد (٢٩٦ - ٣٠١) من قانون المرافعات المصري، والتي لم تنص علي وجوب إيداع تلك الأحكام قبل تنفيذها في مصر(٢).

**٣١- إعلان حكم التحكيم الإلكتروني :** لم يرد نص في قانون التحكيم المصري يلزم أياً من طرفي حكم التحكيم الإلكتروني بإعلانه للطرف الآخر، ولكن من مصلحة المحكوم له القيام بإعلان حكم التحكيم الإلكتروني للمحكوم عليه ليبدأ في ترتيب بعض آثاره القانونية الخاصة، كاتخاذ أي إجراء من الإجراءات القانونية التي تتعلق به، كسريان مواعيد أو القيام بإجراءات تنفيذ الحكم أو الطعن عليه أو القيام بإجراءات قانونية أخرى يتوقف القيام بها علي إتمام إعلان حكم التحكيم الإلكتروني...كميعاد رفع دعوي البطلان خلال تسعين يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم الإلكتروني، فلا يفتح ميعاد رفع دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني إلا من تاريخ إعلان حكم التحكيم الإلكتروني (م٥٤/١تحكيم مصري)، ولايغني عنه علم المحكوم عليه بالحكم أو إقراره بمضمون الحكم ولا أي إجراء آخر. فقد يقوم الطرف الصادر لمصلحته حكم التحكيم الإلكتروني بإعلان حكم التحكيم الإلكتروني إلي المحكوم ضده بأي وسيلة إلكترونية منفق عليها بينهما حتي يتمكن من تنفيذ الحكم الصادر لصالحه في وقت مناسب، وحتى يبدأ سريان ميعاد رفع دعوي بطلان حكم التحكيم خلال تسعين يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه (م٥٤/١ تحكيم مصري)، فلا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوي بطلان

(١) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم، بند ١١٩، ص ٢٧٢. د.محمود الشرقاوي، التحكيم، بند ٣٣٠، ص ٤٥١. د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٣٩١، ص ٥٦٨. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٧/١١/٢٠٠٢م، دعوي رقم ١٣ لسنة ١١٩ق.تحكيم، غير منشور. نقض مدني ١٥/٢/١٩٧٨م، طعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٤ ق، مج، س ٢٩، ج ١، ق ٩٣، ص ٤٧٢.

(٢) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم، بند ١١٩مكرر، ص ٢٩٠. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ٥٠. د.محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٩١.

الحكم قد انقضى (م/٥٨/١ تحكيم مصري). وذلك بهدف تحقيق العلم اليقيني به، مع المحافظة علي سرية وعدم علم الغير به أو الاطلاع عليه حفاظاً علي ميزة سرية التحكيم(١).

وقد نصت (م٧) تحكيم مصري علي أن: " ١- ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم يتم تسليم أي رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصياً، أو في مقر عمله، أو في محل إقامته المعتاد، أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين، أو المحدد في مشاركة التحكيم، أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم.

٢- وإذا تعذر معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة يعتبر التسليم قد تم إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل، أو محل إقامة معتاد، أو عنوان بريدي معروف للمرسل إليه.

٣- لا تسري أحكام هذه المادة على الإعلانات القضائية أمام المحاكم."

وعلي ذلك تطبيق أحكام (م٧/٢،١ تحكيم مصري) علي إعلان جميع أوراق التحكيم منذ تقديم طلب التحكيم، وحتى انتهاء خصومة التحكيم الإلكتروني بصدور حكم مُنهي لها. وعند عدم وجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم الإلكتروني يحدد طريقة إعلان أوراق التحكيم الإلكتروني، يتم إعلانها عن طريق استعمال إحدي وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة كالبريد الإلكتروني، أو الفاكس، أو التللكس، أو البرق...

وتقوم الأمانة العامة لمركز التحكيم في التحكيم المؤسسي بإعلان أوراق التحكيم للأطراف بالكيفية المنصوص عليها في قواعد مركز التحكيم، ويكون ذلك بنشر

---

(١) د.محمد بدران، مذكرات، ص١٢٣. د.عبد المنعم زمزم، التحكيم، ص ٣٢٤-٣٢٥. د.محمد سعيد أحمد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية، ص٣٨٦. د.محمودالتحويي، التحكيم، ص٢٩٧. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص ٥٤٤. د.إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٥٦. د.محمد حسن علي، التحكيم، ص ٥١٦ وما بعدها. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ١٧/٢٧/٢٠٠٥م، دعوي رقم ١١٣ لسنة ١٢١ق.تحكيم، غير منشور. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ١٩/١٢/٢٠٠٦م، دعوي رقم ١٦ لسنة ١٢٢ق.تحكيم، غير منشور.

-Huet.(J) et valnachino(S); Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international.; Gaz. pal.; janv – Fév . 2000; dect.; P. 29.

-Eric A.Caprioli; Arbitrage et médiation dans Le Commerce électronique(L'expérience du cyber tribunal) Rév. arb.1999; N. 2; P. 225.

الحكم علي موقع القضية وتبليغه للأطراف بكل وسيلة ممكنة مع إفادة بالاستلام عند الاقتضاء. وعلي نفس المنوال؛ نص (م ١/٣ - أ) من القانون النموذجي، و(م ١/٣) من قواعد اليونسترال، و(م ٣) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ ف، و(م ٤/٢٥) من لائحة تحكيم المحكمة القضائية، و(م ٥٢) من قواعد الوايو، و(م ١١) من الإجراءات التكميلية لجمعية التحكيم الأمريكية...

وقد تقوم هيئة التحكيم الإلكتروني بإعلان حكم التحكيم الإلكتروني بالبريد الإلكتروني للأطراف وإخطارهم بمضمون الحكم الذي أصدرته، أو بوضعه وحفظه علي الموقع الخاص بالقضية التحكيمية علي شبكة الإنترنت بحيث يستطيع الخصوم الوصول إليه والاطلاع عليه دون أية عقبات، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة مادام يتحصل منها علي دليل مقبول يفيد الإرسال والاستلام، كما يمكن أن يقوم بالإعلان الشخص نفسه أو وكيله أو مدير أعماله أو سكرتيره، وفي أي وقت من ليل أو نهار حتي لو كان يوم عطلة رسمية، وبأي وسيلة من الوسائل المتاحة، ويجب الأخذ في الاعتبار أن سلامة وصحة أو بطلان إعلان أوراق التحكيم تخضع للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم(١).

وبمفهوم نص (م ٣/٧ تحكيم مصري) تطبق قواعد الإعلان القضائي المقررة في قانون المرافعات علي إعلان جميع الأوراق القضائية المتعلقة بمنازعات التحكيم الإلكتروني المعروضة علي المحكمة القضائية المختصة للفصل في إحدي مسائل التحكيم المحددة، والتي أحالها قانون التحكيم للمحكمة القضائية المختصة، فتخضع لقواعد إعلان أوراق المحضرين المنصوص عليها في قانون المرافعات (م ٦-٤ مرافعات مصري). ومن ذلك مثلاً: إعلان طلب أحد أطراف التحكيم الإلكتروني من المحكمة المختصة القيام باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية (م ١٤ تحكيم مصري)، وإعلان طلب أحد أطراف التحكيم الإلكتروني من المحكمة المختصة المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم (م ١٧ تحكيم مصري)، وإعلان أحد أطراف التحكيم خصمه في دعوي رد محكم أمام المحكمة المختصة (م ١٩ تحكيم مصري)، وإعلان أحد أطراف

(١) الإشارة السابقة.

التحكيم خصمه في طلب إنهاء مهمة أو عزل محكم أمام المحكمة المختصة (م ٢٠ تحكيم مصري)، وإعلان طلب أحد أطراف التحكيم خصمه بالإنبابة القضائية، وتخلف أحد الشهود أمام المحكمة المختصة (م ٣٧ تحكيم مصري)، وإعلان طلب أحد أطراف التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم لانتهاء ميعاده أو مد الميعاد بتحديد ميعاد إضافي من المحكمة المختصة (م ٤٥ تحكيم مصري)، وإعلان صحيفة دعوي بطلان حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة (م ٥٤ تحكيم مصري).

وقد اختلف الفقهاء في تحديد طريقة إعلان حكم التحكيم الإلكتروني، فيري البعض أنه عند عدم وجود اتفاق خاص بين طرفي التحكيم الإلكتروني علي طريقة إعلان حكم التحكيم يتم إعلان حكم التحكيم الإلكتروني بتطبيق (م ١/٧، ٢٠ تحكيم مصري)، أي بتسليم إعلان الحكم بطرق عديدة إلى المرسل إليه شخصياً، أو في مقر عمله، أو في محل إقامته المعتاد، أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين، أو المحدد في مشاركة التحكيم، أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم. وإذا تعذر معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة يعتبر التسليم قد تم إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدي معروف للمرسل إليه، كما يمكن أن يقوم بالإعلان المحكوم له نفسه أو وكيله أو مدير أعماله أو سكرتيره، وفي أي وقت من ليل أو نهار حتى لو كان يوم عطلة رسمية؛ لأن صدور حكم التحكيم الإلكتروني وإعلانه من المراحل التي تدخل في نطاق الخصومة التحكيمية التي نظم قانون التحكيم إجراءاتها(١).

وهذا الرأي محل نظر ومردود عليه بأن خصومة التحكيم الإلكتروني تنتهي نهاية طبيعية بصدور حكم تحكيم في موضوعها و منهي لها، وبه تستنفذ هيئة التحكيم ولايتها، وعليه فيكون إعلان حكم التحكيم الإلكتروني أمر خارج عن إجراءات خصومة التحكيم الإلكتروني التي انتهت بصدوره، ولاحق عليها، كما أن إعلان حكم

(١) د.محمود الشرقاوي، التحكيم، بند ٣٢٩، ص ٤٥٠، بند ٣٧٨، ص ٥٢٥. استئناف القاهرة دائرة ٨ تجاري، ٢٠٠٩/٢/١٨م، دعوي رقم ١٢٢ لسنة ١٢٤ق. تحكيم.

التحكيم الإلكتروني ضابط لبدء سريان ميعاد رفع دعوي بطلانه أمام المحكمة القضائية المختصة.

بينما ذهب آخرون إلي القول بأنه يجب أن يتم إعلان حكم التحكيم الإلكتروني وفقاً لقواعد الإعلان القضائي للأوراق القضائية أمام المحاكم المنصوص عليها في قانون المرافعات، أي طبقاً لقواعد إعلان أوراق المحضرين في قانون المرافعات، وليس وفقاً لقواعد الإعلان التي ينص عليها قانون التحكيم بالنسبة لإعلان أوراق التحكيم في (م ١/٧، ٢ تحكيم مصري). وعليه يجب أن يتم إعلان حكم التحكيم الإلكتروني بشكل رسمي علي يد محضر لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي (م ٣/٢١٣ مرافعات مصري)؛ لأن إعلان حكم التحكيم الإلكتروني هو ضابط لبدء سريان ميعاد رفع دعوي بطلانه أمام المحكمة القضائية المختصة (م ٥٤ تحكيم مصري)، والذي يقدم بعد فواته أو انقضاؤه طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم (١).

وفي أنظمة التحكيم الإلكتروني يتم إعلان حكم التحكيم الإلكتروني بأية وسيلة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت كالبريد الإلكتروني، أو الرسائل الإلكترونية، أو الفيديو كونفرانس، أو البرقيات، أو الفاكس،... أو أي وسيلة اتصال إلكترونية ممكنة تسمح بإقامة الدليل علي الإرسال والعلم بالإعلان لبدء حساب مواعيد الطعن، بشرط ألا تؤدي هذه الوسيلة الإلكترونية إلي تغيير أو تعديل أو تحريف محتويات وبيانات حكم التحكيم الإلكتروني. وقد يتم الإعلان بوضع حكم التحكيم الإلكتروني علي الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية علي الإنترنت ويخطر به الأطراف علي بريدهم الإلكتروني، ولا يمكن لأحد غير الأطراف والمحكمين والسكرتارية الدخول إليه باستخدام كلمة السر حيث لا يعرفها أحد غير الفئات المذكورة حفاظاً علي سرية حكم التحكيم الإلكتروني. وذلك بنص (م ٥٤) من قواعد تحكيم الوايبو، و(م ٤/٢٥) من لائحة المحكمة القضائية، و(م ١١) من الإجراءات التكميلية لجمعية

(١) دقحي والي، قانون التحكيم، بند ٣٤١، ص ٦١٥.

التحكيم الأمريكية، و(م ١/٣٤) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢م... (١).

٣١ - أنواع حكم التحكيم الإلكتروني : تتعدد أحكام التحكيم الإلكتروني؛ فقد يكون حكماً تحكيمياً وطنياً، أو أجنبياً أو دولياً حسب توافر معايير كل منها، وكما تنتوع تلك الأحكام إلى عدة أنواع أخرى متعددة:

(أ) - حكم التحكيم الإلكتروني النهائي القطعي المنهي للخصومة : هو الحكم الذي يحسم النزاع في موضوع الخصومة كله أو في أحد أجزائه أو في مسألة متفرعة عنه سواء تعلقت هذه المسألة بالقانون أم بالوقائع أم بالإجراءات. وحكم التحكيم الإلكتروني في الموضوع كله أو في شق من الموضوع كلاهما يرتب أثراً في إنهاء خصومة التحكيم الإلكتروني بالنسبة لما فصل فيه، وتنتهي إجراءات التحكيم بصدوره، كما تستنفذ هيئة التحكيم الإلكتروني ولايتها أيضاً بصدوره. والأحكام الصادرة في الموضوع بشأن حماية موضوعية قد تكون أحكاماً مقررة بتقرير إيجابي أو سلبي لوجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني معين، وقد تكون أحكاماً منشأة لمركز قانوني جديد لم يكن موجوداً من قبل كالحكم بإنهاء أو فسخ علاقة قانونية. أو تكون أحكاماً بالزام شخص بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بتقديم أداء معين (٢).

---

(١) د.حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م، ص ٦٥. د.محمد سعيد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية، ص ٣٨٦. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٣١١. د.محمد مأمون سليمان، التحكيم، ص ٥٨٣-٥٨٤. د.محمد حسن محمد علي، التحكيم، ص ٥١٧ ومابعدھا. د.عصام عبدالفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٨٦. د.هشام سعيد اسماعيل، دور التحكيم الإلكتروني الدولي في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٤م، ص ٣١٣.

-Huet.(J) et valnachino(S); Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international.; Gaz . pal.; janv – Fév . 2000; dect.; P. 29.

-Eric A.Caprioli; Arbitrage et médiation dans Le Commerce électronique (L'expérience du cyber tribunal) Rév. arb.1999; N. 2; P. 235.

(2) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٢٩، ص ٣٩٧ ومابعدھا. د.نبيل عمر، التحكيم، بند ١٥٠، ص ١٧٣ ومابعدھا. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢١، ص ٨٨-٨٩. د.محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩م، ص ٢٥. د.ماهر محمد صالح عبدالفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٤م، ص ٣٠٨.

و قد تصدر الأحكام المنهية لخصومة التحكيم الإلكتروني قبل الفصل في الموضوع كالحكم بعدم الاختصاص بنظر مسألة لا يجوز التحكيم الإلكتروني بشأنها أو الحكم بعدم قبول طلب يخرج عن نطاق اتفاق التحكيم الإلكتروني، ولا يجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني الحكم بالإحالة إلى هيئة تحكيم أخرى، ولا إلى هيئة قضائية، ولا يجوز الدفع أمامها بالإحالة وإلا كان غير مقبول نظراً لخصوصية نظام التحكيم الإلكتروني، والقوة الإلزامية لاتفاق التحكيم و وجوب احترام إرادة أطراف التحكيم(١).

(ب) - حكم التحكيم الإلكتروني حضوري لا غيابي : نظراً لأن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يتم باتفاق الأطراف، لذلك لا يتصور أن يدعي أحد الأطراف بعدم علمه بقيام خصومة التحكيم الإلكتروني حتى و إن تغيب عن المشاركة في إجراءات التحكيم طالما لم ينازع في وجود اتفاق التحكيم أصلاً، فتقاعس أحد الأطراف عن إجراءات التحكيم لا يمنع من بدء أو استمرار إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك إقراراً من المدعي عليه بدعوى المدعي ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك (م ٢/٣٤م تحكيم مصري). وإذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات - حضور إلكتروني - أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الإلكتروني الاستمرار في إجراءات التحكيم الإلكتروني وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها (م ٣٥م تحكيم مصري). فلا يشترط حضور الأطراف لجلسات خصومة التحكيم الإلكتروني مادام قد تحقق مبدأ المواجهة بين الأطراف بفرص متساوية في تقديم براهينه وحججه وأوجه دفاعه، ولذلك فإن غياب أحد الخصوم لا يحول دون صدور حكم التحكيم الإلكتروني مادام أنه قد تم تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم(٢).

(1) د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٤م، ص ٣٠٢ وما بعدها؛ والطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دارالفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٧م، ص ٢٥ وما بعدها. د.محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية، ص ١٨٨. د.ماهر محمد صالح عبدالفتاح، اتفاق وحكم التحكيم، ص ٣٠٩.

(2) د.حفيظة السيد الحداد، الموجز، ص ٣٠٢ وما بعدها، والطعن بالبطلان، ص ٣٥ وما بعدها. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص ١٦٢ وما بعدها.



(ج) - حكم التحكيم الإلكتروني الاتفاقي أو الرضائي : هو حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم الإلكتروني في خصومة تحكيم بناءً علي طلب الأطراف بعد اتفاهم علي تسوية النزاع بينهم علي نحو معين أثناء إجراءات التحكيم الإلكتروني بإقرار اتفاق الأطراف علي التسوية، وإذا اتفق الطرفان خلال سير إجراءات خصومة التحكيم الإلكتروني علي تسوية تنهي النزاع بينهما كان لهما أن يطلبوا إثبات شروط التسوية في شكل عقد أمام هيئة التحكيم الإلكتروني، والتي يجب عليها في تلك الحالة أن تصدر قراراً يتضمن شروط التسوية، وينهي إجراءات التحكيم الإلكتروني، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من حجية وقوة بالنسبة للتفيذ. بمعنى أنه يجب علي هيئة التحكيم الإلكتروني تكريس ما توصلت إليه إرادة الأطراف بالتسوية المتفق عليها في شكل عقد بحكم قد ينهي الإجراءات، ويتمتع بالحجية، وكافة الآثار المترتبة عليه، وذلك بنص (م ٤١) تحكيم مصري، و(م ٣٦/١) من قواعد اليونسترال، و(م ٨/٢٦) من قواعد تحكيم محكمة لندن، و(م ٣٢) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ ف، و(م ٣٠) من القانون النموذجي... (١).

(د) - حكم التحكيم الإلكتروني التفسيري : يجوز لكل من طرفي التحكيم الإلكتروني أن يطلب من هيئة التحكيم الإلكتروني خلال ميعاد معين من تسلمه حكم التحكيم الإلكتروني وإلا كان طلبه غير مقبول تفسير ما وقع في منطوق حكمها من غموض أو إبهام ، ويجب علي طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم الإلكتروني، ويصدر التفسير كتابه خلال ميعاد معين من تاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم الإلكتروني بإعتبارها أعلم من غيرها بحقيقة

---

د.محمود مختار بربري، التحكيم، ص٣٢٥. د.محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص٤٠. د.ماهر محمد صالح عبدالفتاح، اتفاق وحكم التحكيم، ص٣١٥.  
(1) د.أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم، ص٥٧١. د.محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص٤٢-٤٤. د.حفيفة السيد الحداد، الطعن بالبطلان، ص٣٦ وما بعدها. د.ماهر محمد صالح عبدالفتاح، اتفاق وحكم التحكيم، ص٣١٦ وما بعدها.

-E. Gaillard; Arbitrage Commercial international; Juris- class.intrn. Fasc.586-1;1994; N.18-19.

المقصود من منطوق حكمها ، وذلك بهدف استجلاء غموض مضمون حكمها إذا كانت صياغة منطوقه غير واضحة بحيث تؤدي إلي اختلاف الرأي حول حقيقة المقصود منه، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الإلكتروني الذي يفسره وتسري عليه أحكامه، ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد مدة معينة إذا رأت ضرورة لذلك، ويجب إحترام مبدأ المواجهة أثناء تفسير حكم التحكيم الإلكتروني(م٤٩م تحكيم مصري)(١).

**(هـ) – حكم التحكيم الإلكتروني الإضافي :** يجوز لكل من طرفي التحكيم الإلكتروني، ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم الإلكتروني خلال ميعاد معين من تسلمه حكم التحكيم الإلكتروني طلب إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات موضوعية أصلية أو احتياطية أو تبعية قدمت خلال الإجراءات و تمسك بها الخصم في مذكراته الختامية، وأغفلها حكم التحكيم الإلكتروني. ويجب إعلان طلب حكم إضافي إلى الطرف الآخر، وتصدر هيئة التحكيم الإلكتروني حكمها خلال ميعاد معين من تاريخ تقديم الطلب و يجوز لها مد هذا الميعاد مدة معينة إذا رأت ضرورة لذلك بعد نظر الطلب مواجهة بين الطرفين من هيئة التحكيم الإلكتروني بكامل تشكيلها، وذلك بنص (م٥١) تحكيم مصري... ويخضع هذا الحكم لما يخضع له حكم التحكيم الإلكتروني الأصلي من حيث كيفية صدوره وطريقة إعلانه و ودعوي بطلانه وإجراءات تنفيذه(٢).

**(و)– قرار التحكيم الإلكتروني التصحيحي :** تتولى هيئة التحكيم الإلكتروني تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار

---

(1) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند٢٦٦ وما بعده، ص٤٦٤ وما بعدها. د.نبيل عمر، التحكيم، بند١٥٠، ص١٧٣ وما بعدها. د.محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية، ص١٨٨. د.عبد محمد القصاص، حكم التحكيم، بند ٦٥، ص ١٩٨ وما بعدها. د.عبدالمعزم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، ص ٣٣٩. استئناف القاهرة، دائرة ٧ اقتصادية، ٤/٣ /٢٠٠٧م، دعوي رقم ١١٩ لسنة ١٢٣ق.تحكيم، غير منشور.

-Cass. Civ.2 □ ; 21 juin 1995; Rév. arb. 1995; P.448.

(2) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند٢٧٤ وما بعده، ص ٤٧٥ وما بعدها. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند٧، ص٦٢. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بند٦٧، ص٢١٠-٢١١. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند٤٩٨، ص٤٠٩.

تصدره من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم ولو بعد انقضاء ميعاد التحكيم مادام حكم التحكيم قائماً، وتجري هيئة التحكيم الإلكتروني التصحيح من غير مرافعة خلال ميعاد معين من تاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، ولها مد هذا الميعاد مدة معينة إذا رأت ضرورة لذلك، ويتم ذلك من واقع العناصر الثابتة في بيانات الحكم و محضر الجلسة و وفقاً لما يظهره ملف القضية و حسب ما يمليه العقل، ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم الإلكتروني و يعلن إلى الطرفين خلال ميعاد معين من تاريخ صدوره و إذا تجاوزت هيئة التحكيم الإلكتروني سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان (م ٥٠م تحكيم مصري) (١).

(ز) — حكم التحكيم الإلكتروني الوتقي أو المستعجل : حكم التحكيم الإلكتروني الوتقي هو الحكم الذي يصدر في طلب ووتي ويكون الغرض منه الأمر بإجراء تحفظي أو ووتي لمواجهة خطر التأخير في توفير الحماية الموضوعية للحقوق والمراكز القانونية. فيجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني إصدار أحكاماً ووتية أو مستعجلة، كالحكم بالحراسة أو بالنفقة الوتية أو إثبات حالة... وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها في الموضوع، ومتعلقة بشأن النزاع الموضوعي المعروف عليها ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، وذلك بنص (م ٤٢م) تحكيم مصري، و(م ٤٦م) من قواعد الوايبو... ويجب تقديم طلب لهيئة التحكيم بذلك من أحد أطراف التحكيم في أي مرحلة كانت عليها إجراءات خصومة التحكيم الإلكتروني حتى قفل باب المرافعة وحجز القضية للحكم، وإعلانه للطرف الآخر لتحقيق مبدأ مواجهة، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تقضي به من تلقاء نفسها دون طلب. ويجب توافر المصلحة والصفة والاستعجال... كشرط لقبول طلب الحماية الوتية أو

---

(1) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٩ وما بعده، ص ٤٧٠ وما بعدها. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٧، ص ٦١. د.كمال عبدالحميد عبدالرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٠م، ص ١٨٨. د.عبدالله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٢٧٥. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ٢٠/٤/٢٠١١م، دعوي رقم ٦٦، ٨٧، لسنة ١٢٦. ق.تحكيم، غير منشور.

المستعجلة. وكذلك يجب أن تكون إجراءات التحكيم الإلكتروني قد بدأت أمام هيئة التحكيم. ويصدر حكم التحكيم الإلكتروني المستعجل بنفس قواعد صدور أحكام المحكمين. ويجوز الطعن ببطان أحكام التحكيم المستعجلة قبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها. ويجوز للأطراف تخويل قضاء الدولة سلطة الفصل في الطلبات الوقتية والمستعجلة قبل تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني، أما بعد تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني فيكون الاختصاص بها مشتركاً بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم الإلكتروني مالم يتفق الأطراف علي غير ذلك(١).

(ح) - حكم التحكيم الإلكتروني الجزئي : هو عبارة حكم التحكيم الإلكتروني الصادرة عن هيئة التحكيم الإلكتروني من تلقاء نفسها أو بناءً علي طلب أحد أطراف خصومة التحكيم الإلكتروني أثناء سيرها في بعض المسائل الموضوعية أو في بعض الطلبات التي يطلب الفصل فيها قبل صدور الحكم الفاصل و المنهي لخصومة التحكيم الإلكتروني كلها. وعليه فيجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً في جزء من الطلبات أو في بعض الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك بنص (م٤٢) تحكيم مصري... والحكم الجزئي حكم موضوعي، وليس حكم وقتي، فهو يحسم جزء من النزاع أي الطلب الذي فصل فيه، وتستنفد هيئة التحكيم الإلكتروني ولايتها فيما فصلت فيه بالحكم الجزئي فقط، فليس لها إعادة النظر فيما فصلت فيه مرة أخرى، بينما تظل ولايتها مستمرة في نظر باقي الطلبات التي لم يفصل فيها الحكم الجزئي. ويصدر الحكم الجزئي بنفس إجراءات صدور الحكم

---

(١) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند ٤٨، ص ١٣٥-١٣٦. د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٣٢، ص ٣٩٩ وما بعدها؛ دعوي بطلان أحكام هيئة التحكيم الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة، مجلة التحكيم العربي ١٩٩٩م، ص ٧٧ وما بعدها. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١٣١، ص ٢٠٠ وما بعدها. د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١م، بند ٢٩٧، ص ٣٩٣. د. سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق الكويتية، ع ٣، ص ٢٥، سبتمبر ٢٠٠١م، ص ٩٢ وما بعدها. د. علي الشحات الحديدي، التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص ٦٧.

الموضوعي المنهي لخصومة التحكيم الإلكتروني كلها. ولذلك يجب أن تتوافر في الحكم الجزئي نفس شروط الحكم النهائي الفاصل في موضوع النزاع(١).

(ط) - حكم التحكيم الإلكتروني التمهيدي : هو القرار أو الحكم الذي تفصل بمقتضاه هيئة التحكيم الإلكتروني في مسألة أولية قبل الفصل في موضوع النزاع التحكيمي بهدف التمهيد لإصدار حكم موضوعي أو وقتي. والحكم التمهيدي ليس فاصلاً في الموضوع كلياً أو جزئياً، وليس حكماً منهيّاً للخصومة، وليس حكماً وقتياً؛ لأنه لا يفصل في طلب وقتي أو مستعجل. ومن ذلك مثلاً: حكم هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع... (م ١٠٢/٢٢٢، تحكيم مصري). والأحكام المتعلقة بالإثبات كالحكم الصادر بنبذ خبير أو أكثر (م ١/٣٦ تحكيم مصري)، وحكم الاستجواب، وحكم التحقيق... وتلتزم هيئة التحكيم الإلكتروني بالقواعد الإجرائية التي تحكم أدلة الإثبات، ولم ينص القانون علي شكل معين بالحكم التمهيدي، ولذا فيمكن أن يصدر في شكل حكم مستقل موقع عليه من هيئة التحكيم الإلكتروني أو في شكل قرار من هيئة التحكيم الإلكتروني يثبت في محضر الجلسة، كما يمكن أن يصدر الحكم التمهيدي من رئيس هيئة التحكيم الإلكتروني إذا خولة القانون ذلك(٢).

(ي) - الأوامر الولائية في التحكيم الإلكتروني : في مصر الأصل والقاعدة أن هيئة التحكيم الإلكتروني لا تملك سلطة إصدار أوامر ولائية؛ لأنها لا تملك سلطة الأمر أو الجبر، كما أن الأوامر الولائية تصدر في غيبة الخصوم وبدون مواجهة،

---

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٣٠، ص ٣٩٨؛ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٢٧٨، ص ٥٠٥. د. محمود الشرفاوي، التحكيم، بند ٢٩٥، ص ٣٩١-٣٩٢. د. محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص ٣٨. د. حفيفة السيد الحداد، الطعن بالبطلان، ص ٢٨. د. ماهر محمد صالح عبدالفتاح، اتفاق وحكم التحكيم، ص ٣١١

-Cass. Civ. 8 mars. 1988; Rév. arb. 1989; P. 480; Not. Ch. Jarrosson.-

(2) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٣١، ص ٣٩٩؛ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٢٧٩، ص ٥٠٦-٥٠٧. د. محمود الشرفاوي، التحكيم، بند ٢٩٦، ص ٣٩٢. د. محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص ٣٠. د. هيثم عبد الرحمن البقلي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، دار العلوم ٢٠١٣م، ص ١٦٢-١٦٣.

وهيئة التحكيم الإلكتروني لا تملك الإخلال بمبدأ المواجهة بين الخصوم، ولكن يجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني بكامل تشكيلها إصدار أوامر وقتية أو ولائية إذا اتفق أطراف التحكيم الإلكتروني علي تحويلها هذه السلطة في شكل قرار بدون تسبيب، ولا يخضع للنظم أو الطعن فيه، ولا يقبل رفع دعوي ببطلانه (م ٢٤م تحكيم مصري)(١). وعلي ذلك يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحدهما، أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، كالأمر بحفظ و إيداع البضاعة المتنازع عليها بأحد المخازن العامة لحين الفصل في النزاع، والأمر ببيع البضاعة القابلة للتلف وإيداع ثمنها لحين الفصل في النزاع. كما أن لهيئة التحكيم طلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير الذي تأمر به.

ولضمان تنفيذ الأوامر الوقتية أو الولاية التي تصدرها هيئة التحكيم الإلكتروني؛ فإنه إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناءً 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 المختصة الأمر بالتنفيذ. ولهيئة التحكيم الإلكتروني الحكم بالتعويض عن ضرر التأخير في تنفيذ أمرها الوقتي أو الولاية. وعلي نفس المنوال نص (م ٣٩م) تحكيم إنجليزي، و(م ٢٦م) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي، و(م ١٧م) من القانون النموذجي، و(م ٢٦م) من قانون اليونسترال، و(م ٢٣م) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٢٥م) من قواعد تحكيم محكمة لندن.

**(ك) - حكم التحكيم الإلكتروني بمصاريف التحكيم :** لم يرد نص في قانون التحكيم المصري - كقانون خاص - يحدد أحكام الحكم بمصاريف الدعوي التحكيمية، ولذا فلا مناص من تطبيق أحكام قانون المرافعات كقانون إجرائي عام. والقاعدة العامة أنه مالم يتفق أطراف التحكيم، فإنه يحكم بالمصاريف علي من خسر الدعوي،

(١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، بند ٤٩، ص ١٣٦. د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٣٣، ص ٤٠١ وما بعدها. د. محمود الشرقاوي، التحكيم، بند ٢٩٠، ص ٣٨٢ وما بعدها. د. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٧١.

وإذا كسب جزءاً وخسر جزءاً آخر فإن هيئة التحكيم الإلكتروني تحكم بالمصاريف علي الطرفين، كل بقدر خسارته في الدعوي التحكيمية. وإذا تسبب أحد طرفي التحكيم الإلكتروني في مصروفات زائدة لامبرر لها، يحكم عليه بتلك المصاريف. وإن صدر حكم التحكيم الإلكتروني المنهي للخصومة و لم يتضمن الحكم بمصاريف الدعوي، جاز لأي من طرفي التحكيم الإلكتروني طلب الحكم بالمصاريف من هيئة التحكيم الإلكتروني بحكم إضافي (م ٥١ تحكيم مصري). ويتحدد مبلغ مصاريف الدعوي التحكيمية من هيئة التحكيم الإلكتروني علي ضوء جدول حساب مصاريف التحكيم من مصاريف إدارية وأتعاب هيئة التحكيم حسب قيمة النزاع(١).

وبعد أن انتهينا من دراسة الفصل الأول (قواعد إصدار حكم التحكيم الإلكتروني) علي النحو السابق، ننتقل الآن إلي دراسة الفصل الثاني (آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه) وهاك تفصيل القول في ذلك:

---

(1) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٥٧، ص ٤٥٠.

## الفصل الثاني

### آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني و تنفيذه

٣٣ - تمهيد و تقسيم : يرجع أساس و مصدر القوة الملزمة لحكم التحكيم الإلكتروني وتقييد الخصوم به في رأي بعض الفقهاء إلي اتفاق الخصوم علي التحكيم الإلكتروني، فالخصوم يلتزمون بحكم التحكيم الإلكتروني لأن إرادتهم اتجهت إلي ذلك بالاتفاق علي التحكيم الإلكتروني(١). ويرى فريق آخر من الفقهاء أن إرادة المشرع هي أساس الصفة الإلزامية لحكم التحكيم الإلكتروني، فالمحكم يصدر حكمه تنفيذاً لقانون التحكيم(٢). وجمع بعض الفقهاء الأساسيين السابقين معاً كمصدر للقوة الملزمة لحكم التحكيم الإلكتروني وهما: إرادة الخصوم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة(٣).

ويترتب علي صدور حكم التحكيم الإلكتروني نفس آثار الحكم القضائي، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن: "...حكم التحكيم تكون له بين الخصوم جميع الآثار التي تكون للحكم القضائي..."(٤). وتتمثل آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني في تمتعه بحجية الأمر المقضي، واستنفاد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني، ولهيئة التحكيم الإلكتروني سلطة في تفسير ما وقع في حكمها من غموض أو إبهام، وتصحيح ما وقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، والفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات.

(١) د.وجدي راغب فهد، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م، ص ٣٨٢؛ هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق الكويتية، س١٧، ع١٦-٢، مارس-يونيو ١٩٩٣م، ص ١٤٣. د.عادل علي محمد النجار، البطان المؤثر في حكم التحكيم، ص٩-١٠.

(٢) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، ص ٢٧٢. د.عادل علي محمد النجار، البطان المؤثر في حكم التحكيم، ص٩-١٠.

(٣) د.نبيل عمر، التحكيم، ص ٢٨٩. د.أسامة المليجي، هيئة التحكيم، ص ١٠ وما بعدها. د.أمال الفزائري، دور قضاء الدولة، ص٣٤. د.عادل علي محمد النجار، البطان المؤثر في حكم التحكيم، ص٩-١٠.

(٤) د.فتح والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند٣٢٣، ص٥٨٩. د.أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها، القاهرة ١٩٩٣م، بند٤٣، ص٩١ وما بعدها. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص١١٤ وما بعدها. د.علي سالم ابراهيم، ولاية القضاء، ص١٣١. نقض مدني ١٩٧٨/٢/١٥، طعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٤٤ق، مج، س٢٩، ج١، ق٩٣، ص٤٧٢.

-Lôic Cadet; Droit Judiciaire Privé; Litec; Paris; 1992; N. 1543; P. 793.



وحكم التحكيم الإلكتروني عمل قضائي له خصائص الأحكام القضائية، فتكون له بين الخصوم جميع الآثار التي تكون للحكم القضائي، ولذلك يترتب على صدوره: تدعيم الحقوق وتقويتها بقطع النزاع، واكتسابه حجية الأمر المقضي، واستنفاده لولاية هيئة التحكيم الإلكتروني بالنسبة لكل المسائل التي فصلت فيها إجرائية كانت أو موضوعية، إلا أنه يجوز استثناء من مبدأ استنفاد ولاية هيئة التحكيم بصدور حكم منهي في الخصومة تفسير الحكم أو تصحيح ما ورد به من أخطاء مادية بحتة. وعلى ذلك لا يجوز لهيئة التحكيم بعد صدور الحكم العدول عما قضت به أو تعديله لانقضاء سلطة هيئة التحكيم في شأن المسألة التي حسمتها بحكم قطعي وخروجها من ولايتها، كما يجوز الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني طبقاً لأحكام قانون التحكيم بدعوي البطلان... (١).

والقاعدة العامة أنه لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم التقليدي أو الإلكتروني إلا بعد استصدار أمر بالتنفيذ من المحكمة القضائية المختصة في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها. فتكتمل القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني بعد إصدار الأمر بتنفيذه، وبوضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم الإلكتروني تنفيذاً لأمر التنفيذ، ويصبح أمر التنفيذ جزءاً مكملاً لحكم التحكيم الإلكتروني، ولا يرد عليه السقوط إلا مع حكم التحكيم بانقضاء مدة تقادم الحق الثابت في حكم التحكيم الإلكتروني (خمسة عشرة سنة من تاريخ صدور حكم التحكيم)، وتسلم صورة تنفيذية من حكم التحكيم للمحكوم له لإتمام تنفيذه طبقاً للقواعد العامة في التنفيذ الجبري إذا لم يتم تنفيذه اختيارياً (٢).

وتسعي مراكز تسوية المنازعات الإلكترونية إلي استحداث وسائل تجعل المحكوم عليه ينفذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر ضده اختيارياً دون حاجة إلى الاستعانة

---

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٤، ص ٤٦٠. د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٤م، ص ٥٦٠ وما بعدها. د. وجدي راغب هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق / جامعة الكويت، س ١٧، ع ٢٤، ١٩٩٣م، ص ١٣٥ وما بعدها. د. نبيل عمر، التحكيم، بند ١٦٦، ص ١٩٥ وما بعدها؛ بند ١٧٥، ص ٢٠٦ وما بعدها. د. محمد نور شحاتة، الرقابة على أعمال المحكمين، ص ١٣٤-١٣٥. د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ١٩٩٩م، ص ٩٦ وما بعدها.

(2) د. نبيل زيد مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، ص ٩٦.

بالقضاء الوطني، كما تسعى إلى ابتداع وسائل متعددة للتنفيذ الذاتي لأحكامها دون اللجوء إلى القضاء الوطني بهدف إبعاد تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني الصادرة منها عن رقابة القضاء الوطني، وتخفيض تكاليف عملية تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني بما يتناسب مع قيمة النزاع بحيث لا يحتاج المحكوم له إلى السفر لدولة التنفيذ، ولا توكيل محامٍ عنه لإتمام إجراءات التنفيذ، وتجنب عدم توافق القوانين الوطنية مع الإجراءات الإلكترونية في العالم الافتراضي(١).

كما يتمتع حكم التحكيم الإلكتروني بالقوة التنفيذية بعد صدور أمر بتنفيذه، وتلك القوة تخضع للوقف. ولحكم التحكيم الإلكتروني آليات تنفيذ ذاتي، وآليات تنفيذ ذاتي غير مباشرة، وآليات تنفيذ ذاتي مباشرة، كما يخضع حكم التحكيم الإلكتروني لأحكام دعوي بطلان، وجزاء الانعدام الإجرائي...

**وبناءً على ذلك نتناول الفصل الثاني ( آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني و**

**تنفيذه ) في مبحثين على النحو التالي :**

**المبحث الأول : آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني.**

**المبحث الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.**

**وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.**

---

(1) د.سامي عبد الباقي ابو صالح، التحكيم التجاري، ص١٦٨، ١٧٤.

## المبحث الأول

### أثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني

٣٤- تمهيد و تقسيم : تتعدد الآثار الإجرائية والموضوعية لحكم التحكيم الإلكتروني التي تحكمها قاعدة النسبية، فالحكم لا يحدث أثراً إلا بالنسبة لأطراف الخصومة و في ذات المسألة التي فصل فيها. وتلك الآثار هي: تدعيم الحقوق وتقويتها بتحديد مراكز الخصوم وتأكيد وبيان الحق وقطع النزاع بشأنه في مواجهة المحكوم عليه وينشئ للمحكوم له سنداً قابلاً للتنفيذ الجبري بعد استصدار أمر بتنفيذه.

ويتمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي من يوم صدوره بالنسبة لأطراف خصومته وخلفائهم في ذات المسألة التي فصل فيها، وبمقتضاها يتعين علي الخصوم التقيد بمضمون الحكم وإحترامه، فلا يجوز إعادة طرح ذات موضوع النزاع الذي فصل فيه مرة أخرى إلا بالطرق المقررة قانوناً. وتعتبر الحجية ضرورة منطقية وعملية لإستقرار الحقوق والمراكز القانونية ومنع تعارض الأحكام، وتعمل الحجية خارج الخصومة أي بعد انتهائها بالنسبة لكل مسألة فصلت فيها هيئة التحكيم الإلكتروني؛ لضمان استقرار الحماية التحكيمية التي منحها حكم التحكيم الإلكتروني. وهذه الحجية تكون مؤقتة تزول بزوال الحكم ذاته وتثبت إذا أصبح باتاً.

كما تستنفد هيئة التحكيم الإلكتروني ولايتها بمجرد صدور حكم التحكيم الإلكتروني بحيث يتمتع عليها العدول عما قضت به أو تعديله أو احداث إضافة إليه، فبمجرد صدور حكم التحكيم الإلكتروني لا يصبح المحكم محكماً بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه سواء أكان متعلقاً بمسألة موضوعية أم إجرائية؛ لأن المحكم يكون قد استنفذ جهده فيما قضي به وليس بقادر علي الحكم بأحسن مما حكم به، وتتقضي سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في شأن المسألة التي حسمتها، فلا يجوز المساس بحكم التحكيم الإلكتروني لاستنفاد الولاية. ولا تملك هيئة التحكيم الإلكتروني أن تحتفظ لنفسها بمكنة تعديل حكم التحكيم الإلكتروني الذي أصدرته ويحظر عليها

المساس به. ويجب أن يكون الفصل في النزاع علي نحو حاسم وبدون نية العودة إليه مرة أخرى؛ لخروج النزاع من ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني.

وبناءً على ذلك نتناول المبحث الأول ( آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني) في مطلبين على النحو التالي:

**المطلب الأول:** تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي.

**المطلب الثاني:** استنفاد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني.

وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.

#### **المطلب الأول**

##### **تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي**

٣٥ – مفهوم تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي : لم يتعرض المشرع المصري لتعريف حجية الأمر المقضي مما أدي إلي اجتهاد الفقه علي اختلاف مذاهبه إلي وضع تعريف للحجية، وجاءت هذه التعريفات مختلفة في الألفاظ والصياغة إلا أنها لم تختلف في المضمون. ويمكن تعريفها بأنها صفة قانونية يكتسبها الحكم القطعي الحاسم للنزاع بمجرد صدوره تحقق اليقين القانوني بتأكيد الحق أو المركز القانوني وتمنع هيئة التحكيم أو القضاء من قبول الدعوي لسبق الفصل فيها بين ذات الخصوم بذات المسألة المحكوم فيها(١).

نصت (م٥٥) تحكيم مصري على أن : " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون". وبذلك يحوز حكم التحكيم الإلكتروني حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، وتبقي هذه الحجية قائمة مابقي الحكم قائماً، حتي لو رفعت دعوي يبطلانه، ولو لم يصدر أمر بتنفيذه. وعلي نفس المنوال نص (م٣٥) من القانون النموذجي، و(م٦/٢٨) من قواعد غرفة التجارة

(١) د.أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٧١م، بند١، ص ٩. د.كمال عبدالحميد عبدالرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٠م، بند ٣٧٩، ص ٢٥٦-٢٥٧.

الدولية بباريس، و(م/٢٦/٩) من قواعد تحكيم محكمة لندن، و(م/٣٤/٢) من قواعد اليونسترال، و(م/٣٢/٢) من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، و(م/٢٥/٥، ٦) من لائحة المحكمة القضائية، و(م/٦٤/ب) من قواعد الوايو، و(م/٨٢٤) إجراءات مدنية إيطالي، و(م/١٠٥٥) إجراءات مدنية ألماني، و(م/٥٨) تحكيم إنجليزي، و(م/٣) من اتفاقية نيويورك...

وقضت محكمة النقض المصرية بأن: "أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز الحجية بمجرد صدورها، وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً ولم يقضي بطلانه، ولا تزول هذه الحجية إلا بزوال الحكم نفسه... فإذا قضي ببطلان حكم التحكيم اعتبر الحكم كأن لم يكن، وتزول حجيته بأثر رجعي" (١).

وفي فرنسا ذهب القضاء الفرنسي من قبل صدور قانون المرافعات الفرنسي الجديد في عام ١٩٧٦م، ومن قبل إضافة مواد التحكيم الداخلي إليه في عام ١٩٨٠م، وقبل إضافة مواد التحكيم الدولي في عام ١٩٨١م، إلي القول بتمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي منذ لحظة صدوره بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه ولأطرافه تكريساً لمبدأ نسبية حجية حكم التحكيم الإلكتروني، وهو ما نص عليه أيضاً المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون المرافعات بمقتضى مرسوم ١٣ يناير ٢٠١١م في (art.1476 et 1500 N.C.P.C.F.) . و أن تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بالحجية قاعدة غير متعلقة بالنظام العام، ولذا لا يمكن الحكم بمقتضاها إلا إذا تمسك بها أحد الأطراف، ولا تقضي بها هيئة التحكيم أو المحكمة القضائية من تلقاء نفسها، وذلك سواء في التحكيم الوطني أو الدولي. وقد يتفق الأطراف في اتفاق التحكيم الإلكتروني علي التزامهم بتنفيذ الحكم فور صدوره، ويعتبر ملزماً ونهائياً بالنسبة لهم(٢).

---

(١) نقض مدني ٢٠٠٧/٣/١٣، طعن رقم ٧٦ لسنة ٧٣ق، غير منشور. نقض مدني ٢٧ / ١٢ / ١٩٩٧م، طعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ق، مج، س ٤٨، ج ٢، ص ١٥٤٧. نقض مدني ٢٧ / ٣ / ١٩٩٦م، طعن ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ص ٥٦٤. نقض مدني ٢/١٥ / ١٩٧٨م، طعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٤ق، مج، س ٢٩، ج ١، ق ٩٣، ص ٤٧٢.

(٢) د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٨١، ص ٣٣٤-٣٣٥. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٣٥٩ وما بعدها.

وتعني حجية الأمر المقضي أن الحكم القطعي - الحكم القطعي هو الحكم الذي يفصل في موضوع الدعوي بحيث يزيل التجهيل القانوني للحق أو المركز القانوني المتنازع عليه و يضع حداً للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعه عنه بفصل حاسم في الحقوق أو المراكز القانونية المتنازع عليها من الهيئة التي أصدرته - بمجرد صدوره يعتبر حجة فيما بين الخصوم بالنسبة لذات الحق الذي فصل فيه محلاً وسبباً حتي ولو كان قابلاً للطعن فيه، فيما يتعلق بالمنازعة التي حسمها الحكم. فما حسمته هيئة التحكيم الإلكتروني بشأن موضوع النزاع لا يجوز أن يكون محلاً للنزاع فيه من جديد أمام هيئة التحكيم أو أمام القضاء، ولا يجوز إعادة النظر في المسألة التي صدر فيها الحكم سواء من تلقاء نفس هيئة التحكيم الإلكتروني التي أصدرته أو محكمة قضائية إلا من خلال الطعن فيه بدعوي البطلان. وإذا رفعت دعوي جديدة عن ذات المسألة المحكوم فيها سواء أمام هيئة التحكيم أو القضاء فيجوز للمحكوم له الدفع بحجية الشيء المحكوم فيه وسبق الفصل في الدعوي(١)

ولا يتمتع بالحجية إلا حكم التحكيم الذي فصل في الحقوق أو المراكز القانونية المدعي بها أو المتنازع عليها وخضع لإجراءات التحقيق القانوني، وبالجزء الذي تم حسمه من النزاع فقط دون الجزء الذي أغفلت هيئة التحكيم

---

-René David; l'arbitrage dans le commerce international economica; Paris; 1982; P. 491.

- Paris. 6 Juill. 1971; Dalloz; 1971; P. 614; Not. **Matulsky**.

-Cass. Civ. 7 Juin. 1972; Dalloz; 1973; Not. **Robert**.

-Paris. 9 Juin. 1983; Rév. arb. 1983; P. 497 ets.

-Paris, 13 Nov. 1987; Rév. arb. 1989; P. 62; Not. **Cacheux**.

(1) د.أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٥م، بند ٢٨١ وما بعده، ص ٥٣٥ وما بعدها. د.أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي، ١٩٩٠م، ص ٩٢ وما بعدها؛ أعمال القاضي التي تحوز الحجية، بند ١٧٩ وما بعدها. د.وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٢١٩ وما بعدها. د.محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، ص ١٢ وما بعدها. د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص ١٠٦ وما بعدها. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم الشرطي، بند ٥١٤، ص ٤٩٨. د.رأفت رشيد ميقاتي، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، ص ٣٠. نقض مدني ٣/٢٧/٢٠٠٣م، طعن رقم ٧٤٩٢ لسنة ٦٥ق، مج، س ٥٣، ج ١، ص ٤٣٢. نقض مدني ١٩٧٧/٣/٢٩م، مج، س ٢٢، ج ١، ص ٢٦٢. استئناف مصر ١١/٣٠/١٩٢٥م، المجموعة الرسمية، س ٢٧، ص ٦٣.

الفصل فيه. والأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني لا يحوز حجية الأمر المقضي؛ لأنه من قبيل الأعمال الولائية باعتباره أمراً علي عريضة. وتكون حجية حكم التحكيم الإلكتروني مؤقتة وغير مستقرة وتقف برفع الطعن فيه إلي أن يقضي في الطعن، فإذا أيدت محكمة الطعن الحكم فإن حجيته تستقر وتصبح نهائية، أما إذا ألغته فإن حجيته تزول عنه ويسقط ما كان له من حجية مؤقتة، وتستقر الحجية إذا تأيد أو فات ميعاد الطعن دون الطعن فيه. وتكون الحجية بالنسبة للمستقبل وتكفل للحكم فاعليته خارج الخصومة التي صدر فيها أي بعد انتهائها بتقييد الخصوم بالحكم ومنع إعادة طرح ذات المسألة المحكوم للفصل فيها من جديد من التحكيم أو القضاء أو أي طريقة أخرى... (١).

وتثبت حجية حكم التحكيم الإلكتروني لمنطوق الحكم لأنه هو الذي يتضمن قرار هيئة التحكيم الإلكتروني الفاصل في النزاع، وللأسباب المكلمة لمنطوق الحكم المرتبطة به إرتباطاً وثيقاً غير قابل للتجزئة بحيث لا تقوم لمنطوق الحكم قائمة إلا به فتكون معه وحدة واحدة لاتتجزأ، ووقائع الدعوي إذا كانت مكلمة لمنطوق حكم التحكيم الإلكتروني بحيث لا يمكن تحديد أو فهم منطوق الحكم بغيرها. وتكون الحجية لكل ماورد بالحكم من قضاء صريح أو ضمني (٢).

ومن أهم الاعتبارات التي تقوم عليها حجية حكم التحكيم الإلكتروني هي أن الحكم قد صدر صحيحاً من حيث الشكل والإجراءات وضع حد

---

(1) د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢٨١ ومابعده، ص ٥٣٥ وما بعدها. د.أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص ٩٢ ومابعدها؛ أعمال القاضي التي تحوز الحجية، بند ١٧٩ ومابعدها. د.وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ١٥٨ ومابعدها. د.محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، ص ١٢ ومابعدها. د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص ١٠٦ ومابعدها. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم الشرطي، بند ٥١٤، ص ٤٩٨. د.رأفت رشيد ميقاتي، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، ص ٣٠. د.محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ص ٤٦ ومابعدها.

(2) الإشارة السابقة.

نهائي للنزاع بصدور حكم قطعي موضوعي في أصل الحق المتنازع عليه، والحيلولة دون تجدد الخصومات وعدم جواز مناقشة ما حكم به حكم التحكيم الإلكتروني، ومنع العدول عنه أو التغيير في مضمونه من الهيئة التي أصدرته، ومنع الخصوم من إعادة رفع نفس الدعوي بعد الفصل فيها مرة أخرى بدعوي جديدة حتي ولو ظهرت أدلة جديدة لم يسبق عرضها علي الهيئة التي أصدرته ولم يتناولها الحكم الصادر فيها وإلحُكِمَ بعدم قبولها لسبق الفصل فيها بالتحكيم الإلكتروني. واكتساب الحكم لحجية الأمر المقضي لا تؤثر علي حق المحكوم له في النزول عن الحكم الصادر لصالحه إذا تنازل عن الحق الثابت به، ولا تحول دون اتفاق الخصوم علي تنظيم العلاقة بينهم بشكل آخر مختلف (١).

ويتمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي حتي ولو كان قابلاً للطعن عليه كقرينة علي الحقيقة والمشروعية وصحة الحكم من ناحية الشكل وعلي الحق من ناحية الموضوع، وتحقيق اليقين القانوني بتأكيد وإستقرار الحقوق والمراكز القانونية ووضع حد نهائي للنزاع حتي لا يتكرر، وإحتراماً لهيئة الحكم وحرمته وأهميته، وحتى لا تتأبد المنازعات بوضع حد لها ومنع تجديدها مرة أخرى، والحيلولة دون تجدد الخصومات إلي ما لا نهاية، ومنع تعارض الأحكام في الخصومة الواحدة، ونيل الثقة والمصادقية في حكم التحكيم الإلكتروني، ولتأكيد سيادة القانون. وتمنع الحجية إعادة عرض ما تم الفصل فيه من جديد علي القضاء أو التحكيم إلا بطرق الطعن وبالمواعيد المقررة قانوناً كضرورة لحفظ السلام والعدل الإجتماعي. وتتصرف الحجية إلي المستقبل وخارج

---

(١) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٩، ص ١١٨-١٢٠. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ١٢٨ ومابعدها. د.عيد القصاص، قانون التحكيم، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٥م، بند ١٧٥، ص ٤٨٧ ومابعدها. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٦٠ ومابعده، ص ٥٦ ومابعدها. د.محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، فكرة الافتراض في قانون المرافعات ١٩٩٨م، بند ٢٣٤، ص ٢٦٢. د.علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء علي التحكيم، ص ١٣١ ومابعدها. د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، بند ٨، ص ٢٠-٢١. د.إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٦٠ هامش (٢). د.رضوان هاشم حمدون، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، ص ٩٦. د.عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها ١٩٩٥م، ص ٤٣. نقض مدني ٢٧/٣/٢٠٠٣م، طعن رقم ٧٤٩٢ لسنة ٦٥ق، مج، س ٥٣، ج ١، ص ٤٣٢.



الخصومة التي صدر فيها حكم التحكيم الإلكتروني، ولا يخل عدم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بما له من حجية وقوة الأمر المقضي، ولا تمنع الحجية المحكوم له من التنازل عن حكم التحكيم الإلكتروني الصادر لصالحه(١).

وتحقق حجية حكم التحكيم الإلكتروني وظيفتها من خلال أثرين : أحدهما سلبي، والآخر إيجابي. فالأثر السلبي للحجية يظهر من خلال منع المحكوم عليه من رفع نفس الدعوي التي صدر فيها حكم التحكيم الإلكتروني من جديد حتي ولو ظهرت أدلة جديدة لم يسبق عرضها علي هيئة التحكيم الإلكتروني التي أصدرته، ولم يتناولها حكم التحكيم الإلكتروني الصادر فيها. و يظهر الأثر الإيجابي للحجية في أن يكون لمن صدر الحكم لصالحه التمسك بمقتضاه دون حاجة لأن يثبت من جديد وجود هذا الحق، واحترام هيئة التحكيم الإلكتروني والخصوم لمضمون حكم التحكيم الإلكتروني الصادر في الخصومة التحكيمية سواء عند رفع نفس الدعوي من جديد أو عند إثارة نفس المسألة المحكوم فيها(٢).

ومناطق التمسك بحجية حكم التحكيم الإلكتروني في المنع من العودة إلي مناقشة المسألة التي فصل فيها بأية دعوي تالية يثار فيها ذات النزاع المحكوم فيه هو تقديم صورة رسمية من حكم التحكيم الإلكتروني، والتمسك بأثره دون تأخير ينبيء عن التنازل عنه(٣).

### ٣٦ - أساس تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي: تتنوع أحكام

التحكيم الإلكتروني من حيث القوة الملزمة التي يتمتع بها حكم التحكيم الإلكتروني

---

(١) د.أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م، ص٣٧٠-٣٧١ ؛ المرافعات المدنية والتجارية، ط٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، بند ٥٦١، ص٧٨٠ ومابعدها. د.وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ١٩٤؛ ص ٢٣٩ ومابعدها. د.أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص ١٠٢. د.أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة ١٩٧١م، ص ٨٧. د.عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها، ص ٤٣. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٧٨ ومابعده، ص ٧٠ ومابعدها.

(٢) الإشارة السابقة.

(٣) د.فتححي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٣٢٣، ص ٥٩٠. نقض مدني ٢٠٠٧/٣/١٣م، طعن رقم ٧٦ لسنة ٧٣ق.

إلي: تحكيم ملزم بطبيعته وهو الذي يتمتع فيه حكم التحكيم بقوة ملزمة كحكم القضاء، وتحكيم غير ملزم بطبيعته وهو الذي لا يتمتع فيه حكم التحكيم بقوة ملزمة، وتحكيم ملزم مشروط بأجل محدد وهو التحكيم الذي يتمتع فيه أحد الطرفين أو كليهما بحرية قبول أو رفض حكم التحكيم خلال ميعاد محدد يصبح بعده الحكم ملزماً، وتحكيم غير ملزم باتفاق الأطراف وهو التحكيم الذي تنتهي فيه خصومة التحكيم بحكم لا يتمتع بقوة ملزمة باتفاق أطراف التحكيم مسبقاً على ذلك(١).

وعلى ذلك يختلف مفهوم حجية حكم التحكيم الإلكتروني عن مفهوم حجية الحكم القضائي، فلا يجوز قياس حجية حكم التحكيم الإلكتروني على حجية الحكم القضائي لاختلاف الأسس والاعتبارات التي تقوم عليها الحجية في كل منها. فيتمتع الحكم القضائي فور صدوره بحجية الأمر المقضي بصرف النظر عن قابليته للطعن فيه أم لا، بمعنى أن ما سبق عرضه على المحكمة وتم الفصل فيه لا يجوز إعادة طرحه مرة أخرى من جديد أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو محكمة أخرى من نفس درجتها، إلا بطرق الطعن في الأحكام المقررة قانوناً، فالأمر الذي كان محلاً للمنازعة فيه وصدر بشأنه حكم لا يكون قابلاً لمنازعة فيه فيما بعد (عدم القابلية للمنازعة)، ويتمسك بالحجية عن طريق الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها عند وحدة الخصوم بصفاتهم، والموضوع والسبب (وحدة المسألة المحكوم فيها) في الدعويين، وذلك في أي حال تكون عليه الدعوى، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها. ولذلك لا يجوز للخصوم ولو بأدلة قانونية أو واقعية جديدة، طرح النزاع من جديد أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أي محكمة أخرى من نفس الدرجة سواء أكان ذلك باتفاق الخصوم أو بناءً على طلب أحدهم، وتظل هذه الحجية قائمة طالما بقي الحكم قائماً، وإذا كانت الحجية تلحق بالحكم الابتدائي

(١) د.أحمد هندي، التحكيم، بند٢٩، ص١١٨-١٢٠. د.عبد القصاص، قانون التحكيم، بند ١٧٥، ص ٤٨٧ ومابعدھا. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند٦٠ ومابعدھ، ص ٥٦ ومابعدھا. د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، بند٨، ص٢٠-٢١. د.إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص٤٦٠ هامش(٢). د. رضوان هاشم حمدون، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، ص٩٦. د.عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها ١٩٩٥م، ص٤٣. نقض مدني ٢٠٠٣/٣/٢٧م، طعن رقم ٧٤٩٢ لسنة ٦٥ق، مج، س ٥٣، ج ١، ص ٤٣٢.

من وقت صدوره، فهي حجية مؤقتة؛ لأنها تقف بمجرد الطعن فيه بالاستئناف، فإذا قضي بتأييد ذلك الحكم صار نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي، أما إذا قضي بإلغائه زالت عنه حجيته(١).

وإذا كان قوام حجية حكم التحكيم الإلكتروني مبدأ سلطان الإرادة واتفق الأطراف علي التحكيم الإلكتروني بإعتباره نظام تعاقدية في أساسه وقضائي في هدفه، فإن أساس حجية حكم التحكيم الإلكتروني اعتبارات الصالح الخاص وحماية المصلحة الخاصة، ولهذا تكون حجية حكم التحكيم الإلكتروني بعيدة عن أي اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، ولذا فليس هناك ما يحول بين الأطراف وسلطاتهم في رفض ما قضي به حكم التحكيم الإلكتروني وبدء إجراءات جديدة أمام هيئة تحكيم جديدة أو أمام القضاء بإعتباره الأصل في التقاضي . ولا تملك المحكمة القضائية التي عرض عليها النزاع الذي سبق صدور حكم تحكيم فيه من قبل متعلقاً بذات النزاع من جديد أن تقضي بعدم جواز نظر الدعوي لسابقة الفصل فيها من تلقاء نفسها إذا لم يدفع الطرف الآخر أمامها بحجية حكم التحكيم الإلكتروني، إذ يعتبر في هذه الحالة متنازلاً عن حكم التحكيم الإلكتروني ويقبل عرض النزاع من جديد علي القضاء، ولا تثريب علي المحكوم له إذا نزل عن الحكم الصادر لصالحه؛ لتعلق الأمر بحقوق خاصة(٢).

وتعتبر حجية حكم التحكيم الإلكتروني غير متعلقة بالنظام العام، وهي ذات أثر نسبي علي أطرافه وخلفهم العام و الخاص، والمسألة المحكوم فيها، لذا يمكن للأطراف الاتفاق علي مخالفة حكم التحكيم الإلكتروني

---

(1) د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢٨١ ومابعده، ص٥٣٥ وما بعدها؛ أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، ص١٣؛ التحكيم، بند٢٩، ص ١١٩-١٢٠. د.طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٢م، ص٥٩٢. د.عبد محمد القصاص، حكم التحكيم، بند٥٥، ص١٧٢. جورج حزبون، ودرضوان عبيدات، الزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي، مجلة الشريعة والقانون، تصدرها كلية القانون/ جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٦٤، إبريل ٢٠٠٦م، ص ٤٨١ ومابعدها. نقض مدني/٤/٧/١٩٩٦م، طعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٦٠ ق، مج، س٣٧، ج١، ص٢٥٦.

(2) د.وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق/ جامعة الكويت، س١٧، ع ٢-١، مارس-يونية ١٩٩٣م. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٣٣، ص ١٠٧ ومابعدها. نقض مدني ١٩٦٠/٦/٣٠م، طعون رقم ٤٠٩، ٤١٠، ٤١٤، ٤١٨ لسنة ٢٥ق، مج، س ١١، ص ٤٧٦.

كما تم الاتفاق علي اللجوء إلي التحكيم بداية باتفاق تحكيم، وذلك بعدول طرفيه عن الحكم الصادر فيه، أو رفضه من كليهما، أو اللجوء إلي القضاء أو التحكيم مرة أخرى. وعلي ذلك فإن لطرفي حكم التحكيم الإلكتروني أن يتفقا علي بدء إجراءات جديدة أمام هيئة تحكيم جديدة دون أن يكون لهذه الهيئة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول طلب التحكيم، كما أنه إذا لجأ المحكوم عليه إلي القضاء بدعوي جديدة عارضاً عليه ذات المسألة المحكوم فيها بحكم التحكيم الإلكتروني فإن المحكمة لا تملك من تلقاء نفسها دون أن يتمسك المحكوم له بحجية حكم التحكيم الإلكتروني الصادر لصالحه الحكم بعدم قبول نظر الدعوي لسابقة الفصل فيها، وذلك سواء في مجال التحكيم الوطني أو الدولي(١).

بينما حجية أحكام القضاء قوامها القانون وأساسها اعتبارات الصالح العام وحسن سير مرفق القضاء كمرفق عام في الدولة يقوم بتقديم خدمة عامة، وذلك بوضع حد للمنازعات والحيلولة دون تجديدها وتأييدها، وتحقيق اليقين القانوني بضمان استقرار الحقوق والمراكز القانونية، وعدم حدوث تعارض وتناقض بين الأحكام، واحتراماً للثقة وحفظاً لهيبة أحكام القضاء، فالحكم القضائي عنوان الحقيقة ويحمل في طياته قرينة الصحة والحقيقة، ولذا لايجوز رفع دعوي أصلية ببطلان الحكم القضائي لعدم عدالته أو لعدم صحته، فلا دعاوي بطلان ضد الأحكام القضائية لأنها تتمتع بحجية الأمر المقضي، فلكل شخص الحق في الحماية القضائية مرة واحدة بالنسبة لنفس النزاع الواحد حتى لايتعطل مرفق القضاء بالانشغال إلى ما لانهاية بنظر منازعات سبق الفصل فيها، وفي السماح

---

(١) د.عبد القصاص، قانون التحكيم، بند ١٧٥، ص ٤٨٧؛ ومابعدها؛ حكم التحكيم، بند ٥٨، ص ١٧٧ ومابعدها. د.هيثم عبدالرحمن البيهقي، التحكيم الإلكتروني، ص ١٩٢.

- Paris. 6 Juill. 1971; Dalloz; 1971; P.614; Not. **Matulsky**.  
-Cass. Civ. 7 Juin. 1972; Dalloz; 1973; Not. **Robert**.  
-Paris. 9 Juin. 1983; Rév.arb.1983;P.497 ets.  
-Paris, 13 Nov. 1987;Rév.arb.1989;P.62;Not. **Cacheux**.

للقضاء بنظر النزاع المحكوم فيه مرة أخرى احتمالية لصدور أحكام متعارضة مما يتنافى مع حسن سير القضاء(١).

الأمر الذي دفع المشرع المصري إلى جعل حجية الأحكام القضائية متعلقة بالنظام العام لحسن أداء مرفق العدالة كمرفق عام في الدولة (م ١٠١ إثبات مصري - م ١/١١٥، م ١١٦ مرافعات مصري). وتلتزم بالحجية المحكمة التي أصدرت الحكم، والمحاكم الأخرى التي تكون من نفس درجتها، وكما تكون للحكم حجيته قبل أطرافه، فتمتد حجيته إلي خلفهم العام، والخاص متي كان الحكم سابقاً علي إكتساب الخلف حقه، وترد الحجية علي منطوق الحكم، وأسبابه المكملة والمرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق بحيث لايقوم المنطوق بدونها(٢).

ورغم أن المشرع الفرنسي اعترف بحجية الأمر المقضي للأحكام بمقتضي نص (art. 480 N.C.P.C.F.) التي قررت أن الحكم الذي فصل في منطوقه في الطلبات الأصلية أو في جزء منها أو في دفع إجرائي أو دفع بعدم القبول أو في مسألة أخرى يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد النطق به بشأن ذات المنازعة التي فصل فيها، إلا أنه لم يجعل حجية الأمر المقضي متعلقة بالنظام العام، أي أن حجية الأمر المقضي غير متعلقة بالنظام العام في القانون الفرنسي، فلا يجوز للمحكمة ولا لهيئة التحكيم إثارة مسألة الحجية من تلقاء نفسها، سواء كان حكماً قضائياً أو حكماً تحكيمياً(٣).

(١) د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢٨١ ومابعده، ص ٥٣٥ وما بعدها؛ أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، ص ١٣؛ التحكيم، بند ٢٩٤، ص ١١٩-١٢٠. دطلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص ٥٩٢. د.عبد محمد القصاص، حكم التحكيم، بند ٥٥٥، ص ١٧٢. جورج حزبون، ودرضوان عبيدات، الزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي، ص ٤٨١ ومابعدها. نقض مدني ١٩٩٦/٤/٧م، طعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٣٧، ج ١، ص ٢٥٦.

(٢) د.أحمد هندي، قانون المرافعات، بند ٢٨١ ومابعده، ص ٥٣٥ وما بعدها؛ التحكيم، بند ٢٩٤، ص ١١٩-١٢٠. د.أحمد ماهر زغول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، ١٩٩١م، ص ٥٨-٥٩. د.سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات ٢٠٠٥م، ص ٧٣٦ وما بعدها. نقض مدني ٢٠٠٣/١٢/١٤م، طعن رقم ١٠٨٨١ لسنة ٦٦ ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ٢٣٩، ص ١٢٤٨. نقض مدني ١٩٩٦/٣/١٠م، طعن رقم ١١٩٧ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٨٥، ص ٤٣٩. نقض مدني ١٩٦٨/١/٢٣م، مج، س ١٩، ج ١، ق ١٦، ص ٩٧.

(٣) د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٣٠-١٣١، ص ١٠٥-١٠٦. -Vincent et Guinchard; Procédure Civile; 24 éd.; Dalloz; Paris 1996; N.180; P. 169.

وعلي ذلك فإن الحجية تكون هي منع الخصوم من مناقشة أو عرض ذات النزاع الذي فصل فيه علي القضاء أو التحكيم الإبطرق الطعن المحددة قانوناً، فترتب الحجية منع إعادة نظر الدعوي لسبق الفصل فيها. ولكن لأن حجية حكم التحكيم الإلكتروني قوامها إرادة واتفاق أطراف التحكيم الإلكتروني وإطارها مرهون بمشيتتهم واعتبارات مصالحهم الخاصة دون التقيد بأحكام القانون، لذلك يملك أطراف التحكيم الإلكتروني لتحقيق مصالحهم الخاصة – إذا لم يحظى حكم التحكيم بقبولهم – الالتجاء إلى نفس هيئة التحكيم الإلكتروني أو إلى هيئة تحكيم أخرى دون أي قيد طالما كان ذلك باتفاقهم جميعاً، وليس من حق هيئة التحكيم الإلكتروني أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول دعوى التحكيم لسبق الفصل فيها، كما يجوز للخصوم باتفاقهم الالتجاء إلى قضاء الدولة للفصل في نزاعهم الذي سبق الفصل فيه بالتحكيم الإلكتروني، دون أن يكون من حق المحكمة القضائية التي تنتظر النزاع أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها بالتحكيم، وذلك لأن حق اللجوء للقضاء حق دستوري متعلق بالنظام العام، ما لم يتمسك أحد الأطراف بحجية حكم التحكيم الإلكتروني، فحجية حكم التحكيم الإلكتروني ترتبط باتفاق التحكيم، وبالمصالح الخاصة لأطراف التحكيم(١).

وتسبغ قواعد التحكيم الإلكتروني لمنظمة الأيكان الحجية على حكم التحكيم الإلكتروني بمجرد صدوره لحماية المصالح الخاصة لأطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني – وليس لحماية المصلحة العامة المرتبطة بحجية أحكام القضاء التي تصدر عن مرفق عام في الدولة – في حدود الموضوع الذي فصل فيه وكان محل نزاع، وطرح علي بساط البحث فعلاً، وكان محلاً للمناقشة بين طرفي خصومة

---

-Paris. 9 Juin. 1983; Rév.arb.1983; P. 497 ets.

-Paris, 13 Nov. 1987; Rév.arb.1989; P. 62

(١) دنبييل إسماعيل عمر، التحكيم، بند ١٧٥-١٧٦، ص ٢٠٦ وما بعدها. د.أحمد صاوي، التحكيم ٢٠٠٢، بند ١٩٨-١٩٩، ص ٢٥٥؛ الوجيز في التحكيم، ط٣، ٢٠١٠م، بند ٢٨٩، ص ٤٠٧ وما بعدها. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٩، ص ١١٩-١٢٠. د.مختار بريري، التحكيم، بند ١٥٤-١٥٥، ص ٢٥٥ وما بعدها. د.هبة بدر أحمد محمد صادق، الحماية الوقائية في التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٩م، ص ١٩٩ وما بعدها؛ ص ٣٣٧ وما بعدها. نقض مدني ١٩٦٠/٦/٣٠م، مج، س ١١، ج ١، ص ٤٧٦.

التحكيم، وكان محل بحث من هيئة التحكيم الإلكتروني في مواجعتهم. وعلى ذلك يجوز للأطراف بعد صدور حكم التحكيم الإلكتروني الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم التقليدي أو الإلكتروني مرة أخرى؛ لأن هيئة التحكيم هيئة خاصة ليست من مرفق القضاء أو اللجوء إلى قضاء الدولة باستعمال حق التقاضي كحق دستوري متعلق بالنظام العام. وعلى ذلك فحكم التحكيم الإلكتروني الصادر وفقاً لقواعد الايكان لا يتمتع بحجية الأمر المقضي بمفهومها القضائي، ولا بالقوة الإلزامية في مواجهة أطرافه، بل يمكن للأطراف الاتفاق على استبعادها كلية(١).

### ٣٧ - النطاق الشخصي لحجية حكم التحكيم الإلكتروني : يشترط لتمتع حكم

التحكيم الإلكتروني بالحجية في مواجهة شخص معين أن يكون هذا الشخص طرفاً في اتفاق التحكيم الإلكتروني، وأن يكون طرفاً حقيقياً طلب شيء أو طلب منه شيء في خصومة التحكيم الإلكتروني التي صدر فيها الحكم بعد تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم فيما طرحوه على هيئة التحكيم الإلكتروني وفصلت فيه.

حجية حكم التحكيم الإلكتروني حجية نسبية وليست مطلقة. فالحكم حجة على مَنْ كان خصماً - أي من كان طرفاً في خصومة التحكيم الإلكتروني التي صدر فيها - لا غيراً حيث تقتصر حجية حكم التحكيم الإلكتروني على الخصوم الذين صدر الحكم في مواجعتهم دون غيرهم ممن لم توجه إليه إجراءات في خصومة التحكيم الإلكتروني. فلا يجوز أن يحتج على شخص بحكم صدر في دعوي لم يكن طرفاً فيها، ولم توجه إليه إجراءات الخصومة و لم يختصم فيها؛ وذلك لأن الطرف في الخصومة هو وحده الذي يسمح له بالدفاع عن حقوقه، وهو وحده أيضاً الذي يكون حكم التحكيم الإلكتروني صادر في مواجعتهم وصالحاً لانتاج آثار قانونية تتصل بحقوقه ومركزه القانوني. ويعتبر حكم التحكيم

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٤، ص ٤٦٠-٤٦١. د. أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٧، ص ٥٨-٥٩. د. محمود مختار بريري، التحكيم، بند ١٥٤، ١٥٥، ص ٢٥٥. د. أحمد صاوي، التحكيم، بند ١٩٨-١٩٩، ص ٢٥٥. د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٥٩-٤٦١. د. رضوان هاشم حمدون، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، ص ٩٦.

الإلكتروني ورقة بيضاء بالنسبة للغير، فلا يستفيد منه إلا من صدر لصالحه (المحكوم له)، ولا يحتج به إلا علي من صدر ضده (المحكوم عليه)، ولا يصح التمسك به في مواجهة الغير حتي ولو كان صادراً في موضوع غير قابل للتجزئه، بل فقط بين أطرافه بصفاتهم التي مثلوا بها في خصومة التحكيم الإلكتروني، وبالتالي فلا حجية لحكم التحكيم الإلكتروني في مواجهة من لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم الإلكتروني ولو كان طرفاً في اتفاق التحكيم، فالحكم لا يكون حجة إلا علي من كان طرفاً في خصومة التحكيم الإلكتروني، وليس طرفاً في اتفاق التحكيم. ولا حجية لحكم التحكيم علي الغير، وللغير التمسك بالدفع بنسبية أثر حجية الأمر المقضي لحكم التحكيم الإلكتروني إذا تمسك أحد في مواجهته بحكم التحكيم الإلكتروني الصادر في خصومة لم يكن طرفاً فيها ولم يكن علي علم بما قدم فيها من طلبات وما تم فيها من إجراءات (1).

وتثبت الحجية في مواجهة الخصوم وخلفائهم سواء كانت خلافة عامة أو خاصة دون ممثليهم، فتمتد حجية حكم التحكيم الإلكتروني إلي الخلف العام كالوارث، والخلف الخاص كالمشتري بشرط أن يكون حكم التحكيم الإلكتروني سابقاً علي

(1) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٣٩ ومابعدهما. د. أحمد السيد صاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، ص ١٦، ص ١١٤-١١٦، ص ٤٣ ومابعدهما. د. أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص ٧ هامش (٥)؛ آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند ١٥٧، ص ٢٤٨. د. أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٩، ص ١٢٠. د. محمد نور شحاته، مفهوم الغير في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م، ص ١٧٩. د. عيد القصاص، حكم التحكيم، بند ٦٠-٦١، ص ١٨٥ ومابعدهما؛ قانون التحكيم، بند ١٧٢ ومابعد، ص ٤٨٠ ومابعدهما. د. محمود مصطفى بونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٥٢ ومابعد، ص ١٢٣ وما بعدها. د. محمد حسن علي، التحكيم، ص ٥٣٣ ومابعدهما. محمود عبدالرحمن، قوة الشيء المحكوم فيه، ص ١١٦ ومابعدهما. نقض مدني ٢٠٠٥/٤/١٧م، طعن رقم ٥٧ لسنة ٧٤ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٦٨، ص ٣٨٦. نقض مدني ٢٠٠٣/٤/١٧م، طعن رقم ٢٤٧٧ لسنة ٦٤ق، مج، س ٥٤، ج ١، ق ١١١، ص ٦٤٥. نقض مدني ٢٠٠٢/٦/١١م، طعن رقم ٥١٧ لسنة ٥٧ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٥١، ص ٧٦٧. نقض مدني ١٩٩٧/١٢/٢٧م، طعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ق، مج، س ٤٨، ج ٢، ص ١٥٤٧. مركز القاهرة الاقليمي، دعوي تحكيمية رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٠٠م، مجلة التحكيم العربي، أغسطس ٢٠٠٠م، ص ٢١١. استئناف القاهرة، ٢٩/١١/٢٠٠٥م، دائرة ٩٢ تجاري، دعوي رقم ٢٠ لسنة ١٢٢ق، مجلة التحكيم العربي، ع ٩، أغسطس ٢٠٠٦م، ص ٣٨١.

-Cass.Com. 9 Janv.1979; Rév. arb. 1979; P. 478; Not. **Fouchard**.

-Paris 20 Nov.1981; Gaz. pal. 1982;1; som; P. 6.



اكتساب الخلف لنفس الحق المحكوم به، وبنفس سبب التلقي. و يمتد أثر حكم التحكيم الإلكتروني للخلف العام والخاص بموجب قواعد الخلافة وليس كنتيجة لحجية الأمر المقضي، وبالنسبة للوكالة فإن أثر حكم التحكيم الإلكتروني ينصرف إلي الأصيل (الموكل) بموجب قواعد الوكالة أو النيابة، وليس كنتيجة لحجية الحكم، وكذلك بالنسبة لكافة صور العلاقات القانونية كعلاقة الضمان، وعلاقة الكفيل بالأصيل، وعلاقة المؤمن بالمستأمن و المودع لديه... يتعين مراعاة أن أثر الحكم يمتد إليها بموجب النظام القانوني الذي يحكم كل هذه العلاقات ولا شأن لذلك بتمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي. والحكم علي السلف يكون حجة علي الخلف بشأن الحق الذي تلقاه منه، فحكم التحكيم الإلكتروني لا يفيد منه، و لا يضار به، إلا من كان طرفاً فيه؛ لأن حجية حكم التحكيم الإلكتروني حجية نسبية وليست حجية مطلقة، سواء بالنسبة لنفس أطرافه أو لنفس موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم، بمعنى أن الحجية مقيدة بنطاق شخصي، ونطاق موضوعي. (م ١٨٤٢ من مجلة الأحكام العدلية)(١).

ولا يجوز الخلط بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الإلكتروني وحجية حكم التحكيم الإلكتروني الذي صدر بناءً علي هذا الاتفاق، فاتفاق التحكيم الإلكتروني قد يتعدد أطرافه فتمتد قوته الملزمة للجميع، ومع ذلك لا يكون لحكم التحكيم الإلكتروني حجية في مواجهة من لم يعتبر خصماً في خصومة التحكيم الإلكتروني ولم يحضر ولم يناقش أمام هيئة التحكيم الإلكتروني أوجه دفاعه، حيث اقتضت خصومة التحكيم الإلكتروني علي بعض أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني دون آخرين، فهنا رغم التزام الجميع باتفاق التحكيم الإلكتروني فإن حكم التحكيم الإلكتروني لا يحتج به علي

---

(1) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٣٩ ومابعدها. د.أحمد ماهر زغول، الحجية الموقوفة، ص ٧ هامش (٥) ؛ آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند ١٥٧، ص ٢٤٨. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٩، ص ١٢٠. د.محمد نور شحاته، مفهوم الغير في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م، ص ١٧٩. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بند ٦٠-٦١، ص ١٨٥ ومابعدها؛ قانون التحكيم، بند ١٧٢ ومابعده، ص ٤٨٠ ومابعدها. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٥٢ ومابعده، ص ١٢٣ ومابعدها. د.محمد حسن علي، التحكيم، ص ٥٣٣ ومابعدها. محمود عبدالرحمن، قوة الشيء المحكوم فيه، ص ١١٦ ومابعدها.

أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني الذين لم يثر نزاع بينهم ولم يشاركوا في خصومة التحكيم الإلكتروني. فلا حجية لحكم التحكيم الإلكتروني إلا في مواجهة أطرافه تطبيقاً لمبدأ نسبية حكم التحكيم الإلكتروني. ولا تمتد آثار حجية حكم التحكيم الإلكتروني إلي الغير الذي لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم الإلكتروني التي عرضت علي هيئة التحكيم الإلكتروني الذي ظل بمعزل عن إجراءاتها ولم يشارك فيها ولم يتم إعلانه بالحضور فيها أمام هيئة التحكيم الإلكتروني ولم توجه إليه طلبات ولم تتح له فرصة إبداء دفاعه وأوجه دفوعه أمامها، أي لم تكن له مشاركة إجرائية في خصومة التحكيم الإلكتروني(١).

وإذا كان حكم التحكيم الإلكتروني لا يحتج به علي من لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم التي صدر فيها الحكم ولو كان طرفاً في اتفاق التحكيم، فإنه لا يجوز للغير رفع دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني طبقاً لما هو مقرر في قانون التحكيم، بل يمكنه رفع دعوي عدم الاعتراف بحكم التحكيم الإلكتروني في مواجهته؛ لأنه لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم الإلكتروني، كما أنه لم يكن طرف في خصومة التحكيم الإلكتروني التي صدر فيها هذا الحكم، بالتالي لا يعتد بحجية هذا الحكم في مواجهته. ويجوز للغير الذي يضره حكم التحكيم الإلكتروني أن يرفع دعوي بطلان عدم الاعتراف بالحكم في مواجهته وفقاً للقواعد العامة، وهي دعوي تختص بها محكمة أول درجة وفقاً للقواعد العامة في الاختصاص. علي أنه يلاحظ أن دعوي عدم الاعتراف ليست دعوي بطلان ولا تسري عليها أحكامها ولا تختص بها محكمة الدرجة

---

(١) د. أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص ٧ هامش (٥). د. محمد نور شحاته، مفهوم الغير في اتفاق التحكيم، ص ١٢ ومابعداها. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٥٤، ص ١٢٧. د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبدالعال، التحكيم، ص ٤٨١ هامش (٢). د. محمود مختار بريري، التحكيم، بند ١٥٧-١٥٨، ص ٢٦٢ ومابعداها. د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٦٠ هامش (١).

الثانية المختصة بدعوي بطلان حكم التحكيم، وإنما تختص بها محكمة أول درجة المختصة وفقاً للقواعد العامة إحتراماً لمبدأ التقاضي علي درجتين(١).

بينما يري بعض الفقهاء أن دعوي عدم الاعتداد بحكم التحكيم الإلكتروني للغير الذي يضره حكم التحكيم الإلكتروني هي منازعة تنفيذ وقتية ينعقد الاختصاص بها نوعياً لقاضي التنفيذ دون غيره باعتباره قاضياً للأمور المستعجلة؛ وذلك لأن المقصود بها إيقاف تنفيذ هذا الحكم الصادر ضده أو بطلان التنفيذ الذي يجري في مواجهته، وتستأنف أحكام قاضي التنفيذ في المنازعات الوقتية و الموضوعية أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ( م ٢٧٥، م ٢٧٧ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م ) (٢).

وإذا رُفِعَتْ دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني، وحكمت المحكمة المختصة بدعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني ببطلانه، فإن حكم التحكيم الإلكتروني الذي حُكِمَ ببطلانه لا يعد قضية سبق الفصل فيها في أية إجراءات لاحقة لزواله وزوال حجيته بالحكم ببطلانه(٣).

### ٣٨ - النطاق الموضوعي لحجية حكم التحكيم الإلكتروني : استقر الفقه علي أن

حكم التحكيم الإلكتروني الصادر في مسألة موضوعية يحوز حجية الأمر المقضي؛ لأنه يفصل في أصل الحق المتنازع عليه. وحجية حكم التحكيم الإلكتروني حجية نسبية وليست مطلقة، يتحدد نطاقها بنطاق المسألة المحكوم فيها والمحددة بنطاق باتفاق التحكيم الإلكتروني ذاته، فلا يتمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي إلا في حدود ما فصل فيه من نزاع تضمنه اتفاق التحكيم الإلكتروني سواء أكان شرطاً أم مشاركة،

(١) د.قحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٣٢٤، ص ٥٩٢. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٩، ص ١٢٠. استئناف القاهرة ، دائرة ٩١تجاري، ٢٦/٦/٢٠٠٢م، دعوي رقم ١٦ لسنة ١١٩.تحكيم.

(٢) د.الأنصاري حسن النيداني، تنفيذ أحكام التحكيم، ط ١- ٢٠١٤م، ص ٣٤٧-٣٤٨. نقض مني ١٤/١١/١٩٩٦م، طعن رقم ٢١٦١ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٧، ج ٢، ق ٢٣٣، ص ١٢٨٥.

(٣) د.محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص ١٦٧-١٦٨.

حيث يلتزم المدعي عند بدء إجراءات التحكيم الإلكتروني في بيان دعواه المعلنه لخصمه ولأعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني بتحديد المسائل محل النزاع التي يشملها اتفاق التحكيم وطلباته ... (م ١٠/٢ تحكيم مصري - art. 1448 N.C.P.C.F.) ، وبشرط أن يكون الخصوم قد تناقشا في النزاع واستقرت الحقيقة بينهما استقراراً جامعاً مانعاً بحكم قطعي حاسم للنزاع. ويجوز رفع دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني إذا فصل في مسألة لايشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق؛ لأنه يكون قد حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، إذ يُعد ذلك خروجاً علي اتفاق التحكيم الإلكتروني الأصل الارادي لعملية التحكيم الإلكتروني ( م ٥٣/ و تحكيم ) حيث يتقيد حكم التحكيم بما اتفق عليه الخصوم في اتفاق التحكيم بشأن المسائل المتنازع عليها وحدها دون أن يمتد إلي غيرها(١).

وتقتصر حجية حكم التحكيم الإلكتروني علي المسألة المحكوم فيها والتي طرحت علي بساط البحث وكانت محلاً للمناقشة بين الخصوم وفصلت فيها هيئة التحكيم الإلكتروني واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقراراً جامعاً مانعاً. فلا حجية للحكم إلا إذا تعلق الأمر بذات النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم محلاً وسبباً، فالحجية مشروطة بوحدة الموضوع والخصوم والسبب في الدعوي التي سبق الفصل فيها وفي الدعوي الجديدة المطروحة، وهذا لا يتحقق إلا إذا صدر الحكم السابق في نزاع متحد مع النزاع اللاحق محلاً وسبباً، أي لا يتحقق إلا بوحدة المسألة المحكوم فيها

---

(1) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٩، ص ١٢٠. د.محمد نور شحاته، مفهوم الغير في اتفاق التحكيم، ص ١٧٩. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بند ٦٠-٦١، ص ١٨٥ ومابعدها؛ قانون التحكيم، بند ١٧٢ ومابعده، ص ٤٨٠ ومابعدها. د.محمد حسن علي، التحكيم، ص ٥٣٣ ومابعدها. د.أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية، ص ٧٥. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٣٧ ومابعده، ص ١١٣ ومابعدها. د.علي تركي، نطاق القضية في الاستئناف، ص ٢٣٤ ومابعدها. د.عصام فوزي محمد الجنائني، تنفيذ أحكام التحكيم، ص ٣٨-٣٩. نقض مدني ١٩٦٠/٦/٣٠م، طعون رقم ٤٠٩، ٤١٠، ٤١٤، ٤١٨ لسنة ٢٥ق، مج، س ١١، ص ٤٧٦.

محلاً وسبباً، وهذه الوحدة لازمة للقول بأن الدعوي الجديدة هي ذاتها نفس الدعوي التي فصل فيها قبل ذلك. فإذا كان المحل أو السبب في المنازعة الجديدة مختلفاً عنه في الخصومة التي سبق الفصل فيها فإن هذا الحكم لا يتمتع بحجية الأمر المقضي بشأن المنازعة الجديدة. فلا عبرة للطلبات المعروضة علي هيئة التحكيم الإلكتروني طالما لم يفصل فيها ويصدر حكم بشأنها، فلا أهمية إذن لما اتفق عليه الأطراف في اتفاق التحكيم الإلكتروني بشأن النزاع موضوع التحكيم، وإنما العبرة بما فحصته هيئة التحكيم الإلكتروني وحسمته بصور حكم فيه في حدود نطاق اتفاق التحكيم(١).

وإذا كان يشترط للدفع بحجية الأمر المقضي وحدة الخصوم ووحدة المسألة المحكوم فيها، فإذا كان الخصوم أو المحل أو السبب في المنازعة الجديدة مختلفاً عنه في الخصومة التي سبق الفصل فيها فإن هذا الحكم لا يتمتع بحجية الأمر المقضي بشأن المنازعة الجديدة. و يثور تساؤل حول امكانية امتداد حجية حكم التحكيم الإلكتروني السابق علي المنازعات المستقبلية الأخرى التي يمكن أن تتجدد أو تثور بين أطراف خصومة التحكيم الإلكتروني الأولي التي صدر فيها حكم التحكيم الإلكتروني السابق؛ فقد ذهب رأي بعض الفقهاء إلي القول بأن الأصل هو عدم امتداد حجية الأمر المقضي إلي مثل تلك المنازعات المستقبلية طبقاً للقواعد العامة، ولكن من الممكن أن يتفق الأطراف علي أن يكون حكم التحكيم الإلكتروني ملزماً بالنسبة لهم بشأن كل منازعة تثور

(1) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٩، ص ١٢٠. د.محمد نور شحاته، مفهوم الغير في اتفاق التحكيم، ص ١٧٩. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بند ٦٠-٦١، ص ١٨٥ ومابعدھا؛ قانون التحكيم، بند ١٧٢ ومابعدھ، ص ٤٨٠ ومابعدھا. د.محمد حسن علي، التحكيم، ص ٥٣٣ ومابعدھا. نقض منني ١٧/٤/٢٠٠٥م، طعن رقم ٥٧ لسنة ٧٤ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٦٨، ص ٣٨٦. نقض منني ١٧/٤/٢٠٠٣م، طعن رقم ٢٤٧٧ لسنة ٦٤ق، مج، س ٥٤، ج ١، ق ١١١، ص ٦٤٥. نقض منني ١١/٦/٢٠٠٢م، طعن رقم ٥١٧ لسنة ٥٧ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٥١، ص ٧٦٧. نقض منني ٢٧/١٢/١٩٩٧م، طعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ق، مج، س ٤٨، ج ٢، ص ١٥٤٧.

-Cass.Com. 9 Janv.1979; Rév. arb. 1979; P. 478; Not. **Fouchard**.

-Paris 20 Nov.1981; Gaz. pal. 1982;1; som; P. 6.

بينهم إذا كان لها نفس الطبيعة من المحتمل أن يحتج به في المستقبل، اللهم إلا بعض الاستثناءات التي يمكن عرضها مرة ثانية علي التحكيم الإلكتروني. بينما يري البعض عكس ذلك علي أساس أن حجية الأمر المقضي تتعلق بشأن ما فصل فيه من حقوق ، فلا تمتد إلي ما قد يثار من منازعات مستقبلة(١).

وإذا كان الأصل هو عدم جواز الخروج علي نطاق موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني، إلا أنه يجوز لكل من طرفي التحكيم الإلكتروني سواء أكان المدعي أم المدعي عليه تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها بطلبات عارضه - إذ تعد الطلبات العارضة خروجاً علي نطاق اتفاق التحكيم مما يجعل الحكم الصادر عرضة لطلب بطلانه - خلال إجراءات خصومة التحكيم الإلكتروني علي سبيل الاستثناء وليس كأصل عام، وذلك إذا كانت هناك وحدة في المحل والسبب بين تلك الطلبات العارضة و الطلب الأصلي، بأن يكون هناك ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة بينهما، وبشرط قبول هيئة التحكيم الإلكتروني ذلك؛ حتي لا يتعطل الفصل في النزاع كاستثناء علي خلاف الأصل في الخصومة القضائية(م ٣٢ تحكيم ) (٢).

هذا وقد ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كان الحكم الصادر في مسألة إجرائية - كالحكم بعدم الاختصاص أو بالحكم ببطلان صحيفة الدعوي او مسألة من مسائل الإثبات ... - يحوز حجية الأمر المقضي من عدمه. فيري جمهور الفقهاء أن الحكم الذي يفصل في مسألة إجرائية يحوز الحجية علي أساس أنه يحسم النزاع في مسألة إجرائية، و لا يمكن الحكم

---

(1) د.محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، ص ١٦٧-١٦٨. د.محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ص ١٠٧-١٠٩.

(2) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٧٣ وما بعدها. د.عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ص ٧٠ وما بعدها. د.محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ص ١٠٦-١٠٧.

ببطلان صحيفة الدعوي ثم الحكم بصحة ذات الصحيفة مرة أخرى، أو الحكم بعدم الاختصاص تارة ثم الحكم بالاختصاص تارة أخرى. ولأن أي حكم يحسم نزاع في مسألة إجرائية أو موضوعية يكون حكماً قطعياً، أي يقطع ويحسم تلك المسألة، والحكم القطعي يؤدي إلي سقوط المراكز الإجرائية علي نحو لا يجوز معه للقاضي أن يعدل أو يغير في حكم قطعي صدر منه، كما أن الحكم القطعي يؤدي إلي استنفاد ولاية الهيئة التي أصدرته. بينما يري البعض عكس ذلك علي أساس أن حجية الأمر المقضي تتعلق بالعمل القضائي والحكم الذي يفصل في مسألة إجرائية لايعتبر عملاً قضائياً(١).

وعند حدوث تعارض بين حجية حكم التحكيم الإلكتروني، وحجية الحكم القضائي اللاحق عليه سيعلو حكم التحكيم الإلكتروني علي الحكم القضائي، و يعتد بحكم التحكيم ولا يعتد بحكم القضاء، وذلك لأن النزاع يدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم، وأن هيئة التحكيم فصلت أولاً في النزاع، وأن فصل القضاء مرة ثانية في ذات المسألة التي حكم فيها حكم التحكيم يشكل تعرضاً لحجية حكم التحكيم، وسلباً لاختصاص هيئة التحكيم المحدد باتفاق التحكيم، ومن ثم يكون حكم التحكيم دون حكم القضاء هو الأحق بالتنفيذ(٢).

وإذا كان حكم التحكيم الإلكتروني يكتسب حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، وله قوة ملزمة بين الخصوم حتي ولو لم يصدر بعد أمراً بتنفيذه، فإن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني لا يحوز حجية الأمر المقضي؛ لأنه يُعدُّ من قبيل الأعمال الولائية - باعتباره أمراً علي عريضة - ولا يأخذ طابع الخصومة

(١) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ١٦١، ١٧١. د.نبيل عمر، التحكيم ٢٠٠٤، ص ١٩٤-١٩٥. د.أحمد صاوي، التحكيم ٢٠٠٢م، ص ٢٦٣؛ الوجيز في التحكيم، ط٣، ٢٠١٠م، بند ٢٩٧، ص ٤٢٠-٤٢١. د.الأنصاري حسن النيداني، حكم التحكيم ودعوي بطلانه، ص ١٠٩. د.عصام فوزي محمد الجنائني، تنفيذ حكم التحكيم، ص ٣٩.

(٢) د.عصام فوزي محمد الجنائني، تنفيذ حكم التحكيم، ص ٤١. دستورية عليا ٢٠٠١/٨/٤م، دعوي رقم ٨ لسنة ٢٢ ق تنازع .

القضائية. وإذا كان الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني لا يتمتع في ذاته بحجية الأمر المقضي فكيف يتسنى له أن يهب حكم التحكيم الإلكتروني حجية هو لا يتمتع بها أساساً، غاية الأمر أن الأمر بالتنفيذ مفترض ضروري يتطلب من أجل التنفيذ وليس من أجل الحجية، و لا يفقد الأمر بالتنفيذ ذاتيته بوضعه علي حكم التحكيم، فقد يسقط الأمر بالتنفيذ بفوات ميعاد تقديمه للتنفيذ و يبقى حكم التحكيم الإلكتروني قائماً، و لا يمنع سقوط الأمر بالتنفيذ من استصدار أمر جديد بالتنفيذ وفقاً للقواعد العامة في الأوامر علي العرائض ( م ٢٠٠ مرافعات )، والأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني يكسبه صفة النفاذ المعجل باعتباره أمراً علي عريضة، و الأوامر علي العرائض معجلة التنفيذ بطبيعتها بنص ( م ٢٨٨ مرافعات )، ويترتب علي خاصية النفاذ المعجل نتيجة للأمر بالتنفيذ أن التظلم منه أو رفع دعوي بطلانه لا يترتب عليه وقف تنفيذه مالم يحكم بوقف التنفيذ من محكمة الطعن بدعوي البطلان(١).

## المطلب الثاني

### استنفاد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني

٣٩- مفهوم استنفاد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني : بالرغم من أن غالبية أنظمة التحكيم ومنها قانون التحكيم المصري لم تنص صراحة علي قاعدة استنفاد ولاية المحكم باعتبارها قاعدة أصولية عامة، إلا أن المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي معدل بمقتضي مرسوم ١٣ يناير ٢٠١١م قنن قاعدة استنفاد ولاية المحكم في المنازعة التي فصل فيها بحكم التحكيم بمقتضي ( art. 481 al. 1; 1475 N.C.P.C.). والأصل أن تنتهي مهمة و ولاية هيئة التحكيم

(١) د.محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ص ١٢٩ ومابعدھا. درأفت رشيد ميقاتي، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، ص ١٨٧.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile;N. 1680; P. 1012-1013.

-Emmanuel Blanc et Jean Viatte; Nouveau Code de Procédure Civile Commenté Dans L'ordre des articles ; Paris.1981; P. 816.



الإلكتروني بإصدار حكم قطعي فاصل في النزاع المعروض عليها، فلا تستطيع العودة مرة ثانية لمباشرة سلطتها في مهمتها التحكيمية بهدف التعديل أو العدول أو الحذف أو الإضافة أو الإلغاء أو الرجوع عما حكمت به، حتي لو تبين لها عدم عدالة أو عدم صحة ما حكمت به إلا بطرق الطعن المقررة قانوناً، وذلك لوضع حد للمنازعات التي فصل فيها وللوقوف بالنزاع عند حد معين من أجل استقرار الأوضاع القانونية، ومنع تعارض أحكام التحكيم الإلكتروني، وحماية المراكز القانونية من محكم متردد أو من خصم غير راضٍ عن حكم التحكيم الإلكتروني. ولذا تنتهي ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني بصدور حكم تحكيم إلكتروني فاصل قطعي يحسم مسألة عرضت عليها سواء أكانت تلك المسألة موضوعية أو إجرائية مُنهيّة لخصومة التحكيم، فالمحكم لم يعد محكماً بصدور حكم التحكيم الإلكتروني؛ لأنه استفد ولايته وأفرغ جهده في المنازعة التي فصل فيها بحكم قطعي، بحيث يتمتع عليه معاودة النظر في النزاع التحكيمي الذي فصل فيه والمساس بحكمه القطعي الذي أصدره حتي ولو لم يصدر أمر بتنفيذه، وقاعدة استفاد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني متعلقة بالنظام العام، والأحكام القطعية هي وحدها التي تستنفد الولاية؛ لأن الاستنفاد أثر آثار الصفة القطعية للأحكام(١).

(١) د.فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٣٢٥، ص ٥٩٣. د.أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١م، بند ١٨٧، ص ٣٥٨. د.محمود محمد هاشم، استفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س٢٦، يناير/ يوليو ١٩٨٤م، ع٢-١، ص ٥. د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٧٢، ص ٣١٧. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٣٠، ص ١٢١ وما بعدها، بند ٧٥، ص ٣٠٥ وما بعدها؛ حكم التحكيم الإلكتروني، ص ٦٠؛ مبدأ التقاضي علي درجتين، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٩م، بند ١٥، ص ٨٠. د.طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، ص ٢٥٨ وما بعدها. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم الشرطي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٨م، ص ٤٧٨. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٣٦٢ وما بعدها. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ١١٥. د.كمال عبدالحميد عبدالرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم، بند ١٧٩، ص ١٣١. نقض مني ١٩٨١/١/١٢م، طعن رقم ٩٧٤ لسنة ٤٥ق، مج، س٣٢، ج١، ص ٧٧.

-Ph.Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman; Traité; N. 1414; P. 788.

-René David; L'arbitrage; N. 394, 395 et 396; P. 487-488.

-Aix-en provence, 28 sept. 1980; Rév. arb. 1984; P. 388; obs. Bernard.

-Paris, 3 Juillet 1997; Rév. arb. 1997; P. 608; obs. L.D.

وتجد قاعدة الاستنفاد أساسها في فكرة سقوط مكنة مباشرة الأعمال الإجرائية داخل خصومة التحكيم الإلكتروني ذاتها، إذ يسقط حق المحكم بمجرد إصدار حكمه في نظر النزاع مرة أخرى لسبق نظره ذات النزاع؛ لأنه لا يجوز ممارسة العمل الإجرائي إلا مرة واحدة. وتشمل قاعدة الاستنفاد جميع أحكام التحكيم الإلكتروني القطعية أيا كانت طبيعة المسائل التي فصل فيها موضوعية أو إجرائية، بينما أحكام التحكيم الإلكتروني الغير قطعية كالأحكام التحضيرية أو التمهيدية أو المتعلقة بإجراءات الإثبات... لا تؤدي إلي استنفاد سلطة المحكم، ويملك الرجوع عنها أو تعديلها. وقاعدة الاستنفاد تعمل داخل الخصومة التي صدر فيها الحكم، ولا تعمل خارجها ويقتصر أثرها علي تلك الخصومة وحدها، عكس الحجية تتصرف إلي المستقبل وتعمل خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم. وتلك القاعدة ورد النص عليها في (art.461,462 et 463 N.C.P.C.F.) بخصوص أحكام القضاء، وفي (art.1475 al.1N.C.P.C.F.) بالنسبة لأحكام التحكيم الوطنية، ولم يرد بشأنها نص بالنسبة لأحكام التحكيم الدولي في فرنسا، ولا يوجد نص في قانون المرافعات المصري، ولا في قانون التحكيم المصري يقنن قاعدة استنفاد القاضي أو المحكم لولايته بإصدار حكمه...و علي الرغم من عدم وجود نص عليها في مصر فإنه يجب العمل بها باعتبارها من القواعد الأصولية العامة(١).

وإذا كانت ولاية المحكم (هيئة التحكيم الإلكتروني)- سواء أكان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أو مؤسسي - تنتهي بإصدار الحكم القطعي المنهي لخصومة التحكيم الإلكتروني كلها حتى لو كان ميعاد التحكيم مازال ممتداً. إلا أنه استثناءً من مبدأ انتهاء ولاية المحكم (اختصاص وصفة المحكم) بصدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم، تظل للمحكم بعد صدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم الإلكتروني كلها سلطة تفسير ما يقع من غموض أو إبهام في منطوق حكمه، وكذلك سلطة تصحيح ما قد يقع في حكمه من أخطاء مادية بحتة سواء أكانت كتابيه-

---

(١) الإشارة السابقة.

لغويًا أو مطبوعياً - أم حسابية، كما يجوز للمحكم بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم الإلكتروني أن يصدر حكماً إضافياً في طلبات قدمت إليه أثناء نظر إجراءات خصومة التحكيم الإلكتروني وأغفل حكم التحكيم الفصل فيها، ويعتبر ذلك اعترافاً تشريعياً ضمناً بقاعدة الاستنفاد، وقد ورد النص على تلك الأحكام في كل من: (م ٥١، ٥٠، ٤٩) تحكيم مصري، و(م ٥٧) تحكيم إنجليزي، و(art.1475.N.C.P.C.F) التي أحالت على النصوص المتعلقة بالحكم القضائي في المواد (art. 461, 462 et 463 N.C.P.C.F)، و(م ٣٥) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ ف، و(م ٢٧) من قواعد تحكيم محكمة لندن، و(م ٣٣) من القانون النموذجي، و(م ٣٧، ٣٨، ٣٩) من قواعد مركز القاهرة، بينما جعلت (م ١٤٧) إجراءات مدنية سودانية للمحكمة القضائية المختصة سلطة تعديل أو تصحيح قرار المحكمين (١).

٤٠ - سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في تفسير ما وقع في منطوق حكمها الإلكتروني من غموض أو إبهام: يجوز لأي طرف من أطراف حكم التحكيم الإلكتروني الرجوع إلى هيئة التحكيم الإلكتروني - كاختصاص تبعية لاختصاصها بالنزاع الأصلي - بطلب لتفسير وتوضيح حقيقة ما وقع في منطوق حكمها القطعي من غموض أو إبهام كعيب في صياغة الحكم الفنية بما جعله مثاراً للبس أو إختلاف في الرأي حول حقيقة المقصود منه بحكم تفسيري ؛ لأنها أعلم وأقدر من غيرها بحقيقة المقصود من حكمها، كما أن غموض الحكم من شأنه إعاقة عملية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، ويكون ذلك بناءً على طلب أي من طرفي حكم التحكيم الإلكتروني، وذلك لا يعني إعادة فتح خصومة التحكيم الإلكتروني من جديد، ولا إعادة النظر فيما تم الفصل فيه، ولا تعديل حكم التحكيم الإلكتروني الذي أصدرته، وإلا كان حكمها عرضة للطعن عليه بدعوى البطلان لتجاوز حدود مهمة التفسير،

(1) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٦ وما بعده، ص ٤٦٤ وما بعدها. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بند ٦٧، ص ٢١٠ وما بعدها. د.محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمين، ص ٥٣. د.علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء، ص ١٣١ وما بعدها. د.محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٥٢ وما بعدها. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم الشرطي، ص ٤٩.

ولا يجوز أن يتم تفسير حكم التحكيم الإلكتروني إلا في مواجهة أطرافه احتراماً لحقوق الدفاع، وتحقيق مبدأ المواجهة. ولا يعد الغموض والإبهام سبباً للطعن ببطان حكم التحكيم الإلكتروني. ولا يعتبر الحكم بالتفسير حكم ثانٍ يحل محل حكم التحكيم الإلكتروني الأول الذي يفسره، بل هو حكم متمم له، ويعتبر جزءاً منه، وتسلم صورة منه لكل من طرفيه، ويجب إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة، ويمكن الطعن عليه بدعوي البطلان(١).

ولذا يجوز لأي من أطراف حكم التحكيم الإلكتروني أن يطلب من هيئة التحكيم الإلكتروني بما لها من ولاية تكميلية خلال ميعاد معين تقديم طلباً لتفسير - الثلاثون يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم (م٤٩) تحكيم مصري - ما وقع في منطوق حكمها من غموض أو إبهام، ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم الإلكتروني، ويصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم الإلكتروني، ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد إذا رأت ضرورة لذلك، ويصدر حكم التفسير في نفس الشكل الذي صدر به حكم التحكيم الإلكتروني، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسرى عليه أحكامه من وجوب تسليم صورة منه لكل طرف، وإيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة، وإمكانية الطعن فيه. ويجوز حجية الأمر المقضي، ويجوز رفع دعوي ببطلانه، ويبدأ ميعاد دعوي بطلانه من تاريخ إعلان حكم التفسير، وعلي نفس المنوال: (م٥٦) تحكيم إنجليزي، و(art.1475.N.C.P.C.F.)، والتي أحالت علي النص المتعلق بتفسير الحكم القضائي في (art. 461 N.C.P.C.F.)،

---

(1) دفتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند٣٢٦ ومابعده، ص ٥٩٤ ومابعدها. دنيل عمر، التحكيم، بند ٢٧٤، ص ٣٢١. د.أحمد ماهر زغول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، (الملحق)، بند ٤٨، ص ٢٤. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٧، ص ٦٠-٦١؛ التحكيم، بند ٧٥؛ التقاضي علي درجتين، بند ٢٠، ص ١٠ ومابعدها. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٣٧٢. د.عبد القصاص، قانون التحكيم، بند ١٨١، ص ٥٠٣. د.محمد نور شحاته، الرقابة القضائية علي أعمال المحكمين، ص ١٢١. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ٢٠١١/٣/٢١م، دعوي رقم ٧٤ لسنة ١٢٣. ق.تحكيم، غير منشور. مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم، قضية تحكيمية رقم ٣٠٣ لسنة ٢٠٠٣م، جلسة ٢٠٠٤/٩/١٦م، مجلة التحكيم العربي، ع ٨، ص ١٧٣.

-Paris; 14 sept.1994; Rév. arb. 1995; P. 448.

و(م٣٣/١) من القانون النموذجي، و(م٣٥) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ ف، و(م٣٥) من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، و(م٣٧) من قواعد اليونسترال، و(م٢٧) من قواعد تحكيم محكمة لندن(١).

وفي حالة تعذر اجتماع هيئة التحكيم الإلكتروني من جديد لتفسير حكمها، كما لو توفي المحكم الوحيد الذي تتشكل منه هيئة التحكيم الإلكتروني أو فقد صلاحيته للتحكيم الإلكتروني أو توفي أحدهم عند تعدد أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني أو تعذر اجتماعهم لأي سبب، فيكون الإختصاص بتفسير حكم التحكيم الإلكتروني للمحكمة القضائية المختصة المشار إليها في (م٩ تحكيم مصري) مالم يوجد اتفاق تحكيم إلكتروني باستكمال هيئة التحكيم الإلكتروني؛ لأنها المرجع في تلك الحالة إذا وصل الأمر لطريق مسدود(٢). بمعنى أنه يشترط حتى تتمكن هيئة التحكيم الإلكتروني من تفسير حكمها وجود جميع أعضائها أحياء متمتعين بالأهلية القانونية والاستقلال والحياد(art.1475 al.2 N.C.P.C.F.)، وذلك مالم يتفق طرفي حكم التحكيم الإلكتروني على تشكيل هيئة تحكيم إلكتروني جديدة للقيام بتلك المهمة(٣). ونصت (م٥/٤٧) تحكيم سوري على أنه : " إذا تعذر على هيئة التحكيم الاجتماع من جديد فإن تصحيح الحكم أو تفسيره أو إصدار حكم إضافي يصبح من اختصاص المحكمة المعرفة في المادة ٣ من هذا القانون". وتلك المحكمة هي محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرتها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في سورية.

(١) الإشارة السابقة.

(٢) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٧، ص ٤٦٧. دنبييل عمر، التحكيم، بند ٢٧٦، ص ٣٢٥. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٧، ص ٦٠-٦١؛ التحكيم، بند ٧٥. د.أحمد ماهر زغول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، بند ٤٤، ص ٨٤. د.محمود مختار بريري، التحكيم، بند ١٢٤، ص ٢٠٢. د.محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمين، بند ٣٣، ص ٩٧. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٢٤٦. د.عيد القصاص، قانون التحكيم، بند ١٧٨، ص ٤٩٦-٤٩٧.

(٣) -Paris 19 Nov.1993; Rév. arb.1996; P. 419; Not. Ph. Fouchard.

-Roger Perrot; L'interpretation des sentences arbitrales; Rév. arb.1969; P. 7.

-Cass. Com. 22 Dec. 1977; Rév. arb.1977; P. 133; Not. P.F.

-Ropert et Moreau; Arbitrage; Ency. Dalloz;T.1;1983; N. 362 et 363.

وذهب رأي آخر إلي القول باختصاص المحكمة القضائية المختصة بالنزاع وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات، وليس للمحكمة المشار إليها في (م ٩ تحكيم مصري)؛ لأن تلك المسألة لا تدخل ضمن المسائل التي يحيلها قانون التحكيم إلي القضاء المصري، وفي هذا الشأن نصت (م ٣٥) تحكيم موريتاني علي أنه: "إذا تعذر علي هيئة التحكيم أن تجتمع من جديد فإن قرار التصحيح أو التأويل أو التكميل يتولاه رئيس المحكمة التي صدر بدائلتها قرار التحكيم في أجل لا يتجاوز ثلاثين يوماً" وكذلك (الفصل ٣٧) تحكيم تونسي (١).

ويقدم طلب التفسير بالوسائل الإلكترونية التي تقدم بها الطلبات والمذكرات في خصومة التحكيم الإلكتروني، ويفصل فيه بذات الطريقة التي فصل بها في النزاع التحكيمي الإلكتروني، وميعاد تقديم طلب التفسير ميعاد تنظيمي لا يترتب علي فواته سقوط الحق في طلب التفسير، ولا يترتب علي تقديم طلب التفسير أي أثر علي رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني أو طلب الأمر بتنفيذه أو حجية حكم التحكيم الإلكتروني أو سلطة محكمة دعوى البطلان أو علي طلب وقف التنفيذ، ولا يسلب اختصاص هيئة التحكيم الإلكتروني بتفسير حكمها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني أو طلب الأمر بتنفيذه (٢).

٤١ - سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في تصحيح ما وقع في حكمها الإلكتروني من أخطاء مادية بحثه كتابية أو حسابية بقرار مكتوب مسبب : يجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني - بما لها من ولاية تكميلية - دون مرافعة تصحيح الأخطاء المادية البحثية - كتابية أو حسابية - التي وقعت في منطوق أو أسباب حكمها نتيجة سهو أو عدم انتباه أو ذلة قلم أثناء كتابة حكم التحكيم الإلكتروني بقرار تصحيح مستقل مزيل لحكم التحكيم الإلكتروني الأصلي، ويعتبر جزءاً لا يتجزأ منه، ويصدر بالأغلبية

---

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٧، ص ٤٦٧. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٧، ص ٦١، التحكيم، بند ٧٥.  
(٢) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٦، ص ٤٦٦. بند ٢٦٧، ص ٤٦٨. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٧، ص ٦١؛ التحكيم، بند ٧٥. د.عبدالمعزم، قانون التحكيم الإلكتروني، ص ٣٣٩. استئناف القاهرة، دائرة ٧ اقتصادية، ٢٠٠٧/٤/٣، دعوى رقم ١١٩ لسنة ١٢٣ق. تحكيم، غير منشور.

ويتم توقيعه من جميع أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني، وذلك من تلقاء نفسها أو بناءً علي طلب أحد طرفي حكم التحكيم الإلكتروني أو كليهما، بعد دعوة طرفي حكم التحكيم الإلكتروني لسماع أقوالهم وإبداء ملاحظاتهم وتعقيباتهم علي طلب التصحيح، وبشرط أن يكون لهذا الخطأ أساس في حكم التحكيم الإلكتروني أو في محضر الجلسة أو في أوراق خصومة التحكيم الإلكتروني يدل علي الواقع الصحيح، وبدون تجاوز هيئة التحكيم الإلكتروني لسلطتها في التصحيح، وإلا كان قرار التصحيح محلاً لدعوي البطلان (م ٥٣، ٥٤ تحكيم مصري). ويقصد بالخطأ المادي هنا: الخطأ في التعبير، وليس الخطأ في تفكير وتقدير هيئة التحكيم، ويقصد بالخطأ الحسابي: الخطأ في عملية حسابية كالخطأ في جمع أو ضرب أو طرح أو قسمة الأعداد(١).

وقد نصت (م ٥٠ تحكيم مصري) علي أنه: " ١- تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناءً علي 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.

٢- 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 تسرى عليها أحكام المادتين (٥٣)، (٥٤) من هذا القانون".

وعلي نفس المنوال نص (art.1486. N.C.P.C.F.)، و(م ٢/٣٣) من القانون النموذجي، و(م ٥٧) تحكيم إنجليزي، و(م ٣٥) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢ ف، و(م ١/٢٦، ٢) من قواعد تحكيم محكمة لندن، و(م ٣٦) من

---

(١) د.فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٣٢٩، ص ٦٠٠. د.عيد القصاص، قانون التحكيم، بند ١٨١، ص ٥٠٣. د.طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، ص ٢٧٣-٢٧٤. د.كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس ٢٠٠٠ م، ص ١٨٨. د.عبدالله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، ص ٢٧٥. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ٢٠/٤/٢٠١١ م، دعوي رقم ٦٦، ٨٧ لسنة ١٢٦ ق. تحكيم، غير منشور.

قواعد مركز القاهرة الإقليمي، و(م٣٨) من قواعد اليونسترال، و(م٢٦) من لائحة المحكمة القضائية، و(م٤٦) من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية، و(م٦٦/أ) من قواعد الوايبو .

فيجوز لهيئة التحكيم الإلكتروني أن تصح من تلقاء نفسها أي خطأ مادي في التعبير، حسابي أو كتابي وارد في حكم التحكيم الإلكتروني، بشرط إخطار السكرتارية بالتصحيح خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره، ويجوز التصحيح بناء على طلب أحد الأطراف بشرط التقدم بطلب التصحيح خلال سبعة أيام من تاريخ إعلان الحكم من أحد الأطراف، ومنح الطرف الآخر مهلة سبعة أيام إضافية لإبداء ملاحظاته، مع إخطار السكرتارية بقرارها دون تأخير، ويعتبر قرار التصحيح مكماً لحكم التحكيم الإلكتروني، وذلك بنص (م٢٦) من لائحة تحكيم المحكمة القضائية.

وفي حالة تعذر اجتماع هيئة التحكيم الإلكتروني من جديد لتصحيح حكمها، كما لو توفي المحكم الوحيد الذي تتشكل منه هيئة التحكيم الإلكتروني، أو فقد صلاحيته للتحكيم الإلكتروني، أو توفي أحدهم عند تعددهم، أو تعذر اجتماعهم لأي سبب، يكون الإختصاص بتصحيح حكم التحكيم الإلكتروني للمحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع، لو لم يوجد اتفاق تحكيم إلكتروني فهي المرجع في تلك الحالة. بمعنى أنه يشترط حتى تتمكن هيئة التحكيم الإلكتروني من تصحيح حكمها، وجود جميع أعضائها أحياء متمتعين بالأهلية القانونية والاستقلال والحياد ( art.1475 al.2 N.C.P.C.F. (١).

وذلك مالم يتفق طرفي حكم التحكيم الإلكتروني علي تشكيل هيئة تحكيم إلكتروني جديدة للقيام بتلك المهمة، وفي هذا الشأن نصت (م ٣٥) تحكيم موريتاني علي أنه:

---

(١) د.قحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٧٢، ص ٤٧٢. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٧، ص ٦٠-٦١؛ التحكيم، بند ٧٥. د.أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، بند ٤٤، ص ٨٤. د. أحمد صاوي، التحكيم، بند ٢٣٣، ص ٣٢٨. د.محمود مختار بريري، التحكيم، بند ١٢٧، ص ٢٠٥. د.محمود محمد هاشم، استفاد ولاية المحكمين، بند ٣٣، ص ٩٧. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٢٤٦. د.عبد القصاص، قانون التحكيم، بند ١٨١، ص ٥٠٢. د.سحر عبدالستار، المركز القانوني للمحكم، ص ١٦١. -Paris; 19 Nov. 1993; Rév. arb.1996; P. 419; Not. Ph. Fouchard.



إذا تعذر على هيئة التحكيم أن تجتمع من جديد فإن قرار التصحيح أو التأويل أو التكميل يتولاه رئيس المحكمة التي صدر بدائرتها قرار التحكيم في أجل لا يتجاوز ثلاثين يوماً" .

وكذلك نصت (م/٤٧/٥) تحكيم سوري علي أنه: "إذا تعذر على هيئة التحكيم الاجتماع من جديد فإن تصحيح الحكم أو تفسيره أو إصدار حكم إضافي يصبح من اختصاص المحكمة المعرفة في المادة ٣ من هذا القانون" . وتلك المحكمة هي محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرتها التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في سورية.

وعلي ذلك فتصحيح الأخطاء المادية - كتابية أو حسابية - يتم بناءً علي طلب تصحيح، وليس برفع دعوي مبتدأة، ويتم التصحيح بناءً علي طلب أحد طرفي حكم التحكيم الإلكتروني أو كليهما أو من تلقاء نفس هيئة التحكيم الإلكتروني كصاحبة ولاية تكميلية، ولا يعتبر طلب التصحيح مفتتحاً لخصومة تحكيم جديد، ولا يجوز تقديم أوراق أو مستندات أو طلبات جديدة عند التصحيح، ويقدم طلب التصحيح بالوسائل الإلكترونية التي تقدم بها الطلبات والمذكرات في خصومة التحكيم الإلكتروني، ويفصل فيه بطريقة إلكترونية، ولا يجوز أن يتخذ من التصحيح وسيلة للرجوع عن حكم التحكيم الإلكتروني أو تعديل مضمونه أو المساس بحقيقة ماقضي به؛ احتراماً لاستنفاد الولاية وحجية الأمر المقضي. وميعاد تقديم طلب التصحيح ميعاد تنظيمي لا يترتب علي فواته سقوط الحق في طلب التصحيح، ولا يترتب علي رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني، أو طلب الأمر بتنفيذه سلب اختصاص هيئة التحكيم الإلكتروني بطلب التصحيح(١).

#### ٤٢ - سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في الفصل فيما أغفلت الفصل فيه من

**طلبات :** يتحدد نطاق خصومة التحكيم الإلكتروني بحدود موضوع طلب التحكيم الإلكتروني، إلا أنه يجوز للخصوم تعديله زيادة أو نقصاناً في حدود نطاق اتفاق

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٧٣، ص ٤٧٣ د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٧٦، ص ٣٢٤. د.أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير طعن فيها،(الملحق)، بند ٥٣، ص ٣١. د.عبد القصاص، قانون التحكيم، بند ١٨١، ص ٥٠٤

التحكيم الإلكتروني، ونتيجة لذلك فقد تسهوا هيئة التحكيم عن الفصل في أحد تلك الطلبات. ولذا يمكن لأطراف حكم التحكيم الإلكتروني الرجوع إلى هيئة التحكيم الإلكتروني بكامل تشكيلها، للفصل فيما أغفله إغفالاً كلياً حكم التحكيم الإلكتروني الأصلي سهواً أو خطأ غير عمد في بعض الطلبات الموضوعية، سواء أكانت طلبات أصلية أو عارضة أو إضافية أبدت أثناء سير خصومة التحكيم الإلكتروني، وقبلتها هيئة التحكيم الإلكتروني، ولم تستنفد ولايتها بشأنه لتستدرك ما فاتها الفصل فيه، بحكم إضافي متمم للحكم الأصلي ومكملة فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات موضوعية، وذلك لإكمال حكمها السابق بما لها من ولاية تكميلية، وذلك استناداً إلى التزام المحكم بالفصل في الطلبات المعروضة عليه في صورتها الختامية والالتزام بحدود النزاع المعروض عليه دون تجاوز حدود ولايتها. وتلتزم هيئة التحكيم الإلكتروني بنفس المبادئ القانونية - كاحترام حقوق الدفاع، ومبدأ المواجهة - التي تحكم سير خصومة التحكيم الإلكتروني عند إصدار حكم تحكيم إضافي (١).

وقد نصت (م ٥١ تحكيم مصري) علي أنه: " ١- يجوز لكل من طرفي التحكيم، ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم التحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه.

٢- وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك". وعلي نفس المنوال نص (م ٣/٣٣) من القانون النموذجي، و(م ٣/٥٧-ب) تحكيم إنجليزي، و(art.1485.N.C.P.C.F.)، و(م ٣/٢٧) من قواعد تحكيم محكمة لندن، و(م ٣٧) من

---

(١) د.قحي والي، قانون التحكيم، بندا ٢٧، ص ٤٧٦؛ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بندا ٣٣ ومابعده، ص ٦٠٥ ومابعدها. د.أحمد ماهر زغول، مراجعة الأحكام بغير طعن فيها، بندا ١٥٣، ص ٢٥٤. د.عيد القصاص، حكم التحكيم، بندا ٦٧، ص ٢١١. د.خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، ص ٣٠٤ ومابعدها. د.إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص ٣١٣ ومابعدها. استئناف القاهرة، دائرة ٧ تجاري، ٢٠١٥/٣/٤م، دعوي رقم ٣٧ لسنة ١٣١١.ق. تحكيم، مجلة التحكيم العربي، ٢٤٤، يونيو ٢٠١٥م، ق ٥، ص ٢٢٥. مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ١٦/٩/٢٠٠٤م، قضية رقم ٣٠٣ لسنة ٢٠٠٣م، مجلة التحكيم العربي، ٨٤، ص ١٧٣.

قواعد مركز القاهرة الإقليمي، و(م ٣٩) من قانون اليونسترال، و(م ٦٦/ج) من لائحة تحكيم مركز الوايبو.

وفي حالة تعذر اجتماع هيئة التحكيم الإلكتروني من جديد، للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من بعض طلبات الأطراف، سواء أكانت طلبات أصلية أو عارضة أو إضافية، كما لو توفي المحكم الوحيد الذي تتشكل منه هيئة التحكيم الإلكتروني، أو فقد صلاحيته للتحكيم الإلكتروني، أو توفي أحدهم عند تعددهم، أو تعذر اجتماعهم لأي سبب، يكون الإختصاص بتصحيح حكم التحكيم الإلكتروني للمحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر نزاع التحكيم الإلكتروني لو لم يوجد اتفاق تحكيم إلكتروني، فهي المرجع في تلك الحالة. بمعنى أنه يشترط حتي تتمكن هيئة التحكيم الإلكتروني من الفصل فيما أغفل حكم التحكيم الإلكتروني الفصل فيه من طلبات موضوعية - سواء أكانت طلبات أصلية أو عارضة أو إضافية - وجود جميع أعضائها أحياء ومتمتعين بالأهلية القانونية والاستقلال والحياد (art.1475 al.2 N.C.P.C.F.). وذلك مالم يتفق طرفي حكم التحكيم الإلكتروني علي تصحيح تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني، للقيام بتلك المهمة بتعيين محكم بديل أو بتعيين هيئة تحكيم جديدة(١).

وفي هذا الشأن نصت (م ٣٥) تحكيم موريتاني علي أنه: " إذا تعذر على هيئة التحكيم أن تجتمع من جديد فإن قرار التصحيح أو التأويل أو التكميل يتولاه رئيس المحكمة التي صدر بدائلتها قرار التحكيم في أجل لا يتجاوز ثلاثين يوماً". وكذلك نصت (م ٥/٤٧) تحكيم سوري علي أنه: " إذا تعذر على هيئة التحكيم الاجتماع من جديد فإن تصحيح الحكم أو تفسيره أو إصدار حكم إضافي يصبح من اختصاص المحكمة المعرفة في المادة ٣ من هذا القانون". وتلك المحكمة هي محكمة الاستئناف

(١) د.قحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٧٢، ص ٤٧٢. د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، بند ٧، ص ٦٠-٦١؛ التحكيم، بند ٧٥. د.أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، بند ٤٤، ص ٨٤. د. أحمد صاوي، التحكيم، بند ٢٣٣، ص ٣٢٨. د.محمود مختار بريري، التحكيم، بند ١٢٧، ص ٢٠٥. د.محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمين، بند ٣٣، ص ٩٧. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٢٤٦. د.عبد القصاص، قانون التحكيم، بند ١٨١، ص ٥٠٢. د.سحر عبدالستار، المركز القانوني للمحكم، ص ١٦١. -Paris; 19 Nov. 1993; Rév. arb.1996; P. 419; Not. Ph. Fouchard.

التي يجري ضمن دائرتها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في سورية.

وتقدم تلك الطلبات بالوسائل الإلكترونية التي تقدم بها الطلبات والمذكرات في خصومة التحكيم الإلكتروني، ويفصل فيها بالطريقة التي فصل بها في خصومة التحكيم الإلكتروني، ولا يترتب على رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني أو طلب الأمر بتنفيذه سلب اختصاص هيئة التحكيم الإلكتروني بأي من تلك الطلبات، ويخضع الحكم الصادر من هيئة التحكيم الإلكتروني فيما أغفلت الفصل فيه لنفس قواعد حكم التحكيم الإلكتروني المنهي للخصومة من حيث صدوره، وإعلانه، ودعوي بطلانه، والأمر بتنفيذه. ويجوز اللجوء إلي المحكمة القضائية المختصة طبقاً للقواعد العامة إذا امتنعت هيئة التحكيم الإلكتروني عن إصدار حكم تحكيم إضافي(١).

## المبحث الثاني

### تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

٤٣ - تمهيد وتقسيم : تعتبر مرحلة تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني مرحلة مهمة - رغم أن إجراءات التنفيذ لا تعتبر جزءاً من عملية التحكيم الإلكتروني - وذلك لأن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني هو الثمرة الحقيقية للتحكيم الإلكتروني، فلن تكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فما يهم المحكوم له صاحب الحق هو التنفيذ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له. وقيام المحكوم عليه بالتنفيذ الاختياري لحكم التحكيم الإلكتروني يعبر عن رضائه بالحكم واستمرار العلاقات الودية متصلة بين أطراف حكم التحكيم الإلكتروني، وتبدأ مرحلة التنفيذ الجبري لحكم التحكيم الإلكتروني إذا امتنع المحكوم عليه عن التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم الإلكتروني(٢).

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٧٦، ص ٤٧٨-٤٧٩. د.أحمد صاوي، التحكيم، بند ٢٣٣، ص ٣٢٨.

د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بند ٦٧، ص ٢١٠-٢١١؛ قانون التحكيم، ص ٥٠٧-٥٠٨.  
(٢) د.أحمد عوض هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م، ص ١٢؛ التحكيم، بند ٥٢، ص ٢٣٥-٢٣٦. د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الكتب القانونية

ولا يحوز حكم التحكيم الإلكتروني القوة التنفيذية بذاته، لذا يجب أن تأمر دولة التنفيذ بتنفيذه عن طريق إستصدار أمر بتنفيذه من السلطة التي تملك ولاية القضاء في دولة التنفيذ. ويرجع الأساس القانوني لافتقار حكم التحكيم الإلكتروني للقوة التنفيذية إلي طبيعة مهمة المحكم حيث يملك سلطة حسم النزاع دون أن يملك سلطة الأمر بما حكم به أو الجبر علي التنفيذ. وأمر التنفيذ عمل إجرائي لاكتساب حكم التحكيم الإلكتروني قوة تنفيذية يصدر من القاضي المختص لتحقيق رقابة قضائية لاحقة من قضاء الدولة علي حكم التحكيم الإلكتروني لتأكيد خلوه من العيوب الجوهرية وانتفاء موانع تنفيذه، وقد تتعرض القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني للوقف أو السقوط إذا توافرت الأسباب والمقتضيات القانونية لذلك (١).

وتنقسم آليات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني إلي وسائل مباشرة، ووسائل غير مباشرة لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، كما يكون لمراكز التحكيم الإلكتروني سلطات أو صلاحيات للتنفيذ علي الطرف الخاسر بمجموعة طرق معينة من شأنها تهديد المحكوم عليه بخسارة فادحة نتيجة فقدته لعملائه إذا لم يمثل لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر ضده اختياريًا، وذلك بهدف حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية.

وبناءً على ذلك نتناول المبحث الثاني ( تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني ) في مطلبين على النحو التالي:

**المطلب الأول : القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني.**

**المطلب الثاني : آليات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.**

**وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.**

---

بالمحلة الكبرى ٢٠٠٨م، بند ١، ص ٥. د. الأنصاري حسن النيداني، تنفيذ أحكام التحكيم، ط١-٢٠١٤م، ص٢-٤. د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م، ص ٤.  
**-Ph. Bertin; le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale; Rév. arb. 1983; P. 281.**

(١) الإشارة السابقة.

## المطلب الأول

### القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني

٤٤ - مفهوم تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بالقوة الثبوتية : يتمتع حكم التحكيم الإلكتروني بمجرد صدوره والتوقيع عليه بقوة ثبوتية إقناعية - تترتب علي الحكم كأداة إثبات أي القوة الثبوتية للقضاء الوارد فيه - ملزمة للخصوم بالنسبة للبيانات التي يتضمنها حيث يعتبر بمثابة ورقة رسمية لا يجوز دحضها إلا بطريق الطعن بالتزوير؛ حيث أن المحكم يُعدُّ بمثابة شخص مكلف بخدمة عامة ذو مركز قانوني خاص هي تحقيق العدالة بمنح الحماية التحكيمية بعد اختياره من الأطراف بناءً علي وجود اتفاق تحكيم، ويكون حكم التحكيم الإلكتروني حجة علي الناس كافة بما دون فيه من بيانات قام بها المحكم أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، وتكون له قوة ملزمة لا يملك الخصوم إنكار ماجاء به من بيانات دارجة فيه إلا بالطعن بالتزوير ( م ١٠، ١١ إثبات )، حتي ولو لم توضع عليه الصيغة التنفيذية، وعلي الرغم من قابليته للطعن عليه بدعوي البطلان، فالحكم يظل ينتج آثاره إلي أن يقضي ببطلانه. وإذا طعن فيه بالتزوير وثبت صحة هذا الادعاء سقطت حجيته(١).

٤٥ - مفهوم تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بالقوة التنفيذية : يتمثل الهدف الأساسي من اللجوء إلي التحكيم الإلكتروني لفض منازعات التجارة الإلكترونية، في الحصول على حكم تحكيم إلكتروني قابل للتنفيذ الجبري، فتنفيذ حكم التحكيم

---

(١) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٢٨، ص ١١٦-١١٧. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص ٣٣٩. د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ص ٣٥ ومابعدھا. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٩٨ ومابعدھا. د.محمد نور شحاته، الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ١٣٧. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٧٥-٧٦، ص ٦٧-٦٨. د. كمال عبدالحميد عبدالرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم، بند ٣٩٨، ص ٢٧٤-٢٧٥. د.رأفت محمد رشيد ميقاتي، تنفيذ أحكام المحكمين، ص ٣٢. د.سحر عبدالستار إمام، المركز القانوني للمحكم، بند ١٧، ص ٤٦. د.هدي محمد مجدي عبدالرحمن، ص ٨٠. د.هبة بدر أحمد محمد صادق: الحماية الوقتية في التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٩م، ص ٣٩٣ ومابعدھا. د.عادل علي محمد النجار، البطلان المؤثر في حكم التحكيم، ص ٦٢. د.أمجد مسعد محمد السيد قطب، الشكلية في التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٦م، ص ٤٦٨. نقض مدني ١٩٦١/١١/٣٠م، طعن رقم ٨٥٦ لسنة ٢٥ق. مج، س ١٢، ق ١٢١، ص ٧٣٠. -Cass. Civ.; 12 déc. 1990; Rév. arb. 1991; P.317; Not. Ph. Théry.

الإلكتروني هو معقد النفع فيه، ولا يكون للحكم قيمة قانونية أو عملية بدون تنفيذ، فلا يجوز التكلم بحق لا نفاذ له. والقوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني هي صلاحيته للتنفيذ الجبري إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذه طواعية، وهي عنصر في السند التنفيذي، وهي أساس تنفيذه جبراً، إذ لا يجوز التنفيذ الجبري لحكم التحكيم الإلكتروني إلا إذا كان متمتعاً بالقوة التنفيذية، وهي تثبت للأحكام الموضوعية النهائية الصادرة بإلزام المحكوم عليه بأداء معين لتمتعها بقدر من الثبات والاستقرار دون الأحكام التقريرية والمنشئة. ويصدر حكم التحكيم الإلكتروني مجرداً من القوة التنفيذية، ويكتسبها بعد صدور أمر بتنفيذه من القضاء. والقوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني لا تنقضي بسبب ضياع الصورة التنفيذية ولا بسبب من أسباب إنقضاء الحق الموضوعي ولا بسبب التنفيذ الجزئي لحكم التحكيم بل تنقضي بالتنفيذ الكلي لحكم التحكيم الإلكتروني(١).

وغالباً يلتزم أطراف النزاع بقبول التنفيذ الرضائي لحكم التحكيم الإلكتروني بحسن نية دون تأخير، ويدل الواقع العملي على أنه غالباً يقوم المحكوم عليه بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني اختيارياً لتفادي إفشاء سر النزاع. وقد نصت بعض التشريعات على إلزام أطراف حكم التحكيم الإلكتروني بالتنفيذ الرضائي ودون إهمال مثل: (م ٦/٢٥) من لائحة المحكمة القضائية، و(م ٤٢/أ) من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية، و(م ٦/٣٤) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ٢٠١٢م، و(م ٢/٢٩) من قواعد تحكيم محكمة لندن(٢).

---

(١) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، بند ١١٦، ص ٢٨٣. د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٧٧، ص ٤٨٠؛ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٣٣٧، ص ٦١١. د. نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٨٤، ص ٣٤٠. د. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ص ٥ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٢م، بند ٤٨ وما بعده، ص ٦٧ وما بعدها.

(٢) د. أحمد عوض هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م، ص ١٢. د. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، بند ١، ص ٦.

-Ph. Bertin; le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale; Rév. arb. 1983; P. 281.

ويقضي المنطق بالحاجة إلى تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني تنفيذاً جبرياً، إذا رفض المحكوم عليه تنفيذه طواعية واختياراً، فقد يكون الطرف الخاسر مماطلاً أو سيء النية ويرفض التنفيذ، مما يجعل المحكوم له مضطراً إلى اللجوء لطلب تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من القضاء الوطني في دولة التنفيذ، والذي يطلب من المحكوم له تقديم أصل وصورة من اتفاق التحكيم الإلكتروني وأصل حكم التحكيم الإلكتروني أو صورة طبق الأصل منه للاعتراف به وتنفيذه. إلا أن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني قد تعترضه صعوبة التمييز بين أصل وصورة المستند الإلكتروني، وصعوبة التصديق على الوثائق الإلكترونية، وصعوبة الاعتراف بالتوقيع والمستند الإلكتروني في بعض الدول (١).

وتختلف تشريعات التحكيم في القانون المقارن بشأن تحديد أسلوب تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بالقوة التنفيذية لتنفيذه تنفيذاً جبرياً، فمنها من يجعل حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ الجبري فور صدوره بدون اتخاذ أي إجراء من أي جهة أو سلطة عامة، بمعنى صدور حكم التحكيم متمتعاً بالحجية والقوة التنفيذية، مثل القانون النمساوي والنرويجي، ومنها ما يستوجب القيام بإجراء إداري بالتأشير علي الحكم من موظف إداري لتمتع حكم التحكيم بالقوة التنفيذية، مثل القانون السويدي والفنلندي. أما الأسلوب الأكثر شيوعاً والذي أخذت به معظم غالبية التشريعات هو وجوب استصدار أمر قضائي بالتنفيذ لمنح حكم التحكيم الإلكتروني القوة التنفيذية بتدخل القضاء الوطني (٢). ويخضع لقواعد تنفيذ حكم التحكيم الواردة في قانون التحكيم (م ٥٥ - ٥٨ تحكيم مصري) كل من: حكم التحكيم الإلكتروني الوطني الصادر في مصر، وحكم التحكيم

---

(١) د. عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، ص ٣، ٤. د. عادل أبو هشيمه محمد حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية، ص ٣٢٦. د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية، ص ٢٣٥، ٢٣٦. د. فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، ص ٧٦٣، ٧٦٤.

(٢) د. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، ص ٩٥ - ٩٦. د. فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٣٥٥ - ٣٥٦. د. عيد القصاص، حكم التحكيم، ص ٢٩٢ هامش (٦). منير حنا سالم خضر، قوة حكم التحكيم الإلزامية وتنفيذه في القانون الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان ١٩٨٩ ف، ص ٥٤. أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثره وطرق الطعن به، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس/ فلسطين ٢٠٠٨، ص ٨٩-٩٠.



الإلكتروني الدولي الصادر في مصر أيضاً طبقاً لمعيارى التجارية والدولية في (م ٢-٣ تحكيم مصري)، وحكم التحكيم الإلكتروني التجاري الدولي الصادر في الخارج واتفق أطرافه علي إخضاعه لقانون التحكيم المصري (م ١ تحكيم مصري).  
وعلي ذلك فالقوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني هي أساس تنفيذه جبراً إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذه طواعية؛ ولأنه لا يجوز إجراء التنفيذ الجبري بدون سند تنفيذي حائر للقوة التنفيذية، ولا يصلح حكم التحكيم الإلكتروني بذاته للتنفيذ الجبري؛ لأنه لا يكتسب القوة التنفيذية بمجرد صدوره بل يكتسبها بصدور الأمر بتنفيذه من القاضي المختص في الدولة المراد تنفيذه فيها، وينفذ هذا الأمر بوضع الصيغة التنفيذية عليه. والأمر بالتنفيذ شيء مستقل عن حكم التحكيم الإلكتروني، ومفترض ضروري لتنفيذه، ويشكلان معاً السند التنفيذي الذي ينبغي وضع الصيغة التنفيذية عليه تنفيذاً للأمر الصادر بتنفيذه، حتي يمكن تنفيذه جبراً (الصورة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني)، ويجري تنفيذه طبقاً للقواعد العامة للتنفيذ في قانون المرافعات مالم يرد نص علي خلاف ذلك (١).

ويجوز توقيع الحجز التحفظي بموجب حكم التحكيم الإلكتروني، ودون حاجة لإصدار أمر التنفيذ، وحتى لو كان قد تم رفض إصدار الأمر بالتنفيذ، في الحجز التحفظي علي المنقول لدي المدين (م ١/٣١٩، م ٢/٣٢٠ مرافعات مصري)، وفي الحجز التحفظي علي مالمدين لدي الغير (م ٢/٣٢٧، م ٣٣٣ مرافعات مصري) (٢).  
ويشترط لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني تنفيذاً جبرياً: أن يكون حكماً منهيماً لخصومة التحكيم الإلكتروني، وحائزاً لقوة الأمر المقضي، ومن أحكام الإلزام بتنفيذ حق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء لأنها وحدها القابلة للتنفيذ الجبري (م ١/٢٨٠ مرافعات مصري)، دون الحكم المقرر أو المنشئ فلا يكونا محلاً لطلب الأمر بالتنفيذ لأنهما ليسا محلاً للتنفيذ الجبري، وأن يصدر أمر قضائي بتنفيذه من القاضي المختص بناءً علي طلب من ذوي الشأن لتحقيق رقابة قضائية علي حكم التحكيم الإلكتروني قبل

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. فححي والي، قانون التحكيم، بند ٢٧٧، ص ٤٨٠-٤٨٢. د. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، ص ٨٠. د. نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٨٥، ص ٣٤١. د. أحمد صاوي، التحكيم، بند ٢٩٨، ص ٤٢٢.

تنفيذه، وللتحقق من خلوه من موانع الأمر التنفيذي، وصلاحيته للتنفيذ الجبري بوضع الصيغة التنفيذية علي نسخته الأصلية، وانقضاء ميعاد رفع دعوي البطلان أو رفع دعوي البطلان فعلاً؛ لأنه خلال ميعاد دعوي البطلان يقبل طلب البطلان ولا يقبل طلب الأمر بالتنفيذ، أما بعد انقضاء ميعاد دعوي البطلان فلا يقبل طلب البطلان ويقبل طلب الأمر بالتنفيذ(١).

٤٦ - إجراءات إستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني : والأمر بالتنفيذ هو وسيلة قانونية حددها المشرع لمنح القوة التنفيذية لحكم التحكيم، وذلك بطلب ذوي الشأن من القاضي المختص الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، وذلك بإجراءات استصدار الأمر علي عريضة (أمر ولائي)، وليس بإجراءات دعوي قضائية و إلا حكم بعدم قبوله لرفعه بغير الطريق القانوني إذا رفع بشكل إجراءات دعوي قضائية، ثم وضع الصيغة التنفيذية عليه تنفيذاً لأمر التنفيذ وتوقيعها وختمها (م ١٨١ مرافعات مصري) لمنح القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني؛ لأن هيئة التحكيم الإلكتروني لا تملك سلطة منح الصيغة التنفيذية للحكم الصادر منها حيث أنها لا تملك سلطة الجبر أو الأمر. ويشترط للأمر بالتنفيذ، تقديم طلب الأمر ومرفقاته خلال الميعاد القانوني للقاضي المختص. ويعد حكم القضاء المصري ببطلان حكم التحكيم المصري مانعاً من موانع الأمر بتنفيذه سواء في مصر أو في خارج مصر، بينما لا يعد مانعاً من موانع الأمر بالتنفيذ حكم القضاء المصري ببطلان حكم التحكيم الأجنبي وحكم القضاء الأجنبي ببطلان حكم التحكيم المصري سواء في مصر أو في خارج مصر(٢).

والقرار الصادر في طلب الأمر بالتنفيذ هو عمل ولائي ليس له حجية الأمر المقضي. ويقوم قاضي الأمر بالتنفيذ كسلطة ولائية بمراقبة مشروعية اتفاق

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٧٧، ص ٤٨٠-٤٨٢. د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٨٥، ص ٣٤١.

د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية، بند ٤٤، ص ٨٩.  
(٢) د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٨٣، ص ٣٣٨. د.أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، ص ٩٧. د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية، بند ٤٩، ص ٩٧ وما بعدها. د.عاشور ميروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ط ٣، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، بند ٥، ص ١١.

التحكيم وحكم التحكيم القابل للتنفيذ الجبري باعتباره موضوعاً للأمر بالتنفيذ مراقبة إجرائية شكلية خارجية ظاهرية قبل تنفيذه للتثبت من سلامته وخلوه من أسباب البطلان، والتحقق من خلوه من موانع الأمر بالتنفيذ، فتكتمل صلاحية حكم التحكيم الإلكتروني للتنفيذ بعد صدور الأمر بتنفيذه، ويصبح أمر التنفيذ جزءاً مكماً لحكم التحكيم الإلكتروني، ولا يرد عليه السقوط إلا مع حكم التحكيم الإلكتروني بانقضاء مدة تقادم الحق الثابت في حكم التحكيم - ١٥ سنة من تاريخ صدوره - وتسلم صورة تنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني للمحكوم له لإتمام تنفيذه طبقاً للقواعد العامة في التنفيذ الجبري إذا لم يتم تنفيذه اختيارياً (١).

وفي مصر فإن القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ طبقاً لقواعد قانون التحكيم هو رئيس محكمة أول درجة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أو من يندبه لذلك من قضااتها التابع لها موطن المحكوم عليه في التحكيم الوطني. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً - سواء أجرى في مصر أم في الخارج، واتفق أطرافه علي إخضاعه لقانون التحكيم المصري (م ١ تحكيم مصري) - فيكون الاختصاص لرئيس محكمة استئناف القاهرة أو من يندبه من قضااتها ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر (م ٩، م ٥٦ تحكيم مصري). ولذلك إذا صدر الأمر بالتنفيذ من قاضي التنفيذ في مصر كان باطلاً لمخالفته قواعد الإختصاص النوعي؛ لأن قانون التحكيم المصري لم يمنح الأمر بالتنفيذ لقاضي التنفيذ في نص (م ٥٦ تحكيم مصري)، و طبقاً لقواعد قانون المرافعات يقدم طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إلي المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها بالأوضاع المعتادة لرفع دعوي، أيا كانت قيمة الحكم المراد تنفيذه (م ٢٩٧ مرافعات مصري) (٢).

---

(١) د.فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٣٤١، ص ٦١٨-٦١٩. د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية، بند ٤٢، ص ٧٩-٨٠. د.نبيل زيد مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، ص ٩٦. نقض مدني ١٦/٧/١٩٩٠م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢٤٥، ص ٤٣٤.

(٢) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٣٠٢، ص ٥٣٤. د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٩٦، ص ٣٦٠. د.عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، بند ٢١١، ص ٣١٣.

بينما القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي في فرنسا هو المحكمة الابتدائية التي صدر حكم التحكيم الإلكتروني الوطني في دائرة اختصاصها (art. 1487 N.C.P.C.F.) معدلة بمرسوم ١٣ يناير رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م، وفي التحكيم الدولي فإن (art. 1516 N.C.P.C.F.) معدلة بمرسوم ١٣ يناير رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م جعلت المحكمة الكلية التي صدر حكم التحكيم في دائرتها أو محكمة باريس الكلية إذا كان الحكم صادراً في الخارج، ويتحدد بيان مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني باتفاق أطراف التحكيم الإلكتروني أو بمعرفة هيئة التحكيم الإلكتروني، والذي يعتبر من البيانات الهامة لحكم التحكيم الإلكتروني. وهذا بخلاف المشرع الإنجليزي الذي أسند مهمة إصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إلي قاضي التنفيذ باعتباره صاحب الولاية العامة في هذا الشأن (م/١٠١/٢ تحكيم انجليزي) (١).

ويشترط لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني؛ تقديم طلب تنفيذ من طالب التنفيذ، صاحب المصلحة والصفة في التنفيذ مرفقا به أصل حكم التحكيم الإلكتروني، أو صورة موقعة منه، وصورة من اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشاركة، وترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم الإلكتروني إذا لم يكن صادرا بها، وصورة رسمية من المحضر الدال على إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة، وهي نفسها المحكمة المختص رئيسها بإصدار الأمر بالتنفيذ، وصورة ورقة إعلان حكم التحكيم الإلكتروني للمحكوم عليه علي يد محضر طبقاً لقواعد إعلان الأحكام في قانون المرافعات لحساب ميعاد دعوي بطلانه من تاريخ الإعلان، وعدم تعارض حكم التحكيم الإلكتروني مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية، وعدم مخالفة حكم التحكيم الإلكتروني للنظام العام... ولايقبل طلب الأمر

---

(١) د.عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، بند ١١٥، ص ١٨٧. د.دهدي محمد مجدي، العقبات التي تعترض تنفيذ أحكام التحكيم والتعديل التشريعي المنتظر لقانون التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ١٥٤، ديسمبر ٢٠١٠م، ص ٦٧.

**Jérôme Huet**; Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international; Gaz. Pal. 2000; P. 108 ets.

بالتنفيذ إلا بعد انقضاء ميعاد دعوي البطلان (م ٤٧، م ٥٨ تحكيم مصري)، ويجري العمل علي تقديم طالب الأمر شهادة من الجدول تبين ما إذا كان قد تم رفع دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني أم لا.

ويصدر الأمر بالتنفيذ بشكل أمر علي عريضة (أمر ولائي) من القاضي المختص، بناءً علي طلب يقدم من المحكوم له صاحب المصلحة والصفة في ذلك - وليس بإجراءات دعوي قضائية، وإلا حكم بعدم قبوله لرفعه بغير الطريق القانوني، إذ ارفع بشكل إجراءات دعوي قضائية - طبقاً للقواعد العامة في الأوامر علي عرائض من نسختين متطابقتين، ومشملة علي وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطن مختار للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة التي يتبعها القاضي الأمر، وتشفع بها المستندات المؤيدة لها، ليصدر القاضي أمره كتابة علي إحدي نسختي العريضة في اليوم التالي علي الأكثر، في غيبة المحكوم عليه وبدون مواجهة بين الخصوم، وهو ميعاد تنظيمي لا يترتب علي مخالفته أي بطلان (م ١٩٤-١٩٥ مرافعات مصري)، ويصدر الأمر كتابة علي إحدي نسختي العريضة، ولا يتمتع بحجية الأمر المقضي باعتباره عملاً ولائياً. ويترتب علي صدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني أن يصبح متمتعاً بالقوة التنفيذية التي كان يفقدها، بالرغم من حيازته لحجية الأمر المقضي منذ صدوره، ويصبح سنداً تنفيذياً قابلاً للتنفيذ الجبري (١).

وعلي ذلك فحكم التحكيم الإلكتروني لا يتمتع بالقوة التنفيذية، ولا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من القاضي المختص بذلك بدون تحفظ؛ لمراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه. ولا يعد الأمر بالتنفيذ دليلاً علي صلاحية حكم التحكيم الإلكتروني للتنفيذ الفوري، وإنما وضع الصيغة التنفيذية عليه تنفيذاً للأمر الصادر بالتنفيذ، هي وحدها شهادة ودليل علي تلك صلاحيته؛ لأن السند التنفيذي

---

(١) نقض مدني ٢٣/١١/٢٠٠٣م، طعن رقم ٢٦٩٠ لسنة ٥٧ق، مح، س ٥٤، ج ٢، ص ١٢٩٥.

-Ph. Fouchard, E.Gaillard et B. Goldman; Traité de l'arbitrage; N.1578; P.913 ets.

-Vincent et Guinchard; Procédure Civile; 24 éd.; Dalloz; Paris 1996; N.1680; P.1012.

لحكم التحكيم الإلكتروني سند مركب من: حكم تحكيم إلكتروني صحيح، وأمر بالتنفيذ صحيح. ولا يكفي حكم التحكيم الإلكتروني وحده، ولا يكفي وجود الأمر بتنفيذه وحده، بل هما معاً يكونان السند التنفيذي. وإعمالاً لمبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي فإن النظام الإجرائي للأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية أو الأجنبية في مصر هو الذي يسري علي أمر تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني(١).

وللقاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ، أن يصدر أمره بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني تنفيذاً كلياً أو تنفيذاً جزئياً بشرط قابلية أجزاء الحكم للانقسام أو رفض تنفيذه كلياً... وللقاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ سلطة الرقابة الخارجية التي أخذ بها المشرع المصري - وليست مراجعة - علي حكم التحكيم الإلكتروني للتأكد والتحقق من ولاية هيئة التحكيم، وصحة الإجراءات، وعدم مخالفته للنظام العام، وقابلية موضوع النزاع للتحكيم فيه، ومن إستيفائه لكافة الشروط الشكلية دون الخوض في الموضوع. وليس له سلطة تعديل حكم التحكيم الإلكتروني، وليس له أية رقابة علي كيفية فصل حكم التحكيم الإلكتروني في موضوع النزاع، ولاعلي عدالته فيما قضي به، ولايمكنه تعديل حكم التحكيم، ولاتكمله حيثياته... لأنه لا يعد جهة استئنافية لهذا الحكم، ولاجهة مختصة بنظر بطلان حكم التحكيم، فطلب الأمر بالتنفيذ ليس طعناً في حكم التحكيم الإلكتروني. ويجب علي القاضي الأمر بالتنفيذ الامتناع عن إصدار الأمر بالتنفيذ، كلما توافر أمامه من ظاهر الأوراق سبب ظاهر لبطلان حكم التحكيم الإلكتروني، بمعنى أنها سلطة لمراقبة مشروعية اتفاق التحكيم وحكم التحكيم مراقبة إجرائية شكلية خارجية ظاهرية قبل تنفيذه، والتحقق من خلوه من موانع الأمر بالتنفيذ، فلا يتمتع بسلطة النظر في حكم التحكيم الإلكتروني من الناحية

---

(١) د.فتحى والي، قانون التحكيم، بند ٢٩٦ ومابعد، ص ٥٢٤ ومابعدا. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بند ٩٦، ص ٢٩٢. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٧٣٩ ومابعد، ص ٦٠٥ ومابعدا. د.أحمد شرف الدين، المرشد إلي قواعد التحكيم، ط ٢، القاهرة ٢٠١٠م، ص ١٠٥ - ١٠٦. د.عاشور ميروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ط ٣، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، بند ١٦٨ ومابعد، ص ٢٥٧ ومابعدا.

الموضوعية وتقدير صحته أو بطلانه أو ملاءمة ما حكم به أو سلامة وصحة تفسيره للقانون أو الوقائع(١).

ويشترط لإصدار الأمر بالتنفيذ عدم تعارض حكم التحكيم الإلكتروني مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع. وعدم تضمنه ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية كدين قمار أو ثمن مخدرات أو مقابل علاقة غير مشروعة مثلاً. وإعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً طبقاً لقواعد إعلان الأحكام في قانون المرافعات أي بإعلانه لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي علي يد محضر(م ٣/٧ تحكيم مصري). والتثبت من سلامته من أسباب البطلان (م ١،٢ / ٥٨م تحكيم مصري). وانقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان؛ حيث لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني خلال ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني (م ١/٥٨م تحكيم مصري)(٢).

وترفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم الإلكتروني للمحكوم عليه (م ١/٥٤م تحكيم مصري)، وهذا الميعاد يخضع للقواعد العامة للمواعيد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق علي مخالفته، ويقضي القاضي من تلقاء نفسه بجزء مخالفته وهو عدم قبول طلب الأمر بالتنفيذ لرفعه قبل الميعاد.

بمعني أنه خلال ميعاد رفع دعوى البطلان يقبل طلب البطلان ولا يقبل طلب الأمر بالتنفيذ. أما بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان فلا يقبل طلب البطلان

---

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٨٢، ص ٤٩١. د.نبيل عمر، التحكيم، بند ٣٠٩، ص ٣٧٦. د.أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، بند ١٩، ص ٩١. د.عصام الدين القصيبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، بند ٥٥، ص ٦٥. د.عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، بند ١٦٦، ص ٢٥٣ وما بعدها. د.علي سالم، ولاية القضاء علي التحكيم، ص ٣٠٢ وما بعدها. نقض مدني ١٩٩٠/٥/٢١م، طعن رقم ١٨٣٤ لسنة ٥٤ق، مج، س ٤١، ج ١، ق ١٩٩، ص ١٦٤. نقض مدني ١٩٩٠/٧/١٦م، طعن رقم ٢٩٩ لسنة ٥٧ق، مج، س ٤١، ق ٢٤٥، ص ٤٣٤.

(٢) د.فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٣٤٢ وما بعده، ص ٦١٩ وما بعدها. د.نبيل عمر، التحكيم، ص ٧٨، ٨٥. د.أحمد حشيش، القوة التنفيذية، بند ٤٤، ص ٨١ وما بعدها. د.أحمد شرف الدين، المرشد إلي قواعد التحكيم، ص ٩٦-٩٧.

-Paris; 28 avril. 1977; Rév. arb. 1977; P. 151; Not. Michel.

-Cass. Cive.1 □ □ 20 fév.2007; <http://www.courdecassation.fr/> منشور علي موقع

محكمة النقض الفرنسية:

ويقبل طلب الأمر بالتنفيذ؛ وذلك للتريث وعدم التسرع في استصدار أمر بتنفيذ حكم تحكيم إلكتروني مهدد بالبطلان وبوقف التنفيذ إلي أن يتم الفصل بحكم نهائي في دعوي البطلان حتي لا تثار مشاكل التنفيذ العكسي إذا تم التنفيذ بعد الحصول علي الأمر بالتنفيذ، ثم بعد ذلك تحكم المحكمة ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني؛ لأن الحكم القضائي ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني يعتبر مانعاً من موانع إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم(١).

ولطالب الأمر بالتنفيذ علي عريضة إذا رفض طلبه التقدم بطلب جديد لاستصدار أمر بالتنفيذ بدلاً من التظلم من رفض طلبه الأول؛ لأن الأعمال الولائية لا تتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا تستند ولاية القاضي، وللقاضي إصدار أمر جديد بالتنفيذ رغم سبق رفضه بشرط أن تتغير الظروف التي صدر فيها الأمر السابق، وأن يسبب أمره الجديد، وأن لا يضر حقوق الغير حسن النية التي اكتسبها (م٢/١٩٥ مرافعات مصري).

ويكون الأمر بالتنفيذ باعتباره أمراً علي عريضة نافذاً نفاذاً معجلاً بقوة القانون رغم قابليته للتظلم منه أو قدم التظلم منه فعلاً، ويجري تنفيذه بدون كفالة (م ٢٨٨ مرافعات مصري)، ويسقط الأمر إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، ولا يمنع هذا السقوط من استصدار أمر جديد (م ٢٠٠ مرافعات). وأصبح من الجائز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، وكذلك من الأمر الصادر برفض الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (٩) من قانون التحكيم المصري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وذلك بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٢ ق. دستورية بتاريخ ٢٠٠١/١/٦ بعدم دستورية (م ٣/٥٨ تحكيم مصري) لأنها كانت تخل بمبدأ المساواة، وتعيق استعمال حق التقاضي حين كانت تقصر حق التظلم علي حالة الأمر بالرفض فقط دون حالة الأمر بالتنفيذ. ويتم التظلم من الأمر بالإجراءات المعتادة لرفع دعوي قضائية، وينظر في جلسة وفي حضور الخصوم، وتحكم المحكمة فيه بتأييد الأمر أو

---

(١) الإشارة السابقة.



تعديله أو إلغائه بحكم وقتي (م ١٩٧٧ مرافعات مصري)، ويكون الحكم في التظلم قابلاً للطعن فيه بالطرق المقررة للطعن في الأحكام القضائية (م ٢/١٩٩٩ مرافعات مصري)، وله حجية وقتية لا تحول دون نظر دعوي البطلان، ولا تقيّد محكمة البطلان (١).

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه: " إذ كان نظر التظلم المقام من الطاعة في هذا الأمر - أمر تنفيذ حكم التحكيم - يستدعي الفصل فيه بالإدلاء بالرأى في ذات الشروط التي يتعين توافرها لإصدار أمر التنفيذ والتي بحثها القاضى الأمر، فإنه يكون قد أبدى رأياً في موضوع التظلم من هذا الأمر وفي هذه الحالة تبدو خشية تشبته برأيه الذى أبداه، فيشل تقديره ويتأثر به قضاؤه، ويضحى غير صالح لنظر خصومة التظلم ممنوعاً من سماعها وإلا كان حكمه باطلاً، وإذ خالف الحكم المطعون فيه، وقضى برئاسة" السيد المستشار / ... برفض التظلم رغم سبق إيدائه الرأى في الدعوى على النحو سالف البيان عندما أمر بتنفيذ حكم التحكيم محل التظلم، مما يجعله غير صالح لنظره، فإنه يكون قد ران عليه البطلان" (٢).

بينما يخضع حكم التحكيم الإلكتروني الأجنبي الصادر في الخارج الغير خاضع لأحكام قانون التحكيم المصري - في تحكيم خاص أو مؤسسي، وسواء تعلق بتحكيم داخلي في الدولة الأجنبية الصادر فيها أو بتحكيم دولي أجنبي صادر في الخارج - لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر طبقاً لأحكام المواد (م ٢٩٦ - ٣٠١) مرافعات مصري، مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ م بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، ومبدأ المعاملة بالمثل.

---

(١) د.قحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٣٤٤، ص ٦٢٦ ومباعدة. د.محمود الشرقاوي، التحكيم، بند ٣٩٤، ص ٥٤٩. د.محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٧٩ وما بعدها. دستورية عليا ٢٠٠١/١/٦م، قضية رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٢ق. دستورية، مج، ج، ٩، ق ١٠١، ص ٨٤٣. نقض مني ١٠/٣/١٩٥٥م، طعن رقم ٩ لسنة ٢٢ق، مج، س، ٦، ق ١٨٤، ص ٨١٢. نقض تجاري ٢٣/٣/٢٠١١م، طعن رقم ٥٨٤٠ لسنة ٧٩ق. ؛ نقض مني ١١/١/٢٠١٦م، طعن رقم ٧٠٨٨ لسنة ٧٨ق. منشور علي موقع محكمة النقض

-[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civi](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civi)  
(٢) نقض تجاري ٢٣/٣/٢٠١١م، طعن رقم ٥٨٤٠ لسنة ٧٩ق. ؛ نقض مني ١١/١/٢٠١٦م، طعن رقم ٧٠٨٨ لسنة ٧٨ق. منشور علي موقع محكمة النقض

-[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civi](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civi)

ويكون طلب الأمر بتنفيذها بشكل إجراءات دعوي قضائية، أي بصحيفة دعوي ترفع من المحكوم له صاحب المصلحة والصفة في التنفيذ، وتودع قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة التي يراد التنفيذ في دائرتها، أي التي يتبعها موطن المنفذ ضده، كمحكمة أول درجة وتعلن للمدعي عليه المنفذ ضده، مرفقاً بها أصل حكم التحكيم أو صورة رسمية وترجمة عربية إذا كان الحكم بغير اللغة العربية، وأصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه، وترجمة عربية إذا كان الاتفاق بغير اللغة العربية (م ٤ من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ م)، وإلا حكم بعدم قبوله لرفعه بغير الطريق القانوني إذا رفع بشكل أمر علي عريضة. وينظر الطلب في شكل خصومة قضائية ويصدر في شكل حكم قضائي بالأمر بالتنفيذ أو برفض الأمر وعدم قبوله، ويخضع الحكم الصادر للطعن فيه بالإستئناف طبقاً لقواعد قانون المرافعات، والحكم الصادر في الإستئناف يقبل الطعن فيه بالنقض وللمحكمة سلطة مراقبة مشروعية اتفاق التحكيم وحكم التحكيم مراقبة إجرائية شكلية خارجية ظاهرية قبل تنفيذه، والتحقق من خلوه من موانع الأمر بالتنفيذ(١).

ويلزم لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الأجنبي في مصر صدوره في خصومة تحكيم إلكتروني صحيحة روعي فيها احترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع بين الخصوم، وتوافر شرط المعاملة بالمثل في قانون البلد الأجنبي الذي صدر فيه الحكم، وصدوره في مسألة يجوز فيها التحكيم في مصر، وعدم اختصاص القضاء المصري بالمنازعة محل الحكم، وحيازته لقوة الأمر المقضي طبقاً لقانون البلد الأجنبي الصادر فيه الحكم وقابلاً للتنفيذ فيها، وعدم تعارضه مع حكم قضائي أو أمر سبق صدوره في مصر، وعدم مخالفته لقواعد النظام العام في مصر، وإعلان الحكم إعلاناً صحيحاً، وصدوره

---

(١) د.أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٩١م، بند ٩٦، ص ٢٤ وما بعدها. د.فتححي والي، قانون التحكيم، بند ٢٩٦ وما بعده، ص ٥٢٤ وما بعدها. د.أحمد هندي، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين، ص ١٤-١٥. نقض مدني ١٩٩٦/٣/٢٧م، طعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ١٠٧، ص ٥٥٨. نقض مدني ١٩٩٠/٧/١٦م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢٤٥، ص ٤٣٤. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ٢٠٠١/٥/٢٣م، دعوي رقم ٢٥ لسنة ١١٦ق. تحكيم. نقض مدني ٢٠١١/٣/٢٣م، طعن رقم ٥٨٤ لسنة ٧٩ق.

في مسألة يجوز فيها التحكيم طبقاً للقانون المصري، ومراعاة أحكام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ م (١).

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن: " أوجبت المادتان الأولى والثانية منها - اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ف الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية - اعتراف كل دولة متعاقدة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذها طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة فيها والتي يحددها قانونها الداخلي، ما لم يثبت المحكوم ضده في دعوى تنفيذ حكم التحكيم توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر في المادة الخامسة فقرة أولى من الاتفاقية، وهي: (أ) نقص أهلية أطراف اتفاق التحكيم أو بطلانه. (ب) عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو استحالة تقديمه دفاعه لسبب آخر. (ج) مجاوزة الحكم في قضائه حدود اتفاق أو شرط التحكيم. (د) مخالفة تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءاته لاتفاق الطرفين أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق. (هـ) صيرورة الحكم غير ملزم للطرفين أو إلغائه أو وقفه، أو يتبين لقاضي التنفيذ - طبقاً للفقرة الثانية من المادة المشار إليها - أنه لا يجوز قانوناً اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع، أو أن تنفيذ الحكم يخالف النظام العام ويترتب على توافر أي من هذه الأسباب أن تقبل المحكمة الدفع وترفض إصدار الأمر بالتنفيذ، ولكن ليس للمحكمة أن تقضى ببطلان حكم التحكيم فهذا القضاء يخرج عن اختصاصها، وإذا قدم المدعى عليه في دعوى الأمر بالتنفيذ طلباً عارضاً يطلب فيه الحكم ببطلان حكم التحكيم المطلوب الأمر بتنفيذه، فعلى المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها بهذا الطلب لخروجه من ولايتها. لما كان ذلك وكانت الدعوى الراهنة مقامة بطلب بطلان حكم التحكيم محل التداعي وليس بطلب إصدار الأمر بتنفيذه، وكان ذلك الحكم قد صدر في الخارج ولم يتفق الطرفان على خضوعه للقانون المصري، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم النظر متقدم البيان وقضى بعدم اختصاص القضاء المصري بنظر دعوى بطلانه، يكون قد وافق القانون" (٢).

(١) الإشارة السابقة.

(٢) نقض منني ٢٠١٠/٢/٢٣ م، طعن رقم ٩١٣ لسنة ٧٣ ق.

وقد أرسى محكمة النقض الفرنسية في أحكام عديدة، مبدأ جواز تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الأجنبي علي الرغم من رفع دعوي قضائية بطلانه في دولة صدره، أو صدور حكم قضائي بطلانه في دولة صدره، أو صدور قرار بوقف تنفيذه في تلك الدولة طالما أن قانون بلد التنفيذ لا يمنع من تنفيذه، وكان القانون الوطني لبلد التنفيذ أفضل وأصلح لطالب التنفيذ بأن يكون أقل تشدداً من المادة الخامسة في اتفاقية نيويورك، وذلك استناداً إلي تفسير محل نظر للمادة السابعة من اتفاقية نيويورك، وطالما أن صدور حكم قضائي بطلان حكم التحكيم من دولة صدره ليس من أسباب رفض الاعتراف به بموجب ( art.1502 N.C.P.C.F. ) (١).

وهذا المبدأ مخالف للمنطق القانوني السليم، ويتعارض مع مقتضيات التعاون القضائي الدولي والمعاملة الدولية، ويتجاهل أن حكم التحكيم يرتبط بدولة صدره أكثر من ارتباطه بدولة مكان التنفيذ، ويتعارض مع قواعد الإعراف بحجية الحكم القضائي الأجنبي، والإعراف بحكم تحكيم باطل في دولة صدره يعد مخالفة للنظام العام، ويتعارض أيضاً مع الهدف من اتفاقية نيويورك نفسها في توحيد الأحكام الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، كما أنه يؤدي إلي صدور أحكام متناقضة بشأن حكم التحكيم الواحد وهو ما قد يؤدي إلي هجر التحكيم من الأفراد في الدول النامية، كما أن حكم التحكيم يفقد وجوده في دولة التنفيذ طالما حكم بطلانه في دولة صدره نظراً لأنه يفقد وجوده في دولة صدره كأثر للحكم بطلانه (٢).

ووفقاً لنص (م٦/٢٥) من لائحة تحكيم المحكمة القضائية يتعهد أطراف التحكيم الإلكتروني بمجرد خضوعهم لأحكامها بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني دون تأخير،

---

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)  
(1) -Cass. Civ. 9 octob. 1984; Rév. arb. 1985; P. 341.

-Cass. Civ. 10 Mar. 1993; Rév. arb. 1993; P. 255.

-Cass. Civ. 23 Mar. 1993; Rév. arb. 1994; P. 329.

(٢) د.مصلح أحمد الطراونة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقاً لاتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨م، المؤتمر السادس عشر لكلية القانون/ جامعة الامارات، ص ٨٩٥ ومابعدها.

وعلى ذلك قد يتم التنفيذ الرضائي لحكم التحكيم الإلكتروني بمبادرة المحكوم عليه بالتنفيذ الاختياري، وإلا لجأ المحكوم له للتنفيذ الجبري لحكم التحكيم الإلكتروني بالتقدم بطلب تنفيذ لقضاء الدولة التي سيجرى التنفيذ على إقليمها مشفوعاً بأصل حكم التحكيم الإلكتروني أو صورة موقعة منه، وأصل أو صورة اتفاق التحكيم الإلكتروني شرطاً كان أو مشارطه، وترجمة معتمدة لحكم التحكيم الإلكتروني إذا كان صادراً بلغة أجنبية وصورة من محضر إيداع حكم التحكيم الإلكتروني قلم كتاب المحكمة القضائية المختصة (م ٥٦ تحكيم مصري). وفي نظام القاضي الافتراضي توجد صعوبة في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني حال سوء نية المحكوم عليه؛ لأن القرار الصادر من القاضي الافتراضي يكون مجرداً من القوة إلا إذا قبله أطراف التحكيم، بمعنى تعليق القوة الملزمة لحكم التحكيم الإلكتروني على إرادة أطرافه ومشيتهم الذين يتعهدون باحترام تنفيذها اختيارياً (١).

وتشترط اللائحة الموحدة لهيئة الأيكان لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، عدم قيام المحكوم عليه برفع دعوى قضائية أمام محاكم الدولة خلال عشرة أيام من إعلانه بحكم التحكيم لبحث الموضوع من جديد أمام القضاء الرسمي. وبالتالي لا يتمكن المحكوم له من استصدار أمر بالتنفيذ من قضاء الدولة، مما يعتبر هدراً لحجية الأمر المقضي؛ وذلك لأن اللائحة الموحدة لهيئة الأيكان لا تمنع طرفي النزاع من اللجوء إلى قضاء الدولة، كما أن القرار الصادر يكون مجرداً من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف، بمعنى تعليق القوة الملزمة لحكم التحكيم الإلكتروني على إرادة أطراف التحكيم ومشيتهم (٢).

وأحكام التحكيم الإلكتروني الصادرة وفقاً لللائحة هيئة الأيكان تتمتع بالقوة الإلزامية بالنسبة لمسجلي أسماء وعناوين المواقع الإلكترونية، فإذا حكم بشطب اسم

---

(١) د.مصلح أحمد الطراونة، دنور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٢٨ وما بعدها. د.محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، ص ٣٨٦-٣٨٨. د.صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، النظام القانوني التجاري للتجارة الإلكترونية، ص ١٦٤.  
(٢) د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، بند ٦٥، ص ١٦٠. د.نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية، ص ٢٣٤، ٢٣٥. د.مصلح أحمد الطراونة، دنور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٣٦.

موقع لتشابهه مع علامة أو اسم تجاري مثلاً فإنه يجب على المسجل الالتزام بتنفيذ هذا الحكم والقيام بشطب اسم الموقع المحكوم بشطبه؛ إذ أن المسجل بماله من سلطات يستطيع التنفيذ في مواجهة المحكوم عليه ودون حاجة للرجوع إلى قضاء الدولة الرسمي، وبإسناد عملية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني إلى المسجل لما يتمتع به من سلطات يكون باعثاً دافعاً للمحكوم عليه للقيام بالتنفيذ الاختياري دون حاجة للقيام بالتنفيذ الجبري خوفاً من قيام المسجل باستعمال سلطاته في شطب اسم موقعه. وبذلك يتجنب المحكوم له مغبة اللجوء إلى قضاء الدولة الرسمي لاستصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، ورقابة قضاء الدولة على عملية التحكيم الإلكتروني، ولا تختص هيئة الأيكان ( ICANN ) بالتعويض الذي يترتب على تنفيذ حكم التحكيم، وإنما يجوز للأطراف اللجوء إلى القضاء الرسمي أو التحكيم للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بأيهم من تنفيذ حكم التحكيم؛ لأنه ليس من سلطة المسجل تنفيذ الحكم بالتعويض(١).

وأجاز بعض الفقهاء في مصر تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بالقوة الثبوتية في مجال الإثبات، رغم عدم وجود نص في قانون التحكيم المصري ولا في القانون الفرنسي بذلك، ويعتبر حكم التحكيم الإلكتروني دليلاً بخصوص البيانات الواردة فيه إلي أن يطعن عليه بالتزوير، خاصة بعد مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة الورقية التقليدية (م١٨ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م - م ١٣١٦م مدني فرنسي معدلة بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠م صادر بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٠م). وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن: " التاريخ الذي يثبتته المحكم لحكمه يعتبر حجة علي الخصم ولا يستطيع جرده إلا باتخاذ طريق الطعن بالتزوير في الحكم ؛ لأن حكم المحكم يعتبر ورقة رسمية شأنه في ذلك شأن الأحكام التي يصدرها القضاء"(٢).

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية، ص ٣٥ وما بعدها. د.أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية لدعوي بطلان حكم التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، ص ٣٧ وما بعدها. نقض مدني مصري ١٩٦١/١١/٣٠م، طعن رقم ٥٨٦ لسنة ٢٥ق، مج، س ١٢، ق ١٢١، ص ٧٣٠.

٤٧- وقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني : يصبح حكم التحكيم الإلكتروني قابلاً للتنفيذ الجبري بصدور الأمر بتنفيذه ووضع الصيغة التنفيذية عليه، ويكون للمحكوم له الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري لاقتضاء حقه جبراً عن المحكوم عليه. ويختلف وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي عن وقف إجراءات التنفيذ الجبري ولو أن كلاهما وقف وقتي. وتخضع القوة التنفيذية للسند التنفيذي لنظام الوقف سواء أكان وقف قانوني بقوة القانون وبدون طلب بسبب الادعاء بتزويره دون إخلال بالإجراءات التحفظية (م ٥٥ إثبات مصري) أم وقف قضائي. وقد يكون ذلك بتقديم المحكوم عليه طلب إشكال وقتي لقاضي التنفيذ وفقاً للقواعد العامة في إشكالات التنفيذ لسبب جدي لاحق علي صدور الحكم وقبل تمام التنفيذ (م ٣١٢ مرافعات مصري)، أو طلب وقف وقتي تباعي لدعوي بطلان حكم التحكيم لأسباب جدية (م ٥٧ تحكيم مصري)، تبعاً لاختيار المحكوم ضده (١).

(أ) - وقف تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بالاستشكال في تنفيذه أمام قاضي التنفيذ : يجوز لمن صدر ضده أمر التنفيذ أن يشتشكل في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني وفقاً للقواعد العامة في الإشكالات لسبب لاحق علي صدور حكم التحكيم الإلكتروني. فيجوز تقديم طلب إشكال وقتي في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني إلي قاضي التنفيذ بوصفه قاضياً للأمر المستعجلة (م ٢٧٥ مرافعات مصري)، وذلك لوقف تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني طبقاً للقواعد العامة في إشكالات التنفيذ في قانون المرافعات كقانون إجرائي عام (م ٣١٢ مرافعات مصري)، فيجوز الاشكال في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بسبب عدم إعلان صورته التنفيذية للمحكوم عليه أو بسبب عدم صدور أمر بتنفيذه أو بسبب بطلان إجراءات الحجز أو لكون المال المحجوز عليه غير مملوك للمدين أو بأي عيب من عيوب عملية التنفيذ ذاتها... . ويترتب علي رفع طلب الاشكال وقف تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بقوة القانون متي تحقق قاضي الاشكال من جدية الطلب، والاستعجال، ورفع من صاحب صفة ومصحة

(١) د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية، بند ٦٣، ص ١٢٥ وما بعدها. د.أحمد شرف الدين، المرشد إلي قواعد التحكيم، ص ٩٩ وما بعدها. د.محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص ١٨٨. د.رافقت محمد رشيد ميقاتي، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٣٢٢ وما بعدها.

قانونية، ورفعها قبل تمام التنفيذ، وأن يكون الإشكال بسبب لاحق علي صدور حكم التحكيم الإلكتروني، ودون المساس بأصل الحق المتعلق بصحة أو بطلان حكم التحكيم الإلكتروني، ويلاحظ أن الإشكال يرد علي تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني باعتباره سنداً تنفيذياً بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، وليس علي تنفيذ الأمر بالتنفيذ(١).

(ب) - وقف تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بالتبعية لدعوي بطلانه : يجوز للمحكوم عليه إذا رفع دعوي ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني أن يطلب من محكمة البطلان الأمر بوقف تنفيذه بالتبعية لدعوي البطلان. فيجوز لمحكمة دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني، أن تحكم بحكم وقتي مستعجل غير ملزم لها عند تصديها للشق الموضوعي في دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني بوقف تنفيذه جزئياً بالنسبة لشق منه أو بالنسبة لبعض الخصوم دون البعض الآخر إذا طلب مدعي البطلان المحكوم عليه صاحب المصلحة ذلك في نفس صحيفة دعوي البطلان بطلب وقتي تبعي للطلب الموضوعي الأصلي بالبطلان خلال ميعاد دعوي البطلان، وقبل تمام التنفيذ والإقضي بعدم قبول الطلب، وكان هذا الطلب مبنياً على أسباب جدية لوقف التنفيذ كوقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه (م٥٧ تحكيم مصري). ويترتب علي وقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم صيرورته سنداً غير واجب النفاذ، وبالتالي لايجوز التنفيذ الجبري بموجبه، باستثناء الإجراءات التحفظية، ولاينقضي أثر وقف القوة التنفيذية إلا بانقضاء التقاضي في الطلب الموضوعي. ولايجوز الطعن المباشر علي استقلال في الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ؛ لأنه حكم وقتي غير منهي للخصومة الأصلية وغير مستقل عنها صادر في طلب تبعي للطلب الموضوعي(٢).

---

(١) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند٢٨٦، ص٤٩٩-٥٠٠؛ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند٣٤٦، ص٦٣٠. د.محمود الشرقاوي، التحكيم، بند٣٩٤، ص٥٤٩. د.الأنصاري حسن النيداني، تنفيذ أحكام التحكيم، ط١-٢٠١٤م، ص٣٤٦-٣٤٧.

(٢) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند٣٠٥، ص٥٣٦ ومابعدها؛ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند٣٤٦، ص٦٣٠. د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية، بند٧٠ ومابعده، ص١٣٥ ومابعدها.



كما يجوز للمطلوب ضده الأمر بالتنفيذ طلب وقف خصومة الأمر بالتنفيذ في مصر إذا كان قد رفع دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني الأجنبي في بلد صدوره أو طلب وقف تنفيذه في تلك البلاد، حتي لا يأمر بتنفيذ حكم تحكيم إلكتروني أجنبي قد يحكم ببطلانه أو بوقف تنفيذه في بلد صدوره، ولمنع ضرر جسيم بالمحكوم عليه قد يتعذر تداركه فيما بعد. ويجوز للمحكمة إذا أمرت بوقف خصومة الأمر بالتنفيذ الزام المدعي عليه بناءً علي طلب المدعي بتقديم تأمين أو ضمان كافٍ لتغطية أضرار تأخير التنفيذ نتيجة الوقف. وإذا تم التنفيذ بعد حكم المحكمة بالأمر بالتنفيذ في مصر، ثم حكم ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني الأجنبي في بلد صدوره، فيعتبر التنفيذ باطلاً؛ لأنه تم دون سند تنفيذي صحيح، ويجوز للمنفذ ضده الحصول علي حكم من قاضي التنفيذ ببطلان التنفيذ، وذلك لأن السند التنفيذي لحكم التحكيم الإلكتروني سند مركب من: حكم تحكيم إلكتروني صحيح، وأمر بالتنفيذ. فلا يكفي صدور أمر بالتنفيذ، إذا كان حكم التحكيم الإلكتروني باطلاً. ويلجأ المنفذ ضده إلي إجراءات التنفيذ العكسي لإعادة الحال إلي ماكان عليه(١).

**(ج) - وقف تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بالنظم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم :** يجوز للمحكوم ضده في حكم التحكيم الإلكتروني الذي صدر الأمر بتنفيذه من المحكمة القضائية المختصة أن يتظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني أمام المحكمة القضائية المختصة. وفي هذه الحالة لا يتوجه الاعتراض علي تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بما قد يشوبه من عيوب إجرائية، وإنما ينصرف الاعتراض إلي الأمر بتنفيذه لما قد يشوبه من عيوب؛ كما لو صدر من جهة غير مختصة، أو صدر بالمخالفة للقانون كأن صدر أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني رغم تعارضه مع حكم قضائي سبق صدوره من محكمة مصرية في نفس موضوع النزاع... وتقتصر سلطة محكمة التظلم علي تأييد الأمر بالتنفيذ أو إلغائه أو تعديله، وهي لا تشمل وقف تنفيذه(٢).

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد شرف الدين، المرشد إلي قواعد التحكيم، ص ١٠٥-١٠٦.

٤٨ - سقوط القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني : يجوز للمحكوم عليه في حكم التحكيم الإلكتروني الذي صدر أمراً بتنفيذه من المحكمة القضائية المختصة التظلم من الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة المختصة، والتي قد تحكم بتأييد الأمر بالتنفيذ، أو تعديله أو إلغائه. وإذا حكمت المحكمة المختصة بإلغاء أمر التنفيذ، تسقط القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني نتيجة لإلغاء الأمر بالتنفيذ بالتظلم منه؛ لأن السند التنفيذي لحكم التحكيم الإلكتروني سند مركب من: حكم تحكيم إلكتروني صحيح، وأمر بالتنفيذ صحيح، فلا يكفي حكم التحكيم الإلكتروني وحده، دون وجود أمر بتنفيذه، وبالتالي لا توضع الصيغة التنفيذية علي حكم التحكيم الإلكتروني إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه(١).

ولا تنقضي القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني بسبب ضياع الصورة التنفيذية فيمكن استخراج صورة ثانية منها، ولا بأحد أسباب انقضاء الحق الموضوعي، ولا بالتنفيذ الجزئي. وإنما تنقضي القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني وتعتبر كأن لم تكن باعتباره كأن لم يكن إذا صدر حكم قضائي نهائي حائز لقوة الأمر المقضي بتزويره أو ببطالته أو ببرد المحكم بعد صدور حكم التحكيم... فيزول حكم التحكيم وتزول معه كافة آثاره بقوة القانون، ويعتبر الحكم بالتزوير أو بالبطلان سندا تنفيذياً صالحاً لإعادة الحال إلي ما كان عليه دون حاجة لاستصدار حكم جديد بذلك. وكما تنقضي القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني بتمام تنفيذه تنفيذياً اختيارياً أو جبرياً. ولا يجوز التنفيذ، ولا اتخاذ الإجراءات التحفظية بموجب الصورة التنفيذية لحكم التحكيم التي اعتبرت كأن لم تكن(٢).

### المطلب الثاني

#### آليات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

٤٩ - آليات التنفيذ الذاتي لحكم التحكيم الإلكتروني : يتم التنفيذ الجبري لحكم التحكيم الإلكتروني وفقاً للطريقة التي يحددها القانون مالم يتفق الأطراف علي تنفيذه

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية، بند ٨٦ وما بعده، ص ١٦٠ وما بعدها.

اختيارياً بحسن نية دون تأخير. والقاعدة العامة أنه لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني إلا بعد استصدار أمر بالتنفيذ من المحكمة القضائية المختصة في دولة التنفيذ، ويقتصر دور القضاء هنا على التحقق من توافر الشروط القانونية اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني دون فحص موضوع النزاع من جديد، وذلك بعد تقديم المستندات المطلوبة والقيام بالإجراءات القانونية المحددة خلال الميعاد القانوني، ويكون الأمر بالتنفيذ نافذاً نفاذاً معجلاً بقوة القانون باعتباره أمراً على عريضة، رغم قابليته للتظلم أو التظلم منه فعلاً (م ٢٨٨ مرافعات مصري)، ويسقط الأمر إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، ولا يمنع سقوطه من استصدار أمر جديد (م ٢٠٠ مرافعات مصري)، أما إذا قدم للتنفيذ ووضعت الصيغة التنفيذية فلا يسقط حتى ولو تقاعس التنفيذ إلى ما بعد الثلاثين يوماً من تاريخ صدور أمر التنفيذ (١).

وفي ظل الاعتراف التشريعي بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين التوقيع الخطي، والتوقيع الإلكتروني، وبين المستندات الورقية، والمستندات الإلكترونية يمكن إتتمام إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بنفس الوسيلة التي صدر بها أي بشكل إلكتروني، وذلك عند تطلب تقديم أصل اتفاق التحكيم، وأصل حكم التحكيم لاستصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من قضاء الدولة الرسمي، ولكن قد يعترض ذلك صعوبة التمييز بين الأصل والصورة في المستندات الإلكترونية، بالإضافة إلى صعوبة إكساب المستند الإلكتروني صفة الرسمية (٢).

ونظراً لتحقيق مكاسب ومصالح متبادلة للمتعاملين في التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، فإن حرصهم على استمرارية تلك المكاسب والمصالح المتبادلة يدفعهم إلى التنفيذ الاختياري الرضائي لأحكام التحكيم الإلكتروني الصادرة بينهم دون حاجة إلي

---

(١) د.عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ص ٣٧ ومابعدھا. د.أبو العلا النمر، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، ص ٢٦٢، ٢٦٣. د.سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١١م، ص ٣٤٨ ومابعدھا.

(٢) -Huet. A et valmachino.S; Réflexion sur L'arbitrage électronique dans

Le commerce international; Gaz. Pal. Janv-Fév. 2000, P. 103.

-Schultz (Th); eBay: un système juridique en formation; www.online-adr.org/eBay-RDTI.pdf,3.3.2009; P. 12 ets.

اللجوء إلى القضاء. وتجتهد مراكز تسوية المنازعات إلكترونياً في استحداث وسائل تجعل المحكوم عليه ينفذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر ضده اختيارياً دون حاجة إلى الاستعانة بالقضاء الوطني، وتسعى مراكز تسوية المنازعات إلكترونياً إلى ابتداع وسائل متعددة للتنفيذ الذاتي لأحكامها دون اللجوء إلى القضاء الوطني بهدف إبعاد تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني الصادرة منها عن رقابة القضاء الوطني، وتخفيض تكاليف عملية تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني بما يتناسب مع قيمة النزاع بحيث لا يحتاج المحكوم له إلى السفر لدولة التنفيذ ولا توكيل محام عنه لإتمام إجراءات التنفيذ، ولتجنب عدم توافق القوانين الوطنية مع الإجراءات الإلكترونية في العالم الافتراضي. وقد يتعهد أطراف التحكيم الإلكتروني بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني اختيارياً دون تأخير طبقاً لنصوص مركز التحكيم الإلكتروني (م ٢٥/٦ من لائحة المحكمة الفضائية)، ويحدد شروط وكيفية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني جبرياً قوانين الدولة التي سيجري التنفيذ علي إقليمها (م ٤٢/أ من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية) (١).

وتنقسم آليات أو وسائل التنفيذ الذاتي لحكم التحكيم الإلكتروني إلى آليات أو وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشرة لحكم التحكيم الإلكتروني حيث تتخذ بعض الوسائل المغربية لتشجيع الطرف الخاسر علي التنفيذ، وآليات أو وسائل التنفيذ الذاتي المباشرة لحكم التحكيم الإلكتروني حيث يكون لمراكز التحكيم سلطات أو صلاحيات للتنفيذ مباشرة علي الطرف الخاسر، إلا أن تلك الآليات قد يعترضها بعض العقبات، كالقرصنة الإلكترونية، وتجار الصفة الواحدة، وعدم اعتماد كافة مراكز التحكيم في كل دول العالم لتلك الآليات.

---

(١) د.سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري، ص ١٦٨، ١٧٤. د.عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، ص ٣٨٧-٣٨٩. د.هشام سعيد اسماعيل، دور التحكيم الإلكتروني الدولي في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس، ٢٠١٤م، ص ٣٦٨ وما بعدها.

-Schultz (Th); Regular le Commerce électronique Par la résolution des litiges en ligne; un approche critique; Bruylant; Bruxelles; 2005; P.349.

-Capriolié. A.; Règlement des litiges internetionaux et droit applicable dans le commerce électronique; littec; Paris; 2002; P. 153.

## ٥٠ - آليات و وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشرة لحكم التحكيم الإلكتروني :

تقوم مراكز تسوية المنازعات إلكترونياً باعتماد وسائل معينة من شأنها تحفيز المحكوم عليه - الطرف الخاسر- في التحكيم الإلكتروني بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر ضده اختيارياً ودون أن يكون لمركز التسوية الإلكتروني الصادر عنه حكم التحكيم الإلكتروني أية سلطة أو صلاحية في تنفيذ الحكم اختيارياً من المحكوم عليه، أي بتدخل المحكوم عليه فقط دون إجبار من مركز التسوية الإلكتروني، وهذه الوسائل من شأنها تهديد المحكوم عليه بخسارة فادحة نتيجة فقدته لعملائه إذا لم يمثل لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني اختيارياً، ومن تلك الوسائل التهديدية: التهديد بسحب علامة الثقة، أو التهديد بنظام إدارة السمعة، أو التهديد بنظام القائمة السوداء، أو التهديد بنظام الطرد من الأسواق الإلكترونية، أو التهديد بنظام الغرامة التهديدية... وذلك بهدف حماية المستهلك (١).

(أ) - التهديد بسحب علامة الثقة : يحق للبائع الإلكتروني على شبكة الإنترنت استخدام علامة الثقة المملوكة لمركز تسوية المنازعات إلكترونياً على موقعه الإلكتروني، مقابل التزام البائع بمجموعة التزامات معينة من بينها التزام البائع بتسوية منازعاته مع عملائه المستهلكين أمام مركز التسوية، بحيث يختص هذا المركز بنظر النزاع بمجرد إعلان أحد عملاء البائع من المستهلكين برغبته في تسوية نزاعهما، ويجوز لمركز التسوية سحب علامة الثقة من موقع البائع الإلكتروني إذا امتنع البائع عن تنفيذ الأحكام الصادرة من مركز التسوية. بحيث يبقى الاختيار للبائع بين تنفيذ الحكم والإبقاء على علامة الثقة أو رفض تنفيذ الحكم وسحب علامة الثقة منه، ولأن علامة الثقة بالنسبة للبائع ذات قيمة اقتصادية كبيرة

(١) د.مسعود صالح العنزي، خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، س ٢٠١٢م، ع ٣، ص ٨٢ وما بعدها. د.سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٥١. د.صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠١٢م، ص ٣٧٩ وما بعدها.

-Schultz (Th); eBay: un système juridique en formation; www.online-adr.org/eBay-RDTI.pdf,3.3.2009. P.12 ets.

-René David; l'arbitrage; P. 492 ets.

-Paris12 mars 1998; D. 1999; N.12; P. 316; Not. M.viala.

حيث تعطي ثقة كبيرة للعملاء واكتساب عملاء جدد؛ لأن المشتري الإلكتروني يبحث عن علامة الثقة قبل الشراء، وغالباً يفضل البائع الإلكتروني تنفيذ الحكم – لأجل الإبقاء على علامة الثقة – اختيارياً، فلا يمكن للبائع الإلكتروني الذي اكتسب ثقة عملائه أن يفقدها بهذه السهولة (١).

(ب) – **التهديد بنظام إدارة السمعة على الإنترنت** : توجد مواقع إلكترونية للتسوق على الإنترنت تضم في عضويتها مواقع تجارية للبائعين والمستهلكين، وتقوم مواقع التسوق بالكشف للمستهلك عن السيرة الذاتية للبائع الذي سيتعامل معه وسمعته وآراء المستهلكين الذين تعاملوا معه من قبل؛ لإصباح الثقة والأمان والمصدقية في نفوس المتعاملين معه، وذلك قبل الإقدام على الشراء، والبائع الذي تظهر عنه سلبيات أقل يحوز على ثقة أكبر من المستهلكين، أما البائع الذي تظهر عنه سلبيات أكثر يقل إقبال المستهلكين على التعامل معه، ومن حق مركز تسوية المنازعات إلكترونياً إضافة نقاط سلبية على موقع البائع الممتنع عن تنفيذ أحكامه مما يجعل البائع الإلكتروني يسعى لتنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهته لأجل الحفاظ على سمعته اختيارياً، وذلك لأنه يسعى لأن يبقى بائعاً موثقاً به في سوق التجارة الإلكترونية باعتباره سوقاً عالمياً مفتوحاً تتم المعاملات فيه بين أشخاص حاضري الزمان وغائبي المكان (٢).

---

(1) د. عصام عبدالفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٩٠. د. عماد الدين محمد، طبيعة وأنماط التحكيم، ص ١٠٦٤. د. حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ٢٥٢ وما بعدها. د. مصلى أحمد الطراونة، ود. نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٤١ وما بعدها. د. صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٨١. د. سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٥٢.

-Schultz (Th); Regular le Commerce électronique Par la résolution des litiges en ligne; P.353.

(2) د. أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ص ٦٨-٦٩. د. حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ٢٥٢ وما بعدها. د. مصلى أحمد الطراونة، ود. نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٤١ وما بعدها. د. عماد الدين محمد، طبيعة وأنماط التحكيم، ص ١٠٦٤. د. صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٨١. د. سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٥٣.

-Schultz (Th); Regular le Commerce électronique Par la résolution des litiges en ligne; P. 354.

(ج) – **التهديد بنظام القائمة السوداء** : تقوم الجهات المانحة لعلامات الثقة، وكذلك الجهات التي تتولى إدارة السمعة بإصدار قائمة تحتوي على أسماء المواقع الإلكترونية للبائعين الذين يمتنعون عن تنفيذ الأحكام الصادرة عن مراكز التسوية الإلكترونية، ونشرها على مواقع تلك الجهات، وإرسالها إلى المواقع الإلكترونية المتخصصة لجمعيات حماية المستهلك لنشرها على مواقعها، بحيث يسهل لأي مستهلك الحصول على القوائم السوداء التي تعد أمراً خطيراً بالنسبة للبائع مما سيؤدي إلى فقدانه للكثير من عملائه، مما يدفع البائع الإلكتروني للقيام بتنفيذ الأحكام الصادرة عن مراكز التسوية الإلكترونية في مواجهته خشية نشر اسمه وموقعه الإلكتروني في القائمة السوداء، استجابة للضغوط الإعلامية والتجارية وحفاظاً علي السمعة التجارية(١).

(د) – **التهديد بالطرد من الأسواق الإلكترونية** : يتم ذلك بمقتضى اتفاق ثلاثي الأطراف بين كل من مركز التسوية الإلكترونية، والبائع الإلكتروني، ومقدم خدمة المعلومات لموقع البائع بحق مركز التسوية الإلكترونية في حرمان موقع البائع الإلكتروني من تقديم عروضه على الإنترنت عند امتناعه عن تنفيذ أحكام مركز التسوية الإلكتروني، ويتم الطرد من الأسواق الإلكترونية بقيام مقدم خدمة المعلومات لموقع البائع الإلكتروني بغلق موقع البائع وحرمانه من عرض منتجاته وخدماته علي شبكة الإنترنت، إذ لا يمكن لأحد المستهلكين المستخدمين له الدخول إليه بناءً على طلب مركز التسوية الإلكتروني بعد امتناع البائع المحكوم عليه من تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهته من مركز التسوية الإلكتروني، مما ينتج عنه خسارة فادحة لموقع البائع الإلكتروني، ويجعل البائع الإلكتروني يفضل تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني الصادرة من مركز التسوية الإلكترونية في مواجهته اختياراً

---

(1) د.مصلح أحمد الطراونة، و دنور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٤١ وما بعدها . د.عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم، ص ١٠٦٤ . د.حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ٢٥٢ وما بعدها. د.صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٨٠. د.سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٥٤.

-Schultz (Th); Regular le Commerce électronique Par la résolution des litiges en ligne; P.357.

خشية إصابته بأضرار جسيمة نتيجة إغلاق موقعه الإلكتروني وطرده من الأسواق الإلكترونية، وحرمانه من عرض منتجاته وخدماته علي شبكة الإنترنت(١).

**(هـ) – التهديد بنظام الغرامة التهديدية :** بمقتضى اتفاق بين مركز التسوية الإلكتروني، ومركز البائع الإلكتروني يتم إلزام البائع بدفع مبلغ مالي محدد يتناسب وتقديره مع قيمة النزاع عند عرض النزاع على مركز التسوية الإلكتروني المختص بمنازعاته كشرط لضمان التزام البائع بتنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهته من مركز التسوية الإلكتروني، ويعتبر هذا المبلغ بمثابة غرامة تهديدية للحث علي التنفيذ، كما يضاف إليه فوائد تأخير نظير الامتناع عن التنفيذ، مما يدفع البائع الإلكتروني إلى تنفيذ أحكام مركز التسوية الإلكترونية الصادرة في مواجهته اختيارياً خشية أن يفقد المبلغ المالي الذي دفعه سابقاً خاصة إذا كانت قيمة المبلغ أكثر بكثير من قيمة الحكم، بالإضافة إلى فقد الثقة والسمعة في أوساط التجارة الإلكترونية، وتعتبر الغرامة التهديدية وسيلة ضغط علي الطرف الخاسر لإجباره علي التنفيذ الاختياري، وحصول علي أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني يغني عن الغرامة التهديدية(٢).

**٥١- آليات و وسائل التنفيذ الذاتي المباشر لحكم التحكيم الإلكتروني :** قد يسمح لمركز تسوية المنازعات إلكترونياً بسلطة أو صلاحية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

---

(١) د. عصام عبدالفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٩١. د. حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ٢٥٢ وما بعدها. د. مصلح أحمد الطراونة، ود. نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٤١ وما بعدها. د. عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم، ص ١٠٦٤. د. صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٨١. د. سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٥٢.

**-Schultz (Th); Regular le Commerce électronique Par la résolution des litiges en ligne; P. 361.**

(2) د. قحوي والي، قانون التحكيم، بند ١٩٩، ص ٣٦٣. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٨٧. د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٣٩٢، ص ٢٨٤. د. مصلح أحمد الطراونة، ود. نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٤١ وما بعدها. د. حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ٢٦٠. د. عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم، ص ١٠٦٤. د. صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٨١. د. سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٥١. مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ٢٩/١٠/٢٠١٤م، قضية رقم ١٩٠١ لسنة ٢٠١٤م، مجلة التحكيم العربي، ع ٢٣، ديسمبر ٢٠١٤م، ص ٣٨١.

**-Schultz (Th); Regular le Commerce électronique Par la résolution des litiges en ligne; P. 361.**



الصادر عنه في مواجهة البائع الإلكتروني المحكوم عليه، ودون حاجة لتدخل البائع المحكوم عليه، وذلك عن طريق عدة وسائل منها: إيداع ضمان مالي مغلق، والتحكم في بطاقة الائتمان، والتنفيذ التلقائي الإلكتروني... (١).

(أ) – إيداع ضمان مالي مغلق : في منازعات التجارة الإلكترونية بين البائع الإلكتروني، والمستهلك (B2C) أو بين المحترفين (B2B)، يطلب مركز تسوية المنازعات إلكترونياً من البائع الإلكتروني في (B2C)، أو من الطرفين في (B2B) إيداع وديعة بمبلغ نقدي كضمان مالي مغلق لا يمكن التصرف فيه في حساب مركز التسوية الإلكترونية بحيث يكون في حيازته وتحت تصرفه قبل البدء في إجراءات التحكيم الإلكتروني ليقوم مركز التسوية بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني مباشرة من هذا المبلغ دون الرجوع إلى البائع. كما قد يتم ذلك بإنشاء صندوق يساهم فيه تجار السوق الإلكتروني، ويتولى الإشراف عليه وإدارته مركز تحكيم معتمد من قبلهم، حيث يضمن هذا الصندوق للمستهلكين تنفيذ الأحكام الصادرة لصالحهم (٢).

(ب) – التحكم في بطاقات الائتمان : في منازعات التجارة الإلكترونية الخاصة بالاستهلاك بين البائع الإلكتروني، والمستهلك (B2C) يتم منح مركز تسوية المنازعات إلكترونياً سلطة التحكيم في الدفع ببطاقات الائتمان أي سلطة إعادة الأموال المسحوبة من بطاقات الائتمان الخاصة بحساب المشتري من موقع البائع مباشرة دون حاجة للرجوع إلى البائع عند تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر من مركز التسوية في مواجهة البائع إلى حساب المشتري في بطاقة الائتمان، ويمنح

---

(١) د.سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٤٩.

-Schultz (Th); eBay: un système juridique en formation; www.online-adr.org/eBay-RDTI.pdf,3.3.2009. P.12 ets.

-René David; l'arbitrage; P. 492 etc.

(2) د.عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٩٢. د.حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ٢٦١ وما بعدها. د.مصالح أحمد الطراونة، ود.نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٤١ وما بعدها. د.هيثم عبدالرحمن البقلي، التحكيم الإلكتروني، ص ١٨٨. د.صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٨٠. د.سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٥٠.

-Schultz (Th); Regular le Commerce électronique Par la résolution des litiges en ligne; P. 367.

مركز التسوية الإلكترونية تلك السلطة بمقتضى شرط يوضع في العقود المبرمة بين مركز التسوية وكل من البائع، والشركة مصدرة البطاقة، وكذلك في عقود الشركة مصدرة البطاقة وكل من البائع، والمشتري حامل البطاقة، ومن الشركات مصدرة بطاقات الائتمان شركة فيزا Visa، وشركة ماستر كارد Master Card، والبائع الإلكتروني مضطر لقبول هذا الشرط لأنه يحتاج خدمة الائتمان في السوق الإلكتروني؛ لأن سداد ثمن البضاعة المباعة عبر الإنترنت يتم بالبطاقة الائتمانية، كما أن هذا الشرط يزيد من ثقة العميل والمستهلك في التاجر ويدفعه إلي تكرار المعاملات الإلكترونية معه وكسب عملاء جدد(١).

**(ج) – التنفيذ التلقائي الإلكتروني :** تتمتع هيئة الأيكان (ICANN) المختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن استعمال أسماء الدومين والمواقع الإلكترونية بالقدرة على تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر منها مباشرة على الإنترنت بطريقة إلكترونية دون تدخل من المحكوم عليه بشطب أو إلغاء موقعه الإلكتروني أو إجراء تعديل علي العنوان لإزالة اللبس إذا تشابه مع اسم موقع سبق تسجيله، ويتم ذلك بشطب هذا الموقع من المشغل التابع لهيئة الأيكان ما لم يتم المحكوم عليه خلال عشرة أيام من صدور حكم التحكيم الإلكتروني برفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة عن ذات موضوع النزاع وإخبار هيئة الأيكان بذلك لتوقف تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني لحين صدور حكم قضائي في الدعوى القضائية المرفوعة من المحكوم عليه(٢).

---

**(١)** د.حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ٢٦١ وما بعدها . د.مصلح أحمد الطراونة، ود.نور حمد الحجابيا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٤١ وما بعدها . د.عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٩٢. د.هيثم عبدالرحمن البقلي، التحكيم الإلكتروني، ص ١٨٨. د.صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٨٠. د.سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٤٩.

**-Schultz (Th); Regular le Commerce électronique Par la résolution des litiges en ligne; P.370-373.**

**(٢)** د.عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٩٣. د.مصلح أحمد الطراونة، ود.نور حمد الحجابيا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٤١ وما بعدها. د.حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ٢٦١ وما بعدها. د.صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٨٠. سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ص ٣٥٠ - ٣٥١.

٥٢ - دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني : تختلف مذاهب التشريعات المقارنة بالنسبة إلي مدي جواز الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني؛ فبعض التشريعات تجيز الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني بالاستئناف مقيداً أو مطلقاً، كما تجيز الطعن بالتماس إعادة النظر، مثل نص (م١٨٦) مرافعات كويتي، و(م٢٠٥،٢٠٦) مرافعات قطري، و(م٣٧) تحكيم داخلي موريتاني، و(م٧٦٧) مرافعات ليبي، و(م٤٥٥،٤٥٦) إجراءات مدنية جزائري، و(الفصل٣٢٦،٣٢٤) مسطرة مدنية مغربية...

بينما لا تجيز غالبية التشريعات الطعن علي حكم التحكيم الإلكتروني بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، بل تجيز فقط ولأسباب محددة دعوي بطلانه، مثل: (م٥٠٦/٢٥) من لائحة المحكمة القضائية، و(م٥٢) تحكيم مصري، و(م٤٩) تحكيم سعودي، و(م٤٠) تحكيم سوداني، و(م١/٣٤) من القانون النموذجي، و(م٥٢) تحكيم يمني، و(م٤٩) تحكيم أردني، و(م٥٩) تحكيم دولي موريتاني، و(م١/٢١٧) إجراءات مدنية إماراتية، و(م٣٤) تحكيم بحريني، و(م٤٩) تحكيم سوري، و(م٥٢) تحكيم عُماني...

وفي مصر لا يجوز الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني بأية طريقة من طرق الطعن العادية أو الغير عادية (م١/٥٢ تحكيم مصري)، وذلك بهدف تحقيق عدالة تحكيمية سريعة و صدور حكم التحكيم الإلكتروني حائزاً لقوة الأمر المقضي، والسبيل الوحيد لمراجعة حكم التحكيم الإلكتروني هو رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني طبقاً لقواعد قانون التحكيم (م٥٢، ٥٣ تحكيم مصري)، ولا تعتبر دعوى البطلان طريقاً من طرق الطعن في الأحكام، بل هي وسيلة قانونية لحماية المحكوم عليه بدعوي لمحاكمة حكم التحكيم الإلكتروني لتقرير صحته أو بطلانه إذا توافر سبب من أسباب البطلان المحددة علي سبيل الحصر والتي لا يجوز الإضافة إليها لا بالقياس ولا بغيره، ودون التعرض لموضوع النزاع. ويخضع لدعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني كل حكم تحكيم إلكتروني منهُ للخصومة و متضمناً قضاءً

قطعيًا سواء فصل في مسألة إجرائية أو في مسألة موضوعية، وسواء أكان تحكيمًا وطنياً أم دولياً، أو كان تحكيمًا بالقانون أو بالصلح(١).

وطبقاً لقواعد المحكمة الفضائية يعد حكم التحكيم الإلكتروني نهائياً ولا يجوز الطعن فيه بالاستئناف، ويعتبر اتفاق الأطراف علي إخضاع النزاع للتحكيم وفقاً للأئحة المحكمة الفضائية تنازلاً منهم عن الطعن في الحكم بأي طريقة من طرق الطعن (م ٥/٢٥ من لائحة المحكمة الفضائية). وعلي نفس المنوال قواعد نظام القاضي الافتراضي.

ومحل دعوي البطلان هو حكم تحكيم إلكتروني مصري منهي للخصومة كلها صادر من هيئة تحكيم بصفة قطعية كلياً أو جزئياً في خصومة تحكيم معروضة عليها في مسألة إجرائية أو موضوعية، وسواء كان حكم إلزام أو حكماً مقررراً أو حكماً منشأً(٢).

وطرفا دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني هما: المدعي ويكون هو أحد طرفي خصومة التحكيم الإلكتروني الصادر فيها حكم التحكيم الإلكتروني محل الطعن بالبطلان صاحب الصفة والمصلحة في طلب بطلان حكم التحكيم الإلكتروني، المدعي عليه هو الطرف الآخر في خصومة التحكيم، ولا يجوز أن تكون هيئة التحكيم الإلكتروني التي أصدرت الحكم محل الطعن خصماً في دعوي البطلان باعتبارها الهيئة التي أصدرت حكم التحكيم الإلكتروني محل الطعن بالبطلان، وذلك تطبيقاً للمبدأ القانوني بعدم جواز مخاصمة القضاة في دعاوي الطعن علي أحكامهم(٣).

والمحكمة المختصة بدعوي البطلان اختصاصاً نوعياً هي محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في التحكيم الإلكتروني الداخلي، ومحكمة

---

(١) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٣٠٧، ص ٥٤٣. دبلنج حمدي محمود، دعوي بطلان أحكام المحكمين الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ١٧.

(٢) دفتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٣٨٠، ص ٦٨٧ ومابعدها؛ قانون التحكيم، بند ٣٠٨، ص ٥٤٥ ومابعدها. د. أحمد هندي، التحكيم، بند ٣٨، ص ١٦٤ ومابعدها. دنيل عمر، دعوي بطلان حكم التحكيم، ص ٤٠.

(٣) د. أحمد شرف الدين، المرشد إلي قواعد التحكيم، ط ٢، القاهرة ٢٠١٠، ص ٧٦-٧٧. د. حمزة حداد، التحكيم في القوانين الدولية، ج ١، بند ٦٣٥، ص ٤٢٤-٤٢٥.

استئناف القاهرة في التحكيم الدولي مالم يتفق الطرفان علي اختصاص محكمة استئناف أخري (م ٢/٥٤ تحكيم مصري). ويطبق بشأن تحديد المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع قواعد الاختصاص القيمي والنوعي والمحلي. فإذا كانت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع محكمة جزئية، فتختص بدعوي البطلان المحكمة الابتدائية بهيئة إستئنافية تتبعها تلك المحكمة الجزئية. أما إذا كانت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع محكمة ابتدائية، فتختص بدعوي البطلان محكمة الاستئناف العالي التي تتبعها تلك المحكمة الابتدائية، ولا تمنع حجية حكم التحكيم الإلكتروني من رفع دعوي أصلية ببطلانه؛ لأن مصدر سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني هو اتفاق التحكيم الإلكتروني(١).

ويشترط لاختصاص محاكم القضاء المصري بنظر دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني أن يكون حكم التحكيم الإلكتروني محل دعوي البطلان قد صدر في مصر، وسواء أكان القانون الواجب التطبيق علي النزاع هو القانون المصري أم كان قانوناً أجنبياً، وبصرف النظر عن جنسية المحكمين، وذلك تطبيقاً لقواعد الاختصاص الإقليمي للمحاكم المصرية، فلا يختص القضاء المصري بدعاوي بطلان أحكام التحكيم الأجنبية. فإذا صدر حكم التحكيم الإلكتروني خارج مصر سواء أكان القانون الواجب التطبيق علي النزاع التحكيمي هو القانون المصري باتفاق الأطراف أو كان قانوناً أجنبياً فإن المحاكم المصرية لاتختص بدعوي بطلانه، نظراً لصدوره خارج الإقليم المصري، وعلي ذلك فتكون محاكم الدولة التي صدر علي إقليمها حكم التحكيم هي المختصة دون غيرها بنظر دعوي بطلانه احتراماً لمبدأ سيادة الدولة علي إقليمها. فلا يجوز رفع دعوي بطلان حكم تحكيم إلكتروني أجنبي أمام محكمة

---

(١) د. قحوي والي، دعوى بطلان أحكام هيئة التحكيم الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة، مجلة التحكيم العربي، مايو ١٩٩٩م، ص ٧٧ وما بعدها؛ قانون التحكيم، بند ٣٠٦، ص ٥٤١ وما بعدها؛ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٤٢٣، ص ٧٧٥. د. ودي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق الكويتية، س ١٧، ٢٤، يونيو ١٩٩٣م، ص ١٤٣. د. نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٠٥، ص ٢٥٣ وما بعدها. د. حفظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان علي أحكام التحكيم، ص ٩١ وما بعدها. د. علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣م، بند ٣١، ص ٤٣ وما بعدها، وبند ٦١، ص ٩٥ وما بعدها. د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم، بند ٣٧٩، ص ٥٢٦. دستورية عليا ٢٠١٢/١٥م، طعن رقم ٤٧ لسنة ٣١ ق. تنازع، مجلة التحكيم العربي، ع ١٨، يونيو ٢٠١٢م، ص ٢١٧.

مصرية. ويعتبر رفع دعوى بطلان حكم تحكيم إلكتروني أجنبي أمام محكمة مصرية رغم عدم اختصاصها قانوناً دليلاً علي تعسف و سوء نية رافعها مما قد يوجب مساءلته قانوناً(١).

وكقاعدة عامة لا يجوز الطعن علي استقلال في الأحكام الصادرة قبل الحكم المنهي لخصومة التحكيم الإلكتروني برمتها (م ٢١٢ مرافعات مصري)، حتي لا تنقطع أوصال قضية التحكيم الإلكتروني وتتوزع بين هيئة التحكيم الإلكتروني، ومحكمة دعوى البطلان، ولذلك لا يجوز رفع دعوى بطلان حكم تحكيم صدر أثناء سير خصومة التحكيم الإلكتروني إلا بعد انتهاءها برمتها، ومع الطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، وذلك عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة(٢).

وتتحدد أسباب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني علي سبيل الحصر بنص (م ٥٣) تحكيم مصري في: إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته. أو إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته. أو إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته. أو إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. أو إذا تم تشكيل التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين. أو إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها. أو إذا

---

(١) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٣٥، ص ٤٦ وما بعدها. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٨/٦/٢٠٠٦م، دعوى رقم ١٩ لسنة ١٢٣ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٩/١/٢٠٠٣م، دعوى رقم ٤٠ لسنة ١١٩ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٦/٢/٢٠٠٣م، دعوى رقم ٢٣ لسنة ١٢١ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٦/٣/٢٠٠٣م، دعوى رقم ١٠ لسنة ١١٩ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٩/٩/٢٠٠٣م، دعوى رقم ٢٢ لسنة ١١٩ق. تحكيم.  
(٢) استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٣٠/٣/٢٠٠٥م، دعوى رقم ٧٩ لسنة ١٢١ق. تحكيم.

وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم. أو إذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية. ويلاحظ أن تلك الحالات المحددة علي سبيل الحصر لدعوى البطلان في القانون المصري لم تتضمن حالات صدور حكم التحكيم الإلكتروني مشوباً بالغش أو التزوير أو الشهادة الزور أو التحايل أو التدليس أو الاحتيال أو بناءً علي مستندات مزورة أو مصطنعة من أحد الخصوم قضي بتزويرها أو إخفاء مستندات هامة لمصلحة الدعوي... ويجوز رفع دعوي بطلان بشأن تلك الحالات باعتبارها مخالفة للنظام العام في مصر (م ٢/٥٣ تحكيم مصري)(١).

وفي فرنسا حدد نص (art. 1484 N.C.P.C.F.) حالات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الداخلي بأسباب هي: إذا صدر حكم التحكيم دون وجود اتفاق تحكيم أو بناءً على اتفاق باطل أو منقضٍ بإنقضاء مدته. أو إذا تشكلت هيئة التحكيم أو تم تعيين المحكم الوحيد بالمخالفة لأحكام القانون. أو إذا فصل المحكم دون الالتزام بنطاق النزاع المحدد. أو إذا صدر حكم التحكيم دون مراعاة مبدأ المواجهة. وكل حالات البطلان المنصوص عليها في (م ١٤٨٠) المتعلقة ببيانات حكم التحكيم. أو عدم مراعاة المحكم لقواعد النظام العام.

وفي فرنسا أيضاً حدد نص (art. 1502 N. C.P.C.F.) حالات بطلان حكم التحكيم الدولي في عدة أسباب هي: إذا صدر حكم التحكيم دون اتفاق تحكيم أو بناءً على اتفاق باطل أو منقضٍ بإنقضاء مدته. أو إذا تشكلت هيئة التحكيم أو تم تعيين المحكم الوحيد بالمخالفة لأحكام القانون. أو إذا فصل المحكم دون التقييد بنطاق النزاع المحدد. أو إذا صدر حكم التحكيم دون مراعاة مبدأ المواجهة. أو مخالفة المحكم للقواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي.

ونظراً لعدم وجود نصوص خاصة تنظم إجراءات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني فترفع بالإجراءات المعتادة لرفع دعوى قضائية بالقواعد

---

(١) دفتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٤٢٢، ص ٧٧٢-٧٧٤. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ص ٢٣١. د. محمود مختار بريري، التحكيم، بند ١٤٣، ص ٢٣٥.

الإجرائية التي نص عليها قانون المرافعات، أي بصحيفة دعوى تودع قلم كتاب المحكمة القضائية المختصة، ويجب أن تشتمل صحيفة دعوى البطلان علي البيانات الواردة في (م ٦٣ مرافعات) الخاصة بالمدعي والمدعي عليه والمحكمة، وتاريخ تقديم صحيفة الدعوى، ووقائع الدعوى، وطلبات المدعي والأدلة والمستندات المؤيدة واتفق التحكيم، وصورة رسمية من حكم التحكيم... وتكون موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة المختصة، ثم تعلن للمدعي عليه طبقاً لقواعد الإعلان القضائي في قانون المرافعات علي يد محضر خلال الميعاد القانوني لرفعها، والإحکمت المحكمة بعدم قبولها (١).

والميعاد القانوني لرفع دعوى البطلان في مصر هو تسعون يوماً - وهو ميعاد غير مناسب لأنه أطول من أي ميعاد طعن في الأحكام القضائية ( استئناف، التماس إعادة النظر، النقض)، ويتنافي مع ميزة سرعة التحكيم - من تاريخ إعلان حكم التحكيم الإلكتروني ذاته للمحكوم عليه (م ١/٥٤ تحكيم مصري)، ولا ينفتح الميعاد إلا من تاريخ إعلان حكم التحكيم الإلكتروني لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي (م ٣/٢١٣ مرافعات مصري)، ولا يغني عن إعلان حكم التحكيم الإلكتروني كضابط لسريان ميعاد رفع دعوى البطلان أي إجراء آخر حتي لو حقق الغاية منه - كإعلان المحكوم عليه بمحضر إيداع حكم التحكيم الإلكتروني قلم كتاب المحكمة المختصة - طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات (م ٢٠ مرافعات)؛ وذلك لأن نص (م ٢٠ مرافعات) نص عام، بينما نص (م ١/٥٤ تحكيم مصري) نص خاص، والنص الخاص مقدم علي النص العام. ويتم حسابه وفقاً لقواعد قانون المرافعات، ويمتد بسبب المسافة أو العطلة الرسمية، وهو ميعاد حتمي ناقص يقترن بجزء سقوط الحق في رفع دعوى البطلان لإنقضاء الميعاد، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلق الميعاد بالنظام العام. ويجوز للمحكوم عليه رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني بمجرد صدوره أو العلم به حتي لو لم يُعلن به؛ لأن هذا الميعاد

(١) دفتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٤٢٦، ص ٧٨٢. د. أحمد هندي، التحكيم، بند ٣٦، ص ١٥٣ وما بعدها. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٥/٣/٢٧م، دعوى رقم ٥١ لسنة ١٢١ق. تحكيم.



مقرر لمصلحته، ويحسب طبقاً للقواعد العامة في حساب المواعيد؛ فيبدأ من اليوم التالي لتاريخ إعلان حكم التحكيم، ويضاف إليه ميعاد مسافة، ويمتد إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية، ويوقف بالقوة القاهرة التي تحول دون القيام بالإجراء خلال الميعاد كمنشوب حرب أو حدوث فيضان أو تفشي وباء... (١).

بينما الميعاد في فرنسا شهر واحد ( art.1486 N.C.P.C.F. )، وثلاثون يوماً من إبلاغ القرار المحلى في (م ٣٨) تحكيم موريتاني، وثلاثون يوماً من تبليغ الحكم (م ٧٧٠) مرافعات ليبي و(م ٥١ / ١) تحكيم سوري. وهو ميعاد مناسب لسرعة التحكيم، وهو نفس ميعاد الطعن بالاستئناف في فرنسا من إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه دون تفرقة بين حالة صدور الحكم في حضوره أو غيابه. في حين أن الميعاد ستون يوماً من تاريخ إبلاغ حكم التحكيم الإلكتروني بنص (م ٥١ / ١) تحكيم سعودي.

ويمكن قبول دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني في أي وقت ودون التقيد بأي ميعاد إذا صدر حكم التحكيم الإلكتروني منعدماً، كما لو رفعت دعوي التحكيم الإلكتروني علي شخص توفي قبل رفعها أو انقضت شخصيته الاعتبارية قبل رفعها... فلا تقوم خصومة التحكيم الإلكتروني قانوناً ولا ترتب أي أثر قانوني ولا يصحها أي إجراء لاحق ويكون حكم التحكيم الإلكتروني الصادر فيها منعدماً (٢).

---

(١) د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٣٧، ص ١٥٧ وما بعدها. د.حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص ٩١ وما بعدها. د.أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية لدعوي بطلان حكم التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، ص ٤٨-٤٩. د.عبد القصاص، حكم التحكيم، بند ٩٠ وما بعده، ص ٢٧٥ وما بعدها. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٧٣٧، ص ٥٩٧. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، ١٧/٩/٢٠٠٧م، دعوي رقم ١١١ لسنة ١٢٣ ق. تحكيم، غير منشور. استئناف القاهرة، دائرة ٧ تجاري، ١٣/١/٢٠٠٦م، دعوي رقم ٢٢ لسنة ١٢٢ ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٧ تجاري، ٢٩/١١/٢٠٠٥م، دعوي رقم ١١ لسنة ١٢٢ ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٦/٥/٢٠٠٤م، دعوي رقم ٨٣ لسنة ١٢٠ ق. تحكيم.

-Paris, 3 Juin.1993; Rév. arb. 1995; P. 468.

-Paris, 13 Mars 1983; Rév. arb. 1983; P. 86; Not. B. Moreau.

(٢) د.قحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٤٢٨، ص ٧٨٧-٧٨٨.

ولا تقبل دعوى البطلان حكم التحكيم الإلكتروني إلا من صاحب صفة ومصلحة قانونية مباشرة، وكان خصماً حقيقياً في خصومة التحكيم الإلكتروني الصادر فيها الحكم محل الطعن بالبطلان، ولا يفيد من دعوى البطلان إلا من رفعها أو اشترك فيها، ولا يحتج بها إلا علي من رفعت ضده كقاعدة عامة، ولا يحول دون قبول دعوى بطلان حكم التحكيم نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم (م ١/٥٤م تحكيم مصري)، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في التنازل عن الحقوق حيث لا يجوز للشخص التنازل عن حقه قبل ميلاده، فلا يصح التنازل المسبق على صدور حكم التحكيم الإلكتروني، حيث لا ينشأ الحق في الطعن بالبطلان إلا بعد صدور حكم التحكيم الإلكتروني، وذلك دفعاً لمغبة الطرف الضعيف وحمايته في التعامل، وقد يكون هذا التنازل صريحاً أو ضمناً كأن يقوم المحكوم عليه بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني اختيارياً وبلا تحفظ، وقد يكون التنازل من جانب واحد منفرداً أو من الجانبين معاً (١).

ولا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني (م ٥٧م تحكيم مصري، وم ١٥٢٦م ارتفاعات فرنسي بعد تعديل ٢٠٠١م)، ومع ذلك يجوز لمحكمة دعوى البطلان أن تحكم بحكم وقتي مستعجل غير ملزم لها عند تصديها للشق الموضوعي في دعوى البطلان بوقف تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، إذا طلب مدعي البطلان - المحكوم عليه صاحب المصلحة - ذلك في نفس صحيفة دعوى البطلان بطلب تبعي للطلب الموضوعي الأصلي بالبطلان خلال ميعاد دعوى البطلان، وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية، وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال

---

(١) د.علي بركات، الطعن، بند ٣١، ص ٤٣ وما بعدها، وبند ٦١، ص ٩٥ وما بعدها. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٤/٤/٢٨م، دعوى رقم ٨٨ لسنة ٢٠١٢ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٣/٢٦م، دعوى رقم ٥٦ لسنة ١٩٩ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٢/١١/٢٧م، دعوى رقم ١٣ لسنة ١٩٩ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٦/١١/٢٠٠٢م، دعوى رقم ١٣ لسنة ١٩٩ق. تحكيم. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، ٢٣/١/٢٠٠٢م، دعوى رقم ١٩ لسنة ١٨١ق. تحكيم. -Paris, 13 Nov.1997; Rév. arb.1998; P. 709. -Paris, 24 Fev.1995; Rév. arb.1996; P. 141; obs. Y. Derains. -Cass.Civ.2 □ ; 25 Oct.1995; Rév. arb. 1995; P. 127; obs. J. Pellerin. -Paris, 1 déc. 1995; Rév. arb. 1995; P. 529; obs. Ph. Fouchard. -Paris, 14 Sept. 1994; Rév. arb. 1995; P. 448.

ستين يوماً - ميعاد تنظيمي لا يترتب علي مخالفته سقوط أو بطلان، بل مسئولية المتسبب في التأخير بالتعويض - من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، وإذا أمرت المحكمة بوقف التنفيذ لاحتمال إصابة المحكوم عليه بضرر جسيم يتعذر تداركه فيما بعد جازلها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي لضمان تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني إذا رفضت دعوي بطلانه، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر - ميعاد تنظيمي لا يترتب علي مخالفته سقوط أو بطلان، بل مسئولية المتسبب في التأخير بالتعويض - من تاريخ صدور هذا الأمر؛ حتي لا يظل التنفيذ موقوفاً لمدة طويلة (م ٥٧) تحكيم مصري، و(م ٥٤) تحكيم سعودي. ولا يعتبر الحكم برفض طلب وقف التنفيذ من محكمة البطلان أمراً بالتنفيذ، وهو حكم وقتي، وصادر في طلب وقتي أثناء سير الخصومة، ويمكن الطعن عليه فور صدوره (م ٢١٢ مرافعات) (١).

وتخضع خصومة دعوي البطلان لنفس القواعد الإجرائية بقانون المرافعات، وتتمتع محكمة خصومة دعوي البطلان بنفس السلطات الإجرائية لنظر أية دعوي، وتلتزم بالضمانات الأساسية للتقاضي. ولا يجوز للمحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني فحص وقائع أو موضوع النزاع، ولا مناقشة ما طرح أمام هيئة التحكيم الإلكتروني من أدلة أو دفاع أو د فوع أو تكييف قانوني أو تفسير للقانون المطبق أو تقدير للوقائع... إلا أن لها فحص الأسباب الواقعية، والقانونية التي يمكن أن تفيد في فحص أسباب الطعن بالبطلان، وتحكم المحكمة إما برفض دعوى البطلان وصحة حكم التحكيم الإلكتروني، وإما بقبول دعوى البطلان شكلاً وموضوعاً وبطلان حكم التحكيم الإلكتروني المطعون فيه كله أو جزء منه حسب ما

---

(١) د. قحوي والي، قانون التحكيم، بند ٢٨٥، ص ٤٩٨-٤٩٩؛ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٤٣٥، ص ٨٠٢ وما بعدها. د. نبيل عمر، التحكيم، بند ٢٠٥، ص ٢٥٣ وما بعدها. د. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، ص ٩٣-٩٤، التحكيم، بند ٤٨، ص ٢١٣ وما بعدها. نقض مني ٢٠١٢/١١/١٣، طعان رقما ٩٥٤٠، ٩٥٨٤ لسنة ٨٠ ق،

إذا كان البطلان كلياً أو جزئياً، وزوال آثاره كله أو جزء منه، واعتباره كأن لم يكن، ولا تعيده مرة أخرى لهيئة التحكيم الإلكتروني لإعادة النظر فيه، ولا تصدي هي لنظر الموضوع لأنها ليست درجة استئنافيه لهيئة التحكيم، ويصبح طلب وقف تنفيذه بغير محل، ويزول الحكم بتفسير حكم التحكيم كله أو جزء منه تبعاً لبطلان حكم التحكيم، إذ يعتبر حكم التفسير متمماً له فيزول بزواله، والحكم الصادر في دعوي البطلان هو حكم قضائي يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر أو النقض بقواعد قانون المرافعات(١).

ولا يؤثر حكم البطلان علي اتفاق التحكيم الإلكتروني إذا لم يكن قد تعرض لصحته أو بطلانه، ويمتد أثر بطلان حكم التحكيم الإلكتروني إلي الحكم الصادر بتفسيره، وإلي القرار الصادر بتصحيح ما وقع به من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، ولا يمتد أثر بطلان حكم التحكيم الإلكتروني إلي حكم التحكيم الإضافي في طلبات موضوعية كان قد أغفل الفصل فيها حكم التحكيم الباطل. والحكم الصادر في دعوى البطلان يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة في قانون المرافعات كالتماس إعادة النظر، والنقض، وسيكون الطعن هنا على الحكم الصادر في دعوى البطلان – لا على حكم التحكيم الإلكتروني ذاته باعتباره حكماً صادراً من محكمة قضائية يخضع لقواعد الطعن في الأحكام القضائية في قانون المرافعات، وذلك إذا توافرت حالة من حالات الطعن بالتماس إعادة النظر ( م ٢٤١ مرافعات مصري )، أو حالة من الطعن بالنقض ( م ٢٤٨ مرافعات مصري ) (٢).

ويجب أن تفصل المحكمة في دعوى البطلان خلال مدة محددة بتسعين يوماً تبدأ من تاريخ اكتمال الخصومة بنص (م ٣/٥١) تحكيم سوري، وتجزئ بعض التشريعات للمحكمة بعد الحكم بالبطلان أن تعيد القضية إلي هيئة التحكيم الإلكتروني لاستيفاء

(١) الإشارة السابقة.

(٢) دقتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٨٥، ص ٤٩٨-٤٩٩. نقض مدني ٢٠١٢/١١/١٣، طعان رقما ٩٥٤٠،٩٥٨٤ لسنة ٨٠ق،

النقص وإصلاح ما شاب حكمها من عيوب أو أن تفصل هي في النزاع بنفسها إذا وجدت أنه صالح للفصل فيه (م ٢/٢٠٩ مرافعات قطري). وفي فرنسا فإن المحكمة المختصة بنظر دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني هي محكمة الاستئناف - محكمة الدرجة الثانية - التي يقع في نطاق دائرتها مكان صدور حكم التحكيم، وقد نصت (art.1485N.C.P.C.F) علي أنه إذا قضت المحكمة المختصة بنظر دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني ببطلانه فإنها تفصل في موضوع النزاع في حدود مهمة هيئة التحكيم الإلكتروني مالم يتفق الخصوم علي غير ذلك، وعلي نفس المنوال نص ( م ١٨٧ /فقرة أخيرة ) مرافعات كويتي...

بينما لم يرد في مصر نص مماثل في قانون التحكيم المصري، مما دفع بعض الفقهاء إلي القول بأن الحكم في دعوي البطلان ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني لا يخول للمحكمة سلطة الفصل في موضوع النزاع الأصلي إلا إذا تمسك أحد الخصوم بذلك(١)، وذهب جمهور الفقهاء إلي القول بأن الحكم في دعوي البطلان ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني لا يخول للمحكمة سلطة الفصل في موضوع النزاع الأصلي لما يترتب عليه من حرمان الأطراف من مبدأ التقاضي علي درجتين، كما أن اللجوء إليها كان مقتصراً علي فحص حكم التحكيم الإلكتروني من حيث صحته أو بطلانه فقط، فهي لا تملك مراجعة حكم التحكيم الإلكتروني موضوعياً؛ لأن دعوي البطلان ليست استئنافاً لحكم التحكيم الإلكتروني، ولا يطبق عليها الأثر الناقل للاستئناف، ولا تعيده مرة أخرى لهيئة التحكيم الإلكتروني لإعادة النظر فيه، ولذلك قد يعرض هذا النزاع من جديد علي التحكيم الإلكتروني باتفاق تحكيم إلكتروني جديد أو باتفاق التحكيم السابق إن كان صحيحاً قائماً، أو يعرض علي قضاء الدولة(٢).

---

(١) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم، بند ١٣١، ص ٣١٣. د.حسني المصري، التحكيم، ص ٥٠٦.  
(٢) د.فتح والي، قانون التحكيم، بند ٣٤٦، ص ٦٢٥. د.أحمد هندي، التحكيم، بند ٤٨، ص ٢١٦ وما بعدها. د.نبيل عمر، دعوي بطلان حكم التحكيم، ص ٨٠-٨٢. د.محمود مختار بريري، التحكيم، بند ١٤٦، ص ٢٣٩-٢٤٠. د.محمود الشرقاوي، التحكيم، بند ٣٨٠، ص ٥٢٧. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٧٣٧، ص ٥٩٧.

وبالرغم من تبني القضاء المصري (١)، وتأييد جمهور الفقهاء (٢) لفكرة جزاء الإنعدام الإجرائي في قانون المرافعات، فلم ينتصر لها المشرع المصري ولم ينص على أي من تطبيقاتها، بخلاف قانون المرافعات اليمني الجديد رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م الذي أخذ بها في ( م ٥٥ : ٥٨). ونتساءل هل يمكن أن يلحق حكم التحكيم الإلكتروني جزاء الانعدام الإجرائي؟ وما هي وسيلة الرجوع عليه؛ دعوى البطلان أم دعوى الانعدام؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول: الانعدام وصف يلحق العمل الإجرائي لفقده ركن من أركان وجوده الأساسية، سواء أكانت أركان موضوعية (الإرادة، والمحل، والسبب)، أم أركان شكلية ( هيئة التحكيم، وخصومة التحكيم، وشكل الحكم). ولذا يجب صدور حكم التحكيم الإلكتروني من هيئة تحكيم في حدود ولايتها التحكيمية، في خصومة تحكيم معروضة أمامها، بالشكل المقرر قانوناً. ويكون حكم التحكيم الإلكتروني منعماً: إذا كان مزوراً، أو لم يصدر أصلاً، أو صدر شفويًا غير مكتوب، أو صدر في غير منازعة، أو صدر بدون توقيع، أو صدر بناءً على أدلة ومستندات مزورة، أو صدر في وقائع كاذبة مختلقة، أو حكم في مسألة لم يطلبها الخصوم، أو انتفت ولاية هيئة التحكيم التي أصدرته، أو صدر على شخص ميت أو

---

(١) فقد أكدت العديد من أحكام محكمة النقض على التفرقة بين الحكم الباطل والحكم المنعدم، انظر على سبيل المثال؛ نقض مدني ١٩٧٢/٢/١٤م، طعن رقم ١٠١٧ لسنة ٤٨ ق، مج، س، ج، ١، ص ٥٢٠. نقض مدني ١٩٨٧/٥/١٢م، طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٥٢ق، مجلة القضاة، س ٢١، ع ١٤، يناير - يونيو ١٩٨٨م، ص ٣٢٢. نقض مدني ٢٠٠١/١١/٢٧، طعن رقم ٣٤ لسنة ٧١ ق، مجلة المحاماة، ع ٣، ٢٠٠٣م، ص ٧٣. نقض مدني ٢٠٠٥/٦/١٤م، طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٩ق، مجلة التحكيم العربي، ع ٩٤، أغسطس ٢٠٠٦م، ص ٢٧٩. استئناف القاهرة ١٩٩٩/٧/٢٠م، دائرة ٨ تجاري، دعوي رقم ٧ لسنة ١١٦ق، مجلة التحكيم العربي، ع ٤، أغسطس ٢٠٠١م، ص ٢١٠. استئناف القاهرة ٢٠٠٦/٥/٣٠م، دائرة ٩١ تجاري، دعوي رقم ٥٩ لسنة ١٢٢ق، مجلة التحكيم العربي، ع ٩٤، أغسطس ٢٠٠٦م، ص ٢٨٣.

(٢) د.وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٤٠٣-٤٠٧. د.نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ١٩٩٩م، بند ٢١، ص ٧١٥ وما بعدها؛ عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٢م، ص ٧٤. د.أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي، ص ٢٨٢. د.محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، ع ١ - ٢، س ٢٥، ص ١٧٧. د.سيد احمد محمود، أصول التقاضي، ص ٤٦٠-٤٦٢. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، بند ٦ وما بعده، ص ١٩ وما بعدها. د.حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، ص ٦. د.أحمد السيد خليل، الطعن في القرار التحكيمي طبقاً لقواعد التحكيم الداخلي في القانون اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، ع ٤٤، يناير ٢٠٠٠م، ص ٥٨. د.برهان أمر الله، حكم التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ١٠٤، سبتمبر ٢٠٠٧م، ص ١٥٣.

انقضت شخصيته الاعتبارية قبل رفع دعوي التحكيم الإلكتروني، أو صدر من شخص ليس محكماً، أو انتفت أهلية الاختصاص في أحد أطراف التحكيم الإلكتروني، أو صدر من محكم مجنون، أو صدر بدون منطوق... ولا ينتج حكم التحكيم الإلكتروني المنعدم أي أثر قانوني، ولا يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يستتفد سلطة الهيئة التي أصدرته، ويجوز في أي وقت التمسك بانعدامه عن طريق دعوي أصلية لتقرير انعدامه أو عن طريق الدفع بانعدامه في أي دعوي أخرى يُحتج فيها به أو عن طريق المنازعة في تنفيذه، ويعتبر مجرد واقعة مادية بحتة، ولا يجوز تصحيحه، ولا يجوز تحصيله بمضي مدة الطعن، ولا يقر حقاً ولا يؤكد... هذا ولم يفرق قانون التحكيم المصري بين دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني ودعوى انعدام حكم التحكيم الإلكتروني؛ لأن المشرع المصري لم ينص صراحة علي جزاء الانعدام الإجرائي، وكثير من أسباب انعدام حكم التحكيم الإلكتروني هي في حقيقتها ما نص عليه قانون التحكيم كأسباب لدعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني(١).

وعلي ذلك يمكن أن يلحق حكم التحكيم الإلكتروني جزاء الانعدام الإجرائي عند تجرده من أركانه الأساسية، وتتم مواجهة حكم التحكيم الإلكتروني المنعدم لإهداره، بإقامة دعوى قضائية مبتدأه بطلب انعدامه من كل ذي مصلحة، أو الدفع بانعدامه في دعوى أخرى يحتج فيها به، أو التمسك بانعدامه عن طريق المنازعة في تنفيذه، أو دفع الاحتجاج به بمجرد إنكاره والتمسك بعدم وجوده، ودون حاجة للدعاء بتزويره(٢).

وبعد أن انتهينا من دراسة بحث (النظام الإجرائي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني) علي النحو السابق، ننتقل الآن إلي بيان خاتمة البحث التي تتضمن أهم النتائج والتوصيات علي النحو التالي :

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية، ص ١٦. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٠٨. د. سيد أحمد محمود، دعوى بطلان حكم التحكيم، ط ١، دار نصر للطباعة بالقاهرة ٢٠٠٧م، ص ١٤-١٥. نقض مدني ١٩٨٦/٢/٦م، طعن رقم ٢١٨٦ لسنة ٥٢ق، مجلة القضاة، س ٢١، ع ١٤، يناير- يونيو ١٩٨٨م، ص ٢٧٨. نقض مدني ٢٠٠١/١/٢٧م، طعن رقم ٣٤ لسنة ٧١ق، مجلة المحاماة ٢٠٠٣م، ع ٣٤، ص ٧٣.

## الخاتمة

تناولت موضوع (النظام الإجرائي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني) من خلال مقدمه ومبحث تمهيدي وفصلين، كل فصل في مبحثين، وكل مبحث في مطلبين. **ففي المقدمة** تم توضيح علاقة التحكيم الإلكتروني بوسائل الاتصالات الإلكترونية، ومفهوم التحكيم الإلكتروني والإلكترونية التحكيم.

**وفي المبحث التمهيدي** تناولت مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني. **وفي الفصل الأول** تم توضيح قواعد إصدار حكم التحكيم الإلكتروني في مبحثين: **في المبحث الأول** (الإستعداد لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني) فقد تم فيه توضيح سلطة هيئة حكم التحكيم الإلكتروني في مرحلة إصدار الحكم في مطلب أول، والإجراءات التمهيديّة لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني في مطلب ثانٍ. **وأما المبحث الثاني** (تكوين وإصدار حكم التحكيم الإلكتروني) فقد تم فيه توضيح تكوين حكم التحكيم الإلكتروني في مطلب أول، وإصدار حكم التحكيم الإلكتروني في مطلب ثانٍ.

**وفي الفصل الثاني** تم توضيح آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه في مبحثين: **في المبحث الأول** (آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني) فقد تم فيه توضيح تمتع حكم التحكيم الإلكتروني بحجية الأمر المقضي في مطلب أول، واستنفاد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني في مطلب ثانٍ. **وأما المبحث الثاني** (تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني) فقد تم فيه توضيح تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من خلال بيان القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني في مطلب أول، وآليات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني في مطلب ثانٍ.

**ومما سبق يتبين أن:**

- التحكيم الإلكتروني وسيلة بديلة عن قضاء الدولة الرسمي لفض المنازعات يهدف إلى تحقيق العدالة الرضائية بين أطراف النزاع التحكيمي تتم عبر الإنترنت، إلا أن نجاح ذلك مرهون بزيادة الثقافة القانونية، وتفعيل دور الدولة من الناحية التشريعية والقضائية، وإعداد الكوادر الوطنية من المحكمين ذوي الخبرة والكفاءة في



كل التخصصات المختلفة، ومواكبة تطورات تكنولوجيا وسائل الاتصالات الحديثة، والسعي لإبرام اتفاقيات ومعاهدات دولية بشأن الاعتراف بالتحكيم الإلكتروني وتفعيله، وعلي الرغم من المكانة البارزة التي وصل إليها التحكيم الإلكتروني إلا أنه مازالت تعترضه بعض التحديات التي تعيق تقدمه وتطوره وانتشاره كعدم توافر التقنية الفنية، والغطاء التشريعي له في الكثير من الدول.

- يتطلب التحكيم الإلكتروني تعديل التشريعات الوطنية والدولية لتواكب عصر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بما يسمح باستخدام الملفات الإلكترونية الرقمية في عملية التحكيم الإلكتروني، فلا يستطيع المحكم استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة في عمله إلا إذا وجد تنظيم تشريعي يسمح له بذلك، وإعداد فني وتقني متقدم، وتوفير الكفاءات البشرية اللازمة من فنيين متخصصين ومبرمجين وكتبة وإدارة... وإنشاء مراكز تحكيم متخصصة ومعتمدة بمواقع إلكترونية مجهزة، وتنمية الوعي الإلكتروني والتقني لدى القائمين عليه، وتوفير الأجهزة والمعدات اللازمة، وإنشاء سجل إلكتروني يحوي قاعدة البيانات لكل دعوي ويستخرج من هذا السجل برنامج ملف الدعوي، والاعتراف التشريعي بمساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي، ومساواة المحررات الإلكترونية بالمحررات الورقية، والاعتراف بحجية كل من المحرر والتوقيع الإلكتروني، وضمان التحقق من شخصية الموقع علي المحرر الإلكتروني، وصياغة التشريعات اللازمة لحماية أمن وسلامة المحررات الإلكترونية، وأخذ الاحتياطات اللازمة لسلامة وتلافي أخطاء الأجهزة والمعدات وأنظمة التشغيل والبرامج الإلكترونية.

- ولذلك نهيب بالمشرع المصري والمشرعين العرب بصفة خاصة النص صراحة على تنظيم الأحكام القانونية للوسائل البديلة لفض المنازعات كالتحكيم الإلكتروني، والوساطة، والتوفيق، والمفاوضة... باستخدام الوسائط الإلكترونية الحديثة، بعد الاعتراف التشريعي بالكتابة والتوقيع الإلكتروني، وذلك في تشريعات خاصة، أو تعديل القواعد القانونية التقليدية بما يناسب ويساير وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة. فيجب تطوير التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لتتلاءم مع

تكنولوجيا وسائل الاتصالات الحديثة، وتطبيق نظام الحكومة الإلكترونية. وإعداد اتفاقية عربية موحدة بين الدول العربية مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء تحت مظلة جامعة الدول العربية، وإنشاء مراكز عربية إلكترونية لفض المنازعات.

- يجب إنشاء مراكز متخصصة موثوق بها لفض المنازعات إلكترونياً بالوسائل البديلة كالتحكيم، والوساطة، والتوفيق...وتكون إما تابعة لوزارة العدل أو غرفة التجارة والصناعة أو مراكز مهنية خاصة متخصصة، وهذا يتطلب إنشاء قوائم بأسماء المحكمين، وقوائم للموفقين، وقوائم للوسطاء، وتنمية الكوادر الوطنية من محكمين، ووسطاء، وموفقين، وذلك بعمل دبلوم دراسي متخصص في كل منها أو عمل دورات متخصصة فيها، وإصدار ميثاق شرف مهني لكل منها يتضمن قواعد وأصول وشروط ممارسة تلك المهن، وإنشاء نقابة عامة لكل مهنة منها بالعاصمة يتبعها نقابات فرعية بالأقاليم لممارسة رقابة فعالة وجدية على هؤلاء المهنيين، ومتابعة مصالحهم، وحقوقهم، ومساءلتهم...وضرورة وضع تلك المراكز قواعد خاصة بها للتحكيم الإلكتروني تكون شاملة لجميع مسائل وإجراءات التحكيم الإلكتروني.

- كما يجب وضع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي الإلكتروني بهدف توحيد القواعد القانونية المنظمة للتحكيم الإلكتروني لتسهيل الاعتراف الدولي بأحكام التحكيم الإلكتروني وتنفيذها، وتطوير أحكام اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م بما يتلاءم مع متطلبات الاعتراف بأحكام التحكيم الإلكتروني وتنفيذها، وتنظيم الإطار القانوني لمعاملات التجارة الإلكترونية، والمصارف الإلكترونية، والحكومة الإلكترونية...

- ويجب بناء قاعدة بيانات، وقاعدة معلومات عربية مشتركة تحت إشراف جامعة الدول العربية قادرة على مواكبة تطور تكنولوجيا الاتصالات الإلكترونية لتكون سندا لتفعيل السوق العربية المشتركة في مجال التجارة الإلكترونية، وإيجاد بنية تحتية قوية من وسائل الاتصالات الحديثة والشبكات اللازمة لتزويد خدمات الإنترنت ومراكز الأبحاث والتدريب أصبح من لوازم وضروريات العصر الحديث

على المستوى الوطني والدولي، ويجب نشر الثقافة المعلوماتية، وتوفير كوادر وطنية ذوي خبرة في مجال تكنولوجيا المعلومات والإنترنت.

- وأن التحكيم الإلكتروني يركز على مبادئ وقواعد التحكيم التقليدي بما لا يتعارض مع طبيعته الإلكترونية، بالرغم من الغياب المادي لأطراف التحكيم الإلكتروني وهيئة التحكيم الإلكتروني، فافتضاء وجود الكتابة والتوقيع والتوثيق يكون إلكترونياً في التحكيم الإلكتروني بينما يكون مادياً ورقياً في التحكيم التقليدي.

- كما أن مراكز التحكيم الإلكتروني لاسيما مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO، والمحكمة القضائية، ونظام القاضي الافتراضي،... قد أسهمت في وضع أسس وقواعد التحكيم الإلكتروني وتفعيل ممارسته في الواقع العملي بحيث لم يعد ترفاً علمياً بل أصبح ضرورة عصرية في المعاملات والتجارة الإلكترونية، غير أنه مازال يحيط بالتحكيم الإلكتروني الكثير من التحديات التي تعيق تقدمه وتطوره وانتشاره، كعدم توافر التقنية الفنية والكوادر الوطنية المدربة، وعدم توافر الغطاء التشريعي الكامل في كل دول العالم.

ولذلك يجب تطوير وتنقيح تشريعات التحكيم والإثبات والاتفاقيات الدولية في جميع دول العالم بما يتوافق مع قواعد التحكيم الإلكتروني، وثورة الاتصالات والإنترنت، نظراً لعدم مواكبة النظم القانونية في العالم للتطور السريع في مجال الاتصالات الإلكترونية، واعتماد جهات رسمية للتوثيق الإلكتروني لأهميته ودوره في كافة مراحل التحكيم الإلكتروني.

- وكذلك يجب البحث عن حلول جديّة متفق عليها من كل دول العالم لمشاكل التحكيم الإلكتروني مثل مشكلة التأكد من أهلية وشخصية وهوية أطراف وأعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني، ومشكلة عدم توافر التقنية الفنية اللازمة في كثير من الدول، وعدم وجود التشريعات المطلوبة لتفعيل نظام التحكيم الإلكتروني... بما يتلاءم مع طبيعة البيئة الإلكترونية اللازمة للتحكيم الإلكتروني.

- ونهيب بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وجميع مؤسسات التحكيم في العالم بوضع قانون للتحكيم الإلكتروني، ووضع قوائم معتمدة للمحكمين

الفنيين للقيام بعمليات التحكيم الإلكتروني عبر شبكات الإنترنت. وتبني نظام التصديق الإلكتروني لتوثيق إجراءات التحكيم الإلكتروني وتأمينها من مخاطر التزوير والغش والسطو الإلكتروني.

- ضرورة تعديل نصوص جميع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم كإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها بما يناسب نظام أحكام التحكيم الإلكتروني عبر الإنترنت، حتي لا يتعسر تنفيذها، ووضع آليات لتنفيذها بين الدول بدون معوقات.

- ضرورة إدخال الطرق الودية البديلة لفض المنازعات: التحكيم الإلكتروني، والتوفيق الإلكتروني، والوساطة الإلكترونية، والمفاوضة الإلكترونية... ضمن مناهج الدراسة بكليات الحقوق.

- نهيب بالمشرع المصري اصدار قانون خاص بالتحكيم الإلكتروني، أو تعديل نصوص قانون التحكيم الحالي بما يتناسب مع التحكيم الإلكتروني مثل: إضافة عبارة ( أو بريده الإلكتروني المحدد في إتفاق التحكيم ) في نهاية نص ( م ٧ / ١ ) الخاصة بالإعلان ليصبح نصها " : ما لم يوجد إتفاق خاص بين طرفي التحكيم، يتم تسليم أي رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصياً أو في مقر عمله أو في محل إقامته المعتاد أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في مشاركة التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم، أو بريده الإلكتروني المحدد في إتفاق التحكيم". واستبدال عبارة ( أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة ) في نهاية نص ( م ١٢ ) بعبارة ( أو بريد إلكتروني أو غيرها من وسائل الإتصالات الإلكترونية) . وإضافة عبارة " ويجوز عقد الجلسات باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة كالفيديوكونفرانس" في نهاية نص ( م ٣٣ / ١ ).

- و نهيب بالمشرع المصري ضرورة التدخل السريع لتعديل نصوص قانون التحكيم التي قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورتيتها حتي لا يترك فراغاً تشريعياً مكان النص الملغي المحكوم بعدم دستوريته؛ وهو ما قد يؤدي إلي الخلط واللبس والتناقض في الأحكام.

- ويعتبر حكم التحكيم الإلكتروني حكم قضائي شكلاً وموضوعاً، ويتمتع بالقوة التنفيذية بعد صدور الأمر بتنفيذه. كما أن حكم التحكيم الإلكتروني يستنفد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني التي أصدرته، وأن استنفاد الولاية نظام قانوني يعمل داخل الخصومة نفسها، وهو مختلف عن نظام حجية الأمر المقضي التي يتمتع بها حكم التحكيم الإلكتروني بمجرد صدوره، والذي يعمل خارج الخصومة. كما أن لهيئة التحكيم الإلكتروني سلطة تصحيح وتفسير أحكامها، والحكم فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات بحكم إضافي. ويخضع تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني لنفس قواعد تنفيذ حكم التحكيم التقليدي بالإضافة إلى الطرق الخاصة لتنفيذه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عبر الإنترنت. ويجوز الطعن ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني لأسباب محددة علي سبيل الحصر.

- لحكم التحكيم الإلكتروني أركان أساسية لا يكون له وجود إلا بتوافرها جميعاً: صدور حكم التحكيم الإلكتروني من هيئة تحكيم إلكتروني مختصة في حدود ولايتها التحكيمية مشكلة بالتشكيل القانوني الصحيح وتتمتع بإرادة قانونية صحيحة، في خصومة تحكيمية إلكترونية منعقدة بالشكل القانوني، و بالشكل المقرر قانوناً لحكم التحكيم الإلكتروني من كتابة وتوقيع ومنطوق ...

- و إذا تخلف أحد الأركان الأساسية لحكم التحكيم الإلكتروني كان هذا الحكم منعدماً، فلا يعتد به ولا يعول عليه ويصبح هو والعدم سواء، ولا يرتب آثاره القانونية؛ فلا يستنفد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني، ولا يحوز حجية الأمر المقضي، ولا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري، ويمكن رفع دعوي أصلية بانعدامه، أو الدفع بانعدامه أو الدفع بعدم تنفيذه.

- يمكن أن يلحق حكم التحكيم الإلكتروني جزاء الانعدام الإجرائي عند تجرده من أركانه الأساسية، وتتم مواجهة حكم التحكيم الإلكتروني المنعدم لإهداره، بإقامة دعوى قضائية مبتدأه بطلب انعدامه من كل ذي مصلحة، أو الدفع بانعدامه في دعوى أخرى يحتج فيها به، أو التمسك بانعدامه عن طريق المنازعة

في تنفيذه، أو دفع الاحتجاج به بمجرد إنكاره والتمسك بعدم وجوده ودون حاجة للدعاء بتزويره، أو الدفع بعدم تنفيذه.

- نهيب بالمشرع المصري التدخل لتكملة أي نقص و إزالة أي لبس في التحكيم، و وضع حلول للمشاكل العملية مثل موقف النيابة العامة من رفع دعوي بطلان حكم التحكيم الإلكتروني، وعدم التعسف في استعمال دعوي البطلان لوقف التنفيذ.

- و نهيب بالمشرع المصري التدخل بإنشاء محاكم متخصصة للتحكيم علي غرار المحكمة الاقتصادية ومحكمة الأسرة، وإدارة التنفيذ القضائي... تضم قضاة متخصصين في التحكيم، ويتم منح هذه المحكمة الاختصاص بكل مسائل التحكيم؛ إعمالاً لمبدأ التخصص القضائي.

- كما نهيب بالمشرع المصري النص صراحة علي قاعدة استنفاد ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني بصدور الحكم، كما نص علي سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني في التصحيح و التفسير... إذ أنه يقرر الاستثناء دون القاعدة.

- نهيب بالمشرع المصري فرض غرامة علي كل من يتخلف بسوء نية عن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، حتي لا يتخذ التحكيم الإلكتروني وسيلة للتلاعب والتحلل منه في حالة عدم الرضا بحكم التحكيم الإلكتروني.

"تم بحمد الله وتوفيقه"

"وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين"

( رَبَّنَا آتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا ) (سورة الكهف، آية رقم ١٠)

وقال سبحانه وتعالى: { لَا يَكْفِيُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَاتَّصِرْنَا عَلَىٰ قَوْمٍ الْكَافِرِينَ } (سورة البقرة : آية رقم ٢٨٦).

## قائمة المراجع (\*)

### أولاً: المراجع العربية:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: - التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.
- حكم التحكيم في القانون الوضعي، ورقة عمل مقدمة لورشة عمل التحكيم التجاري التي نظمتها المنظمة العربية للتنمية الإدارية في ١٦- ٢١ إبريل ٢٠٠٥م.
- د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: - القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٧م.
- إبراهيم حرب محيسن: - طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة للنشر، عمان ١٩٩٩م.
- ابن منظور: - لسان العرب، المؤسسة المصرية للتأليف والنشر بالقاهرة، ج ٥.
- د. أبو العلا النمر: - الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.
- المشكلات العملية والقانونية لدعوي بطلان حكم التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.
- ميعاد التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة.
- د. أبو زيد رضوان: - التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٧م.
- د. أحمد أبو الوفا: - إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٩١م.
- التحكيم الاختياري والإجباري، ط ٥، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٨م.
- نظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٦، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٩م.

(\*) ملاحظة: في حالة عدم الإشارة إلى دار النشر أو مكانه أو سنته فذلك لأن المرجع بدون هذا البيان.

د. أحمد السيد خليل: - الطعن في القرار التحكيمي طبقاً لقواعد التحكيم الداخلي في القانون اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، ع ٤٤، يناير ٢٠٠٠م.

- قواعد التحكيم في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠٠٢م.

د. أحمد السيد صاوي: - التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولي، ٢٠٠٢م.

أحمد سعيد الدهن: - موقع الخبير من التحكيم التجاري، مجلة التحكيم اليمنية ٢٠٠٠م، ع ٣.

د. أحمد شرف الدين: - تسوية المنازعات إلكترونياً، دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، أعمال مهداة إلى روح محسن شفيق، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م. وقدم كبحث ضمن فعاليات المؤتمر الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بالتعاون مع جامعة الدولة العربية ٢٠٠٢م.

- تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدولة العربية، ط ٣، ٢٠٠٥م.  
- جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النشر الذهبي للطباعة، القاهرة ٢٠٠٣م.

- المرشد إلي قواعد التحكيم، ط ٢، القاهرة ٢٠١٠م.  
- الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم في ضوء أحكام محكمة النقض، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٧م.

د. أحمد عبد الكريم سلامة: - القانون الدولي الخاص النوعي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.

- النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م.

- قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م.



- د. أحمد عمر أبو زقية: - أوراق في التحكيم، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي ٢٠٠٣م.
- د. أحمد عوض هندي: - أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ١٩٩٩م.
- التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١٤م.
- التحكيم "دراسة إجرائية" دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٦م.
- تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م.
- حكم التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق إسكندرية، ٢٠٠٩م، ٢٤.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٥م.
- د. أحمد ماهر زغول: - آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٢م.
- أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١م.
- الحجية الموقوفة، ط ٢، ١٩٩٦م.
- مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، ط ١ القاهرة ١٩٩٣م؛ ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.
- د. أحمد محمد حشيش: - القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠٠٨م.
- طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٠م.
- د. أحمد محمد مليجي موسى: - تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٧٩م.
- قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ط ١، مؤسسة دار الكتب، الكويت ١٩٩٦م.

- د. أحمد مخلوف: - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.
- د. أسامة الشناوي: - المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ١٩٩٠م.
- د. أسامة أحمد شوقي المليجي: - التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م.
- استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره علي قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.
- هيئة التحكيم الإختياري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م.
- أشجان فيصل شكري داود: - الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس/ فلسطين ٢٠٠٨م.
- د. أشرف عبد العليم الرفاعي: - النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ط٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م.
- د. آلاء يعقوب أنعمي: - الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون / جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- د. الأنصاري حسن النيداتي: - تنفيذ أحكام التحكيم، ط ١ - ٢٠١٤م.
- حكم التحكيم ودعوي بطلانه.
- د. إلياس ناصيف: - التحكيم الإلكتروني، بحث مقدم لندوة القوانين والتشريعات في العمل المصرفي الإلكتروني، اتحاد المصارف العربية، بيروت ٢٠٠١م.
- د. أمال أحمد الفزائري: المداولة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م.
- دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣م.
- د. أمجد مسعد محمد السيد قطب: الشكالية في التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٦م.
- د. إيناس الخالدي: - التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م.

- د.برهان أمر الله: حكم التحكيم، مجلة التحكيم العربي، سبتمبر ٢٠٠٧، ع ١٠.
- د.برهام محمد عطاالله: اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، مجلة التحكيم العربي، ع ٢٤، يناير ٢٠٠٠م.
- د.بلال عبد المطلب بدوي: - التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، س ٤٨، ع ١٤، ٢٠٠٦م.
- د.بليغ حمدي محمود: - دعوي بطلان أحكام المحكمين الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٧م.
- د.توجان فيصل الشريدة: - ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون / جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- د.جمال الدين ميروك موسى علي: - إلكترونية التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٥م.
- د.جورج حزبون، ورضوان عبيدات: - الزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي، مجلة الشريعة والقانون، تصدرها كلية القانون/ جامعة الإمارات، ع ٢٦، إبريل ٢٠٠٦م.
- حازم محمد الشرعة: - التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١٠م.
- د.حسام أسامة محمد شعبان: - الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية ٢٠٠٨م.
- د.حسام الدين فتحي ناصف: - التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م.
- تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م.
- د.حسان عبد السميع هاشم: - الخبرة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.

- د.حسن عبد الباسط جميعي، سمير حمزة: - الحماية القانونية لمواقع الإنترنت وأسماء الدومين، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الإلكترونية و الإعسار عبر الحدود، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في ٢٠ - ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٠م.
- د.حسني المصري: - التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى، مصر ٢٠٠٦م.
- د.حفيظة السيد الحداد: - الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٧م.
- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٤م.
- د.حمدي علي عمر: - حكم التحكيم في المجال الإداري، المجلة القانونية الاقتصادية تصدرها كلية حقوق الزقازيق، ٢٠٠٧م، ع ٢٢.
- د.حمزة أحمد حداد: - حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم بغرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية الإنشائية بدمشق ٢٠٠٨م.
- د.خالد أحمد حسن: - بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٦م.
- د.خالد محمد القاضي: - موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق بالقاهرة ٢٠٠٢م.
- د.خالد مدوح إبراهيم: - التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٩م.
- د.خالفي عبد اللطيف: - الوسائل السلمية لحل منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٧م.
- د.خليل صابات: - وسائل الاتصال وتطورها، ط ٩، مكتبة الأنجلو المصرية بالقاهرة ٢٠٠١م.
- د.رأفت محمد رشيد ميقاتي: - تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦م.

- د.رامي محمد علوان: - المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، مجلة الشريعة والقانون، تصدرها كلية القانون/ جامعة الإمارات، ع ٢٢، يناير ٢٠٠٥م.
- د.رضوان هاشم حمدون: - نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١٣م.
- د.سامي عبد الباقي أبو صالح: - التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م.
- د.سامي مصطفى فرحان: - تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٦م.
- د.سامية راشد: - التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٦م.
- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ج ١، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م.
- د.سحر عبد الستار: - المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.
- د.سليمان أحمد محمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١١م.
- د.سيد أحمد محمود: - أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات ٢٠٠٥م.
- إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥م.
- خصومة التحكيم القضائي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.
- دعوى بطلان حكم التحكيم، ط ١، دار نصر للطباعة بالقاهرة ٢٠٠٧م.
- سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق الكويتية، ع ٣، س ٢٥، سبتمبر ٢٠٠١م، ص ٧١ - ١٧٥.
- نظام التحكيم "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري"، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م.

- د. السيد المراكبي: - التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.
- د. السيد عيد نايل: - التحكيم في منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٧م.
- د. السيد محمد السيد عمران: - الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٢م.
- د. شريف محمد غنام: - حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق / جامعة الكويت، س٢٨، ع٣ سبتمبر ٢٠٠٤م.
- د. شمس ميرغني: - التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٣م.
- شيماء محمد سعيد خضر البوراني: - أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ط٢٠٠٣م.
- د. صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي: - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٦م.
- النظام القانوني التجاري للتجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، ٢٠٠٥م.
- د. صفاء أوتاني: - المحكمة الإلكترونية " المفهوم والتطبيق "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول ٢٠١٢م.
- د. صفاء فتوح جمعة فتوح: آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠١٢م.
- د. ضحى إبراهيم الزياتي: - شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٣م.
- د. طلعت محمد دويدار: - الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٢م.

- ضمانات النفاضي في خصومة التحكيم، دار لجامعة الجديدة بالإسكندرية  
٢٠٠٩م.
- د. عادل أبو هشيمة محمود حوته: - عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون  
الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤م.
- د. عادل علي محمد النجار: - البطلان المؤثر في حكم التحكيم، رسالة دكتوراه،  
حقوق عين شمس ٢٠١١م.
- د. عاشور مبروك: - الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ط ٣، دار النهضة  
العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.
- د. عبد الباسط عبد المحسن: - دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعية،  
دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.
- د. عبد الحميد الأحديب: - موسوعة التحكيم، ج ١، ج ٢، دار المعارف، مصر ١٩٩٨م.
- د. عبد الرزاق السنهوري: - الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٥، تنقيح أحمد  
مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤م.
- د. عبد الرسول عبد الرضا: - هل يوجد حل أمثل لتسوية المنازعات، نشرة التحكيم  
التجاري الخليجي، ع ٢٧، ديسمبر ٢٠٠٣؛ ع ٢٨ مارس ٢٠٠٤م.
- د. عبد المنعم دسوقي: - التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، مكتبة مدبولي بالقاهرة  
١٩٩٥م.
- د. عبد المنعم زمزم: - قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة  
٢٠٠٩م.
- عبد الوهاب الباهي: - خواطر حول تسبيب أو تعليل القرارات التحكيمية، مجلة التحكيم  
العربي، ع ٢، ٢٠٠٠م.
- د. عبدالله عيسى علي الريح: - حكم التحكيم، منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٩م.
- د. عدلي أمير خالد: - فض منازعات المديونية، منشأة المعارف الإسكندرية  
٢٠٠٨م.

- د. عزت محمد البحيري: - تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٦م.
- د. عزمي عبد الفتاح: - تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٣م.
- حكم المحكمين، مجلة الأمن والقانون، س ٢، ع ٢، ١٩٩٤م.
- سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق، تصدرها حقوق الكويت، س ٨، ع ٤، ديسمبر ١٩٨٤م.
- قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠م.
- نحو نظرية عامة لفكرة الدعوي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩١م.
- د. عصام الدين القصيبي: - النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م.
- د. عصام عبد الفتاح مطر: - التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر بالاسكندرية ٢٠٠٩م.
- د. عصام فوزي محمد الجنائني: تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ٢٠١٢م.
- د. علي الشحات الحديدي: - دور الخبير الفني في الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٩م.
- د. علي رمضان علي بركات: - خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ١٩٩٦م.
- الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣م.
- د. علي سالم إبراهيم: - ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٦م، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.
- د. عماد الدين المحمد: - طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون / جامعة الإمارات العربية المتحدة.



- د. **عيد محمد القصاص**: - إلتزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق ١٩٩٢م.
- حكم التحكيم، ط٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٧م.
- قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الدولية والداخلية، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٥م.
- د. **فاروق محمد أحمد الأباصيري**: - عقود الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٢م.
- د. **فايز عبد الله الكندري**: - مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، س٤٢، ع٢، يوليو ٢٠٠٠م.
- د. **فتحي والي**: - التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١٤م.
- دعوى بطلان أحكام هيئة التحكيم الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة، مجلة التحكيم العربي، مايو ١٩٩٩م.
- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧م.
- د. **فوزي محمد سامي**: - التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالاردن ١٩٩٥م.
- د. **فيصل محمد كمال عبد العزيز**: - الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٨م.
- د. **كمال عبد الحميد عبدالرحيم فزاري**: - آثار حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٠م.
- د. **ماهر محمد صالح عبدالفتاح**: - اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٤م.
- د. **محسن شفيق**: - التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.

د.محمد إبراهيم أبو الهيجاء: - التحكيم الإلكتروني، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن ٢٠٠٩م.

د.محمد إبراهيم موسى: - التحكيم الإلكتروني، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون/جامعة الإمارات العربية.

- التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديد للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٥م.

د.محمد أبو العينين: - مقدمة في حسم منازعات التجارة الإلكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ووسائل حسم المنازعات، جامعة الدول العربية ١٢-١٣ يناير ٢٠٠٢م.

محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٦م.

د.محمد حامد فهمي: - تسبيب الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، ١٩٣٥م.

د.محمد حسام لطفى: - استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة ١٩٩٣م.

د.محمد حسن محمد علي: - التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان ٢٠١١/٢٠١٢م.

د.محمد حسين منصور: - المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ٢٠٠٣م.

د.محمد سعيد أحمد اسماعيل: - أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٥م.

د.محمد سعيد عبدالرحمن: - الحكم الشرطي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٨م.

- الحكم القضائي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.

د.محمد سليم العوا: - التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية القانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، ١٠، ١٢ مايو ٢٠٠٣م.

- حكم التحكيم في القوانين العربية، مجلة التحكيم العربي، ٩٤، أغسطس ٢٠٠٥م.

- دراسات في قانون التحكيم، ٢٠٠٩م.

د.محمد صابر الدميري: - دور الحاسب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١٤م.

د.محمد طلعت الغنيمي: - شرط التحكيم في اتفاقات البترول، مجلة الحقوق، حقوق الإسكندرية، س ١٠، ١٤-٢.

د.محمد عبد الظاهر حسين: - الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠/٢٠٠١م.

د.محمد عبد المجيد إسماعيل: - عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣م.

د.محمد مأمون أحمد سليمان: - التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٩م.

د.محمد محمد الألفي: - المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، بحث مقدم في مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس " الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" بدبي خلال الفترة من ٩-٢٠ ديسمبر ٢٠٠٧م، منشور علي:

<http://unpan1.un.org/intrados/groups/public/documents/arado/unpan029801.pdf>

د.محمد محمد بدران: - مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩م.

د.محمد نور شحاتة: - الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م.

- النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م.
- الوفاء الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الإلكترونية، المنعقد بالمركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل، القاهرة خلال الفترة من ١٨، ١٩ مايو ٢٠٠٢م.
- مفهوم الغير في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م.
- د.محمود السيد عمر التحوي:** - التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠٠٦م.
- التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢م.
- تنفيذ حكم المحكمن وفقاً لقانون التحكيم المصري، دار ملتقى الفكر بالإسكندرية.
- حكم التحكيم الإلكتروني، ط١، مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية ٢٠١١م.
- د.محمود جمال الدين زكي:** - الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠م.
- د.محمود سمير الشرفاوي:** - التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١م.
- د.محمود عبدالرحيم الديب:** - الحماية القانونية للملكية الفكرية في مجال الحاسب الآلي والإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٥م.
- د.محمود محمد هاشم:** - استنفاد ولاية المحكمن في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س٢٦، يناير/يوليو ١٩٨٤م، ١٤-٢.
- النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط١، ج١، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٩٠م.
- د.محمود مختار بريري:** - التحكيم التجاري الدولي، ط٣، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٠م.
- د.محمود مختار عبد المغيث محمود:** - استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م.

د.محمود مصطفى يونس: - المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م.

- قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ط١٩٩٩م.

د.محي الدين إسماعيل علم الدين: - منصة التحكيم التجاري الدولي، ج٢، التحكيم متعدد الأطراف، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة ١٩٩٨م ؛ ج١، القاهرة ١٩٨٦م.

د.مجدي عبدالغني خليف: -أوجه الرقابة علي آلية التحكيم الإلكتروني، رسالة دكتوراة - حقوق إسكندرية ٢٠١٦م.

د.مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة محمد عبد العال: -التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، ج١، ط١، ١٩٩٨م.

د.مصطفى ترو: - سلطة المحكم الدولي في تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، رسالة دكتوراة، الجامعة اللبنانية ١٩٩٢م.

د.مصالح أحمد الطراونة: - تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقاً لاتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨م، المؤتمر السادس عشر لكلية القانون/ جامعة الامارات العربية المتحدة.

د.مصالح أحمد الطراونه، د.نور حمد الحجايا: - التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة البحرين، ج٢، ١٤، يناير ٢٠٠٥م.

د.مسعود صالح الغزوي: - خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، س٢٠١٢، ٣٤.

منير حنا سالم خضر: - قوة حكم التحكيم الإلزامية وتنفيذه في القانون الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان ١٩٨٩م.

د.منير عبد المجيد: - الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٠م.

د.مهند أحمد الصانوري: - دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٥م.

- د.نبيل إسماعيل عمر: - بطلان حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١١م.
- التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١١م.
- التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٤م.
- الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ١٩٩٩م.
- النظام القانوني للحكم القضائي، ط ١، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- د.نبيل حلمي: - التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٣م.
- د.نبيل زيد مقابلة: - النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن/عمان ٢٠٠٩م.
- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.
- د.نبيل محمد أحمد صبيح: - وسائل تسوية منازعات التجارة الدولية إلكترونياً، كتاب الأهرام الاقتصادي، ع ٢٠٢، القاهرة أول أكتوبر ٢٠٠٤م.
- د.نجيب أحمد الجبلي: - التحكيم في القانون اليمني، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية ١٩٩٦م.
- د.هبة بدر أحمد محمد صادق: الحماية الوقتية في التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٩م.
- د.هدى محمد مجدي عبدالرحمن: - دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.
- د.هشام خالد: - مفهوم العمل القضائي، مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية ١٩٩٠م.

- د. هشام سعيد اسماعيل: - دور التحكيم الإلكتروني الدولي في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٤م.
- د. هند الطوخي السيد: - التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٠م.
- د. هيثم عبد الرحمن البقلي: - التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، دارالعلوم ٢٠١٣م.
- د. وجدي راغب فهمي: - النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م.
- هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق الكويتية، س١٧، ع١-٢، مارس-يونيو ١٩٩٣م.
- د. ياسر عبدالهادي مصلي سلام: - أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٢م.
- د. يس محمد يحيى: - عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧٨م.
- د. يعقوب يوسف صرخوه: - أحكام المحكمين وتنفيذها، مؤسسة دار الكتب بالكويت ١٩٩٦م.
- شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق/جامعة الكويت، س١٨، ع٣، سبتمبر ١٩٩٤م.
- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، الكويت ١٩٩٦م.
- د. يوسف سيد عواض: - خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه- حقوق عين شمس ٢٠١٢م.

#### ثانياً: المراجع الأجنبية :

- Ahmed Mikalalah; La Résolution par l'arbitrage électronique des litiges relatifs à l'internet; thèse Strasbourg III; 2004.
- Bruno oppetit; arbitrage, Médiation et Conciliation; Rév. Arb; 1984.

- Bruno oppotit**; La clause arbitrale par référence; Rév.arb.1990; P.550 ets.
- Caprioli. A.**; Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique; litec; Paris; 2002.
- Eric A.Caprioli**; Arbitrage et médiation dans Le Commerce électronique(L'expérience du cyber tribunal) Rév. arb.1999; N.2.
- Emmanuel **Blanc** et Jean **Viatte**; Nouveau Code de Procédure Civile Commenté Dans L'ordre des articles ; Paris.1981.
- E. Gaillard**; Arbitrage Commercial international; Juris-class.intrn. Fasc.586-1;1994.
- Gabrielle Kaufmann-Koheler**; Le Lieu de l'arbitrage à l'une de La mondialisation; Rév. arb.1998.
- Huet.(J) et valnachino(S)**; Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international.; Gaz . Pal.; janv – Fév. 2000; Dect.
- J. Delvolvé**; Essai sur la motivation des sentences arbitrales; Rév. arb.1989; No. 2.
- Jérôme Huet**; Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international; Gaz. Pal. 2000; P. 108 ets.
- Jean Robert**; L'arbitrage droit interne; droit international privé; 6 éd; Dallooz; Paris;1993.
- Jean Timsit**; La médiation: une alternative à la Justice et non une Justice alternative; Gaz. Pal.15 Nov.2001; P.53.
- Loic Cadiet**; Droit Judiciaire Privé; Litec; Paris;1992.
- M.Rondeau-Rivier**; Arbitrage; La sentence arbitrale; Juris- class. Porc.Civ. Fasc.1042.
- Matthieu de Boisséson**; le droit français de l'arbitrage interne et international;1990.
- Maustafa El matwalyKandeel**; La conciliation et la médiation Judiciaires; thèse Paris1; 2001.
- P. Bernardini**; L'arbitrage en Italie après la récente réforme; Rév. arb.1994.
- Ph. Fouchard**; le statut de l' arbitrage dans la jurisprudence française; Rév.arb. 1996; N.13; P.331.
- Ph.Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman**;Traité de l'arbitrage commercial international; Litec 1996.



-**René David**; l'arbitrage dans le commerce international economica; Paris; 1982.

**Roger Perrot**; L'interprétation des sentences arbitrales; –Rév.arb.1969.

–**Ropert et Moreau**; Arbitrage; Ency. Dalloz;T.1;1983.

-**Schultz. (Th)**; Regular le Commerce électronique Par la résolution des litiges en ligne; un approche critique; Bruylant; Bruxelles; 2005.

-**Schultz (Th)**; eBay: un système juridique en formation; . [www.online-adr.org/eBay-RDTI.pdf](http://www.online-adr.org/eBay-RDTI.pdf),3.3.2009

-**Serge Braundo**; propos sur la médiation en matièrecivile;Gaz.Pal 14-15avril 1995;doct., P.3.

-**Ph.Bertin**; le role éxcution de la sentence arbitrale; Rév.arb.1983.  
du juge dans l'

-**Vincent et Guinchard**; Procédure Civile; 24 éd.; Dalloz; Paris 1996.

-**Vincent Tilman**; Arbitage et nouvelles technologies: Alternative Cyberdispute Résolution; Révue Ubiquite; 1999; N. 2; P. 47-64.

### ثالثا: التعليقات على الأجنبية:

-**B.Moreau**; Not. Sous; Paris, 13 Mars 1983; Rév. arb. 1983.

-**Bernard**; Not. Sous; Cass. civ.2□ ; 27 oct. 1982; Rév. arb. 1983.

-**Bernard**; obs. Sous; Aix-en provence, 28 sept. 1980;Rév. arb. 1984.

-**Ch. Jarrosson**; Not. Sous; Paris; 25 Mars 1994; Rév. arb. 1994.

- Not. Sous; Cass. Civ.; 1 juillet.1987; Rév. arb. 1994.

–**Cacheux**; Not. Sous; Paris, 13 Nov. 1987; Rév. arb. 1989.

-**P.F.**; Not. Sous;Cass. Com. 22 Déc. 1977; Rév. arb. 1977.

-**D. Bureau**; Not. Sous; Paris, 28 mai. 1993; Rév. arb. 1993.

-**D.Bureau**; obs. Sous; Paris, 20 juin. 1996; Rév. arb. 1996.

-**Dubary et Loquin**; obs. Sous; Cass. Civ. 2□ ; 31 janv.1996; Rév. Tirm. de. Com. 1997.

-**E. Mezger**; Not. Sous; Paris; 7 Juill. 1987; Rév. arb. 1988.

- Guinchard et Moussa**; obs. Sous; Cass. civ.2 □ ; 12 mars 1985; Gaz. Pal. 1987; somm.
- J. Pellerin**; Not. Sous; Paris, 30 mars. 1995; Rév. arb. 1996.
- J. Pellerin**; obs. Sous; Paris, 9 Fév. 1995; Rév. arb. 1996.
- J. Pellerin**; obs. Sous; Cass.Civ.2 □ ; 25 Oct. 1995; Rév. arb. 1995.
- L.D.**; obs. Sous, 3 Juillet 1997; Rév.arb. 1997.
- Level**; Not. Sous; Cass. Civ. 7 Juin. 1972; Dalloz; 1973.
- Level**; obs. Sous; Paris; 30 Mars 1962; J.C.P. éd. G. 1962; N. 2.
- Matulsky**; Not. Sous; Paris. 6 Juill.1971; Dalloz; 1971.
- Michel; Not. Sous; Paris; 28 avril. 1977; Rév. arb. 1977; P. 151.
- M.viala**; Not. Sous; Paris12 mars 1998;D. 1999; N.12; P. 316.
- Ph. Fouchard**; Not. Sous; Paris, 12 janv. 1996; Rév. arb. 1996.
- Ph. Fouchard**; Not. Sous; Paris 19 Nov.1993; Rév. arb. 1996.
- Ph. Fouchard**; Obs. Sous; Paris, 20 Oct. 1994; Rév. arb. 1996.
- Ph. Fouchard**; Obs. Sous; Paris, 1 Déc. 1995; Rév. arb. 1995.
- Ph. Fouchard**; Not. Sous; Cass. Civ.2 □ ; 28 Jan.1981;Rév.arb.1982.
- Ph. Fouchard**; Not. Sous; Cass.Com.9 Janv. 1979;Rév. arb. 1979.
- Ph. Théry**; Not. Sous; Cass. Civ. 12 déc. 1990; Rev. arb. 1991; -P.317.
- Viatte**; Not. Sous; Cass. Civ. 2 □ ; 28 janv. 1981; Gaz. Pal.1981.
- Y.Derains**; obs. Sous; Paris, 24 Fev. 1995; Rév. arb. 1996.

رابعاً : الدوريات :

- Bulletin des Arrêts des Chambers Civiles de La Cour de Cassation Française.
- Dalloz- sirey.
- Encyclopédie Dalloz; Répertoire de Procédure Civile.
- Gazette de Palais.
- Juris classeur Périodique.Édition Générale (La Semaine Juridique).
- Juris classeur de Droit de Procédure Civile.
- Justicés.
- Procédures.
- Recueil de Dalloz.

- Révue d'arbitrage.
- Revue des Huissiers de Justice.
- Révue Trimestrielle de Droit Civil.
- Révue Critique de droit intermional privé.

خامساً: المواقع الإلكترونية :

١- موقع محكمة النقض المصرية:

[http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation\\_Court/Civil/Cassation\\_Court\\_Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx)

٢- موقع محكمة النقض الفرنسية:

<http://www.courdecassation.fr/>

قائمة المختصرات

أولاً : المختصرات العربية :

س = السنة. ص = الصفحة. ط = الطبعة. ع = العدد. ق = القاعدة

مج = مجموع المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية.

ثانياً: المختصرات الأجنبية:

Al. = alinéa.

Art. = article.

Cass. = l'arrêt de la cour de cassation.

Chron. = chronique.

Cive. 1 □ □ = premier chambre civile.

Civ.2 □ = deuxième chambre civile.

Civ.3 □ = troisième chambre civile.

C.C.F. = Code civile.

C.O.J.F.= Code de l'Organisation Judiciaire.

C.P.pén.F.= Code de Procédure Pénale.

Com. = chambre commercial.

D. = Recueil de dalloz.

D. S = Dalloz sirey.

Doct. = Doctrine .

Éd. = Édition.

Gaz .pal. = Gazette de palais.

inf. rap. = information rapides.

J. C.P = jurais classer périodique. (la semaine juridique).

N.C.P.C = Nouveau code de procédure civile.

Not. = Note .

N. = Numéro.

Obs. = Observation.

Op. Cit. = Ouvrage cité.

P = page.

Rév. arb. = Révued'arbitrage .

Somm. = sommaire.T. = Tome.

Trib. Gran. inst = décision de tribunal de grande instance.

**النظام الإجمالي للمنازعات الرياضية  
في ضوء قانون المرافعات**

دكتور

أحمد السيد أبو الخير هلال

أستاذ نظام المرافعات الشرعية المساعد

كليات القصيم الأهلية



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

( وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا )<sup>(١)</sup>

صدق الله العظيم

Edited by Foxit Reader  
Copyright(C) by Foxit Corporation,2005-2009  
For Evaluation Only.



## بسم الله الرحمن الرحيم

### مقدمة عامة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبفضله وحده تتحقق جلائل المهمات، وعليه وحده الاتكال في جميع الملمات، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبيناً محمد وعلى آله وصحبه، ومن اتبع هداه، واقتفى أثره إلى يوم الدين ثم أما بعد.

لا شك أن التنظيم والاختصاص القضائي في مجال المنازعات الرياضية علم من العلوم القانونية والذي لم يحظى بنصيب من الاهتمام في السابق لربما يرجع السبب إلى أن المجال الرياضي لا يخرج عن إطار الترفيه، أو أن الأحداث والخلافات الرياضية لم تكن بالشكل أو الكمية الهائلة المتوفرة الآن.

ولم تتوقف المنازعات والقضايا الواقعة في المجال الرياضي عند حد معين بل إستجبت العديد من القضايا التي لم تكن تحدث في الماضي نظراً لإتساع المجال الرياضي الدولي، وأصبحت القضايا والمنازعات الرياضية تمس الرأي العام بل إمتدت لتمس رأي المجتمع الدولي، وظهرت العديد من المنظمات والمؤسسات والهيئات الدولية والإقليمية الراعية لذلك المجال في كافة الأنشطة الرياضية، وابرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي شاركة فيها العديد من الدول، وفرن العديد من التشريعات الدولية والإقليمية كل ذلك لتنظيم اجراءات التقاضي أمام المحاكم والهيئات القضائية الرياضية، والحفاظ على حقوق الأطراف المشاركين والعاملين في ذلك المجال الرياضي.

كما تنامي الاهتمام بالاحتراف والتسويق الرياضي سواء من اللاعبين أو من الإدارات الرياضية في العالم مما تمخض عن ذلك تداول للأموال عن طريق البيع والشراء والمضاربة والذي أدى إلى ظهور حاجات تنظيمية وإدارية وقانونية متنوعة لتنظيم جميع جوانب العلاقة بين الرياضيين أو المدربين المحترفين والهيئات الرياضية والتي تتمثل في حقوق وواجبات تترتب على طرفي العقد، ولا يقتصر دور

الرياضة وآثرها على الأفراد فحسب، وانما تجاوز ذلك الدور والآثر ليشمل حياة الشعوب والأمم في كافة دول العالم بلا استثناء.

وتتعلق الاحداث الرياضية بالأشخاص القائمين عليها أو المشاركين فيها، وهذه الاحداث الرياضية قد ينشأ عنها العديد من المخالفات أو التجاوزات ادت إلى ضرورة وجود قانون ينظم مجال الرياضة وعلاقة هؤلاء الأشخاص ببعض سواء كانوا هؤلاء الأشخاص طبيعيين أم اعتباريين، ولاشك أن ممارسة الرياضة أصبحت تتصل بنشاط المجتمع وسلوك الأفراد لما بها من تجمعات قد تثير في بعض الأحيان تعرض البعض للخطر، مما يستوجب ايجاد حماية نظامية، ولا يتأتى ذلك إلا في ظل نصوص قانونية من شأنها ان تضمن حقوق وواجبات الرياضي والعاملين في ذلك المجال.

ولكن يغيب عن الكثير من المشاركين والعاملين في المجال الرياضي الوعي بالقانون الرياضي ومعرفة الإجراءات التي تحكم المنازعات الرياضية، وكيفية تنظيم إجراءات التقاضى أمام المحاكم والهيئات القضائية وإختصاصها، ويرجع ذلك إلى ندرة الكتب والمؤلفات القانونية التي تغطي ذلك المجال الرياضي من الجانب القانوني، ولا تسمع ولا ترى إلا ما ينقله لنا وسائل الإعلام عبر التلفزيونات والإذاعات والبرامج الرياضية التي لا تنتهى والتي تقدم أحداث يتخللها أخبار شغب وعنف وضوضاء ومخالفات قانونية وعقدية، وأصبح التذرع بالجهل بالقانون الرياضي أو الجهل بمخالفات وبنود العقود الرياضية أمر غير مقبول لدى الجهات والهيئات القضائية الرياضية.

### **أولاً: نطاق وأهداف الدراسة:**

قمت بتحديد النقاط التي تدخل في البحث وإستبعاد النقاط التي تخرج منه.

### **لذلك بخرج عن بحثنا:**

الدعاوي والمنازعات الغير رياضية والتي تخرج عن المجال الرياضي بسبب ان موضوع الدعوى غير متعلق بالرياضة، أو ان العقد الرياضي لم يعد سبباً للمنازعة الرياضية، أو ان أطراف الدعوى غير رياضيين.

## وما يدخل في نطاق بحثنا:

- الأسس والقواعد المنظمة للمنازعات الرياضية، وهذه الأسس تتضمن قانون الرياضة والنظم الإجرائية والعقود الرياضية.
  - كما يدخل في البحث الإختصاص القضائي للمنازعات الرياضية، والقضاء الضوء على هيئات التحكيم الرياضي الإقليمية والدولية، و ضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي.
- ويمكن تناول ذلك البحث من خلال دراسة القواعد الاجرائية التى تنظم المنازعات الرياضية وتحقيق ضمانات حقوق الرياضيين من خلال مؤسسات تحكيمية في عالم الرياضة وتقديم خدماتها من اجل تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة، عن طريق قواعد اجرائية تخضع لقانون المرافعات والتحكيم والنظم الاجرائية.

## ثانياً: إشكالية البحث وتكمن في عدة نقاط:

- ١- قصور التشريعات والقوانين المنظمة للمجال الرياضي.
- ٢- عدم اهتمام الدول بانشاء محاكم رياضية أو هيئات تحكيم تقوم بتسوية المنازعات الرياضية وفقاً للمعايير الدولية.
- ٣- سعى بعض الدول على تبني إجراءات إدارية وتنفيذية من خلال لجان وإتحادات ليست قضائية ولا تتفق مع المعايير الدولية.
- ٤- غياب وقصور الوعي لدى الكثيريين من المشاركين والعاملين في المجال الرياضي بماهية القانون الرياضي والنظام القضائي المختص بالمنازعات الرياضية.
- ٥- بطء الإجراءات القضائية أمام المحاكم وهيئات التحكيم الرياضية، وعدم وعي الأطراف المتنازعة بضمانات المتقاضين.

## خطة الدراسة:

وفى إطار ماتقدم فإن الدراسة قد تم تقسيمها إلى مبحثين:  
المبحث الأول: الأسس والقواعد المنظمة للمنازعات الرياضية.

المبحث الثاني: الإختصاص و ضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي.

### ثالثاً: منهج الدراسة:

وسيعتمد البحث على المنهج التحليلي التأسيلي الانتقادي مقارنة القانون المصري بالأنظمة القانونية الأخرى، وهو منهج وعي يستهدف رد كل فكرة إلى أصولها بطريقة فلسفية متعمقة، وغايته الانتقادية مدارها الوقوف على مواطن الضعف على الصعيدين القانوني والقضائي بغية تلافيتها تكريساً للحماية المتوخاه. وكان منهج الدراسة المقارن بأن اكتفي بذكر رأي الفقه القانوني فى المسائل المختلف فيها، وبيان ادلة أصحابها، والمناقشات التى وردت عليها وذلك على مستوى الأفكار القانونية والغير قانونية، فلا بد من دراسة جادة ومتأنية ومتعمقة لأثار الولوج والاستثناءات ولا بد لنا هنا من وقفة متأنية ومتأملة نسترجع فيها التجربة ونتفحص الواقع ونستشرف المستقبل.

ولا أختار رأياً إلا إذا بان لي أنه الأرجح من حيث الدليل، فإن كنت قد وفقت فى ترجيح الأراء فهذا من فضل الله عز وجل، وإن كان خطأً فذلك منى ولم يكن عن عمد وإنما عن سهو أو غفلة وأدعو الله أن يغفر لي، وأختم ببعض الدعاء ((ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب))<sup>(١)</sup>، ((ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار))<sup>(٢)</sup>. اللهم آمين.

1- سورة آل عمران الآية رقم ٨.

2- سورة البقرة الآية رقم ٢٠١.

## المبحث الأول

### الأسس والقواعد المنظمة للمنازعات الرياضية

أن حصر إدارة النشاط الرياضي في يد الحكومة المركزية يجعل من ضمن اختصاصات الإدارة المركزية هو الإشراف على تطبيق القوانين واللوائح والتشريعات الرياضية<sup>(١)</sup>، ويمكن توضيح تلك القوانين والتشريعات من خلال بيان الأسس والقواعد المنظمة للمنازعات الرياضية وسأتناول ذلك المبحث على مطلبين: المطلب الأول: القواعد والعقود الرياضية المنظمة للمنازعات الرياضية. المطلب الثاني: المنازعات الرياضية الخاضعة لأحكام وقواعد الأنظمة الرياضية.

## المطلب الأول

### القواعد والعقود الرياضية المنظمة للمنازعات الرياضية

صممت النصوص القانونية عن إيراد تعريف للتنظيم القانوني للرياضة إلا أن هذا لم يشكل عقبة كبيرة أمام القضاء في الوقوف على المفهوم الدقيق لها، فعلى سبيل المثال رفض مجلس الدولة الفرنسي عد العاب الورق من ضمن الأنشطة الرياضية وحثه في ذلك انها تعد من الأنشطة الترفيهية التي ترتبط بالملكات العقلية، ولا تحتاج إلى نشاط بدني لممارستها<sup>(٢)</sup>.

لاشك ان أهمية مفهوم التنظيم القانوني للرياضة هو وضع ضوابط ومعايير التي تحدد النشاطات التي تدخل في المجال الرياضي وتخضع للتنظيم القانوني للرياضة، وما يخرج من ذلك المجال ولا يخضع لذلك التنظيم القانوني للرياضة، بل وضع المشرع المصري في قانون الرياضة الجديد بتحديد المنازعات التي تخضع للقانون الرياضي الجديد وما عداهم يخرج من تطبيق ذلك القانون<sup>(٣)</sup>.

ويمكن تناول ذلك المطلب من خلال فرعين:

1- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية عام ٢٠١٧ ص ٨.

2- CE, 26 juill 2006, n° 285529. Fédération française de bridge.

3- وهذا ما أتناوله بالتفصيل في المطلب الثاني من البحث في المنازعات الرياضية الخاضعة لأحكام وقواعد الأنظمة الرياضية.

الفرع الأول: المصدر التشريعي للمنازعات الرياضية.

الفرع الثاني: العقود الرياضية المنظمة للمراكز القانونية للمتعاقدين.

## الفرع الأول

### المصدر التشريعي للمنازعات الرياضية

من المعلوم ان الغاية الأساسية من القانون هو تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم بالقدر اللازم لرقى وتقدم المجتمع وضمان استقراره وأمنه<sup>(١)</sup>، فليس هناك شك في أن المجتمع الرياضي بحاجة إلى التنظيم القانوني للرياضة لكونه مجتمعاً يقوم على اساس التنافس الحر الشريف لتحقيق النتائج والكسب المشروع، ومن هنا كان التلازم بين القانون والرياضة تلازماً قوياً، فاذا غاب القانون صارت الرياضة نوعاً من اللهو والعبث أو التسلية الرخيصة، مما يؤدي إلى تفشي الفوضى داخل المجتمعات الرياضية وسيادة الانحراف وتعد الرياضة معول هدم لسلوك وأخلاقيات من يمارسها بدون ضوابط أو احكام، ولاشك ان القانون يشكل القاعدة الاساسية في المجال الرياضي من خلال ضوابط وقواعد تحكم العلاقات وتلزم الافراد ويمكن أن نطلق عليها مصطلح قواعد التشريع الرياضي<sup>(٢)</sup>.

### النشأة التاريخية للقوانين الرياضية في مصر:

بدأت المجتمعات الاجنبية المقيمة في مصر التفكير في انشاء النوادي في نهاية القرن التاسع عشر، وبناء على ذلك انشئت عدة نواد اجتماعية ورياضية<sup>(٣)</sup>، مما أدى لضرورة وجود نظام لجمعهم معاً في المسابقات والألعاب، وهكذا تأسس الاتحاد المختلط للنادية الرياضية في عام ١٩٠٨ وترأسه السيد أنجيلو بولاناكي<sup>(٤)</sup>، وتم

---

1- رمضان أبو السعود (الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني - المنخل إلى القانون) دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية عام ٢٠٠٩ ص ٢٣.

2- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٥١.  
3- مثال: " نادي المبارزة - سبورتينغ يوناني - مليون يوناني للجمباز - مشجعي الدراجات المجموعة - الاتحاد الإيطالي الوطني - روما إيطاليا - نادي الملاكمة في كليوباترا - سافويا الإيطالية لكرة القدم - الانجليزية نادي المبارزة سافوليك - نادي المبارزة المصرية... الخ ثم قاموا المواطنون المصريون بدورهم وأنشأوا عدة أندية من بينها: نادي السكة الحديد - النادي الأهلي (النادي الوطني) - النادي الرياضي - نادي الجزيرة - نادي هليوبوليس - نادي المعادي... الخ".

4- (مواطن ألكسندري من أصل يوناني). وكان معظم أعضاء هذا الاتحاد من الأجانب (بسبب الوضع السياسي في مصر في ذلك الوقت). اللغة الفرنسية هي لغة هذا الاتحاد وجميع وثائقه وقواعده وقراراته

تأسيس بعض الاتحادات الرياضية مثل: ألعاب القوى، السباحة وركوب الدراجات في عام ١٩١٠، ثم بدأت مصر في دخول المجال الأولمبي من خلال المشاركة في دورة الألعاب الأولمبية في ستوكهولم في عام ١٩١٢م مع رياضي واحد فقط في المباراة، وفي ٩ أيار/ مايو ١٩٣٤م صدر مرسوم بشأن تنظيم اللجنة الوطنية للرياضة المصرية وتشكلت اللجنة الأولمبية المصرية، ثم عقد مؤتمر اللجنة الأولمبية الدولية في أثينا في ١٧ أيار/ مايو ١٩٣٤، وقررت الأولمبية الدولية الاعتراف بتنظيم كل من اللجان الوطنية والاعتراف باللجنة الأولمبية المصرية<sup>(١)</sup>، ومن القوانين المعمول بها سابقاً في المجال الرياضي القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٥م بشأن الهيئات الخاصة بالشباب والرياضة المعدل بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٨م.

أما في الوقت المعاصر فإن القوانين الرياضية لها مصادر استمدت منه، ويقتصر نطاق تطبيق تلك القوانين الرياضية على المنازعات المتعلقة بالمجال الرياضي فقط.

كما ظهرت الحاجة إلى وجود قوانين أو لوائح محددة لها قوة قانونية ملزمة أملاً في ان يؤدي ذلك إلى تطور نوعي للألعاب الرياضية، لذا استوجب وجود إدارات رياضية ذات تخصص قانوني قادرة على تسيير العمل الاحترافي والتسويقي وغيره من الاعمال المرتبطة بالرياضة وتنظيمها بشكل يواكب التطورات الحاصلة في العالم على مختلف الاصعدة التي جعلت من الرياضة مشروعاً يدر الأرباح والأموال ويفرز الكثير من النزاعات لذلك، لا بد من توفير الحماية القانونية لضمان حقوق النادي واللاعب والمستثمر والشركة الراعية وغيرهم من العاملين والمشاركين في المجال الرياضي<sup>(٢)</sup>. ولاتنتأى تلك الحماية القانونية إلا من خلال تقنين قواعد قانونية تضمن حقوق العاملين وحماية الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في

---

ومحاضره. وقد بدأ هذا الاتحاد تنظيم البطولات المصرية من ١٩٠٨ حتى ١٩١٠ وإبرام اتفاقيات دولية بين مصر ودول أخرى مثل فرنسا والنرويج والمجر..

1- [Http://www.Egyptianolympic.Org/History.Html](http://www.Egyptianolympic.Org/History.Html)

2- م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مجلة علوم الرياضة - المجلد التاسع - العدد ٢٨ ص ٥٢.

المجال الرياضي. وانشاء القواعد القانونية في المجال الرياضي يعتمد على مصادر منها:

**أولاً: الدستور:** وتستمد التشريعات الرياضية أساسها من الدستور والقوانين والمراسيم والمعاهدات الدولية ويجب ان توضع القوانين الرياضية في اطار مواد الدستور وألا تخالفه فإذا خالفته تكن معيبة بعدم الدستورية، وايضاً في اطار هذا السياق يجب ان يتم وضع اللوائح "القرارات الوزارية" في اطار القانون الذي ينظم سير العمل وأن يكون منبثق منه، وبالتالي يكون منبثق من الدستور حتى تكون هذه اللائحة صالحة للتطبيق على الكافة<sup>(١)</sup>.

وأكدت المادة (٨٤) من الدستور المصري على أن "ممارسة الرياضة حق للجميع، وعلى مؤسسات الدولة والمجتمع اكتشاف الموهوبين رياضياً ورعايتهم، واتخاذ ما يلزم من تدابير لتشجيع ممارسة الرياضة، وينظم القانون شؤون الرياضة والهيئات الرياضية الأهلية وفقاً للمعايير الدولية، وكيفية الفصل في المنازعات الرياضية".

ويفهم من ذلك أن الدستور أكد على التزام الدولة ممثلة في سلطاتها التشريعية بإصدار قانون يكون مختص وحده بتنظيم شؤون الرياضة وتنظيم الهيئات الرياضية الأهلية، والالتزام بان يكون ذلك التنظيم وفقاً للمعايير الدولية، ووضح الدستور المصري بأن قانون الرياضة وحده هو الذي ينظم كيفية الفصل في المنازعات الرياضية ويحدد الجهة أو الهيئة المختصة بتسوية المنازعات الرياضية وإجراءات التقاضي أمامها، وهذا النص يشير إلى ان الدستور هو مصدر قانون الرياضة الجديد.

---

1- د/ عبد اللطيف صبحي محمد (الإدارة القضائية للعدالة في المجال الرياضي) رسالة دكتوراه جامعة حلوان - عام ٢٠٠٨م ص ١، ٢.



## ثانياً: قانون الرياضة الجديد<sup>(١)</sup> والقواعد الإجرائية للمنازعات الرياضية:

ذهب البعض إلى ان التعريف القانوني للرياضة يجب ان يكون متوافقاً مع ما تقرره المواثيق الرياضية، ولعل ميثاق الرياضة الأوربي المعتمد في ٢٤ سبتمبر ١٩٩٢م من قبل اللجنة الوزارية التابعة للمجلس الأوربي أكثر الوثائق التي تسهم في وضع تعريف قانوني جامع مانع للرياضة حيث يتم وصف الرياضة بأنها "كافة أشكال النشاط البدني، الذي يتم من خلال المشاركات العارضة والمنظمة والتي ترمي إلى تحسين اللياقة البدنية والعقلية، وإلى تحسين العلاقات الاجتماعية، وإلى تحقيق نتائج تنافسية على المستويات كافة". وتتضمن الرياضة نشاط مادي ومعنوي على حد سواء، ويرتبط بالموهبة، وتنظمه الاتحادات الرياضية، وانها نشاط تنافسي بالضرورة<sup>(٢)</sup>.

أما قانون الرياضة المصري الجديد أوضح بعض التعريفات والمصطلحات المتعلقة بالمجال الرياضي في المادة رقم (١) إلا أن المشرع "حذف تعريف كلمة القانون الواردة بمشروع الحكومة على أنه قانون الرياضة"، وان كنت أوصي

---

1- المادة رقم (١) من قانون الرياضة الجديد: "في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالمصطلحات الآتية المعاني المبينة قرين كل منها: الوزير المختص: الوزير المختص بشؤون الرياضة، الهيئة الرياضية الدولية: يقصد بها كل من اللجنة الأولمبية الدولية والاتحادات الرياضية الدولية الأولمبية وغير الأولمبية واللجنة البارالمبية الدولية والمنظمة الدولية لمكافحة المنشطات، اللجنة الأولمبية المصرية: هيئة رياضية تتمتع بالشخصية الاعتبارية الخاصة وتتكون من اتحادات اللعاب الرياضية المدرجة في البرنامج الأولمبي، المنظمة المصرية لمكافحة المنشطات: الجهة المنوط بها مكافحة المنشطات في مجال الرياضة، الهيئة الرياضية: كل مجموعة تتألف من عدة أشخاص طبيعيين أو اعتباريين أو كلاهما معا بغرض توفى خدمات رياضية وما يتصل بها من خدمات ولا يجوز لتلك الهيئة مباشرة أى نشاط سياسى أو حزبي أو دينى أو الترويج لأفكار أو أهداف سياسية، اتحادات اللعاب الرياضية: الاتحادات الأولمبية المدرج ألعابها بالبرنامج الأولمبي والاتحادات غير الأولمبية غير المدرج ألعابها بالبرنامج الأولمبي والاتحادات البارالمبية حال إنشائها المدرج ألعابها فى البرنامج البارالمبي، النادي الرياضى: هيئة رياضية تكونها جماعة من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية مجهزة بالمبنى والملاعب والإمكانات لنشر الممارسة الرياضية... المنشآت الرياضية: كل منشأة تنشأ لاستخدامها فى الأنشطة الرياضية ومنها الاستادات والصالات المغطاة والملاعب والمراكز الرياضية وغيرها، الخدمات الرياضية: جميع الخدمات التى تقدم من خلال المجال الرياضى وتتخذ الخدمات الرياضية صور الإدارة والتسويق والتشغيل وإدارة الألعاب الرياضية وإنشاء الأندية والأكاديميات والأندية الصحية ومراكز اللياقة البدنية وغيرها، النادي الخاص: نادى رياضى منشأ فى صورة شركة مساهمة لتقديم الخدمات الرياضية للمشاركين".

2- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٧٣.

المشرع بوضع تعريف جامع مانع لمصطلح قانون الرياضة يتفق مع المعايير الدولية وماتفرره المواثيق الدولية.

يعد التنظيم القانوني للرياضة ذات طبيعة مختلطة والقائم على أساس الحكم الذاتي ويتفاعل باستمرار مع قواعد القانون العام، علاوة على أن النظام الأولمبي في حد ذاته مشتقاً من القانون الخاص، وينبغي معرفة التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة في التشريعات الرياضية، لتفادي الوقوع في مخالفات قانونية تصم التصرفات القانونية المتعلقة بالنشاط الرياضي بعدم المشروعية أو البطلان<sup>(١)</sup>، فالقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام يكون الاتفاق على مخالفة احكامها باطلاً وكأن لم تكن.

ومن المعلوم ان العقود الرياضية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة وتطبيقاً لذلك نجد ان اطراف العلاقة التعاقدية وخاصة العلاقة الرياضية بين اللاعب والنادي هم وحدهم لهم الحرية في تحديد القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم<sup>(٢)</sup>، ويجوز الاشتراط في العقود الرياضية مادامت تلك الشروط لا تخالف قاعدة قانونية آمرة أو تخالف النظام العام أو الآداب العامة، فقد يشترط اللاعب على النادي أحقيته في التعاقد مع نادي آخر وقد يشترط النادي على اللاعب عدم أحقيته في التعاقد مع نادي آخر أو جهة أو هيئة أخرى فالعقد شريعة المتعاقدين<sup>(٣)</sup>.

ويستتبع من ذلك ان القواعد الرياضية المتعلقة بالنظام العام لا يجوز للاطراف الاتفاق على مخالفتها وبالتالي لا مجال لتطبيق مبدأ سلطان الارادة مخالفاً بذلك تلك القواعد العامة، أما القواعد الرياضية المتعلقة بالنظام الخاص يجوز للاطراف الاتفاق

---

1- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٥١، ٥٢.

2- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسئولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة المنصورة عام ٢٠١٧م ص ٣٦.

3- عبد الحميد عثمان حفني (عقد الاحتراف كرة القدم) مجلة الحقوق الكويتية العدد ٤ عام ١٩٩٥ ص ٥٣، ٢٥٩. سعيد مبارك (أصول القانون) عام ١٩٨٢م ص ٢٤١، أ/ معزيز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية- جامعة الجزائر العدد السابع جانفي عام ٢٠١٢ ص ٢٤٩، ٢٥٩.

على مخالفتها ولا مانع من افساح المجال لتطبيق مبدأ سلطان الارادة والاتفاق على مخالفة تلك القواعد الخاصة.

كما يتضمن التشريع الرياضي الجديد على العديد من القواعد التنظيمية المتعلقة بالنشاط الرياضي والأندية والاتحادات علاوة على القواعد المنظمة للفصل وتسوية المنازعات الرياضية، وأنشأ قانون الرياضة الجديد مركز مختص للتسوية والفصل في المنازعات الرياضية يسمى "مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري" وهذا المركز يتناسب ويتفق مع تطور المجال الرياضي ومع المعايير الدولية، ولم يكن متوافراً في قوانين الرياضة المصرية السابقة.

ويثور تساؤلاً عن علاقة قانون الرياضة الجديد بقانون المرافعات وماهي القواعد الإجرائية المختصة بالفصل وتسوية المنازعات الرياضية، وتوضح تلك الفكرة بتوضيح القواعد الإجرائية التي يتبناها قانون الرياضة الجديد للفصل في المنازعات الرياضية، وهل تختلف تلك القواعد الإجرائية في قانون الرياضة عما هو معمول به في قانون المرافعات والتحكيم؟

أجاب المشرع في قانون الرياضة الجديد على ذلك السؤال:

### الإحالة إلى قانون المرافعات والتحكيم:

قانون الرياضة بوصفه الاداة التي تنظم استعمال الحقوق والحريات، هو المصدر لتنظيم اجراءات التقاضي وقواعد الاختصاص امام المحاكم والهيئات القضائية الرياضية، والنظام الاجرائي الوارد في قانون الرياضة هو المنظم لحقوق وواجبات المشاركين والمتعاملين في المجال الرياضي<sup>(1)</sup>.

ونصت المادة (٦٩) من قانون الرياضة المصري الجديد على ان "يصدر مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية قراراً بالنظام الأساسي للمركز، ينظم قواعد وإجراءات الوساطة والتوفيق والتحكيم فيه وفقاً للمعايير الدولية بناءً على اقتراح

---

1- م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٥٣.

مجلس ادارة المركز، ويصدر بالنظام والقواعد اللازمة قرار من اللجنة الأولمبية، وينشر هذا القرار في الوقائع المصرية على نفقة اللجنة".

كما جاء في المادة (٧٠) من قانون الرياضة المصري الجديد "يلتزم المركز بنصوص هذا القانون وجميع القرارات واللوائح الصادرة تنفيذاً له، والضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتسري فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الباب ولوائح المركز أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤"، ويقصد بالقواعد سواء كانت موضوعية أم إجرائية<sup>(١)</sup>.

ويفهم من ذلك أن النظام الأساسي للمركز هو النظام الذي ينظم إجراءات الوساطة والتحكيم والتوفيق وهو النظام الذي يعده مجلس إدارة اللجنة الأولمبية ليكون نظاماً أساسياً لمركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري، والالتزام بالقواعد والإجراءات الشكلية والمواعيد التي يحددها النظام الأساسي للمركز، وأما ما لم يرد به نص خاص في لوائح المركز أو النظام الأساسي فتسري الضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي في قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وان كنت أرى من وجهة نظري انه يلزم لوضع النظام الأساسي لمركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري أن يكونوا قانونيين متخصصين في مجال النظام القضائي والتحكيم الدولي ويلزم الإستعانة بخبراء رياضيين لوضع ذلك النظام الأساسي للمركز لأن القاعدة القانونية والنظام الإجرائي يلزم فيهما العمومية والتجريد وتوافقهما مع معايير التحكيم الرياضي الدولي ولايتأتى ذلك إلا من خبراء قانونيين ورياضيين في ذات التخصص.

وبالتالي أرى من وجهة نظري أنه يلزم على مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية وكذلك مجلس ادارة مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري الرجوع إلى قانون المرافعات والتحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، وذلك تقادياً

---

1- أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مجمع الأطرش للكتاب المختص عام ٢٠١٥م ص ١٤٩.

لحدوث تضارب في القواعد والاجراءات لأن قانون المرافعات يعد الشريعة العامة للإجراءات.

أما في فرنسا ينظم النشاط الرياضي القانون الصادر بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٨٤ بشأن تنظيم وتنمية الأنشطة البدنية والرياضية، ممارسة الالعاب الرياضية تخضع لقواعد فنية محددة نابعة من الوسط الرياضي نفسه، وقانون الرياضة يحتوي على قواعد فنية وقواعد قانونية، كما خول التقنين الرياضي الفرنسي الاتحادات الرياضية الحق في وضع المعايير الفنية التي تضمن سلامة الأدوات الرياضية وأماكن ممارسة الرياضة و ابرام عقود التأمين لتغطية المسؤولية المدنية وإلتعرض للعقوبة كما تضمن الاشتراطات التي يجب استيفائها لضمان الصحة والسلامة<sup>(١)</sup>، وتضمن قانون الرياضة المصري وضع بعض العقوبات على الأخطاء أو الجرائم التي ترتكب في مجال ممارسة الألعاب الرياضية.

أما بالنسبة للمنظم السعودي اصدر العديد من اللوائح والانظمة لتنظيم المهمن والالعاب والاندية الرياضية<sup>(٢)</sup>، وتعد المملكة العربية السعودية لها سبق في اصدار لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي وهي اللائحة المنظمة للقواعد الاجرائية والشكلية للفصل وتسوية المنازعات الرياضية والتي تقرر "الالتزام بالاجراءات الشكلية والمواعيد المقررة التي حددتها اللائحة"<sup>(٣)</sup>، كما كان لها سبق في اصدار لائحة لتنظيم عملية الاحتراف والانتقال وتعد تلك اللائحة من افضل

---

1- صدر في ٢٣ مايو ٢٠٠٦ المرسوم رقم ٥٩٦ لسنة ٢٠٠٦ في فرنسا بعض القوانين الخاصة بالرياضة، كما صدر القرار رقم ١١٣٢ لسنة ٢٠٠٧، ١١٣٣ لسنة ٢٠٠٧ في فرنسا، "ان كل فعل يحد المشاهدين على الكراهية أو العنف تجاه اللاعبين أو الحكام أو الأشخاص الآخرين أو القاء مواد خطيرة تهدد سلامة الأشخاص في اثناء مسابقة رياضية، وكل فعل يؤدي إلى عرقلة سير المباراة أو يهدد سلامة الأشخاص أو الأموال جرائم معاقب عليها قانوناً" راجع: د/ محمد عبد الرزاق العدل محمد (المسؤولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق عام ٢٠١٧م ص ٨، ٦٤.

2- من تلك اللوائح "لائحة تراخيص الأندية واللائحة النموذجية للمخالفات والعقوبات للأندية المحترفة ولائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين وانتقالاتهم ٢٠١٧ النظام الأساسي لاتحاد الكرة ولائحة المسابقات والبطولات ٢٠١٧ ولائحة غرفة فض المنازعات ٢٠١٧ والنظام الأساسي لرابطة دوري المحترفين ٢٠١٦م ولائحة انتخابات الاتحاد العربي السعودي لكرة القدم ولائحة الانضباط والأخلاق ٢٠١٧م". راجع هذه اللوائح على الموقع الإلكتروني للاتحاد العربي السعودي لكرة القدم:

<http://thesaff.com.sa/Regulations.aspx>

3- م ٢٠١٢/١، م ٢٠١٣/١-٢-٣ من لائحة غرفة فض المنازعات الرياضية بالاتحاد السعودي.

اللوائح المنظمة للاحتراف بالمقارنة بما يسير عليه نظام الاحتراف في كل من مصر والكويت كما اصبح من حق الاندية السعودية ان تتعاقد مع اللاعبين الأجانب المحترفين<sup>(١)</sup>.

وبهذا لا يختلف النظام السعودي عن القانون المصري فيما يتعلق باختصاص الهيئة المختصة بتسوية المنازعات الرياضية في اصدار اللائحة أو النظام الأساسي الذي ينظم قواعد وإجراءات الوساطة والتوفيق والتحكيم أمامها، والالتزام بالاجراءات الشكلية والمواعيد المقررة لتسوية المنازعات الرياضية.

ويستفاد من ذلك أن اللوائح والأنظمة الرياضية المعمول بها في مصر والمملكة العربية السعودية والعديد من الدول تحتوي على مجموعة من القواعد الفنية والموضوعية والاجرائية، وتتعلق القواعد الفنية بالالعاب والمهن والأدوات الرياضية أما القواعد الإجرائية لتنظيم طريقة الفصل وتسوية المنازعات الرياضية كإجراءات تقديم طلب المنازعة الرياضية والجهة المختصة بالفصل وتسوية المنازعات الرياضية، أم القواعد الموضوعية فهي القواعد المتعلقة بتنظيم العقود الرياضية وتحديد حقوق وواجبات الرياضيين المتعاملين والمشاركين في المجال الرياضي.

ولا يكفي من وجهة نظري اصدار القواعد الفنية أو الإجرائية لتنظيم الألعاب والمهن الرياضية بل يلزم إضافة إلى ذلك تطوير دائم ومستمر لهذه القواعد بما يتناسب مع خصوصية القطاع الرياضي ومايستلزمه من سرعة في الاجراءات وتحقيق العدالة بين للمتخاصمين.

---

1- د/ عبد الحميد عثمان الحنفي (عقد احتراف لاعب كرة القدم) المكتبة العصرية للطباعة والنشر عام ٢٠٠٧م ص ٢١، د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسئولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص ٤٥.

## الفرع الثاني

### العقود الرياضية المنظمة للمراكز القانونية للمتعاقدین

العقد هو توافق ارادتين على انشاء التزام (كعقد البيع)<sup>(١)</sup>، واحداث رابطة قانونية أو تعديلها أو انهاءها، وهو اتفاق على احداث أثر قانوني له قوة الإلزام ويرتب حقوقاً وواجبات لم يكسبها ولم يتحملها المتعاقدین من قبل، أو ينهي حقوقاً أو واجبات سابقة، وإذا لم يهدف الاتفاق على إحداث مثل هذه الآثار فلا يعد عقداً<sup>(٢)</sup>، ويعد العقد الرياضي نوعاً من أنواع العقود، يترتب أثراً قانونياً على المتعاقدین يكسبهما العديد من الحقوق ويحملهما بالعديد من الالتزامات. ونقسم ذلك الفرع على غصنين: الغصن الأول: العقد الرياضي، والغصن الثاني: اتفاق التحكيم الرياضي.

### الغصن الأول

#### العقد الرياضي

عرف البعض العقد الرياضي بأنه "عقد يلتزم به شخص رياضي بأداء عمل رياضي تحقيقاً للهدف الرياضي الأساسي الذي من أجله أبرم العقد"<sup>(٣)</sup>، ويتميز العقد الرياضي بالعديد من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود<sup>(٤)</sup>.

- 1- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) دار احياء التراث العربي بيروت - لبنان بدون سنة نشر ج ١ ص ١١٩.
- 2- وأثار العقد تتصرف إلى المتعاقدین دون غيرهما وهذا ما يعرف "بمبدأ الأثر النسبي للعقد". راجع: علي فيلاي (مقدمة في القانون) موف لل نشر - الجزائر عام ٢٠٠٥ ص ٤٦، أشار اليه: أ/ معزیز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٤٥.
- 3- محمد سليمان الأحمد، ياسين أحمد التكريتي، لؤي غانم الصميدعي (الثقافة بين القانون والرياضة - مدخل فلسفي ثقافي عام في القانون الرياضي) دار وائل للنشر عمان الأردن عام ٢٠٠٥ ص ٩٥، أ/ معزیز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٤٨.
- 4- "العقد الرياضي عقد رضائي كقاعدة عامة يتم بارتباط الإيجاب بالقبول ارتباطاً متوافقاً، دون اشتراط لأي شكل، أما الكتابة والتسجيل الذي تلجأ اليه بعض النوادي في ابرامها العقود مع اللاعبين أو مع غيرها من النوادي فانها شرط لا ثبات العقد وليس لانعقاده، العقد الرياضي عقد مستمر التنفيذ فالمدة فيه عنصر جوهري في معظم صورته التي تعتمد على عنصر المدة لا سيما في عقد عمل اللاعب المحترف، العقد الرياضي بصورة عامة عقد ملزم لجانبيه، فالعقد المبرم بين نادي ولاعب لاداء لعبة رياضية في بطولة معينة هو عقد ملزم لكل من النادي بدفع الاجر واللاعب باداء اللعبة واتباع توجيهات النادي، العقد الرياضي من العقود التبادلية، وعقد معاوضة فكل من طرفيه يأخذ مقابل لما أعطى ويعطي مقابل لما اخذ، فيلتزم أحد المتعاقدین باعطاء مقابل لقاء عمل أو نشاط رياضي يقوم به المتعاقد الآخر. العقد الرياضي قد يكون محدداً كما انه يكون احتمالياً، معظم العقود الرياضية التي يبرمها اللاعبون مع النوادي تعد من عقود الإذعان، إذ يذعن اللاعبون لشروط النادي المسبقة للتعاقد معه، العقد الرياضي عقد غير مسمى، العقد الرياضي يكون أحد أطرافه على الأقل شخصاً رياضياً، العقد الرياضي يتعلق بنشاط أو عمل أو هدف أو سبب أو خدمة أو استشارة أو بطولة رياضية". راجع: محمد سليمان الأحمد (الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين) دار الثقافة عمان

أرى ان العقد الرياضي: هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يؤدي عملاً أو نشاطاً في مجال الرياضة أو بسببه لصالح المتعاقد الآخر، تحت إدارته وإشرافه ورقابته، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

وأوضح قانون الرياضة المصري الجديد صور العقود الرياضية في المادة (٦٧) منها "عقود رعاية اللاعبين المحترفين، وعقود استخدام العلامات التجارية خلال المسابقات الرياضية، وعقود الدعاية والإعلان، وعقود الترخيص باستخدام صور اللاعبين، وعقود التدريب بين المدربين والأندية، وعقود اللاعبين ووكلاء اللاعبين ومديري أعمالهم، وعقود وكلاء تنظيم المباريات".

وبالتالي لم يقتصر قانون الرياضة الجديد العقود الرياضية على عقود اللاعبين فقط<sup>(١)</sup>، بل امتد ليشمل عقود الاحتراف والعقود التي يكون الأشخاص الإعتبارية طرفاً فيها كشركة دعاية و اعلان أو شركات تنظيم المباريات، ولكن لم يوضح المشرع هل تلك الصور على سبيل الحصر أم لا، وهذا لبد أن يتم توضيحه بعبارة صريحة في نص المادة حتى لا ندع مجالاً للتفسير أو التأويل.

### المعايير التي تستند عليها العقود الرياضية:

وبالنظر إلى تلك العقود التي أوردها القانون المصري الجديد والتي عدّها من عقود الرياضة نستنتب أن العقد الرياضي يعد رياضياً بالاستناد إلى عدة معايير.

أولاً: المعيار الشخصي والذي يستند على أساس الشخص الذي أبرم العقد شخص طبيعي (لاعب رياضي أو مدرب رياضي أو حكماً رياضياً أو غيرهم) أم

---

عام ٢٠٠١ ص ١٨، عبد الحميد عثمان حفني (عقد الاحتراف كرة القدم) مرجع سابق ص ٧٣، أ/ معزير عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٤٨، لؤي غانم الصميدعي (الثقافة بين القانون والرياضة - مدخل فلسفي ثقافي عام في القانون الرياضي) مرجع سابق ص ٩٥ م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) ورقة عمل منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية عام ٢٠١٥ في الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) بيروت عام ٢٠١٥ م ص ١٠، ١١.

1- سعيد مبارك (أصول القانون) مرجع سابق ص ٢٤١ وما بعدها، محمد سليمان الأحمد (الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين) مرجع سابق ص ١٤٧ وما بعدها، أ/ معزير عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٥٠.



شخص معنوي (المنظمات الرياضية واللجان الأولمبية والمؤسسات التي تعني بأمر الرياضة والإعلام الرياضي والنوادي الرياضية).

ثانياً: المعيار الموضوعي ويستند على محل وموضوع العقد فقط ويلزم أن يكون رياضياً متمثلاً في اللعبة الرياضية أو عمل غرضه رياضي أو هدفه رياضي.  
ثالثاً: معيار طبيعة العقد وهو (معيار مختلط) يتحقق بأمر كون أحد طرفي العقد رياضياً وان يكون نشاط العقد رياضي من حيث سيره وتنظيمه وان تكون أهداف العقد وأسبابه رياضية ويرى اتجاه ان ذلك المعيار هو المفضل في تحديد العقد الرياضي، ونرجح مع ماذهب إليه البعض في أن المعيار الشخصي لا يكفي لوصف العقد بوصف العقد كونه رياضياً، وكذلك المعيار الموضوعي لا يكفي لوصف العقد كونه رياضياً، ولكن الأخذ بالمعيار المختلط وهو معيار طبيعة العقد الأولى بالاتباع<sup>(١)</sup>.

### طبيعة العقد الرياضي:

من المعلوم ان هناك عقود تزد على الملكية مثل البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح، وعقود تزد على المنفعة مثل الايجار والعارية، وعقود تزد على عمل الانسان مثل المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة، وعقود احتمالية مثل المقامرة والرهان وعقد الايراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين<sup>(٢)</sup>.

---

1- أ/ معزیز عبد الکریم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٤٧.  
2- فالفرق بين عقد المقاولة وعقد العمل هو الطريقة التي يقدر الاجر على اساسها، فان قدر الاجر بحسب الوقت كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو بحسب اية وحدة من الزمن كان العقد عقد عمل، أما عقد المقاولة فان قدر الاجر لبحسب بالوقت بل بحسب كمية الانتاج مثل العقد الذي يبرم مع الصانع حداداً أو نقاشاً أو سباكاً وغيرهم. ما أخذ به التقنين المدني الجديد في تميز عقد العمل عن عقد المقاولة هو أن عقد العمل العامل يخضع لاشراف صاحب العمل وتحت ادارته أما عقد المقاولة فانه يعمل أحد المتعاقدين مستقلاً لا يخضع لرقابة و اشراف المتعاقد الآخر، لذلك عرف عقد المقاولة (م ٦٤٦ مدني) بأن "المقاول يعمل لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، أما عقد العمل فقد عرفته المادة (٦٧٤ مدني) بأنه "العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر، وتحت ادارته أو اشرافه، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل و اشرافه ورقابته هو إذن المعيار الذي أخذ به التقنين المدني الجديد في التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل" راجع: د/ عبد الرازق أحمد السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) مرجع سابق ج ٤ ص ١٢، ج ٧ ص ١٢، ١٣، نقض مدني الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٧٢/٢/٢ - مكتب فني ٣٢ - ص ١٢١.

أما العقد الرياضي ففيه يتعاقد اللاعب لمدة مع النادي بحيث يكون الأول تابعاً للثاني مادامت مدة العقد سارية المفعول، وكأن اللاعب هنا بمركز الموظف لدى النادي حتى تنتهي المدة ويسري على هذا العقد احكام عقد العمل، وقد يتعاقد اللاعب مع النادي لاداء نشاط رياضي معين، وهنا سينتهي العقد حتماً بأداء ذلك العمل الرياضي والفراغ منه، وقد يطلق على هذا العقد اسم "عقد اعارة اللاعب" ويعتبر اللاعب المحترف مرتبطاً بعقد عمل مع النادي ومن ثم يكون تابعاً له<sup>(١)</sup>، وذهب البعض إلى أن تعدد نماذج عقود الاحتراف ادى إلى كثرة المنازعات القانونية في هذا المجال<sup>(٢)</sup>، لكني أرى من الطبيعي أن تختلف وتتعدد نماذج العقود الرياضية وعقود الاحتراف وهذا يرجع بحسب كل متعاقد وظروف كل عقد، كما أرى أهمية تحديد القانون الذي يخضع له العقد الرياضي وكذلك تحديد طبيعة العقد الرياضي سواء كان عقد عمل أو خلافه.

ويعني الاحتراف<sup>(٣)</sup> الرياضي: قيام الفرد بالعمل سواء كان بطلاً أم لاعباً أم مدرباً أم مساعد للمدرب، وان يكون له دخل من هذا العمل وفق عقود أو شروط يتم الاتفاق عليها مسبقاً بهدف الربح وبوصفها مصدراً لكسب العيش<sup>(٤)</sup>، وبالمقابل للاحتراف توجد الهواية، والتي تعني بشكل مبسط ممارسة الأنشطة الرياضية بدون انتظار تحقيق أي مكسب مادي أو معنوي<sup>(٥)</sup>.

وعرف الاحتراف: بأنه تكريس الشخص نشاطه بشكل رئيسي ومعتاد للقيام بعمل معين بقصد تحقيق الكسب، أو ممارسة الشخص لعمل ما بصفة مستمرة بغية

---

1- عبد الحميد عثمان حفني (عقد الاحتراف كرة القدم) مرجع سابق ص٣٧، محمد سليمان الأحمد (الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين) مرجع سابق ص٥٧ ومابعداها، أ/ معزيز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٤٩.

2- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسئولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص٢٥.

3- يقترّب التعريف اللغوي للحرفة من التعريف القانوني للاحتراف فالحرفة هي وسيلة الكسب من زراعة وصناعة وتجارة وغيرها والحرفي هو الشخص الذي يكسب عيشه بالعمل في حرفة بصفة مستمرة ومنتظمة": راجع/ المعجم الوجيز الصادر من مجمع اللغة العربية مصر ص١٤٦.

4- نصت المادة ٢٥٩ من ميثاق احتراف كرة القدم الفرنسي بأنه "يحصل اللاعب على اجر شهري ثابت بالإضافة إلى المزايا العينية والمكافآت".

5- A. Blondin, Introduction in le spectacle sportif, PUF, 1981, P.22.

الحصول على ارباح تؤمن له سبل العيش، ويأتي الاحتراف دائماً في القانون التجاري في وصف التاجر "على ان يحترف التاجر التجارة ويتخذها حرفة له"<sup>(١)</sup>. ويلزم للاحتراف الرياضي ان يتخذ اللاعب المحترف<sup>(٢)</sup> ممارسة اللعبة والنشاط الرياضي بصفة الاستمرار والانتظام ويكون مصدر الرزق الرئيسي له<sup>(٣)</sup>، بل يلزم ايضاً ان يكون هناك عقد احتراف مبرم بين الرياضي والهيئة الرياضية التي يمثلها في المسابقات الرياضية<sup>(٤)</sup>.

كما اكدت القوانين الدولية والوطنية على ضرورة وجود عقد احتراف بين اللاعب والنادي الذي يلعب لصالحه، فقد نصت المادة ٢/٢ من لائحة الاتحاد الدولي على ان "يعتبر لاعباً محترفاً كل لاعب لديه عقد مكتوب مع ناد"، ونصت المادة ٢/٤ من لائحة الاحتراف السعودية ان "اللاعب المحترف هو اللاعب الذي لديه عقد مكتوب مع ناد، ويتقاضى بموجبه مبالغ أكثر من المصروفات التي تدفع نظير نشاطه في ممارسة كرة القدم"، ونصت المادة ١/٥٠١ من ميثاق احتراف كرة القدم الفرنسي "يجب ان يرتبط اللاعب مع النادي بعقد".

والتبعية التنظيمية والفنية بين العاقدين هي التي تكفي لقيام عقد العمل وتتحقق تبعية الرياضي في عقد الاحتراف بصاحب العمل وهو النادي الرياضي، فالعقد المبرم بين صاحب الملعب والفنانين الذين يتعاقدون معه عقد عمل لا عقد مقاوله، لأن الفنانين مهما كان الأمر في استقلالهم الفني يتلقون تعليمات صاحب الملعب في عملهم وعليهم أن ينفذوها، وهم يعملون بوجه عام تحت إدارته وإشرافه، وعقد العمل

---

1- د/ عبد الفضيل محمد أحمد (القانون التجاري) مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة عام ١٩٩١ ص ٩٠، د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسئولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص ١٩، ٢٠.

2- عرف الاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA اللاعب المحترف بأنه "اللاعب الذي يرتبط بعقد مكتوب مع النادي"، كما عرفه المشرع الفرنسي بأنه "اللاعب الذي يستفيد من عقد مكتوب مع النادي".

Article L211-5 du Code du sport, et Article L1221-3 du Code du travail, et Article L222-2 Code du sport.

3- وقضت بذلك الفقرة الأولى من المادة ٥٠٠ من ميثاق احتراف كرة القدم الفرنسي بأن "يصير اللاعب محترفاً باتخاذ لعبة كرة القدم حرفته"، د/ محمد سليمان الأحمد (الوجيز في العقود الرياضية) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٥ ص ٢٣، ومابعداها، د/ محمد عبد الرازق العدل (المسئولية المدنية في مجال ممارسة الالعب الرياضية) رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة المنصورة عام ٢٠١٧ ص ١٦، ومابعداها.

4- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٨٢.

موضوعه الانتفاع بعمل الانسان الحر<sup>(١)</sup>، والعقد الرياضي موضوعه انتفاع النادي بعمل اللاعب الرياضي والنشاط الذي يقوم به.

ومن تطبيقات القضاء البلجيكي في قضية اللاعب البلجيكي "جان مارك بوسمان" المتعلقة بلاعب كرة قدم محترف انتهى عقده مع فريقه البلجيكي Royal Football Club de Liège فأراد الانتقال إلى نادي دانكرك الفرنسي، فمانع فريقه الأصلي في ذلك على اساس ان اللاعب "على ملكه" وبالتالي لا يمكنه الانتقال إلى أي ناد آخر إلا بموافقته ومقابل تعويض مالي، فلجأ اللاعب إلى القضاء الأوروبي لإنصافه، وقد أكدت المحكمة الأوروبية في هذا القرار مبدأً رئيسياً أصبح يهيمن على المجال الرياضي، مقتضاه أن اللاعب المحترف هو أجير مرتبط مع ناديه بعقد شغل، وأن اللاعب كإنسان لا يمكن أن يكون ملكاً ولايجوز بيعه أو التصرف فيه تصرف المالك في ملكه ولا اخضاعه لأي شكل من أشكال العبودية كالعقود الأبدية وعلى الرغم من ان الأندية المحترفة حاولت الانتفاف على المبدأ المكرس في هذا القرار باعتماد عدة تقنيات قانونية أخرى<sup>(٢)</sup>.

ويستفاد من ذلك الحكم ان طبيعة العلاقة التعاقدية بين اللاعب الرياضي والاندية والتي أوضحتها محكمة العدل الأوروبية في قضية "جان مارك بوسمان" أكد على انها علاقة عمل والعقد الذي يربط اللاعب بالنادي هو عقد عمل ليس إلا، ويخضع ذلك العقد لقواعد العمل، وان اللاعب الرياضي في ذلك العقد عامل يعمل لدي النادي بأجر ويكون محل العمل نشاطاً رياضياً.

ومن تطبيقات القضاء المصري ما قضى به من ان "المناطق في تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقود وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة -

---

1- (محكمة شؤون العمال الجزئية بالقاهرة ٢٣ أكتوبر عام ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ١٧٦ ص ٣٩٩)، عقد العمل الذي يرد على العمل في ذاته، ويرد على عمل مادي لا على تصرف قانوني يجعله يتميز عن عقد الوكالة الذي يرد على تصرف قانوني وقد يكون العمل المادي هو صنع شيء. راجع: د/ عبد الرازق أحمد السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) مرجع سابق ج ٧ حاشية ص ٦، ٧، ١٢.

2-Mark Miller & Mélanie Douteaud: "Le Footballeur, Un Travailleur Comme Un Autre"

أشار إليه: أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مرجع سابق ص ١٨.

هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لاشراف رب العمل ورقابته وهو مانصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدني<sup>(١)</sup>.

ويري جانب بأن لايمكن الجزم بأن عقد الاحتراف من عقود القانون الخاص الخالصة، بل هو عقد ذا طبيعة خاصة يستجمع أحكاماً متعددة، منها ما هو راجع لإرادة المتعاقدين ومنها ما هو لائحي صادر من مرفق عام سواء نادي رياضي أو اتحاد رياضي بهدف نفع عام، ولعل هذه الطبيعة الخاصة لهذا العقد من شأنها أن تضع على عاتق القضاء عبئاً إضافياً عند النظر في أي نزاع يتعلق بتنفيذ هذا العقد أو تفسيره حيث يتعين على القاضي أن يراعي الطبيعة الخاصة لهذه العقود، ويتميز العقد بخصوصية تختلف عن باقي عقود العمل العادية حيث لا يخضع اللاعب لأوامر وتعليمات صاحب العمل النادي فقط بل يخضع أيضاً إلى لوائح وتعليمات الاتحاد الرياضي، خاصة فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات الناجمة عن مخالفة قوانين اللعبة، وهذا يعني أن نطاق ومدى التبعية أوسع منه في عقود العمل العادية<sup>(٢)</sup>، وهذا التفسير هو الذي يؤكد على الطبيعة الخاصة والمختلطة لعقود الاحتراف والتي تجمع ما بين أحكام وقواعد القانون العام الممثلة في (لوائح الاتحاد الرياضي أو النادي الرياضي)، وأحكام وقواعد القانون الخاص والممثلة في (عقد العمل ما بين اللاعب المحترف والنادي الرياضي).

وتتنوع العقود الرياضية منها ما يكون عقد عمل ومنها ما يكون عقد مقابله أو إعاره ونستطيع أن نميز بين هذه العقود من خلال تطبيق معيار التمييز الذي اخذ به التقنين المدني الجديد وهو (معيار الخضوع لإدارة رب العمل وشرافه ورقابته) وتطبيقه على موضوع العقد فإذا كان موضوع العقد أن يعمل المتعاقد باستقلال دون خضوع لإدارة رب العمل وشرافه ورقابته فاننا نكون بصدد عقد مقابله، أما ان كان

1- نقض مدني - الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٧٢/٢/٢ - مكتب فني ٢٣ - ص ١٢١، د/ طارق جمعه السيد راشد (المسئولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ملحق العدد الخامس والتسعون جامعة القاهرة ص ٨، ٩.

2- د/ حسن حسين البراوي (الطبيعة القانونية لعقد احتراف كرة القدم) ص ١٠٤، أشار إليه: د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٨٣، ٨٤.

العامل يعمل تحت ادارة واشراف ورقابة صاحب العمل فنكون بصدد عقد عمل، ومن هنا نرى أن عقود اللاعبين عقود عمل لأن اللاعب يلعب تحت ادارة واشراف ورقابة النادي الذي يلعب فيه، أما عقود الأندية التي تبرمها مع المقاولين أو الأعمال التي تخص صيانة وتجهيز النوادي تعد عقود مقاوله وليست عقود عمل.

وهذا يجعل القاضي عند تطبيق القواعد الموضوعية على المنازعات المتعلقة بالعقود الرياضية ان يراجع قانون العمل وقواعده العامة، لانه الاساس القانوني الذي يبني عليه علاقة اللاعبين بالاندية الرياضية وهي علاقة العامل برب العمل.

لكن يثور تساؤلاً عن التكيف القانوني للإصابات الرياضية والتي ينشأ من خلالها العديد من المنازعات الرياضية هل تختلف تلك الإصابات عن اصابات العمل؟

الرأي الأول: اتجه البعض على ان العلاقة التي تربط الرياضي بالنادي هي ذات العلاقة التي تربط العامل برب العمل حيث أصبحت الرياضة في الوقت الحالي حرفة لكن لايمكن انكار ان هذه العلاقة تتمتع بخصوصيات تميزها عن غيرها وبالتالي تختلف الإصابات الرياضية عن الإصابات في ميدان العمل<sup>(1)</sup>.

الرأي الثاني: اتجه البعض إلى ان علاقة الرياضي المحترف بالنادي علاقة تبعية ناجمة عن عقد مكتوب يسمى (الاحتراف) والمحترف مهني ومتميز ويلتزم غالباً ببذل العناية وتحقيق النتيجة وهي الفوز، فالإصابات الناتجة عن هذا العمل تدخل ضمن إصابات العمل، فانه خلال التدريبات أو اللعب ينفذ اللاعب الجزء المتعلق بالتزامه تجاه النادي، وعلى الأخير الالتزام بالتعويض عن الاضرار التي تلحق به<sup>(2)</sup>.

والفقه الفرنسي يرى أن النشاط الرياضي يعد لعباً وعملاً في آن واحد، أو عملاً يتمثل في اللعب، ولذلك فان محترفي الرياضة يعتبرون أنفسهم عمال ولذلك يبررون

1- صباح قاسم خضر (التعويض عن الإصابات الرياضية) دار الكتب القانونية مصر عام ٢٠١١ ص١٧، محمد سليمان أحمد (الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين) دار الثقافة عمان عام ٢٠٠١ ص١٨٣، أ/ معزيز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٥٨.

2- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسئولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص٧٩، ٨٠.

أن الرياضة تعد بالنسبة لهم حرفة وذلك لغاية تمتعهم بالحماية التي تقررها قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية للعمال وبالتالي تكون الإصابة التي تلحق بالرياضي تعد إصابة عمل لأن الرياضة تمارس كحرفة<sup>(١)</sup>.

وإن كانت العلاقة التي تربط اللاعب بالنادي علاقة عامل برب عمل والعقد المبرم بينهما يعد عقد عمل فإنني أرى من وجهة نظري ان الاصابات التي تنتج عن الملاعب تعد اصابة عمل وتسري عليها احكام وقواعد إصابات العمل. واللعب الرياضي يعد عملاً كبقية الأعمال الحرفية الأخرى، فمحل العمل هو اللاعب وهو عملاً رياضياً أي أن مجال العمل متعلق بالرياضة، والعقد الرياضي قد يأتي موضوعه الانتفاع بعمل اللاعب الرياضي.

وبناء على الاصابات الرياضية التي تحدث في الملاعب نص قانون الرياضة المصري في م (٨٢) على ان "تكفل الاندية والهيئات الخاضعة لاحكام هذا القانون وفقاً لوضعها المالية ابرام وثيقة تأمين اجبارى ضد الاضرار والاطار الناشئة عن الانشطة الرياضية مع أحد شركات التأمين المرخص لها من الهيئة العامة للرقابة المالية" وتتكفل هيئات التأمين بالتأمين ضد الأضرار والاطار الناشئة عن الانشطة الرياضية<sup>(٢)</sup>.

وبهذا النص السابق تدخل المشرع المصري بضرورة التأمين الاجباري للمسئولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية سواء كانت للعبة تمارس

---

1- عبد الحميد عثمان حفني (عقد الاحتراف كرة القدم) مرجع سابق ص٥٣، ٢٥٩. سعيد مبارك (أصول القانون) مرجع سابق ص٢٤١، أ/ معزیز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٤٩، ٢٥٩.

2-"ومع تطور الرياضة أقيمت شركات التأمين على تغطية المخاطر الرياضية، بل أصبح التأمين على الأخطار الرياضية حقيقة وزادت في شهرته الأحداث الرياضية، ومن أمثلة عقود التأمين الرياضية اكتتب البرازيلي Pelé وثيقة تأمين ب٣ملايين فرنك فرنسي أثناء كأس العالم ١٩٦٦ في إنكلترا، وكذلك الملاكم محمد علي بطل العالم في الوزن الثقيل أبرم عقد تأمين بـ ٦٠٠.٠٠٠ فرانك فرنسي قبل مقابلة البطل الألماني Karl Milden Berg تعتبر هذه الأمثلة دليل على بداية ظهور التأمينات الرياضية وبداية اقراره في الرياضة ذات المستوى العالي وخاصة في تلك التي يكون فيها الخطر وارد ومحتمل كالمبارزة والملاكمة والرياضات الميكانيكية السيارات والدرجات وغيرها وتسلق الجبال"

A. Perraud, Charmentier, Toutes Les Assurances, Paris, 1963, P10. Et, G Madec, L'assurance Du Risque Sportif, Université Paris VII, Faculté De Médecine Lariboisière, Saint Louis, 1989, P2.

أ/ معزیز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٥٣، ٢٥٤.

بشكل فردي أم جماعي<sup>(١)</sup>، ومن هنا يثبت للنادي الرياضي واللاعب الرياضي المصلحة والصفة في مطالبة شركات التأمين بتغطية الأضرار الناشئة عن الألعاب الرياضية بموجب وثيقة التأمين المبرمة بينهما.

**أثر العقد الرياضي على القواعد الإجرائية:** العقد هو نظام قانوني خاص له القدرة على خلق قواعد قانونية ملزمة لأطرافه وهذه القوة تستمد من احكام وقواعد القانون، ذلك ان المشرع اعترف للعقد بقوة القانون بين اطرافه منذ اعتماده لقاعدة أو مبدأ سلطان الإرادة في العقود، وماترتب على هذا المبدأ من نتائج ومنها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"<sup>(٢)</sup>.

والعقد عندما ينشأ قواعد قانونية قد تكون تلك القواعد موضوعية أم إجرائية أو شكلية وكلاهما قواعد ملزمة لأطرافه إلا انه يلزم ان تكون تلك القواعد غير مخالفة للنظام العام وإلا عدت تلك القواعد والاتفاقات باطلة.

ولذلك أرى ان العقد الرياضي له أثر على تعديل القواعد الإجرائية اللازمة لتسوية المنازعات الرياضية وهو الذي يحدد تلك الوسائل ولكن يشترط عدم مخالفة بنود العقد والاتفاقات للنظام العام فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة النظام العام (القواعد العامة للإجراءات) ومثال ذلك لاعبرة باتفاق يعفي المدعي من اعلان المدعي عليه اعلان رسمياً بالمنازعة الرياضية، كما يبطل الاتفاق على انعقاد الاختصاص لمحكمة أوجهة اخرى غير مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري لأن أصبح ذلك المركز مختص نوعياً للفصل في جميع المنازعات الرياضية وذلك بناء على قانون الرياضة الجديد.

أما القواعد الخاصة غير المتعلقة بالنظام العام يجوز للطرفين الاتفاق على مخالفتها وذلك مثل اتفاق الطرفين على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي في قانون المرافعات (موطن المدعي عليه)، وبذلك يجوز اتفاق الطرفين على انعقاد

1- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسؤولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص ٨٠.

2- المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري، د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسؤولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص ٣٨.



الاختصاص لمركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري الذي يقع خارج دائرة موطن المدعي عليه وهذا بخلاف القاعدة العامة.

وبناءً عليه فإن أطراف العلاقة التعاقدية وخاصة العلاقة الرياضية بين اللاعب والنادي لهم الحرية في تحديد القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم، وبمعنى آخر فإن أطراف العقد هم الذين "يشرعون لانفسهم" وهذه القاعدة أصبحت من القواعد المعتمدة والمستقرة حتى في القانون الدولي الخاص، فالعقد هو قانون الأطراف الأعلى الذي يحدد مالهم من حقوق وما عليهم من واجبات إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وان إرادة الأطراف لها القوة الملزمة مساوية لقوة الزام القانون<sup>(١)</sup>.

اتجهت الكثير من التشريعات الحديثة في ظروف استثنائية إلى جواز تحلل الطرف الضعيف من العقد بإرادته المنفردة في بعض الحالات كما وسع القانون من سلطة القضاء فأجاز له ان يتدخل في الكثير من الحالات ليعدل مما اتفق عليه المتعاقدان أو يعفي أحد المتعاقدان من بعض الشروط<sup>(٢)</sup>.

ويعد من الآثار التي يترتب عليها العقد الرياضي ان العقد الرياضي يعد وسيلة من وسائل الإثبات التي يستعين بها الخصوم في الدفاع عن حقوقهم أمام هيئات التحكيم الرياضي، كما ان البنود الواردة في العقد الرياضي هي التي تحدد حقوق وواجبات المتعاقدين وكذلك جهات وهيئات التحكيم المختصة بالفصل وتسوية المنازعات الرياضية.

ويستتبع من ذلك ان العقد الرياضي هو قانون الإرادة ويعد من الأسس والقواعد المنظمة لحقوق الطرفين ويكسب للطرفين العديد من الحقوق وتحملهما بالعديد من الالتزامات، وتثبت مسؤولية اللاعب الرياضي عند الإخلال بأي بند من بنود العقد وتحدد نوع المسؤولية بالعقدية، وان كان الأطراف ملتزمون بالقواعد

---

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة (نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية) دار النهضة العربية القاهرة عام ١٩٨٩م ص ٧٥، د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسؤولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص ٣٦، ٣٧.

2- د/ أنور سلطان (مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني) منشورات الجامعة الأردنية عمان ط ١ عام ١٩٨٧ ص ٦٥.

والقوانين المنظمة للرياضة مثل قانون الرياضة المصري ولوائح الاندية ولوائح أحكام الاتحاد الدولي للعبة ولوائح احكام المحكمة الرياضية فهم ملتزمون ايضاً ببند العقد والاحكام الواردة فيه.

## الفصل الثاني

### اتفاق التحكيم الرياضي

عرف قانون التحكيم المصري في المادة (١٠/١) اتفاق التحكيم: بأنه إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية<sup>(١)</sup>.

ونص قانون الرياضة المصري في المادة ٦٧ على ان "ينعقد اختصاص المركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري بناء على شرط أو مشاركة تحكيم رياضي يرد في عقد أو يرد بناءً على لائحة هيئة أو لائحة متعلقة بنشاط رياضي، ويختص مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري، متى انعقد له الاختصاص".

وبموجب ذلك النص فإن المشرع اقر انعقاد الإختصاص لمركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري بناءً على شرط أو مشاركة تحكيم رياضي وهذه المشاركة ترد في عدة صور أوضحها المشرع منها ١- مشاركة تحكيم رياضي وارده في عقد، ٢- مشاركة تحكيم رياضي وارده في لائحة هيئة، ٣- مشاركة تحكيم رياضي وارده في لائحة متعلقة بنشاط رياضي.

٤- ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار ان هذا الشرط جزءاً من العقد<sup>(٢)</sup>.

ثم توسع المشرع في اختصاص مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري حينما نص بعموم قوله "ويختص مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري، متى انعقد له الاختصاص" ولم يحدد المشرع طريقة بعينها ينعقد بها اختصاص مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري فقد ينعقد الاختصاص بموجب تشريع أو

1- المادة ١٠/١ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري.

2- المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري.

مشاركة تحكيم في عقد أو لائحة أو قرار صادر من وزارة الرياضة أو إحالة إلى وثيقة تتضمن مشاركة تحكيم.

وينعقد اختصاص هيئات التحكيم بمقتضى سند تعاقدي "اتفاقية تحكيم" تتخذ شكل شرط تحكيمي أو اتفاق على تحكيم أو مشاركة تحكيم<sup>(١)</sup>، والتحكيم ينشأ بإرادة الخصوم وهي التي تخلقه وهي أساس وجوده وبغيرها لا يوجد، وتلك الإرادة لا تكفي فالمشرع يجب ان يقر اتفاق الخصوم، أما إذا كان المشرع لم يقر على جواز اتفاق التحكيم وجواز تنفيذ أحكام المحكمين لما كانت إرادة الخصوم كافية لخلقه<sup>(٢)</sup>.

ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى، ويجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت أقيمت في شأن دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً<sup>(٣)</sup>، يقدم طلب التحكيم إلى المحكمة مصحوباً باتفاق التحكيم ويكون الاتفاق مكتوباً وموقعاً من أطراف النزاع سواء تم ذلك الاتفاق قبل أو بعد نشوء النزاع<sup>(٤)</sup>، ويلزم انعقاد ارادة الاطراف على اتفاق التحكيم السند التعاقدي سواء كان ذلك الاتفاق سابقاً على قيام النزاع أو لاحقاً عليه.

وبالتالي لاتستمد الهيئات التحكيمية اختصاصها مباشرة من القانون بل تستمد من العقد أي من اتفاقية التحكيم، فالتحكيم ليس مفروضاً لا على اللاعب ولا على الجمعية ولا على غيرهما من المتدخلين في المجال الرياضي من وكلاء لاعبين ومنظمي مباريات أو تظاهرات رياضية... وقد بينت المحكمة الفيدرالية السويسرية

---

1-Alice Remy, Marie Goré, L'Arbitrage International, Entre Confidentialité Et Transparence, 2013, P5.

نبيل باسما عيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) رسالة ماجستير عام ٢٠١٦ ص ١.  
2- فؤاد محمد محمد أبو طالب (التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام) دار الفكر الجامعي- الإسكندرية عام ٢٠١٠ ط ١ ص ٧، نبيل باسما عيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٧.

3- المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري.

4-نبيل باسما عيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٩.

في قضية الحارس المصري "عصام الحضري" ضد النادي الأهلي أن اتفاقية التحكيم يجوز أن تكون في شكل وثيقة تعاقدية موقع عليها من الطرفين كما يمكن أن تكون في صيغة اشارة في عقد إلى وثيقة أخرى تقر الإختصاص التحكيمي، وأنه يكفي بالتالي اتفاق الطرفين على منح الإختصاص لمحكمة التحكيم الرياضي CAS، وقد اعتبر الفقه أن الواقع الحالي يكرس تحكيمياً دون عقد تحكيم حقيقي<sup>(١)</sup>.

ويجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى<sup>(٢)</sup>، وهذا يدل على أن الدفع بعدم اختصاص المحاكم لوجود مشاركة تحكيم ليس من النظام العام ولا بد تقديمه قبل أي دفع أو دفع، وسكوت المدعي عليه عن تقديم الدفع يعد تنازلاً وقبولاً ضمناً باختصاص المحكمة بالفصل في النزاع المعروض عليها، ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام الاستئناف.

واللجوء للتحكيم الرياضي بطريقتين<sup>(٣)</sup>: الأولى التحكيم الإجباري: ويكون الالتزام أو اتفاق التحكيم سابق لنشوء النزاع، والثانية التحكيم الإختياري: ويكون الالتزام أو اتفاق التحكيم لاحقاً على النزاع<sup>(٤)</sup>، واشترط المشرع المصري أن يكون

---

1- Antonio Rigozzi, L'arbitrage International En Matière De Sport, Helbing & Lichtenhahn, LGDJ, Bruylant, Bâle 2005, No 475 Ss. Et No 811 Ss.

أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مرجع سابق ص ٤٩١.

2- المادة ١/١٣ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري.

3- المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري.

4- Règlement De Procédure De TAS, Statut Des Organes Concourant Au Règlement Des Litiges En Matière De Sport, OP CIT, Article N° 1, P 01: "Les Litiges Auxquels Une Fédération, Association Ou Autre Organisme Sportif Est Partie Ne Relèvent De L'arbitrage Au Sens Du Présent Code Que Dans La Mesure Où Les Statuts Ou Règlements Desdits Organismes Sportifs Ou Une Convention Particulière Le Prévoient....".

د/ أحمد بلقاسم (التحكيم الدولي) دار هومة الجزائر عام ٢٠٠٦ ط ٢ ص ١٢٠، د/ نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ١٨، الفصل ٥٦ من القانون الأساسي للجامعة التونسية لكرة القدم كما تم تنقيحه عام ٢٠١٠م، وأشار إليه: د/ أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مرجع سابق ص ١٥١، ١٥٤، توني خوري (التحكيم الدولي) ورقة عمل منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية عام ٢٠١٥ في الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) بيروت عام ٢٠١٥م ص ١٤.

اتفاق التحكيم مكتوب وإلا كان باطلاً<sup>(١)</sup>، واتفاق التحكيم الرياضي هو الشرط الذي يكسب محكمة التحكيم الرياضي أو مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري ولاية الإختصاص للفصل في المنازعات الرياضية.

ويجب على الاتحادات الرياضية الوطنية التسجيل في قوانينها الأساسية شرط تحكيم يتعلق باخطار محكمة التحكيم في حالة حدوث نزاعات محتملة، فالمشرع قد نص صراحة على وجوب إدراج شرط التحكيم في الأنظمة والقوانين المعمول بها لدى الهيئات الرياضية، والذي يعد بمثابة موافقة منه على إمكانية لجوء الأطراف إلى التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وتتضمن المادة (٢٧) من قانون محكمة التحكيم الرياضية (CAS) على ان تسري إجراءات التحكيم عندما يتفق الأطراف على اللجوء إلى محكمة (CAS) وكان النزاع متعلقاً بالمجال الرياضي، حيث ان الاتفاق يمثل الشرط التحكيمي المنصوص عنه إما في العقد أو في الأنظمة القانونية الرياضية أو في اتفاقية التحكيم السابق أو اللاحق على النزاع<sup>(٣)</sup>.

ولاشك أن اللجوء إلى التحكيم الدولي يخضع لإرادة الدول الأطراف في النزاع، فهذه الإرادة قد تصب في تعهد سابق على نشوء النزاع - وهو ما يسمى بالتحكيم الإلزامي أو الإجباري - أو في تعهد لاحق على ذلك وهو التحكيم الإختياري، حيث تشكل هيئة التحكيم بناء على الأحكام الواردة بهما<sup>(٤)</sup>.

ومما سبق نجد أن مشاركة التحكيم الرياضي أو اتفاق التحكيم الرياضي هو الأساس الذي يعتمد عليه اختصاص هيئات التحكيم الرياضي سواء كانت تلك الهيئات التحكيم الرياضي محلية أم دولية، وقد ترد مشاركة التحكيم الرياضي في عقد

---

1- ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ماتبادله الطرفان من رسائل أو بريقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. راجع: المادة ١٢ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري.

2- نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ١٨.

3 - Règlement De Procédure De TAS, Statut Des Organes Concourant Au Règlement Des Litiges En Matière De Sport, Article N° 27, P8.

4- أحمد بلقاسم (التحكيم الدولي) مرجع سابق ص ١١٩، نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٥.

رياضي أو قوانين أو لائحة رياضية أو إحالة في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم.

لذلك نشيد إلى كل الرياضيين والاتحادات الرياضية والاندية والهيئات الرياضية ضرورة النص صراحة في العقود الرياضية أو اللوائح على اتفاق تحكيم يتضمن الهيئات المختصة بالفصل والنظر في المنازعات الرياضية.

كما أرى ان فكرة إنشاء المحاكم الرياضية المختصة نوعياً بالمنازعات الرياضية المحلية بموجب تشريعات وقوانين رياضية يغنيننا عن البحث أو اللجوء إلى الاتفاق التحكيمي أو مشاركة التحكيم، وذلك لأننا سنصبح أمام محاكم رياضية تخضع لتنظيم السلطة القضائية مثلها مثل المحاكم الأخرى المختصة نوعياً مثل المحاكم الاقتصادية ومحاكم التنفيذ ومحاكم الأحوال الشخصية.

لكن استمرار خضوع المنازعات الرياضية المحلية لمركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري أو هيئات تحكيم رياضية محلية سيجعلنا دائماً نبحث عن اتفاق التحكيم ومشاركة التحكيم والخضوع إلى سلطان الإرادة في الفصل في المنازعات الرياضية.

وبهذا يكون من البديهي ان المنازعات الرياضية المحلية ينعقد اختصاصها للمحاكم الرياضية المحلية أو هيئات التحكيم الرياضى المحلى ولايستلزم مشاركة تحكيم لانعقاد اختصاصها، لأنها هي السلطة المختصة بالنظر في المنازعات الرياضية ولم توجد سلطة قضائية متخصصة غيرها تنظر هذه المنازعات الرياضية، ولأننا أصبحنا في عصر نميل فيه إلى فكرة التخصص والاختصاص.

لكن هيئات التحكيم الرياضي الدولي تستلزم وجود مشاركة تحكيم رياضي لانعقاد اختصاص تلك الهيئات للنظر في المنازعات الرياضية، مثل محكمة التحكيم الرياضي (CAS) التي تستلزم اتفاق تحكيم رياضي لانعقاد اختصاصها بنظر المنازعات الرياضية وهذا ماحدث في القضية المشهورة مع اللاعب المصري (عصام الحضري) المشار إليها آنفاً.

## المطلب الثاني

### المنازعات الرياضية الخاضعة لاحكام وقواعد الأنظمة الرياضية

#### تعريف المنازعة الرياضية:

ورد التنازع في اللغة بمعنى التخاصم<sup>(١)</sup>، وعرف البعض النزاع القانوني بأنه الخلاف القضائي الذي يقبل الخضوع للتحكيم والتسوية القضائية<sup>(٢)</sup>، وعرفه آخرون بأنه "كل نزاع أو خلاف قانوني بصدد علاقة قانونية ذات طابع رياضي من اي نوع كانت"<sup>(٣)</sup>. أما الحدث الرياضي: وهو "عبارة عن نشاط رياضي أو مجموعة أنشطة رياضية تحدث على فترات شبه منتظمة، مثل البطولات والدورات الرياضية" وهي سلسلة من المنافسات التي تقام بين مجموعة من الوحدات أفراد كانوا أو جماعات بقصد تحديد الفائزين منهم أو ترتيبهم حسب نتائجهم"<sup>(٤)</sup>. مثل تنظيم بطولات كأس العالم لكرة القدم أو كأس العالم لأي رياضة أخرى والألعاب الاولمبية سواء القارية أو الدولية.

وأقول بأن النزاع الرياضي هو خلاف قانوني ذات طابع رياضي الذي يقبل بالتالي الخضوع للتحكيم والتسوية القضائية وإصدار قرار فيه وفقاً للقوانين الرياضية والمعايير الدولية.

ولتوضيح المنازعات الرياضية الخاضعة لاحكام وقواعد الأنظمة الرياضية لابد ان نتكلم عن أشخاص المنازعة الرياضية وهم أطراف المنازعة الرياضية وكذلك طبيعة المنازعات الرياضية الخاضعة لاحكام وقواعد الأنظمة الرياضية، ويمكن تناول ذلك المطلب من خلال فرعين:

الفرع الأول: أطراف المنازعة الرياضية.

1- الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري (لسان العرب) - دار صادر بيروت ج ٨ ص ٣٥١، ٣٥٢، الطاهر أحمد الزاوي (ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة) دار الفكر الطبعة الثالثة عام ١٩٥٩م ص ٣٥٦.

2- كلسن (مبادئ القانون الدولي) عام ١٩٦٦م ص ٥٢٦.

3- م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ١٣.

4- إبراهيم محمود عبد المقصود، حسن أحمد الشافعي (إدارة المنافسات والبطولات والدورات الرياضية) منشأة المعارف الإسكندرية عام ٢٠٠٣م ص ١١.

الفرع الثاني: طبيعة المنازعات الرياضية الخاضعة لاحكام وقواعد الأنظمة الرياضية.

### الفرع الأول

#### أطراف المنازعة الرياضية

لايختلفوا أشخاص المنازعة الرياضية عن أشخاص الدعوي بشكل عام فهم من يوجه الادعاء باسمهم بناء على مالهم من صفة بالنسبة للحق أو المركز القانوني للمدعي<sup>(١)</sup>، وهم أساساً المدعي وهو رافع الدعوي أو البادئ في المطالبة القضائية سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، وسواء كان واحداً أم متعدداً<sup>(٢)</sup>، والمدعي عليه وهو المشكو منه ابتداءً، المراد الحكم عليه ولايتغير وصفه في الدعوي الأصلية، ويجب ان تتوافر في الخصم الأهلية اللازمة لان يكون طرفاً في الخصومة، وأهلية التقاضي لمن بلغ إحدى وعشرين سنة وذلك حتى تكون الإجراءات صحيحة<sup>(٣)</sup>.

والشخص الطبيعي الرياضي هو الإنسان الرياضي الذي يزاول الرياضة ولا يشترط فيه ان يكون خريجاً من إحدى كليات التربية الرياضية، إلا أنه من المفترض أن يكون ملماً بقواعد اللون الرياضي الذي يمارسه، ويتصف هذا الفرد أو الشخص الطبيعي باللياقة البدنية الحسنة، والصحة الجيدة، والخلو من الأمراض، وأداء الواجب بكفاءة، وحسن المظهر، وما إلى ذلك من الصفات النبيلة، ومثال ذلك كما لو كان مدرباً رياضياً، أو حكماً رياضياً، أو قد يكون هاوياً للرياضة له مهنة أخرى يسترزق منها، أو قد يكون محترفاً للرياضة يسترزق منها ويتخذها حرفة يعيش عليها<sup>(٤)</sup>.

ويحظر في المجال الرياضي جميع أشكال التمييز مثل التمييز على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الإعاقة أو النسب أو اي وضع آخر، ويسعى الميثاق الاولمبي إلى نشر قيماً حقيقية بين الناس، تتمثل في التفاهم والتعاون والصدقة<sup>(٥)</sup>.

1- د/ وجدي راغب (مبادئ القضاء المدني) دار الفكر العربي - القاهرة عام ١٩٨٧ ص٧٨.

2- د/ أحمد مسلم (أصول المرافعات) دار الفكر العربي - القاهرة عام ١٩٧٩ ص٣١٣.

3- د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥ ص١٥٨.

4- د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ١٢.

5- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٦١.



## الشروط الواجب توافرها لقبول طلب التحكيم الرياضي:

ويلزم لقبول طلب التحكيم الرياضي توافر شرط الصفة والمصلحة وهما شرطا قبول الدعوى<sup>(١)</sup> فالمشرع ينص في المادة ٣ من قانون المرافعات على أنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون وتعتبر الصفة أحد أوصاف المصلحة، وقد يشترط القانون بالإضافة إلى الشروط العامة شروط خاصة في دعوى معينة مثال المواعيد الخاصة ببعض الدعاوى كدعوى الحيازة خلال سنة (م ٩٥٨، ٩٦١، ٩٦٢ مدني)، ودعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً (م ٩٤٣ مدني)<sup>(٢)</sup>، وهذا يرجع إلى طبيعة الدعوى.

وان كان يلزم لقبول طلب التحكيم الرياضي أن يتوافر شرط المصلحة والصفة للمدعي، فهذا لا يمنع المشرع من وضع شروط خاصة للمنازعات الرياضية كضرورة تقنين ميعاد محدد لقبول طلبات التحكيم الرياضي وسرعة الفصل في المنازعات الرياضية وذلك لاستقرار الأوضاع وسرعة الأحداث، ويجوز تبني المشرع أيضاً مبدأ سرية المحاكمات الرياضية لما تقتضيه طبيعة المنازعات الرياضية من المساس بالرأي العام وحرصاً على المصلحة العامة وغلقاً لباب الصراعات.

### **الغصن الأول**

#### **المصلحة المعتبرة قانوناً لدى طالب التحكيم الرياضي**

نص المشرع في المادة الثالثة على أنه "لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون" واستقر الفقه والقضاء على أن للدعوى بغير مصلحة وأن المصلحة هي مناط الدعوى، والمصلحة في رأي البعض هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها،

1- د/ أحمد السيد صاوي (الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار النهضة العربية عام ١٩٨٧م ص ١٦٠، د/ ودي راغب (مبادئ القضاء المدني) مرجع سابق ص ٩١، د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٣٩.

2- د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥ ص ١٦١.

فهي الضابط لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها وهي كونها وسيلة لحماية الحق، والعبرة بالمصلحة بوقت رفع الدعوى<sup>(١)</sup>.

ويلزم توافر شرط المصلحة في طلب التحكيم الرياضي وأن تكون المصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون أي تكون مشروعة ومباشرة وشخصية باعتبارها وفقاً للأصل الإجرائي مناط قبول أي طلب<sup>(٢)</sup>. ويلزم لقبول طلب التحكيم الرياضي أن يكون لدى طالب التحكيم مصلحة مشروعة وقائمة ومباشرة وعدم توافر شرط المصلحة لدى طالب التحكيم أو زوال مصلحته لأي سبب أثناء نظر الدعوى أو كانت مصلحته غير مشروعة أو غير قائمة ترتب على ذلك عدم قبول طلب التحكيم لإنتفاء شرط المصلحة<sup>(٣)</sup>.

أما استمرار شرط المصلحة منذ رفع الدعوى وحتى صدور حكم فيها ففيه خلاف اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى الاكتفاء بتوافر المصلحة عند رفع الدعوى أما مايطراً من احداث قد تؤدي إلى زوالها قبل صدور الحكم فلايكون له تأثير في الدعوى من الناحية الشكلية فلا يجوز للقاضي الحكم بعدم قبول الدعوى بعد ان سبق له التأكد من شروط قبولها وعليه ان يتصدى للموضوع ويفصل فيه، أما مجلس الدولة المصري تضاربت أحكامه في هذا المجال فذهبت بعض احكامه بالأخذ بالإتجاه الفرنسي، واتجهت بعض الأحكام الاخذ بضرورة استمرار شرط المصلحة لحين صدور حكم في الدعوى<sup>(٤)</sup>.

---

1- د/ أحمد السيد صاوي (الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية) مرجع سابق ص ١٦٣، ١٦٤، د/ أحمد أبو الوفا (التعليق على قانون المرافعات) الطبعة الخامسة ص ١٢١، أمينة النمر (الدعوى واجراءتها) منشأة المعارف عام ١٩٩٠م ص ٣٦. د/ أحمد مسلم (أصول المرافعات) مرجع سابق، رمزي سيف (الوسيط في شرح قانون المرافعات) دار النهضة العربية ١٩٦٧م ص ١١٠، محمد حامد فهمي (مذكرات في المرافعات المدنية والتجارية) مكتبة عبد الله وهبه عام ١٩٤٨م ج ٢ ص ٦، ٧، د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥م ص ١٦٣.

2- د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥م ص ١٦٤، معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٤٠.

3- د/ علي خطار شطناوي (موسوعة القضاء الإداري) ج ١ دار الثقافة للنشر - عمان، ٢٠٠٤م ص ٢٩٥، معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٤٠، ٢٤١.

4- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٤٣.

فالمصلحة إذا نظر إليها من خلال الغاية من رفع الدعوى، فتكون الحاجة إلى حماية القانون للحق المعتدي عليه والمنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق هذه الحماية<sup>(١)</sup>، ولأن المصلحة ترتبط بالإعتداء على الحق أو التهديد بالإعتداء عليه. أما إذا نظر إليها من خلال الباعث أو الدافع على رفعها، فإنها تكون المنفعة التي يجنيها المدعي من جراء الحكم له بطلباته ومن هنا جرى جانب من الفقه تعريف المصلحة إلى الجمع بين المعيارين فعرّفها: بأنها الحاجة إلى حماية النظام للحق المعتدى عليه أو المهتد بالإعتداء أو المنفعة التي يحصل عليها المدعي من تحقق هذه الحماية<sup>(٢)</sup>. وتعريف شرط المصلحة في المنازعة الرياضية: هي المنفعة أو الفائدة العملية التي يتحصل عليها طالب التحكيم الرياضي والحاجة إلى حماية القانون.

ولا تقتصر المصلحة الشخصية المباشرة على الشخص الطبيعي فحسب، بل تمتد إلى الشخص المعنوي أيضاً، أو إلى مجموعة الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين سواء كانوا اتحاد رياضي أو نادي رياضي أو مركز شباب يمس المصالح الجماعية لأعضائها، فيحق لكل عضو من أعضاء الهيئة الرياضية أن يرفع دعوى، شرط أن يكون من المنتميين إليها مسبقاً.

## الفصل الثاني

### الصفة المعتبرة قانوناً لدى طالب التحكيم الرياضي

الصفة تعبر عن علاقة الشخص بالحق موضوع الدعوى، أي أنه يجب أن يكون للشخص سند يبرز ظهوره في الدعوى<sup>(٣)</sup>، والمشرع اشترط في المادة (٣) مرافعات لقبول الدعوى أن يكون لصاحب المصلحة شخصية ومباشرة وهو ما يعبر عنه بشرط الصفة، والصفة العادية أو الموضوعية بان ترفع الدعوى من ذي صفة ضد ذي صفة، وأن يكون المدعي هو صاحب الحق أو المركز القانوني

1- د/ عبد المنعم الشرفاوي (نظرية المصلحة في الدعوى) رسالة دكتوراه طبعة عام ١٩٤٧م ص ٥٦.  
2- د/ محمد بن براك الفوزان (الوسيط في نظام المرافعات الشرعية السعودي) مكتبة القانون والاقتصاد بالرياض طبعة الأولى عام ٢٠٠٩م ص ٣٦.  
3- كورني وفوايه (المرافعات) عام ١٩٩٥ رقم ٧٧ ص ٣٣٤، أشار إليه: د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥م ص ١٧٦.

المدعي به والمراد حمايته أو من ينوب عنه وان يوجه الدعوي إلى من اعتدى على هذا الحق ، وهو المدعي عليه وهو الطرف السلبي في هذا الحق أو المسئول عن تجهيله<sup>(١)</sup>.

وبتطبيق شرط الصفة على طلب التحكيم الرياضي يلزم فيمن يتقدم بطلب لهيئة التحكيم الرياضي ان يتوافر لديه صفة يقرها القانون، والصفة هي المركز النظامي الذي اكتسبه طالب التحكيم الرياضي من العقد الرياضي والعلاقة النظامية بين طالب التحكيم والحق المطلوب الوارد في العقد الرياضي، وانعدام تلك الصفة القانونية يقضى بعدم قبول طلب التحكيم الرياضي لرفعه من غير ذى صفة، وطالب التحكيم الرياضي اما ان يكون ورد اسمه فى العقد الرياضي (الصفة العادية)، وإما ان يكون طالب التحكيم الرياضي لم يرد اسمه فى العقد الرياضي ويقوم مقامه شخص آخر.

### الصفة الإجرائية في المنازعات الرياضية:

الصفة الإجرائية أو الصفة في التقاضي هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية في الدعوى باسم غيره، فقد يستحيل على صاحب الصفة الاصلية في الدعوى مباشرة دعواه، وفي هذه الحالة يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات مثل تمثيل الولي أو الوصي للفاصر، وتمثيل ممثل الشخص الاعتباري (مدير الشركة أو رئيس مجلس الإدارة، وتمثيل الوزير للوزارة وتمثيل المحافظ للمحافظة)، والممثل القانوني يمارس اجراءات الدعوى باسم غيره صاحب الحق ولمصلحته، كذلك الحال بالنسبة للشخص الاعتباري حيث يستحيل عليه ممارسة الإجراءات بنفسه، فيقوم ممثله القانوني بمباشرة الإجراءات نيابة عنه<sup>(٢)</sup>. ويعتد بالصفة القانونية لوكيل اللاعبين وتثبت للولي الصفة الإجرائية بالنسبة لمنازعات اللاعبين الناشئين وللولي الحق في التمثيل أمام هيئات التحكيم الرياضي

---

1- د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥م ص١٧٦، د/ أحمد صاوي (الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٠م ص١٦٨، ١٦٩.

2- د/ وجدي راغب (مبادئ القضاء المدني) مرجع سابق ص١٢٥، ١٢٦، د/ فتحي والي (الوسيط في قانون القضاء المدني) دار النهضة العربية عام ١٩٩٣م رقم ٣٥ ص٦١٥، د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥م ص١٧٩.

نيابة عن اللاعب الناشئ القاصر ويجوز توكيل المحامين للدفاع عن اللاعبين في المنازعات الرياضية وتثبت لهم الصفة القانونية ومباشرة الإجراءات نيابة عن صاحب الحق.

### صفة الدفاع عن مصلحة جماعية أو عامة في المنازعات الرياضية:

ويقصد بالمصلحة الجماعية أو العامة المصلحة المشتركة لمجموعة من الافراد تجمعهم مهنة معينة<sup>(١)</sup>، أو يستهدفون غرضاً معيناً<sup>(٢)</sup>، وللقابة الحق في رفع الدعاوى دفاعاً عن المصلحة الجماعية للمهنة وتثبت صفة رفع تلك الدعاوى للنقيب<sup>(٣)</sup>.

عرفت المادة الاولى من قانون الرياضة المصري الجديد الهيئة الرياضية: وهي كل مجموعة تتألف من عدة اشخاص طبيعيين أو اعتباريين أو كلاهما معا بغرض توفى خدمات رياضية وما يتصل بها من خدمات ولا يجوز لتلك الهيئة مباشرة اى نشاط سياسى أو حزبي أو ديني أو الترويج لافكار أو اهداف سياسية.

وبموجب تلك المادة اعترف قانون الرياضة المصري الجديد بالمصالح الجماعية أو العامة والمصلحة المشتركة في المجال الرياضي والتي يكون الهدف منه نشاط أو خدمات رياضية، وتثبت صفة الدفاع عن المصالح الجماعية أو العامة الرياضية لممثل ينوب عنهم في مباشر الإجراءات والدفاع عن حقوقهم.

والشخص الاعتباري مجموعة من الأشخاص (الطبيعية) أو مجموعة من الاموال يجمعها غرض واحد، ويكون لهذه المجموعة شخصية قانونية لازمة لتحقيق هذا الغرض، منفصلة عن شخصية المكونين لها أو المنفعين بها، كما هو الحال بالنسبة للجمعيات والشركات والمؤسسات والوزارات والحكومات والدول والمنظمات الادارية والدولية، وتسمى تلك بالاشخاص المعنوية أو الاعتبارية لانها عبارة عن كيانات قانونية، وتشمل المنظمات الرياضية الدولية والاقليمية والوطنية وكذلك اللجان الأولمبية واللجنة الأولمبية الدولية والمؤسسات التي تعني بامور

1- مثال/ مهنة المحاماة والطب والهندسة والتعليم والرياضة وغيره.

2- مثال/ حقوق المرأة أو حماية المستهلكين.

3- نقض ١٩٩٤/٣/٢٠ - طعن ١٣٣٤ لسنة ٥٥ق - لسنة ٤٥ ص ٥١٣ رقم ١٠٤.

الرياضة والاعلام الرياضي والنوادي الرياضية<sup>(١)</sup>، ويجوز الحضور لأطراف المنازعة الرياضية أو من يمثلهم قانوناً<sup>(٢)</sup>.

فتثبت للنقابة العامة للمهن الرياضية صفة الدفاع عن المصالح الجماعية للرياضيين والمهن الرياضية وكل ما يخص مجال الرياضة، وذلك لأن الرياضيين يجمعهم عمل واحد ومهنة واحدة ومجال واحد هو الرياضة أو استهداف رعاية مصالح اللاعبين الرياضيين، فتثبت للنقيب صفة تقديم طلبات التحكيم الرياضي أمام مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري فيما يتعلق بشؤون الرياضة أو شئون اللاعبين، وأمام محكمة التحكيم الرياضي (CAS) بالنسبة للمنازعات الرياضية الدولية.

وتثبت الصفة الإجرائية لممثل الشخص الاعتباري في التمثيل أمام هيئات التحكيم الرياضي وأمام غرفة فض المنازعات في الاتحاد السعودي في المملكة العربية السعودية أو أمام محكمة التحكيم الرياضي (CAS) في المنازعات الرياضية الدولية.

ويلزم ثبوت الصفة والمصلحة لقبول الطلب امام هيئات التحكيم الرياضي أما عدم توافر الصفة والمصلحة فإن الطلب المقدم لهيئة التحكيم الرياضي يكون عرضه بالحكم عليه بعدم القبول.

### صفة الشخص المسئول عن الاضرار في المنازعات الرياضية:

وتثبت صفة الشخص المسئول عن الاضرار في المنازعات الرياضية إما بسبب فعله الشخصي، كخطأ اللاعب الرياضي الذي ادى لاحداث ضرر بالغير أو بسبب فعل شخص آخر يعد هو مسئولاً عنه، كمسئولية المتبوع عن افعال تابعيه ومسئولية النادي الرياضي عن اخطاء اللاعب الرياضي الذي يتبعه.

1- د.م/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ١٢.

2- عرفت المادة ١٦/١ من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي لكرة القدم.

## أولاً: صفة الشخص المسئول عن الاضرار بسبب فعله الشخصي:

وتتحقق مسؤولية اللاعب الرياضي عند انعدام مشروعية الألعاب والممارسات التي يقوم بها اللاعب الرياضي وهذا يتحقق بأمرين: ١- ان تكون اللعبة التي تمارس من الالعب غير المعترف بها، أي محظور ممارستها قانوناً سواء كانت لعبة محلية أم دولية، ٢- مخالفة اللاعب الرياضي للأصول والقواعد المقررة للعبة وتنظيم سير المباراة<sup>(١)</sup>، ٣- الإخلال بالالتزامات المقررة في العقد الرياضي، وإذا انعدمت المشروعية تثبتت المسؤولية القانونية للاعب الرياضي.

## إخلال اللاعب الرياضي ببند من بنود العقد<sup>(٢)</sup>:

تثبت مسؤولية اللاعب الرياضي عند الاخلال بالالتزامات المقررة في العقد الرياضي، ويعد خطأ اللاعب في ممارسة الرياضة اخلالاً بالتزام ناشئ عن عقد وتكون مسؤوليته عقدية وليست تقصيرية لأنه مدين لم يقم بتنفيذ التزاماته وكان هذا هو الخطأ العقدي وتخضع هذه الافعال لاحكام المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المواد (١١٣٧، ١١٤٧) من التقنين المدني الفرنسي ويقابلها المادة (٢١٥) من التقنين المدني المصري، أما اللاعب الهاوي فلا علاقة عقدية بين اللاعب والنادي والمسؤولية تكون تقصيرية ويتم المطالبة بالتعويض عن الاضرار<sup>(٣)</sup>، وتقوم المسؤولية التقصيرية في ذلك الشأن بناء على نص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" ويلزم توافر أركان المسؤولية الثلاثة وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

---

1- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسؤولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص٧٤، ٧٧.

2- سبق تناوله بالتفصيل في الفرع الثاني من البحث (العقود الرياضية المنظمة للمراكز القانونية للمتقاعدين).  
3- "إصابات الملاعب لا تقتصر فقط على الأضرار التي تقع على اللاعبين أو فيما بينهم، وانما تمتد لتطال الإصابات التي تلحق باللاعب أثناء اللعب أو التدريب، وينظم القانون المدني المصري المسؤولية التقصيرية في المواد من ١٦٣ إلى ١٧٨ من القانون المدني المصري" راجع: د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسؤولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص٧٤، ٧٨، ٨١.

## الإخلال بقواعد تنظيم سير المباراة:

ذهب البعض إلى أن الإخلال بقاعدة من قواعد تنظيم سير المباراة لا تكفي هذه الحالة لتكوين خطأ رياضي على اللاعب وترتيب مسؤولية مدنية عليه<sup>(1)</sup>.  
لكني أرى من وجهة نظري: ان تلك القواعد التنظيمية والتي وضعت من اجل الوصول إلى الهدف المنشود لهذه المباراة وان الإخلال بهذه القواعد سيعوق تلك المسيرة وعدم تحقيق الأهداف التي من اجلها أقيمت المباراة، وان الحل الوحيد لاستكمال الدورات والألعاب الرياضية وتحقيق اهدافها هو التزام المشاركين بتلك القواعد التنظيمية، ويتحمل اللاعب أو النادي الرياضي المسؤولية المدنية في حالة مخالفة تلك القواعد التنظيمية، لان الاضرار التي تنشأ بسبب تلك المخالفات والاطعاء يلزم من ارتكبتها بالتعويض.

## الإخلال بالقواعد الفنية للعبة:

تتحقق المسؤولية المدنية عند اخلال المدين بالتزام قانوني كتخلف اللاعب الرياضي عن بذل العناية والحالة التي يكون فيها الفعل يتنافى وأصول اللعبة، أو كان هذا الفعل تفره قواعد اللعب إلا انه يتنافى مع الهدف من النشاط الرياضي، وتتنوع المسؤولية المدنية للاعب الرياضي إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية لان الرياضيين مرتبطون فيما بينهم بعقد ضمني ينص احد بنوده على تطبيق قواعد معينة للعبة التي يمارسونها أو النشاط الرياضي الذي يقومون به وبمقتضى ذلك العقد يلتزم كل لاعب بالخضوع ومراعاة هذه القواعد بكل دقة وامانة<sup>(2)</sup>.

كما ان التزام اللاعب بالقوانين واللوائح الرياضية ليس سبباً لاستبعاد خطأ اللاعب الرياضي، فقد ينشأ خطأ من اللاعب الرياضي رغم عدم مخالفته للقوانين واللوائح الرياضية وتسبب بخطئه للاضرار بالغير، وبهذا أقر القضاء الفرنسي بذلك الاتجاه حينما اصدر حكم بمسؤولية لاعب التنس رغم انه لم يرتكب خطأ رياضياً،

---

1- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسؤولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص 107.

2- د/ لطفى أحمد البلشي (قبول المخاطر الرياضية ودورها في تحديد المسؤولية المدنية) رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة عين شمس - القاهرة عام 1994م ص 105.



لكنه ارتكب إهمالاً وعدم تبصر في الإقدام على فعل من شأنه ان يسبب ضرر للغير، وهو أنه وجه الكرة باهمال ناحية المتفرجين، دون ما ضرورة لذلك ادى لجرح احدهم، وكذلك ايضاً مسؤولية الملاكم الذي رفض التوقف عن ضرب غريمه رغم تنبيه الحكم وضرب الجرس بشدة عدة مرات، وانتهى الامر بوفاة المجني عليه، وصدرت في تلك القضية احكام<sup>(١)</sup>.

وأرجح الاتجاه الذي أخذ به القضاء الفرنسي بثبوت مسؤولية اللاعب الرياضي رغم عدم مخالفته القوانين واللوائح الرياضية وتسبب بخطئه للاضرار بالغير.

ويجوز للمضروور المطالبة بالتعويض وكيفية تقدير التعويض وضحته المادة (٢٢١) من القانون المدني "اذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون، فالقاضى هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول، ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً الابتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

قد يشترك خطأ الرياضي مع خطأ الغير فى احداث الضرر، فتكون أمام تعدد المسئولين عن فعل الضار، وعندئذ يحكم عليهم جميعاً متضامنين بتعويض الضرر تطبيقاً للمادة (١٦٩) من القانون المدني المصري التى تنص على انه "إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر" فيكون كل منهم ملتزم تجاه المضروور بالتعويض عن الاضرار، وقد يقضى القاضى على المسئولين بالتعويض فيما بينهم بالتساوي أو بنسب متفاوتة نتيجة التفاوت فى جسامة أخطاء المسئولين<sup>(٢)</sup>.

1- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسئولية المدنية فى مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص١٠٦، ١١٢.

2- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسئولية المدنية فى مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص١٢٩.

ويفهم من ذلك ان المسؤولية التقصيرية يعوض فيها المضرور عن كل ضرر مباشر متوقفاً كان أو غير متوقع، أما في المسؤولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالات الغش أو الخطأ الجسيم<sup>(١)</sup>.  
أما بالنسبة للاضرار التي يصعب اثباتها من قبل المضرور في احداث الشغب والعنف<sup>(٢)</sup> اختلف الفقه في وجوب التعويض:

فتجه البعض إلى وجوب التعويض وتضامن الجميع في المسؤولية واتجه آخرون إلى عدم التعويض، وأشار آخرون إلى ان كلا الرأيين ظلم لأن الرأي الأول يحمل المسؤولية لأشخاص غير مخطئين، والرأي الثاني يظلم المضرور بعدم أحقيته في التعويض لأنه يصعب تحديد شخص المسئول رغم انه مصاب بأضرار، ولذلك يرى البعض بضرورة تدخل تشريعي في ذلك الشأن<sup>(٣)</sup>.

وأني اقترح بثبوت مسؤولية الدولة في الحالة التي يصعب فيها المضرور تحديد الشخص المسئول عن الاضرار وتثبت مسؤولية الدولة عن خطئها الغير مباشر في تأمين المباراة والحفاظ على الأشخاص والمتفرجين، كما ارى أن عبء تحديد الشخص المسئول عن الاضرار لا يقع على المضرور فحسب، وانما ارى ان على الدولة ايضاً التزام بتحديد الشخص المسئول عن الاضرار من خلال كاميرات المراقبة الموجودة في الاستاد والمكان الذي تقام فيه الدورة والمباراة، وان الاخلال بذلك الالتزام تسأل عنه الدولة وعن خطئها الغير مباشر في تأمين المباراة بناء على المسؤولية التقصيرية، كما تترتب المسؤولية العقدية على شركات التأمين وتساءل عن تغطية الأضرار المؤمنه وتعويض المضرور عن احداث الشغب والعنف بناء على عقد التأمين المبرم بينهما.

---

1- د/ عبد الرازق أحمد السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) ج ١ (نظرية الالتزام)، تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي منشأة المعارف الإسكندرية عام ٢٠٠٣م ص ٥٦٠.  
2- مثل ماحدث في مباراة بورسعيد واستاد الدفاع الجوي في ٢٠١٥/٢/٨ بين نادي الزمالك ونادي انبي والتي راح ضحيتها ٢٢ قتيلاً، وكارثة ملعب هيسل ١٩٨٥/٥/٢٩ عندما انهار جدار تحت ضغط المشجعين في المباراة بين ليفربول الإنجليزي ونادي يوفنتوس الإيطالي لقي العديد من الأشخاص مصرعهم وأصيب ٦٠٠.  
3- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسؤولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص ١٣٤، ومابعدها.

ومن المنازعات التي طرحت على القضاء فيما يتعلق بالرياضة، القضايا الجزائية للرياضيين، فبعض الرياضات تقوم على العنف، مثل الرياضات القتالية كالملاكمة ونحوها، فيما أن رياضات أخرى تستعمل فيها القوة الجسدية التي قد تنقلب أحياناً إلى عنف يعاقب عليه فهل تنشأ مسؤولية جزائية من هذه الأفعال<sup>(١)</sup>؟

أجاب القضاء البلجيكي على هذه المسألة في أوائل القرن العشرين بأن لاعب الكرة الحديدية لا يؤخذ جزائياً إذا ثبت أنه اتخذ الإحتياطات اللازمة عند رمي الكرة وان زميله الذي اصيب بهذه الكرة هو الذي خرق القوانين الرياضية بتواجده في موضع الرماية بعد ان صاح قائلاً "جاء دورك للرماية"<sup>(٢)</sup>.

كما اعتبر الفقه والقضاء انه ينبغي في جميع الأحوال تطبيق مبدأ التناسب والبحث في علاقة أعمال العنف بطبيعة اللعبة نفسها<sup>(٣)</sup>، فلاعب كرة القدم الذي يعتدي على منافسه في وقت لا تكون فيه الكرة بحوزته<sup>(٤)</sup>، أو بين أثناء المباراة<sup>(٥)</sup>، يكون مسؤولاً جزائياً ولا يعفى من ذلك لمجرد أنه تعرض لعقوبة تأديبية رياضية، وكذلك شأن لاعب كرة السلة الذي يوجه ضربة برجله إلى رأس اللاعب المنافس، إذ تعتبر هذه العملية غير ذات صلة بطبيعة اللعبة وسياق المقابلة، فتنشأ عنها مسؤولية جزائية ولا يمكن للاعب التعلل بقلة الإحتياط أو بوقوع الإستفزاز السابق من اللاعب

---

1- أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مرجع سابق ص ١٣٦.

2 -Tribunal Correctionnel De Bruxelles, 12 Juill, 1995, Revue Générale Des Assurances Et De La Responsabilité "RGAR", Bruxelles 1995, No 5636. Voir, Luc Silance: " Les Sports Et Le Droit", Éd. De Boeck Université, Bruxelles 1998, Pp. 13-14.

أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مرجع سابق ص ١٣٦.

3 -Michele Colucci: " Italy ", In Sports Law, Kluwer Law International, Suppl. 14 " Juin 2009", P. 38, No 17.

4 -Cass, Crim, "Fr" 21 Oct, 1965, Dalloz 1966. II. P. 26. Voir, Par Exemple, Frédéric BUY, Jean-Michel Marmayou, Didier Parocchia Et Fabrice Rizoo: " Droit Du Sport", Éd, LGDJ, Paris 2006, P. 551 Et Ss., No 838 Et Ss, Spec. No 842-843.

5 -Tribunal De Grande Instance d'Annecy, 9 Oct. 1991, Dalloz 1991, Sommaires, P. 337, Obs. J, MOULY.

المعتدى عليه<sup>(١)</sup>، وتعد كل هذه الأفعال التي ارتكبها اللاعب هو اخلال بالقواعد الفنية للعبة ولايعفي اللاعب من المسؤولية إذ آتي مثل هذا السلوك وتوقع عليه المسؤولية بشقيها الجنائي والمدني.

### سلطة التوجيه والرقابة على الأداة الرياضية هما معيار ثبوت المسؤولية:

وتثبت صفة الشخص المسئول عن الأضرار في المنازعات الرياضية لمن تثبت له الحراسة على الأدوات المستخدمة في ممارسة الألعاب الرياضية، وكانت له السلطة الأمر والسيطرة الفعلية على الأداة الرياضية من خلال سلطتي التوجيه والرقابة، وقد تثبت تلك الصفة لشخص واحد أو عدة أشخاص (كالحراسة الجماعية) عندما تكون تلك الحراسة لاثنتين أو أكثر من الأشخاص على الأداة الرياضية وتثبت لهم جميعاً في نفس الوقت سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه شريطة أن يكون حراس الأداة الرياضية جميعهم في مركز قانوني واحد بان يكونوا مالكين للأداة الرياضية أو مستعيرين أو مستأجرين لها، وفي هذه الحالة يلتزمون بتعويض المضرور متضامنين فيما بينهم عن الضرر الذي حصل بفعل الشيء أو الاداة الرياضية الموجودة تحت حراستهم، ومجال تطبيق نظرية الحراسة المشتركة يكون في الرياضات التي يتقاذف فيها اللاعبون كرة معينة ككرة القدم وكرة التنس والسلة<sup>(٢)</sup>.

---

1 -Cass, Crim, "Fr" 17 Juill. 1987, No87-81.752. Voir À Ce Propos: Jean-Christophe Lapouble: "Droit Du Sport", Éd. LGDJ, Paris 1999, P.185.

2- الحراسة الجماعية يلزم ان تكون حقيقية وفعلية مثلاً عند ممارسة لعبة كرة القدم بحيث تكون الكرة في حيازة واستعمال جميع اللاعبين دون ان يستأثر واحد منهم دون الآخرين بسلطة الرقابة والتوجيه على الكرة. النقض المدني طعن رقم ٢١٣٣ لسنة ٥٧، جلسة ٢٨ أغسطس ٢٠٠٥، وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية أيدت فيه حكم محكمة الاستئناف في قضائها بعدم مسؤولية حارس المرمى أثناء تواجده خارج منطقة الجزاء بالكرة، وذلك تأسيساً على انه لم يكن يملك وقت وقوع الحادث سلطات الرقابة والتوجيه على الكرة التي تسببت في حدوث الضرر. أنظر:

Civ, 2e., 13 jany, 2005: Bull. Civ. II, NO 9; D. 2005, 2435, Note Cornut.

د/ طارق جمعه السيد راشد (المسؤولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص٥٠، ٥٤، ٦٠.

واستقر القضاء المصري والفرنسي<sup>(١)</sup>، على ان تكون الحراسة لمالك الشيء إلا انه إذا باشر شخص آخر خلافه السيطرة الفعلية على الشيء في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه فان الحراسة تكون له دون مالكة<sup>(٢)</sup>، وتطبيقاً لذلك يكون النادي الرياضي أو اللاعب الهواي هو الحارس للأداة الرياضية ، طالما ظل هو الحائز لها، وترفع عليه دعوى المسؤولية عن الأضرار التي تسببها هذه الأدوات للاعب آخر أو للغير، فقد أقاما هذا القضاء قرينة قانونية مفادها ان مالك الأداة المستخدمة في ممارسة النشاط الرياضي هو حارسها ولما كان النادي الرياضي أو اللاعب الهواي هو مالك الأداة الرياضية فإن المضرور يرجع عليهما ويعفي من عبء إثبات ملكيتهما للأداة الرياضية التي سببت له الضرر<sup>(٣)</sup>.

جرى القضاء والفقه على عدم جواز تجزئة الحراسة بمعنى انه إذا انتقلت السيطرة الفعلية على الشيء لغير مالكة ولحساب الحارس - كان الحارس مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن الشيء سواء نتجت بسبب استعماله أو لعيب في تكوين الشيء ذاته<sup>(٤)</sup>، ولم يكن بوسع الحارس ان يعلمه<sup>(٥)</sup> كما ان الاداة الرياضية في حوزة اللاعب الرياضي وتحت تصرفه فكان مسئولاً عنها لان يده عليها<sup>(٦)</sup>، مفاد ذلك يلزم ثبوت شرط الصفة للمدعي عليه في دعوي التعويض عن الأضرار الناتجة من استعمال الادوات الرياضية، وتتوافر تلك الصفة في اللاعب الرياضي الذي يمتلك

---

1- من تطبيقات القضاء الفرنسي ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من عدم مسؤولية متسلق الجبال الذي وضع خطأ رجله على حجر ولم يكن له سلطتي الرقابة والتوجيه على هذا الحجر الذي مشي عليه، وبالتالي لا يمكن اعتباره حارساً له، وذلك لافتقاره إلى سلطتي الرقابة والتوجيه على الحجر الذي تسبب في احداث الضرر للمضرور.

Civ, 2<sup>o</sup>, 24 avr, 2003: Bull, civ. II, n<sup>o</sup> 116 24 avr, 2003: Bull, civ. II, n<sup>o</sup> 115.

2- نقض مدني - الطعن رقم - ٥٥٥ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٤/٥/٨ مكتب فني ٤٥ - ج ١ - ص ٨٠٥.

3- د/ سمير عبد السيد تناغو (مصادر الإلتزام) الكتاب المدعم كلية الحقوق جامعة الإسكندرية عام ٢٠٠٠م ص ٢٩٥، د/ طارق جمعه السيد راشد (المسؤولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص ٤٠.

4- "كعيب في صنع ادوات رياضة الجمباز"

Civ, 2<sup>e</sup>, 8 juin, 1994: Bull, civ. II, n<sup>o</sup> 152; D. 1996. Somm, 31, obs. F.

Lagarde.

5- نقض مدني طعن رقم ٢١٣٣ لسنة ٥٧ق جلسة ٢٨ أغسطس ٢٠٠٥.

6- د/ طارق جمعه السيد راشد (المسؤولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص ٤٧.

السيطرة الفعلية وهى سلطتى الرقابة والتوجيه على تلك الأدوات الرياضية ويعد حارساً عليها.

وثار خلاف قانوني هل تثبت الصفة للنادي الرياضي ومسئوليته عن الأدوات والأشياء التي يستعملها اللاعب الرياضي؟ أم تثبت الصفة للاعب الرياضي ومسئوليته عن الأدوات والأشياء التي في حيازته أثناء ممارسة الألعاب الرياضية؟ رأى الدكتور العلامة السنهوري إلى انه لامانع من انتقال السيطرة الفعلية الى التابع، كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه لخيال يجري به في السباق، فإن الخيال في هذه الحالة من وقت ان امسك زمام الحصان واصبح هو الحارس، فيكون مسئولاً مسئولية الحارس، ويكون المالك مسئولاً مسئولية المتبوع<sup>(١)</sup>، ولكن انتقد البعض بعدم انتقال الحراسة للتابع المنوط به استعمال الشيء، لانه وان كان للتابع السيطرة المادية على الشيء وقت استعماله، إلا انه يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويأتمر بأوامره ويتلقى تعليماته مما يفقد التابع العنصر المعنوي للحراسة ويجعل المتبوع وحده هو الحارس على الشيء كما لو كان هو الذي يستعمله<sup>(٢)</sup>.

لكني ارى ترجيح رأى الدكتور العلامة السنهوري، أما عن النقد فأقول لوسلمنا جدلاً بصحة النقد وقلنا بعدم انتقال الحراسة للتابع المنوط به استعمال الشيء لان التابع يمتلك السيطرة المادية على الشيء وقت استعماله ويفقد العنصر المعنوي للحراسة، فإنني أرى بأن المتبوع يفقد السيطرة المادية على الشيء وقت استعماله، بخروج الأداة الرياضية من يد المالك وخروجها من سيطرته المادية والفعلية،

---

1- د/ عبد الرازق أحمد السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) المرجع السابق ص ١١٩٧.  
2- أما الفقه الإسلامي فإن الشيء المعد للحراسة إذا كان في يد شخص واحد فإن الحراسة تكون فردية ولايسأل غير الحارس عنها، أما إذا كانت الحراسة جماعية فإنهم يعتبرون جميعاً شركاء في المسؤولية، ما دامت الحراسة الجماعية لها السلطة الفعلية على الألة، قال الزيلعي: "أن كل شيء يضمه الراكب بضمانه" راجع: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي - المطبعة الكبرى الأميرية- القاهرة ط ١ عام ١٣١٣هـ -ج ٧ ص ٣١٢، الكمال بن الهمام (شرح فتح القدير) للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى، بمصر عام ١٣٥٦هـ ج ١٠ ص ٣٥٥، (مواهب الجليل) لمحمد بن محمد المعروف بالحطاب دار الفكر ط ٣ عام ١٩٩٢م ج ٨ ص ٤٤٣، أشار إليه: د/ طارق جمعه السيد راشد (المسئولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص ١٠، ٦٢، ٦٣.

وخروج الاداة من يد المالك ومن سيطرته المادية يفقده ايضاً العنصر المعنوي، ولا يمكننا توقيع مسؤولية على المالك إلا مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعية.

وتثبت الصفة والمسئولية للنادي الرياضي حال ارتكاب اللاعب الرياضي خطأً جسيماً<sup>(١)</sup>، وهي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه بناء على المادة ١٦٣ مدني مصري<sup>(٢)</sup>، وبالتالي يجوز للمتضرر مطالبة النادي الرياضي بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن الأخطاء الجسيمة التي يفتريها اللاعب الرياضي أثناء ممارسة الدورات أو الالعاب الرياضية أو بسببها باسم النادي لان اللاعب الرياضي يعد تابعاً للنادي الرياضي.

ونتفق مع ماذهب اليه البعض بمسئولية اللاعب بصفته حارساً على الأشياء والأدوات الرياضية حالة خروج اللاعب عن تعليمات متبوعه النادي الرياضي ففي هذه الحالة سيكون اللاعب هو حارس الأداة الرياضية ومسئولاً عن خطئه المفترض<sup>(٣)</sup>.

وتطبيقاً على ذلك أقر القضاء الفرنسي صفة سائق الدراجة المسئول كحارس عن فعل هذه الدراجة، حيث انه هو الذي يملك سلطة السيطرة والقيادة على الدراجة أما المرافق الذي يركب بجواره لا يملك أية سيطرة أو رقابة على الدراجة فله الحق في الرجوع بالتعويض على السائق عن الضرر الذي أصابه على أساس مسؤولية حراسة الأشياء<sup>(٤)</sup>.

---

1- معيار جسامه الخطأ أن يكون قد صدر من اللاعب سلوك عنيف شرس يتم عن سوء نية ويتجاوز في قوته الحد المطلوب وان هذا السلوك كان مقصوداً وان يدرك اللاعب خطورته واحتمال ان يلحق ضرر باللاعب المنافس لكنه لم يكثرث بذلك. راجع د/ جابر محجوب على (مدى اعتبار مخالفة الألعاب الرياضية خطأً مدنياً موجباً للتعويض) ورقة بحثية قدمها سيادته في مؤتمر =القانون والرياضة الذي نظمته كلية القانون جامعة قطر بالتعاون مع اللجنة الأولمبية القطرية في الفترة من ١٩، ٢٠، فبراير ٢٠١٧ ص١٩.

2- د/ طارق جمعه السيد راشد (المسئولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص١٠، ١١، د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسئولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص٧٩.

3- (الخطأ المفترض هو سيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية لحساب نفسه). راجع نقض مدني - الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٠ق - جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ مكتب فني ١٦- ج ١ ص٣٩٦. د/ رمضان أبو السعود (النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام) دار المطبوعات الجديدة عام ٢٠٠٢ ص٤٤٣، د/ طارق جمعه السيد راشد (المسئولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص١٠.

4-Civ 2e, 14 avr, 2016, no 15-17.732: D. 2016. 894.

وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس بمسئولية أحد لاعبي العاب القوى عن إصابة زميله في الفريق نتيجة انزلاق المطرقة من يده، حيث ان انفلات المطرقة من يده لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة التي تعفي من المسئولية<sup>(١)</sup>.

وخلصة ذلك: ان سلطة التوجيه والرقابة على الأداة الرياضية هما معيار ثبوت المسئولية، ويجوز مطالبة اللاعب الرياضي بالتعويض عن الاضرار التي تحدث نتيجة استخدام الأدوات الرياضية، ولاتعفي تلك المطالبة مسئولية النادي الرياضي عن اخطاء اللاعبين التابعين له بناءً على (مسئولية المتبوع عن اعمال تابعيه).

### الفرع الثاني

#### طبيعة المنازعات الرياضية الخاضعة لأحكام وقواعد الأنظمة الرياضية

يعد النشاط الرياضي من ضمن الأنشطة التي تمارستها داخل المجتمع، والتي قد ينتج عن ممارستها خلافات متنوعة بين أطرافها منها ذا طابع تجاري أم اداري أم متضمناً قواعد التوظيف الخاصة بالعاملين في هذه الهيئات، كأي نشاط مجتمعي آخر، ومن ثم كان من الضروري حسم المنازعات من أجل تطوير النشاط وتعزيز دوره في بناء المجتمع وتقويته<sup>(٢)</sup>.

لاتختلف طبيعة المنازعات الرياضية الخاضعة لأحكام وقواعد الأنظمة الرياضية عن التقسيم التي تبنته محكمة التحكيم الرياضي (CAS) حول طبيعة المنازعات الرياضية إلى نوعين مالية وانضباطية<sup>(٣)</sup>. ويمكن تناول تلك المنازعات من خلال ثلاثة أغصان:

---

1 -Paris, 28 Nov. 1961: D. 1962. 620, note Noirel. La même solution prévaut en matre de jeu de quilles ou de boules (Besancon, 31 janv. 1964, Gaz. Pal. 1964. 1.156).

يقتررب ذلك الحكم بالنقض المدني الطعن رقم ٢١٤ لسنة٤٦٦ق – جلسة١٩٨٠/٤/٢٣- مكتب فني ٣١- ج١- ص١١٨٠. أشار اليه: د/ طارق جمعه السيد راشد (المسئولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص١٠، ١٣.

2- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٢٢، ٢٢٣.

3 -Matthieu Reeb (CAS Secretary General) The Court Of Arbitration For Sport :1996.



الغصن الأول: المنازعات الرياضية ذات الطبيعة التجارية والمدنية.  
الغصن الثاني: المنازعات الرياضية ذات الطبيعة التأديبية أو الانضباطية.  
الغصن الثالث: المنازعات الرياضية ذات الطبيعة المؤقتة.

### الغصن الأول

#### المنازعات الرياضية ذات الطبيعة التجارية والمدنية

تعد طبيعة الأعمال القانونية الفردية والتعاقدية للهيئات الرياضية المتعلقة بدعم النشاط الرياضي ذات طبيعة مدنية وتجارية، وكان ينظر إلى الرياضة على انها حركة اجتماعية ولكن اليوم صارت صناعة تجارية<sup>(١)</sup>، حيث تولد عن الرياضة عقود ربحية<sup>(٢)</sup>، وتعد الرياضة الحديثة من قبيل الأعمال التجارية والرياضيون مهنيون في هذا المجال، ويحكمها القواعد العامة المطبقة على الأعمال التجارية<sup>(٣)</sup>.

كما ان المحكمة الرياضية تنظر في نزاعات ذات طبيعة تجارية ومرد ذلك يعود إلى العلاقة التي تربط النزاع ذو الطبيعة التجارية بالتطبيق الرياضي<sup>(٤)</sup>.

والطبيعة التجارية للنزاعات الرياضية تعد في الاصل منازعات ذات طبيعة مالية وتشمل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود، حيث أنه من المعلوم لدينا ان العقد يشكل التزامات على اطرافه، والعقود المتعلقة بالرياضة اصبحت على نحو متزايد نظراً للتطور الحاصل في المجال الرياضي، فمن جملة النزاعات الناشئة عن العقود في المجال الرياضي نذكر منها على سبيل المثال في مجال الدعاية أو بيع حقوق البث التلفزيوني، وتنظيم الأحداث الرياضية، وعقود نقل اللاعبين والعلاقة بينهم وبين أنديةهم أو بين المدربين والأندية والخلاف حول تنفيذ عقود الوكلاء الرياضيين، والشكاوي والطلبات والنزاعات التي تتعلق بالتعويضات، كل هذه هي عبارة عن

---

أشارت إليه: م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) و ضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٥٥، ٥٦.

1 -D. Healey, Sport and the Law, 3<sup>rd</sup> ed, 2005, p15.

2 -D. Andrews, Sport and Corporate Nationalisms, 2004, p22.

3- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٦٧، ٦٨.

4- نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٨.

عقود تتفرع عنها التزامات، وتنشأ عن تنفيذ هذه الالتزامات نزاعات قد تكون تلك النزاعات ذات طبيعة تجارية، اصباغ النزاعات بالطبيعة التجارية يرجع إلى كون معظم تلك العقود تتصف بالصفة التجارية<sup>(١)</sup>.

وأوضحت المادة ٦٧ من قانون الرياضة المصري ان المنازعات الرياضية هي "المنازعات التي تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون والمنازعات التي تنشأ بسبب تفسير العقود في المجال الرياضي أو تنفيذها".

وترجع الطبيعة التجارية للمنازعات الرياضية بسبب الطابع التجاري لجزء كبير من الألعاب الرياضية، حيث يعد وجود الشركات التجارية ذوات الأغراض الرياضية مترامناً مع الدور الذي تقوم به الهيئات الخاصة العاملة في المجال الرياضي، وهو ما يمثل تعايشاً للأشخاص الخاصة والأشخاص الرياضية ذات النفع العام<sup>(٢)</sup>.

المنازعات الرياضية ذات الطبيعة التجارية تخضع لأحكام وقواعد الأنظمة الرياضية وهي في الأصل أعمال تجارية قائمة على تعاملات وأمور مالية، كما تخضع المنازعات الرياضية ذات الطبيعة المدنية لأحكام وقواعد القانون المدني مثل دعاوى التعويض عن اصابات الملاعب ودعاوى تنفيذ العقود ونقل اللاعبين وغيرها.

فالالتزام الذي يقوم به اللاعب هو التزام بعمل كالمشاركة في الأنشطة الرياضية المنصوص عليها في العقد الرياضي، أو التزام بالامتناع عن عمل كالامتناع عن الانضمام في نادى آخر والتعاقد معه بما يخالف بنود العقد الرياضي

---

1-Mama Laye Mbaye, Le Règlement Des Litiges Sportif Par Le Tribunal Arbitral De Sport, 2005-2006, P21.

نبيل باسما عيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص١٦، محمد عبد الله إبراهيم (حول المحاكم المتخصصة النزاعات الرياضية - نموذجاً) ورقة عمل منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية عام ٢٠١٥ في الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية نموذجاً) بيروت عام ٢٠١٥م ص٤، م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص١٣، د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٩٣.

2- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٧٠.

الحالي فاذا ما أخل اللاعب الرياضي بتلك الالتزامات ترتب عليه المسؤولية المدنية والتعويض عن الاضرار التي أخلت بالطرف الاخر.

كما أكد المبدأ على عدم جواز الجمع بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية<sup>(١)</sup>، لكن في اطار الأنشطة الرياضية يمكن تصور قيامهما، حيث يعد منظم المسابقة الرياضية ملتزماً التزاماً عقدياً عاماً تجاه المتفرجين بمراعاة وسائل الحيطه والحذر، وهذا يعني أن مسئوليته ستكون متحققة متى أثبت المضرور ارتكابه لخطأ متعلق بمحل هذا الالتزام، أما العلاقات بين المشاركين وبين بعضهم البعض، أو بينهم وبين الحكام، فانها تتأسس على قواعد المسؤولية التقصيرية المستتدة تارة على الخطأ الواجب الاثبات، وتارة أخرى على الخطأ المفترض، حيث تثير الممارسة الرياضية صعوبات دقيقة حول تحديد أي من هذين النظامين سيكون واجب التطبيق<sup>(٢)</sup>؟ وهذا يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ورقابة القضاء.

كما أكد القضاء الفرنسي مسألة مهمة تتعلق بأن الخطأ يكون مفترضاً في جانب اللاعب متى كانت الأدوات الرياضية من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، ويعفي من الالتزام إذا كان الإستعمال العادي لهذه الأدوات لايسمح عادة بأن يحدث ضرر بالغير<sup>(٣)</sup>، وفي المقابل قضت محكمة استئناف ليموج بمسئولية لاعب الجولف عندما ضرب الكرة فأصابت لاعباً آخر معه في ملعب الجولف فالمحكمة أسست مسؤولية اللاعب على أساس فكرة المساهمة المادية للشئ في إحداث الضرر باللاعب الآخر<sup>(٤)</sup>.

1- د/ محمد حسين منصور (النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام) دار الجامعة الجديد الإسكندرية عام ٢٠٠٥م ص٢٧٦، د/ نبيل إبراهيم سعد (النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام) دار الجامعة الجديد الإسكندرية عام ٢٠٠٤م ص٦٥، د/ سمير عبد السيد تناغو (مصادر الالتزام) مرجع سابق ص٢١٩.

2- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٦٦.  
3 - cass. 2e civ., 24 févr. 2005, no 03- 18, 135: JurisData n° 2005-027093; RTD civ, 2005, p.407, obs.p. Jourdain..

4 - CA Limoges, 25 nov, 1993: jurisData n° 1993-051498; D. 1995, somm. P. 62.

د/ طارق جمعه السيد راشد (المسئولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص٢١، ٢٢.

اتفق القانون المصري ونظيره الفرنسي<sup>(١)</sup> على ان التعويض في المجال الرياضي لا يلزم فيه الإتصال المباشر بين الأداة الرياضية وبين المضرور وتطبق أحكام المادة ١٧٨ مدني مصري على الألعاب الرياضية التي سببت ضرراً بالغير دون اتصال مباشر مع المضرور فالإتصال سيكون غير مباشر بينهما في إحداث الضرر ومن أمثلة ذلك إصابة إحدى المتسابقات بسبب زيادة مفرطة في السرعة تسببت فيها الدراجة الهوائية المستعملة في المسابقة مما أدى إلى تصادم بين دراجتي المتسابقين في آخر مسار المسابقة<sup>(٢)</sup>.

فالإلتزام التقصيري ليس إلا نتيجة الإخلال بالترام قانوني وهو ان يتخذ الشخص الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بغيره وجزاء هذا الإخلال هو التعويض وهذه هي المسؤولية التقصيرية<sup>(٣)</sup>. وستظل كافة الأنشطة الرياضية خاضعة للقواعد العامة الحاكمة للمسؤولية، إلا انها ستطبق عليها نظرية قبول المخاطر، كما أن فكرة قبول المخاطر في الأنشطة الرياضية لاتزال تستدعي كثيراً من النقاشات الفقهية، حيث انها تتأسس على قبول المضرور للأضرار التي يمكن ان تلحق به، واستقي الفقه تطبيق هذه الفكرة من المسائل المتصلة بالنشاط الرياضي وقد تطلبت المحاكم أن يكون الخطر حقيقياً، وأن يكون موجوداً قبل مشاركة الرياضيين في نشاطاتهم، وان يقبل المشاركون ممارسة هذه النشاطات على الرغم من امكانية تحقق هذه المخاطر، وتعد فكرة تقبل الخطر واقعة قانونية، تتقلب عملاً قانونياً عندما يقبل المضرور ممارسة الرياضة التي تحوي أخطاراً حقيقية، أي لا بد من التأكد من توافر رضا المضرور المسبق باحتمال وقوع ضرر<sup>(٤)</sup>.

1- المادة ١٣٨٤ فقرة ١ قديم ويقابلها المادة ١٢٤٢ فقرة ١ مدني جديد من القانون الفرنسي.  
2 - cass. 2e civ., 22 mars. 1995, n° 93- 14.051; JurisData n° 1995-000682; D. 1998, somm. p.43, obs. J. Mouly; JCPG 1995, 1, 3893, obc G. Viney; RTD, CIV, 1995, P.904, obc. P. Jourdain.

د/ طارق جمعه السيد راشد (المسؤولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص ٢٣ وما بعدها.

3- وتقدير التعويض أما ان يكون بتقدير القاضي أو أن يكون التعويض باتفاق الطرفين كالشرط الجزائي راجع: د/ عبد الرازق أحمد السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) مرجع سابق ج ٢ ص ٨٢٤، ٨٢٥.

4- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٦٧.

أرى أن نظرية قبول المخاطر وقبول المضرور للأضرار مقيدة بعدم تجاوز المسؤول عن الأضرار القواعد والأصول الفنية للعبة لأن ذلك التجاوز لايعفي المسؤول بذريعة قبول المضرور للأضرار، ويلزم المسؤول بالتعويض عن الأضرار الناتجة من اخطاء تجاوز القواعد والأصول الفنية للعبة.

وتطبيقاً على ذلك: أصدر القضاء الفرنسي حكم بمسئولية لاعب التنس رغم انه لم يرتكب خطأ رياضياً، لكنه ارتكب إهمالاً وعدم تبصر في الإقدام على فعل من شأنه ان يسبب ضرر للغير، وهو انه وجه الكرة باهمال ناحية المتفرجين، دون ما ضرورة لذلك ادى لجرح احدهم، وكذلك ايضاً مسئولية الملاكم الذي رفض التوقف عن ضرب غريمه رغم تنبيه الحكم وضرب الجرس بشدة عدة مرات، وانتهى الامر بوفاة المجني عليه، وصدرت في تلك القضية احكام<sup>(1)</sup>.

إصباغ النزاعات بالطبيعة المدنية يرجع إلى الإقرار بالمسئولية المدنية واكتمال عناصرها الضرر والخطأ وعلاقة السببية بينهما، وللمتضرر الرجوع على شركات التأمين للمطالبة بالتعويض عن أضرار الأنشطة الرياضية متى توافرت شروط صحة عقد التأمين<sup>(2)</sup>، ويعد عدم الالتزام بالحيلة والحذر حالة وقوع الحادث أثناء النشاط الرياضي خطأ يستوجب مرتكبه التعويض عن الأضرار<sup>(3)</sup>.

ويتحدد معيار الخطأ بالإنحراف عن المسلك المعتاد ويخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، ولايلزم اتصال اللاعب المسؤول عن الاضرار اتصالاً مباشراً بالمضرور أو كانت الأداة الرياضية المستخدمة لاتحدث ضرراً عادة.

وتوافر وصف الخطاء كركن من أركان المسئولية المدنية الناتج من أحد أطراف العقد أو الغير إذ هو أتى سلوكاً ضاراً بالطرف الأخر أثناء تنفيذ العقد

---

1- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسئولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) مرجع سابق ص106، 112.

2- يلزم توافر أركان العقد وهي الرضا والمحل والسبب. راجع: همام محمد محمود زهران (الأصول العامة للالتزام - نظرية العقد) دار الجامعة الجديدة عام 2004، أشار اليه: أ/ معزيز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص260.

3 -Manual Gros et Pierre Yves, L'autonomie du droit du sport fiction ou réalité, p.19. Pierre Chazeaud, sport, risqué et responsabilité, éd. Vigot, 1981, p.19.

الرياضي أو بسببه، فقد تحققت أركان المسؤولية المدنية بما يولد جزءاً مدنياً وهو التعويض عن الأضرار.

ومن الأضرار التي اقرتها محكمة النقض الفرنسية سقوط أحد المتسلقين في مسابقة للتسلق على الصخور مما جر لدى سقوطه متسلقاً آخر رفع الأخير دعوى ضد المتسلق الأول ومؤمنه للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، رفضتها محكمة الإستئناف لعدم قيام الدليل على الخطأ، لكن محكمة النقض الغت الحكم معتبرة ان ماصدر من المتسلق من سلوك تسبب في سقوط متسلق آخر يعد خطأ يكفي لقيام مسئولية مرتكبه<sup>(1)</sup>.

المنازعات الرياضية ذات الطبيعة التجارية والمدنية تخضع لقواعد الانظمة الرياضية المحلية، كما تخضع المنازعات الرياضية في مصر إلى قانون الرياضة المصري أما فيما يتعلق بإجراءات تسوية النزاع وطرق تقديم طلب التسوية وإجراءات التقاضي فإنه يخضع للنظام الأساسي المعمول به في مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري، أما ما لم يرد به نص خاص في قانون الرياضة أو النظام الأساسي للمركز أو لائحته فإن قانون المرافعات والتحكيم المصري هو المطبق حينئذ على تلك المنازعة الرياضية المدنية والتجارية.

## **الغصن الثاني**

### **المنازعات الرياضية ذات الطبيعة التأديبية**

تعد مسألة تنظيم المسابقات الرياضية احدى مهمات المرفق العام التي تدخل في اختصاص الاتحادات الرياضية والتي تدخل ضمن صلاحيات وزير الرياضة، ولئن كان وزير الرياضة مسؤولاً عن إقامة الاحداث والمسابقات الرياضية، إلا انه لاينظم

---

1 -cass. 2° civ., 18 mai. 2000, Bull. Civ. II, n° 85; Gaz. Pal. 2. 2001, p.48.

أشار اليه: د/ طارق جمعه السيد راشد (المسؤولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص ٥٠، ٥١.

ولا يشارك بشكل مباشر في هذه الأحداث والمسابقات الرياضية، بل يعهد بها إلى الاتحادات الرياضية الوطنية<sup>(١)</sup>.

والمنازعات الرياضية ذات الطبيعة التأديبية تخضع لاحكام وقواعد الانظمة الرياضية ويطلق على تلك المنازعات بالقضايا الانضباطية فانها تمثل النوع الثاني من النزاعات ومنها قضايا المنشطات، واعمال الشغب والعنف في الملعب أو اساءة الحكم وقد تكون داخل نطاق الملعب أو الحلبة أو الميدان أو تكون من المتفرجين داخل المدرجات وخارجها أو سوء معاملة الخيول.

وفي الغالب تتم معالجة الحالات الانضباطية بدرجة أولى عن طريق سلطات رياضية محلية مختصة تابعة لاتحادات أو جمعيات رياضية أو اية هيئة رياضية محلية اخرى، ثم تصبح موضوعاً للاستئناف لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) التي تعمل حينها كمحكمة درجة أخيرة محكمة طعن، كما تستطيع ايضاً مساعدة الاطراف بحل منازعتهم على اسس سليمة (ودية) عن طريق اجراءات الوساطة من خلال اعطاء اراء استشارية بخصوص مسائل قانونية متعلقة بالرياضة غير ملزمة<sup>(٢)</sup>.

ويقول "Pierre Jolidon" يتدخل قانون العقوبات في الميدان الرياضي لتأديب وردع اعمال العنف الرياضية والأمر يتعلق بالجروح الجسدية الناتجة عن الضرب والجرح حتى القتل وبصفة عامة كل الجرائم التي ترتكب سواء كانت غير عمدية أو عن اهمال "والتي تتم متابعتها من قبل النيابة العامة نظراً لخطورتها على المجتمع

---

1- "منح الاتحادات الرياضية امتياز احتكار تنظيم المسابقات الرياضية، وتحقيق ومراجعة العقود الرياضية" راجع: د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٧٧، ٨٦.

2- حددتها الفقرة ج من المادة ١٢ من قانون التحكيم الرياضي، وتقدم آراء استشارية غير ملزمة بناءً على طلب اللجنة الأولمبية الدولية (IOC)، أو الإتحادات الرياضية الدولية (IFS) أو اللجان الأولمبية الوطنية الرياضية (NOCS)، أو الجمعيات التي تعترف بها اللجنة الأولمبية الدولية، واللجان المنظمة للألعاب الأولمبية (OCOGS) وهو مختصر:

Guide To Arbitration, Court Of Arbitration For Sport, (Olympic Games Organizing Committees), 1994.

أشارت إليه: م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص٥٤، ٥٦، د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٥٩، ١٠٦، ٢٩٣.

أو بدعوى من المتضرر<sup>(١)</sup>، ان القانون الرياضي المصري الجديد اوضح تلك الجرائم والعقوبات بقواعد ونصوص واضحة<sup>(٢)</sup>.

كما اقر المجتمع الدولي تجريم المنشطات والمعاقبة عليها حيث نجد ان الدول الغربية قامت باصدار تشريعات تجرم تعاطي المنشطات والمساهمين معه في هذا الفعل وكانت الدولة الفرنسية هي الرائدة في مجال مكافحة المنشطات<sup>(٣)</sup>، حيث عاقب القانون الفرنسي هذه الظاهرة بنصوص تجريبية في القانون الصادر ١ يونيو عام ١٩٦٥م<sup>(٤)</sup>، ثم بإصدار قانون جديد حل محله في ٢٨ يونيو عام ١٩٨٩م وافر تعديلاً جوهرياً في المجال بعدم توقيع عقوبة جنائية على الرياضي واكتفي بالجزاء التأديبي<sup>(٥)</sup>، ويجوز للوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات ممارسة سلطتها في توقيع عقوبات الحظر المؤقت أو النهائي من المشاركة في المسابقات أو الأحداث الرياضية ضد الرياضيين المدانين بأفعال محظورة أو ضد المرخص لهم<sup>(٦)</sup>.

وعلى غرار الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات<sup>(٧)</sup> وبعد تصديق جمهورية مصر العربية على الاتفاقية الدولية لمكافحة المنشطات المبرمة في باريس بتاريخ ٢٠٠٥/١١/١٨، اتجه قانون الرياضة الجديد المصري في مادته الاولى إلى انشاء الهيئة المصرية لمكافحة المنشطات وعرفتها تلك المادة بانها "الجهة المنوط بها

---

1 -Pierre Jolidon, La Responsabilité Civile Et Pénale Des Pratiques Des Activités Physique Et Sportives, In Actes Du XVIIIème Colloque De Droit Européen, Octobre 1988.

أشار اليه: أ/ معزیز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٦٠.

2- راجع المواد من ٨٥ إلى ٩٠ من قانون الرياضة المصري الجديد.

3- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ١٤٧.

4 -Loi n° 65-412 du 2 juin 1965, J.O. p.4531.

5 -Loi n° 89-432 du 28 juin 1989, J.O. p.8146.

6 -Article L. 232-23, Ordonnance n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport.

7- جاء ظهور الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات نتيجة لاعتماد قانون ٥ ابريل لسنة ٢٠٠٦.

Loi n° 2006-405 du 5 avril 2006 relative à la lutte contre le dopage et à la protection de la santé des sportifs, J.O. n° 82 du 6 avril 2006, p.5193, texte n° 2.



مكافحة المنشطات في مجال الرياضة" وتتحمل تلك الجهات مسؤولية الوقاية ومكافحة المنشطات وإصدار تصاريح في استخدامها للأغراض العلاجية.

ويحظر على الرياضيين تعاطي المواد المنشطة، ولا يجوز مخالفة قواعد الوكالة الدولية لمكافحة المنشطات في مجال الرياضة، كما يحظر على المدربين والأطباء المعتمدين وغيرهم من العاملين في مجال الرياضة إعطاء المواد المنشطة للرياضيين أو مطالبتهم أو تحريضهم على تعاطيها أو تطبيق وسائل محظورة وفقاً لقواعد المنظمة الدولية لمكافحة المنشطات، ويكون للمنظمة المصرية لمكافحة المنشطات في مجال الرياضة شخصية اعتبارية وتتولى متابعة وتنفيذ الموثيق الدولية لمكافحة المنشطات في مجال الرياضة داخل جمهورية مصر العربية، ولها أن تتعاون معها في المجالات ذات الصلة، وعلى المنظمة رفع تقارير دورية عن عملها المهني إلى الجهة الإدارية المركزية ويجب على جميع الاتحادات الإلتزام بالكواد الدولي الخاص بالمنشطات المطبق في مصر، وتضع المنظمة المصرية لمكافحة المنشطات لائحة لتنظيم عملها والإجراءات المتبعة أمامها<sup>(١)</sup>، واتجه المشرع الجزائري إلى مكافحة تعاطي المنشطات وكذا الوقاية من العنف في المنشآت الرياضية تماشياً مع السياسة الرياضية الدولية بهذا الشأن<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال قانون ٢٣ مارس ١٩٩٩ أقام المشرع الفرنسي عيادات طبية داخل هيئات الصحة العامة للوقاية ومكافحة المنشطات، وتم تعديل مسمى العيادات الطبية عام ٢٠٠٦ لتصير الوحدات الطبية للوقاية من المنشطات تابعة لوزارة الشباب والرياضة وتختص وحدها في اتخاذ التدابير الوقائية لمكافحة المنشطات وإصدار دفتر طبي لكل رياضي وتقديم تقرير يتضمن تقيماً لنتائج الفحوصات الطبية التي أجريت على الرياضيين ويتم عرض التقرير على الاتحاد الرياضي وإيصاله إلى

---

1- المادة (٣٣، ٣٤) من قانون الرياضة المصري الصادر عام ٢٠١٧م، نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٢٠.

2- انظر المادة رقم ١٨٨-١٩٨ من القانون الجزائري رقم ١٣-٥ مؤرخ في ١٤ رمضان ١٤٣٤ الموافق ٢٣ يوليو ٢٠١٣ يتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها، نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ١٨.

وزير الرياضة<sup>(١)</sup>، واصبحت هناك رقابة طبية من قبل الاتحاد الرياضي من خلال طاقم طبي قوي، وهذا لا يفي المسؤولية الملقاه على عاتق الاتحادات الرياضية، في القضاء على ظاهرة المنشطات، وضرورة اقامة قضاء تأديبي رادع من اجل القضاء عليها ومكافحتها<sup>(٢)</sup>.

كما تبنت جميع الاتحادات الرياضية الكبرى في ٥ مارس ٢٠١٣ نحو ٨٠ حكومة المدونة العالمية لمكافحة المنشطات، القانون الذي ينص على ان للمحكمة (CAS) الاختصاص للنظر في الطعون ضد القرارات التي تصدر عن اختبارات الكشف عن المنشطات في الأحداث الدولية أو على الرياضيين المحترفين على المستوى الدولي<sup>(٣)</sup>، واعتمد القانون تطوير القواعد وتطبيق القرارات التأديبية والعقوبات المقررة لاستخدام المنشطات من خلال اتفاقيات دولية موقعة من قبل الدول لمكافحة تعاطي المنشطات في الألعاب الرياضية<sup>(٤)</sup>.

وتأسس سلطة الاتحاد الرياضي في مجازة الرياضي الذي يرفض أو يتقاعس عن أداء واجبه الوطني من خلال تمثيل الفرق القومية في المسابقات الدولية يرجع إلى أن قيام الاتحاد الرياضي بأداء إحدى المهمات المتصلة بالمصلحة العامة للدول وتمتع الاتحاد الرياضي بامتيازات السلطة العامة لأداء المهمات المكلف بها، ومن ثم يكون للاتحاد الرياضي وحده صلاحية توقيع جزاءات على أمثال هؤلاء الرياضيين<sup>(٥)</sup>.

---

1- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ١٣٩ وما بعدها.

2- Jean Baptiste Reynaud, L'encadrement par l'Etat des prérogatives des fédérations sportives française, Thèse de docteur en droit public, Université de Bourgogne, Faculte de droit et de science politique, 2014, p179.

3-Mama Laye Mbaye, Le Règlement Des Litiges Sportif Par Le Tribunal Arbitral De Sport, OP.CIT, P31.

**Paul David, A Guide To The World Anti-Doping Code- The Fight For The Spirit Of Sport, Third Edition, Cambridge University Press, 2017, P3.**

نبيل باسما عيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٢٠.

5- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٨١.

ونظراً لخطورة ظواهر العنف والشغب على المجال الرياضي، على السلطة العامة أن تتدخل من خلال:

١- توجيه وسائل الإعلام بما لها من دور بارز في الحد من هذه الظواهر والابتعاد عن تأجيج الجماهير الرياضية والإهتمام بشرح قواعد أصول اللعبة وتنقيف الجماهير رياضياً والعمل على توطيد العلاقات بين اللاعبين والجمهور والأندية وممارسة دورها في التوجيه والإرشاد والتنقيف الرياضي للأفراد والنادي والهيئات الرياضية.

٢- تبني خطط أمنية دقيقة لمجابهة أعمال الشغب والعنف، والوقاية من أضراره والسيطرة عليه حال نشوئه<sup>(١)</sup>.

ومن اللاتزامات التي نصت عليها قانون الرياضة الجديد المادة (٨٠) على ان "تضع الأندية والهيئات الخاضعة لاحكام هذا القانون الخطط والبرامج اللازمة لنشر ثقافة الروح الرياضية ومكافحة شغب الملاعب، ونبذ العنف والتعصب الرياضي وتوعية الجماهير بأخلاقيات الأنشطة الرياضية".

وتخضع الجرائم وأعمال الشغب والعنف وتعاطي المنشطات لأحكام وقواعد الأنظمة الرياضية وكذلك قانون العقوبات وتختص السلطات العامة المحلية والهيئات والاتحادات الرياضية بتوقيع العقوبات على تلك الأعمال.

### **الفصل الثالث**

#### **المنازعات الرياضية ذات الطبيعة المؤقتة**

الطبيعة الوقتية في المنازعات الرياضية من احدى المعايير الدولية المعمول بها في مجال التحكيم الرياضي الدولي والمرتبطة بالاحداث والألعاب الرياضية، ويجب على مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري وكذلك هيئات التحكيم الرياضية الاقليمية في الدول المختلفة الأخذ بمعيار الطبيعة المؤقتة للمنازعات الرياضية كما هو معمول به دولياً، وقبل ان تناول الطبيعة المؤقتة للمنازعات الرياضية وعلاقتها

1- "من أعمال الشغب والعنف أحداث مباراة كرة القدم بين النادي الأهلي والنادي المصري البورسعيدي وهي من أشهر الحوادث الرياضية"، د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ١٠٦، ١٠٧.

بقانون المرافعات لأبد من القاء الضوء على المحاكمات والإجراءات الوقتية للمنازعات الرياضية المعمول بها دولياً.

حيث قاما المجلس الدولي للتحكيم الرياضي بإنشاء غرفة خاصة تسند لها مهمة الفصل في النزاعات الناشئة أثناء دورة ألعاب الأولمبية آنذاك في اتلنتا، عن طريق التحكيم وباحكام نهائية، خلال أربع وعشرين ساعة من نشوئها، ليتسنى لجميع المشاركين في هذه الدورة (الرياضيين، والمسؤولين، والمدربين، والاتحادات...) إمكانية الوصول بسهولة إلى الغرفة المخصصة للتسوية وبإجراءات خاصة بسيطة ومجانية وضعت آنذاك<sup>(١)</sup>، تحتوي الغرفة على رئيسين مشاركين واثنى عشر محكماً يتواجدون بالموطن الذي تجرى به الألعاب (المدينة الأولمبية) لمدة الألعاب، ويجوز لهيئة التحكيم الخاصة اصدار حكم وقتي أو نهائي، أو إحالة النزاع إلى التحكيم (CAS) بموجب قانون التحكيم الرياضي، ويجوز لهيئة التحكيم الخاصة ان تفصل في جزء من موضوع النزاع وتحيل الجزء الآخر إلى تحكيم (CAS)<sup>(٢)</sup>.

وتبدأ سريان الإجراءات بعد تلقي امانة المحكمة (Greffé de TAS) طلب من المدعي أو وكيله، ويتم تشكيل هيئة التحكيم والنظر والبت في الطلب المقدم في غضون ٢٤ ساعة واستثناء يمد الأجل من قبل رئيس غرفة التحكيم الخاصة، وللهيئة اتخاذ التدابير المؤقتة والقرارات الوقتية أو تعليق القرار المطعون فيه، وللهيئة تنظيم الإجراءات بالطريقة التي تراها مناسبة مع مراعاة الاحتياجات والظروف الخاصة

---

1- ونص الميثاق الأولمبي في المادة ٢/٦١ الفقرة الثانية التي تخول إلى محكمة (CAS) النظر في النزاعات الناشئة أثناء دورة الألعاب الأولمبية، بموجب هذه المادة "ويجب تقديم أي نزاع ينشأ بمناسبة دورة الألعاب الأولمبية أو في أي قضية لها علاقة بالدورة، بشكل حصري إلى محكمة التحكيم الرياضية، وفقاً لقانون التحكيم الرياضي" راجع:

Comité International Olympique, Charte Olympique, État En Vigueur Au 2 Août 2015, Septembre 2015, P108.

2- وتشكل غرفة التحكيم الخاصة (La Chambre Ad Hoc) من رئيس وأمين أو ممثل ومحكمين مقيدين في قائمة التحكيم الخاصة، ويتلقى أمين أو ممثل غرفة التحكيم (Greffé) طلبات التحكيم ويجب أن يحتوي طلب التحكيم على مايلي: إدعاءات =المدعي، وصف موجز للوقائع والحجج القانونية التي أنشأ من أجلها الطلب، نسخة من القرار المطعون فيه ان وجدت، اي تفسيرات لازمة عن مدينة الألعاب الأولمبية، طلب الحصول على تدابير مؤقتة يراها ضرورية وقابلتها للتنفيذ وهذا حسب نص الفقرة (٢) من المادة (٢) من قانون التحكيم المنظم للألعاب الأولمبية (RAJO):

Règlement D'arbitrage Pour Les Jeux Olympiques. Op Cit, P1.

راجع: نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص٣٧: ٣٩.

للقضية وما يحقق مصالح الأطراف، مع مراعاة متطلبات السرعة والكفاءة في سير الإجراءات امام الغرفة، ولهيئة التحكيم مهمة الرقابة على اجراءات الاثبات التي يتقدم بها الاطراف من أدلة وبراهين وشهادة شهود فاذا تبين للمحكمة كفاية المعلومات واقتناعها بما تم تقديمه لها، فللهيئة توقيف الجلسات واصدار حكم التحكيم، ولها الحق في الاستعانة بالخبراء أو طلب وثائق أو مستندات أو معلومات ترى انها تصب في حل النزاع أو قبول دليل أو استبعاده كل ذلك بما لها من سلطة تقديرية واستقلالية اكتسبتها بموجب القوانين أو الانظمة الرياضية<sup>(١)</sup>.

أقر التحكيم الرياضي الدولي بالقضاء الوقتي للمنازعات الرياضية الدولية وتميز بالسهولة والسرعة والمجانبة والكفاءة في سير الإجراءات وصدور احكام نهائية أو وقتية وهذا يتفق مع طبيعة تلك المنازعات الرياضية المستعجلة التي ترتبط بأحدث رياضية اثناء دورة الألعاب الأولمبية، ولاشك ان الطبيعة الوقتية للمنازعات الرياضية التي تحدث في الدورات والألعاب الرياضية معيار دولياً يجب ان تنتبه له التشريعات والأنظمة الرياضية المحلية وعلى المشرع الأخذ بعين الاعتبار بهذا المعيار وتقنين قضاء وقتياً للنظر في المنازعات الرياضية المحلية.

ويعد من القرارات الوقتية أو التدابير التحفظية التي تختص باصدارها محكمة التحكيم الرياضية الدولية القرار الصادر بإيقاف جوزيف بلاتر عن العمل وكذلك إيقاف بلاتيني عن العمل لمدة تسعون يوم يعد اجراء تحفظي قبل القرار والحكم النهائي<sup>(٢)</sup>.

لكن ماهي الإجراءات المنظمة لتلك المنازعات الرياضية ذات الطبيعة المؤقتة؟ وماهي القواعد والاحكام التي تحكم هذه المنازعات؟

---

1- تسري الإجراءات الخاصة للتحكيم امام المحكمة (CAS) استنادا على المواد ١٥ إلى ٢٢ من قانون المحكمة الخاصة بالألعاب الأولمبية (RAJO) ويسري هذا القانون اثناء الألعاب الأولمبية وخلال العشرة أيام التي تسبق حفل افتتاح الألعاب الأولمبية: راجع:

Règlement D'arbitrage Pour Les Jeux Olympiques, Article N° 01, P 1

، نبيل باسماعيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص٣٩.  
2- م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص٥٦.

لم يتناول قانون الرياضة المصري المنازعات الرياضية ذات الطبيعة الوقتية ولم يفرق بين المنازعات الرياضية الوقتية والمنازعات الرياضية العادية، وهذا بخلاف الجانب الدولي الذي اتخذ اجراءات تحكيم خاصة تلك الاجراءات التي تسري اثناء دورة الألعاب الأولمبية وتفرد لها محكمة (CAS) قواعد مستقلة تسري عليها. المنازعات الرياضية ذات الطبيعة الوقتية لم يرد به نص خاص في قانون الرياضة المصري الجديد وتستدعي تلك المنازعات ان يتخذ فيها أحكام وقرارات وقتية من خلال اجراءات تحكيم خاصة تختلف عن اجراءات التحكيم الرياضي العادي.

وأن القانون المصري اقر بعض التدابير اللازمة لحماية المشاركين في الأنشطة الرياضية من خلال الهيئات الرياضية أو من خلال المنظمة المصرية لمكافحة المنشطات<sup>(١)</sup>.

ولاشك أن هناك بعض الإجراءات والتدابير الوقتية التي يلزم اتخاذها أثناء ممارسة الألعاب والأنشطة الرياضية، ويمكن تصور ذلك من خلال ان الإجراءات الوقتية للمنازعات الرياضية إما ان تكون إجراءات وقتية تحفظية<sup>(٢)</sup> كتعيين الحراسة على مال متنازع عليه بين الأندية أو الهيئات الرياضية، أو إثبات حالة يخشى ضياع معالمها أو سماع شاهد يخشى زوال فرصة الاستشهاد به مثل اللاعب الذي يسافر للاحتراف في بلد بعيد يخشى عدم رجوعه وذلك للمحافظة على دليل يمكن التمسك به أمام القضاء الموضوعي لمنازعة رياضية، وقد تكون إجراءات وقتية معجلة كوقف تنفيذ قرار فصل العامل، أي وقف تنفيذ قرار فصل اللاعب الرياضي من النادي لأن الوصف القانوني للعقد الرياضي بين اللاعب والنادي وصف على أنه عقد عمل، وظرف الاستعجال انما يخضع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم الرياضي أو محكمة التحكيم الرياضي فهي التي تحدد توافر شرط الاستعجال من عدمه لتبرر اصدار القرار أو التدبير المؤقت وتتصف تلك المنازعة الرياضية بالطبيعة المؤقتة.

1- المادة ١١، ٣٤ من قانون الرياضة المصري الجديد.

2- د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية التجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥م ص ١٠٤.

أكد قانون الرياضة المصري في نص المادة (٧٠) على التزام مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري مراعاة أحكام الميثاق الأولمبي والمعايير الدولية والنظم الأساسية للهيئات الرياضية المخاطبة بأحكام هذا القانون.

وهذا النص يفيد بعمومه التزام مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري بمراعاة الاحكام والمعايير الدولية المعمول بها في المنازعات الرياضية، وتعد سرعة وسهولة الإجراءات في المنازعات الرياضية المستعجلة و نفاذ الاحكام الوقتية الصادرة فيها من المعايير الدولية المعمول بها والتي ينبغي على مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري الالتزام بها وتطبيقها.

وإن كنت أرى أن المشرع المصري لم يحدد جهة موحدة تكون صاحبة الاختصاص في اصدار القرارات والتدابير الوقتية أثناء ممارسة الألعاب والأنشطة الرياضية مثل ما هو معمول به دولياً وهي "الغرفة المخصصة لاصدار القرارات والتدابير الوقتية" بمحكمة التحكيم الرياضية الدولية (CAS)، وكان لزاماً على المشرع المصري انشاء جهة موحدة تكون صاحبة الاختصاص في نظر الدعاوى الرياضية المستعجلة و اصدار القرارات والتدابير الوقتية بما يخدم مصالح الرياضيين وبما يتفق مع الطبيعة المؤقتة والمستعجلة لتلك المنازعات الرياضية.

طبيعة المنازعات الرياضية قد تستلزم في بعض الأحيان اجراءً وقتياً، وان عنصر الاستعجال في المنازعات الرياضية قد يتوافر بشكل كبير في الأحداث والألعاب الرياضية وهو الخشية من فوات المصلحة أو ضياع الحق، لأن المنازعات الرياضية ترتبط بأحداث رياضية وقتية وهذا يقتضي احاطة تلك المنازعات بملابسات وظروف تستدعي معها توافر شرط الاستعجال، وعدم تحقق تلك المعايير السرعة والسهولة الإجرائية في المنازعات الرياضية المستعجلة قد يضر بمصالح الرياضيين.

وأرى ضرورة انشاء دائرة أو غرفة خاصة في مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري تختص تلك الغرفة أو الدائرة بالنظر في المنازعات الرياضية المستعجلة أثناء دورة الألعاب الرياضية ولها صلاحية اصدار القرارات والتدابير

ذات الطبيعة المؤقتة، وتسري على تلك المنازعات المستعجلة احكام القضاء المستعجل المعمول بها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتعد القرارات الصادرة في المنازعات الرياضية ذات الطبيعة المؤقتة قرارات نافذة فإذاً معجلاً، وذلك لأن قانون الرياضة المصري لم يحدد احكام خاصة تسري على تلك المنازعات الرياضية المستعجلة وأحال قانون الرياضة المصري في المادة (٧٠) منه على سريان الضمانات والمبادئ الاساسية للتقاضي في قانون المرافعات المدنية والتجارية واحكام قانون التحكيم فيما لم يرد به نص خاص في قانون الرياضة المصري.

أن المشرع أقر القضاء المستعجل إلى جانب القضاء الموضوعي ليفصل في المنازعات التي لا تحتمل التأخير بسبب طبيعتها<sup>(١)</sup>، والقضاء المستعجل يقصد به الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت، فصلاً مؤقتاً لا يمس أصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ اجراء وقتي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الاوضاع القائمة، أو احترام الحقوق الظاهرة، أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين<sup>(٢)</sup>.

كما نصت المادة ٦٦ من قانون المرافعات المصري على ان "ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة أربع وعشرون ساعة، ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه"، ويكون نقص المواعيد في الأحوال المتقدمة بإذن من قاضي الأمور الوقفية وتعلن صورته للخصم مع صحيفة الدعوى.

لامانع من تطبيق القواعد العامة للإجراءات المعمول بها في القضاء المستعجل على المنازعات الرياضية المستعجلة والمرتبطة باحداث دورة الالعاب الرياضية، ويجوز اتخاذ قرارات أوتدابير وقتية مستعجلة لحماية مصالح يخشى عليها من فوات الوقت والتي لا تحتمل التأخير، ويلزم تطبيق المعايير المعمول بها دولياً من سرعة

1- وجدي راغب (النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات) منشأة المعارف عام ١٩٧٤م ص ١٠٨.

2- عبد الباسط جميعي (مبادئ المرافعات) دار الفكر العربي عام ١٩٧٣م ص ١٢٩.



وسهولة الاجراءات وتنفيذ القرارات والتدابير المؤقتة ويختص بظر هذه المنازعات الرياضية المستعجلة مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري. وتعد القرارات والاحكام الوقتية ليست لها حجية امام القضاء الموضوعي<sup>(١)</sup>، وبالتالي تكتسب الاحكام والقرارات والتدابير الوقتية التي تصدرها هيئات التحكيم الرياضي ومركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري الحجية المؤقتة، ويجوز لهيئات التحكيم الرياضي عند نظر المنازعات الرياضية الموضوعية ان تصدر احكاماً تلغي أو تعدل من الاحكام والقرارات والتدابير المؤقتة.

## المبحث الثاني

### الإختصاص وضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي

الإختصاص معناه: التفضيل والانفراد<sup>(٢)</sup>، وفي اصطلاح النظام القضائي معناه السلطة التي خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما<sup>(٣)</sup>، وهو نطاق القضايا التي يمكن ان تباشر فيه المحكمة ولايتها<sup>(٤)</sup>، وعرف البعض انه الوسيلة الاجرائية التي يتم من خلالها توزيع المسائل القضائية بين التشكيلات القضائية المتعدده داخل الجهة القضائية الواحدة<sup>(٥)</sup>.

وتحديد الاختصاص يقصد به توزيع القضايا التي تختص في نظرها هذه المحكمة من أجل حسم منازعاتها، وتهدف قواعد الاختصاص إلى بيان حدود ونصيب كل محكمة من القضايا التي تدخل في ولاية الجهة التي تتبعها هذه المحكمة<sup>(٦)</sup>. ويمكن تناول ذلك المبحث من خلال مطلبين:

---

1- د/ أحمد أبو الوفا (التعليق على نصوص قانون المرافعات) مؤسسة المعارف للطباعة والنشر عام ١٩٩٠م ص٣٣١، ٣٣٥، د/ أحمد هندي (قانون المرافعات المدنية التجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥م ص١٠٧، نقض ١٩٩٢/١/٥ - طعن ١٠٧٨ لسنة ٥٤ ق، ١٤/١١/١٩٨٩ - السنة ٤٠ ص٧٣ عدد ٣ رقم ٣٢٧.

2- د/ رمزي سيف (الوسيط في شرح قانون المرافعات) طبعة ٨ عام ١٩٦٥م ص١٨٢.

3- د/ أحمد السيد الصاوي (الوسيط) طبعة عام ١٩٨٧م ص٢٩٣.

4- د/ وجدي راغب (مبادئ القضاء المدني) مرجع سابق ص ٢٣٤.

5- د/ محمود على عبد السلام وافي (أصول التنفيذ القضائي في النظام السعودي الجديد) مكتبة الرشد ط١ عام ٢٠١٤م ص٣٦.

6- د/ أحمد عوض هندي (أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة الإسكندرية عام ٢٠٠٦م ص٦٥.

المطلب الأول: الاختصاص القضائي الرياضي.

المطلب الثاني: ضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي.

### **المطلب الأول**

#### **الإختصاص القضائي الرياضي**

لم تقتصر المنازعات الرياضية على الاختصاص القضائي المحلي وإنما امتدت المنازعات الرياضية للرقابة القضائية الدولية وأصبحت لهيئات التحكيم الرياضية الدولية سلطة وولاية الاختصاص بالنظر في المنازعات الرياضية ولو كانت محلية ولذلك يمكن تناول ذلك المطلب وتقسيمه على فرعين:

الفرع الأول: الاختصاص القضائي الوطني للفصل وتسوية المنازعات الرياضية.

الفرع الثاني: اختصاص هيئات التحكيم الدولية للفصل في المنازعات الرياضية.

### **الفرع الأول**

#### **الاختصاص القضائي الوطني للفصل وتسوية المنازعات الرياضية**

لم تتفق الدول على مسار واحد للجهة المختصة بالفصل وتسوية المنازعات الرياضية، وتتحدد تلك الجهة بناء على مآقرته التشريعات المحلية في القوانين الداخلية للدول، فقد يقرر المشرع في إحدى الدول انعقاد الاختصاص للمنازعات الرياضية لمحاكم رياضية متخصصة، وقد يقرر المشرع في دولة أخرى انعقاد الإختصاص لهيئات تحكيم رياضية، وفي دول أخرى أقرت انعقاد الاختصاص لمراكز ولجان إدارية. ولذلك سوف نتناول في الغصن الأول: المحاكم الرياضية المتخصصة بالفصل في المنازعات الرياضية، وفي الغصن الثاني: اختصاص هيئات ومراكز التحكيم الرياضي الوطني.

### **الغصن الأول**

#### **المحاكم الرياضية المتخصصة بالفصل في المنازعات الرياضية**

ونظرا لما تكابده الساحة الرياضية من مشاكل وخلافات، فإن الحاجة قد أصبحت ملحة لوجود نظام للفصل بين الأطراف المتنازعة في مجال الرياضة،

وإيجاد الحلول التي تقدم آلية ثابتة مستمدة من القوانين بكل حيادية، لتحمي الساحة الرياضية مما تتعرض له من مشاكل، وفي ظل عدم وجود آلية قانونية معترف بها لحل النزاعات الرياضية، فستكون النتيجة الحتمية هي لجوء الرياضيين إلى المحاكم العادية، لا سيما ما أصبحت تتسم به هذه المحاكم من استغراق أوقات طويلة للفصل في المنازعات، مما وصمها بالبطء في إجراءات التقاضي لأسباب كثيرة، قانونية ومهنية واجتماعية وغيرها<sup>(١)</sup>.

ولقد نما مفهوم المحاكم المتخصصة في الوقت الحالي وصار وجودها امراً ضرورياً لأنها تقوم على اساس التخصص النوعي في مجال معين من المجالات، ويقصد بالاختصاص النوعي: توزيع العمل بين المحاكم المختلفة في داخل الجهة القضائية الواحدة بحسب نوع القضية<sup>(٢)</sup>

استحداث المشرع نظام قضائي مختص بالنزاعات الناشئة عن التطبيق الرياضي نظراً للخصوصية التي يمتاز بها المجال الرياضي، ولاشك ان انشاء المحاكم المتخصصة يسهم في التغلب على بعض الصعوبات القانونية التي لا يدركها إلا المتخصصون في ذلك المجال، كما ان اللجوء إلى القضاء العادي والمحاكم العادية سيؤدي إلى استغراق أوقات طويلة للفصل في المنازعات<sup>(٣)</sup>.

ومن المعلوم أن القانون المصري انشاء محاكم متخصصة في المسائل المدنية حيث تنص المادة ١٣ من قانون السلطة القضائية على أن لوزير العدل أن ينشئ بقرار منه بعد موافقة الجمعية العامة للمحكمة الابتدائية محاكم جزئية يخصصها بنظر نوع معين من القضايا، مثل المحاكم العمالية ومحاكم التنفيذ ومحاكم الامور المستعجلة<sup>(٤)</sup>، وتضمنت المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية حكماً يقضى بتخصص

---

1- م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ٣.  
2- د/ أحمد عوض هندی (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥ ص ٧٧.  
3- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٨٩.

4- وهذه المحاكم متخصصة في القضايا العمالية ايا كانت قيمتها، ويوجد نظام قاضي التنفيذ ومحكمة التنفيذ حيث أفرد قانون المرافعات في المواد ٢٧٤ وما يليها نظام محكمة التنفيذ التي أوكل إليها مهمة الإشراف على التنفيذ وحل جميع إشكالاته، ومحكمة الأمور المستعجلة والتي تختص بنظر المسائل المستعجلة، والمحكمة الدستورية العليا من أنواع المحاكم المتخصصة. راجع: د/ نبيل إسماعيل عمر (الوسيط) مرجع سابق ص ٩١

القضاة، بعد مدة معينة من تعيينهم فى وظائفهم، إلا ان تطبيق هذا النص مازال معطلاً لعدم صدور قرار من وزير العدل، بوضعه موضع التنفيذ بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية<sup>(١)</sup>، وبالتالي يكون التخصص غير موجود على الاطلاق، رغم انه مطلوب وضرورى اليوم قبل الغد<sup>(٢)</sup>.

المحاكم المتخصصة فى العصور الحديثة اصبحت وجودها ضرورة ملحة فهي تقوم على اساس التخصص النوعي فى مجال معين من مجالات تنظيم العلاقات الاجتماعية أو الاقتصادية أو غيرها، ويمكن القول بأن إنشاء المحاكم المتخصصة قد أفاء بلمسة متحضرة ومتأنية وفعالة لكل مشكلة من المشاكل القانونية، التي لا تدرك خفاياها إلا للمتخصصين فى المجال الذي تحكمه، لذا فقد كان من اللازم ان تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى قد تم إنشاؤها وتحديد اختصاصاتها بقانون<sup>(٣)</sup>.

وبالتالى تصبح المنازعة الرياضية التي قد تنشأ بين الاتحادات والاندية واشخاص اللعبة أو بين الاتحاد واللاعب الممارس والمدرّب ينعقد الاختصاص فى نظرها إلى القضاء العادي بصفة اساسية وذلك باعتبار ان النوادي من الهيئات الخاصة ذات النفع العام ومن ثم فهي من اشخاص القانون الخاص، وترتيباً على ذلك فان مايصدر عن هذه الهيئات الرياضية من تصرفات أو ماتصدره من قرارات، لا يتمتع بالطبيعة الإدارية ومن ثم يخضع إلى رقابة القضاء العادى، ومايصدر عن

---

٩٢، د/ ابراهيم أمين النفاوي (مبادئ التنظيم القضائي) دار النهضة العربية الطبعة الأولى ٢٠٠٦م ص ٢٤٥، ٢٤٩.

1- د/ ابراهيم أمين النفاوي (انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة) دار النهضة العربية الطبعة الأولى عام ٢٠٠٠م ص ٦٣، ٦٤، د / أحمد قطب عباس (إساءة إستعمال الحق فى التقاضى) دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٦م ص ٥٤٣.

2- د/ محمد مجدي مرجان (ثورة العدالة) دار النهضة العربية عام ١٩٩٤م ص ٤٢، د/ فتحى والى (قانون القضاء المدنى) مطبعة جامعة الكويت عام ١٩٧٧م ص ٢١٠.

3- الجهة التي تنشئها السلطة التنفيذية للفصل فى الدعوى لا يمكن اعتبارها من المحاكم المتخصصة، ومن ثم فلا تعد قضاء طبيعياً للمواطنين. راجع: م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ٣.

أعضاء الهيئات الخاصة ومنتسبيها من أعمال وتصرفات عند مخالفة قواعد اللعبة وقوانينها، يمكن ان يكون محلاً للتدخل من القضاء الجنائي أو المدني<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة للمسائل المتعلقة بالمنشطات الرياضية فإن تدخل المحاكم الوطنية أصبح محدوداً جداً وضئيلاً في ظل انشاء نظام مكافحة المنشطات العالمي<sup>(٢)</sup>.

وعلى غرار ذلك فإننا ننادي المشرع بانشاء محاكم رياضية أو هيئات تحكيم رياضية متخصصة تتبع السلطة القضائية والمجلس الأعلى للقضاء وتكون لهذه المحاكم أو هيئات التحكيم الرياضي سلطة الفصل في المنازعات الرياضية.

نادى الكثير بعمل قضاء خاص للفصل في هذه المنازعات بإيجاد محاكم متخصصة وذلك بتشجيع القانونيين بالعمل في المجال الرياضي ووضع مقترح لمحكمة تحكيم خاصة بالرياضيين تجعل العاملين في هذا المجال يتصفون بالسلاسة والفهم العميق للقوانين واللوائح والنظم وطريقة عمل كافة الهيئات، وجعلهم ايضاً يمتازون ببراعة تمكنهم من صهر جميع القوانين لتصويب حاله الانفلات التي يعيشها العالم الرياضي والقدرة على ارساء أدب التحاور القانوني بعيداً عن الشطط والغلواء، ان وضع حد للتفسيرات الخاطئة للقوانين تمكن القانونيين من معالجة القضايا بعيداً عن المجاملات أو التثفي<sup>(٣)</sup>.

وقد بات من الضروري أن تتصدى المحاكم المتخصصة للمشاكل القانونية المستجدة حيث يقوم عليها قضاة متخصصون، يرتبط أداؤهم بمدى إلمامهم بالعلم الذي يواجهونه في القضايا المعروضة عليهم، بما يجعلهم مؤهلين للفصل في تلك القضايا من خلال مجموعة من الاعتبارات العلمية التي تعينهم على أداء مهمتهم بسهولة ويسر، وبما يضمن فصلاً عادلاً في النزاع المعروض عليهم<sup>(٤)</sup>.

---

1- د/ عادل الشوربجي (الأساليب القانونية لفض المنازعات الرياضية) المؤتمر العلمي الثالث لكليتي الحقوق والتربية الرياضية جامعة أسيوط بتاريخ ٦-٧ مارس عام ٢٠٠٧ ص٥، معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٨.

2- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٣٧.

3- محمد عبد الله إبراهيم (حول المحاكم المتخصصة النزاعات الرياضية – أنموذجاً) مرجع سابق ص٣،٢.

4- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٨٩.

ولاشك ان تفاصيل المنازعات الرياضية بحاجة لمعرفة عميقة بالرياضة لا يمتلكها القاضي العادي إذ ان المحكمين في هذه المحكمة شخصيات ذو مؤهلات قانونية ولديهم خبرة بالمشاكل المتصلة بالنشاط الرياضي<sup>(١)</sup>.

وهذا لا يمنع المحكم من الاستعانة بالخبراء الرياضيين وذلك بناء على نص المادة (٣٦) من قانون التحكيم المصري التي نصت على ان "الهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها، وترسل إلى كل من الطرفين صورة من قرارها" والخبراء الرياضيين هم أشخاص ذوي خبره بالمجال الرياضي، ويتم الاستعانة بهم إذا عرض على المحكم منازعة رياضية تحتاج إلى خبرة فنية بالمجال الرياضي، كالقضايا المتعلقة بالمجال الطبي والهندسي والتي يحتاج فيها القاضي إلى خبراء متخصصون في المجال الطبي أو الهندسي.

**لذلك أرى من وجهة نظري: ضرورة انشاء محكمة رياضية أو هيئة تحكيم رياضية متخصصة تختص بتسوية المنازعات الرياضية، وتتسم تلك الهيئة بأمرين أولاً: أن تكون ذات اختصاص قضائي تتبع السلطة القضائية وتثبت لها سلطة الفصل في المنازعات الرياضية، ويصدر قرار بانشائها من وزير العدل ويخضع في تنظيمها لسلطة المجلس الأعلى للقضاء وتكون هذه المحاكم هي المختصة بالنظر في المنازعات الرياضية بناء على قواعد الإختصاص النوعي.**

ثانياً: توافر الخبرة الفنية في تلك المحاكم الرياضية أو هيئات التحكيم الرياضي وهذا يؤكد على مبدأ التخصص والاختصاص في مجال التحكيم الرياضي، ويكسب المحكمين مهارة خاصة بهذه المنازعات الرياضية ويوفر الدعم العلمي والعملية للمحكمين من خلال دورات تدريبية متخصصة في مجال التحكيم الرياضي وذلك للاستفادة من المزايا التي يحققها التخصص في حسن اتقان العمل واكتساب المهارة

---

1- م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص٥٩، نبيل باسماعيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص٧.

والخبرة والالمام والشمول في مجال التخصص، وهو ما يحقق سرعة الفصل في المنازعات الرياضية بمهارة عالية.

ونضيف إلى ذلك ضرورة تعيين خبراء رياضيين تابعين لوزارة العدل<sup>(١)</sup> كخبراء الطب الشرعي والخبراء في المجال الهندسي وغيرهم، ويخضع الخبراء الرياضيين لنفس القواعد التي يخضع لها خبراء وزارة العدل وذلك لأن المجال الرياضي أصبح لا يقل أهمية عن غيره من المجالات الأخرى، وتستعين تلك الجهات القضائية بالخبراء الفنيين الرياضيين التابعيين لوزارة العدل لتقديم تقارير بخصوص الدعاوى والمنازعات الرياضية، وتخضع تلك التقارير وأراء الخبراء الرياضيين لذات القواعد التي يخضع لها أراء وتقارير خبراء وزارة العدل. كما أرجح ما أوصت به إحدى الندوات بضرورة إعداد دورات تدريبية للقضاة والمحامين والباحثين القانونيين والإداريين، بالتعاون مع اللجان الأولمبية والإتحادات الرياضية والمعاهد القضائية للتعريف بالتشريعات الرياضية ونشر ثقافتها<sup>(٢)</sup>.

## الغصن الثاني

### اختصاص هيئات ومراكز التحكيم الرياضي الوطني

تتجه غالبية الأنظمة القانونية إلى تبني آليات بديلة غير رسمية كالتوفيق والتحكيم<sup>(٣)</sup> كآليات أكثر مرونة وسرعة في فض المنازعات الرياضية وأخذت مكانها

---

1- الخبراء القانونيين: مستشار أو رئيس محكمة وأن يكون حاصلًا على دورات تدريبية متخصصة في مجال التشريعات والقوانين الرياضية، أما الخبراء الرياضيين: يكون حاصلًا على دكتوراه فلسفة التربية الرياضية متخصصة في مجال التشريعات والقوانين أو حاصلًا على دورات تدريبية في التشريعات والقوانين الرياضية وأن يكون مارس الرياضة أو أن يكون مدرب بالدوري الممتاز أو أن يكون حكم دولي أو رئيس أو عضو مجلس إدارة أحد الهيئات الرياضية الأهلية المحلية أو رئيس أو عضو مجلس إدارة أحد الهيئات الرياضية الدولية أو تقلد مناصب إدارية حكومية في المجال الرياضي أو محكم دولي مصري الجنسية في المنازعات الرياضية للاتحادات الرياضية أو اللجنة الأولمبية الدولية. راجع م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ١٧، ١٨.

2- أنظر توصيات الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بيروت عام ٢٠١٥م ص ٣.

3- "ويختلف التوفيق عن التحكيم لأن التوفيق يقوم على فكرة تدخل شخص أوجهة، في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما وتسوية النزاع الذي ثار بينهما عن طريق حل يستند إلى إدارة الطرفين، فلا يمكن تنفيذ الحل الذي اقترحه الشخص الذي تولى عملية التوفيق إلا باتفاق الطرفين، بينما يعد التحكيم نظاماً خاصاً للتقاضي يقوم المحكم من خلاله بحسم النزاع بقرار ملزم للأطراف" راجع: د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٧٥، ٢٩٠.

كبديل عن القضاء الرسمي<sup>(١)</sup>، وعرف جانب من الفقه هذه الوسائل بأنها "مجموعة من الاجراءات التي تشكل بديلاً عن المحاكم في حسم النزاعات، وغالباً ماتستوجب تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي"<sup>(٢)</sup>، ويعد الهدف من تلك الوسائل هو الحل الودي للمتازعين بعيداً عن الإجراءات الرسمية وشكلياتها المعقدة بنية التوسط أو التفاوض أو التوفيق بواسطة جهة حيادية مستقلة ونزيهة بهدف الحصول على حل نهائي يرضي الاطراف وتأمين مصالحهم وتوطيد علاقتهم بصورة إيجابية وأكثر جدوى<sup>(٣)</sup>.

كما تعددت تعريفات الفقه العربي والفرنسي لنظام التحكيم، وان كانت جميعها تدور حول معنى ومضمون وهدف واحد هو: حسم الخلافات المثارة بين طرفين أو اكثر بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الأطراف بمحض إرادتهم، من دون المحكمة المختصة بذلك<sup>(٤)</sup>، والتحكيم في مجال الرياضة هو "وسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالجانب الرياضي عن طريق محكم أو مجموعة محكمين بشرط أن يكون عددهم فردي"، والتحكيم هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء<sup>(٥)</sup>.

بداية يمكن القول أن التحكيم الرياضي تحكيم اختياري لأنه يستند اساساً على اتفاق الأطراف، سواء كان هذا الاتفاق شرطاً أم مشاركة تحكيم أم نصاً في النظام

---

1- G. Cornu, Les modes alternatifs de règlement de Reglement des conflits, R.I.D.C, 1997, NO2, P313, 316.

2 -Lokes Amistelis, Alternative Dispute Resolution in England and Wales, University of London, 2000, p3.

3- د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٦٥.

4- د/ أبو زيد رضوان (الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي) دار الفكر العربي القاهرة ١٩٨١ ص١١٩، د/ فتحي والي (الوسيط في قانون القضاء المدني) مطبعة جامعة القاهرة الكتاب الجامعي عام ٢٠٠١ ص٣٧، د/ أحمد أبو الوفا (التحكيم الإختياري والإجباري) منشأة المعارف الإسكندرية عام ٢٠٠١ ص١٤، د/ أحمد مليجي (قواعد التحكيم في القانون الكويتي) مؤسسة دار الكتب ١٩٩٦ ص١٣، د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٧٦.

A. Héraud, A. Maurm, La justice, sirey 1996., p.149, et, R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica 1982., p.9, et, M. de Boissésou, le droit francais de l'arbitrage interne et international, préface de P. Bellet, G.L.N. 1990., P.5.

5- خالد محمد القاضي (موسوعة التحكيم التجاري الدولي) دار الشروق القاهرة ط١ عام ٢٠٠٢ ص٨٢، نبيل باسماعيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص٥.



الاساسي لأحد الاتحادات أو الهيئات الرياضية، غير ان اللجنة الأولمبية الدولية وبعض الاتحادات الرياضية الأخرى جعلت منه تحكيمياً اجبارياً فقد نصت المادة (٧٤) من الميثاق الأولمبي على ان: "تتم إحالة أي نزاع ينشأ بمناسبة دورة الألعاب الأولمبية، أو بسببها إلى محكمة التحكيم الرياضية دون غيرها، وذلك طبقاً لقانون التحكيم المتعلق بالرياضة"<sup>(١)</sup>.

أصبح التحكيم اليوم الآلية الأساسية لفض المنازعات الرياضية، ويعود الفضل في ذلك إلى محكمة التحكيم الرياضي TAS/CAS المحدثة في البداية من قبل اللجنة الأولمبية الدولية عام ١٩٨٤، وتسير إجراءاتها وفق نظام التحكيم الرياضي الدولي، وبعد نجاح هذه التجربة ظهرت عدة محاكم وهيئة تحكيم رياضية في العديد من البلدان<sup>(٢)</sup>.

ولا شك أننا نشهد تطور الأنظمة المحلية في مجال التحكيم وتسوية المنازعات الرياضية إبان هذا التطور الذي يشهده التحكيم الرياضي الدولي وجدير بالذكر أن موقف الدول سعى إلى انشاء أنظمة رياضية ومحاكم رياضية وهيئات ومراكز تحكيم للفصل في المنازعات الرياضية مع توفير العديد من الاجراءات والضمانات اللازم توافرها لحماية حقوق المتقاضين، ومن هذه الهيئات والمراكز المختصة بالفصل في المنازعات الرياضية الآتي:

### أولاً: مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري بجمهورية مصر العربية:

حدد قانون الرياضة المصري الجديد الجهة المختصة بتسوية المنازعات الرياضية، ووضحت المادة ٦٦ من قانون الرياضة الجديد في الباب السابع على ان ينشأ باللجنة الأولمبية المصرية<sup>(٣)</sup> مركز مستقل يُسمى "مركز التسوية والتحكيم

---

1- د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٩٠.

2- Ahmed Querfelli: "Recent Devel Of Arbitration Law And Practice In Tunisia" 2009-2011, ASA Bulletin, Vol. 2, June 2011, P. 296 Et Seq.

أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مرجع سابق ص ١٤٩.

3- قانون الرياضة الجديد رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ الصادر في الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر (ب) في ٣١ مايو عام ٢٠١٧م.

الرياضي المصري" تكون له الشخصية الاعتبارية ويتولى تسوية المنازعات الرياضية الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون والتي يكون أحد أطرافها من الأشخاص أو الهيئات أو الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، وذلك عن طريق الوساطة أو التوفيق أو التحكيم الرياضي".

ويتولى مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري تسوية المنازعات الرياضية الخاضعة لاختصاص المركز بطريق التحكيم الرياضي من خلال عدة هيئات تحكيمية، وتشكل كل هيئة منها من محكم فرد، أو ثلاثة محكمين من المقيدين بسجلات المركز برئاسة أحد المحكمين القانونيين<sup>(١)</sup>.

كما نصت المادة (٦٩) من قانون الرياضة المصري على ان "يصدر مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية قراراً بالنظام الأساسي للمركز، ينظم قواعد وإجراءات الوساطة والتوفيق والتحكيم فيه وفقاً للمعايير الدولية بناءً على اقتراح مجلس إدارة المركز، ويصدر بالنظام والقواعد اللازمة قرار من اللجنة الأولمبية، وينشر هذا القرار في الوقائع المصرية على نفقة اللجنة".

وبموجب ذلك النص حدد قانون الرياضة المصري الجهة المنوط بها إصدار النظام الأساسي للمركز والقواعد والاجراءات المتعلقة بالتحكيم والتوفيق والوساطة ويكون ذلك من اختصاص مجلس ادارة اللجنة الأولمبية المصرية بناء على اقتراح مجلس ادارة المركز، وتنظيم قواعد واجراءات الوساطة والتوفيق والتحكيم أمام المركز يتم وفقاً للمعايير الدولية.

---

1- "ويحدد مجلس إدارة المركز باعتماد من مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية قوائم المحكمين والموفقين والوسطاء، ويتولى مراجعتها وتحديثها، ويحدد اتعابهم، ويعتمد مجلس الإدارة تشكيل هيئات التحكيم وتحديد رسوم الطلبات، وطريقة الاستعانة بالخبراء وينظم العمل الإداري بالمركز ويتولى إدارة مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري مجلس إدارة يشكل برئاسة رئيس اللجنة الأولمبية المصرية بصفته، وعضوية كل من: ممثل للألعاب الرياضية الجماعية، ممثل للألعاب الرياضية الفردية، ممثل للوزارة المختصة بشؤون الرياضة، ثلاثة من ذوي الخبرة القانونية والفنية، وتتولى اللجنة الأولمبية المصرية تعيين أعضاء مجلس الإدارة، وتكون مدة مجلس الإدارة أربع سنوات يجوز تجديدها لمدة واحدة". انظر المادة (٦٨) من قانون الرياضة المصري الجديد، د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٨.

ويلزم عند تقديم طلب التحكيم الرياضي الالتزام بالإجراءات الشكلية، والمواعيد المقررة والتي تنص عليها قواعد مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري وترفع الدعوي الرياضية بطلب يقدم بالإجراءات المعتادة إلى مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري ونسخ من الطلب بعدد أطراف المنازعة ويحتوي الطلب على اسم وصفة وعنوان المدعى أو ممثله القانوني كاملاً، واسم وصفة وعنوان المدعى عليه، ووصف دقيق للوقائع محل المنازعة والطلبات واسبابها القانوني، والمستندات الأصلية واي أدلة أخرى.

كما نصت المادة ٢٠ من قانون الرياضة المصري على اختصاص مراكز التسوية والتحكيم الرياضي المصري بالفصل في الطعون المقدمة من الجهة الادارية المختصة أو من ذوي الشأن ببطان قرار مجلس إدارة الهيئة المخالف لأحكام قانون الرياضة أو للقرارات المنفذة أو لنظام الهيئة أو لأية لائحة من لوائحها. ويفهم من ذلك أن المشرع لم يقتصر اختصاص مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري على المنازعات الرياضية ذات الطبيعة المدنية والتجارية فقط بل امتد ليشمل الطعن على قرارات مجلس إدارة الهيئة المخالف لأحكام قانون الرياضة المصري.

ولكن كان ينبغي على المشرع توضيح ماهي الهيئة المخالفة هل هيئة عامة تتبع النظام الإداري للدولة فيكون الإختصاص للمحكمة الإدارية العليا أم هيئة خاصة فتختص بها مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري حتى لا ندع مجالاً لتنازع في الاختصاص بعد ذلك.

ويجوز الطعن على قرارات مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري أمام المحاكم الإدارية العليا فيما يتعلق ببطان القرارات الادارية<sup>(١)</sup>.

كما ينبغي على المشرع أيضاً تحديد ميعاد للطعن على تلك القرارات المخالفة لقانون الرياضة مع مراعاة ان يتناسب ميعاد الطعن مع طبيعة المنازعات الرياضية وما تستلزمها من سرعة في الإجراءات والفصل فيها وبناء عليه أوصي المشرع

---

1- م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ١٩.

بضرورة تحديد ميعاد للطعن على تلك القرارات لايحوز لاصحاب الشأن تجاوزه وإلا سقط حقهم في الطعن بانقضاء مدة الطعن.

كما اوضح قانون الرياضة المصري الجديد اختصاص مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري بجميع المنازعات المتعلقة بالمجال الرياضي وأوضح صور عقود الرياضة على النحو التالي: في المادة (٦٧) "عقود رعاية اللاعبين المحترفين، عقود استخدام العلامات التجارية خلال المسابقات الرياضية، عقود الدعاية والاعلان، عقود الترخيص باستخدام صور اللاعبين، عقود التدريب بين المدربين والاندية، عقود اللاعبين ووكلاء اللاعبين ومديري أعمالهم، عقود وكلاء تنظيم المباريات، المنازعات الرياضية الأخرى"، وبالتالي لم يقتصر قانون الرياضة الجديد العقود الرياضية على عقود اللاعبين فقط<sup>(١)</sup>.

ويفصل في المنازعات الرياضية في مصر أمام مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري، ويجوز الطعن على الاحكام الصادرة من المركز أمام محكمة التحكيم الرياضية (CAS)، وأصبحت هناك رقابة من محكمة (CAS) على الأحكام الصادرة من مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري.

لم تكن آلية تسوية المنازعات الرياضية أمر جديد على المشرع الفرنسي عند وضعه لقانون الرياضة الجديد بل سبق له ان أوجد آلية اجبارية غير رسمية، لتسوية بعض المنازعات الرياضية وفقاً لاحكام القانون رقم ٨٤/٦١٠ الصادر ١٦ يوليو ١٩٨٤ المعدل بالقانون رقم ٦٢٧/٢٠٠٠ في ١٦ يوليو ٢٠٠٠ في شأن الانشطة البدنية والرياضية<sup>(٢)</sup>.

وتختص اللجنة الوطنية للألعاب الأولمبية والرياضية الفرنسية بمهمة توفيق المنازعات الرياضية بين المرخص لهم والرابطات الرياضية والجمعيات الرياضية

---

1- سعيد مبارك (أصول القانون) مرجع سابق ص ٢٤١ ومابعدها، محمد سليمان الأحمد (الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين) مرجع سابق ص ٤٧ ومابعدها، أ/ معزيز عبد الكريم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٥٠.

2- Loi no 84-610 du 16 juill 1984, relative elorganisation et la promotion des activites physiques et sportives modifiee par loi no 2002-627 du juill 2000, et dec no 2002-1114 du 30 abut 2002.

والاتحادات الرياضية المعتمدة، باستثناء النزاعات التي تتطوي على جرائم المنشطات<sup>(1)</sup>، وأنيط لتلك اللجنة مهمة فحص المنازعات الرياضية، وقررت عدم قبول الطلب ما لم يكن مقدمه من الهيئات الرياضية المنتسبة إلى الاتحاد الرياضي، أو من الأشخاص الطبيعيين ويلزم في حالة عدم القبول أو رفض الطلب أن يكون مسبباً وبدون تأخير<sup>(2)</sup>، ويجوز الإعتراض عليه خلال شهر من تاريخ الإخطار به، بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول<sup>(3)</sup>.

الأنظمة الوضعية أفرت هيئات ومراكز تحكيم رياضية لها سلطة وولاية الاختصاص بالفصل في المنازعات الرياضية، وان تحديد نوع المنازعات ونوع الطلب هو الجوهر القانوني المنوط به تحديد الهيئة المختصة للفصل في تلك المنازعات، فإذا كان الطلب متعلق بمنازعة رياضية فيجعل الفصل فيها من اختصاص هيئة التحكيم الرياضي، وإذا كان الطلب متعلق بمنازعة غير رياضية فتخرج من اختصاص هيئة التحكيم الرياضي.

ويعد التحكيم الرياضي من الوسائل القانونية اللازمة لتسوية المنازعات الرياضية، وان اللجوء لهيئات التحكيم الرياضي له العديد من المميزات وهو تجنب الأطراف مثققة اللجوء إلى القضاء الرسمي، واجراءاته المعقدة، وتتيح لأطراف المنازعة الرياضية فرصة تسوية منازعاتهم خلال فترة زمنية قصيرة جداً، إذا ماقورنت بمدة الفصل في المنازعات الرياضية أمام القضاء العادي، كما يراعي البعد التخصصي فلا يفصل في منازعات لأشخاص لا تربطهم أية صلة بالنشاط الرياضي، كما يتم تشكيل تلك الهيئة من متخصصين في المجال الرياضي بما يجعل سير إجراءات التوفيق متناسقاً مع الطبيعة الخاصة للمنازعات الرياضية<sup>(4)</sup>، ويمكن تطوير

---

1 -Article L. 141-4, Ordonnance n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport.

2 -Article L. 141-16, Ordonnance n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport.

3 -Article L. 141-23, Ordonnance n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport.

4- د/ محمد أحمد عبد النعيم (حل مجالس إدارة الأندية الرياضية) ص 237، أشار إليه: د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص 270، 271.

التحكيم الرياضي عبر تدريب القضاة والمحامين والباحثين القانونيين والإداريين على إجراءات مجلس التحكيم الرياضي والقوانين المنظمة للرياضة عالمياً<sup>(١)</sup>.

### مراعاة مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري للمعايير الدولية:

يعد مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري من إحدى هيئات التحكيم الرياضي المصري ولايفك المركز عن هيئات التحكيم الرياضي الدولي سواء من حيث الإجراءات المنظمة لعمل المركز أو القواعد التي تحكم المنازعات الرياضية التي تخضع لاختصاص المركز.

ومما أرسنه هيئات التحكيم الدولية نظام الإجراءات الحالي يطبق استناداً إلى أنظمة الإتحادات الدولية والشرعية الأولمبية وقانون مكافحة المنشطات المعتمدة<sup>(٢)</sup>، وبهذا نصت المادة (٧٠) من قانون الرياضة المصري على ان "يراعى مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري احكام الميثاق الأولمي والمعايير الدولية والنظم الأساسية للهيئات الرياضية المخاطبة بأحكام هذا القانون" ويتم مراعاة ذلك من خلال اصدار نظام أساسي للمركز يحتوي على قواعد واجراءات تتفق مع المعايير الدولية، وتتم إجراءات التوفيق والتسوية والتحكيم بما يتلائم مع المعايير الدولية.

ويتولى مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري تسوية المنازعات الرياضية الخاضعة لاختصاص المركز بطريق التحكيم الرياضي من خلال عدة هيئات تحكيمية، وتشكل كل هيئة منها من محكم فرد، أو ثلاثة محكمين من المقيدين بسجلات المركز برئاسة أحد المحكمين القانونيين<sup>(٣)</sup>.

وبهذا أقول أننا أصبحنا نعيش في عالم صغير والرياضة لم تعد مجرد نشاط للترفيه بل أصبحنا أمام مجال رياضي لا يقل أهمية عن المجالات الأخرى سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو غير ذلك، بل أصبح مجال الرياضة ذات علاقة وطيدة بالمجالات الأخرى وأصبحت الرياضة تحقق أهداف اقتصادية عالمية أو

---

1- أنظر توصيات الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) مرجع سابق ص ٣.

2- توني خوري (التحكيم الدولي) مرجع سابق ص ١٤.

3- المادة (٦٨) من قانون الرياضة المصري الجديد.

ربما تحقق أهداف سياسية، وان الرياضة تدور مع التجارة وجوداً وهدماً ولم تكن الرياضة قاصرة على بلد واحد أو قارة واحدة بل امتدت لتشمل علاقات رياضية بين الدول من خلال عقد دورات وبطولات رياضية عالمية، وكان لزاماً على المجتمع الدولي أن يبادر بوضع قانون ينظم هذه الدورات والبطولات العالمية، وبادرت الدول بالاعتراف بتلك الأنظمة الدولية الرياضية ومحاكم التحكيم الرياضية الدولية وطرق تسوية المنازعات الرياضية، بل أقرت الدول قبول الاعتراض على قرارات التحكيم الرياضية الإقليمية أمام محاكم التحكيم الرياضية (CAS) كطريق للطعن شريطة وجود اتفاق تحكيم بين الطرفين يسمح بقبول اختصاص محكمة التحكيم الرياضية (CAS) بالنظر في المنازعة الرياضية.

### ومن صور مراعاة مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري للمعايير

#### الدولية:

- ١- اعتمدت لجنة الاتحاد المصري لكرة القدم لائحة الاتحاد بتاريخ ٢٠١٣/٦/٤ وبمقتضى المادة الثانية من هذه اللائحة تشكل اللجنة من رئيس وأربعة اعضاء يتم اختيارهم بقرار من مجلس إدارة الاتحاد تنتظر في:
  - أ- النزاعات التي تنشأ بين الأندية واللاعبين ووكلائهم والموضوعات التي تحال إليها من مجلس الإدارة واللجان التابعة له، من خلال المدير التنفيذي في كل ما يخص اللاعبين وأوضاعهم وانتقالاتهم واتخاذ القرار المناسب في شأنها.
  - ب- تحديد صفات اللاعبين (هواة أو محترفين)<sup>(١)</sup>.
  - ج- اعتماد قيد اللاعبين وقوائمهم وإضافة أو حذف أي لاعب اذا رأته ذلك.

---

1- حددت المادة ٣ من لائحة شئون اللاعبين الخاصة بالاتحاد المصري لكرة القدم الصادرة بتاريخ ٢٠١٣/٦/٤ نوعين من اللاعبين الهواة والمحترفين، واللاعب المحترف هو اللاعب الذي يرتبط بعقد مع ناد يتقاضى بموجبه مقابلاً لانشطته الكروية أكثر مما يتحمله من نفقات، اللاعب الهواوي هو اللاعب غير المتعاقد مع النادي، ويجوز أن يتقاضى البدلات والمصروفات التي تغطي النشاط. راجع د/ رجب كريم عبد اللاه (عقد احتراف كرة القدم في ضوء لوائح الاحتراف الصادرة عن الاتحادات = الوطنية لكرة القدم في مصر وبعض الدول الأخرى والاتحاد الدولي لكرة القدم (الفيفا) مجلة القانون والاقتصاد ملحق العدد ٨٨ عام ٢٠١٥ ص٥٠٣، د/ طارق جمعه السيد راشد (المسؤولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) مرجع سابق ص٧.

د - اعتماد العقود التي تبرم بين الاندية واللاعبين المحترفين والوكلاء ومراجعة أي طرف في حالة وجود أي نص يخالف القانون واللوائح والنظام العام.  
هـ - توقيع الجزاءات على جميع العناصر المشاركة في عملية انتقال وتسجيل اللاعبين والنظر في الجزاءات الموقعة من الأندية والفروع على اللاعبين.  
و - منح تراخيص وكلاء اللاعبين من أي اتحاد وطني وتطبيق لائحة الاتحاد الدولي.

ز - وضع ضوابط استقدام اللاعبين من أي اتحاد وطني للتسجيل بالاتحاد المصري.

وقد نص نظام إنشاء هذه اللائحة على أن تطبق أحكام وقواعد الاتحاد الدولي لكرة القدم فيما لم يرد به نص في هذه اللائحة<sup>(1)</sup>، ويعد تطبيق أحكام وقواعد الاتحاد الدولي لكرة القدم فيما لم يرد به نص خاص إقراراً من المشرع بتطبيق المعايير الدولية المعمول بها في المجال الرياضي.

٢- قرارات هيئات التحكيم الرياضية الإقليمية وقرارات مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري عرضة للطعن عليها أمام محكمة التحكيم الرياضية (CAS).

٣- تحسين صور الدول في المجال الرياضي الدولي، وعدم تبني الدول نظم وقواعد تخالف قواعد ومبادئ إجرائية معترف بها دولياً عند تسوية المنازعات الرياضية، حتى لا تكون عرضة للطعن عليها أمام محكمة (CAS).

كما أوصي المشرع بالمرونة الإجرائية للمحاكمات الرياضية وضرورة تقنين نظم إجرائية للمحاكمات الرياضية تتوافق مع المعايير الدولية، وعدم تبني المشرع قواعد إجرائية تخالف المعايير الدولية أو تخالف قوانين الرياضة الدولية المتعارف عليها.

---

1- كما عرفت المادة الأولى من قانون الرياضة الجديد "اللجنة الأولمبية المصرية: هيئة رياضية تتمتع بالشخصية الاعتبارية الخاصة وتتكون من اتحادات اللغات الرياضية المدرجة في البرنامج الأولمبي".



ضرورة تشجيع إنشاء أكاديمية وطنية للقوانين الرياضية تُعنى بتطوير التشريعات الرياضية والمنظمة للاتحادات الرياضية وجعلها مساهمة للتطور الذي تشهده قوانين الرياضة في العالم والعمل على تأسيس علاقات تعاون بين الهياكل الرياضية في العالم العربي وتأطيرها بغية تبادل الخبرات والدراسات المتعلقة بالتشريعات الرياضية لا سيما في مجال فضّ النزاعات<sup>(1)</sup>.

ويستفاد من ذلك أن قانون المرافعات والتحكيم وقانون الرياضة المصري لا يمنع من جواز الطعن على قرارات مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية (CAS)، ولكن إمكانية الطعن مشروطة بتوافر اتفاق تحكيم مكتوب ينص على انعقاد اختصاص محكمة التحكيم الرياضية (CAS) بالطعن على قرارات مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري، سواء كان ذلك الاتفاق سابق أم لاحق على النزاع.

وبالتالي تعد وسائل الفصل في المنازعات الرياضية وسيلتين: الأولى وهي الفصل في الطلب المقدم بداية إلى مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري، والوسيلة الثانية وهي الطعن أو الاعتراض على أحكام مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري أمام محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، لكن الطعن أو الاعتراض على أحكام المركز أمام محكمة (CAS) متوقف على إرادة المتنازعين من خلال اتفاق تحكيم بينهم لأنه من النظام الخاص.

### **ثانياً: دولة الكويت (هيئة تحكيم للنظر في المنازعات الرياضية):**

أصدرت الكويت قانوناً للهيئات الرياضية عدل في عام ٢٠١٢، وقد تضمن هذا التعديل إنشاء هيئة تحكيم رياضية بالمحاكم، فتنص المادة (٢٨) من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٨ بشأن الهيئات الرياضية على أن: "تشكل بمقر المحكمة الكلية هيئة تحكيم أو أكثر للنظر في المنازعات الرياضية تكون برئاسة أحد القضاة بدرجة مستشار على الأقل، يصدر

1- أنظر توصيات الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بيروت عام ٢٠١٥م ص ٤٠٣.

بندبه قرار من وزير العدل بناء على موافقة المجلس الأعلى للقضاء وعضوية اثنين من المحكمين، يختار كل من أطراف النزاع أحدهما".

ومع عدم الإخلال بحكم المادة الخامسة من هذا القانون "تختص الهيئة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالأنشطة الرياضية والتي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها، سواء كانت هذه المنازعات بين الهيئات الرياضية أو أي شخص طبيعي أو اعتباري له علاقة بموضوع النزاع، وتسري على هيئة التحكيم أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون" والبين أن هذه الهيئة هيئة قضائية، يمكن اللجوء إليها لفصل المنازعات الرياضية حيث أنشئت بقانون وليس بقرار من السلطة التنفيذية<sup>(١)</sup>. ولها مهمة وضع النظام واللوائح وقواعد اجراءات التحكيم وتنظيم اعمال الهيئة الفنية والادارية والمالية<sup>(٢)</sup>.

ولاشك ان انشاء المشرع الكويتي هيئة تحكيم رياضية بالمحاكم الكلية تكون برئاسة أحد القضاة بدرجة مستشار على الأقل، يصدر بندبه قرار من وزير العدل بناء على موافقة المجلس الأعلى للقضاء، تلك هي الوظيفة القضائية والصفة القضائية الذي يضيفها المشرع الكويتي على هيئات التحكيم الرياضية للفصل في المنازعات الرياضية، لكن المشرع الكويتي استلزم اتفاق الأطراف ذوي الشأن على عرض النزاع على هيئة التحكيم الرياضية، وان كنت أوصي بانعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم الرياضية بالكويت دون اشتراط اتفاق من الأطراف ذوي الشأن على انعقاد الاختصاص لتلك الهيئة، وذلك لأن اختصاص هيئة التحكيم الرياضية بالفصل في المنازعات الرياضية مبنية على قواعد الاختصاص النوعي المعمول بها في قانون المرافعات وتلك القواعد من النظام العام لايتوقف اعمالها على موافقة الأطراف.

1- د.م/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ٦، د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٩١.

2- نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ١٣.

كما أوصى المشرع المصري ان يسير على نفس المسار الذي صار عليه المشرع الكويتي وهو ان يصدر قانون بانشاء مركز تسوية وتحكيم رياضي يتبع المجلس الأعلى للقضاء ويشكل برئاسة أحد القضاة بدرجة مستشار على الأقل، ويصدر بتعيينه أو ندمه قرار من وزير العدل بناء على موافقة المجلس الأعلى للقضاء وعضوية اثنين من المحكمين بدرجة قاضي، ولهيئة التحكيم الاستعانة بالخبراء الرياضيين في المنازعات الرياضية لإعطاء الرأي الفني في المنازعات التي تحتاج إلى خبرة فنية رياضية.

### **ثالثاً: المملكة العربية السعودية (غرفة فض المنازعات الرياضية):**

تختص غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي: "بالنظر والفصل في المنازعات بين الأندية و/أو اللاعبين و/أو وكلائهم أو الوسطاء و/أو المدربين وذلك بمراعاة سلامة واستقرار جميع جوانب العقد الاحترافي، وتختص الغرفة بالفصل في أي منازعة بين الاندية وعلى وجه التحديد، التعويض عن التدريب على المستوى المحلي، والمساهمة التضامنية على المستوى المحلي، وقيمة الانتقالات، كما تختص الغرفة بالمنازعات التي تثور في شأن عقود واتفاقيات ووكلاء اللاعبين أو الوسطاء<sup>(١)</sup> مع الأندية أو اللاعبين أو المدربين<sup>(٢)</sup> وما يرتبط بها<sup>(٣)</sup>. أوضح المنظم السعودي المنازعات الرياضية التي تختص بالفصل فيها غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي بناءً على قواعد الإختصاص النوعي وأوضح المنظم تلك المنازعات على سبيل الحصر ويخرج من اختصاص تلك الغرفة المنازعات والدعاوي الغير رياضية.

---

1- عرفت المادة ١٥/١ من لائحة غرفة فض المنازعات "الوسيط بأنه شخص طبيعي أو اعتباري يمثل اللاعبين أو الأندية في مفاوضات بهدف إبرام عقد احترافي أو يمثل الأندية في مفاوضات بهدف التوصل إلى اتفاق انتقال".

2- عرفت المادة ١٤/١ من لائحة غرفة فض المنازعات "وكيل اللاعبين بأنه الشخص الطبيعي المسجل والمرخص له من قبل الاتحاد أو الاتحاد الدولي أو أي من الاتحادات الأخرى المختصة للعمل بصفته وكيل لاعبين".

3- المادة ١/٥ من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي.

وأصدر الاتحاد السعودي لكرة القدم لائحة غرفة فض المنازعات الرياضية وتعد اللائحة هي المرجع الأساسي لإجراءات فض المنازعات بين الأندية، واللاعبين، ووكلائهم، والوسطاء، أو من يمثل كل هؤلاء قانوناً<sup>(١)</sup>، وهذه الغرفة لا تعد من قبيل اللجان القضائية وإنما أنشئت بقرار إداري<sup>(٢)</sup>. وتشكل الغرفة من رئيس ونائب للرئيس وستة أعضاء آخرين كحد أقصى<sup>(٣)</sup>.

"وتقدم صحيفة الدعوى والمستندات ذات العلاقة إلى الغرفة باللغة العربية وتحتوي على إسم وصفة وعنوان المدعى أو ممثله القانوني كاملاً، وإسم وصفة وعنوان المدعى عليه، ووصف دقيق للوقائع محل المنازعة والطلبات وأساسها القانوني، والمستندات الأصلية وأي أدلة أخرى وفي حالة الاستناد لشهادة شاهد فيجب تحديد ملخص للوقائع التي سيشهد بها، اسم وعنوان الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين يرد ذكرهم في المنازعة، والقيمة المالية لمحل المنازعة واثبات دفع رسوم خمسة آلاف ٥.٠٠٠ ريال في حساب الاتحاد، ويجب ان تكون صحيفة الدعوى مؤرخة وموقعة وبنسخ بعدد اطراف المنازعة، وترسل صحيفة الدعوى ومرفقاتها إلى الغرفة عبر البريد الالكتروني المعتمد وتسجل في سجل خاص يعد لهذا الغرض، ويتم تبليغ المدعي عليه بارسال صحيفة الدعوى ومرفقاتها للمدعي عليه لتوضيح موقفه أو الرد خلال المواعيد المحددة"<sup>(٤)</sup>.

"إذا رأت الغرفة أنها غير مختصة نوعياً بنظر النزاع تقرر إحالته للجهة المختصة وتبقي الفصل في الرسوم للجهة المحال إليها، ويجوز استئناف هذا القرار أياً كانت قيمة النزاع، وفي حال الشك في الاختصاص في قضية بين لجنة الاحتراف

- 
- 1- المادة (٥) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي لكرة القدم.
  - 2- م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ٦٧.
  - 3- تمارس الغرفة أعمالها واختصاصاتها وفقاً للتمثيل المتساوي بين الأندية واللاعبين، يجب ان يكون رئيس الغرفة ونائبه ممن يحملون مؤهلات قانونية وفقاً للشروط الموضحة باللائحة في المادة (٧) ويعين الرئيس والنائب من قبل المجلس، ويرشح ثلاثة أعضاء يمثلون الأندية وثلاثة أعضاء يمثلون اللاعبين وتستمر ولاية أعضاء الغرفة لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد. راجع: المادة (٦) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي.
  - 4- راجع مواد ١/١٦-٢-٣-٥ من لائحة غرفة فض المنازعات الرياضية بالاتحاد السعودي.

وأوضاع اللاعبين بالاتحاد والغرفة، فعلى رئيس مركز التحكيم الرياضي السعودي البت بشأن الجهة المختصة بنظر القضية<sup>(١)</sup>.

وبذلك أحسن المشرع السعودي عندما أخذ بالاختصاص النوعي في نظر المنازعات الرياضية بحيث ينعقد اختصاص تلك المنازعات الرياضية لغرفة فض المنازعات بناءً على الإختصاص النوعي، والإختصاص النوعي من النظام العام لايجوز الاتفاق على مخالفته ويجوز التمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوي الرياضية، وفي حالة التنازع في الاختصاص لنظر المنازعات الرياضية ينعقد اختصاص نظر ذلك التنازع إلى مركز التحكيم الرياضي السعودي، وعلى رئيس المركز البت بشأن الجهة المختصة بنظر القضية وتحال لها المنازعة الرياضية، وسواء كان ذلك التنازع المثار تنازع إيجابياً أم سلبياً.

وتتقدم الدعوي أمام الغرفة في أي منازعة وفقاً لأحكام هذه اللائحة بعد مضي سنتين ميلاديتين من تاريخ انتهاء العلاقة التعاقدية سبب منشأ الاستحقاق<sup>(٢)</sup>.

نصت م ١١/١ من لائحة غرفة فض المنازعات "مركز التحكيم الرياضي السعودي هو الجهة المختصة بالنظر والفصل في الاعتراضات المقدمة ضد قرارات الغرفة وفقاً لنظامه وقواعده الإجرائية".

"للأطراف الحق في استئناف قرارات الغرفة أمام مركز التحكيم الرياضي السعودي وفقاً لنظامه وقواعده الإجرائية"<sup>(٣)</sup>.

يستفاد من ذلك ان المنظم السعودي عدد درجات التحكيم للفصل في المنازعات الرياضية في النظام السعودي على درجتين، الدرجة الأولى وترفع الدعوى الرياضية مبتدأة أمام غرفة فض المنازعات الرياضية وتنتظرها في بداية الأمر، أما الدرجة الثانية: وهى الطعن بالاستئناف على قرارات وأحكام الغرفة أمام مركز التحكيم الرياضي السعودي وفقاً لنظامه وقواعده الإجرائية، وأصبح مركز التحكيم الرياضي

1- المادة (٢/٥، ٣) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي لكرة القدم.

2- المادة (٤/٥) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي لكرة القدم.

3- المادة (٢٧) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي لكرة القدم.

السعودي يحتل الدرجة الثانية من درجات التحكيم الرياضي في المملكة العربية السعودية.

وتعد غرفة فض المنازعات في المملكة العربية السعودية هي اللبنة الأولى للفصل وتسوية المنازعات الرياضية وتختص بالنظر في جميع المنازعات المتعلقة بالمجال الرياضي، وتستأنف قرارات تلك الغرفة أمام مركز التحكيم الرياضي السعودي، وأن القائمين على تلك الغرفة من القانونيين المختصين، وإن كنت أوصي بأن تكون تلك الغرفة المختصة بفض المنازعات الرياضية أن تكون من اللجان ذات الاختصاص القضائي والتي يصدر قرار انشائها قانون من وزير العدل وذلك حتى تكتسب القرارات الصادرة عن الغرفة نفس قوة الأحكام القضائية ويجوز الطعن عليها وتنفيذها بالقوة الجبرية.

أقرت المملكة العربية السعودية على تطبيق المعايير الدولية في غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي من خلال النص التالي: تستند الغرفة في ممارسة أعمالها واختصاصاتها إلى التالي "١- العقود والاتفاقيات المبرمة بين الأطراف مالم تخالف النظام العام المنصوص عليه في الأنظمة واللوائح المحلية أو الدولية، ولائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين بالاتحاد والنظام الأساسي للاتحاد ولوائحه. ٢- لوائح الاتحاد الدولي في حال عدم وجود نص في المنازعة محل النظر"<sup>(١)</sup>.

ويفهم من ذلك أن الغرفة جعلت من تلك العقود والاتفاقيات الدولية ولوائح الاتحاد الدولي أساساً تستند عليه الغرفة في ممارسة عملها واختصاصاتها وتسوية منازعتها الرياضية مالم تخالف النظام العام في الأنظمة المحلية.

**رابعاً: السودان "لجنة التحكيم":** "أجاز قانون هيئات الشباب والرياضة لسنة

٢٠٠٣ لوزير العدل تشكيل لجنة تحكيم دائمة لفض النزاعات الشبابية والرياضية في غير القرارات الفنية وتكون قراراتها نهائية، برئاسة مستشار قانوني يحدد درجته وزير العدل وعضوية اثنين من ذوي الخبرة والكفاءة في المجال الشبابي والرياضي وتكون لها سلطة الفصل في الاستئنافات التي ترفع إليها من هيئات الشباب والرياضة

١- ٢-١/٤ من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي لكرة القدم.

أو الأفراد التابعين لها ضد قرارات المفوضية الاتحادية ويكون قرارها نهائياً، ويقدم طلب الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً تسرى من اليوم التالي لتاريخ استلام القرار، ولها نظر أي مسائل يقرر هذا القانون أو اللوائح الصادرة بموجبه إختصاصها بها<sup>(١)</sup>.

تعد لجنة تحكيم فض النزاعات الشبابية والرياضية بالسودان لجنة تحكيم ذات اختصاص قضائي لصدور قانون من وزير العدل بإنشائها وتشكيلها واختصاصها وتشكل برئاسة مستشار قانوني، وأوضح المشرع ان لجنة التحكيم الرياضي لها اختصاصين الأول وهو فض النزاعات الشبابية والرياضية في غير القرارات الفنية والإختصاص الثاني وهو سلطة الفصل في الاستئنافات التي ترفع إليها من هيئات الشباب والرياضة أو الأفراد التابعين لها ضد قرارات المفوضية الاتحادية ويكون قرارها نهائياً، وبالتالي تعرض المنازعة الرياضية على لجنة تحكيم فض النزاعات الرياضية مرة واحدة ويكون الحكم الصادر منها نهائياً ولايجوز الطعن عليه.

#### **خامساً: العراق (محكمة رياضية عراقية):** استجاب مجلس القضاء الأعلى

وقرر تشكيل أول محكمة رياضية عراقية لحسم النزاعات الرياضية يتولاها قضاة ذوي خبرة وكفاءة، ويقول خبير رياضي أن هذه المحكمة تفتقر إلى البعد الدولي الرياضي فهي غير معترف بها من الاتحادات الدولية مما يجعل تنفيذ قرارها صعباً جداً إن لم يكن مستحيلاً<sup>(٢)</sup>.

يعد إنشاء مجلس القضاء الأعلى للمحاكم الرياضية يضيفي الصفة القضائية على تلك المحاكم ويؤكد على مبدأ التخصص القضائي وتعد تلك المحاكم كبقية المحاكم المتخصصة، لكن هذا لا يكفي بل يلزم ان تكون تلك المحاكم الرياضية معترف بها دولياً أمام هيئات التحكيم الرياضية الدولية والاتحادات الدولية.

1- انظر المادة ٢٢، ٢٤ من قانون هيئات الشباب والرياضة السوداني الصادر عام ٢٠٠٣.

2- نبيل باسماعيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ١٢.

## سادساً: تونس (الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي):

جرى تحديث التشريعات لاسيما فيما يتعلق بالهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي وهي هيئة قانونية متكاملة لفض المنازعات بالشأن الرياضي وهي تجربة رائدة على المستوى الإقليمي والقاري وهي هيئة عليا قضائية مستقلة وجرت تعديلات وتحديثات على النظام الأساسي شملت شروط الترشح لعضوية الهيئة واستحدثت هيكلاً جديداً يسمى مجلس التحكيم الرياضي مشكل من أربعة أعضاء مهامه وضع نظام التحكيم وضبط قائمة المحكمين والإشراف على السير المالي والإداري للمحكمة الرياضية وأجريت التعديلات ليصبح مقدور الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي النظر في النزاعات التعاقدية ذات الصلة بالميدان الرياضي وبين أطراف أحدهما رياضي، وأصبحت لتركيبية المحكمة هيكلان محكمة التحكيم الرياضي والمجلس الدولي للتحكيم<sup>(1)</sup>، ونسجت هيكلها على المنوال العالمي ببعث مجلس وطني للتحكيم الرياضي بما يتلاءم مع تركيبة المحكمة الدولية للتحكيم الرياضي (TAS).

وأثناء الأكاديمية التونسية للقانون الرياضي وهي الأولى من نوعها في العالم العربي تعني بتطوير التشريعات الرياضية، يرأس الأكاديمية رئيس مجلس التحكيم الرياضي وستقوم الأكاديمية بتعديل القوانين الرياضية لتواكب التشريعات الدولية ولها دور في تكوين الكفاءات في مجال التشريعات وتكوين الإعلاميين ووكلاء اللاعبين وأعضاء مجلس إدارة النوادي والعاملين في الاتحادات الرياضية والإشراف على تأطير البحوث والدراسات<sup>(2)</sup>.

لا شك ان انشاء تلك الأكاديمية يثري القوانين الرياضية ومنظومة التحكيم الرياضي والنظام الإجرائي، وينمي ثقافة الرياضيين والباحثين في مجال القوانين الرياضية وكذلك المجتمع وتصبح القوانين الرياضية ونظام التحكيم الرياضي علم من العلوم بعدما كانت الرياضة مجرد هواية.

1- الندوة العلمية (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) ورقة عمل منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بيروت عام ٢٠١٥م ص ٤، ٦.

2- الندوة العلمية (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) ورقة عمل منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بيروت عام ٢٠١٥م ص ٤، ٦.



## المحكمة التحكيمية الوطنية الرياضية (TANS):

تقع المحكمة التحكيمية الوطنية الرياضية (TANS) في مدينة بيروت أو جوارها، وتشكل المحكمة التحكيمية الوطنية الرياضية (TANS) تشكيلات لها حق التحكيم أو الوساطة والبتّ وحل الخلافات التي تحدث في مجال الرياضة وفقاً للقوانين الاجرائية من هذا النظام عن طريق التحكيم العادي والتحكيمي الاستئنافي، في الخلافات المتعلقة بقرارات الاتحادات، أو الجمعيات أو الهيئات الرياضية الأخرى واللاعبين واللجنة الأولمبية الوطنية عملاً بالأنظمة الداخلية أو قوانين الهيئات الشرعية الأولمبية وأنظمة الاتحادات الدولية<sup>(١)</sup>.

وذهبت إلى ذلك المحكمة التحكيمية الرياضية (TANS) في المادة ١٦ بأن طلب التحكيم يقدم من الذي ينوي اللجوء الى التحكيم لدى المحكمة التحكيمية الوطنية الرياضية (TANS) وفقاً لنظام الإجراءات الحالي (المدعي) الى ديوان المحكمة التحكيمية الوطنية الرياضية (TANS)<sup>(٢)</sup>.

ولا شك أن المحكمة التحكيمية الوطنية الرياضية (TANS) صارت على درب محكمة التحكيم الرياضي (CAS) وتسعى لتطبيق المعايير الدولية لتسوية المنازعات الرياضية من خلال انشاء طريقين للتحكيم احدهما للتحكيم العادي والآخر التحكيم الإستئنافي، وهذه هي الدرجات التحكيم المعمول بها في محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، وتسعى لتطبيق النظام الإجرائي لتسوية المنازعات الرياضية.

### سابعاً: الجزائر (المحكمة الجزائرية لتسوية النزاعات الرياضية):

---

1- توني خوري (التحكيم الدولي) مرجع سابق ص ٩.  
2- يحتوي الطلب على العناصر الآتية: طلباً يحتوي على العناصر التالية: الاسم والعنوان الكامل للمدعى وللمدعى عليه (عليهم)، وصفاً موجزاً للوقائع والوسائل القانونية لأجل التوصل الى حل؛ وادعاءاته؛ ونسخة عن العقد تحتوي على اتفاقية التحكيم؛ واختيار الحكم أو الحكام؛ إذا كانت اتفاقية التحكيم تنص على ثلاثة حكام، اسم الحكم الذي اختاره صاحب الطلب من بين الأشخاص المدرجة أسماؤهم على قائمة حكام المحكمة التحكيمية الوطنية الرياضية (TANS). عند عرض الطلب، يدفع صاحب الطلب الرسم والبالغ ثلاثمائة دولار أميركي أو ما يعادله. في حال لم تلبّ الشروط أعلاه عند إيداع طلب التحكيم، بإمكان ديوان المحكمة في المحكمة التحكيمية الوطنية الرياضية (TANS) تحديد مدة لإكمال الطلب، وإلا رفض الطلب. راجع: توني خوري (التحكيم الدولي) مرجع سابق ص ٢١، ٢٢.

التشريع الجزائري كان له موقف ايجابي من هذا النوع للتسوية في المجال الرياضي حيث انشأت المحكمة الجزائرية لتسوية النزاعات الرياضية بتاريخ ٢٠١٠/٦/٥، وهي هيئة مستقلة تتكفل بجميع النزاعات التي يكون أحد أطرافها من المحيط الرياضي معتمدة حل النزاعات عبر الوساطة والصلح، بدأت المحكمة الجزائرية لتسوية النزاعات الرياضية<sup>(١)</sup>، نشاطها في سبتمبر عام ٢٠١٠ ودرست ٧٣ قضية عام ٢٠١٠، ١٠٠ قضية عام ٢٠١١، ١٦٢ قضية عام ٢٠١٢، وتتمتع محكمة التحكيم بالاستقلالية بالنسبة لجميع هياكل التنظيم<sup>(٢)</sup>، ويتبين أن المشرع الجزائري قد حذا حذو التشريع الدولي في استحداث نظام قضائي مختص "تحكمي" يهتم بتسوية النزاعات الناشئة عن التطبيق الرياضي نظراً للخصوصية التي يمتاز بها المجال<sup>(٣)</sup>.

كما نص أيضاً في المادة (١٠١٧) على أن محكمة التحكيم تتشكل من محكم واحد أو أكثر ويلزم ان يكون العدد فردي، إذ ان أغلب القوانين والاتفاقيات الدولية تبنت هذه القاعدة.

يستفاد من ذلك أن الدول لم تتخذ موقف موحد في تعيين الهيئة المختصة بالفصل وتسوية المنازعات الرياضية فمن الدول من اتجهت لإنشاء محاكم متخصصة للفصل في المنازعات الرياضية تتبع السلطة القضائية مثل العراق، ومن الدول من اتجهت لإنشاء محاكم تحكيم رياضية محلية على غرار محكمة التحكيم الرياضية الدولية مثل الكويت وتونس والجزائر، ومن الدول من اتجهت لإنشاء غرف لفض المنازعات الرياضية مثل المملكة العربية السعودية، ومن الدول من أنشأت مركز للتسوية والتحكيم الرياضي مثل مصر.

---

1- حلت محل الجمعية الأولمبية وأصبح مقر المحكمة الجزائرية لحل النزاعات الرياضية في مقر اللجنة الأولمبية.

2- قانون رقم ١٣-٥ مؤرخ في ١٤ رمضان ١٤٣٤ الموافق ٢٣ يوليو ٢٠١٣ يتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها العدد ٣٩ ص ١٦.

3- نبيل باسمايل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ١٣، ١٤.

وبعد استقرار تلك التشريعات والاتجاهات المختلفة بين الدول نرى أن المضمون الذي تسعى له الدول واحد وان اختلف شكل ومسميات الهيئات المختصة بالفصل في المنازعات الرياضية، وهو ضرورة وجود هيئة تحكيم رياضية أو محكمة تحكيم رياضية تختص بالفصل في المنازعات الرياضية وفقاً للمعايير الدولية.

ونوصي الدول على توحيد نظام الفصل في المنازعات الرياضية والهيئات المختصة بها من خلال انشاء أو تكوين محاكم تحكيم رياضية أو هيئات تحكيم رياضية تابعة للسلطة القضائية وذات اختصاص قضائي ويطبق في شأنها قانون المرافعات والتحكيم فيما لم يرد به نص خاص في قانون الرياضة، وتنظم إجراءاتها وتشكيلها وفقاً للمعايير الدولية المعمول بها.

### ثامناً: دول مجلس التعاون الخليجي (هيئة فض المنازعات الرياضية بدول

#### مجلس التعاون الخليجي):

اعتمد المكتب التنفيذي لرؤساء اللجان الأولمبية لدول مجلس التعاون الخليجي في الاجتماع الرابع والثمانين لرؤساء اللجان الأولمبية الخليجية توصية بتشكيل هيئة فض المنازعات الرياضية لدول مجلس التعاون الخليجي، ووافق على رفع التوصية للاجتماع التاسع والعشرين لرؤساء اللجان الأولمبية بدول مجلس التعاون الخليجي التي قررت تشكيل لجنة لوضع النظام الأساسي للهيئة<sup>(1)</sup>.

نصت المادة السادسة من النظام الأساسي لدول مجلس التعاون الخليجي على ان " يتكون مجلس التعاون من الأجهزة الرئيسية التالية: المجلس الأعلى وتتبعه هيئة تسوية المنازعات... " ونصت المادة العاشرة من النظام الأساسي على أن "يكون لمجلس التعاون هيئة تسمى (هيئة تسوية المنازعات) وتتبع المجلس الأعلى، ويتولى المجلس الأعلى تشكيل الهيئة في كل حالة على حدة بحسب طبيعة الخلاف، وإذا نشأ خلاف حول تفسير أو تطبيق النظام الأساسي ولم تتم تسوية في إطار المجلس الوزاري أو المجلس الأعلى، فللمجلس الأعلى إحالته إلى هيئة تسوية المنازعات،

1- م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ٧.

وترفع الهيئة تقريرها متضمناً توصياتها أو فتواها بحسب الحال الى المجلس الأعلى لاتخاذ ما يراه مناسباً<sup>(١)</sup>.

ويستفاد من ذلك ان هيئة فض المنازعات الرياضية لها الاختصاص في فض وتسوية المنازعات الرياضية ولم تكن هذه الهيئة ذات طبيعة قضائية ولكن هذه الهيئة ماهي إلا هيئة استشارية والقرار الصادر منها ليس إلا مجرد توصية أو فتوي لا تعد نافذة إلا بعد عرضها على المجلس الأعلى واتخاذ ما يراه مناسباً.

### الطبيعة القانونية لجهات الفصل في المنازعات الرياضية:

جدير بالذكر أن هيئة التحكيم التي شكلتها دولة الكويت هي الوحيدة التي يمكن القول بأنها تمثل (وسيلة قضائية لفض النزاع)، ذلك أن هذه الهيئة أنشئت بقانون وليس بقرار إداري، وأن ما عداها مما استعرضناه رغم دخول بعضه حيز النفاذ، وعدم دخول البعض الآخر، لا يعد من قبيل الوسائل القضائية، لأنها أنشئت بقرار إداري يمكن الطعن عليه وعلى قراراتها أمام محكمة القضاء الإداري<sup>(٢)</sup>.

ولكني أرى أن العديد من الدول اختلفت في تحديد الطبيعة القانونية للجهة التي تقوم بتسوية المنازعات الرياضية فبعض الدول اتجهت إلى إنشاء هيئات تحكيم لها سلطة الفصل في المنازعات الرياضية، وبعض الدول الأخرى اتجهت إلى إنشاء لجان أو اتحادات أو غرف متخصصة لتسوية المنازعات الرياضية، وبعض الدول تم انشاء محاكم رياضية تابعة لوزارة العدل.

وبعد استقراء التشريعات لدى العديد من الدول والمقارنة بينهم أرى أن دولة الكويت لم تكن الوحيدة في إنشاء (وسيلة قضائية لفض النزاع) بل هناك دولة الجزائر أنشأت (المحكمة الجزائرية لتسوية النزاعات الرياضية) وكذلك تونس أنشأت (الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي) هيئة قضائية مستقلة والعراق (محكمة رياضية عراقية).

1- المادة العاشرة من النظام الأساسي لدول مجلس التعاون الخليجي.

2- م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ٨.

ومن وجهة نظري أوصي المشرع بضرورة وجود قضاء رياضي متخصص من خلال انشاء محاكم رياضية متخصصة<sup>(١)</sup>، أو هيئات تحكيم رياضية متخصصة تابعة لوزارة العدل للفصل في المنازعات المتعلقة بالمجال الرياضي، ويصدر بانشاء تلك المحاكم الرياضية المتخصصة أو هيئات التحكيم الرياضي قانون صادر من وزير العدل وتتبع هذه المحاكم أو الهيئات المجلس الأعلى للقضاء، ويشكل من محكمين وقضاة متخصصون في تلك المنازعات الرياضية، والتخلي عن فكرة المراكز والغرف الرياضية لتسوية المنازعات الرياضية الصادرة بقرار اداري التي لا تنتم بالصفة القضائية، ولا يكتسب أحكامها وصف الأحكام القضائية الملزمة، ويكون القرار الصادر من هذه المراكز والغرف عرضة للتعطيل أو عدم النفاذ.

### الفرع الثاني

#### إختصاص هيئات التحكيم الدولية للفصل في المنازعات الرياضية

عرف التحكيم الدولي بانه "الاجراء أو الوسيلة التي يمكن بواسطتها التوصل إلى تسوية سلمية للنزاع الدولي من خلال حكم ملزم تصدره هيئة تحكيم خاصة يختارها أطراف النزاع، انطلاقاً من مبدأ تطبيق القانون واحترام قواعده"، ولا يكاد يخلو قانون من أفراد فصل للتحكيم، وبعض الدول تفرد له قانوناً مستقلاً<sup>(٢)</sup>.

وعندما انتشرت المنازعات الرياضية على المستوى العالمي<sup>(٣)</sup>، كان من الطبيعي ان تداول العاملون في الحقل الرياضي افكاراً تبدأ من إنشاء لجان

---

1- محمد عبد الله إبراهيم (حول المحاكم المتخصصة النزاعات الرياضية - أنموذجاً) مرجع سابق ص ٤.  
2- د/ يوسف حسن يوسف (التحكيم الدولي) مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية عام ٢٠١٠ ص ١٤٢، ١٤٣.  
نبييل باسما عيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٥، ٦.  
3- الرياضة ظهرت في البداية كمجرد نشاط فردي ترفيهي، وكانت حكرًا على الملوك والأشراف، وخاصة رياضة الصيد والرماية ونحوها، وجاءت الرياضة الحديثة على مبادئ الهواية كما أعلنها "بيار دي كوبرتان" Pierre De Coubertin عند أحداث اللجنة الأولمبية الدولية في القرن التاسع عشر، وصدرت بعض الأحكام القضائية وخاصة في ما يتعلق بالمسؤولية الجزائية للرياضيين في أوائل القرن العشرين، وأنشأت محكمة رياضية من قبل اللجنة الأولمبية الدولية عام ١٩٨٤م، ووضعت اللجنة الأولى على طريق إخراج الرياضة من عالم اللاقانون وسيادة الإجتهاادات الشخصية إلى عالم القانون، في تسعينات القرن العشرين وترجع فكرة إحداث محكمة رياضية دولية ترتبط عضويًا باللجنة الأولمبية الدولية إلى مبادرة قادها كلا من "جون أنطونيو سامارنش - Juan Antonnio Samaranch" رئيس اللجنة الأولمبية الدولية آنذاك - والمحكم الدولي الشهير القاضي السينغالي "كيبا مبابي - Keba Mbaye"، أنظر هذه المحكمة على صفحتها الرسمية:

متخصصة لفض النزاعات الرياضية وصولاً إلى إنشاء محاكم رياضية متخصصة، تعني بحل النزاعات الرياضية من خلال التحكيم أو الوساطة وذلك لحسم المنازعات والدعاوى الرياضية<sup>(1)</sup>.

ويمكن تحديد هيئات التحكيم الدولية المختصة بالفصل وتسوية المنازعات الرياضية من خلال تسليط الضوء على محكمة التحكيم الرياضية (CAS)، وعلى (FIFA) كهيئة تحكيم دولية وتم اعتراف القوانين الوطنية بتلك الهيئات كوسيلة من وسائل الفصل وتسوية المنازعات الرياضية.

### الغصن الأول

#### إجراءات التحكيم بمحكمة التحكيم الرياضية (CAS)<sup>(2)</sup>

تعد محكمة التحكيم الرياضي أبرز مثال على مركزية الرقابة على هيئات الأنشطة الرياضية، فهي واحدة من المحاكم الدولية الأكثر خبرة في حسم المنازعات الرياضية، ويعزي انشاؤها إلى ضرورة الحد من التدخل المتزايد للمحاكم المحلية في المسائل الرياضية<sup>(3)</sup>.

---

راجع: أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مرجع سابق ص ١٦، جهاد سلامة (الندوة العلمية الأولى حول المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية) بيروت الإثنين والثلاثاء ٤، ٥ مايو ٢٠١٥.

Cf., Frédéric Buy, Jean Michel Marmayou, Didier Poracchia Et Frabrice Rizzo: " Droit Do Sport", Éd, LGDJ, OP. CIT, P5.

1- م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ١٤، معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٩١.

2- وتسمى باللغة الانجليزية اختصاراً (CAS) كناية عن اسم المحكمة الكامل بالإنجليزية (COURT OF ARBITRATION FOR SPORT)، وقد تحقق ذلك على أرض الواقع خلال عام ١٩٨٤، حيث شكلت المحكمة في لوزان بسويسرا لها مكاتب لامركزية في عدد من دول العالم وأهمها الدائرتان الدائمات اللامركزيتان اللتان أنشئت إحداهما في سدني بأستراليا وأنشئت الأخرى في نيويورك بالولايات المتحدة، وانضمت إليها سبع وثمانون دولة. وقد نص النظام الأساسي للاتحاد الدولي لكرة القدم عام ٢٠٠٩ في المادة (٦٢) منه: على اعتراف الفيفا بالمحكمة المستقلة للتحكيم الرياضي (CAS) وبمقرها العام في لوزان لحل كل النزاعات بين الفيفا والأعضاء المستقلة، النوادي، اللاعبين، الموظفين الرسميين، وكلاء اللاعبين المجازين، وتطبق شروط مجموعة قوانين محكمة التحكيم ذات الصلة بالرياضة على الدعاوى القضائية، كما تطبق المحكمة مبدئياً أنظمة الفيفا وبالإضافة إلى القانون السويسري.

Court Of Arbitration For Sport, Guide To Arbitration, 1994. د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٥٣.

3- د/ عبد اللطيف صبحي محمد (الإدارة القضائية للعدالة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٦٠، معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٣٤.

وتختص بنظر الدعاوى التي ترفع في شأن المنازعات الرياضية، وتشكل من أكثر من ثلاثمائة قاض أو محكم من مختلف دول العالم، وتطبق النظام الأساسي للاتحاد الدولي لكرة القدم (FIFA)، إضافة للقانون السويسري ودول العالم، وقراراتها ملزمة على جميع المؤسسات الرياضية، وهي مؤسسة مستقلة عن أي منظمة رياضية تابعة إدارياً ومالياً للمجلس الدولي للتحكيم الرياضي (ICAS)، ومحكمة التحكيم الرياضية منظمة رياضية وان قراراتها تمتلك القوة التنفيذية وهي تقدم خدماتها من أجل تسهيل حل المنازعات المتعلقة بالرياضة عن طريق التحكيم أو الوساطة وفقاً لقانون التحكيم الرياضي (CAS) وللقواعد الإجرائية المعمول بها لديها<sup>(1)</sup>، على أن يلزم وجود شرط اتفاق أو اتفاق التحكيم على انعقاد اختصاصها سواء كان لاحقاً أم سابقاً على النزاع.

التحكيم الرياضي هو عرض المنازعات القانونية المتعلقة بالرياضة على محكمين من أجل البت فيها، وعلى المحكمة تشكيل اللجان وتسهيل سير الإجراءات ومن ضمن مسئولية هذه اللجان إجراء التحكيم الرياضي والبت في النزاعات المقدمة من خلال التحكيم العادي، والتحكيم بالاستئناف، والبت في المنازعات عن طريق الوساطة<sup>(2)</sup>.

---

1- أنظر المادة ٦ من قانون محكمة (TAS) عن المهام المقررة للمجلس الدولي للتحكيم، أنظر المادة ٤ من قانون محكمة (TAS) عن تكوين المجلس وعدد أعضائه ١٥٠ محكماً و ٥٠ وسيطاً على الأقل من أشخاص ذوي مؤهلات قانونية وعلمية متخصصة وطريقة تعيينهم وإنتخاب رئيس المجلس:

=Court Of Arbitration For Sport, Guide To Arbitration, 1994.

م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص١٤، م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص٥٣، ٥١، ٥٥، ٥٧،

Règlement De Procédure De TAS, Statut Des Organes Concourant Au Règlement Des Litiges En Matière De Sport, OP CIT, Article N° 12, P5.

2- الموقع الرسمي لمحكمة التحكيم الرياضي:

[Http://Www.Tas-Cas.Org/Fr/Informations-Generales/Historique-Du-Tas.Html](http://Www.Tas-Cas.Org/Fr/Informations-Generales/Historique-Du-Tas.Html), Court Of Arbitration For Sport· Guide To Arbitration, 1994.

م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص٥٣، نبيل باسماعيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص٢٨، ٢٩.

ويستفاد من ذلك تعدد درجات التحكيم الرياضي الدولي ويتم تسوية المنازعات الرياضية بإحدى الطريقتين إما التحكيم الاعتيادي أو الاستئناف، أما الوساطة وهي أحد وسائل تسوية النزاعات الرياضية إلا أنها ليست رسمية بالإضافة إلى خصوصية إجراءاتها، وقد تحول الوساطة دون تحقيق هدفها فيلجأ إلى التحكيم.

### أولاً: قسم التحكيم الاعتيادي:

نصت المادة الثالثة من قانون التحكيم المتعلق بالرياضة على أن المحكمة التحكيم الرياضية قائمة محكمين وتشكل لجنة التحكيم التي تتألف من محكم واحد أو ثلاثة محكمين لصدور قرار التحكيم في المنازعات الناشئة في مجال الرياضة، وتستطيع محكمة التحكيم الرياضية أيضاً أن تتوصل إلى حل النزاعات المتعلقة بالرياضة عن طريق الوساطة وتحكم إجراء الوساطة قواعد منفصلة<sup>(1)</sup>، وتم ظهور التحكيم الدولي الرياضي ممثلاً في محكمة دولية متخصصة تم إنشائها إلى جانب اللجان الفيدرالية<sup>(1)</sup>.

ونصت المادة الثانية عشر من قانون التحكيم المتعلق بالرياضة "تبدأ المحكمة عملها بلجان وواجبها تقديم حل للنزاعات الناشئة في مجال الرياضة عن طريق التحكيم طبقاً للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في المواد ٢٧ وما بعدها". حل النزاعات المشار إليها عن طريق التحكيم الاعتيادي الذي يعد الإجراء القانوني لتسوية المنازعات الناشئة عن جميع أنواع العلاقات القانونية المتعلقة بالجانب الرياضي، وتخضع هذه المنازعات لقانون التحكيم الرياضي (CAS) ، ويتم رفعها إلى محكمة التحكيم الرياضي للبت فيها بإتباع إجراءات التحكيم المعمول بها لديها<sup>(2)</sup>.

---

1 -Mama Laye Mbaye, Le Règlement Des Litiges Sportif Par Le Tribunal Arbitral De Sport, Monographie Pour L'obtention De Certificat D'aptitude Aux Fonctions D'inspecteur De =l'Education Populaire De La Jeunesse Et Des Sports, Institut National Superieur De L'education Populaire Et Du Sport, 2005-2006,P14.

2- المادة ٣٨ : ٤٦ من قانون التحكيم الرياضي (CAS)، الموقع الرسمي لمحكمة التحكيم الرياضي: [Http://Www.Tas-Cas.Org/Fr/Informations-Generales/Historique-Du-Tas.Html](http://Www.Tas-Cas.Org/Fr/Informations-Generales/Historique-Du-Tas.Html), Court Of Arbitration For Sport· Guide To Arbitration, 1994,



ومن هذه المنازعات الرياضية على سبيل المثال لا الحصر تلك الناشئة عن عقود رعاية الأنشطة الرياضية أو العقود المتعلقة بمنح حقوق النقل التلفزيوني لفعالية رياضية معينة أو العقود المتعلقة بالتعهدات التي تصدر عن الرياضيين أو العقد ما بين الرياضي ومدربه وكذلك المسائل المتعلقة بمسؤولية الطرف الثالث الغير وهو الشخص الذي يدخل طرف ثالث في العقد من غير المتعاقدين الرئيسيين في العقد المبرم بينهما، وهذه المنازعات تخضع لإجراءات التحكيم الاعتيادي<sup>(١)</sup>، ويتضح من ذلك أن المنازعات الناشئة عن العلاقات التعاقدية أو عن المسؤولية المدنية تخضع لإجراءات التحكيم الاعتيادي بعد تقديم طلب التحكيم، ومن أجل تقديم هذا الطلب يجب أن يتفق الاطراف على ذلك كتابة وهذا الاتفاق قد يكون على شكل عقد سواء أكان سابقاً لنشوء النزاع أم لاحقاً له أو قد يكون على شكل نص في الأنظمة الأساسية أو تعليمات المنظمة الرياضية<sup>(٢)</sup>.

وهذا القسم يتعلق باختصاص محكمة التحكيم الرياضي الدولي بجميع المنازعات الرياضية الوطنية أو الدولية والمرفوعة ابتداءً على أن يلزم الاتفاق على انعقاد الإختصاص لها سواء كان الاتفاق سابق أم لاحق على النزاع.

ويتعين على الطرف الذي يريد اللجوء للإجراء العادي للتحكيم ارسال عريضة لدى أمانة محكمة التحكيم الرياضي ويضيف إلى طلب التحكيم الوثائق الأخرى وفقاً للبيانات الواردة في المادة (٣٨) من قانون (CAS)، وتتضمن العريضة وصفاً موجزاً للوقائع والحجج القانونية واسم وعنوان المدعي عليه وطلبات المدعي،

---

1- مثلا "لجوء زيكو الى محكمة التحكيم الرياضي في قضية عقدة مع الاتحاد العراقي لكرة القدم وكسبها لصالحه"، انظر المادة ٢٧ وما بعدها من قانون التحكيم الرياضي (CAS)، انظر: م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (TAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقرارتها) مرجع سابق ص٥٥، د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٩٢.

2- م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقرارتها) مرجع سابق ص٥٦، نبيل باسماعيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص٢٧.

ونسخة من اتفاق التحكيم الذي يتضمن معلومات عن اختيار المحكمين وعددهم على ان يكون العدد فردي واحد أو ثلاثة<sup>(١)</sup>.

وبإمكان أطراف النزاع اختيار محكمهم أو محكميهم من قبل أشخاص محكمين متخصصين في المجالين القانوني والرياضي بحرية من القائمة التي ينشرها المجلس الدولي للتحكيم الرياضي(CIAS)<sup>(٢)</sup>. ويلزم على مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري إعطاء فرصة اختيار المحكمين للأطراف.

وتتص المادة ٤٤ من قانون (CAS) على كيفية سير الإجراءات امام الغرفة العادية، حيث تتم الإجراءات كتابة أو شفاهة، والمادة ٥/٤٤ يقرر شرط الكتابة اثناء سير الإجراءات، إذ يمكن للمحكمة سحب طلب التحكيم بناء على تخلف أحد الاطراف عن شرط كتابة مذكراته، وهذا هو المعمول به في العديد من القوانين المنظمة للتحكيم<sup>(٣)</sup>. وبناء على نص المادة ٥/٤٤ تعد الكتابة شرطاً جوهرياً في لقبول طلبات التحكيم والمذكرات والسير في الإجراءات وتعد أمراً جوهرياً لإثبات اتفاق التحكيم الرياضي.

أما الشخص الذي يحق له رفع النزاع إلى محكمة التحكيم الرياضية، فهو أي فرد أو كيان قانوني له أهلية التصرف، وهذا يشمل الرياضيين والأندية والاتحادات الرياضية والجهات المنظمة للفعاليات الرياضية والجهات الراعية للأنشطة الرياضية وشركات التلفزة والشركات المنتجة للتجهيزات الرياضية<sup>(٤)</sup>. أطراف المنازعة الرياضية أمام محكمة (CAS) هم الخصوم وقد يكون الخصم شخص طبيعى مثل اللاعب الرياضي أو المدرب أو الحكم الرياضي وغيرهم وقد يكون الخصم شخص اعتباري مثل الأندية أو الاتحادات أو شركات تعمل في المجال الرياضي، ويلزم

---

1- المادة ١/٤٠ من قانون التحكيم الرياضي (CAS).

2 - ANTONIO RIGOZZI, L'importance Du Droit Suisse De L'arbitrage Dans La Résolution Des Litiges Sportifs Internationaux, P 30.

3- نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٣١.

4-Court Of Arbitration For Sport, Guide To Arbitration, 199 P6,12.

م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٥٦.

توافر شروط قبول الدعوي في طلب التحكيم المقدم لمحكمة (CAS) وهم المصلحة والصفة والأهلية.

وتهتم القوانين الإجرائية بإعلان صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه فيكون الإعلان هو شرط لصحة الإجراء<sup>(١)</sup>، وتقوم المحكمة بإعلان المدعى عليه بطلب التحكيم واستدعاء الأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وإذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق يطبق القانون السويسري، ويعطي للمدعى عليه مهلة لتقديم دفاعه والجواب والرد على طلب التحكيم المقدم ضده<sup>(٢)</sup>.

وبالتالي لاختلاف إجراءات التحكيم أمام محكمة التحكيم الرياضي (CAS) عما هو معمول به في قانون التحكيم المصري من ضرورة تقديم طلب تحكيم كتابي إلى هيئة التحكيم ويلزم وجود شرط أو اتفاق تحكيمي بين الطرفين لتحديد هيئة التحكيم المختصة للفصل في المنازعة الرياضية، واتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق.

#### ثانياً: قسم التحكيم الاستثنائي<sup>(٣)</sup>:

وهذا القسم يتعلق بمدى رقابة محكمة التحكيم الرياضي الدولي (CAS) وسلطتها على الأحكام الرياضية الوطنية، ومن خلال ذلك القسم تثبت لمحكمة التحكيم الرياضي (CAS) سلطة الرقابة على قرارات السلطة العامة، إذ يمكن لذوي الشأن ان يرفعوا الخلاف حول القرارات الصادرة من السلطات الإدارية أو الطعن على الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية الرياضية إلى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) عن طريق الطعن بالإستئناف<sup>(٤)</sup>.

المنازعات الاستثنائية الرياضية هي الطعون أو الاعتراض على القرارات الصادرة من محاكم أو هيئات تحكيم رياضية أو منظمة رياضية أو اتحادات أو

---

1 - Cf. Mohamed Abdel-Khalek Omar, La Notion D'irrecevabilité En Droit Judiciaire Privé, Op. Cit, P162

2- نبيل باسماعيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٣٢.

3- نظمت محكمة (TAS) إجراءات التحكيم بالاستئناف في المواد من (٤٧ إلى ٥٩) من قانون (CAS).

4- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٣٥.

جمعيات رياضية أو لجان رياضية<sup>(١)</sup>، وذلك عندما تنص الأنظمة الأساسية وتعليمات هذه اللجان أو الاتفاقات الخاصة على اختصاص محكمة التحكيم الرياضية CAS بهذه المنازعات.

ومن أمثلة هذه المنازعات تلك المتعلقة بالقرارات الانضباطية وبالأخص المتعلقة بالمنشطات، أو المتعلقة بالقرارات المتخذة بصدد أهلية الرياضي أو بالقرارات المتعلقة بالاعتراف الرسمي بالفعاليات الرياضية..... إلخ، وهذه القرارات التي اتخذتها اللجان الداخلية للمنظمات الرياضية تخضع لإجراءات التحكيم الاستئنافي<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال اتفاق التحكيم ومن خلال القواعد والأنظمة المعمول بها في الهيئات الرياضية يمكن للأطراف تحديد عدد المحكمين وكذلك القانون الواجب التطبيق<sup>(٣)</sup>،

---

1- "Un Appel Contre Une Décision D'une Fédération, Association Ou Autre Organisme Sportif Peut Être Déposé Au TAS Si Les Statuts Ou Règlements Dudit Organisme Sportif Le Prévoient Ou Si Les Parties Ont Conclu Une Convention D'arbitrage Particulière Et Dans La Mesure Aussi Où L'appelant A Épuisé Les Voies De Droit Préalables À L'appel Dont Il Dispose En Vertu Des Statuts Ou Règlements Dudit Organisme Sportif." L'article R47 (CAS)

2- من الناحية العملية نجد إن جميع الاتحادات الأولمبية الدولية والاتحادات الأولمبية الوطنية للدول قد اعترفت بالولاية القضائية لمحكمة TAS للنظر في حل المنازعات الناشئة عن ممارستها لأشطتها وبالتالي فقد قررت محكمة التحكيم الرياضية TAS - مقرها لوزان في سويسرا باعتماد قرار اللجنة التأديبية السعودية لقضايا المنشطات الصادر بتاريخ ١٥ / ١١ / ٢٠١٣ م والقاضي بإيقاف اللاعب/ حسين جمعان آل حمزه - لاعب المنتخب السعودي لألعاب القوى- عن المشاركة في المنافسات الرياضية داخلياً وخارجياً لمدة سنتين وستة أشهر اعتباراً من تاريخ الإيقاف المؤقت ١٥ / ١١ / ٢٠١٣ م، حيث قد تقدم الاتحاد الدولي لألعاب القوى في تاريخ ٢٥ / ١١ / ٢٠١٣ م بالاستئناف ضد قرار اللجنة التأديبية السعودية لقضايا المنشطات المذكور أعلاه بطلب زيادة مدة العقوبة لمدة ٤ سنوات، وقد قامت اللجنة السعودية للرقابة على المنشطات وبالتعاون مع الاتحاد السعودي لألعاب القوى بتوضيح الأسباب القانونية لاتخاذ هذا القرار والاكتماء بمدة السنتين و ٦ أشهر بدلاً من ٤ سنوات، وقد تمت مداولة القضية عن طريق CAS و انعقاد جلسة الاستماع بمقر محكمة التحكيم الرياضية في سويسرا بحضور ممثلي الاتحاد السعودي لألعاب القوى و الاتحاد الدولي لألعاب القوى، وقررت محكمة التحكيم الرياضية CAS ما يلي: رفض الاستئناف المقدم بتاريخ ١١ / ١١ / ٢٠١٣ م من الاتحاد الدولي لألعاب القوى ضد القرار الصادر من اللجنة التأديبية السعودية لقضايا المنشطات، والمصادقة على قرار اللجنة التأديبية السعودية لقضايا المنشطات المبلغ في تاريخ ٢٥ / ١١ / ٢٠١٣ م، ويتحمل الاتحاد الدولي لألعاب القوى كافة مصاريف محكمة التحكيم الرياضية الخاصة بهذه القضية، على كل طرف تحمل مصاريفه الخاصة. م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص٥٥، د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٩٣.

3- ومن العيوب المطروحة في منح الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم قد يؤدي ذلك لسوء الإختيار، وقد يتعسف أحد الاطراف في اختيار هذا القانون بقصد التهرب من نطاق أحكام قانون

وتسري اجراءات الاستئناف ويجب على المدعى إرسال طلب الاستئناف لدى محكمة التحكيم (CAS) وتنص المادة (٤٨) على مايجب ان يتضمنه طلب الاستئناف<sup>(١)</sup>.

ونصت المادة ٥١ من قانون (CAS) "يتعين على المستأنف خلال عشرة أيام الموالية لانقضاء أجل الاستئناف تقديم مذكرة تتضمن الوقائع والحجج القانونية، مصحوباً بجميع المستندات والأدلة التي يرغب في الاعتماد عليها"، كما نصت المادة (٦٣) من النظام نفسه في الفقرة رقم (١) منه على تقديم الطعون الاستئنافية ضد القرارات النهائية المحررة من قبل الاتحادات الوطنية الأعضاء في غضون (٢١) يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار.

كما نصت الفقرة رقم (٢) من نفس المادة على انه "يمكن اللجوء فقط إلى المحكمة الرياضية الدولية بعد استنفاد كل القنوات الداخلية الأخرى" وهي المحاكم الرياضية الوطنية وهيئات ومراكز التحكيم الوطنية أو اللجان الداخلية.

ويجوز لرئيس هيئة التحكيم الإطلاع على الملف المرسل الخاص باللجنة أو الاتحاد أو الهيئة الرياضية التي أصدرت القرار، كما تسند له مهمة تحديد جلسات الاستماع لسماع الطرفين والشهود والخبراء وكذلك لسماع المرافعات الشفوية، إذ يجوز للهيئة أن توقف الجلسات بعد استشارة الاطراف إذا رأت ان المعلومات المحصلة كافية، وتجدر الإشارة إلى السرية التي تعد شرطاً لعقد الجلسات ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك<sup>(٢)</sup>.

الإستئناف الرياضي هو إتاحة الفرصة لأحد طرفي النزاع الرياضي في عرض المنازعة الرياضية التي صدر بشأنها حكم أو قرار من المحاكم الرياضية الوطنية

---

معين أو الاستفادة مما يمنحه القانون المختار من مزايا، ويلزم اختيار القانون بحسن نية وذلك استناداً على وجود علاقة مشروعة بين القانون المختار وموضوع النزاع، راجع: عبد الحميد الأحدب (خصائص التحكيم وموقعه في الإسلام) مجلة المصارف العربية العدد التاسع- عام ١٩٨١ ص ٣١، م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٦١، ٦٢.

1- "الاسم والعنوان الكامل للمدعي عليه أو المدعي عليهم، نسخة من القرار المطعون عليه، طلبات المستأنف، تعيين المحكم الذي يختاره مقدم طلب الاستئناف من قائمة المحكمين (TAS)، نسخة من الاحكام القانونية أو التنظيمية أو اتفاق محدد ينص على جوازية الاستئناف امام (CAS)"، عند تقديم الطلب يتعين على المستأنف دفع التكاليف المنصوص عنها في المواد (١/٦٤ أو ٢/٦٥) لامانة المحكمة (TAS).

2- نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٣٦.

على محكمة التحكيم الرياضية (CAS) لتتظر فيها من جديد، وهو ما يسمي بالاستئناف امام محكمة التحكيم الرياضي، قانون (CAS) أعطى الحق للخصوم الطعن وطلب إعادة النظر في الحكم، واصدار قرارات تحكيمية أما بتأييد الحكم المطعون عليه أو القرار المستأنف أو الغائه أو تعديله، وتكتسب الاحكام الإستئنافية الصادرة من محكمة (CAS) نفس القوة التنفيذية التي تتمتع بها أحكام المحاكم الوطنية، لأنها أحكام محكمة (CAS) أحكام نهائية حائزة لقوة الأمر المقضي.

ولا يكفي نص الفقرة رقم (٢) من نفس المادة على انه "يمكن اللجوء فقط إلى المحكمة الرياضية الدولية بعد استنفاد كل القنوات الداخلية الأخرى" بل يلزم اتفاق الأطراف كتابياً<sup>(١)</sup> على انعقاد اختصاص محكمة التحكيم الرياضي (CAS) في نظر الطعون على القرارات والأحكام الصادرة من المحاكم الرياضية الوطنية سواء كان اتفاق التحكيم اتفاق لاحق أم سابق على وقوع المنازعة الرياضية.

وفي إيطاليا على سبيل المثال هناك احكام تقرر بان العقوبات المتعلقة بالمنشطات والتي تصدرها الهيئة الوطنية لمكافحة المنشطات وهي هيئة عامة يمكن رفع الطعن في خصوصها إلى محكمة التحكيم الرياضي الدولي، وقد ينتهي الأمر في بعض الحالات إلى تجاهل القرار المطعون وإلغاءه، وهذا يكشف بدوره عن مدى تدخل محكمة التحكيم الرياضي الدولي في اعمال السلطة الوطنية، علماً بأن محكمة التحكيم الرياضي رأت ان "التعايش بين السلطة الوطنية والدولية هو السمة المألوفة، ومن الثابت ان النظام الوطني لا يمكنه ان يحد من إلزامية النظام الدولي"<sup>(٢)</sup>، ويستتبط من ذلك توسع الرقابة القضائية الدولية لمحكمة التحكيم الرياضي (CAS) وأصبحنا

---

1- راجع المواد أرقام: ١٠، ١١، ١٢، ١٣ قانون التحكيم المصري الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.  
2-CAS/A/1149 and CAS/A/1211 WADA v. FMF available on web site: <https://wada-mainprod.s3.amazonaws.com>.

"أن التشبث بالسيادة الوطنية كمبرر لعدم تنفيذ الأحكام الصادرة من محكمة التحكيم الرياضي (CAS) لا يخلو من الآثار السلبية، حيث ان هذه الدولة لن يسمح لها في استضافة أي منافسة رياضية دولية، بل من الممكن ان يوقف، أو يسحب منها الحق في تنظيم منافسات قد منحت إشراف تنظيمها من قبل" راجع: د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٣٥.

أمام واقع لا يمكن تجاهله ولذا يجب على الدول ان تسلك وتطبق نفس المعايير المتبعة دولياً فيما يتعلق بالأمور الفنية الرياضية وكذلك المجال القضائي والتحكيم الرياضي. والذي يؤكد ويقر بذلك الدور الرقابي لمحكمة CAS هو اعتراف المحكمة الفيدرالية السويسرية بـ (CAS).

### اقرار المحكمة الفيدرالية السويسرية واعترافها بـ (CAS):

نالت محكمة التحكيم الرياضي (CAS) اعتراف المحكمة الفيدرالية السويسرية عام ١٩٩٣م لكونها أعلى هيئة قضائية في سويسرا، وبذلك أصبحت محكمة التحكيم الرياضي هيئة تحكيم حقيقية تتوفر فيها كافة الضمانات لإستقلالها، وتعد القرارات الصادرة منها لها نفس قوة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم العادية<sup>(١)</sup>.

وكان هذا الاعتراف في قضية تتعلق بريضة سباق الخيل تخص المسمى "غونديل - Gundel" الذي تعرض إلى عقوبة تأديبية بعد ان أثبت ان حصانه تناول مادة منشطة، حيث رفع النزاع إلى محكمة التحكيم الرياضي بلوزان - Lausanne فقضت فيه بما رأت، فطعن الرياضي في الحكم التحكيمي أمام المحكمة الفيدرالية السويسرية، التي أقرت دون تردد انها مختصة بالنظر في مطالب إبطال أحكام محكمة التحكيم الرياضي بحكم وجود مقر التحكيم بسويسرا<sup>(٢)</sup>.

اعتراف المحكمة الفيدرالية السويسرية بمحكمة التحكيم الرياضي يعد اعترافاً بقانون التحكيم الرياضي والنظام الأساسي لمحكمة التحكيم الرياضي وقواعد اختصاصها والإجراءات المنظمة لها، وعلى الدول الالتزام بقواعد وإجراءات

---

1- من ذلك قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية عام ٢٠٠٣م باستقلال (TAS) عندما رفضت الاستئناف المقدم من متزلجتين روسيتين طردتا من الألعاب الأولمبية الشتوية التي أقيمت في سالت لايك سيتي (٢٠٠٢) بموجب قرار محكمة التحكيم (TAS). Court Of Arbitration For Sport, Guide To Arbitration, 1994، م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص٥٢، ٥٣، نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ١١.

2 -Tribunal Federal Suisse, Aff, No 4p-217/1992, 15 Mars 1993, Elmar Gundel Federation Equestre Internationale, Recueil Officiel Des Arrêts Du Tribunal Federal "ATF" (Official Digest Of Federal Tribunal Judgements) 119 II, P.545, Maeley,S International Arbitration Report, Vol. 8, Issue 10, Oct. 1993, P.12, Note Jan PAUISSON, P271.

راجع: أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مرجع سابق ص١٧.

التحكيم أمام محكمة التحكيم الرياضي الدولي مالم تخالف تلك القواعد والاجراءات النظام العام لهذه الدول وتقنينها في أنظمتها الداخلية.

كما تختص المحكمة الإتحادية السويسرية بالفصل في مسائل النزاع بين السلطات العامة الوطنية ومحكمة التحكيم الرياضي الدولي (CAS)، وبالتالي تعد المحكمة الاتحادية السويسرية تمثل الآلية الأخيرة لدول العالم كافة، لمراجعة الأحكام الصادرة عن محكمة التحكيم الرياضي، وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص بدولة سويسرا<sup>(١)</sup>.

تعد المحكمة الاتحادية السويسرية محكمة تنازع بين اختصاص قضائي دولي تخضع احكامه لقواعد القانون الدولي الخاص فهي تختص بالفصل في تنازع اختصاص بين جهتين قضائيتين بين محكمة التحكيم الرياضية (CAS) ومحكمة التحكيم الرياضية الوطنية.

أما محكمة التحكيم الرياضي الدولي تم اقرارها والإعتراف بها من قبل المحكمة الفيدرالية السويسرية ويعد ذلك الإعتراف هو إعتراف بالقواعد المنظمة لها واعتراف بالقرارات الصادرة عنها والإلزام بها.

## الفصل الثاني

### هيئات التحكيم الدولية بـ (FIFA)

تشكل هيئات التحكيم الدولية بـ (FIFA) من ثلاث لجان لجنة الاستئناف واللجنة التأديبية والأخلاقية<sup>(٢)</sup>، والهيئات القضائية الثلاثة يجب ان تكون مؤلفة من

---

1 - Andras GUROVITS, The Court Of Arbitration For Sport Tas-Cas, on 27 september 2012, in Zurich, p6.

2- (FIFA) هي منظمة يحكمها القانون السويسري منذ عام ١٩٠٤ ومقرها زيوريخ سويسرا. ويضم ٢١١ عضو وهدفه كما ينص النظام الداخلي وضع "قوانين اللعبة" لغة بسيطة ومشاركة لدعم قوة لعبة كرة القدم الفريدة والموحدة للجميع، ويوفر كيان FIFA المنفتح والديمقراطي أساس ثابت تحتاجه اللعبة لكي تنمو وتزدهر، والتطوير المستمر لكرة القدم. يقوم FIFA بتشغيل أكثر من ٣١٠ شخص من ٣٥ دولة وهو مكون من المجلس (الأداة التشريعية)، اللجنة التنفيذية (الأداة التنفيذية) والسكرتارية العام (الأداة الإدارية) واللجان (تساعد اللجنة التنفيذية). راجع: النظام الأساسي لكرة القدم FIFA أبريل ٢٠١٦م، م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ١٤.



اعضاء لديهم المعرفة والقدرات والخبرات المتخصصة التي تعتبر ضرورية للقيام بمهامهم وواجبهم على أكمل وجه<sup>(١)</sup>.

### أولاً: اللجنة التأديبية التابعة للاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA:

تشكل اللجنة التأديبية من رئيس، ونائب رئيس والعدد اللازم من الاعضاء ويجب ان يكون للرئيس ونائب الرئيس مؤهلات قانونية، ويمكن للجنة التأديبية ان تفرض عقوبات أو تدابير على الأعضاء والأندية والمسؤولين واللاعبين ووكلاء المباريات ووكلاء اللاعبين كما هو مقرر في النظام الأساسي<sup>(٢)</sup>، وقوانين الإنضباط (FIFA)<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: لجنة الأخلاقيات المستقلة للاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA:

لجنة الأخلاقيات المستقلة هي واحدة من الهيئات القضائية التابعة لـ FIFA وتعتبر هذه اللجنة المسؤول الأول عن التحقيق في الانتهاكات المحتملة لقانون FIFA الخاص بقواعد السلوك الأخلاقي منذ عام ٢٠١٢، تم تقسيم اللجنة إلى غرفتين منفصلتين - غرفة التحقيق، وغرفة قضائية، وتشكل تلك اللجنة من رئيس ونواب الرئيس وعدد كاف من أعضاء لكل غرفة على حد<sup>(٤)</sup>.

وتقوم غرفة التحقيق بالتحقيق في الانتهاكات المحتملة لقانون FIFA الخاص بقواعد السلوك الأخلاقي، ولغرفة التحقيق كامل الحرية في القيام بفتح إجراءات تحقيق أولية وفقاً لتقديرها الخاص وفي أي وقت، وكذلك بناء على شكوى تم رفعها. وتقوم الغرفة القضائية بإصدار القرارات بشكل مستقل على اساس النتائج التي توصلت إليها غرفة التحقيق لدى البت في قبول أو رفض الشكوى، فإن رئيس الغرفة القضائية هو ملزم بتقييم التقرير النهائي الوارد من غرفة التحقيق، والنتائج التي

---

1- "ويقوم الرئيس ونائب الرئيس وأعضاء اللجان تحقيق معايير الاستقلال على النحو الذي حددته لوائح FIFA الخاصة بالحوكمة، وانتخابهم يتم من قبل كونجرس FIFA لفترة أربع سنوات" انظر: المادة ٥٢ وما يليها المواد من ٥٠ - ٥٥ من النظام الأساسي لكرة القدم. FIFA أبريل ٢٠١٦ م ص ٤٧ ومابعدها، وكذلك المادتين ٣٦ و ٣٨ من نظام الحكم لكرة القدم، FIFA FIFA STATUTES, April 2016 Edition, P47.

2 -Fifa Statutes, April 2016 Edition.

3 -Fifa Disciplinary Code, 2017 Edition.

4- Article 54, Fifa Disciplinary Code, 2017 Editio, P51.

توصلت إليها غرفة التحقيق تعد نتائج استشارية ليست ملزمة للغرفة القضائية فلها الحق في التعويل عليها في التقرير النهائي كما لها الحق في استبعادها. وتعد الغرفة القضائية هي الغرفة الوحيدة المختصة بالفصل وتسوية المنازعات الرياضية، وهذا بخلاف اللجنة التأديبية والتي يقتصر دورها على معاقبة المخالف وفقاً لقانون الانضباط والنظام الأساسي وعلى المخالف الطعن بالاستئناف على قرار اللجنة التأديبية امام لجنة الاستئناف، ولم تكن اللجنة التأديبية جهة فصل بين متنازعين رياضيين.

كما تختص غرفة التحقيق بداخل اللجنة الأخلاقية باجراء التحقيق واعطاء الرأي القانون على الواقعة المشكو منها، واصدار قرار إما بقبول أو رفض الشكوى، وتحال الشكوى الصادر في شأنها قرار من غرفة التحقيق إلى الغرفة القضائية لتصبح منازعة رياضية صالحة للفصل فيها وإصدار حكم أو قرار نهائي بشأنها. تخضع الأحكام والقرارات الصادرة من اللجنة التأديبية والغرفة القضائية لرقابة لجنة الاستئناف التابعة للإتحاد الدولي لكرة القدم FIFA، ويجوز للمحكوم عليه أو لمن ثبتت له المصلحة والصفة الحق في الطعن بالاستئناف على الأحكام والقرارات الصادرة من اللجنة التأديبية والغرفة القضائية أمام لجنة الاستئناف.

### **ثالثاً: لجنة الاستئناف التابعة للإتحاد الدولي لكرة القدم FIFA:**

تشكل لجنة الاستئناف من رئيس ونائب رئيس والعدد اللازم من الأعضاء، ويجب ان يكون للرئيس ونائب الرئيس مؤهلات قانونية، وتعتبر لجنة الاستئناف مسؤولة عن استئناف القرارات غير النهائية الصادرة من لجنة الانضباط، وتقوم اللجنة بالعمل وفقاً لقانون الانضباط (FIFA)<sup>(1)</sup>، وتتخذ القرارات بوجود ثلاثة اعضاء على الأقل وفي حالات خاصة يجوز للرئيس أن يقرر لوحده، قرارات لجنة الاستئناف نهائية وملزمة لكل الأطراف، ويبقى حق الطعن أمام محكمة التحكيم الرياضية (CAS) محفوظاً<sup>(2)</sup>.

1- FIFA DISCIPLINARY CODE, 2017 Edition.

2 -Article 55, FIFA DISCIPLINARY CODE, 2017 Editio, P51,52.

و يستفاد مما سبق تعدد درجات التحكيم للاتحاد الدولي لكرة القدم بـ (FIFA) إلى درجتين الدرجة العادية وتختص بالفصل في المنازعات الرياضية المبتدأة والمحالة من غرفة التحقيق إلى الغرفة القضائية بالاتحاد الدولي لكرة القدم بـ (FIFA)، ودرجة الطعن بالاستئناف وتختص بالفصل في الطعن على الأحكام والقرارات غير النهائية الصادرة من لجنة الانضباط (الدرجة الأولى)، ويجب ان تكون هيئات التحكيم مؤلفة من اعضاء لديهم المعرفة والقدرات والخبرات المتخصصة وان يكون الرئيس ونائب الرئيس مؤهلات قانونية، ولا شك أن تلك المبادئ التي أخذت بها (FIFA) تعد من المعايير الدولية التي يجب على الدول مراعاتها والعمل بمقتضاها.

### **المطلب الثاني**

#### **ضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي**

من الضروري ان يكون للرياضي ضمانات تحميه من المخاطر والأضرار، ومن ثم اوجب على المسؤولين والممارسين للرياضة البحث عن ضمانات لحقوقهم مما ادى إلى ايجاد نصوص قانونية من شأنها ان تضمن حقوق الرياضي وتحدد واجباته ويعد الالتزام بالسلامة البدنية التي فرضها المشرع أولوية للحماية ضد الحوادث الرياضية<sup>(1)</sup>.

يلزم توفير العديد من الضمانات أمام هيئات التحكيم الرياضي وأثناء الفصل وتسوية المنازعات الرياضية، ولاتختلف الضمانات أمام هيئات التحكيم الرياضي عما هو معمول به أمام القضاء الطبيعي أو العادي.

فيجب ان يتاح لأطراف النزاع عرض دعوهم وتمحيص دفاعهم رداً وتعقيباً في اطار مايقضيه مبدأ حق الدفاع، وان يراعي في تشكيلها وسير إجراءاتها القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، والتي

---

1- أ/ معزیز عبد الکریم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٤٢، ٢٥١.  
B. Tafiani, Les Assurances En Algérie - Contribution À La Stratégie De Développement, Ed. OPU,ENAP, Alger 1987. P11.

تكفل لكل شخص الحق في محاكمة منصفة وعلنية وهذا لا يمكن توافره من خلال لجنة تابعة للاتحاد<sup>(١)</sup>.

لذلك تعد اللجان وغرف التحكيم التابعة للاتحاد لم يتوافر لديها محاكمات عادلة ومنصفة لان تلك اللجان وغرف التحكيم ستعمل جاهدة لتحقيق مصالح الاتحاد في اتخاذ قرارها دون النظر لأطراف المنازعة الرياضية، لذلك سعت الأنظمة الحديثة لانشاء محاكم رياضية متخصصة ومراكز تحكيم رياضي مستقل وتوفير العديد من الضمانات لنقادي الأخطاء والانتقادات التي وجهت إلى اللجان وغرف التحكيم بالاتحادات الرياضية.

ويمكن تناول تلك الضمانات من خلال فرعين:

الفرع الأول: مراعاة خصوصية القطاع الرياضي.

الفرع الثاني: استقلال وحيادية هيئات التحكيم الرياضي وتنفيذ قراراتها.

### الفرع الأول

#### مراعاة خصوصية القطاع الرياضي

تعد المشكلة القانونية في مجال الرياضة تكمن في تحديد خصوصية الرياضة، وهذا يحتم ضرورة استئثارها بمجموعة من القواعد الحاكمة لتنظيم المشاكل القانونية النظرية والعملية، وبما يفرض على بساط البحث ضرورة فحص ماهو مهم جداً من المشاكل الرياضية التي يمكن أن تحظى بالمعالجة القانونية، وماهو نطاق تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي، لحسم كل مايثور من مشكلات، وتقتضي الخصوصية ان يكون لدينا اهتمام خاص بمبدأ استقلالية الرياضة، وان تطبيق الخصوصية والإستقلالية في المجال الرياضي كان من قبيل المبادئ التوجيهية غير الملزمة وكان السبب يرجع إلى غياب الإعتبارات القانونية في المجال الرياضي<sup>(٢)</sup>.

---

1- حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٢/٤/٢٣ في الطعن رقم ٢ لسنة ١٤ اق دستورية مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٥ مجلد ٢ ص ٢٤١، أشار إليه: د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٧٤.

2- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢،

لكن بعد صدور قانون الرياضة المصري الجديد وإنشاء مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري وأصبحت الخصوصية في المجال الرياضي ذات اعتبار في الواقع العملي، والخصوصية تقتضي استثناء تلك المنازعات الرياضية بقواعد موضوعية وإجرائية وهيئات تحكيم متخصصة للفصل في تلك المنازعات. ولخصوصية القطاع الرياضي يلزم مراعاة أمرين الأول هو سرعة وسهولة الإجراءات أمام هيئات التحكيم الرياضي، والأمر الثاني وهو سرية المعلومات والبيانات المتداولة أمام المحاكم الرياضية، وهذان الأمران يقتضيه المجال الرياضي لخصوصيته والتي ادت به الأنظمة إلى إنشاء هيئات تحكيم رياضية ومراكز تحكيم لتسوية المنازعات الرياضية.

### **الخصن الأول**

#### **سرعة وسهولة الإجراءات أمام هيئات التحكيم الرياضي**

يستلزم لخصوصية المنازعات الرياضية اتباع إجراءات تختلف عن الإجراءات العادية للدعوى، وهذا يقتضي اتباع إجراءات مرنة ومبسطة تضمن السرعة في حسم المنازعات الرياضية.

وقال الدكتور (Klaus Sachs) " إن القواعد الإجرائية الإلزامية أمام التحكيم تكن أقل من القواعد الإجرائية الإلزامية أمام القضاء العادي، وللمحكمن مجال واسع في السلطة التقديرية لحرية التصرف<sup>(1)</sup>. ولذلك أخذت العديد من الأنظمة الحديثة بإنشاء هيئات ومراكز تحكيم رياضية لأن القواعد الإجرائية بها أقل من القضاء العادي، وقلة القواعد الإجرائية تؤدي إلى سرعة الإجراءات وسرعة الفصل في المنازعات الرياضية.

---

1- "أن التحكيم يستند على مبدأ استقلالية الطرفين وهو طريق خاص (خارج نطاق القضاء) لحل النزاعات التي تقوم على أساس اتفاق بين الطرفين"

KLAUS SACHS, Course On Insolvency Proceedings And International Arbitration, Inaugural Session, Year 2011, P 1.

نبيل باسمايل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص 1.

يصدر مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية قراراً بالنظام الأساسي للمركز، وينظم قواعد وإجراءات الوساطة والتوفيق والتحكيم فيه وفقاً للمعايير الدولية بناءً على اقتراح مجلس إدارة المركز<sup>(١)</sup>.

تعد سهولة وسرعة الإجراءات في المنازعات الرياضية من ضمن المعايير الدولية المعمول بها أمام محكمة التحكيم الرياضي الدولي (CAS)، لاسيما في دورات الألعاب الأولمبية حيث يتم حل هذه المنازعات في غضون ٢٤ ساعة، كما تتميز الأحكام الصادرة عنها بسهولة تنفيذها مثل إعلان أهلية أحد الرياضيين للمشاركة، أو تغيير بعض النتائج<sup>(٢)</sup>، ويلزم على المشرع ومجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية عند وضع النظام الأساسي للمركز ان يأخذ بهذه المعايير بعين الاعتبار.

كما أكد قانون الرياضة المصري الجديد في المادة (٧٠) منه على ان "يلتزم المركز بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتسري فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الباب ولوائح المركز أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤".

ويستفاد من ذلك ان النظام الأساسي للمركز هو الذي يحدد القواعد والإجراءات المنظمة للوساطة والتحكيم بالنسبة للمنازعات الرياضية في مصر.

وقانون الرياضة المصري الجديد لم يحدد قواعد إجرائية خاصة تتناول الفصل في المنازعات الرياضية تاركاً ذلك إلى مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية وكذلك مجلس ادارة مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري في تحديد تلك الإجراءات من خلال وضع نظام أساسي للمركز وهو الذي يحدد إجراءات الوساطة والتحكيم والتوفيق في مجال المنازعات الرياضية، أما ما لم يرد به نص في النظام الأساسي للمركز أو لوائحه فقد أحال قانون الرياضة المصري إلى تطبيق الضمانات

1- المادة (٦٩) من قانون الرياضة المصري الجديد.

2- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص٢٣٦.

والمبادئ الأساسية للتقاضي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وسريان أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

ومما يعضد السهولة الإجرائية والمرونة في إجراءات التحكيم ما نصت عليه المادة ٢٥ من قانون التحكيم "لطرفي التحكيم الإتفاق 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 الإتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

كما نصت المادة (٣٣) من قانون التحكيم على ان "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، ويجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف".

تلك هي قواعد ونصوص قانون التحكيم المصري التي حددت إجراءات الجلسات والمرافعة والإثبات بداخل هيئات التحكيم، والتي يلزم على إدارة اللجنة الأولمبية المصرية ومجلس ادارة مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري الأخذ بعين الاعتبار بهذه القواعد والإجراءات، ان لم يرد نص خاص في النظام الأساسي للمركز يحدد قواعد وإجراءات التحكيم الرياضي، وذلك بناء على نص المادة (٧٠) من قانون الرياضة المصري الذي أشار إلى سريان أحكام قانون التحكيم المصري فيما لم يرد في شأنه نص خاص.

ويجب على المشرع المصري حينما يضع قواعد خاصة لتحديد جلسات المحاكمات الرياضية وكذلك مواعيد الحضور أمام مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري أن يراعي خصوصية القطاع الرياضي ومايستلزمه من سرعة الإجراءات والمحاكمات الرياضية.

وتبدأ إجراءات التحكيم بناء على نص المادة ٢٧ من قانون التحكيم المصري "من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر"، ويجوز الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها.

كما حدد قانون التحكيم المصري كيفية تقديم طلب التحكيم من المدعي وكيفية الدفاع على ذلك الطلب من المدعي عليه من خلال وضع عدة التزامات لكلا الطرفين حيث نصت المادة (٣٠) منه على ان "١- يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان، ٢- يرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى، ويجوز لكل من الطرفين ان يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع على حسب الأحوال، صوراً من الوثائق التي يستند إليها وان يشير إلى كل أو بعض الوثائق وأدلة الإثبات التي يعترزم تقديمها".

وبالتالي يستطيع أي طرف في دعوى رياضية تقديم طلب منازعة رياضية بالإجراءات الاعتيادية مبيناً أسباب الطلب والمستندات المؤيدة له، أو تقديم طلب استئناف إلى محكمة التحكيم الرياضي بوصفها هيئة استئنافية، ويحدد جلسة لحضور المدعى والمدعى عليه لتوضيح الأخير موقفه وتقديم دفاعه على ذلك الطلب، من خلال الأدلة (الكتابية وسماع الشهود وتقرير الخبراء... الخ)<sup>(١)</sup>، مع ضرورة مراعاة تجنب أي تأخير مفرط للمحاكمة<sup>(٢)</sup>.

ويرجع سبب سرعة الإجراءات في مجال المنازعات الرياضية هو انتقالات اللعبة بين الاندية والدول المختلفة وقصر عمر الرياضي داخل الملاعب يستوجب نسبياً حسم الدعاوى بأسرع ما يمكن لكي يحصل على حرية الانتقال الى نادي ما،

1- المادة ١٨، ٢٠، ٢١، ٢٢ من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي.



ويلزم ان تكون القواعد الإجرائية مرنة بما يكفي لفض النزاع وفقاً لظروف كل قضية، وفي الحالات المستعجلة قد يتم اصدار أوامر أو حتى قرارات مؤقتة<sup>(١)</sup>، لمجابهة الخطر الذي هو أساس ظرف الإستعجال وذلك من خلال تنظيم قواعد وإجراءات سريعة تختلف عن القواعد والإجراءات العادية للتقاضي.

ولاشك أن ارتفاع عدد النزاعات والخلافات الرياضية، استلزم الأمر اعتماد وسيلة فعالة وسريعة لحل هذه المعضلات عن طريق التحكيم كوسيلة تسوية للمنازعات الرياضية<sup>(٢)</sup>، ولاشك ان التحكيم يعد الوسيلة الأنسب للفصل وتسوية المنازعات الرياضية إذا ان اللجوء إلى القضاء العادي أو الطبيعي سيطيل أمد المنازعات الرياضية وهو ما لا يتناسب مع خصوصية القطاع الرياضي الذي يتميز بالاستعجال في تسوية المنازعات الرياضية.

والابتعاد عن البطء في الحصول على الحق يلزم الابتعاد عن الشكلية أو الروتين الممل والعمل بمرونة وتسهيل الإجراءات، لأن ما يهم هو إعمال الحق في أسرع وقت ممكن وأبسط طريقة وأقل تكلفة<sup>(٣)</sup>، ومستوفية للضمانات<sup>(٤)</sup>، ويجب عدم المبالغة في السرعة المفرطة للإجراءات حتى لا تؤدي إلى اجراءات قد تكون مضللة أو مربكة في بعض الاحيان<sup>(٥)</sup>، ويلزم اتخاذ "فترة معقولة" تعتمد عليها الإجراءات<sup>(٦)</sup>.

---

1- م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٦٠.

2- م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) مرجع سابق ص ١٧، نبيل باسما عيل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص ٦، ٧.

3- GEORGES De LEVAL, ACCÈS A LA JUSTICE RÉGLES DE PROCÉDURE ET ATTRIBUTIONS DU JUGE DANS LE PROCÉS CIVIL, Op.Cit, P315, Et, Henry SOLUS, Et Roger PERROT, DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ, Op.Cit, P24.

4- د/ محمد نور شحاته (الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية) المرجع السابق ص ٧.  
5 - E.Vincent J. Guinchard Procedure Civile) 24 Dition, Dalloz, 1996, P85.

م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٦١.

6- Jean-Marie COULON, Le Temps Dans La Procédures - LES SOLUTIONS RELATIVES A L'OFFICE DU JUGE, Editions Dalloz- c, 1996, P58.

وبمقتضى السرعة التي نهجها النظام السعودي فنص في لائحة الغرفة، بعد إيداع صحيفة الدعوى لدى الغرفة وفور الانتهاء من تبادل المذكرات أو المكاتبات بين الأطراف لرئيس الغرفة في الحالات التي يقدرها إصدار قرار باستدعاء الأطراف للمثول أمام الغرفة في جلسة استماع أو تحقيق، ويجب على كل الأطراف الخاضعة للنظام ولوائح الاتحاد الاستجابة لطلب الاستدعاء من الغرفة، ويتولى رئيس الغرفة أو نائبه أو من يكلفه الرئيس من الأعضاء القيام بالاستماع أو التحقيق مع اعداد محضر بذلك ويوقع عليه من تولى وحضر الاستماع أو التحقيق من الأطراف على أن يُضم لملف الدعوى، وللأطراف الحق في اختيار من يمثلهم قانوناً في جلسة الاستماع أو التحقيق وفق ما تم النص عليه في المادة وللغرفة الزام من ترى حضوره من الأطراف شخصياً<sup>(١)</sup>.

وأحسن المنظم السعودي حينما أوجب على الأطراف التعاون مع الغرفة بما يضمن انجاز الدعوى<sup>(٢)</sup>، لأن السرعة أصبحت الآن هدفاً في حد ذاته، وهو معيار مطلق للجودة في هذه الثقافة لإقامة العدل<sup>(٣)</sup>.

ونصت المادة ٣/٢ من تلك اللائحة بأن "القواعد التي تقوم عليها اللائحة هي التي تحدد الإجراءات والآليات اللازمة لفض المنازعات بين الأطراف". وأكدت المادة ٣ من ذات اللائحة "ان اللائحة هي المرجع الرئيس لإجراءات النظر وفض المنازعات بين الأندية و/أو اللاعبين و/ أو وكلاء اللاعبين أو الوسطاء أو المدربين أو من يمثلهم قانوناً".

ويفهم من ذلك ان المنظم السعودي اوضح المصدر أو الاساس القانوني الذي يحدد الإجراءات وآليات فض المنازعات الرياضية وهذا المصدر يمثل لائحة غرفة فض المنازعات الرياضية بالاتحاد السعودي التي اوضحت الإجراءات التي يجب على المتقاضين مراعاتها سواء من ناحية حضور الجلسات أو الاستماع أو التحقيق

1- المادة ١٧ من لائحة غرفة فض المنازعات الرياضية بالاتحاد السعودي.

2- المادة ١/١٩ من لائحة غرفة فض المنازعات الرياضية بالاتحاد السعودي.

3 - Bruno Berger-Perrin, Le Temps Dans La Procédures - Les Modulations Du Temps Dans La Procedure Suivant L'objet Du Litige, Dalloz, 1996 , P25.

أو تبادل المذكرات أو المكاتبات بين الأطراف، كما أوجب النظام السعودي التزام الأطراف بالتعاون مع الغرفة بما يضمن انجاز الدعوى وهذا ما يحقق السرعة في مجال المنازعات الرياضية.

كما اننى لا أرحح الإهتمام بالسرعة المفرطة في إجراءات المحاكمات الرياضية على حساب ضمانات حقوق المتقاضين، ولكن يجب اتخاذ "فترة معقولة" تعتمد عليها الإجراءات والإبقاء على العدالة السريعة المستتيرة من خلال توازن العديد من القوى الذي يجب على المحكم التمسك بها والعمل وفق مقتضاها وهي ما بين سرعة الإجراءات وكفالة حقوق المتقاضين ومهارة البحث والدقة فى إصدار الأحكام والقرارات لضمان تحقيق العدالة.

## الغصن الثاني

### حماية المعطيات الشخصية الرياضية

خصوصية القطاع الرياضي أدى إلى إعداد قانون حماية المعطيات الشخصية الذي يمنع إحالة المعطيات الشخصية للإجراء أو نقلها إلى خارج الحدود، وضرورة منح حماية خاصة للمعطيات الشخصية الحساسة ومنها المعطيات الصحية<sup>(١)</sup>، فلا يحق للجمعية أو لأي متدخل في المجال الرياضي إفشاء الأسرار المتعلقة بالحالة الصحية للاعب<sup>(٢)</sup>.

وأن ما يميز جلسات وقرارات التحكيم أمام (CAS) أنها سرية<sup>(٣)</sup>، بحضور الاطراف أو وكلائهم حصراً دون إعلام الناس ووسائل الإعلام بها أي أن الجلسات ليست علنية، وليس بإمكان أحد أن يحصل على نسخة من قرارات التحكيم سوى اطراف النزاع، وهذه السرية تساعد أطراف النزاع المدعي والمدعى عليه والمحكمين على التروي والهدوء وسط اجواء صافية دون تدخل الإعلام والصحفيين والضغطات الناتجة عن ذلك، وبالتالي تشجيع الطول الودية بينهم دون تدخل أحد

1- القانون الأساسي عدد ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ المؤرخ في ٢٧ جويلية ٢٠٠٤ المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.

2- أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مرجع سابق ص١٣٧.

3- نبيل باسمايل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) مرجع سابق ص٧.

أو طرف قد يؤزم الأمور<sup>(١)</sup>، كما أكد القانون الفرنسي على سرية المعلومات التي يدركها المحكم أو الوسيط<sup>(٢)</sup>.

لم يتناول المشرع المصري في قانون الرياضة الجديد حماية المعطيات الشخصية في المحاكمات الرياضية ولم يكن هناك التزام بسرية المعلومات الشخصية وعدم السماح بانتقالها أو تداولها، لكن يمكن استتباب سرية المعلومات من الإحالة التي أحال إليها قانون الرياضة المصري في المادة (٧٠) منه على أن "يلتزم المركز بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي في قانون المرافعات المدنية والتجارية" ومن المبادئ التي صار عليها قانون المرافعات مبدأ علنية الجلسات والمحاكمات إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية.

فقد أكد المشرع على أن "تكون جلسات المحاكم علنية"<sup>(٣)</sup> إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية، مراعاة للآداب، أو محافظة على النظام العام ويكون النطق بالحكم فى جميع الأحوال فى جلسة علنية<sup>(٤)</sup>، ويعد مبدأ العلنية هو المبدأ الأول فى الإجراءات<sup>(٥)</sup>.

ويقصد بعلنية الجلسات أن يتم تحقيق الدعوى وإثباتها والمرافعة فيها، والنطق بالحكم فى جلسة علنية مفتوحة، يكون لمن يشاء من الجمهور ان يشهدها، كما يجوز نشر مضمونها (وأحكامها) بوسائل النشر المختلفة<sup>(٦)</sup>.

---

1- م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) وضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٦٠، ٦١.

2 -Article L. 141-4, Ordonnance n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport.

3- المادة ١٦٩ من الدستور المصري والمادة ١٠١، ١٧٤ مرافعات، والمادة ١٨ من قانون السلطة القضائية.  
4- راجع د/ محمد عيد الغريب (النظام العام فى قانون الإجراءات الجنائية) المرجع السابق ص ٣٠٠، ٣٠١، د/ محمد العشمائى، عبد الوهاب العشمائى، أشرف العشمائى (قواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن) المرجع السابق ص ٤٣، د/ أحمد المليجى (التعليق على قانون المرافعات) المرجع السابق ص ٨٠٧، د/ محمود نجيب حسنى (شرح قانون الإجراءات الجنائية) المرجع السابق ص ٨٠٩، د/ عادل محمد جبر (حماية القاضى وضمان نزاهته) المرجع السابق ص ٨٠٨.

5 -Marie-Anne Frison-Roche, Le Temps Dans La Procédures- Les Droits Fondamentaux Des Justiciables Au Regard Du Temps Dans La Procédures, Op. Cit, P21.

6- د/عبد المنعم عبد العظيم جيره (التنظيم القضائى فى ليبيا) المرجع السابق ص ٤٩، د/ عادل محمد جبر (حماية القاضى وضمان نزاهته) المرجع السابق ص ٢٩٠، د/ على الحديدى (القضاء والتقاضى) المرجع

لكن تداول المعلومات في القطاع الرياضي قد يؤثر على الأطراف المتنازعة وربما قد يؤثر على النظام العام أو المصلحة العامة، مما أدى إلى اقرار الأنظمة الوضعية الحديثة قانون حماية المعطيات الشخصية ومنع تداولها حفاظاً على النظام العام أو المصالح العامة، واصبحت جلسات المحاكمات الرياضية تتم بسرية حفاظاً على المعلومات الشخصية المتداولة أثناء نظر المنازعات الرياضية، وهذا يعد استثناء من مبدأ علانية الجلسات.

هيئة التحكيم الرياضي لها السلطة التقديرية في تحديد أي من المعلومات التي تعد من المعطيات الشخصية والتي يلزم القانون حمايتها في سرية وعدم افشاؤها أو نشرها بأي من وسيلة من وسائل النشر.

وتعد العلة أو الضابط لمنع تداول المعلومات الشخصية هو دواعي المحافظة على النظام العام والأداب العامة أو المحافظة على الأمن القومي للدولة أو المحافظة على الحياء العام<sup>(١)</sup>، مما يستلزم جعل الجلسة سرية<sup>(٢)</sup>.

كما أكدت لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي على سرية المعلومات وحماية المعطيات الشخصية وذلك عندما نصت في المادة ٣/٩ "يلتزم أعضاء الغرفة بضمأن سرية المعلومات المتعلقة بالقضايا المطروح والمداولات والمستندات والوثائق، ويحظر عليهم الظهور عبر وسائل الاعلام بأي وسيلة كانت ويقتصر الحديث باسم الغرفة على رئيسها أو من يفوضه في ذلك"<sup>(٣)</sup>.

يعد قانون حماية المعطيات الشخصية من ضمن المعايير التي أقرتها القوانين الدولية وصارت على نهجها القوانين الرياضية المحلية والتزمت بها مراكز وغرف

---

السابق الجزء الأول ص٧٢، ٧٣، د/فتحى والى (الوسيط فى قانون القضاء المدنى) دار النهضة العربية الطبعة الثانية عام ١٩٧٥م ص٤٦٩، د/ محمد فهميم درويش (أصول وقواعد العدالة المدنية) النسر الذهبى للطباعة والنشر عام ٢٠٠٧ص٤٤.

1- د/ فتحى والى (مبادئ قانون القضاء المدنى) المرجع السابق ص٤٢١، د/ أسامه الروبى (مبادئ المرافعات والتنظيم القضائى فى سلطنة عمان) المرجع السابق ص٢٨.

2- الإلتزام بسرية المداولات والنزاهة والإعتدال وذلك من أجل تحقيق العدالة. راجع:

Alain Héraud - André Maurin, la justice, op. cit, P165. Et Dominique Le Ninivin, La Jurisdiction Gracieuse Dans Le Nouveau Code De Procedure Civile, op. cit, P154.

3- المادة (٣/٩) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي.

التحكيم الرياضية سواء كان مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري أو غرفة فض المنازعات الرياضية أو محكمة التحكيم الرياضية الدولية (CAS).

وأرى ان قانون حماية المعطيات الشخصية يطبق على المعلومات المتداولة في التحقيقات ووسائل الإثبات وفي جلسات المرافعة والوثائق أما بالنسبة للأحكام الصادرة من هيئات ومراكز التحكيم الرياضي يلزم ان تكون علنية وتنتشر في كافة الوسائل اللازمة لتحقيق تلك العلنية، كما أرى عدم تعارض قانون حماية المعطيات الشخصية مع علنية القرارات والأحكام الصادرة من هيئات التحكيم الرياضي، لأن علنية القرارات والأحكام لا يستلزم نشر المرافعات أو المداولات التي تحتوي على المعلومات والمعطيات الشخصية السرية.

كما أوصي المشرع المصري بضرورة النص صراحة في قانون الرياضة على الالتزام بحماية المعطيات الشخصية وحظر نشر أي معلومات شخصية بالاعية أو المعلومات التي من شأنها الإخلال بالنظام أو الآداب العامة أو أمن أو استقرار البلاد ويخضع ذلك الحظر للسلطة التقديرية للمحكمن بمركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري.

## الفرع الثاني

### إستقلال وحيادية هيئات التحكيم الرياضي وتنفيذ قراراتها

نصت المادة (٦٨) من قانون الرياضة المصري الجديد على أن "يعتمد مجلس الإدارة المركز تشكيل هيئات التحكيم وتحديد رسوم الطلبات وطريقة الاستعانة بالخبراء وينظم العمل الإدارى بالمركز، ويمتتع على عضو مجلس إدارة المركز المشاركة في هيئات التحكيم أو التوفيق أو الوساطة، كما يمتتع على المحكم نظر أى منازعة رياضية تكون له فيها مصلحة أو متعلقة بأحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة، أو بهيئة رياضية له فيها مصلحة ومن شأنها المساس باستقلاله وحيده".

ويفهم من ذلك ان قانون الرياضة الجديد حدد الجهة المنوط بها تشكيل هيئات التحكيم وهي مجلس إدارة المركز وهي تعد الجهة الإدارية والتنظيمية للمركز وهيئات التحكيم الرياضي، كما أكد المشرع على ضرورة استقلال وحيادية المركز

وهيئات التحكيم الرياضي، وهذا يستلزم استقلال وحيادية الجهة الإدارية والتنظيمية للمركز، وكذلك استقلال وحيادية المحكم وهيئات التحكيم الرياضي بداخل المركز. لذا اوجب القانون على مجلس إدارة المركز الامتناع عن المشاركة في هيئات التحكيم أو التوفيق أو الوساطة سواء كانت هذه المشاركة بالشكل القانوني مثل توكيل أحد طرفي النزاع لعضو من اعضاء مجلس ادارة المركز لتمثيله في حضور جلسات المحاكمة أو المرافعات أو تقديم اثباتات، وقد تكون المشاركة بالشكل غير القانوني مثل تقديم توصية أو رجاء لأحد طرفي النزاع أو التعامل على الحق المتنازع عليه لمصلحة عضو مجلس الإدارة، كل هذه المشاركات على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر لأن النص جاء بعموم المشاركات ولم يحدد مشاركة بعينها.

كذلك اوجب القانون استقلال وحيادية المحكم وهيئات التحكيم الرياضي بداخل المركز فنصت المادة (٦٨) السابق الإشارة إليها على امتناع المحكم نظر أي منازعة رياضية تكون له فيها مصلحة أو متعلقة بأحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة، أو بهيئة رياضية له فيها مصلحة ومن شأنها المساس باستقلاله وحيادته، وهذا النص يؤكد على استقلال وحيادية هيئات التحكيم الرياضي، ويتحقق المنع من نظر المنازعة الرياضية سواء كانت تلك المصلحة مباشرة أو غير مباشرة.

وتعد حالات منع المحكم الرياضي عن نظر المنازعة الرياضية من النظام العام لايجوز الاتفاق على مخالفتها ويجوز التمسك بها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ويقدم طلب المنع من أحد الخصوم إلى رئيس المركز، وتتخذ اجراءات المنع ضد المحكم الذي يثبت في شأنه توافر حالة من حالات المنع، وتوقف المنازعة الرياضية مؤقتاً لحين الفصل في طلب المنع، فاذا ثبت في حقه المنع صدر رئيس المركز قرار بتتحيه عن نظر المنازعة الرياضية، وان لم يثبت في حقه المنع استمر في نظر المنازعة الرياضية.

كما أقرت لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي بحيادية اعضاء الغرفة ولايجوز لأعضاء الغرفة المشاركة في اجتماعات التي تؤثر على حياديتهم سواء كان لعضو الغرفة مصلحة مباشرة أو غير مباشرة أو إذا كان قريباً حتى

الدرجة الثانية لأي من اطراف الموضوع المطروح أو إذا سبق ان تعامل مع الموضوع المطروح بأي شكل من الاشكال<sup>(١)</sup>.

أضافت لائحة الغرفة بالاتحاد السعودي حالة لم يتناولها المشرع المصري في قانون الرياضة تمنع المحكم من نظر المنازعة الرياضية وهي "إذا سبق ان تعامل مع الموضوع المطروح بأي شكل من الاشكال" سواء أفتى المحكم في المنازعة الرياضية محل النزاع أو ترفع فيها أو نظرها محكماً أو خبيراً أو أدلى بشهادة فيها أو تعامل مع الموضوع بأي شكل من الاشكال، وتوافر تلك الحالة يعد سبباً لمنع المحكم من نظر المنازعة الرياضية، لان المحكم لديه قناعة وراي مسبق وكون عقيدته في المنازعة الرياضية المطروحة عليه، وربما يعلم أحد الخصوم بهذا التعامل فيستغل ذلك بقبول ذلك المحكم نظر هذه المنازعة، وبالتالي لايجوز الاتفاق على مخالفة ذلك لأنه يعد من النظام العام.

ولذلك أوصي المشرع المصري بضرورة النص صراحة في قانون الرياضة المصري على تلك الحالة السابقة لتعد سبباً من أسباب منع المحكم من نظر المنازعة الرياضية.

ويجب على أعضاء الغرفة إشعار رئيس الغرفة عن أي أحوال يمكن أن تؤثر على حياديتهم، وللغرفة الحق في اصدار قرار بتحية العضو مؤقتاً إذا ما تبين لها أن مشاركته تؤثر على الحيادية، مع الأخذ في الاعتبار تساوي النسبة بين بقية الأعضاء، ويجوز لأطراف المنازعة أو ممثليهم القانونيين الحق في الاعتراض كتابة على حيادية أي من اعضاء الغرفة، وللغرفة الحق في البت في موضوع الاعتراض دون أن يكون للعضو المعترض على حيادته صوت في القرار الذي تصدره في هذا الشأن<sup>(٢)</sup>.

واتفق مع البعض بأنه لا يكفي إستقلال القضاء ولا يكفي استقلال هيئات التحكيم الرياضي بل من الأراء من ذهب إلى أبعد من ذلك وهو اشتراط إستقلال ونزاهة

---

1- المادة (١/١٠) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي.  
2- المادة (٢/١٠، ٣، ٤) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي.



المهن القانونية وخطر التدخل السياسي أو الإغراءات المالية<sup>(١)</sup>. لأن تدخل السياسة في المنازعات الرياضية من باب المصالح وتؤثر سلباً على حياد واستقلالية هيئات التحكيم الرياضي.

وأوصت الندوة العلمية حول المحاكم المتخصصة في النزاعات الرياضية على ضرورة إنشاء لجان أو هيئات تحكيمية لفضّ المنازعات الرياضية بشكل يضمن الحياد والاستقلال وبما يتوافق مع قانون التحكيم الدولي، وان تكون الجهة مستقلة في اتخاذ القرار غير تابعة لأي من الجهات الحكومية<sup>(٢)</sup>.

كما يجب ضمان الحقوق الأساسية للأطراف في إجراءات التقاضي أمام الغرفة وهيئات التحكيم الرياضي وعلى وجه الخصوص المساواة في المعاملة، وحقهم في سماع أقوالهم، وحرية الدفاع، والاطلاع على الأوراق والأدلة المقدمة، وتقديم الأدلة ومناقشتها، وللأطراف الحق في اختيار من يمثلهم قانوناً بشرط أن يكون واحداً مما يلي محامياً مرخصاً له.

وبهذا نصت المادة (٢٦) من قانون التحكيم المصري على ان "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواهما"، ونصت المادة (٣١) على ان "ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق اخرى إلى الطرف الآخر وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة".

وبناء على تلك المواد يلزم على مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري كأحد مراكز التحكيم في مصر تحقيق ضمانات التقاضي وتحقيق مبدأ حرية الدفاع والمواجهة بين الخصوم<sup>(٣)</sup> والاعلان<sup>(١)</sup> لأن القوانين الإجرائية تهتم بالإعلان ولأنه

---

<sup>1</sup>- Loïc CADIET, Decouvrir La Justice, Dalloz Orientation, 1997-1998, P6,7.

<sup>2</sup>- أنظر توصيات الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية ببيروت عام ٢٠١٥م ص٢.

<sup>3</sup>- يعد مبدأ المواجهة من المبادئ الجوهرية في التقاضي ومبدأ أساسي من مبادئ المرافعات لأنه يتعلق بحسن سير القضاء وتنظيمه، ويترتب على مخالفته البطلان وهو بطلان يتعلق بالنظام العام فيجب على

شروطاً أساسياً لتحقيق العدالة<sup>(٢)</sup>، ويعد الإعلان أهم عنصر من عناصر المساواة<sup>(٣)</sup> لإستدعاء المدعى عليه للمثول أمام هيئات التحكيم الرياضي وبه تصان حقوق الدفاع والمواجهة وتضع إجراءات الخصومة في حياد ونزاهة.

### سهولة تنفيذ القرارات والأحكام الرياضية:

يعد الأساس القانوني لإلزامية قرارات محكمة التحكيم الرياضي الدولي هو اعتماد اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨<sup>(٤)</sup>، واتفاقية اليونسكو لمكافحة المنشطات في المجال الرياضي عام ٢٠٠٥، علاوة على ان الأحكام الصادرة من محكمة التحكيم الرياضي الدولي تتميز بسهولة تنفيذها مثل اعلان أهلية أحد الرياضيين للمشاركة، أو تغيير بعض النتائج<sup>(٥)</sup>.

تعد سهولة تنفيذ القرارات والأحكام الصادرة من المحاكم الرياضية من المعايير الدولية المعمول بها لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، وصارت على نهجها العديد من الدول من خلال الأنظمة الرياضية الحديثة وابرمت العديد من الاتفاقيات الدولية، ولا شك ان التوقيع على تلك الإتفاقيات يعد أمراً مقبولاً واعترافاً من السلطة العامة الوطنية والقضاء الوطني بنفاذ أحكام محكمة التحكيم الرياضي الدولي.

وتخضع الأحكام والقرارات الصادرة من مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري إلى قواعد قانون التحكيم المصري<sup>(٦)</sup> لأنه لم يرد في قانون الرياضة نص خاص يتعلق بكيفية اصدار الاحكام والقرارات الصادرة من مركز التسوية والتحكيم

---

المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ويجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى. راجع: د/ محمد فهم درويش (أصول وقواعد العدالة المدنية) المرجع السابق ص ٤٣.

1- Mohamed Abdel-Khalek Omar, La Notion D'irrecevabilité En Droit Judiciaire Privé, Op. Cit, P162.

2- Loïc CADIET, Decouvrir La Justice, Op, Cit., P231

3- د/ خيرى عبد الفتاح البنانونى (الإعلان القضائى وضمائنه) منشورات جامعة ٦ أكتوبر الطبعة الأولى عام ٢٠١٠ ص ٢٩، ٣٥.

4 -KLAUS SACHS, Course On Insolvency Proceedings And International Arbitration, Inaugural Session, OP. CIT, P 3.

5- معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) مرجع سابق ص ٢٣٦.

6- انظر تلك القواعد في الباب الخامس من قانون التحكيم المصري (حكم التحكيم وانهاء الإجراءات) مواد ٣٩ وما بعدها.

الرياضي المصري وإنهاء إجراءاتها، وتتمتع الأحكام والقرارات الصادرة من مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري بنفس قوة الأحكام والقرارات الصادرة من هيئات التحكيم المصرية.

يتم صدور الحكم بعد اقفال باب المرافعة وتهيئة الدعوى للحكم عندما يكونوا الأطراف قد منحوا الفرصة الكافية لبدء أقوالهم وتقديم كل ما لديهم من ادلة أو دفعات فلاجوز لأي طرف تقديم أي ادلة أو دفعات بعد ذلك.

إلا أن النظام السعودي أجاز فتح باب المرافعة إذا تم اكتشاف تلك الأدلة بعد قفل باب المرافعة، أو كان تقديم الادلة أو الدفعات بعد قفل باب المرافعة كان بناء على طلب الغرفة، ويصدر القرار بالأغلبية بعد مداولة الأعضاء ويصدر القرار ويبلغ للأطراف أو ممثلهم القانوني<sup>(١)</sup>، وتتولى لجنة الاحتراف وأوضاع اللاعبين تنفيذ القرارات النهائية الصادر من الغرفة ومتابعة تنفيذها، واتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذها والإلزام بها<sup>(٢)</sup>.

عندما تصدر محكمة التحكيم الرياضية CAS قراراً فإنه يكون ملزماً نهائياً وقابلاً للتنفيذ في الحال ويلزم ان يكون الحكم أو القرار مسبباً، وكذلك الحكم الصادر من مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري يلزم أن يكون مسبباً قابلاً للتنفيذ ويجوز الطعن عليه أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية (CAS) شرط أن يتفق أطراف النزاع فيما بينهما على انعقاد اختصاص محكمة CAS بالطعن على الحكم الصادر من مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري، ويعد ذلك القرار والحكم نهائياً وملزماً للأطراف.

ولا شك ان اختصاص محكمة التحكيم الرياضي CAS بالنظر في الطعون على احكام مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري يعد ذلك اقراراً واعترافاً برقابة محكمة التحكيم الرياضي(CAS) على الاحكام الصادرة من المركز، وهذا ما يجعل

---

1- انظر المادة (٢٣، ٢٤، ٢٥) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي.  
2- "التنفيذ وفق ما تقرره لائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين أو لائحة وكلاء اللاعبين أو لائحة الوسطاء مع مراعاة الاختصاص الوارد في لائحة الانضباط". أنظر: المادة (٢٨) من لائحة غرفة فض المنازعات بالاتحاد السعودي.

عمل المركز متواكباً ومتفقاً مع المعايير الدولية فيما يخص مجال المنازعات الرياضية.

### نمو الوعي بثقافة القوانين الرياضية:

ان ابتعاد الرياضي عن الثقافة القانونية والقيام بأعمال مشبوهة وإهمال الجوانب القانونية الصحيحة يعرضهم الى مشاكل مختلفة قد تصل الى غرامات وإيقاف عن العمل أو اللعب وحتى الحبس، كل ذلك يحتم عليهم معرفة الثقافة القانونية الرياضية لتجنب الوقوع في مخالفات والمشاكل والنزاعات لنصوص اللوائح والقوانين<sup>(١)</sup>.

وينادي الكثير بأهمية ان يدرك الرياضي المحترف أو الإداري الرياضي كل ما يحيط به من معاملات واجراءات قانونية تخص حقوقه والتزاماته التي رتبها عليه عمله الرياضي او العقد الذي ابرمه مع نادي معين، كذلك معرفة الجهة المختصة بنظر النزاع ليلجأ لها عند حدوث أي نزاع او مخالفة لبند العقد أو تعرضه لعقوبات اخرى ناتجة عن حياته الرياضية والعملية، ومعرفته بالقواعد الإجرائية واجبة التطبيق إذا أراد اللجوء الى التحكيم الرياضي الدولي أمام محكمة التحكيم الرياضي (CAS) إذ أنها تدخل ضمن اطار القواعد الإجرائية التي تشكل جزءاً مكملاً من قانون التحكيم المتعلق بالرياضة والذي تم اعطاؤه قوة قانونية وتنفيذية<sup>(٢)</sup>.

وتم إنشاء أكاديمية للقانون الرياضي بتونس وهي الأولى من نوعها في العالم العربي تعني بتطوير التشريعات الرياضية، يرأس الأكاديمية رئيس مجلس التحكيم الرياضي وستقوم الأكاديمية بتعديل القوانين الرياضية لتواكب التشريعات الدولية ولها دور في تكوين الكفاءات في مجال التشريعات وتكوين الإعلاميين ووكلاء اللاعبين وأعضاء مجلس إدارة النوادي والعاملين في الاتحادات الرياضية والإشراف

---

1- عبد الحميد الأحذب (خصائص التحكيم وموقعه في الإسلام) مرجع سابق ص ٣١، م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) و ضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٦٢.

2- إذ نص الفصل الثاني عشر من القانون الفدرالي السويسري في الملحق الثالث لقانون التحكيم المتعلق بالرياضة على ذلك راجع: د/عبد الحميد الأحذب (خصائص التحكيم وموقعه في الإسلام) مرجع سابق ص ٣١، م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) و ضمانات الاستقلالية والموضوعية لقراراتها) مرجع سابق ص ٦٢.

على تأطير البحوث والدراسات<sup>(١)</sup>، ولاشك ان ذلك يؤهلنا على اعداد خبراء مؤهلين متخصصين في مجال النزاعات الرياضية من خلال إقامة دورات تدريبية وندوات ولقاءات لتعريفهم بالتشريعات والقوانين الرياضية يمكن الاعتماد عليهم بعد ذلك في المنازعات الرياضية.

ويلزم ضرورة وضع استراتيجية علمية اعلامية بالتعاون بين المؤسسات الاعلامية والمؤسسات والهيئات الرياضية، لنشر الوعي بالثقافة القانونية الرياضية المتعلقة بالرياضة والحركة الرياضية وانظمتها وقوانينها ولوائحها.

كما أرى ضرورة توفير الدعم العلمي والعملی للمحكمين من خلال دورات تدريبية متخصصة في مجال التحكيم الرياضي وذلك للاستفادة من المزايا التي يحققها التخصص في حسن اتقان العمل واكتساب المهارة والخبرة والإلمام والشمول في مجال التحكيم في المنازعات الرياضية.

وفي النهاية أختتم ببعض الدعاء ( رَبَّنَا فَاغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا وَكَفِّرْ عَنَّا سَيِّئَاتِنَا وَتَوَفَّنَا مَعَ الْأَبْرَارِ )<sup>(٢)</sup>، ( رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ )<sup>(٣)</sup>.  
وصلی اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً

---

1- الندوة العلمية (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) ورقة عمل منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بيروت عام ٢٠١٥م ص ٤، ٦.

2- سورة آل عمران الآية رقم ١٩٣.

3- سورة البقرة الآية رقم ٢٠١.

## الخاتمة

نستطيع الآن وقد فرغنا من البحث موضوع الدراسة أن نتوقف على خلاصته وفيها أختتم بالنتائج التي توصلت إليها ثم التوصيات.

### أولاً: النتائج:

• ساعد القانون الرياضي المصري الحركة الرياضية في مصر بتطبيق الآلية المقترحة لمركز تسوية والتحكيم الرياضي ووضعها موضع التنفيذ لما لها من أثر فعال في الارتقاء بالحركة الرياضية وإنشاء كيان للرياضيين يمكنهم اللجوء إليه لحل نزاعاتهم الرياضية.

• لم يقتصر قانون الرياضة الجديد العقود الرياضية على عقود اللاعبين فقط، بل امتد ليشمل العديد من العقود ولو لم يكن المتعاقد رياضياً كأن كانت شركة دعاية وإعلان أو شركات تنظيم المباريات، ولكن لم يوضح المشرع هل تلك العقود على سبيل الحصر أم لا، وهذا لبد أن يتم توضيحه بعبارة صريحة في نص المادة حتى لا ندع مجالاً للتفسير أو الشك.

• أرى من البديهي أن المنازعات الرياضية المحلية ينعقد اختصاصها للمحاكم الرياضية المحلية أو هيئات التحكيم الرياضي المحلي ولايستلزم مشاركة تحكيم لانعقاد اختصاصها، لأنها هي السلطة المختصة بالنظر في المنازعات الرياضية ولم توجد سلطة قضائية متخصصة غيرها تنظر هذه المنازعات الرياضية، ولأننا أصبحنا في عصر نميل فيه إلى فكرة التخصص والاختصاص.

• التزام القانون الرياضي المصري والتزام مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري بالمعايير الدولية المعمول بها في محكمة التحكيم الرياضي (CAS) و (FIFA) وقانون الرياضي الدولي والاتفاقيات الدولية.

• هيئات التحكيم الرياضي الدولي تستلزم اتفاق تحكيم رياضي لانعقاد الاختصاص لتلك الهيئات في النظر في المنازعات الرياضية، مثل محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

- التخصص والاختصاص في مجال التحكيم الرياضي يكسب للمحكّمين مهارة خاصة بهذه المنازعات الرياضية وهو ما يحقق سرعة الفصل في المنازعات الرياضية بمهارة عالية وانتقان.
- اعتراف المحكمة الفيدرالية السويسرية بمحكمة التحكيم الرياضي يعد اعترافاً بقانون التحكيم الرياضي والنظام الأساسي لمحكمة التحكيم الرياضي وقواعد اختصاصها والإجراءات المنظمة لها.

### ثانياً: التوصيات:

- ضرورة وضع استراتيجية علمية اعلامية بالتعاون بين المؤسسات الاعلامية والمؤسسات والهيئات الرياضية، لنشر الوعي بالثقافة القانونية المتعلقة بالمجال الرياضي والعلم بانظمتها وقوانينها ولوائحها.
- ضرورة أن يكون هناك قضاة متخصصين في مجال النزاعات الرياضية من خلال إقامة دورات تدريبية وندوات ولقاءات لتعريفهم بالتشريعات والقوانين الرياضية، وضرورة الاعتماد على خبراء رياضيين مؤهلين ومتخصصين في مجال النزاعات الرياضية.
- ضرورة خلق كوادر أكاديمية من اعضاء هيئة تدريس متخصصين في مجال التشريعات والقوانين الرياضية بكليات الحقوق من خلال الدراسات التدريبية المتخصصة في هذا المجال، وخلق كوادر قانونية من المحامين مؤهلين لمناقشة النزاعات الرياضية المختلفة.
- أوصي المشرع بوضع شروط خاصة للمنازعات الرياضية منها ضرورة تقنين ميعاد محدد لقبول طلبات التحكيم الرياضي وذلك لاستقرار الأوضاع وأيضاً لما تقتضيه طبيعة المنازعات الرياضية من المساس بالرأي العام وسرعة الأحداث.
- نشيد إلى كل الرياضيين والاتحادات الرياضية والاندية والهيئات الرياضية ضرورة النص صراحة في العقود الرياضية أو اللوائح على اتفاق التحكيم والهيئة المختصة بنظر المنازعات الرياضية.

- أوصى المشرع انشاء محاكم رياضية مختصة نوعياً بالمنازعات الرياضية لكي يغنيها عن اللجوء إلى الاتفاق التحكيمي أو مشاركة التحكيم، وذلك لأننا سنصبح أمام محاكم رياضية مختصة نوعياً مثل المحاكم الاقتصادية ومحاكم التنفيذ ومحاكم الأحوال الشخصية.
- توفير الدعم العلمى والعملى للمحكمن من خلال دورات تدريبية متخصصة في مجال التحكيم الرياضي وذلك للإستفادة من المزايا التى يحققها التخصص فى حسن إتقان العمل وإكتساب المهارة والخبرة والإلمام والشمول فى مجال التحكيم في المنازعات الرياضية.
- نوصي على الدول الالتزام بقواعد وإجراءات التحكيم أمام محكمة التحكيم الرياضي الدولي مالم تخالف تلك القواعد والاجراءات النظام العام لهذه الدول وتقنينها في أنظمتها الداخلية.
- أوصي المشرع بالمرونة الإجرائية للمحاكمات الرياضية وضرورة تقنين نظم إجرائية للمحاكمات الرياضية تتوافق مع المعايير الدولية، وعدم تبني المشرع قواعد إجرائية تخالف المعايير الدولية أو تخالف قوانين الرياضة الدولية المتعارف عليها.
- أوصي بمراعاة خصوصية القطاع الرياضي وسرعة الفصل في المنازعات الرياضية وسهولة الإجراءات لأنها معايير دولية تتفق مع خصوصية القطاع الرياضي، واتخاذ فترة معقولة تعتمد عليها الإجراءات والإبقاء على العدالة السريعة المستتيرة.
- أوصي المشرع المصري بضرورة النص صراحة في قانون الرياضة على الالتزام بحماية المعطيات الشخصية وحظر نشر أي معلومات شخصية باللاعبية أو المعلومات التي من شأنها الإخلال بالنظام أو الآداب العامة أو أمن أو استقرار البلاد ويخضع ذلك الحظر للسلطة التقديرية للمحكمن بمركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري.



## **Summary**

The research (The Procedural System of Sports Disputes) is based on a comparative study. The research includes two sections: the first one tackles the principles and rules governing the sports disputes, and the second one tackles jurisdiction and litigation guarantees before sports arbitration bodies.

The first section is entitled "The Principles and Rules Governing the Sports Disputes." It contains (the legal rules and the sports contracts). The first section is divided into two requirements. The first requirement studies the sports rules and contracts governing sports disputes. The first requirement is divided into two branches. The first branch studies the legislative source of sports disputes while the second branch studies the sports contracts governing the legal positions of the contractors. The second requirement studies sports disputes subject to the judgments and rules of sports regulations. The second requirement is divided into two branches. The first studies parties to the sports disputes while the second branch studies the nature of sports disputes subject to the judgments and rules of sports regulations.

The second section explores jurisdiction and the guarantees of litigation before the sports arbitration bodies. This section falls into two requirements. The first requirement studies sports jurisdiction. This requirement is divided into two branches. The first branch studies the national jurisdiction of settling sports disputes. The second branch studies jurisdiction of international arbitration bodies of sports disputes. The second requirement studies the guarantees of litigation before sports arbitration bodies. This requirement is divided into two branches. The first branch studies taking into account the special case the sports sector while the second branch studies the independence and impartiality of sports arbitration bodies and the implementation of their decisions.

## المراجع العربية

### مراجع اللغة:

- ابن منظور للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري. المتوفى سنة ٧١١ هـ (لسان العرب) طبعة جديدة محققة دار صادر بيروت للطباعة والنشر سنة ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م، إصدار آخر لبنان عام ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- الطاهر أحمد الزاوي (ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة) دار الفكر الطبعة الثالثة عام ١٩٥٩ م.

### مراجع الفقه الإسلامي:

- (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٣ هـ، المطبعة الأميرية الكبرى بمصر الطبعة الأولى عام ١٣١٣، ١٣١٥ هـ.
- (شرح فتح القدير على الهداية) للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بإبن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٦٨١ هـ، مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى، بمصر عام ١٣٥٦ هـ.
- (مواهب الجليل شرح مختصر خليل) لمحمد بن محمد المعروف بالحطاب بهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأولى سنة ١٣٧٩ هـ، دار الفكر ط ٣ عام ١٩٩٢ م.

### المراجع القانونية العربية - مرتبة ترتيباً أبجدياً:

- أ/ معزیز عبد الکریم (العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي) مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية- جامعة الجزائر العدد السابع جانفي عام ٢٠١٢ م.
- أ/ نبيل باسماويل (التحكيم الدولي في النزاعات الرياضية) رسالة ماجستير عام ٢٠١٦.

- د/ إبراهيم أمين النفاوى (إنعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة) دار النهضة العربية الطبعة الأولى عام ٢٠٠٠م.
- د/ إبراهيم أمين النفاوي (مبادئ التنظيم القضائي) دار النهضة العربية الطبعة الأولى ٢٠٠٦م.
- د/ إبراهيم محمود عبد المقصود، حسن أحمد الشافعي (إدارة المناقشات والبطولات والدورات الرياضية) منشأة المعارف الإسكندرية عام ٢٠٠٣م.
- د/ أبو زيد رضوان (الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي) دار الفكر العربي القاهرة ١٩٨١م.
- د/ أحمد أبو الوفا (التحكيم الإختياري والإجباري) منشأة المعارف الإسكندرية عام ٢٠٠١م.
- د/ أحمد أبو الوفا (التعليق على قانون المرافعات) طبعة نادى القضاة الطبعة الثالثة عام ٢٠٠٢م.
- د/ أحمد أبو الوفا (التعليق على نصوص قانون المرافعات) مؤسسة المعارف للطباعة والنشر عام ١٩٩٠م.
- د/ أحمد السيد صاوي (الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار النهضة العربية عام ١٩٨٧م.
- د/ أحمد المليجي (التعليق على قانون المرافعات) طبعة نادى القضاة الطبعة الثالثة عام ٢٠٠٢م.
- د/ أحمد المليجي (قواعد التحكيم في القانون الكويتي) مؤسسة دار الكتب ١٩٩٦م.
- د/ أحمد الورفلي (المختصر في القانون الرياضي) مجمع الأطرش للكتاب المختص عام ٢٠١٥م.
- د/ أحمد بلقاسم (التحكيم الدولي) دار هومة الجزائر ط ٢ عام ٢٠٠٦م.
- د/ أحمد صاوي (الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٠م.

- د/ أحمد عبد الكريم سلامة (نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية) دار النهضة العربية القاهرة عام ١٩٨٩م.
- د/ أحمد عوض هندی (أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة الإسكندرية عام ٢٠٠٦م.
- د/ أحمد عوض هندی (قانون المرافعات المدنية والتجارية) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٥م.
- د/ أحمد قطب عباس (إساءة إستعمال الحق فى التقاضى) دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٦م.
- د/ أحمد مسلم (أصول المرافعات) دار الفكر العربي - القاهرة عام ١٩٧٩م.
- د/ أسامه الروبى (مبادئ المرافعات والتنظيم القضائى فى سلطنة عمان) دار النهضة العربية طبعة عام ٢٠٠٨م.
- د/ أمينة النمر (الدعوى وإجراءاتها) منشأة المعارف عام ١٩٩٠م.
- د/ أنور سلطان (مصادر الالتزام فى القانون المدني الأردني) منشورات الجامعة الأردنية عمان ط ١ عام ١٩٨٧م.
- د/ خالد محمد القاضي (موسوعة التحكيم التجاري الدولي) دار الشروق القاهرة ط ١ عام ٢٠٠٢م.
- د/ خيرى عبد الفتاح البتانونى (الإعلان القضائى وضماناته) منشورات جامعة ٦ أكتوبر الطبعة الأولى عام ٢٠١٠م.
- د/ رمزى سيف (الوسيط فى شرح قانون المرافعات) طبعة ٨ عام ١٩٦٥م.
- د/ رمضان أبو السعود (النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام) دار المطبوعات الجديدة عام ٢٠٠٢م.
- د/ رمضان أبو السعود (الوجيز فى شرح مقدمة القانون المدني - المدخل إلى القانون) دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية عام ٢٠٠٩م.
- د/ سعيد مبارك (أصول القانون) عام ١٩٨٢م.

- د/ سمير عبد السيد تناغو (مصادر الالتزام) الكتاب المدعم كلية الحقوق جامعة الإسكندرية عام ٢٠٠٠م.
- د/ صباح قاسم خضر (التعويض عن الإصابات الرياضية) دار الكتب القانونية مصر عام ٢٠١١م.
- د/ عبد الباسط جميعي (مبادئ المرافعات) دار الفكر العربي عام ١٩٧٣م.
- د/ عبد الحميد عثمان الحنفي (عقد احتراف لاعب كرة القدم) المكتبة العصرية للطباعة والنشر عام ٢٠٠٧م.
- د/ عبد الرازق أحمد السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) دار احياء التراث العربي بيروت - لبنان بدون سنة نشر، ودار النهضة العربية عام ١٩٦٨م، ومنشأة المعارف الإسكندرية عام ٢٠٠٣م.
- د/ عبد الفضيل محمد أحمد (القانون التجاري) مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة عام ١٩٩١م.
- د/ على الحديدي (القضاء والنقاضي) الإدارة العامة للكليات والمعاهد بالإمارات الطبعة الأولى عام ١٩٩٨.
- د/ على خطار شطناوي (موسوعة القضاء الإداري) دار الثقافة للنشر - عمان ٢٠٠٤م.
- د/ على فيلاي (مقدمة في القانون) موفم للنشر - الجزائر عام ٢٠٠٥م.
- د/ فتحى والى (قانون القضاء المدني) مطبعة جامعة الكويت عام ١٩٧٧م.
- د/ فتحى والى (مبادئ قانون القضاء المدني) دار النهضة العربية الطبعة الثانية عام ١٩٧٥م.
- د/ فتحى والى (الوسيط في قانون القضاء المدني) دار النهضة العربية عام ١٩٩٣م، مطبعة جامعة القاهرة الكتاب الجامعي عام ٢٠٠١م.
- د/ محمد أحمد عبد النعيم (حل مجالس إدارة الأندية الرياضية) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٨م.

- د/ محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى وأشرف العشماوى (قواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن) طبعة حديثة عام ٢٠٠٦م.
- د/ محمد بن براك الفوزان (الوسيط فى نظام المرافعات الشرعية السعودى) مكتبة القانون والاقتصاد بالرياض طبعة الأولى عام ٢٠٠٩م.
- د/ محمد حامد فهمي (مذكرات فى المرافعات المدنية والتجارية) مكتبة عبد الله وهبه عام ١٩٤٨م.
- د/ محمد حسين منصور (النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام) دار الجامعة الجديد الإسكندرية عام ٢٠٠٥م.
- د/ محمد سليمان الأحمد (الوجيز فى العقود الرياضية) دار النهضة العربية عام ٢٠٠٥م.
- د/ محمد سليمان الأحمد (الوضع القانونى لعقود انتقال اللاعبين المحترفين) دار الثقافة عمان عام ٢٠٠١م.
- د/ محمد سليمان الأحمد، ياسين أحمد التكريتي، لؤي غانم الصميدعي (الثقافة بين القانون والرياضة - مدخل فلسفى ثقافى عام فى القانون الرياضى) دار وائل للنشر عمان الأردن عام ٢٠٠٥م.
- د/ محمد فهميم درويش (أصول وقواعد العدالة المدنية) النسر الذهبى للطباعة والنشر عام ٢٠٠٧.
- د/ محمد مجدى مرجان (ثورة العدالة) دار النهضة العربية عام ١٩٩٤م.
- د/ محمد نور شحاته (الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية) طبعة القصر عام ٢٠٠٧.
- د/ محمود على عبد السلام وافى (أصول التنفيذ القضائى فى النظام السعودى الجديد) مكتبة الرشد ط ١ عام ٢٠١٤م.
- د/ نبيل إبراهيم سعد (النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام) دار الجامعة الجديد الإسكندرية عام ٢٠٠٤م.

- د/ همام محمد محمود زهران (الأصول العامة للالتزام - نظرية العقد) دار الجامعة الجديدة عام ٢٠٠٤م.
- د/ وجدي راغب (النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات) منشأة المعارف عام ١٩٧٤م.
- د/ وجدي راغب (مبادئ القضاء المدني) دار الفكر العربي - القاهرة عام ١٩٨٧م.
- د/ يوسف حسن يوسف (التحكيم الدولي) مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية عام ٢٠١٠م.

#### الرسائل والمجلات العلمية:

- د/ توني خوري (التحكيم الدولي) ورقة عمل منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية عام ٢٠١٥ في الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) بيروت عام ٢٠١٥م.
- د/ جابر محجوب على (مدى اعتبار مخالفة الألعاب الرياضية خطأً مدنياً موجباً للتعويض) ورقة بحثية قدمها سيادته في مؤتمر القانون والرياضة الذي نظّمته كلية القانون جامعة قطر بالتعاون مع اللجنة الأولمبية القطرية في الفترة من ١٩، ٢٠ فبراير ٢٠١٧م.
- د/ جهاد سلامة (الندوة العلمية الأولى حول المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية) المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بيروت عام ٢٠١٥م.
- د/ رجب كريم عبد اللاه (عقد احتراف كرة القدم في ضوء لوائح الاحتراف الصادرة عن الاتحادات الوطنية لكرة القدم في مصر وبعض الدول الأخرى والاتحاد الدولي لكرة القدم الفيفا) مجلة القانون والاقتصاد ملحق العدد ٨٨ عام ٢٠١٥م.
- د/ طارق جمعه السيد راشد (المسئولية المدنية للرياضي عن فعل الأدوات التي في حراسته) بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ملحق العدد الخامس والتسعون جامعة القاهرة.

- د/ عادل الشوربجي (الأساليب القانونية لفض المنازعات الرياضية) المؤتمر العلمي الثالث لكليتي الحقوق والتربية الرياضية جامعة أسيوط بتاريخ ٦-٧ مارس عام ٢٠٠٧م.
- د/ عبد الحميد الأحذب (خصائص التحكيم وموقعه في الإسلام) مجلة المصارف العربية العدد التاسع - عام ١٩٨١م.
- د/ عبد الحميد عثمان حفني (عقد الاحتراف كرة القدم) مجلة الحقوق الكويتية العدد ٤ عام ١٩٩٥م.
- د/ عبد اللطيف صبحي محمد (الإدارة القضائية للعدالة في المجال الرياضي) رسالة دكتوراه جامعة حلوان - عام ٢٠٠٨م.
- د/ عبد المنعم الشرقاوى (نظرية المصلحة فى الدعوى) رسالة دكتوراه طبعة عام ١٩٤٧م.
- د/ لطفي أحمد البلشي (قبول المخاطر الرياضية ودورها في تحديد المسؤولية المدنية) رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة عين شمس - القاهرة عام ١٩٩٤م.
- د/ محمد عبد الرازق العدل محمد (المسؤولية المدنية في مجال ممارسة الألعاب الرياضية) رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة المنصورة عام ٢٠١٧م.
- د/ محمد عبد الله إبراهيم (حول المحاكم المتخصصة النزاعات الرياضية - أنموذجاً) ورقة عمل منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية عام ٢٠١٥ في الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) بيروت عام ٢٠١٥م.
- د/ معتز عبد الصادق زكريا محمود سامون (تدخل السلطة العامة في المجال الرياضي) رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية عام ٢٠١٧م.



- م.د/ احسان عبد الكريم عواد (المنازعات الرياضية المنظورة لدى محكمة التحكيم الرياضية (CAS) و ضمانات الاستقلالية والموضوعية لقرارتها) مجلة علوم الرياضة - المجلد التاسع - العدد ٢٨.
- م.د/ أسامة عبد العزيز (حول النزاعات الرياضية وسبل فضها - المحاكم الرياضية) ورقة عمل منشورة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية في الندوة العلمية بعنوان (المحاكم المتخصصة - النزاعات الرياضية أنموذجاً) بيروت عام ٢٠١٥م.

### أحكام محكمة النقض:

- نقض مدني الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٧٢/٢/٢ - مكتب فني ٣٢.
- نقض مدني - الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٧٢/٢/٢ - مكتب فني ٢٣.
- نقض ١٩٩٤/٣/٢٠ - طعن ١٣٣٤ لسنة ٥٥ق - لسنة ٤٥.
- نقض مدني - الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٤/٥/٨ مكتب فني ٤٥ - ج ١ - ص ٨٠٥.
- نقض مدني طعن رقم ٢١٣٣ لسنة ٥٧، جلسة ٢٨ أغسطس ٢٠٠٥.
- نقض مدني طعن رقم ٢١٣٣ لسنة ٥٧ق جلسة ٢٨ أغسطس ٢٠٠٥.

## قائمة المراجع الأجنبية

- Ahmed Querfelli, Recent Devel Of Arbitration Law And Practice In Tunisia, 2009-2011, ASA Bulletin, Vol. 2, June 2011 .
- Alain Héraud - André Maurin, la justice, SIREY 1996.
- Alice Remy, Marie Goré, L'Arbitrage International, Entre Confidentialité Et Transparence, 2013.
- Antonio Rigozzi, L'arbitrage International En Matière De Sport, Helbing & Lichtenhahn, LGDJ, Bruylant, Bâle 2005.
- Antonio Rigozzi, L'importance Du Droit Suisse De L'arbitrage Dans La Résolution Des Litiges Sportifs Internationaux, 2013.
- B. Tafiani, Les Assurances En Algérie - Contribution À La Stratégie De Développement, Ed. OPU,ENAP, Alger 1987.
- Blondin, Introduction in le spectacle sportif, PUF, 1981.
- Bruno Berger-Perrin, Le Temps Dans La Procédures - Les Modulations Du Temps Dans La Procédure Suivant L'objet Du Litige, Dalloz, 1996.
- Cadiet Loïc, Découvrir La Justice, Dalloz Orientation, 1997-1998.
- D. Andrews, Sport and Corporate Nationalisms, 2004.
- D. Healey, Sport and the Law, 3rd ed, 2005.
- Dominique Le Ninivin, La Juridiction Gracieuse Dans Le Nouveau Code De Procédure Civile, LITEC Librairies techniques, Paris. 1983.
- E. Vincent, J. Guinchard, Procédure Civile, 24 Dition, Dalloz,1996 .
- Frédéric Buy, Jean Michel Marmayou, Didier Poracchia Et Frabrice Rizzo, Droit Do Sport, Éd, LGDJ, Paris 2006.
- G Madec, L'assurance Du Risque Sportif, Université Paris VII, Faculté De Médecine Lariboisière, Saint Louis, 1989.

- G. Cornu, Les modes alternatifs des règlement de Reglement des confits, R.I.D.C, 1997.
- Georges De Leval, Accès A La Justice Règles De Procédure Et Attributions Du Juge Dans Le Procès Civil, Bruylant Bruxelles.
- Henry Solus, Et Roger Perrot, Droit Judiciaire Privé, Sirey-Tome I, C, 1961.
- J. MOULY, Tribunal De Grande Instance d'Annecy, 9 Oct. 1991, Dalloz 1991.
- Jean-Baptiste Reynaud, L'encadrement par l'Etat des prérogatives des fédérations sportives française, Thèse de docteur en droit public, Université de Bourgogne, Faculte de droit et de science politique, 2014 .
- Jean-Marie Coulon, Le Temps Dans La Procédures - Les Solutions Relatives A L'office Du Juge, Editions Dalloz- c, 1996.
- Klaus Sachs, Course On Insolvency Proceedings And International Arbitration, Inaugural Session, Year 2011 .
- Lokes Amistelis, Alternative Dispute Resolution in England and Wales, University of London, 2000.
- Luc Silance, Les Sports Et Le Droit, Éd. De Boeck Université, Bruxelles 1998.
- M. de Boisséson, le droit français de l'arbitrage interne et international, préface de P. Bellet, G.L.N. 1990.
- Mama Laye Mbaye, Le Règlement Des Litiges Sportif Par Le Tribunal Arbitral De Sport, 2005-2006.
- Michele Colucci, Italy, In Sports Law, Kluwer Law International, Suppl. 14 Juin 2009.
- Paul David, A Guide To The World Anti-Doping Code-The Fight For The Spirit Of Sport, Third Edition, Cambridge University Press, 2017.
- Perraud, Charmentier, Toutes Les Assurances, Paris, 1963.
- Pierre Chazeaud, sport risqué et responsabilité, éd. Vigot, 1981.

- Pierre Jolidon, La Responsabilité Civile Et Pénale Des Pratiques Des Activités Physique Et Sportives, In Actes Du Xviiième Colloque De Droit Européen, Octobre, 1988.
- R. David, L'arbitrage dans le commerce international, *Economica* 1982.

## المستخلص

لا شك أن موضوع (النظام الاجرائي للمنازعات الرياضية) وان كان أمراً نادراً في الماضي إلا انه اصبح واقعاً ملموساً في وقتنا الحالي، ولايقل أهميه عن غيره من المواضيع الحيوية، ولا نستطيع انكار ان هناك العديد من القضايا والمنازعات الرياضية المستحدثة والمستجدة التي ينبغي الاهتمام بدراستها دراسة متأنيه ومتعمقة وأصبحنا أمام موضوع بحثي مهم قلما قلت فيه الكتابات والمؤلفات القانونية خاصة في ضوء قانون المرافعات وهو (النظام الاجرائي للمنازعات الرياضية).

هذا البحث يعتمد على أمرين أساسيين لذلك تم تقسيمهما على مبحثين الأول: هما الأسس والقواعد المنظمة للمنازعات الرياضية، والثاني: الاختصاص وضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي.

وتناول البحث المصدر التشريعي للمنازعات الرياضية والقواعد والعقود الرياضية المنظمة للمنازعات الرياضية، وحدد البحث المنازعات الرياضية الخاضعة لأحكام وقواعد الأنظمة الرياضية، وطبيعة المنازعة الرياضية، وحدد أطراف المنازعة الرياضية.

لا شك أن الاختصاص القضائي في المجال الرياضي له دور أساسي ومحوري لتنظيم المنازعات الرياضية، وبذلك اختلفت الدول فمنها ما أخذ بإنشاء محاكم رياضية متخصصة بالفصل في المنازعات الرياضية، ومنها اقر اختصاص هيئات ومراكز تحكيم رياضية، ولايفوتنا الاختصاص الدولي لهيئات التحكيم الرياضي الدولي.

كما ان خصوصية القطاع الرياضي تقتضي توفير العديد من ضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي ومراعاة سرعة وسهولة الإجراءات أمام هيئات التحكيم الرياضي، وحماية المعطيات الشخصية وسرية المعلومات وعدم تداولها، واستقلال وحيادية هيئات التحكيم الرياضي وتنفيذ قراراتها.

## **ABSTRACT**

There is no doubt that the subject (The Procedural System of Sports Disputes), though rare in the past, has become a reality in our time, and it is no less important than other vital subjects. We cannot deny that there are many new and emerging sports issues and disputes that should be studied carefully and in-depth. This subject has become an important research topic that legal writings are scarce, especially in the light of the procedural law: (The Procedural System of Sports Disputes).

This research is based on two basic principles, which are divided into two sections: the bases and rules governing sports disputes; and the second: jurisdiction and guarantees of litigation before the sports arbitration bodies.

The research dealt with the legislative source of sports disputes, the sports rules and contracts regulating sports disputes. The research identified the sports disputes subject to the judgments and rules of sports regulations, the nature of sports disputes and the parties to the sports dispute.

There is no doubt that the jurisdiction in the field of sports has a fundamental and pivotal role to regulate sports disputes. Thus, the countries differed, including the establishment of specialized sports courts to adjudicate sports disputes; the competence of arbitration sports bodies; and the international jurisdiction of international sports arbitration bodies.

The special case of the sports sector requires the provision of many guarantees of litigation before the sports arbitration bodies, taking into account the speed and ease of proceedings before the sports arbitration bodies, the protection of personal data, the confidentiality and non-circulation of information, and the independence and impartiality of the sports arbitration bodies and the implementation of their decisions.

## ملخص البحث

تعتمد دراسة البحث (النظام الاجرائي للمنازعات الرياضية) على الدراسة المقارنة ويحتوي البحث على مبحثين: المبحث الأول: الأسس والقواعد المنظمة للمنازعات الرياضية، والمبحث الثاني: الاختصاص وضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي.

المبحث الأول وهو بعنوان: الأسس والقواعد المنظمة للمنازعات الرياضية، ويحتوي على (القواعد القانونية والعقود الرياضية) وقسم المبحث الأول على مطلبين المطلب الأول: القواعد والعقود الرياضية المنظمة للمنازعات الرياضية، وينقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول: المصدر التشريعي للمنازعات الرياضية، والفرع الثاني: العقود الرياضية المنظمة للمراكز القانونية للمتعاقدين، أما المطلب الثاني: المنازعات الرياضية الخاضعة لأحكام وقواعد الأنظمة الرياضية، ينقسم إلى فرعين الفرع الأول: أطراف المنازعة الرياضية ، الفرع الثاني: طبيعة المنازعات الرياضية الخاضعة لأحكام وقواعد الأنظمة الرياضية.

وجاء المبحث الثاني بعنوان: الاختصاص وضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي، وتناولت ذلك المبحث من خلال مطلبين المطلب الأول: الاختصاص القضائي الرياضي، وينقسم ذلك المطلب إلى فرعين الفرع الأول: الاختصاص القضائي الوطني للفصل وتسوية المنازعات الرياضية، الفرع الثاني: اختصاص هيئات التحكيم الدولية للفصل في المنازعات الرياضية، أما المطلب الثاني بعنوان: ضمانات التقاضي أمام هيئات التحكيم الرياضي، وهذا المطلب ينقسم إلى فرعين الفرع الأول: مراعاة خصوصية القطاع الرياضي، والفرع الثاني: استقلال وحيادية هيئات التحكيم الرياضية وتنفيذ قراراتها.

والله ولي التوفيق

**الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالأشخاص وسبل مكافحتها  
دراسة في ضوء النظام السعودي والأنظمة المقارنة**

د. محمد حميد المزمومي

رئيس قسم القانون العام

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية الحقوق جامعة الملك عبد العزيز





## مقدمة

كرم الله عز وجل الإنسان تكريماً جميلاً وفضله على سائر المخلوقات الأخرى، وذلك في قوله تعالى "ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً" (١).

وعلى الرغم من التكريم الألهي للإنسان إلا أنه تعرض لأشكال مختلفة تتضمن في مجملها أهانة كرامته الإنسانية، ومن أخطرها وأبشعها على وجه الاطلاق جريمة الاتجار به أو ما اصطلح على تسميتها في أغلب الأنظمة المقارنة وفي النظام السعودي بجريمة الاتجار بالأشخاص (Human Trafficking) . (٢)

والجدير بالذكر أن جريمة الاتجار بالأشخاص لم تعد تقتصر على الدول الفقيرة ولكنها أجتاحت أيضاً كل الدول النامية والمتقدمة (٣)، وهو الأمر الذي جعلها تمثل نوعاً من التجارة تحتل المرتبة الثالثة على المستوى العالمي درأً للارباح بعد جريمتي الاتجار بالسلاح guns والمخدرات Drugs. (٤)

كما أن جريمة الاتجار بالأشخاص تعد ذات في الغالب طابع دولي أو تسمى جريمة عبر وطنية (٥)، حيث لا تقتصر على دولة معينة، وإنما تمتد لتشمل العديد من

1- سورة الإسراء ، الآية رقم (٧٠).

2- هناك بعض القوانين التي تستخدم مصطلح الاتجار بالبشر، منها القانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ والمعدل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، وقانون الأردن رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ والقانون السوداني لعام ٢٠١٤.

3- راجع الندوة العلمية حول " مكافحة الاتجار بالبشر " التجربة الجزائرية في مكافحة الاتجار بالبشر بيروت ١٢ : ١٤ مارس ٢٠١٢، تقديم عميد أول شرطة / الأخضر عمر الدهيمي جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية المملكة العربية السعودية، ص ٢.

4- في تفصيل ذلك راجع:

Louis Shelley, Trafficking in women the business approach, Brown journal Affairs, Vol 10 No 1 Summer. Fall 2003, PP 119 ff. Turner Jackie and Liz Kelly, Trade secretes intersections between diasporas and crime groups in the constitution of the human trafficking chain, British Journal of Criminology, Vol 49 no 2, march 2009, PP. 184 ff.

5- وقد عرفت اللائحة التنفيذية للقانون المصري بشأن الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ هذه الجريمة بأنها أية جريمة ارتكبت في أكثر من دولة، أو ارتكبت في دولة واحدة و تم الأعداد أو التخطيط لها أو التوجيه أو الاشراف عليها أو تمويلها في دولة أخرى أو بواسطتها، أو ارتكبت في دولة واحدة عن طريق جماعة

الدول المختلفة والتي تختلف صورها وأنماطها من دولة إلى أخرى طبقاً لنظرة الدولة لمفهوم الاتجار بالبشر ومدى احترامها لحقوق الإنسان، ووفقاً لعاداتها وتقاليدها وثقافتها والتشريعات الجنائية النافذة فيها في هذا المجال والنظام السياسي المتبع بها.

وأيماننا بذلك فقد شهد المجتمع الدولي إهتماماً كبيراً بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر وذلك من خلال تنظيم العديد من المؤتمرات والندوات الدولية بهدف وضع الأسس والمعايير الدولية للحد من هذه الظاهرة، ويكون ذلك من خلال إبرام الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف فيما يتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>،

ومن أهم الاتفاقيات في هذا المضمار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الثلاثة المرفقة بها، حيث دخلت الاتفاقية وبروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال حيز التنفيذ في سبتمبر عام ٢٠٠٣، وفي قرارها رقم " ٥٨/١٣٧ المؤرخ في ٢٢ ديسمبر عام ٢٠٠٣ " طالبت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول أعضاء المجتمع الدولي بتيسير ودعم التعاون الدولي لمنع ومكافحة الاتجار بالبشر ومعالجة ضحايا هذا الاتجار<sup>(٢)</sup>.

---

إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة، أو ارتكبت في دولة واحدة و كانت لها آثار في دولة أخرى".

<sup>١</sup> - فمن الاتفاقيات التي تناولت جريمة الاتجار بالأشخاص سواء بطريق مباشر أو غير مباشر اتفاقية الرق لعام ١٩٢٦م و الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والمؤسسات والممارسات الشبيهة بالرق لعام ١٩٥٦م، والاتفاقية الدولية لحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير. - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦. - العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والدولية لعام ١٩٦٦. - اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لعام ١٩٦٢. - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠م، و بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل للاتفاقية، و بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.. - الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥. - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٦. - اتفاقية مناهضة التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

<sup>٢</sup> - هذا البروتوكول مكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، عرض للتوقيع في ١٢ ديسمبر سنة ٢٠٠٠ ودخل حيز التنفيذ في ٢٥ ديسمبر ٢٠٠٤.

ولا شك أن الاهتمام الدولي بظاهرة الاتجار بالأشخاص بمثابة خطاب للدول من أجل حثها على سن التشريعات الوطنية التي تُجرم الوقائع المرتكبة لصور الاتجار بالبشر ومتابعة الجهود المبذولة من كل دولة وما اتخذته من إجراءات وتدابير لمكافحة هذه النوعية من الجرائم وتقييمها.

وقد سائرت تشريعات العالم العربي الاهتمام الدولي في ذلك حيث شهدت تطورا هائلا في مجال مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص، ولم يكتف بذلك بل جرمت التشريعات العربية الأفعال المرتبطة أو المتصلة بهذه الجريمة<sup>(1)</sup>.

ويمكن تقسيم التشريعات العربية من حيث معالجة جرائم الاتجار بالأشخاص بصفة عامة والجرائم المتصلة بها على وجه الخصوص إلى فئتين، الفئة الأولى - وتشمل أغلب التشريعات - قامت بأصدار تشريع كامل وشامل لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص وما يتصل بها من جرائم، الفئة الثانية من الدول، لم تصدر تشريعات خاصة لهذد الجريمة ولكنها تعتمد على النص على جرائم الاتجار بالأشخاص وما يتصل بها من جرائم في قانون العقوبات.

وقد انتهج النظام القانوني في المملكة العربية السعودية نهج الفئة الأولى من الدول، وذلك من إخلال أصدار المرسوم بقانون رقم م/ ٤٠ لسنة ٢٠٠٩ بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص، ولم يكتف هذا المرسوم على تنظيم جرائم الاتجار بالأشخاص ولكنه عمل على مكافحة بعض الأفعال ذات الصلة أو المرتبطة بجرائم الاتجار بالأشخاص بوصفها جرائم مستقلة، ونقرر عقوبات منفصلة لكل من تلك الجرائم. وقد سارت أغلب التشريعات العربية والمقارنة على نهج النظام القانوني السعودي.

### أهمية البحث وإشكالياته:

لا ريب أن جرائم الاتجار بالأشخاص تعد من أخطر الجرائم التي تواجه البشرية، نظرا لما تحمله من تحقير لأعز مخلوقات الله عز وجل وهو الإنسان وتهجم

<sup>1</sup> - الجدير بالذكر أن موريتانيا تعد أول دولة عربية تضع تشريعا كاملا مناهضا لجرام الاتجار بالأشخاص وذلك في عام ٢٠٠٣، راجع د/ محمد يحي مطر، تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في العالم العربي، المبادرة العربية لبناء القدرات العربية لمكافحة الاتجار بالبشر، UNODC، ص ٦.

على حرياته، وهذه الجرائم تجاوزت في السنوات الأخيرة قدرات الحكومات والمنظمات الدولية، وأصبحت من أهم المشكلات التي تواجه المجتمعين الوطني والدولي على حد سواء. وإذا كان المجتمع الدولي قد تنبه إلى ذلك مبكراً فإن التشريعات الوطنية لم تنتبه لذلك إلا مع مطلع الألفية الثالثة، وذلك بصور التشريعات الوطنية ومن أهمها قانون حماية ضحايا الاتجار بالبشر الأمريكي لسنة ٢٠٠٠، وفي الدول العربية كانت البداية مع القانون الإماراتي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦، ثم توالى بعد ذلك القوانين ومنها القانون السعودي رقم م/٤٠ لسنة ٢٠٠٩ بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص.

والجدير بالذكر أن جرائم الاتجار بالأشخاص تتسم بطبيعتها المعقدة وعدم تصور حدوثها دون إرتباطها بجرائم أخرى، وإذا كانت الدراسات القانونية قد أهتمت بشكل كبير بجرائم الاتجار بالأشخاص فأنها أغفلت تماماً تناول الجرائم المتصلة أو الملحقة بهذه الجرائم، وهذا ما دفعنا إلى محاولة التطرق لهذه الجرائم بالتفصيل، وقد واجهت ندرة المراجع في المكتبة العربية بشأن الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالأشخاص.

### **منهج البحث:**

حرصت خلال دراسة موضوع الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالأشخاص على الالتزام بدراسة تأصيلية تحليلية ساعياً إلى استخلاص العديد من النتائج العلمية والعملية التي تكشفت من خلال هذه الدراسة وذلك التحليل. كما أنني اتجهت إلى المنهج المقارن ، إيماناً بأن الدراسة المقارنة للأنظمة القانونية في البلاد المختلفة تغدو ضرورة ملحة ، ومطلباً جوهرياً ولازماً للنظر في النظام السعودي القائم ابتغاء تمحيصه وتقييمه على ضوء تجارب الآخرين وخبراتهم، وقد ركزت في ذلك على النظم القانونية العربية.

### **خطة البحث:**

من أهم الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالبشر جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص، جريمة تعطيل سير العدالة. جريمة إخفاء الأموال

المتحصلة من جرائم الاتجار بالأشخاص، وجريمة التحريض على جرائم الاتجار بالبشر.

وسوف نخصص مبحث لتوضيح كل جريمة من هذه الجرائم وعقوبتها، على أن نسبق ذلك ببيان ماهية الاتجار بالأشخاص، وهو الأمر الذي يقودنا لتقسيم الدراسة في هذا البحث إلى خمسة مباحث على النحو التالي:

مبحث تمهيدي: ماهية الاتجار بالأشخاص.

المبحث الأول: جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص  
المبحث الثاني: جريمة تعطيل سير العدالة.

المبحث الثالث: جريمة إخفاء الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار بالأشخاص.

المبحث الرابع: جريمة التحريض على ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص.

وفي النهاية فقد تضمن البحث خاتمة تضمنت ما توصلنا إليه من نتائج وما أسفرت عنه هذه الدراسة من توصيات. ونسأل المولى عز وجل التوفيق لعرض الخطة على نحو سائب ومقبول.

## المبحث الأول

### ماهية الاتجار بالأشخاص

إن الوقوف على ماهية الاتجار بالأشخاص يقتضي إلقاء الضوء على التطور التاريخي لهذه الجرائم، وبيان المقصود بها، وهذا ما يقودنا إلى تقسيم هذا المبحث لمطلبين، وذلك على النحو التالي:

## المطلب الأول

### لمحة تاريخية عن جرائم الاتجار بالأشخاص

المسلم به أن جرائم الاتجار بالأشخاص تضرب بجذورها في أعماق التاريخ فهي ظاهرة قديمة قدم البشرية، وإن تبدلت أشكالها أو تغييرات صورها عبر التاريخ، فقديمًا كان هناك مزادات عالمية لبيع العبيد أو الرقيق<sup>(1)</sup>، وكأنهم سلع تباع

<sup>1</sup> - في دراسة تفصيلية عن ذلك راجع د/ دهام أكرم عمر، جريمة الاتجار بالبشر دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية مصر، ٢٠١١ ص ١٩ وما بعدها.

وتشتري، ويختلف سعرها حسب أوصافهم وقوتهم البدنية وأعمارهم وغيرها من المواصفات الموضوعية للتقييم<sup>(١)</sup>.

والجدير بالذكر أن النساء كانت تمثل البضائع الأكثر رواجاً في الأسواق المتعلقة بهذا الأمر، حيث كانت تباع في الغالب لممارسة الرذيلة أو الدعارة، أو للعمل في الاعمال المنزلية<sup>(٢)</sup>.

وفي العصر الراهن مع ظهور العولمة وثورة الاتصالات والمعلومات، لاسيما شبكات الانترنت وما تحتويه من مواقع التواصل الاجتماعي، فقد اتخذت جرائم الاتجار بالأشخاص صوراً مستحدثة وتتطور بسرعة فائقة وفي اتجاه تصاعدي، وهو الأمر الذي يصعب حصرها. حيث انتشرت هذه الظاهرة بشكل كبير، فقد أفادت بعض التقارير بأنه لا توجد دولة من دول العالم تكاد تخلو من ممارسة هذه الظاهرة الخطيرة، فقد تكون الدولة مصدراً لانطلاق هذه التجارة أو دولة مرور أو عبور لها أو تكون في المحصلة النهائية هي دولة مقصد، لأن الاتجار بالبشر نشاط أثم بلغ من الانتشار حد الظاهرة. ومن هذا المنطلق، فلا يمكن لأي دولة أن تدعي أنها لا تمارس أو لا يوجد بها ممارسات تتعلق بظاهرة الاتجار بالبشر<sup>(٣)</sup>.

ورغم ذلك فإن الصور الأكثر شيوعاً للاتجار بالأشخاص الاستغلال الجنسي (للنساء والأطفال) بكافة صورته وأشكاله وبكل أهدافه، والاتجار بالعمال (كالسخرة

<sup>1</sup> - راجع في ذلك د/ منال منجد، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالأشخاص في القانون السوري، دراسة تحليلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨ العدد الثاني ٢٠١٢ ص ٤٠. د/ عبد الحافظ عبد الهادي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالأشخاص، بحث منشور في كتاب بعنوان "مكافحة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية" جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ط ١، ٢٠٠٥ ص ٣٤٤.

<sup>2</sup> - راجع في ذلك د/ إبراهيم الدراجي، مواجهة الاتجار بالأشخاص في القوانين والتشريعات السورية، منشورات المنظمة الدولية للهجرة، ص ٧. مشار إليه لدى د/ منال منجد، المرجع السابق، ص ٤٠.  
<sup>٣</sup> . انظر: د/ مخلد الطراونة، مكافحة الاتجار بالبشر، دراسة تحليلية ونقدية مقارنة في ضوء بروتوكول الأمم المتحدة لعام ٢٠٠٠ واتفاقية مجلس أوروبا لعام ٢٠٠٥، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (١)، العدد (٣) تشرين أول ٢٠٠٩، ص ١٦٣؛

أو الخدمة قصراً)، والاتجار بالأعضاء البشرية والتسول، واستخدام الأطفال في النزاعات المسلحة<sup>(١)</sup>.

كما أن القانون العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر اعتبر أن إجراء العمليات على الأشخاص تدخل ضمن الاستغلال غير المشروع وتعد تجارة في هؤلاء الأشخاص. وكما قلنا فإن هذه الصور على سبيل المثال، وبالتالي فإن الاتجار بالأشخاص يشمل كل الأشكال التي تمس وتنتهك الكرامة الإنسانية وتتنافى مع القيم والمبادئ الفاضلة والراسخة في وجدان البشر<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### المقصود بجرائم الاتجار بالأشخاص

المعروف أن المنظم لا يهتم بالتعريفات ولكنه يترك ذلك للفقهاء والقضاء، ولكن فيما يتعلق بجرائم الاتجار بالأشخاص فقد خرج عن المألوف، حيث اهتم المنظم في الكثير من الأنظمة القانونية بوضع تعريف لهذه الجرائم، وفي الواقع، إن وضع تعريف تشريعي دقيق للاتجار بالأشخاص يُعتبر أمراً مهماً جداً للوصول إلى معرفة هذه الجريمة بكافة مكوناتها ووسائلها المختلفة، ومن ثم معرفة فكرة الاستغلال بشتى صورته لأن الاتجار يعنى هنا تسهيل استغلال الغير<sup>(٣)</sup>.

حيث وجد تعريف جرائم الاتجار بالأشخاص الاهتمام من قبل التشريعات الدولية والوطنية على حد سواء، فعلى الصعيد الدولي فقد عرفها بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال الصادر في سبتمبر عام ٢٠٠٣، بأنه يقصد جرائم الاتجار بالأشخاص " تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيحهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو

١. في تفصيل ذلك راجع خطاب عبد النور، المعايير الدولية لمكافحة الاتجار بالأشخاص ومدى اتساق القوانين الوطنية معها، الطبعة الأولى ٢٠١٦، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ص ٤١ وما بعدها.  
٢- المادة الأولى من هذا القانون، مشار إليه لدى د/ حازم حسن الجمل، سياسة تجريم وملاحقة الاتجار بالبشر، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٥، ص ١٣.  
٣. انظر:



استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف ، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال ويشمل الاستغلال كحد أدنى استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء" (١).

وقد استكملت الفقرة (ب) من المادة الثالثة تعريف الاتجار بالأشخاص وذلك بعدم الاعتراف بموافقة الضحية من عدمه وذلك بقولها " لا تكون موافقة ضحية الاتجار بالأشخاص على الاستغلال المقصود المبين في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة محل اعتبار في الحالات التي يكون قد استخدم فيها أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ) " ؛ أما الفقرة (ج) من نفس المادة فقد نصت على أنه " يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو تثقيفه أو إيوائه أو استقباله لغرض الاستغلال اتجاراً بالأشخاص حتى إذا لم ينطو على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة (٢).

كما ورد تعريف الاتجار بالأشخاص في البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بأنه " أي إجراء أو معاملة يتم بموجبها نقل الطفل من قبل شخص أو مجموعة من الأشخاص إلى أفراد جماعة أخرى بنظير ثمن أو أي مقابل آخر (٣) . ونصت اتفاقية حقوق الطفل في المادة الخامسة والثلاثين منها على تعريف الاتجار بالبشر

١ - والجدير بالذكر أن هذا التعريف يجد مصدره في الاتفاقية الخاصة بالرق لعام ١٩٢٦ حيث وضعت تعريفاً لعبارة " تجارة الرقيق" وهي كما عرفتها الاتفاقية " جميع الأفعال التي ينطوي عليها أسر شخص ما أو اكتساب حيازته أو التخلي عنه للغير بقصد تحويله إلى رقيق، وجميع الأفعال التي ينطوي عليها اكتساب حيازته كرقيق بغية بيعه أو مبادلته وجميع أفعال التخلي بيعاً أو مبادلة برقيق آخر وبصفة عامة أي اتجار بالأرقاء أو نقلهم (أيًا كانت وسيلة النقل المستخدمة) ويعتبر هذا التعريف هو الأصل الذي نبع منه التعريف الحديث للاتجار بالأشخاص.

٢- راجع في ذلك د/ محمد يحي مطر، مكافحة الاتجار بالأشخاص وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، ٢٠١٠، ص ٢٩ وما بعدها.  
(٣) انظر : د/ ماهر جميل أبوخوات ، الحماية الجنائية للطفل ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، حلوان ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦٥ .

بأنه " ظاهرة غير أخلاقية أيًا كان الغرض منها" (١).

وقد تبنت معظم التشريعات الوطنية تعريف يرتكول الأمم المتحدة سالف الذكر فعلى صعيد النظام القانوني السعودي، فقد عرفت المادة الأولى في فقرتها الثانية من نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص لعام ٢٠٠٩ الاتجار بالأشخاص بأنه " استخدام شخص أو إلحاقه أو نقله أو إيواؤه أو استقباله من أجل إساءة استخدامه " .

وقد جاء قانون الاتجار بالبشر المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بأشمل تعريف لجرائم الاتجار بالبشر وذلك من خلال وضع تصور عام لها حيث تنص المادة الثانية منه على أنه " يُعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأيّة صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية - إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما ، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع ، أو استغلال السلطة ، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة ، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول علي موافقة شخص علي الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله - إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أيًا كانت صورة بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة وسائر أشكال الاستغلال الجنسي ، واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً ، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد ، أو التسول، أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية ، أو جزء منها .

كما عرف القانون الاماراتي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة الاتجار بالبشر (٢). في مادته الأولى الاتجار بالبشر بأنه " تجنيد أشخاص أو نقلهم أو ترحيلهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة

(١) انظر : المادة (٣٥) من اتفاقية حقوق الطفل .

٢- الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، العدد أربعمائة وسبعة وخمسون ، السنة السادسة والثلاثون ، شوال ١٤٢٧ هـ - نوفمبر ٢٠٠٦ م ، ص ١٠٠ وما بعدها .

استغلال حالة الضعف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال ويشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء".

وإذا خرجنا من دائرة التشريعات العربية وخوضنا في تشريعات أمريكا وأوروبا فنجدها لا تختلف كثيراً عن بروتكول الأمم المتحدة في شأن تعريف جرائم الاتجار بالأشخاص حيث عرفها المشرع الأمريكي بأنها تتم من خلال قيام أي شخص عن علم بتجنيد شخص آخر أو إيوائه أو نقله أو توفيره أو الحصول عليه بأي وسيلة كانت لأغراض العمل أو الخدمة إنتهاكا لأحكام هذا الفصل من القانون<sup>(١)</sup>.

وعلى صعيد أوروبا فقد عرف المشرع الفرنسي جرائم الاتجار بالأشخاص في المادة (٢٢٥ - ٤ - ١) من قانون العقوبات بقولها أن "الاتجار بالبشر هو الفعل الذي يتم مقابل أجر أو أية منفعة أخرى أو وعد باجر أو منفعة على تجنيد شخص " Une Personne " أو نقله أو ترحيله أو إيوائه أو استضافته بهدف وضعه تحت تصرف الغير ولو بدون تحديد هوية هذا الغير إما بهدف ارتكاب جرائم القوادة والاعتداءات الجنسية ضد هذا الشخص أو استغلاله في أعمال التسول أو فرض شروط عمل أو سكن مهينة لكرامته أو لإجباره على ارتكاب جنایات أو جنح. . الاتجار بالبشر يعاقب بالسجن سبع سنوات وغرامة ١٥٠٠٠٠٠ مائة وخمسون ألف يورو. (٢)

<sup>١</sup>- نص المادة ١٥٩٠ من قانون حماية ضحايا الاتجار بالبشر لعام ٢٠٠٠ والمعدل في سنة ٢٠٠٨ مشار إليه لدى محمد على العريان، عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة،

<sup>٢</sup>- وقد جاءت صياغة النص بالفرنسية النحو التالي :

" La Traité des êtres humains est le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à la disposition d'un tiers, meme non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à

وعلى صعيد الساحة الفقهية فإنه على الرغم من أن المنظم الدولي والوطني اهتما بوضع تعرف جرائم الاتجار بالأشخاص فإنه فقه القانون الجنائي لم يغفل أن يضع بصمته في هذا الصدد، وقد تعددت تعريفاتهم لجرائم الاتجار بالأشخاص ، حيث عرف البعض هذه الجرائم بأنها الاتجار بالأشخاص صورة حديثة للعبودية والاسترقاق ، يمثل انتهاك خطير لحقوق الإنسان ، ويتضمن تجنيد ونقل وترحيل وإيواء واستقبال الأشخاص بغرض الاستغلال (١) . (٢)

، إلا أننا نفضل التعريف القائل بأنها " تجنيد أشخاص أو نقلهم بالقوة أو الإكراه أو الخداع لأغراض الاستغلال بشتى صوره الاستغلال الجنسي، والعمل الجبري، الخدمة القسرية ، التسول، الاسترقاق ، تجارة الأعضاء " (٣).

### المبحث الأول

#### جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص

أسلفنا القول أن التشريعات العربية - ومن بينها النظام السعودي- لم تكف بتجريم جرائم الاتجار بالأشخاص ولكنها حرصت على تجريم كافة الجرائم المتصلة بها، ومن أهمها جريمة الامتناع عن الإبلاغ عنها.

---

commettre tout crime ou délit. La traite des êtres humains est punie de sept ans d'emprisonnement et des 150000 euros d'amende."

١- انظر :

-Silvia Scarpa ; child trafficking , the worst face of the world ,2005,P.2.

- انظر كذلك حول تعريف جريمة الاتجار بالبشر:

- J.Salt ; Trafficking and Human Smuggling ; A European Perspective, Perspectives on Trafficking of Migrants, 2000 , pp .31-56 .

- M. Wijers et C. Lin-Lap, Trafficking in Women , Forced Labour and Slavery (Utrecht, Pays-Bas) , 1997 .P.20-25 .

٢- للإطلاع على تعريفات الفقه الجنائي راجع كل من د/ محمد الشناوي، استراتيجيات مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، تقديم معالي الأستاذ الدكتور/ عمر محمد سالم، الناشر المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٤، ص ٧. د/ دهم أكرم عمر، جريمة الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية مصر، ٢٠٠١، ص ٦٢. د/ أحمد سليمان الزغاليل ، الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالبشر، ورقة مقدمة لمؤتمر مكافحة الاتجار بالبشر وزارة الداخلية أبو ظبي في الفترة من ٢٤-٢٥ مايو ٢٠٠٤. محمد علي العريان، عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية، ٢٠١١، ص ٣٠. د/ حازم حسن الجمل، سياسة تجريم وملاحقة الاتجار بالبشر، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٥، ص ١٢.

٣- د/ فتحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، دراسة في القانون الإماراتي المقارن، مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٠، أكتوبر ٢٠٠٩، ص ١٧٥.

فعلى صعيد النظام القانوني في المملكة العربية السعودية فقد تبني المنظم سياسة تشريعية ترمي إلى وضع نظام عقابي يمتلك آليات كفيلة بمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص؛ من ثم فقد تضمنت الصياغة التنظيمية ما يكفل تجريم جميع المساعدة اللاحقة للجناة بوصفها جرائم مستقلة بذاتها وليس بوصفها صورة من صور المساهمة التبعية في الجريمة، وذلك لمنع وقمع الأفعال التي قد تساعد في فرار الجناة من يد جهات إنفاذ القانون.

واحدى الجرائم المشار إليها، ما تضمنته المادة السابعة من نظام الاتجار بالأشخاص: من انه يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على (سنتين) أو بغرامة لا تزيد على (مائة ألف) ريال، أو بهما معاً؛ كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام، أو علم بالشروع فيها، ولو كان مسؤولاً عن السر المهني، أو حصل على معلومات أو إرشادات تتعلق بها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولم يبلغ فوراً الجهات المختصة بذلك. ويجوز للمحكمة المختصة استثناء الوالدين والأولاد والزوجين والإخوة والأخوات من أحكام هذه المادة.

ويقصد بمصطلح "الإبلاغ" إخبار السلطات العامة أو الجهات المختصة بالبحث والتحقيق في الجرائم، وإعلامها بالمعلومات أو الأخبار المتعلقة بارتكاب أو الشروع في ارتكاب فعل يعاقب عليه بمقتضى النصوص التشريعية.<sup>(١)</sup> وسنقوم ببيان أركان الجريمة المشار إليها بعالية والعقوبة المقررة لها، وذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً . اركان جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالاشخاص :

#### ١- الركن المادي :

الركن المادي للجريمة موضع الدراسة يتمثل في سلوك سلبي يتخذ شكل الامتناع أو عدم القيام عن إبلاغ السلطات المختصة بأي معلومات أو بيانات عن ارتكاب أو الشروع في ارتكاب أي جريمة من جرائم الاتجار بالاشخاص ، سواء كان ذلك راجعاً الى خشية بطش أو انتقام أو سطو الجاني أو الجناة أو كان ذلك

<sup>1</sup>- سرور، احمد فتحي: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية. دار النهضة: القاهرة. ٢٠١٣. ص٥٥٣-٥٥٤.

مرجعه الرغبة في مساعدة الجاني ومد يد العون له لتمكينه من الإفلات من الجهات المختصة بتطبيق القانون (١) .

ونرى أن المنظم السعودي قد قام بتجريم الامتناع عن الإبلاغ في جرائم الاتجار بالأشخاص سعياً منه إلى معاقبة كافة صور المساعدة على ارتكاب تلك الجرائم، حتى لو كان ذلك لمجرد الامتناع عن الإبلاغ عنها. ويعد ذلك مسلكاً محموداً من المنظم حيث ذلك يؤدي إلى التضيق على الجناة وتقليص نسبة نجاحهم في الفرار من يد العدالة.

ويتضح من ذلك أن النص النظامي قد سأل بين وقوع الجريمة في شكلها التام ، أو وقفها عند مرحلة الشروع ،ذلك ان النص قد تضمن أن جريمة عدم الإبلاغ تتوافر في حالة ، علم الشخص بأن المتهم قد شرع في ارتكاب الجريمة ، وامتنع عن إبلاغ السلطات المختصة بذلك .

والجدير بالذكر أن الإبلاغ عن الجرائم بصفة عامة أما أن يكون رخصة أو واجبا ، فهو رخصة لكل من علم من الأفراد بوقوع جريمة ، فيجوز له تقديمه إلى أحد مأموري الضبط القضائي ؛ والإبلاغ واجب على الأفراد في بعض الجرائم ، والاخلال بهذا الواجب معاقب عليه . ويجب على كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة إذا علم أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته بوقوع جريمة من الجرائم التي يجوز لهيئة التحقيق والادعاء تحريك الدعوى فيها بغير شكوى أو طلب.

وإذا كان البلاغ كاذباً فإنه يعرض صاحبه للمساءلة الجنائية عن تهمة البلاغ الكاذب إذا توافر لديه القصد الجنائي. ومن جانب آخر، أحيانا ما يكون البلاغ بالجريمة المقدم ممن ارتكبها سبباً لإعفائه من العقاب بشروط وأحوال معينة (٢).

(١) انظر:

- International Labour Office (ILO) ;, Operational Indicators of trafficking in human being : results from a Delphi by the ILO and European Commission , Revised , Op. Cit p.p 4 -7.

<sup>2</sup> قانون العقوبات المصري ١٠٧، ١٠١، مكرراً ٢٠٥ و ٢١٠.

واعتبر المنظم السعودي أن عدم الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالبشر من الجرائم التي يعاقب مرتكبها ؛ إضافة إلى عقوبة الجاني في حالة كونه موظفا عاما ، وكان الامتناع عن الإبلاغ عن ارتكاب أو الشروع في ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر يعد إخلالا بواجبات وظيفته .

## ٢- الركن المعنوي :

الجريمة موضع الدراسة جريمة عمدية ، من ثم يجب توافر القصد الجنائي العام بعنصرية العلم والإرادة ؛ حيث يلزم أن يكون علم الجاني قد أحاط بأركان الجريمة كاملة ؛ وأن إرادته قد اتجهت إلى عدم الإبلاغ عن جريمة من الجرائم التي ذكرت في نظام الاتجار بالأشخاص . وبناء على ما سبق ، يلزم أن يكون الجاني عالما بالجريمة ومرتكبها أو مرتكبها ويمتتع عن ابلاغ ذلك للسلطات المختصة ، وأخيرا يجب أن تتجه إرادة الجاني الى تحقيق هذه النتيجة .

## ٣- العقوبة :

تتساوى العقوبة المقررة في نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي لمرتكب الجريمة موضع الدراسة سواء كان الفاعل من الموظفين العموميين ، ووقعت الجريمة إخلالا بواجبات وظيفته ؛ وبين كون الجاني شخصا عاديا ، فقرر عقوبة السجن الذي لا تزيد على (سنتين) أو بغرامة لا تزيد على (مائة ألف) ريال، أو بهما معا؛ ويجوز للمحكمة المختصة استثناء الوالدين والأولاد والزوجين والإخوة والأخوات من أحكام هذه المادة.<sup>(١)</sup>

وقد سارت التشريعات العربية على نهج النظام السعودي وذلك من خلال تجريم ومعاقبة التخلف أو الامتناع عن الإبلاغ عن ارتكاب أو الشروع في ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص، ولكن من خلال الخوض في هذه التشريعات نجد البعض أتجه إلى موقف التشديد والبعض الآخر اتجه نحو التخفيف.

**فعلى صعيد الأنظمة القانونية في دول مجلس التعاون الخليجي، فنجدها حرصت على إصدار تشريعات مستقلة لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص وما**

<sup>1</sup> المادة السابعة من نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٠) .

يتصل بها من جرائم كجريمة الامتناع عن الإبلاغ عن هذه الجرائم. فإذا بدأنا بدولة الإمارات العربية فنجد أن المشرع الإماراتي قد حرص منذ وقت مبكر على إصدار تشريع مستقل لمكافحة جرائم الاتجار وكانت البداية بصدور القانون رقم ٥١ الصادر في ٩ نوفمبر لعام ٢٠٠٦، والذي تم تعديله بمقتضى القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٥<sup>(١)</sup>.

وقد جاء نص المادة الثالثة من هذا القانون لمواجهة جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالبشر. وذلك بقولها في الفقرة الأولى " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ولم يبلغ السلطات المختصة.

وقد جاء المنظم العماني بعقوبة أخف من نظيره الإماراتي حيث أنه طبقاً لنص المادة ١١ من المرسوم السلطاني العماني رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ يعاقب كل شخص يكون على علم بجريمة الاتجار ولم يبلغ السلطات المختصة عنها بالسجن لمدة من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات.

وقد تبني المنظم الكويتي عقوبة مقاربة لما جاء به نظيره العماني حيث تقول المادة السابعة من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ بشأن الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد عن ثلاثة آلاف دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين كل من علم بوجود مشروع لا ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادتين (٢) (٣) ولم يبلغ بذلك السلطات...".

وقد أغفل المشرع البحريني النص على جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار وذلك في قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، وهو الأمر الذي يدعونا إلى مناقشة المنظم البحريني إلى ضرورة

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية العدد ٥٧٥ السنة الخامسة والأربعون بتاريخ ٢٨-١-٢٠١٥



التدخل لمعالجة هذا الوضع ويسير على نهج التشريعات الدولية والتشريعات في الدول العربية.

وإذا خرجنا من دائرة تشريعات الخليج العربي وتطرقنا للتشريعات العربية الأخرى، كالتشريع المصري والجزائري والتونسي للتعرف على موقفهما من مكافحة جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص، نجد أيضاً الموقف متباين في العقوبة المقررة على هذه الجريمة، فالبعض يشدد والبعض يسلك منهج التخفيف.

**فعلى صعيد النظام القانوني المصري،** فإن الدستور المصري من الدساتير القليلة التي حظرت صراحة الاتجار بالبشر وكل الأعمال المصاحبة لهذه الجريمة، حيث حظرت المادة ٨٩ من دستور مصر الحالي لعام ٢٠١٤ " كل صور العبودية والاسترقاق والقهر والاستغلال القسري للانسان وتجارة الجنس وغيرها من أشكال الاتجار في البشر ويجرم القانون كل ذلك " .

وهذا ما سبق تطبيقه من التشريع المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، والذي تناول جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص بكل صورها ووضع لها عقوبات شديدة، فالمادة الثامنة تنص على أنه " يعاقب بالسجن كل من أخفى أحد الجناة أو الأشياء أو الأموال المتحصلة من أى من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو تعامل فيها ، أو أخفى أياً من معالم الجريمة أو أدواتها مع علمه بذلك. ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقاب إذا كان من أخفى الجناة زوجاً أو أحد أصوله أو فروعه.

كما نصت المادة ١٢ من القانون ذاته يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من علم بارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو بالشروع فيها ولم يبلغ السلطات المختصة بذلك ، فإذا كان الجاني موظفاً عاماً ووقعت الجريمة إخلالاً بواجبات وظيفته كان الحد الأقصى للحبس خمس سنوات.

وللمحكمة الإعفاء من العقاب إذا كان المتخلف عن الإبلاغ زوجاً للجاني أو كان من أحد أصوله أو فروعه أو إخوته أو أخواته ."

وفي سبيل التشجيع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالبشر فقد نص المشرع المصري في المادة ١٥ من قانون الاتجار بالبشر على أنه "إذا بادر أحد الجناة بإبلاغ أي من السلطات المختصة بالجريمة ومرتكبيها قبل علم السلطات بها، تقضي المحكمة بإعفائه من العقوبة إذا أدى بلاغه إلي ضبط باقي الجناة والأموال المتحصلة من هذه الجريمة. وللمحكمة الإعفاء من العقوبة الأصلية، إذا حصل الإخبار بعد علم السلطات بالجريمة وأدى إلي كشف باقي الجناة وضبطهم وضبط الأموال المتحصلة منها.

**وعلى صعيد الوضع القانوني في الجزائر فمن المعروف أنه ليس هناك معالجة قانونية مستقلة لجرائم الاتجار بالأشخاص بصفة عامة، حيث أن النظام الجزائري يعد من الأنظمة العربية القليلة الذي يعتمد على مكافحة هذه الجرائم من خلال قانون العقوبات، ورغم ذلك فإن المشرع الجزائري لم يغفل الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالأشخاص ومنها جريمة جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص.**

حيث تنص المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات على أن كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص ولو كان ملزماً بالسر المهني ولم يبلغ فوراً السلطات المختصة بذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من مائة الف دج إلى خمسمائة الف دج.

**وفي جمهورية تونس نظراً للانتقادات التي وجهت للنظام القانوني التونسي في عدم إصدار قانون خاص لمكافحة الاتجار بالأشخاص فقد كان لزاماً على المشرع أن يتدخل لمواكبة التشريعات الدولية والإقليمية في هذا الشأن وبالفعل فقد تدخل في عام ٢٠١٦ وأصدر القانون الأساسي رقم ٦١ لسنة ٢٠١٦ مؤرخ في ٣ أغسطس ٢٠١٦ بشأن منع الاتجار بالأشخاص ومكافحته.**

وقد جاء معالجة جريمة عدم الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص وقد تبنى المنظم التونسي عقوبة مخففة حيث يقول في الفصل الرابع من هذا القانون " يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها خمسة آلاف دينار كل من يمتنع عمدا عن إشعار السلطات ذات النظر فورا بما بلغ إلى علمه من معلومات أو إرشادات وبما أمكن له الاطلاع عليه من أفعال حول ارتكاب إحدى جرائم الاتجار بالأشخاص المنصوص عليها بهذا القانون. ويعتبر مرتكبا لجريمة عدم الإشعار كل من كان خاضعا للسر المهني و تخلف عن القيام بواجب الإشعار المنصوص عليه بالفقرة المتقدمة إذا كانت الضحية طفلا أو شخصا عديم الأهلية أو من ذوي الإعاقة الذهنية أو امتنع عمدا عن الإشعار بما بلغ إلى علمه من معلومات أو إرشادات وبما أمكن له الاطلاع عليه من أفعال حول إمكانية ارتكاب إحدى جرائم الاتجار بالأشخاص المنصوص عليها بهذا القانون.

وفي الأردن فقد تبنى المنظم عقوبة لا تتناسب البتة مع حجم وخطورة جريمة جريمة عدم الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص حيث تنص المادة العاشرة من قانون منع الاتجار بالبشر لعام ٢٠٠٩ على أنه ".... أ- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر كل من علم بحكم وظيفته بوجود مخطط لارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة (٩) من هذا القانون او علم بوقوع إحدى تلك الجرائم ولم يقم بإبلاغ الجهات الرسمية المختصة عن ذلك".

### **المبحث الثاني**

#### **جريمة تعطيل سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص**

تضمن نص المادة السادسة من نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي تجريم كل ما من شأنه أن يؤدي الى تعطيل او إعاقة تحقيق العدالة او سير الإجراءات القضائية في جرائم الاتجار بالأشخاص ، وقد جرى نص المادة المشار إليها على النحو التالي : "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على (خمس) سنوات، أو بغرامة لا تزيد على (مائتي ألف) ريال، أو بهما معاً؛ كل ممن يأتي:

١ - من استخدم القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو الحرمان من مزية مستحقة أو الوعد بمزие غير مستحقة أو عرضها أو منحها للتحريض على الإدلاء بشهادة زور ، أو للتدخل في الإدلاء بها، أو تقديم أدلة غير صحيحة تتعلق بارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام .

٢ - من استخدم القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب للتدخل في ممارسة أي مسؤول قضائي

- أو معني بإنفاذ النظام -لمهامه الرسمية فيما يتعلق بأي من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام" .<sup>(١)</sup>

وقد تم تخصيص هذا الموضوع من الدراسة لبيان أركان الجريمة وعقوبتها المشار إليها في نص المادة السادسة من نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص وذلك على النحو التالي:

#### ١- الركن المادي :

أورد المنظم السعودي صوراً للسلوك الإجرامي في الجريمة موضع الدراسة ؛ والصورة المشار إليها تتضمن : حمل شخص آخر على الإدلاء بشهادة زور، أو كتمان أمر من الأمور ، أو الإدلاء بأقوال أو معلومات غير صحيحة تتعلق بارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها .

كما قام المنظم السعودي بتحديد الوسائل التي يتم ارتكاب الجريمة من خلالها، وتتمثل تلك الوسائل بصفة عامة في تعطيل سير العدالة. وقد تضمنت تلك الوسائل : استعمال القوة ، والتهديد ، وعرض عطية أو مزية من أي نوع أو الوعد بشئ مما سبق ، ويمتد السلوك محل التجريم إلى كافة المراحل التي تمر بها الإجراءات الجنائية وفقاً لنظام الإجراءات الجزائية وهي مرحلة الاستدلالات والتي يقوم بها رجال الشرطة والتي تسبق تحريك الدعوى الجنائية، وهناك مرحلة التحقيق الابتدائي ثم تأتي بعد ذلك مرحلة المحاكمة.

<sup>1</sup> - المادة السادسة من نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي.

## ٢- الركن المعنوي:

يتحقق القصد الجنائي لهذه الجريمة إذا كانت إرادة الجاني قد اتجهت بفعله إلى حمل المجني على الإدلاء بشهادة زور ، أو كتمان أمر من الأمور ، أو الإدلاء بأقوال أو معلومات غير صحيحة . كذلك يجب لتوافر القصد الجنائي توافر علم الجاني بأن فعله من شأنه التأثير على المجني عليه، وحمله على القيام بفعل من الأفعال المشار إليها بعالية<sup>(١)</sup>.

ولا يعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة ، حيث يستوى أن يكون قد توافر باعث شريف لدي الجاني ، أو كان باعته دنيئاً<sup>(٢)</sup>. ذلك أن القصد الجنائي يتحقق بإدراك الجاني لما يرتكبه من أفعال مع توافر علمه بشروطه . ومحكمة الموضوع لها مطلق التقدير في تقرير مدى توافر عناصر الركن المعنوي واستظهاره من خلال وقائع الدعوى<sup>(٣)</sup>.

## ٣- العقوبة:

تختلف العقوبة المقررة لجريمة تعطيل سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص في الأنظمة القانونية المختلفة ما بين التشديد والتخفيف، فإذا بدأنا بالنظام السعودي فنجد المنظم قرر في المادة السادسة من نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص معاقبة مرتكب جريمة تعطيل سير العدالة في الاتجار بالأشخاص بعقوبة السجن مدة لا تزيد على (خمس) سنوات، أو بغرامة لا تزيد على (مائتي ألف) ريال، أو بهما معا .

كما حرصت التشريعات العربية على تجريم كل ما من شأنه أن يؤدي الى تعطيل أو إعاقة تحقيق العدالة أو سير الإجراءات القضائية في جرائم الاتجار بالأشخاص، فعلى صعيد تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي نجد أن المنظم الإماراتي قد اتجه للتشديد حيث وضع عقوبة على الجريمة محل الدراسة جاء النص

1 - حكم محكمة النقض المصرية بجلسته ١٦ أكتوبر ١٩٦٢ ، مجموعة أحكام النقض الجنائي س ١٣ رقم ١٥٨ ص ٦٣٧ .

2 - حكم النقض المصري بتاريخ الأول من ديسمبر ١٩٦٩ ق ٢٧٣ س ٢٠ ق ص ١٣٤٤ .

3 - راجع د/ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ١٩٤ .

عليها في المادة الرابعة بقوله " يعاقب بالسجن المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات كل من استغل القوة أو التهديد أو عرض عطية أو ميزة من أي نوع أو وعد بشئ من ذلك لحمل شخص آخر على الإدلاء بشهادة زور أو كتمان أمر من الأمور أو الإدلاء بأي معلومات غير صحيحة أمام أية جهة قضائية في إجراءات تتعلق بارتكاب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ."

وهناك تشريعات أخرى اتجهت نحو التخفيف في العقوبة المفروضة على جريمة تعطيل سير العدالة فنجد القانون العماني ينص على عقوبة السجن لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس سنوات ( مادة ١٣). وقد تبني المنظم الكويتي عقوبة مقاربة تتمثل كما جاءت في المادة ٩ من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين في الحبس لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

وقد أغفل المشرع البحريني النص على جريمة تعطيل سير العدالة محل الدراسة في قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، كما سبق القول أن المنظم اليمني لم يصدر قانون مستقل لجرائم الاتجار ومكافحتها، ولكنه اكتف بتنظيم ذلك في قانون العقوبات وبالتالي فإنه لم يتعرض للجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالبشر ومنها جريمة تعطيل سير العدالة في هذه الجرائم.

وهو الأمر الذي يدعونا إلى مناقشة كل من المنظم البحريني واليمني إلى ضرورة التدخل لمعالجة هذا الوضع وأن يسيرا على نهج التشريعات الدولية والتشريعات في الدول العربية.

وإذا خرجنا من دائرة تشريعات دول الخليج وتطرقنا لتشريعات الدول العربية الأخرى فنجد أن البعض أغفل تنظيم جريمة تعطيل سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص منها التشريع الأردني لعام ٢٠٠٩ والذي ترك ذلك للقواعد العامة، كما أن المنظم الجزائري - كما سبق القول - فإنه تعرض لتنظيم الاتجار بالأشخاص في قانون العقوبات ولم يتعرض في هذا التنظيم لجريمة تعطيل سير العدالة باعتبارها من الجرائم المتصلة أو المرتبطة بهذه الجرائم.

أما التشريعات التي نظمت جريمة تعطيل سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص فأنها تباينت في العقوبة المقررة لهذه الجريمة ما بين التخفيف والتشديد، ومن التشريعات التي شددت قانون الاتجار بالبشر المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ سالف الذكر حيث جاء بمعالجة وافية لجريمة تعطيل سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص.

وقد جاءت العقوبة في المادة السابعة المادة (٧) من هذا القانون بقولها " يُعاقب بالسجن كل من استعمل القوة أو التهديد أو عرض عطية أو مزية من أى نوع أو وعد بشئ من ذلك لحمل شخص آخر علي الإدلاء بشهادة زور أو كتمان أمر من الأمور أو الإدلاء بأقوال أو معلومات غير صحيحة في أية مرحلة من مراحل جمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة في إجراءات تتعلق بارتكاب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

كما لم يغفل المشرع المصري حماية الشهود والمبلغين في جرائم الاتجار بالبشر. حيث تنص مادة (٩) من قانون الاتجار بالبشر " يُعاقب بالسجن كل من أفصح أو كشف عن هوية المجنى عليه أو الشاهد بما يعرضه للخطر، أو يصيبه بالضرر، أو سهل اتصال الجناة به ، أو أمده بمعلومات غير صحيحة عن حقوقه القانونية بقصد الإضرار به أو الإخلال بسلامته البدنية أو النفسية أو العقلية.

ومن أجل الحرص على حسن سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص فقد حرص المشرع المصري على كفالة العديد من الحقوق للضحية أو المجنى عليه في جرائم الاتجار بالأشخاص منها حقه في الاستماع إليه في جميع مراحل الإجراءات الجنائية حيث تنص المادة (٢٣) من قانون الاتجار بالبشر يراعى في جميع مراحل الإستدلال أو التحقيق أو المحاكمة في جرائم الإتجار بالبشر العمل على التعرف على المجني عليه وتصنيفه والوقوف على هويته وجنسيته وعمره لضمان إبعاد يد الجناة عنه.

كما يراعى كفالة الحقوق الآتية للمجني عليه :

أ) الحق في سلامته الجسدية والنفسية والمعنوية.

(ب) الحق في صون حرمة الشخصية وهويته.

(ج) الحق في تبصيره بالإجراءات الإدارية والقانونية والقضائية ذات الصلة ، وحصوله على المعلومات المتعلقة بها.

(د) الحق في الإستماع إليه وأخذ آرائه ومصالحه بعين الإعتبار ، وذلك في كافة مراحل الإجراءات الجنائية وبما لا يمس حقوق الدفاع.

(هـ) الحق في المساعدة القانونية ، وعلى الأخص الحق في الإستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة ، فإذا لم يكن قد إختار محامياً وجب على النيابة العامة او المحكمة بحسب الأحوال أن تندب له محامياً ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في قانون الإجراءات الجنائية بشأن ندب محام للمتهم.

(و) وفي جميع الأحوال تتخذ المحكمة المختصة من الإجراءات ما يكفل توفير الحماية للمجني عليه والشهود وعدم التأثير عليهم ، وما قد يقتضيه ذلك من عدم الإفصاح عن هويتهم ، وذلك كله دون الإخلال بحق الدفاع وبمقتضيات مبدأ المواجهة بين الخصوم.

**وفي تونس** فقد جاء النص صراحة على جريمة إعاقة سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص وقد تشدد المنظم في العقوبات المقررة لها، كما أحسن المشرع التونسي صنعا بتحديد الأفعال التي تمثل إعاقة لسير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص.

وذلك بقوله يعد مرتكبا لجريمة إعاقة سير العدالة وفقا لنص الفصل ١٥ كل من استعمل القوة أو التهديد أو عرض عطايا أو هدايا أو منافع من أي نوع أو وعد بشيء من ذلك لحمل شخص على الإدلاء بشهادة زور أو لإخفاء الحقيقة سواء كان ذلك في مضرة أو مصلحة المتهم وذلك في كافة مراحل الدعوى العمومية المتعلقة بجرائم الاتجار بالأشخاص، استعمل القوة أو التهديد أو عرض عطايا أو هدايا أو منافع من أي نوع أو وعد بشيء من ذلك لعدم كشف ضحايا الاتجار بالأشخاص أو لحملهم على عدم رفع شكاية أو لرجوعهم في التشكي، اعتدى على شخص أو على مكاسبه أو على أفراد أسرته أو مكاسبهم بغرض الانتقام إثر الإدلاء بشهادة أو تقديم



دليل في دعوى جزائية متعلقة بجرائم الاتجار بالأشخاص، اطلع بحكم وظيفته على معلومات تتعلق ببتبعات جزائية من أجل جرائم الاتجار بالأشخاص وتعمد إفشاءها لأشخاص يشتبه في تورطهم في تلك الجرائم بغرض إعاقة سير الأبحاث أو عدم كشف الحقيقة أو التفصي من التتبع والعقاب وذلك دون المساس بحقوق الدفاع.

وقد جاءت العقوبة على جريمة إعاقة سير العدالة في نص المادة ١٦ من قانون الاتجار بالأشخاص لعام ٢٠١٦ " بقوله يعاقب مرتكب جريمة إعاقة سير العدالة طبقا للصورة المقررة بالمطمة الأولى من الفصل المتقدم بنفس عقوبة الجريمة محل التتبع لكن دون أن تتجاوز مدة السجن عشرين عاما. ويكون العقاب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها عشرون ألف دينار في باقي الصور الأخرى.

وعلى صعيد الوضع القانوني في جمهورية الجزائر فقد سبق القول أنه ليس هناك معالجة قانونية مستقلة لجرائم الاتجار بالأشخاص بصفة عامة، حيث أن النظام الجزائري يعد من الأنظمة العربية القليلة الذي يعتمد على مكافحة هذه الجرائم من خلال قانون العقوبات.

وقد سبق أن عرفنا أن المنظم الجزائري تعرض لبعض الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالأشخاص وهي جريمة عدم الإبلاغ عن هذه الجرائم، إلا أنه أغفل معالجة جرائم متصلة أخرى على قدر كبير من الخطورة ومنها جريمة تعطيل سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص.

### **المبحث الثالث**

#### **جريمة إخفاء الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار بالأشخاص**

حرصت تشريعات مكافحة الاتجار بالأشخاص في الأنظمة القانونية المختلفة على تجريم وعقاب كل أشكال وصور المساعدة اللاحقة على ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص؛ ومن ثم فقد تضمن تجريم أفعال إخفاء مرتكب أو مرتكبي جرائم الاتجار بالأشخاص أو حيازة الأشياء أو الأموال المتحصلة من تلك الجرائم.

فإذا بدأنا بالنظام القانوني السعودي فنجد أن المنظم تبنى ذلك حيث تنص المادة التاسعة على أنه " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على (خمس) سنوات، أو بغرامة لا

تزيد على (مائتي ألف) ريال، أو بهما معا ؛ كل من حاز أشياء متحصلة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام، أو أخفاها، أو صرفها، أو أخفى شخصا (أو أكثر) من الذين اشتركوا فيها، بقصد معاونته على الفرار من العدالة مع علمه بذلك، أو أسهم في إخفاء معالم الجريمة. ويجوز للمحكمة المختصة إعفاء المتهم من العقوبة المتعلقة بإخفاء الأشخاص إذا كان المخفي زوجا للمخفي أو أحد أصوله أو فروعه.

من خلال استقراء هذا النص يتضح أن المسؤولية الجنائية عن جريمة إخفاء مرتكب أو مرتكبي جرائم الاتجار بالأشخاص أو حيازة الأشياء أو الأموال المتحصلة من تلك الجرائم تقوم على ركنين مادي ومعنوي، هذا ما سنتناولهما على نعقب ذلك ببيان العقوبات التي قررها المنظم السعودي وأيضا المنظم في التشريعات المقارنة لمرتكب تلك الجريمة وذلك على النحو التالي:

#### ١- الركن المادي:

قرر المنظم السعودي تجريم ومعاقبة كل من أخفى أحد الجناة أو الأشياء أو الأموال المتحصلة من أي من جرائم الاتجار بالبشر أو تعامل فيها أو أخفى أيا من معالم الجريمة أو ادواتها مع علمه بذلك. من ثم ، فإن السلوك الإجرامي للجريمة موضع الدراسة يتمثل في توافر إحدى صور تقديم العون أو المساعدة للجاني ؛ ومن ذلك أفعال ذلك إيواء أو إخفاء الجاني ، أو أخفى الأشياء أو الأموال المتحصلة من الجرائم التي تضمنها النظام ، أو أخفى معالم الجريمة أو أدواتها .

ويتضح من ذلك أن الإخفاء يمثل العنصر الجوهري في هذه الجريمة، ويستوى أن يكون الإخفاء في منزل أو مزرعة أو صندوق أو كهف أو بأي وسيلة أخرى، يتحقق الإخفاء بحجب الأشخاص أو الأموال عن أنظار جميع الناس، كما قد يتحقق بالحجب عن أنظار البعض المقصود من ورائه نص التجريم<sup>(١)</sup>.

<sup>١</sup> - راجع د/ حمدي محمد محمود حسين، المسؤولية الجنائية عن جريمة الاتجار بالبشر والجرائم الملحق بها في ضوء التشريعات المقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، ٢٠١٦، ص ٩٣ - ٩٤.

أي أن الجامع المشترك لتلك الصور أنها صور للمساعدة اللاحقة على ارتكاب الجريمة ؛ وقد تضمن نص المادة التاسعة أن لمحكمة الموضوع أن تعفي من العقاب كل من قام بإخفاء أحد الجناة في جرائم الاتجار بالأشخاص، في حالة ما إذا كان تربطه بهذا الشخص علاقة زواج أو ان يكون هذا الشخص من أصول أو فروع الجاني .

## ٢- الركن المعنوي:

تعد جريمة إخفاء مرتكب أو مرتكبي جرائم الاتجار بالأشخاص أو حيازة الأشياء أو الأموال المتحصلة من تلك الجرائم من الجرائم العمدية، أي تتطلب لتحقيقها توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة. وهذا واضح من نص المادة التاسعة من نظام مكافحة الجرائم السعودي سالف الذكر والذي استخدم عبارة "... بقصد معاونته على الفرار من العدالة مع علمه بذلك، أو أسهم في إخفاء معالم الجريمة". وبالتالي فإن ينبغي أن يعلم الجاني في هذه الجريمة بأن الأشخاص الذي يقوم بإخفائهم مشتركين في هذه الجريمة وبالتالي فهم مطلوبون للعدالة، أو أن يقوم بالتخلص من الأشياء المستخدمة في الجريمة أو الأموال المتحصلة منها كل ذلك بهدف تضليل العدالة ومنع تعقب الجناة فيها<sup>(١)</sup>.

## ٤- العقوبة :

تختلف الأنظمة القانونية الصادرة بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص في العقوبة المقررة لجريمة إخفاء الأموال المتحصلة من هذه الجرائم، فالبعض يلجأ للتشديد، والبعض الآخر ينتهج التخفيف في العقوبة.

**فإذا تطرقنا إلى النظام السعودي لمكافحة الاتجار بالأشخاص فنجد أنه جعل**

**العقوبة السالبة الحرية اختيارية بينها وبين الغرامة في هذه الجريمة حيث تنص**  
المادة التاسعة على أنه " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على (خمس) سنوات، أو بغرامة لا تزيد على (مائتي ألف) ريال، أو بهما معا ؛ كل من حاز أشياء متحصلة من

<sup>1</sup> - راجع د/ محمد الشناوي، مرجع سابق، ص ٢١٣. د/ حمدي محمد محمود حسين، المرجع السابق، ص ٩٦ - ٩٧.

إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام، أو أخفاها، أو صرفها، أو أخفى شخصاً (أو أكثر) من الذين اشتركوا فيها، بقصد معاونته على الفرار من العدالة مع علمه بذلك، أو أسهم في إخفاء معالم الجريمة .

وعلى صعيد الأنظمة القانونية المقارنة الأنظمة القانونية المقارنة فنجد أنها حرصت على تجريم أفعال إخفاء مرتكب أو مرتكبي جرائم الاتجار بالأشخاص أو حيازة الأشياء أو الأموال المتحصلة من تلك الجرائم، ولكن يظل الاختلاف قائم في العقوبة المقررة ، والتي تتباين ما بين الشدة والتخفيف.

فعلى صعيد دول مجلس التعاون الخليجي فقد تضمن القانون الاتحادي لدولة الامارات رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ في المادة الخامسة منه عقوبة شديدة لجريمة إخفاء الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار بالأشخاص بقولها " يعاقب بالسجن المؤقت كل من حاز أو أخفى أو قام بتصريف أشياء متحصلة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أو أخفى شخصاً أو أكثر من الذين اشتركوا فيها بقصد معاونته على الفرار من وجه العدالة مع علمه بذلك، أو ساهم في إخفاء معالم الجريمة.

أما قانون الاتجار بالبشر العماني فقد اتجه نحو التخفيف حيث نص في مادته الثانية عشر على عقوبة السجن مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على خمس سنوات ، وعلى غرامة لا تقل عن ٣٠٠ ريال ولا تزيد على الف ريال كل من أخفى شخصاً أو أكثر ممن اشترك في جريمة الاتجار بالبشر بقصد معاونته على الفرار من وجه العدالة أو من حاز أو اخفى كل أو بعض عائدات الجريمة أو ساهم في إخفاء معالمها مع علمه بذلك في جميع الأحوال (١).

وقد تبني المنظم الكويتي عقوبة مقاربة لما جاء به نظيره العماني في قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين حيث نص في مادته الرابعة على : يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من أخفى شخصاً أو أكثر من الذين ارتكبوا الجرائم المنصوص عليها في المادتين السابقتين أو اشتركوا في

١- المادة ١٢ من قانون سلطنة عمان رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨ .

ارتكابها أو من المجني عليهم فيها بقصد الفرار من وجه العدالة، أو لأي غرض آخر مع علمه بذلك وكل من ساهم في إخفاء معالم الجريمة. ويجوز للمحكمة إعفاء المتهم من العقاب إذا كان من أخفاه زوجاً له أو أحد أصوله أو فروعه، وبشرط ألا يكون المتهم ممن ارتكب إحدى الجريمتين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين أو شارك في ارتكابهما. ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أخفى أو قام بالتصرف في شيء متحصل عن هذه الجريمة.<sup>(١)</sup>

وقد أغفل المشرع البحريني تنظيم جريمة إخفاء الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار بالأشخاص في قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، تاركاً ذلك للقواعد العامة في قانون العقوبات.

والأمر ذاته جاء من قبل المنظم اليمني حيث أنه كما قلنا لم يصدر قانون مستقل لجرائم الاتجار ومكافحتها، ولكنه اكتف بتتظيم ذلك في قانون العقوبات وبالتالي فإنه لم يتعرض للجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالأشخاص ومنها جريمة إخفاء الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار بالأشخاص.

وعلى صعيد تشريعات الدول العربية الأخرى فنجد البعض اتجه للتشديد والبعض الآخر اتجه نحو التخفيف، فالقانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن الاتجار بالبشر اتجه نحو التشديد وذلك بجعل هذه الجريمة جنائية حيث تضمنت المادة ٨ عقوبة السجن لمرتكب جريمة إخفاء الجناة أو الأموال أو الأشياء المتحصلة من الجريمة، أو تعامل فيها أو أخفى أياً من معالم الجريمة أو أدواتها .

وجدير بالإشارة في هذا المقام إلى أن مشروع قانون الاتجار بالبشر الذي تقدمت به الحكومة ، كان تضمن أنه يجب الأثقل عقوبة السجن خمس سنوات ، ولكن النص النهائي قد منح قاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد مدة السجن وفقاً لما تكشف عنه وقائع الدعوى ويحقق أهداف العدالة<sup>(٢)</sup>.

<sup>1</sup> - قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين ( ٩١ / ٢٠١٣ ).

<sup>2</sup> طلحة ، محمد حسن : جرائم الاتجار بالبشر ، دار النهضة : القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ١٢٥ .

وعلى صعيد الوضع القانوني في جمهورية تونس فقد جاء المنظم بعقوبة شديدة على جريمة الإخفاء محل الدراسة حيث ينص الفصل ١١ يعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام وبخطية قدرها خمسون ألف دينار كل من يتعمد ارتكاب إحدى الأفعال التالية : ١- إعداد محل لاجتماع أعضاء جماعة إجرامية منظمة أو وفاق أو أشخاص لهم علاقة بجرائم الاتجار بالأشخاص المنصوص عليها بهذا القانون أو إيواؤهم أو إخفاؤهم أو ضمان فرارهم أو عدم التوصل للكشف عنهم أو عدم عقابهم أو على الاستفادة بمحصول أفعالهم".

وفي الأردن فقد تبني المنظم عقوبة لا تتناسب بالمرّة مع حجم وخطورة جريمة حيث تنص المادة العاشرة من قانون منع الاتجار بالبشر لعام ٢٠٠٩ على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر كل من علم بحكم وظيفته بوجود مخطط لارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة (٩) من هذا القانون او علم بوقوع إحدى تلك الجرائم ولم يقم بإبلاغ الجهات الرسمية المختصة عن ذلك .

وعلى صعيد الوضع القانوني في جمهورية الجزائر فقد سبق القول أنه ليس هناك معالجة قانونية مستقلة لجرائم الاتجار بالأشخاص بصفة عامة، وتناول ذلك في قانون العقوبات، وبالرجوع لذا الأخير نجد أنه تعرض لبعض الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالأشخاص وهي جريمة عدم الإبلاغ عن هذه الجرائم، إلا أنه أغفل معالجة جرائم متصلة أخرى على قدر كبير من الخطورة ومنها جريمة إخفاء الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار بالأشخاص.

#### **المبحث الرابع**

##### **جريمة التحريض على ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص**

أن الصورة الشائعة للجريمة هو إرتكابها من قبل شخص واحد، سواء تحقت نتيجتها أو وقفت عند حد الشروع فيها، وإذا كان هذا الأصل يصدق على أغلب الجرائم<sup>(١)</sup> فإن جرائم الاتجار بالأشخاص من الجرائم التي ترتكب في الغالب من

<sup>1</sup> - راجع د/ محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، ١٩٧٠، ص ٦٠.

عدة أشخاص، نظرا لصعوبة قيام شخص بمفرده بارتكابها، أي في صورة مساهمة جنائية، والتي تأخذ في الواقع العملي أحد صورتين، مساهمة أصلية أو تبعية<sup>(١)</sup>.  
ويعد التحريض من صور المساهمة الجنائية الثلاثة أو من صور الاشتراك في الجريمة<sup>(٢)</sup>، وقد تبنت بعض التشريعات هذا الأصل في جرائم الاتجار بالأشخاص، كالتشريع السعودي، حيث لم يتطرق لتحريض على جرائم الاتجار بالأشخاص ولكنه اكتف بتقرير عقاب كل من ساهم بجريمة الاتجار بالأشخاص بنفس عقوبة الفاعل الأصلي (مادة ٨).

في حين هناك تشريعات أخرى نظرا لخطورة التحريض وما قد يلعبه من دورا بارز في جرائم الاتجار بالأشخاص فقد أفردت نصا خاصا لتجريم التحريض في هذه الجرائم كجريمة مستقلة قائمة بذاتها مع تقرير لها عقوبة حتى ولو لم يترتب على التحريض أي أثر، وعلى رأس هذه التشريعات قانون الاتجار بالبشر المصري لعام ٢٠١٠.

وإذا تطرقنا لجريمة التحريض على ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص كجريمة مستقلة بذاتها، نجد أنها لا تختلف - من حيث الأركان - عن كل الجرائم الجنائية الأخرى حيث تتكون من ركن مادي ومعنوي، وهذا ما سنتناوله على نعقب ذلك بالعقوبة المقررة لها، وذلك على النحو التالي:

١- **الركن المادي:** يقصد بالتحريض بصفة عامة خلق التصميم على ارتكاب جريمة معينة لدى شخص آخر بنية دفعه إلى تنفيذها، أو مجرد محاولة خلق هذا التصميم<sup>(٣)</sup>، وبذلك فإن التحريض يتكون من عنصرين، الأول: يتمثل في نشاط المحرض والذي يتمثل في إظهار البواعث التي تدفع إلى ارتكاب الجريمة وتحبيذ الآثار الناتجة عنها.

---

١- راجع د/ دهام أكرم عمر، مرجع سابق، ص ١٤٦-١٤٧.  
٢- راجع نص المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصري، والمادة ٤٤ من قانون العقوبات البحريني، والمادة ٩٣ من القانون الجزائري العماني.  
٣- راجع د/ محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية ١٩٨٩، ص ٤٣٥

**العنصر الثاني:** أن ينصب نشاط الممرض على جريمة من جرائم الاتجار بالأشخاص

ويستوى لدى المنظم أن يتخذ التحريض صورة القول أو الكتابة أو الإيماء إذا كانت له - وفقا للظروف التي صدر فيها - دلالة واضحة. وبذلك فإن التحريض في جرائم الاتجار بالبشر يفترض صدور سلوك إيجابي عن الممرض، أي أن جوهر التحريض في هذه الجرائم إقناع وخلق لفكرة الجريمة، وبالتالي فلا يتصور قيام الممرض بموقف سلبي<sup>(١)</sup>.

والجدير بالذكر أنه لا يلزم أن يكون للممرض سلطة قانونية على الشخص الممرض على ارتكاب الجريمة، تجعله يخضع لأوامره، فالتحريض يمكن أن يصدر من أي شخص ويمكن أن يوجهه إلى شخص معين أو أشخاص محددين بحيث يكفي أن يصدر من الممرض الأفعال أو الأقوال التي تهيج شعور الفاعل فيدفعه إلى الجريمة<sup>(٢)</sup>.

## ٢- الركن المعنوي:

المسلم به أن الركن المعنوي في كافة الجرائم الجنائية يتمثل في القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة. أي العلم بماديات الجريمة مع إتجاه إرادته إلى نحو إرتكابها. وهذا ما ينطبق على جريمة التحريض على ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص، حيث أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية، أي يجب أن يحاط الجاني أو الممرض بأركانها وأن تتجه إرادته إلى إرتكابها.

## ٣- العقوبة المقررة:

أسلفنا القول أن المنظم السعودي لم ينص في مرسوم مكافحة الاتجار بالأشخاص على التحريض على جرائم الاتجار بالأشخاص صراحة ولكنه سار على نهج القواعد العامة وذلك على اعتبار أن الممرض فاعلا أصليا في الجريمة حيث تنص المادة الثامنة على أنه " يعاقب بعقوبة الفاعل، كل من ساهم في جريمة الاتجار

١- راجع د/ محمد الشناوي، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

٢- راجع د/ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٠٢.



بالاشخاص وكل من تدخل في الجرائم المنصوص عليها في المواد الثانية والرابعة والسادسة من هذا القانون ."

وترتيباً على ذلك تطبق على المحرض العقوبة المنصوص عليها في المادة الثالثة، أي أن المحرض يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمسة عشرة سنة أو بغرامة لا تزيد على مليون ريال أو بهما معاً.

ومن التشريعات التي انتهجت النهج ذاته المشرع العماني حيث تنص المادة الرابعة من قانون مكافحة الاتجار بالبشر على أنه " يعتبر فاعلاً كل من اشترك بالتحريض أو المساعدة أو الاتفاق على ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر ". والمنظم الكويتي ( مادة ٤). والمشرع الاماراتي ( مادة ٨). وقانون العقوبات البحريني ( مادة ٤٤). وقد أغفل قانون الاتجار بالبشر الأردني لعام ٢٠٠٩ تماماً النص على الاشتراك في جرائم بالبشر بكل وسائله.

وفي اتجاه مغاير فقد انتهجت بعض التشريعات مسلكاً مختلفاً - نرى أنه الأفضل - حيث اعتبرت التحريض على ارتكاب جرائم الاتجار بالاشخاص جريمة قائمة بذاتها، حتى ولو لم يترتب على التحريض أي أثر، كما أنه جعلها جنائية، وعلى رأس هذه التشريعات التشريع المصري حيث تنص المادة العاشرة من قانون الاتجار بالبشر لعام ٢٠١٠ على أنه " يعاقب بالسجن كل من حرض بأية وسيلة علي ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في المواد السابقة ولو لم يترتب علي التحريض أثر ". ولا شك أن هذا موقف حميد من المنظم المصري نظراً لخطور التحريض وما يلعبه من دوراً خطيراً في حدوث جرائم الاتجار بالاشخاص لاسيما في ظل التطور في وسائل التواصل وشبكة الانترنت وما تحمله من أفعال تحريضية، ولذلك فأناشد المنظم في كافة الدول العربية بصفة عامة والمنظم السعودي على وجه الخصوص بضرورة التدخل لتجريم التحريض على جرائم الاتجار بالاشخاص، دون الاعتماد على القواعد العامة.

لأن الاعتماد على هذه القواعد يجعل التحريض معاقباً عليه فقط في حالة تحقق النتيجة الإجرامية، أما إذا لم تقع هذه النتيجة فلا عقاب على المحرض. في

حين أن المشرع المصري اعتبر التحريض على ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص جريمة قائمة بذاتها، حتى ولو لم يترتب على التحريض أي أثر، تقديرا منه لخطورته وما قد يتسبب فيه من حدوثها مستقبلا.

وقد نهج المنظم التونسي نهج نظيره المصري وذلك من خلال النص الصريح على جريمة التحريض على جرائم الاتجار بالأشخاص حيث تنص المادة التاسعة قانون منع الاتجار بالأشخاص ومكافحته لعام ٢٠١٦ " يعاقب بنصف العقوبات المقررة لجرائم الاتجار بالأشخاص المنصوص عليها بهذا القانون أو للجرائم المرتبطة بها كل من يحرض علنا بأي وسيلة كانت على ارتكابها. وإذا كان العقاب المستوجب هو الإعدام أو السجن بقية العمر يعوض ذلك العقاب بالسجن مدة عشرين عاما.

وبالتالي فإن تحديد عقوبة جريمة التحريض تقتضي الرجوع للعقوبة المقررة على جرائم الاتجار بالأشخاص المنصوص عليها في الفصل الثامن من القانون والتي تتمثل في السجن مدة عشرة أعوام وبخطية قدرها خمسون ألف دينار كل من يرتكب إحدى جرائم الاتجار بالأشخاص المنصوص عليها بالعدد ١ من الفصل ٢ من هذا القانون.

ويتضح لنا من ذلك أن المنظم التونسي سار على نهج نظيره المصري في النص على جريمة التحريض كأحد الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالأشخاص، ولكن يبقى القول أن المنظم المصري جاء بأفضل حماية حيث سبق أن رأينا أنه اعتبر التحريض على ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص جريمة قائمة بذاتها، حتى ولو لم يترتب على التحريض أي أثر، وهذا ما لم يفعله المنظم التونسي.

وعلى صعيد الوضع القانوني في جمهورية الجزائر فقد سبق القول أنه ليس هناك معالجة قانونية مستقلة لجرائم الاتجار بالأشخاص بصفة عامة، وتناول ذلك في قانون العقوبات، وبالرجوع لذا الأخير نجد أنه تعرض لبعض الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالأشخاص وهي جريمة عدم الإبلاغ عن هذه الجرائم، إلا أنه أغفل معالجة الجرائم المتصلة الأخرى محل البحث ومنها جرائم التحريض على جرائم الاتجار بالأشخاص.

## الخاتمة

يحمل عنوان هذا البحث موضوعا في غاية الأهمية والخطورة على المجتمعين الوطني والدولي، أغفلت الدراسات القانونية التعمق فيه، وهو الجرائم المتصلة بجرائم الاتجار بالبشر، ومن أهمها وأبرزها جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص، وجريمة تعطيل سير العدالة، وجريمة إخفاء الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار بالأشخاص، وجريمة التحريض على جرائم الاتجار بالبشر. وقد خصصنا مبحثا مستقلا لتوضيح كل جريمة من هذه الجرائم وعقوبتها، وقد سبقنا ذلك بمبحث يبين ماهية الاتجار بالأشخاص.

وقد أسفرت هذه الدراسة عن بعض النتائج الجديرة بالإشارة في هذا المقام، فضلا عن بعض التوصيات الهامة عسي أن تجد مجالا للتطبيق في المستقبل، نعرضها علي النحو التالي:

### أولا : النتائج

- ١- تقسم التشريعات العربية من حيث معالجة جرائم الاتجار بالأشخاص بصفة عامة والجرائم المتصلة بها على وجه الخصوص إلى فئتين، الفئة الأولى - وتشمل أغلب التشريعات ومنها - قامت بأصدار تشريع كامل وشامل لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص وما يتصل بها من جرائم، الفئة الثانية من الدول، لم تصدر تشريعات خاصة لهذد الجريمة ولكنها تعتمد على النص على جرائم الاتجار بالأشخاص وما يتصل بها من جرائم في قانون العقوبات، ومنها التشريع اليمني والجزائري.
- ٢- انتهج النظام القانوني في المملكة العربية السعودية نهج الفئة الأولى من الدول، وذلك من إخلال أصدار المرسوم رقم م/ ٤٠ لسنة ٢٠٠٩ بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص، ولم يكتف هذا المرسوم على تنظيم جرائم الاتجار بالأشخاص ولكنه عمل على مكافحة بعض الأفعال ذات الصلة أو المرتبطة بجرائم الاتجار بالأشخاص بوصفها جرائم مستقلة، وتقرير عقوبات منفصلة لكل من تلك الجرائم.

٣- أضح لنا أن جرائم الاتجار بالأشخاص تضرب بجذورها في أعماق التاريخ فهي ظاهرة قديمة قدم البشرية، وإن تبدلت أشكالها أو تغيرت صورها عبر التاريخ.

٤- شهد المجتمع الدولي إهتماما كبيرا بمكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص وذلك من خلال تنظيم العديد من المؤتمرات والندوات الدولية بهدف وضع الأسس والمعايير الدولية للحد من هذه الظاهرة، ويكون ذلك من خلال إبرام الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف فيما يتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر. ومن أهم الاتفاقيات في هذا المضمار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الثلاثة المرفقة بها ، حيث دخلت الاتفاقية وبروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال حيز التنفيذ في سبتمبر عام ٢٠٠٣.

٥- أن جرائم الاتجار بالأشخاص تتسم بطبيعتها المعقدة وعدم تصور حدوثها دون إرتباطها بجرائم أخرى، وإذا كانت الدراسات القانونية قد أهتمت بشكل كبير بجرائم الاتجار بالأشخاص فأنها أغفلت تماما تناول الجرائم المتصلة أو الملحقة بهذه الجرائم.

٦- وفيما يتعلق بجريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص فقد أهتم المنظم في التشريعات العربية المختلفة بتناول هذه الجريمة، تبني المنظم السعودي سياسة تشريعية ترمي إلى وضع نظام عقابي يمتلك آليات كفيلة بمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص؛ بتجريم جميع المساعدات اللاحقة للجناة بوصفها جرائم مستقلة بذاتها وليس بوصفها صورة من صور المساهمة التبعية في الجريمة، وذلك لمنع وقمع الأفعال التي قد تساعد في فرار الجناة من يد جهات إنفاذ القانون.

٧- أحسن المنظم المصري صنعا من خلال تبني عقوبات شديدة لجريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص بكل صورها ووضع لها،

حيث جعلها جنائية عقوباتها السجن. وذلك على خلاف المنظم في البلاد العربية الأخرى والذي تبني عقوبات - تترتواح بين الحبس والغرامة - لا تتناسب مع حجم وخطورة جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأشخاص.

٨- كما حرص المنظم في مختلف التشريعات العربية بمكافحة وتجريم كل ما من شأنه أن يؤدي الى تعطيل او إعاقة تحقيق العدالة او سير الإجراءات القضائية في جرائم الاتجار بالأشخاص. فعلى صعيد النظام القانوني في المملكة العربية السعودية فقد وضع المنظم عقوبة السجن مدة لا تزيد على (خمس) سنوات، أو بغرامة لا تزيد على (مائتي ألف) ريال، أو بهما معا؛ لمرتكب هذه الجريمة.

وعلى صعيد التشريعات التي نظمت جريمة تعطيل سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص فإنها تباينت في العقوبة المقررة لهذه الجريمة ما بين التخفيف والتشديد، ومن التشريعات التي شددت قانون الاتجار بالبشر المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ وذلك بتقرير عقوبة السجن. وفي تونس فقد جاء النص صراحة على جريمة إعاقة سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص وقد تشدد المنظم في العقوبات المقررة لها، كما أحسن المشرع التونسي صنعا بتحديد الأفعال التي تمثل إعاقة لسير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص.

٩- حرصت تشريعات مكافحة الاتجار بالأشخاص في الأنظمة القانونية المختلفة على تجريم وعقاب كل أشكال وصور المساعدة اللاحقة على ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص؛ ومن ثم فقد تضمن تجريم أفعال إخفاء مرتكب أو مرتكبي جرائم الاتجار بالأشخاص أو حيازة الأشياء أو الأموال المتحصلة من تلك الجرائم. على صعيد النظام القانوني السعودي فنجد أن المنظم تبني ذلك حيث تنص المادة التاسعة على أنه "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على (خمس) سنوات، أو بغرامة لا تزيد على (مائتي ألف) ريال، أو بهما معا.

١٠- أن جرائم الاتجار بالأشخاص من الجرائم التي ترتكب في الغالب من عدة أشخاص، نظرا لصعوبة قيام شخص بمفرده بارتكابها، أي في صورة مساهمة جنائية، والتي تأخذ في الواقع العملي أحد صورتين، مساهمة أصلية أو تبعية. ويعد التحريض من صور المساهمة الجنائية الثلاثة أو من صور الاشتراك في الجريمة. وقد تبنت بعض التشريعات هذا الأصل في جرائم الاتجار بالأشخاص، كالتشريع السعودي، حيث لم يتطرق لتحريض على جرائم الاتجار بالأشخاص ولكنه اكتف بتقرير عقاب كل من ساهم بجريمة الاتجار بالأشخاص بنفس عقوبة الفاعل الأصلي.

١١- في حين أن هناك تشريعات أخرى نظرا لخطورة التحريض وما قد يلعبه من دورا بارز في جرائم الاتجار بالأشخاص فقد أفردت نصوصا خاصة لتجريم التحريض في هذه الجرائم كجريمة مستقلة قائمة بذاتها مع تقرير لها عقوبة حتى ولو لم يترتب على التحريض أي أثر، وعلى رأس هذه التشريعات قانون الاتجار بالبشر المصري لعام ٢٠١٠. وقد سار المنظم التونسي على النهج ذاته.

#### ثانيا: التوصيات.

١- نناشد كل من المنظم في الدول التي لم تصدر تشريعات مستقلة لمكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص بضرورة التدخل وتلبية خطاب المنظم الدولي بأصدار قانون مستقل لذلك نظرا لخطورة هذه الجرائم وما تحتاجه من تكاتف على الصعيدين الدولي والوطني.

٢- على الرغم من هناك تشريع مستقل لمعالجة جرائم الاتجار بالأشخاص في البحرين، إلا أن المنظم أغفل النص على جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الاتجار وذلك في قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، وهو الأمر الذي يدعونا إلى مناشدة المنظم البحريني إلى

ضرورة التدخل لمعالجة هذا الوضع ويسير على نهج التشريعات الدولية والتشريعات في الدول العربية.

٣- أتضح لنا من خلال الدراسة أن هناك العديد من التشريعات العربية التي أغفلت تنظيم جريمة تعطيل سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص منها التشريع البحريني والأردني والجزائري ، وهو الأمر الذي يدعونا إلى مناقشة المنظم في تلك الدول بضرورة التدخل للتنظيم الصريح لهذه الجرائم ووضع لها عقوبات تكفل مكافحتها.

٤- ينبغي على التشريعات المعنية بمكافحة الاتجار بالأشخاص أن تيسر على نهج المنظم المصري ( مادة ٢٣ من قانون الاتجار بالبشر) وذلك بعدم الاكتفاء بحماية سير العدالة في جرائم الاتجار بالأشخاص، ولكن لابد من تقرير الحماية للمجني عليهم في جميع مراحل الدعوى، بدء من مرحلة الاستدلال مروراً بمرحلة التحقيق انتهاءً بمرحلة المحاكمة.

٥- وأخيراً فإن مواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص وما يتصل بها من جرائم توجب علينا إقرار حقيقة هامة وهي أن جذور الاتجار بالأشخاص تنمو في الفقر ، وفي مستنقعه يلد ويتربص ، ولا بد للقضاء على هذه الظاهرة المسماة بالاتجار بالأشخاص من إشباع الجائعين ليتحرروا من مذلة الخوف ، فليس للإنسان أن يحظى بحريته إلا إذا طعم من جوع وأمن من خوف، كما يجب مواجهة الهجرة غير الشرعية، فضلاً عن تحديد إطار تشريعي ملائم للعمالة المستضعفة.

تم بحمد الله وتوفيقه

## المراجع

### أولاً: المراجع العربية

- د/ إبراهيم الدراجي، مواجهة الاتجار بالأشخاص في القوانين والتشريعات السورية، منشورات المنظمة الدولية للهجرة.
- د/ أحمد سليمان الزغاليل ، الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالبشر، ورقة مقدمة لمؤتمر مكافحة الاتجار بالبشر وزارة الداخلية أبو ظبي في الفترة من ٢٤-٢٥ مايو ٢٠٠٤ م.
- الأخضر عمر الدهيمي " التجربة الجزائرية في مكافحة الاتجار بالبشر، الندوة العلمية حول " مكافحة الاتجار بالبشر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية" بيروت ١٢ : ١٤ مارس ٢٠١٢.
- د/ حازم حسن الجمل، سياسة تجريم وملاحقة الاتجار بالبشر، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٥، ص ١٢.
- د/ حازم حسن الجمل، سياسة تجريم وملاحقة الاتجار بالبشر، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٥،
- د/ خطاب عبد النور، المعايير الدولية لمكافحة الاتجار بالأشخاص ومدى اتساق القوانين الوطنية معها، الطبعة الاولى ٢٠١٦، مكتبة الوفاء القانونية الاسكندرية.
- حمد على العريان، عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية، ٢٠١١، ص ٣٠.
- د/ حمدي محمد محمود حسين، المسؤولية الجنائية عن جريمة الاتجار بالبشر والجرائم الملحقة بها في ضوء التشريعات المقارنة، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط ١، ٢٠١٦.
- د/ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، ٢٠١٠.
- دهام أكرم عمر، جريمة الاتجار بالبشر دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية مصر، ٢٠١١.



- دهام أكرم عمر، جريمة الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية مصر، ٢٠٠١، ص ٦٢.
- د/ سرور، احمد فتحي: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية. دار النهضة: القاهرة ٢٠١٣.
- د/ عبد الحافظ عبد الهادي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالاشخاص، بحث منشور في كتاب بعنوان " مكافحة الاتجار بالاشخاص والأعضاء البشرية " جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ط ١ ، ٢٠٠٥.
- د/ فتحية محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، دراسة في القانون الإماراتي المقارن، مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٠، أكتوبر ٢٠٠٩.
- د/ محمد الشناوي، استراتيجيات مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، تقديم معالي الاستاذ الدكتور/ عمر محمد سالم، الناشر المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٤.
- د/ محمد على العريان، عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة. دون ذكر تاريخ نشر.
- د/ محمد يحي مطر، تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في العالم العربي، المبادرة العربية لبناء القدرات العربية لمكافحة الاتجار بالبشر ، UNODC ،
- د/ محمد يحي مطر، مكافحة الاتجار بالاشخاص وفقا لمبادئ الشريعة الاسلامية، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، ٢٠١٠،
- د/ محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، ١٩٧٠.
- د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية ١٩٨٩.

- د/ مخلص الطراونة ، مكافحة الاتجار بالبشر ، دراسة تحليلية ونقدية مقارنة في ضوء بروتوكول الأمم المتحدة لعام ٢٠٠٠ واتفاقية مجلس أوروبا لعام ٢٠٠٥ ، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ، المجلد (١) ، العدد (٣) تشرين أول ٢٠٠٩
- د/ منال منجد، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالاشخاص في القانون السوري، دراسة تحليلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٨ العدد الثاني ٢٠١٢.

### ثانيا: مراجع باللغة الاجنبية

- International Labour Office (ILO) ; Operational Indicators of trafficking in human being : results from a Delphi by the ILO and European Commission , Revised , 2009 , Geneva - (ILO) .**Office (ILO) :**, Operational Indicators of trafficking in human
- **J.Salt** ; Trafficking and Human Smuggling ; A European Perspective, Perspectives on Trafficking of Migrants, 2000 , pp .31-56 .
- **J.Vernier** ; La traite et l'exploitation des êtres humains en France , CNCDH, Documentation française, 2010.P.23
- **M. Wijers et C. Lin-Lap**, Trafficking in Women , Forced Labour and Slavery (Utrecht, Pays-Bas) , 1997 .P.20-25 .  
being : results from a Delphi by the ILO and European Commission , Revised p.p 4 -7.
- **F.C.Thomas**; Ensemble contre la traite des êtres humains Colloque , 21 oct, Maison du barreau de Paris, JCP , 2010.I.1012
- Louis Shelley, Trafficking in women the business approach, Brown journal Affairs, Vol 10 No 1 Summer. Fall 2003.
- Silvia Scarpa** ; child trafficking , the worst face of the world ,2005,P.2. -
- Turner Jackie and Liz Kelly, Trade secretes intersections between diasporas and crime groups in the constitution of the human trafficking chain, British Journal of Criminology, Vol 49 no 2, march 2009.

### ثالثاً: المواثيق والاتفاقيات الدولية

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠م.
- الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والمؤسسات والممارسات الشبيهة بالرق لعام ١٩٥٦م
- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥.
- اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لعام ١٩٦٢ .
- اتفاقية الرق لعام ١٩٢٦م
- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٦.
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.
- بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل للاتفاقية،
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والدولية لعام ١٩٦٦.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.
- والاتفاقية الدولية لحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير.
- وبرتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

### رابعاً: الأنظمة الوطنية

- القانون الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر
- القانون الأساسي التونسي رقم ٦١ لسنة ٢٠١٦ مؤرخ في ٣ أغسطس ٢٠١٦ بشأن منع الاتجار بالأشخاص ومكافحته.
- القانون البحريني بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص رقم (١) لسنة ٢٠٠٨
- القانون السوداني لعام ٢٠١٤.
- قانون العقوبات الجزائري

- قانون العقوبات الفرنسي.
- القانون الكويتي رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ بشأن الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين
- القانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.
- قانون حماية ضحايا الاتجار بالبشر الأمريكي لعام ٢٠٠٠ والمعدل في سنة ٢٠٠٨
- قانون دولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ والمعدل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.
- المرسوم السلطاني العماني رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨
- نظام الاتجار بالأشخاص السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٠).

# **الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني**

دكتور

عبد الكريم عوض خليفة

أستاذ القانون الدولي العام المشارك

كلية الشرق العربي للدراسات العليا



## مقدمة

بادئ ذي بدء يُعد القانون الدولي الإنساني International Humanitarian Law فرعاً من فروع القانون الدولي العام، ويضم القانون الدولي الإنساني مجموعة من القواعد القانونية -المكتوبة وغير المكتوبة- التي تهدف إلى التوفيق بين الاعتبارات الإنسانية ومقتضيات الضرورة العسكرية في أوقات النزاعات المسلحة، وتوفير حماية الأشخاص الذين يعانون من ويلات هذه النزاعات، وكذلك الأعيان التي ليس لها صلة مباشرة بالعمليات العسكرية<sup>(١)</sup>.

ويُعد مصطلح القانون الدولي الإنساني من المصطلحات الحديثة نسبياً، وقد استخدم هذا المصطلح لأول مرة من جانب اللجنة الدولية للصليب الأحمر، في الوثائق التي قدمتها إلى مؤتمر الخبراء الحكوميين الذي عقد دورته الأولى بجنيف عام ١٩٧١<sup>(٢)</sup>.

ويطلق على القانون الدولي الإنساني أسماء أخرى، مثل: قانون الحرب<sup>(٣)</sup>، قانون النزاعات المسلحة<sup>(١)</sup>، قانون لاهاي وجنيف<sup>(٢)</sup>، القانون الإنساني

---

(١) أعلن القاضي ويرامانثري Weeramantry في رأيه المعارض الملحق بالرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها "أن القانون الإنساني مُصمم من أجل التوفيق بين ضرورات الحرب والقوانين الإنسانية".

I. C. J., Rep., 1996, p. 444.

وحول هذا الرأي الاستشاري للمحكمة انظر مثلاً:

أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا: التعليق على الرأي الاستشاري الخاص بالتهديد ب أو استخدام الأسلحة النووية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٩٦، ص ١٧٥ وما بعدها؛ الأستاذ الدكتور حازم عتلم: مشروعية الأسلحة النووية في ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية في ٨ يوليو ١٩٩٦، بحث ضمن دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد محمود شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، صدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص ٣٥١ وما بعدها؛ دكتور حنان أحمد الفولي: الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها (الصادر في الثامن من يوليو ١٩٩٦)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م، ص ٥٧٦.

The special issue of the International Review of the Red Cross, No. 316, 1997.

(٢) انظر أستاذنا الدكتور صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٢٣؛ الأستاذ الدكتور جعفر عبد السلام: القانون الدولي الإنساني في الإسلام، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأزهر، العدد الثاني، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ١٦٥ وما بعدها.

(٣) انظر الأستاذ الدكتور محمد سامي عبد الحميد: قانون الحرب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ٢١ وما بعدها.

الدولي<sup>(٣)</sup>، القانون الإنساني.

ويُشكل القانون الدولي الإنساني فهما مشتركا لشعوب الإنسانية، وتطبق قواعده بغض النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية اللجوء لاستخدام القوة المسلحة، وبصرف النظر عن دواعي قيام النزاع المسلح. وتفرض قواعد القانون الدولي الإنساني التزامات مطلقة على عاتق كافة الدول دون استثناء؛ لأن الالتزامات التي

---

ويشيع استخدام مصطلح قانون الحرب ومصطلح قانون النزاعات المسلحة في القوات المسلحة.

(٤) يفضل جانب من الفقه استخدام مصطلح قانون النزاعات المسلحة.

انظر أستاذنا الدكتور صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، المرجع السابق الإشارة إليه، ١٣٩ ص؛ الأستاذ الدكتور حازم محمد عتلم: قانون النزاعات المسلحة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ٤٣٥ ص.

(٥) قررت محكمة العدل الدولية رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها الصادر بتاريخ ٨ يوليو ١٩٩٦ ما يلي:

"A large number of customary rules have been developed by the practice of States and are an integral part of the international law relevant to the question posed. The "laws and customs of war" - as they were traditionally called - were the subject of efforts at codification undertaken in The Hague (including the Conventions of 1899 and 1907, (and were based partly upon the St. Petersburg Declaration of 1868 as well as the results of the Brussels Conference of 1874. This "Hague Law" and, more particularly, the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, fixed the rights and duties of belligerents in their conduct of operations and limited the choice of methods and means of injuring the enemy in an international armed conflict. One should add to this the "Geneva Law" (the Conventions of 1864, 1906, 1929 and 1949, (which protects the victims of war and aims to provide safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in the hostilities. These two branches of the law applicable in armed conflict have become so closely interrelated that they are considered to have gradually formed one single complex system, known today as international humanitarian law. The provisions of the Additional Protocols of 1977 give expression and attest to the unity and complexity of that law."

I. C. J., Rep., 1996, p. 256, para. 75.

وقد تجاوز فقه القانون الدولي الإنساني التفرقة بين قانون لاهاي وقانون جنيف؛ لأنهما صارا نسيجا متداخلا متشابكا يُشكل صرح القانون الدولي الإنساني، ولم يعد للتمييز بينهما سوى قيمة تاريخية وتعليمية.

(٦) يفضل البعض إطلاق تعبير القانون الإنساني الدولي بدلا من القانون الدولي الإنساني؛ وذلك لأن إنسانية الإنسان سابقة على دوليته، والترجمة العربية للمصطلح الإنجليزي تؤكد وجهه النظر هذه.

انظر دكتور إسماعيل عبد الرحمن: الأسس الأولية للقانون الإنساني الدولي، بحث ضمن القانون الدولي الإنساني، إعداد نخبة من المتخصصين والخبراء، تقديم الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور، دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٣، صدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، ص ١٥ وما بعدها.



تحويلها تتصل بالإنسانية جمعاء<sup>(١)</sup>، وتلك القواعد لا تدخل في إطار العلاقات التبادلية بين الدول.

ونحاول في هذا البحث إلقاء الضوء على الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني، ورأينا من المناسب تقسيم البحث إلى مبحثين: نكرس الأول لعرض الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني في الاتفاقيات الدولية، ونرصد الثاني للحديث عن الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني في قرارات محكمة العدل الدولية.

### المبحث الأول

#### الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني في الاتفاقيات الدولية

بات من المسلم به أن الاتفاقيات الدولية -العامة والخاصة- تُعد المصدر الرئيس الأول للقانون الدولي العام ولفروعه<sup>(٢)</sup>، وقد أكدت الاتفاقيات الدولية على الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني، وهذا تفصيل ما أجملنا.

---

(٧) يقرر الفقيه Verdross أن القواعد الأمرة تكمن علة وجودها في المصلحة العليا للجماعة الدولية، وتتميز هذه القواعد بأنها مطلقة، ويصنيفها إلى ثلاث مجموعات:  
الأولى: القواعد التي تتعلق بمصلحة الجماعة الدولية في مجموعها.  
الثانية: قواعد القانون الدولي العام التي تتعلق بالمصلحة العليا للإنسانية جمعاء.  
الثالثة: القواعد التي وردت في ميثاق الأمم المتحدة، والمتعلقة باستخدام القوة، وتشمل ثلاث قواعد تتداخل أحكامها:

الأولى: القاعدة المنصوص عليها في المادتين ٤/٢، ٥١ من الميثاق، التي تلزم الدول الأعضاء في الأمم المتحدة في علاقاتها المتبادلة بالامتناع عن استخدام القوة أو التهديد بها، ما لم يكن ذلك بقصد الدفاع الشرعي الفردي أو الجماعي.

الثانية: القاعدة المنصوص عليها في المادة ٣/٢ من الميثاق، التي تلزم الدول الأعضاء بتسوية منازعاتها الدولية بالوسائل السلمية.

الثالثة: القاعدة المنصوص عليها في المادة ٥/٢ من الميثاق، التي تلزم الدول الأعضاء أن تقدم كل ما في وسعهم من عون إلى الأمم المتحدة في أي عمل تتخذه وفق هذا الميثاق.

See Verdross (A.): *Jus dispositivum and jus cogens in international law*, A. J. I. L., Vol. 60, 1966, pp. 58 -60.

(٨) نصت المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن "١- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي وهي تطبق في هذا الشأن:

(أ) الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

(ب) العادات الدولية المرعية المعتمدة بمتابفة قانون دول عليه تواتر الاستعمال.

(ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة.

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم.

ويعتبر هذا أو ذلك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩.

## أولاً: مفهوم القاعدة الآمرة في القانون الدولي العام

لا جرم أن القواعد الآمرة حديثة العهد نسبياً في إطار القانون الدولي العام<sup>(١)</sup>، وقد تم تعريف القواعد الآمرة للمرة الأولى في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، إذ نصت المادة الثالثة والخمسون من الاتفاقية على أن "تكون المعاهدة باطلة إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي. لأغراض هذه الاتفاقية، يقصد بالقاعدة الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع"<sup>(٢)</sup>.

ويبدو جلياً من المادة سالفة الذكر أن القاعدة الآمرة تتسم بأربع خصائص:

الأولى: قاعدة عامة قطعية من قواعد القانون الدولي.

الثانية: قاعدة مقبولة ومعترف بها من قبل المجتمع الدولي.

الثالثة: قاعدة لا يجوز انتهاكها أو خرقها.

---

٢- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك".  
(٩) لذا قرر Pal - أحد أعضاء لجنة القانون الدولي التي قامت بوضع مشروع لتقنين قواعد المعاهدات الدولية- أنه "لم يعلم بذلك المصطلح اللاتيني Jus cogens إلا داخل اللجنة نفسها عام ١٩٦٢، ومن خلال الحوار الذي كان يدور بشأنها بين أعضائها".

I. L. C. Yearbook, 1963, Vol. I, p. 69.

(١٠) يجرى النص الانجليزي للمادة ٥٣ من الاتفاقية على النحو التالي:

"A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."

See Verdross (A.): Jus dispositivum and jus cogens in international law, op. cit., pp. 55-63

وانظر أيضاً دكتور سليمان محمد عبد المجيد: النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص ٧٩ وما بعدها.

الرابعة: قاعدة لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي تكون لها نفس الصفة، لذا نصت المادة الرابعة والستون من الاتفاقية "إذا ظهرت قاعدة آمرة جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي فإن أية معاهدة نافذة تتعارض معها تصبح باطلة وتنقضي"<sup>(١)</sup>.

ووفقا للمادة ٥/٦٠ من اتفاقية فيينا أن الأحكام التي تحظر الانتقام من الأفراد المحميين الواردة بمثل هذه المعاهدات، تكون لها الطبيعة الآمرة<sup>(٢)</sup>.

### ثانيا: الطابع الآمر لاتفاقيات القانون الدولي الإنساني

تُعد اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ تحويلا جذريا ونقله نوعية في مجال القانون الدولي الإنساني؛ إذ إنها جاءت بعد الفظائع التي ارتكبت أثناء الحرب العالمية الثانية، كما أنها حققت تقدما كبيرا على طريق تطوير القانون الدولي الإنساني<sup>(٣)</sup>.

وإذا نظرنا إلى اتفاقيات جنيف الأربع نجد أن هذه الاتفاقيات كشفت عن نية تشريعية تتجاوز الإطار التعاقدية؛ فالأطراف السامية المتعاقدة تتعهد باحترام وكفالة احترام هذه الاتفاقيات في جميع الأحوال (المادة الأولى المشتركة بين الاتفاقيات الأربع)، وكذلك تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة في البروتوكول

---

(١١) يجرى النص الانجليزي للمادة الرابعة والستين من الاتفاقية على النحو التالي:  
"If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates."

(١٢) يجرى النص الانجليزي للفقرة الخامسة من المادة الستين من الاتفاقية على النحو التالي:  
"Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties."

(١٣) أعلنت محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارجوا وضدها أن "بعض جوانب اتفاقيات جنيف تُمثل، في رأى المحكمة، تطورا، بينما لا تمثل في جوانب أخرى أكثر من التعبير عن تلك المبادئ".

".....in its view, the Geneva Conventions are in some respects a development, and in other respects no more than the expression, of such principles...."

I. C. J., Rep., 1986, p. 113, para. 218.

الإضافي الأول بأن تحترم وأن تفرض احترام هذا البروتوكول في جميع الأحوال (الفقرة ١ من المادة الأولى)<sup>(١)</sup>.

ويبدو جليا مما تقدم أن الأطراف السامية يقع على عاتقها التزام ذو جانبيين<sup>(٢)</sup>:

أولهما: احترام اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في جميع الأحوال.

والثاني: كفالة احترام اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في جميع الأحوال. لذا جاء في الفقرة الأولى من المادة الثمانين من البروتوكول الإضافي الأول "تتخذ الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع دون إبطاء، كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ التزاماتها بمقتضى الاتفاقيات وهذا البروتوكول". ويُعد هذا تطبيقا مخلصا لما قرره المادة السادسة والعشرون من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات أن "كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية".

ويظهر الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني كذلك في رفض اتفاقيات جنيف الطابع التبادلي إلا في ظرف واحد؛ وذلك لمد تطبيقها خارج نطاق أطرافها، إذ نصت في الفقرة الثالثة من المادة الثانية المشتركة على أن "وإذا لم تكن إحدى دول النزاع طرفا في هذه الاتفاقية، فإن دول النزاع الأطراف فيها تبقى مع ذلك ملتزمة بها في علاقاتها المتبادلة، كما أنها تلتزم بالاتفاقية إزاء الدولة المذكورة إذا

---

(١٤) في هذا الصدد يقرر أستاذنا الدكتور مصطفى أحمد فؤاد "يبدو للوهلة الأولى أن أُنسنة القانون الدولي قد يضيف على قواعده الطابع الأخلاقي غير الملزم، كما يتبادر للذهن كذلك أن ذلك القانون قد يفتقر لعنصر الإلزام بالنظر إلى تلك السمة الأخلاقية التي تستهدفها نصوصه. إلا أن تلك النظرة القاصرة يخالفها ما ورد بالمادة الأولى من اتفاقات جنيف لعام ١٩٤٩، فضلا عن المادة الأولى أيضا من اللحق الإضافي الأول لعام ١٩٧٧".

راجع لسيادته: القانون الدولي العام، الجزء الخامس، الإطار العام للقانون الدولي الإنساني، الطبعة الثانية، ٢٠١٦، ص ٨٢.

وانظر أيضا:

الأستاذ الدكتور زهير الحسني: مشاكل الأُنسنة في القانون الدولي الإنساني، مجلة الكوفة، العدد ٤، ص ٧-٥٤.

Kalshoven (F.): The undertaking to respect and ensure respect in all circumstances: From tiny seed to ripening fruit, Y. I. H. L., Vol. 2, 1999, pp. 3-61.

(١٥) انظر نفس المعنى:

Boisson de Chazournes (L.) & Condorelli (L.): Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests, I. R. R. C., No. 837, 2000, p. 69.

قبلت هذه الأخيرة أحكام الاتفاقية وطبقتها"، وتحظر اتخاذ أية تدابير انتقامية ضد الأشخاص والأموال المحمية بمقتضى الاتفاقيات الأربع (المادة المشتركة ٤٦، ٤٧، ١٣، ٣٣). بل أن الانسحاب من الاتفاقيات الذي يبلغ من قبل دولة مشتركة في نزاع، لا يُعتبر ساريا إلا بعد عقد الصلح، وعلى أي حال بعد انتهاء النزاع المسلح بكل آثاره التي تحكمها الاتفاقيات (المادة المشتركة ٦٣، ٦٢، ١٤٢، ١٥٨).

ويترتب على ما تقدم عدة أمور:

الأول: أن الحماية التي يكفلها القانون الدولي الإنساني تُعد قييدا على سيادة الدول، إذ إنه يتعين على كافة الدول احترام قواعد القانون الدولي الإنساني القائمة قبل وبعد قيام النزاع المسلح، وهذا القيد قيد جماعي متبادل بين الدول هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب أن تكون القوانين الوطنية متوافقة مع قواعد القانون الدولي الإنساني؛ فالقانون الدولي الإنساني له ذاتية تميزه عن القانون الداخلي الذي يستقل المشرع الوطني بوضعه، هذه الذاتية تظهر في سمو هذا القانون على إرادة المشرع الوطني، فهذا الأخير ليس حرا يشرع ما يريد خارج إطار الحقوق التي يتمتع بها الإنسان إبان النزاعات المسلحة، وإنما هو مقيد بها نسا كما تنقيد بها السلطات عملا.

الثاني: لا يجوز أن يكون تطبيق القانون الدولي الإنساني محلا لإعمال مبدأ المعاملة بالمثل بين الأطراف<sup>(١)</sup>، وتحظر كل أعمال الردع ضد الأشخاص والأعيان غير المتصلة بالأعمال العسكرية اتصالا مباشرا، وتحظر الهجمات ضد البيئة الطبيعية، ولا تكون الأشغال الهندسية أو المنشآت التي تحوى قوى خطيرة والجسور والسدود والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية محلا للهجوم (المواد

---

(١٦) انظر دكتور محمد بهاء الدين محمد خالد باشات: المعاملة بالمثل في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٧٣، ص ٥ وما بعدها.

ولقد قيل أن "قواعد القصاص أو المعاملة بالمثل أو التقادم لا تعرف طريقها للانطباق بين أحكام القانون الدولي الإنساني".

انظر أستاذنا الدكتور مصطفى أحمد فؤاد: القانون الدولي العام، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٨٨.

٢٠، ٦/٥١، ٥٢، ٥٣، ٤/٥٤، ٢/٥٥، ٤/٥٦ من البروتوكول الإضافي الأول المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة).

الثالث: يزود القانون الدولي الإنساني الأفراد بالحد الأدنى والضمانات الدائمة للحماية حتى من سلطات بلادهم (المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩)، فلم تعد الدولة حرة في أن تعامل رعاياها كما يروق لها. فالزمن الذي تستطيع الدول فيه أن تفعل ما بدا لها، مع غض النظر عن الحقوق الأساسية لرعاياها قد ولى، ولم يعد يمكن الآن إظهار مبدأ سيادة الدولة في مواجهة الحقوق المقدسة للإنسان<sup>(١)</sup>.

وجاء في المادة السادسة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الثلاث الأولى والمادة السابعة في الاتفاقية الرابعة<sup>(٢)</sup>، أنه يجب ألا يكون لأي اتفاق خاص تأثير ضار

---

(١٧) نصت المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع 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:

١- 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. ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقى 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 تشكيلا قانونيا، وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة.

٢- يجمع الجرحى والمرضى ويعتني بهم.

وبجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها على أطراف النزاع.

وعلى أطراف النزاع أن تعمل فوق ذلك، عن طريق اتفاقات خاصة، على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها.

==

وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع."

ويقرر الأستاذ الدكتور حازم محمد عتلم أن المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع تُعد قاعدة أمر.

انظر لسيادته: قانون النزاعات المسلحة الدولية، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ١٧٢ - ١٧٣.

(١٨) نصت المادة السابعة على أن "علاوة على الاتفاقات المنصوص عنها صراحة في المواد ١١، ١٤، ١٥، ١٧، ٣٦، ١٠٨، ١٠٩، ١٣٢، ١٣٣، و١٤٩، يجوز للأطراف السامية المتعاقدة أن تعقد

على حالة الأشخاص المحميين الذين تحددهم الاتفاقية، أو نقيدهم الحقوق التي تكفلها لهم. ووفقا للمادة السابعة المشتركة بين الاتفاقيات الثلاث الأولى والمادة الثامنة في الاتفاقية الرابعة<sup>(١)</sup>، لا يجوز للأشخاص المحميين التنازل، في أي حال من الأحوال، عن بعض أو كل الحقوق المكفولة لهم. ولا يفوتنا الإشارة أن اتفاقيات جنيف الأربع تتضمن مادة مشتركة تقضى بتعهد الأطراف السامية بنشر أحكامها على أوسع نطاق في زمن السلم كما في زمن الحرب، وتتعهد بصفة خاصة بأن تدرج دراستها ضمن برامج التعليم العسكري والمدني إذا أمكن، بحيث تصبح المبادئ التي تتضمنها ملزمة لجميع السكان، وعلى الأخص للقوات المقاتلة المسلحة، وأفراد الخدمات الطبية ورجال الدين (المواد ٤٧، ٤٨، ١٢٧، ١٤٤ من الاتفاقيات الأربع)<sup>(٢)</sup>.

---

اتفاقيات خاصة أخرى بشأن أية مسائل ترى من المناسب تسويتها بكيفية خاصة. ولا يؤثر أي اتفاق خاص تأثيرا ضارا على وضع الأشخاص المحميين كما نظمته هذه الاتفاقية، أو يقيد الحقوق الممنوحة لهم بمقتضاها.

ويستمر انتفاع الأشخاص المحميين بهذه الاتفاقيات مادامت الاتفاقية سارية عليهم، إلا إذا كانت هناك أحكام صريحة تقضي بخلاف ذلك في الاتفاقيات سالف الذكر أو في اتفاقيات لاحقة لها، أو إذا كان هذا الطرف أو ذلك من أطراف النزاع قد اتخذ تدابير أكثر فائدة لهم".

(١٩) نصت المادة الثامنة على أن "لا يجوز للأشخاص المحميين التنازل في أي حال من الأحوال جزئيا أو كلية عن الحقوق الممنوحة لهم بمقتضى هذه الاتفاقية، أو بمقتضى الاتفاقيات الخاصة المشار إليها في المادة السابقة، إن وجدت".

(٢٠) جرى بالذكر أنه ورد النص لأول مرة على الالتزام بنشر القانون الدولي الإنساني في اتفاقية جنيف بشأن تحسين حال المرضى والجرحى من أفراد القوات المسلحة في الميدان لعام ١٩٠٦ (المادة السادسة والعشرون)، وورد بعد ذلك في الاتفاقيات التالية، مثل: الاتفاقية الرابعة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لعام ١٩٠٧ (المادة الأولى)، واتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة في الميدان لعام ١٩٢٩ (المادة السابعة والعشرون)، واتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام ١٩٥٤ (المادة الخامسة والعشرون)، والبروتوكول الإضافي الأول المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة لعام ١٩٧٧ (المادة الثالثة والثمانون)، والبروتوكول الإضافي الثاني المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية لعام ١٩٧٧ (المادة التاسعة عشرة).

انظر الأستاذ الدكتور محمد يوسف علوان: نشر القانون الدولي الإنساني، بحث ضمن دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد محمود شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، صدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص ٤٨٥ وما بعدها.

ويقرر أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا أن "نشر قواعد القانون الدولي الإنساني أضحي أمرا ضروريا في العصر الحالي".

راجع لسيادته: النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٥١٤٣٠ - ٢٠٠٩، ص ٢٠.

## المبحث الثاني

### الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني في قرارات محكمة العدل الدولية

غنى عن البيان أن محكمة العدل الدولية حلت محل المحكمة الدائمة للعدل الدولي، وهي الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة، وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي الملحق بميثاق الأمم المتحدة (المادة ٩٢ من الميثاق)<sup>(١)</sup>. وإذا ما القينا نظرة على أحكام محكمة العدل الدولية وآرائها الاستشارية نجد أن المحكمة أكدت مرارا وتكرارا على الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني، وهذا تفصيل ما أجملنا.

#### أولا: أحكام محكمة العدل الدولية

تصدر محكمة العدل الدولية أحكاما في الدعاوى التي ترفعها الدول، إذ تملك هذه الأخيرة وحدها حق التقاضي أمام المحكمة، وفي هذا الصدد نصت المادة ١/٣٤ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنه "للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافا في الدعاوى التي ترفع للمحكمة". وسجلت المحكمة زاخرا بالأحكام التي أكدت على الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني، وسوف نعرض فيما يلي أبرز هذه الأحكام.

في قضية مضيق كورفو أعلنت المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ٩ أبريل ١٩٤٩ "أن الالتزامات التي تقع على عاتق ألبانيا تشمل الإبلاغ -لصالح الملاحاة عامة- بوجود حقل الألغام في المياه الإقليمية الألبانية، وتحذير السفن البريطانية المقتربة من الخطر المحدق بها، وهذه الالتزامات ليست مؤسسة على اتفاقية لاهاي رقم ٨ لعام ١٩٠٧ والمطبقة في زمن الحرب، ولكن على المبادئ العامة والمسلم بها، وهي الاعتبارات الإنسانية الأكثر لزوما في السلم عنها في الحرب، ومبدأ

---

(٢١) يُعد النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية جزءاً لا يتجزأ من الميثاق (المادة ٩٢)، ونصت المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة على ما يلي:

"The International Court of Justice established by the Charter of the United Nations as the principal judicial organ of the United Nations shall be constituted and shall function in accordance with the provisions of the present Statute."



حرية المواصلات الدولية، والتزام كل دولة بعدم السماح -بعلم منها- أن يستخدم إقليمها للمساس بحقوق دول أخرى"<sup>(١)</sup>.

وفي قضية شركة برشلونة للقطر والإنارة والطاقة المحدودة (بلجيكا ضد أسبانيا طلب جديد: ١٩٦٢) أعلنت المحكمة في حكمها الصادر في ٥ فبراير ١٩٧٠ أنه "ينبغي التمييز بين التزامات الدولة تجاه المجتمع الدولي ككل، والتزامات الدولة تجاه دولة أخرى... وبحكم طبيعة التزامات الدول تجاه المجتمع الدولي فإنها تعنى جميع الدول. وفي ضوء أهمية الحقوق المعنية، يمكن اعتبار جميع الدول ذات مصلحة قانونية في حمايتها؛ فهي التزامات تجاه الكافة. وتستمد هذه الالتزامات، على سبيل المثال، في القانون الدولي المعاصر، من حظر أعمال العدوان والإبادة الجماعية، وأيضا من المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للشخص الإنساني، بما في ذلك الحماية من الاستعباد والتمييز العنصري"<sup>(٢)</sup>.

---

(22) I. C. J., Rep., 1949, p. 22.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VTII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States."

وفي قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارجوا وضدها قررت المحكمة "أنه في حالة تلغيم المياه الإقليمية يجب ألا يؤدي ذلك إلى إعاقة المرور البريء للسفن التابعة للدول الأخرى، ويجب الإعلان عن أماكن هذه الألغام وذلك طبقا لمبادئ القانون الإنساني واتفاقية لاهاي رقم ٨ لعام ١٩٠٧".

I. C. J., Rep., 1986, p.112.

(23) I. C. J., Rep., 1970, p. 32.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"33. When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection.

وفي قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارجوا وضدها (نيكارجوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)<sup>(١)</sup>، أعلنت المحكمة في حكمها الصادر في ٢٧ يونيو ١٩٨٦ أن "القواعد التي تضمنتها اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ تمثل حداً أو معياراً أدنى، كما أنها تعكس الاعتبارات الأولية للإنسانية"<sup>(٢)</sup>.

وأضافت المحكمة "أن هناك التزام يقع على عاتق حكومة الولايات المتحدة الأمريكية، بموجب المادة الأولى من اتفاقيات جنيف باحترام الاتفاقيات وكفالة الاحترام للاتفاقيات في جميع الأحوال، وهذا الالتزام لا ينبع من الاتفاقيات نفسها فحسب، وإنما من المبادئ العامة للقانون الإنساني التي تمنحها الاتفاقيات تعبيراً

---

By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.

34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character."

(٢٤) انظر حول هذه القضية مثلاً:

أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا: قضية الأنشطة الحربية وشبه الحربية في نيكارجوا وضدها، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٨٦، ص ٣٢٨ وما بعدها؛ أستاذنا الدكتور مصطفى أحمد فؤاد: تعليق على بعض جوانب الحكم الصادر في النزاع بين نيكارجوا والولايات المتحدة الأمريكية (قضاء محكمة العدل الدولية ١٩٨٤-١٩٨٦)، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد السابع، ١٩٩٢، ص ١ وما بعدها.

The special issue of the American Journal of International Law, Vol. 81, 1987.

(25) I. C. J., Rep., 1986, p. 114, para. 218.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non-international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called "elementary considerations of humanity"(Corfu Channel, Merits, 1. C. J. Reports 1949, p. 22."

خاصا. وبالتالي فإن الولايات المتحدة يقع على عاتقها واجب عدم تشجيع الأشخاص أو الجماعات المشاركة في النزاع في نيكاراغوا على القيام بأعمال تنتهك أحكام المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩<sup>(١)</sup>. وفي القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس والعقاب عليها (البوسنة والهرسك ضد يوغسلافيا) أعلنت المحكمة في حكمها الصادر في ١١ يوليو ١٩٩٦ "أن الحقوق والالتزامات الواردة في الاتفاقية (اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس والعقاب عليها) تُعد حقوقا والتزامات في مواجهة الكافة"<sup>(٢)</sup>. وفي قضية الأنشطة المسلحة في أراضي الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد رواندا طلب جديد: ٢٠٠٢)<sup>(٣)</sup>، أعلنت المحكمة في حكمها

(26) Ibid., p. 114, para. 220.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"The Court considers that there is an obligation on the United States Government, in the terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to "respect" the Conventions and even "to ensure respect" for them "in all circumstances", since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression. The United States is thus under an obligation not to encourage persons or groups engaged in the conflict in Nicaragua to act in violation of the provisions of Article 3 common to the four 1949 Geneva Conventions..."

(27) I. C. J., Rep., 1996., p. 616, para. 31.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

".....It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention."

وانظر أيضا أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا: القضية الخاصة بتطبيق اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس والعقاب عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٩٨، ص ١٩٥ وما بعدها.

(٢٨) جدير بالإشارة أن الكونغو سبق لها رفع قضية ضد رواندا (القضية المتعلقة بالأنشطة المسلحة في إقليم الكونغو) في ٢٣ يونيو ١٩٩٩ بشأن أعمال عدوان مسلح ارتكبتها رواندا على إقليم الكونغو، ثم قام وكيل الكونغو بإرسال رسالة بتاريخ ١٥ يناير ٢٠٠١ إلى قلم كتاب المحكمة طلب فيها وقف الدعوى، وقال أن حكومة الكونغو تحتفظ لنفسها بحق الاحتجاج في وقت لاحق بأسس جديدة لولاية المحكمة. وقد أرسل وكيل رواندا برسالة في ٢٢ يناير ٢٠٠١ إلى قلم كتاب المحكمة أبلغ المحكمة فيها بأن حكومته توافق على وقف الكونغو للدعوى، لذا أصدرت المحكمة أمرا بشطب القضية من جدولها في ٣٠ يناير ٢٠٠١.

ثم قامت الكونغو برفع هذه القضية بطلب جديد في ٢٨ مايو ٢٠٠٢، وقد رفضت المحكمة في أمرها الصادر في ١٠ يوليو ٢٠٠٢ الأمر بتدابير مؤقتة طلبتها الكونغو؛ لأنها لا تملك الولاية المبدئية الضرورية بتقرير التدابير المؤقتة، ورفضت كذلك طلب رواندا بشطب القضية من جدولها.

الصادر في ٣ فبراير ٢٠٠٦ أن الحقوق والالتزامات المكرسة في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية هي حقوق والتزامات تجاه الكافة ... وأن ارتباط مسألة بقاعدة أمر، ويتعلق الأمر في هذه القضية بحظر الإبادة الجماعية لا يمكن أن يُشكل في حد ذاته أساساً لاختصاص المحكمة للنظر في هذا النزاع؛ لأن الاختصاص يستند دائماً إلى موافقة الأطراف<sup>(١)</sup>.

وفي قضية الحصانات القضائية للدولة (ألمانيا ضد إيطاليا: تدخل اليونان) أعلنت المحكمة في حكمها الصادر في ٣ فبراير ٢٠١٢ أن قواعد الحصانات والقواعد الأمرة التي تُشكل جزءاً من قانون النزاعات المسلحة فتتان تتناولان

---

I. C. J., Rep., 2001, p. 2; 2002, p. 250.  
(29) I. C. J., Rep., 2006, para. 64.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"The Court will begin by reaffirming that "the principles underlying the [Genocide] Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation" and that a consequence of that conception is "the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)" (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23). It follows that "the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes" (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 616, para. 31).

The Court observes, however, as it has already had occasion to emphasize, that "the erga omnes character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things" (East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29), and that the mere fact that rights and obligations erga omnes may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute.

The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (jus cogens) and the establishment of the Court's jurisdiction : the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court's Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties."

مسائل مختلفة ومن ثم لا يوجد بينهما تعارض، .... وأن حظر الجرائم ضد الإنسانية يُشكل قاعدة أمرّة<sup>(١)</sup>.

(30) I. C. J., Rep., 2012, para. 92 & 95.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"92. The Court now turns to the second strand in Italy's argument, which emphasizes the jus cogens status of the rules which were violated by Germany during the period 1943-1945. This strand of the argument rests on the premise that there is a conflict between jus cogens rules forming part of the law of armed conflict and according immunity to Germany. Since jus cogens rules always prevail over any inconsistent rule of international law, whether contained in a treaty or in customary international law, so the argument runs, and since the rule which accords one State immunity before the courts of another does not have the status of jus cogens, the rule of immunity must give way.

95. To the extent that it is argued that no rule which is not of the status of jus cogens may be applied if to do so would hinder the enforcement of a jus cogens rule, even in the absence of a direct conflict, the Court sees no basis for such a proposition. A jus cogens rule is one from which no derogation is permitted but the rules which determine the scope and extent of jurisdiction and when that jurisdiction may be exercised do not derogate from those substantive rules which possess jus cogens status, nor is there anything inherent in the concept of jus cogens which would require their modification or would displace their application. The Court has taken that approach in two cases, notwithstanding that the effect was that a means by which a jus cogens rule might be enforced was rendered unavailable. In *Armed Activities*, it held that the fact that a rule has the status of jus cogens does not confer upon the Court a jurisdiction which it would not otherwise possess (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 32, para. 64, and p. 52, para. 125). In *Arrest Warrant*, the Court held, albeit without express reference to the concept of jus cogens, that the fact that a Minister for Foreign Affairs was accused of criminal violations of rules which undoubtedly possess the character of jus cogens did not deprive the Democratic Republic of the Congo of the entitlement which it possessed as a matter of customary international law to demand immunity on his behalf (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 24, para. 58, and p. 33, para. 78). The Court considers that the same reasoning is applicable to the application of the customary international law regarding the immunity of one State from proceedings in the courts of another."

وفي قضية المسائل المتصلة بال محاكمة أو التسليم (بلجيكا ضد السنغال) أعلنت المحكمة في حكمها الصادر في ٢٠ يوليو ٢٠١٢ أن "حظر التعذيب هو جزء من القانون الدولي العرفي وأصبح قاعدة أمر (القواعد الأمرة). ويستند الحظر إلى ممارسة دولية واسعة النطاق وإلى اعتقاد الدول بالزامية هذه الممارسة، وأنه يرد في العديد من الصكوك الدولية العالمية التطبيق (ولا سيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، واتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ لحماية ضحايا الحرب؛ والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦؛ وقرار الجمعية العامة ٣٠/٣٤٥٢ في ٩ ديسمبر ١٩٧٥ بشأن حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة)، وأنه أدرج في القانون الداخلي لكافة الدول تقريبا، وأن أفعال التعذيب تشجب بانتظام في جميع المحافل الوطنية والدولية"<sup>(١)</sup>.

#### ثانيا: الآراء الاستشارية لمحكمة العدل الدولية

تقوم محكمة العدل الدولية بوظيفة هامة -جوار الوظيفة القضائية- وهي الإفتاء، وذلك في المسائل القانونية التي تطلب الجمعية العامة أو مجلس الأمن الرأي فيها. كما يحق لجميع فروع الهيئة الأخرى والوكالات المتخصصة المرتبطة بها، التي تأذن لها الجمعية العامة بذلك في أي وقت، أن تطلب من المحكمة الرأي

(31) I. C. J., Rep., 2012, para. 99.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"In the Court's opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (jus cogens). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the opinio juris of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 ; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora."

لما يعرض لها من المسائل القانونية الداخلة في نطاق أعمالها (المادة ١/٦٥ من النظام الأساسي للمحكمة)<sup>(١)</sup>.

وقد حفلت الآراء الاستشارية الصادرة عن المحكمة بالتأكيد على الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني، وسوف نعرض فيما يلي أهم هذه الآراء. في رأيها الاستشاري بخصوص مدى جواز التحفظ على الاتفاقية الخاصة بمنع جريمة إبادة الجنس البشري الصادر في ٢٥ مايو ١٩٤٨<sup>(٢)</sup>، قررت المحكمة أن

---

(٣٢) حرى بالذكر أن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية في الاستجابة أو عدم الاستجابة لإعطاء رأى استشاري، ودرجت المحكمة على عدم رفض إعطاء رأى استشاري بخصوص مسألة قانونية ثبت اختصاص المحكمة بنظرها، وفي هذا الصدد قررت المحكمة ما يلي:

"The Court has the authority to give advisory opinions by virtue of Article 65 of its Statute, paragraph 1 of which reads as follows:

"The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request."

It is also stated, in Article 96, paragraph 2, of the Charter that the "specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities".

Consequently, three conditions must be satisfied in order to found the jurisdiction of the Court when a request for an advisory opinion is submitted to it by a specialized agency: the agency requesting the opinion must be duly authorized, under the Charter, to request opinions from the Court; the opinion requested must be on a legal question; and this question must be one arising within the scope of the activities of the requesting agency (cf. Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I. C. J. Reports, 1982, pp. 333 - 334."

I. C. J. Rep., 1996, pp. 71 -72, para. 10.

(٣٣) جدير بالإشارة أن الجمعية العامة طلبت من محكمة العدل الدولية في ١٦ نوفمبر ١٩٥٠ إصدار فتاها بشأن ما يلي:

"In so far as concerns the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the event of a State ratifying or acceding to the Convention subject to a reservation made either on ratification or on accession, or on signature followed by ratification:

1. Can the reserving State be regarded as being a party to the Convention while still maintaining its reservation if the reservation is objected to by one or more of the parties to the Convention but not by others?

II. If the answer to Question 1 is in the affirmative, what is the effect of the reservation as between the reserving State and:

(a) The parties which object to the reservation?

"أصول الاتفاقية تبين أن نية الأمم المتحدة كانت إدانة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها باعتبارها "جريمة بموجب القانون الدولي"، وتضم إنكاراً لحق الوجود بالنسبة إلى جماعات بشرية بأكملها، وهو إنكار يصدّم ضمير الإنسانية ويلحق خسائر جسيمة بها، وهو ما يتناقض مع القانون الأخلاقي وروح وأهداف الأمم المتحدة (القرار ٩٦ (١) للجمعية العامة، ١١ ديسمبر ١٩٤٦). وتتجسد النتيجة الأولى المترتبة على هذا المفهوم في أن المبادئ التي تُشكل أساس الاتفاقية هي المبادئ التي تعترف بها الأمم المتعدّية بوصفها مُلزّمة للدول، وحتى دون أي التزامات تعاقدية. وتتمثل النتيجة الثانية في طابعها العالمي، سواء بالنسبة إلى إدانة الإبادة الجماعية أو بالنسبة إلى التعاون المطلوب من أجل تحرير البشرية من مثل تلك الآفة البغيضة"<sup>(١)</sup>.

وأضافت المحكمة أن "الاتفاقية اعتمدت بوضوح لأغراض إنسانية وحضارية. ومن الصعب حقاً تصور اتفاقية يكون لها هذا الطابع المزدوج بدرجة كبيرة، ما دام هدفها يكمن من ناحية في حماية وجود جماعات بشرية معينة، ومن ناحية

---

(b) Those which accept it?

III. What would be the legal effect as regards the answer to Question 1 if an objection to a reservation is made:

(a) By a signatory which has not yet ratified?

(b) By a State entitled to sign or accede but which has not yet done so?."

I. C. J. Rep., 1951, p. 16.

(34) Ibid., p. 23.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)."



أخرى في تأكيد وتأييد المبادئ الأساسية الأخلاقية. وفي هذه الاتفاقية، فإن الدول المتعاقدة ليست لها مصلحة خاصة؛ بل لديها جميعا مصلحة مشتركة، ألا وهي انجاز الأغراض السامية التي تُعد سبب وجود الاتفاقية. وبالتالي، في اتفاقية من هذا النوع لا يمكن للمرء أن يتحدث عن المزايا والعيوب الفردية للدول، أو الحفاظ على التوازن التعاقدية الكامل بين الحقوق والواجبات. إن المثل العليا التي ألهمت إلى الاتفاقية توفر، استنادا إلى الإرادة المشتركة للأطراف، الأساس والمقياس لجميع أحكامها"<sup>(1)</sup>.

وأضافت المحكمة أن "أهداف وأغراض الاتفاقية المتعلقة بمنع والعقاب علي الجرائم المرتكبة ضد إبادة الجنس توضح جليا أن الجمعية العامة، والدول التي تبنت الاتفاقية، كانت تقصد أن يشارك فيها أكبر عدد ممكن من الدول، وأن استبعاد أية دولة أو أكثر من هذه الاتفاقية لن يضيق في الواقع من نطاق تطبيقها فحسب، وإنما سوف يوهن من اعتبار المبادئ الإنسانية والقيم الأخلاقية التي هي أساس هذه الاتفاقية"<sup>(2)</sup>.

(35) Ibid.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and au, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d'être of the convention.

Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties.

The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions."

(36) Ibid., p. 24.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"The object and purpose of the Genocide Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it that as many States as possible should participate. The complete exclusion from the

وفي رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها الصادر بتاريخ ٨ يوليو ١٩٩٦<sup>(١)</sup>، أعلنت المحكمة "أن استخدام الأسلحة الذرية يحمل في طياته اعتداء على القواعد الخاصة بحماية البيئة التي نصت عليها المادة ٣/٣٥ ، والمادة ٥٥ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧"<sup>(٢)</sup>. وأضافت المحكمة "أن الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها ٣٧/٤٧ في ٢٥ نوفمبر ١٩٩٢ قالت "إن تدمير البيئة الذي لا تبرره ضرورة عسكرية وينفذ عمدا أمر يتعارض بشكل واضح مع القانون الدولي، وحثت الدول على اتخاذ

---

Convention of one or more States would not only restrict the scope of its application, but would detract from the authority of the moral and humanitarian principles which are its basis. It is inconceivable that the contracting parties readily contemplated that an objection to a minor reservation should produce such a result. But even less could the contracting parties have intended to sacrifice the very object of the Convention in favour of a vain desire to secure as many participants as possible."

(٣٧) جدير بالإشارة أن هذا الرأي يرجع إلى مشروع قرار تقدمت به اندونيسيا إلى الجمعية العامة نيابة عن مجموعة دول عدم الانحياز، وقد اعتمدت الجمعية العامة في دورتها التاسعة والأربعين القرار رقم ٧٥/٤٩ كاف في ١٥ ديسمبر ١٩٩٤ الذي قررت فيه، أن تطلب إلى محكمة العدل الدولية إصدار فتاها وجه السرعة بشأن المسألة التالية:

هل التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها في أي ظرف من الظروف يكون مسموحا به بموجب القانون الدولي؟

"Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?"

I. C. J., Rep., 1996, p. 228.

See also Matheson (M.J): The Opinions of the International Court of Justice on the threat or use of nuclear weapons, A. J. I. L., Vol. 91, 1997, pp. 417-435.

(38) Ibid, p. 242, para. 31.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"The Court notes furthermore that Articles 35, paragraph 3, and 55 of Additional Protocol 1 provide additional protection for the environment. Taken together, these provisions embody a general obligation to protect the natural environment against widespread, long-term and severe environmental damage; the prohibition of methods and means of war -fare which are intended, or may be expected, to cause such damage; and the prohibition of attacks against the natural environment by way of reprisals. These are powerful constraints for all the States having subscribed to these provisions."

جميع التدابير اللازمة لكفالة الامتثال لقواعد القانون الدولي السارية بخصوص حماية البيئة إبان النزاعات المسلحة"<sup>(١)</sup>.

وأضافت المحكمة "أن القواعد الأساسية للقانون الإنساني يجب مراعاتها من قبل كل الدول سواء صدقوا أو لم يصدقوا على الاتفاقيات الدولية؛ لأنها تُشكل مبادئ القانون الدولي العرفي غير القابلة للانتهاك"<sup>(٢)</sup>.

(39) Ibid, para. 32.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"General Assembly resolution 47/37 of 25 November 1992 on the" Protection of the Environment in Times of Armed Conflict" is also of interest in this context. It affirms the general view according to which environmental considerations constitute one of the elements to be taken into account in the implementation of the principles of the law applicable in armed conflict: it states that "destruction of the environment, not justified by military necessity and carried out wantonly, is clearly contrary to existing international law". Addressing the reality that certain instruments are not yet binding on all States, the General Assembly in this resolution "[a]ppeals to all States that have not yet done so to consider becoming parties to the relevant international conventions".

(40) Ibid, p. 257, para. 79.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and "elementary considerations of humanity" as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the Corfu Channel case (1. C. J. Reports 1949, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law".

وأعلن القاضي ويرامان تري في رأيه المعارض أن "قواعد القانون الإنساني اكتسبت بوضوح وضع القواعد الأمرة؛ لأنها قواعد أساسية ذات طابع إنساني، ولا يمكن انتقاصها دون إلغاء الاعتبارات الأساسية للإنسانية التي تستهدف هذه القواعد حمايتها".

Ibid, p. 496.

ومن نافذة القول أن رأى المحكمة صدر بشأن الفقرة 105/E By seven votes to seven, by the President's casting vote، بالصوت المرجح للرئيس بيجاوى، وهذه هي الحالة الأولى التي يحدث فيها هذا بخصوص رأى استشاري، وهناك حالتان سابقتان في إطار الاختصاص القضائي صدر فيهما قرار المحكمة بالصوت المرجح للرئيس:

الأولى: قضية اللوتس، إذ صدر حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي بالصوت المرجح للرئيس ماكس هوبر

==

Max Huber.

الثانية: قضية جنوب غرب أفريقيا (أثيوبيا وليبيريا ضد جنوب غرب أفريقيا)، إذ صدر حكم محكمة العدل الدولية بالصوت المرجح للرئيس السير برسي سبندر Sir Percy Spender.

P. C. I. J., Series A, N0. 10, p. 32; I. C. J., Rep., 1966, p. 51; 1996, p. 266.

وبخصوص مدى مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح الصادر بتاريخ ٨ يوليو ١٩٩٦<sup>(١)</sup>، ورغم أن المحكمة لم تستجب لطلب منظمة الصحة العالمية بإصدار الفتوى<sup>(٢)</sup>؛ لأن المسألة غير واقعة ضمن أنشطة الوكالة.

(٤١) من المعلوم أن المدير العام لمنظمة الصحة العالمية أخطر مسجل محكمة العدل الدولية بتاريخ ٢٧ أغسطس ١٩٩٣ بالقرار الذي اتخذته الجمعية العالمية للمنظمة بتاريخ ١٤ مايو ١٩٩٣ في دورتها السادسة والأربعين بطرح سؤال على المحكمة بغية الحصول على رأى استشاري عن السؤال التالي:  
بالنظر إلى الآثار الصحية والبيئية، هل يُشكل استخدام الأسلحة النووية من إحدى الدول خلال حرب أو في نزاع مسلح آخر انتهاكا لالتزاماتها طبقا للقانون الدولي، بما في ذلك دستور منظمة الصحة العالمية؟  
"In view of the health and environmental effects, would the use of nuclear weapons by a State in war or other armed conflict be a breach of its obligations under international law including the WHO Constitution?"  
I. C. J., Rep., 1996, p. 68.

(٤٢) جاء رفض المحكمة على النحو التالي:

The Court,  
By eleven votes to three,  
Finds that it is not able to give the advisory opinion which was requested of it under World Health Assembly resolution WHA46.40 dated 14 May 1993.  
Ibid., p. 84.

جدير بالإشارة أن هذه هي المرة الأولى في تاريخ المحكمة الحالية التي ترفض فيها إعطاء رأى استشاري، وفي عهد المحكمة الدائمة للعدل الدولي رفضت المحكمة إبداء الرأي الاستشاري == الذي طلب منها بشأن مركز كارلينا الشرقية، وقررت المحكمة "أن الفتوى التي طلب من المحكمة إصدارها تتعلق بنزاع فعلي بين فنلندا وروسيا. ولما لم تكن روسيا عضوا في عصبة الأمم، وكانت القضية المطروحة في إطار المادة ١٧ من عهد العصبة... فإن أعضاء العصبة... وقد قبلوا بالعهد يكونوا ملزمين بالتعهدات الناشئة عن هذا الجزء الذي يتناول التسوية السلمية للنزاعات الدولية. وفيما يتعلق بالدول غير الأعضاء في العصبة، فإن الوضع يختلف تماما؛ فهي غير ملزمة بالعهد. ولذلك، فإن عرض نزاع بينها وبين عضو في العصبة للتوصل إلى حل وفقا للوسائل المنصوص عليها في العهد لا يمكن أن يتم إلا بموافقتها. بيد أن روسيا لم توافق على ذلك قط".

"It follows from the above that the opinion which the Court has been requested to give bears on an actual dispute between Finland and Russia. As Russia is not a Member of the League of Nations, the case is one under Article 17 of the Covenant.... This rule, moreover, only accepts and applies a principle which is a fundamental principle of international-law, namely, the principle of the independence of States. It is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement. Such consent can be given once and for all in the form of an obligation freely undertaken, but it can, on the contrary, also be given in a special case apart from any existing obligation. The first alternative applies to the Members of the League who, having accepted the Covenant, are under the obligation resulting from the provisions of this pact dealing with the pacific settlement of international disputes. As concerns States not members of the League, the situation is quite different; they are not bound by the Covenant. The submission, therefore, of a dispute

إلا أنها أعلنت أنه مهما كانت الآثار المتخلفة عن استخدام الأسلحة النووية، فإن اختصاص منظمة الصحة العالمية بمعالجتها لا يتوقف على مشروعة الأفعال التي سببتها<sup>(١)</sup>.

وفي رأيها الاستشاري بشأن الآثار القانونية الناجمة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة الصادر في ٩ يوليو ٢٠٠٤<sup>(٢)</sup>، أعلنت المحكمة أن "تشييد

---

between them and a Member of the League for solution according to the methods provided for in the Covenant, could take place only by virtue of their consent. Such consent, however, has never been given by Russia."

P. C. I. J., Series B, NO. 5, pp. 27 -28.

(43) Ibid., pp. 74 -76, para. 18 – 21.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"18. The Court will now seek to determine whether the advisory opinion requested by the WHO relates to a question which arises "within the scope of [the] activities" of that Organization, in accordance with Article 96, paragraph 2, of the Charter.

The Court notes that this third condition to which its advisory function is subject is expressed in slightly different terms in Article X, paragraph 2, of the Agreement of 10 July 1948 - which refers to questions arising within the scope of the WHO'S "competence" - and in Article 76 of the WHO Constitution - which refers to questions arising "within the competence" of the Organization. However, it considers that, for the purposes of this case, no point of significance turns on the different formulations.

....The question put to the Court in the present case relates, however, not to the effects of the use of nuclear weapons on health, but to the legality of the use of such weapons in view of their health and environmental effects. Whatever those effects might be, the competence of the WHO to deal with them is not dependent on the legality of the acts that caused them. Accordingly, it does not seem to the Court that the provisions of Article 2 of the WHO Constitution, interpreted in accordance with the criteria referred to above, can be understood as conferring upon the Organization a competence to address the legality of the use of nuclear weapons, and thus in turn a competence to ask the Court about that."

وقد قوبل الرأي الذي انتهت إليه المحكمة بالنقد من جانب بعض قضاة محكمة العدل الدولية، انظر مثلا الرأي المخالف للقاضي كروما Koroma.

المرجع السابق، ص ١٧٢ وما بعدها.

(٤٤) جدير بالإشارة أنه في الجلسة الثانية والعشرين من الدورة الطارئة العاشرة المعقودة في ٨ ديسمبر ٢٠٠٣، قررت الجمعية العامة، أن تطلب إلى محكمة العدل الدولية أن تصدر، على وجه السرعة، فتوى بشأن المسألة التالية:

ما هي الآثار القانونية الناجمة عن تشييد الجدار الذي تقوم إسرائيل، السلطة القائمة بالاحتلال، بإقامته في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما في ذلك القدس الشرقية وما حولها، على النحو المبين في تقرير الأمين العام،

الجدار يُشكل إخلالا من جانب إسرائيل بالتزامات شتى واجبة عليها بموجب القانون الدولي الإنساني الساري و صكوك حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.  
وأضافت المحكمة "أن الالتزامات التي أخلت بها إسرائيل تشمل بعض الالتزامات التي تسرى تجاه الكافة... والالتزامات قبل الكافة التي أخلت بها إسرائيل هي الالتزام باحترام حق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير، وبعض الالتزامات الواجبة عليها بمقتضى القانون الدولي الإنساني"<sup>(٢)</sup>.

---

وذلك من حيث قواعد ومبادئ القانون الدولي، بما في ذلك اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩، وقرارات مجلس الأمن والجمعية العامة ذات الصلة؟

What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?

I. C. J., Rep., 2004, p. 141.

انظر حول هذا الرأي مثلا:

أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا: الرأي الاستشاري الخاص بالآثار القانونية لبناء الجدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، المجلة المصرية للقانون الدولي، ٢٠٠٥، ص ١٧٦ وما بعدها.

(45) Ibid, pp. 193- 194, para. 137.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"...The construction of such a wall accordingly constitutes breaches by Israel of various of its obligations under the applicable international humanitarian law and human rights instruments."

(46) Ibid, p. 199, para. 155.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"The Court would observe that the obligations violated by Israel include certain obligations erga omnes. As the Court indicated in the Barcelona Traction case, such obligations are by their very nature "the concern of all States" and, "In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection" (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). The obligations erga omnes violated by Israel are the obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination, and certain of its obligations under international humanitarian law."

وأضافت المحكمة:

"With regard to international humanitarian law, the Court recalls that in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons it stated that "a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and 'elementary considerations of humanity' . . .", that they are "to be observed

وأكدت المحكمة على "أن المادة الأولى من اتفاقية جنيف الرابعة، وهي حكم مشترك بين اتفاقيات جنيف الأربع تنص على أن "تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة باحترام وكفالة احترام هذه الاتفاقية في جميع الأحوال". ويترتب على ذلك الحكم أن على كل دولة طرف في تلك الاتفاقية، سواء كانت طرفاً أم لا في نزاع معين، التزام بكفالة الامتثال لمتطلبات الصكوك المشار إليها"<sup>(1)</sup>.  
تلكم أهم الأحكام والآراء الاستشارية الصادرة عن محكمة العدل الدولية والتي أكدت فيها على الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني.

---

by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law" (I. C. J. Reports 1996 (I), p. 257, para. 79). In the Court's view, these rules incorporate obligations which are essentially of an erga omnes character."

ibid, para. 157.

(47) Ibid, pp. 199 -200, para. 158.

وهذا ما قرره المحكمة بالضبط:

"The Court would also emphasize that Article 1 of the Fourth Geneva Convention, a provision common to the four Geneva Conventions, provides that "The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances." It follows from that provision that every State party to that Convention, whether or not it is a party to a specific conflict, is under an obligation to ensure that the requirements of the instruments in question are complied with."

## خاتمة

تُشكل القواعد الأمرة جزءاً من القانون الدولي المعاصر، وتعد قواعد القانون الدولي الإنساني جزءاً من القواعد الأمرة؛ لكونها عالمية التطبيق، ومتأصلة في ضمير الإنسانية؛ إذ إنها تفرض التزامات مطلقة تسرى في مواجهة كافة وفي جميع الأحوال.

ومن خلال هذا البحث توصلنا إلى النتائج الثلاث التالية:

الأولى: أن القانون الدولي الإنساني ما هو إلا نقيضاً من القواعد الأمرة<sup>(١)</sup>.

الثانية: أكدت الاتفاقيات الدولية على الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني.

الثالثة: تواترت الأحكام والآراء الاستشارية الصادرة عن محكمة العدل الدولية على الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني.

ونوصى بالتوصيات الثلاث التالية:

الأولى: ندعو الدول إلى تنفيذ اتفاقيات القانون الدولي الإنساني بحسن نية.

الثانية: نطالب مجلس الأمن التابع لمنظمة الأمم المتحدة الكف عن الكيل بمكلمين (ازدواجية المعاملة)<sup>(٢)</sup>، إذ يجب إدانة انتهاك اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، بغض النظر عن مركز الدولة التي ارتكبت الانتهاك.

الثالثة: نناشد مجلس الأمن إحالة انتهاكات اتفاقيات القانون الدولي الإنساني إلى المحكمة الجنائية الدولية<sup>(٣)</sup>.

---

(٤٨) يلاحظ أن أفعال الأمر والصبغ الأمرة هي المستعملة في بداية أغلب مواد اتفاقيات جنيف الأربع وبروتوكولها.

انظر الأستاذ الدكتور محمد مصطفى يونس: ملامح التطور في القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٦، ص ٧٦ وما بعدها؛ الأستاذ الدكتور يوسف شباط: دراسة تحليلية في ماهية القانون الدولي الإنساني، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية دبي- الإمارات، المجلد ١٤، العدد ٢، يوليو ٢٠٠٦، ص ٤٥ وما بعدها.

ويقرر أستاذنا الدكتور مصطفى أحمد فؤاد في هذا الصدد أن "الدفع بقواعد النظام العام للبعض من قواعد القانون الدولي الإنساني دون البعض الآخر يتعارض مع المادة الأولى المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع وكذلك للحق الإضافي الأول التي وردت مطلقة في شأن الحماية".

انظر لسيادته: القانون الدولي العام، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٨٥.

(٤٩) انظر الأستاذ الدكتور مصطفى سلامة حسين: ازدواجية المعاملة في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٠٩ وما بعدها؛ دكتور خليفة إسماعيل خليفة الحشاش: ازدواجية المعاملة في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة طنطا، بدون تاريخ، ص ٧٠ وما بعدها.

وهناك ما يشبه الإجماع الفقهي على ضرورة احترام قرارات مجلس الأمن لقواعد القانون الدولي العام الأمرة، وأن القرارات التي تتعارض مع هذه القواعد تُعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً.

انظر الأستاذ الدكتور محمد صافي يوسف: نحو رقابة قضائية دولية على مشروعية قرارات مجلس الأمن، المجلة المصرية للقانون الدولي، ٢٠١١، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٥٠) وفقاً للمادة الثالثة عشرة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة الخامسة في الحالات الثلاث التالية:



## المراجع

### أولاً: المراجع العربية

#### (١) الكتب

- الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا: النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- الأستاذ الدكتور حازم محمد عتلم: قانون النزاعات المسلحة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- الأستاذ الدكتور صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.
- الأستاذ الدكتور محمد سامي عبد الحميد: قانون الحرب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥.
- الأستاذ الدكتور محمد مصطفى يونس: ملامح التطور في القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٦.
- الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد فؤاد: القانون الدولي العام، الجزء الخامس، الإطار العام للقانون الدولي الإنساني، الطبعة الثانية، ٢٠١٦.
- الأستاذ الدكتور مصطفى سلامة حسين: ازدواجية المعاملة في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

#### (٢) الرسائل

- دكتور حنان أحمد الفولي: الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها (الصادر في الثامن من يوليو

---

الأولى: إذا أحالت دولة طرف إلى المدعى العام وفقاً للمادة الرابعة عشرة حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت؛  
الثانية: إذا أحال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعى العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت؛  
الثالثة: إذا كان المدعى العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقاً للمادة الخامسة عشرة.

١٩٩٦)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م،  
ص ٥٧٦.

دكتور خليفة إسماعيل خليفة الحشاش: ازدواجية المعاملة في القانون الدولي العام،  
رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة طنطا، بدون تاريخ، ٥٠٥ ص.

دكتور سليمان محمد عبد المجيد: النظرية العامة للقواعد الأمرة في النظام القانوني  
الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ٤٨٨ ص.

دكتور محمد بهاء الدين محمد خالد باشات: المعاملة بالمثل في القانون الدولي  
الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٧٣، ٤٠٠ ص.

### (٣) المقالات

الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا: قضية الأنشطة الحربية وشبهة الحربية في  
نيكاراجوا وضدها، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٨٦، ص. ص. ٣٢٨ -  
٣٨٧.

: التعليق على الرأي الاستشاري الخاص بالتهديد ب

أو استخدام الأسلحة الذرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٩٦، ص. ص.  
١٧٥ - ٢١٣.

: القضية الخاصة بتطبيق اتفاقية منع جريمة إبادة

الجنس والعقاب عليها (البوسنة والهرسك ضد يوغسلافيا)، المجلة المصرية للقانون  
الدولي، ١٩٩٨، ص. ص. ١٩٥ - ٢١٠.

: الرأي الاستشاري الخاص بالآثار القانونية لبناء

الجدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، المجلة المصرية للقانون الدولي، ٢٠٠٥،  
ص. ص. ١٧٦ - ١٩٧.

دكتور إسماعيل عبد الرحمن: الأسس الأولية للقانون الإنساني الدولي، بحث ضمن  
القانون الدولي الإنساني، إعداد نخبة من المتخصصين والخبراء، تقديم الأستاذ  
الدكتور أحمد فتحي سرور، دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٣، صدر عن  
اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، ص. ص. ١٥ - ٤٧.

الأستاذ الدكتور جعفر عبد السلام: القانون الدولي الإنساني في الإسلام، مجلة  
الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأزهر، العدد الثاني،  
١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص. ص. ١٦٥ - ٢٠٥.

الأستاذ الدكتور حازم عتلم: مشروعية الأسلحة النووية في ضوء الرأي الاستشاري  
الصادر عن محكمة العدل الدولية في ٨ يوليو ١٩٩٦، بحث ضمن دراسات في  
القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد محمود شهاب، دار المستقبل  
العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، صدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص. ص.  
٣٥١ - ٣٧٤.

الأستاذ الدكتور زهير الحسني: مشاكل الأنسنة في القانون الدولي الإنساني، مجلة  
الكوفة، العدد ٤، ص. ص. ٧ - ٥٤.

الأستاذ الدكتور محمد صافي يوسف: نحو رقابة قضائية دولية على مشروعية  
قرارات مجلس الأمن، المجلة المصرية للقانون الدولي، ٢٠١١، ص. ص. ١ -  
١٦٢.

الأستاذ الدكتور محمد يوسف علوان: نشر القانون الدولي الإنساني، بحث ضمن  
دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد محمود شهاب،  
دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، صدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر،  
ص. ص. ٤٨٥ - ٥٠٧.

الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد فؤاد: تعليق على بعض جوانب الحكم الصادر في  
النزاع بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية (قضاء محكمة العدل الدولية  
١٩٨٤ - ١٩٨٦)، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد السابع،  
١٩٩٢، ص. ص. ١ - ٥٢.

الأستاذ الدكتور يوسف شباط: دراسة تحليلية في ماهية القانون الدولي الإنساني،  
مجلة الأمن والقانون، أكاديمية دبي - الإمارات، المجلد ١٤، العدد ٢، يوليو  
٢٠٠٦، ص. ص. ٩ - ٦٢.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

### **(1) Articles**

Boisson de Chazournes (L.) & Condorelli (L.): Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests, I. R. R. C., No. 837, 2000, pp. 67-87.

Kalshoven (F.): The undertaking to respect and ensure respect in all circumstances: From tiny seed to ripening fruit, Y. I. H. L., .Vol. 2, 1999, pp. 3 -61

Matheson (M.J): The Opinions of the International Court of Justice on the threat or use of nuclear weapons, A. J. I. L., Vol. 91, 1997, pp. 417- 435.

Verdross (A.): Jus dispositivum and jus cogens in international law, A. J. I. L., Vol. 60, 1966, pp. 55 -63.

### **(2) Special Issues**

The special issue of the American Journal of International Law, Vol. 81, 1987.

The special issue of the International Review of the Red Cross, No. 316, 1997.

### **(3) Judgments, Advisory opinions and Orders by chronological order**

Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion of July 23rd. 1923, Series B, No. 5.

The Case of The S.S. "Lotus", Judgment of September 7th, 1927, Series A, No. 10.

Corfu Channel Case (Merits), Judgment of April 9th, 1949.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of May 28th, 1951.

(Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South South West Africa, Africa) Second Phase, Judgment of 18 July 1966.

(New Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Application: 1962) (Belgium v. Spain) Second Phase, Judgment of 5 February 1970.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996.

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion of 8 July 1996.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Order of 30 January 2001. (New Armed Activities on the Territory of the Congo Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Provisional Measures, Order of 10 July 2002.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004. (New Armed Activities on the Territory of the Congo Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 3 February 2006.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy Greece intervening), Judgment of 3 February 2012.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012.

**مكافحة تمويل الإرهاب**  
**دراسة موضوعية مقارنة**

الدكتور / علي حامد علي الخولي  
دكتوراه في الحقوق  
قسم القانون الجنائي  
كلية الحقوق - جامعة المنصورة



## مقدمة

### موضع الدراسة وأهميتها:

موضوع هذه الدراسة هو مكافحة تمويل الإرهاب، وهذا الموضوع له أهميته لما يمثل تمويل النشاط الإرهابي العصب الحقيقي للعمليات الإرهابية وشريان الحياة لها، فمنه تستمد هذه العمليات قوتها البشرية والمادية.

كذلك يعد تمويل الإرهاب الدم الذي يسرى في عروق التنظيمات المناهضة للدولة، والدعامة الأساسية لها، فيمدها بالحياة والبقاء واستمرار الوجود، فهذه التنظيمات إذا فقدت مصادر تمويلها، ماتت وفقدت وجودها.

فيعتبر تمويل الإرهاب من أهم العوامل التي تهيئ ظروف مناسبة لارتكاب الجريمة الإرهابية سواء على صعيد الحافز المادي الممنوح للمنفذين، أو على مستوى الإمكانيات المادية المطلوبة لتنفيذها في شكل أسلحة أو متفجرات أو معدات أو وسائل أخرى لازمة للتنفيذ (١).

وأحد أهم مراحل تكوين ونشأة التنظيم الإرهابي، حيث لا غنى عن المال لأي تنظيم إرهابي حتى يقوم باستكمال نشاطاته الإرهابية.

بالإضافة إلى أن تمويل الإرهاب له عدد من المصادر (٢)، منها: المصادر ذات الصفة المشروعة، كالجمعيات الأهلية والتبرعات الإنسانية التي يدفعها أصحابها، وهم على علم بأن تلك الأموال سوف تدعم نشاطات إرهابية، أو قد لا يكون هؤلاء المتبرعون يعلمون أن أموالهم في سبيلها للتنظيمات الإرهابية، بل يتم التبرع بها عن حسن نية ودون قصد الضرر بالغير.

كما أن التنظيمات الإرهابية تضطلع ببعض الأنشطة التجارية والصناعية المشروعة التي تدر عليها أرباحاً تقوم بتمويل العمليات الإرهابية، بالإضافة إلى وجود مصادر

---

(1) راجع: د / محمد حسن محمد إبراهيم طلحة، المواجهة التشريعية والأمنية لتمويل الجرائم الإرهابية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٢، ص ٢٨ وما بعدها.

(2) راجع في هذا الشأن: د / محمد السيد عرفة، تجفيف مصادر تمويل الإرهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٧٣ وما بعدها.



أخرى خارجية توفر التمويل الجيد لهذه التنظيمات الإرهابية متمثلة في الدول، وكذلك من المنظمات غير الربحية متمثلة في المنظمات الخيرية.

كما يمكن أن يأتي التمويل من مصادر غير مشروعة - وهي أغلب ما يعتمد عليه التنظيم الإرهابي-، ومن أهمها: غسل الأموال، وأخذ الرهائن عن طريق العصابات المنظمة، والإتجار بالمخدرات، وعمليات التهريب، والاتجار بالبشر، والسرقات والسطو المسلح، والاحتيال التجاري، وكذلك جرائم الملكية الفكرية، وغيرها من الجرائم.

فالأساليب التي يتبعها الإرهابيون لتمويل عملياتهم الإرهابية كثيرة، وتطورت هذه الأساليب من مرحلة إلى أخرى مع التطور الاجتماعي والعلمي الذي يواكب تطور المجتمعات المعاصرة؛ ولهذا لا يمكن لنا حصر الأساليب التي يتبعها الممولون، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين (١).

لذلك قد بدت عمليات تمويل الإرهاب مع استحداث الوسائل الحديثة لجمع الأموال أمر يصعب اكتشافه على المدى القريب، خاصة أنها تتعامل في كثير من الأحيان مع المبالغ البسيطة التي لا يمكن ملاحظتها، أو التحقق من مصادرها، أو طريقة إنفاقها، كما أنها تتداخل وتختلط مع مجموعة من الجرائم الأخرى التي تتشابه معها، بالإضافة إلى أنها تعتمد في الوقت ذاته على مجموعات كثيرة وغير مترابطة من العمليات المختلفة لتحقيق هدف التخفي عن الرقابة (٢).

كذلك تعد مكافحة تمويل الإرهاب الواجهة الحقيقية في الحرب على الإرهاب؛ لأن المال المكون الأساسي للتنظيمات الإرهابية، فمن خلال تمويل التنظيمات الإرهابية تتمكن من تجنيد الإرهابيين وتدريبهم، وتوفير لهم المستلزمات والخدمات وأدوات التنفيذ (٣).

---

(1) راجع: د / أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، مركز الأهرام للترجمة والنشر، الطبعة الثانية، نوفمبر ٢٠٠٨، ص ٢٧٨.

(2) راجع: د / محمد حسن محمد إبراهيم طلحة، مرجع سابق ص ٣٩.

(3) راجع: أ / شاكر عبد الكريم على، السياسة الجنائية والأمنية لمكافحة تمويل الإرهاب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٤، ص ٦.

وقد أصبحت الأعمال الإرهابية بمثابة أسلوب بديل عن شن الحروب التقليدية، تستعيز به بعض القوى الدولية لتجنب ويلات وآثار الحروب، وردود الأفعال القانونية والسياسية والعسكرية والدبلوماسية؛ وذلك من خلال تمويل التنظيمات الإرهابية.

ولا يصح أن نغفل الأبعاد والغايات السياسية التي تتحقق على أيدي التنظيمات الإرهابية لتصفية معارضيها في الداخل والخارج، وبمساعدة بعض القوى الدولية للسيطرة على مجريات الأحداث، وإثارة الفتن والاضطرابات، لتحقيق أهداف سياسية وإعاقة تقدم المجتمعات النامية.

فقد أصبح الإرهاب عنصر فعال في صنع القرار السياسي لبعض الدول، وأداة تنتهجها الدول في إكراه خصومها على تنفيذ ما يراد من أوضاع جديدة في المجال السياسي تساير مصالحها الإقليمية والدولية (١).

لذلك قد حظيت مكافحة تمويل الإرهاب في الفترة الأخيرة باهتمام لا مثيل له من قبل المنظمات الدولية ومعظم دول العالم، بسبب ما تخلفه جريمة الإرهاب من جراء تمويلها في أضرار فادحة على المجتمع، وتهديد الحياة اليومية للإنسان في أي مكان في العالم، وقتل الضحايا البريئة التي ليس لها دخل بالاتجاهات السياسية، وتأثير ذلك على الاقتصاد الوطني والإقليمي والعالمي.

وأولى المشرع المصري والمقارن أهمية خاصة بمكافحة تمويل الإرهاب، وقام بتجريم تمويل العمليات الإرهابية، وخصصه بأحكام موضوعية؛ لتطبق على هذه الطائفة الخطيرة من الجرائم، والتي قد لا تتشابه مع الأحكام المقررة للجرائم الأخرى، وأدمجها ضمن قوانين غسل الأموال أو قوانين مكافحة الإرهاب أو ضمن المنظومة العقابية النافذة.

وسوف نتحدث في هذه الدراسة عن مكافحة تمويل الإرهاب دولياً وإقليمياً ووطنياً، من خلال دراسة الاتفاقيات الدولية والإقليمية، والقرارات ذات الصلة بها؛

---

(1) راجع في هذا المعنى: د / أحمد جلال عز الدين، الإرهاب والعنف السياسي، دار الحرية للصحافة والطباعة والنشر، الطبعة الأولى، مارس ١٩٨٦، ص ٨، ٨٤.

ودراسة مقارنة للتشريع المصري بالنظام الجنائي اللاتيني والأنجلو أمريكي في مجال مكافحة تمويل الإرهاب؛ للوقوف على أوجه القصور وأوجه القوة في تلك التشريعات؛ وذلك محاولة لمواجهة هذا الخطر المتمثل في تمويل الإرهاب، على النحو التالي:

**المبحث الأول: مكافحة تمويل الإرهاب دولياً.**

**المبحث الثاني: مكافحة تمويل الإرهاب إقليمياً.**

**المبحث الثالث: مكافحة تمويل الإرهاب وطنياً.**

ثم نختم الدراسة بأهم النتائج والتوصيات.

﴿وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾ (١).

---

(1) سورة هود، الآية ٨٨.

## المبحث الأول

### مكافحة تمويل الإرهاب دولياً

نتناول هذا الموضوع من خلال الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب، وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة، فيما يلي:

#### أولاً: الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب (١)

##### تجريم تمويل الإرهاب:

نصت المادة ٢ من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب على أنه: ١- يرتكب جريمة بمفهوم هذه الاتفاقية كل شخص يقوم بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، وبشكل غير مشروع وبارادته، بتقديم أو جمع أموال بنية استخدامها، أو هو يعلم أنها ستستخدم كلياً أو جزئياً، للقيام: ( أ ) بعمل يشكل جريمة في نطاق إحدى المعاهدات الواردة في المرفق وبالتعريف المحدد في هذه المعاهدات؛ ( ب ) بأي عمل آخر يهدف إلى التسبب في موت شخص مدني أو أي شخص آخر، أو إصابته بجروح بدنية جسيمة، عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في أعمال عدائية في حالة نشوب نزاع مسلح، عندما يكون غرض هذا العمل، بحكم طبيعته أو في سياقه، موجهاً لترويع السكان، أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن القيام به. ... ٣- لكي يشكل عمل ما جريمة من الجرائم المحددة في الفقرة ١، ليس من الضروري أن تستعمل الأموال فعلياً لتنفيذ جريمة من الجرائم المشار إليها في الفقرة ١، الفقرة الفرعية ( أ ) أو ( ب ). ٤- يرتكب جريمة أيضاً كل شخص يحاول ارتكاب جريمة من الجرائم المحددة في الفقرة ١ من هذه المادة.

ويتبين من هذا النص، أن الاتفاقية قد عنيت بالتوسع في تعريف المقصود بتمويل الإرهاب، فلم تقيدته بتقديم الأموال بنية استخدامها في أعمال إرهابية بل وسعت مدلوله إلى مجرد جمع الأموال من أجل تحقيق هذا الغرض، ويستوي لوقوع السلوك الإجرامي أن يتم تقديم الأموال أو جمعها بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة،

---

(1) اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة

١٠٩ / ٥٤، المؤرخ في ٩ كانون الأول / ديسمبر ١٩٩٩.

وبشكل غير مشروع. ويستوي أن تكون مصادر الأموال محل الجريمة مشروعة أو غير مشروعة، إذ يمكن أن يشتمل تمويل الإرهاب على جمع مبالغ مستمدة من أنشطة مشروعة أو من جرائم بسيطة وتحويلها إلى شخص آخر أو إلى تنظيم إرهابي لإرسالها في نهاية المطاف لدعم أنشطة الإرهاب ولو على دفعات صغيرة (١).

وتتحدد الأغراض الإرهابية التي بينتها المادة سالفه الذكر: القيام بما يشكل جريمة في نطاق إحدى المعاهدات الواردة في ملحق الاتفاقية وبالتعريف المحدد في هذه المعاهدات (٢). القيام بأي عمل آخر يهدف إلى التسبب في موت شخص مدني أو أي شخص آخر، أو إصابته بجروح بدنية جسيمة، عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في أعمال عدائية في حالة نشوب نزاع مسلح، عندما يكون غرض هذا العمل، بحكم طبيعته أو مضمونه، موجهًا لترويع السكان، أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن القيام به.

ويستوي لوقوع الجريمة أن يتحقق أحد هذه الأغراض الإرهابية فعليًا أو لا يتحقق، كما يستوي أن يستعمل الأموال استعمالًا فعليًا لتنفيذ هذا الغرض أو لا يستعمل (٣).

### تجريم أعمال المساهمة في جريمة تمويل الإرهاب:

نصت المادة ٢ / ٥ من هذه الاتفاقية على أنه: " يرتكب جريمة كل شخص: ( أ ) يساهم كشريك في جريمة منصوص عليها في الفقرة ١ أو ٤ من هذه المادة؛ ( ب ) ينظم ارتكاب جريمة في مفهوم الفقرة ١ أو ٤ من هذه المادة أو يأمر أشخاصًا آخرين بارتكابها؛ ( ج ) يشارك في قيام مجموعة من الأشخاص يعملون بقصد مشترك بارتكاب جريمة واحدة أو أكثر من الجرائم المشار إليها في الفقرة ١

(1) راجع: د / أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(2) وجدير بالذكر أن المادة ٢٣ من الاتفاقية نصت على إمكان تعديل ذلك الملحق الذي يحدد المعاهدات المناهضة للإرهاب. وعلى ذلك، فإن جريمة تمويل الإرهاب تتطور بالتوازي مع التجريم الدولي للإرهاب.

(3) راجع: المرجع السابق، ص ٢٨٤.

أو ٤ من هذه المادة. وتكون هذه المشاركة عمدية وتنفذ: ١- إما بهدف توسيع النشاط الجنائي أو الغرض الجنائي للمجموعة، عندما ينطوي ذلك النشاط أو الغرض على ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في الفقرة ١ من هذه المادة؛ أو ٢- بمعرفة نية المجموعة ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في الفقرة ١ من هذه المادة".

ويتبين من هذا النص، أنه لا يشترط وقوع الإرهاب نتيجة لهذا التمويل، ولهذا يعتبر هذا الفعل جريمة في حد ذاتها وليس وسيلة من وسائل الاشتراك في الجريمة مما يتوقف تجريمه على وقوع الفعل الأصلي محل الاشتراك (١).

### القصد الجنائي في جريمة تمويل الإرهاب:

يتحقق القصد الجنائي في هذه الجريمة بإرادة الجاني تقديم الأموال أو جمعها بنية استخدامها كلياً أو جزئياً في أحد الأغراض الإرهابية التي حددتها الاتفاقية أو علمه بذلك. فلا يتوافر هذا القصد إذا تم الإعطاء أو الجمع بغير إرادة صاحب المال. كما إذا قام بهذا الفعل أحد الوكلاء عن صاحب المال دون موافقة هذا الأخير أو علمه، ولا يشترط لتوافر هذا القصد معرفة مصدر المال عند تقديمه أو جمعه، لأنه يستوي لوقوع الجريمة أن يكون المصدر مشروعاً أو غير مشروع.

ويتوفر القصد الجنائي بمجرد العلم بالغرض الإرهابي من استخدام المال، ولا يعتبر قصدًا خاصاً نية استخدامه في هذا الغرض، لأن القصد الخاص يشترط أن يسبقه قصد عام بارتكاب فعل إجرامي، بينما لا يتوافر التجريم بمجرد إعطاء المال أو جمعه بغير قصد استخدامه لغرض إرهابي. ومن ثم يستوي اتجاه النية لهذا الاستخدام أو مجرد العلم بذلك وهذا هو ما نصت عليه الاتفاقية (٢).

### تجريم أفعال تمويل الإرهاب التي يقوم بها أو يسهم فيها أحد الأشخاص المعنوية:

نصت المادة ٥ من هذه الاتفاقية على أنه: " ١- تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة، وفقاً لمبادئها القانونية الداخلية، للتمكين من أن يتحمل أي كيان اعتباري موجود في إقليمها أو منظم بموجب قوانينها المسؤولية إذا قام شخص مسئول عن

(1) راجع: المرجع السابق، ص ٢٧٣.

(2) راجع: المرجع السابق، ص ٢٨٣.

إدارة أو تسيير هذا الكيان، بصفته هذه، بارتكاب جريمة منصوص عليها في المادة ٢. وهذه المسؤولية قد تكون جنائية أو مدنية أو إدارية. ٢- تُحمّل هذه المسؤولية دون مساس بالمسؤولية الجنائية للأفراد الذين ارتكبوا الجرائم. ٣- تكفل كل دولة طرف، بصفة خاصة، إخضاع الكيانات الاعتبارية المسؤولة وفقاً للفقرة ١ أعلاه لجزاءات جنائية أو مدنية أو إدارية فعالة، ومناسبة، وراعية. ويجوز أن تشمل هذه الجزاءات جزاءات نقدية".

ويتبين من هذا النص، أنه يستوي أن يصدر التمويل من أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنويين؛ فقد ثبت أن الشبكات الإرهابية تستثمر أموالها عبر جمعيات أو شركات. ولهذا نصت الاتفاقية على التزام الدول الأعضاء باتخاذ التدابير لانعقاد المسؤولية الجنائية والمدنية والإدارية للأشخاص المعنوية عن جرائم تمويل الإرهاب المرتكبة بواسطة المسؤول عن إدارتها أو رقابتها، ونظراً لما تبين من الناحية العملية من استمرار تمويل الإرهاب بعد القبض على الأعضاء المسؤولين عن الإدارة لعدم المساس بالشخصية المعنوية للمشروع، فإن تدابير تجميد الأرصاد وضبطها ومصادرتها تحول دون تحقيق هذا الغرض (١).

#### **إلزام الدول الأطراف باتخاذ إجراءات تشريعية فعالة في مجال تجريم تمويل الإرهاب:**

نصت المادة ٦ من هذه الاتفاقية على أنه: "تعتمد كل دولة طرف التدابير اللازمة، بما في ذلك التشريعات الداخلية، عند الاقتضاء، لكفالة عدم تبرير الأعمال الإجرامية الداخلة في نطاق هذه الاتفاقية، في أي حال من الأحوال، باعتبار ذات طابع سياسي أو فلسفي أو إيديولوجي أو عرقي أو إثني أو ديني أو أي طابع مماثل آخر".

ونصت المادة ٨ من هذه الاتفاقية على أنه: "١- تتخذ كل دولة طرف التدابير المناسبة وفقاً لمبادئها القانونية المحلية لتحديد أو كشف وتجميد أو حجز أي أموال مستخدمة أو مخصصة لغرض ارتكاب الجرائم المبيّنة في المادة ٢، وكذلك العائدات الآتية من هذه الجرائم وذلك لأغراض مصادرتها عند الاقتضاء. ٢- تتخذ كل دولة طرف، وفقاً لمبادئها القانونية الداخلية، التدابير المناسبة لمصادرة الأموال المستخدمة أو المخصصة لغرض ارتكاب الجرائم المبيّنة في المادة ٢، وكذلك العائدات الآتية

---

(1) راجع: المرجع السابق، الموضوع السابق.

من هذه الجرائم " ...

ويتبين من المادتين سالفتي الذكر، أنه يوجد التزام على الدول الأطراف في هذه الاتفاقية أن تصدر التشريعات المجرمة لتمويل الإرهاب، دون التقيد بأي اعتبارات سياسية أو إيدولوجية أو دينية أو غيرها، بالإضافة إلى التدابير والجزاءات المناسبة لقمع هذا التمويل.

### ثانياً: قرارات مجلس الأمن

القرار رقم ١٢٦٧ لسنة ١٩٩٩ (١):

إن مجلس الأمن...

٤- يقرر كذلك بأن تقوم جميع الدول، من أجل إنفاذ الفقرة ٢ أعلاه (٢)، بما يلي... (ب) تجميد الأموال وغيرها من الموارد المالية، بما في ذلك الأموال الآتية أو المتولدة من ممتلكات تابعة للطلاب أو تسيطر عليها بشكل مباشر أو غير مباشر، أو من أي كيان تمتلكه الطالبان أو تسيطر عليه، وفقاً لما تقرره اللجنة المنشأة بموجب الفقرة ٦ أدناه (٣)، وضمان عدم إتاحة تلك الأموال أو أي أموال أو موارد مالية أخرى من هذا القبيل، من جانب مواطنيها أو أي أشخاص داخل أراضيها، للطالبان، أو بما يحقق مصلحة الطالبان أو أي كيان تملكه الطالبان أو تسيطر عليه، بشكل مباشر أو غير مباشر، باستثناء ما تأذن به اللجنة على أساس كل حالة على حدة ولأسباب تتعلق باحتياجات الإنسانية؛

ويلاحظ من هذا القرار، أن مجلس الأمن فرض نظاماً جديداً للعقوبات غير

---

(1) اتخذ مجلس الأمن في جلسته ٤٠٥١، المعقودة في ١٥ تشرين الأول / أكتوبر ١٩٩٩.

S/RES/1267(1999).

(2) ٢- يطالب الطالبان بتسليم أسامة بن لادن بدون مزيد من التأخير إلى السلطات المسؤولة في البلد الذي وجه إليه قرار الاتهام أو إلى السلطات المسؤولة في بلد يقوم بإعادته إلى ذلك البلد، أو إلى السلطات المسؤولة في بلد يتم فيه إلقاء القبض عليه وتقديمه فعلياً إلى العدالة؛

(3) ٦- يقرر أن ينشئ وفقاً للمادة ٢٨ من نظامه الداخلي المؤقت، لجنة تابعة لمجلس الأمن تتألف من جميع أعضاء المجلس للقيام بالمهام التالية وتقديم تقرير عن أعمالها إلى المجلس يتضمن ملاحظاتها وتوصياتها:...



العسكرية في مجال مكافحة الإرهاب اتخذته ضد نظام طالبان في أفغانستان بسبب رفضه تسليم أسامة بن لادن لاتهامه بالاعتداء على السفارات الأمريكية في نيروبي ودار السلام في ٧ أغسطس سنة ١٩٩٨، فبعد أن أدان مجلس الأمن هذه الاعتداءات الإرهابية في قراره ١١٨٩ ( ١٩٩٨ ) (١)، فرض بالإجماع في هذا القرار حظرًا جويًا على طالبان وجمد أرصدها المالية، ما لم تسرع في التجاوب مع مجلس الأمن (٢).

القرار رقم ١٣٣٣ لسنة ٢٠٠٠ (٣):

إن مجلس الأمن...

٥- يقرر أن تقوم جميع الدول بما يلي: ( أ ) منع التوريد والبيع والنقل المباشر أو غير المباشر، إلى الأراضي الأفغانية الواقعة تحت سيطرة الطالبان، على نحو ما تحدده اللجنة المنشأة عملاً بالقرار ١٢٦٧ ( ١٩٩٩ ) والمشار إليها فيما يلي بتسمية اللجنة، من جانب رعاياها أو انطلاقاً من أراضيها أو باستخدام السفن أو الطائرات التي تحمل أعلامها، للأسلحة والعتاد ذي الصلة بجميع أنواعه بما فيه الأسلحة والذخائر، والمركبات والمعدات العسكرية، والمعدات شبه العسكرية، وقطع الغيار اللازمة لما سبق ذكره؛

( ب ) منع البيع والتوريد والنقل المباشر وغير المباشر إلى الأراضي الأفغانية الواقعة تحت سيطرة الطالبان، على نحو ما تحدده اللجنة، من جانب رعاياها أو انطلاقاً من أراضيها، للمشورة الفنية أو المساعدة أو توفير التدريب المتصل بالأنشطة العسكرية للأفراد المسلحين الذين يخضعون لسلطة الطالبان؛

( ج ) سحب أي من موظفيها ووكلائها ومستشاريها وأفرادها العسكريين وغيرهم من الرعايا العاملين بموجب عقود أو ترتيبات أخرى والموجودين في

---

(1) اتخذته مجلس الأمن في جلسته ٣٩١٥، المعقودة في ١٣ آب / أغسطس ١٩٩٨.

S/RES/1189(1998).

(2) راجع: المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٧.

(3) اتخذته مجلس الأمن في جلسته ٤٢٥١، المعقودة في ١٩ كانون الأول / ديسمبر ٢٠٠٠.

S/RES/1333(2000).

أفغانستان لإسداء المشورة للطلاب في الشؤون العسكرية أو ما يتصل بها من شؤون أمنية؛ وحث المواطنين الآخرين، في هذا السياق، على مغادرة البلد؛

٦- يقرر ألاّ تنطبق التدابير المفروضة بموجب الفقرة ٥ أعلاه على لوازم المعدات العسكرية غير الفتاكة المقصود استخدامها، قصرًا، في الأغراض الإنسانية والوقائية، وما يتصل بذلك من مساعدة أو تدريب تقنيين، على نحو ما توافق عليه اللجنة مسبقًا، ويؤكد أن التدابير المفروضة بموجب الفقرة ٥ أعلاه لا تنطبق على الملابس الوقائية، بما في ذلك السترات الواقية والخوذ العسكرية، التي يقوم بتصديرها إلى أفغانستان أفراد الأمم المتحدة، وممثلو وسائل الإعلام، والعاملون في مجال المساعدة الإنسانية لاستخدامهم الشخصي؛...

٨- يقرر أن تتخذ جميع الدول التدابير الأخرى التالية:

( أ ) إغلاق جميع مكاتب الطلاب في أراضيها فورًا وبصورة كاملة؛

( ب ) القيام فورًا بإغلاق جميع مكاتب الخطوط الجوية الأفغانية " أريانا " داخل أقاليمها؛

( ج ) القيام دون إبطاء بتجميد الأموال والأصول المالية الأخرى لأسامة بن لادن ولجميع الأفراد والكيانات المرتبطة به على النحو الذي تعينه اللجنة، بما في ذلك ما هو موجود في منظمة القاعدة، وبما يشمل الأموال الآتية أو المتولدة من ممتلكات تخص أسامة بن لادن أو يتحكم فيها بشكل مباشر أو غير مباشر هو والأفراد والكيانات المرتبطة به، وكفالة عدم قيام رعاياها أو أي أشخاص داخل أراضيها بإتاحة تلك الأموال أو أي أموال أو موارد مالية أخرى بصورة مباشرة أو غير مباشرة لفائدة أسامة بن لادن أو شركائه أو أي كيانات يملكها أسامة بن لادن أو يسيطر عليها بشكل مباشر أو غير مباشر هو والأفراد والكيانات المرتبطة بها في منظمة القاعدة ويطلب إلى اللجنة أن تحتفظ، استنادًا إلى المعلومات التي توفرها الدول والمنظمات الإقليمية، بقائمة مستوفاة بأسماء من يتبين أنه يرتبط بأسامة بن لادن من أفراد وكيانات، بما في ذلك الأفراد والكيانات في منظمة القاعدة؛...

١٠- يقرر أن تمنع جميع الدول بيع أو توريد أو نقل مركب الأندريد الحمضي الكيميائي من جانب رعاياها أو انطلاقًا من أراضيها إلى أي شخص في المناطق

الأفغانية الواقعة تحت سيطرة الطالبان على نحو ما تحدده اللجنة، أو إلى أي شخص، بغرض استخدامه في أي نشاط في المناطق الأفغانية الواقعة تحت سيطرة الطالبان أو انطلاقاً منها، على نحو ما تحدده اللجنة؛

١١- يقرر أيضاً أن جميع الدول مطالبة بعدم السماح لأي طائرة بالإقلاع من أراضيها أو الهبوط فيها أو التحليق فوق أراضيها إذا كانت تلك الطائرة قد أقلعت من، أو كانت متجهة إلى أرض أو مكان في أراضي أفغانستان التي حددتها اللجنة باعتبار أنها تقع تحت سيطرة الطالبان وذلك ما لم تكن اللجنة قد وافقت مسبقاً على تلك الرحلة بالذات لدواعي الاحتياج الإنساني بما فيه الالتزامات الدينية من قبيل أداء فريضة الحج أو لأن الرحلة تعزز المناقشات الرامية إلى إيجاد حل سلمي للنزاع في أفغانستان أو لأن من المرجح أنها تساعد على تحقيق امتثال الطالبان لهذا القرار أو للقرار ١٢٦٧ (١٩٩٩)؛...

ويلاحظ من هذا القرار (١)، أن مجلس الأمن قد فرض تدابير وقيود على السفر، وتجميد الأصول المالية بشأن أفغانستان، طالبان، القاعدة، في حالات اعتبرها مجلس الأمن تهديداً للسلم.

وأن هذه التدابير ليس لها نطاق واسع بصفة دائمة، بل هي تدابير ضد بعض الأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنوية الواردة في القائمة التي وضعت بالتطبيق لقرار ١٢٦٧ (١٩٩٩)، والقرار محل الحديث.

ولهذا فإن أعمال هذه التدابير يتطلب على وجه التحديد أن تكون هذه القائمة كاملة ومحددة بصورة مرضية، وتتفق تماماً مع القوائم الوطنية التي يجب نشرها على جميع الأجهزة المختصة، بدءاً من أجهزة الرقابة على الحدود إلى الأجهزة القنصلية التي تعطى تأشيرات الدخول (٢).

---

(1) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع: محضر مجلس الأمن، السنة الخامسة والخمسون، الجلسة ٤٢٥١، الثلاثاء ١٩ كانون الأول / ديسمبر ٢٠٠٠، بشأن الحالة في أفغانستان.

S/PV.4251.

(2) راجع: المرجع السابق، ص ١٩٣، ٢٠٦.

## القرار رقم ١٣٧٣ لسنة ٢٠٠١ (١):

إن مجلس الأمن، وإذ يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة،

١- يقرر أن على جميع الدول:

( أ ) منع ووقف تمويل الأعمال الإرهابية؛

( ب ) تجريم قيام رعايا هذه الدول عمدًا بتوفير الأموال أو جمعها، بأي وسيلة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو في أراضيها لكي تستخدم في أعمال إرهابية، أو في حالة معرفة أنها سوف تستخدم في أعمال إرهابية؛

( ج ) القيام بدون تأخير بتجميد الأموال وأي أصول مالية أو موارد اقتصادية لأشخاص يرتكبون أعمالًا إرهابية، أو يحاولون ارتكابها، أو يشاركون في ارتكابها أو يسهلون ارتكابها؛ أو لكيانات يمتلكها أو يتحكم فيها بصورة مباشرة أو غير مباشرة هؤلاء الأشخاص؛ أو لأشخاص وكيانات تعمل لحساب هؤلاء الأشخاص والكيانات، أو بتوجيه منهم، بما في ذلك الأموال المستمدة من الممتلكات التي يمتلكها هؤلاء الإرهابيون ومن يرتبط بهم من أشخاص وكيانات أو الأموال التي تدرها هذه الممتلكات؛

( د ) تحظر على رعايا هذه الدول أو على أي شخص أو كيانات داخل أراضيها إتاحة أي أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية أو خدمات مالية أو غيرها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، للأشخاص الذين يرتكبون أعمالًا إرهابية أو يحاولون ارتكابها أو يسهلون أو يشاركون في ارتكابها، أو للكيانات التي يمتلكها أو يتحكم فيها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة هؤلاء الأشخاص، أو للأشخاص والكيانات التي تعمل باسم هؤلاء الأشخاص أو بتوجيه منهم؛

٢- يقرر أيضًا أن على جميع الدول:

( أ ) الامتناع عن تقديم أي شكل من أشكال الدعم، الصريح أو الضمني، إلى الكيانات أو الأشخاص الضالعين في الأعمال الإرهابية، ويشمل ذلك وضع حد لعملية تجنيد أعضاء الجماعات الإرهابية ومنع تزويد الإرهابيين بالسلاح؛...

(1) اتخذته مجلس الأمن في جلسته ٤٣٨٥، المعقودة في ٢٨ أيلول / سبتمبر ٢٠٠١.

( ج ) عدم توفير الملاذ الآمن لمن يمولون الأعمال الإرهابية أو يدبرونها أو يدعمونها أو يرتكبونها، ولمن يوفرون الملاذ الآمن للإرهابيين؛  
( د ) منع من يمولون أو يدبرون أو ييسرون أو يرتكبون الأعمال الإرهابية من استخدام أراضيها في تنفيذ تلك المآرب ضد دول أخرى أو ضد مواطني تلك الدول؛  
( هـ ) كفالة تقديم أي شخص يشارك في تمويل أعمال إرهابية أو تدبيرها أو الإعداد لها أو ارتكابها أو دعمها إلى العدالة وكفالة إدراج الأعمال الإرهابية في القوانين والتشريعات المحلية بوصفها جرائم خطيرة وكفالة أن تعكس العقوبات على النحو الواجب جسامة تلك الأعمال الإرهابية، وذلك بالإضافة إلى أي تدابير أخرى قد تتخذ في هذا الصدد؛...

٣- يطلب من جميع الدول...

( د ) الانضمام في أقرب وقت ممكن إلى الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية ذات الصلة بالإرهاب ومن بينها الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب المؤرخة ٩ كانون الأول / ديسمبر ١٩٩٩...

٦- يقرر أن ينشئ وفقاً للمادة ٢٨ من نظامه الداخلي المؤقت، لجنة تابعة لمجلس الأمن تتألف من جميع أعضاء المجلس، لتراقب تنفيذ هذا القرار بمساعدة الخبرات المناسبة،...

ويلاحظ من هذا القرار (١)، أنه صدر بعد أحداث ١١ سبتمبر سنة ٢٠٠١ في الولايات المتحدة الأمريكية، فتضاعف اهتمام المجتمع الدولي بمواجهة ظاهرة الإرهاب، ونشطت الأمم المتحدة لاسيما من خلال الجمعية العامة ومجلس الأمن، فأصدرت العديد من القرارات، أهمها القرار المشار إليه، والذي تضمن تدابير غير

---

(1) لمزيد من الشرح والتحليل في هذا الشأن راجع: د / أحمد محمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ الأمن والسلم الدوليين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣١٠ وما بعدها؛ د / سيد محمد مشرف علام، دور مجلس الأمن في ظل نظام عالمي جديد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، ٢٠١١، ص ١٧٤ وما بعدها؛ أ / مصطفى عبد العظيم حسن، المواجهة الموضوعية والإجرائية للجريمة الإرهابية في القانون الجنائي الدولي والداخلي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٨٩ وما بعدها.

مسبوقة في عالم القانون الدولي (١).

فقد صدر هذا القرار بناء على الفصل السابع لميثاق الأمم المتحدة، الأمر الذي يمنحه قوة إلزامية على الدول الأعضاء طبقاً للمادة ٢٥ من الميثاق (٢).

وقد تميزت هذه الخطوة بالتوسع في دور مجلس الأمن في المحافظة على السلم والأمن الدوليين، وانطوت على تغيير في صورة الأعمال التشريعية في النظام القانوني الدولي، وفي وسائل إنشاء قواعده القانونية، حتى أصبح مجلس الأمن بمثابة مشرّع دولي بناء على السلطة التشريعية التي منحها لنفسه. لأن مجلس الأمن بمقتضى هذا القرار مارس سلطة تشريعية لم يمنحها له ميثاق الأمم المتحدة، مما يضيف على قراره طبيعة بالغة الخصوصية في النظام القانوني الدولي (٣).

وقد نص هذا القرار على التزام جميع الدول بمنع وقمع أي تمويل للعمليات الإرهابية وتجريم جميع أنواع المساعدات والإمدادات التي تقدم سواء بشكل مباشر أو غير مباشر لتمويل الإرهاب. والتجميد الفوري لأرصدة وأصول الأشخاص الذين يرتكبون العمليات الإرهابية أو الذين يشاركون فيها أو يسهلون القيام بها سواء ذلك بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة. وأن تحظر على مواطنيها أو أية أشخاص أو كيانات أخرى داخل حدود إقليمها أن تقدم مساعدات أو معونات مالية أو اقتصادية مباشرة أو غير مباشرة، وذلك لصالح الأشخاص الذين يقومون بارتكاب أو محاولة ارتكاب العمليات الإرهابية.

ومطالبة جميع الدول بتقديم الإرهابيين للعدالة، واعتبار الأعمال الإرهابية جرائم جسيمة في القوانين الوطنية، على أن تعكس العقوبة مدى جسامة الأعمال الإرهابية.

وأن تتضمن جميع الدول في أقرب وقت ممكن إلى الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية ذات الصلة بالإرهاب، ومن بينها الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب

---

(1) راجع: د / أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٥.

(2) نصت المادة ٢٥ من ميثاق الأمم المتحدة ( وقع في ٢٦ حزيران / يونيو ١٩٤٥ في سان فرانسيسكو ) على أنه: " يتعهد أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفق هذا الميثاق "

(3) راجع: المرجع السابق، ص ٥٨، ٦٤.

المبرمة في ٩ ديسمبر عام ١٩٩٩.

ويلاحظ أيضاً أنه كما أصدر مجلس الأمن لأول مرة قراراً ذا طبيعة تشريعية، فقد أنشأ لأول مرة آلية للرقابة من خلال جهاز تابع له أطلق عليه اسم لجنة مكافحة الإرهاب، والتي تتكون من الأعضاء الخمسة عشر لمجلس الأمن، وتختص بمراقبة تطبيق الدول للالتزامات المفروضة عليها بمقتضى القرار المذكور، ومحاولة زيادة قدرتهم على مكافحة الإرهاب.

وقد ساهم هذا في إحداث بعض التعديلات على النظم القانونية الجنائية فى مختلف دول العالم لمكافحة تمويل الإرهاب (١).

القرار رقم ١٣٩٠ لسنة ٢٠٠٢ (٢):

إن مجلس الأمن، وإذ يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة...  
٢- ... ( أ ) القيام دون تأخير بتجميد الأموال، وغيرها من الأصول المالية أو الموارد الاقتصادية لهذه الجماعات أو الأفراد أو المشاريع أو الكيانات بما فى ذلك الأموال المستمدة من الممتلكات التي يحوزونها أو يتحكمون فيها بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو عن طريق أشخاص يعملون لحسابهم أو بتوجيه منهم، وضمان عدم إتاحة أي من هذه الأموال، أو أي أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية أخرى لمنفعة هؤلاء الأشخاص، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق رعاياها أو أي أشخاص داخل أراضيها؛

( ب ) منع دخول هؤلاء الأفراد إلى أراضيها أو مرورهم العابر بها، على ألا يلزم أي شيء في هذه الفقرة أي دولة برفض دخول رعاياها إلى أراضيها أو مطالبتهم بمغادرتها؛ وعلى ألا تنطبق هذه الفقرة حيث يكون الدخول أو المرور العابر ضرورياً للإيفاء بعملية قضائية أو عندما تحدد اللجنة، على أساس كل حالة على حدة فقط، أن الدخول أو المرور العابر له ما يبرره،

( ج ) منع التوريد والبيع والنقل المباشر أو غير المباشر لهذه الجماعات

---

(1) راجع: المرجع السابق، ص ١٣٤، ١٣٥، ٢١٣.

(2) اتخذته مجلس الأمن فى جلسته ٤٤٥٢، المعقودة فى ١٦ كانون الثاني / يناير ٢٠٠٢.

والأفراد والمشاريع والكيانات، من أراضيها، أو من جانب رعاياها الموجودين خارج أراضيها، أو باستخدام السفن أو الطائرات التي ترفع أعلامها للسلح وما يتصل به من العتاد بجميع أنواعه بما فيه الأسلحة والذخائر والمركبات والمعدات العسكرية والمعدات شبه العسكرية وقطع الغيار اللازمة لما سبق ذكره، والمشورة الفنية أو المساعدة أو توفير التدريب المتصل بالأنشطة العسكرية؛

٣- يقرر أن يتم استعراض التدابير المشار إليها في الفقرتين ١ و ٢ أعلاه خلال ١٢ شهرًا، وأن يقوم المجلس في نهاية هذه الفترة إما بالسماح باستمرار هذه التدابير أو تقرير تعزيزها تمشيًا مع مبادئ هذا القرار ومقاصده؛

ويلاحظ من هذا القرار، أنه نص على تدابير للإسهام في منع الإرهاب هي تجميد الأرصدة والموارد الاقتصادية، ومنع دخول الإقليم ( بالنسبة لمواطني الدولة )، ومنع مد الأسلحة والمواد المرتبطة بها سواء بالبيع أو النقل سواء مباشرة أو بطريق غير مباشر، والمشورات الفنية والمساعدات في المجال العسكري (١).

القرار رقم ١٥٢٦ لسنة ٢٠٠٤ (٢):

إن مجلس الأمن، وإذ يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة،

١- ... ( أ ) القيام دون إبطاء بتجميد الأموال، وغيرها من الأصول المالية أو الموارد الاقتصادية لهذه الجماعات أو الأفراد أو المؤسسات أو الكيانات بما في ذلك الأموال المستمدة من الممتلكات التي يحوزونها أو يتحكمون فيها بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو عن طريق أشخاص يعملون لحسابهم أو بتوجيه منهم، وضمان عدم إتاحة أي من هذه الأموال، أو أي أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية أخرى لفائدة هؤلاء الأشخاص، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق رعاياها أو أي أشخاص داخل أراضيها؛

( ب ) منع دخول هؤلاء الأفراد إلى أراضيها أو مرورهم العابر بها، على ألا يُلزم أي شيء في هذه الفقرة أي دولة برفض دخول رعاياها إلى أراضيها أو

(1) راجع: المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(2) اتخذ مجلس الأمن في جلسته ٤٩٠٨، المعقودة في ٣٠ كانون الثاني / يناير ٢٠٠٤.



مطالبتهم بمغادرتها؛ وعلى ألا تنطبق هذه الفقرة حيث يكون الدخول أو المرور العابر ضروريًا للقيام بإجراءات قضائية أو عندما تحدد اللجنة، حالة بحالة فقط، أن الدخول أو المرور العابر له ما يبرره؛

( ج ) منع التوريد والبيع والنقل المباشر أو غير المباشر لهذه الجماعات والأفراد والمؤسسات والكيانات، من أراضيها، أو من جانب رعاياها الموجودين خارج أراضيها، أو باستخدام السفن أو الطائرات التي ترفع أعلامها، للسلاح وما يتصل به من العتاد بجميع أنواعه بما فيه الأسلحة والذخائر والمركبات والمعدات العسكرية والمعدات شبه العسكرية وقطع الغيار اللازمة لما سبق ذكره، والمشورة الفنية أو المساعدة أو توفير التدريب المتصل بالأنشطة العسكرية؛

ويذكرُ بوجود أن تنفذ كافة الدول هذه التدابير فيما يتعلق بالأفراد والكيانات المدرجين في القائمة.

ويلاحظ من هذا القرار، أنه يتعلق بالتزام الدول الأعضاء بالتنفيذ الكامل لتدابير الجزاءات المفروضة على القاعدة وطالبان والكيانات والأفراد المرتبطين بهما. وذلك بسد المنافذ على جميع مصادر تمويل تنظيم القاعدة وحركة طالبان، وكذلك الحد من تحركاتهما ومنع حصولهما على الأسلحة.

القرار رقم ٢٢٥٣ لسنة ٢٠١٥ (١):

إن مجلس الأمن، وإذ يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة...  
٢- يقرر أن تتخذ جميع الدول التدابير التالية التي سبق فرضها بموجب الفقرة ٨ ( ج ) من القرار ١٣٣٣ ( ٢٠٠٠ ) والفقرتين ١ و ٢ من القرار ١٣٩٠ ( ٢٠٠٢ )، والفقرتين ١ و ٤ من القرار ١٩٨٩ ( ٢٠١١ )، فيما يتعلق بتنظيم الدولة الإسلامية ( المعروف أيضًا باسم تنظيم داعش ) وتنظيم القاعدة ومن يرتبط بهما من أفراد وجماعات ومؤسسات وكيانات:

تجميد الأصول

( أ ) القيام دون إبطاء بتجميد الأموال وغيرها من الأصول المالية أو الموارد

---

(1) اتخذته مجلس الأمن في جلسته ٧٥٨٧، المعقودة في ١٧ كانون الأول / ديسمبر ٢٠١٥.  
S/RES/2253(2015).

الاقتصادية التي تعود إلى أولئك الأفراد وتلك الجماعات والمؤسسات والكيانات، بما في ذلك الأموال المتأتية من ممتلكات تعود ملكيتها أو يعود التصرف فيها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إليهم أو إلى أفراد يتصرفون نيابة عنهم أو بتوجيه منهم، وكفالة عدم إتاحة تلك الأموال أو أي أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية أخرى لصالح هؤلاء الأشخاص، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق رعاياها أو أي أشخاص موجودين في أراضيها؛

حظر السفر

( ب ) منع دخول أولئك الأفراد إلى أراضيها أو عبورهم لتلك الأراضي، شريطة ألا يكون في هذه الفقرة ما يلزم دولة بأن تمنع رعاياها من دخول أراضيها أو أن تطلب منهم مغادرتها، وألا تسرى هذه الفقرة إذا كان الدخول أو العبور ضروريًا للوفاء بإجراءات قضائية ما أو في الحالات التي تقرر فيها اللجنة، في كل حالة على حدة فقط، أن هناك أسبابًا تبرر ذلك الدخول أو العبور؛

حظر توريد الأسلحة

( ج ) منع ما قد يتم بصورة مباشرة أو غير مباشرة من توريد الأسلحة وما يتصل بها من عتاد من شتى الأنواع، بما في ذلك الأسلحة والذخائر، والمركبات والمعدات العسكرية، والمعدات شبه العسكرية، وقطع الغيار اللازمة لما سبق ذكره، أو بيعها أو نقلها، وتقديم أي مشورة تقنية أو مساعدة أو تدريب يتصل بالأنشطة العسكرية، من أراضيها أو على يد رعاياها الموجودين خارج أراضيها، أو باستخدام السفن أو الطائرات التي تحمل أعلامها، إلى أولئك الأفراد والجماعات والمؤسسات والكيانات؛

معايير الإدراج في القائمة

٣- يقرر أن الأعمال أو الأنشطة التي تدل على ارتباط فرد أو جماعة أو مؤسسة أو كيان بتنظيم الدولة الإسلامية أو تنظيم القاعدة وتستوفي بناء على ذلك معايير الإدراج في قائمة الجزاءات المفروضة على تنظيم الدولة الإسلامية (تنظيم داعش) وتنظيم القاعدة تشمل القيام بما يلي:

( أ ) المشاركة في تمويل أعمال أو أنشطة يقوم بها تنظيم القاعدة أو تنظيم

الدولة الإسلامية أو أي خلية أو جماعة مرتبطة بهما أو منشقة أو متفرعة عنهما، أو تتم بالاشتراك مع أي من هؤلاء أو باسمهم أو بالنيابة عنهم أو دعماً لهم، أو التخطيط لهذه الأعمال أو الأنشطة أو تيسير القيام بها أو الإعداد لها أو ارتكابها؛

( ب ) توريد أو بيع أو نقل الأسلحة وما يتصل بها من عتاد إلى أي من هؤلاء؛

( ج ) التجنيد لحساب أي من هؤلاء؛ أو دعم أعمالهم أو أنشطتهم بأي شكل آخر؛

٢٦- يقرر أن تقوم الدول الأعضاء، للحيلولة دون حصول تنظيم الدولة الإسلامية وتنظيم القاعدة ومن يرتبط بهما من أفراد وجماعات ومؤسسات وكيانات على المتفجرات بجميع أنواعها، سواء أكانت عسكرية أو مدنية أو مرتجلة، وكذلك المواد الأولية والمكونات التي يمكن أن تستخدم في صنع الأجهزة المتفجرة المرتجلة أو الأسلحة غير التقليدية، بما في ذلك ( على سبيل المثال لا الحصر ) العناصر الكيميائية والمفجرات وأسلاك التفجير والسموم، ودون مناولة كل ما سبق ذكره أو تخزينه أو استخدامه أو السعي إلى الحصول عليه، باتخاذ التدابير المناسبة الرامية إلى تشجيع رعاياها والأشخاص الخاضعين لولايتها القضائية والشركات المنشأة على أراضيها أو الخاضعة لولايتها القضائية الذين يشاركون في إنتاج هذه المواد وبيعها وتوريدها وشرائها ونقلها وتخزينها على توخي مزيد من اليقظة، بما في ذلك من خلال إرساء ممارسات جيدة في هذا الصدد... ووضع الاستراتيجيات وتنمية القدرات على الصعيد الوطني من أجل مكافحة الأجهزة المتفجرة المرتجلة؛

ويلاحظ من هذا القرار (١)، أنه بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، فرض تدابير وجزاءات عديدة في مكافحة تمويل الإرهاب عن طريق تجميد أصول داعش والقاعدة والأفراد أو الكيانات ذات الصلة بهذا التمويل في جميع أنحاء العالم.

ووسع القرار معايير الإدراج على قائمة الجزاءات؛ لتتضمن الأعمال أو الأنشطة التي تدل على ارتباط الأفراد والكيانات بتنظيم داعش، وعدم حصرها

---

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع: محضر مجلس الأمن، السنة السبعون، الجلسة ٧٥٨٧، الخميس ٢٠ كانون الأول / ديسمبر ٢٠١٥، بشأن الأخطار التي تهدد السلام والأمن الدوليين من جراء الأعمال الإرهابية.

S/PV.7587.

بتنظيم القاعدة فقط، مما سيتيح المجال لخضوع أي شخص طبيعي أو اعتباري يتواطأ مع تنظيم إرهابي للجزاءات.

فالدول الأعضاء ملزمة بمنع وتجريم تمويل الإرهاب، وتطبيق تدابير الجزاءات المتعلقة بتمويل الإرهاب مثل تجميد الأصول وحظر السفر وحظر توريد الأسلحة، ومنع نقل الأسلحة إلى الأفراد والكيانات المدرجة في قائمة الجزاءات.

القرار رقم ٢٣٦٨ لسنة ٢٠١٧ (١):

إن مجلس الأمن، وإذ يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة،

١- ... تجميد الأصول

( أ ) القيام دون إبطاء بتجميد الأموال وغيرها من الأصول المالية أو الموارد الاقتصادية التي تعود إلى أولئك الأفراد وتلك الجماعات والمؤسسات والكيانات، بما في ذلك الأموال المتأتية من ممتلكات تعود ملكيتها أو يعود التصرف فيها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إليهم أو إلى أفراد يتصرفون نيابة عنهم أو بتوجيه منهم، وكفالة عدم إتاحة تلك الأموال أو أي أموال أو أصول مالية أو موارد اقتصادية أخرى لصالح هؤلاء الأشخاص، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق رعاياها أو أي أشخاص موجودين في أراضيها؛

حظر السفر

( ب ) منع دخول أولئك الأفراد إلى أراضيها أو عبورهم لتلك الأراضي، شريطة ألا يكون في هذه الفقرة ما يلزم دولة بأن تمنع رعاياها من دخول أراضيها أو أن تطلب منهم مغادرتها، وألا تسرى هذه الفقرة إذا كان الدخول أو العبور ضروريًا للوفاء بإجراءات قضائية ما أو في الحالات التي تقرر فيها اللجنة، في كل حالة على حدة فقط، أن هناك أسبابًا تبرر ذلك الدخول أو العبور؛

حظر توريد الأسلحة

( ج ) منع ما قد يتم بصورة مباشرة أو غير مباشرة من توريد الأسلحة وما يتصل بها من عتاد من شتى الأنواع، بما في ذلك الأسلحة والذخائر، والمركبات

---

(1) اتخذته مجلس الأمن في جلسته ٨٠٠٧، المعقودة في ٢٠ تموز / يوليه ٢٠١٧.

والمعدات العسكرية، والمعدات شبه العسكرية، وقطع الغيار اللازمة لما سبق ذكره، أو بيعها أو نقلها، وتقديم أي مشورة تقنية أو مساعدة أو تدريب يتصل بالأنشطة العسكرية، من أراضيها أو على يد رعاياها الموجودين خارج أراضيها، أو باستخدام السفن أو الطائرات التي تحمل أعلامها، إلى أولئك الأفراد والجماعات والمؤسسات والكيانات؛

#### معايير الإدراج في القائمة

٢- يقرر أن الأعمال أو الأنشطة التي تدل على ارتباط فرد أو جماعة أو مؤسسة أو كيان بتنظيم الدولة الإسلامية أو تنظيم القاعدة وتستوفي بناء على ذلك معايير الإدراج في قائمة الجزاءات المفروضة على تنظيم الدولة الإسلامية (تنظيم داعش) وتنظيم القاعدة تشمل القيام بما يلي:

( أ ) المشاركة في تمويل أعمال أو أنشطة يقوم بها تنظيم القاعدة أو تنظيم الدولة الإسلامية أو أي خلية أو جماعة مرتبطة بهما أو منشقة أو متفرعة عنهما، أو تتم بالاشتراك مع أي من هؤلاء أو باسمهم أو بالنيابة عنهم أو دعماً لهم، أو التخطيط لهذه الأعمال أو الأنشطة أو تيسير القيام بها أو الإعداد لها أو ارتكابها؛

( ب ) توريد أو بيع أو نقل الأسلحة وما يتصل بها من عتاد إلى أي من هؤلاء؛

( ج ) التجنيد لحساب أي من هؤلاء؛ أو دعم أعمالهم أو أنشطتهم بأي شكل آخر؛

٢٩- يقرر أن تقوم الدول الأعضاء، للحيلولة دون حصول تنظيم الدولة الإسلامية

وتنظيم القاعدة ومن يرتبط بهما من أفراد وجماعات ومؤسسات وكيانات على المتفجرات بجميع أنواعها، سواء أكانت عسكرية أو مدنية أو مرتجلة، وكذلك المواد الأولية والمكونات التي يمكن أن تستخدم في صنع الأجهزة المتفجرة المرتجلة أو الأسلحة غير التقليدية، بما في ذلك ( على سبيل المثال لا الحصر ) العناصر الكيميائية والمتفجرات وأسلاك التفجير والسموم، ودون مناوله كل ما سبق ذكره أو تخزينه أو استخدامه أو السعي إلى الحصول عليه، باتخاذ التدابير المناسبة الرامية إلى تشجيع رعاياها والأشخاص الخاضعين لولايتها القضائية والشركات المنشأة على أراضيها أو الخاضعة لولايتها القضائية الذين يشاركون في إنتاج هذه المواد وبيعها وتوريدها وشراؤها ونقلها وتخزينها على توخي مزيد من اليقظة، بما في ذلك من خلال إرساء ممارسات جيدة في هذا الصدد؛... ووضع الاستراتيجيات وتنمية

القدرات على الصعيد الوطني من أجل مكافحة الأجهزة المتفجرة المرتجلة؛  
ويلاحظ من هذا القرار (١)، أنه بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة،  
فرض تدابير وجزاءات عديدة في مكافحة تنظيم الدولة الإسلامية في العراق  
والشام ( داعش )، وتنظيم القاعدة، والأفراد والجماعات والكيانات المتصلة بهما،  
بصورة مباشرة أو غير مباشرة؛ بالإضافة إلى الالتزامات التي تفرض على كافة  
الدول لمنع تمويل الإرهاب أو إمداده بالسلاح أو غير ذلك من أشكال الدعم الأخرى.  
القرار رقم ٢٣٧٠ لسنة ٢٠١٧ (٢):

إن مجلس الأمن، ١- يعيد تأكيد ما قضى به في قراره ١٣٧٣ ( ٢٠٠١ ) بأن  
تمتتع جميع الدول عن تقديم أي شكل من أشكال الدعم، الصريح أو الضمني، إلى  
الكيانات أو الأشخاص الضالعين في أعمال إرهابية، بما في ذلك وقف إمدادات  
الأسلحة إلى الإرهابيين، ويؤكد أهمية التنفيذ الكامل والفعال للقرارات ذات الصلة  
والقيام على نحو ملائم بمعالجة المسائل المتصلة بعدم تنفيذها؛...

١١- يشير إلى قراره الذي يقضى بأن تقوم الدول الأعضاء، للحيلولة دون  
حصول تنظيم الدولة الإسلامية ( المعروف أيضا باسم داعش ) وتنظيم القاعدة ومن  
يرتبط بهما من أفراد وجماعات ومؤسسات وكيانات على المتفجرات بجميع أنواعها،  
سواء أكانت عسكرية أو مدنية أو مرتجلة، وكذلك المواد الأولية والمكونات التي  
يمكن أن تستخدم في صنع الأجهزة المتفجرة المرتجلة أو الأسلحة غير التقليدية، بما في  
ذلك ( على سبيل المثال لا الحصر ) العناصر الكيميائية والمفجرات وأسلاك التفجير  
والسموم، ودون مناقلة كل ما سبق ذكره أو تخزينه أو استخدامه أو السعي إلى  
الحصول عليه، باتخاذ التدابير المناسبة الرامية إلى تشجيع رعاياها والأشخاص  
الخاضعين لولايتها القضائية والشركات المنشأة على أراضيها أو الخاضعة لولايتها

---

(1) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع: محضر مجلس الأمن، السنة الثانية والسبعون،  
الجلسة ٨٠٠٧، الخميس ٢٠ تموز / يوليه ٢٠١٧، بشأن الأخطار التي تهدد السلام والأمن  
الدوليين من جراء الأعمال الإرهابية.

S/PV.8007.

(2) اتخذ مجلس الأمن في جلسته ٨٠١٧، المعقودة في ٢ آب / أغسطس ٢٠١٧.

S/RES/2370(2017).

القضائية الذين يشاركون في إنتاج هذه المواد وبيعها وتوريدها وشراؤها ونقلها وتخزينها على توخي مزيد من اليقظة، بما في ذلك من خلال إرساء ممارسات جيدة في هذا الصدد؛...

ويلاحظ من هذا القرار (١)، أن مجلس الأمن يؤكد مجددًا حظر جميع أشكال تقديم الدعم، مباشرًا أو غير مباشر، إلى الكيانات أو الأفراد المتورطين في الأعمال الإرهابية، بما في ذلك القضاء على جميع الوسائل الممكنة لتوفير ذلك الدعم إلى الإرهابيين، وقيام الدول بمنع التنظيمات الإرهابية من حيازة الأسلحة التقليدية والأسلحة الصغيرة والأسلحة الخفيفة، وممارسة الرقابة والإشراف على إنتاج وتخزين ونقل وتحويل الأسلحة في إطار ولايتها القضائية.

## المبحث الثاني

### مكافحة تمويل الإرهاب إقليمياً

نتناول هذا الموضوع من خلال الاتفاقيات العربية لمكافحة تمويل الإرهاب، والاجتماعات ذات الصلة، فيما يلي:

### أولاً: الاتفاقيات العربية لمكافحة تمويل الإرهاب

#### اتفاقية دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لمكافحة الإرهاب (٢)

إن دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية انطلاقاً من النظام الأساسي للمجلس، والمبادئ والثوابت التي أرساها، وتأكيداً لقرارات المجلس الأعلى الخاصة بمكافحة الإرهاب، والتزاماً بالمبادئ الدينية والأخلاقية، والتراث الحضاري والإنساني للمجتمع الدولي والأمم العربية والإسلامية وقيم وتقاليد المجتمع الخليجي، والتي تدعو جميعها إلى نبذ العنف والإرهاب بكل أشكاله وصوره، وتأكيداً على الالتزام بالمواثيق الدولية بما فيها ميثاق جامعة الدول العربية، وميثاق الأمم

---

(1) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع: محضر مجلس الأمن، السنة الثانية والسبعون، الجلسة ٨٠١٧، الأربعاء ٢ آب / أغسطس ٢٠١٧، بشأن الأخطار التي تهدد السلام والأمن الدوليين من جراء الأعمال الإرهابية، منع الإرهابيين من حيازة الأسلحة.

S/PV.8017.

(2) حررت هذه الاتفاقية بدولة الكويت، بتاريخ ١٥ ربيع الأول ١٤٢٥هـ الموافق ٤ مايو ٢٠٠٤م.

المتحدة.

وإدراكاً لنتامي ظاهرة الإرهاب وخطورتها وتهديدها للمجتمع الدولي والحياة المدنية وانعكاساتها على المنطقة. ...

ورغبة من دول المجلس في وقاية مجتمعاتها وشعوبها ومكتسباتها التاريخية ومنجزاتها الحضارية ومصالحها من خطر الإرهاب. ...

وتأكيداً لعزمها على التصدي للإرهاب ومكافحته بشكل جماعي، وسعيًا لتعميق وتطوير التنسيق المشترك فيما بينها وتحقيق الشمولية والتكامل في مكافحة الإرهاب. ...

وتعبيراً عن قلقها من الإرهاب الذي يشكل انتهاكاً خطيراً لحقوق الإنسان، وزعزعة استقرار الدول واضطراب العلاقات الدولية، وإعاقة التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والفكرية. ...

واقتراناً منها بأن الإرهاب لا يمكن تبريره بأي ظرف أو باعث أو غاية، وبالتالي يجب مكافحته بجميع أشكاله ومظاهره، بغض النظر عن أساسه وأسبابه وأهدافه.

وتصميمًا منها على القضاء على الإرهاب بجميع أشكاله وأنشطته وسبل دعمه، والحيلولة دون بلوغ أي مصادر تمويل لأعضائه أو منظماته أو تقديم أية وسائل مساعدة لهم.

فقد نصت المادة ١ من هذه الاتفاقية على أنه: لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالمصطلحات التالية التعريف المبين إزاء كل منها... ٣- الجريمة الإرهابية... ويعد جريمة إرهابية تقديم أو جمع الأموال، أيًا كان نوعها، لتمويل الجرائم الإرهابية مع العلم بذلك. ... ٤- أنشطة دعم وتمويل الإرهاب: كل فعل يتضمن جمع أو تسلّم أو تسليم أو تخصيص أو نقل أو تحويل أموال أو عائداتها لأي نشاط إرهابي فردي أو جماعي في الداخل أو في الخارج، أو القيام لمصلحة هذا النشاط أو عناصره بأي عمليات صكّية أو مصرفية أو تجارية، أو التحصل مباشرة أو بالواسطة على أموال لاستغلالها لمصلحته، أو الدعوة والترويج لمبادئه أو تدبير أماكن للتدريب أو الإيواء لعناصره، أو تزويدهم بأيّة أنواع من الأسلحة أو المستندات المزورة، أو تقديم أية وسيلة مساعدة أخرى من وسائل الدعم والتمويل، مع العلم بذلك. ٥- الأموال: أي نوع



من الأموال المادية وغير المادية المنقولة وغير المنقولة والوثائق والصكوك والمستندات أيًا كان شكلها بما في ذلك شكل النظم الإلكترونية أو الرقمية، والائتمانات المصرفية وجميع أنواع الشيكات والحوالات والأسهم والأوراق المالية والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد.

ويتبين من هذا النص، أن الاتفاقية اعتبرت تقديم أو جمع الأموال لتمويل الجرائم الإرهابية جريمة إرهابية، كما أنها وسعت من مدلول أنشطة دعم وتمويل الإرهاب لتشمل كل فعل يتضمن جمع أو تسلّم أو تسليم أو تخصيص أو نقل أو تحويل أموال أو عائداتها لأي نشاط إرهابي فردي أو جماعي في الداخل أو في الخارج، ومن مدلول الأموال لتشمل أي نوع من الأموال المادية وغير المادية المنقولة وغير المنقولة أيًا كان شكلها.

وقد نصت المادة ١٤ منها على أنه: تتخذ الدول المتعاقدة الإجراءات والتدابير اللازمة، التي تكفل لها متابعة الأنشطة المالية للأفراد والهيئات، التي تمكنها من كشف أنشطة دعم وتمويل الإرهاب في نطاق إقليمها، وذلك بما يتفق مع تشريعاتها وأنظمتها الداخلية.

ويتبين من هذا النص، أنه يوجد التزام على الدول الأطراف في الاتفاقية باتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لكي تقوم بمتابعة الأنشطة المالية للأفراد والهيئات، والتي تمكنها من كشف أنشطة دعم وتمويل الإرهاب على أراضيها.

ونصت المادة ١٥ منها على أنه: تتخذ الدول المتعاقدة كل الجهود الممكنة لمنع دخول أو نقل أو تحويل أموال منها أو إليها يشتهه في استخدامها في أنشطة تمويل الإرهاب ودعمه، ومنع تورط الأفراد أو الهيئات العامة والخاصة المنتمية إليها أو الكائنة على أراضيها في هذه الأنشطة.

ويتبين من هذا النص، أنه يوجد التزام على الدول الأطراف باتخاذ الجهود اللازمة لمنع دخول أو نقل أو تحويل أي أموال إلى أراضيها أو منها يشتهه أنها استخدمت في أنشطة دعم وتمويل الإرهاب، والعمل على عدم تورط أي من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الكائنين على أراضيها في هذه الأنشطة.

ونصت المادة ١٨ منها على أنه: تتخذ كل دولة من الدول المتعاقدة التدابير المناسبة، وفقاً لتشريعاتها وأنظمتها الوطنية، لتحديد أو كشف أو تجميد أو حجز أي

أموال مستخدمة أو مخصصة لغرض من أغراض أنشطة دعم وتمويل الإرهاب وعائداتها لمصادرتها أو تبادلها أو اقتسامها مع الدول المتعاقدة الأخرى إذا كانت تتعلق بنشاط إرهابي امتد على إقليمها أو أضر بمصالحها وكانت مصلحة الكشف عن هذا النشاط تقتضي ذلك.

ويتبين من هذا النص، أنه يوجد التزام أيضاً على الدول الأطراف في الاتفاقية باتخاذ التدابير والجزاءات التشريعية اللازمة لمكافحة الأموال المستخدمة في أنشطة دعم وتمويل الإرهاب.

### الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب (١):

نصت المادة ١ من هذه الاتفاقية على أنه: لأغراض هذه الاتفاقية تكون لكل من الكلمات والعبارات التالية المعنى المبين إزاء كل منها... ٢- الأموال: كل ذي قيمة مالية من عقار أو منقول مادي أو معنوي وجميع الحقوق المتعلقة بأي منها والصكوك والمحركات المثبتة لكل ما تقدم أيًا كان شكلها بما فيها الإلكترونية والرقمية والعملة الوطنية والعملات الأجنبية والأوراق المالية والتجارية... ٩- تمويل الإرهاب: جمع أو تقديم أو نقل الأموال بوسيلة مباشرة أو غير مباشرة لاستخدامها كلياً أو جزئياً لتمويل الإرهاب وفقاً لتعريف الإرهاب الوارد بالاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب (٢) مع العلم بذلك.

ويتبين من هذا النص، أن الاتفاقية قامت بالتوسع في مدلول الأموال ليشمل كل

---

(1) وافق عليها مجلسا وزراء الداخلية والعدل العرب في اجتماعهما المشترك الذي عقد بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية بالقاهرة بتاريخ ١٥ / ١ / ١٤٣٢هـ الموافق ٢١ / ١٢ / ٢٠١٠م.

(2) نصت المادة 1 من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب ( الصادرة عن مجلسي وزراء الداخلية والعدل العرب في القاهرة بتاريخ ٢٢ ابريل / نيسان ١٩٩٨م ) على أنه: يقصد بالمصطلحات التالية التعريف المبين إزاء كل منها: ... ٢- الإرهاب: كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيا كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذا لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم بايذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر.

ذى قيمة مالية سواء كان عقار أو منقول مادي أو معنوي، وكل ما يتعلق بها من حقوق، والصكوك والمحركات المثبتة لها أيا كان شكلها، بالإضافة العملات الوطنية والأجنبية والأوراق المالية والتجارية. وفي مدلول تمويل الإرهاب ليشمل جمع أو تقديم أو نقل الأموال بوسيلة مباشرة أو غير مباشرة، لاستخدام أي منها عن علم في دعم وتمويل الإرهاب طبقاً لتعريف الإرهاب الوارد بالاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب.

وقد نصت المادة ١٠ من هذه الاتفاقية على أنه: تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، ما يلزم من تدابير تشريعية لتجريم أي فعل من أفعال تمويل الإرهاب الآتية: ١- تقديم الأموال تحت أي مسمى مع العلم بأيلولتها لتمويل الإرهاب. ٢- اكتساب أو جمع الأموال بأية وسيلة كانت بقصد تمويل الإرهاب. ٣- حيازة أو حفظ أو إدارة استثمار الأموال المعدة لتمويل الإرهاب مع العلم بذلك.

ويتبين من هذا النص، أنه يوجد التزام على الدول الأطراف في الاتفاقية بإصدار التدابير التشريعية اللازمة والفعالة لتجريم جميع أفعال تمويل الإرهاب، من تقديم أو جمع أو حيازة أو حفظ أو إدارة أو استثمار أموال بقصد استخدامها في دعم وتمويل أنشطة إرهابية.

ونصت المادة ١١ منها على أنه: تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، التدابير التشريعية اللازمة لما يأتي: ١- تقرير مسؤولية الأشخاص الاعتباريين إذا ارتكبت جرائم غسل الأموال أو تمويل الإرهاب المشمولة بهذه الاتفاقية بواسطة أشخاص اعتباريين وتكون هذه المسؤولية جنائية ( جزائية ) أو مدنية أو إدارية. ٢- ترتب هذه المسؤولية دون مساس بالمسؤولية الجنائية ( الجزائية ) للأشخاص الطبيعيين الذين ارتكبوا هذه الجرائم.

ويتبين من هذا النص، أنه يوجد التزام أيضاً على الدول الأطراف بإصدار التشريعات اللازمة لانعقاد المسؤولية الجنائية والمدنية والإدارية للأشخاص المعنوية عن جرائم تمويل الإرهاب المرتكبة بواسطتها، دون المساس بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الذين قاموا بهذه الجرائم.

## اتفاق الرياض (١):

فى يوم السبت ١٩ / ١ / ١٤٣٥ هـ الموافق ١٣ / ١١ / ٢٠١٣ م اجتمع ملك المملكة العربية السعودية وأمير دولة الكويت وأمير دولة قطر فى الرياض... ولأهمية تأسيس مرحلة جديدة فى العمل الجماعي بين دول المجلس بما يكفل سيرها فى إطار سياسة موحدة تقوم على الأسس التي تم تضمينها فى النظام الأساسي لمجلس التعاون فقد تم الاتفاق على:

١- عدم التدخل فى الشؤون الداخلية لأي من دول المجلس بشكل مباشر أو غير مباشر وعدم إيواء أو تجنيس أي من مواطني دول المجلس ممن لهم نشاط يتعارض مع أنظمة دولته إلا فى حال موافقة دولته، وعدم دعم الفئات المارقة المعرضة لدولهم، وعدم دعم الإعلام المعادى.

٢- عدم دعم الإخوان المسلمين أو أي من المنظمات أو التنظيمات أو الأفراد الذين يهددون أمن واستقرار دول المجلس عن طريق العمل الأمني المباشر أو عن طريق محاولة التأثير السياسي.

٣- عدم قيام أي من دول مجلس التعاون بتقديم الدعم لأي فئة كانت فى اليمن ممن يشكلون خطراً على الدول المجاورة لليمن.

## آلية تنفيذ اتفاق الرياض (٢):

نظراً لأهمية اتفاق الرياض الذي تم التوقيع عليه والذي لم يسبق وان تم التوقيع على اتفاق مشابه له استشعاراً من القادة بأهمية مضمونه.

ولما كان الأمر يستدعى اتخاذ الإجراءات التنفيذية اللازمة لإنفاذ مقتضاه، فقد تم الاتفاق على ضرورة وضع آلية تضمن ذلك وفقاً للتالي:

أولاً: الجهة المنوط بها مراقبة تنفيذ الاتفاق:

وزراء خارجية دول مجلس التعاون: يعقد وزراء الخارجية على هامش

---

(1) راجع في هذا الشأن وتفصيل ذلك العنوان التالي:

<https://aawsat.com/home/article/971181>.

(2) راجع: العنوان السابق.

الاجتماعات الدورية السنوية للمجلس الوزاري اجتماعاً خاصاً يتم خلاله استعراض التجاوزات والشكاوى التي تردهم من أي من الدول الأعضاء ضد دولة أخرى عضو في مجلس التعاون. للنظر فيها ومن ثم رفعها للقادة. مع التأكيد على أن أول مهمة يقوم بها المجلس وفق الآلية المشار إليها هو التأكد من تنفيذ جميع ما تضمنه اتفاق الرياض المشار إليه أعلاه واعتبار محتواه أساساً لأمن واستقرار دول مجلس التعاون وتماسك دوله، سواء المتعلقة بالشئون الداخلية، أو الجوانب السياسية الخارجية أو الأمن الداخلي وعدم تجاوز التوجه الجماعي لدول المجلس والتنسيق مع الدول الأعضاء فيه، وعدم دعم أي تيارات تمثل خطورة على دوله.

ثانياً: الجهة المنوط بها اتخاذ القرار:

قادة دول مجلس التعاون: يتخذ القادة ما يرونه مناسباً من إجراء حيال ما يتم رفعه لأنظارهم من وزراء الخارجية التي لم تقي بما التزمت بما يتم الاتفاق عليه بين دول المجلس.

ثالثاً: الإجراءات المطلوب الالتزام بها:

يتم الالتزام بوضع هذا الاتفاق موضع التنفيذ وذلك من خلال الآتي:

١- فيما يتعلق بالشئون الداخلية لدول المجلس:

- الالتزام بعدم تناول شبكات القنوات الإعلامية المملوكة أو المدعومة بشكل مباشر أو غير مباشر من قبل أي دولة عضو لمواضيع تسيء إلى أي دولة من دول مجلس التعاون، ويتم الاتفاق بين دول المجلس على تحديد قائمة بهذه الوسائل الإعلامية ويتم تحديثها دورياً.

- تلتزم كل دولة عضو بعدم منح مواطني دولة من دول المجلس جنسيتها لمن يثبت قيامهم بنشاط معارض لحكومة بلادهم، على أن تقوم كل دولة بإبلاغ أسماء مواطنيها الذين يقومون بنشاط معارض لحكومتهم إلى الدولة الأخرى التي يتواجدون بها وذلك لمنع أنشطتهم المخالفة واتخاذ الإجراءات المناسبة بحقهم.

- اتخاذ الإجراءات اللازمة التي تضمن عدم التدخل في الشئون الداخلية لأي دولة من دول المجلس وفي أي موضوع يمس الشأن الداخلي لتلك الدول، وعلى سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

أ- عدم دعم الفئات المعارضة مادياً وإعلامياً من قبل مؤسسات رسمية أو مجتمعية أو أفراد ونشطاء.

ب- عدم إيواء أو استقبال أو تشجيع أو دعم أو جعل الدولة منطلقاً لأنشطة مواطني دول المجلس أو غيرهم الذين يثبت معارضتهم لأي من دول المجلس.

ج- منع المنظمات والتنظيمات والأحزاب الخارجية التي تستهدف دول مجلس التعاون وشعوبها من إيجاد موطئ قدم لها في الدولة وجعلها منطلقاً لأنشطتها المعادية لدول المجلس.

د- عدم تقديم التمويل المادي والدعم المعنوي للمنظمات والتنظيمات والأحزاب والمؤسسات الخارجية والتي تصدر عنها مواقف معادية ومحرضة ضد دول مجلس التعاون.

٢- فيما يتعلق بالسياسة الخارجية:

الالتزام بالتوجه الجماعي لدول مجلس التعاون والتنسيق مع دول المجلس وعدم دعم جهات وتيارات تمثل خطورة على دول المجلس ومن ذلك:

أ- عدم دعم الإخوان المسلمين مادياً وإعلامياً سواء في دول مجلس التعاون أو خارجه.

ب- الموافقة على خروج مجموعة الإخوان المسلمين من غير المواطنين وخلال مدة متفق عليها على أن يتم التنسيق مع دول مجلس التعاون حول قوائم هؤلاء الأشخاص.

ج- عدم دعم المجموعات والجماعات الخارجية التي تمثل تهديداً للأمن واستقرار دول مجلس التعاون سواء في اليمن أو سوريا أو غيرها من مواقع الفتن.

د- عدم دعم أو إيواء من يقومون بأعمال مناهضة لأي من دول مجلس التعاون سواء كانوا من المسؤولين الحاليين أو السابقين أو من غيرهم، وعدم تمكين هؤلاء الأشخاص من إيجاد موطئ قدم داخل الدولة أو المساس بأي دولة أخرى من دول المجلس. ...

## اتفاق الرياض التكميلي (1):

بناء على دعوة من خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز آل سعود - ملك المملكة العربية السعودية - فقد اجتمع يوم الأحد ٢٣ / ١ / ١٤٣٦ هـ الموافق ١٦ / ١١ / ٢٠١٤ م في مدينة الرياض لدى خادم الحرمين الشريفين... أمير دولة الكويت، أمير دولة قطر، نائب رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة ورئيس مجلس الوزراء حاكم دبي، ولي عهد أبو ظبي نائب القائد الأعلى للقوات المسلحة بدولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك لترسيخ روح التعاون الصادق والتأكيد على المصير المشترك وما يتطلع إليه أبناء دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية من لحمة متينة وتقارب وثيق.

وبعد مناقشة الالتزامات المنبثقة عن اتفاق الرياض الموقع بتاريخ ١٩ / ١ / ١٤٣٥ هـ الموافق ٢٣ / ١١ / ٢٠١٣ م، وآليته التنفيذية... فقد تم التوصل إلى الآتي:

أولاً: التأكيد على أن عدم الالتزام بأي بند من بنود اتفاق الرياض وآليته التنفيذية يعد إخلالاً بكامل ما ورد فيهما. ...

ثانياً... ضرورة الالتزام الكامل بتنفيذ جميع ما ورد فيهما - اتفاق الرياض وآليته التنفيذية - في مدة لا تتجاوز شهر من تاريخ هذا الاتفاق.

ثالثاً: عدم إيواء أو توظيف أو دعم - بشكل مباشر أو غير مباشر - في الداخل أو الخارج أي شخص أو أي وسيلة إعلامية ممن له توجهات تسيء إلى أي دولة من دول مجلس التعاون، وتلتزم كل دولة باتخاذ كافة الإجراءات النظامية والقانونية والقضائية بحق من يصدر عن هؤلاء أي تجاوز ضد أي دولة أخرى من دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، بما في ذلك محاكمته، وأن يتم الإعلان عن ذلك في وسائل الإعلام.

رابعاً: التزام كافة الدول بنهج سياسة مجلس التعاون لدول الخليج العربية لدعم جمهورية مصر العربية والإسهام في أمنها واستقرارها والمساهمة في دعمها اقتصادياً، وإيقاف كافة النشاطات الإعلامية الموجهة ضد جمهورية مصر العربية في

---

(1) راجع: العنوان السابق.

جميع وسائل الإعلام بصفة مباشرة أو غير مباشرة بما في ذلك ما يبث من إساءات على قنوات الجزيرة وقناة مصر مباشر، والسعي لإيقاف ما ينشر من إساءات فى الإعلام المصري.

### إعلان الرياض (١):

بناء على دعوة من خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز آل سعود - ملك المملكة العربية السعودية - عقد قادة وممثلون ل ٥٥ دولة عربية وإسلامية مع الولايات المتحدة الأمريكية فى الرياض... وما تم التوصل إليه من توافق فى وجهات النظر والرؤى...

أولاً: الشراكة الوثيقة بين قادة الدول العربية والإسلامية والولايات المتحدة الأمريكية لمواجهة التطرف والإرهاب.

أعلنت القمة عن بناء شراكة وثيقة بين الدول العربية والإسلامية والولايات المتحدة الأمريكية لمواجهة التطرف والإرهاب وتحقيق السلام والاستقرار والتنمية إقليمياً ودولياً.

واتفق القادة على سبل تعزيز التعاون والتدابير التي يمكن اتخاذها لتوطيد العلاقات والعمل المشترك وتعهدوا بمواصلة التنسيق الوثيق بين الدول العربية والإسلامية مع الولايات المتحدة الأمريكية حول القضايا ذات الاهتمام المشترك لتعزيز الشراكة بينهم وتبادل الخبرات فى المجالات التنموية.

كما رحبت الولايات المتحدة الأمريكية برغبة الدول العربية والإسلامية فى تعزيز سبل التعاون لتوحيد الرؤى والمواقف حيال المسائل المختلفة وعلى رأسها مضاعفة الجهود المشتركة لمكافحة التطرف والإرهاب.

١- أكد القادة التزام دولهم الراسخ لمحاربة الإرهاب بكافة أشكاله والتصدي لجذوره الفكرية وتجفيف مصادر تمويله. واتخاذ كافة التدابير اللازمة لمنع ومكافحة الجرائم الإرهابية بالتعاون الوثيق فيما بين دولهم. ...

٧- رحب القادة بما تم بخصوص فتح باب التوقيع على اتفاقية تعاون فى مجال

---

(1) راجع: أعمال قمة قادة الدول العربية والإسلامية والولايات المتحدة الأمريكية، المنعقدة فى الرياض، يوم الأحد الموافق ٢١ مايو / أيار سنة ٢٠١٧.



مكافحة تمويل الإرهاب تتضمن تأسيس مركز لاستهداف تمويل الإرهاب، الذي ستقوم المملكة العربية السعودية مشكورة باستضافته في مدينة الرياض.

### ثانياً: الاجتماعات العربية لمكافحة تمويل الإرهاب

#### اجتماع وزراء الداخلية العرب (١):

إن مجلس وزراء الداخلية العرب... وإذ يستحضر المبادئ التي تضمنتها الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب. وإدراكاً منه لما يشكله الإرهاب والجريمة المنظمة من تهديد فعلي ومستمر للأمن والاستقرار في المنطقة وفي العالم، وإيماناً منه بأثر التطرف الفكري والنزعة الطائفية في تفكيك اللحمة بين المجتمعات العربية وتقويض التعايش السلمي الذي عرفته طيلة قرون، واقتناعاً منه أن القضاء على الإرهاب يتطلب مواجهة شاملة ومستمرة ومنسقة ويستلزم تجفيف منابعه الفكرية والمالية.

يعلن...

- تجديد إدانته الثابتة للإرهاب مهما كانت أشكاله أو مصادره، وتثديده بكل الأعمال الإرهابية بما فيها تلك الموجهة ضد أقليات عرقية أو مذهبية وتلك المرتكبة من قبل التنظيمات المتطرفة والمليشيات الطائفية.

- تجديد تثديده بكافة أشكال دعم الإرهاب وتمويله ورفضه القاطع لعمليات الابتزاز والتهديد وطلب الفدية التي تمارسها الجماعات الإرهابية لتمويل جرائمها، ودعوة جميع الدول إلى الالتزام بقرارات مجلس الأمن بهذا الشأن.

- تأكيد عزمه على مواصلة مكافحة الإرهاب ومعالجة أسبابه وحشد كل الجهود والإمكانات لاستئصاله وتعزيز التعاون العربي في هذا المجال. ...

- تأييده الكامل للإجراءات المتخذة من قبل كافة الدول الأعضاء لمحاربة تنظيمي القاعدة وداعش الإرهابيين.

#### اجتماع وزراء الخارجية في القاهرة (١):

(1) راجع: الدورة ٣٣، مجلس وزراء الداخلية العرب، المنعقد في بتونس، بتاريخ ٢٢ / ٥ /

١٤٣٧هـ الموافق ٢ / ٣ / ٢٠١٦م.

اجتمع وزراء خارجية جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين في القاهرة في ٥ يوليو سنة ٢٠١٧ للتشاور حول الجهود الجارية لوقف دعم دولة قطر للتطرف والإرهاب وتدخلها في الشؤون الداخلية للدول العربية والتهديدات المترتبة على السياسات القطرية للأمن القومي العربي وللسلم والأمن الدوليين.

وتم التأكيد على أن موقف الدول الأربع يقوم على أهمية الالتزام باتفاقيات والمواثيق والقرارات الدولية والمبادئ المستقرة في مواثيق الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية ومنظمة التعاون الإسلامي واتفاقيات مكافحة الإرهاب الدولي، مع التشديد على المبادئ التالية:

١- الالتزام بمكافحة التطرف والإرهاب بكافة صورهما، ومنع تمويلهما أو توفير الملاذات الآمنة.

٢- إيقاف كافة أعمال التحريض وخطاب الحض على الكراهية أو العنف.

٣- الالتزام الكامل باتفاق الرياض لعام ٢٠١٣ والاتفاق التكميلي وآلياته التنفيذية لعام ٢٠١٤ في إطار مجلس التعاون لدول الخليج العربي.

٤- الالتزام بكافة مخرجات القمة العربية الإسلامية الأمريكية التي عقدت في الرياض في مايو ٢٠١٧.

٥- الامتناع عن التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ودعم الكيانات الخارجة عن القانون.

٦- مسؤولية كافة دول المجتمع الدولي عن مواجهة كل أشكال التطرف والإرهاب بوصفها تمثل تهديدا للسلم والأمن الدوليين.

وأكدت الدول الأربع أن دعم التطرف والإرهاب والتدخل في الشؤون الداخلية للدول العربية ليس قضية تحتمل المساومات والتسويف، وأن المطالب التي قدمت لدولة قطر جاءت في إطار ضمان الالتزام بالمبادئ الستة الموضحة أعلاه، وحماية

---

(1) راجع: البيان المشترك الصادر عن اجتماع وزراء خارجية جمهورية مصر العربية والمملكة

العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين، القاهرة، في ٥ يوليو سنة ٢٠١٧.

الأمن القومي العربي وحفاظ السلم والأمن الدوليين، ومكافحة التطرف والإرهاب، وتوفير الظروف الملائمة للتوصل لتسوية سياسية لأزمات المنطقة، والتي لم يعد ممكناً التسامح مع الدور التخريبي الذي تقوم دولة قطر فيها.

وشددت الدول على أن التدابير المتخذة والمستمرة من قبلها هي نتيجة لمخالفة دولة قطر لالتزاماتها بموجب القانون الدولي وتدخلاتها المستمرة في شؤون الدول العربية ودعمها للتطرف والإرهاب، وما ترتب على ذلك من تهديدات لأمن المنطقة.

### اجتماع وزراء الخارجية في المنامة (١):

اجتمع وزراء خارجية كل من المملكة العربية السعودية وجمهورية مصر العربية ومملكة البحرين والإمارات العربية المتحدة في المنامة يوم ٣٠ يوليو سنة ٢٠١٧ في إطار التشاور المستمر حول أزمة قطر، وضرورة إيقاف دعمها وتمويلها للإرهاب، وتهيئتها الملاذ الآمن للمطلوبين قضائياً لدى دولهم، وللمتورطين في الإرهاب وتمويله، ونشرها لخطاب الكراهية والتحريض، وتدخلاتها في شؤون دول المنطقة. ...

وأكدت الدول الأربع على المبادئ الستة التي تم الإعلان عنها في اجتماع القاهرة، التي تمثل الإجماع الدولي حيال مكافحة الإرهاب والتطرف وتمويله ورفض التدخلات في شؤون الدول الأخرى التي تنتافي مع القوانين الدولية، وأهمية تطبيق اتفاقي الرياض ٢٠١٣ و ٢٠١٤ والذين لم تنفذهما قطر.

وأكدت الدول الأربع على أهمية استجابة قطر للمطالب الثلاثة عشر التي تقدمت بها الدول الأربع، والتي من شأنها تعزيز مواجهة الإرهاب والتطرف بما يحقق أمن المنطقة والعالم.

وأبدت الدول الأربع استعدادها للحوار مع قطر، شريطة أن تعلن عن رغبتها الصادقة والعملية في وقف دعمها وتمويلها للإرهاب والتطرف ونشر خطاب الكراهية والتحريض، والالتزام بعدم التدخل في شؤون الدول الأخرى، وتنفيذ المطالب الثلاثة عشر العادلة التي تضمن السلم والاستقرار في المنطقة والعالم.

---

(1) راجع: البيان المشترك الصادر عن اجتماع وزراء خارجية المملكة العربية السعودية وجمهورية مصر العربية ومملكة البحرين والإمارات العربية المتحدة، المنامة، في ٣٠ يوليو سنة ٢٠١٧.

وأكدت الدول الأربع على أن جميع الإجراءات التي تم اتخاذها تجاه قطر تعد من أعمال السيادة وتتوافق مع القانون الدولي. ...

### اجتماع وزراء العدل العرب (١):

إن مجلس وزراء العدل العرب...

يقرر:

١- دعوة الدول العربية التي لم تصادق على الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب إلى إتمام إجراءات التصديق عليها وإيداع وثائق التصديق لدى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، وتكليف الأمانة الفنية للمجلس بمواصلة تشجيع الدول العربية التي لم تصادق على الاتفاقية إلى القيام بذلك.

٢- دعوة الدول العربية المصدقة على الاتفاقية إلى موافاة الأمانة الفنية للمجلس بما اتخذته من إجراءات لمواءمة تشريعاتها مع أحكام الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

٣- الامتناع عن تقديم أي شكل من أشكال الدعم الصريح أو الضمني إلى الكيانات أو الأشخاص الضالعين في الأعمال الإرهابية، ورفض كل أشكال الابتزاز من قبل الجماعات الإرهابية من تهديد أو قتل الرهائن أو طلب فدية. ...

٥- العمل على وضع تدابير وآليات وطنية لضمان فعالية تتبع وحجز ومصادرة الأموال المغسولة أو المواجهة لتمويل الإرهاب بالسرعة اللازمة. ...

### اجتماع وزراء الدفاع (٢):

أكد وزراء الدفاع لدول التحالف الإسلامي العسكري على أن الإرهاب أصبح يُمثل تحديًا وتهديدًا مُستمرًا ومنتاميًا للسلام والأمن والاستقرار الإقليمي والدولي، حيث

---

(1) راجع: قرارات الدورة ٣٣، مجلس وزراء العدل العرب، الأمانة العامة، القاهرة في ٢٣ نوفمبر ٢٠١٧، ق ١١١٠.

(2) راجع: البيان الختامي لاجتماع وزراء الدفاع لدول التحالف الإسلامي العسكري لمحاربة الإرهاب، المملكة العربية السعودية، الرياض، بتاريخ ٨ / ٣ / ١٤٣٩هـ الموافق ٢٦ / ١١ / ٢٠١٧م.

تخطى حدود الدول وتجاوز جميع القيم وأضحى أشد فتكاً من ذي قبل، ولاسيما في عالمنا الإسلامي الذي يُعاني من جرائم الإرهاب وما تخلفه من خسائر فادحة في الأرواح والممتلكات ووآد لأحلام قطاع عريض من المجتمعات التي تعيش بسكينة وسلام.

كما يؤكدون عزم دولهم على تنسيق الجهود وتوحيدها لدرء مخاطره والوقوف ضده، ويُشدّدون على أهمية الجهد المشترك والعمل الجماعي المنظم والتخطيط الإستراتيجي الشامل للتعامل مع خطر الإرهاب ووضع حد لمن يسعى لتأجيج الصراعات والطائفية ونشر الفوضى والفتن والقلق داخل دولهم.

وإدراكاً منهم لأهمية تفعيل محاربة الإرهاب في مجالاته المختلفة، فقد اتفقوا على الآتي...

ثالثاً: محاربة تمويل الإرهاب وتخفيف مصادر تمويله:

أكد الوزراء على أهمية تخفيف منابع تمويل الإرهاب وقطع أي تغذية مالية لعملياته وأنشطته، من خلال تعزيز الجهود والمساعدة في اتخاذ جميع التدابير والإجراءات اللازمة لمكافحة تمويله بما يكفل قطع مصادره، وتطوير السياسات والتشريعات الوقائية والرقابة المالية، وتحسين مستوى الالتزام بها وبالمعايير الدولية.

...

اجتماع مجلس جامعة الدول العربية (١):

إن مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة، ...

- وإذ يعرب عن إدانته الحازمة لكل أشكال الإرهاب بمختلف صورته وممارساته ومظاهره، ورفضه الثابت لربط الإرهاب بأي دين أو حضارة أو أمة،  
- وإذ يؤكد من جديد رفضه التام لأي شكل من أشكال الدعم الصريح أو الضمني للمنظمات الإرهابية والمنظمات المتطرفة،

---

(1) عقد اجتماع مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة، في دورة عادية ( ٢٩ )، في طهران، المملكة العربية السعودية، يوم الأحد ٢٩ رجب ١٤٣٩هـ الموافق ١٥ ابريل / نيسان ٢٠١٨م.

- وإذ يدعو إلى تكثيف الجهود وتعزيز التنسيق والتعاون بين الدول الأعضاء لمواجهة الإرهاب لاسيما في مجال تجفيف منابع تمويل الإرهاب وظاهرة سفر الإرهابيين الأجانب والحد من تنقلهم وإيجاد ملاذات آمنة لهم واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة التي تحول دون استخدام الإرهابيين لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات لنشر الفكر الإرهابي والتجنيد لصالح المنظمات الإرهابية،  
يقرر...

٣- مواصلة التعاون القائم بين الدول العربية لمكافحة الإرهاب والتطرف وتكثيف الجهود المشتركة لاجتثاثه من جذوره من خلال تفعيل بنود وأحكام الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب ودعوة الدول العربية التي لم تصدق بعد على الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب والاتفاقيات العربية ذات الصلة بمكافحة الإرهاب إلى إتمام إجراءات التصديق عليها وإيداع وثائق التصديق لدى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية.

٥- دعوة الدول إلى الامتناع عن تقديم أي شكل من أشكال الدعم الصريح أو الضمني إلى الكيانات أو الأشخاص الضالعين في الأعمال الإرهابية ورفض كل أشكال الابتزاز من قبل الجماعات الإرهابية من تهديد أو قتل الرهائن أو طلب للفتية. ...

٨- دعوة الدول الأعضاء إلى اتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة للحيلولة دون سفر الإرهابيين الأجانب للالتحاق بتنظيمات إرهابية والانتقال إلى مراكز الصراع وحرمانهم من أي ملاذات آمنة وتقديمهم للعدالة للمساءلة عما ارتكبوه من جرائم إرهابية.

١١- دعوة الدول العربية إلى موافاة الأمانة العامة بمساعيها وجهودها وإجراءاتها الوطنية في مجال اعتماد وإنفاذ القوانين التي ترمي إلى منع حيازة الإرهابيين لأسلحة الدمار الشامل أو مكوناتها.

١٣- دعوة الدول العربية لبذل المزيد من الجهود لمكافحة مصادر تمويل الإرهاب واستخدام التنظيمات الإرهابية لتكنولوجيا المعلومات لتمويل النشاطات الإرهابية عبر شبكات الإنترنت تنفيذاً لأحكام الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال

وتمويل الإرهاب (١).

### المبحث الثالث

#### مكافحة تمويل الإرهاب وطنياً

نتناول هذا الموضوع في النظام الجنائي المقارن والتشريع المصري فيما يلي:

أولاً: النظام الجنائي المقارن

١ - النظام الجنائي اللاتيني

التشريع الفرنسي (٢)

تجريم تمويل الإرهاب:

نصت المادة ٤٢١ - ٢ - ٢ من قانون العقوبات ( مضافة بالقانون الصادر في ١٥ نوفمبر سنة ٢٠٠١ بشأن الأمن اليومي (٣) ) على أنه: يشكل أيضاً عملاً من أعمال الإرهاب فعل تمويل منظمة إرهابية عن طريق تقديم وجمع أو إدارة أموال أو أوراق مالية أو أي ممتلكات أو عن طريق تقديم المشورة لهذا الغرض، بقصد استخدام هذه الأموال والأوراق المالية أو الممتلكات أو مع العلم أن المقصود منها استخدامها كلياً أو جزئياً، لارتكاب أي عمل من أعمال الإرهاب المنصوص عليها في هذا الفصل، بغض النظر عن إمكانية حدوث مثل هذا العمل من الناحية الفعلية (٤).

---

(1) راجع: ق.ق: ٧٢٤، د.ع ( ٢٩ )، ج ٣، بتاريخ ١٥ / ٤ / ٢٠١٨.

(2) راجع في هذا الشأن: د / أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٢٨١.

(3) Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

(4) Art. 421-2-2. (Créé par Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 - art.

33 JORF 16 novembre 2001) - Constitue également un acte de terrorisme

le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou

en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant

des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens

utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en

vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent

chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte.

## التشريع المغربي

### تجريم وعقاب تمويل الإرهاب:

نص الفصل ٤ - ٢١٨ من القانون رقم ٠٣ - ٠٣ المتعلق بمكافحة الإرهاب ( ظهير شريف رقم ١٤٠-٠٣-١ صادر في ٢٦ من ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق ٢٨ مايو سنة ٢٠٠٣م (١) ) على أنه: تعتبر أفعالاً إرهابية الجرائم التالية:

- القيام بأي وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، بتقديم أو جمع أو تدبير أموال أو قيم أو ممتلكات بنية استخدامها، أو مع العلم أنها ستستخدم كلياً أو جزئياً لارتكاب عمل إرهابي، سواء وقع العمل المذكور أو لم يقع؛  
- تقديم مساعدة أو مشورة لهذا الغرض.

يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل:

- فيما يخص الأشخاص الطبيعيين، بالسجن من ٥ سنوات إلى ٢٠ سنة وبغرامة من ٥٠٠.٠٠٠ إلى ٢.٠٠٠.٠٠٠ درهم؛

- فيما يخص الأشخاص المعنوية، بغرامة من ١.٠٠٠.٠٠٠ إلى ٥.٠٠٠.٠٠٠ درهم دون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها على مسيريتها أو المستخدمين العاملين بها المتورطين في الجرائم.

ترفع عقوبة السجن إلى عشر سنوات وإلى ثلاثين سنة، كما ترفع الغرامة إلى الضعف:

- عندما ترتكب الجرائم باستعمال التسهيلات التي توفرها مزاولة نشاط مهني؛

- عندما ترتكب الجرائم في إطار عصابة منظمة؛

- في حالة العود.

يمكن علاوة على ذلك الحكم على الشخص المدان من أجل تمويل الإرهاب بمصادرة ممتلكاته كلياً أو جزئياً.

ونص الفصل ٦ - ٢١٨ / ١ من هذا القانون على أنه: بالإضافة إلى حالات المشاركة المنصوص عليها في الفصل ١٢٩ من هذا القانون، يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة، كل شخص يقدم عمداً لمن يرتكب فعلاً إرهابياً أو يساهم أو

(1) راجع: الجريدة الرسمية، رقم ٥١١٢، بتاريخ ٢٩ مايو سنة ٢٠٠٣.



يشارك فيه، أسلحة أو ذخائر أو أدوات تنفيذ الجريمة، أو مساعدات نقدية أو وسائل تعيش أو ترأسل أو نقل، أو مكاناً للاجتماع أو السكن أو الاختباء، وكل من يعينه على التصرف فيما حصل عليه من عمله الإجرامي، وكل من يقدم له أي نوع من أنواع المساعدة مع علمه بذلك. ...

### تجريم التحريض على تمويل الإرهاب:

نص الفصل ٥ - ٢١٨ منه على أنه: كل من قام بأي وسيلة من الوسائل بإقناع الغير بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو دفعه إلى القيام بها أو حرضه على ذلك يعاقب بالعقوبات المقررة لتلك الجريمة.

### التشريع الجزائري

#### تجريم وعقاب تمويل الإرهاب:

نصت المادة ٣ من قانون رقم ٥٥ - ٠١ مؤرخ في ٦ فبراير سنة ٢٠٠٥ المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها (١) على أنه: تعتبر جريمة تمويل للإرهاب، في مفهوم هذا القانون، كل فعل يقوم به كل شخص بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، وبشكل غير مشروع وإرادة الفاعل، من خلال تقديم أو جمع الأموال بنية استخدامها كلياً أو جزئياً، من أجل ارتكاب الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، المنصوص والمعاقب عليها بالمواد ٨٧ مكرراً إلى ٨٧ مكرراً ١٠ من قانون العقوبات.

### التشريع السوري

#### تجريم وعقاب تمويل الإرهاب:

نصت المادة ٢ / ب من المرسوم التشريعي رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٥ المؤرخ في ١ / ٥ / ٢٠٠٥ الخاص بمكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب على أنه: يعد من قبيل جرائم تمويل الإرهاب كل فعل يقصد منه تقديم أو جمع أموال بأي وسيلة مباشرة أو غير مباشرة من مصادر مشروعة أو غير مشروعة بقصد استخدامها في عمل إرهابي في أراضي الجمهورية العربية السورية أو خارجها وفقاً للقانون والأنظمة السورية النافذة والاتفاقيات الدولية أو الإقليمية أو الثنائية التي تكون سورية طرفاً فيها.

---

(1) راجع: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد ١١، في ٩ فبراير سنة ٢٠٠٥.

ونصت المادة ١ من المرسوم التشريعي رقم ٤٦ المؤرخ فى ٩ / ٧ / ٢٠١٣ على أنه: ( أ ) تعدل الفقرة ( ج ) من المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٥ المعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٢٧ لعام ٢٠١١ على النحو الآتي:

الأموال غير المشروعة: هى الأموال المتحصلة أو الناتجة بشكل مباشر أو غير مباشر عن ارتكاب إحدى الجرائم الواردة أدناه، سواء وقعت هذه الجرائم فى أراضي الجمهورية العربية السورية أم خارجها. ...

٣- جرائم الإرهاب وتمويل الإرهاب المنصوص عليها فى القوانين النافذة وفى المعاهدات والاتفاقيات الدولية والإقليمية النافذة فى سوريا.

( د ) تعدل الفقرة ( ج ) من المادة العاشرة من المرسوم التشريعي رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٥ المعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٢٧ لعام ٢٠١١ وفقاً لما يلي...

ج- تحال الأسماء والكيانات المحددة وفقاً لقراري مجلس الأمن رقمي ١٢٦٧ و ١٣٧٣ والقرارات ذات الصلة، عبر وزارة الخارجية والمغتربين، من وإلى الجهات المعنية لاتخاذ الإجراءات الخاصة بتجميد أموالهم وأصولهم وتحدد إليه ذلك، وفقاً لقرار خاص يصدر عن رئيس مجلس الوزراء، وذلك بما ينسجم مع أحكام القوانين والمعاهدات والاتفاقيات الدولية النافذة فى سوريا.

### التشريع البحريني

#### **تجريم وعقاب تمويل الإرهاب:**

نصت المادة ٦ / ٢ من القانون رقم ٥٨ لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المجتمع من الأعمال الإرهابية (١) على أنه... ويعاقب بالسجن الذي لا يقل عن عشر سنوات كل من أمدّها بأسلحة أو ذخائر أو مفرقات أو مهمات أو آلات أو معلومات، أو دبر لها أماكن أو مساكن أو محال للتستر أو الإيواء أو وسائل للتعيش، أو أخفى أو أتلف لها أشياء أو أموالاً أو أسلحة تكون قد استعملت أو أعدت للاستعمال فى أنشطتها أو تحصلت منها، مع علمه بما تدعو إليه وبوسائلها فى تحقيق أو تنفيذ ذلك.

### تشريع سلطنة عمان

#### **تجريم وعقاب تمويل الإرهاب:**

---

(1) راجع: الجريدة الرسمية، رقم ٢٧٥٢، فى ١٦ أغسطس سنة ٢٠٠٦.

نصت المادة ٣ من المرسوم السلطاني رقم ٨ / ٢٠٠٧ بإصدار قانون مكافحة الإرهاب المؤرخ في ٢٢ يناير سنة ٢٠٠٧ (١) على أنه: يُعاقب بالسجن المطلق أو المؤقت لمدة لا تقل عن عشر سنوات كل من... ب- أمد التنظيم الإرهابي بأية أموال أو أسلحة أو متفجرات أو غيرها من المواد التي تعرض حياة الناس أو أموالهم للخطر، أو بمستندات أو وثائق صحيحة أو مزورة، أو بأية وسائل أو أدوات أخرى أو معلومات أو مشورة مما يعينه على تحقيق أغراضه، مع علم الجاني بذلك. ج- قدم لرؤساء أو مديري أو أعضاء التنظيم الإرهابي سكناً أو مأوى أو مكاناً للاجتماع فيه أو نقل رسائلهم، أو غير ذلك من التسهيلات الأخرى، مع علمه بالغرض الذي يرمى إليه.

### التشريع الأردني

#### **تعريف تمويل الإرهاب:**

نصت المادة ٢ من القانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٧ بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب (٢) على أنه: أ- يكون للكلمات والعبارات التالية حيثما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على غير ذلك: تمويل الإرهاب: ارتكاب أي من الأعمال الواردة في الفقرة (ب) من المادة (٣) من هذا القانون.

#### **تجريم تمويل الإرهاب:**

نصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه... ب- يحظر تقديم الأموال أو جمعها أو تأمين الحصول عليها أو نقلها بأي وسيلة كانت، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وإن كانت من مصادر مشروعة، لإرهابي أو منظمة أو هيئة أو جمعية أو جماعة إرهابية أو لعمل إرهابي، مع العلم بذلك، سواء استخدمت هذه الأموال كلياً أو جزئياً أم لم تستخدم وسواء وقعت هذه الأعمال أم لم تقع.

ونصت المادة ٣ من قانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٤ بشأن منع الإرهاب (٣) على أنه: مع مراعاة أحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر، تعتبر الأعمال التالية في حكم

(1) راجع: الجريدة الرسمية، عدد رقم ٨٣٢، بتاريخ ٢٢ يناير سنة ٢٠٠٧.

(2) راجع: الجريدة الرسمية رقم ٤٨٣١، في ١٧ يونيو سنة ٢٠٠٧.

(3) راجع: الجريدة الرسمية، رقم ٣٣٦٥، في ١ يونيو سنة ٢٠١٤.

الأعمال الإرهابية المحظورة: أ- القيام بأي وسيلة مباشرة أو غير مباشرة، بتقديم الأموال أو جمعها أو تدبيرها بقصد استخدامها لارتكاب عمل إرهابي أو تمويل الإرهابيين سواء وقع العمل أم لم يقع داخل المملكة أو خارجها متعلق بمواطنيها أو مصالحتها.

#### العقوبات:

نصت المادة ٧ منه هذا القانون على أنه: مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي قانون آخر... ج- يعاقب مرتكب الأفعال المنصوص عليها في الفقرات (أ) و (ب) و (ج) و (د) و (هـ) من المادة (٣) من هذا القانون بالأشغال الشاقة المؤقتة ويعاقب مرتكب الأفعال المنصوص عليها في الفقرتين (و)، (ط) من المادة ذاتها بالأشغال الشاقة المؤقتة لمدة لا تقل عن عشر سنوات... و- يعاقب الشريك في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٣) من هذا القانون بأي صورته من صور الاشتراك بما في ذلك التدخل في الجريمة أو التحريض عليها أو المساعدة في ارتكابها بعقوبة الأفعال الأصلية سواء ارتكبت الجريمة داخل المملكة أو خارجها، ويعتبر العمل الإرهابي تاماً سواء أكان الفعل المؤلف له تاماً أو ناقصاً أم شروغاً فيه. ز- يعاقب على المؤامرة التي تستهدف ارتكاب أي جرم من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بالعقوبة ذاتها المفروضة على ارتكاب الجرم نفسه.

#### التشريع الكويتي

##### تعريف تمويل الإرهاب:

نصت المادة ١ من قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في ٨ مايو ٢٠١٣ (١) على أنه: في تطبيق أحكام هذا القانون تكون للكلمات والعبارات التالية المعنى المبين قرينها... تمويل الإرهاب: أي فعل من الأفعال المنصوص عليه في المادة (٣) من هذا القانون.

##### تجريم تمويل الإرهاب:

نصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه: يعد مرتكباً لجريمة تمويل الإرهاب كل من قام أو شرع بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بإرادته وبشكل غير مشروع بتقديم

(1) راجع: الجريدة الرسمية، العدد ١١٣٧، السنة التاسعة والخمسون، بتاريخ ٢٣ يونيو سنة ٢٠١٣.

أو جمع الأموال بنية استخدامها لارتكاب عمل إرهابي، أو مع علمه بأنها ستستخدم كلياً أو جزئياً لهذا العمل، أو لصالح منظمة إرهابية أو لصالح شخص إرهابي.

وتعتبر أي من الأعمال الواردة في الفقرة السابقة جريمة تمويل إرهاب، حتى لو لم يقع العمل الإرهابي أو لم تستخدم الأموال فعلياً لتنفيذ أو محاولة القيام به أو ترتبط الأموال بعمل إرهابي معين أيّاً كان البلد الذي وقعت فيه محاولة العمل الإرهابي.

#### **العقوبات:**

نصت المادة ٢٨ منه على أنه: يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن نصف قيمة الأموال محل الجريمة ولا تجاوز كامل قيمتها، كل من ارتكب إحدى جرائم الأموال المنصوص عليها في المادة ( ٢ ) من هذا القانون، إذا كان قد علم بأن تلك الأموال والأدوات متحصلة من الجريمة. ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال والأدوات المضبوطة.

ونصت المادة ٢٩ منه على أنه: يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس عشرة سنة وبغرامة لا تقل عن قيمة الأموال محل الجريمة ولا تجاوز ضعف هذه القيمة، وتصادر الأموال والأدوات المضبوطة، كل من ارتكب إحدى جرائم تمويل الإرهاب المنصوص عليها في المادة ( ٣ ) من هذا القانون.

#### **تشديد العقوبة:**

نصت المادة ٣٠ منه على أنه: تشدد العقوبات المنصوص عليها في المادتين ( ٢٨ و ٢٩ ) من هذا القانون إلى الحبس لمدة لا تجاوز عشرين سنة وبضعف الغرامة، في حالة تحقق أحد الظروف التالية: أ- إذا ارتكبت الجريمة من خلال جماعة إجرامية منظمة أو منظمة إرهابية. ب- إذا ارتكبها الجاني مستغلاً سلطة وظيفته أو نفوذها. ج- إذا ارتكبت الجريمة من خلال الأندية وجمعيات النفع العام والمبرات الخيرية. د- إذا عاد الجاني إلى ارتكاب الجريمة.

#### **عقوبات الشخص الاعتباري:**

نصت المادة ٣٢ منه على أنه: مع عدم الإخلال بالمسئولية الجزائية للشخص الطبيعي، يعاقب أي شخص اعتباري يرتكب جريمة غسل الأموال أو تمويل الإرهاب بغرامة لا تقل عن خمسين ألف دينار ولا تجاوز مليون دينار، أو ما يعادل إجمالي قيمة الأموال محل الجريمة، أيهما أعلى. ويجوز معاقبة الشخص الاعتباري

بمنعه بصفة دائمة أو مؤقتة مدة لا تقل عن خمس سنوات من القيام بأنشطة تجارية معينة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو بإغلاق مكاتبه التي استخدمت في ارتكاب الجريمة بصفة دائمة أو مؤقتة، أو بتصفية أعماله، أو بتعيين حارس قضائي لإدارة الأموال، وينشر الحكم الصادر بالإدانة في الجريدة الرسمية.

## التشريع التونسي

### **تجريم وعقاب تمويل الإرهاب:**

نص الفصل ٣٤ من القانون الأساسي رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ المؤرخ في ٧ أوت سنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال (١) على أنه: يعد مرتكباً لجريمة إرهابية ويعاقب بالسجن من عشرة أعوام إلى عشرين عاماً وبخطية من خمسين ألف دينار إلى مائة ألف دينار كل من يتعمد ارتكاب أحد الأفعال التالية:

١- إرشاد أو تدبير أو تسهيل أو مساعدة أو التوسط أو التنظيم بأي وسيلة كانت ولو دون مقابل دخول شخص إلى التراب التونسي أو مغادرته بصفة قانونية أو خلسة سواء تم ذلك من نقاط العبور أو غيرها بهدف ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون.

٢- توفير بأي وسيلة كانت المواد أو المعدات أو الأزياء أو وسائل النقل أو التجهيزات أو المؤونة أو المواقع الالكترونية أو الوثائق أو الصور لفائدة تنظيم أو وفاق إرهابي أو لفائدة أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون.

٣- وضع كفاءات أو خبرات على ذمة تنظيم أو وفاق إرهابي أو على ذمة أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون.

٤- إفشاء أو توفير أو نشر معلومات مباشرة أو بواسطة، بأي وسيلة كانت، لفائدة تنظيم أو وفاق إرهابي أو لفائدة أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون بقصد المساعدة على ارتكابها، أو التستر عليها أو الاستفادة منها أو عدم عقاب مرتكبيها.

٥- توفير محل لاجتماع أعضاء تنظيم أو وفاق إرهابي أو أشخاص لهم علاقة

---

(1) راجع: الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد ٦٣، المؤرخ في ٧ أوت سنة ٢٠١٥.

بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون أو إيواؤهم أو إخفاؤهم أو ضمان فرارهم أو عدم التوصل للكشف عنهم أو عدم عقابهم أو على الاستفادة بمحصول أفعالهم.

٦- صنع أو افتعال بطاقة تعريف وطنية أو جواز سفر أو غير ذلك من الرخص أو الشهادات الإدارية لفائدة تنظيم أو وفاق إرهابي أو لفائدة أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون.

ونص الفصل ٣٥ من هذا القانون على أنه: يعدّ مرتكباً لجريمة إرهابية ويعاقب بالسجن عشرين عاماً وبخطية قدرها مائة ألف دينار كل من يتعمد ارتكاب الأفعال التالية:

١- إدخال أو توريد أو تصدير أو تهريب أو إحالة أو اتجار أو صنع أو تصليح أو إدخال تغييرات أو شراء أو مسك أو عرض أو تخزين أو حمل أو نقل أو تسليم أو توزيع الأسلحة النارية الحربية والدفاعية وذخيرتها سواء كانت مستكملة التركيب أو مجزأة إلى قطع مفككة.

٢- توفير بأي وسيلة كانت أسلحة أو متفجرات أو ذخيرة.

ونص الفصل ٣٦ منه على أنه: ويعد مرتكباً لجريمة إرهابية ويُعاقب بالسجن من ستة أعوام إلى اثني عشر عاماً وبخطية من خمسين ألف دينار إلى مائة ألف دينار كل من يتعمد بأي وسيلة كانت بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ارتكاب أحد الأفعال التالية:

١- التبرع بأموال أو جمعها أو تقديمها أو توفيرها مع العلم بأن الغرض منها تمويل أشخاص أو تنظيمات أو أنشطة لها علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون، وذلك بقطع النظر عن شرعية أو فساد مصدر هذه الأموال.

٢- التبرع بأموال أو جمعها أو تقديمها أو توفيرها مع العلم بأن الغرض منها تمويل سفر أشخاص خارج تراب الجمهورية بقصد الانضمام إلى تنظيم إرهابي أو وفاق أو ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية أو بقصد تلقي أو توفير تدريبات لارتكابها.

٣- إخفاء أو تسهيل إخفاء المصدر الحقيقي لأموال منقولة أو عقارية أو مداخل أو مرائب راجعة لأشخاص طبيعيين أو لذوات معنوية مهما كان شكلها أو قبول

إيداعها تحت اسم مستعار أو إدماجها مع العلم بأن الغرض منها تمويل أشخاص أو تنظيمات أو أنشطة لها علاقة بالجرائم الإرهابية، وذلك بقطع النظر عن شرعية أو فساد مصدر هذه الأموال.

ويمكن الترفيع في مقدار الخطية إلى خمس مرات قيمة الأموال موضوع الجرائم المنصوص عليها بهذا الفصل.

ونص الفصل ٩٨ منه على أنه: يحجر توفير كل أشكال الدعم والتمويل لأشخاص أو تنظيمات أو أنشطة لها علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون وغيرها من الأنشطة غير المشروعة، سواء تم ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عبر ذوات طبيعية أو معنوية، أيًا كان شكلها أو الغرض منها، ولو لم تتخذ من الحصول على الأرباح هدفا لها.

ونص الفصل ٩٩ منه على أنه: يجب على الذوات المعنوية اتخاذ قواعد التصرف الحذر التالية:

- الامتناع عن قبول أي تبرّعات أو مساعدات مالية مجهولة المصدر أو متأتية من أعمال غير مشروعة يعتبرها القانون جنحة أو جناية أو من أشخاص طبيعيين أو معنويين أو تنظيمات أو هياكل ثبت تورطهم، داخل تراب الجمهورية أو خارجه، في أنشطة لها علاقة بالجرائم الإرهابية.

- الامتناع عن قبول أي اشتراكات تتجاوز قيمتها السقف المحدد قانوناً،

- الامتناع عن قبول أي تبرّعات أو مساعدات مالية أخرى، مهما كان حجمها، وذلك في ما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى نص قانوني خاص،

- الامتناع عن قبول أي أموال متأتية من الخارج، إلا بواسطة وسيط مقبول يوجد مقره بالبلاد التونسية، وبشرط أن لا يحول القانون الجاري به العمل دون قبولها،

- الامتناع عن قبول أي مبالغ مالية نقدا تساوي أو تفوق ما يعادل خمسة آلاف دينار ولو تم ذلك بمقتضى دفعات متعدّدة يُشتبه في قيام علاقة بينها.

### التشريع اللبناني

تعريف تمويل الإرهاب:



نصت المادة ١ من القانون رقم ٤٤ بشأن مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب بتاريخ ٢٤ نوفمبر ٢٠١٥م (١) على أنه: يقصد بالأموال غير المشروعة، بمفهوم هذا القانون، الأصول المادية أو غير المادية، المنقولة أو غير المنقولة بما فيها الوثائق أو المستندات القانونية التي تثبت حق ملكية تلك الأصول أو أية حصة فيها، الناتجة عن ارتكاب أو محاولة ارتكاب معاقباً عليها أو من الاشتراك في أي من الجرائم الآتية، سواء حصلت هذه الجرائم في لبنان أو خارجه... ٤ - تمويل الإرهاب أو الأعمال الإرهابية والأعمال المرتبطة بها ( السفر - التنظيم - التدريب - التجنيد... ) أو تمويل الأفراد أو المنظمات الإرهابية وفقاً لأحكام القوانين اللبنانية.

### تجريم وعقاب تمويل الإرهاب:

نصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه: يعاقب كل من أقدم أو حاول الإقدام أو حرض أو سهل أو تدخل أو اشترك... ٢ - في عمليات تمويل الإرهاب أو الأعمال المرتبطة بها بالعقوبات المنصوص عليها في المادة ٣١٦ مكرراً والمواد ٢١٢ لغاية ٢٢٢ ضمناً من قانون العقوبات.

ونصت المادة ١٤ منه على أنه: تصدر لمصلحة الدولة الأموال المنقولة وغير المنقولة التي يثبت بموجب حكم نهائي أنها متعلقة بجريمة تبييض أموال أو تمويل إرهاب أو محصلة بنتيجتها ما لم يثبت أصحابها، قضائياً، حقوقهم الشرعية بشأنها.

يمكن اقتسام الأموال التي جرت مصادرتها مع دول أخرى عندما تكون المصادرة ناتجة بصورة مباشرة عن تحقيقات أو تعاون منسق جرى بين السلطات اللبنانية المعنية وبين الجهة أو الجهات الأجنبية المعنية.

ونصت المادة ٣١٦ مكرراً عقوبات ( معدلة بالقانون رقم ٧٧ بتاريخ ٢٧ أكتوبر ٢٠١٦ (٢) ) على أنه: كل من يقوم أو يحاول القيام أو يوجه أو يشترك عن قصد وبأية وسيلة، مباشرة أو غير مباشرة، بتمويل كلياً أو جزئياً أو المساهمة بتمويل الإرهاب أو الأعمال الإرهابية، أو تمويل شخص إرهابي أو المنظمات الإرهابية، أو الأعمال المرتبطة بها، بما فيها تقديم أو توفير أو جمع الأموال المنقولة أو غير

(1) راجع: الجريدة الرسمية، رقم ٤٨، بتاريخ ٢٦ نوفمبر سنة ٢٠١٥.

(2) راجع: الجريدة الرسمية، رقم ٥٢، بتاريخ ٣ نوفمبر سنة ٢٠١٦.

المنقولة، من مصادر مشروعة أو غير مشروعة، في لبنان أو في الخارج، سواء استعملت الأموال أم لم تستعمل، وسواء تم العمل الإرهابي أو لم يتم في لبنان أو في الخارج.

تشمل جريمة تمويل الإرهاب السفر، محاولة السفر، التجنيد، التخطيط، الإعداد، التنظيم، التسهيل، المشاركة، تقديم أو تلقي التدريب، وأي عمل آخر مرتبط بها بنية القيام بأعمال إرهابية ودون أن تكون تلك الأعمال مرتبطة بعمل إرهابي محدد.

يعاقب مرتكبو الأفعال المحددة أعلاه بالأشغال الشاقة المؤقتة لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن مثل المبلغ المدفوع ولا تزيد عن ثلاثة أمثاله، ولا يحول ذلك دون تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المواد ٢١٢ لغاية ٢٢٢ ضمناً من قانون العقوبات.

### تشريع سلطنة عمان

#### **تعريف تمويل الإرهاب:**

نصت المادة ١ من المرسوم السلطاني رقم ٣٠ / ٢٠١٦ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب (١) على أنه: في تطبيق أحكام هذا القانون، يكون للكلمات والعبارات الآتية المعنى المبين قرين كل منها، ما لم يقتض سياق النص معنى آخر: جريمة تمويل الإرهاب: كل فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة (٨) من هذا القانون.

#### **طبيعة تمويل الإرهاب:**

ونصت المادة ٢ من هذا القانون على أنه: لأغراض هذا القانون، لا تعد جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب جرائم سياسية أو جرائم مرتبطة بجريمة سياسية أو جرائم ذات دوافع سياسية.

#### **تجريم تمويل الإرهاب:**

نصت المادة ٨ منه على أنه: يعد مرتكباً لجريمة تمويل الإرهاب كل شخص يقوم بإرادته وبأي وسيلة كانت بتقديم أو جمع الأموال، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، مع علمه بأنها ستستخدم كلياً أو جزئياً لارتكاب فعل إرهابي أو من قبل شخص إرهابي أو منظمة إرهابية. ويشمل ذلك تمويل سفر أفراد إلى دولة غير التي

(1) راجع: الجريدة الرسمية، العدد ١١٤٩، بتاريخ ٢ يونيو سنة ٢٠١٦.

يقيمون فيها أو يحملون جنسيتها بغرض ارتكاب أفعال إرهابية أو التخطيط أو التحضير لها أو المشاركة فيها أو تسهيلها، أو توفير التمويل اللازم للتدريب على أفعال الإرهاب أو تلقي ذلك التدريب.

### **الشروع والاتفاق الجنائي والاشترك والتحريض:**

نصت المادة ٩ منه على أنه: تعد جريمة تمويل الإرهاب تامة سواء وقع الفعل الإرهابي أم لم يقع، أيا كان البلد الذي ارتكب فيه الفعل الإرهابي أو الشروع فيه، وسواء استخدمت الأموال لارتكاب الفعل من عدمه.

ونصت المادة ١٠ منه على أنه: يعد فاعلاً أصلياً كل شخص شرع أو اشترك بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة على ارتكاب جريمة غسل الأموال أو تمويل الإرهاب، ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً عن تلك الجريمة إذا ارتكبت باسمه أو لحسابه.

### **العقوبات:**

نصت المادة ٨٧ منه على أنه: مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يُعاقب على الجرائم المبينة في هذا القانون بالعقوبات المنصوص عليها فيه.

ونصت المادة ٨٩ منه على أنه: يعاقب كل من ارتكب جريمة تمويل الإرهاب بالسجن مدة لا تقل عن عشر سنوات، ولا تزيد على خمس عشرة سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف ريال عماني، ولا تزيد على ما يعادل قيمة الأموال التي تم جمعها أو تأمينها.

### **عقوبات الشخص الاعتباري:**

نصت المادة ٩٠ منه على أنه: يعاقب الشخص الاعتباري الذي تثبت مسؤوليته في جريمة غسل الأموال أو تمويل الإرهاب بغرامة لا تقل عن مائة ألف ريال عماني، ولا تزيد على ما يعادل قيمة الأموال محل الجريمة، ويجوز للمحكمة أن تأمر بمنعه، بصفة دائمة أو مؤقتة، عن ممارسة أنشطته التجارية، أو بغلق مقره الذي استخدم في ارتكاب الجريمة، أو بتصفية أعماله، أو بتعيين حارس قضائي لإدارة الأموال. ويتم نشر الحكم النهائي الصادر بالإدانة في وسائل النشر.

### **تشديد العقوبات:**

نصت المادة ٩١ منه على أنه: يعاقب بعقوبة الفاعل الأصلي كل شخص شرع

أو اشتراك بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة على ارتكاب جريمة غسل الأموال أو تمويل الإرهاب.

ونصت المادة ٩٢ منه على أنه: تضاعف العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون في الحالات الآتية: أ- إذا ارتكب الجاني الجريمة من خلال جماعة إجرامية منظمة. ب- إذا ارتكب الجاني الجريمة مستغلاً سلطاته أو نفوذه من خلال مؤسسة مالية أو جمعية خيرية أو أهلية وما في حكمها، أو مستغلاً التسهيلات التي حولتها له وظيفته أو نشاطه المهني أو مكانته الاجتماعية. ج- عود الجاني إلى ارتكاب الجريمة.

## ٢- النظام الجنائي الأجنبي الأمريكي

### التشريع الإنجليزي

#### تجريم تمويل الإرهاب:

نصت المادة ١٥ من قانون الإرهاب الصادر سنة ٢٠٠٠ (١) على أنه:

( ١ ) يرتكب الشخص جريمة إذا كان:

( أ ) يدعو شخص آخر إلى تقديم أموال أو ممتلكات أخرى،

( ب ) يقصد أن تستخدم، أو لديه سبب معقول للشك أن تستخدم لأغراض

الإرهاب.

( ٢ ) يرتكب الشخص جريمة إذا كان:

( أ ) يتلقى مالاً أو ممتلكات أخرى،

( ب ) يقصد أن تستخدم، أو لديه سبب معقول للشك أن تستخدم لأغراض

الإرهاب.

( ٣ ) يرتكب الشخص جريمة إذا كان:

( أ ) يقدم الأموال أو الممتلكات الأخرى،

( ب ) يعلم أو لديه سبب معقول للاعتقاد للاشتباه في أنها سوف تستخدم أو يحتمل

أن تستخدم لأغراض الإرهاب.

( ٤ ) في هذا القسم إشارة إلى توفير الأموال أو غيرها من الممتلكات، يستوي

---

(1) Terrorism Act 2000.

عن طريق منحها أو إقراضها أو إتاحتها بطريقة أخرى... (١).

ونصت المادة ١٦ من هذا القانون على أنه:

(١) يرتكب الشخص جريمة إذا استخدم المال أو غيره من الممتلكات لأغراض الإرهاب.

(٢) يرتكب الشخص جريمة إذا كان:

(أ) تملك مالاً أو ممتلكات أخرى،

(ب) يقصد أن تستخدم، أو لديه سبب معقول للشك أن تستخدم لأغراض الإرهاب

(٢) ونصت المادة ١٧ منه على أنه: يرتكب الشخص جريمة إذا كان:

(أ) يدخل في ترتيب أو يصبح معنياً به كترتيب، ينتج عنه توفر مال أو ممتلكات

أخرى أو يمكن إتاحة للغير،

(ب) يعلم أو لديه سبب معقول للاعتقاد للاشتباه في أنه سوف أو قد يستخدم

---

(1) 15. (1) A person commits an offence if he- (a) invites another to provide money or other property, and (b) intends that it should be used, or has reasonable cause to suspect that it may be used, for the purposes of terrorism. (2) A person commits an offence if he- (a) receives money or other property, and (b) intends that it should be used, or has reasonable cause to suspect that it may be used, for the purposes of terrorism. (3) A person commits an offence if he- (a) provides money or other property, and (b) knows or has reasonable cause to suspect that it will or may be used for the purposes of terrorism. (4) In this section a reference to the provision of money or other property is a reference to its being given, lent or otherwise made available, whether or not for consideration.

(2) 16. (1) A person commits an offence if he uses money or other property for the purposes of terrorism. (2) A person commits an offence if he- (a) possesses money or other property, and (b) intends that it should be used, or has reasonable cause to suspect that it may be used, for the purposes of terrorism.

لأغراض الإرهاب (١).

## التشريع السوداني

### تجريم تمويل الإرهاب:

نصت المادة ٣٦ من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لسنة ٢٠١٤ بتاريخ ١٨ / ٦ / ٢٠١٤ على أنه: ( ١ ) يعد مرتكباً جريمة تمويل الإرهاب كل شخص يقوم عمداً أو يشرع بأية وسيلة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بتقديم أموال من مصدر مشروع أو غير مشروع أو جمعها بنية استخدامها أو مع علمه بأنها سوف تستخدم كلياً أو جزئياً لارتكاب عمل إرهابي، أو بوساطة منظمة إرهابية أو شخص إرهابي. ( ٢ ) تعتبر أي من الأفعال الواردة في البند ( ١ ) جريمة تمويل إرهاب حتى ولو لم يقع العمل الإرهابي أو لم تستخدم الأموال فعلياً لتنفيذه أو محاولة القيام به، أو لم ترتبط الأموال بعمل إرهابي معين، أيًا كان البلد الذي وقع فيه العمل الإرهابي أو محاولة ارتكابه.

### الشروع والاتفاق الجنائي والاشترك والتريض:

نصت المادة ٣٧ من هذا القانون على أنه... ( ٢ ) كل من يشرع في أو يتفق جنائياً أو يشارك أو يحرض أو يعاون على أو ينظم آخرين أو يوجههم لارتكاب الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٦، يعاقب بذات العقوبة المقررة للفاعل الأصلي.

### العقوبات:

نصت المادة ٣٨ منه على أنه: ( ١ ) دون المساس بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يُعاقب كل شخص عند الإدانة بموجب أحكام المادتين ٣٥ أو ٣٦ على الوجه الآتي: ( أ ) الشخص الطبيعي يعاقب بالسجن لمدة لا تقل عن

---

(1) 17. A person commits an offence if- (a) he enters into or becomes concerned in an arrangement as a result of which money or other property is made available or is to be made available to another, and (b) he knows or has reasonable cause to suspect that it will or may be used for the purposes of terrorism.

خمس سنوات ولا تجاوز عشر سنوات وبالغرامة التي لا تجاوز ضعف قيمة المال أو المتحصلات محل الجريمة، ( ب ) الشخص الاعتباري يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ٥٠,٠٠٠ جنيه ولا تجاوز ٥٠٠,٠٠٠ جنيه أو ضعف قيمة المال أو المتحصلات موضوع الجريمة أيهما أكثر، كما يجوز للمحكمة أن تحكم بحل أو تصفية الشخص الاعتباري أو بوقف نشاطه كليًا أو جزئيًا، أو بتغيير إدارته، و في حالة تكرار ارتكاب الجريمة يجب إلغاء تسجيله، ( ج ) يعاقب الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة باسم أو لمصلحة الشخص الاعتباري بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة ( أ ).

### ثانيًا: التشريع المصري

#### تعريف تمويل الإرهاب:

نصت المادة ١ من قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن تنظيم قوائم الكيانات الإرهابية والإرهابيين (١) على أنه: " يقصد - في تطبيق أحكام هذا القانون - بالألفاظ والعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها... التمويل: جمع أو تلقى أو حيازة أو إمداد أو نقل أو توفير أموال أو أسلحة أو ذخائر أو مفرقات أو مهمات أو آلات أو بيانات أو معلومات أو مواد أو غيرها، بشكل مباشر أو غير مباشر، وبأية وسيلة كانت، وذلك بقصد استخدامها، كلها أو بعضها في ارتكاب أية جريمة إرهابية أو العلم بأنها ستستخدم في ذلك، أو بتوفير ملاذ آمن لإرهابي أو أكثر، أو لمن يقوم بتمويله بأى من الطرق المتقدم ذكرها ".

ونصت المادة ٣ من قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ بإصدار قانون مكافحة الإرهاب (٢) على أنه: " يُقصد بتمويل الإرهاب كل جمع أو تلقى أو حيازة أو إمداد أو نقل أو توفير أموال أو أسلحة أو ذخائر أو مفرقات أو مهمات أو آلات أو بيانات أو معلومات أو مواد أو غيرها، بشكل مباشر أو غير مباشر، وبأية وسيلة كانت بما فيها الشكل الرقمي أو الإلكتروني، وذلك بقصد استخدامها، كلها أو بعضها في ارتكاب أية جريمة إرهابية أو العلم بأنها ستستخدم في

(1) الجريدة الرسمية، العدد ٧ مكررا ( ز )، في ١٧ فبراير سنة ٢٠١٥.

(2) الجريدة الرسمية، العدد ٣٣ مكررا، في ١٥ أغسطس سنة ٢٠١٥.

ذلك، أو بتوفير ملاذ آمن لإرهابي أو أكثر، أو لمن يقوم بتمويله بأى من الطرق المتقدم ذكرها".

### تجريم تمويل الإرهاب:

نصت المادة ٨٦ مكررا ( أ ) من قانون العقوبات على أنه: "...، ويعاقب بذات العقوبة ( الإعدام أو السجن المؤبد ) كل من أمدّها بأسلحة، أو ذخائر، أو مفرّعات، أو مهمات أو آلات أو أموال أو معلومات مع علمه بما تدعو إليه وبوسائلها فى تحقيق أو تنفيذ ذلك".

### التطور التاريخي لنص التجريم:

مضافة بموجب المادة ٢ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ (١).

والعقوبة معدلة بالقانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ (٢).

وتقابل المادة ١٣ من قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ بإصدار قانون مكافحة الإرهاب على أنه: " يُعاقب بالسجن المؤبد كل من ارتكب جريمة من جرائم تمويل الإرهاب إذا كان التمويل لإرهابي، وتكون العقوبة الإعدام إذا كان التمويل لجماعة إرهابية أو لعمل إرهابي. وفى الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة جماعة إرهابية، يُعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية لهذه الجماعة بالعقوبة المقررة فى الفقرة السابقة من هذه المادة ما دامت الجريمة قد ارتكبت لحساب الجماعة أو لمصلحتها. كما تعاقب الجماعة الإرهابية بغرامة لا تقل عن مائة ألف جنية ولا تجاوز ثلاثة ملايين جنية، وتكون مسئولة بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية أو تعويضات".

### المصلحة المحمية:

نص المشرع على هذا التجريم لما تبين من أن قوة الإرهاب ترجع إلى حد كبير إلى القدرة المالية للإرهابيين، بحسب أن التخطيط للعمليات الإرهابية وتنفيذها، بما يتضمنه من تعقد التنظيمات الإرهابية وشبكات العملاء الإرهابيين، تطلب بالضرورة

(1) راجع: الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ مكررا، في ١٨ يوليو سنة ١٩٩٢.

(2) راجع: الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ تابع، في ١٩ يونيو سنة ٢٠٠٣.



الاعتماد على الموارد المالية (١).

### طبيعة الجريمة:

يعتبر تمويل الإرهاب جريمة لها ذاتية خاصة، وليس مجرد اشتراك في جريمة الإرهاب. وعلى ذلك فإن جريمة التمويل تقع ولو لم يرتكب بالفعل أي عمل إرهابي (٢).

### الركن المادي للجريمة L'élément matériel:

يتمثل الركن المادي للجريمة في سلوك مادي بحت هو إمداد أحد التنظيمات غير المشروعة التي عددها نص المادة ٨٦ مكررا ١ / ١ عقوبات بالأموال أو الأسلحة أو الذخائر أو المفرقات أو المهمات أو الآلات أو المعلومات، مع العلم بالغرض الذي تدعو إليه، وهذا العلم عنصر نفسي في الركن المادي (٣).

ولا يتطلب أن تكون الأموال أو النقود التي قدمت إلى التنظيم غير المشروع قد استعملت أو استخدمت أو استغلت أو جرى الانتفاع بها بالفعل فيتحقق الركن المادي للجريمة بمجرد وضع المال أو النقود تحت يد التنظيم غير المشروع أو القائمين عليه بصفاتهم (٤).

والتمول المجرم قد يقع من أعضاء التنظيم والمنتمين له سواء كان ذلك بالإتشاء أو التأسيس أو الانضمام، وأيا كانت مكانة ومرتبة الجاني زعيماً أو قائداً أو عضواً عادياً، وقد يجئ إمداد التنظيم من الغرباء عنه من غير أعضائه أو المنتمين إليه. وممولو التنظيم من أعضائه متحقق فيهم العلم بحقيقة التنظيم وأغراضه وذلك بحكم عضويتهم المجرمة فيه، أما غير هؤلاء الغرباء عن التنظيم فلا تكتمل جريمة

---

(1) راجع: د / أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٢٧٨؛ ولذات المؤلف، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، ٢٠١٣، ص ١٢٣.

(2) راجع: د / أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

(3) راجع: د / رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٤٩.

(4) راجع: د / محمد محمود سعيد، جرائم الإرهاب، أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٤٤، ٤٥.

التمويل في حقهم دون ثبوت العلم بعدم شرعية التنظيم وبالغرض الذي يدعو إليه باعتباره (١).

ولا يشترط أن يكون الشخص الذي يقدم التمويل مصرياً، كما لا يشترط أن يكون موجوداً في مصر (٢).

### الركن المعنوي للجريمة : L'élément moral de l'infraction

الجريمة عمدية، ويتحقق ركنها المعنوي بتوافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، فيلزم أن يعلم الجاني بأنه يقوم بتمويل وإمداد أحد التنظيمات غير المشروعة التي عددها نص المادة ٨٦ مكرراً / ١ عقوبات بالأموال أو الأسلحة أو الذخائر أو المفرقات أو المهمات أو الآلات أو المعلومات.

كما يلزم أن يحيط علمه بالأغراض التي يدعو إليها التنظيم من تعطيل أحكام الدستور أو القوانين أو منع إحدى مؤسسات الدولة أو إحدى السلطات عامة من ممارسة أعمالها، أو الاعتداء على الحرية الشخصية للمواطن أو غيرها من الحريات والحقوق عامة التي كفلها الدستور والقانون أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي، وبوسائل تحقيقها، وإلا انتفى القصد الجنائي لديه.

فإذا تحقق العلم بالغرض الذي يدعو إليه التنظيم باعتباره داخلاً في الركن المعنوي لجريمة التمويل فلا اعتداد بالباعث على التمويل سواء كان لإيمان الجاني بأغراض وأهداف التنظيم ورغبة الجاني في تحققها، أو كان ممن لا يؤمن ولا يعتنق مبادئ التنظيم وأهدافه (٣).

كما يلزم اتجاه الإرادة إلى مقارفة السلوك تطبيقاً للقواعد العامة.

---

(1) راجع: د / محمد أبو الفتح الغنام، الإرهاب وتشريعات المكافحة في الدول الديمقراطية، بدون

دار نشر، ١٩٩١، ص ٨٣ ~ ٨٤.

(2) راجع: د / إبراهيم عيد نايل، السياسة الجنائية في مواجهة الإرهاب، بين القانون الفرنسي رقم

٨٦ - ١٠٢٠ لسنة ١٩٨٦ والقانون المصري رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٩٦، ص ٦٥.

(3) راجع: د / محمد أبو الفتح الغنام، مرجع سابق، ص ٨٣.

## العقوبة Peine:

عقوبة تمويل الجمعيات أو الهيئات أو الجماعات أو العصابات الإرهابية بالأموال أو الأسلحة أو الذخائر أو المفرقات أو المهمات أو الآلات أو المعلومات هي الإعدام أو السجن المؤبد.

## تطبيقات قضائية

### القضية رقم ٢ لسنة ٢٠١٠ كلى غرب القاهرة:

حيث أسندت سلطة الاتهام لكل من... أنهم فى غضون الفترة من عام ٢٠٠٦ حتى ٢١ / ٧ / ٢٠٠٩ بدائرة قسم شرطة الزيتون - محافظة القاهرة... ثالثاً: المتهمون من الأول حتى الرابع عشر: أمدوا جماعة أسست على خلاف أحكام القانون بمعونات مادية ومالية، بأن أمدوا جماعة (سرية الولاء والبراء) بأموال ومعدات - سيارات وأدوات غطس - وأجهزة إلكترونية - جهاز توجيه عن بعد ودوائر إلكترونية وكهربائية - وذلك مع علمهم بأهداف الجماعة المشار إليها وما تدعوا إليه من أغراض (١).

### القضية رقم ٩٣٨ لسنة ٢٠١٤ مركز كرداسة:

حيث اتهمت النيابة العامة... بأنهم فى غضون الفترة من ١٤ من أغسطس سنة ٢٠١٣ وحتى ٥ من أكتوبر سنة ٢٠١٣ بدائرة مركز كرداسة - محافظة الجيزة... عاشرًا: المتهمون الأول والثاني والثالث والرابع عشر والثالث عشر أيضًا: أمدوا جماعة أسست على خلاف أحكام القانون بمعونات مادية ومالية مع علمهم بما تدعو إليه تلك الجماعة وبوسائلها الإرهابية لتحقيق أهدافها بأن قدم الأول والثاني والثالث والثاني عشر للجماعة - موضوع بند الاتهام أولًا - أسلحة آلية، قنابل مصنعة محليًا، مفرقات، دوائر تفجير كهربائية، أجهزة تحكم عن بعد متصلة بهواتف محمولة وقاذفات صاروخية " PG " المستخدمة فى إطلاق قذائف " RPGY " والعبوات الدافعة لها، و قدم

---

(1) راجع: حكم محكمة جنايات القاهرة الصادر فى جلسة ٨ أكتوبر سنة ٢٠١٦، فى القضية رقم ٣٠٨ لسنة ٢٠١٠ جنايات الزيتون، والمقيدة برقم ٢ لسنة ٢٠١٠ كلى غرب القاهرة.

المتهم الثالث عشر الأموال اللازمة لشرائها على النحو المبين بالتحقيقات (١).

### القضية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤ كلى وسط القاهرة:

حيث اتهمت النيابة العامة المتهمين... بأنهم فى غضون الفترة من ٣ / ١٠ / ٢٠١٣ حتى ٢٩ / ١٢ / ٢٠١٣ بدائرة قسم شرطة قصر النيل - محافظة القاهرة... ثالثاً: المتهمون جميعاً أيضاً: أمداوا جماعة أسست على خلاف أحكام القانون بمعونات مادية ومالية، بأن أمداوا الجماعة - موضوع الاتهام الوارد بالبند أولاً ( جماعة الإخوان المسلمين ) - بأموال ومهمات ومعدات وآلات مع علمهم بما تدعو إليه ووسائلها فى تحقيق ذلك على النحو المبين فى التحقيقات (٢).

### القضية رقم ١٠٣ لسنة ٢٠١٤ حصر أمن الدولة العليا:

حيث اتهمت نيابة أمن الدولة العليا المتهمين... لأنهم فى غضون الفترة من شهر أكتوبر لعام ٢٠١٤ وحتى ٢١ / ٥ / ٢٠١٥ بمحافظتي القاهرة والجيزة... رابع وعشرون: المتهمون الأول، الثاني، الرابع، الخامس والثاني عشر والثالث عشر والرابع عشر والسادس عشر والسابع عشر والتاسع عشر أيضاً: أمداوا جماعة أسست على خلاف أحكام القانون بمعونات مادية ومالية مع علمهم بما تدعو إليه تلك الجماعة ووسائلها الإرهابية لتحقيق أهدافها، بأن قدما للجماعة - موضوع بند الاتهام أولاً - قنابل شديدة الانفجار، مواد مفرقة وأدوات تستخدم فى تصنيعها، دوائر تفجير كهربائية، أجهزة تحكم للتفجير عن بعد متصلة بأجهزة هواتف محمولة وأسلحة نارية وذخائر والأموال اللازمة لشرائها ومعلومات وبيانات عن مواقع عدد من الأكمنة الأمنية وأعداد قواتها وعدتها على النحو المبين بالتحقيقات (٣).

(1) راجع: حكم محكمة جنايات الجيزة الصادر فى جلسة ٦ أغسطس سنة ٢٠١٤، فى قضية

الجناية رقم ٩٣٨ لسنة ٢٠١٤ مركز كرداسة، والمقيدة برقم كلى ٩ لسنة ٢٠١٤.

(2) راجع: حكم محكمة جنايات الجيزة الصادر فى جلسة ٢٣ يونيو سنة ٢٠١٤، فى الجناية رقم

لسنة ٢٠١٤ جنايات قصر النيل، والمقيدة برقم ١٢ لسنة ٢٠١٤ كلى وسط القاهرة.

(3) راجع: أمر إحالة تكميلي فى القضية رقم ١١٨٧٧ لسنة ٢٠١٤ جنايات قسم الجيزة، والمقيدة

برقم ٣٤٥٥ لسنة ٢٠١٤ كلى جنوب الجيزة، والمقيدة برقم ١٠٣ لسنة ٢٠١٤ حصر أمن

### القضية رقم ٣٩٧ لسنة ٢٠١٤ حصر أمن الدولة العليا:

حيث أسندت سلطة الاتهام لكل من... لأنهم فى غضون الفترة من عام ألفين وثلاثة عشر حتى الثالث من أكتوبر ألفين وخمسة عشر - بمحافظة القاهرة... ثالثاً: المتهمون من الأول حتى الثالث، والسابع، والثامن: أمدوا جماعة أسست على خلاف أحكام القانون بمعونات مادية ومالية، بأن أمدوا الجماعة - موضوع الاتهام الوارد بالبند أولاً - بأسلحة وذخائر ومفرقات ومهمات وأموال ومعلومات مع علمهم بما تدعو إليه وبوسائلها فى تحقيق ذلك على النحو الوارد بالتحقيقات (١).

### القضية رقم ٦٥٣ لسنة ٢٠١٤ حصر أمن الدولة العليا:

حيث إن الوقائع حسبما استقرت فى يقين المحكمة مستخلصة فيما انتهت إليه تحقيقات النيابة العامة: من أنه وفى أعقاب أحداث ٣٠ / ٦ / ٢٠١٣ انتهجت جماعة الإخوان مخطط يهدف إلى إشاعة الفوضى بالبلاد ومنع مؤسسات الدولة وسلطاتها العامة من ممارسة أعمالها والاعتداء على الحريات الشخصية للمواطنين بغرض إسقاط الدولة والتأثير على مقوماتها الاقتصادية والاجتماعية والإضرار بالوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي، ارتكبت فيه إلى تنفيذ أعمال عداوية ضد أفراد القوات المسلحة والشرطة ومنشأتهما وتخريب المنشآت العامة وقطع الطرق وحرق الكنائس وإرهاب المواطنين والدعوى لتحقيق أغراضها من خلال تدبير تجمهرات يتخللها تنفيذ عمليات إرهابية وصولاً لإسقاط نظام الحكم القائم بالبلاد.

وأنه نظراً لارتكاز الحراك المسلح والعمليات الإرهابية لجماعة الإخوان الإرهابية على الأموال التي يمدّها به أعضائها ومؤيديها من أصحاب الكيانات الاقتصادية فضلاً عن الكيانات المملوكة للجماعة فقد اضطلعت قيادات مكتب الإرشاد بتشكيل لجنة مالية تولى مسئوليتها نائب مرشد الجماعة المتهم... قبيل ضبطه... والتي اضطلعت بوضع مخططاً قائم على إنشاء العديد من الكيانات الاقتصادية والمالية

---

الدولة العليا، والمقيدة برقم ٣٥ لسنة ٢٠١٤ جنایات أمن الدولة العليا.

(1) راجع: أمر إحالة نيابة أمن الدولة العليا فى القضية رقم ٣٩٧ لسنة ٢٠١٤ حصر أمن الدولة العليا، والمقيدة برقم ٧٥ لسنة ٢٠١٦ جنایات أمن الدولة العليا.



كما انتهت التحقيقات إلى أنه في أعقاب فض اعتصامي رابعة والنهضة... صدرت تكاليفات لبعض القيادات والكوادر الإخوانية من رجال الأعمال وأصحاب رؤوس الأموال - المشار إليهم سلفاً- لتمويل شراء الأسلحة وتدريب عناصر الجماعة عسكرياً وإعدادهم بدنياً للقيام بعمليات إرهابية ضد رجال القوات المسلحة والشرطة في إطار تنفيذ أغراض الجماعة العدائية بهدف إحداث حالة من الانفلات الأمني وصولاً لإسقاط نظام الحكم بالبلاد.

ونفاذاً لذلك فقد عقدت قيادات الجماعة الهاربين خارج البلاد عدة اجتماعات تنظيمية وضعوا خلالها مخطط لتقويض الاقتصاد المصري وعرقلة جهود التنمية وقد ارتكز مخططهم على استغلال الكيانات والعناصر المتحفظ عليها في تنفيذ مخططهم المتمثل في أولاً: اضطلاع القنوات والمواقع الالكترونية - المتحفظ عليها - التابعة للجماعة بنشر الأخبار...

بالإضافة إلى اضطلاع قيادات الجماعة بالداخل والخارج بتوفير الدعم اللوجيستي والمالي بصفة شهرية للإنفاق على الأنشطة والعمليات الإرهابية التي يضطلع بتنفيذها عناصر الحراك المسلح بالداخل - حركتي " حسم، لواء الثورة " وتسهيل حصول عناصر ذلك الحراك على الأسلحة والمفرقات وتدريب المقدرات التنظيمية لإيواء وتدريب عناصر عسكرياً...

وترتيباً على ما تقدم فإنه قد يكون قد وقر في يقين المحكمة على وجه القطع واليقين أن ما اسند إلى المطلوب إدراجهم على قوائم الإرهابيين من جرائم تمثلت في تمويل شراء الأسلحة وتدريب عناصر جماعة الإخوان المسلمين عسكرياً وإعدادهم بدنياً للقيام بعمليات إرهابية ضد رجال القوات المسلحة والشرطة ونشر الأخبار والإشاعات الكاذبة حول الاقتصاد الوطني وجمع العملات الأجنبية من الأسواق وتهريب ما تبقى من أموال جماعة الإخوان المسلمين من عملات صعبة للخارج من خلال شركات الصرافة التابعة للجماعة... (١).

---

(1) راجع: قرار محكمة جنايات القاهرة الصادر في ١٢ يناير سنة ٢٠١٧، في العريضة رقم ٥ لسنة ٢٠١٧ عرائض كيانات إرهابية، في القضية رقم ٦٥٣ لسنة ٢٠١٤ حصر أمن دولة عليا.

## القضية رقم ٦٧٢ لسنة ٢٠١٥ حصر أمن دولة:

حيث اتهمت النيابة العسكرية المذكورين... بأنهم فى غضون عام ٢٠١٥ بجهة جمهورية مصر العربية وخارجها ارتكبوا الآتي... ثالثاً: المتهمون الثاني عشر والمتهمون من التاسع والعشرون، وحتى الرابع والثلاثون: أمدوا جماعة أسست على خلاف أحكام القانون بمعونات مادية ومالية، بأن أمدوا الجماعة - موضوع الاتهام الوارد بالبند أولاً ( جماعة داعش الإرهابية ) - بمفرقات ومهمات وأدوات ومقرات تنظيمية وأموال ومعلومات مع علمهم بما تدعوا إليه ووسائلها فى تحقيق ذلك على النحو المبين بالتحقيقات (١).

## القضية رقم ٩٥٨ لسنة ٢٠١٦ كلى شرق القاهرة:

حيث اتهمت النيابة العامة المتهمين... لأنهم فى غضون الفترة من عام ألفين وثلاثة عشر حتى الثالث من أكتوبر ألفين وخمسة عشر - بمحافظة القاهرة... ثالثاً: المتهمون من الأول حتى الثالث، والسابع، والثامن: أمدوا جماعة أسست على خلاف أحكام القانون بمعونات مادية ومالية بأن أمدوا الجماعة - موضوع الاتهام الوارد بالبند أولاً - بأسلحة وذخائر ومفرقات ومهمات وأموال ومعلومات مع علمهم بما تدعو إليه وبوسائلها فى تحقيق ذلك على النحو المبين بالتحقيقات... .

وحيث إن المحكمة على نحو ما سلف فقد رأت أن تمويل الإرهاب فى هذه القضية قد بدا من المتهم الثامن... الهارب والمقيم بدولة قطر ماراً بدولة تركيا لتلقى التدريبات بدولة سوريا وكان هذا البين من اعترافات المتهم الأول... من أن كافة التمويلات التي تحصل عليها أو أرسلت إليه كانت من دولة قطر وأنه تلقى كافة التدريبات العسكرية فى استخدام كافة أنواع الأسلحة بإحدى المعسكرات التابعة ( لجهة الشام الإرهابية ) بدولة سوريا والتي توجه إليها من خلال دولة تركيا عابراً الحدود بينهما مستخدماً الطرق البرية بمرافقة أحد أعضاء التنظيم سالف الذكر مصطحباً له من دولة تركيا - الأمر الذي ترى معه المحكمة حفاظاً على أبناء جمهورية مصر العربية وتجيئاً لمنابع الإرهاب المتواجدة فى تلك الدول سالفة الذكر...

(1) راجع: قرار اتهام نيابة شرق القاهرة العسكرية فى القضية رقم ٢٤٧ لسنة ٢٠١٦ جنابات==

==عسكرية شرق، والمقيدة برقم رقم ٦٧٢ لسنة ٢٠١٥ حصر أمن دولة.



وحيث إن المحكمة وهى بصدد تقدير العقاب الذي يتناسب وجرم المتهمين... الذي يدل على إجرامهما الغادر الذي لا يتفق مع أي سبيل للرفاة أو متسعاً للرحمة ويتعين معه مواجهة فسادهم في الأرض ومواجهته بالقصاص منهم حقاً وعدلاً تطبيقاً لقول المولى عز وجل: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (سورة المائدة: الآية ٣٣).

ولما كان من المقرر أن التعزير بالقتل واجب عند لوازمه ودواعيه وتحقيق شروطه وضوابطه لأن الوقوف بعقوبة الإعدام عند بعض جرائم الحدود والقصاص لا يتمشى مع أغراض الشارع من فرضية العقاب ولا يتفق مع العقل والمنطق فهناك من الجرائم ما يزيد في خطورته عن جرائم الحدود والقصاص المقررة فيها عقوبة الإعدام هناك من المجرمين من تأصل فيه الإجرام وطابت نفوسهم بالجريمة يقتربون ما زاد خطرة منها دون أن تردعهم أي عقوبة مهما بلغت وعلى ذلك وجب لهم الإعدام الذي يستأصلهم من بين أفراد المجتمع حماية للباقيين منهم فمن الجرائم ما يمس أمن الدولة وسلامتها في الداخل والخارج ومنها ما يأتي علي النفوس أو يهزأ من المجتمع أو يهدد الدين والعقيدة فلزم أن يكون للمشرع فرض عقوبة الإعدام في بعض الجرائم ذات الصبغة الخطرة وبالنسبة للمجرمين شديدي الخطر على المجتمع ممن لا يرجي لهم صلاح وتطهير للمجتمع وحماية للبلاد والعباد والأديان والممتلكات (١).

### القضية رقم ٩٦ لسنة ٢٠١٦ جنايات أمن الدولة العليا:

حيث أسندت سلطة الاتهام لكل من... لأنهم فى غضون الفترة من مطلع عام ٢٠١٤ حتى ٢٨ / ٣ / ٢٠١٦ بمحافظة القاهرة... ثانيًا: المتهمون الأول، والرابع، ومن السادس حتى العاشر، والحادي والعشرون، والثالث والعشرون، والرابع والعشرون أيضًا: أمدوا جماعة أسست على خلاف أحكام القانون بمعونات مادية

(1) راجع: حكم محكمة جنايات القاهرة الصادر فى ٣٠ أبريل سنة ٢٠١٧، فى الجناية رقم ١٠٠١٥

لسنة ٢٠١٦ عين شمس، والمقيدة برقم ٩٥٨ لسنة ٢٠١٦ كلى شرق القاهرة.

ومالية، بأن أمدوا الجماعة - موضوع الاتهام الوارد بالبند أولاً ( لجان عمليات نوعية تابعة لجماعة الإخوان ) - بأسلحة نارية وذخائر ومفرقات وأموال ومعلومات مع علمهم بما تدعو إليه وبوسائلها في تحقيق ذلك على النحو المبين بالتحقيقات (١).

#### القضية رقم ٧٩٩ لسنة ٢٠١٦ حصر أمن الدولة العليا:

حيث اتهمت نيابة أمن الدولة العليا المتهمين... لأنهم في الفترة من يناير عام ٢٠١٦ حتى ١٤ / ١٢ / ٢٠١٦ بمحافظتي القاهرة والقلوبية... ثانياً: المتهمون من الأول حتى الخامس والتاسع والحادي عشر والثاني عشر ارتكبوا جرائم تمويل جماعة إرهابية بأن مولوا الجماعة المسلحة - موضوع الاتهام الوارد بالبند أولاً فقرة ١ - بالأموال والأسلحة النارية والذخائر والمفرقات والآلات والبيانات والمعلومات وبتوفير ملاذ آمن لإرهابيين وذلك بقصد استخدامهم في ارتكاب جريمة إرهابية (٢).

#### القضية رقم ٦٠ لسنة ٢٠١٧ جنايات أمن الدولة العليا:

حيث اتهمت نيابة أمن الدولة العليا... المتهمين جميعاً: ارتكبوا جريمة من جرائم تمويل الإرهاب بأن أمدوا الجماعة موضوع الاتهام بالبند الأول - اللجنة الاقتصادية المركزية التابعة لمكتب الإرشاد العام لجماعة الإخوان - بالأموال مع علمهم بما تدعو إليه من أغراض وبوسائلها في تحقيق ذلك (٣).

---

(1) راجع: أمر إحالة نيابة أمن الدولة العليا في القضية ٣٠٩٥٧ / ١٦٩ لسنة ٢٠١٦ جنايات مدينة نصر أول، والمقيدة برقم ٢٤٨٤ لسنة ٢٠١٦ كلى شرق القاهرة، والمقيدة برقم ٥٧٠ لسنة ٢٠١٥ حصر أمن الدولة العليا، والمقيدة برقم ٩٦ لسنة ٢٠١٦ جنايات أمن الدولة العليا.

(2) راجع: تحقيقات نيابة أمن الدولة العليا في القضية رقم ٧٩٩ لسنة ٢٠١٦ حصر أمن الدولة العليا.

(3) راجع: تحقيقات نيابة أمن الدولة العليا في القضية ٧٧ لسنة ٢٠١٧ جنايات أمن الدولة العليا طوارئ، والمقيدة برقم ٥٨٩ لسنة ٢٠١٧ كلى القاهرة الجديدة، والمقيدة برقم ٧٢١ لسنة ٢٠١٥ حصر أمن الدولة العليا، والمقيدة برقم ٦٠ لسنة ٢٠١٧ جنايات أمن الدولة العليا.

## الخاتمة

بذلك أكون قد انتهيت من دراستي لموضوع مكافحة تمويل الإرهاب، والتي تناولت فيها الجهود الدولية والإقليمية والوطنية، التي تم اتخاذها من الناحية الموضوعية، لمكافحة تمويل الإرهاب والوقاية منه، وكيف تم تجريم تمويل الإرهاب في الاتفاقيات الدولية والإقليمية، والقرارات ذات الصلة، وتشريعات النظم الجنائية المقارنة.

ونوضح فيما يلي أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من هذه الدراسة، لعلها تحقق الأهداف المرجوة منها.

### أولاً: النتائج

- حادثة تناول جرائم تمويل الإرهاب وآثارها الاقتصادية والاجتماعية والأمنية، وعلاقتها بجرائم الإرهاب وجرائم غسل الأموال في الاتفاقيات الدولية والإقليمية وتشريعات النظم الجنائية المقارنة.

- اهتمام المجتمع الدولي بمكافحة استخدام الوسائل الاقتصادية في الإرهاب.

- ازدياد اهتمام المجتمع الدولي بمكافحة تمويل الإرهاب عقب أحداث ١١ سبتمبر سنة ٢٠٠١، والتي صدر بعدها القرار رقم ١٣٧٣ لسنة ٢٠٠١ عن مجلس الأمن.

- اتخذ المجتمع الدولي تدابير مختلفة لمكافحة تمويل الإرهاب، في محاولة لمكافحة الجريمة الإرهابية والحد منها ومحاصرتها.

- ازدياد الأعمال الإرهابية في السنوات القليلة الماضية لفت أنظار الدول والأجهزة المعنية إلى خطورة عمليات تمويل الإرهاب، والدور الذي تلعبه في دعم التنظيمات الإرهابية.

- يُستخدم الإرهاب من قبل دول وحكومات في صراعها مع دول أخرى، بديلاً عن الحروب التقليدية - التي تتكفأ أثماناً باهظة ومعوقات دولية، والتي لا تملكها الجيوش - ، وذلك من خلال تمويل أو دعم تنظيمات إرهابية داخل تلك الدول البعيدة جغرافياً.

- يقف وراء العمليات الإرهابية قوى دولية تُمولها بالمال والسلاح.

- يعتبر تمويل الإرهاب أحد المخاطر التي تهدد أمن وكيان المجتمع الدولي.

- فطن المجتمع الدولي إلى أثر تمويل الإرهاب في تحديد العلاقات الدولية وكونه سبباً

- مباشراً في تحجيم التعاون الدولي وقطع العلاقات بين الدول.
- أصبح تمويل الإرهاب أمراً يقلق الحكومات والأجهزة المعنية في كافة أنحاء العالم.
- أولت مختلف دول العالم اهتماماً بمكافحة تمويل الإرهاب، وقامت أغلب الدول بتجريم وسائل تمويل العمليات الإرهابية من خلال اتباع سياسة جنائية متشددة.
- لم تتبع دول العالم منهجاً واحداً في مكافحة تمويل الإرهاب، فهناك دول أصدرت قوانين لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في وقت واحد؛ ودول أخرى لديها قوانين لمكافحة الإرهاب بكافة صورته وأشكاله بما فيها جرائم تمويل الإرهاب؛ ودول أصدرت قوانين ولوائح لمعالجة أسباب تمويل الإرهاب.
- حرصت بعض الدول على مكافحة تمويل الإرهاب بطريقة فعالة، عن طريق تجريم تمويل الإرهاب ضمن قوانين مكافحة غسل الأموال، وإصدار قوانين لمكافحة الإرهاب، بالإضافة إلى إصدار القوانين التي تضع الضوابط على الجمعيات الخيرية.
- إن الغالبية العظمى من دول العالم لديها قوانين لمكافحة جريمة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، والبعض يعاقب علي تمويل الإرهاب كجريمة من جرائم الإرهاب، والقلة يخضع تجريم تمويل الإرهاب لأحكام قانون العقوبات.
- مواجهة قوانين مكافحة غسل الأموال جرائم غسل الأموال وجرائم تمويل الإرهاب بقواعد قانونية خاصة وموحدة.
- يترتب على جرائم تمويل الإرهاب آثار متعددة سياسية واقتصادية وأمنية، ومن ثم فإن الاهتمام بمكافحتها له تأثير في الاستقرار السياسي والاقتصادي والمالي والأمني لأي دولة، بالإضافة إلى مكافحة الجريمة الإرهابية ذاتها.
- جرائم تمويل الإرهاب جريمة عبر وطنية لتضمنها عنصراً دولياً.
- جرائم تمويل الإرهاب تتميز بالسرية والخفاء حيث يحرص ممولو الإرهاب على القيام بأنشطتهم عادة بعيداً عن القنوات العادية لحركة الأموال.
- إن الوسائل الالكترونية تلعب دوراً مهماً في تسهيل عمليات تمويل الإرهاب؛ حيث يستخدم ممولو الإرهاب تلك الوسائل لإمداد التنظيمات الإرهابية بالأموال اللازمة

لقيامهم بأعمالهم الإرهابية.

### ثانياً: التوصيات

- أهمية دعوة الدول التي لم تنضم إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة تمويل الإرهاب إلى الانضمام إليها، والأخذ بأحكامها في قوانينها الداخلية.
- أهمية دعوة الدول التي لا تتضمن قوانينها الوطنية نصوصاً لمكافحة تمويل الإرهاب إلى تجريم هذه الأفعال بقواعد قانونية خاصة مشددة.
- أهمية إصدار تشريعات وطنية تتفق مع المبادئ والأحكام العامة المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب.
- أهمية إصدار القوانين واللوائح التي تضع الضوابط على الجمعيات الخيرية والتبرعات الإنسانية؛ وذلك لمنع وصول تلك الأموال إلى التنظيمات الإرهابية.
- أهمية وضع ما تضمنته القوانين واللوائح والتعليمات المتعلقة بمكافحة تمويل الإرهاب موضع التنفيذ.
- ضرورة تطوير القوانين واللوائح التي تكافح تمويل الإرهاب، حتى تواكب التطورات والمستجدات.
- العمل على اعتبار سلوك الدولة الممولة للإرهاب جريمة دولية ضد السلم والأمن الدولي.
- فرض عقوبات دولية على الدول التي يثبت تورطها في تمويل الإرهاب.
- ضرورة تفعيل آليات التعاون الدولي بين مختلف دول العالم بصفة عامة، وبين الدول العربية بصفة خاصة لمكافحة تمويل الإرهاب.
- ضرورة تعزيز التنسيق والتعاون الدولي والإقليمي والعربي لمكافحة الظواهر الإجرامية العابرة للحدود، بالنظر إلى آثارها الخطيرة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية، والتي لا تستثنى دولة أو منطقة.
- ضرورة مواصلة التعاون العربي بشأن إعداد اتفاقيات عربية في مجال مكافحة تمويل الإرهاب، على نحو يعكس خصوصية هذه المفاهيم على الصعيد العربي، وخطورتها على المجتمعات العربية.
- يلزم لمكافحة تمويل الإرهاب أن تأخذ في الاعتبار مكافحة الجرائم الأخرى ذات

الصلة، وذات الطبيعة الدولية.

- ضرورة اهتمام الدول بالخطاب الديني في مكافحة تمويل الإرهاب، عن طريق المواجهات الفكرية لممولي التنظيمات الإرهابية، ودحض المعتقدات والفكر المغلوط لهم.

- ضرورة استخدام الدول جميع الوسائل الممكنة لمواجهة التطرف والعنف والإرهاب بجميع مفاهيمه وتصوراته الفكرية، وكشف حقيقته وفضح أوهامه ومزاعمه وأساليب زيفه وخداعه في توظيف النصوص والأحداث.

- ضرورة استخدام الإعلام بجميع وسائله في محاربة الفكر المتطرف ورموزه، وكشف أساليبهم المنحرفة، والتصدي لهم، ونشر الوعي لجميع أفراد المجتمع بالأضرار الناتجة عن تمويل الإرهاب، لتفادي التفرير بهم.

- ضرورة توافر قوى بشرية ذات مواصفات وسمات خاصة لمكافحة تمويل الإرهاب، وذلك لمواكبة التطور الذي يشهده العالم في كافة المجالات.

- الاهتمام بدور البنوك والمؤسسات المالية في مكافحة تمويل الإرهاب.

# **تطور الحماية القانونية لحقوق الطفل في القانون الدولي**

الدكتور/ محمد غالي شريدة العنزي





## الملخص

يشهد التاريخ ان الطفل بحكم ضعفه وقلة خبرته ، عادة ما يكون اول ضحايا الصراعات والحروب والمجاعات والكوارث الطبيعية ، لذلك ادرك العالم المتمدد أهمية حماية الطفل وصيانة حقوقه ، حيث بدأت محاولات حماية حقوق الطفل دوليا ، بإعلان جنيف الصادر عن عصبة الأمم المتحدة عام ١٩٢٤ ، ثم توالى بعد ذلك المواثيق الدولية من خلال الأمم المتحدة حتى توجت باتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩ ، والتي تعتبر قمة ما وصلت اليه البشرية في مجال حماية حقوق الطفل . كما نسلط الضوء في هذا البحث ، على الجهود المبذولة من الهيئات الدولية والأنظمة الإقليمية ودورها البارز في حماية الطفل ونجدته ، وقد تكفل البعض منها بوضع الاليات والوسائل الفعالة التي تجعل من حقوق الطفل واقعا ملموسا قدر الإمكان .

## المقدمة:

شهد القانون الدولي تطورا محمودا، بالخروج من اطاره الضيق التقليدي المحصور في تنظيم العلاقات الدولية بين الدول او الهيئات الدولية، واتجه الى تنظيم مسائل كانت خاضعة للاختصاص الوطني، ومن ضمن هذه المسائل، تنظيم حقوق الانسان وحرياته بشكل عام، وحقوق الطفل بشكل خاص، باعتبار ان الهدف من القانون الدولي ينصب في النهاية الى تحقيق سلامة الانسان وضمان حقوقه في اي دولة كان.

وجاء هذا التحول في اهتمامات القانون الدولي، بعد ان شهدت البشرية أحداثا مروعة، وانتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان والاطفال. فالطفل بحكم ضعفه وقلة خبرته، غالبا ما يكون اول ضحايا الحروب والكوارث والماسي، لذلك أدرك المجتمع الدولي أهمية تعزيز وصيانة حقوق الطفل، وإيلاء مصالحهم عناية خاصة، في ظروف الحرب والسلام.

ولم تكن حقوق الطفل بالوضوح الذي هي عليه الان ، فقد ترددت حماية الطفولة في عدد من المواثيق الدولية بصورة عامة، دون تحديد لمفهوم الطفل، ولا تحديد لهذه

الحماية ومداهما، الى ان جاء ذلك بشكل واضح في اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩، والتي تعتبر علامة فارقة ونقطة تحول في صياغة حقوق الطفل، وتحديد مضمونها، وآلية حمايتها.

من جانب اخر، تلعب الهيئات الدولية، والانظمة الإقليمية، دورا بارزا في حماية الطفل ونجدته، وقد تكفلت بوضع الآليات والوسائل الفعالة التي تجعل من حقوق الطفل واقعا ملموسا، قدر الامكان، ولبيان تطور حقوق الطفل في القانون الدولي، نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، كالتالي:

المبحث الأول \_ حماية حقوق الطفل في المواثيق الدولية.

المبحث الثاني \_ اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ نقطة تحول.

المبحث الثالث \_ حماية الطفل في الهيئات الدولية والإقليمية.

## المبحث الأول

### حماية حقوق الطفل في المواثيق الدولية

تقسيم:

اتجه المجتمع الدولي الى حماية حقوق الطفل، في مطلع العشرينات من القرن الماضي عقب الحرب العالمية الاولى، لتجنب تكرار المآسي الكوارث التي شهدتها البشرية جراء هذه الحرب الطاحنة، لذلك شكلت عصبة الامم ١٩١٩ لجنة خاصة بحقوق الطفل. وبعد قيام منظمة الامم المتحدة ثم اخذ الاهتمام بحقوق الانسان والطفل يتزايد تدريجا، وعلى ذلك صدرت مجموعة من الوثائق الدولية الخاصة بحقوق الانسان، وتنوعت هذه الوثائق بين وثائق ليس لها صفة الالتزام القانوني، وإنما هي توجيهات سياسية للدول، تتضمن اعتبارات أخلاقية أو أدبية ليس أكثر، و طائفة اخرى من الوثائق تتمتع بصفة الالتزام لصدورها على شكل اتفاقيات دولية. وللتعرف على المواثيق الدولية التي تضمنت حقوقا للطفل، قسمنا هذا المبحث الى خمسة مطالب، كالتالي:

المطلب الاول \_ خصصنا الاول لحماية الطفل في إعلان جنيف لسنة ١٩٢٤.

المطلب الثاني \_ حماية الطفل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨.

المطلب الثالث \_ حماية الطفل في إعلان حقوق الطفل لسنة ١٩٥٩.

المطلب الرابع \_ حماية الطفل في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦.

المطلب الخامس \_ حماية الطفل في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦.

### المطلب الأول

#### حماية الطفل في إعلان جنيف لسنة ١٩٢٤

يعد إعلان جنيف بشأن الأطفال، الصادر عن منظمة عصبة الأمم عام ١٩٢٤، المحاولة الأولى على المستوى الدولي للإقتراب من موضوع حماية الطفل، وعلى الرغم من أن الإعلان لم يعالج بشكل كامل حقوق وحرريات الطفل، إلا أن صدور هذا الإعلان في ذلك الوقت المبكر، يمثل بداية موفقة، وخطوة لجذب الأنظار نحو ضرورة حماية الطفولة ورعايتها. ويكتسب الأمر مزيداً من الأهمية، لو علمنا أن مسألة حقوق الإنسان لا تدخل في اختصاص عصبة الأمم. ولهذا فمجرد التفكير في إصدار هذا الإعلان، يشكل دون ادنى شك إطلالة مبكرة للاهتمام بحقوق الطفل<sup>١</sup>. ويؤكد الإعلان مسؤولية الجنس البشري، في حماية الأطفال دون تفرقة بسبب الجنس، أو الأصل الاجتماعي، أو العقيدة. وينص الإعلان على ضرورة تغذية الطفل الجائع، وعلاج المريض ومنحه مساعدة طبية، وإيواء اليتامى، ومساعدة الطفل المتخلف، وإعادة تربية الطفل الضال، ومنح الطفل إمكانية اكتساب طرق عيشه من خلال العمل، وحمايته من كل استغلال. ولم يغفل الإعلان أهمية الجوانب الروحية والمعنوية، في حياة الطفل<sup>٢</sup>.

1 عبد العزيز مخيمر: اتفاقية حقوق الطفل إلى الأمام أم إلى الوراء، ص ١٢٥، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٣م.

2 غسان خليل، حقوق الطفل، التطور التاريخي منذ بدايات القرن العشرين، ص ٢١، بيروت، طبعة ٢٠٠٠.

وربما يؤخذ على إعلان جنيف، أنه وإن صدر عن منظمة عصبة الأمم، ومن أحد أجهزتها الرئيسية، وهي جمعية العصبة، إلا أن الإعلان لم يصدر بإسم الدول ولم يوجه إليها، فالإعلان وثيقة اجتماعية موجهة إلى الأشخاص الطبيعيين من رجال ونساء، وإلى المجتمع بشكل عام. ومن ثم فهو لا يرتب على الدول أية التزامات بشأن الطفل. هذا فضلا عن أن الإعلان لم يعالج إلا بشكل جزئي حقوق الطفل، ولا ينص على إنشاء أية آلية دولية لتفعيل المبادئ الواردة به. ومع سقوط منظمة عصبة الأمم، إثر حرب ضروس، ونشوء منظمة الأمم المتحدة، صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي حمل في مواده إشارة واضحة لحقوق الطفل<sup>1</sup>، على النحو الذي سنوضحه في المطلب التالي.

### المطلب الثاني

#### حماية الطفل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨

صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، في العاشر من ديسمبر سنة ١٩٤٨، من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، ليترجم بشكل علني ومفصل، ما ورد في ديباجة ونصوص ميثاق الأمم المتحدة، من ضرورة احترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية، وكفالة أفضل الظروف لممارسة هذه الحقوق والحريات. وعلى الرغم من أن الإعلان يهتم بالدرجة الأولى بالإنسان أياً كان سنه أو موقعه<sup>٢</sup>، إلا أنه يشير بشكل صريح إلى الأمومة والطفل في مادته الخامسة والعشرين، ودورهما في تكوين الأجيال البشرية. وينص على أن " للأمومة والطفل، الحق في مساعدة ورعاية خاصتين، وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية، سواء كانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي، أم بطريقة غير شرعية "

ويحمد لهذا الإعلان، أنه ربط بين الأمومة والطفولة. فالواقع أن حماية الأمومة تسهم بشكل مباشر وفعال في حماية الطفولة، فالعلاقة بينهما وثيقة. كما يحمد للإعلان

<sup>1</sup> فاطمة شحاته زيدان: مركز الطفل في القانون الدولي العام، ص٦٨، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٧م.

<sup>2</sup> محمد الحسيني مصيلحي: حقوق الانسان بين الشريعة الاسلامية والقانون الدولي، ص٢٥، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

الإشارة لأول مرة، إلى حاجة الطفل لرعاية ومساعدة خاصتين، فالطفل بسبب عدم نضجه البدني والعقلي، يتطلب تلك الحماية الخاصة. ولا تتبدل تلك الحماية بالنسبة للأطفال فهي واحدة بالنسبة لمن ولدوا من علاقة شرعية أو غير شرعية. فالطفل الذي يخرج إلى الحياة ينبغي أن يتمتع بنفس الحقوق، فالطفل لا يتحمل وزر والديه. وإذا كانت نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، لا تتسم بالطابع الإلزامي، فضلا عن عموميتها، فإنها لا تخلو مع ذلك من قيمة. فأول مرة منذ إنشاء منظمة الأمم المتحدة، ترد الإشارة إلى حقوق الطفل في وثيقة دولية، صادرة عن منظمة عالمية، وموجهة إلى الدول الأعضاء في تلك المنظمة<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر، أن معظم الدساتير الوطنية التي صدرت بعد الإعلان، قد أخذت بالنص الوارد فيه بشأن الطفولة والأمومة، وواجب رعايتهما رعاية خاصة. ومع تصاعد الإهتمام العالمي بحقوق الطفل، بدا واضحا أن النص العام الوارد بشأن الطفولة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، لم يعد يكفي لمواجهة متطلبات حماية الطفولة، وأنه من الضروري بلورة حقوق الطفولة بشكل أكثر وضوحا وتفصيلا، من خلال إعداد إعلان خاص للطفل، يتضمن المبادئ والأسس الواجب مراعاتها، عند صياغة وتقيين حقوق الطفل، وهذا ما فعلته الجمعية العامة للأمم المتحدة، عندما وافقت عام ١٩٥٩، على إعلان بشأن حقوق الطفل<sup>٢</sup>، وهو ما نتعرض له في المطلب التالي.

### المطلب الثالث

#### حماية الطفل في إعلان حقوق الطفل لسنة ١٩٥٩

في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٩، وبموافقة ٧٨ دولة، ودون معارضة أو امتناع، أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان حقوق الطفل. ويتكون الإعلان من ديباجة، وعشرة مبادئ. وتتوه الديباجة بالواقع الأليم، في العديد من البلدان، لملايين الأطفال، المحكوم عليهم بحياة قصيرة مليئة بالآلام، حتى لا يتلقون الغذاء اللازم أو العناية

1 عبد العزيز مخيمر، المرجع السابق، ص ١٢٦.

2 ماهر جميل أبو خوات: الحماية الدولية لحقوق الطفل، ص ٢٥، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ م.

الطبية الكافية، ولا التعليم، ويفتقدون الحماية القانونية. وتشير الديباجة أيضا، لأسباب استحقاق الأطفال حماية خاصة، وتتخلص في القصور الجسماني والعقلي للطفل، وتوضح الهدف من صدور الإعلان، وهو جعل الطفل يتمتع بطفولة هنيئة، من خلال تمتعه بالحقوق والحريات الواردة بالإعلان. وتركز ديباجة الإعلان، على المسؤولية المشتركة للجميع في حماية الطفولة، وتهيب بالآباء والأمهات، وبالرجال والنساء، والهيئات التي تهتم طواعية برعاية الطفولة، وبالسلطات المحلية والحكومات، أن تعترف بالحقوق الواردة بالإعلان، وأن تعمل على تنفيذها من خلال التدابير التشريعية، وغيرها من الإجراءات الضرورية<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بالمبادئ الواردة في الإعلان فتشمل: تمتع الطفل بحماية خاصة، وحقه منذ مولده في الانتماء لاسم وجنسية، وحقه في التمتع بمزايا الضمان الاجتماعي، وحقه في المحبة والتفهم والتمتع برعاية والديه، وحقه في التعليم المجاني خاصة في مراحله الأولى، وحقه في الحماية القانونية من كافة ضروب الإهمال والقسوة والاستغلال وحظر استرقاقه أو الاتجار به، وحقه في الوقاية من التمييز العنصري والديني وغيرها من أشكال التفرقة، وحقه في التمتع بكافة الحقوق الواردة فيه دون تمييز، بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة، وحق الطفل ذي العاهة الجسمانية بما يناسب حالته الخاصة، ويكون للطفل، الأولوية في الحصول على الغوث والحماية عند الكوارث<sup>2</sup>.

ويعد إعلان حقوق الطفل، المحاولة الدولية الأولى لتعداد حقوق الطفل بشكل تفصيلي، والاهتمام بالطفل أينما كان، سواء كان داخل دولته أو خارجها، وبغض النظر عن انتمائه العرقي أو اللغوي أو السياسي، فالطفل ينبغي أن يتمتع بالحقوق

1 نجوان الجوهري: الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الطفل، على المستوى الدولي والإقليمي، ص ٣٩، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١٠م. فاطمة شحاته زيدان، المرجع السابق، ص ٧٢.

2 محمد مصليحي، المرجع السابق، صفحة ١٩، انظر كذلك، ماهر أبو خوات، المرجع السابق، ص ٣٧.

المقررة لمجرد كونه طفلاً وليس لأي اعتبار آخر. لذلك كان هذا الإعلان مقدمة طبيعية ومنطقية لإعداد إتفاقية جديدة لحقوق الطفل<sup>١</sup>.

#### المطلب الرابع

##### حماية الطفل في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦

يعتبر هذا العهد، أول تقنين عالمي شامل لحقوق الإنسان المدنية والسياسية، ويتمتع بصفة الإلزام، إلا أنه لم يتطرق للطفل إلا في مادتين، هما المادة ٢٣/٤، والتي تلزم الدول الأطراف المتعاقدة، إلى اتخاذ التدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد عند انحلال حالة الزوجية. والمادة ٢٤، التي عالجت بعض الحقوق التي تخص الإنسان في مرحلة الطفولة. فتنص مادة ١/٢٤ على حق كل طفل على أسرته، وعلى المجتمع، وعلى الدولة في إتخاذ التدابير التي يقتضيها كونه قاصراً، دون تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة. وتضمن الفقرة الثانية من ذات المادة، حق الطفل في الاسم والجنسية، وتفرض وجوب تسجيل كل طفل فور ولادته<sup>٢</sup>.

ويلاحظ على ما ورد من نصوص في هذه الاتفاقية بشأن الطفل، أنها وإن أفرت حق الطفل في التمتع بحماية خاصة، نظراً لكونه قاصراً، إلا أنها لم توضح بشكل مفصل هذه الحقوق، وربما يحمّد لهذه الاتفاقية، تركيزها على بعض الحقوق التي تشكل أهم المكونات الأساسية للشخصية القانونية للطفل، كتسجيل الطفل فور ولادته، وتسميته ومنحه الجنسية، فمن خلال هذه المكونات الثلاث، يتم إثبات وجوده البشري، وتمييزه عن غيره، وربطه قانونياً وسياسياً بدولة ما<sup>٣</sup>. وننتقل الآن، إلى ما ورد في العهد الدولي الخاص، بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، في المطلب التالي.

<sup>1</sup> محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى: القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، ص ٥٢١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة ٢٠٠٧م.

<sup>2</sup> محمد السعيد الدقاق: الحماية القانونية للأطفال، في إطار مشروع إتفاقية الأمم المتحدة، لحقوق الطفل، مؤلف حقوق الإنسان، ص ٧٨، المجلد الثاني، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٩م.

<sup>3</sup> ماهر أبو خوات، المرجع السابق، ص ٢٨.

## المطلب الخامس

### حماية الطفل في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦

عالج العهد الدولي، الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بشكل أكثر تفصيلا العديد من الحقوق الاقتصادية والثقافية المتعلقة بالطفولة. فتتضمن المادة العاشرة من العهد على منح الأسرة أكبر قدر من الحماية والمساعدة، لتمكينها من النهوض بمسؤولية تربية الأطفال الذين تعيهم، وتوفير حماية خاصة للأمهات قبل الوضع وبعده، وضرورة منح الأمهات أثناء هذه الفترة، إجازة بأجر ومصحوبة باستحقاقات ضمان اجتماعي كافية، واتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لصالح جميع الأطفال والمراهقين دون تمييز، وحمايتهم من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي، وتحريم استخدامهم في أي عمل، من شأنه إفساد أخلاقهم، أو الإضرار بصحتهم، أو تهديد حياتهم بأي خطر، أو إلحاق الأذى بنموهم الطبيعي، وفرض حدود دنيا للسن، بحظر القانون استخدام الصغار قبل بلوغهم في عمل مأجور.

وتتضمن المادة الثانية عشرة من العهد على واجب الدول الأطراف اتخاذ التدابير الضرورية، لضمان حق الطفل في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية، وذلك من خلال خفض معدل المواليد وموت الرضع، وتأمين النمو الصحي للطفل، والوقاية من الأمراض الوبائية والمستوطنة والمهنية وغيرها من الأمراض، وتأمين الخدمات، والعناية الطبية في حالة المرض.

أما فيما يتعلق بالتعليم والثقافة، فتتضمن المادة ١٣، على حق كل فرد في التربية والتعليم، وضرورة جعل التعليم الابتدائي إلزاميا، وهو ما يتيح لمن هم في سن الطفولة الحصول على حد أدنى من التعليم. وتتضمن الفقرة الثالثة من ذات المادة، على حرية الآباء أو الأوصياء، في اختيار نوع المدارس والتعليم الذي يتلقاه أطفالهم، بشرط تقيد المدارس المختارة بمعايير التعليم الدنيا التي قد تفرضها الدولة.

ومما لا شك فيه، أن اتفاقيتي حقوق الإنسان الصادرتين عن منظمة الأمم المتحدة، قد انتقلتا بحقوق الطفل من مرحلة التوصيات غير الملزمة، إلى مرحلة الالتزامات



القانونية ، فالدول الأطراف ليست حرة في تطبيق أو عدم تطبيق النصوص الواردة بهما بشأن الطفل ، بل تتحمل بواجب قانوني في ضمان تطبيق هذه الحقوق ، وإلا اتهمت بانتهاك حقوق الإنسان ، وهو الأمر الذي تتحاشى الدول الوقوع فيه ، هذا فضلا عن أن للاتفاقية فضل التعرض لحقوق الطفل ، وحقوق الأسرة المرتبطة بحقوق الطفل ، بشكل مفصل ومحدد ، وكذلك إضافة بعض الحقوق التي لم ترد في الوثائق السابقة لهما<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أهمية هذا الحل الأدنى، من حقوق الطفل الوارد في الاتفاقيتين المذكورتين، فقد فرض التطور السريع والمتلاحق لمفاهيم حقوق الإنسان، وما تعانيه الطفولة في أجزاء عديدة من العالم من محن وكوارث، واستمرار بعض العادات والتقاليد السيئة، المتبعة في التعامل مع الأطفال، إلى التفكير جديا في إعداد اتفاقية جديدة ومستقلة لحقوق الطفل.

## المبحث الثاني

### اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ نقطة تحول

#### تقسيم:

تعد اتفاقية حقوق الطفل، التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٩ نوفمبر ١٩٨٩، نقطة تحول في التاريخ البشري، باعتبارها أول اتفاقية دولية ملزمة، تعالج حقوق الطفل بشكل متكامل ومفصل، وهي بذلك تعد صفحة جديدة مفعمة بالأمل والنضال من أجل حماية حقوق الطفل، والإعلاء من شأنه. وقد قسمنا هذا المبحث الى اربعة مطالب، كالتالي:

المطلب الأول \_ مبادرة إعداد اتفاقية حقوق الطفل.

المطلب الثاني \_ مفهوم الطفل وفقا لاتفاقية حقوق الطفل.

---

1 محمد علي سكيكر، حق الطفل في الرعاية التعليمية، ص٢٧، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، انظر كذلك، محمد المصليحي، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها. ماهر أبو خوات، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها. عصام محمد احمد زناتي، حماية حقوق الطفل في إطار الامم المتحدة، ص ٥٣، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨.

المطلب الثالث \_ حماية الطفل في الإعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته لسنة ١٩٩٠.

المطلب الرابع \_ إعلان عالم جدير بالأطفال لسنة ٢٠٠٢.

### المطلب الأول

#### مبادرة إعداد اتفاقية حقوق الطفل

يرجع الفضل الأول، في اقتراح اتفاقية حقوق الطفل إلى بولندا<sup>١</sup>. فقد جاء الاقتراح البولندي مطابقاً لمبادئ إعلان حقوق الطفل عام ١٩٥٩، على أمل ان تتم الموافقة عليه بمناقشات قليلة، خاصة ان هذا الإعلان سبق وان وافق عليه المجتمع الدولي. وقد وجدت المبادرة البولندية، حماساً وتأييداً من بعض الدول كالسويد والنرويج، على أساس ان حماية الطفل في اتفاقية دولية ملزمة، أكثر فعالية من تلك التي ترد في إعلان حقوق يفتقد القوة الملزمة لتطبيقه. وقد رأت السويد ان إعداد اتفاقية جديدة لحقوق الطفل، من شأنه تكثيف الحماية القانونية الدولية، خاصة بعد دخول دول جديدة إلى منظمة الأمم المتحدة، لم تكن موجودة أثناء إعلان حقوق الطفل سنة ١٩٥٩، ولم تشارك أو ترتبط بهذا الإعلان.

من جانب آخر، رأت بعض الدول ان التطور السريع الذي لحق المجتمعات الحديثة، منذ صدور إعلان حقوق الطفل سنة ١٩٥٩، والذي مضى عليه ردحا من الزمن، يتطلب منح الطفل مزيداً من الحماية، يتواءم مع التطورات السريعة والمتلاحقة، ويعزز التوجهات الحديثة في مجال الطفولة، لذلك تم تكليف لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة، مهمة إعداد مشروع الاتفاقية، على ان تجمع القدر الكافي من التقارير والبرامج، وملاحظات الدول الأعضاء، والوكالات المتخصصة. وبعد ما يقارب عشر سنوات، هي عمر إعداد مشروع اتفاقية حقوق الطفل، وافقت الجمعية

---

1 ادرج الاقتراح البولندي، في الجلسة ٣٤، للجنة الامم المتحدة، لحقوق الإنسان، المنعقدة في اوائل عام ١٩٧٨، حيث كان يهدف هذا الاقتراح إلى اقراره أثناء الاحتفال بالعام الدولي للطفل، ومرور عشرين عاماً على صدور اعلان حقوق الطفل الذي، الذي اقرته الجمعية العامة، عام ١٩٥٩. انظر، ماهر ابوخوات، المرجع السابق، ص ٤٤.

العامة للأمم المتحدة على الاتفاقية<sup>1</sup>، وقد انضمت كافة دول العالم البالغ عدد ١٩٦ دولة، إلى هذه الاتفاقية، ما عدا الولايات المتحدة الأمريكية.

وقد تضمنت اتفاقية حقوق الطفل، مجموعة كبيرة من الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الواجب كفالتهما للطفل دون تمييز. وتعتبر الحقوق الواردة في الاتفاقية منظومة متكاملة لا يمكن فصلها أو تجزئتها، فكل حق يساند ويعاضد الحقوق الأخرى الواردة في الاتفاقية.

وتتكون الاتفاقية من ديباجة و٥٤ مادة. وتشير الديباجة إلى ما ورد في ميثاق الأمم المتحدة، والوثائق الدولية الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان، من ضرورة حماية حقوق الإنسان والاعتراف بالكرامة لجميع أعضاء الأسرة البشرية. وتتوه الديباجة بما ورد في هذه الوثائق، بشأن حق الطفل في رعاية ومساعدة خاصتين، وحماية قانونية مناسبة قبل الولادة وبعدها، وكذلك ما ورد في إعلان جنيف لحقوق الطفل عام ١٩٢٤، وإعلان حقوق الطفل لعام ١٩٥٩ من الحاجة إلى توفير رعاية خاصة. وتتعترف الديباجة، بأن هنالك أطفالا في أنحاء مختلفة من العالم، يعيشون في ظروف صعبة للغاية، وبأن هؤلاء يحتاجون إلى رعاية خاصة، وأن تحسن ظروف معيشة الأطفال يتطلب التعاون الدولي.

وإذا انتقلنا من الديباجة إلى النصوص، يتضح لنا الطابع الخاص والمميز الذي تتسم به اتفاقية حقوق الطفل والذي يميزها عن اتفاقيات حقوق الإنسان الأخرى. فالاتفاقية تنص على مجموعة من حقوق الإنسان الأساسية، والتي ينبغي أنه يتمتع بها الإنسان بصفة عامة، وهي حقوق نصت عليها معظم اتفاقيات حقوق الإنسان الأخرى، خاصة تلك الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة، وبجانب هذه الحقوق الأساسية، هناك مجموعة من الحقوق أو الضمانات نصت عليها الاتفاقية، تخص الأطفال وحدهم، أي أنها مقرررة للإنسان في مرحلة الطفولة. هذا فضلا عما نصت عليه من إنشاء آلية لمراقبة تطبيق أحكام الاتفاقية.

<sup>1</sup> فاطمة شحاته زيدان، المرجع السابق، صفحة ١١٧ وما بعدها.

وفي إطار الاتفاقية، يمكن أيضا التمييز بين النصوص التي تجعل الطفل موضوعا للحماية، حيث يتطلب تحقيق تلك الحماية تدخل الأسرة والسلطات العامة لضمان كفالتها للطفل، وحقوق وحرية يتمتع بها الطفل ويمارسها بشكل مستقل عن والديه أو أية سلطة أخرى، ودون تدخل أو رقابة منها، أي أن الاتفاقية قد جعلت الطفل بصدده هذه الحقوق شخصا من أشخاص القانون، يملك تلك الحقوق ولا يخضع في ممارستها لرقابة الآخرين<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### مفهوم الطفل وفقا لاتفاقية حقوق الطفل

بفضل اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩، دخل مصطلح الطفل الى المصطلحات القانونية ذات المعنى الدقيق، وأحدثت هذه الاتفاقية نقلة نوعية في تشريعات الطفولة على المستوى الدولي والوطني. حيث صادقت عليها كل دول العالم ما عدا أمريكا<sup>٢</sup>. وعلى الرغم من ان مصطلح الطفل، ورد في العديد من الوثائق الدولية واتفاقيات وإعلانات حقوق الإنسان، إلا ان معظم هذه الوثائق لم تحدد مفهوم الطفل على وجه الدقة.

فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٨٤ والعهدان الدوليان عام ١٩٦٦، ورد فيهم إشارة للطفل وإلى حاجته للحماية والرعاية دون تحديد سنه، وحتى الإعلانات الخاصة بالأطفال كإعلان جنيف لحقوق الطفل عام ١٩٢٤، أو إعلان حقوق الطفل

---

1 عبد العزيز مخيمر، المرجع السابق، ص ١٣٥.

2 تعد اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩، التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، في ٢٠ تشرين ثان/نوفمبر ١٩٨٩، الاتفاقية الأكثر شمولا في مجال حقوق الإنسان، وتتعلق بتعزيز وحماية حقوق الطفل. وكان الصومال، الذي وقع على الاتفاقية في أيار/مايو ٢٠٠٢، أحد دولتين فقط لم تنضم إلى الاتفاقية، لكنه صادق بالانضمام إليها على هامش أعمال الجمعية العامة للأمم المتحدة. ليصبح بذلك البلد رقم ١٩٦ الذي ينضم إلى المعاهدة الأوسع تبنيًا في العالم، ولتصبح الولايات المتحدة بذلك العضو الوحيد في الأمم المتحدة الذي لم ينضم إلى المعاهدة. وأدت الاتفاقية إلى تغييرات تشريعية لحماية حقوق الطفل حول العالم. انظر في تفصيل ذلك، عبد العزيز مخيمر، المرجع السابق، ص ٢٣. انظر كذلك، ماهر جميل أبو خوات، المرجع السابق، ص ١٧، محمد يوسف علوان، ومحمد خليل موسى، المرجع السابق، ص ٥٣٤، نجوان الجوهري، المرجع السابق، ص ١٩.

عام ١٩٥٩، قد اشتملا على مبادئ عامة لحماية الطفل، دون وجود تعريف لمفهوم الطفل<sup>١</sup>.

وإذا كانت بعض المعاهدات التي صاغتها منظمة العمل الدولية، قد تعرضت لتحديد الحد الأدنى لسن الاستخدام أو التشغيل، وحددته كقاعدة عامة بخمسة عشرة سنة<sup>٢</sup> وكذلك ما نص عليه القانون الدولي الإنساني، بشأن تحديده لسن التي لا يجوز دونها للأطفال، الاشتراك في الأعمال العدائية، وحددها بخمسة عشرة سنة<sup>٣</sup>، فإن ذلك لا يمكن الاستناد إليه واعتباره تعريفا للطفل في القانون الدولي، من أجل إسباغ الحماية عليه في جميع المجالات. وهكذا يتضح أن الإعلانات والاتفاقيات الدولية الصادرة قبل اتفاقية حقوق الطفل، لم تحدد بشكل واضح وصريح مفهوم الطفل في القانون الدولي، أو بداية ونهاية مرحلة الطفولة<sup>٤</sup>.

لذلك يرى بعض الفقه<sup>٥</sup>، أن المجتمع الدولي اهتم بالطفل، وبحاجته للحماية والرعاية، بالفترة السابقة على اقرار اتفاقية حقوق الطفل، دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن تعريف للطفل، وربما تركت هذه المسألة للتشريعات الوطنية، تحدده في ضوء ظروف كل دولة. إلا أننا نذهب مع الراي القائل بان هناك جهود لا يستهان بها بذلت من اجل إيجاد مصطلح للطفولة، يناسب كافة ثقافات المجتمع الدولي<sup>٥</sup>.

وقد ارتكز مفهوم الطفل في اتفاقية حقوق الطفل، على تحديد بداية ونهاية مرحلة الطفولة، وإقرار الحقوق التي تناسب كل طور من أطوار نمو هذه المرحلة<sup>٦</sup>. وهذا المفهوم لم يتم التوصل اليه إلا بعد مناقشات مستفيضة من قبل مجموعة العمل، التي كلفت بإعداد مشروع الاتفاقية. وذلك نظرا للاختلاف الواضح بين التشريعات

---

1 أميرة محمد بكر البحيري ، الاتجار بالبشر ، وبخاصة الأطفال ، ص ٧٠ وما بعدها ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠١١ .

2 المادة ٢/٧٧ من البروتوكول الإضافي الأول ١٩٧٧ .

3 منتصر سعيد حمودة ، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام ، ص ١٩ ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧ .

4 عبد العزيز مخيمر ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

5 ماهر جميل أبو خوات ، المرجع السابق ، ص ١٨ .

6 عبد العزيز مخيمر عبد الهادي ، حماية الطفولة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، ص ٢٣ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩١ .

الداخلية للدول في تحديدها لبداية ونهاية مرحلة الطفولة<sup>1</sup>. ولقد تركت هذه الاختلافات آثارها عند الصياغة المبدئية للمادة الأولى من الاتفاقية التي تتناول تعريف الطفل . فقد جاءت الصياغة الأولى للمادة الأولى على هذا النحو " حسب الاتفاقية الحالية . فإن الطفل هو كل مخلوق بشري منذ لحظة ولادته حتى بلوغه سن الثامنة عشرة، أو حسب قانون الدولة، أو إذا بلغ سن الرشد قبل ذلك".

وقد اعترضت بعض الدول على هذا التعريف، خاصة وأنه تضمن عبارة " منذ لحظة ولادته " إذ إن هذه الدول تبدأ فيها مرحلة الطفولة قبل ولادة الطفل، أي وهو جنين في بطن أمه. لذلك أقترح مندوب المغرب، حذف عبارة منذ لحظة ولادته، عند الصياغة النهائية، لتعريف الطفل. وأيدت وفود عديدة هذا الاقتراح. ومن ثم فقد تم اعتماد الجزء الأول من المادة الأولى، والذي يتعلق ببداية مرحلة الطفولة، بالتعديل المقترح من جانب المغرب<sup>2</sup>. فأصبح الأصل إن بداية الطفولة منذ لحظة الميلاد، وفي المقابل يحق للدول أن تمتد الحماية للطفل منذ الحمل، أي وهو جنين في بطن أمه<sup>3</sup>.

هذا من جانب، ومن جانب آخر وجدت صعوبة أخرى في تحديد مفهوم الطفل، فيما يتعلق بتحديد نهاية مرحلة الطفولة، أو الحد الأقصى لسن الطفل، الوارد في هذا النص، حيث ثار النقاش بان سن الثامنة عشر الواردة بالنص، فترة طويلة كنهاية لمرحلة الطفولة. ذلك أن بعض الدول تحدد لنهاية مرحلة الطفولة سنًا أقل من الثامنة عشرة<sup>4</sup>.

والدول التي اعترضت على الحد الأقصى لعمر الطفل، هي تلك التي تنتشر فيها ظاهرة وفيات الأطفال في المراحل الأولى من العمر، أو تلك التي تسمح للأطفال

---

1 وليد سليم النمر ، حقوق الطفل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ص ١٣٦ ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة ٢٠١٣ . انظر كذلك، أميرة محمد بكر البحيري: الاتجار بالبشر، وبخاصة الأطفال، ص ٧١، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١١م. و ماهر جميل أبو خوات ، المرجع السابق ، ص ١٨ . عبد العزيز مخيمر ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ ، ١٣٨ .

2 ماهر جميل أبو خوات ، المرجع السابق ، ص ١٩ .

3 محمد يوسف علوان ، و محمد خليل موسى ، المرجع السابق، ص ٥٣٤ .

4 نجوان الجوهرى ، المرجع السابق، ص ١٩ .

بالعمل في سن مبكرة من أجل مساعدة أسرهم. وتعلقت بعض الوفود بالقول بأن سن الثامنة عشرة هو عمر متأخر جداً بالنسبة للطفل، واستتدت في ذلك بأن الجمعية العامة للأمم المتحدة، كانت قد اعتمدت سن الخامسة عشرة كحد أقصى لعمر الطفل، في أثناء الاحتفال بالعام الدولي للطفل عام ١٩٧٩. كما أن سن الرابعة عشرة هو عمر نهاية التعليم الإلزامي، والزواج الشرعي للبنات في بعض أقطار العالم<sup>١</sup>. في حين ذهبت بعض الوفود، إلى ضرورة الإبقاء على سن الثامنة عشرة كحد أقصى لعمر الطفل، مع الأخذ في الاعتبار سن الرشد وفقاً لقانون كل دولة، وعمّا إذا كان يحدد سناً أقل من ذلك. والدول صاحبة هذا الاقتراح كانت تريد الوصول إلى حل توفيقى، وذلك من أجل ضمان القبول والمصادقة على الاتفاقية من جانب عدد كبير من الدول<sup>٢</sup>.

وقد تم الأخذ بهذا الاقتراح، وبالتالي تمت الصياغة النهائية للمادة الأولى من اتفاقية الطفل، والتي عرفت الطفل بأنه " لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل، كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".

### المطلب الثالث

#### حماية الطفل في الإعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته لسنة ١٩٩٠

بعد موافقة الجمعية العامة للأمم المتحدة، على اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩، التقى واحد وسبعون من قادة دول العالم، ورؤساء حكوماتها، في أول قمة عالمية للطفولة، في ٣٠ سبتمبر ١٩٩٠. وقد أسفر هذا الاجتماع عن إصدار الإعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته ونمائه، مصحوباً بخطة عمل لتنفيذ هذا الإعلان وفي هذا الإعلان أعلن القادة والرؤساء عزمهم على العمل من أجل وضع حد لوفيات الأطفال وانتشار سوء التغذية بينهم بحلول عام ٢٠٠٠، وتوفير الحماية الأساسية للتنمية الجسدية والعقلية لجميع أطفال العالم.

1 ماهر جميل أبو خوات ، المرجع السابق ، صفحة ١٩ .

2 ماهر جميل أبو خوات ، المرجع السابق ، صفحة ٢٠ .

ويبرز الإعلان الصادر عن قمة الطفولة، التحدي الذي يواجه الطفل والطفولة في عالم اليوم. ففي كل يوم يتعرض عدد لا يحصى من الأطفال، في كل أنحاء العالم إلى أخطار تعيق نموهم وتنميتهم، كما أنهم يعانون بوصفهم ضحايا للعنف والحروب، والتمييز والفصل العنصري، وبوصفهم لاجئين ومشردين أجبروا على ترك ديارهم، أو بوصفهم معوقين، أو ضحايا للإهمال والقسوة والاستغلال، كما يعاني ملايين الأطفال من ويلات الفقر والأزمات الاقتصادية، ومن الجوع والتشرد، والأوبئة والأمية، وتدهور البيئة.

وإذا كان هذا هو حال الطفولة، فإن الإعلان يشير إلى أن هذه التحديات تتطلب تعزيز صحة الطفل وتغذيته، ودعم الأطفال المعوقين وغيرهم ممن يعيشون في ظل ظروف صعبة، وتوفير التعليم الأساسي ومحو الأمية، والاهتمام بتنظيم الأسرة، وتوفير الفرصة لجميع الأطفال للبحث عن ذواتهم وإدراك أهميتهم، وضمان النمو الاقتصادي والتنمية بصورة مطردة، وتوفير حل مبكر وشامل لمشاكل الديون الخارجية. ومن أجل تحقيق هذه الأهداف، التزمت الدول الموقعة على الإعلان، بإعطاء الأولوية لحقوق الطفل وبقائه وحمايته ونمائه، والعمل على المستويين الوطني والدولي لتحقيق برنامج محدد، لحماية حقوق الطفل وتحسين حياته<sup>1</sup>.

### **المطلب الرابع**

#### **إعلان عالم جدير بالأطفال لسنة ٢٠٠٢**

عقدت الجمعية العامة للأمم المتحدة، في الفترة من ٨ حتى ١٠ مايو ٢٠٠٢، دورة استثنائية خاصة بالطفولة صدر عنها " إعلان عالم جدير بالأطفال " مصحوباً بخطة عمل لتنفيذه. وترتب على ذلك، مناشدة القادة والرؤساء، جميع أعضاء المجتمع، الانضمام إليهم في حملة عالمية، تساعد في بناء عالم جدير بالأطفال من خلال الالتزام بالمبادئ والأهداف التالية: جعل الأطفال أولاً، والقضاء على الفقر، لا إهمال لأي طفل، رعاية وتعليم كل طفل، حماية الأطفال من الأذى والاستغلال، حماية

---

1 نجوان الجوهري، المرجع السابق، ص ٤٦، انظر كذلك، محمد سكيكر، المرجع السابق، ص ٧٣، عبد العزيز مخيمر، المرجع السابق، ص ١٢٨.



الأطفال من الحروب، مكافحة فيروس نقص المناعة البشرية \_ الإيدز، الإنصات إلى الأطفال واحترام حقهم في التعبير حسب أعمارهم ونضجهم. حماية الأرض من أجل الأطفال عبر حماية بيئتنا الطبيعية<sup>1</sup>.

### المبحث الثالث

#### حماية الطفل في الهيئات الدولية والإقليمية

##### تقسيم:

تزايد الاهتمام بالطفولة على المستوى الدولي والإقليمي، دفع العديد من المنظمات إلى تفعيل حقوق الطفل على مستوى اهتماماتها. إما عن طريق إصدار وثائق وتشريعات خاصة تعالج موضوع حقوق الطفل، أو عن طريق الاستعانة بالحقوق المفصلة الواردة في اتفاقية حقوق الطفل، لفهم وتفسير النصوص العامة بشأن الطفولة المنصوص عليها في اتفاقيات حقوق الإنسان.

وتلعب الهيئات الدولية والإقليمية، دورا هاما في مجال حماية حقوق الطفل، حيث ان آلية الحماية في بعض النظم الإقليمية، تعطي الفرد حقا مباشرا في تقديم الشكوى، إذا ما تعرض لانتهاك أي حق من حقوقه، مثل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أو اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان، واللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب. مما يسد الثغرة الكبيرة في اتفاقية حقوق الطفل، والتمثلة بعدم وجود نظام للشكاوى في نظام لجنة حقوق الطفل. لذلك سنقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب، كالتالي:

المطلب الاول \_ حماية الطفل في الهيئات الدولية.

المطلب الثاني \_ حماية الطفل في المنظومة الأمريكي.

المطلب الثالث \_ حماية الطفل في المنظومة الأوروبية.

المطلب الرابع \_ حماية الطفل في المنظومة الأفريقية.

المطلب الخامس \_ في حماية الطفل في المنظومة العربية.

1 محمد سكيكر، المرجع السابق، ص ٧٥. فاطمة شحاته زيدان، المرجع السابق، ص ٧٨.

## المطلب الأول

### حماية الطفل في الهيئات الدولية

أولاً \_ صندوق الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسف \_ UNICEF) :

أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة، هذا الصندوق بموجب قرارها رقم ٨٠٢ (د - ٨) في شهر أكتوبر سنة ١٩٥٢، وذلك تحت إشراف المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة. على أن يقدم تقاريره بصفة دورية ومنتظمة، ويقدم توصياته إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة.

وتعمل اليونيسف في مجال حماية حقوق الطفل في العديد من المجالات. هي الخدمات الصحية ومكافحة الأمراض، والتربية والتعلم، والتوجيه الحرفي للطفل. وتمول اليونيسف برامجها الخاصة بالطفولة من خلال المعونات التي تقدمها لها الدول الغنية. كما تعتمد على مواردها الذاتية الناشئة عن بيع بطاقات المعايدة، وهدايا اليونيسف، وكذلك تبرعات رجال الأعمال والأفراد والهيئات الخاصة<sup>١</sup>.

ثانياً \_ اللجنة الدولية للصليب الأحمر (ICRC) :

أنشئت هذه اللجنة في ٢٦/١٠/١٨٦٣، في ختام المؤتمر الدولي الذي انعقد في جنيف لهذا الغرض. وينحصر دور هذه اللجنة في مجال حماية حقوق الطفل أثناء الحروب والنزاعات المسلحة وعند حدوث اضطرابات داخلية. فتقوم بدور مهم وهو توزيع الغذاء والدواء والملبس والمأوى اللازم للأطفال الذين يعيشون تحت وطأة هذه الظروف القاسية. وذلك لكون هؤلاء الأطفال يحتاجون للإغاثة لعدم مقدرتهم على تولى أمورهم بأنفسهم، واحتياجاتهم للمساعدة الدائمة. والوقوف إلى جانبهم. كذلك تقوم هذه اللجنة بحماية فعالة لحقوق الأطفال المقاتلين أو المعتقلين أو الأسرى. ويكون ذلك من خلال إعادته إلى بلده أو بيئته، مع أخذ الضمانات الكافية على الدولة التي ينتمي إليها بعدم اشتراكه مستقبلاً في عمليات الحروب والقتال وكافة الأعمال

1 موقع اليونيسف الإلكتروني: <https://www.unicef.org/ar>

العدائية. كما تقوم بتوصيل رسائل الأطفال الأسرى إلى والديهم على العناوين القديمة<sup>1</sup>.

### ثالثاً \_ منظمة العمل الدولية (ILO) :

أنشئت هذه المنظمة في ظل عهد عصبة الأمم، في الأول من ابريل ١٩١٩، ومقرها الأساسي جنيف. وتعتبر الآن من الوكالات الدولية المتخصصة للأمم المتحدة، وذلك بموجب الاتفاق المبرم بين منظمة العمل الدولية ومنظمة الأمم المتحدة. وتقوم هذه المنظمة بدور مهم وفعال في مجال حماية الأطفال من الاستغلال الاقتصادي، ومحاربة كافة صور عمالة الأطفال، ومن أهم إنجازات هذه المنظمة في حماية حقوق الأطفال ومصالحهم الفضلى ما يلي:

١. إبرام الاتفاقية رقم ٥ لسنة ١٩١٩، بشأن تحديد الحد الأدنى لسن العمل في مجال الصناعة بأربعة عشر سنة.

٢. إبرام الاتفاقية رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣، بشأن تحديد الحد الأدنى لعمل الطفل في مجال الزراعة وهو أربعة عشر سنة، وبشرط ألا يؤثر على حقه في التعليم.

٣. إبرام الاتفاقية رقم ١٣٨ لسنة ١٩٧٣، بشأن تحديد الحد الأدنى لسن الطفل في كافة القطاعات الاقتصادية، بحيث لا يقل عن خمسة عشر سنة، أما بالنسبة للأعمال ذات الخطورة على صحة الطفل وسلامته وأخلاقه، فيكون حدّها الأدنى ثمانية عشر سنة.

٤. إبرام الاتفاقية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٩، بشأن القضاء على أسوأ أشكال عمل الأطفال واستغلالهم اقتصادياً. وحظر كافة الأعمال السيئة لعمالة الأطفال، مثل الاستغلال الجنسي في أعمال الدعارة، وإنتاج المواد الإباحية، وإجبارهم على العمل القسري، والاتجار بهم واسترقاقهم، وتجنيدهم إجبارياً في القوات المسلحة. واستعبادهم للعمل في الأرض.

يضاف إلى ما سبق، ما قامت به هذه المنظمة بإلزام الدول الأطراف والأعضاء، بتقديم تقارير سنوية بشأن ما قامت بتنفيذه من التزامات دولية. كما تبنت هذه المنظمة

1 موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر الإلكتروني: <https://www.icrc.org/ar>.

العديد من التشريعات والقوانين الوطنية المختلفة والمتعلقة بإجراءات وضمانات حماية الطفل، التي نادى بها وأسسها منظمة العمل الدولية<sup>١</sup>.

#### رابعاً \_ منظمة الصحة العالمية (WHO) :

قامت هذه المنظمة بدور فعال في مساعدة أطفال العالم، في التمتع بحق الرعاية الصحية، وانقسم نشاطها إلى أنواع ثلاثة هي: تقديم خدمات صحية ذات سمة عالمية. وتقديم الإعانات الطبية لكل البلدان، ولاسيما الدول الفقيرة والنامية، وتشجيع إجراء البحوث الطبية.

وقد اهتمت هذه المنظمة اهتماماً خاصاً بالطفل. فقدمت للأطفال التطعيمات والتحصينات الطبية اللازمة لوقايتهم من الأمراض، وقامت بالتصدي لوباء أنفلونزا الطيور والخنازير، وساعدت في تخفيض نسبة وفيات الأطفال، وذلك من خلال إعطاء الأطفال التحصينات اللازمة، لحماية حوالي ثلاثة ملايين طفل في العالم من الموت بسبب الأمراض<sup>٢</sup>.

#### خامساً \_ منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو \_ UNESCO):

قامت منظمة اليونسكو بدور كبير في مجال حماية حقوق الطفل، ومن أهم إنجازاتها ما يلي:

١. إبرام العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية، من أجل منع التمييز بين الأطفال في التعليم، بسبب اللون أو العنصر أو الجنس أو الدين أو لأي سبب آخر.

٢. شاركت في كافة المؤتمرات الدولية المعنية بقضايا التعليم والثقافة، وتقديم التقارير والدراسات ذات الصلة. وذلك من أجل المساهمة في الخروج بتوصيات وقرارات تهدف إلى تطوير المناهج التعليمية ونشر الثقافة بين شعوب العالم<sup>٣</sup>.

1 موقع منظمة العمل الدولية الالكتروني: <http://www.un.org/ar/index.html>.

2 موقع منظمة الصحة العالمية الالكتروني: <http://www.who.int/ar>.

3 موقع اليونسكو الالكتروني: <http://ar.unesco.org>.

٣. الاهتمام بتعليم الفتيات والنساء بشكل خاص، ولاسيما في الدول النامية والمناطق الريفية، لكونها تحتاج إلى الاهتمام نظراً للظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة فيها.

## المطلب الثاني

### حماية الطفل في المنظومة الأمريكية

يوفر النظام الإقليمي الأمريكي لحقوق الإنسان، حماية كبيرة وفعالة لحقوق الطفل، من خلال عدة اتفاقيات وإعلانات أبرمت في ظل هذا النظام. وتتمثل أقدم محاولة لرعاية الطفل على المستوى الإقليمي في إنشاء المعهد الأمريكي لحماية الطفولة<sup>١</sup> عام ١٩٢٧، بيد أن حقوق الإنسان الأمريكي، لم تعالج بالتفصيل وبإجراءات متابعة وحماية فعالة، إلا من خلال الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة في " سان خوسيه " بكوستاريكا عام ١٩٦٩، والتي دخلت حيز النفاذ عام ١٩٧٨، وتحتوي الاتفاقية على حقوق الإنسان بشكل عام، ومنها حقوق الطفل. وقد أوجدت هذه الاتفاقية نظاماً للحماية يعرف بأجهزة الحماية. ويتكون من: اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان، والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان. ويتيح هذا النظام المقرر حماية فعالة لحقوق الطفل، بنفس القدر الذي يحمي به حقوق الإنسان الأمريكي بصفة عامة<sup>٢</sup>.

واللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان، بوصفها أحد الأجهزة الرئيسية لمنظمة الدول الأمريكية، تختص بنظر الانتهاكات التي تقع على حقوق وحريات الإنسان الأمريكي، والتي يمكن أن تحدث من جانب دولة عضو في المنظمة. وأهم اختصاصات اللجنة يتمثل بالآتي:

---

1 أنشأ المعهد الأمريكي لحماية الطفل، بقرار صدر عن مؤتمر الطفل الذي عقد في سننتياجو " شيلي " عام ١٩٢٤، وفي عام ١٩٤٩ ابرم اتفاق بين المعهد ومنظمة الدول الأمريكية بمقتضاه أصبح المعهد جهازاً متخصصاً تابعاً للمنظمة. وتم تعديل نظام المعهد عام ١٩٦٣ ليعهد إليه دراسة مشاكل الأمومة والطفولة والمراهقة ومشاكل الأسرة في أمريكا، وإقرار الإجراءات الممكنة لحل هذه المشاكل. وأن على المعهد أن ينفذ ما يعهد إليه من مهام من قبل الأجهزة المعنية بالمنظمة ومنها المؤتمر الأمريكي للطفولة ينعقد كل أربع سنوات. ومقر المعهد في " منتفديو " اروجواي. انظر في تفصيل ذلك: ماهر أبو خوات، المرجع السابق، صفحة ٣٧٣.

2 وائل علام: الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، عرض لميثاق حقوق الطفل العربي. ص١١٩، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٩.

تلقى شكاوى الأفراد، ومجموعات الأفراد، والمنظمات غير الحكومية، ضد أي دولة عضو في منظمة الدول الأمريكية. على أنه بالنسبة للبلاغات المقدمة من دولة ضد دولة أخرى عن انتهاك حقوق الإنسان، فإنه يشترط موافقة الدولة المدعى عليها أو المشكو في حقها، على اختصاص اللجنة بقبول هذه البلاغات. وللجنة صلاحيات واسعة في التحقق من صحة المعلومات الواردة لها في البلاغات والشكاوى. إذ تنقضى حقائق هذه المعلومات بكل السبل ومنها الانتقال للدولة المشكو في حقها، وتجرى اللجنة مقابلات مع هيئات، وجمعيات حقوق الإنسان، والأحزاب السياسية وإجراء المعاينة اللازمة، وزيارة السجون والمعتقلات.

وتحاول اللجنة أن تصل إلى تسوية ودية بين مقدمي الشكاوى والحكومة، فإذا لم تفلح، فإنها تعد تقريراً تبين فيه الواقعة، ورأيها فيما توصلت إليه، وترسل هذا التقرير إلى الدولة المعنية لتنفيذ توصياتها. وإذا لم تجد اللجنة استجابة من الدولة لتنفيذ توصياتها، بإيقاف ومعالجة انتهاكات حقوق الإنسان، فإن اللجنة يمكنها أن تعرض القضية على محكمة حقوق الإنسان الأمريكية.

**وحق اللجوء إلى محكمة حقوق الإنسان الأمريكية، قاصر على اللجنة والدولة الطرف المعنية.** إذ ليس للفرد حق اللجوء أو المثل أمامها. ويشترط أن يكون الموضوع قد عرض أمام اللجنة أولاً، وانتهت بشأنه إلى وضع تقرير عرض على الدولة المعنية. وخلال ثلاثة أشهر من تاريخ عرض التقرير، يمكن إحالة الأمر إلى المحكمة. وللمحكمة نوعان من الاختصاص: أحدهما قضائي، وهو النظر والفصل في الخصومات حول انتهاكات حقوق الإنسان. والثاني اختصاص استشاري، وهو تقديم فتوى حول تفسير الاتفاقية أو أية وثيقة دولية، تتعلق بحماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الأمريكي. والأرجح أن يشمل اختصاص المحكمة كل نص يتعلق بحماية حقوق الإنسان، في أية معاهدة واجبة التطبيق في الدول الأمريكية، بما فيها اتفاقية<sup>1</sup> حقوق الطفل ١٩٨٩.

1 عزت سعد البرعي: حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، ص٤٧، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٨٥.

### المطلب الثالث

#### حماية الطفل في المنظومة الأوروبية

ترتكز حماية حقوق الإنسان في أوروبا، على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي وقعت في روما في ٤ نوفمبر ١٩٥٠، وأصبحت سارية المفعول في ٣ سبتمبر ١٩٥٣، وهي تربط اليوم كل الدول الأعضاء في مجلس أوروبا. ومن أبرز مزايا هذه الاتفاقية، أنها لا تحمي حقوق مواطني الدولة فحسب، وإنما تمتد مظلتها لتسبغ نفس الحماية على كل من يقطن أو يزور الدول الأوروبية حتى لو كان من غير مواطنيها.

ومجتمع متقدم مثل المجتمع الأوروبي، لا يقبل إلا أن يقدم أفضل ما توصلت له البشرية للأطفال، لحماية حقوقهم. لذلك تبنى مجلس أوروبا، الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الأطفال في عام ١٩٩٦، بالإضافة لما توفره الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بشكل عام، من حماية فعالة لحقوق الطفل، وذلك عن طريق أجهزة الحماية التي أنشأتها<sup>١</sup>. وهذا ما سنتطرق له على النحو التالي:

#### أولاً - الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الأطفال لعام ١٩٩٦ :

بعد تبني اتفاقية حقوق الطفل في عام ١٩٨٩، اتجهت المنظمات الدولية الإقليمية على مستوى العالم إلى تفعيل الحقوق التي قررتها الاتفاقية، وفي هذا السياق قام مجلس أوروبا بداية بإقرار الميثاق الأوروبي لحقوق الطفل وذلك في عام ١٩٩٢، والذي جاءت نصوصه مشابهة إلى حد كبير لنصوص اتفاقية حقوق الطفل، إلا أن التنظيم الأوروبي دائماً ما يأتي بمفاهيم أعمق من أجل ترسيخ حقوق الإنسان، حيث صدرت الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الأطفال في عام ١٩٩٦. وفي يناير ٢٠٠٠، دخلت حيز التنفيذ<sup>٢</sup>.

وهذه الاتفاقية لا تنص على حقوق الطفل بطريقة تقليدية، ولكنها ذهبت إلى ما هو أبعد من ذلك. وهو الممارسة الإجرائية الفعلية لحقوق الطفل، خاصة أمام القضاء

1 عبد العزيز سرحان: الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، ص ٢٨، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٦٦.

2 محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ٥٢٨.

والجهات الإدارية. واحتوت الاتفاقية على تفاصيل كثيرة بشأن ممارسة الأطفال لحقوقهم الإجرائية، ومن ذلك: قيام الدول الأطراف بتشجيع الهيئات الوطنية، بأن تؤدي دورها في تعزيز وممارسة حقوق الأطفال، وكذلك نصت على إمكانية التوسط واستخدام وسائل أخرى، من أجل منع النزاعات، والتوصل إلى اتفاق لتجنب الدعاوى أمام السلطة القضائية. ولم تكتفي الاتفاقية بذلك، بل أنشأت لجنة دائمة لتنفيذ أغراض الاتفاقية، حيث نصت على أنه " تحتفظ اللجنة الدائمة بالمشاكل قيد البحث التي تتعلق بهذه الاتفاقية"<sup>1</sup>.

وجدير بالذكر، ان الاختصاص الأصيل في الرقابة على احترام حقوق الطفل، موكل به إلى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، كما هو موضح في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠، والبروتوكولات الملحقة بها. وهذا ما سنلقي الضوء عليه كالتالي:

### ثانياً \_ اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان :

أنشئت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان بالمادة ١٩ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠، وتستقبل القضايا من الأفراد والدول، ولا يشترط في المبلغ ان يكون هو المتضرر بشخصه، إذ يحق لأي شخص في أوروبا، ان يبلغ عن أي انتهاك لحقوق الإنسان في أوروبا، فحقوق الإنسان مصانة في أوروبا كلها. وهذا يعد مظهراً من مظاهر التضامن الأوروبي، ضد انتهاكات حقوق الإنسان. وهذا يعني، أن الفرد الطبيعي أصبح يتمتع بالحماية المباشرة في القانون الدولي، في ظل التنظيم الإقليمي الأوروبي. وهو أمر مازال محجوباً عنه طبقاً للقواعد العامة للقانون الدولي.

وبعد أن تعلن اللجنة قبول الطلب، تقوم بإثبات الوقائع، بإجراء مكتوب وشفوي، وتضع نفسها تحت تصرف الأطراف، لإيجاد حل ودي، وإذا لم تتوصل إلى حل، تعد اللجنة تقريراً يحتوي على رأيها القانوني في الموضوع. ومن ثم يمكن رفع القضية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بواسطة الدولة المعنية أو اللجنة، أو

---

1 نجوان الجوهري، المرجع السابق، ص ٣١٠ وما بعدها. ماهر أبو خوات، المرجع السابق، ص ٣٧٠ وما بعدها.



أمام لجنة الوزراء لاتخاذ القرار. ومنذ إنشاء اللجنة عام ١٩٥٤، تعرضت لحالات عديدة تخص حقوق الأطفال، وتلقت طلبات فردية بشأن انتهاكات معينة لحقوق الطفل، وتوصلت إلى تسوية الحالة في غالب الأحيان<sup>١</sup>.

### ثالثاً \_ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان :

المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، هي الجهاز القضائي، الذي أنشأته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠، وتتألف حسب تنظيمها: من قضاة يعملون بصفة مستقلة، تختارهم الجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا من قائمة مرشحين، تتوافر فيهم الصفات الخلفية العالية والشروط اللازمة لشغل أرفع المناصب القضائية، ومن فقهاء القانون ذائعي الشهرة. وتتكون المحكمة من عدد من القضاة يساوي عدد أعضاء مجلس أوروبا، ولا يجوز أن تضم قاضيين من جنسية واحدة، ومدة العضوية تسع سنوات، ويمكن إعادة انتخاب من انتهت مدته، ولمحامي الحكومة المدعي عليها والشاكي، أن يقدموا ما يشاءون من أدلة وحجج، ويمكن للمحكمة استجوابهم.

وبعد المرافعة، يجتمع القضاة في جلسة مغلقة، ينتهون فيها عن طريق التصويت إلى وقوع أو عدم وقوع انتهاك للاتفاقية، وتتخذ المحكمة قرارها بالأغلبية، وينطق بالحكم في جلسة علنية. وهو حكم نهائي، غير قابل للاستثناء، ويلزم الدولة المعنية. وتملك المحكمة سلطة منح الطرف المضرور تعويضاً عادلاً<sup>٢</sup>.

وتجدر الإشارة، أنه قد حدث تعديل في نظام الرقابة الأوروبية، فقد صدر البروتوكول رقم ١١ عام ١٩٩٤، والذي بمقتضاه، ألغيت اللجنة الأوروبية، وأصبحت الرقابة تنحصر في المحكمة، وأصبح هذا التعديل سارياً بداية من ١ نوفمبر ١٩٩٨. وبالتالي أصبح للأفراد حق اللجوء مباشرة إلى المحكمة إلى

1 عبد العزيز محمد سرحان، المرجع السابق، صفحة ٣٣٤ وما بعدها.

2 ومن أبرز أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالنسبة للأطفال، يذكر أنه في عام ١٩٧٩ وجب على بلجيكا أن تعدل تشريعاتها، لاستبعاد العنصرية ضد الأطفال غير الشرعيين، وإعطائهم نفس الحقوق التي تعطى للأطفال المولودين في إطار زواج معترف به. انظر في تفصيل ذلك، ماهر أبو خوات، المرجع السابق، صفحة ٣٨٩. كذلك اكدت المحكمة ان الحق في الحياة الوارد في المادة ١/٢ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لا يشمل الاجنة قبل ولادتهم. محمد يوسف علوان المرجع السابق، صفحة ٥٣٤.

المحكمة، وهذا الأمر لم يعد اختياريًا بالنسبة للدول، بل أصبحت كل الدول ملزمة بهذا الحق<sup>1</sup>.

ونخلص مما تقدم، بأن حقوق الأطفال في أوروبا، مكفولة ومحمية عن طريق نظام الحماية الأوروبي لحقوق الإنسان، الذي يسمح للدول الأوروبية، في أن تكون رقيبة على بعضها، لأجل احترام هذه الحقوق، كما يستطيع الأطفال أو ممثليهم القانونيين، بوصفهم أفرادًا في المجتمع الأوروبي، في حالة انتهاك أي حق من حقوقهم، بأن يرفعوا شكوى إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مباشرة، لتصبح قضية تقف فيها الدولة التي انتهكت حقوق الطفل موقف المدعى عليه.

#### **المطلب الرابع**

##### **حماية الطفل في المنظومة الأفريقية**

ترتكز حماية حقوق الإنسان في أفريقيا أساساً، على الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. لأن ميثاق منظمة الوحدة الأفريقية. لم يتناول مسألة حقوق الإنسان، وإنما أشار إليها بصورة عابرة. وقد بذلت جهود أفريقية لسنوات عديدة، لأجل إصدار وثيقة تعالج حقوق الإنسان في أفريقيا، حتى صدر الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في عام ١٩٨١. والذي أحتوى على حقوق عديدة ومتنوعة للإنسان الأفريقي بشكل عام، ويستفيد الطفل من معظم الحقوق الواردة في الميثاق. وإذا كان الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان، قد تناول في ثنايا نصوصه حقوق الطفل، إلا أن منظمة الوحدة الأفريقية، اهتمت بحقوق الطفل بشكل خاص، وتمثل ذلك في إقرار الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل عام ١٩٩٠.

أما من الناحية الإجرائية، فإن الرقابة على احترام حقوق الطفل، تدخل بطبيعة الحال في اختصاص اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان، وكذلك المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان، إضافة إلى اللجنة الأفريقية المعنية بالطفل، التي أنشأها الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل. وقبل الحديث عن وسائل الرقابة هذه يجدر بنا أن نلقى

1 ماهر أبو خوات، المرجع السابق، صفحة ٣٨٩.

الضوء، على الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل، كأحد أهم الوثائق المعنية بحقوق الطفل في أفريقيا<sup>١</sup>.

### أولاً \_ الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل عام ١٩٩٠ :

قامت منظمة الوحدة الأفريقية، بمواكبة الاهتمام العالمي بالطفولة، بدراسة وضع ميثاق خاص بحماية حقوق ورفاهية الطفل الأفريقي. حيث أشار ممثلي الدول أثناء مناقشة مشروع إصدار ميثاق خاص للطفل، إلى أن هناك أكثر من ٥٠% من مجموع سكان أفريقيا، هم من الشباب تحت سن الثامنة عشرة. وفي يوليو عام ١٩٩٠، وفي أثناء اجتماعات منظمة الوحدة الأفريقية، على مستوى الوزراء، تم إقرار بنود الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل. وهو يعتبر بمثابة خطوة رائدة في مجال حماية الفئات الخاصة، على مستوى القارة الأفريقية. ودخل الاتفاق حيز التنفيذ في ٢٩ نوفمبر ١٩٩٩، بعد تصديق خمس عشرة دولة في منظمة الوحدة الأفريقية عليه، ويتكون الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل، من ديباجة وأربعة فصول، تحتوي على ٤٨ مادة<sup>٢</sup>. وقد عرف الميثاق الطفل في مادته الثانية بأنه " كل إنسان تحت سن الثامنة عشر".

وإذا كان الميثاق يحمل بعض الخصوصية للطفل الأفريقي، إلا إنه جاء مشابهاً لحد كبير لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام ١٩٨٩. وتكراراً لمعظم نصوصها. على الرغم من أن هناك حقوق وقضايا، كان يجب أن يركز عليها الميثاق بصورة أكبر، مثل حق الطفل في الرعاية الصحية، نظراً لما يعانيه أطفال أفريقيا من أمراض وسوء للتغذية، كذلك حماية الأطفال في النزاعات المسلحة، التي لا تكاد تنتهي في معظم الدول الإفريقية، وأيضاً الحق في التعليم وعدم التمييز. فهذه قضايا جوهرية كانت كافيه بتركيز الميثاق عليها، وخلق الآليات والبرامج التي تمكن الطفل من الحصول على هذه الحقوق<sup>٣</sup>.

<sup>1</sup> نجوان الجوهري، المرجع السابق، صفحة ٣٤٥ وما بعدها. فاطمة شحاته زيدان، المرجع السابق، صفحة ٦٣.

<sup>2</sup> محمد علي سكيكر، المرجع السابق، صفحة ٨٦.

<sup>3</sup> ماهر أبو خوات، المرجع السابق، صفحة ٣٩٣.

## ثانياً \_ وسائل الرقابة الأفريقية على احترام حقوق الطفل :

يوجد على المستوى الأفريقي، ثلاثة أجهزة لمراقبة التزام الدول بحقوق الطفل، سواء التي نص عليها الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، أو الحقوق التي أقرها الميثاق الأفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، وتتمثل هذه الأجهزة في الآتي:

### ١ \_ اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب :

الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي صدر عام ١٩٨١، نص في الجزء الثاني، منه على إنشاء لجنة أفريقية لحقوق الإنسان والشعوب. وحق اللجوء إلى اللجنة، ثابت للدول الأطراف وكذلك للأفراد، إلا أنه يلاحظ أن دور اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان يتمثل في التحقيق والتوفيق في حالة الشكاوى المقدمة إليها من الدول، أما بخصوص الشكاوى المقدمة إليها من الأفراد، فإن دورها ينحصر في مجال التحقيق، وتترك سلطة التقرير، إلى مؤتمر رؤساء الدول والحكومات، أي إلى جهاز سياسي، يتحكم في اتخاذ القرار وفقاً للاعتبارات والمصالح السياسية. وهو ما يضعف دور اللجنة مقارنة باللجنتين الأمريكية والأوروبية لحقوق الإنسان<sup>١</sup>.

### ٢ \_ اللجنة المعنية بحقوق الطفل الأفريقي :

أنشئت اللجنة المعنية بحقوق الطفل الأفريقي، وفقاً لنص المادة ٣٢ من الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل لعام ١٩٩٠. وأجازت المادة ٤٤ من الميثاق، اللجنة أن تتلقى الاتصالات بالمسائل التي يغطيها الميثاق، من أي شخص، أو جماعة، أو منظمة غير حكومية، تعترف بها منظمة الوحدة الأفريقية، أو دولة عضو، أو الأمم المتحدة، ويجب أن يتضمن كل اتصال باللجنة اسم وعنوان من قام به، على أن يعامل بسرية.

ويجوز كذلك للجنة، أن تلجأ إلى التحقيق بالطرق المناسبة، في أي مسألة تقع في نطاق هذا الميثاق. وترسل اللجنة تقريباً عن نتائج أعمالها، إلى مؤتمر رؤساء الدول والحكومات وذلك كل سنتين. وبعد النظر في تقريرها تقوم اللجنة بنشره، كما يجب

1 ماهر أبو خوات، المرجع السابق، صفحة ٣٩٤.

على الدول الأطراف، أن تنشر تقارير اللجنة، بأن تجعله متاحاً على نطاق واسع للجمهور في أراضيها.

وأخيراً، ينص الميثاق على أن تستلهم اللجنة عملها من القانون الدولي لحقوق الإنسان، وعلى وجه الخصوص، من أحكام الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان، وميثاق منظمة الوحدة الأفريقية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، والمواثيق الأخرى التي تبنتها الأمم المتحدة، والدول الأفريقية في مجال حقوق الإنسان، ومن القيم والتقاليد الأفريقية<sup>1</sup>.

### ٣ \_ المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب :

أنشئت المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، بموجب بروتوكول اديس ابابا عام ١٩٩٨، وتختص المحكمة بتطبيق وتفسير الميثاق، وأية آلية أخرى لحقوق الإنسان تصدق عليها الدول الأطراف. ويملك حق إحالة القضايا إلى المحكمة كل من اللجنة الأفريقية، والدولة الطرف التي تقدمت بشكوى إلى اللجنة، وكذا المدعى عليها أمام اللجنة، والدولة التي ينتمي إليها الضحية بجنسيته. وعلاوة على ذلك، فإن آلية منظمة حكومية أفريقية، وكذا المنظمات غير الحكومية التي تتمتع بوصف المراقب أمام اللجنة، وكذا للأفراد، أن يطرحوا قضاياهم مباشرة أمام المحكمة، بشرط أن تكون الدولة المدعى عليها، قد قبلت اختصاص المحكمة بذلك. وتختص المحكمة كذلك باتخاذ إجراءات تحفظية، حين توجد حالة طارئة خطيرة لمواجهة ضرر لا يمكن إصلاحه. وتصدر المحكمة نوعين من الأحكام، أحكام مقررّة لوجود مخالفة، وأحكاماً تأمر بموجبها باتخاذ إجراءات معينة لإصلاح آثار المخالفة، ويشمل ذلك أداء تعويض عادل للشاكي<sup>2</sup>.

وأحكام المحكمة نهائية لا يجوز استئنافها، لكن يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في أي حكم أصدرته، وذلك بناء على وجود دليل جديد. وتتعهد الدول بموجب بروتوكول اديس أبابا، باحترام أحكام المحكمة وتنفيذها. ويتولى مجلس وزراء منظمة الوحدة

1 نجوان الجوهري، المرجع السابق، ٣٦٢ وما بعدها.

2 نجوان الجوهري، المرجع السابق، صفحة ٣٦٧.

الأفريقية، متابعة تنفيذ هذه الأحكام، حيث يتم إعلانه بها فور صدورها<sup>1</sup>. ولا شك أن إنشاء المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان، يعتبر خطوة هامة في سبيل تعزيز وحماية حقوق الإنسان والشعوب في أفريقيا، ويتعين على الاتحاد الأفريقي الجديد تفعيل دور هذه المحكمة.

### **المطلب الخامس**

#### **حماية الطفل في المنظومة العربية**

أولت الدول العربية اهتماما بمسألة حقوق الإنسان، شأنها في ذلك شأن الدول الأوروبية والأمريكية والأفريقية، ونتج عن ذلك إقرار جامعة الدول العربية، الميثاق العربي لحقوق الإنسان، إلا أن الاهتمام العربي بالطفولة كان سابقا على اهتمامه بحقوق الإنسان ككل. حيث تعد المعالجة العربية لحقوق الإنسان الاجتماعية أكثر تقدما في مجال الطفولة (من الناحية النظرية).

فحينما دعت الأمم المتحدة إلى جعل عام ١٩٧٩ عاما دوليا للطفل، ونظمت احتفالية عالمية بهذه المناسبة. بدأت تلك النظرة الجدية للطفولة تترسخ، وأخذت مرحلة الطفولة وضعها على سلم السياسات الوطنية والإقليمية والدولية، بما يتواءم مع الاهتمام العالمي بالطفولة، وبدأ الوطن العربي بالمشاركة بإيجابية في الاهتمام بأطفاله. فأصدرت جامعة الدول العربية ميثاق حقوق الطفل العربي عام ١٩٨٣، وبعد إقرار اتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩، حظيت حقوق الطفل باهتمام كبير، فأقرت جامعة الدول العربية بعض الوثائق والخطط العربية التي تعالج حقوق الطفل، كما أنشئت الأجهزة وآليات المتابعة بهدف تعزيز العمل العربي المشترك في مجال الطفولة.

وللتعرف على الجهود العربية في مجال حماية الطفولة، نتعرف أولاً على وثائق حماية الطفولة في إطار جامعة الدول العربية. وثانياً على آليات العمل العربي المشترك في مجال الطفولة.

---

1 ماهر أبو خوات، المرجع السابق، ٣٩٧.

## أولاً \_ وثائق حماية الطفولة في إطار جامعة الدول العربية :

لكي نتتبع جهود جامعة الدول العربية في مجال الطفولة، فإن ذلك يقتضي أن نورد لأهم الوثائق التي قامت بإقرارها في هذا المجال. ويمكن القول، إن الجامعة العربية أصدرت ميثاق حقوق الطفل العربي عام ١٩٨٣، في خطوة تنهض دليلاً على اهتمامها المبكر بالطفولة، إلا أنه وبعد أن عقدت اتفاقية الأمم المتحدة، لحقوق الطفل عام ١٩٨٩، اتجهت جامعة الدول العربية إلى تفعيل حقوق الطفل العربي، والمشاركة بإيجابية في المسيرة العالمية الخاصة بالطفولة، حتى تتوافق المواقف العربية، مع التوجهات الأولية التي جاءت بها اتفاقية حقوق الطفل. وهذا ما سنبجته كالتالي:

### ١ \_ ميثاق حقوق الطفل العربي لعام ١٩٨٣ :

انعقد المؤتمر الأول للطفل العربي، في تونس بتاريخ ٨ ابريل ١٩٨٠، وتم الاتفاق على إعداد مشروع لميثاق حقوق الطفل العربي، وقامت الأمانة العامة بصياغته وتقديمه في الدورة الرابعة لمجلس وزراء الشؤون الاجتماعية العربي، المنعقد في تونس، وتم إقراره في ٦ ديسمبر ١٩٨٣.

ويتكون الميثاق من ديباجة وخمسة أجزاء، وقد عبرت مقدمة الميثاق، تعبيراً صادقاً عن واقع الوطن العربي وطموحاته، حيث تشير المقدمة إلى بواعث إصدار الميثاق. وهي ان أطفال اليوم هم شبان الغد ورجاله ونساؤه، وصناع مجده، وانه بمقدار ما نرعاهم ونتعهدهم ونستثمر بهم، كلما كان الغد أفضل، وذلك انطلاقاً من الحرص على تأمين مستقبل الأمة العربية واستمرار تراثها القومي. ويقرر الميثاق كفالة حق الطفل في الرعاية والتنشئة الأسرية القائمة على الاستقرار الأسري، والحق في الأمن الاجتماعي والرعاية الصحية، وفي أن يعرف باسم وجنسية معينة، وحق التعليم المجاني والتربية، والحق في الخدمة الاجتماعية والمجتمعية والمؤسسية، والحق في رعاية الدولة وحمايتها له، وأخيراً حقه في الانفتاح على العالم من حوله<sup>١</sup>.

1 وائل علام، المرجع السابق، صفحة ٢٨٩ وما بعدها. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، صفحة ٥٢٦.

كما أشار ميثاق حقوق الطفل العربي، لميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والإعلان العالمي لحقوق الطفل، وغيرها من المواثيق الدولية. ويشير كذلك لميثاق جامعة الدول العربية، ونظم وكالاتها المتخصصة، وان كل هذه الوثائق الدولية السابقة، يجب أخذها بعين الاعتبار عند تفسير وتطبيق ميثاق حقوق الطفل العربي<sup>١</sup>.

الا انه يؤخذ على الميثاق، ان صياغة نصوصه جاء بكثير من الإسهاب، وضرب الأمثلة، بما لا يدخل في مجال التقنين أو التشريع بالمعنى الفني. ويغلب الجوانب الإرشادية أكثر من الالتزامات القانونية، ويمكن اعتباره خطة عمل أو توجهات عربية في مجال الطفولة أكثر من كونه ميثاق دولي، كما ان الميثاق لم يتضمن آلية فعالة تضمن تطبيق بنوده أو حتى مراقبة تنفيذها، بل أكثر من ذلك خفض سن الطفل إلى الخامسة عشر سنة فقط. وقد أغفل الميثاق تنظيم بعض الحقوق الهامة للطفل مثل حمايته من الاستغلال والاختطاف والتعذيب<sup>٢</sup>.

## ٢ \_ الخطة العربية الأولى لرعاية وحماية وتنمية الطفولة عام ١٩٩٢ :

في عام ١٩٩٢، صدرت الخطة العربية لرعاية وحماية وتنمية الطفولة، عن اجتماع عربي رفيع المستوى، دعت إليه جامعة الدول العربية، وشارك فيه وزراء ومسؤولون ومتخصصون في كافة المجالات المتعددة المعنية بشئون الطفل في الوطن العربي. وجاءت هذه الخطة، مسابرة للتوجيهات العالمية التي صاغتتها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة ١٩٨٩، ولكنها في نفس الوقت، التزمت في ثنائيا بنودها، بتلك الخصوصية التي تنفرد بها الأقطار العربية<sup>٣</sup>.

## ٣ \_ الدليل التشريعي النموذجي لحقوق الطفل العربي عام ٢٠٠٠ :

---

1 محمد علي سكيكر، المرجع السابق، صفحة ٨٢.  
2 عبلة ابراهيم ومحمد عبده الزعير، دراسة تحليلية نقدية لميثاق حقوق الطفل العربي، ص٩ وما بعدها، وموجز الوثيقة العربية الأولى لتقارير الدول الأعضاء بشأن التدابير التي اتخذتها تنفيذًا للاتفاقية الدولية، والمقدمة إلى لجنة حقوق الطفل في جنيف، مارس ١٩٩٧. جامعة الدول العربية، إدارة الطفولة.  
3 عبلة ابراهيم، كتيب أهداف وانجازات جامعة الدول العربية، في مجال الطفولة، ص٨ وما بعدها، إصدار ادارة الطفولة بمناسبة الاحتفال بيوم الطفل العربي، أكتوبر ١٩٩٦.



قامت إدارة الطفولة، بالإدارة العامة للشئون الاجتماعية والثقافية، بجامعة الدول العربية، بوضع مشروع دليل تشريعي نموذجي لحقوق الطفل العربي، على ضوء بنود اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل. وقد اعتمد مجلس وزراء العدل العرب، في دورته السادسة عشر، المعقودة في شهر نوفمبر عام ٢٠٠٠، الدليل التشريعي النموذجي لحقوق الطفل. ويعد هذا الدليل، بمثابة دعوة للدول الأعضاء، لوضع قانون خاص بالطفل، أو للاسترشاد به في مراجعة تشريعاتها المتعلقة بشئون الطفل، بما يسهم في النهوض بأوضاع الطفولة العربية بوجه عام، وبالرصيد البشرى المستقبلي للأمة العربية<sup>١</sup>.

ولم يكن آنذاك في الدول العربية قوانين خاصة بالطفل، سوى قانون الطفل المصري رقم ١٢ الصادر في ١٩٩٦. ثم صدر بعد ذلك قانون الطفل اليمني رقم ٤٥ الصادر في ٢٠٠٢. وقانون الطفل الفلسطيني رقم ٧ الصادر في ٢٠٠٤. أما باقي الدول العربية فقد تأخرت في اصدار قوانين الطفل الى ما بعد ٢٠١٠، بينما مازالت بعض الدول العربية بدون قانون خاص للطفل، حتى هذا الوقت.

#### ٤ \_ الإطار العربي لحقوق الطفل لعام ٢٠٠١ :

اعتمد مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة، وثيقة الإطار العربي لحقوق الطفل، وذلك خلال القمة العربية التي عقدت في ٢٨ مارس عام ٢٠٠١ بالمملكة الأردنية الهاشمية<sup>٢</sup>. وتؤكد ديباجة هذه الوثيقة، على أن إيلاء مصالح الأطفال الفضلى تمثل الأولوية القصوى، ويعد خياراً استراتيجياً لتقدم الأمة، ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأمن القومي العربي. وتعترف بأن الإنجازات التي تحققت للطفولة العربية لم تعد كافية لإعمال حقوق الأطفال ومعالجة مشكلاتهم، خاصة في ظل التغيرات العالمية المتسارعة، الأمر الذي يتطلب تطوير آليات العمل التقليدية.

وتدعو هذه الوثيقة في ختام ديباجتها، بضرورة اتخاذ موقف عربي موحد، يكرس الالتزام بحقوق الطفل، ويؤكد الجهد لتفعيل هذه الحقوق، وتذليل العقبات، والتصدي

1 عيلة إبراهيم، المرجع السابق، صفحة ٨ وما بعدها.  
2 قرار مجلس وزراء العدل العرب، رقم ٣٧٦، بتاريخ ٦/١١/٢٠٠٠.

للتحديات. ثم عرض الإطار العربي لحقوق الطفل، لأهم هذه التحديات، وللمقومات والإمكانات والفرص المتاحة حالياً، والتي يتمثل أهمها في توافر الموارد والثروات الطبيعية والبشرية، وموقع استراتيجي يتوسط العالم، ورصيد بشري مستقبلي متمثل في الطفولة، التي تشكل ما يزيد على نصف القاعدة السكانية العربية. فضلاً عن اهتمام الحكومات العربية المتزايد بالطفولة<sup>1</sup>.

## ٥ \_ خطة العمل العربية الثانية للطفولة ، ٢٠٠٤ \_ ٢٠١٥ :

قامت جامعة الدول العربية، بإقرار خطة العمل العربية الثانية للطفولة للأعوام من ٢٠٠٤ حتى ٢٠١٥، وذلك في أثناء انعقاد المؤتمر العربي الثالث رفيع المستوى لحقوق الطفل، والذي عقد في تونس في خلال الفترة من ١٢ حتى ١٤ يناير ٢٠٠٤. وذلك استكمالاً للمبادرات العربية، التي تمثلت في إصدار العديد من المواثيق والاتفاقيات العربية، وفي مقدمتها الميثاق العربي لحقوق الطفل ١٩٨٣، وخطة العمل العربية لطفولة ١٩٩٢، والخطة العربية لثقافة الطفل ١٩٩٣، وتأكيداً على الالتزام العربي، بإنجاز ما لم يتم إنجازه وفقاً للمبادئ والأهداف المنصوص عليها في اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٩.

وتحتوي هذه الخطة على توجيهات عامة للدول العربية، تهدف إلى تفعيل حقوق الطفل دون تفرقة بين الأطفال، وان النمو السليم للطفل يتحقق من خلال حصول الطفل على الرعاية الكاملة من مرحلة الحمل حتى الميلاد وحتى تمام الثامنة عشر<sup>٢</sup>.

## ثانياً \_ آليات العمل العربي المشترك في مجال الطفولة :

لا يوجد في الوطن العربي، أجهزة أو آليات تختص بمراقبة تطبيق حقوق الطفل في الأقطار العربية، على النحو المتعارف عليه دولياً، مثل اللجنة الدولية لحقوق الطفل. أو إقليمياً مثل، اللجنة أو المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أو اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان. وكل ما يوجد على المستوى العربي هو آليات أو جهات تقتصر

1 وثيقة الإطار العربي لحقوق الطفل، جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، الإدارة العامة للشئون الاجتماعية والثقافية، ادارة الطفولة، قرار مجلس الجامعة على مستوى القمة رقم ٢١٦، بتاريخ ٢٠٠١/٣/٢٨.

2 للحصول على تفاصيل الخطة الكاملة، يمكن مراجعة قسم الطفولة، إدارة الأسرة والمرأة والطفولة، جامعة الدول العربية.

مهمتها على متابعة تنفيذ حقوق الطفل ومحاولة تحسين أوضاع الطفل العربي. وسنشير لبعض هذه الأجهزة فيما يلي:

## ١ \_ المشروع العربي للنهوض بالطفولة :

تتفد أن جامعة الدول العربية مشروعاً عربياً للنهوض بالطفولة بدأ منذ عام ١٩٨٧، يساندها ويدعمها منظمات عربية ودولية حكومية وغير حكومية. وهي برنامج الخليج العربي لدعم منظمات الأمم المتحدة الإنمائية واليونسف وصندوق الأمم المتحدة للسكان ومنظمة الصحة العالمية والقسم الإحصائي للأمم المتحدة والاتحاد الدولي لتنظيم الأسرة والمجلس العربي للطفولة والتنمية.

ويهدف المشروع إلى تطوير الأوضاع الاجتماعية والصحية للأم والطفل، وتشخيصها تشخيصاً دقيقاً. من خلال إنشاء قاعدة معلومات، تشتق بياناتها من الواقع الفعلي، مما يساعد على تحديد المشكلات، ومن ثم وضع الأولويات ورسم السياسات والاستراتيجيات الصحية. كما يهدف المشروع أيضاً إلى نشر المعرفة والمعلومات النوعية والكتب والدوريات، حول واقع الأمومة والطفولة العربية<sup>١</sup>.

## ٢ \_ اللجنة الفنية الاستشارية للطفولة العربية :

بموجب القرار الصادر عن مجلس وزراء الشؤون الاجتماعية العرب، في دورته الخامسة عشر في ديسمبر ١٩٩٥، تم اعتبار الاجتماع الدوري السنوي للمسؤولين التنفيذيين عن الطفولة في الوطن العربي، " لجنة فنية استشارية للطفولة العربية "، وهذه اللجنة، ليست لجنة لمراقبة تطبيق حقوق الطفل في الوطن العربي بالمعنى الدقيق، بل هي لجنة فنية استشارية تجتمع كل عام، وتنتهي إلى إصدار تقرير ختامي، يتضمن توصيات غير ملزمة بطبيعتها<sup>٢</sup>.

وكان من المأمول، أن تنشئ جامعة الدول العربية، لجنة عربية دائمة لحقوق الطفل، تختص بمراقبة تطبيق حقوق الطفل العربي، على غرار اللجان الدولية لحقوق الإنسان. على أن يتم تشكيل اللجنة من خبراء في مجال الطفولة، يتم انتخابهم من

1 ماهر أبو خوات، المرجع السابق، صفحة ٤١١.

2 نجوان الجوهري، المرجع السابق، صفحة ٣٨٥.

الدول الأعضاء في مجلس الجامعة، ويعملون بصفتهم الشخصية، وتمنح لهذه اللجنة اختصاصات محددة، يكون من بينها حق اللجوء إليها من قبل الأطفال أو ممثليهم القانونيين، فتبحث أي انتهاك لحقوق الطفل وتصدر قرارات ملزمة، تحال إلى مجلس الجامعة لوضعها موضع التنفيذ<sup>1</sup>.

### ٣ \_ إدارة الطفولة في جامعة الدول العربية :

هذه الإدارة مسؤولة عن متابعة الدول الاعضاء في تنفيذ احكام اتفاقية الطفل، حيث دأبت على دعوة الدول الاعضاء إلى المصادقة على هذه الاتفاقية حتى اكتمل التصديق العربي عليها. كما تتابع الدول الاعضاء في وضع تقاريرها حول تنفيذها لأحكام الاتفاقية، وتقوم بوضع المبادئ التوجيهية العامة المساعدة لإعداد هذه التقارير، وكيفية تقديمها إلى اللجنة الدولية في جنيف، وقد اصدرت الادارة عددا من الوثائق تضم تقارير الدول العربية إلى اللجنة وملاحظات اللجنة عليها، وتعتبر هذه الوثائق مرجعا هاما لدراسة تطبيق الاتفاقية في الدول العربية، ولعل اهم ما قامت به هذه الادارة هو وضع مشروع الدليل التشريعي النموذجي الجامع لحقوق الطفل العربي<sup>2</sup>.

### ٤ \_ المجلس العربي للطفولة والتنمية :

عقد المؤتمر التأسيسي للمجلس العربي للطفولة والتنمية، في عمان بالأردن في إبريل ١٩٨٧، وذلك بمبادرة من الأمير / طلال بن عبد العزيز آل سعود — شارك فيه نخبة كبيرة من المفكرين والإعلاميين والأكاديميين والعاملين في مجال الطفولة العربية. ورغم أن هذا المجلس لا يدخل في الهيكل التنظيمي لجامعة الدول العربية، إلا أنه يوجد بينه وبين الجامعة تعاون وثيق، في خدمة قضايا الطفولة العربية، ومن هذا المنطلق كانت هناك اتفاقية تعاون بين جامعة الدول العربية والمجلس العربي للطفولة والتنمية. كذلك شكلت لجنة ثلاثية ضمت الجامعة والمجلس واليونسف، بغرض تعاون الأطراف الثلاثة في متابعة تنفيذ الخطة العربية لرعاية الطفولة عام ١٩٩٢. مع الاخذ في الاعتبار ان المجلس العربي للطفولة والتنمية، هو منظمة عربية طوعية غير حكومية. لها الصفة الاعتبارية المستقلة<sup>3</sup>.

1 ماهر أبو خوات، المرجع السابق، صفحة ٤١٣.

2 نجوان الجوهري، المرجع السابق، صفحة ٣٨٦.

3 ماهر أبو خوات، المرجع السابق، صفحة ٤١٣.

## الخاتمة

لقد أدرك العالم المتمدن أهمية حماية الطفل وصيانة حقوقه، حيث بدأت محاولات حماية حقوق الطفل دولياً، في عهد عصبة الأمم من خلال إعلان جنيف الصادر عام ١٩٢٤، ولم يكن لهذا الاعلان صفة الالتزام القانوني على الدول، ثم توالى بعد ذلك المواثيق الدولية من خلال الأمم المتحدة، حتى توجت هذه الجهود باتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩، والتي تعتبر قمة ما وصلت إليه البشرية في مجال حماية حقوق الطفل. وإن كانت اتفاقية حقوق الطفل تعبيراً عن الثقافة الغربية، إلا أن واضعي الاتفاقية كان لديهم الحرص الشديد أن تتوافق أحكامها مع كافة الثقافات والمعتقدات الدينية. مما سهل دخول أحكام هذه الاتفاقية إلى إطار الالتزام القانوني.

وقد بينا أن المفهوم القانوني للطفل المعاصر، يشمل مراحل النمو حتى سن الثامنة عشر من العمر، بهدف تمتع الإنسان بأطول مرحلة طفولة ممكنة حماية له من مخاطر الحياة، وقد ارتضى المجتمع الدولي هذا المفهوم من خلال اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩، مما سهل تبني هذا المفهوم في تشريعات الطفولة الوطنية.

كما بينا أن المرحلة الجنينية، لا تدخل ضمن مراحل الطفولة، باعتبار أن الجنين جزء من أمه، ولا يتمتع بالشخصية القانونية الكاملة، وهذا التوجه الذي تبنته اتفاقية حقوق الطفل، يتناسب مع الثقافات المختلفة للشعوب التي وقعت على الاتفاقية، مع الأخذ في الاعتبار أن ذلك لا يمنع التشريعات الوطنية من مد الحماية القانونية للجنين إن رغبت بذلك، كمرحلة مستقلة بذاتها ووريفة لحقوق الطفل.

وبينا أن الاهتمام الدولي بحقوق الطفل، لم يتوقف على المستوى النظري أو النصوص الجامدة في الاتفاقيات، وإنما جاء أيضاً على شكل هيئات دولية فعالة، تعمل على ضمان تمتع الطفل بحقوقه، من خلال صندوق الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسف) واللجنة الدولية للصليب الأحمر (ICRC) ومنظمة العمل الدولية (ILO) ومنظمة الصحة العالمية (WHO) ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (UNESCO).

كما استعرضنا حماية الطفل على المستوى الإقليمي، وبيننا أن النظام الأوروبي أكثر تقدماً وفاعلية في حماية الطفل، إذ تعمل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على توفير أكبر

قدر من الحماية، من خلال اتاحة الفرصة لكل من يدعي انتهاك حقوق الانسان التقدم بالشكوى، واهم ما يميز النظام الاوربي انه يمنح اي دولة اوربية عضو في الاتفاقية، ان تتهم دولة اوربية اخرى بانتهاك حقوق الانسان، حتى لو لم يكن للدولة الشاكية اي رعايا انتهكت حقوقهم، بل من الممكن اثاره مسئولية الحكومة الاوربية من جانب الفرد الذي يعيش في الدولة الاوربية، حتى لو لم يكن من رعاياها .

ثم تأتي بعدها المنظومة الامريكية، التي اوجدت اجهزة الحماية، المكونة من اللجنة الامريكية لحقوق الانسان، والمحكمة الامريكية لحقوق الانسان، وتتيح هذه المنظومة حماية فعالة لحقوق الطفل، بنفس القدر الذي يحظى به حقوق الانسان الامريكي بصفة عامة.

واخيرا لنا ان نتساءل، اذا كنا نعيش في زمن تتعدد فيه الوثائق الداعمة لحماية الطفل وصيانة حقوقه وتعدد المؤتمرات والقمم الدولية لتحقيق المزيد من الرفاهية للطفل. ماذا عن حقوق الطفل العربي؟ وكيف هي احواله؟ وما الفرق بين الطفل العربي والطفل الاوربي والامريكي؟ لماذا تصم الاذان وتخرس الالسن وتغمض الاعين تجاه الطفل العربي؟ لماذا لا تتحرك البشرية لنجدة الطفل العربي الذي يئن ويصرخ بلا مجيب؟ فالعالم يشهد مالم تشهده البشرية من قبل من انتهاكات صارخة لحقوق الطفل العربي الذي يعاني من التشرد والخراب والدمار، في عدد من الدول العربية التي ابتليت بالاحتلال والحروب الاهلية كالعراق وسوريا وفلسطين وليبيا والصومال والسودان واليمن.

ان الاجابة على تلك الاسئلة، تؤكد ان المنظومة العربية لحماية حقوق الطفل، بحاجة الى المزيد من التطوير، لتفعيل دورها لتصل الى المستوى المأمول، واننا بحاجة لإعادة النظر في ميثاق حقوق الطفل العربي لعام ١٩٨٣ ، الذي جاء بصياغة عامة لا تدخل في مجال التشريع بالمعنى الفني، ويغلب عليه الجوانب الارشادية اكثر من الالتزامات القانونية، ولم يتضمن الية فعالة تضمن تطبيق بنوده.

\*\*\*

## المراجع

١. أميرة محمد بكر البحيري: الاتجار بالبشر، وبخاصة الأطفال، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١١م.
٢. عبد العزيز محمد سرحان: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية والقواعد المكملة لها طبقاً للمبادئ العامة للقانون الدولي، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٦٦م.
٣. عبد العزيز مخيمر: اتفاقية حقوق الطفل إلى الأمام أم إلى الوراء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٣م.
٤. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي: حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ١٩٩٧م.
٥. عبلة إبراهيم: كتيب أهداف وإنجازات جامعة الدول العربية، في مجال الطفولة، إصدار إدارة الطفولة بمناسبة الاحتفال بيوم الطفل العربي، أكتوبر ١٩٩٦م.
٦. عبلة إبراهيم ومحمد عبده الزعير: دراسة تحليلية نقدية لميثاق حقوق الطفل العربي، وموجز الوثيقة العربية الأولى لتقارير الدول الأعضاء بشأن التدابير التي اتخذتها تنفيذاً للاتفاقية الدولية، والمقدمة إلى لجنة حقوق الطفل في جنيف، مارس ١٩٩٧م. جامعة الدول العربية، إدارة الطفولة.
٧. عزت سعد البرعي: حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٨٥م.
٨. عصام محمد أحمد زناتي: حماية حقوق الطفل في إطار الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨م.
٩. غسان خليل: حقوق الطفل، التطور التاريخي منذ بدايات القرن العشرين، بيروت، طبعة ٢٠٠٠م.
١٠. فاطمة شحاته أحمد زيدان: تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٨م.

- ١١ . فاطمة شحاته زيدان: مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٧م.
- ١٢ . ماهر جميل أبو خوات: الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م
- ١٣ . محمد الحسيني مصيلحي: حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
- ١٤ . محمد السعيد الدقاق: الحماية القانونية للأطفال، في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة، لحقوق الطفل، مؤلف حقوق الإنسان، المجلد الثاني، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٩م.
- ١٥ . محمد علي سكيكر: حق الطفل في الرعاية التعليمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، بدون ناشر ولا سنة طبع.
- ١٦ . محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى: القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة ٢٠٠٧م.
- ١٧ . منتصر سعيد حمودة: حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م.
- ١٨ . موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر الإلكتروني:  
<https://www.icrc.org/ar>.
- ١٩ . موقع اليونسكو الإلكتروني: <http://ar.unesco.org>.
- ٢٠ . موقع اليونيسف الإلكتروني: <https://www.unicef.org/ar>.
- ٢١ . موقع منظمة الصحة العالمية الإلكتروني: <http://www.who.int/ar>.
- ٢٢ . موقع منظمة العمل الدولية الإلكتروني:  
<http://www.un.org/ar/index.html>.
- ٢٣ . نجوان الجوهرى: الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الطفل، على المستوى الدولي والإقليمي، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١٠م.



٢٤. وائل علام: الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، عرض لميثاق حقوق الطفل العربي. دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٩م.
٢٥. وليد سليم النمر: حقوق الطفل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة ٢٠١٣م.